

تَعْلِيْقَةُ الْوَالِدِيَّيْنِ

عَلَى

تَهْذِيبِ الْمَدَوْنَةِ

لعلها

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوفي التونسي المالكي

المتوفى سنة 819 هـ

وبها مشها

تكملة التعليقة

لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشالي

المتوفى سنة 866 هـ

محقق

د. محمد بن عبد الكريم نجيب و د. حافظ عبد الرحمن محمد بن

طبع على نفقة

مؤسسة محمد بن محمد بن راشد آل مكتوم

في دبي

تَعْلِيْقَةُ الْوَانُوغِيِّ

عَلَى

تَهْذِيْبِ الْمَدَوْنَةِ

لَعَلَّهَا

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوغوي التونسي المالكي
المتوفى سنة 819هـ

وَبِهَامِشِهَا

تَكْمِلَةُ التَّعْلِيْقَةِ

لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشدالي
المتوفى سنة 866هـ

مُخْتَبَرٌ

د. أحمد بن عبد الكريم نجيبي د. حافظ بن عبد الرحمن خيري

المجلد الأول

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



تَعْلِيْقَاتُ الْوَالِدِ مُحَمَّدٍ

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
1435هـ / 2014م

طبع على نفقة
سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم
ولي عهد دبي

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-796-2

تَصَدِير

بقلم

د. عيسى بن عبد الله بن محمد بن مفلح الطحيري

الرئيس التنفيذي لكلية الإمام مالك
للشريعة والقانون بدبي

نصدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وخير المرشدين، محمد، وعلى آله وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية واسعة المجالات من حيث وصولها إلينا، ومن مجالاتها المذاهب الفقهية؛ لأنها قمة ما وصله الفقه الإسلامي في تطوراته؛ فهي تمثل مدارس التفسير لنصوص الشريعة واستنباط الأحكام منها. فخلفت لنا ثروة فقهية هائلة صدرت عنها أممات المصادر الفقهية وغيرها، فدلّت تلك المصادر على سعة أفق فكرنا الإسلامي وعمق عقلية فقهاءنا التي زادت القرون والدراسات المتصلة صقلاً وتدقيقاً وضبطاً.

ومنها هذا السفر المبارك الموسوم بـ «تعليقة الوانوشي على تهذيب المدونة»، والتي يغلب على الظن أنها لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوشي التونسي المالكي المتوفى سنة 819 هـ، وبهامشها "تكملة التعليقة"، لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم محمد المشدالي المتوفى سنة 866 هـ - (دراسة وتحقيق)، والذي جاد به صرير أقلام مشايخنا الأجلاء لإظهاره إلى النور، الذي حرّمه قروناً عديدة، وعصوراً مديدة.

فقد اطلعنا عليه بكل دقة فوجدناه من أروع ما حقق من المصادر التي ينبغي لكل عالم وطالب علم أن ينتفع به، وتزدان به مكتبته.

وختاماً نسأل الله تعالى لكم السداد والتوفيق، وأن يهديكم لأقوم السبل، وأن يجنبكم الخطأ والزلل، وأن يتقبله منكم، وأن يكون صدقة جارية تنفعكم عند انقطاع الأسباب، يوم لا ينفع إلا أمثاله.

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلّ اللهم على سيدنا محمد
وعلى آله وأصحابه أجمعين.

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

الرئيس التنفيذي لكلية الإمام مالك

للسريعة والقانون بدي



بين يدي الكتاب

بقلم

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بطلية الإمام مالك للشرعية والقانون بدبي

بين يدي الكتاب

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه ومن والاه.

وبعد:

فإن خير ما يلخص علاقة مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث بمحيطه العلمي هو قول من قال من السلف: "العلم رحمٌ بين أهله"؛ ومن نفحات هذه العلاقة ما جمعني بمؤسس المركز أبي الهيثم الشهبائي، وفريق العمل المحيط به، حيث عملنا معاً على خدمة تراث السادة المالكية، وأصدرنا بتحقيق مشترك نفائس طالما تطلع المتفحمة على مذهب إمام دار الهجرة إلى الوقوف عليها والنظر فيها.

ومن خلال عملي كمدرس للفقهاء المالكيين بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون سعيت لعقد اتفاقية علمية بين المركز والمجلس العلمي للكلية، يكون هدفها التعاون لخدمة تراث المالكية إذ هو نقطة التقاء تجمع بين المؤسستين، وقد كان من ثمار هذا التعاون ما أسطر بين يديه هذه الديباجة وهو: «تعليقة الوانوغية على تهذيب البراذعي للمدونة الكبرى في الفقه المالكي»، وقد كان مؤسس المركز قد قطع شوطاً كبيراً في تحقيقها والعمل على نشرها قبل أن تُلمَّ به نازلة حالت دون إكمال تحقيق الكتاب حيث نالته إصابة ذهبت ببصره وعقدت لسانه وأنهكت قواه، فسألني أن أتمم العمل نيابة عنه؛ فأجبتة إلى ما أَرَادَ مستعيناً بالله تعالى.

وقد بذلت غاية وسعي مسدداً ومقارباً في السير على نفس منهجه وطريقته - عافاه الله - في التحقيق والتوثيق، ومما أسنده إليّ في هذا العمل تعليق تكملة المشدالي ومراجعة وتحديث تراجم الأعلام إلى غير ذلك مما يحتاج

إلى مزيد نظر في حواشي الكتاب، أو رجوع إلى مخطوطاته، حتى نجز الأمر على ما يرام، وبلغ الجهد فيه غاية التمام، واستوى على السوق والأقدام.

هذا؛ وإنما إذ نقدم التعليقة وتكملتها إلى من طال انتظاره إيَّاهما، وتطلعه إلى تحقيقهما ونشرهما؛ لا يفوتنا أن ننسب الخير إلى أهله، ونقر بالفضل لمستحقه، ومن هذا المنطلق نتوجه بالشكر إلى من كان له الفضل - بعد الله تعالى - في إصدار هذه الطبعة سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم ولي عهد دبي حفظه الله، وضاعف له الأجر والثوبة، وكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي، جزى الله القائمين عليها خير الجزاء وأكمله، ونخص بالشكر أيضاً السيد سيف جعفر بن مرخان، والسيد علي خليفة عبد الله الرميثي لما هياه لي من سبل إتمام البحث.

ونسأل الله تعالى أن يتقبل عملنا فيه بقبول حسن، وأن يعصمنا ومن نظر فيه، أو أفاد منه، أو أحال إليه، من الضلالة والفتن، وأن يقينا المفسد والمحن، آمين، آمين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وكتب

د. حافظ عبد الرحمن محمد خير

غفر الله له ولوالديه وللمسلمين

دبي - الخميس ١٥ / ربيع الأول ١٤٣٥ هـ

الموافق ١٦ / ١ / ٢٠١٤ م



المقدمة الحقيقية

بقلم

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

المقدمة التحقيقية

أقول - مستعيناً بالله تعالى - بعد حمده كما ينبغي لجلاله، والصلاة والسلام على نبيّه المصطفى وصحبه وآله:

لا تخفى - على فقيهه أو مُتَفَقِّهه - مكانة المدونة الكبرى في الفقه المالكي، فهي أم الأمهات، وفيها أوثق الروايات، وقد عكف العلماء عليها قديماً وحديثاً؛ إسناداً وتهذيباً وتعليقاً واستنباطاً.

* المدونة الكبرى من عصر التدوين إلى عصر الطباعة:

ومما قيده - سابقاً - عن المدونة الكبرى وأهميتها ومكانتها، وعناية العلماء بها، بعنوان: (المدونة الكبرى .. من عصر التدوين إلى عصر الطباعة) أقتبسُ:
المدونة عَمَلٌ لكتاب، منقولٌ من اسم مفعول؛ دَوَّنْتُ الكُتُبَ تدويناً؛ أي جمعتها، سُمِّيَتْ بذلك؛ لأنها مسائلٌ مجموعةٌ⁽¹⁾.

وإذا أطلقت المدونة على كتاب انصرفت إلى ما لخصه ورتبه واستدل له بالآثار وفتاوى الصحابة والتابعين الإمام سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخي من مسائل شيخه عبد الرحمن بن القاسم العتقي، عن الإمام مالك بن أنس - رحم الله جميعهم ورضي عنهم.

قال ابن أبي زيد رحمته الله: «الكتبُ المدونة من علم مالك وأصحابه وما أضيف إليها من الكتب المسماة بالمختلطة، هذه الكتب أشهر دواوينهم، وأعلى

(1) الأجوبة الناصرية، لابن ناصر الدرعي (مخطوط يحفظ أصله في خزانة مركز نجيبويه

للمخطوطات، وخدمة التراث)، لوحة: [47/أ].

وانظر هذا الكلام منسوباً إلى ابن ناصر في إتحاف المقتنع بالقليل (نور البصر)، لأبي العباس أحمد بن عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، ص: 216.

ما دُونَ في الفقه من كتبهم، وأكثر ما جرى به على أسع الناقلين لها من أئمتهم» (1).

ولتأليف المدونة حكايةً يوردها السادة المالكية في كتب التراجم والطبقات، وغالباً ما يقدمها شُراح المدونة ومختصروها بين يدي مصنفاتهم، حتى ذاعت وشاعت مع اختلافٍ يسير فيها.

قال أبو الحسن الزرويلي رحمته الله: «... أقام ابنُ القاسم متغرباً عن بلده في رحلته إلى مالِك عشرين سنةً، حتى مات مالِك رحمته الله، ورحل - أيضاً - سحنون إلى ابن القاسم، فكان ممن قرأ عليه مسائل المدونة والمختلطة ودونها... وكانت مؤلفةً على مذهب أهل العراق، فسَلَخَ أسدُ بنُ الفرات منها الأسئلة، وقدم بها المدينة؛ ليسأل عنها مالِكاً رحمته الله، ويردها على مذهبه، فألفاه قد مات، فأتى أشهب؛ ليسأله عنها، فسمعه يقول: أخطأ مالِك في مسألة كذا، وأخطأ في مسألة كذا، فتنقَّصه بذلك وعابه، ولم يرضَ قوله فيها، وقال: ما أشبهُ هذا إلا كرجل بال إلى جانب بحرٍ، فقال: هذا بحرٌ آخر، فنزل على ابن القاسم، فأتاه فرغب إليه في ذلك، فأبى عليه، فلم يزل به حتى شرح الله صدره لما سأله، فجعل يسأله عنها مسألةً مسألةً، فما كان عنده فيه سماعٌ من مالِك قال: سمعتُ مالِكاً يقول كذا وكذا، وما لم يكن عنده عن مالِك إلا بلاغٌ، قال: لم أسمع من مالِك في ذلك شيئاً، وبلغني عن مالِك أنه قال فيه كذا وكذا، وما لم يكن عنده فيه سماعٌ ولا بلاغٌ، قال: لم أسمع من مالِك في ذلك شيئاً، والذي أراه فيها كذا وكذا، حتى أكملها، فرجع إلى بلده بها، فطلبها منه سحنون، فأبى عليه فيها، فتحيل عليه حتى صارت الكتب عنده، فانتسخها، ثم رحل بها إلى ابن القاسم، فقرأها عليه، فرجع منها عن مسائل، وكتب ابنُ

(1) اختصار المدونة والمختلطة، لابن أبي زيد القيرواني: 11/1.

القاسم إلى أسد ابن الفرات أن يصلح كتابه على ما في كتاب سحنون، فأَنْفَ أسدٌ من ذلك وأباه، فبلغ ذلك ابنَ القاسم فدعا عليه ألا يبارك له فيها - وكان مجاب الدعوة - فأجيبته دعوته، ولم يُشْتَغَلْ بكتابه، ومال الناس إلى قراءة المدونة، ونفع الله بها»⁽¹⁾.

ولعل من بركة عرض سحنون مسائل المدونة على ابن القاسم ودعاء ابن القاسم له، أنْ عرض مسائلها أضحى سنة تتبع عند العلماء من بعده جيلاً بعد جيل، يتلقونها روايةً، ويعرضها اللاحق على السابق، والناسخ على الأصل المنسوخ منه، وهكذا.

قال أبو بكر ابن أبي جمرة الأندلسي (ت 559هـ) في كتابه «إكليل التقليد»: من تكرم الشيوخ عَرَضَ «المدونة» فَأَنَسَتْ نفوسُهُم إليها بعد أن أَلْفَت معانيها، واستَحَكَمَتْ عندهم صحَّةُ أصولها وفروعها، وما سَبَقَ إلى النَّفس أَلْفَتُهُ، وما أَلْفَتُهُ عَسِرَ عليها الانفصالُ منه والعُدُولُ عنه، هذا مُدْرِكٌ بالعادة، صحيحٌ بالخبر، فاكْتَسَبُوا من العُكُوفِ وكثيرةِ الدرس لها، والتفقه فيها خصالاً محمودةً، مع الدراية في الأحكام، ومعرفة الحلال والحرام. اهـ»⁽²⁾.

ثم إن سحنون رحمته الله لم يكتف بعرضها على ابن القاسم وتصحيحه لمسائلها، بل أمعن الفكر فيها، ومضى ينقحها ويصححها - وفعل ذلك في أكثرها - بعد رجوعه بها إلى القيروان.

(1) تقييد أبي الحسن الزرويلي على تهذيب البراذعي للمدونة (مخطوط يُحْفَظُ أصله تحت رقم 12356 في الخزانة الحسينية بالقصر الملكي في الرباط)، لوحة: [3/أ]، ورأيت هذا الكلام بطوله بتصرف يسير في الأجوبة الناصرية، لابن ناصر الدرعي (مخطوط يُحْفَظُ أصله في خزانة مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث).

(2) القصد الواجب في اصطلاح ابن الحاجب، للونشريسي (العدد الخامس من مجلة قطر الندى العلميّة المحكّمة)، ص: 28.

قال عياض في «التنبيهات»: «... ثم إنَّ سَحْنُونَ بن سعيد نظر فيها نظراً آخر وبوبها، وطرح مسائل منها، وأضاف الشكل إلى شكله - على رتبة التصانيف والدواوين - واحتجَّ لمسائلها بالأثار من روايته من موطأ ابن وهب وغيره، فسميت تلك الكتب المدوَّنة⁽¹⁾، وبقيت منها بقية لم ينظر فيها ذلك النظر إلى أن توفي، فبقيت على أصلها من تأليف أسد فسميت بالمختلطة؛ لاختلاط مسائلها، وليفرق بينها وبين ما دون منها، وهي كتبٌ معلومة⁽²⁾».

قلت: هذا الكلام مؤداه أن المختلطة هي الأسدية عينها، ثم قُصر المعنى المراد بها على الكتب التي لم ينقحها سحنون من كتب الأسدية بعد عرضها على ابن القاسم، وخصَّصت بذلك.

وإعمالاً لقاعدة تقديم الخصوص على العموم نصير إلى القول:

إنَّ الأسدية هي أصل سماع أسد بن الفرات من ابن القاسم وما عرضه عليه من الكتب المدوَّنة على مذهب الإمام مالك.

والمدوَّنة هي ما راجعه ونقَّحه سحنون من كتب الأسدية - بعد عرضها على ابن القاسم - ثم أعاد النظر فيها فزاد عليها، ونقص منها، وألحق بها من الأخبار والآثار ما شاء الله له أن يُلحِق.

والمختلطة هي كتب الأسدية التي عرضها سحنون على ابن القاسم،

(1) قلت: لم يكن إصلاح سحنون لمسائل المدونة اجتهاداً رآه من تلقاء نفسه، بل كان روايته عن الشيوخ، وفي مقدمتهم ابن القاسم، وهذا مستفاد من قول سحنون الذي أورده عياض عنه، ونصه: «قال سحنون: يصلح كلام ابن القاسم بكلام ابن القاسم»، فليُعلم. وانظره في التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2110.

(2) التنبيهات المستنبطة، للقاضي عياض: 4/1.

وصحَّحها عليه، ولكنه لم ينظر فيها النظرة الأخيرة التي ذكرها عياض وغيره، وهي نظرة التمهيص والتحقيق التي أسفرت عن اعتماد النص الذي تناقله ورواه عن سحنون الأئمة الأثباتُ المسندون جيلاً بعد جيل.

ومما يفيد كلام القاضي عياض المتقدم أن الكتب التي بقيت على اختلاطها معلومة له، وإن لم يسمَّها في كتبه.

وفي ترتيب المدارك⁽¹⁾ - له - أن أبا أيوب سليمان بن عبد الله بن المبارك - المعروف بأبي المشتري - هو من بَوَّبَ الكتب المختلطة التي لم ينقِّحها سحنون في المدونة.

ولم أجد في تحديد تلك الأبواب التي بقيت على اختلاطها في المدونة إلا ما بلغني منقولاً عن طرّة وُجِدَت على نسخة خطيّة لنكت عبد الحق الصقلي على المدونة يحفظ أصلها في خزانة ابن يوسف بمراكش الحمراء، وفيها ما نصّه: «تسمية المختلطة من كتب المدونة: الصيد، الذبائح، الحج الثالث، الأفضية، الشفعة، القسمة، الغصب، حريم البئر (أو الآبار)، الرهون، اللقطة، الضوال، الوديعة، العارية، الهبات، الجراحات، السرقة، المحاربين، الرجم، القذف، الديات».

ووقفتُ في «التنبيهات» على قول القاضي رحمته الله: «والمسائل المختلطة من مسائل إقرار المديان إلى مسألة الصبي يدفع إليه سلاح ثابتة في كثير من النسخ، وكانت ثابتة في كتاب ابن عتاب، وكتب عليها: لم يقرأها سحنون، وقد قرأها ابن وضاح، وكانت ثابتة في كتاب ابن المرابط، وقرأناها على ابن عتاب»⁽²⁾.

(1) انظر: ترتيب المدارك، لعياض: 146/6.

(2) التنبيهات المستنبطة، للقاضي عياض: 448/2.

وفي هذا الكلام إشارة إلى أن المسائل المختلطة هي ما لم يقرأه سحنون بعد رجوعه بها مصححةً على ابن القاسم، وأنَّ مسائل المختلطة ظَلَّت في المدوَّنة يقرؤها رواتها، وتقرأ عليهم قريباً من عصر تدوينها.

* محنة المدونة الكبرى:

قلت: إن صحَّ أن يوصف بالمحنة ما وقع عند تدوين المدوَّنة على يد أسد بن الفرات ابتداءً، ثم عرضها على ابن القاسم فتنقيح معظمها على يد سحنون ابن سعيد التنوخي انتهاءً، وما تخلَّل ذلك مما يكثر وقوعه بين الأقران، وما أعقبه من بقاء بعضها على اختلاطه من غير تنقيح، فلن تكون هذه الحال المحنة الوحيدة التي تعرَّضت لها المدوَّنة الكبرى، بل ثمة ما لحق بها بعد أن استقرَّ حالها وتناقلها العلماء مسندةً إلى مصنِّفها، وهو ما كتب عنه بعض المعاصرين تحت عنوان «محنة المدوَّنة»⁽¹⁾.

والمحنة التي يعنون هي ما لحق بالمدونة خاصةً وبسائر كتب الفروع الفقهية عامة أيام حكم الموحدين للمغرب، حيث سعى الخليفة الموحد عبد المؤمن بن علي، المتوفى سنة 558هـ، إلى صرف الفقهاء عنها، والاستعاضة عنها وعن غيرها من الأمهات بكتاب جديد سُمِّي بـ «أعز ما يطلب»⁽²⁾، ولكنه لم يفلح فيما أراد، حتى خلفه ابنه أبو يعقوب يوسف، المتوفى سنة 580هـ، فأمر

(1) انظر: محنة المدونة الكبرى وتفريط مالكية العصر فيها (مقال في نشرة المجلس العلمي بتازة).

(2) هو: كتاب أعز ما يطلب، لأبي عبد الله، محمد بن عبد الله بن تومرت البربري، المصمودي، المدعي أنه علوي حسني نسباً، وأنه الإمام المعصوم المهدي، ألف كتاب «أعز ما يطلب» في العقيدة فوافق المعتزلة في شيء، والأشعرية في شيء، وكان فيه تشيُّع ويقول بعصمة الإمام علي على رأي الإمامية من الشيعة. انظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي: 548/19.

بإحراق المدوّنة وسائر كتب الفروع بدعوى عدول الناس عن الكتاب والسنة إلى ما فيها من روايات وأقوال الرجال، ولكن أمره لم ينفذ إلا في عهد يعقوب المنصور، المتوفى سنة 594 هـ، فأحرقت المدوّنة، وابتلي الفقهاء في ذلك أشد البلاء، وقد وصف الحال التي آلت إليها الأمور عبد الواحد المراكشي، فقال: «وفي أيامه انقطع علم الفروع، وخافه الفقهاء، وأمر بإحراق كتب المذهب بعد أن مجرد ما فيها من أحاديث رسول الله ﷺ والقرآن، ففعل ذلك، فأحرق منها جملة في سائر البلاد، كمدونة سحنون، وكتاب ابن يونس، ونوادير ابن أبي زيد، وما جانس هذه الكتب ونحانحوها، لقد شهدتُ منها وأنا يومئذ بمدينة فاس يؤتى منها بالأحمال وتوضع وتُطلق فيها النار، وتقدّم إلى الناس في ترك الاشتغال بعلم الرأي والخوض في شيء منه، وتوعّد يعقوب على ذلك بالعقوبة الشديدة»⁽¹⁾، وتكررت عملية الإحراق في عهد ولده محمد الناصر، المتوفى سنة 610 هـ، فأمر بإحراق ما لم تلتهمه النيران في عصر والده من نسخ المدوّنة.

ولم يعد للمدونة مجدها السالف - كما ينبغي - إلا بعد أن أمر السلطان محمد بن عبد الله، المتوفى سنة 1203 هـ باعتمادها إلى جانب المصنفات المكملة والمقربة لها حصراً للتدريس في جامع القرويين؛ قاصداً بذلك إحياء المذهب والعودة به إلى أصوله المعتمدة وينايعه الصافية.

هذا عن مدونة سحنون من عصر التأليف إلى عصر الاستقرار مروراً بمرحلة المحنة التي تعرضت لها في عهد الموحّدين.

(1) المعجب في تلخيص أخبار المغرب، للمراكشي: 278/1.

* طبعات المدونة الكبرى :

ويحسُن أن أختم الحديث عن المدونة بكلمة موجزة عن طبعاتها في العصر الحالي فأقول مستعيناً بالله تعالى:

في سنة 1323هـ - حين كانت الطباعة في المغرب الأقصى حجرية في الغالب - ظهرت في مصر الطبعة الأولى للمدونة الكبرى، فتلقاها العلماء بالقبول، وتواصوا بها؛ نظراً لقوة الأصل المخطوط الذي اعتمدت عليه، ولمكانة من جلب ذلك الأصل ووقف على طباعته، وفي ذلك يقول فقيه المالكية في مصر إذ ذاك الشيخ سليم البشري رحمته الله:

«... اطلعنا على نسخة المدونة التي استحضرها من المغرب الأقصى، وطبع عليها بنفقتة حضرة الحاج محمد أفندي الساسي المغربي التونسي، فإذا هي مظنة الصحة والضبط، جديرةً بالاعتماد عليها، والركون - في إجراء الطبع والتصحيح إليها - دون سواها؛ لقدم عهد كتابتها، وكثرة تداولها بأيدي علماء المالكية المتقدمين، ولما على هوا مشها من التقارير والفوائد لبعض أكابر المالكية، كالقاضي عياض، وابن رشد، وغيرهما من الأئمة الأعلام المتقدمين، وهي مكتوبة في رَقِّ غزالٍ بخطٍ مغربي واضح، كتبها عبد الملك بن مسرة بن خلف اليحصبي في أجزاء كثيرة جداً، وتاريخ كتابتها سنة 476هـ»⁽¹⁾.

وقد أعيد نشر هذه الطبعة مراراً - بالتصوير - في دار صادر للطباعة والنشر، ولا تزال الأكثر تداولاً واعتماداً عند متفقهة زماننا.

(1) قال مُحَقِّقُهُ أبو الهيثم الشهبائي: لا يخفى على متابع أن عامةً المشتغلين بطباعة الكتب ونشرها في ذلك العصر كانوا أهل حضور للذهن، ودقة في الضبط، فضلاً عن كون أكثرهم من العلماء المحققين، والنظار المتقنين الذين اتخذوا نشر الكتاب رسالةً لا تجارة؛ ولذلك تباع نفائس المطبوعات القديمة في يومنا هذا بأثمان تضاهي أثمان المخطوطات، وقد تزيد عليها، فسبحان من جعل للسبق فضيلة تخصُّ المتقدمين، وتستعصي على أكثر المتأخرين.

وتقع هذه النسخة في ستة عشر جزءاً، أصدرتها مكتبة السعادة في ثمان مجلدات، ونشرتها دار صادر في ستة مجلدات بعد ضم بعض الأجزاء إلى بعض في المجلد الواحد.

ثم تلتها طبعة المكتبة الخيرية بالقاهرة سنة 1324هـ في أربعة مجلدات بهامشها كتاب «المقدمات الممهدة»، للقاضي أبي الوليد ابن رشد.

وقد أعادت دار الفكر نشر هذا الطبعة - بالتصوير - في بيروت سنة 1398هـ.

وفي نفس الحجم - أيضاً - نُشِرَت المدونة دار الكتب العلمية في بيروت،

سنة 1415هـ في طبعةٍ قيل إنها محققة، ونسب تحقيقها إلى زكريا عميرات.

ثم ظهرت طبعة المكتبة العصرية في صيدا بלבnan سنة 1419هـ، في تسعة

مجلدات محققة تحقيقاً لم يعتقها من أخطاء النسخ والضبط، فلم ترو غليلاً، ولم تشف عليلاً، وهي أقل طبعات المدونة اعتماداً في مصادر التحقيق عند المشتغلين بكتب المذهب.

إلى أن ظهرت في اثني عشر مجلداً طبعة المدونة الأشهر والأتم في دولة

الإمارات العربية المتحدة، وكان نشرها سنة 1422هـ، بتحقيق السيد علي ابن السيد عبد الرحمن الهاشمي وعلى نفقة رئيس الدولة الراحل الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان.

وتجاوزت هذه الطبعة كثيراً من المآخذ على الطبعات السابقة، ولو طبعت طبعة

تجارية لعم نفعها الطلاب والمتفهمة، ولكنها طبعت ووزعت وقفاً على طلاب العلم وأهله، وأكثرهم لم يصل إليها، ولم يقف عليها، فحرم الإفادة منها.

وإننا لناخذ على عاتقنا - بعون الله وتوفيقه - إن طال بنا العمر، وعادت

إلينا الصحة والعافية، أن نضع المدونة في قائمة أولوياتنا لخدمتها وإتاحتها

لكل من يحتاجها.

وما إخراجنا التنبيهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة، للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، المتوفى سنة: 544هـ، ومن بعده اختصار المدونة والمختلطة، للشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المتوفى سنة: 386هـ، إلا وفاءً بهذا الالتزام.

وثمة خطوات أخرى نخطوها للوفاء بالتزامنا تجاه المدونة وما كتب عليها؛ وقد شرعنا في بعضها مثل العمل على تحقيق ونشر "التقييد الأوسط على تهذيب البراذعي"، وهو من تأليف أبي الحسن علي بن عبد الحق الزروبي الفاسي الشهير بالصغير، المتوفى سنة 719هـ، وتكميل التقييد، الذي سماه بعضهم "إتحاف ذوي الذكاء والمعرفة" بتكميل تقييد أبي الحسن وتحليل تعقيد ابن عرفة، وهو من تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن غازي العثماني المكناسي، المتوفى سنة 919هـ.

* بداية عنايتنا بتعليقة الوانوغوي:

ومما لفت نظرنا أثناء العمل في التكميل كثرة نقوله عن الوانوغوي، وتصريحه بنسبة بعض تلك النقول إلى تعليقة الوانوغوي على التهذيب، مما يجعلها مصدراً أصيلاً من مصادر التكميل يضاف إلى أمهات الكتب التي نقل عنها ومنها ابن غازي في كتابه النفيس.

الأمر الذي دفع بنا إلى تقديم العمل على تحقيق ونشر تعليقة الوانوغوي على التكميل والتقييد، لكونها نقطة انطلاق في توثيق النصوص وعزو النقول التي نسبها ابن غازي وغيره إليها⁽¹⁾.

(1) عني علماء كثر - غير ابن غازي المكناسي - بتعليقة الوانوغوي، وهم في النقل منها بين مقل

* المخطوطات المعتمدة في التحقيق:

وقد كنت حصلت - عن طريق الشراء - على نسخة خطية أصلية لتكملة المشدالي على تعليقة الوانوغي فنظرت فيها لعلها تصلح للتحقيق؛ فألفيتها غير كافية لتحقيق المراد؛ لأن في بعض كتبها تداخلاً بين كلام الوانوغي وكلام المشدالي يصعب الفصل بينهما، مما حتمَّ عليَّ البحث عن نسخة للتعليقة تكون منفردة عن التكميل، فكان لي ما أردت.

ومكثر؛ فمن الكثيرين في النقل عنها من كُتُبهم بين يديَّ:

* أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق، المتوفى سنة 899 هـ، في شرحه على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.

* أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المتوفى سنة 914 هـ، في كتابه: «المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب».

* محمد بن أحمد بن غازي العثماني، المتوفى سنة 919 هـ، في كتابه: «شفاء الغليل في حل مقفل خليل».

* شمس الدين محمد بن إبراهيم بن خليل، التتائي، المصري، المالكي، المتوفى سنة 942 هـ، في كتابه: "جواهر الدرر في حل المختصر".

* شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني، المتوفى سنة 954 هـ، في كتابه: «مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل»، وكتابه: «تحرير الكلام في مسائل الالتزام».

* محمد بن أحمد بن محمد المالكي، الملقب بميارة الفاسي، المتوفى سنة 1072 هـ، في كتابه: «الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحُكَّام».

* أبو عبد الله، محمد بن عبد الله الخرشي، المصري، المتوفى سنة 1101 هـ، في شروحه على مختصر الشيخ خليل.

* شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المتوفى سنة 1230 هـ، في حاشيته على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير المتوفى سنة 1201 هـ.

* أبو الحسن، علي بن عبد السلام، التسولي، المتوفى سنة 1258 هـ، في كتابه: "البهجة في شرح التحفة".

* محمد عlish، في كتابه: "منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل"، وكتابه: "فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك".

فقد وقفت على نسخة خطية يحفظ أصلها في مكتبة الشيخ محمد عبد الحي الكتاني رحمته الله في الرباط، وأخرى في مكتبة أهل أحمد شريف رحمته الله بشنقيط، فحصلت على صورة أولاهما من الخزانة العامة بالرباط، وزودني الأخ الشيخ محمد ولد بتار ولد الطلبة الشنقيطي على تصوير ثابتهما، واستعنت الله تعالى على اعتمادهما في العمل على تحقيق التعليقة، وأدرجت في هوامشها ما لا غنى عنه من تكميلها.

* تعريفٌ بالتعليقة ومنهج الوانوعي في تصنيفها:

ومما يحسن ذكره في التعريف بالتعليقة، ومنهج الوانوعي في تصنيفها ما قيده أثناء قلب النظر - المرة بعد المرة وقبل وضع القلم -؛ النقاط التالية:

أولاً: سمى الوانوعي كتابه هذا تعليقاً في موضعين؛ أولهما: في صدر الكتاب حيث قال رحمته الله: (هذا تعليق لطيف على المدونة تقف عنده الأفاضل ويعترف بصحته المهرة المحصلون والفقهاء المتفوقون المحققون؛ وبينه هذه الدعوى الإحاطة بمكنون هذا المرسوم)⁽¹⁾. وثانيهما: في ثاباه، حيث قال رحمته الله: (قد ذكرنا بعضه في غير هذا التعليق)⁽²⁾.

وسماه كذلك المشدالي في مطلع التكميل⁽³⁾، بينما سماه الأكثرون: حاشية على المدونة⁽⁴⁾، وربما أشير إليه أيضاً على أنه طرر على المدونة⁽⁵⁾.

(1) النص المحقق: 39/1.

(2) النص المحقق: 331/1.

(3) تكملة المشدالي على تعليقة الوانوعي (نسخة أصلية مخطوطة يحفظ أصلها في مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث)، لوحة: 1000/1.

(4) جامع الشروح والحواشي، للحبشي: 235 و236.

(5) وصفه بالطرر على المدونة: محمد حسين مخلوف، في شجرة النور الزكية: 243/1.

والذي ارتضيناه في ضبط عنوان الكتاب هو ما جرى عليه مفهرسو الخزانات العامة والخاصة - ونحن منهم - هو عنوانه الكتاب بـ (تعليقة الوانوغوي) على تهذيب المدونة.

ثانياً: من تعمق في التعليقة وقف على فوائد وفرائد في اللغة والمنطق والأصول والتاريخ والنوازل، وغير ذلك، ولا عجب - والحال هذه - أن يكون حظ الفقه هو الأقل في التعليقة، من أولها إلى آخرها، ولا أصدق في التعريف بالكتاب من قول مؤلفه رحمته في خطبتها: (غرضي فيه التنقير على مباحث شريفة ولطائف ظريفة، وتجافيت فيه عن الكلام الضعيف أو المشهور في كتب أصحابنا، وطريقتهم تنتج المقال عن كثرة الأتقال. فصار بصفة لا يستغنى عنه المحصل - ولو بدع في زعمه - ولا اللبيب - ولو نازع الكواكب في منزعه - والله تعالى ينفعنا به، إنه سميعٌ مجيبٌ، آمين، آمين).

ثالثاً: ربما نقل الوانوغوي بالمعنى بأسلوب يوهم - فيه - أنه نقل بالنص، كمثل قوله: وقد قال صاحب الصحاح: (الأزل: القدم). قال: وذكر بعض أهل العلم أن أصل هذه اللفظة القديم (لم يزل) ثم نُسب إليه (أزلي) على غير قياس، كما قالوا في المنسوب إلى ذي يزن (أزني) انتهى (1).

قلت: "الذي قاله الجوهرى في الصحاح: ذكر بعض أهل العلم أن أصل هذه الكلمة قولهم للقدم: لم يزل، ثم نسب إلى هذا، فلم يستقم إلا باختصار، فقالوا: يزلي، ثم أبدلت الياء ألفاً؛ لأنها أخف، فقالوا: أزلي، كما قالوا في الرمح المنسوب إلى ذي يزن: أزني. اهـ" (2).

(1) النص المحقق: 42/1.

(2) الصحاح، للجوهرى: 1622/4.

رابعاً: ربما أسهب الوانوغني في شرح بعض عبارات "التهذيب" العقديّة، على منهج أهل الكلام؛ مثال ذلك: قوله عند قول البراذعي: (لا إله إلا الله)⁽¹⁾: ههنا بحث: قال التبريزي وغيره: خبر (لا) التبرئة محذوفٌ تقديرُه (في الوجود)، ولا يجوز أن يكون الاستثناء خبراً؛ لأنه من مذكورٍ، والقصد الإخراج؛ لأن المستثنى منه عام، والمستثنى خاص، ولو كان خبراً لزم منه الإخبار عن العام بالخاص.

ابن هشام: قول بعضهم: إن اسم الله (خبرُ التبرئة) يُردُّ؛ لأنها لا تعمل إلا في النكرة المنفيّة، واسم الله تعالى معرفةٌ موجبةٌ.

قلتُ -أي الوانوغني-: بحثتُ مع بعض الفضلاء من قضاة الديار المصرية ألقائل أن يقول: إن (لا إله) الذي هو مستثنى منه، إن كان باعتبار ما تناوله المفهوم لزم الخُلف، وإن كان لا باعتبار كون مفهومه كلياً، بل بمعنى أنه مُتَّجِدٌ فيلزم استثناء الشيء من نفسه!

أجاب بأن قال: نختار الثاني، ولا يلزم المحذور المذكور؛ لأن المفهوم من المستثنى منه شيءٌ له العبادة بحق، والمفهوم من المستثنى ذاتٌ تجب عبادتها، والامتناع في صدق وصفين على موضوع واحد.

قلتُ له: هذا غير صحيح؛ من وجهين:

أحدهما؛ أن يقال: هذا الاستثناء إما أن يكون منفصلاً فيلزم المحذور الأول، أو متصلاً فيلزم تقدير كون المستثنى منه عاماً؛ فيلزم بطلان الاتحاد.

الوجه الثاني؛ أن قولكم: (لا) امتناعٌ في صدق وصفين... إلى آخره، إنما ذلك حيث يكون الوصفان مثبتين، أما إذا كان أحدهما منفيّاً والآخر مثبتاً فلا.

(1) انظر المسألة في: تهذيب البراذعي: 226/1.

فسلّمه واعترف بصِحّته .

قلتُ: قال في "شرح الإمام": النحويون يقولون في (لا إله إلا الله)، وأمثاله أن خبر (لا) محذوفٌ، ويقدرونه بـ (لا إله موجودٌ)، وما أشبه ذلك، ونازعهم في ذلك بعض أكابر المتكلمين بناءً على أن نفي الماهية من غير قيدٍ أعمُّ من نفيها بقيدٍ، والتقديراتُ المذكورةٌ مقيّدةٌ، فكان الأول أولى.

وقال بعضهم: لا خلاف بين النُّحاة أن (إلا) هنا بمعنى (غير)، والتقدير: لا إله غيرُ الله كقول الشاعر:

وكل أخ يفارقه أخوه لعمرُ أبيك إلا الفرقدان

أي: غير الفرقدين.

وقال تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا...﴾ الآية [سورة

الأنبياء: 22].

قال: والذي يدل على صحته أنا لو حملنا (إلا) على الاستثناء لم يكن قولنا: (لا إله إلا الله) توحيداً محضاً؛ فإن تقدير الكلام لا آلهة مستثنى منهم الله، ولا يكون نفي الآلهة لا يستثنى منهم الله، بل هو عند من يقول بدليل الخطاب يكون إثباتاً لذلك، وهو كفرٌ.

ولما اتفقوا على إفادته التوحيد وجب حملُ (إلا) على معنى (غير). اهـ (1).

خامساً: يكثر الوانوعي: من إيراد مسائل أصولية يستدل لها أو بها في تعليقه؛ ومن أمثلة ذلك:

مثال أوّل: مسألة إخراج الخاص من العام في قوله: «وأخرجوا مسجد الحرام من عموم كل مسجد؛ لأن تحيته الطواف، وكذا فعل ﷺ» (2).

(1) النص المحقق: 114/1.

(2) النص المحقق: 137/1.

مثال ثانٍ: مسألة: تخصيص العموم بالقياس؛ في قوله: «وعندي أن دلالة حديث: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يصلي ركعتين» لا تتناول مسألة تكرار الركوع بتكرار الدخول؛ لأنه إن نظرنا إلى صيغة النهي، فالنهي يتناول جلوساً قبل الركوع، فإذا لم يحصل الجلوس أصلاً لم يفعل المنهي، وإن نظرنا إلى صيغة الأمر، فالأمر توجه لركوع قبل جلوس، فإذا انتفياً معاً لم يخالف الأمر. اهـ (1).

سادساً: قد يسهب الوانوغوي إسهاباً لا طائل من ورائه، وقد يأتي فيه بما لا علاقة له بموضوع الكتاب ولا ما صنف من أجله؛ كمثل توسعه -جداً- في ذكر مسائل وأحكام الجان، حيث نقل نقلاً مطولاً في هذا الموضوع كان يكفي لو جاء فيه بكلمات قلائل، ولكنه تعدى الكلمات إلى الفقرات، بل والصفحات التي جاء بها بطولها من كتاب "آكام المرجان في أحكام الجان"، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الشبلي الدمشقي الحنفي، المتوفى سنة 769هـ، تناول فيها مسائل من قبيل إمامة الجنّي، ودخوله الجنّة، وأكله وشربه، ورؤيته الله تعالى، والتزواج بين الجنّ والإنس (2).

سابعاً: يكثر الوانوغوي من ذكر مجالسته ومشافهته، وذكر ما فتح الله عليه في تلك المجالس؛ كمثل قوله: (وقد شافهتُ شيخنا بهذا البحث معه، وقررت له الردّ على ما قال مما كتبنا عام قدومي من المشرق، فلم يجد له جواباً، والله تعالى واهب الفضائل) (3).

ثامناً: نجد في تعليقه الوانوغوي ما لا نجده في غيرها من أقوال شيوخه

(1) النص المحقق: 137/1.

(2) النص المحقق: 127/1-128.

(3) النص المحقق: 46/1.

- كابن عرفة وغيره- لأنها من سماعاته وليست مما كتبوه في كتبهم أو كُتِبَ عنهم؛ ومن أمثلة ذلك:

مثال أول: سألتُ شيخنا عمَّن جعل دباءً أو باذنجاناً أو بقللاً في ماء، ثم وجد في ذلك فأرة؟ قال: يغسله ويأكله. اه(1).

مثال ثانٍ: البراذعي: (ولو أجر عبداً ثم باعه)(2).

الوانوغي: في هذا الباب مسألة وقع البحث فيها بالديار المصرية بين المالكية والشافعية؛ وهى: أرض شركة بين اثنين نصفين - مثلاً - أجر أحدهما نصيبه من أجنبي أربعة أعوام - مثلاً - ثم لما مضى عامان حبس نصيبه، ثم قَسَمَ الأرض، فصار نصيب المحبس في ناحية، ثم قام المكثري وأراد فسخ القسمة، واحتج بأن حقه في نصف الأرض شائعاً أحسن منه متميزاً ولا وقعت الإجارة إلا كذلك. فهل له مقال أم لا؟

فأجاب شيخنا شيخ الإسلام أبو حفص عمر البلقيني ثم الشافعي: بأن القسمة صحيحة، ولا مقال للمكثري.

وأجاب بعض المالكية بأن قال: لا تصح القسمة، وتفسخ... وقال شيخنا ناصر الدين قاضي القضاة بالديار المصرية: لا تصح القسمة؛ لتعلق حق المكثري على طريق الشيوع... قلت - أي الوانوغي - والصواب جواب شيخنا الشافعي، ويشهد له ما في المدونة وغيرها. اه(3).

(1) النص المحقق: 50/1.

(2) انظر: المسألة في تهذيب البرذاعي: 370/3.

(3) انظر: النص المحقق: 165/2، ولله در الوانوغي - وهو مالكي جلد - لم يمنعه مذهبه بمذهب إمام دار الهجرة من ترجيح البلقيني الشافعي، وتقدمه على قول شيخه ابن التني.

تاسعاً: أودع الوانوعي في تعليقه كثيراً من النوازل التي نزلت في عصره، فأجاب عنها هو أو غيره، وهذا أمرٌ مفيد في دراسة الحالة العلمية لعصر المؤلف.

فمن أمثلة ما حكم به بنفسه؛ ما ذكره في قوله: وَقَعْتُ عِنْدِي مَسْأَلَةٌ عَامٌ أَرْبَعَةٌ، وَأَنَا أَثْبَتُهَا هُنَا وَهِيَ: رَجُلٌ اسْتَظْهَرَ بِعَقْدِ حَبْسٍ مَعْقَبٍ بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ أَعْذَرْتُ لِعَرِيمِهِ فَقَدَحَ فِي أَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ بِمَا سَقَطَتْ بِهِ شَهَادَتُهُ، فَلَمَّا بَقِيَ شَاهِدٌ وَاحِدٌ ضَعَفَ الرَّسْمَ، فَقُلْتُ لِصَاحِبِهِ: هَلْ عِنْدَكَ مِنْ تَحْيِيهِ بِهِ وَتَقْوِيهِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَأَجَلَّتْهُ أَيَّامًا ثُمَّ أَتَى بِشَاهِدٍ يَشْهَدُ بِالتَّحْيِيسِ الْمَوْصُوفِ فَافْتَقَرَ إِلَى تَرْكِيئِهِ، فَأَتَانِي بِالْعَدْلِ الْبَاقِي لَهُ فِي رِسْمِهِ لِيُزَكِّيَ هَذَا الثَّانِي، فَهَلْ تَصِحُّ تَرْكِيئُهُ لَهُ، وَيَتِمُّ الرَّسْمُ؟ أَمْ لَا؟

فقلت: في هذه المسألة لا تصح.

ثم أتاني بعدول آخرين زكوه فصح الرسم بعد الإعذار والتسليم.

وأخذتُ ما قلنا من قول سحنون في العتبية، ونصّه: سئل عمن يأتي بشاهدين بحق على رجل، ثم يأتي بعدلين يشهدان له - أيضاً - بذلك الحق على الرجل الذي شهد عليه الشاهدان الأولان، فيزكي الشاهدان الأخيران الأولين؟

قال: شهدتهما جائزة وتزكيتهما، وقد ثبت الحق على من شهدوا عليه.

قيل له: ولم؟

قال: من قبل أن الشاهدين قد ثبتا لا محالة؛ لأن الشاهدين الآخرين زادا

صاحب الحق خيراً، أرايت لو جاؤوا مجيء مزكّيين ألم تثبت تزكيتهما؟

فلما قالوا: شهدنا أن هؤلاء شهدوا بحق، وأن الحق لهذا، فقد زادوه قوةً

وتثبيتاً لحقه.

قيل له: فلو شهد هذان الرجلان وهذان الرجلان لرجل بحقّين مختلفين
وزكى هؤلاء وهؤلاء؟

فقال: تزكيتهم وشهادتهم جائزة .

وجه الأخذ أنه علل صحة تزكية الأخيرين للأوليين بتقرر الحق بالأولين
- يريد في العدد - ولهذا قال: لو فرض إسقاط عدد الأخيرين بالنسبة إلى
شهادتهم، وأتوا بمجرد التزكية صحت، فمفهومه: لو لم يكمل الحق الأول لم
تصح التزكية؛ لأنه جار بشهادته نفعاً.

وأخذت ذلك أيضاً من جوابِ نُسب لابن عبد السلام في عين هذه
النازلة، وقويته من مسائل في هذا المعنى، والله تعالى يلهمنا الصواب، إنّه كريمٌ
وهابٌ. اهـ (1).

ومن أمثلة ما حكى فيه جواب غيره عن نازلة نزلت في عصره: قال شيخنا
ابن عرفة: انظر لو تزوجت قبل حيضة، فأنت بولد خمسة أشهر، ثم بولد آخر
لشهرين. قال: ونزلت في تونس، فأفتيت فيها بأن الولد الأول للأول والثاني
للثاني.

قلتُ له: هذا مشكل بما في لعانها وغيرها. قال: نعم.

وقد كان الشيوخ يستشكلونه بما ذكرت، لكن الفرق بينهما أن ما في اللعان
الواحد متحد وهنا متعدد، فيصدق على الولد الثاني في نازلتنا أنها وضعت
لأكثر من ستة أشهر، فيكون للثاني. اهـ (2).

عاشراً: لم يُغفل الوانوعي - غالباً - استنباط ما حمل البراذعي على اختصار

(1) النص المحقق: 480/2.

(2) النص المحقق: 264/1.

كثير من عبارات المدونة في تهذيبه، ومن أمثلة ذلك:

مثال أول:

البراذعي: (قيل: لم وقعت به الحرمة؟) (1).

الوانوغي: اختصرها لإشكالها من وجهين:

الأول: بالنسبة إلى أسد، وتقرير ما يخيله من الإشكال أن يقال: استشكل أسد نشر الحرمة مع كونه نجساً، فكأنه يقول: القول بنجاسته مع نشره الحرمة متناف ... الوجه الثاني: بالنسبة إلى البراذعي؛ اختصرها لاشتغالها على نظر، وإشكال:

أما النظر فتقريره أن يقال: الوجه في المناظرة ألا يوتي بأمر أجنبي عمّا فيه النزاع، ولما كان النزاع بين أسد وابن القاسم في اللبن الكائن في الحيوان الحيّ أضاف إليه شيئاً آخر لا نزاع فيه، وهو ما وقعت فيه الفأرة.

وأما الإشكال فهو عدم صحة القياس؛ لأن الحرمة وباب الحنث مفترقان، فلا يلزم من الحنث به ستر الحرمة به (2).

مثال ثان:

البراذعي: قوله: (قيل: فمن وقع في سهمه) (3).

الوانوغي: اختصرها لإشكالها من سبعة أوجه:

الأول: نقصان الجواب ... الثاني: لإشكال الجواب ... الثالث: لإشكالها من جهة التقييد بالمسلم مع كون الذمي كذلك.

(1) انظر: المسألة في تهذيب البراذعي: 448/2.

(2) النص المحقق: 363/1.

(3) انظر: المسألة في تهذيب البراذعي: 54/2.

الرابع: ما اقتضاه قوله: إن علم من المفهوم؛ فإن مفهومه لو شك لما منع من الوطاء.

الخامس: أن السؤال أعم من الجواب ... السادس: أنه ذكر قبل هذا: إذا كان في الغنيمة مال لمسلم؛ إما أن يُعرَف بعينه أم لا؛ فإن عرف لم يقسم... إلى آخره، وهي إنما هي بعد القَسْم، وتقدم له بالمفهوم أنه بعد القَسْم لا حق لربه فيه. السابع: لإشكال تصورهما فإنه إذا علم لا يصح القَسْم؛ فضلاً عن أن يعرضها على ربّها، وأيضاً السؤال عام، وإن كان ذمياً ابتاعها، والجواب خاصّ بالمسلم اه (1).

* من هو مصنفُ التعليقة:

وبعد أن فرغت من العمل في تحقيق التعليقة، واستوت على سوقها، ودنا جناها، طفقت أبحث في كتب السير والتراجم؛ عن ترجمة مؤلّفها، فصادف أن أول مصدر طالعت في هذا الصدد كان كتاب الشيخ محمد بن محمد مخلوف، الذي سماه «شجرة النور الزكية»، واستوقفني قوله فيه: (هو: أبو عبد الله، محمد بن أحمد، نزيل الحرمين الشريفين، ...، له طرر على المدونة، في غاية الجودة، ... وتوفي بمكة سنة 819هـ).

وقيل: إن الطرر المذكورة هي لأبي مهدي عيسى الوانوشي ... لم أقف على وفاته (2).

وقال في ترجمة المشدالي تلميذ صاحب التعليقة، ما نصه: "... ألف تكملة

(1) انظر: النص المحقق: 199/1.

(2) شجرة النور، لمخلوف: 1/243.

حاشية أبي مهدي الوانوشي على المدونة، في غاية الحسن والتحقيق" (1).

وكان في مكتبي "جامع الشروح والحواشي"، لعبد الله محمد الحبشي؛ فتناولته وأكبت عليه بتلهف، لعلني أجده فيه ما يشفي غليلي، ولكنني فوجئت - فيه - بما زادني حيرةً على حيرة؛ إذ نسب صاحب الجامع التعليقة أول الأمر إلى أبي مهدي عيسى بن صالح، وبعدها بأسطر عاد لينسبها إلى أبي عبد الله محمد بن أحمد، ثم قال: "وعلى هذه الحاشية حاشية: أبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الصمد المشدالي البجائي المغربي، المتوفى سنة 866هـ" (2)، فجزم بأن تكملة المشدالي هي على حاشية أبي عبد الله، وليست على ما نُسب إلى أبي مهدي أول الأمر.

فوقع في نفسي أن ثمة إشكالاً في اسم صاحب التعليقة، وترددت في نسبتها إلى أبي عبد الله، أو أبي مهدي، خاصة وأن كليهما تتلمذاً على ابن عرفة؛ فعقدت العزم على أن أبدأ مقدمة التحقيق بالبحث في حل هذا الإشكال بحسب الإمكان، حتى اجتمعت لي مادة علمية أو جزها فيما يلي:

أقدم ترجمة وصلتنا لمن يُحتمل أن يكون مؤلف التعليقة أوردها الحافظ ابن حجر العسقلاني: - ونقلها عنه كل أصحاب تراجم المالكية من بعده - قال فيها:

"هو: محمد بن أحمد بن عثمان بن عمر، التونسي المالكي المعروف بالوائوغي، أبو عبد الله - بتشديد النون المضمومة وسكون الواو بعدها

(1) شجرة النور، لمخولف: 263/1.

(2) جامع الشروح والحواشي، للحبشي: 235 و236.

معجزة - ولد سنة تسع وخمسين وسبعمائة⁽¹⁾، وسمع من أبي الحسن البطرني، وأبي عبد الله بن عرفة، ولازمه في الفقه وغيره، وعُني بالعلم، وبرع في الفنون، مع الذكاء المفرط، وقوة الفهم، وحسن الإيراد، وكثرة النوادر المستظرفة، والشعر، وكان كثير الوقعة في أعيان المتقدمين، وعلماء العصر، وشيوخهم، شديد الإعجاب بنفسه، والازدراء بمعاصريه؛ فلهجوا بدمه، وتتبعوا أغلاطه في فتاويه، أقام بمكة مجاوراً، ثم بالمدينة دهرماً مقبلاً على الاشتغال والتدريس والتصنيف والإفتاء، والإفادة، وجرت له بها محن، وكان قد اتسعت دنياه.

اجتمعتُ به بالمدينة، ثم بمكة، وسمعت من فوائده.

مات في سابع عشر ربيع الآخر بمكة.

وله أسئلة مشكلة كتبها للقاضي جلال الدين البلقيني فأجابه عنها، وكان هو قد بعث بنقض الأجوبة⁽²⁾.

ونقل هذه الترجمة عن ابن حجر - وزاد علي ما أورد فيها - السخاوي، والسيوطي، والقرافي، والتنبكتي، وابن العماد، وآخرون.

نعت السخاوي بنزيل الحرمين، وزاد في ترجمته أنه نشأ ودرس في تونس وسمع من مسندها ومقرئها أبي الحسن بن أبي العباس البطرني خاتمة أصحاب ابن الزبير بالإجازة، ومن ابن عرفة، وانتفع به في الفقه والتفسير والأصلين والمنطق... وعن أبي العباس القصار عدة كتب في العربية، وعن آخرين.

(1) قال السخاوي والبدر القرافي: (ولد - ظناً - سنة تسع وخمسين وسبعمائة)، انظر: الضوء

اللامع، للسخاوي: 4/7، توشيح الديباج، ص: 156.

(2) إنباء الغمر، لابن حجر: 239/7.

واعتنى بالعلم أتم عناية، وكان عارفاً بالتفسير والأصلين والمنطق والعربية والفرائض والحساب والجبر والمقابلة وغيرها، وأما الفقه فمعرفة به دون معرفته بها، مع حسن الإيراد للتدريس، والفتوى، والاستحضار لنكت طريفة، وأشعار لطيفة، وطلاوة نغمة في إنشادها، ومروءة تامة، ولطف عِشْرَةٍ، وكونه لشدة ذكائه وسرعة فهمه إذا رأى شيئاً وعاه وقرره وإن لم تسبق له به عناية.

وقد درس وأفتى وحَدَّث وأُذِن في الرواية لجماعة ممن لقيتهم، وله أجوبة عن مسائل عند صاحبنا النجم بن فهد، بل له تأليف على قواعد ابن عبد السلام زاد عليه فيه وتعقب كثيراً، وكذا أرسل من المدينة النبوية بأسئلة عشرين دالة على فضيلته... علماء مصر، أجاب عنها الجلال البلقيني إلى غير ذلك من فتاوى كثيرة متفرقة يقع له فيها، بل وفي كل ما تقدم مخالفاً كثيرة للمنقول، ومقتضى القواعد مما ينكر عليه سيما مع تلفته لمراعاة السائلين بحيث يقع له بسبب ذلك مناقضات، وكذا عيبٌ بإطلاق لسانه في أعيان من العلماء خصوصاً شيخه ابن عرفة، ومن هو أعلى وأقدم كالتقى والسبكي بل والنووي.

وحاز كتباً كثيرة، ودنيا واسعة - بالنسبة لمثله - فأذهبها بإقراضها للفقراء مع معرفته بحالهم، ولكن يحمله على ذلك رغبته في الربح الملتزم فيها، وناله بسبب ذلك ما لا يليق بالعلماء من كثرة تردده للباعة، وإعراض بعضهم عنه حال طلبه.

مات بمكة في ربيع الآخر سنة تسع عشرة بعد علة طويلة، ودفن بالقرب من قبر الشيخ أبي الحسن الشولبي بالمعلاة.

ترجمه الفاسي في تاريخ مكة مطولاً - وهو ممن أخذ عنه - وفي ترجمته عنده فوائد، وكذا ترجمه في تاريخ المدينة، والتقي بن فهد في معجمه، والمقريري في

عقوده، وشيخنا في إنبائه⁽¹⁾.

قال البدر القرافي - بعد ما نقله عن ابن حجر -: "وله حاشية على التهذيب للبراذعي في غاية الجودة؛ محتوية على أبحاث جليلة مرتبة على مقدمات منطقية، ووضع عليها المشدالي ذيلًا فائقًا"⁽²⁾.

وأقرَّ البدرَ القرافي على نسبة التعليقة إلى أبي عبد الله الوانوغوي كلُّ من:
ابن القاضي في «درة الحجال»⁽³⁾، ويحيى بن محمد بن محمد الخطاب المالكي، في «أحكام الوقف»⁽⁴⁾، وعمر رضا كحالة، في «معجم المؤلفين»⁽⁵⁾، والشيخ محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ محقق تهذيب البراذعي للمدونة⁽⁶⁾، وبشير ضيف بن أبي بكر بن البشير بن عمر العربي الجزائري المالكي في «مصادر الفقه المالكي أصولاً وفروعاً في المشرق والمغرب قديماً وحديثاً»⁽⁷⁾، ومحمد الأمين (عرفات) بن فتى العلوي، في نظمه المسمى «رشف الفضال من تراجم أعلام الرجال»⁽⁸⁾، وآخرون.

-
- (1) الضوء اللامع، للسخاوي: 4/7، وعنه: بغية الوعاة، للسيوطي: 31/1 و32، وابن العماد في شذرات الذهب: 138/7 و139، وباختصار الزركلي في الأعلام: 331/5.
(2) توشيح الديباج، للقرافي، ص: 157.
(3) دارة الحجال، لابن القاضي: 39/2.
(4) أحكام الوقف، ليحيى الخطاب، ص: 309.
(5) معجم المؤلفين، عمر كحالة: 289/8.
(6) المقدمة التحقيقية لتهذيب البراذعي: 144/1 و145.
(7) مصادر الفقه المالكي، بشير ضيف الجزائري، ص: 20.
(8) قال الشيخ عرفات ناظماً:

محمدُ بنُ أحمدَ الوانوغوي كان من الأبيات في النبوغ

=

وهذا ما يشهد له ما جاء على غلاف مخطوط التعليقة الذي يحفظ في مكتبة محمد عبد الحي الكتاني، التي نقلت إلى الخزانة العامة بالرباط، وحفظت تحت رقم (830ك)؛ حيث جاء ما نصه: " مؤلف هذا الكتاب محمد بن أحمد بن عثمان بن عمر الوانوغوي ... " .

وقال التنبكتي بعد أن أورد كلام السخاوي بواسطة السيوطي: " وذكر القاضي القرافي أن له حاشية على التهذيب في غاية الجودة، محتوية على أبحاث جليلة مرتبة على مقدمات منطقية. اهـ .

قلت: مُحَسَّنِي المدونة هو أبو مهدي عيسى بن صالح بن يحيى بن محمد الوانوغوي كما في أول تكملة المشدالي، وهو من أصحاب ابن عرفة. حجج عام ثلاثة وثمانمائة ورجع للغرب، وصاحب الترجمة بقي بالشرق حتى مات، فاعلمه " (1).

وقال التنبكتي في موضع آخر: " الوانوغوي، عيسى بن صالح بن يحيى بن محمد، أبو مهدي الوانوغوي، صاحب حاشية المدونة " (2). وذكره - أيضاً - في ترجمة ابن التنسي، وكان مما قاله فيها: " وأخذ عنه الإمام أبو مهدي الوانوغوي، ونقل عنه في حاشيته على المدونة " (3).

عنه رَوَى الشَيْخُ ابْنُ نَاجِي العُرْفَةِ وَهُوَ مِنْ أَصْحَابِ نَجْلِ عَرَفَةَ
إِلَيْهِ تَتَمَّى عَلَى الأُمِّ طُرُرُ وَمَاتَ فِي التَّاسِعِ تِسْعَةَ عَشْرَ

(1) كفاية المحتاج، التنبكتي، ص: 379 و380، ونيل الابتهاج، له، ص: 151 و152.

(2) كفاية المحتاج، التنبكتي، ص: 223.

(3) كفاية المحتاج، التنبكتي، ص: 53.

وذهب - تبعاً للتنبكتي - في نسبة التعليقة إلى أبي مهدي كل من:

أبو القاسم محمد الحفناوي، في كتابه: «تعريف الخلف برجال السلف»⁽¹⁾،
ومحمد إبراهيم أحمد علي، في كتابه: «اصطلاح المذهب عند المالكية»⁽²⁾،
وآخرون سنأتي على ذكرهم فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

غاب عن التنبكتي: أن نعت السخاوي: لأبي عبد الله الوانوغوي بنزيل
الحرمين⁽³⁾ يصدق على أبي عبد الله، ولا يصدق على أبي مهدي؛ لأن نزول
الحرمين يقتضي البقاء في الحجاز ما بقى من الأجل، وهذا ما أكدته التنبكتي
نفسه حيث قال عن أبي مهدي: إنه حج عام ثلاثة وثمانمائة، ورجع للغرب،
وأما أبو عبد الله - صاحب الترجمة - فبقي بالشرق حتى مات⁽⁴⁾.

وفي التعليقة نفسها ما يدل على تواجد مؤلفها الوانوغوي قبل العام الذي
ذكره التنبكتي بسنوات حيث ذكر أنه التقى قاضي المدينة برهان الدين ابن
فرحون الذي توفي سنة 799هـ، فيفاد من ذلك إما أن الوانوغوي قد حج أكثر
من مرة، أو أنه أطال المقام في الحجاز حتى صدقت عليه صفة نزول الحرمين.

وقد حاول - جاهداً - الباحث الليبي: محمد محمد المؤلف، في أطروحته
لنيل درجة الماجستير من جامعة الأزهر الشريف، والتي حقق فيها "تكملة
المشدالي على تعليقة الوانوغوي"؛ أن يثبت نسبتها إلى أبي مهدي الوانوغوي فلم

(1) تعريف الخلف، للحفناوي، ص: 105 و106 .

(2) اصطلاح المذهب عند المالكية، لمحمد إبراهيم، ص: 454.

(3) الضوء اللامع، للسخاوي: 4/7.

(4) كفاية المحتاج، التنبكتي، ص: 379 و380، ونيل الابتهاج، له، ص: 151 و152.

يجد دليلاً - يعتد به - على دعواه سوى ما ذكره المشدالي في صدر التكملة؛ وهو قوله ﷺ:

"وبعد؛ فإن بعض فضلاء أصحابنا الأخيار والمجتهدين النظار سألني ورغب إليّ أن أصل كلام الشيخ الفقيه الفاضل النبيه القاضي المحقق المتقن، أبي مهدي عيسى الوائوغيّ في تعليقه على «التهذيب»، بما يوضح ما اعتاص من عباراته، ويكشف ما خفي من إشاراته؛ لتكتمل بذلك فائدته، وتحصل للطلاب عائدته، فاستخرت الله تعالى في ذلك فأجبتّه إلى طلبته وأسعفته في تحصيل رغبته، وربما أضفت إلى ذلك ما يحسن من الزوائد، وما يرغب فيه من جلائل الفوائد".

وساق إلى قول المشدالي أدلة لا تستوي على سوقها، وإن حاول ليّ أعناق نصوصها، وفيها يلي أوجز كلامه:

"أن كتّب التراجم لم تذكر لأبي عبد الله أيّ كتاب يتعلق بالفقه، سوى تعليق على قواعد ابن عبد السلام، زاد عليه فيه، وتعقبه كثيراً، وانتقده، ولم يُسلم له ذلك. قال تقي الدين الفاسي: ((وأوقفني على موضع من ذلك يتعلق بفضل مكة والمدينة، فرأيت فيه ما يُنتقد في مواضع منه، ولا يبعد أن يكون فيه كثيرٌ من هذا المعنى)) (1).

قالت: في كلام الباحث المتقدم ما ينقض غزله؛ فتعليقه الوائوغي ليست من كتب الفقه - أصلاً - وإن كان صاحبها قد وضعها على كتاب فقهيّ هو "التهذيب"، ومن تعمق فيها وجد فيها من الفوائد والفرائد في اللغة والمنطق والأصول والتاريخ والنوازل، وغير ذلك، ولا عجب - والحال هذه - أن يكون حظ الفقه هو الأقل في التعليقة، من أولها إلى آخرها.

(1) العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين: 309/1 و310.

ثم - من عَجَبٍ - أن يستدل الباحث بأن كتب التراجم لم تذكر لأبي عبد الله كتاباً في الفقه، ويعتبر هذا دليلاً على أن التعليقة ليست من تأليفه.

وأنا أتساءل: وهل ذكر أحدٌ منهم أن لأبي مهدي كتاباً في الفقه؟! بل؛ هل ذكر له أحدٌ منهم أن له مؤلفات - أصلاً -، ولو في غير الفقه؟!!!

ثم تابع الباحث يقول: "قول السخاوي في ترجمته لأبي عبد الله: ((كان عارفاً بالتفسير والأصليين والمنطق والعربية والفرائض والحساب والجبر والمقابلة، وأما الفقه فمعرفة به دون معرفته بها)) (1).

قلت: ما نقله الباحث عن السخاوي يؤكد تضلع الوانوغوي في العلوم التي أشرنا إليها في تعليقتنا السابق، وأما قول السخاوي: "وأما الفقه فمعرفة به دون معرفته بها" فلا يدل - بحال - على أن الوانوغوي كان جاهلاً، أو غير ملم بالفقه، ولكن غاية ما يمكن أن يدل عليه هو عدم بلوغ المراتب العليا في الفقه؛ كمرتبة الاجتهاد المذهبي أو المطلق.

واستدل الباحث على دعواه بقول التقي الفاسي: "وله فتاوى كثيرة متفرقة لم يُسَدِّد في كثير منها؛ لمخالفته في ذلك المنقول ومقتضى القواعد" (2).

قلت: عدم السداد في الفتاوى لا يقتضي عدم المعرفة بالفقه، ولا نفي أن يكون للمفتي تأليفٌ فقهيٌّ، فكم من كتاب مصنف في الفقه لا يعتد به في الفتوى (3)، ثم إن التقي الفاسي علل عدم السداد في فتاوى شيخه بمخالفة المنقول ومقتضى القواعد، ولم يشر - وهو العارف بحال شيخه - إلى أنه لم يكن

(1) الضوء اللامع: 4/7.

(2) العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين 310/1.

(3) لعلنا نذكر في هذا المقام ما قيل عن التحذير من الفتوى بما في تبصرة أبي الحسن اللخمي، وهو ما تناوله المحقق بالعرض والنقد في المقدمة التحقيقية. انظر: التبصرة، للإمام اللخمي، ص: 21 وما بعدها.

ففيها، مع أن "المنقول" يكثر استعماله في اصطلاح المالكية للإشارة إلى ما روي ونقل عن الإمام مالك وأئمة المذهب من بعده، وليس المنقول عن الكتاب والسنة؛ كما هو المتبادر، وهذا ما أخذ مثله على أئمة كبار كابن شعبان القرطبي، وابن عرفة الورغمي؛ فتنبه!

ثم حاول الباحث أن يبرهن على دعواه بشهرة أبي عبد الله الوانوغوي في كتب التراجم، مع ندره ذكر أبي مهدي الوانوغوي، وقلة أخباره في تلك الكتب، وهذا لا علاقة له بإثبات نسبة التعليقة إلى أيٍّ منهما، بل هو إسهاب لا طائل من ورائه، ولا علاقة له بالمقصود.

* ترجيح نسبة التعليقة إلى أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوغوي:

والذي انتهينا إليه بعد هذا التطواف في الخلاف هو طمأنينة النفس إلى أن الراجح أن صاحب التعليقة، هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوغوي التونسي المالكي، المتوفى سنة: 819هـ، مع بقاء احتمال ورود الخطأ في ثبوت هذه النسبة، وما أجمل قول القائل: (قولي صواب يحتمل الخطأ، وقول مخالف في خطأ يحتمل الصواب)؛ ولذلك آثرت أن أستبدل (تأليف) التي تكتب عادة قبل اسم المؤلف على غلاف الكتاب بكلمة (لعلها)، راجياً أن أكون بذلك قد أبرأت ذمتي في البحث والتقصي بقدر الوسع والطاقة.

* أهم معالم عملنا في التحقيق، ومنهجنا في التخريج والتوثيق:

وفيما يلي أوجز أهم معالم عملنا في التحقيق ومنهجنا في التخريج والتوثيق:

1- رَقَمْنَا الكِتَابَ وَفَقَّ قَوَاعِدَ الإِمْلَاءِ العَصْرِيَّةِ، وَصَحَّحْنَا مَا وَقَعَ فِيهِ

النسخ من أخطاء إملائية، ثم قابلناه حرفاً حرفاً على النسختين اللتين حصلنا علي صورتيهما، وسلكنا في إثبات الفوارق الواقعة بين النسختين منهج النص المختار، فأثبتنا في المتن ما رأيناه أولى بالتقديم على غيره، وأشرنا في الهوامش إلى ما كان مرجوحاً أو مخالفاً للصواب.

2- أثبتنا أرقام المخطوطات بالاعتماد على نسخة المرموز لها بالرمز (ع)، والتي يحفظ أصلها تحت رقم (830ك) في الخزانة العامة بالرباط؛ بعد أن نقلت إليها من مكتبة الشيخ محمد عبد الحي الكتاني .

3- استعنا في ملء بعض الثغرات ومواطن البياض والطمس الناتجة عن قرص الأرضة، وتأثير الرطوبة، وغيرهما من عاديات الزمن، بالرجوع إلى نسختنا الخطية الأصلية لتكملة المشدالي على التعليقة، فإن لم يسعفنا ما في التكملة، أفدنا مما طبع -محققاً أو غير محقق- من المصادر التي نقلت كلام الوانوغوي، باللفظ أو بالمعنى.

4- أدرجنا كلام البراذعي في تهذيبه ضمن إطار مستقل؛ وذلك لأن الوانوغوي : كان يقتبس من البراذعي الكلمة والكلمتين، والجملة والجملتين - باختصار مخل في الغالب-، وهو ما لا يكفي لفهم مراد البراذعي بمعزل عن السياق الذي ورد فيه النص المقتبس منه.

5- أثبتنا في الحواشي السفلية ما لا غنى للقارئ عنه من تكملة المشدالي ~~كاملته~~.

6- كتبنا الآيات القرآنية وأجزائها بالرسم العثماني، وعزوناها إلى مواضعها في كتاب الله تعالى، بذكر اسم السورة ورقم الآية التي وردت فيها، بدءاً بالسورة ضمن معكوفتين، هكذا: [السورة: رقم الآية]، وجعلنا ذلك عقب ذكر الآية مباشرة، وليس في الحواشي.

7- خرجنا الأحاديث التي أوردها المؤلف في النص، أو أحال عليها أو

أشار إليها دون إيراد نصّها من دواوين السنة المعتمدة مع التزام ما يلي في التخريج:
 أ- إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما، فلا تتوسع في تخريجه،
 ونكف عن بيان درجته، اكتفاءً بما تفيد رواية أحد الشيخين له من الجزم
 بصحته.

ب- إذا لم يكن الحديث في أيّ من الصحيحين فنخرجه من دواوين
 المحدثين المعتمدة بتقديم السنن الأربعة، ثم بقية المصادر مرتبةً حسب الأقدم
 تصنيفاً، ونورد كلام العلماء فيه، مع التفصيل في بيان حال رجال الإسناد
 المتكلم فيهم، وعلله إن وُجدت، وتوثيق ذلك كلّه، وما أنا في الحكم على
 الحديث إلّا ناقلٌ عن المتقدّمين، أو مُستأنسٌ بآراء المتأخّرين.

ج- أثناء العزو إلى الكتب الستة نذكر الكتاب والباب الذي ورد فيه
 الحديث، مع ما يسهل الرجوع إليه من رقم الحديث التسلسلي، أو رقم الجزء
 والصفحة، أو جميع ما تقدم.

د- عند عزو الحديث أو الأثر إلى غير الكتب الستة نكف عن ذكر اسم
 الكتاب والباب اكتفاءً بالإشارة إلى موضع النص بالجزء والصفحة أو الرقم
 التسلسلي أو هما معاً.

8- أضفنا عناوين لما لم يعنون له المؤلف: في بعض المواطن، وجعلنا ما
 أضفناه محصوراً ضمن معكوفتين.

9- عزونا ما تيسر عزوه من الثُّقُول والأقوال التي أوردتها المؤلف إلى
 مصادرها، بالرجوع إلى ما أتيح لنا الرجوع إليه من المصادر المخطوطة
 والمطبوعة.

10- علّقنا -في هوامش الكتاب وحواشيه السفلية- كثيراً من الفوائد
 المثورة في كتب المذهب، وعلى بعض مسائل الكتاب حين الاقتضاء على
 وجه الإيجاز.

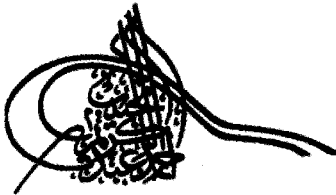
- 11- أوردنا تراجم وافية كافية لمعظم أعلام السادة المالكية المذكورين في الكتاب، وجعلنا ترجمة كلٍّ منهم عند أول ذكرٍ له.
- 12- ذيلنا الكتاب بثبت المصادر التي اعتمدناها في التحقيق والتوثيق، وفهارس للموضوعات.

مسك الختام:

هذا؛ لا يفوتني وقد آن أو ان رفع القلم أن أقرَّ بالفضل لأهله، وأتوجَّع الإقرار بإسداء الشكر لمستحقه، وأخص من أعان على تحقيق هذا الكتاب ونشره، وكلَّ من أدلى في أيِّ مراحل العمل فيه بدلوه، أو تعهدني بشيءٍ من توجيهه ونصحه ورأيه، أو أسهم في التحقيق بفكره وقلمه، فأشكرهم شكر من لا يدعي شيئاً من جهدهم لنفسه، ولا يتشبع بما لم يُعطَ من مُعطيهِ. والحمد لله على كل حال، ونعوذ بالله من حال أهل النار.



أملاه (1)



المكتبة الإسلامية الشهبانية
كان الله ولى ربه
ونسأله في أملاه من سوره عليه

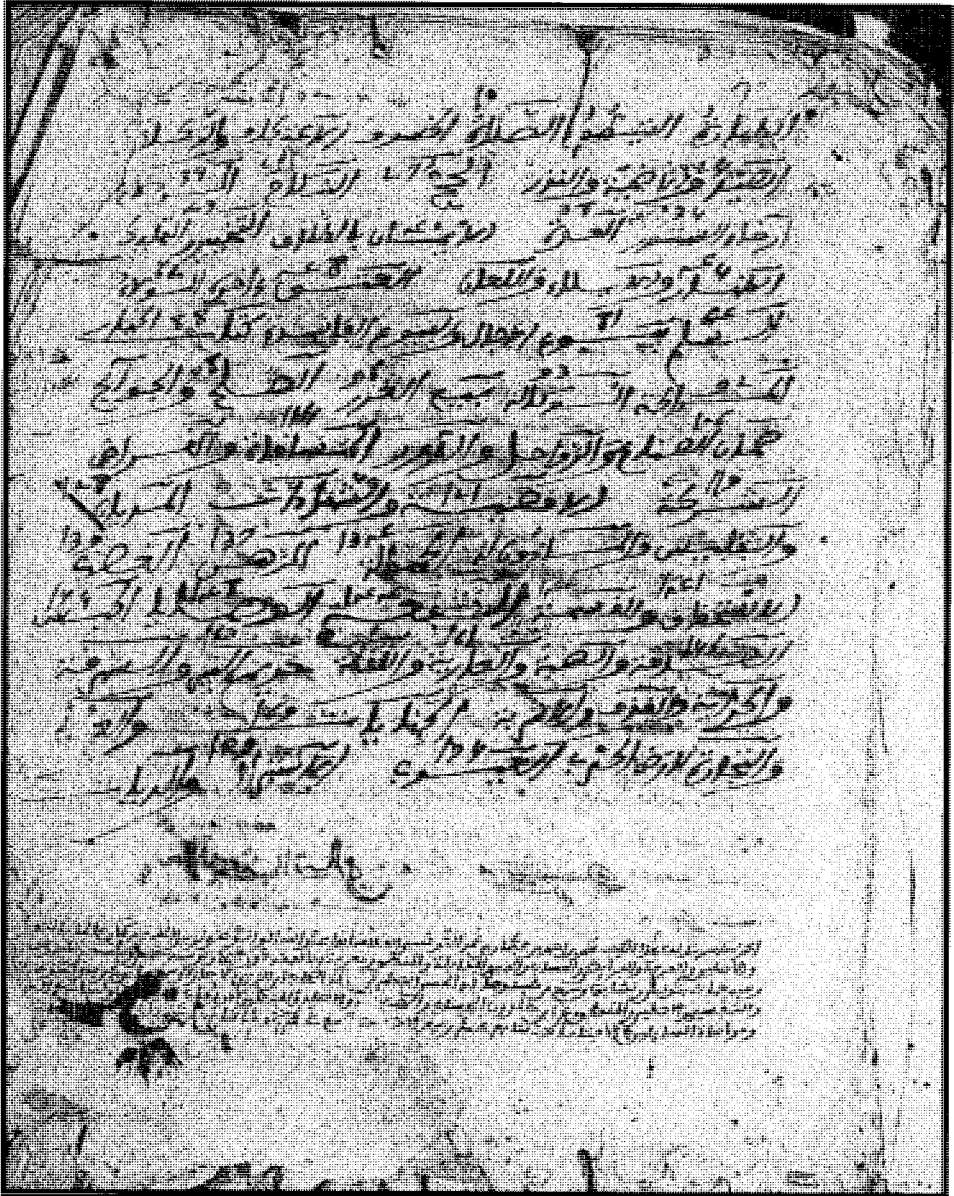
إسطنبول:

في العشرين من جماد الآخرة سنة 1434هـ.
الموافق للثلاثين من أيَّار (أبريل) سنة 2013م.

(1) أحسب عند الله حبيبتي، وأعتذر عن أي خطأ إملائي، فأنا أملي وغيري يكتب، والعهدة على الكاتب.



**عينات من صور المخطوطين
المعتمدين في التحقيق**



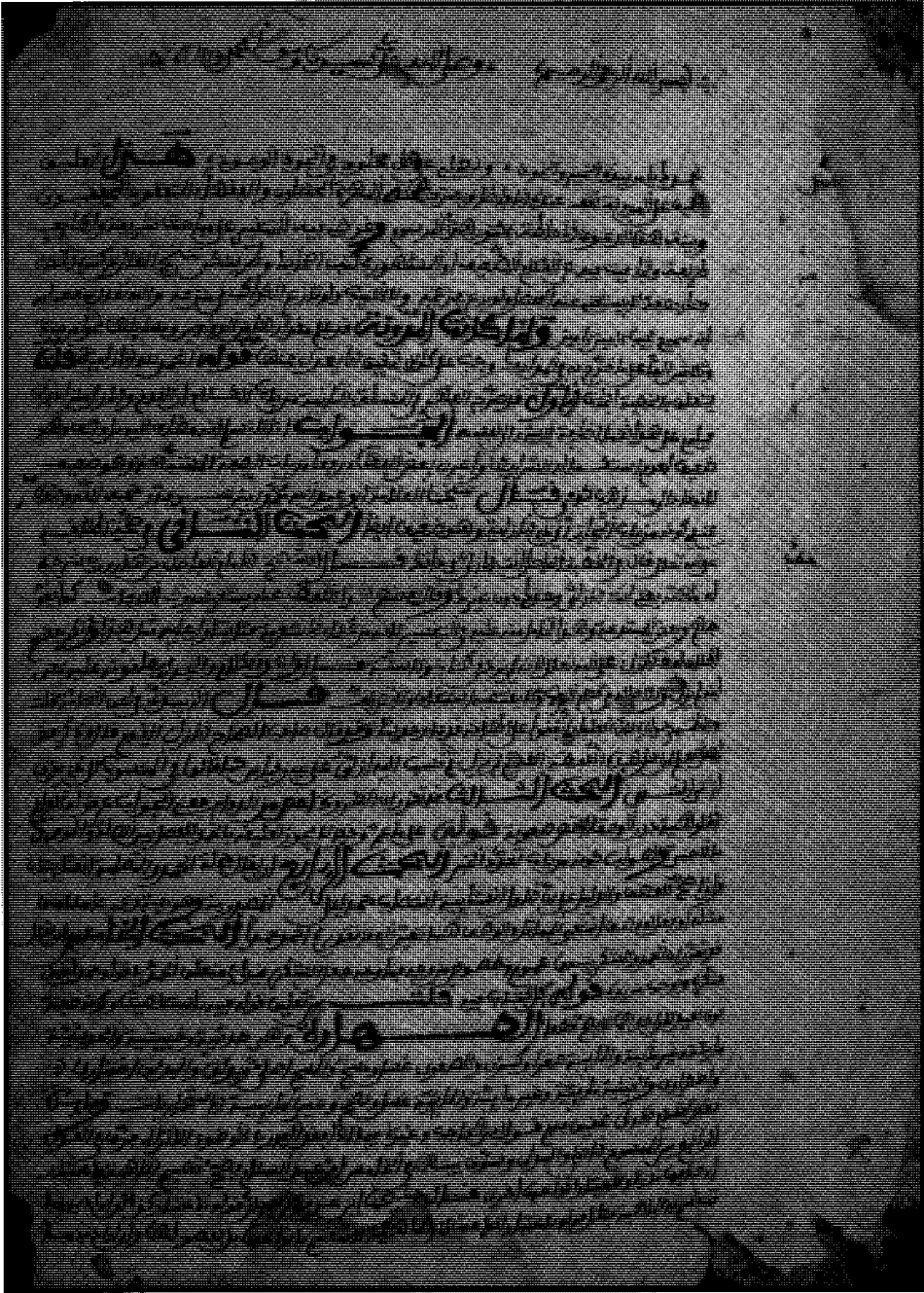
غلاف النسخة المرموز لها بالرمز (ع)، والتي يحفظ أصلها تحت رقم (830ك) في الخزانة العامة بالرباط؛ بعد أن نقلت إليها من مكتبة الشيخ محمد عبد الحي الكتاني، ويظهر على الغلاف ما ذكر من أن التعليقة هي: لأبي عبد الله الوانوفي.

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله
 هذه نسخة المرموز لها بالرمز (ع)، والتي يحفظ أصلها تحت
 رقم (830 ك) في الخزانة العامة بالرباط؛ بعد أن نقلت إليها من
 مكتبة الشيخ محمد عبد الحي الكتاني

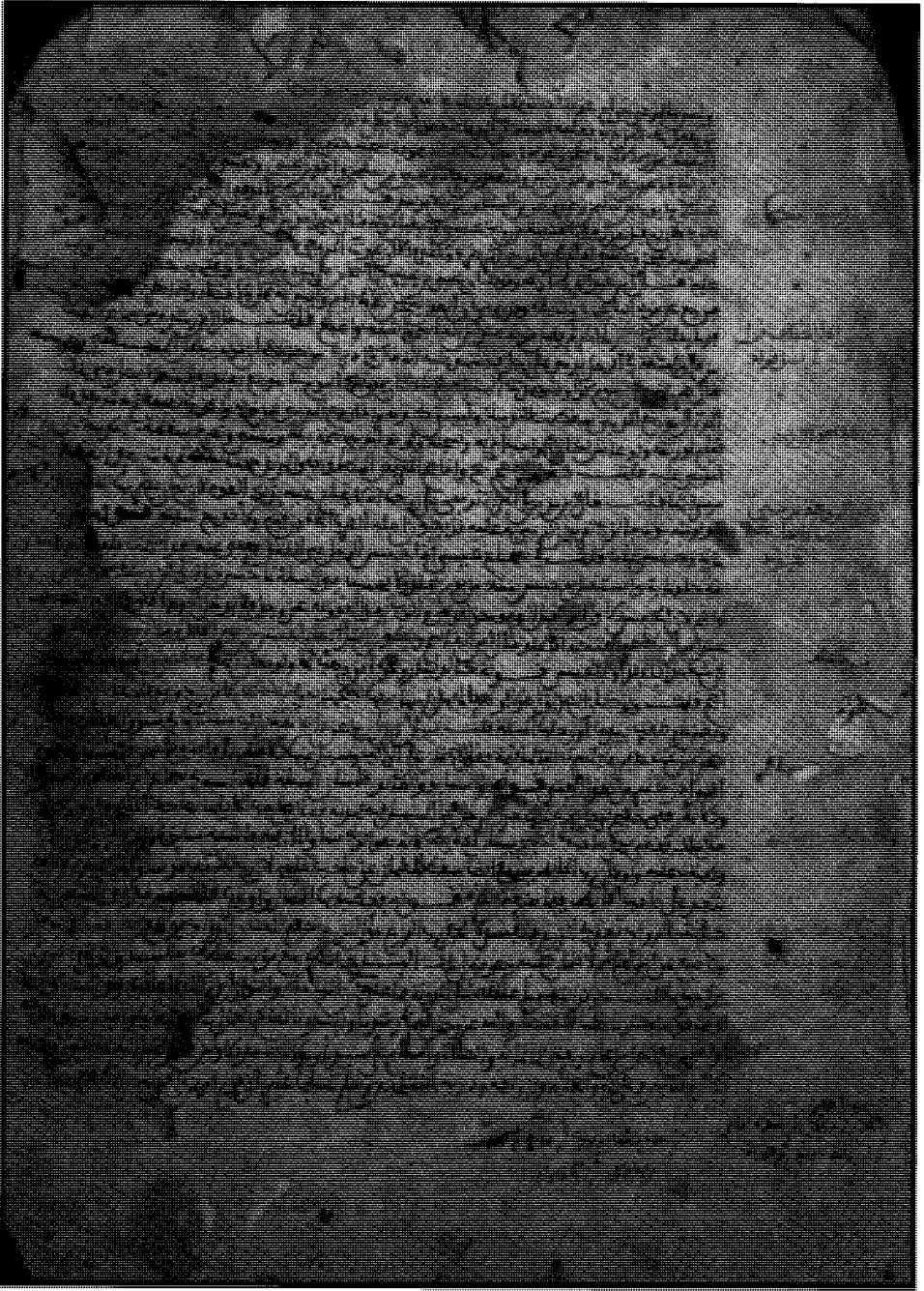
وجه اللوحة الأولى للنسخة المرموز لها بالرمز (ع)، والتي يحفظ أصلها تحت رقم (830 ك) في الخزانة العامة بالرباط؛ بعد أن نقلت إليها من مكتبة الشيخ محمد عبد الحي الكتاني



ظهر اللوحة الأخيرة للنسخة المرموز لها بالرمز (ع)، والتي يحفظ أصلها تحت رقم (830 ك) في الخزانة العامة بالرباط؛ بعد أن نقلت إليها من مكتبة الشيخ محمد عبد الحي الكتاني



وجه اللوحة الأولى للنسخة الرموز لها بالرمز (ش)، والتي يحفظ أصلها في مكتبة أهل أحمد شريف في شنقيط، بالجمهورية الإسلامية الموريتانية.



ظهر اللوحة الأخيرة للنسخة الرموز لها بالرمز (ش)، والتي يحفظ أصلها في مكتبة أهل أحمد شريف في شنقيط، بالجمهورية الإسلامية الموريتانية.

تَعْلِيْقَةُ الْوَالِدِ مُحَمَّدٍ

عَلَى

تَهْذِيْبِ الْمُدَوَّنَةِ

لَهَا

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوشي التونسي المالكي
المتوفى سنة 819هـ

وَبِهَامِشِهَا

تَكْمِلَةُ التَّعْلِيْقَةِ

لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشدالي
المتوفى سنة 866هـ

المجلد الأول

خطبة الكتاب

[1/أ] بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

ووصلی اللّٰه علی سیدنا

وهولانا محمد وآله وسلم

نحمدك يا من بيده الخير والجدود، ونصلي على أفضل مخلوق في الوجود.
هذا تعليق لطيف على المدوِّنة تقف عنده الأفاضل ويعترف بصحته المهرة
المحصلون والفقهاء المتفقون المحققون؛ وبينه هذه الدعوى الإحاطة بمكنون
هذا المرسوم، وغرضي فيه التنقيح على مباحث شريفة ولطائف ظريفة،
وتجاوَّهت فيه عن الكلام الضعيف أو المشهور في كتب أصحابنا، وطريقتهم
تنتج المقال عن كثرة الأنقال.

فصار بصفة لا يستغنى عنه المحصل - ولو بدع في زعمه - ولا اللبيب -
ولو نازع الكواكب في منزعه - والله تعالى ينفعنا به، إنه سميعٌ مجيبٌ،
أمين، أمين.

ولما كانت المدوِّنة قد علم مقدارها من الدواوين، ومسائلها نحو من ستة
وثلاثين ألفاً - على ما خرج به في المدارك⁽¹⁾ - وجب على كل ذي تحقيق ألا
يعدل عنها.

(1) انظر: ترتيب المدارك، للقاضي عياض: 305/1.

الحمد لله القديم الأزلية، الدائم الأولوية، على ما خصّ من نعمه حمداً يؤدي شكره، ويوجب مزيده، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم أنبيائه ورسله⁽¹⁾.

قوله: (الحمد لله... الأزلية).

قلتُ: يتعلق بالخطبة أبحاث:

الأول: قد صرح الفهري⁽²⁾ في المسألة الثانية من باب الكلام أن القَدَم والأزل مترادفان، فيلزم على هذا هنا إضافة الشيء إلى نفسه.

الجواب: أنا لا نسلم أنه مضاف إليه، بل وصفٌ، وهو ضعيفٌ لعدم استكمال الشرائط⁽³⁾.

وأعربه بعضُ الفضلاء رفعاً من باب الصفة المشبهة، وهو ضعيف؛ لأنه قاد إلى مذهب كوفي.

قال شيخنا العلامة أبو عبد الله محمد بن عرفة⁽⁴⁾ رَحِمَهُ اللهُ: والأولى عندي

(1) تهذيب البراذعي: 167/1.

(2) المشدالي: مراده بالفهري: هو شرف الدين عبد الله المعروف بابن التلمساني، ذكر ما نقل عنه في الباب الخامس في بقية الكلام في الصفات من شرحه للمعالم الدينية.

(3) المشدالي: إن أراد بذلك كون الوصف مؤنثاً بالتاء، فيمكن أن تجعل للمبالغة، كما هي في علامة، ونسابة، وفي: ﴿لَيْسَ لَهَا مِنْ دُونِ اللَّهِ كَاشِفَةٌ﴾ [سورة النجم آية: 58] على أحد التأويلات، وكأنه قال: القديم الأزلي.

وإن أراد اتحاد المفهوم أو تقاربه، فذلك جائز عند قصد المبالغة.

وإن أراد كون مفهومه معنى، والموصوف ليس كذلك، مُنْع.

(4) هو: محمد بن محمد بن محمد بن عرفة أبو عبد الله الورغمي - بفتح الواو وسكون

الراء وفتح المعجمة وتشديد الميم - نسبة إلى ورغمة قرية من إفريقية التونسي المالكي عالم المغرب المعروف بابن عرفة ولد سنة: 716 ست عشرة وسبعمائة وتفقه ببلاده على أبي عبد الله بن عبد السلام الهواري شارح مختصر ابن الحاجب الفرعي وعنه أخذ الأصول وقرأ القراءات على ابن سلامة الأنصاري وسمع على جماعة هناك ومهر في المعقول والمنقول وصار المرجوع إليه بالمغرب وتصدى لنشر العلم مع الجلالة عند السلطان فمن دونه والدين المتين والتوسع في الدنيا والتظاهر بالنعمة في مأكله وملبسه وكثرة الصدقة والإحسان إلى الطلبة مع إخفائه لذلك وقدم للحج في سنة: 796 وأجاز لابن حجر وصنف مجموعاً في الفقه سماه المبسوط في سبعة أسفار واختصر الجوفي في الفرائض وعلق عنه بعض أهل العلم كلاماً في التفسير في مجلدين كان يلتقطه حال القراءة عليه وصنف في كل من الأصليين مختصراً، وكذا في المنطق ومات في رابع وعشرين جمادى الآخرة سنة: 803 ثلاث وثمانمائة.

قال محمد الأمين (عرفات):

محمدُ الفَهامةُ ابنُ عَرَفَةَ علامةُ الدنيا له كانت صِفَةُ
 ذاك الإمامِ الشَّيخِ للشَّيوخِ عُمْدَةُ ذي التحقيقِ والرُّسوخِ
 وقد رَوَى عن ابن عابد السلامِ وابنِ الحُبابِ وابنِ هارونَ الإمامِ
 أمَّا الذي عنه روى فلا يُعَدُّ لِكثْرَةِ ولم يكن أيضاً يُجَدُّ
 صَنَّفَ مختصراً ففقهه فأفاد كما بمختصر منطقي أجاد
 وفي حدوده له إبداعُ تلك التي شرحها الرِّصاعُ
 لتاسع القرون عاش وقضى في ثالثٍ منه الإمامُ المرْتضى

انظر: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي الشوكاني: 133/2، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)،

كونه من باب المجاز؛ أي: ذي الأزلية وهو ضعيف أيضاً⁽¹⁾.

البحث الثاني: في صحة إطلاقه على الله تعالى:

قال في الخطبة⁽²⁾: (الحاصل: أنت الأزلي في ذاتك).

قال الشيخ الإمام الفاضل ابن هارون⁽³⁾ في شرحه له ما نصه: يعني أنت

(1) المشدالي: واختار بعض المتأخرين أن يكون مضافاً إليه، على أنه من باب الصفة المشبهة؛ بناء على وصف المعاني بما توصف به الأعيان على وجه المبالغة، كقولهم: شعر شاعر، أي: أزلية قديمة.

(2) في (ع): (خطبته).

(3) هو: أبو عبد الله، محمد بن هارون الكناني التونسي، المتوفى سنة 750هـ، قال التنبكتي: وصفه ابن عرفة ببلوغ درجة الاجتهاد المذهبي اه. أخذ عن جلة منهم المعمر أبو عبد الله بن هارون الأندلسي، وعنه ابن عرفة، وابن مرزوق الجدي، له تأليف كثيرة منها: شرح مختصري ابن الحاجب الأصلي والفرعي، و"شرح المعالم الفقهية"، وشرح تهذيب البراذعي على المدونة في أسفار عديدة مختصرة، ولدينا نسخة خطية أصلية لأحد أجزاءه، واختصار "النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام" المعروف بالمتيطة في قدر ثلثها، أسقط وثائقها ونعمل في مركز نجيبويه على تحقيقها ونشرهما يسر الله إتمامهما.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابن هارونَ الذي قد وصفه بالاجتهاد المذهبيُّ ابنُ عَرَفة
أخذَ عنه وهو ذو إمامة في غير فنٍّ مُتَقِنٌ فهامه
شرح مختصري ابن الحاجبِ قَرَّبَ تهذيباً لفهم الطالبِ
وهو محمدٌ وعاش حيناً في ثامن القرون للخمسينا
كذا المتيطة قد اختصر فهو على نحو من الثلث اقتصر

الأزلي وحدك دون غيرك.

وقال بعضهم: هذا اللفظ عنه يشعر بحدوث الصفات كما يقوله جهم⁽¹⁾، وبعض المتدعة، وهذا تحامل منه عليه في التفسير؛ لأنه من علماء الأشعرية فلا يتأول عليه مثل هذا.

وأنكر بعضهم إطلاق لفظ الأزلي على الله تعالى، لأنه لم يرد في كتاب ولا سنة.

انظر ترجمته في: نيل الابتهاج، للتبكتي: 60/2، والحلل السندسية، للسراج: 581/1، وشجرة النور، لمخلوف: 211/1، والفكر السامي، للحجوي: 245/2، وسلوة الأنفاس، للكتاني: 94/2، والأعلام، للزركلي: 234/5، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 135.

(1) جهم بن صفوان، هو: أبو محرز، السمرقندي، أس الضلالة، ورأس الجهمية، الضال، المتدع، كان ينكر الصفات وينزه الباري عنها بزعمه، ويقول بخلق القرآن، ويقول بأن الله في الأمكنة كلها، ويقول الإيمان عقد بالقلب وإن تلفظ بالكفر، هلك سنة: 128 هـ.

انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء: 26/6-27، وميزان الاعتدال: 426/1، والكامل، لابن الأثير: 342/5-344.

والجهمية هم المنتسبون إلى الجهم بن صفوان، أبي محرز مولى بني راسب، وهو من أهل خراسان، وتلمذ على الجعد بن درهم، كما التقى بمقاتل بن سليمان، وقتل بمرو سنة: 128 هجرية، والجهمية تطلق أحياناً بمعنى عام ويقصد بهم نفاة الصفاة عامة، وتطلق بمعنى خاص على أتباع الجهم بن صفوان في آرائه، وأهمها: القول بنفي الصفات، والقول بالجبر، والقول بفناء الجنة والنار.

انظر: مقالات الإسلاميين: 214/1 و338، والملل والنحل: 73/1 و74، والفرق بين الفرق، ص: 211 و212، ومجموعة فتاوى ابن تيمية الكبرى: 31/5 و35.

قال: وأهل الكلام والجدل يطلقونه عليه بمعنى أنه لم يزل⁽¹⁾، ولا أصل له في كلام العرب، ولا يقتضيه اشتقاق ولا تصريف.

قال الزبيدي في "لحن العامة": قلت: والأظهر جوازه؛ لأن العلماء اتفقوا على إطلاقه قديماً وحديثاً.

وقد قال صاحب الصحاح: "الأزل: القدم". قال: وذكر بعض أهل العلم أن أصل هذه اللفظة القديم (لم يزل) ثم نُسب إليه (أزلي) على غير قياس، كما قالوا في المنسوب إلى ذي يزن (أزني)⁽²⁾. انتهى⁽³⁾.

البحث الثالث: قد تقرر أن الضرورة أخص من الدوام، ففي الجواب عن قوله: الدائم الألوهية دون الوصف الأخص صعوبةً.
قوله: (على ما عم وخص).

لا يجوز تعليقه بالحمد للفصل بين الصلة والموصول بالأجنبي، والصواب كونه من باب تعدد الخبر.

البحث الرابع: أن يقال: جملة الحمد والتصلية إنشائيّتان، ولذا صحَّ العطف.

والدليل على أن الأولى إنشائية انتصاب (حمداً) على المصدرية، وهو

(1) في (ع) كلمة غير مقروءة.

(2) في (ع): (أزاني).

(3) قال الجوهري في الصحاح: 1622/4: "ذكر بعض أهل العلم أن أصل هذه الكلمة

قولهم للقدم: لم يزل، ثم نسب إلى هذا، فلم يستقم إلا باختصار، فقالوا: يزلي، ثم

أبدلت الياء ألفاً لأنها أخف، فقالوا: أزلي، كما قالوا في الرمح المنسوب إلى ذي يزن:

أزني. اهـ.

يستدعي عاملاً من مثله، أو فعلٍ، أو وَصْفٍ، انتفى المماثلُ والوصفُ هنا، تعيَّن الفعلُ [و] (1) تقديره: أَحْمَدُ حَمْدًا.

البحث الخامس: أن يقال: قد تقرر أن الحمد والشكر بينهما عمومٌ وخصوصٌ من وجهٍ، فما وجهُ جَعَلِ الشكرِ قيداً في متعلق الحمد في قوله: (حمداً يؤدي شكره ويوجب مزيده)؟

واستقصيت مسائل كل كتاب فيه خلا ما تكرر من مسائله (2).

قوله: (كل كتاب فيه).

قلت: بين تعليق قوله: (فيه) باستقصيتُ، وكونه صفةً بونٌ بعيدٌ؛ لأن أحدهما لا يصح قطعاً.



(1) زيادة من المحقق، يقتضيها السياق.

(2) تهذيب البراذعي: 167/1.



كتاب الطهارة

كتاب الطهارة

وهي حديثة وخبثية.

والحدثية مائية وغير مائية، والمائية صغرى وكبرى، والصغرى غسل ومسح، والمسح أصلي وبدلي، والبدلي اختياري واضطراري. والخبثية مائية وغير مائية، والمائية غسل ونضح، وغير المائية الاستجماريات.

وفائدة بعض أقسام الأولى، تحقيق فهم قول ابن الحاجب⁽¹⁾ وغيره: فيما

(1) هو: أبو عمرو، عثمان بن عمر بن أبي بكر، الكردي، الدويني، الإسناوي المولد، المعروف بابن الحاجب، المتوفى سنة 646هـ، عرف بالاتقان في علوم العربية، والفقه، وأخذ القراءات عن الشاطبي، وسمع منه "التيسير" لأبي عمرو الداني، وقرأ على الشهاب الغزنوي، وتلا بالسبع على أبي الجود، وسمع من أبي القاسم البوصيري، وطائفة، وتفقه على الأبياري، وعرف بصحبته للعز ابن عبد السلام، ونزح معه عائداً لمصر من دمشق وتوفي بالإسكندرية، أخذ عنه جماعة منهم الشهاب القرافي، وناصر الدين ابن المنير، وله من التصانيف "الجامع بين الأمهات" وهو مختصره الشهير في الفقه، وله "منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل" مختصر في الأصول، و"الكافية" في النحو، و"المقصد الجليل في علم الخليل".

قال محمد الأمين (عرفات):

عثمانُ نجلُ الحاجبِ الفهامةُ في غير ما فنُّ له إمامه

قد كان عمدة ذوي التحقيق وفارس الإنقان والتدقيق

أجاد في المختصر الأصلي رأيا كما أفاد في الفرعي

إذا فقد الفور في الوضوء، ألا تراه فرق في القول الرابع بين الممسوح الأصلي والبدلي وسوى بينهما في الخامس.

ابن عبد السلام⁽¹⁾: يصح تقسيم الماهية باعتبار أوصافها تارةً، وباعتبار أنواعها أخرى⁽²⁾.

قال شيخنا ابن عرفة: يُردُّ بأن قوله: (باعتبار كذا) إن أراد به ما تنقسم به الماهية؛ بطل قوله: (باعتبار أنواعها)؛ لأن الماهية لا تنقسم بأنواعها، بل

بل هُوَ مِنْ فِرْعِ فَقِهِ وَافٍ بِ(الصَادِ) مَعِ (وَإِ) مِنْ الْآلَافِ
وَطَالِبِ النَّحْوِ كَفَى بِالكَافِيَةِ كَمَا بِصِرْفِ قَدْ شَفَى بِالشَّافِيَةِ
لِسَابِعِ الْقُرُونِ عَاشِرِ جِنَا لِعَامِ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 86/2، وشجرة النور، لمخلف: 164/1، والطالع السعيد للإدفعوي، ص: 188، والفكر السامي، للحجوي: 231/2، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 46.

(1) هو: أبو عبد الله، محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير المنستيري، التونسي، القاضي، الأصولي، المتوفى سنة 749 هـ، أخذ عن أبي العباس البطرني، وجملة من العلماء، وولي قضاء الجماعة بتونس وكان شديداً في الحق، ومن أخذ عنه ابن عرفة الورغمي، من تصانيفه: شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي، لم يطبع بعد، وفي خزانتنا الخاصة (مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث) نسخ أصلية لأجزاء منه، سنعمل بتوفيق الله على تحقيقها ونشرها ما لم نسبق إليه.

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون، ص: 336، وشجرة النور، لمخلف: 210/1، وتاريخ قضاة الأندلس، للنباهي، ص: 161.

(2) شرح ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب: [1/1].

بفصولها، وإن أراد به ما⁽¹⁾ [1/ب] تنقسم إليه بطل قوله: (باعتبار أوصافها)؛ لأن الماهية لا تنقسم لأوصافها، ضرورة بطلان قولك الجسم ينقسم إلى حركة وسكون⁽²⁾.

قلتُ: ردُّ شيخنا هنا ضعيفٌ ولا يصح، بيانه أن نقول: نختر أن ابنَ عبد السلام أراد ما تنقسم إليه الماهية.

قال شيخنا: (لأن الماهية لا تنقسم لأوصافها).

قلنا: متى سواء كانت محمولة حمل مواطأة أو حمل اشتقاق:

الأول: مسلّم.

والثاني: ممنوع.

والثاني: هو الذي أراد ابن عبد السلام، والدليل عليه قوله: الماء إما أن يكون حاراً أو بارداً، وهذا بعينه تقسيم الماهية إلى أوصافها المحمولة حمل اشتقاق؛ لأنه لم يقل: الماء إما أن يكون حرارةً أو برودةً، الذي هو نظير قولنا⁽³⁾.

شيخنا: ضرورة بطلان قولنا: الجسم حركة وسكون، بل وزانة الجسم إما متحرك أو ساكن، ولا نزاع في صحته؛ لأنه تقسيم للماهية إلى أوصافها المحمولة حمل اشتقاق، وهذا لا غبار عليه لمن علم كنه ما قلناه.

وقد شافهتُ شيخنا بهذا البحث معه، وقررت له الردّ على ما قال

(1) قوله: (ما) ساقط من (ع).

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: [1/أ].

(3) في (ع): (فردها).

مما (1) كتبنا عام قدومي من المشرق، فلم يجد له جواباً، والله تعالى واهب الفضائل.

قال ابن القاسم (2): لم يُوقِّت مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في الوضوء والغسل واحدةً، ولا اثنتين، ولا ثلاثاً، إلا ما أُسبِغ، وقد اختلفت الآثار في التوقيت في الوضوء (3).

(1) في (ع): (بها).

(2) هو: أبو عبد الله، عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي، المصري، المتوفى سنة 191هـ، الشيخ الصالح الحافظ الحجة الفقيه، - مولى زيد بن الحارث العتقي - منسوب إلى العتقاء؛ وهم جماعة من العرب من عليهم فسُّموا العتقاء لذلك، ومسجدٌ بمصر يعرف بمسجد العتقاء، كذا قيده أهل المعرفة بعلم الرجال، وقد نُسب بهذا النسب جماعة من أهل العلم، ومن الديباج: قال النسائي: ما أحسن حديثه وأصححه عن مالك ليس يختلف في كلمة ولم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت من ابن القاسم وليس أحد من أصحاب مالك عندي مثله، وروى عن الليث، وعبد العزيز بن الماجشون، ومسلم بن خالد وغيرهم، خرج عنه البخاري في صحيحه، أخذ عنه جماعة؛ منهم: أصبغ، ويحيى بن دينار، والحارث بن مسكين، ويحيى بن يحيى الليثي، وابن عبد الحكم، وأسد بن الفرات، وسحنون.

قال محمد الأمين (عرفات):

وعابدُ الرحمنِ نجلُ القاسمِ ما مثله من حُجَّةٍ وعالمٍ
أُثِّبْتُ مَنْ رَوَى عن الإمامِ صحبته (كأفا) من الأعوامِ
مشتهرٌ بالعتقي وإذ مضى تمامُ تسعينَ منَ الثاني قَضَى
عنه روى موسى وعبدُ الصمَدِ

انظر ترجمته في: التنبهات المستنبطة، لعياض، ص: 13، وترتيب المدارك، له:

قوله: (وقد اختلفت الآثار).

ابن رشد⁽¹⁾: ليس اختلاف الآثار اختلاف تعارض، وإنما هو اختلاف

244/3، والديباج، لابن فرحون: 465/1، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 58، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 150، والمعرفة والتاريخ، للفسوي: 181/1، والجرح والتعديل، لابن أبي حاتم: 279/5، والثقات لابن حبان: 374/8، والإكمال، لابن ماکولا: 153/2، والجمع بين رجال الصحيحين: 293/1، والأنساب، للسمعاني: 152/4، واللباب في تهذيب الأنساب: 321/1، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 129/3، وتهذيب الكمال، للمزي: 344/17، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 120/9، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 83، 105.

(3) تهذيب البراذعي: 169/1.

(1) هو: أبو الوليد، محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، القاضي، المتوفى سنة 520هـ، شيخ المالكية، تفقه بأبي جعفر أحمد بن رزق، وحدث عنه، وعن أبي مروان بن سراج، ومحمد بن خيرة، وتفقه به القاضي عياض، وله من التصانيف "المقدمات الممهّدات"، و"البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل"، واختصار "المبسوطة" للقاضي إسماعيل، واختصار "مشكل الآثار" للطحاوي، وغير ذلك. قال محمد الأمين (عرفات):

أما ابنُ رُشدٍ فهو جدٌ وحفيدٌ كلاهُما مُحَمَّدُ أبو الوليد
وكان كُلُّ ذاك قضاءً نَبَها لكنَّ الأوَّلَ زعيمُ الفقها
وهو حذامِ المذهبِ الشهيرُ عمَّ مصنفاتِهِ التحريُّرُ
فكمُ مُصنِّفٍ بَدِيعِ دَوْنَهُ مثلُ المقدماتِ لِلْمُدَوَّنَةِ
وما بِمُستخرجةِ العُثبيِّ جَلا فإنَّه بينَهُ وحصلا

تخيير وإعلام بتوسعة⁽¹⁾.

وكان ابن عبد السلام يناقش قوله: (لم يُوقَّتْ... إلا ما أسبغ). قال: يلزم منه وجوب ما ليس بواجب؛ لأنَّ أسبَغَ (أفَعَلَ من)، ومعناه أكْمَل من غيره، إلا بالفضيلة والسُّنَّة.

الجواب: لا يلزم من التوقيت الوجوب.

قلت: الصواب في الجواب أنَّ (ما) مصدريةٌ، والتقدير: إلا الإِسْبَاغ، أو موصولةٌ، وَيَمْنَعُ أنَّ أسبَغَ (أفَعَلَ)، والتقدير: لم يُوقَّتْ من ما يكون فرضاً إلا الذي أسبغ به الغاسل. وكان يُنتقد أيضاً.
قوله: (ولا اثنتين).

وقال: ظاهره أنه كذا ورد في الحديث مرتين وليس كذلك، بل جمع⁽²⁾ في الحديث فقال في بعضه مرتين وبعضه ثلاثاً، وليس ما زعمه بصحيح، بل⁽³⁾ في

وفي فتاويه وفي المسائل جاء بغاية المنى للسائل

وعام عشرين من السادس به وفائه لا بثلاثين انتبه

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 278 / 1، وشجرة النور، لمخلوف: 129 / 1، والصلة، لابن بشكوال: 576 / 2، والوفيات، لابن قنفذ، ص: 270، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 501 / 19، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 58.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 200 / 1.

(2) في (ع): (حدثهم).

(3) في (ع): (قبل).

الحديث، كما في المدونة⁽¹⁾.

قلت: قال تقي الدين: وقد ورد عن النبي ﷺ: الوضوء مرةً مرةً، ومرتين مرتين، وثلاثاً ثلاثاً⁽²⁾، وبعضه ثلاثاً⁽³⁾ وبعضه مرتين⁽⁴⁾، وهو في حديث عبد الله بن زيد بن عاصم⁽⁵⁾.

قال شيخنا أبو عبد الله - حين قرأنا عليه في صحيح⁽⁶⁾ مسلم صفة النبي ﷺ - قال: في الحديث⁽⁷⁾ (كان) أشكل العين لا يصح فهم⁽⁸⁾ (كان) على⁽⁹⁾ كونها ناقصةً، بل تامةً، والمنصوب بعدها حال، ولا تخرجه الإضافة عن

-
- (1) انظر: المدونة (زايد): 51/1، و(السعادة/صادر): 3/1، و(العلمية): 113/1.
- (2) أخرجه الترمذي: 65/1 في الطهارة، باب ما جاء في الوضوء مرةً ومرتين وثلاثاً، برقم: (45) من حديث جابر رضي الله عنه، بلفظ: «أن النبي ﷺ توضع مرةً مرةً، ومرتين مرتين، وثلاثاً ثلاثاً».
- (3) قوله: (ثلاثاً، وبعضه ثلاثاً) زيادة من (ش).
- (4) أخرجه الترمذي: 66/1 في الطهارة، باب فيمن يتوضأ بعض وضوئه مرتين، وبعضه ثلاثاً، برقم: (47)، وقال: وقد ذكر في غير حديث أن النبي ﷺ توضع بعض وضوئه مرةً، وبعضه ثلاثاً. وقد رخص بعض أهل العلم في ذلك، لم يروا بأساً أن يتوضأ الرجل بعض وضوئه ثلاثاً، وبعضه مرتين أو مرةً.
- (5) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 89.
- (6) قوله: (صحيح) زيادة من (ع).
- (7) قوله: (مسلم صفة النبي ﷺ - قال: في الحديث) يقابله في (ش): (صحيح مسلم أنه).
- (8) في (ش): (في).
- (9) قوله: (على) ساقط من (ش).

التنكير؛ لأنه (أفعل) (1).

ثم في هذا الحديث نُكْتَتَان؛ حديثُهُ وفقهيةٌ:

أما الحديثية؛ فقالوا في الفرق بين الحديث والأثر: إنَّ الحديث ما رُفِعَ مُسْنَدًا إلى رسول الله ﷺ؛ لنقل قوله، أو فعله، أو تقريره (2)، وهذا الحديث الذي في صفته ﷺ لا يتضمن قولاً ولا فعلاً، فيلزم ألا يكون حديثاً، وهو حديثٌ اتفاقاً.

الجواب: أن يزداد (أو حالة من أحواله ﷺ).

وأما الفقهية؛ فهي أن الحديث مما يصحُّ إطلاق المدوِّنة الأثر - هنا - على الحديث، وقد عكسه في موضع آخر.

ويمسح الرأس؛ يبدأ بيديه من مقدم رأسه حتى يذهب بهما إلى قفاه، ثم يردهما إلى المكان الذي بدأ منه، قال مالك وعبد العزيز: هذا أحسن ما سمعنا في مسح الرأس وأعمه عندنا (3)

قوله: (وأعمه عندنا).

سئل ابن رشد - في نوازله - عن قول مالك وعبد العزيز (وأعمه عندنا) هل هو راجعٌ إلى صفة المسح فقط؟ أو إليه وإلى صفة الوضوء وتكرير

(1) قوله: (ولا تخرجه الإضافة عن التنكير؛ لأنه «أفعل») يقابله في (ش): (والإضافة لا تعرفه).

(2) في (ع): (تقريرهما).

(3) تهذيب البراذعي: 169/1 و170.

العمل (1) فيه؟

فقال: الأظهر عندي للجميع: مُرادُهما: حصول المفروض، وهو العموم، وحصول الابتداء به المقدم، وهو فضيلة، والإعادة وهي سنة (2).

قال مالك: لا يتوضأ بماء بُلّ فيه شيء من الطعام، ولا بماء وقع فيه جلد فأقام أياماً حتى ابتل، وإن وقع فيه جلد أو ثوب فأخرج مكانه جاز منه الوضوء وليس قلة مقام الجلد فيه كقلة بقاء الخبز فيه، ولكل شيء وجه (3).

قوله: (فأخرج مكانه).

ما ذكره المغاربة ونحوه في العُتْبِيَّة (4) واضحٌ.

(1) في (ش): (الغسل).

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 1035/2.

(3) تهذيب البراذعي: 170/1.

(4) هي المستخرجة أو العتبية على الموطأ، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة بن جميل الأموي، العتبي، القرطبي، الفقيه، المتوفى سنة 254هـ، أخذ بالأندلس من يحيى بن يحيى، وسعيد بن حسان، وغيرهما، كان حافظاً للمسائل، جامعاً لها عالمياً بالنوازل، كان ابن لبابة يقول: لم يكن هنا أحد يتكلم مع العتبي في الفقه ولا كان بعده أحد يفهم فهمه إلا من تعلم عنده، وقال الصديقي: كان من أهل الخير والجهاد والمذاهب الحسنة، روى عنه محمد بن لبابة، وأبو صالح، وسعيد بن معاذ، والأعناق، وغيرهم، من تصانيفه: "المستخرجة" أو العتبية على الموطأ، و"كراء الدور والأرضين"، وغيرهما.

قال محمد الأمين (عرفات):

محمدُ العُتْبِيُّ ذُو العُتْبِيَّةِ كَذَا بِمُسْتَخْرَجَةٍ يَدْعُونَ بِهَا

مسألة: سألتُ شيخنا عمَّن جعل دباءً أو باذنجاناً أو بقللاً في ماء، ثم وجد في ذلك فأرة؟ قال: يغسله ويأكله.

قوله: (ولكلُّ شيءٍ وجه).

قال شيخنا أبو عبد الله: كان شيخنا ابنُ عبد السلام وغيره يأخذ من هنا أن الأحكام بأسرها معللةٌ.

تقريره أن يقال: إن الشيء هنا يجري مجرى الحكم، والوجه عِلَّتُهُ (1)، فكأنه قال: الوجه الذي هو الطول (2) موجب لسلب الطهورية، والوجه الذي هو فيما يتميَّع سريعاً كذلك، وفيما عداه من الأحكام كذلك، لعموم قوله: (ولكلُّ شيءٍ وجه) عِلَّةٌ، فثبت أن لكل حكم علةٌ، وهذا صحيحٌ، لكن منه ما اطلعت عليه، ومنه ما لا، وقد صرَّح في "شرح البرهان" غيرُه بذلك.

أخذ عن سحنون ذا الخبر الرضى وفي (نه) الثالث أو (نيد) قصى

انظر ترجمته في: الأعلام، للزركلي: 197/6، ومعجم المؤلفين، لكحالة: 76/8، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 90.

(1) قوله: (إن الشيء هنا يجري مجرى الحكم، والوجه عِلَّتُهُ) يقابله في (ش): (شيء بمعنى حكم ووجه بمعنى علة).

(2) في (ع): (للتول)

لا يتوضأ بشيء من الطعام والشراب، ولا من أبوال الإبل وألبانها، ولا بالعدل الممزوج بالماء ولا بالنيذ، والتيمم أحب إلي من ذلك. وأحب إلي أن يتمضمض من اللبن واللحم، ويغسل الغمر إذا أراد الصلاة⁽¹⁾.

قوله: (بشيء من الطعام).

ما ذكره عياض⁽²⁾

(1) تهذيب البراذعي: 170/1 و171.

(2) هو: أبو الفضل، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو، اليحصبي، السبتي، القاضي المتوفى سنة 544 هـ، كان عالم المغرب في وقته، فقيهاً محدثاً، من مصنفاته: "الشفأ بتعريف حقوق المصطفى"، وبه اشتهر، و"الإعلام بحدود قواعد الإسلام"، و"مشارك الأنوار على صحيح الآثار"، و"ترتيب المدارك وتقريب المسالك في ذكر فقهاء مذهب مالك"، و"إكمال المعلم شرح صحيح مسلم". قال محمد الأمين (عرفات):

عياض بالقاضي لديهم شهراً لأجل ذا في باب قاف ذكراً

وقال:

ثم عياض نجل موسى ذو الشفا معرّفا فيه حقوق المصطفى

صلّى وسلّم عليه الله ما صلّى عليه مُسلمٌ وسلّمَا

وهو ذو مشارق الأنوارِ يقلُّ فيه الكُتبُ بالنُّضارِ

وهو الذي صنّفَ تنبيهاتِ بالعَجَبِ العُجابِ فيها آتِ

بأعجَبِ العَجَبِ جا كذلك إذ صنّفَ الغنيّةَ والمداركِ

وهو الذي أكملَ شرحَ المُعلِّمِ على الصحيحِ للإمامِ مُسلمِ

قد عاش بعدَ خمسِ سنينَا لِعَاشِ أربَعِ وأربَعينَا

هنا ضعيفٌ (1).

ما قيّد به أبو عمران (2) قوله: (من أبوال الإبل)

روى ابنه محمدٌ عنه وعامٌ خمسٍ وسبعين قضي هذا الإمام

انظر ترجمته في: الغنية، وهو فهرس شيوخ القاضي عياض، وأزهار الرياض في أخبار القاضي عياض، للمقري، والديباج، لابن فرحون: 1/168، وشجرة النور، لمخلوف: 1/140، وجذوة الاقتباس، للمكناسي: 2/498، وسلوة الأنفاس، للكتاني: 1/162، والإعلام، للسملالي: 9/319، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 57، 64، 91، 96، 107.

(1) المشدالي: لا ضعف فيه؛ فإنه ذكر أن روايته «من شيء». قال: وبه تصح المسألة، أي: لا يلزم آكله وشاربه وضوء، ويدل عليه قوله: بعد: ولكن يتمضمض من اللبن ويغسل الغمر إذا أراد الصلاة.

قال: وإنما هذا السؤال على مسألة الوضوء مما مست النار من لحوم الإبل التي خولفنا فيها.

وفي بعض الأمهات "بشيء". قال أبو عمران: معناه: لشيء. وكذلك وقع في بعض الأمهات، وهو بمعنى "من شيء" في الرواية الأولى، وأما على ظاهرها في الطعام فلا معنى للباء. انتهى كلام عياض، واضح بين.

قال محققه أبو الهيثم الشهبائي كان الله له: انظر كلام القاضي عياض في تنبيهاته: 38/1.

(2) هو: أبو عمران، موسى بن عيسى بن أبي حاج، واسمه يحج، الغفجومي، الفاسي، فقيه القيروان، المتوفى سنة 430 هـ، تفقه بأبي الحسن القابسي، والأصيلي، ودرس الأصول على القاضي أبي بكر الباقلاني، وسمع من أبي الفتح ابن أبي الفوارس، وأبي الحسن علي بن إبراهيم المستملي، وابن الحمامي المقرئ، وأبي الحسن ابن الرفاء، وأبي عبد الله الجعفي القاضي، وغيرهم، وتفقه به جماعة منهم عتيق السوسي، ومحمد بن طاهر بن طاوس، وجماعة من الفاسيين، والسبتيين والأندلسيين، فطارت فتاويه في

ظاهر⁽¹⁾.

وأكثر الشيوخ على أن (أحب) هنا للوجوب، ووقع له ذلك في مواضع عديدة في المدونة.

وقال عبد الحميد: هو على بابه.

قوله: (إذا أراد الصلاة).

المشرق والمغرب، واعتنى الناس بقوله، وكان يجلس للمذاكرة، والسماع في داره، من غدوة إلى الظهر فلا يتكلم بشيء إلا كتب عنه.
قال محمد الأمين (عرفات):

ثم أبو عمران بالفاسي اشتهر لكن بدأ لأصل بيته النظر
على الإمام الباقلاني درساً علم الأصول فهو فيه قد رسا
حافظ مذهب ومادونه كتاب تعليق على المدونه
وهو بموسى قد دعي وقد قضى بخامس عام ثلاثين الرضى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 243/7، والديباج، لابن فرحون: 337/2، والصلة، لابن بشكوال: 611/2، وبغية الملتمس، للضبي، ص: 338، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 545/17، والعدد الرابع (وهو مخصص بالكامل لسيرة أبي عمران وأثاره) من أعداد مجلة قطر الندى العلميّة المحكّمة الصادرة عن مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 20، 74، 85، 96، 113.

(1) في (ع): (ظاهر).

وزاد المشدالي بعده: تقييده هو قوله: "يريد إذا شربها للتداوي أو لغير ذلك، وليس مراده أنه يتوضأ بها كما يتوضأ بالماء".

أبو عمران: وكذا لو لم يردّها (1)، لكن يتأكد الأمر في الصلاة، ولو صلى بغير غسل فلا شيء.

قلتُ: وهو صريح في صحيح (2) مسلم [2/أ] من فعله ﷺ (3).
والتأكد الذي أشار إليه أبو عمران صرَّح به في سماع ابن القاسم من الصلاة (4).

(1) في (ع): (يرد).

(2) في (ش): (من صحيح).

(3) أخرجه مسلم: 1/274، كتاب الحيض، باب نسخ الوضوء مما مست النار، برقم: (358) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظه: «أن النبي ﷺ شرب لبناً، ثم دعا بهاء فتمضمض»، وقال: «إن له دسماً».

(4) المشدالي: أشار إلى ما وقع في المسألة الحادية عشر من رسم طلق بن حبيب، وهي أن الرجل يكون يقطع اللحم النيء، فتقام الصلاة، فهل يصلي قبل أن يغسل يديه؟ قال: ليغسل يديه قبل أن يصلي أحبُّ إليَّ.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن المروءة والنظافة مما شرع في الدين، وقد استحب في المدونة أن يتمضمض من اللبن واللحم، ويغسل الغمر إذا أراد الصلاة، فكيف باللحم النيء.

قال محققه: ينظر كلام ابن رشد في البيان والتحصيل: 1/294.

ويجوز الوضوء بالماء يقع فيه البصاق والمخاط وشبهه، وخشاش الأرض مثل الزنبور، والعقرب، والخنفساء، والصرار وبنات وردان وشبه ذلك. ودواب الماء مثل السرطان والضفدع إذا ماتت في طعام أو شراب لم تفسده، وإذا ملّحت حيتان فأصببت فيها ضفادع ميتة فلا بأس بأكلها؛ لأن هذا من صيد البحر. وروث ما يؤكل لحمه مما لا يصل إلى الجيف طاهر، وكل ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء⁽¹⁾.

قوله: (ملحت حيتان).

هو بتخفيف اللام ذكره غير واحد.

قلت: قال في «العين»: (ملّحتُ الشيءَ وأملحته⁽²⁾)⁽³⁾: جعلت فيه ملحاً

بقدر، وملّحتُهُ⁽⁴⁾: أفسدته.

وسياتي إن شاء الله في كتاب السلم تمام هذا المعنى.

(1) التهذيب للبراذعي: 171/1 و 172.

(2) في (ش): (وأملحه).

(3) انظر: معجم العين، للخليل بن أحمد: 244/3.

(4) في (ش): (وأملحته).

ویجوز الرضوء بالماء یقع فیہ البصاق والمخاط وشبهه، وخشاش الأرض مثل الزنبور، والعقرب، والخنفساء، والصرار وبنات وردان وشبه ذلك. ودواب الماء مثل السرطان والضفدع إذا ماتت فی طعام أو شراب لم تفسده، وإذا ملّحت حیتان فأصیبت فیها ضفادع میتة؛ فلا بأس بأكلها، لأن هذا من صید البحر. وروث ما یؤكل لحمه مما لا یصل إلى الجیف طاهر، وكل ما لا یفسد الثوب فلا یفسد الماء⁽¹⁾.

وقوله هنا: (البصاق والمخاط).

قلت: قال النووي⁽²⁾ فی "الروضة": الماء الذی یسیل من فم النائم؛ إن تغیر فهو نجس، وإلا فهو طاهر، وإذا قلنا: بنجاسته وكان ملازماً للشخص فهو كدم البرغوث، انظره على قواعد المذهب⁽³⁾.

قوله: (كل ما لا یفسد الثوب).

(1) تهذیب البراذعی: 171/1 و 172.

(2) هو: أبو زكريا، یحیی بن شرف بن مری بن حسن بن حسین النووی، الدمشقی، الشافعی، الفقیه، الحافظ، المتوفی سنة 676هـ، قرأ الفقه والحديث والمنطق والنحو، وسمع كثير من الرضي ابن البرهان وعبد العزيز الحموي وغيرهما، وولي مشيخة دار الحديث، وله التصانيف الجليلة، السائرة، كشرحه على صحيح مسلم، والأربعين النووية، ورياض الصالحين، وروضة الطالبين، وغير ذلك.

انظر ترجمته في: مناقب الإمام النووي، للسخاوي، وطبقات الشافعية، للإسنوي: 170/2، وطبقات الشافعية، لابن هداية، ص: 89، وطبقات النحاة واللغويين، لابن شعبة، ص: 529، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 255/50.

(3) انظر: روضة الطالبين، للنووي: 18/1.

وزاد المشدالي بعده: يتخرج فيه قولان من مسائل المذهب التي تشبهه.

هذه الكليّة صادقةٌ باعتبار النوع، وتنعكس كنفسها جزئية، وإنما حملناها على النوع لثلاثي يرد النقض بيسير الدم، فإنه لا يُفسد الثوب، ويُفسد الماء⁽¹⁾.

قال سحنون: والهزُّ أيسر منه؛ لأنه مما يتخذُه الناس. قال مالك: ولا بأس بلعابه يصيب الثوب أو الجسد، يؤكل صيده فكيف يكره لعابه⁽²⁾.

قوله: (يؤكل صيده فكيف يكره لعابه؟).

قلت: إنما يتم هذا التعجب إذا سلمنا مقدمةً، وهي قولنا: يؤكل بلا غَسَل، وأما إذا قلنا: يؤكل بعد الغَسَل فلا يصح هذا الاستدلال.

ومن مس ذكره في غسل جنابته؛ أعاد وضوءه إذا فرغ من غسله، إلا أن يمرّ بيديه على مواضع الوضوء في غسله فيجزئه ذلك⁽³⁾.

قوله في: (غسله من جنابته)، لا مفهوم مخالفة له.

(1) المشدالي: ونُقِضَت بالمائع الطاهر؛ فإنه لا يفسد الثوب ويفسد الماء، وكذلك بول ذي السلس، وعلى صحة صدقها كلية، فتنعكس بعكس النقيض الموافق كنفسها؛ فنقول: كل ما يفسد الماء يفسد الثوب، وأما عكسها بالمستوى كنفسها فلا يصدق؛ فإنه ينتقض بالنجاسة القليلة، فإنها لا تفسد الماء الكثير ولا القليل إذا لم تغيره، وتفسد الثوب، قاله عياض.

وأما انعكاسها يعكس النقيض المحالف فصحيح أيضاً؛ وهو قولنا: لا شيء مما يفسد الماء لا يفسد الثوب، فإنه لازم في الصدق للموافق. فتأمل.

فإن قيل: ينتقض بالدم القليل، فإنه يفسد الماء القليل ولا يفسد الثوب.

قيل: قد تقدم أن المعتبر الصدق النوعي.

(2) تهذيب البراذعي: 174/1.

(3) تهذيب البراذعي: 176/1.

وقوله: (إلا أن يمر).

الظاهر أنه استثناء من الشرط في قوله: (إذا فرع) ولا يصح أن يكون استثناءً من (أعاد)؛ لأنه استثناء للشيء من نفسه، لا سيما إذا قلنا بنية أي: ينوي الحدث الأصغر.

وصرَّح به عبدُ الحق⁽¹⁾ في كتابه الكبير⁽²⁾،

(1) هو: أبو محمد، عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي، القرشي، الصقلي، المتوفى سنة 466هـ بالإسكندرية، تفقه بشيوخ القيروان كأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي عمران الفاسي، وأبي عبد الله بن الأجدابي، ألف كتاب "النكت والفروق من المدونة والمختلطة باختصار اللفظ في طلب التفرقة بين المسألتين ومعرفة اختلاف حكمهما"، و"تهذيب الطالب وفائدة الراغب"، وله استدراقات على تهذيب البراذعي، وجزء في ضبط ألفاظ المدونة.
قال محمد الأمين (عرفات):

ثُمَّتَ عَبْدُ الْحَقِّ ذُو الْإِمَامَةِ ذَاكَ الْمُحَقِّقُ الرَّضَى الْفَهَامَةَ
فُقَّةً بِالْفَاسِي أَبِي عِمْرَانَ كَذَاكَ بَابِنِ عَابِدِ الرَّحْمَنِ
وَكَمْ مُصَنَّفٍ مَلِيحٍ دَوْنَهُ كَنُكْتٍ لَهُ عَلَى الْمُدَوَّنَةِ
قَدْ عَاشَ بَعْدَ رَابِعِ سِنِينَا لِعَامِ سِتَّةٍ مَعَ السُّتِينَا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 71/8، والديباج، لابن فرحون: 56/2، وشجرة النور، لمخلوف: 116/1، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 301/18، والمقدمة التمهيدية لأطروحة علمية لنيل درجة الماجستير من كلية الشريعة في جامعة أم القرى في تحقيق أجزاء من كتاب النكت والفروق للباحث عبد الرحمن بن نافع السلمي، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 79، 85، 111.

(2) واسمه: الكبير في الأحكام الشرعية.

وهو ظاهر ما في نُكْتِهِ (1).

وما مرَّ عليه عبد الحق وغيره هنا في كلام الشيخين - أعني: القابسي وابن أبي زيد (2) - غير صحيح.

(1) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي: 31/1.

(2) هو: أبو محمد، عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزاوي القيرواني، المتوفى سنة 386 هـ، المعروف بإلك الصغير، نسبته إلى نفزة وهي مدينة بالجنوب التونسي، وقيل: إحدى قبائل الأندلس، تفقه بأبي بكر بن اللباد، وأبي الفضل الممسي، وابن العسال، وسعدون بن أحمد الخولاني، وغيرهم، ثم ارتحل إلى المشرق فحجَّ وسمع من ابن الأعرابي، وإبراهيم بن محمد بن المنذر، وأحمد بن إبراهيم بن حماد القاضي، واستجاز ابن شعبان، والأبهري، والمروزي فأجازوه، وأخذ عنه من أهل القيروان أبو القاسم البرادعي صاحب التهذيب، والليدي، وأبو عبد الله الخواص، وغيرهم، ومن الأندلسيين أبو بكر بن موهب المقبري أول شراح الرسالة، وأبو عبد الله بن الحذاء، وغيرهما، وألف "الرسالة"، وجمع في "النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات" كما ذكر في مقدمته له ما في الأمهات من المسائل، والخلاف، والأقوال، فاشتمل على جميع أقوال المذهب وفروع الأمهات، وكذلك فعل في "اختصار المدونة" - حيث اختصر ما في الأصل وزاد عليه من غيره - الذي شرفنا الله بتحقيقه ونشره في مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.

قال محمد الأمين (عرفات):

ابنُ أبي زيدٍ بفقهِه قد بهرَ بإلكِ الصغيرِ في الناسِ اشتهرَ
 كانَ عظيمَ العلمِ والدرايةِ كذا كثير الحفظ والروايةِ
 شهدُ كتبه بندي المآثرِ مثل اختصارِ الأمِّ والنوادرِ
 وكم تفقَّه به من بارِعٍ مثل أبي سعيد البرادعي

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 215/6، والديباج، لابن فرحون:

من نام ساجداً أو جالساً أو راكباً الخطرة ونحوها، فلا وضوء عليه⁽¹⁾.

قوله: (ومن نام جالساً) مسألة.

قال صاحب الرقم⁽²⁾: النوم والنُّعاس والسُّنَّةُ متقاربةٌ، وقال - عن بعض شيوخه - تفرق باعتبار محالها؛ فمَحَلُّ النُّعاسِ والسُّنَّةِ الرَّأْسُ، ومَحَلُّ النُّومِ القَلْبُ.

قال: واعترضتُ عليه بقوله ﷺ: «تنام عيناى⁽³⁾ ولا ينام قلبى»⁽⁴⁾،

137/1، وشجرة النور، لمخلوف: 57/1، والفهرست، لابن النديم، ص: 283، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 10/17، والمقدمة التحقيقية، لكتاب النوادر والزيادات، تحقيق الدكتور عبد الفتاح الحلو: 3/1، وفهرس مخطوطات خزانة القرويين: 588/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين عرفات)، ص: 67، 68، 76، 78.

(1) تهذيب البراذعي: 177/1.

(2) كتاب (الرقم في الفقه)، وهو لأبي الحسن على بن محمد بن أحمد العبادي الشافعي، المتوفى سنة: 495هـ.

(3) في (ش): (عيني).

(4) أخرجه الترمذي: 518/4، أبواب الفتن، باب ما جاء في ذكر ابن صياد، برقم: 2248، وأخرجه أبو داود: 52/1، كتاب الطهارة، باب في الوضوء من النوم، برقم: 202، وأحمد: 394/3، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، برقم: 1912 من حديث عائشة رضي الله عنها.

وأخرجه البخاري: 385/1، أبواب التهجد: باب قيام النبي ﷺ، برقم: (1096)، ومسلم: 509/1، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة الليل وعدد ركعات النبي ﷺ، برقم: (738)، ومالك: 120/1، في باب صلاة النبي ﷺ في الوتر، من كتاب صلاة الليل، برقم: 263، من حديث عائشة رضي الله عنها. ولفظه: «يا عائشة، إن عيني

فأجاب بأن ذلك على سبيل الازدواج والمشاكلة.

وما ذكره "الكشاف"، وابن عطية⁽¹⁾، وغيرهما⁽²⁾ معلوم⁽³⁾.

فيستحب له الوضوء لكل صلاة من غير إيجاب كالمستحاضة، فإن شق عليه الوضوء لبرد أو نحوه لم يلزمه الوضوء، وإن خرج ذلك من المستنكح في الصلاة داراه بخرقة ومضى في صلاته، وإن لم يكن مستنكحاً قطع، وإن كثر عليه المذي لطول عزبة، أو تذكر، لزمه الوضوء لكل صلاة⁽⁴⁾.

قوله: (فيستحب له الوضوء لكل صلاة).

تنامان ولا ينام قلبي».

(1) هو: أبو محمد، عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي، المحاربي، المفسر، الفقيه، المتوفى سنة 542هـ، لقبه الذهبي بشيخ المفسرين، وهو صاحب التفسير المشهور المعروف بالمحرر الوجيز في تفسير كتاب الله العزيز، وقد نشرته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية بتحقيق لجنة من المجلس العلمي بفاس.
انظر ترجمته في: الصلة، لابن بشكوال: 386/2، وبغية الملتبس، للضبي، ص: 376، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 587/19.

(2) في (ش): (وغيرهم).

(3) المشدالي: الزمخشري - في الكشاف - جعل السنة قبل النوم، وزعم أنها مرادفة للنعاس؛ فإنه قال: السُّنَّة ما يتقدم النوم من الفتور الذي يسمى نُعاساً. انظره في كلامه على آية الكرسي.

وأما ابن عطية، فقال: السُّنَّة: بدء النعاس، وهو فتورٌ يعتري الإنسان، وترقيقٌ في عينيه، وليس يفقد معه كل ذهنه. والنوم هو: المستثقل الذي يزول معه الذهن.

(4) تهذيب البراذعي: 178/1.

أبو عمران: هذه عبارة غير صحيحة، وإنما معناه أنه إذا خرج منه هذا البول - الذي لم يتعمده - فليس له أن يقول: إني قد توضأت قبل هذا، فلا وضوء عليّ. فيقال له: لا سبيل لك إلى الصلاة حتى تتوضأ وإن كنت متوضئاً. قال بعض الفضلاء من المشاركة: إنما يأتي هذا الاعتراض على ما في الأم، لا على ما في البرادعي (1).

ونص الأم: قال ابن القاسم فيمن خرج منه بول لم يتعمده: عليه الوضوء لكل صلاة، إلا أن يكون ذلك شيئاً قد استنكحه (2).

(1) هو: أبو القاسم، وقيل: أبو سعيد، خلف بن سعيد بن أحمد بن محمد الأزدي، البرادعي، المتوفى بعد سنة 430هـ، كان من كبار أصحاب ابن أبي زيد القيرواني، وأبي الحسن القاسبي، عرف بحفظ المذهب وله فيه تأليف منها كتاب "التهذيب في اختصار المدونة" وقد اشتهر وراج وكان عليه معول الناس بالمغرب والأندلس، وقد يطلق لفظ المدونة ويراد به التهذيب عند كثير من المتأخرين. قال محمد الأمين (عرفات):

ثم البرادعي يُسَمَّى بِخَلْفِ مَنْ لِمَذْهَبِ إِمَامِنَا عَرَفَ
 له عن الشيخين أخذٌ عُلِمَاً بل كان من كبار أصحابهما
 إليه يتمي اختصاراً لكتاب نجل حبيبٍ مثل تهذيب الكتاب
 "واعتمدوا التهذيب للبرادعي وبالمدونة في البرادعي"

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 47/8، والديباج، لابن فرحون: 351/1، وبغية الملتبس، للضبي، ص: 284، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 28.

(2) انظر: المدونة (زايد): 83/1، و(السعادة/صادر): 11/1، و(العلمية): 120/1.

وقرر بعض المغاربة⁽¹⁾ كون الاستثناء متصلاً ومنفصلاً باعتبارين، وتحقيق فهمه هو ما ذكره بعض المذاكرين لنا من المشاركة.

قوله: (أو تذكر لزمه الوضوء).

الإشيلي: معناه إذا كان قادراً على رفعه بالتسري⁽²⁾ أو النكاح.

ولا شيء على من خرج من دبره دود، وإن خرج من فرج المرأة دم فعليها الغسل إلا أن تكون مستحاضة⁽³⁾.

وكذا قوله: (لا شيء على من خرج من دبره).

الإشيلي - عن ابن أبي زمنين -: معناه في المستنكح.

قال عليّ - عن مالك -: ولا يغسل الرجل أنثيه من المذي إذا توضأ إلا أن يصيبهما منه شيء، إنما عليه غسل ذكره⁽⁴⁾.

قوله: (إذا توضأ... إلى آخره).

قلت: ما استقرأه بعضهم من هنا ضعيف، وصرح بذلك ابن بشير⁽⁵⁾ في

(1) في (ش): (المشاركة).

(2) في (ع): (بالتهم).

(3) تهذيب البراذعي: 178/1.

(4) تهذيب البراذعي: 179/1.

(5) هو: أبو الطاهر، إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي، المتوفى بعد سنة 526 هـ،

قال عنه ابن فرحون: من العلماء المبرزين في المذهب المترفعين عن درجة التقليد إلى رتبة الاختيار والترجيح، من آثاره "الأنوار البديعة إلى أسرار الشريعة"، و"التنبيه على مبادئ التوجيه"، و"التذهيب على التهذيب"، وكان بينه وبين أبي الحسن اللخمي

المذهب (1).

ولو أيقن بالوضوء ثم شك في الحدث فلم يدر أأحدث بعد الوضوء أم لا؛ فليعد وضوءه، بمنزلة من شك فلم يدر ثلاثاً صلى أم أربعاً؛ فليغ الشك، إلا أن يستنكحه ذلك كثيراً؛ فلا يلزمه إعادة شيء من وضوء ولا صلاة (2).

قاربة، وتعقبه في كثير من المسائل ورد عليه اختياراته الواقعة في كتاب "التبصرة"، وتحامل عليه في كثير منها.
قال محمد الأمين (عرفات):

ابن بشير اثنان وأما الثاني فهو إبراهيم ذويان
له قرابة مع اللخمي وقد فقّهه لكن ما يجتاز رد
في سادسٍ بالست مع كافٍ يرى إكمالَه تأليفَه المختصراً
وإنما الشيخ أبو الطاهر هو وبالقواعد له تفقّه

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون، ص: 143، وشجرة النور، لمخلوف: 126/1، ومعجم المؤلفين، لكحالة: 48/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 31.

(1) انظر: التنبيه، لابن بشير، ص: 260.

وزاد المشدالي بعده: أراد والله أعلم ما استقرئ من قوله في "الأم": "إلا أن يخشى إصابتها، أنه لا نصح في البدن، وهو المشهور.

ووجه ضعفه أنه من باب دليل الخطاب؛ فلا يعارض عموم قوله: (والنضح طهور لكل ما شك فيه)، إلا أن يقال: يخص به العموم، فيصح على المختار في ذلك عند أئمة الأصول.

(2) تهذيب البراذعي: 181/2.

قوله: (ومن أيقن بالوضوء وشك في الحدث).

قلت: في صحة فرض المسألة نظر، لما⁽¹⁾ تقرّر من أن الشك في أحد المتقابلين يوجب الشك في الآخر، كما قرره ابن الحاجب وغيره.

قال صاحب «الأنوار»⁽²⁾: إن الشك في أحد النقيضين يوجب الشك في النقيض الآخر بالضرورة، فمن شك في⁽³⁾ وجود زيد في الدار؛ فقد شك في عدمه فيها، فمن شك في وجود الحدث؛ فقد شك في وجود الطهارة على هذه القاعدة⁽⁴⁾.

قلت: وتقابل الطهارة والحدث تقابل أمرٍ مع مساوٍ لنقيضه؛ لأن نقيض الطهارة لا طهارة، وهو مساوٍ للحدث، ولا نجد جواباً حقيقياً عن هذا الإشكال أبداً، وقد طال بحثي فيه مع الفضلاء من المشاركة وغيرهم فصوّبوه، وعجزوا عن الجواب⁽⁵⁾.

(1) في (ش): (بها).

(2) يريد كتاب "أنوار البروق في أنواع الفروق"، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، الشهير بالقرافي، المتوفى سنة: 684هـ.

(3) قوله: (في) ساقط من (ش).

(4) انظر: أنوار البروق في أنواع الفروق، للقرافي: 200/1. والقاعدة المقصودة في

«الأنوار» هي: (الفرق العاشر بين قاعدتي الشرط وعدم المانع).

(5) المشدالي: جوابه: أن معنى قوله: أيقن الطهارة؛ أي: علم أنه أوقعها كاملة، على وجه يرفع الحدث شرعاً، ثم شكّه بعد ذلك في الحدث لا يرفع الإيقان السابق، وهذا المعنى لا ينافي القاعدة العقلية التي أشار إليها، لكن شكه في الحدث يوجب الشك في بقاء ارتفاع الحدث عنه بالطهارة التي تيقن صدورها منه، وهذا هو مقتضى القاعدة العقلية التي لا يصح انخراطها، فحكم الشرع بتغليب جانب الطهارة اعتباراً

ولا يتوضأ بسؤر النصراني ولا بماء أدخل يده فيه (1).

قوله: (ولا (2) يتوضأ بسؤر النصراني).

سواء وجد غيره أم لا؟ وإن توضأ أعاد في الوقت، ويحتمل: لا يتوضأ إذا وجد غيره.

قوله: (ولا بماء أدخل يده فيه).

ابن رشد في نوازل: معناه في اليسير (3).

قوله (4): لو أدخل نصراني أصبعه في جرة زيت ضمنها، لقوله هنا: (لا يتوضأ)، ولو قال: هو طاهر. لم يُصَدَّق. وقد علمت ما في العُتْبِيَّة والمازري (5)

لاستصحاب أثر المبدأ المتيقن وقوعه، وهذا الاعتبار لا يرفع صحة معقول القاعدة المشار إليها، ففرض المسألة صحيح لا نظر فيه ولا إشكال، وبالله لتوفيق.

(1) تهذيب البراذعي: 181/1 و182.

(2) في (ع) و(ش): (لا).

(3) انظر: مسائل ابن رشد: 530/1، البيان والتحصيل، لابن رشد: 35/1 و36.

(4) في (ع) و(ش): (مسألة).

(5) هو: أبو عبد الله، محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي، المازري، القيرواني، المتوفى سنة 536هـ، صقلي الأصل، أحد الأئمة الأعلام، أفتقه المالكية في عصره، لقب بالإمام، من مصنفاته: "المعلم بفوائد مسلم"، و"إيضاح المحصول في برهان الأصول"، و"نظم الفرائد في علم العقائد"، وتعليق على المدونة، وشرح "التلقين" للقاضي عبد الوهاب.

قال محمد الأمين (عرفات):

والمازري خاتمة الأعلام محمد يُعرفُ بالإمام

وابن القَصَّار⁽¹⁾ وابن رشد وابن الحاجب في أصوله،

قد كان ذا الحِزْبِ طويلاً الباعِ وواسعَ العلمِ والاطِّلاعِ
حَسْبُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ بُرْهَانِ شَرْحَاهُ لِلتَّلَقُّينِ وَابْتُرْهَانِ
وهُوَ مُصَنَّفُ كِتَابِ الْمُعَلِّمِ شَرْحِ الصَّحِيحِ لِلْإِمَامِ مُسْلِمِ
بَلَغَ رُتْبَةَ اجْتِهَادٍ وَامْتَنَعَ مِنْ غَيْرِ مَشْهُورٍ فِي الْإِفْتَاءِ لِلرُّوْعِ
كَانَ لَدَى طَلَبَةِ ذَا أَثَرَةٍ فَلَا يُعَدُّ طَالِبِيهِ كَثَرَةً
وهُوَ بَعْدَ الْحَمِيدِ فَقْهًا كَذَاكَ بِاللَّخْمِيِّ قَدْ تَفَقَّهًا
قَدْ أَمَّ فِي الطَّبِّ كَفَقْهِ وَقَضَى بِ(لَوْ) سَادِسِ الْإِمَامِ الْمُتْرَضِيِّ

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعباس: 101/8، والديباج، لابن فرحون:
147/1، وشجرة النور، لمخلوف: 127/1، ووفيات الأعيان، لابن خلكان:
285/4، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 105/20، ورشف الفضال من تراجم
أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 22، 86، 116، 118.

(1) هو: أبو الحسن، علي بن عمر بن أحمد، البغدادي، المعروف بابن القصار، المتوفى سنة
397 هـ، كان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأبهري، وممن تلمذ له القاضي عبد
الوهاب، ومن تصانيفه الكتاب المشهور في الخلافات: "عيون الأدلة" حقق بعضه،
اعتماداً على بقايا نسخة خطية له.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثُمَّ ابْنُ قَصَّارٍ عَلِيٌّ نَبِيٌّ كَانَ لَهُ بِالْأَبْهَرِيِّ تَفَقُّهُ
مِنْ سِتَّةٍ يُقَالُ إِنَّ الْمَذْهَبَ لَوْ لَا انْتِمَاؤُهُمْ إِلَيْهِ ذَهَبَا
لَهُ كِتَابٌ فِي الْخِلَافِ لَا تَرَى لِعُلَمَاءِ الْمَذْهَبِ مِنْهُ أَكْبَرَا
فِي رَابِعِ الْقُرُونِ عَاشٍ حِينَا إِلَى ثَمَانٍ تَعَقَّبُ التَّسْعِينَا

والقرافي (1) وغيرهم في هذا المعنى والمقصود التنبيه (1).

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 7/7، والديباج، لابن فرحون: 100/2، وشجرة النور، لمخلف: 92/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 142، واصطلاح المذهب عند المالكية، لمحمد إبراهيم علي، ص: 260، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 110، 111.

(1) هو: أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي، البهنسي، القرافي، المصري، شهاب الدين، المتوفى سنة 684 هـ، نسب إلى القرافة ولم يسكنها، وقد أخذ عن العز بن عبد السلام، وابن الحاجب، وشرف الدين الكركي، وشمس الدين محمد بن إبراهيم الإدريسي، وغيرهم، إليه انتهت رئاسة الفقه على مذهب الإمام مالك، ذُكِرَ عن قاضي القضاة تقي الدين بن شكر أنه قال: أجمع الشافعية والمالكية على أن أفضل أهل عصرنا بالديار المصرية ثلاثة؛ القرافي بمصر القديمة، والشيخ ناصر الدين بن المنير بالإسكندرية، والشيخ تقي الدين بن دقيق العيد بالقاهرة المعزية، وكلهم مالكية خلا الشيخ تقي الدين فإنه جمع بين المذهبين. قال محمد الأمين (عرفات):

ثم القرافيُّ الشهابُ أحمدُ دُعِيَ
 فالأولُ الحَبْرُ وحيدُ دهرِهِ والحافظُ البحرُ فريدُ عصرِهِ
 قد حَلَفَ الزمانُ لِلنظيرِ يَأْتِي بِهِ فَلَزِمَ التَّكْفِيرُ
 ذاكَ الإمامُ البارِعُ الذي اشتهرُ جَمَعَ فِي العِلْمِ فأوعى وبهرُ
 فكَمَ بِهِ أَجَادَ مِن كِتَابِ كَالشَّرْحِ لِلتَّهذِيبِ وَالجَلَابِ
 وَهُوَ ذُو دَخِيرَةِ الفُرَائِدِ وَذُو الفُرُوقِ الجَمَّةِ الفَوَائِدِ
 وَهُوَ ذُو التَّنْقِيحِ فِي الأُصُولِ وَشَرْحِهِ وَشَارِحُ المَحْصُولِ
 فِي سَابِعِ عَاشِ الإمامِ المُرتَضَى وَعَامَ (دَالٍ) وَثَمَانِينَ قَضَى

مالك: ومن نكس وضوءه وصلى أجزأته صلاته، ويعيد الوضوء أحب إليّ، وما أدري ما وجوبه وقد قال عليّ وابن مسعود: ما نبالي بدأنا بأيماننا أو بأيسارنا⁽²⁾.

قوله: (ما نبالي...) المسألة.

قال صاحب «التحفة» في تقرير عدم وجوب الترتيب: لو كان فعله صلى الله عليه واجباً لكان التقديم واجباً، ولو كان التقديم واجباً لما صحّ فهمّ عليّ وابن مسعود خلافه، وإلا لزم نسبة الخطأ إلى الصحابي، وهو باطل فافهم هذه المعاني، ولم تغادر ما لعبد الحق هنا، وغيره⁽³⁾.

هُوَ مِنْ شُيُوخِهِ الْحَبِيبِ الْإِمَامِ الْعَزِيزِ لِلدِّينِ ابْنِ عَابِدِ السَّلَامِ

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 65/1، وشجرة النور، لمخلف: 188/1، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 176/51، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 57، 109.

(1) المشدالي: نبه على نصوص هؤلاء في إخبار الكافر بالطهارة، ومن طالع ما ذكر علم ذلك.

(2) تهذيب البراذعي: 182/1.

(3) المشدالي: أشار والله أعلم إلى الاعتراض على الدليل على رواية: (بدأنا بأيماننا أو بأيسارنا)، فإنها لا حجة فيها على عدم وجوب الترتيب؛ لأن تقديم الميامن فضيلة، وإنما يصح الاستدلال على رواية: (لا نبالي بأي الأعضاء بدأنا)، وهذا بين، والله أعلم.

ومن فرّق وضوءه أو غسله متعمداً، أو نسي بعضه، ومن ترك بعض مفروضات الوضوء، أو بعض الغسل أو لمعة عمداً حتى صلى، أعاد الوضوء والغسل والصلاة، وإن ترك ذلك سهواً حتى تطاول غسل ذلك الموضع فقط، وأعاد الصلاة، فإن لم يغسله حين ذكره استأنف الغسل والوضوء⁽¹⁾.

قوله: (غسل ذلك فقط).

أبو عمران: يغسله ثلاثاً.

قوله: إن⁽²⁾ لم [2/ب] يغسله حين تذكّره؛ ظاهر المدوّنة أنه لا يُعذرُ بالنسيان اللاحق، ونحوه في الظهر والاعتكاف، بخلاف النجاسة، ونحوه في باب العيوب إذا قال: أنسيته؛ لأنه لو كان النسيان اللاحق ليس كالسابق لزم أن لا يرد المشتري ما ناقصه؛ لأن هذا وجه يفرق فيه المدلس من غيره. أبو عمران لا أعلم نصّ خلافٍ عن ابن القاسم في مسألة اللّمة أنه يستأنف⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 182/1 و183.

(2) في (ش): (فإن).

(3) قال ابن القاسم: أيما رجل اغتسل من جنابة، أو حائض اغتسلت، فبقيت لمعة من أجسادهما لم يصبها الماء، أو توضعاً فبقيت لمعة من مواضع الوضوء حتى صليا ومضى الوقت؟

قال: إن كان إنما ترك اللّمة عامداً أعاد الذي اغتسل غسله، وأعاد الذي توضعاً وضوءه، وأعادوا الصلاة.

وإن كانوا إنما تركوا ذلك سهواً فليغسلوا تلك اللّمة، وليعيدوا الصلاة، فإن لم

ومن توضأ بعض وضوئه، ثم عجز ماؤه فقام لطلبه؛ فإن قرب بنى، وإن تباعد وجف وضوءه ابتداءً للوضوء⁽¹⁾.

قوله: (فعجز ماؤه).

يريد: أعد ما يكفيه وإلا ابتداءً.

ومن ترك المضمضة والاستنشاق ومسح داخل أذنيه في الوضوء أو الجنابة حتى صلى أجزأته صلاته وأعاد ما ترك لما يستقبل⁽²⁾.

قوله: (ومن ترك المضمضة).

ظاهره عمداً أو نسياناً.

وفي سماع عيسى⁽³⁾:

يغسلوا ذلك حين ذكروا ذلك فليعيدوا الوضوء والغسل. وهو قول مالك.

انظر: المدونة (زايد): 98/1، و(السعادة/صادر): 16/1، و(العلمية): 124/1.

(1) تهذيب البراذعي: 183/1.

(2) تهذيب البراذعي: 183/1.

(3) هو: أبو محمد، عيسى بن دينار بن وهب القرطبي، المتوفى سنة 212هـ، به وبيحيى بن

يحيى انتشر علم مالك بالأندلس، سمع من ابن القاسم، وله عشرون كتاباً في سماعه

عنه، وكتب إلى ابن القاسم في رجوعه عما رجع عنه من كتاب أسد بن الفرات فيما

بلغه وسأله إعلامه بذلك، فكتب إليه ابن القاسم (اعرضه على عقلك فما رأيته حسناً

فأمضه، وما أنكرته فدعه)، وهذا يدل على ثقة ابن القاسم بفقهاء، له تأليف في الفقه

يسمى "كتاب الهدية" كتب به إلى بعض الأمراء، أخذ عنه ابنه أبان وغيره.

قال محمد الأمين (عرفات):

عيسى بن دينار له فقه بهر وهو بالأندلس مذهباً نشر

لا شيء على الناسي (1).

وتأمل قوله: (داخل أذنيه)؛ ففيه تلفيق، فإن مسمى الداخل مختلف، كما صرح به ابن الحاجب وغيره.

وتمسح المرأة على رأسها كله كالرجل، وتمسح على ما استرخى من شعرها نحو الدالين، وكذلك الطويل الشعر من الرجال (2).

قوله: (وكذلك الطويل الشعر من الرجال).

قلت: ما ذكره المغاربة من القول الشاذ هنا فائدة في عدم الترخص، كما صرح به العوفي.

ولا بأس بالمسح بالمنديل بعد الوضوء، وإن حلق رأسه لم يعد مسحه (3).

قوله: (حلق رأسه).

لَمْ يَسْمَعْ الْإِمَامَ لَكِنْ سَمِعَا مِنْ ابْنِ قَاسِمٍ وَعَنْهُ قَد وَعَى

لثالث القرون عاش وقضى عام (يب) منه الإمام المرتضى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 105/4، والديباج، لابن فرحون: 64/2، وشجرة النور، لمخلوف: 64/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 56.

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 193/1.

(2) تهذيب البراذعي: 184/1.

(3) تهذيب البراذعي: 184/1.

ابن القَصَّار: وكذا لحيته⁽¹⁾.

وفي "تلقين" الشارقي: يعيد في اللحية.

مالك: ويغسل المحتجم موضع المحاجم، قال يحيى بن سعيد: وكذلك العرق يقطع. قال مالك: ولا يجزئ مسحها، فإن مسحها وصلى أعاد في الوقت بعد أن يغسلها⁽²⁾.

قوله: (ولا يجزئ مسحها).

ابن بشير: هذا إن لم تدع ضرورة إلى مسحه.

واختلف الأشيخ في قوله: (يُعيدُ في الوقت)؛ هل في العمد والنسيان؟ أو في النسيان؟⁽³⁾.

ابن رشد - في سماع يحيى⁽⁴⁾ - ظاهر المدونة: (ولو عمدًا)، وعليه حمل أبو عمران.

وقال أبو محمد: معناه ناسياً.

وصرح ابن رشد في هذا السماع بأن زوال النجاسة سنة في المشهور من المذهب⁽⁵⁾.

ابن بشير: قالوا: معنى قول يحيى في الفصد - ولا شك - أن يغسل

(1) انظر: عيون الأدلة، لابن القصار: 1319/3.

(2) تهذيب البراذعي: 186/1.

(3) انظر: التنبيه، لابن بشير، ص: 273.

(4) المشدالي: ذكره في رسم المكاتب منه.

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 78/2.

موضعه مُضَرٌّ في أكثر الحالات (1).

وكل قرحة إن تركها صاحبها لم تسل، وإن نكأها سالت، فما خرج من هذه من دم أو غيره فأصاب ثوبه أو جسده؛ غسله، وإن كان في صلاة قطع، ولا يبني إلا في الرعاف، إلا أن يخرج منها الشيء اليسير فيفتله ولا ينصرف، وإن كانت لا تُكْفُفُ تُمَصَّلُ من غير أن تنكأ فليصلِّي وليدراها بخرقه ولا يقطع لذلك صلاته، ولا يغسل منه الثوب إذا أصابه ولا بأس أن يصلي به إلا أن يتفاحش فيستحب له غسله، والقبيح والصدید مثل الدم (2).

قوله: (إلا أن يتفاحش).

قال بعضهم: لا يُقَدَّرُ التفاحش هنا بالدرهم، ولا بالخنصر، وإنما (3) تفاحشه كتفاحش دم البراغيث (4).

وقال غيره: ينبغي أن يُعْفَى في باب الرعاف عن أكثر ما يعفى عنه في غير الرعاف للضرورة، فإن الراعف لا ينسب إلى تفريط لطريان (5) الدم عليه بغتة (6).

(1) انظر: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 65/1، وهو غير معزو لابن بشير.

(2) تهذيب البراذعي: 186/1 و187.

(3) في (ش): (ولا).

(4) انظر: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 58/1، وشرح التلقين، للمازري: 457/2.

(5) في (ش): (مهجوم).

(6) انظر: الذخيرة، للقرافي: 91/2.

وإن وطئ على روث الدواب الرطب وأبوالها دلکه وصلی به، وكان مالك يقول: يغسل الخف ثم خففه، ولا بأس بطين المطر وماء المطر المستنقع في السكك والطرق يصيب الثوب أو الجسد أو الخف أو النعل، وإن كان فيه العذرة وسائر النجاسات، وما زالت الطرق وهذا فيها، وكانوا يخوضون المطر وطينه ثم يصلون ولا يغسلونه⁽¹⁾.

قوله: (وأبوالها).

في الموازية: وأشق كالعذرة⁽²⁾.

واستشكل الدلك في البول؛ لأنه لا يزول عيناً ولا حكماً.

والصواب: إما العفو عنه كبول فرس الغازي، وإما النزع، ولذا كان إسقاط الجلاب لها حسناً⁽³⁾.

قوله: (وكانوا يخوضون). المسألة.

قلت: ظاهر كلام عز الدين ابن عبد السلام⁽⁴⁾(5) أن غسله - والحالة هذه

(1) تهذيب البراذعي: 187/1 و 188.

(2) قوله: (وأشق كالعذرة) يقابله في (ش): (والتن كالعذرة).

(3) انظر: التفریح، للجلاب: 31/1 و 32.

(4) المشدالي: يعني كلام عز الدين ابن عبد السلام في "قواعده".

(5) هو: عز الدين بن عبد السلام، الملقب بسلطان العلماء، المتوفى سنة 660هـ بالقاهرة،

العارف بمقاصد الشريعة، المطلع على حقائقها، تفقه على الشيخ فخر الدين بن

عساكر، وقرأ الأصول على سيف الدين الأمدي، وآخرين، سكن دمشق، وخرج إلى

الديار المصرية فأكرمه سلطانها، صنف "القواعد الكبرى"، و"مجاز القرآن"، و"شجرة

المعارف" وغيرها.

انظر ترجمته في: طبقات السبكي: 209 / 8 - 255.

- ليس من باب الورع؛ لقوله في الحالة الثانية من القسم الرابع: أن يكون توهم النجاسة دون الغلبة المذكورة وفوق الوهم البعيد، فالورع هنا: الحزم.

فَدَع ما يرييك إلى ما لا يرييك، بشرط أن لا يتعدى ورع السلف، فقد كانوا يُصَلُّونَ في نعالهم، ويمشون في الطين، ويُصَلُّون، ولم يكن في المسجد حُصْرٌ، وقد كان يطأها البرُّ والفاجر.

ولم يزل المسلمون يطوفون ويقبلون الحجر الأسود ويصلون في المقام، مع كثرة الوارد من العامة الذين لا يعرفون النجاسة، ومن العجائب أن بعض قضاة أهل الشام أتى المطاف فأمر بغسله بماء زمزم، وأن يُغَسَّل الحجر الأسود. إلى آخر كلامه (1).

قلتُ: قوله: (يصلون في النعال)؛ قال صاحب «دلائل الأحكام»: خَرَجَ الشيخان والترمذي أن النبي ﷺ كان يصلي في النعلين (2). وحديث: «بهما

(1) لم أقف عليه في قواعد عز الدين ابن عبد السلام، وإنما وجدته في فتوى أجاب عنها عز الدين ابن عبد السلام عن سائل سأله عن: الرجل يصلي في المسجد فيصل إلى جانبه الجزار والدباغ، ما حكم ذلك، فقال: ينبغي للمصلي أن لا يلتصق بمن تغلب على الظن نجاسة ثيابه. فوقع في نفس السائل أن الناس يَقِل فيهم من يسلم من وقوع النجاسة عليه، ويقل فيهم من يحسن إزالتها، فصارت كثوب الجزار، فضاقت صدره بالتصاق المسلمين به، ويعجبه أن يصلي خلف الصف وحده، فهل هذا من باب الاحتياط فيحمد، أو من باب التنطع والغلو فيذم؟ فأجابه بجواب كلامنا هذا جزء منه. انظر فتاوى ابن عبد السلام، برقم: 1636. وهي ضمن موسوعة الفقهاء الصادرة عن دار الإفتاء الأردنية. وصنفت تحت: المنجيات والبر والصلة (الأخلاق المحمودة)، وموسوعة تحت: الفرق بين الورع المحمود والوسواس المذموم.

(2) أخرجه البخاري: 151/1، أبواب الصلاة في الثياب، باب الصلاة في النعال، برقم:

قدرأ» أخرجه أبو داود⁽¹⁾.

ومن رأى في صلاته دماً يسيراً في ثوبه، دم حيض أو غيره، تمادى ولم ينزعه، إن شاء، وإن نزعه فلا بأس به، وإن كان كثيراً قطع ونزعه⁽²⁾.

قوله: (قطع ونزعه).

يريد: إذا كان في اتساع الوقت، وإلا لم يقطع.

وظاهر المدونة⁽³⁾ أنه لا يستخلف⁽⁴⁾، كقولها - في كتاب الصلاة - في ذاكر

صلاة.

وذهب عبد الحق والصقلي إلى أنه يستخلف⁽⁵⁾.

379، ومسلم: 1/391، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب جواز الصلاة في النعلين، برقم: 555، والترمذي: 2/249، أبواب الصلاة، باب ما جاء في الصلاة في النعال برقم: 400.

(1) أخرجه أبو داود: 1/247، كتاب الصلاة، باب الصَّلَاةِ فِي النَّعْلِ، برقم: 650، ولفظه: «بينما رسول الله ﷺ يصلي بأصحابه إذ خلع نعليه فوضعها عن يساره، فلما رأى ذلك القوم ألقوا نعالهم، فلما قضى رسول الله ﷺ صلاته، قال: «ما حملكم على إلقاء نعالكم»، قالوا: رأيناك ألقيت نعليك فألقينا نعالنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن جبريل ﷺ أتاني فأخبرني أن فيهما قدرأ - أو قال: أذى -، وقال: «إذا جاء أحدكم إلى المسجد فلينظر: فإن رأى في نعليه قدرأ أو أذى فليمسحه وليصل فيها».

(2) تهذيب البراذعي: 1/188.

(3) في (ش): (الكتاب).

(4) انظر: المدونة (زايد): 1/108، و(السعادة/صادر): 1/128، و(العلمية):

20/1.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس، ص: 208.

انظر في سماع يحيى (1) قوله: الدم كله سواء (2).

أبو عمران: ما تطاير من الدم من اللحم عند قَطْعِهِ على الثوب والبدن فغسله مُسْتَحْسَن.

ومن ذكر أنه في ثوبه، أو رآه فإنه ينزعه، ويبتدئ الفريضة بإقامة ومن صلى بذلك، أو بدم كثير ولم يعلم أعاد في الوقت، قيل له: فإن رآه قبل أن يدخل في الصلاة؟ قال: هو مثل هذا كله يفعل به كما يفعل فيها فسرت في هذا (3).

قوله: (قيل له: فإن رآه).

قلتُ: اختصرها لوجهين:

أحدهما: أن ضمير رآه ظاهرٌ في عَوْدِهِ على جميع المذكور، ومن جُمِلَتْه يسيرُ زبل الدواب وبولها، وأوجب فيها القطع، وقد قال فيها بالدلك والدخول في الصلاة (4) ابتداءً للنفو عنهما، فكيف مع النسيان!؟

الوجه الثاني: أن أسداً (5) رأى

(1) المشدالي: ذكر في رسم المكاتب منه مسألة من رأى نجاسة في ثوب إمامه، فانظرها فيه.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 126/1.

(3) تهذيب البراذعي: 189/1.

(4) في (ش): (الصلوات).

(5) هو: أبو عبد الله، أسد بن الفرات بن سنان، مولى بني سليم بن قيس، المتوفى سنة 213هـ، لزم علياً بن زياد بتونس، وتفقه به، ثم رحل للمشرق فسمع الموطأ من مالك، ودخل العراق فلقي أبا يوسف ومحمد بن الحسن، وروى عنه أبو يوسف

أن⁽¹⁾ النسيان بعد الرؤية معه ضربٌ من التفریط، فلا يُعذر، بدليل ظاهر المدوّنة في مسألة اللمعة والاعتكاف والظهار، فلا يلزم من عُذره في النسيان السابق عُذره في اللاحق، فحاصل هذا الوجه اختصرها لإشكال الجواب بالقياس؛ لأنه لا يصح القياس مع وجود الفارق، فإنه سئل عن النسيان اللاحق فأجاب بالسابق.

وأما من أصاب ثوبه شيء من أبوال الإبل والبقر والغنم فلا يغسله، لأن هذه تشرب ألبانها وتؤكل لحومها، والخيل والبغال والحمير لا تشرب ألبانها ولا تؤكل لحومها⁽²⁾.

موطأ مالك وكان أسد يقول: "أنا أسد وهو خير الوحش، وأبي الفرات وهو خير المياه، وجدي سنان وهو خير السلاح".
قال محمد الأمين (عرفات):

وإبنُ الفُراتِ أسدٌ قد سَمِعنا مِن مالِكِ وبابنِ قاسمٍ وَعَوى
وفقهُه بابن زيادِ الرَضَى وبـ(يج) الثالثِ ذا الحِبرِ قَضَى

انظر ترجمته في: رياض النفوس، للمالكي، ص: 272، وترتيب المدارك، لعياض: 270/4، والحلة السيرة، لابن الأبار: 380/2، 381، والديباج، لابن فرحون، ص: 161، 162، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 225/10، والمنتظم، لابن الجوزي: 252/10، وشذرات الذهب، لابن العماد: 28/2، والروض المعطار في أخبار الأقطار، لمحمد بن عبد المنعم الحميري، ص: 318، والأعلام، للزركلي: 298/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 20.

(1) قوله: (رأى أن يقابله في (ش): (ويحالف).

(2) تهذيب البراذعي: 189/1.

قوله: (لا تشرب ألبانها).

إن قيل: هذا نصٌّ من المدوَّنة، وفي (السَّلم) بتحريم الخيل.

أجيب: أما من هنا فلا نسلم أنه نصٌّ؛ لاحتمال أن يكون معنى قوله: (لا تشرب) على الكراهة.

قلتُ: هذا الجواب ضعيفٌ لما تقرر من الاستدلال بالاقتران، وصرح به أكابر المحققين على مسألة النكاح وغيره⁽¹⁾، وقد قرن [3/أ] هنا مع الخيل البغال والحمير، فكما أنه على التحريم في البغال والحمير، فكذلك الخيل، إعمالاً لدليل الاقتران⁽²⁾.

وهذا، وإن كنا قد علمنا قوة هذا الاستدلال في الأصول من ضعفه، لكنه في الفقهيات أقوى.

وأما من (السَّلم)، فالأخذ منه ظاهرٌ، وإنما قلنا إنه ظاهرٌ؛ لأنه قابلها بالمكروه، ولو كانت عنده على الكراهة لما صحت المقابلة.

ومن أيقن أن نجاسة أصابت ثوبه لا يدري موضعها؛ غسله كله، وإن علم تلك الناحية غسلها، وإن شك أنه أصابه شيء أم لا، نضح به بالماء، ويغسل ما قل من البول، ولو مثل رؤوس الإبر⁽³⁾.

قوله: (فإن لم يدر موضعها).

قلتُ: ما نسبه غير واحد لابن الفخَّار، أنه أخذ من هنا مسألة التفاحة

(1) في (ع): (غيره).

(2) في (ع): (لدلالة القران).

(3) تهذيب البراذعي: 190/1.

ونحوها ليس بصريح، وإنما قال في الجواب: هذه مسألة المدوّنة، ولم يُعيّن هذه، وقد يمكن أن يريد مسألة كتاب العتق ونظائرها، ولعله أشار إلى مسألة الحصة في كتاب الحج، فإنها من هذا النمط⁽¹⁾.

قوله: (وهو ظهور لكل ما شك فيه)⁽²⁾.

قلت: لا خفاء في عدم صدق هذه الكلية لمن شد طرفاً من التحصيل،

(1) المشدالي: مسألة التفاحة التي سئل عنها ابن الفخار، وقال في جوابه: هذه مسألة المدونة، هي: أن رجلاً حلف لزوجه أو غيرها على تفاحة لتأكلنها، ف وقعت في كدس من تفاح وانبهت.

فقال: إن عَلِمَت الناحية التي وقعت فيها أكلتها، وإلا لم يبر إلا بأكل الجميع. وكذلك قالوا: إذا وقعت قطعة من لحم حنزير في كدس لحم، أنه إن علمت الناحية التي وقعت فيها تركت وأكل ما سواها، وإلا طرح الجميع. وكذلك من رأى لمعة بعد الاغتسال ثم انبهت عليه، أنه يغسل كل ما يرى من جسده.

وأما عكس مسألة التفاحة، كمن حلف ألا يأكل هذه التفاحة، ف وقعت في كدس تفاح وانبهت فيه، فإنه لا يبر إلا بترك الجميع، وإن أكل من ذلك واحدة مبهمة حنث. وهي منصوطة في "النوادر"، قال في ترجمة (فيمن شك في البر أو حنث، أو حلف على شك أو ما يشبه الشك)، من الجزء الرابع من النذور عن كتاب ابن المواز: ومن حلف لا يأكل هذه الثمرة، ثم أكل منه ثمرة، لا يدري أهى أم غيرها، فهو حانث حتى يوقن أنها غيرها.

وما أشار إليه الوانوغى من مسألة العتق والحج معروف لا يفتقر إلى بسط.

(2) انظر: المدونة (زايد): 110/1 و111، و(العلمية): 129/1، و(السعادة/صادر):

لنقضها بالأرض والماء والطعام⁽¹⁾.

قوله: (قلت فيما⁽²⁾ تطاير... إلى آخره)⁽³⁾.

قلت: لا خفاء في قول بعضهم: اختصرها تورعاً.

والصواب ما قرره شيخنا؛ وهو أن أسداً توهم أن ابن القاسم يقول بالعموم الخارج على سبب، ونحوه في باب المزارعة؛ أن⁽⁴⁾ المسؤول عنه بخصوصه لا يرى⁽⁵⁾ ابن القاسم اندراجَه، حتى يكون الجواب بالعموم جواباً بالخصوص.

وقد تقرر في العلوم العقلية الخلافُ في وجه ترتب النتيجة ولزومها عن المقدّمين؛ هل يكفي استحضار المقدّمين، أو لا بدّ من التفطن لاندراج الأصغر تحت موضوع الأكبر؟⁽⁶⁾

(1) المشدالي: أما الأرض فذكر ابن عرفة عن بعض شيوخ شيوخه أنها تغسل اتفاقاً؛ ليس الانتقال إلى محقق، قال: وبعض شيوخنا الفاسيين رأها كالجسد، ونقله عن "قواعد عياض".

وأما المطعومات فقد تردد فيها بعض المحققين من شيوخ شيوخنا.

(2) في (ش): (بها).

(3) انظر: المدونة (زايد): 110/1 و111، و(العلمية): 129/1، و(السعادة/صادر): 22/1.

(4) في (ش): (لأن).

(5) في (ع): (يرو).

(6) المشدالي: بالثاني قال رئيس الحكماء أبو علي ابن سينا، وإلى مذهبه مال جمع من المتأخرين، كالقاضي الفاضل ناصر الدين أبي محمد عبد الله بن أبي القاسم البيضاوي رحمته الله.

والظاهر من حال ابن القاسم أنه لا يستحضر⁽¹⁾ الاندراج، فلذا أجاب بقول مالك⁽²⁾.

وتقرير الاندراج على نهج القياس الاقتراضي أن يقال: ما تطاير مثل رؤوس الإبر قليل، وكل قليل يُغسل. أو كثيرٌ وكل كثير يُغسل.

ولما قرأنا في صحيح مسلم قول الراوي في النهي عن صرّ الحيوان⁽³⁾ للغرض هو ملعون للعن⁽⁴⁾ النبي ﷺ كل من فعل هذا.

قال الشيخ: هو دليل على ابن القاسم في مسألة الطهارة هذه، حيث لم يكتف بالاستدلال بالكلي على الجزئي، وقد اعتبره في هذا الحديث.

قلت: وصوّبه، والاستدلال أحروى؛ لأن اللعن جائز بطريق العموم لا الخصوص، فإذا صح بطريق الخصوص فأحرى في مسألتنا.

مسألة: قلت للشيخ ذات مرة: رأيت لو توجّه لرجل يمين على رجل، فحلف له بالأيمان اللازمة، فهل يقال: اندرج فيه اليمين بالله التي تُقَطَّعُ بها

(1) في (ش): (لم يستحسن).

(2) قوله: (بقول مالك) يقابله في (ش): (لقول مالك).

(3) أخرجه مسلم: 1154/3، كتاب البيوع، باب: باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية، برقم: 1515، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بلفظ: «لا يتلقى الركبان لبيع ولا يبيع بعضهم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر».

(4) في (ع): (لعن).

الحقوق، فَيُعَدُّ كَأَنَّهُ حَلَفَ بِهَا (1)؟ أم لا بد من الإتيان بها مفردة؟

فقال: لا بد من الإتيان بها، لقوله هنا: (قلت فما تطاير). المسألة (2).

قلت: وَصَوَّبَهُ، وَلَا يَنْبَغِي فِي هَذِهِ النَّازِلَةِ أَنْ يُقَالَ: إِنْ طَالَ الْأَمْرُ اكَتْفَى بِالْأَيْمَانِ اللَّازِمَةِ، وَإِنْ قَرَّبَ فَلصاحب اليمين تحليفُهُ، كقول ابن سهل فيمن توجه (3) له قِبَلْ خَصْمِهِ يَمِينٌ فَأَمْرُهُ أَنْ يَحْلِفَ لَهُ بِالطَّلَاقِ، فَحَلَفَ لَهُ بِهِ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: لَا أَكْتَفِي بِهِ، فَقَالَ: إِنْ قَامَ بِالْفَوْرِ فَلَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ قَامَ بَعْدَ الطُّوْلِ فَلَا مَقَالَ لَهُ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَاضِحٌ.

وذلك أنه في مسألة ابن سهل: صاحبُ اليمين طَلَبَ التَّغْلِيظَ عَلَى خَصْمِهِ يَمِينٍ مَفْرَدَةً فَبَطَلَتْ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ، فَصَحَّ لَهُ تَلَا فِي حَقِّهِ بِالْقُرْبِ وَبِالطُّوْلِ سَقَطَ مَقَالُهُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ عَالِمًا بِأَنَّهَا لَا تُقَطَّعُ بِهَا (4) الْحَقُوقُ فَوَاضِحٌ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا لَمْ يُعْذَرْ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَمْ تَصْدُرْ يَمِينٌ مَفْرَدَةٌ فَلَا يَصِحُّ هَذَا التَّفْضِيلُ.

فإن قلت: إنها في مسألتنا مدلولٌ عليها بطريق التضمن (5)، ولهذا أَطَبَقَ الْجُمْهُورُ عَلَى لَزُومِ الْكِفَّارَةِ مَعَ غَيْرِهَا.

قلت: لَا يَلْزَمُ مِنْ اِعْتِبَارِ (6) حَصُولِهَا، بِدَلِيلِ التَّضْمَنِ (7) فِيمَا بِهِ الْحَنْثُ

(1) في (ش): (فيها).

(2) قوله: («قلت فما تطاير...» المسألة) ساقط من (ش).

(3) في (ش): (توجهت).

(4) في (ش): (فيها).

(5) قوله: (بطريق التضمن) يقابله في (ش): (بطريق التضمن).

(6) في (ش): (اعتبارها).

(7) في (ش): (التضمن).

اعتباره فيما به البر، وهو المعتبر في مسألتنا.

ويغسل أقطع الرجلين في الوضوء موضع القطع وبقيّة الكعبين، إذا القطع تحتها وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [سورة المائدة آية: 6]، والكعبان اللذان إليهما حد الوضوء هما اللذان في الساقين، ولا يغسل ذلك أقطع المرفقين، لأن المرفقين في الذراعين وقد أتى عليهما القطع، إلا أن تعرف العرب والناس أنه بقي شيء من المرفقين في العضدين، فليغسل موضع القطع وبقيتهما، والتيمم مثله (1).

قوله: (إلا أن تعرف العرب والناس).

قلت: ما ذكره ابن بشير هنا حسن (2).

وأما ما ذكره ابن رشد من نمطه في سماع عيسى من المديان (3) ففيه نظر؛ لأنه صرح فيه بخلاف ما قاله الأصوليون، فتأمل. ولو لا الإطالة لجلبناه (4).

(1) تهذيب البراذعي: 191/1.

(2) انظر: التنبيه، لابن بشير، ص: 284.

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 459/10.

(4) المشدالي: لا بد من جلب كلام كل واحد من الشيخين؛ ليلوح لك ما أشار إليه.

قال ابن بشير بعد أن حصل في المسألة ثلاثة أقوال؛ أحدها: وجوب إدخالها، وهو المشهور، والثاني: مقابله، والثالث: وجوبها لا لذاتها، بل لكونها لا يتوصل للواجب إلا بهما: سبب الخلاف في فرضيتهما، هل (إلى) في الآية لانتهاء الغاية أو للجمع، يعني: بمعنى (مع)؟

وقال سيويوه: إن تقدم قبلها (من) كانت لبيان الغاية، وخرج ما بعدها عن حكم ما

قبلها، وإن لم تتقدمها (من) احتملت ما بعدها، واحتملت الجمع، ومن الجمع قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ﴾ [سورة البقرة آية: 188]، وقوله تعالى: ﴿مَنْ أَنْصَابِي إِلَى اللَّهِ﴾ [سورة آل عمران آية: 52]، أي: مع أموالكم، ومن الله.

والتي في الآية - أي آية الوضوء - لم تتقدمها (من)، فهي تحتمل التحديد والجمع، وإذا احتملت أمكن أن يقال: الذمم على البراءة، فلا تعمّر إلا بدليل، أو يقال: الموضوع موضع عبادة، فيؤخذ فيه بالأحوط حتى يقوم دليل على الإسقاط. واحتج للمشهور بقول المبرد: إن ما بعد (إلى) إن كان من جنس ما قبلها دخل في حكمه، وإن كان من غير جنسه لم يجب ذلك.

والمرفقان من الساعدين، على أنه قد تردد بعض أهل اللغة في اسم المرفق على ماذا يطلق؟

فقيل: على طرف الساعد، وقيل: على مجتمع الساعد والعضد، فإن قلنا: إنه على طرفه كان في قول المبرد حجة.

وأشار ابن القاسم بقوله: "إلا أن تعرف العرب والناس" إلى ما قلناه من التردد. انتهى كلام ابن بشير رحمته.

وقال ابن رشد في الثالثة مسألة من رسم أسلم، من سماع عيسى من المديان: قوله في الذي يوصي فيقول: من جاء يدعي قبلي من دينار إلى عشرين، فاقضوه بلا بينة، أن العشرين تخرج من رأس ماله دون زيادة عليها، يتحاص فيها كل من ادعى أدنى من عشرين، صحيح.

ووجهه أن (من) تحتمل الشرطية، فتقتضي العموم، وكأنه قال: كل (من) ويكون المفهوم من قصده: أنه علم أن عليه لجماعة لا يعلم عددهم حقوقاً دون العشرين، فأراد أن يقضي كل من ادعى أن له عليه أدنى من عشرين، ليتخلص من جميع ما عليه من الديون.

ويحتمل أن تكون (من) موصولة، فلا تقتضي العموم، ويكون المفهوم من قصده أنه علم أن عليه حقاً دون العشرين لرجل واحد لا يعرف عينه، ولا اسمه، فأراد أن يقضي ذلك الرجل حقّه، وجعل علامة أنه صاحب الحق إتيانه وادعائه القدر

يستحب للأم أن يكون لها ثوب للصلاة غير الذي ترضع فيه، فإن لم تقدر صلت به، وتدرأ البول جهدها، وتغسل ما أصاب ثوبها من البول جهدها⁽¹⁾.

قوله: (ويُستحبُّ للأم).

قال بعضهم: وكذا الجزار والكناف.

وانظر الظئر هل هي كالأم؟

قلت: إذا صحَّ عنده إلحاق الأولين للمشقة، فكذا الأخرى، وربما يقال:

الذي سمي.

فلما احتمل اللفظ الأمرين، وحب حمله على الثاني؛ لأنه الأقل على أصولهم في وجوب ترك الحكم بما يشك فيه من الوصايا وغيرها.

ولو جاء بعد (من) بفعل يظهر إعرابه لارتفع الإشكال؛ لأنه إن جزم الفعل، علم أن (من) شرطية، فكانت للعموم، وإن رفعه، كانت موصولة، فلا تكون للعموم.

ولا خلاف في العشرين أنه يتحاص فيها كل من ادعى أدنى من عشرين - يريد بعد أيانهم - كما أنه لا خلاف ألا حق في العشرين لمن ادعى أكثر منها.

واختلف فيمن ادعى عشرين، فقليل: لا شيء له. حكاه سحنون عن ابن القاسم، وهو على القول بأن (إلى) غاية لا يدخل ما بعدها فيما قبلها. وقيل: إنه يحاص بها فيها، وهو على القول بأن (إلى) بمعنى (مع)، وهو الأظهر في هذه المسألة، وفي ألفاظ المسألة دليلٌ على القولين.

المشديلي: كلام ابن رشد هذه يخالف ما نقله ابن بشير عن سيبويه، من أن (إلى) إن تقدمتها (من) تعينت فيها الغاية، وما أشار إليه الوانوغى من مخالفة كلام ابن رشد لما قاله الأصوليون لا يخفي ضعفه، وبالله التوفيق.

(1) تهذيب البراذعي: 1/191.

إنا لا نُسَلِّمُ عدم شمول اللفظ لها؛ لأنها أمُّ بالرضاع، والعلة فيها موجودةٌ، فلا معنى للتوقُّف.

فحاصله أنها أقوى في الإرادة من وجهين؛ أحدهما لفظيٌّ لأنها (1) أمُّ، والآخر (2) قياسٌ أحرَويٌّ.

وما كان في الطرق من الغُدْر والآبار في الفلوات تصابي قد أنتنت، فإن كان ننتها من الحمأة فلا بأس بذلك. وإذا استنقع من ماء المطر شيء قليل فليتوضأ به، وإن جف تيمم بصعيده، وإن خاف أن يكون فيه زبل فلا بأس به (3).

قوله: (وما كان في الطرق) المسألة.

ابن بشير: حاصلُ الاعتراض أنه سأله عن المشكوك فأجابه بما يتقن. ولعل البراذعي فهم أن هذا مثل ذلك، في أن ذلك المتقدم إن (4) يتقن أنه أنتن من الحمأة أنه يستعمل، وإن لم يتقن لم يستعمل، ورأى أنها سواء فساقهما مسألة واحدة، وظاهر المدونة أن الوضوء مما حبس عموماً جائز. وهو نصُّ جواب عزِّ الدين ابن عبد السلام، إذ قيل له: ما جوابكم في الصهاريج بُنيت للسبيل؛ هل يجوز الوضوء بها (5) أم لا؟

(1) في (ش): (لأنهما).

(2) في (ش): (والأخرى).

(3) تهذيب البراذعي: 1/192 و 193.

(4) في (ش): (وإن).

(5) قوله: (بها) يقابله في (ش): (بها فيها).

الجواب: أما⁽¹⁾ الطهارة بهاء الصهاريج الموقوفة للشرب فلا يجوز، وإن وقفت [3/ب] للانتفاع جاز، وإن شكَّ جاز أن يستعمل القدر المحقَّق. وبيان ما قلنا إنَّه ظاهرُ المدوَّنة: أنَّه إنما منع الوضوء من مواجل برقة ونحوها لأجل النجاسة، فلو كان اتصافُ اتخاذها للسبيل⁽²⁾ مانعاً؛ لما احتاج إلى الكلام إذا ماتت فيه وزغة ونحوها⁽³⁾.

(1) في (ش): (إن).

(2) في (ع): (للغسل).

(3) المشدالي: ومثل هذا الجواب للمازري أيضاً، وزاد في المشكوك فيه: وينبغي أن يجتنب الوضوء منها للشك في ذلك.

وقال البرزلي في كتاب الطهارة من جامعه: ظاهره جواز الشرب وإن بناها الولاية، وكره ذلك سحنون، وهو يجري على الخلاف في أموال مستغرقي الدمم ونحوهم ممن جهل مالكة، هل هي كالفيء فتحل للغني والفقير، أو يسلك بها مسلك الصدقة فلا تكون إلا للفقراء ومصارف الزكاة كالزكاة.

وكرهه سحنون بناء على أنه من المتشابه؛ للخلاف، أو أن الأصل في المياه الإباحة كما ورد في الحديث.

قال: ومن هذا ما أُحدِّث من السبالات بخارج تونس وداخلها، فإن كانت من أموال الرعيَّة، فهي بحسب ما سبلها فيه من شرب أو طهارة كالميضأة، أو لهما معاً كما لو جعل صهريجاً ومعه ميضأة أو مصلاة، والعرف - إذا لم يكمن نصٌّ - له مدخل في ذلك.

وأما ما صنعتة السلاطين والعمال والأمرء، فعلى أنه فيء؛ فالأمر سهل من الشرب والطهارة وغسل الثياب وبيع ذلك لمن معه، ويقدم الأهم فالأهم، وإن اتسع الماء لجميع ذلك فعل، وعلى أنه كالزكاة فينتفع به من تحل له الزكاة، وفي انتفاع غيرهم إذا اتسع تردد، والأحوط تجنُّبه إن لم يحتج إليه، كما قال سحنون، وإن فعل حاز؛ لأن الماء =

أصله الإباحه؛ لأن تبعته على من غضبه؛ إذ قيل: ليس له ثوب، وإنما ثوابه لرب المال. وأما مواجل المدارس والرباطات وآبارها، فهي بحسب ما جعلت له من عموم الطهارة والاستقاء وغسل الثياب وتصرف الجيران وغير ذلك، أو خصوص ببعض ما ذكر، أو بمن يسكن خاصة، فإن لم يكن نصُّ فالحكم للعادة ودليل الحال. وأما مواجل المساجد، فالحكم فيها على ما نصه المحبس، فإن لم يكن فعلى ما جرت به العادة وتوالي الأعصار، فإن جرت العادة ببيعه وإدخاله في الحبس فهو كذلك، وإن جرت العادة بشره للشفاء دون استقاء خارج المسجد كان كذلك، وإن جرت العادة بحمله إلى خارج فكذلك، ما لم يؤد إلى تلوّث المسجد، ودخول الجنب ومن لا يتحفظ من النجاسة، فيمنع من ذلك؛ لحرمة المسجد، وإن لم تتقرر عادةً فالأصل تعميم الانتفاع.

والذي شاهدته بالقيروان أن جميع مواجلها تباع وتدخل في منافع المساجد، إلا الجامع الأعظم منها فإنه مباحٌ للناس من غير ثمن، وهذا إما لأنه كذلك في نفس الأمر، أو أصله الإباحه كما قال التونسي، لكنه لما ضعفت أحباس المساجد انتقل لبيعها للضرورة وإقامة الحبس؛ لجواز جري الأحباس بعضها في بعض على مذهب الأندلسين، خلافاً لبعض القرويين.

وأما المواضع المعدة للطهارة بالبلاد، فإن اختصت بالوضوء والغسل دون الاستقاء - كمظاهر تونس وبعض الحواضر - فهي مقصورةٌ على ذلك، وإن كانت للعموم؛ من الطهارة والشرب والاستقاء - كسائر بعض القرى - فهي كذلك، وإن أشكل الأمر فالأصل جواز تعميم التصرف، والورع ألا يفعل إلا ما لا بد منه.

وأشار التونسي في جوابه عن مواجل المساجد إذا عرف قصد المحبس - بالنص أو بجريان العرف كما تقدم - إلى أنه لا فرق بين المؤذن والإمام، وأنها كسائر الناس. قال: وما علمنا في عادة جرت قديماً بتفضيلها على غيرهما، ويجوز للغني الشرب منها؛ لأنها جعلت للعطشان مطلقاً، ومن منع الناس حقوقهم تعدياً من غير تأويل، واختص بأخذ ما منع غيره، فلا ينبغي أن يصلي خلفه، والغالب في المواجل أنها تفتح في اشتداد الحر، وقت احتياج الناس إلى الماء. وبالله التوفيق.

لا بأس أن يعلف النحل⁽¹⁾.

قوله: (لا بأس أن يعلف للنحل).

القاسبي: لم ير أنه ينجس ما يخرج من بطنها، فكذا ينبغي في الطير⁽²⁾، ولا بد من رد إحدى المسألتين للأخرى.

قلت: قال في نوازل الشعبي⁽³⁾: سئل بعضهم عن ترك مطمورة له مفتوحة، فوقع فيها خنزير، فوجد ميتاً، هل يجوز بيع هذا الطعام من نصراني؟

قال: لا، ولا يزرعه صاحبه، ولا يتتفع به، ويُعَيَّبُه عن النصارى حتى لا

(1) تهذيب البراذعي: 193/1.

(2) في (ع): (الطين).

(3) الشعبي: هو أبو المطرف عبد الرحمن بن قاسم المالقي (ت 499هـ)، له ترجمة في الصلة، لابن بشكوال: 507/2، والمرقبة العليا، ص: 107، ونيل الابتهاج، للتبكتسي: 257/1، وشجرة النور، لمخلف، ص: 123، والأعلام: 97/4، ومعجم المؤلفين: 165/5.

أما نوازل: فهي إحدى المجموعات المشهورة في النوازل التي ألفت في عهد المرابطين، ومنها: نوازل ابن سهل، ونوازل ابن رشد الجدي، ونوازل ابن الحاج الشهيد، ونوازل الشعبي، ونوازل عياض، ونوازل ابن ورد التميمي، ونوازل ابن بشتغير، ونوازل أبي الوليد هشام المعروف بابن بقوي.

وقد وصفت نوازل الشعبي بأنها مجموعة نبيلة ينقل عنها الكثير، منهم ما ذكره صاحب المعيار، وصاحب مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، وغيرهم، وتوجد منها قطعة لا بأس بها في دار الكتب الوطنية بتونس، راجع فهرس المخطوطات المصورة:

186/1 و187- الكويت: 1986.

ينتفعون به (1).

وفي تعليقة أبي عمران في الآنية (2) يكون فيها زيتٌ أو ودكٌ فيُصبُّ ثمَّ يُصبُّ فيها الماء، فتعلوه شبابة (3) هل يُتوضأُ فيه؟

(1) المشدالي: سئل ابن زيد عن فأرة وقعت في مطمورة وأنتنت، وكيف الحكم في زكاتها وبيعها وشرائها وصدقته وتسلفها؟ وكيف الحكم إن وقعت في درسه وتفسخت؟

فأجاب: إن أتاهم من الفأر ما لا يقدر على الامتناع منه لكثرتهم؛ فعن سحنون: هذه ضرورة.

وإذا درسوا فليلقوا ما رأوا من جسد الفأرة.

وما رأوا من دم في الحب عزلوه وحرثوه وأكلوا ما سواه.

ولهم بيع ما لم ير فيه دمٌ بالبراءة أنه درس وفيه فأرة، ويخرجون زكاته منه، ولا يخرجون منه لغيره، ويتصدقون به تطوعاً.

وما فيه الدم ظاهر ألا يباع، ولا يسلف، ولكن يحرث، ولهم سلفه إذا لم يظهر فيه الدم واحتاجه المستسلف، ولو باعه منه كان أحب إلي.

وما مات في رأس المَطْمَرِ ألقى وما حوله، وأكل ما بقي.

وإن شربت المطمورة، وطالت مدتها حتى يظن أنها تسقى من صديدها إلى آخرها، زرع ذلك ولم يؤكل.

ولو كان مُطْمَرًا عظيمًا لا يكاد يبلغ إلى جوانبها وأسلفها، زرعوا من ذلك ما شكوا فيه وأكلوا ما سواه مما لا يكاد يبلغ إليه من صديدها.

ولهم غسل ما ظهر فيه الدم وأكله، وليس كالقمح إذا شرب الماء النجس.

المشدالي: فانظر هذا مع ما في "نوازل الشعبي"، هل هو خلاف؟ أو لا؛ فيكون الخنزير متفقاً عليه؟

(2) في (ع): (آنية).

(3) في (ع): (شبابة).

قال: أما اليسيرةُ فلا يُضْرُّ.

وسئل أبو جعفر عن فأرةٍ وقعت في صابون ليس بسائل ولا جامد، هل يُغسَلُ بذلك الصابون؟

فقال: إن كان يميل إلى الجُمُود طُرِحَتْ وما حولها، وإن كان إلى الانحلال أميلُ غُسِلَ به وطُهِّرَ الثوب بعد ذلك.

وسئل أبو عمران عن فضةٍ أو ذهبٍ أُحْمِيَ بنارٍ فأطفئ في ماءٍ نجسٍ، وجعل (1) منه حلي أو دنائير، هل يصلي بها؟ وهل تطهر بالماء؟

فقال: تطهر.

وقال أبو محمد: لا تطهر (2).

(1) في (ش): (وحصل).

(2) المشدالي: سئل أبو محمد عن الأجر يعجن بماء نجس ثم يطبخ، أو الخاتم يطفأ في ماء نجس؟

قال: النجاسة فيه قائمة، ولا يسُّ الخاتم حاملٌ للنجاسة.

قال البرزلي: أما مسألة الخاتم فهي مخالفة لمسألة ما طبخ بمتنحس أو بول، والصحيح طهارته، وقيل: مكروه، وموافق للقول بأن النار والشمس والهواء لا تطهر النجاسة، وهو المشهور في رماد الميتة ونحوها، والصحيح فيها الطهارة بها، وتطهر بعد ذلك بالماء، ويجري على مسألة الجاف إذا بل في ماء نجس هل يطهره ماء آخر بعده؟ أو لا؟ ومسألة اللحم إذا غُيَّ بماء طاهر بعد طبخه بماء نجس.

وأما مسألة الخاتم؛ فقال شيخنا في نحوها - وهي السكين إذا طفئت في الماء النجس -: الصواب أنها لا تقبل الماء ولا يدخل فيها؛ لأن الماء يهيج الحرارة التي حصلت بالنار في داخل الحديد فتدفع عنها الماء؛ لأن طبعه مضادٌ لطبع الحرارة لكنه يهيجها، ويخرجها إلى خارج ذات الحديد، فاذا انفصلت فلا يقبل الحديد بعد ذلك شيئاً

(وسئل أبو جعفر⁽¹⁾ عما تطاير في الثوب وقت الاستنجاء؟

قال: إن كان أوَّلُ شروعه فهو نجس، وإن كان مما بعده فهو طاهر.

قلتُ: وليس بخلاف لما في المدوَّنة الذي قيَّده ابنُ حبيب⁽²⁾، وصاحب

بداخله؛ لكونه جمادٍ متراصَّ الأجزاء؛ فلا يكون حينئذٍ فيها ما نجس.

وهذا على مذهب الطبائعيين ومن يقول بالكُمون والظُّهور، وأما على مذهب الأشاعرة؛ فليس هناك إلا أن الله تعالى أزال حرارة النار بالماء، عادةً أجراها الله تعالى لا طبيعة، فعلى هذا ليس هناك قدرٌ زائدٌ على الواقع من انفصال الحرارة عن الحديد بمداخلة الماء إيَّاه.

قال: ونزلت مسألةٌ سألت عنها شيوخنا، وهي إذا بلع الشمع وفيه ذهب، ثم إنه ألقاه من المخرج، فكان الشيخ أبو القاسم الغبريني يقول: يغسلها وتكون طاهرة؛ كالنواة والحصاة إذا ألقاها بعد أن ابتلعها صحيحةً، وخالفه الامام ابن عرفة، وقال: الصواب نجاسة الشمع؛ لأنه يتميِّع بالحرارة، ويدخله بعض أجزاء ما في البطن، فيتنجس باطنه كظاهره.

(1) في المعيار المعرب: أبو حفص.

(2) هو: أبو مروان، عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي، الطليطي، المتوفى سنة 238هـ، انتقل من "طليطلة" وأسرتَه إلى ألبيرة، ورحل سنة 208هـ للمشرق فسمع من ابن الماجشون، ومطرف، وإبراهيم بن المنذر، وأصْبغ، ثم عاد إلى الأندلس ليقوم على مذهب مالك، ألَّف كتاباً حسناً في الفقه وكذلك في التاريخ والأدب؛ منها كتابه المشهور المسمى "الواضحة" وأكثره مفقود إلا جزءاً من كتاب الطهارة حقق في جامعة القرويين ونعمل على إخراجه، وقد أخبرني المستشرق المجري ميكلوش موراني أنه عثر على أجزاء أخرى للكتاب ويعمل على إخراجه وطبعه.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 122/4، والديباج، لابن فرحون: 8/2، وشجرة النور، لمخلوف: 74/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 162.

الطَّرَر (1)، وابن أبي زمنين، وغيرهم.

وسئل سَحْنُونُ عَمَّنْ حَمَلَ مَاءً عَلَى دَابَّةٍ وَدِيْعَةٍ عِنْدَهُ تَعْدِيًّا، هَلْ يَتَوَضَّأُ بِهِ؟

قال: لا، وَيَتَيَمَّمُ، ولو تَوَضَّأَ بِهِ لَمْ يُعِدْ، وَبُئْسَ مَا صَنَعَ.

وسئل عن دُورٍ بُنِيَتْ بِمَاءٍ نَجَسٍ، هَلْ يَصِلِي عَلَى سَقُوفِهَا؟ وَيَتَوَضَّأُ بِمَا

يَجْتَمِعُ مِنْهَا؟

قال: نعم (2).

قلتُ: وسيأتي - إن شاء الله - ما لابن رشد في نوازله من هذا المعنى في

كتاب الصلاة الأول في مسألة المريض (3).

(1) في (ع): (الغرر)، وابن عات هو: أبو عمر أحمد بن هارون بن أحمد بن جعفر بن عات النفزي، الشاطبي، المتوفى سنة 609هـ، من كبار الحفاظ الجامعين بين الفقه والحديث والأدب، وهو بالحديث أشهر، له تصانيف دالة على سعة حفظه، فقد غازياً في وقعة العقاب، ومن أشهر مصنفاة طرر قيدها على الوثائق المجموعة، لابن فتوح. قال محمد الأمين (عرفات):

تُمَّتَ أَحْمَدُ بْنُ عَاتٍ اشْتَهَرَ كَانَ بِهِ الْفَخْرُ كَمَا أَبُو عَمْرٍ

وَهُوَ الَّذِي عَلَى الْوِثَائِقِ انْتَشَرَ نَفَعٌ بِمَا كَتَبَهُ مِنَ الطَّرَرِ

وَكَانَ صَالِحًا نَزِيمًا وَقَضَى فِي سَابِعِ بَعَامٍ تَسْعَ الرِّضَى

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 231/1، ونفح الطيب، للمقري: 357/3، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 172، والفكر السامي، للحجوي: 64/4، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 82.

(2) المعيار المعرب، للونشريسي: 14/1.

(3) يحال إلى الموضوع المقصود.

قال ربيعة وابن شهاب: كل ماء كان فيه فضل عما يصيبه من الأذى حتى لا يغير ذلك لونه ولا طعمه ولا رائحته؛ فلا يضره ذلك. قال ربيعة: فإن تغير لون الماء أو طعمه؛ نزع منه قدر ما يذهب الرائحة منه⁽¹⁾.

قوله: (كل ما فيه فضل).

ما ذكره ابن عات⁽²⁾ في الطُّرَر⁽³⁾ من قوله: (نزع منه قدر ما يذهب الرائحة).

القاسبي: يريد: إذا كانت بئراً، وأما البركةُ وشبهها فلا بد من نزع كَلِّه.

(1) تهذيب البراذعي: 194/1.

(2) هو: أبو عمر أحمد بن هارون بن أحمد بن جعفر بن عات النفزي، الشاطبي، المتوفى سنة 609هـ، من كبار الحفاظ الجامعين بين الفقه والحديث والأدب، وهو بالحديث أشهر، له تصانيف دالة على سعة حفظه، فقد غازياً في وقعة العقاب، ومن أشهر مصنفاته طرر قيدها على الوثائق المجموعة، لابن فتوح.
قال محمد الأمين (عرفات):

تُمَّتْ أَحْمَدُ بْنُ عَاتٍ اشْتَهَرَ كَانَ بِهِ الْفَخْرُ كَمَا أَبُو عَمْرٍ
وَهُوَ الَّذِي عَلَى الْوُثَائِقِ انْتَشَرَ نَفْعٌ بِمَا كَتَبَهُ مِنَ الطُّرَرِ
وَكَانَ صَالِحًا نَزِيهًا وَقَضَى فِي سَابِعِ بَعَامٍ تَسْعَ الرِّضَى

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 231/1، ونفح الطيب، للمقري: 357/3، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 172، والفكر السامي، للحجوي: 64/4، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 82.

(3) في (ع): (الغرر).

وإن انغمس الجنب في نهر ينوي به الغسل؛ لم يجزئه حتى يمر بيديه على جميع جسده... ومن بقيت رجلاه من وضوئه فخاض بهما نهراً فدلتهما فيه بيديه ولم ينو تمام وضوئه لم يجزئه حتى ينويه(1).

قوله: (وإن انغمس الجنب).

قال الأشياخ: هذه المسألة، ومسألة (من بقيت رجلاه) تدلان على عدم وجوب نقل الماء(2).

قلت: لا نسلم، لأننا نقول: واجب، وليس بشرط(3).

ويؤمر الجنب بالوضوء قبل الغسل، فإن أخره بعده أجزاءه، وإن أخر غسل رجله إلى موضع يقرب من غسله أجزاءه(4).

قوله: (فإن أخر غسل رجله).

ابن بشير: ظاهره جواز التفريق اليسير عمداً(5).

قلت: هذا لا يلزم من إغفاره بعد الوقوع والنزول جوازه بدءاً، وما(6) ذكره الشيخ في مختصره في الوكالات من أن مفروضات المدونة بهذه المثابة، فنحن فيه من وراء المنع، هذا ابن رشد يعترض على مالك وغيره في كثير من

(1) تهذيب البراذعي: 197/1 و198، وسيأتي كلام الوانوشي عليها قريباً.

(2) انظر هذا القول في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 108/1.

(3) في (ش): (بشرطه).

(4) تهذيب البراذعي: 196/1.

(5) انظر: التنبية، لابن بشير، ص: 306 و307.

(6) في (ش): (وقد).

المسائل بما قُلناه.

قال عبد الله بن عمر: وإن لم يتوضأ الجنب أجزاءه الغسل ما لم يمس فرجه. ولا تنقض الحائض شعرها في غسل حيضة أو جنابة ولكن تضره بيديها(1).

قوله: (أجزأه الغسل ما لم يمس فرجه).

إنما أجزاءه؛ لأنه أعم.

ابن عبد البر(2): أجمعوا أن من أوعب غسله ولم يتوضأ أنه يجزئه.

(1) تهذيب البرادعي: 196/1.

(2) هو: أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري، الأندلسي، المتوفى سنة 463 هـ، بدأ ظاهرياً ثم صار مالكيّاً، تفقه بابن الفرضي، وابن المكي، وغيرهما، وتفقه به جماعة؛ كأبي علي الغساني، وأبي العباس الدلائي، وابن حزم، من آثاره: "التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد"، و"الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار"، و"الكافي في فقه أهل المدينة"، و"جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله" و"بهجة المجالس وأنس المجالس" في النوادر والأدب، وقد اختصره أبو عثمان سعد بن أحمد بن إبراهيم التجيبي، الأندلسي، المتوفى سنة 750 هـ، وسماه "بغية المؤانس من بهجة المجالس وأنس المجالس"، ولدينا منه نسخة خطية أصلية بمكتبة المركز. قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ عبدِ البرِّ سُنَّةُ النَّبِيِّ حَفِظَ فَهُوَ حَافِظٌ بِالْمَغْرِبِ
شُهْرَتُهُ تُغْنِي عَنِ التَّعْرِيفِ وَكَمْ لَهُ مِنْ نَافِعِ التَّصْنِيفِ
فَهُوَ ذُو الْكَافِي وَذُو التَّمْهِيدِ وَهُوَ ذُو الْإِسْتِدْرَاكِ وَالتَّجْرِيدِ

ابن عات: لعله يريد: اغتسل وكان متوضئاً.

وفي "الإشراف": لا يُجِزُّه في أحد أقوال الشافعي (1).

القرافي: وقاله بعض العلماء.

وفي بعض الحواشي أنه مكروه، فإن فعل ولم يجدد وضوءه لم يُعِد.

وقيل: يتوضأ ويعيد في الوقت.

قلتُ: ولما كان قوله هنا: (ما لم يمس فرجه) ظاهراً في أن انتقاض

الصغرى لا يوجب انتقاض الكبرى، أوجب ذكر بحث القواعد، وأواخر

وغير ذامِن التصانيف بَهْرٌ وَهُوَ يَوْسُفُ كُنِي أَبَا عَمْرٍ

وَقَدْ قَضَى وَحَافِظًا بِالْمَشْرِقِ فِي سَنَةٍ مِنْ أَعْرَبِ الْمُتَفِقِ

عاشا بخامس القرون حيناً إلى ثلاثة مع الستينا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 127/8، والديباج، لابن فرحون:

367/2، وجهرة أنساب العرب، لابن حزم، ص: 302، وجذوة المقتبس،

للحميدي، ص: 344، والصلة، لابن بشكوال: 973/3، ووفيات الأعيان، لابن

خلكان: 66/7-72، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 153/18، ورشف الفضال من

تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 26، 84.

(1) هو: أبو عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد

بن عبد يزيد بن هشام بن عبد المطلب القرشي المطلبي، الشافعي، المتوفى سنة

204هـ، نسيب رسول الله ﷺ وناصر سنته، تفقه بمسلم الزنجي وغيره، وأخذ عن:

مالك، وعبد العزيز بن الماجشون، وعنه: الإمام أحمد، والبيوطي وغيرهم، برع في

الشعر واللغة وأيام العرب، وأذن له بالفتوى وهو ابن عشرين سنة، أَلَفَ "الأم"،

و"الرسالة".

انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ، للذهبي: 361/1.

شرحه للتفتيحات في باب الاستدلال.

قال في القواعد: ذكر بعض الفقهاء سؤالاً عن قولهم: إن الطهارة الكبرى تغني عن الصغرى؛ فقال السائل: أنتم جعلتم الطهارة الصغرى لازمة للكبرى، والقاعدة: أن الملزوم ينتفي لانتهاء لازمه، فيلزم على هذا من انتهاء الصغرى انتهاء الكبرى وهو باطل بالاجماع، فيلزم الفقهاء إما مخالفة القاعدة الكلية أو الإجماع⁽¹⁾.

وهذا سؤال قوي حسن.

الجواب أن نقول: اللزوم بينهما جزئي لا كلي... إلى آخر⁽²⁾ كلامه.

قلت: إيراد السؤال على اللزوم العقلي غير صحيح؛ لأن الملزوم هناك مفهومه وجود علاقة رابطة بينهما، وهو في الطهارتين مفقود، ولو كان من باب اللازم والملزوم للزم من⁽³⁾ وجود الكبرى وجود الصغرى إعمالاً لوجود اللازم لوجود الملزوم.

والصواب أن يقال: إن الصغرى تابعة حكماً، ولا يلزم من انتهاء التابع الذي هو الصغرى انتهاء المتبوع الذي هو الكبرى، وهذا هو مراد الفقهاء هنا بالاندراج⁽⁴⁾.

(1) قوله: (فيلزم الفقهاء إما مخالفة القاعدة الكلية أو الإجماع) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (لآخر).

(3) في (ش): (للزوم).

(4) المشدالي: ما قاله صواب لا ينكره منصف.

قوله: (ولكن تضعته).

قلت: ما ذكره أبو محمد صالح هنا خَطَابَةٌ⁽¹⁾، ولا يبعد ما في شرح ابن بطال كل البعد⁽²⁾، وفي فروعنا ما هو شاهدٌ له، ولو لا الإطالة لأريناك منه كثيراً⁽³⁾.

الغسل يجب على الزوجين بالتقاء الختانيين، أو مغيب الحشفة، أنزلا أو لم ينزلا، وإن لم تغب الحشفة لم يجب الغسل⁽⁴⁾.

قوله: (وإن لم تغب الحشفة).

يصدّق بصورتين؛ إما بالعدم رأساً، أو البعض، فيها قولان⁽⁵⁾.

(1) المشدالي: قال أبو محمد صالح: هذا يُسَمَّع في المجالس، وكأنه أشار إلى أنه لم يرفه نصاً، وإلى هذا الكلام أشار -والله أعلم- بقوله: خطابة.

(2) المشدالي: الذي وقع في "شرح ابن بطال" أن بعض التابعين قال: ليس على العروس غسل رأسها؛ لما في ذلك من إفساد المال.

وذكر الزناتي في باب الغسل من شرحه الرسالة عن الشيخ الفاسي أنه قال: أرخص للعروس في سابعها أن تمسح في الوضوء والغسل على ما في رأسها من الطيب، وإن استعملته في سائر جسدها تيممت؛ لأن إزالته من إضاعة المال المنهي عنها، وقد أقام النبي ﷺ بالعسكر مخافة إضاعة المال فتيّموا من أجل ذلك.

(3) المشدالي: قول الوانوغني: "وفي فروعنا ما يشهد لابن بطال "صحيحٌ؛ كالذي وقع في باب التيمم، وفي باب المسح على الخفين، وفي باب إزالة النجاسة، إلى غير ذلك من المسائل التي اعتُبر فيها صيانة المال، والله أعلم، وبالله التوفيق.

(4) تهذيب البراذعي: 196/1.

(5) المشدالي: الذي ذكره ابن العربي واللخمي: أن دخول بعض الحشفة لا يوجب غسلًا. واما دخولها وهي ملفوفة في خرقة، فقال بعض الشيوخ -وأظنه ابن العربي-: الأَشْيُه

ولا يَطَأُ الْمَسَافِرَ أَهْلَهُ إِلَّا وَمَعَهُمَا مِنَ الْمَاءِ مَا يَكْفِيهِمَا كَانَا عَلَى وَضُوءٍ
أَمْ لَا، وَلَيْسَ كَمَنْ بِهِ شَجَّةٌ أَوْ جَرْحٌ لَا يَسْتَطِيعُ غَسْلَهُ بِالْمَاءِ، هَذَا لَهُ أَنْ
يَطَأَ لَطَوَّلَ أَمْرَهُ⁽¹⁾.

قوله: (ولا يَطَأُ الْمَسَافِرَ أَهْلَهُ) [4/أ] المسألة.

قال الإمام⁽²⁾: لا يَطَأُ الْمَسَافِرَ أَهْلَهُ وَلَا جَارِيَتَهُ إِلَّا وَمَعَهُمَا مَاءٌ.

قال ابن القاسم: هما سواء؛ للغرر⁽³⁾.

قيل: معنى سواء أي: من هو على وضوء أو على غير وضوء، وعليه
اختصر البراذعي والصقلي.

وقيل: جاريته وزوجته سواء؛ لأن أهل العراق يفرقون بينهما.

ثم قال: هذا كله على طريق الاختيار، وأما أن يكون التربص واجباً فلا،
وضابطه إن بُعد الماء واحتاج لأهله أبيض اتفاقاً، وكذا إذا قُرِبَ واحتاج لأهله،
فإن لم يَمْتَحِجْ وَقُرِبَ مُنْعَ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وحمل ابن رشد وصاحب الطرر⁽⁴⁾ قولها: (لا يَطَأُ) على الاستحباب، وهو
الصواب.

وجوب الغسل إن كانت الخرقه رقيقة.

(1) تهذيب البراذعي: 197/1.

(2) في (ع): (الأم).

(3) انظر: المدونة (زايد): 131/1، و(السعادة/صادر): 31/1، و(العلمية): 136/1،

وفي (ع): (الغرر).

(4) قوله: (وصاحب الطرر) يقابله في (ع): (والغرر).

تقريره أن يقال: السفر جائز اتفاقاً، ولو أدى إلى البدل، والوطء جائز إجماعاً.

وقوله: "لا يدخل عليه حدثاً لم يكن عليه فيه حرج"، والحرج مرفوعٌ فيلزم الجواز.

قلتُ: أخذ المازري في بعض أجوبته من هنا أن من أراد وطء زوجته في زمان الشتاء وأبت لأجل ضرر الغسل؛ أنه إن كان ترك الوطء يضر به وجب عليها التمكين، وتتميم إن لم تجد الغسل بهاء مسخن، وإلا فلا؛ لأن الطول هنا - في المدونة - جعله مبيحاً للنقل من الطهارة المائية إلى الصعيدية، وعدمه لا يبيحها فكذا⁽¹⁾ في مسألتنا⁽²⁾.

(1) قوله: (فكذا) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: وهذا نص السؤال الذي سئل عنه المازري، وجوابه على ما وقع في أسئلة القرويين: سئل عمن يريد وطء زوجته ليالي الشتاء، فتأبى عليه محافظةً على الصلاة؛ لعدم قدرتها على استعمال الماء البارد، وخوف أن تتضرر به، هل عليها في ذلك حرج، أو على زوجها إن أتاها مغلوبةً، وهو يعلم أنها تترك الصلاة لأجل تعذر الغسل؟ فأجاب: إن الماء إذا خيف من استعماله ينقل للتميم، فهذا أصل، واستعمال سبب ينقل من طهارة الماء إلى التراب لا يجوز إلا لشيئين؛ حاجة، وحدوث ضرورة. وأيضاً العون على المعصية لا يجوز، وعلى هذا يدور سؤالك.

فالزوجة إن أمكنها استعمال الماء بتسخينه أو غيره من الوجوه التي لا يحل العدول معها إلى التيميم مكنته من نفسها، وإن لم يمكنها استعمال الماء بحال فلا تمكن نفسها إلا للضرورة اللاحقة بالزوج من ترك وطئها، فإن لم تكن ضرورة، فلا يحل لها أن تمكنه، ولا يحل له أن يجبرها مع علمه بأنها تترك الصلاة.

كما لا يجوز للمسافر المفطر يقدم نهاراً في رمضان، وزوجته صائمة أن يطأها، وإن أبيع له الفطر فهو غير مباح لها، وإعانتها على المعصية معصية، وإنما اختلف الحكم لو

قلتُ: وقال في تعليقة القاسبي: قال أبو جعفر: إذا وطئها في السفر أو حيث عدم الماء مُكْرَهَةً، وليس معه إلا ما يغتسل به أحدهما، فهي أحق به لما أدخل عليها وهي كارهة.

ولا وضوء ولا غسل إلا بنية، ومن بقيت رجلاه من وضوئه فخاض بهما نهراً فدلتهما فيه بيديه ولم ينو تمام وضوئه لم يجزئه حتى ينويه⁽¹⁾.

قوله: (ومن بقيت رجلاه).

وفي صحة أخذ جواز تفرقة النية على الأعضاء من هنا نظرٌ.

الباجي⁽²⁾: يجوز عند مالك تفريق النية على الأعضاء عند فعلها، ولا يجوز

كانت نصرانية؛ هل يطؤها؟ أو لا؟

وأجراه شيوخنا على خطاب الكفار بالفروع، وأشار إلى هذه المسألة في المدونة في مسألة صاحب الشَّجَّة والمسافر، وبيانه على ما قدمناه من التفرقة بين صاحب الشجة والمسافر.

(1) تهذيب البراذعي: 1/198، وقد تقدم الكلام على هذه المسألة من وجهٍ غير هذا، فانظره.

(2) هو: أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعدون بن أيوب بن وارث التجيبي، الأندلسي، الباجي، القاضي، المتوفى سنة 474 هـ، من أسرة ترجع أصولها إلى بَطْلِيوس، ثم انتقلت إلى باجه بالأندلس، ثم سكنوا قرطبة، أخذ عن ابن الرحوي، وأبي الأصبح ابن أبي درهم، وأبي محمد مكي بن أبي طالب، وأبي شاعر القبري، والقاضي يونس بن مغيث، وتفقه بالقاضي أبي الطيب الطبري، والقاضي أبي عبد الله الصيمري، وأبي الفضل بن عمرو وغيرهم، رحل إلى المشرق سنة 426 هـ، وأخذ عن جماعة من مصر والعراق والشام، ثم عاد إلى وطنه بعد ثلاث عشرة سنة بعلم

جم، وولي قضاء أماكن، وصنف تصانيف كثيرة؛ منها: "المنتقى" في شرح الموطأ، انتقاه من شرح كبير له سماه "الاستيفاء"، واختصر المنتقى بكتاب سماه "الإيماء"، وله "المقتبس في علم مالك بن أنس" لم يتم، وفي الحديث: "اختلاف الموطآت"، و"التعديل والتجريح لمن خرج عنه البخاري في الصحيح"، وفي أصول الدين: "كتاب التسديد إلى معرفة طريق التوحيد"، وفي أصول الفقه: "أحكام الفصول في أحكام الأصول"، و"الإشارة في الأصول"، و"الحدود" وغيرها من التصانيف. قال محمد الأمين (عرفات):

ثُمَّ فقيهٌ باجَّةَ العَلَامَةِ ذو الحفظ والإتقان والإمامة
 عنه الخطيبُ وابنُ عبد البرِّ قد رَوَى وبأله من فخرِ
 جرى له مع ابن حزمٍ ما جرى وعنه يحكي القولُ بعدُ من دري
 لو لم يكن في مذهبٍ سِوَاهُ وذو المعونة إِذَا كَفَاهُ
 له علي موطأٍ شرحانٍ فُقِدَ الأَكْبَرُ وهذا الثاني
 في ذلك استوفى وفي هذا انتقى فذاك الإِستِيفاءُ وهذا المُنتَقَى
 وكان بالفنون ذا مهارةٍ وفي الأصول صتف "الإشارة"
 وحيث جا القاضي أبو الوليدِ في "جواهر" فهو المرادُ فاعرفِ
 قد عاش بَعْدَ رابعِ سنينا لِعَامِ أربَعٍ مَعَ السَّبْعِينَا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 802/4، والديباج، لابن فرحون: 197/1، وشجرة النور، لمخلوف: 120/1، ومعجم الأدباء، لياقوت: 246/11، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 408/2، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 535/18، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 26، 27،

عنده تفريقها على أركان الصلاة⁽¹⁾، والفرق أن الصلاة⁽²⁾ لا يجوز تفريق أفعالها، ولا يتخللها ما ليس من جنسها، والوضوء لا يفسده التفريق اليسير.

قلتُ: وفي هذا الفرق نظر.

ومن صلى ثم خرج لحاجة فرأى في ثوبه جنابة، لم يذهب لحاجته ورجع فاغتسل، وغسل ما أصاب ثوبه وأعاد الصلاة⁽³⁾.

قوله: (لم يذهب لحاجته).

قال سَنَدٌ⁽⁴⁾ وغيره:

(1) في (ش): (الصلوات).

(2) في (ش): (الصلوات).

(3) تهذيب البراذعي: 199/1.

(4) هو: أبو علي، سند بن عنان بن إبراهيم بن حريز بن الحسين بن خلف الأزدي، السكندري، المتوفى سنة 541 هـ، سمع من أبي بكر الطرطوشي، وأبي الطاهر السلفي، وأبي الحسن علي بن المشرف، وغيرهم، وروى عنه جماعة من الأعيان، وكان من زهاد العلماء فقيهاً فاضلاً، ألف كتاب "الطراز" شرح به المدونة في نحو ثلاثين سفرًا وتوفي قبل إكماله.

قال محمد الأمين (عرفات):

وَابْنُ عِنَانَ الشَّهِيرُ بِسَنَدٍ كَانَ إِلَى الطَّرْطُوشِ فِي الْفَقْهِ اسْتَنَدَ

وَهُوَ عَلَى الْأَمِّ لَهُ كِتَابٌ يُدْعَى الطَّرَازَ اعْتَمَدَ الْحَطَّابُ

قَدْ عَاشَ بَعْدَ خَامِسِ سِنِينَا لِعَامٍ وَاحِدٍ وَأَرْبَعِينَا

انظر ترجمته في: الديباج المذهب، لابن فرحون، ص: 207، وشجرة النور، لمخولف: =

يريد (1) إذا كان في خناق (2) من الوقت.

ومن صلى وفي جسمه نجاسة أو بثوب نجس، أو عليه، أو لغير القبلة أو على موضع نجس قد أصابه بول فجف، كانت النجاسة في موضع جبهته أو أنفه أو غيره، أعاد في الوقت (3).

قوله: (كانت النجاسة في موضع جبهته).

ابن عات: إنما قال ذلك رداً لما قاله أبو يوسف عن أبي حنيفة (4): إنها إن كانت في موضع قَدَمَيْهِ فسدت صلاته، وفي موضع سجوده لم تفسد. قلت: ولا بد من تقييد قوله (أو غيره) بما يكون من الأمكنة التي يثبت للمصلي فيها استقراراً ما.

وقد قال الشيوخ: إنَّ انتشارَ نحو الرداء والغفارة على موضع النجاسة لا يضر إذا كان موضع قيامه وجلوسه وسجوده طاهراً.

125/1، ومعجم المؤلفين، لكحالة: 283/4، واصطلاح المذهب عند المالكية، لمحمد إبراهيم علي، ص: 224، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 73، 80.

(1) في (ش): (يرد).

(2) في (ش): (ضيق).

(3) تهذيب البراذعي: 200/1.

(4) هو: أبو حنيفة، النعمان بن ثابت بن زوطا التيمي، مولاهم الكوفي، المتوفى سنة 150هـ، رأى أنس بن مالك غير مرة لما قدم عليهم الكوفة، وحدث عن عطاء، ونافع، وعبد الرحمن بن هرمز، وقد أُفردت ترجمته في جزء.

انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ، للذهبي: 168/1.

قال بعض المشاركة: قول أهل المذهب هنا وغيره: (يعيد في الوقت) ندعي ألا دليل على التقييد بالوقت؛ لأن الصلاة⁽¹⁾ إن كانت صحيحة فلا إعادة، وإلا فأبداً.

أجيب: نختار الصحة.

قوله: (لا إعادة)، ممنوع؛ لأن الصحة الملزومة لنفي الإعادة الصحة الكاملة، لا التي فيها خلل ما.

قلت: هذا الجواب لا يمس محل النزاع؛ لأن السائل سأل عن الدليل، لا أنه لا وجه للإعادة⁽²⁾.

(1) في (ش): (الصلوات).

(2) المشدالي: إن أراد لا دليل خاص، فلا نسلم تعيينه لذلك، وإن أراد لا دليل مطلقاً منعناه، فإن الدلائل العامة موجودة، كقوله ﷺ للرجل الذي صلى فجاء وسلم عليه: "ارجع فصل فإنك لم تصل"، حتى فعل ذلك ثلاثاً، ثم قال: "والذي بعثك بالحق ما احسن غير هذا فعلمني"، فقال له: "إذا افتتحت الصلاة...." إلى آخر الحديث، فأمره بإعادة الوقتية، دون ما خرج وقته من الصلوات.

وذكر بعضهم أن هذا السؤال دار بين بعض الحنفية وبين بعض المالكية، وأدار الحنفي التقسيم على المالكي كما سبق، فقال المالكي: هذا غير منكر أن يعتبر الشيء بوجهين، وفي الكتاب والسنة ولغة العرب ما يقتضيه، فاستغربه، وقال من أين هذا؟ فقال: أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَمَا رَمَيْتَ إِذْ رَمَيْتَ وَلَنْ يَكُنَّ اللَّهُ رَمِيًّا﴾ [سورة الأنفال آية: 17] فأثبت له الرمي؛ لأنه المباشر له، ونفاه عنه باعتبار أن الله ﷻ هو المقدر لرميه والموجد له بقدرته.

وأما السنة: فالمريض لا يتصرف في كل ماله، وإنما يتصرف في الثلث، فجعل له ملك الثلث دون الثلثين، وأما اللغة: فقول العباس بن مرداس: فلم أعط شيئاً ولم أمنع.

مسألة: ولو سجد على نجاسة ولم يتذكرها حتى رفع رأسه فهل يقطع أم لا؟

فقال الشيخ أبو عبد الله: يقطع.

وقال ابن حيدرة: لا، لقولها في كتاب الصلاة⁽¹⁾: (إذا علم في الصلوات أنه انحرف⁽²⁾... إلى آخره)⁽³⁾ بجامع أن كلا من النجاسة والقبلة يعاد لأجله نسياناً في الوقت.

ورُدَّ بأن وزانه لو تذكر متلبساً بها كما هو في القبلة⁽⁴⁾.
واختار غيرهما التهادي والإعادة.

قال مالك: إن كان معه ثوب حرير، وثوب نجس، صلى بالحرير أحب إليّ، ويعيد في الوقت إن وجد غيره⁽⁵⁾.

قوله: (ويعيد في الوقت إن وجد غيره).

قال سَنَدٌ: هذا يقتضي أن من صلى في موضع مغصوب، أو ثوب مغصوب، أنه يعيد في الوقت؛ لأن النهي عن ذلك دائم⁽⁶⁾.
وقاله سَحْنُونُ فيمن صلى بخاتم ذهب أو سوار ذهب.

(1) في (ش): (الصلوات).

(2) في (ش): (انحرق).

(3) تهذيب البراذعي: 262/1.

(4) المشدالي: في الرد نظر.

(5) تهذيب البراذعي: 200/1.

(6) انظر: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 311/1 و312.

وخالفه أشهب (1)(2).

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 228/1، المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 42/2.

وزاد المشدالي بعده: ونقل ابن رشد عن أشهب أنه يعيد في الوقت، كسحنون، خلاف نقل ابن يونس عنه أنه لا إعادة عليه، وهو قول ابن وهب، وابن الماجشون.
(2) هو: أبو عمرو، مسكين بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي، العامري، الجعدي، المتوفى سنة 204هـ، من أهل مصر، وأشهب لقب، انتهت إليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم روى عن مالك والليث، والفضيل بن عياض، وسليمان بن بلال، وابن لهيعة، وغيرهم، وروى عنه الحارث بن مسكين ويونس الصدفي، وبنو عبد الحكم، وسعيد بن حسان، وسحنون، وقال ابن عبد البر: لم يدرك الشافعي بمصر من أصحاب مالك إلا أشهب، وابن عبد الحكم.
قال محمد الأمين (عرفات):

وَنَجَّلُ عَابِدِ الْعَزِيزِ أَشْهَبُ سُمَاءُ مَسْكِينٌ وَهَذَا لَقَبُ
وَكَانَ ثَبَاتًا عَالِمًا مَن جَمَعَ ثَلَاثَةَ فِقْهًا وَصَدَقًا وَوَرَعَ
بَلِ انْتَهَتْ مِنْ بَعْدِ نَجْلِ الْقَاسِمِ رِئَاسَةُ الْفِقْهِ هَذَا الْعَالِمِ
وَقَدْ تَفَقَّهَ بِإِلَاحِ وَوَعَامِ (دالٍ) مَعَ (الرَاءِ) قَضَى هَذَا الْإِمَامُ

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 262/3، والديباج، لابن فرحون: 307/1، وما بعدها، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 59، والانتقاء، لابن عبد البر، ص: 52، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 150، والتاريخ الكبير، للبخاري: 57/2، والمعرفة والتاريخ، للفسوي: 195/1، والجرح والتعديل، لابن أبي حاتم: 342/2، والثقات، لابن حبان: 136/8، والفهرست، لابن النديم، ص: 339، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 238/1، وتهذيب الكمال، للمزي: 296/3، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 64/14، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال،

مسألة: ولو اجتمع ثوبٌ حرير ومغصوب؛ لصلى بالحرير لاختلاف العلماء فيه.

ولا يصلي بما لبسه أهل الذمة حتى يغسل، وما نسجوه فلا بأس به⁽¹⁾.

قوله: (بما لبسه أهل الذمة).

الشعبي: سُئِلَ سَاحُنُونُ: عَمَّنْ اشْتَرَى ثَوْباً فَوَجَدَهُ لِنَصْرَانِي؟

فقال: إن كان جيداً ينقصه الغسل رده⁽²⁾، وإن كان رديئاً لا ينقصه الغسل فليس بعيب.

وسئل ابن مزين⁽³⁾ عَمَّنْ اشْتَرَى ثَوْباً لَيْسَ مِنْ نَصْرَانِي، فَقَالَ لَهُ: لَا تَحُلْ لَكَ الصَّلَاةُ فِيهِ حَتَّى تَغْسِلَهُ، فَقَالَ: لَا عِلْمَ لِي بِذَلِكَ، فَأَنَا أَرُدُّهُ؟

لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 21، 67، 85، 110، 123، 133.

(1) تهذيب البراذعي: 201/1.

(2) في (ش): (رد).

(3) هو: أبو زكريا، يحيى بن إبراهيم بن مزين الطليطلي، القرطبي، المتوفى سنة 259 هـ، روى عن عيسى بن دينار، ومحمد بن عيسى الأعشى، ويحيى بن يحيى، وغازی بن قيس، ونظرائهم، ورحل إلى المشرق؛ فلقي بالمدينة مطرف، وروى عنه الموطأ ورواه أيضاً عن حبيب كاتب مالك، ودخل العراق فسمع من عبد الله بن مسلمة القعنبي، ومن أحمد بن عبد الله بن يونس، وبمصر من أصبغ وغيره، وألف كتباً حسناً؛ منها: "تفسير الموطأ" وكتاب في تسمية الرجال المذكورين فيه، واستقصى علل الموطأ في كتاب سماه "المستقصية"، وكتاب في فضائل العلم، وكتاب في فضائل القرآن.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 238/4، والديباج، لابن فرحون:

361/2، وتاريخ ابن الفرضي: 781/2، وجذوة المقتبس، للحميدي، ص: 350،

وبغية الملتمس، للضبي، ص: 482.

فقال: إن لم يعلم أنه لبيس نصرانياً رده، وإن علم وجهل أنه لا يصلي به إلا بعد الغسل فلا رد له⁽¹⁾.

وقال سَنَدٌ: ذلك مختلفٌ؛ أما ما ينقصه الغسل فهو عيب ولو من المسلم، وما لا فلا.

العوفي: قال في المجموعة⁽²⁾: لو أسلم في ثياب لم يُصَلِّ بها⁽³⁾ إلا بعد الغسل.

(1) انظر المسألة وجوابها في: المعيار العرب، للونشريسي: 7/1.

(2) المجموعة أشهر مؤلفات ابن عبدوس، هو: أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن عبدوس بن بشير القرشي، مولاهم، القروي، المتوفى سنة 260هـ، أو 261هـ، أحد أكابر أصحاب سحنون، ورابع المحمدين الأربعة ابن عبد الحكم، وابن المواز، المصريان وابن سحنون، وابن عبدوس القرويان وكلهم من أعلام المذهب جمعهم عصر واحد، ومن أشهر ما صنف ابن عبدوس: "المجموعة" في خمسين كتاب مات قبل أن يتمها، وشروح على المدونة.
قال محمد الأمين (عرفات):

ثُمَّ مُحَمَّدُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ رَبْعٌ مُحَمَّدَيْنَ لَهُمْ عَضْرٌ جَمَعَ
وَهُوَ بِسَحْنُونٍ تَفَقَّهُ وَلَهُ مَجْمُوعَةٌ مُصَنَّفٌ مَا أَكْمَلَهُ
بِوَلَلِكْتَابِ شَارِحٍ وَإِذْ مَضَى مِنْ ثَالِثِ تِسْعٍ وَخَمْسُونَ قَضَى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعباس: 222/4، والديباج، لابن فرحون: 174/2، وشجرة النور، لمخلف: 270/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 158، ومعالم الإيوان، للدباغ: 137/2، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 88.

(3) في (ع): (به).

أبو محمد: يريد التي ليس.

مسألة: لا يصلي بما خاطه الذمي لنجاسة ريقه، ولو صلى بخيط رومي في جيبه لم يُعَد، كَنَسَجِهِمْ.

وقيدَ ابنُ رشد وابنُ عات: ما نَسَجُوهُ بما إذا لم يَطُلْ مَغِيْبُهُمْ عليه.

قلت: ما استدل به هنا غير واحد من المحدثين لا ينهض للقطع لاحتمال

[4/ب] الغسل.

غاية ما في الباب أنه لم يُؤثِرْ غَسْلٌ.

قلنا: ولم يُؤثِرْ أيضاً النهي عنه.

وكل من رَعَفَ في صلاته فذهب يغسل الدم فله أن يبني في بيته أو في موضع يقرب من غسله، إلا أن يطمع أن يدرك الإمام، أو يكون في جمعة فلا بد من المسجد⁽¹⁾.

قوله: (فله أن يبني).

قال بعضهم: ظاهره: له البناء حيث كان، أو يرجع للمسجد.

وكيف يصح هذا التخيير وهو لو رجع للمسجد مع علمه أنه لا يدرك

الإمام بطلت صلاته!

وإنما أتى بهذا اللفظ لينفي إيهام من توهم تحتم المسجد.

وقال بعض المشاركة: التخيير يُفهم من الأم.

قال العوفي وسند: وعلى البراذعي تَعَقُّبٌ؛ لأنه في الأم أمر لا تخيير.

(1) تهذيب البراذعي: 202/1.

قلتُ: لا خفاء أن من صَوَّر ما يجتمع فيه القضاء والبناء.

بابُ الرُّعاف، ولا خفاء في ضعف قول بعض المغاربة هنا: القضاء ما يُقرأ فيه بأَم القرآن وسورة، والبناء بأَم القرآن فقط.

قلتُ: فيلزم على هذا التعريف اجتماع القضاء والبناء في صورتَيْن:

الأولى: أن يُدرك الأولى من الرباعية، وفاتته (1) الثلاث.

الصورة الثانية: أن يُدرك الأخيرة فقط، فإنه في الصورة الأولى بناءٌ كُلُّهُ وهو يُقرأ في بعضه بسورة.

وفي الصورة الثانية قضاءٌ كُلُّهُ ويُقرأ في بعضه بغير سورة (2).

ومن لبس خفين على خفين مسح الأعلى منهما (3).

قوله: (ومن لبس خفين على خفين).

قلتُ: تقرير السؤال الوارد هنا معلومٌ لمن شدَّ طرفاً من التحقيق.

مسألةٌ: لو مَسَحَ في وضوء التجدد، ثم نَزَعَ ولم يغسِلْ أو يمَسَحْ إن كان على وضوء (4) بطل وضوء التجدد فقط، ولم أره نصاً، وعرضته على شيخنا

(1) في (ع): (وفاته).

(2) المشدالي: المغربي الذي أشار إليه هو الشيخ أبو الحسن الصُّغَيْرِ، وفيما نقض به عليه نظر؛ لاحتمال أن يكون مراده الصور التي فرضها الشيوخ وعيَّنوها لاجتماع القضاء والبناء، وذكره ذلك في باب الرعاف قرينه دالة على إرادتها، فاذا أنزلت تعريفه عليها، كان صحيحاً مطابقاً، وكأنه ضبطها بذلك قصداً للتقريب، والله أعلم.

(3) تهذيب البراذعي: 205/1.

(4) في (ش): (المنزوع أعلى).

فَصَوَّبَهُ (1).

ولا يمسح على خفيه إلا من أدخل رجله فيهما وهو على وضوء، فأما من تيمم ولبس خفيه لم يمسح عليهما إذا توضأ (2).

قوله: (وهو على وضوء) المسألة.

قلت: لا خفاء في خطأ سند والمغربي والعمري وابن عات في طُورِهِ (3) فيما فهموا عن اللخمي (4) في قولهم: هذا هو الشرط الرابع من شروط اللخمي،

(1) وهو صحيح جار على الأصول.

(2) تهذيب البراذعي: 207/1.

(3) في (ع): (غره).

(4) هو: أبو الحسن، علي بن محمد الربيعي، المعروف باللخمي، وهو - ابن بنت اللخمي - القيرواني، المتوفى سنة 478هـ بصفاقس، تفقه بابن مُحْرز، وأبي الطيب عبد المنعم الكندي، وأبي إسحاق التونسي، وكان فقيهاً فاضلاً متفنناً حافظاً بقي بعد أصحابه مُحْرزاً للرياسة بإفريقية، وتفقه به جماعة؛ منهم: الإمام المازري، وابن بشير، وأبو الفضل ابن النحوي، من آثاره تعليق كبير حاذى به المدونة سماه "التبصرة"، قال عياض عن الكتاب: حسن مفيد وهو مغرى بتخريج الخلاف في المذهب واستقراء الأقوال، وربما اتبع نظره فخالف المذهب فيما ترجح عنده، فخرجت اختياراته في الكثير عن قواعد المذهب.

قال محمد الأمين (عرفات):

عليُّ اللخميُّ ذو الإشهارِ بالفقه والحفظ والاختيارِ

به الإمامُ المازريُّ فُقهًا وهو بابن مُحْرزِ تَفَقُّهًا

صنَّفَ تبصرته المشتهرة مثل اسمها للطالين تبصرة

حيث فهموا عن اللخمي في الطهارة الملبوس عليها، وليس هو مراده، بل هو في الممسوح فيها، فأين المقام من المقام؟ ألا ترى إلى قوله (الآن) كيف أفصح بالزمان الذي لأجله بني هذا الشرط عليه⁽¹⁾!

قد عاش بعد رابع سنينا إلى ثمانٍ تعقُبُ السبعينا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 109/8، والديباج، لابن فرحون: 104/2 و105، وشجرة النور، لمخلف، ص: 117، ومقدمة الخطاب على خليل: 35/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 116.

(1) المشدالي: الزمان الذي أشار إليه هو لفظة (الآن) في كلام اللخمي؛ فإن قال: "الرابع أن يكون طهارته الآن للوضوء لا لغسل جنابة ولا غيرها"، وهذا بيِّنٌ في أنه إنما أراد الطهارة الممسوح فيها، لا الملبوس عليها، ومن فهم خلاف هذا فهو مخطيء كما دَكر، وبالله التوفيق.

باب التيمم

التيمم من الجنابة والوضوء سواء، ضربة للوجه، وضربة أخرى للذراعين إلى المرفقين، يضرب الأرض بيديه ضرباً خفيفاً، ثم ينفض ما تعلق بهما نفضاً خفيفاً ثم يمسح بهما وجهه، ثم يضرب بهما الأرض ثانية فيمسح يمناه يسراه، ويسراه يمناه، من فوق اليد وباطن اليد إلى المرفقين، يبدأ باليسرى فيمرها على اليمنى من فوق الكف إلى المرفق، ومن باطن المرفقين إلى الكوعين، ويمر أيضاً اليمنى على اليسرى كذلك⁽¹⁾.

قوله: (التيمم من الجنابة والوضوء⁽²⁾ سواء).

المغربي⁽³⁾: انظر في ماذا وقعت التسوية؛ هل في الصفة؟ أو في المشروعية؟ قلتُ: فيهما.

وقرّر العوفي على الثاني، وظاهر اللفظ على الأول؛ لقوله عقب (سواء): (ضربة)، ورَفَعُها خبر⁽⁴⁾ التيمم، أي: وصِفَةُ التيمم ضربةٌ.

العوفي: ليس في المدونة تصريحٌ بتقديم الوجه على اليدين، لكن قوّة كلامه في⁽⁵⁾ الصفة ثم يعطيه.

(1) تهذيب البراذعي: 208/1.

(2) قوله: (التيمم من والوضوء) ساقط من (ع).

(3) قوله: (المغربي) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (فسر).

(5) في (ش): (و).

ومن فرّق تيممه، وكان أمراً قريباً أجزأه، وإن تباعد ابتداء التيمم كالوضوء، وتنكيس التيمم كالوضوء⁽¹⁾.

قلت: وقوله بَعْدَهُ: (وتنكيس التيمم) يُعَيِّنُ تقديمَ الوجه.

قال سَنَدٌ: لو مسح وجهه بأصبع واحدة أجزأ⁽²⁾، كقول ابن القاسم في مسح الرأس به⁽³⁾.

ابن عطية: هذا المشهور.

الباجي: لو لم يجد من التراب إلا ما يضرب عليه ضربة واحدة؟ قال ابن القصار: ليس عليه استعماله؛ لأنه لا يَنْتَفِعُ به.

وعلى قول مالك: يستعمله لوجهه ويديه ويجزئه⁽⁴⁾.

ومن خرج من قرية على غير وضوء يريد قرية أخرى، وهو غير مسافر فغربت له الشمس، فإن طمع بإدراك الماء قبل مغيب الشفق مضى إليه، وإلا تيمم وصلى⁽⁵⁾.

قوله: (ومن خرج من قرية) المسألة.

التونسي: اختلف في سفر لا تُقصر فيه الصلاة⁽⁶⁾؛ ففي المدونة: يَتِيَمُّ؛

(1) تهذيب البراذعي: 210/1.

(2) في (ش): (أجزأه).

(3) انظر المسألة في: الذخيرة، للقرافي: 355/1.

(4) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 437/1.

(5) تهذيب البراذعي: 209/1.

(6) في (ش): (الصلوات).

فقد يكون على أحد القولين في الحضر (1).

العوفي: لا أعرف ما ذكره عن المدونة.

ومن خاف في حضر أو سفر إن رفع الماء من البئر ذهب الوقت، تيمم وصلى، ولا إعادة عليه إذا توضأ بعد ذلك (2).

قوله: (من البئر ذهب الوقت).

العوفي: لو كان الماء بارداً لا يقدر على استعماله لمرض به إلا بتسخينه، ولو سخنه أو بعث إليه من الحمام خرَجَ الوقت، فهل يَتِمُّم؟ أو لا؟ ذهب بعض العصريين إلى أنه يدخله الخلاف؛ فمن لو تشاغل بالماء ذهب الوقت (3) - وهو عندي خطأ - فإن كونه لا يقدر لمرض، فهذا مريض له حكم المرض، فيباح له التيمم، فيدخل في الآية، بخلاف من لا يعوقه إلا قدر زمن الاستعمال، فإنه صحيح، فيدخله الخلاف.

هذا إذا كان لمرض، وإن كان لمشقة تلحقه، فإن قلنا: إن المشقة من غير مرض توجب الترخُّص كان كالمريض، وإلا فهو كالصحيح (4).

(1) انظر: المدونة (زايد): 156/1، و(السعادة/صادر): 43/1، و(العلمية): 146/1، والجامع لابن يونس، ص: 337 و 338.

(2) تهذيب البراذعي: 210/1.

(3) قوله: (ذهب بعض العصريين إلى أنه يدخله الخلاف... الوقت) ساقط من (ع).

(4) المشدالي: وفي تحطئة العوفي لبعض العصريين نظر؛ لاحتمال أن يقال: إن المريض الذي يندرج في مضمون الآية هو الذي لا يقدر على مس الماء مطلقاً، وهذا ليس كذلك؛ فإنه إنها تعذر عليه مس الماء البارد، وأما المسخن فهو يقدر على استعماله، فيطالب باستعمال الماء من الوجه الذي يقدر عليه؛ لأنه باعتبار ذلك الوجه من

ومن فَرَّقَ تيممه، وكان أمراً قريباً أجزأه، وإن تباعد ابتداء التيمم كالوضوء، وتنكيس التيمم كالوضوء⁽¹⁾.

قوله: (وتنكيس التيمم كالوضوء).

زاد في الأم: (إن صلى أجزأه وأعاد التيمم لما يستقبل)⁽²⁾.

لا اعتراض⁽³⁾ على أبي سعيد⁽⁴⁾؛ لأنه لم يذكر الزيادة التي توجب

القادرين على استعمال الماء، وبه يخرج عن مضمون الآية، فإذا كان تشاغله بتحصيل ذلك الوجه لا يفيتته الوقت فواضح، وإذا كان يفيتته صح إجراء الخلاف فيه مما ذكره بعض العصريين، والله أعلم.

(1) تهذيب البراذعي: 210/1.

(2) انظر: المدونة (زايد): 158/1، و(السعادة/صادر): 44/1، و(العلمية): 147/1.

(3) في (ش): (الاعتراض).

(4) هو: أبو سعيد، عبد السلام بن سعيد التنوخي، الملقب باسم طائر حديد الذهن بالمغرب يسمونه سحنونَ لحدة ذهنه وذكائه، المتوفى سنة 240هـ، قرأ على ابن القاسم، وابن وهب وأشهب ثم انتهت إليه الرياسة في العلم بالمغرب، وله "المدونة" أصل المذهب وعمدته، وهي في الأصل أسئلة سألتها أسد بن الفرات لابن القاسم، وهي المعروفة بالأسدية، فلما ارتحل سحنون بها عرضها على ابن القاسم، فأصلح فيها كثيراً، وأسقط، ثم رتبها سحنون، وبوبها، واحتج لكثير من مسائلها بالآثار من مروياته.

قال محمد الأمين (عرفات):

تُمَّتَ سَحْنُونُ الْإِمَامِ السَّامِيِّ يُسَمَّى لَدَيْهِمْ عَابِدَ السَّلَامِ

فِي فَضْلِهِ النَّاسُ لَهَا إِجْمَاعٌ وَفِيهِ لِلْفَضَائِلِ اجْتِمَاعٌ

أَخَذَ عَنْ أُمَّةٍ كَابِنِ زِيَادٍ وَالْعُتْقِيِّ وَهُوَ عَلَيْهِ الْإِعْتِمَادُ

الاعتراض (1).

مالك: وإذا تيمم الجنب وصلى، ثم وجد الماء؛ أعاد الغسل فقط
وصلاته الأولى تامة (2).

قوله: (وصلاته الأولى تامة).

مُعَوَّلُ الْمَذْهَبِ مَا قَدْ دَوَّوْنَا لِذَا دَعَوُهُ الْأُمَّ وَالْمُدَوَّنَةَ
ديوانه عند الشيوخ واف (الراء) مع (لو) من الآلاف
رؤاؤه قد بلغت (زاي) مئين ومات في الثالث عام أربعين

انظر ترجمته في: التنبهات المستنبطة، لعياض، ص: 14، وترتيب المدارك، لعياض:
45/4، والديباج، لابن فرحون: 30/2، ومقدمة المدونة، ص: 11 و 12، طبعة
السعادة 1323هـ، وشجرة النور، لمخلف، ص: 69/1، وطبقات الفقهاء،
للشيرازي، ص: 156، وعلماء إفريقية للخشني، ص: 296، والأنساب، للسمعاني:
197/1، والفهرست، لابن خير، ص: 240، ووفيات الأعيان، لابن خلكان:
180/3، والبيان المغرب: 109/1، ومعالم الإيمان، للدباغ: 77/2، وسير أعلام
النبلأ، للذهبي: 63/12، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين
(عرفات)، ص: 51، 71، 72، 88، 90.

(1) المشدالي: أشار إلى ما اعترض به بعض الشيوخ على الزيادة التي قعت في الأم، وهو
قوله: "وأعاد لما يستقبل". قال: هذا حرف مستغنى عنه؛ إذ الحكم إعادة التيمم لكل
صلاة، ولو لم ينكس.

قال بعض الأندلسيين: لعل معناه: يعيد ليتنفل به بعد الفريضة فيعيده على سنته.
وقال بعضهم: معناه إذا تيمم مرة أخرى يفعله على سنته من الترتيب، ولا يعود إلى
الخطأ بتنكيسه، نه على هذه الوجوه عياض رحمته.

(2) تهذيب البراذعي: 210/1.

القابسي: يريد: إذا لم يتعلق بيده نجاسة⁽¹⁾.

ابن اللباد⁽²⁾: ولو لم يكن إلا مجرد الإيلاج، إلى آخر ما في هذا المعنى مما سطره غير واحد⁽³⁾. والمقصود التنبيه⁽⁴⁾.

(1) انظر المسألة في: التنبيه، لابن بشير، ص: 356.

(2) هو: أبو بكر، محمد بن محمد بن وشاح اللخمي - مولا هم - الإفريقي، المعروف بابن اللباد، المتوفى سنة 333هـ، فقيه علامة، تفقه على يحيى بن عمر، وعليه عول، وكان من بحور العلم، وتخرج به أئمة؛ منهم: أبو محمد بن أبي زيد، وقد امتحن وضرب وسجن، ومنعه بنو عبيد من الإقراء والفتيا إلى أن توفي، صنف "عصمة الأنبياء"، و"كتاب الطهارة" و"مناقب مالك".

قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ لبادٍ محمدٌ اشتَهَرَ وقد تفقَّهَ يحيى ابنُ عُمَرَ

مقداره في الدين مثل العلمِ جَلَّ وقد قَضَى في رابعِ بعامٍ (جَلَّ)

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 286/5، والديباج، لابن فرحون: 196/2، وشجرة النور، لمخلف: 84/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 160، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 116.

(3) انظر المسألة في: الجامع، لابن يونس، ص: 343.

(4) المشدالي: لما قيّد القابسي - ونحوه لأبي محمد - قوله: "وصلاته الأولى تامة" بما ذكر من عدم تعلق النجاسة ببدنه، ذكروا عن ابن اللباد أنه لا بد من الإعادة في الوقت وإن لم تكن ببدنه نجاسة، إذا كانت الجنابة من وطء في الفرج؛ فإن دخول الفرج في الفرج ينجسه.

وقيل أيضاً: هذا لا يخلصه، فإن الجنابة - وإن كانت من احتلام - فلا بد أن يبقى على رأس ذكره أثر المنى، وهو نجس على المذهب، فلا بد من الإعادة في الوقت.

وظاهرُ قوله في: (الجنب وصلى)، ولو في جماعة في المسجد، فيؤخذ منه جواز دخوله لصلاة الجماعة، لا أنه يصلي خارجاً من المسجد.

قال سَنَدٌ: لو التجأ جُنُبٌ لدخول المسجد لماءٍ في وسطه ليغتسل به، يَتِيَمُّ لدخوله.

وتردد بعضهم⁽¹⁾.

العوفي⁽²⁾: انظر على هذا لو أراد الجُنُبُ أن يدخل المسجد لصلاة الجماعة، أو إعادة⁽³⁾ ما صلى منفرداً، فهل يَتِيَمُّ لدخول المسجد ثم للصلاة؟

فقد يقال: لا يجوز؛ لأن الجماعة والإعادة غير مضطر إليها، ولقوله: لا يَتِيَمُّ الحاضر لسُنَّةٍ، هذا في حق الحاضر الصحيح، وأما المريض والمسافر

قال الشيخ أبو الحسن الصغير: إنما تكلم: هل يعيد الجنب إذا صلى بالتيمة ثم وجد الماء؟ أو لا يعيد؟ فأجاب بأنه لا يعيد.

ولو سئل عما إذا كان يبدنه نجاسة لقال: يعيد في الوقت. كما قال في المراجعة: لم يبع الأم مراجعة حتى يبين، ولم ينظر إلى التفرقة، ولو سئل عنها لأجاب بالمنع.

(1) المشدالي: قال المازري في الجنب إذا لم يجد الماء إلا في وسط المسجد: أخذ بعض المتأخرين من قول مالك: لا يدخل الجنب المسجد إلا عابر سبيل، جواز دخوله لأخذ الماء؛ لأنه مضطر.

قال ابن عرفة في مختصره: ذكر ابن الرقيق أن محمد بن الحسن سأل عنها مالكا بحضرة أصحابه، فأجابه بأنه لا يدخل. فأعاد محمد سؤاله. فأعاد مالك جوابه. فأعاد محمد فقال له مالك: فما تقول أنت؟ قال: يتيمة، ويدخل لأخذ الماء. فلم ينكره مالك.

(2) في مواهب الجليل، للحطاب: 485/1: (القرافي).

(3) في (ع): (لإعادة).

فيجوز لقولها: (يتيمان للطواف)⁽¹⁾.

أبو محمد - فيمن قام في المسجد واحتلم - : فينبغي أن يتيمم لخروجه⁽²⁾.

سَنَدٌ: بل يخرج بلا تيمم⁽³⁾.

العوفي: الظاهر أن هذا الخلاف إنما هو إذا نام في نفس المسجد، وأما لو قام في بيت في المسجد؛ فلا خلاف أنه يتيمم لخروجه.

ويتيمم على الجبل والحصباء والثلج من لم يجد تراباً، وعلى طين خضخاض وغير خضخاض مما ليس بماء إذا لم يجد غيره، ويخفف وضع يديه عليه⁽⁴⁾.

قوله: (ويتيمم على الجبل والحصباء)⁽⁵⁾. المسألة.

قلت: ما لهج به غير واحد من المغاربة والمشاركة مما يقع من الشروط في كلام السائل لا المجيب صرَّح به ابنُ رشد في مواضع من البيان منها ما في

(1) انظر: المدونة (زايد): 163/1، و(السعادة/صادر): 47/1، و(العلمية): 149/1.

قال الخطاب في مواهب الجليل: 15/3: (وما ذكره ظاهر إلا أن هذا اللفظ لم أره في المدونة بل فيه تجوز فإن الطواف لا يتصور في حق المسافر، ولهذا قال في التلقين: ولا يكاد يتصور في الطواف إلا للمريض، والله تعالى أعلم). اهـ.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 125/1.

(3) انظر: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 183/1.

(4) تهذيب البراذعي: 211/1 و 212.

(5) في (ع): (والجص).

سماع عيسى من الشفعة⁽¹⁾. انظره⁽²⁾.

قال يحيى بن سعيد: ولا بأس بالصلاة على الصفا والسبخة، وبالتيميم عليهما لمن لم يجد تراباً، وقال: وما حال بينك وبين الأرض فهو منها⁽³⁾.

قوله: (ما حال بينك وبين الأرض).

قلت: ما ذكره الأبهري⁽⁴⁾

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 71/12.

(2) المشدالي: الشرط هنا هو قوله: (من لم يجد تراباً)؛ فإنه من كلام السائل على ما وقع في الأمهات، ونصها: سئل مالك: أتيتم على الجبل من لم يجد تراباً، قال: نعم. انتهى. وإذا كان ذلك في كلام السائل فلا يعتبر قيداً في المسألة، بل يعتبر عموم الجواب من غير قيد على ما اختاره غير واحد. وأما ما أشار إليه من تصريح ابن رشد فهو صحيح.

قال العتبي في رسم أسلم من السماع المذكور: سئل عن رجل يكون له شريك في أرض، فيغيب عنه، فيبيع شريكه سهمه، ثم يبيع الغائب - وهو لا يعلم يبيع صاحبه - هل يشفع؟ أو لا؟ قال: نعم يشفع.

قال ابن رشد: في قوله: (وهو لا يعلم) دليل على أنه لو علم لم تكن له شفعة، وإن كان دليلاً ففيه ضعف؛ إذ لم يقع في الجواب، وإنما وقع في السؤال، لكن المعنى يؤيد اعتباره؛ لأنه مع العلم قد رغب عن ذلك، وأما مع عدم العلم فمن حجته أن يقول: إنما بعث حظي لزهادتي فيه لقلته، ولو علمت أن شريكي باع ما بعث حظي، ولأخذت بالشفعة.

(3) تهذيب البراذعي: 212/1.

(4) هو: أبو بكر، محمد بن عبد الله بن صالح بن عمر بن حفص بن عمر بن مصعب بن الزبير بن كعب ابن زيد بن مناة بن تميم الأبهري، البغدادي، المتوفى سنة 375هـ،

سمع أبا بكر ابن الباغندي، وأبا القاسم البغوي، وأبا عروبة الحراني، وتفقه ببغداد على أبي عمر محمد بن يوسف القاضي، وولده أبي الحسين، حدث عنه أبو بكر البرقاني، والدارقطني وأثنى عليه، وقال: هو إمام المالكية، إليه الرحلة من أقطار الدنيا، وقد جمع أبو بكر بين القراءات، وعلو الإسناد، والفقهِ الجيد، شرح المختصر لعبد الله بن عبد الحكم في أسفار كثيرة ضاع أكثرها وما فضل منها صورة الشيخ إبراهيم المريخي من المكتبة الأزهرية، وصورت النصف الثاني من نسخة حسنة أجود من نسخة الأزهرية من جامعة (جوتة) بألمانيا الشرقية، وهو مما ننوي إخراجه بعون الله تعالى.

قال محمد الأمين (عرفات):

محمَّدُ بنُ عابدِ اللهِ السَّري الحافظُ النَّظَّارُ يُدعى الأبهري
كان رئيسَ الفقه في بغدادا وعنه يروي ابن خويزمُدادا
جيدُ فقهٍ وهو عاش حيناً في رابعٍ لـ "ها" مع التسعيناً
هذا الكبيرُ والصغيرُ أخذاً عنه محمدٌ قضى من قبلِ ذا
يُكنى أبا جعفرِ الصغيرِ وبأبي بكرٍ كُنِيَ الكبيرُ

انظر ترجمته في: التنبهات المستنبطة، لعياض، ص: 329، وترتيب المدارك، له: 183/6، والديباج، لابن فرحون: 206/2، وشجرة النور، لمخلوف: 91/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 167، والفهرست، لابن النديم، ص: 341، وتاريخ بغداد، للخطيب البغدادي: 462/5، والأنساب، للسمعاني: 77/1، وسير أعلام النبلاء: 332/16، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 16، 17، 41، 44، 53، 102، 110.

(1) هو: أبو بكر، محمد بن يحيى الوقار، المتوفى سنة 269هـ، تفقه بأبيه، وابن عبد الحكم، وأصبغ، وروى عن إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن مسلم، وأخذ عن عثمان بن كليب

وسندٌ هنا معلوم (1).

العوفيُّ: على هذا من كان في سفينة وهال عليه البحر، ولم يصل إلى الماء، هل يتيمَّم على خشبها ويُعذَّر؟ كامتداد العشب على الأرض؛ إذ لا يقدر على البروز إلى الأرض، فكذا هنا لا يقدر على الوصول إلى الماء والأرض، أو يكون كمن لا يجد ماء ولا تراباً؟ وهو الصواب.

وإن كان مع الجنب من الماء قدر ما يتوضأ به تيمم للجنباة لكل صلاة أحدث أم لا (2).

القضاعي الحرسى، وكان أهل القيروان يفضلون مختصره على مختصر ابن عبد الحكم. قال محمد الأمين (عرفات):

ثم الفقيه الحافظ الوقارُ تخفيفُ قافِهِ هو المختارُ
فُقَّةً بالشيخ ابن عبد الحكمِ وهو ذو مختصرينِ فاعلمِ
وكان ما من اختصارٍ قد نحا في رأي أهل القيروانِ أزجحا
وهو محمدٌ وعاش حينا في ثالثٍ للتسع مع ستينا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 4/36-41، والديباج، لابن فرحون، ص: 333، وشجرة النور، لمخلوف: 1/68، ولسان الميزان، لابن حجر: 7/167، والإكمال، لابن ماكولا: 7/396، والفكر السامي، للحجوي: 4/101، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 139، 140.

(1) قوله: (معلوم) ساقط من (ش).

وزاد المشدالي بعده: يعني ما نقل عنهم من جواز التيمم على الحشيش والخشبة، فليُنظر في المطولات.

(2) تهذيب البراذعي: 1/213.

قوله: (إن كان مع الجنب قدر وضوء⁽¹⁾).

قال الباجي في الإيلاء⁽²⁾ عن الجلاب: إن كان عنده ما يغسل به وجهه غسله وييمم ذراعيه.

وعلى هذا ينبغي إذا كان عنده قدر ما يكفيه لوجهه وذراعيه غسلهما، ثم يرجع وييممهما؛ لأنه مخاطب باستعمال ما وجد، فإذا عدم تيمم.

وفي المنتقى: ما عراه في الإيلاء⁽³⁾ للجلاب عن عطاء والحسن⁽⁴⁾.

وهو في الإشراف عن الشافعي.

ولا يطاق المسافر امرأته كان على وضوء أو على غير وضوء حتى يكون معها من الماء ما يكفيهما جميعاً، وكذلك إن طهرت المرأة من حيضتها في سفر وتيممت، فلا يطؤها حتى يكون معها من الماء ما يكفيهما للغسل⁽⁵⁾.

قوله: (ما يكفيهما).

العوفي: لو علم من زوجته أو أمته أنها لا يغتسلان من الجنابة فهل يحرم عليه وطؤهما؛ لأنه إعانة على معصية؟ أم لا؟

الواجب زجرهما، فإن تعدر؛ فهو مخير بين الإمساك مع عدم الوطء، أو

(1) قوله: (وضوء) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (الإيلاء)، والإيلاء: كتاب اختصره الباجي من المنتقى، وهو قدر ربع المنتقى.

(3) في (ع): (الإيلاء).

(4) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباقي: 435/1.

(5) تهذيب البراذعي: 215/1.

الطلاق، فإن لم يقدر؛ وجب عليه طلاقها. فإن تبعثها نفسه؛ لم يجز له وطئها إلا عند خوف الإيذاء.

قلت: قوله (مع عدم الوطاء) خلاف ظاهر قول ابن القاسم في "العتبية" فيمن قالت: لا أغتسل من الجنابة، قال: لا يجبر على فراقها⁽¹⁾.
فقد جَوَزَ له البقاء مع جواز الوطاء وعلمه أنّها لا تغتسل.

قال ابن القاسم: والنساء يزعمن أن دم الحيض لا يشبه دم الاستحاضة لرائحته ولونه، فإذا رأت الدم خمسة عشر يوماً، والظهر خمسة أيام، ثم الدم أياماً، ثم الظهر سبعة أيام، فهي مستحاضة⁽²⁾.

قوله⁽³⁾: (ثم الظهر سبعة أيام).

أبو محمد: لورأته ثمانية أيام لم تكن مستحاضة. وإن أقلّ الظهر ثمانية لاقتصاره على سبعة⁽⁴⁾.

أبو عمران وغيره: هذا لا يصح؛ لأن السبعة إنما جرت في السؤال، ولم يقصد التحديد بها.

فإذا انقطع دم الاستحاضة، وقد كانت اغتسلت، قال مالك: فلا تعيد الغسل، ثم قال: تتطهر ثانية أحب إليّ، وهذا استحباب ابن القاسم⁽⁵⁾.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 256/5.

(2) تهذيب البراذعي: 220/1.

(3) قوله: (قوله) ساقط من (ع).

(4) انظر: التنبهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 146.

(5) تهذيب البراذعي: 221/1.

قوله: (وهذا الذي استحبه ابنُ القاسم).

قرر سَنَدُ المسألة على أن المراد بها في المدوَّنة الخلاف في الاستحباب.

العوفي: وعندي ظاهرُ المدوَّنة الخلافُ في الوجوب، ومعنى قوله: (أحبُّ

إليّ)؛ أي: إن هذا القول هو الذي أُحِبُّ الأخذ به.

وإذا حاضت بعد الفجر أو حاضت في وقت صلاة، أو بعد أن صلت
منها ركعة فلم تطهر حتى خرج الوقت فلا إعادة عليها⁽¹⁾.

قوله: (أو حاضت في وقت صلاة⁽²⁾) إلخ.

هذا الذي يُقوِّى قول ابن الحاجب: "وأما السقوط فبأقل لحظة"⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 221/1.

(2) في (ش): (صلوات).

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 95.

ابن وهب⁽¹⁾ عن مالك: لا تصلي حتى يذهب الدم عنها، فإن طال عليها فهي كالمستحاضة، مالك: وذلك أحسن ما سمعت. قال عنه أشهب: في الحامل ترى الدم، إنها كغيرها تجلس أيام حيضتها، ثم قال بعد ذلك: ليس أول الحمل كآخره، كرواية ابن القاسم. قال أشهب: والرواية الأولى أحسن؛ لأن ما حبس الحمل من حيضتها مثل ما حبس الرضاع والمرض وغيره، ثم تحيض فإنها تقعد حيضة واحدة⁽²⁾.

(1) هو: أبو محمد، عبد الله بن وهب بن مسلم الفهري، القرشي، المصري، الفقيه، المتوفى سنة 197هـ، كان أحد أئمة عصره، في الحديث والفقه، صحب مالكا، وسمع منه قبل ابن القاسم ببضع عشرة سنة، وكان مالك إذا كتب إليه في المسائل يكتب: إلى عبد الله بن وهب المفتي؛ وقال في حقه: عبد الله بن وهب إمام، وتفقه أيضاً على عبد الملك بن الماجشون، وابن أبي حازم، وابن دينار، والمغيرة، والليث، ومن تصانيفه: سماعه عن مالك، ورواية للموطأ، و"الجامع الكبير"، و"تفسير الموطأ"، و"المغازي"، و"الردة" وغير ذلك. قال محمد الأمين (عرفات):

ونجّل وهب عابدُ الله لَمَّعَ وبيّنما الحديثِ والفقهِ جَمَعَ
وأبثّ الناسِ عن الإمامِ صَحِيحَهُ (كافاً) مِنَ الأَعْوَامِ
أخَذَ عَنْ (تاءٍ) مِنَ الأَعْلَامِ وكان قد فقهه بالإمامِ
قد عاش في ثاني القرون حيناً لعام سبعة مع التسعيناً

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعبّاض: 228/3، والديباج، لابن فرحون: 413/1، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 58، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 127، والطبقات، لابن سعد: 518/7، والتاريخ الكبير، للبخاري: 218/5، والجرح والتعديل، لابن أبي حاتم: 189/5، والتعديل والتجريح، للباجي: 945/2، ورشف الفضال، ص: 24، 140.

(2) تهذيب البراذعي: 224/1.

قوله: (مثل ما حبس الرضاع و⁽¹⁾ المرض). المسألة.

القاسبي: احتجَّ على ابن القاسم بما لا يلزمه، ولا ينهض حُجَّةً عليه؛ لأن المرض والرَّضَاع ينزفان الدم، والحمل يجمعه.



(1) قوله: (الرضاع و) ساقط من (ش).



كتاب الصلاة الأول

كتاب الصلاة الأول (1)

قال مالك: أحب إلي أن يصلي الظهر في الصيف والشتاء والفيء ذراع كما قال عمر. وما دام الظل في نقصان فهو غدوة، وإذا مدّ ذاهباً فمن ثمّ يقاس ذراع⁽²⁾.

قوله: (قال مالك: أحبُّ إلي).

قال بعض المشاركة: المتبادر إلى الذهن أن قول مالك هذا في غاية البيان وليس كذلك ولا بد من بيانه:

منها قوله: (أحب) هنا للأولوية.

ومنها قوله: (أن يصلي)؛ فإنه مبنيٌّ للمفعول، وحينئذٍ يحتملُ أن يُريدَ المنفردَ فقط، أو الجماعةَ فقط، أو هما معاً؛ فعلى إرادتهما لا خفاء أن المنفرد الأولي في حقه التأخير كالجماعة، وعلى إرادة الجماعة فقط [5/أ] يكون موافقاً للمختار من الأقوال، واحتمال إرادة المنفرد فقط متروك الظاهر اتفاقاً.

وإنما ذكر الصيف والشتاء فقط للاستغناء بهما، ضرورة أن التسوية في الوقت بين المتباعدين تستلزم التسوية في الوقت بين المتقاربين قطعاً.

قوله: (فهو غدوة).

(1) في (ش): (كتاب الصلوات الأولى).

(2) تهذيب البراذعي: 225/1.

قلت: هذا يرُدُّ ما ذكره عياض في كتاب الإمارة (1).

وما ذكره المغاربة من الأخذ من هنا (2) صرَّح به ابنُ رشد في سماع عيسى من الأيمان بالطلاق (3).

ولا بأس أن يخفف قراءة الصبح في السفر بسبِّح ونحوها، والأكرياء يعجلون الناس للصلاة (4).

قوله: (والأكرياء يعجلون).

قال بعض المشاركة: هذا يجري مجرى التعليل، ومقتضاه أن من اضطرَّ في الصلاة (5) إلى تخفيفها له ذلك، كمن وراءه مريضٌ أو من يستغيثُ به.

(1) انظر: إكمال المعلم، للقاضي عياض: 300/6.

وزاد المشدالي بعده: قال: فيه في أحاديث فضل الشهادة: الغدوة - بفتح الغين - هي السير أول النهار إلى الزوال، وأما الغدوة - بالضم - فاسم لوقت ما بعد صلاة الصبح إلى طلوع الشمس.

المشدالي: وهو موافق لتفسير أهل اللغة، قال في «الصحاح»: «الغدوة ما بين صلاة الغداة وطلوع الشمس».

(2) في (ش): (مذهب).

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 90/1.

وزاد المشدالي بعده: قال في رسم حمل منه - فيمن حلف ليقضين فلاناً غدوة - قال: يقضيه ما بينه وبين نصف النهار؛ لأن ذلك عند الناس يسمى غدوة.

ابن رشد: هذا مثل ما في كتاب الصلاة الأول من المدونة.

(4) تهذيب البراذعي: 226/1.

(5) في (ش): (الصلوات).

والأذان كما علمه النبي ﷺ أبا محذورة: الله أكبر، الله أكبر، مرتين،
 أشهد أن لا إله إلا الله، مرتين، أشهد أن محمداً رسول الله، مرتين، ثم
 ترجع بأرفع صوتك أول مرة فتقول: أشهد أن لا إله إلا الله، مرتين،
 أشهد أن محمداً رسول الله، مرتين، حي على الصلاة، مرتين، حي على
 الفلاح، مرتين، الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله، مرة واحدة⁽¹⁾.

قوله: (ثم ترجع بأرفع من صوتك).

قلت: ما زعمه بعضهم أن ظاهر المدوِّنة خلاف ما شهَّره ابنُ الحاجب⁽²⁾
 غيرُ صحيح؛ لأن المرجوع إليه الذي تفاضل فيه الصوت الذي اكتشفته
 الأوليَّة والآخرة الشهادتان فقط.

ورفعُ الصوت ابتداءً بالتكبير لا نسلم⁽³⁾ أن ظاهر المدوِّنة فيه مخالفٌ لابن
 الحاجب.

قوله: (لا إله إلا الله).

قلت: ههنا بحث:

قال التبريزي وغيره: خبر (لا) التبرئة محذوفٌ تقديراً (في الوجود)، ولا
 يجوز أن يكون الاستثناء خيراً؛ لأنه من مذكورٍ، والقصد الإخراج؛ لأن
 المستثنى منه عام، والمستثنى خاص، ولو كان خيراً لزم منه الإخبار عن العام
 بالخاص.

(1) تهذيب البراذعي: 226/1 و227.

(2) جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 100.

(3) في (ش): (تعلّم).

ابن هشام: قول بعضهم: إن اسم الله (خبرُ التبرئة) يُردُّ؛ لأنها لا تعمل إلا في النكرة المنفية، واسم الله تعالى معرفةٌ موجبةٌ (1).

قلتُ: بحثتُ مع بعض الفضلاء من قضاة الديار المصرية ألقائل أن يقول: إن (لا إله إلا) الذي هو مستثنى منه، إن كان باعتبار ما تناوله المفهوم لزم الخلف (2)، وإن كان لا باعتبار كون مفهومه كلياً، بل بمعنى أنه مُتَّحِدٌ فيلزم استثناء الشيء من نفسه!

أجاب بأن (3) قال: تختار (4) الثاني، ولا يلزم المحذور المذكور؛ لأن المفهوم من المستثنى منه شيءٌ له العبادة بحق (5)، والمفهوم من المستثنى ذاتٌ تجب عبادتها، والامتناع في صدق وصفين على موضوع واحد.

قلتُ له: هذا غير صحيح؛ من وجهين:

أحدهما؛ أن يقال: هذا الاستثناء إما أن يكون منفصلاً فيلزم المحذور الأول، أو متصلاً فيلزم تقدير كون المستثنى منه عاماً؛ فيلزم بطلان الاتحاد.

الوجه الثاني؛ أن قولكم: (لا) امتناعٌ في صدق وصفين... إلى آخره، إنما ذلك حيث يكون الوصفان مثبتين، أما إذا كان أحدهما منفيّاً والآخر مثبتاً فلا. فسَلَّمَه واعترفَ بصِحَّتِه (6).

(1) انظر: مغني اللبيب، لابن هشام، ص: 745.

(2) في (ش): (الحلف).

(3) في (ش): (فإن).

(4) في (ش): (تختلف).

(5) في (ش): (بالحق).

(6) المشدالي: قد يقال: الاستثناء يصيرهما مثبتين معاً؛ لأن المعنى: ليس له العبادة بحق

قلتُ: قال في "شرح الإمام": النحويون يقولون في (لا إله إلا الله)، وأمثاله أن خبر (لا) محذوفٌ، ويقدرُونه بلا إله موجودٌ، وما أشبه ذلك، ونازعهم في ذلك بعض أكابر المتكلمين بناءً على أن نفيَ الماهية من غير قيدٍ أعمُّ من نفيها بقيدٍ، والتقديرُ المذكورُ مقيِّدٌ، فكان الأولُ أولى.

وقال بعضهم: لا خلاف بين النُّحاة أن (إلا) هنا بمعنى (غير)، والتقدير:

لا إله غيرُ الله كقول الشاعر:

وكل أخ يفارقه ⁽¹⁾ أخوه ⁽²⁾	لعمرُ أيبك إلا الفرقدان ⁽³⁾
--	--

أي: غير الفرقدين.

وقال تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلَهُةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا...﴾ الآية [سورة

الأنبياء: 22].

قال: والذي يدل على صحته أنا لو حملنا (إلا) على الاستثناء لم يكن قولنا:

(لا إله إلا الله) توحيداً محضاً؛ فإن تقدير الكلام لا آلهة⁽⁴⁾ مستثنى منهم⁽⁵⁾

الله، ولا يكون نفي الآلهة لا يستثنى عنهم⁽⁶⁾ الله، بل هو عند من يقول بدليل الخطاب يكون إثباتاً لذلك، وهو كفرٌ.

بحق إلا ذات تجب عبادتها، أي: في الشيء الذي له العبادة بحق.

(1) في (ش): (مفارقة).

(2) في (ش): (أبو).

(3) القائل: عمرو بن معد يكرب.

(4) قوله (لا آلهة) يقابله في (ش): (الآلهة).

(5) في (ع): (عنهم).

(6) قوله: (لا يستثنى عنهم) يقابله في (ع): (مستثنى منهم).

ولما اتفقوا على إفادته التوحيد وجب حمل (إلا) على معنى (غير).

ويؤذّن كيف تيسر عليه، ورأيت المؤذنين بالمدينة يتوجهون للقبلة في أذانهم، ويقىمون عرضاً، وذلك واسع يصنعون كيف شاءوا(1).

قوله: (ويقيمون عرضاً).

يؤخذ منه تعدد المقيم كما صرحوا به أخذاً من كتاب الاعتكاف(2).

ابن عات: يُستحبُّ الاستقبال في الإقامة.

وتأولوا قوله: (عرضاً) على أن الإمام يخرج من جهة المغرب والمشرق(3)

فيخرج المؤذن فيقيم(4) عرضاً(5).

وليس على المرأة أذان ولا إقامة، وإن أقامت فحسن(6).

قوله: (وليس على المرأة) نحوه في كتاب السرقة والأضحية.

ولما كان المقصود تخالف حكم المرأة للرجل(7) في اللزوم ألغى المفهوم،

وفي بعضها إجماعاً.

(1) تهذيب البراذعي: 227/1 و228.

(2) المشدالي: قال فيه: (وأكره للمعتكف أن يقيم مع المؤذنين). قال ابن عرفة: المراد بالمعية هنا: الكلية لا الجزئية.

(3) في (ش): (أو المشرق).

(4) في (ع): (فيقيم).

(5) انظر المسألة في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 294/1 و295.

(6) تهذيب البراذعي: 228/1.

(7) في (ش): (الرجل).

وجائز أن يؤذن رجل ويقيم غيره⁽¹⁾.

قوله: (وجائز أن يؤذن رجل ويقيم غيره).

يريد: ما لم يصل.

والدليل عليه قولها في منع فتح من ليس⁽²⁾ في صلاة على من فيها.

ومن سمع المؤذن فليقل كقوله، وإن كان في نافلة، إلى قوله: أشهد أن محمداً رسول الله، وإن أتم الأذان معه أو عجل بالقول قبله فواسع فلا بأس، ولا يقول مثله في الفريضة⁽³⁾.

قوله: (فليقل كقوله).

عبد الحق في "تهذيب الطالب": الفرق بين المعتكف لا يصلي على الجنازة، والمتنفل يحاكي المؤذن، وفي كلا الموضوعين يُدخَلُ عملاً على عمل هو فيه، أن الجنازة الخطاب بها كفائي كفايةً على الأعيان.

قلت: قال زين الدين ابن المنير⁽⁴⁾ في شرحه للبخاري: إذا قلنا: يحكي في

(1) تهذيب البراذعي: 228/1.

(2) في (ش): (أحد).

(3) تهذيب البراذعي: 228/1 و229.

(4) هو: أبو العباس، أحمد بن محمد بن منصور بن أبي القاسم ابن مختار بن أبي بكر الجذامي، الجروي، الإسكندري، الأبياري، المالكي، المعروف بابن المنير، ناصر الدين، المتوفى سنة 683هـ، ولي الأحباس والمساجد وديوان النظر، والخطابة، والقضاء نيابة عن القاضي ابن التنسي ثم استقلالاً، سَمِعَ من أبيه، وعبد الوهاب الطوسي، وتفقه بجماعة، منهم: جمال الدين ابن الحاجب، وأجازَه بالإفتاء، وأخذ عنه

الفرض، فلو كان الأذان للصلاة⁽¹⁾ التي⁽²⁾ هو فيها وقد أذن هو لها، فهل يشرع⁽³⁾ له أن يقول مثله أو لا؟

والظاهر: لا؛ لأن⁽⁴⁾ من أذنَ لتلك الصلاة فقد أتى بالأكمل، ولا معنى لطلب العوض متى قد أتى بالمعوض⁽⁵⁾ الأكمل.

قلتُ: لا خفاء بضعف هذا الكلام؛ لأن المزايا الشرعية لا غاية لها.
قلتُ: وههنا بحث من ثلاثة أوجه:

الأول؛ أن⁽⁶⁾ يقال: لفظُ الحديث النبوي: (فليقل مثل) ⁽⁷⁾ فعدل عنه في

جماعةً، منهم: ابن راشد القفصي شارح "جامع الأمهات"، له تأليف حسنة، منها: تفسير سماء "البحر الكبير في نخب التفسير"، و"الانتصاف من الكشاف"، و"اختصار التهذيب" وهو من أحسن مختصراته، وكان العز بن عبد السلام يقول: "مصر تفتخر برجلين: ابن المنيّر بالإسكندرية، وابن دقيق العيد بقوص".

انظر ترجمته في: الديباج المذهب، لابن فرحون: 92/1 وما بعدها، والعبر في خبر من غير، للذهبي: 352/3، وتاريخ ابن الوردي: 225/2، وفوات الوفيات، للكتبي: 149/1، وبغية الوعاة، للسيوطي: 384/1، وشذرات الذهب، لابن العماد: 381/5، ومعجم المطبوعات، لسركيس: 258/1، وشجرة النور، لمخلف: 269/1، والفكر السامي، للحجوي: 65/1.

(1) في (ش): (للصلوات).

(2) قوله: (التي) ساقط من (ش).

(3) قوله: (يشرع) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (أن).

(5) في (ش): (بالتعويض).

(6) قوله: (أن) ساقط من (ش).

(7) أخرجه البخاري: 221/1، كتاب الأذان، باب: باب ما يقول إذا سمع المنادي،

المدوَّنة إلى كاف التشبية، فهي⁽¹⁾ نعت لمصدر محذوف؛ أي: فليقل قولاً مشابهاً لقول المؤذن.

ولما كانت المثلية تصدق بين الشئين بأي وصف كان، وفي التساوي، وكان قوله ﷺ: «مثل ما يقول: يصدق مراتب أعلى، وهو الاتباع إلى آخر الأذان ودُونَه، وهو الاقتصار على الشهادتين حملة مالك ﷺ على المرتبة الدنيا، كما حمل الرشد على أدنى مراتبه، وهو في المال لا الدين.

ولما قام الدليل على بعض انتفاء أوصاف المثلية وهو الجهرية علم⁽²⁾ أنه لم يرد تحقيق المماثلة من كل وجه.

البحث الثاني: أن يقال لا شك أن (مثل) مضاف إلى (قول)، و(قول) مصدرٌ مضافٌ إلى المؤذن، والمؤذن محلى بالألف واللام، والمحلى عام، والمضاف إلى العام عام، فيلزم أن يقول جميع⁽³⁾ ما يقول، وهو خلافٌ مشهور⁽⁴⁾ قول مالك.

البحث الثالث: أن يقال: الأمر بالحكاية في الحديث إنما ثبت الأخص وهو الجمع، ولا يلزم منه ثبوته للفرد إلا بدليل منفصل⁽⁵⁾.

برقم: 586، ومسلم: 288/1، كتاب الصلاة، باب باب استحباب القول مثل قول المؤذن لمن سمعه...، برقم: 384، ولفظه: «إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول...».

(1) في (ش): (فبقي).

(2) في (ش): (على).

(3) في (ش): (اسمع).

(4) قوله: (خلافٌ مشهور) يقابله في (ع): (خلافٌ ومشهور).

(5) في (ش): (مفصل).

وليس الأذان إلا في مسجد الجماعات ومساجد القبائل، أو في موضع اجتمع فيه الأئمة وإن كان في حضر أو سفر، وكذلك إمام المصر يخرج إلى الجنائز فتحضره الصلاة خارج المصر فيصلي بأذان وإقامة، فأما غير هؤلاء يجمعون في حضر أو سفر فالإقامة تجزئهم لكل صلاة، وإن أذنوا فحسن (1).

قوله: (في حضر أو سفر في بر أو بحر).

قلت: قد قدر التبريزي وغيره امتناع تعلق جارين بفعل محذوف من جهة واحدة.

قال: وقولهم: "خرجت من البصرة من سوقها الثاني" بدل، وما في المدوِّنة ظرفاً مكان، فالثاني بدل.

ومن صلى بغير إقامة عامداً أو ساهياً أجزاءه، وليستغفر الله العامد (2).

قوله: (ويستغفر الله العامد).

جواب القرافي: هنا ضعيف (3).

(1) تهذيب البراذعي: 229/1.

(2) تهذيب البراذعي: 229/1.

(3) المشدالي: قال في "الذخيرة": سؤال: كيف يطلق لفظ الاستغفار المختص بالذنوب في ترك السنن، وتركها ليس ذنباً حتى يستغفر منه؟

وجوابه: أن الله سبحانه يحرم العبد من التقرب إليه بالنوافل والفرائض عقوبةً على ذنوبه، ويعينه على التقرب بسبب طاعته؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا﴾ [سورة العنكبوت آية: 69]، ولقوله: ﴿فَأَمَّا مَنْ أُعْطِيَ﴾ الآيتين [سورة

وإن ذكر مأموم أنه نسي تكبيرة الإحرام، فإن كان كبر للركوع ونوى بها تكبيرة الإحرام أجزأته، وإن كان كبرها ولم ينو بها ذلك تمادى مع الإمام وأعاد الصلاة احتياطاً؛ لأنها لا تجزئه عند ربيعة، وتجزئه عند ابن المسيب⁽¹⁾.

قوله: (ونوى بها تكبيرة الإحرام).

إن قيل: ما الفرق بين عدم صحة إيقاع السلام قائماً، وصحة إيقاع التكبير للإحرام وهو منحن عند حمل المدوَّنة على ذلك؟

فالجواب أنه في السلام أوقعه في حالة لا يصدق عليه أنه جالس، وفي الركوع يطلق عليه القيام؛ لصحة وصفه بكونه قائم غير مستقيم القيام.

قلت: وههنا استفراق آخر؛ وهو: ما الفرق بين كونه لو شرك بين تكبير الركوع والإحرام صح ذلك، ولو شرك بين سلام الفرض والسنة لم يصح؟

قال زين الدين: انظر! هل يجزيه⁽²⁾ إن ساواه في السلام كما قال ابن القاسم في الإحرام؟

قال: ويظهر لي الفرق أن المساواة في الإحرام إنما نشأ عن رغبة واعتناء بالدخول، فلا يجعل ذلك سبباً للبطلان، والمساواة في السلام مشعرةً بنقيض

الليل: [5]، فإذا استغفر من ذنوبه غفرت له بفضل الله، وأمن حيثئذ من الابتلاء بالمؤاخذة بالحرمان.

المشدالي: وهذا الجواب قد ذكره غيره أيضاً، وليس بضعيف كما زعم.

(1) تهذيب البراذعي: 233/1.

(2) في (ش): (يجزئ).

ذلك، فلا يلزم من اغتفار المساواة في الإحرام اعتبارها⁽¹⁾ في السلام.
قلتُ: ما أبداه من الحكمة فرقاً ينتج لو تأمله العكس، فإن الرغبة والاعتناء في طرف الدخول يكون حاملاً على السَّبْقِيَّةِ، وهي قاذحة، وعدمُ وفور الرغبة في طرف السلام يكون حاملاً على التأخر، وهو مصحح.

وإن ذكر مأموم أنه نسي تكبيرة الإحرام، فإن كان كبر للركوع ونوى بها تكبيرة الإحرام أجزأته، وإن كان كبرها ولم ينو بها ذلك تمادى مع الإمام وأعاد الصلاة احتياطاً؛ لأنها لا تجزئه عند ربيعة، وتجزئه عند ابن المسيب⁽²⁾.

قوله: (تمادى مع الإمام).

ههنا تحقيقٌ؛ وهو أنه يقول مالك وابن القاسم في مسائل: (يتماذى ويعيد).

ومسائل: (يقطع).

وإن كانت الإعادة في الوقت لو أكملت على تلك الصفة.

فقال الباجي وغيره من المحققين: كل مسألة تردّد فيها بين الصحة والفساد فإنه يتماذى؛ لئلاً يبطل عملاً يمكنه تصحيحه، كقولها⁽³⁾ - في الناسي لتكبيرة الإحرام وقد كبر للركوع - وكما⁽⁴⁾ لو شك هل كبر للإحرام أم لا؟، وإن كان الأصل مختلفاً فيه فيؤمر بالتماذي أيضاً لئلاً يبطل ما يصح عند

(1) في (ش): (اغتفراها).

(2) التهذيب للبرادعي: 233/1.

(3) في (ش): (كقولها).

(4) في (ش): (وما).

قائل (1).

وكل مسألة يؤثر فيها الذكر في الصلاة مع اليقين، ويبطلها، ولا يؤثر مع النسيان، فإنه إذا ذكر المعنى المؤثر في أثناء الصلاة صار الجزء المذكور فيه قد تحقق فيه المعنى المؤثر، فيبطل.

ويعود بطلانه إلى بطلان الأول، وهذا كذكر النجاسة في الصلاة (2) أو نسيه (3).

وهذان - وإن كان فيهما خلاف - فإنما ذكرنا ما يفرق به على المشهور.

وقوله: (لا تجزئه عند ربعة) [5/ب] إلى آخره.

التذهيب (4): هذا نص من مالك على مراعاة الخلاف، وظاهره أنه التفت

إلى القائلين دون النظر في وجه قولهم، هل فيه قوة استدلال أم لا؟

قلت: وظاهر المدونة في قوله (تمادي) سواء كانت جمعة أم لا، ولا خفاء

بعدم صحة جعل احتياطاً معلولاً؛ لقوله (لأنها (5) لا تجزئه...) إلى آخره؛ لأنه

لا يلتئم (6) مع قوله (وتجزئه عند ابن المسيب)، فلم يبق إلا أن قوله (احتياطاً)

وما بعده علّتان للتمادي.

(1) في (ش): (قائله)، انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 396/2.

(2) في (ش): (الصلوات).

(3) في (ش): (منسيه).

(4) في (ش): (انتهديب).

(5) قوله: (لقوله، لأنها) يقابله في (ش): (لسجد لا أنها).

(6) في (ع): (يتم).

ولا خفاء بصحة تنازع⁽¹⁾ (احتياطاً) لتماذى وأعاد، ولذا اختلف في التماذي والإعادة؛ هل هما معاً على سبيل الاحتياط؟ أو⁽²⁾ التماذي على سبيل الصحة والإعادة احتياطاً؟

قلت: وظاهر المدونة أيضاً سواء كان ذلك في الركعة الأولى أو غيرها، ولا خفاء في صحته مطلقاً في الركعات في غير الجمعة، وأما الأخيرة⁽³⁾ في الجمعة فيتأكد الأمر فيها لما تقرّر أن⁽⁴⁾ من شرط الاعتداد بها إدراك ركعة بسجدةٍها.

ولهذا صح جواب ابن القاسم وعيسى في "العتبية" - فيمن أدرك الأخيرة من الجمعة، ثم تذكر قبل⁽⁵⁾ سلامه من ركعة القضاء سجدة لا يدري أهى من ركعة القضاء أو من التي أدرك مع الإمام؟

فإنه يسجد الآن سجدةً لاحتمال كونها من ركعة القضاء، ثم يأتي بركعة لاحتمال كونها من الأولى، ثم⁽⁶⁾ يُعيدُ ظهراً⁽⁷⁾.

قلت: ونكتة الإعادة ظهراً عدم تحقق إدراكه ركعةً كاملة.

قلت: وما ذكره ابن رشد في نوازله خلاف ظاهر المدونة.

(1) قوله: (تنازع) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (و).

(3) في (ع): (الآخرة).

(4) قوله: (أن) ساقط من (ش).

(5) في (ش): (بعد).

(6) قوله: (ثم) ساقط من (ش).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 23/2.

قال: إذا كَبَّرَ ولم ينو لا للركوع ولا للإحرام أنه يجزئه.

قال: لأنه سبقت منه نيّة الصلاة الأولى فيضاف إليها هذا التكبير⁽¹⁾.

ولا تجزئ القراءة في الصلاة حتى يحرك بها لسانه⁽²⁾.

قوله: (حتى يحرك بها لسانه).

قال الصائغ: اختلف في الطلاق بالقلب، ولم يجعلوا القارئ في الصلاة⁽³⁾ قارئاً بقلبه، ولم يختلفوا أن الإيمان يصح بالاعتقاد، فانظر الفرق بين ذلك كلّه.

وأطول الصلاة قراءة الصبح والظهر⁽⁴⁾.

قوله: (وأطول الصلاة) إلى آخره.

قلت: ليس في المدوّنة ما يقتضي تساوي الصبح والظهر في الطُوليّة كما فهم بعض القاصرين؛ لأن فحوى خطاب المدوّنة أنهما أطول من غيرهما، وكونهما فيما بينهما تقتضي التساوي أو لا؟ عامٌّ في هذا المفهوم، فلا يُرَجَّحُ شيء منها إلا بدليلٍ منفصل⁽⁵⁾.

(1) انظر: المقدمات الممهّدات، لابن رشد: 65/1.

(2) تهذيب البراذعي: 235/1.

(3) في (ع): (القلب).

(4) تهذيب البراذعي: 236/1.

(5) في (ش): (منفصل).

ويكبر في حال انحطاطه لركوع أو سجود، ويقول: سمع الله لمن حمده في حال رفع رأسه، ويكبر في حال رفع رأسه من السجود إلا في الجلسة الأولى إذا قام منها فلا يكبر حتى يستوي قائماً⁽¹⁾.

قوله: (إلا في الجلسة الأولى).

قلتُ: الثانية على مذهب ابن القاسم في مسائل اجتماع البناء والقضاء، فظاهر المدوِّنة أنها كغيرها من أفعال الصلاة في المقارنة؛ لأنه لم يستثن في المدوِّنة إلا الأولى، وعبارة ابن الحاجب تدل على ما قلناه⁽²⁾.

ولا بأس بالصلاة على طرف حصير وبطرفه الآخر نجاسة⁽³⁾.

قوله: (وبطرفه الآخر نجاسة).

العطار: المرادُ بالطرف الآخر الوجهُ الذي يلي الأرض، والوجهُ الذي يلي المصلي طاهرٌ، فيكون كنجاسة يفرش عليها.

وسئل ابن رشد - في نوازله - عن المسجد المبني بطين معجون بماء نجس؛ هل يهدم ولا يصلى فيه؟ أو تلبس حيطانه ويصلى فيه ولا يهدم؟

فقال: هذا الثاني هو⁽⁴⁾ الذي لا يصحُّ خلافه وُجِدَتْ بذلك روايةٌ أم لا⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البرادعي: 238/1.

(2) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 42.

(3) تهذيب البرادعي: 244/1.

(4) في (ش): (هذا).

(5) انظر: مسائل ابن رشد: 529/1.

وقد أجاز في المدوّنة الصلاة وأمامه جدارٌ مرحاضٍ⁽¹⁾، وللمريض بسطاً
ثوبٍ على فراشٍ نجس⁽²⁾، فإذا لبس الحائض النجس بالطين الطاهر لم يكن لما
في داخله حُكْمٌ.

قلتُ: ومن هذا المعنى اختلاف الشيوخ في مسألة الهيدورة ويأتي⁽³⁾ إن
شاء الله تعالى في باب الإحدا⁽⁴⁾ شيء من هذا المعنى⁽⁵⁾.

والمصلي جالساً إذا تشهد في الركعتين الأوليين كبر قبل أن يقرأ ونوى
به القيام للثالثة، وجلوسه في موضع الجلوس كجلوس القائم⁽⁶⁾.

قوله: (ينوي به)⁽⁷⁾.

قلتُ: وقع البحث بيني وبين بعض الفضلاء بالإسكندرية فيمن صلاته
جلوساً فكبر للثالثة ونسي الجلوس، ورجع بالنية عمداً، فهل هي كمسألة من
رجع للجلوس بعد القيام الحسى أم لا؟

فقلتُ: نعم. وصَوَّبَهُ جماعةٌ من المذاكرين؛ لأن العِلَّةَ في الأصل التلبُّسُ

(1) انظر: المدونة (زايد): 245/1، و(السعادة/صادر): 90/1، و(العلمية): 182/1.

(2) انظر: المدونة (زايد): 220/1، و(السعادة/صادر): 76/1، و(العلمية): 170/1.

(3) في (ع): (وسياتي).

(4) في (ع): (الإحرام).

(5) المشدالي: مسألة الهيدورة هي التي تكون النجاسة بأحد وجهيها دون الآخر، فهل
يصلي على الوجه الطاهر أم لا؟ اختلف في ذلك أصحاب الفقه الحافظ أبي ميمونة
درا^س ابن اسماعيل، فقيه فاس، فمنهم من أجاز ومنهم من منع.

(6) تهذيب البراذعي: 246/1.

(7) قوله: (ينوي به) يقابله في (ش): (ينويه).

بركن، وموجب السجود هو زيادة⁽¹⁾ اللُّبْثُ إذا قلنا بالصحة، وهذا كله متحقق⁽²⁾ في الفرع.

من افتتح النافلة جالساً ثم شاء القيام، أو افتتحها قائماً ثم شاء الجلوس، فذلك له⁽³⁾.

قوله: (ثم شاء القيام).

تقرير معارضتها لعتقها الأول⁽⁴⁾ وجهان:

أحدهما؛ أن كلا الأمرين جائزٌ إن ألزم نفسه أحدهما فانتقل عنه، فسوّغ له ذلك هنا دون العتق.

ونحو ما هنا ما في "العتبية" و"المجموعة" - فيمن أوصى بخيار أمته لمن تُعتق أو تُباع، فاخترت البيعَ ثم بدا لها العتق - لها ذلك⁽⁵⁾ ما لم تُباع، ولو اخترت العتق فلم تُتَّوَمَّ حتى بدا لها في البيع لم يكن لها ذلك⁽⁶⁾.

الثاني في بيان الجامع⁽⁷⁾ أن من خيّر ابتداءً

(1) زاد بعده من (ش) قوله: (لا).

(2) في (ش): (محقق).

(3) تهذيب البراذعي: 246/1.

(4) يريد: معارضتها لما ورد في كتاب العتق الأول من المدوِّنة: (زايد): 299/5، (السعادة/صادر): 187/3، (العلمية): 418/2.

(5) قوله: (فيمن أوصى بخيار أمته لم تعتق أو تباع... لها ذلك) ساقط من (ع).

(6) قوله: (ذلك) ساقط من (ع).

وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 219/13.

(7) يريد: الجامع بين المسألتين المذكورتين آنفاً.

هل يخير⁽¹⁾ دائماً فيلزم صحة الرجوع للعتق؟ أو لا فيلزم عدم الانتقال في الصلاة؟⁽²⁾

والشديد المرض الذي لا يقدر أن يجلس لا يعجبني أن يصلي المكتوبة في المحمل لكن على الأرض⁽³⁾.

قوله: (والشديد المرض).

قلت: فتوى الأصيلي لابن أبي عامر خلاف المدونة.

قال في المدارك: وهي إحدى روايتي ابن القاسم⁽⁴⁾.

وأحق القوم بالإمامة أعلمهم، إذا كان أحسنهم حالاً، وقال أيضاً: أولاهم بالإمامة أفضلهم في أنفسهم، إذا كان هو أفقهم. قيل لمالك: فأقرؤهم؟ قال: قد يقرأ من لا ترضى حاله⁽⁵⁾.

(1) قوله: (ابتداء هل يخير) يقابله في (ع): (ابتداءها هل يخيره).

(2) المشدالي: مسألة العتق الأول هي: من أعتق شركاً له في عبد، فاختر شريكه التقويم،

ثم رجع إلى اختيار العتق، فقال: لا رجوع له عن التقويم.

المشدالي: وقد يفرق بتعلق حق شريكه، كما يفرق في مسألة الأمة بأن تقدم اختيارها

للبيع لم يتعين فيه حق لأحد، وعكسه بتشوف الشرع إلى العتق.

(3) تهذيب البراذعي: 247/1.

(4) انظر: ترتيب المدارك، للقاضي عياض: 243/2.

وزاد المشدالي بعده: الفتوى التي أشار إليها هي جواز الصلاة في العمارة التي كان ابن

أبي عامر يلزم الركوب فيها في أسفاره، وإباحة ذلك في الفريضة دون النزول

بالأرض؛ إذ كانت صلاته إبهاءً للوهن الذي أصاب قدميه من علة النقرس.

(5) تهذيب البراذعي: 251/1.

قوله: (قيل لمالك).

قلت⁽¹⁾: اختصرها لاشتغالها على إشكال لطيفٍ تقريره أن يقال كلامه بحسب⁽²⁾ المفهوم يعطي أن الأقرأ⁽³⁾ لو كان مرضي الحال لقدم على الأفقه، فيلزم عليه تقديم الوصف الأضعف على الأقوى؛ لأن الفقه أقوى لعمومه في جميع أفعال الصلاة، وتوقفها عليه، بخلاف القراءة.

وهنا بحثٌ؛ وهو أن يُقال: قولهم الأقرأ⁽⁴⁾ يلزم أن يكون أفقه؛ لأن القراءة في الزمان⁽⁵⁾ الأول تستلزم الفقه مردودٌ بقوله⁽⁶⁾ عليه السلام: "أقرأكم أبيّ، وأفضاكم⁽⁷⁾ عليّ، وأعلمكم بالحلال والحرام معاذ"⁽⁸⁾، فلو كانت القراءة تستلزم الفقه لكان الأفقه أبيعاً⁽⁹⁾، وهو باطل.

قلت: هذا غير صحيح؛ بل قولهم صحيحٌ وليس في الحديث.

بيانه أن الحلال والحرام ليس بمنحصِرٍ في القرآن حتى⁽¹⁰⁾ يلزم منه وجود

(1) قوله: (قلت) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (يحسن).

(3) في (ش): (الإقرار).

(4) في (ش): (الإقرار).

(5) في (ش): (الزمن).

(6) في (ع): (لقوله).

(7) في (ع): (وأفضلكم).

(8) أخرجه الترمذي: 664/5، كتاب المناقب، باب مناقب معاذ بن جبل، برقم:

3790، والنسائي: 78/5، كتاب المناقب، مناقب أبي بن كعب، برقم: 8287.

(9) في (ش): (أبي).

(10) في (ش): (غير).

قراءة بدون فقه، بل قراءة وفقه صاحبها.

ولما⁽¹⁾ [6/أ] كانت أدلة الأحكام من السنة والقياس صح أن يكون معاذ أكثر استحضاراً لها، وباقتباس النوازل دون أبيّ، ويكون أبيّ رضي الله عنه أكثر ضبطاً لأحكام القراءة، وهو مع ذلك عالمٌ بفقهها، وفوق كل ذي علم عليم.

قلتُ: وهاهنا مسألة تقرر اشتراط أهل المذهب كون الإمام مسلماً، والمفهوم من قوة كلامهم كونه بشراً، ولو فرضنا جنياً مؤمناً فهل تصح الصلاة وراءه أم لا؟

قال صاحب "أحكام الجان": تصح⁽²⁾؛ لأنه مكلف، لأن الرسالة لنا ولهم⁽³⁾.

قلتُ: قد يقال: لا يلزم من عموم الرسالة صحة الإمامة، فقد يقال: هم أنقص، فصار كنقص وصف الأنوثية.

وقد يقال: لا يُسَلَّمُ صحّةُ التعليل بالرسالة؛ لأنه يلزم عليه عدم صحة العكس في العِلل؛ لأننا وجدنا صحة الإمامة بدون الرسالة في إمامة جبريل بالنبى عليه السلام مع كونه عليه السلام لم يرسل إلى الملائكة.

والصواب: أن هذا غير وارد؛ لأن العكس غير لازم في العِلل.

وقد يقال: يلزم من صحة إمامة الملائكة إمامة مؤمن الجان قياساً أحرّويّاً؛ لأنه إذا صح مع عدم الرسالة، فأحرى معها، وتقرير الأحرّوية من وجه آخر،

(1) قوله: (ولما) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (يصبح).

(3) آكام المرجان في أحكام الجان، للشبلي، ص: 73.

وهو أن يقال: صلاة جبريل بالنبى عليه السلام؛ إن كانت فرضاً فهو الوجه الأول، وإن كانت لا فرضاً على جبريل؛ فيلزم من صحة المفترض خَلْفَ المتنفل.

وما يقال: أنا لا نسلم وجود صلاة من جبريل بل هو مُعَلَّمٌ بما صورته صورة صلاة، فخلافاً للظاهر.

قال صاحب "أحكام الجنان": وهل يدخل الجنى المؤمن الجنة أم لا؟

أكثر أهل العلم على ذلك، والمأثور عن مالك والشافعي: لا يدخلون، إنما يدخلون أرباضها، بحيث يراهم المؤمنون من الجنة ولا يراهم الجن.

وإذا قلنا بدخولهم؛ فهل يأكلون ويشربون أم لا؟ قولان.

وإذا قلنا بدخولهم، فهل يرون الله تعالى في الجنة أم لا؟

فقال عز الدين في "القواعد الصغرى": لا يرونه كما لا (1) تراه الملائكة،

وإنما الرؤية (2) مخصوصة بالبشر (3).

قال: ولا يجوز تزويج الجنية؛ دل عليه قوله تعالى: ﴿جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ

أزْوَاجًا﴾ [سورة النحل آية: 72]؛ أي من جنسكم.

قال: ولو وجدت امرأة إنسية من نفسها أنه يطؤها جنياً، وتنال منه ما

تنال من الإنسي من اللذة، فلا غسل عليها، صرح به أبو المعالي الحنبلي وغيره

(1) قوله: (لا) زيادة من (ع).

(2) في (ش): (الدرجة).

(3) في (ش): (للبشر).

من الحنفية⁽¹⁾.

وصاحب الدار أولى بالإمامة إذا صلوا في منزله إلا أن يأذن لأحد⁽²⁾.

قوله: (وصاحب الدار أولى بالإمامة).

أخذ منه بعضهم: أن صاحب الوثيقة مقدم في الشهادة لعلمه بكتابته. قال شيخنا أبو عبد الله: هذا غير صحيح؛ لأن غيره يشاركه في هذا التعليل، وهو علم مدلول كلمات الوثيقة.

(1) في (ع): (الحنفي).

وزاد المشدالي بعده: قال أصبغ في ثالث مسألة من سماعه من جامع «العتبية»: سمعت ابن القاسم يقول: للجن الثواب والعقاب، وتلا قوله تعالى: ﴿وَأَنَا مِنَّا الْمُسْلِمُونَ﴾ الآيتين [سورة الجن آية: 14].

ابن رشد: استدلال ابن القاسم صحيح لا إشكال فيه؛ بل هو نص جلي في ذلك، ففي الجن مسلمون ويهود ونصارى ومجوس وعبدة أوثان، قاله بعض المفسرين في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَنَا مِنَّا الصَّالِحُونَ﴾ قال: يريد المؤمنين ﴿وَمِنَّا دُونَ ذَلِكَ﴾ يريد غير المؤمنين ﴿كُنَّا طَرَائِقَ قَدَدًا﴾ [سورة الجن آية: 11] أي: مختلفين في الكفر كما سبق.

المشدالي: وفي أواخر جامع «الذخيرة»: قال ابن القاسم: للجن الثواب والعقاب. وحكى المحاسبي قولين في التنعيم، والإجماع على تعذيب الكفار منهم؛ لقوله تعالى: ﴿لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ﴾ [سورة هود آية: 119]، ولا نص في أن الجن في الجنة، غير أن العمومات تناولتهم، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ هُمْ جَنَّاتُ﴾ [سورة البروج آية: 11]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [سورة الزلزلة آية: 7]، ونحو ذلك.

(2) تهذيب البراذعي: 251/1.

قلتُ: والمرادُ بصاحب المنزل الساكنُ⁽¹⁾، ولو لم يملك الذات، وصرَّح بذلك ابن المنير وغيره، ولو اجتمع العبد والسيد في دار سكنى العبد؛ فقالوا: يُقدِّمُ السيِّدُ. وفيه نظر.

ومن صلى خلف من يقرأ بما يذكر من قراءة ابن مسعود فليخرج ويتركه، فإن صلى خلفه أعاد أبدأ⁽²⁾.

قوله: (قراءة ابن مسعود).

منع⁽³⁾ في سماع عيسى بيع مصحف ابن مسعود.

ابن رشد وغيره: لعدم تواترها⁽⁴⁾.

(1) قوله: (الساكنُ) ساقط من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 252/1.

(3) قوله: (منع) زيادة من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 374/9.

وزاد المشدالي بعده: هي أول مسألة من سماعه من كتاب السلطان، قال: أرى أن يمنع الإمام من بيعه ويضرب من قرأ به، يمنعون أن يقرؤوا به ويُظهروه.

ابن رشد: إنما قال ذلك؛ لأنها قراءة لم تتواتر، فما لم يقطع به أنه قرآن - لمخالفته مصحف عثمان المجمع عليه - لا تباح قراءته على أنه قرآن؛ إذ حكمه حكم ما يروي عن النبي ﷺ من الأحاديث والأخبار، فلا تجوز الصلاة به، ومثله في (الكتاب)، فوجب من أجل هذا على الإمام أن يمنع منه، ويضرب عليه، ولا يبيح قراءة سوى ما ثبت بين اللوحين في مصحف عثمان.

وقد قيل في قراءة ابن مسعود: إنها قراءة كان يقرؤها على وجه التفسير لأصحابه، لا على أنها قرآن، وعلى هذا، فالمعنى في المنع من قراءته وبيعه واضح، وبالله التوفيق.

فرعان:

- في سماع أصبغ من كتاب الجامع: سئل عن الكتاب يكون فيه التوراة والإنجيل، أترى أن يباع من اليهودي والنصراني؟

قال أصبغ: وكيف يعرف أنه توراة أو إنجيل؟! لا أرى أن يباع ممن ذكر.

ابن رشد: ومنعه من بيعه صحيح؛ لأن الإسلام ناسخ لجميع الملل، والقرآن ناسخ لجميع الكتب المنزلة على من تقدم من الأنبياء عليهم السلام، فلا يحل أن يباع شيء منها ممن يعتقد العمل بها فيها، ويكذب بالقرآن الناسخ لها، ولو صح أنها توراة أو إنجيل، فكيف ولا يصح ذلك؛ إذ لا طريق إلى معرفة صحته، بل قد أعلمنا الله أنهم قد غيروا وبدلوا، والله أعلم.

- في رسم يسلم في المتاع والحيوان من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: قال مالك: أكره للرجل المسلم أن يحضر ابنه في كتاب العجم يتعلم كتاب الأعجمية، وأكره للمسلم أن يعلم أحداً من النصارى الخطأ أو غيره.

ابن رشد: الكراهة بيّنة؛ أما تعليم الرجل ابنه كتاب العجم؛ فللاشتغال بما لا منفعة فيه، ولا فائدة له عما فيه منفعة وفائدة، مع ما فيه من إدخال السرور عليهم بإظهار المنفعة في كتابهم والرغبة في تعلمه، وذلك من توليهم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكُمْ فَإِنَّهُ مِنَّهُمْ﴾ [سورة المائدة آية: 51].

وأما تعليم المسلم النصراني؛ فلما فيه من الذريعة إلى قراءتهم القرآن مع ما هم عليه من التكذيب له والكفر به، وقد قال في "الواضحة": إن ذلك ممن فعله مُسَقِّطٌ لإمامته وشهادته، وقد مضى ذلك في سماع أشهب من كتاب الجعل والإجارة.

المشدالي: ومن هذا المعنى ما سئل عنه السيوري من تعليم أولاد الخوارج القرآن والكتابة في بلادهم - يعني أن أكثر المواضع خوارج، والتعليم في بلاد المسلمين أكثر الصبيان أولاد المسلمين - هل يسوغ في أحد الوجهين دون الآخر؟ وهل يستوي استتابة الخوارج وأهل البدع أو لا؟

فقال: يمنع من تعليمهم حيث كانوا.

البرزلي: وما أنكر مالك من تعليم أولاد النصارى الكتابة يجري هنا على القول بأنهم

ويخرج من قول ابن الحاجب: متتفع به معلوم (1).

ابن العربي (2): يجوز قراءة الفاتحة ونحوها بقراءته، ولا تتعين قراءتها

كفار، وعلى أنهم فساق فففيه نظر، وكذا يلزم في تعليم أولاد الظلمة وكتاب المكوس أنه لا يجوز؛ لأنه يتوصل بذلك إلى المعصية، وما أدى إلى المعصية معصية، بدليل لعن النبي ﷺ بائع الخمر ومشتريها، وفيه: (وكاتبها).

(1) الجامع بين الأمهات، لابن الحاجب: 73/1، وفيه: (مُتَّفَعٌ بِهِ، مَقْدُورٌ).

(2) هو: أبو بكر، محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد، المعروف بابن العربي المعافري - بفتح الميم وبالفاء - الإشبيلي، المتوفى سنة 543 هـ، خاتمة علماء الأندلس، رحل ووالده إلى الإسكندرية وبغداد، وعاد لإشبيلية فسكنها، ودرّس الفقه والأصول، وجلس للوعظ والتفسير، ورحل إليه للسَّماع، وصنّف في غير فن تصانيف كثيرة؛ منها: "أحكام القرآن"، و"المسالك في شرح موطأ مالك"، و"القبس على موطأ مالك بن أنس"، و"عارضه الأحوذى على كتاب الترمذي"، و"العواصم والقواصم"، و"المحصول في أصول الفقه"، و"سراج المريدين وسبيل المهتدين". قال محمد الأمين (عرفات):

ثم الرّضى ابنُ العربيّ ذو القَبسِ شَرَحًا على موطأ ابنِ أنسٍ
وهو ذو عارضةٍ للأخوذى شَرَحًا لجامعِ الإمامِ الترمذى
كذالهِ الأحكامُ في القرآنِ وهو من الأئمةِ الأعيانِ
شهرته تُغني عن التعريفِ وكم له من نافعِ التصنيفِ
فقهًا بالطرطوشِ وهو لا يُعدُّ من قد روى عنه ولم يكن يُحذ
ومنهمُ القاضي عياضٌ وقضى (جيم) سادسٍ مع (الميم) الرّضى

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 2 / 252، والغنية، لعياض، ص: 39،
والصلة، لابن بشكوال: 2 / 591، وبغية الملتمس، للضبى، ص: 92، وأزهار

بحرف واحد(1).

ولا بأس أن تأتم بمن لم ينو هو أن يؤمك(2).

قوله: (بمن لم ينو أن يؤمك).

قال تقي الدين وغيره: دليله قضية ابن عباس، وفيه أيضاً دليل على اغتفار العمل اليسير في الصلاة(3).

قلت: محل الاستدلال نفل - وهو أضعف - فلا يلزم من الاغتفار فيه الاغتفار في الفرض.

قال زين الدين: علي المأموم أن ينوي نية الاقتداء، فلا ينتقل منفرد إلى حكم جماعة ما لم يحرم على ذلك.

قلت: قوله ما لم يحرم على ذلك فإنه غير صحيح(4).

الرياض، للمقري: 62/3، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 80، 91.

(1) انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 108/4.

وزاد المشدالي بعده: يعني من الحروف السبعة المشهورة، والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 254/1.

(3) انظر: أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 139.

(4) المشدالي: يمكن تأويله على أن يكون في قوة الاستثناء المنقطع؛ كأنه قال: لكن إن أحرمت الجماعة فحيثئذ يكون له حكم الجماعة، لا طريق له إلا ذلك، وحيثئذ يندفع الاعتراض، وإن كان المتبادر من لفظه ما فهمه الوانوعي رحمته.

ومن سمع الإقامة، وقد صلى وحده، فليس بواجب عليه إعادتها إلا أن يشاء، ولو كان في المسجد لدخل مع الإمام، إلا في المغرب فإنه يخرج⁽¹⁾.

قوله: (من صلى وحده له إعادتها).

قلت: ههنا مسألة لا أعلمها منصوصة لأصحاب الفروع، بل لأصحاب الأصول، وهي: لو صلى وحده مثلاً ظهراً قضاء⁽²⁾ اليوم الأحد، ثم وجد جماعة ترتبت عليهم تلك الصلاة بعينها من يومها، فقد نص ابن رشد وغيره أنه يصح لهم قضاؤها جماعة من يوم اتفاقاً، ومن يومين قولان، فهل يصح له إعادتها معهم؟

ظاهر المدونة: يجوز.

وعرضته على شيخنا أبي عبد الله، فقال: ظاهر المدونة كما قلت، والذي⁽³⁾ عندي: لا.

قال: لأن تعليلهم الإعادة بتحصيل فضيلة الوقت يقتضي اختصاص الإعادة بالوقت⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 255/1.

(2) قوله: (ظهراً قضاء) يقابله في (ش): (ظهر اقتضاء).

(3) زاد بعده من (ع) قوله: (أتى).

(4) المشدالي: إنما عللوا الإعادة بتحصيل فضيلة الجماعة، وذلك مقتضى الإعادة في المسألة المفروضة.

ومن صلى وبين يديه جدار مرحاض أو قبر فلا بأس به إن كان مكانه طاهراً⁽¹⁾.

قوله: (جدار مرحاض أو قبر).

قلتُ: هل هنا بحثٌ من وجهين:

أحدهما: أن يقال في تسوية جدار القبر أو القبر على المعينين بجدار المرحاض نظرٌ؛ لأن الصلاة إلى القبر أو جداره لا تكون أسوأ حالاً من الصلاة عليه، وهو⁽²⁾ يميزها عليه⁽³⁾.

الثاني: وقع⁽⁴⁾ بحثٌ بين بعض الفضلاء في مسألة؛ وهي أن بعضهم دخل المسجد فوضع نعله⁽⁵⁾ أمام قبلته، فأحرم في الصلاة فأنكر عليه صاحبه، وقال⁽⁶⁾: لا تعمل النعل في القبلة؛ فإنه مكروه، أو⁽⁷⁾ لا يجوز.

فأجابه الآخر⁽⁸⁾ فقال: هذا باطلٌ لقولها هنا: (لا بأس بالصلاة وبين يديه

(1) تهذيب البراذعي: 258/1.

(2) في (ش): (وهي).

(3) المشدالي: المعينان اللذان أشار إليهما: عطف القبر على الجدار، فيكون مرفوعاً، أو على المرحاض، فيكون مجروراً، ويؤخذ منه جواز البناء على القبور، وهو خلاف ما في الجنائز، وفي الأخذ ضعف.

(4) قوله: (وقع) ساقط من (ش).

(5) في (ع): (نعليه).

(6) في (ع): (قال).

(7) في (ع): (و).

(8) في (ش): (الأخير).

جدار مرحاض⁽¹⁾، فأجابه المنكر بأن⁽²⁾ قال: هذا استدلال باطل؛ لأنه غير محل النزاع؛ لأن مسألة المدوِّنة بعد الوقوع - وهو صريحها - وكلامنا ابتداء، وأيضاً قولها (لا بأس) يدل أن تركه له أولى، وأيضاً فقد خرَّج أبو داود أن النبي ﷺ قال: «لا تعمل نعليك في قِبَلَتِكَ ولا يَمِينِكَ ولا يَسَارِكَ بل بَيْنَ رَجْلَيْكَ» أو كما قال⁽³⁾.

فأجاب الآخر بأن⁽⁴⁾ [6/ب] قال: هذا باطل؛ لأن الشوشاوي قال: هذا إذا كان القدم ليس في وعاء، وأما إذا كان في وعاء فلا بأس. وقال اللخمي: إن كان النجس مستوراً جاز إدخاله المسجد⁽⁵⁾، ومسألتنا النعل في وعاء.

(1) انظر: المدونة (زايد): 245/1، و(السعادة/صادر): 90/1، و(العلمية): 182/1.
(2) في (ع): (فإن).

(3) قال محققه أبو الهيثم الشهبائي كان الله له: نقل هذا الكلام بتمامه الونشريسي في المعيار: 23/1. والحديث الذي ذكره الوانوغي لم أقف عليه في سنن أبي داود، والحديث بتمامه: «... إذا صليت فصل في نعليك فإن لم تفعل فضعها تحت قدميك ولا تضعها عن يمينك ولا عن يسارك فتؤذي الملائكة والناس وإذا وضعتهما بين يديك كأنها بين يديك قبله» من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. أخرجه الخطيب: 448/9، وابن الجوزي في العلل المتناهية: 404/1، برقم: 680، وقال: لا يصح.

والذي وقفت عليه في سنن أبي داود: 179/1 حديث رقم: (480): «... إِنَّ أَحَدَكُمْ إِذَا اسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ فَإِنَّمَا يَسْتَقْبِلُ رَبَّهُ جَلَّ وَعَزَّ وَالْمَلِكُ عَنِ يَمِينِهِ فَلَا يَتَّقِلُ عَنِ يَمِينِهِ وَلَا فِي قِبَلَتِهِ وَلْيُصَقِّ عَنِ يَسَارِهِ أَوْ تَحْتَ قَدَمِهِ فَإِنْ عَجَلَ بِهِ أَمْرٌ فَلْيَقُلْ هَكَذَا». وَوَصَفَ لَنَا ابْنُ عَجَلَانَ ذَلِكَ أَنَّ يَتَّقِلُ فِي تَوْبِهِ ثُمَّ يَرُدُّ بَعْضَهُ عَلَى بَعْضٍ».

(4) في (ش): (بأنه).

(5) نقل هذا أيضاً الونشريسي في معياره: 23/1، ولم نقف عليه في تبصرة اللخمي.

قلتُ: استدلال المجيز بكلام اللخمي لا ينهض؛ إذ لا يلزم من جواز إدخاله المسجد جعله قبلة.

ولا يصلي في الحجر، ولا في الكعبة فريضة، ولا ركعتي الطواف الواجب، ولا الوتر، ولا ركعتي الفجر، فأما غير ذلك من ركوع الطواف فلا بأس به⁽¹⁾.

قوله: (ولا الوتر).

وها هنا إشكال؛ وذلك أنهم عللوا عدم صحة الفرض في الحجر بكونه جزءاً من البيت، وقد كره مالك دخول البيت بالنعْلَيْن، والمشهور جواز دخول⁽²⁾ الحجر بالنعْلَيْن، فاللازم على كونه جزءاً من البيت عدم الدخول بالنعْلَيْن، واللازم على صحة⁽³⁾ الدخول صحة الصلاة⁽⁴⁾.

وكل ما كان يؤخذ من الميتة وهي حية فلا يكون نجساً، ولا بأس أن يؤخذ منها بعد موتها، ويصلى به مثل صوفها وشعرها ووبرها، واستحسن مالك غسله⁽⁵⁾.

قوله: (وهي حية فلا يكون نجساً).

قال النووي⁽⁶⁾ عن البغوي وغيره: لو أكلت دابة حياً، فألقته صحيحاً،

(1) تهذيب البراذعي: 260/1.

(2) في (ع): (ذهاب).

(3) في (ش): (هذا).

(4) المشدالي: فيه نظر.

(5) تهذيب البراذعي: 261/1.

(6) في (ع): (النواوي)، وكلاهما صحيح، وهو نسبة إلى مدينة (نوى) بسهل حوران من

فإن كانت صلابته باقيةً بحيث لو زُرِعَ لَنَبَتَ؛ فهو طاهرُ العين، ويجب غَسْلُهُ، وإن كان لا ينبت فهو نجس العين (1).

قلتُ: لا إشكال على المذهب في نجاسته إن كانت مُحَرَّمَةً الأكل مطلقاً، سواء كان صحيحاً أو لا؛ لقول ابن الجلاب (2).....

الديار الشامية الذي انطلقت منه ثورة الكرامة السورية في وجه الطاغوت بشار أسد وقد مضى من عمرها أربعة عشر شهراً قبل تقييد هذا الهامش. اللهم كن لأهلنا في الشام ناصراً وممكناً ومعيناً.

(1) انظر: المجموع شرح المذهب، للنووي: 573/2، وروضة الطالبين، للنووي: 18/1.

(2) هو: أبو القاسم، عبيد الله بن الحسن - ويقال: ابن الحسين - بن الجلاب البصري، المتوفى سنة 378هـ، إمام فقيه حافظ، تفقه بالأبهري وغيره، وكان من أحفظ أصحابه وأنبهم، وتفقه به القاضي عبد الوهاب وغيره من الأئمة، له كتاب في مسائل الخلاف، وكتاب "التفريع" في المذهب مشهور معتمد. قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ جلابٍ عبيدُ الله قدْ كان فقيهاً وإماماً مُعْتَمَداً
فما بتفريعٍ عليه اقتصرَا فهوَ عن الإمام مالك يُرى
وهو ذو تفقُّهٍ بالأبهري بل كان أنبلَ صحابِ ذَا السري
وكم له هُو من الأصحاب كذي القضاء عابدِ الوهاب
في رابع القرون عاش المرتضى وفي ثمانٍ بعد سبعينَ قَصَى
وتمَّ من عنه السنوسي روى كالونشريسي بتاسعِ تَوَى
يُدعى محمداً وعاش جينا لعامِ خمسةٍ مع السبعينا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 76/7، والديباج، لابن فرحون: 461/1،

في البيضة⁽¹⁾، وما في رضاع المدوّنة⁽²⁾؛ لأن المحل نجس، فالحال فيه متنجس.
 وفي سماع عيسى: لو خرج فرخٌ ميت من بيض نعام لم يشرب فيه، ولو
 أراد رجل أن يتداوى بشرب القشرة بعينها لم يصلح؛ لأنها سقتها الميتة.
 ابن رشد: كونه لا يشرب فيه صحيحٌ على قول⁽³⁾ مالك: لا يمتشط
 بعظام⁽⁴⁾ الميتة⁽⁵⁾. انظر كلامه فإنه حسنٌ.

قال مالك: ومن دخل مسجداً فلا يقعد حتى يركع ركعتين إلا أن يكون
 مجتازاً لحاجة فجائز أن يمر فيه ولا يركع⁽⁶⁾.

قوله: (ومن دخل مسجداً فلا يقعد).

قال تقي الدين: ظاهره ولو تكرر الدخول، والحديث يقتضي تكرر
 الركوع بتكرر الدخول⁽⁷⁾، لقوله: "إذا دخل أحدكم"⁽⁸⁾.

وشجرة النور، لمخلف: 92/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 168، وسير
 أعلام النبلاء، للذهبي: 383/16، واصطلاح المذهب عند المالكية، لمحمد إبراهيم
 علي، ص: 234، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين
 (عرفات)، ص: 41.

(1) انظر: التفریع، للجلاب: 321/1

(2) المدونة (زايد): 284/4 و285، و(السعادة/صادر): 411/5.

(3) قوله: (على قول) يقابله في (ع): (لقول).

(4) في (ع): (بطعام).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 374/3 و375.

(6) تهذيب البراذعي: 268/1.

(7) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 192.

(8) أخرجه البخاري: 391/1، أبواب التطوع: باب ما جاء في التطوع مثنى مثنى، برقم:

وقال بعضهم: لا يتكرر، وقاسه على المترددين بالخطب والفاكهة إلى مكة.

وقول هذا القائل يتعلق بمسألة أصولية وهي: تخصيص العموم بالقياس، وخفف مالك ترك الركوع للمجتاز.

وعندي أن دلالة الحديث لا تتناول هذه المسألة؛ لأنه إن نظرنا إلى صيغة النهي، فالنهي يتناول جلوساً قبل الركوع، فإذا لم يحصل الجلوس أصلاً لم يفعل النهي، وإن نظرنا إلى صيغة الأمر، فالأمر توجه لركوع قبل جلوس، فإذا انتفياً معاً لم يخالف الأمر.

وأخرجوا مسجد الحرام من عموم كل مسجد؛ لأن تحيته الطواف، وكذا فعل صلى الله عليه وسلم.

ولا يحمد الله المصلي إذا عطس، فإن فعل ففي نفسه، وتركه خير له، ولا يرد على من شمته إشارةً، كان في فرض أو نافلة (1).

قوله: (ولا يرد على من شمته).

(1110)، ومسلم: 495/1، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب: باب استحباب تحية المسجد بركعتين وكراهة الجلوس قبل صلاتها وأنها مشروعة في جميع الأوقات، برقم: 714، ومالك: 225/2، برقم: 559، ولفظ مسلم: عن أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه، قال: دخلت المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس بين ظهري الناس، قال: فجلست، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما منعك أن ترقع ركعتين قبل أن تجلس؟» قال: فقلت: يا رسول الله رأيتك جالساً والناس جلوس، قال: «فإذا دخل أحدكم المسجد، فلا يجلس حتى يركع ركعتين».

(1) تهذيب البراذعي: 269/1.

تصوره⁽¹⁾ على الوجه المشهور عسير؛ لأن تسميت الغير للراد فرع سماع الحمد منه والفرض أنه لا يحمد فكيف يرد.

قلتُ: يمكن فرضه إذا عطس وحمد جهرًا قبل الإحرام، ثم أحرم فشمت صدق حيثُذ أنه لا يرد.

وإن قهقهه المصلي وحده قطع، وإن كان مأمومًا تمادى وأعاد، ولا شيء عليه إن تبسّم، صلى وحده أو مأمومًا، ولا يحمد الله المصلي إذا عطس، فإن فعل ففي نفسه، وتركه خير له، ولا يرد على من شمته إشارة، كان في فرض أو نافلة، وكان مالك إذا ثأب في غير الصلاة سدّ فاه بيده ونفث، ولا أدري ما فعله في الصلاة⁽²⁾.

قوله: (ونفث). المسألة.

الطار: قال ابن شبلون⁽³⁾ وأبو عمران - في البصاق في الصلاة -: يبصق

(1) قوله: (تصوره) يقابله في (ع): (في تصورهِ).

(2) تهذيب البراذعي: 269/1.

(3) هو: أبو القاسم، عبد الخالق بن خلف ابن شبلون القيرواني، المتوفى سنة 391 هـ،

وقيل: 390 هـ، كان الاعتقاد عليه بالقيروان في الفتوى، والتدريس بعد أبي محمد بن

أبي زيد رحمته، سمع ابن مسرور الحجام، وألف كتاب "المقصد" في أربعين جزءًا.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثُمَّ ابْنُ شَبْلُونٍ مُحَقِّقٌ هُمَامٌ وَعَابِدُ الْخَالِقِ يُسَمَّى ذَا الْإِمَامِ

وهُوَ الَّذِي فِي الْقَيْرَوَانِ مُرْتَضَى الْإِفْتَاءِ لِمَا ابْنُ أَبِي زَيْدٍ قَضَى

فِي رَابِعِ الْقُرُونِ عَاشٍ حِينَا حَتَّى قَضَى إِحْدَى مَعَ التَّسْعِينَا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 263/6، والديباج، لابن فرحون: 22/2،

كما يبصق في غيرها.

وقال أبو محمد: بل يرسله بلا صوت (1).

العطار: ومذهبي إن كان في نفل فكأبي عمران، وفي فرض فكأبي محمد.

أبو عمران: قال أبو جعفر: لا بأس لمن نزل من صدره نخامة أو نحوها، وظهرت على فمه - وهو في الصلاة - أن ينفثها بشفتيه، ولو سمع لذلك صوت النفث، وليس هذا من الكلام؛ لأنه لا يبد للناس منه.

ويؤمر الصبيان بالصلاة إذا أتغروا، وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قال: "مروا الصبيان بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع" (2).

قوله: (وفرقتوا بينهم).

قلت: أجاب ابن عتاب (3) في حاضنة لصبيين بلغا سبع سنين، فدعت

وشجرة النور، لمخلف: 97/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 160، ورشف

الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 76.

(1) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 537/1.

(2) تهذيب البراذعي: 270/1.

(3) هو: أبو عبد الله، محمد بن عبد الله بن عتاب القرطبي الفقيه، المتوفى سنة 462هـ،

تفقه بابن النجار، وابن أبي الأصينغ القرشي، وروي عن القنازعي، وابن الحذاء،

وسعيد بن سلمة، وسعيد بن رشيقي، والظلمنكي، وابن مغيث، وحاتم الطرابلسي،

وغيرهم، وأجازه أبو ذر الهروي، ولم تكن له رحلة، تفقه به الأندلسيون وانتفعوا به،

سمع منه ابنه عبد الرحمن، وعيسى بن سهل، وأبو جعفر بن رزق.

الحاضنة إلى فراشين لهما، ودعا الأب لفراشٍ واحد؛ بأن⁽¹⁾ يقضى بفراشين،
وخالفه بعضهم.

وظاهر المدوِّنة مع ابن عتاب؛ لأنه يلزم من الافتراق في المضجَع الافتراقُ
في الشيء الذي ينام فيه؛ من كساء، أو رداء، وهو المراد بالفراش المتنازع فيه.

والقنوت في الصبح قبل الركوع وبعده واسع، والذي يأخذ به مالك في
خاصته قبل الركوع ولا يكبر له، ولا يجهر به إمام ولا غيره ولا سهو
على من نسيه، وليس فيه دعاء مؤقت⁽²⁾.

قوله: (ليس فيه دعاء مؤقت).

قال زين الدين: ولا وقوفٌ مؤقَّتٌ، وإنما أسقطه البراذعي استغناءً بذكر
دعاء القنوت.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ عتابِ الإمامِ النبيُّ الأندلسيُّونَ به تفهَّوا

لدى ابنِ بشرٍ لا بشيرٍ طلباً (وب) أعوامٍ له قد صحِّبا

يُدعى محمداً وعاش حيناً في خامسٍ لاثنين مع ستينا

انظر ترجمته في: شجرة النور، لمخلوف: 118/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام

الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 90.

(1) في (ع): (فإنه).

(2) تهذيب البراذعي: 271/1.

وروي عن علي أنه كبر حين قنت في الفجر، وقال ابن مسعود وغيره:
القنوت في الفجر سنة ماضية⁽¹⁾.

قوله: (سنة ماضية).

ابن حارث⁽²⁾: كان يحيى بن يحيى⁽³⁾ لا يرى القنوت، ولا القضاء بشاهد

(1) تهذيب البراذعي: 272/1 و273.

(2) هو: أبو عبد الله، محمد بن حارث بن أسد الخشني، المتوفى سنة 361هـ، وقيل 364هـ، تفقه بالقيروان على أحمد بن نصر، وأحمد بن زياد، وأحمد بن يوسف، وابن اللباد، والممسي، له تأليف حسنة منها: كتابه في الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك، وكتابه في المحاضر، وكتاب "رأي مالك الذي خالفه فيه أصحابه"، وكتاب الفتيا، وغيرها.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 226/6، والديباج، لابن فرحون: 212/2، وشجرة النور، لمخلوف: 94/1، وجذوة المقتبس، للحميدي، ص: 53.

(3) هو: أبو محمد، يحيى بن يحيى بن كثير بن وسلاس الليثي المصمودي، الأندلسي، المتوفى سنة 234هـ، سمع من مالك، وابن القاسم، وكان إمام أهل بلده والمقتدى به فيهم، والمنظور إليه، والمعول عليه، ساه مالك: عاقل الأندلس، وله رواية الموطأ المشهورة المتداولة، وبه انتشر مذهب مالك في الأندلس، روى عنه ولده عبيد الله، ومحمد بن العباس بن الوليد، وابن وضاح، وبقي بن مخلد وغيرهم.
قال محمد الأمين (عرفات):

يحيى بن يحيى الحجةُ الثبْتُ النُدُسُ كان رئيسَ علماء الأندلس
رَوَى الموطأَ عَنِ الإمامِ غيرَ اعتكافِ ذَا الإمامِ السامي
وهي أشهرُ الرواياتِ وعام (دال) و(لام) بَعْدَ ثَانِ الحِمامِ

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 379/3، والديباج، لابن فرحون: 33/2،

ويمين، وجوّزَ كراء الأرض بجزء منها، وقضى بدار أمين؛ اقتداءً بالليث في الجميع.

ومن أتى يوم خميس يظنه يوم الجمعة، فصلى مع الإمام الظهر أربعاً أجزأته؛ لأن الجمعة ظهر⁽¹⁾.

قوله: (وهو يظن أنه يوم الجمعة).

في سماع عيسى: لو حلف لأقضيَنَّ حَقَّكَ في يوم الجمعة غداً في ظنّه، فإذا هو يوم خميس، فإن لم يقضه إلى غروب يوم الخميس حنث⁽²⁾.
قال بعضهم: ويُنزَلُ مثلُ هذا في الوثائق: اشترى فلانُ جميعَ مورث فلان من موضع كذا مَبْلَغَهُ الحُمُسُ، فإذا هو الرُّبْعُ؛ لزم البيع.

وشجرة النور، لمخلف: 63/1، والانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، لابن عبد البر، ص: 105، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 152، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 519/10، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 141.

(1) تهذيب البراذعي: 273/1 و274.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 170/6.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن شرد في مسألة سماع عيسى المتقدمة: إنما لم يحنث إذا قضاه يوم الخميس قبل الغروب؛ لأن المعلوم من قصد الحالف ليقضين إنما هو تعجيل القضاء، لا تسمية اليوم، فإذا حلف لأقضيَنَّك غداً يوم كذا، فإنما تحل يمينه على غد، ولا يلتفت إلى قوله: (يوم كذا)، إلا أن يريد اليوم الذي سمي، فينوي إن كان مستفتياً، وإلا فلا.

ومن انفلتت دابته وهو يصلي مشى إليها فيما قرب، إن كانت بين يديه، أو عن يمينه أو عن يساره، وإن بعدت طلبها وقطع الصلاة⁽¹⁾.

قوله: (مشى إليها).

قال بعضهم: الدليل على أن العمل اليسير في الصلاة لا يبطلها حديث عائشة في فتح الباب⁽²⁾، وحمله عليه السلام⁽³⁾ أمانة⁽⁴⁾. المازري: الظاهر⁽⁵⁾ أنه في فرض⁽⁶⁾.

(1) تهذيب البرازعي: 274/1.

(2) أخرجه أبو داود: 242/1، في الصلاة، باب العمل في الصلاة، برقم: (922)، والترمذي: 739/1 في الصلاة، باب ذكر ما يجوز من المشي والعمل في صلاة التطوع، برقم (601)، والنسائي: 11/3 في السهو، باب المشي أما القبلة خطى يسيرة، برقم: (1206)، وحسنه الترمذي. ولفظه: (قالت عائشة رضي الله عنها: «جئت يوماً من خارج ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي في البيت والباب عليه مغلق، فاستفتحت فتقدم وفتح لي، ثم رجع القهقري إلى مصلاه، فأتمَّ صلاته»).

(3) قوله: (في الصلاة لا يبطلها حديث...) ساقط من (ع).

(4) أخرجه البخاري: 193/1، أبواب سترة المصلي، باب إذا حمل جارية صغيرة على عنقه في الصلاة، برقم: 494، ومسلم: 385/1، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب جواز حمل الصبيان في الصلاة، برقم: 543، من حديث أبي قتادة رضي الله عنه، ولفظه: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي وهو حامل أمّانة بنت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي العاص بن ربيعة بن عبد شمس - فإذا سجد وضعها، وإذا قام حملها».

(5) في (ع): (الدليل).

(6) شرح التلقين، للمازري: 444/1 و797.

وحدیث مسلم فی الجن، قال: (فأمكنني الله منه)(1).

البغوي: وهذا يدل أن عين الشيطان ليست نجسة؛ حيث لم يقطع عليه السلام الصلاة بسببه الجن(2).

قلت: ليس في (أمكنني) ما يقتضي المباشرة، بل أقدره، فمن(3) الجائز أن يكون النبي ﷺ أمكنه الله تعالى من التصرف في الجن، فأوقفه بموضع لا يفر منه، بأن قال: قِفْ. فوقف، فليس في الحديث على هذا ما يدل على طهارته.

نعم - على مذهبننا - هو طاهر؛ لأن الحياة علة الطهارة كالكافر والخنزير والكلب.

ولا يفتح أحد على من ليس معه في صلاة(4).

قوله: (من ليس معه في صلاة).

(1) أخرجه مسلم: 384/1، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب جواز لعن الشيطان في أثناء الصلاة والتعود منه وجواز العمل القليل في الصلاة، برقم: 541، ولفظه: «قال أبو هريرة رضي الله عنه، قال رسول الله ﷺ: إن عفريتاً من الجن جعل يفتك عليّ البارحة، ليقطع عليّ الصلاة، وإن الله أمكنني منه فدعته، فلقد هممت أن أربطه إلى جنب سارية من سواري المسجد، حتى تصبحوا تنظرون إليه أجمعون - أو كلكم - ثم ذكرت قول أخي سليمان: ﴿رَبِّ اغْفِرْ لِي وَهَبْ لِي مَلَكًا لَا يُنَبِّئِي لِأَحَدٍ مِّنْ بَعْدِي﴾ [سورة ص آية: 35]، فرده الله خاسئاً».

(2) انظر: شرح السنة، للبغوي: 270/3.

وزاد المشدالي بعده: قيل: وعموم كلام ابن الحاجب في الحيوانات يتناوله.

(3) في (ع): (حمل).

(4) تهذيب البراذعي: 277/1.

قال تقي الدين: استدلال عياض من حديث نَسَخِ الْقِبْلَةِ (1) بأنه (2) يدل على جواز تنبيه من ليس في صلاة من هو فيها واضح، وفي استدلاله بأنه [7/أ] يدل على جواز فتحه عليه نظر؛ لأن هذا المخبر عن (3) تحويل القبلة مخبرٌ عن واجب، أو أمرٍ بترك ممنوع، ومن فتح على غيره ليس كذلك إذا كان في غير الفاتحة (4).

ولا يلتفت المصلي، فإن فعل لم يقطع ذلك صلاته، وإن كان بجميع جسده (5).

قوله: (لا يلتفت المصلي).

ابن المنير: ضابطُ هذه المسألة: ما دامت رجلاه على حالهما فهو التفت لا يُبطل، وإن (6) حوّلها فهو استدبارٌ، فيبطل في الاختيار.

وأكره أن يصلي وكمه محشر بخبز أو غيره، أو يُفقع أصابعه في الصلاة (7).

قوله: (أو يفرقع أصابعه في الصلاة).

(1) قوله: (نسخ القبلة) ساقط من (ع)، وانظر المسألة في إكمال المعلم، للقاضي عياض: 448/2.

(2) في (ع): (فأنه).

(3) في (ع): (من).

(4) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 134.

(5) تهذيب البراذعي: 277/1.

(6) في (ش): (فإن).

(7) تهذيب البراذعي: 278/1.

القاسبي: وكذا في غير الصلاة.

وفي سماع ابن القاسم: لا يعجبني تنقيض الأصابع لا في المسجد ولا غيره.

ابن القاسم: أكرهه في المسجد فقط.

ابن رشد: وقع في المدوِّنة كراهته في الصلاة فقط⁽¹⁾، ولم يتكلم على ما سوى الصلاة. انظر تمامه⁽²⁾.

والمسجد حبس لا يُورث إذا كان صاحبه قد أباحه للناس⁽³⁾.

قوله: (إذا كان صاحبه قد أباحه للناس).

الباجي: ظاهر قول مطرّف⁽⁴⁾ - وهو معنى ما في المدوِّنة - من بنى

(1) في (ش): بلفظ.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 363/1.

(3) تهذيب البراذعي: 278/1.

(4) هو: أبو مصعب، وقيل: أبو عبد الله، مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار اليساري، الهلالي، مولى ميمونة أم المؤمنين رضي الله عنها، المتوفى سنة 220 هـ، وهو ابن أخت مالك، وقد كان جد أبيه سليمان بن يسار مشهوراً مقدماً في العلم والفقه، روى عن مالك وغيره، روى عنه أبو زرعة، وأبو حاتم، والبخاري، وخرج له في صحيحه. قال محمد الأمين (عرفات):

مطرّف بنُ عابد الله الهمام قد كان خاله وشيخه الإمام

قد عاش في ثاني القرون جينا وقد قضى بثالثٍ عشرينا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 133/3، والديباج، لابن فرحون: 340/2، وشجرة النور، لمخلوف: 57/1، والانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة

مسجداً⁽¹⁾ لا يلزمه التحسيس⁽²⁾ بمجرد البنيان.

قال: وفيه عندي نظر، وقد كان يَجِبُ أن يَلْزَمَ بمجرد البنيان، إلا أنه لا⁽³⁾ تتم الحيازة فيه، إلا⁽⁴⁾ بإباحته وإقام الصلاة فيه.
ابن شعبان⁽⁵⁾:

الفقهاء، لابن عبد البر، ص: 105، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 147،
ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 126.
(1) قوله: (من بنى مسجداً) يقابله في (ش): (بناء مسجد).
(2) في (ش): (التخيير فيه).
(3) قوله: (ألا أنه لا) يقابله في (ع): (لا أنه)، وفي المنتقى: (لأنه لا).
(4) قوله: (قال: وفيه عندي نظر... إلا) ساقط من (ع).
(5) هو: أبو إسحاق، محمد بن القاسم بن شعبان بن محمد بن ربيعة العماري، من ولد
عمار بن ياسر، المصري، المعروف بابن القرطي، الفقيه الحافظ، المتوفى سنة 355هـ،
إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر، أخذ عن أبي بكر بن صدقة وغيره وعنه أبو القاسم
الغافقي، وحسن الخولاني وجماعة، ألّف "الزاهي في الفقه" كتاب مشهور - وقد
وفقنا الله - تعالى - على تحقيقه وإخراجه في مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة
التراث - وكتاب "أحكام القرآن"، و"مختصر ما ليس في المختصر"، و"الأشراط"،
و"المناسك".
قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ شعبانَ محمدُ الأبى له انتهت رئاسةُ في المذهبِ
يُنمى له الزاهي ومختصرُ ما لم يَكُ في مُختصرٍ له انتمى
وهو الذي يُعرَفُ بابنِ القُرْطبي بدونِ باءٍ ذا صحيحِ الضبطِ
قد عاشَ بعدَ ثلاثِ سنينَا لِعامِ خمسةٍ معِ الخمسينَا

إذا خلى⁽¹⁾ بينه وبين الناس فهو تام، ولا يحتاج أن يجعل بيد قيم؛ سواء كان باب المسجد داخل داره -يغلق⁽²⁾ عليه- أو خارجاً.

ويحتمل أن يقال: لا يلزم بمجرد البنيان لمن جوز أن يبني مثل هذا البنيان في داره مسجداً لنفسه وأهله فلا يكون بذلك حبساً⁽³⁾.

وإذا بشر الرجل ببشارة فخرٍّ ساجداً فمكروه⁽⁴⁾.

قوله: (فخرٌّ ساجداً).

قيل: لا نصّ في اشتراط الطهارة لسجود الشكر.

وقال بعضهم: لا تشتط له طهارة؛ لأنه يأتي فجأة.

قلت: ونصّ في "الروضة" على اشتراط الطهارة له. ذكره في موضعين؛ في

باب الوضوء، وباب سجود التلاوة. قال: وهو سنة.

لا يجوز سجوده في الصلاة، ولو سجد بطلت.

وفي سجوده إيذاءً على الراحلة قولان.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 274/5، والديباج، لابن فرحون:

194/2، وشجرة النور، لمخلوف: 80/1 وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 78/16،

ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 77.

(1) في (ش): (خلا).

(2) في (ش): (يخلط).

(3) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 45/8.

(4) تهذيب البراذعي: 279/1.

ولوفات محله ففي قضائه قولان⁽¹⁾.

انظر هذه الجملة على الشاذ عندنا.



(1) انظر: روضة الطالبين، للنووي: 324/1، وما بعدها.

كتاب الصلاة الثاني

كتاب الصلاة الثاني

ولا يحمل المصحف نصراني ولا غير متوضئ إلا أن يكون في خُرج أو غرارة أو تابوت مع غيره، وأما على وسادة أو بعلاقة فلا(1).

قوله: (ولا غير متوضئ).

النووي: لو خاف على المصحف غرقاً أو حرقاً أو يد كافر فإنه يأخذه، ولو كان على غير وضوء للضرورة، ويكره كتب القرآن في الحائط مسجداً(2) أو غيره(3).

ويدراً ما يمر بين يديه ما استطاع(4).

قوله: (ويدراً ما يمر بين يديه).

قال شيخنا أبو عبد الله: لو دفعه فسقط للمار دينار فضاع ضمنه الدافع، ولو دفعه دفعاً مأذونا فيه كقولها في مسألة الباب والقلال.
قلت: قال في تعليقة القاسبي(5) عن ابن شعبان: لو(6) دفعه فحرق ثوبه

(1) تهذيب البراذعي: 284/1.

(2) في (ش): (مسجد).

(3) انظر: روضة الطالبين، للنووي: 80/1 و 81.

(4) تهذيب البراذعي: 285/1.

(5) في (ش): (القاسبي).

(6) قوله: (لو) ساقط من (ش).

ضمينه، وقال أبو جعفر (1): إن لم يعنف في الدفع لم يضمن.

قلتُ: صواب وقد قال مالك: لا ضمان على من جلس في صلاته (2) على طرف ثوب صاحبه ففقم فانخرق (3).

ويتم المسافر حتى يبرز عن بيوت قريته، ويقصر حتى يدخلها أو قربها، ولم يحد في القرب حداً (4).

قوله: (ويقصر حتى يدخلها).

قال بعضهم: دليل المدونة أن القصر فرض؛ لأنه عطفه على الإتمام، والإتمام واجب والمعطوف على الواجب واجب.

قلتُ: هذا في عطف المفردات، وأما في عطف الجمل فلا، وهو الواقع في مسألتنا.

ومن وعد قوماً للسفر ليمرّ بهم أو يتقدمهم حتى يلحقوه، وبينه وبين موضعهم ما لا تقصر فيه الصلاة، فليقصر إذا برز عن قريته إذا كان عازماً على الخروج على كل حال، وإن كان لا يخرج إلا بخروجهم فليتم حتى يبرز عن موضعهم أو عن الموضع الذي يلحقونه فيه (5).

(1) قوله: (أبو جعفر) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (صلاة).

(3) الصواب ما أثبتناه، ويقابله في (ع): (فانحرف). وانظر المسألة في: الأحكام، لابن حبيب، ص: 172، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 374/10، ومنتخب الأحكام: لابن أبي زمنين: 997/2، والقول ثم منسوب لمطرف.

(4) تهذيب البراذعي: 287/1.

(5) تهذيب البراذعي: 288/1.

قوله: (ومن واعد قوماً).

انظر ما⁽¹⁾ الجاري على مذهبنا فيما قاله في الروضة: إذا سافر العبد بسفر سيده، والمرأة بسفر الزوج، والجندي بسفر الأمير، ولا يعلمون قصدهم لم يترخص واحد منهم، فإن علموا قصدهم ونووا القصر قصرُوا⁽²⁾.
قلت: جوابٌ لقولنا (شرط العزم)⁽³⁾ من أوله.

وإذا نوى المسافر إقامة أربعة أيام في البر أو البحر أتم الصلاة وصام⁽⁴⁾.

قوله: (وإذا نوى المسافر إقامة أربعة أيام).

قلت: ما استدل⁽⁵⁾ به ابن سهل في مسألة الحبس ظاهر من هنا وإليه أوماً بالجواب⁽⁶⁾ وما ذكره غيره معلوم⁽⁷⁾.

(1) قوله: (ما) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (قصرُوا).

وانظر المسألة في: روضة الطالبين، للنووي: 386/1، ونصها ثم: (فلو نووا مسافة القصر فلا عبرة بنية العبد والمرأة وتعتبر نية الجندي لأنه ليس تحت يد الأمير وقهره).

(3) قوله: (شرط العزم) يقابله في (ع): (شرطه).

(4) تهذيب البراذعي: 288/1.

(5) في (ع): (تمسك).

(6) قوله: (بالجواب) يقابله في (ش): (في الجواب).

(7) المشدالي: قال ابن سهل في ترجمة قسمة الحبس للاغتلال: احتل بقرطبة مرضى من غيرها، وطلبوا الدخول مع مرضاها في أحباسها المحبسة على المرضى بقرطبة، فاختلف فيها في الوقت الذي وجب لهم فيه الدخول مع مرضاها، وكان رأيي أن

قال النووي: لو نوى⁽¹⁾ العبد أو الزوجة أو الجيش إقامة أربعة أيام، ولم ينوها السيد ولا الزوج ولا الأمير؛ ففي لزوم الإتمام في حقهم قولان، أقواهما أن لهم القصر؛ لأن نيتهم لا تفيد؛ لأنهم لا يستقلون⁽²⁾. انظره⁽³⁾ على مذهبا.

وإذا مر المسافر بقرية فيها أهله وولده فأقام عندهم ولو صلاة واحدة أتمها، وإن لم يكن فيها أهله ولا ولده، أو كان فيها ولده فقط، وفيها ماشيته قصر، إلا أن يكون له مسكن فيتم⁽⁴⁾.

قوله: (فيها أهله وولده).

الطرر⁽⁵⁾: لو تصدق على ولده صغيراً أو كبيراً، أو شرط⁽⁶⁾ سكنى أمه

ذلك لهم بعد مقام أربعة أيام إذا قالوا: إنهم يريدون الاستيطان بها، وذكر لي أبو عبد الله ابن أبي حنين مثل ذلك عن ابن القطان، وكتب بذلك إلى ابن سلمة، فكتب: إذا ثبت استيطانهم بها، فمن يوم ثبت ذلك يفرض لهم في الأحباس. المشدالي: وذكر اللخمي في كتاب الوصايا فيمن أوصى بجيرانه، ثم قدم رجل فسكن معهم، فقال: يستحق القسم وإن لن يقيم إلا يوماً واحداً، وإن انتقل قبل القسم ولو بيوم لم يكن له شيء، وإلى هذا - والله أعلم - أشار الوانوغوي بقوله له: وما ذكره غيره معلوم.

(1) قوله: (لو نوى) ساقط من (ش).

(2) انظر: روضة الطالبين، للنووي: 384/1 و385.

(3) في (ع): (وانظر).

(4) تهذيب البراذعي: 290/1.

(5) في (ح1): (الطرار).

(6) قوله: (أو شرط) يقابله في (ش): (رشده).

معه (1) ولم يكن بسكنى للأب بخاصة (2) جاز، ولو كانت الأم في العصمة.

المختصر - في باب الهبات - : مقتضى قولها في باب قصر المسافر أن من مر بقرية فيها أهله أتم خلافه.

إذا أدرك المسافر ركعة خلف مقيم أتم، وإن لم يدركها قصر، ويتم المقيم بقية صلاته إذا أتم بمسافر (3).

قوله: (وإن لم يدركها قصر).

قلت: هذا أحسن من إجمال ابن الحاجب.

وإذا صلى في السفر أربعاً أعاد في الوقت، فإن كان في سفر أعاد ركعتين، وإن دخل الحضر في وقتها أعاد أربعاً (4).

قوله: (وإن صلى المسافر أربعاً...) المسألة.

ظاهر المدونة مطلقاً، وقيدها ابن رشد في نوازله بالفذ، وقال في سماع ابن

القاسم (5): والمشهور من المذهب أن (6) المسافر إذا أتم في جماعة أنه لا إعادة عليه (7).

(1) قوله: (معه) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (ولم تكن لسكنى الأب لخاص).

(3) تهذيب البراذعي: 290/1.

(4) تهذيب البراذعي: 290/1 و291.

(5) في (ع): (ق).

(6) في (ع): (أو).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 423/1.

وإن أقيمت الصلاة في المسجد قبل أن يركعهما فليدخل مع الإمام ولا يركعهما إلا بعد طلوع الشمس إن أحب (1).

قوله: (لا يركعهما إلا بعد طلوع الشمس).

قال زين الدين: يؤخذ منه أن من فاتته صلاة العيد مع الإمام أن يصلحها وحده أخذاً أحرّوياً؛ لأنها تفعل أداءً لا قضاء.

ومن فاتته حزبه من الليل، وتركه حتى طلع الفجر فليصله ما بين طلوع الفجر إلى صلاة الصبح، وما ذلك من عمل الناس إلا من غلبته عيناه فلا بأس به (2).

قوله: (أو تركه حتى طلع الفجر).

قال بعض المشاركة: عبارة الرسالة أصوب لا ما في البراذعي من قوله: (أو تركه).

وقال صاحب البيان: نقل البراذعي لهذه المسألة فاسد؛ لأن مالكا لم يقل فيها إذا تركه إلى آخره وإنما قال: إذا فاتته (3) غلبة.

وقال بعض المشاركة: انظر لو ترك حزبه عمداً حتى طلع الفجر هل يقضيه؟ لم أر فيه نصاً.

(1) تهذيب البراذعي: 1/293.

(2) تهذيب البراذعي: 1/293.

(3) في (ع): (فات).

ومن أوتر قبل أن يصلي العشاء أو بعد أن صلاها على غير وضوء أعاده بعدها، وإن أتى في رمضان فوجد الناس يوترون فصلى معهم جاهلاً قبل أن يصلي العشاء فليشفع الوتر إن كان بالقرب ثم يصلي العشاء ويعيد الوتر، وإن طاول أو خرج من المسجد فلا يشفع وتره ويعيده بعد صلاة العشاء⁽¹⁾.

قوله: (قبل أن يصلي العشاء).

قال زين الدين: لا أعلم خلافاً في استثناء صلاة العشاء للدخول في قيام رمضان والإمام يصلي.

ومن نسي صلاة صلاها متى ما ذكرها لا يبالي أي وقت كان، وإن بدا حاجب الشمس أو كان عند غروبها⁽²⁾.

قوله: (أي وقت كان).

ظاهره ولو في خطبة الجمعة، وفيها لبعضهم نظر⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 1/295 و296.

(2) تهذيب البراذعي: 1/297 و298.

(3) المشدالي: في "نوازل ابن الحاج": إذا ذكر الصبح والإمام يخطب، فليقم وليصلها بموضعه، ويقول لمن يليه: أنا أصلي الصبح، إن كان ممن يقتدى به، وإلا فليس عليه ذلك، ولو ذكرها في صلاة الجمعة تمادى، وصل ما نسي، وفي إعادة الجمعة ظهراً اختلاف. انتهى، فجوابه موافق لظاهر المدونة.

وإن ذكر صلوات كثيرة صلاحها على قدر طاقته كما وجبت عليه،
 وذهب في حوائجه، فإذا فرغ صلى أيضاً حتى يتم ما بقي عليه⁽¹⁾.

قوله: (على قدر طاقته).

ظاهر المدوّنة: أنها على الفور والمراد بالحوائج المهمة.

قال زين الدين: انظر لو شك في صلوات هل صلاحها أم لا؟ وتوجه عليه
 الخطاب احتياطاً لبراءة الذمة، مع احتمال أن يكون قد صلاحها، فهل يجري في
 جميع ما ذكرناه⁽²⁾ من أحكام الترتيب والفورية مجرى المحقق بقاؤه في الذمة؟
 أم لا؟ تأمله!

مسألة: لو أجر نفسه، ثم أقر أن عليه منسيات يجب تقديمها على الحضرية
 فهل يقبل قوله [7/ب] أم لا؟

قال شيخنا أبو عبد الله: لا؛ كقولها في كتاب الرهن والغصب
 واللقطة⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 1/298.

(2) في (ش): (ذكرنا).

(3) المشدالي: أما مسألة الرهن، فهي: من رهن عبداً ثم أقر أنه لغيره.

ومسألة الغصب: من باع عبداً ثم أقر أنه لغيره. ومسألة اللقطة: من باع عبداً ثم أقر
 أنه مان أعتقه، فإنه لا يقبل الجميع.

والجامع تعلق حق الغير، فلا يسقط بمجرد إقراره؛ للتهمة في ذلك.

وتكره صلاة التطوع حتى ترتفع الشمس (1).

قوله: (وتكره صلاة التطوع).

قلت لشيخنا: فما ترى في قضاء التطوع المفسد، فهل يلحق بالفرائض فيصح إيقاعه في الأوقات المكروهة، أو حكمه حكم (2) التطوعات الأصلية، فلا يوقع في الأوقات المكروهة، فقال: الذي عنده أنها كالتطوعات الأصلية.

قلت له (3): يؤخذ هذا من تقييد عبد الحق وغيره تلافي البعدي بحسب ما ترتب عنه فإذا منعه من النفل رعيّاً لأصله، فأحرى أصله بكماله. فقال: هذا صوابٌ.

وإن نسي صباحاً وظهراً من غير يومه، فذكر الظهر وحدها، فلما صلى بعضها ذكر الصبح؛ فسدت الظهر وصلى الصبح ثم الظهر، وإن ذكرها بعد أن فرغ صلى الصبح فقط (4).

قوله: (وإن نسي صباحاً وظهراً).

من نمط هذا ما في الجلاب: إذا نسي صلاتين مرتبتين من ليل ونهار لا يدري هل الليل قبل النهار أو العكس... إلى آخره (5).

(1) تهذيب البراذعي: 298/1.

(2) قوله: (حكم) ساقط من (ش).

(3) قوله: (له) ساقط من (ع).

(4) تهذيب البراذعي: 299/1.

(5) انظر: التفريع، للجلاب: 109/1.

ابن عبد السلام: اشتغاله بالظهر و⁽¹⁾ العشاء اشتغال بها لا فائدة فيه؛ لأنه لا يخلو أن يكون⁽²⁾ الصبح من النهار فيلزم ألا يصلي الظهر، أو من الليل فيلزم ألا يصلي العشاء.

باب السهو

الباجي - في حدوده - : الفعل⁽³⁾ إن تقدمه ذكر وصف بالسهو والنسيان وإلا وصف بالسهو والذهول⁽⁴⁾.

عياض: الصحيح من الأحاديث في سهوه عليه السلام في الصلاة ثلاثة⁽⁵⁾:

- حديث ابن بحينة⁽⁶⁾ في القيام من اثنتين⁽⁷⁾.

(1) في (ش): (أو).

(2) في (ش): (تكون).

(3) في (ش): (للفعل).

(4) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 244/1.

(5) في (ع): (ثلاث).

(6) في (ع): (عينه).

(7) أخرجه البخاري: 411/1، في أبواب السهو، باب ما جاء في السهو إذا قام من ركعتي الفريضة، برقم (1166)، ومسلم: 399/1، في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم (570)، ولفظه: «صلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين من بعض الصلوات، ثم قام فلم يجلس، فقام الناس معه، فلما قضى صلاته، ونظرنا تسليمه كبر، فسجد سجدتين وهو جالس، قبل التسليم، ثم سلم».

- وحديث ابن مسعود أنه عليه السلام صلى الظهر خمساً⁽¹⁾.

- وحديث ذي اليمين في السلام من اثنتين⁽²⁾.

قلت: قال تقي الدين في قول ذي اليمين: قد كان بعض ذلك بعد قوله عليه السلام: "كل ذلك لم يكن" نكتة لطيفة فإن قوله عليه السلام: كل ذلك لم يكن⁽³⁾ يتضمن أمرين:

أحدهما: الإخبار عن حكم شرعي؛ وهو عدم القصر.

والثاني⁽⁴⁾: الإخبار عن أمر وجودي؛ وهو النسيان.

(1) أخرجه البخاري: 411/1، في أبواب السهو، باب إذا صلى خمسا، من أبواب السهو في صحيحه، برقم (1168)، ومسلم: 400/1، في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم (572)، ولفظه: «أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسا»، فلما سلم قيل له أزيد في الصلاة قال: «وما ذاك؟» قالوا: صليت خمسا، «فسجد سجدتين».

(2) أخرجه مسلم: 404/1، في باب السهو في الصلاة والسجود له، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم (573)، وأبو داود: 267/1، باب السهو في السجدتين، من باب تفريع أبواب الركوع والسجود، برقم: (1015)، والنسائي في سننه: 22/3، باب ما يفعل من سلم من ركعتين ناسيا وتكلم، من كتاب السهو، برقم: (1226) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: صلى لنا رسول الله ﷺ صلاة العصر، فسلم في ركعتين، فقام ذو اليمين فقال: أقصرت الصلاة يا رسول الله أم نسيت؟ فقال رسول الله ﷺ: «كل ذلك لم يكن» فقال: قد كان بعض ذلك، يا رسول الله فأقبل رسول الله ﷺ على الناس فقال: «أصدق ذو اليمين؟» فقالوا: نعم، يا رسول الله «فأتم رسول الله ﷺ ما بقي من الصلاة، ثم سجد سجدتين، وهو جالس، بعد التسليم».

(3) قوله: (نكتة لطيفة فإن قوله عليه السلام: كل ذلك لم يكن) ساقط من (ش).

(4) في (ش): (الثاني).

وأحد هذين الأمرين لا⁽¹⁾ يجوز فيه السهو؛ وهو الإخبار عن الأمر الشرعي، والآخر متحقق عند ذي اليمين، فيلزم أن يكون الواقع بعض ذلك كما ذكر⁽²⁾.

قلت: ظاهره أنه من باب تناقض الجزئية الموجبة للكلية⁽³⁾ السالبة، وأنه فهم قوله عليه السلام: "كل ذلك لم يقع" كليةً سالبةً؛ أي⁽⁴⁾: لا شيء من ذلك بواقع، وإذا تأملته وجدته من باب سلب أخص أي مجموع ذلك لم يقع، فهو من باب السلب الجزئي، فلا ينافي بعض ذلك وقع⁽⁵⁾.

وبحث ابن يونس⁽⁶⁾ مشهور.

(1) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(2) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 180 و181.

(3) في (ع): (الكلية).

(4) قوله: (أي) ساقط من (ع).

(5) المشدالي: وهذا الذي قرره الشيخ تقي الدين هو الجاري على مذهب البيانين في أن تقديم (كل) على حرف السلب يفيد عموم السلب، وتأخير عنه يفيد سلب العموم، والكلام فيها متسع عندهم.

(6) هو: أبو بكر، ويقال: أبو عبد الله، محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي، التميمي، المتوفى سنة 451هـ، له كتاب "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة"، مشهور، قيل عنه: مصحف المذهب، وهو أحد مصادر الشيخ خليل في مختصره، وقد نشرَ قسم العبادات منه - بتحقيقنا - مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.

قال محمد الأمين (عرفات):

إن الصقليّ لدى الإطلاق هو ابنُ يونس الإمامُ الراقي

قال: وسجوده عليه السلام آخر الصلاة فيه دليل على أن السجود يتداخل، ولا يتعدد لتعدد أسبابه، ألا ترى أنه تكلم ومشى، وفيه دليل أن محله آخر الصلاة؛ لأنه جابر لخلل ما تقدم.

وفرعوا على هذا لو سجد، ثم ظهر أنه لم يكن آخر الصلاة أنه يعيده، وقرروه في صورتين:

إحدهما؛ لو سجد⁽¹⁾ في السهو للجمعة، ثم خرج الوقت وهو في السجود لزمه إتمام الظهر ويعيد السجود.

والثانية: لو سجد المسافر للسهو، فنوى الإقامة في السجود أتمها أربعاً، وأعاد السجود، وكذا لو بلغت به السفينة وطنه وهو في السجود. قلت: وهاهنا مسألتان ظريفتان:

الأولى: رجل سبق بركعة في الصبح جاء في صلاته عشرون سجدة أو أكثر، وصحت صلاته.

وقال:

ثم ابنُ يونسَ محمدُ الصَّفِي كِتَابُهُ فِي مَذْهَبِ كَالْمَصْحَفِ
قَدْ كَانَ بِالْتَّرْجِيحِ ذَا مَحَلِّي وَهُوَ الَّذِي يُعْرَفُ بِالصَّقَلِيِّ
لخامس القرون هذا المرتضى عاش وفي إحدى وخمسين قصى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 114 / 8، والديباج، لابن فرحون، ص: 240، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 111، ومواهب الجليل، للحطاب: 35 / 1، والفكر السامي، للحجوي: 46/4، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 79، 142.

(1) قوله: (ثم ظهر أنه لم يكن آخر الصلاة أنه... لو سجد) ساقط من (ع).

وتقريرها: أنه دخل، فوجد الإمام قد رفع رأسه من ركوع الأولى، فسجد معه فقام الإمام للثانية، وقرأ بسورة السجدة، فسجد معه، وقام لتمام الركعة، فلما⁽¹⁾ رفع الإمام رأسه من الركوع ذكر أنه نسي من الأولى السورة، فسجد لفريضته وسهوه.

فلما جلس للسلام شك هل قدم سجود السهو على الفريضة أم لا؟ فأعاد السجود للسهو.

فلما جاء عند السلام نسي فقام بلا سلام⁽²⁾، فذكر بالقرب فرجع فسجد سجدتين قبل السلام، فجاء في هذه الركعة إحدى عشرة سجدة، ثم قام هذا المسبوق للقضاء، فقرأ أيضاً بسورة السجدة، فلما فرغ من الركوع ذكر أنه نسي (سمع الله لمن حمده) وتكبيرتين فسجد.

فلما سجد سجد أربعاً بنية السهو، ثم أعاد السجود ثانية؛ سجدتان للفرض، واثنان بنية السهو⁽³⁾؛ لأن سجود السهو لا يجزئ عن سجود الفرض، وسجود السهو وقع في⁽⁴⁾ غير محله، فلذلك يعيده.

الثانية: رجل صلى المغرب فلزمه عشر سجودات.

تقريرها⁽⁵⁾: رجل أدرك الإمام في الركعة الثانية، فتشهد⁽⁶⁾ معه فيها وفي

(1) في (ش): (لما).

(2) قوله: (بلا سلام) يقابله في (ع): (بالسلام).

(3) في (ع): (القهر).

(4) في (ش): (على).

(5) في (ش): (تصويرها).

(6) في (ع): (فشهد).

الثالثة، وكان الإمام قد سها فسجد معه⁽¹⁾، وقرأ الإمام آية سجدة⁽²⁾ فسجد، فسجد معه، ثم سجد للسهو فسجد معه، ثم اتفق للمأموم في بقية صلاته ما اتفق للإمام، فسجد خمس سجديات فصارت عشراً.

وإن جعل موضع (الله أكبر) (سمع الله لمن حمده)، وموضع (سمع الله لمن حمده) (الله أكبر) فليرجع فليقل كما وجب عليه، فإن لم يرجع ومضى، سجد قبل السلام كان وحده أو إماماً⁽³⁾.

قوله: (وإن جعل موضع الله أكبر). المسألة.

قيل لابن رشد في نوازله: هل هذه المسألة متعلقة بالتي قبلها أم هي

منقطعة؟

فقال: متعلقة بالتي قبلها.

ووجه تعلقها أن ابن القاسم رأى ما سمعه⁽⁴⁾ من مالك في أنه يرجع فيقول الذي كان عليه، خلاف الذي نسي الجلوس فنهض قائماً، أنه يتماذى.

فرأى أنه اختلاف⁽⁵⁾ قول، وأنه يلزم من عدم رجوعه في الجلوس عدم رجوعه حتى يقول (الله أكبر) أولاً، ثم (سمع الله لمن حمده) ثانياً، وأنه يلزم

(1) في (ع): (فسجد).

(2) في (ش): (بسجدة).

(3) تهذيب البراذعي: 1/303.

(4) قوله: (ما سمعه) يقابله في (ش): (بأسمعته).

(5) في (ع): (لاختلاف).

من رجوعه في (الله أكبر) الرجوع في الجلوس فهذا وجه تعلقها بها⁽¹⁾.

قلتُ: الفرق بينهما أن الرجوع في الأقوال رجوع معنوي، فهو أضعف، فإن قلت: لا نسلم أنه معنوي بل هو حسي؛ ضرورة استلزام القول القيام وهو حسي، فقد رجع رجوعاً حسياً.

قلتُ: هذا الاستلزام عقلي وليس بمعتبر عند الفقهاء، وإلا لزم أن من ترك تكبيرة واحدة أن يسجد.

وقد نصوا في المشهور أنه لا يسجد لها، ولو سجد بطلت، مع أنه ترك ثلاث سنن؛ القول، وصفته، والقيام، وما ذلك [8/أ] إلا أن هذا الاستلزام العقلي غير معتبر.

وإن نسي سجود سهو بعد السلام سجده متى ما ذكر، ولو بعد شهر. وإن انتقض وضوءه توضاً وقضاهما، وإن أحدث فيهما توضاً وأعادهما، وإن أحدث بعدما سجدهما توضاً وأعادهما، فإن لم يعدهما أجزأته، وصلاته في ذلك كله تامة لأنهما ليستا من الصلاة. ومن صلى إيماءً سجد لسهوه إيماءً⁽²⁾.

قوله: (لأنهما ليستا من الصلاة).

قلتُ: هل هنا بحث من وجهين:

أحدهما؛ اختلف⁽³⁾ الشيوخ في من أدرك من صلاة الإمام السجود

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 1225/2 و 1226.

(2) تهذيب البراذعي: 303/1.

(3) في (ش): (اختلاف).

البعدي فقط، فأحرم وجلس معه حتى سلم، ثم قام للقضاء، فهل تصح صلاته أم لا؟

فقال بعضهم: لا تصح لقولها⁽¹⁾ هنا: (ليستا⁽²⁾ من الصلاة)، فقد زاد فيها ما ليس منها، وقال بعضهم: تصح لقولها قبله: (لو قدمه⁽³⁾ صحت ولو كان من غيرها لبطلت).

قلت: ونحو هذا الخلاف ما في سماع عيسى لو لم يدرك من صلاة الإمام شيئاً، وتبعه في البعدي جهلاً، ثم قام للقضاء صحت عند ابن القاسم رعيّاً لسفيان، وبطلت عند عيسى.

ابن رشد: وهو القياس على أصل المذهب؛ لأنه أدخل في الصلاة ما ليس منها⁽⁴⁾.

الثاني: لو لم يدرك المسبوق إلا السجود البعدي، ثم لما قام يقضي اقتدى به آخر، فهل تصح صلاة المأموم؟ أم لا⁽⁵⁾؟ فقال بعضهم: لا.

قلت: والجاري على أصل المذهب الصحة؛ لأنه منفرد في أحكام الإعادة في الجماعة اتفاقاً.

(1) في (ش): (لقوله).

(2) في (ش): (ليستا).

(3) قوله: (لو قدمه) يقابله في (ش): (ولو قدما).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 35/2 و36.

(5) قوله: (أم لا) ساقط من (ع).

وإذا قام الإمام يخطب فحيثذ يجب قطع الكلام، واستقباله، والإنصات إليه، لا قبل ذلك (1).

قوله: (واستقباله).

قلتُ: أما وجوبية الإنصات فواضح، وأما ما يعطيه صريح لفظه من وجوب الاستقبال؛ ففيه نظر.

قال زين الدين: استقبال الناس الإمام في جميع الخطب، خطبة الجمعة والعيد وغيرهما بنيةً تَبْلُغُ مَبْلَغَ الإيجاب عند مالك (2).

(1) تهذيب البرادعي: 310/1.

(2) المشدالي: قال مالك: السنة أن يستقبل الناس الإمام يوم الجمعة؛ من كان منهم يلي القبلة، وغيرهم.

قال بعض الشيوخ: ولا احفظ وجوبه عن أحد.

وعن ابن مسعود: "كنا إذا خطب رسول الله ﷺ استقبلناه يوجوهنا".

قال التلمساني: لأن ذلك أعون لهم على الاستماع وحضور الذهن.

وروى علي عن مالك: له أن يلتفت ويحول ظهره إلى القبلة؛ لأنه دون الإنصات في الرتبة.

المشدالي: قال اللخمي: لا أرى على من كان في الصف الأول أن يستقبل الإمام.

المشدالي: وحكاه المتيوي - وهو أبو الحسن علي المتيوي المغربي السبتي المالكي، الزاهد، أحد الأئمة الأعلام، كان يحفظ المدونة والتفريع، ألف شرحاً للرسالة ولم يكمله، وصل فيه إلى الحدود، توفي سنة: 670 هـ - عن مالك.

وإذا قعد الإمام على المنبر وأذن المؤذنون حُرم البيع حيثئذ، ومنع منه من تلزمه الجمعة ومن لا تلزمه من المسلمين، فإن تباع حيثئذ اثنان تلزمهما الجمعة أو أحدهما فسخ البيع⁽¹⁾.

قوله: (حُرْم البيع).

المشاور: للأجير أن يحضر الجمعة كانت إجارته يوماً أو أياماً أو شهراً، ويقضى على الذي أجره⁽²⁾ بذلك، وكذلك يحكم عليه بحضور سائر الصلوات في المساجد.

قلتُ: في قوله (في المساجد) نظر؛ لأنه من باب رعي فضيلة.

ابن مزين: إنما يحضر الجمعة إذا كانت الإجارة لشهر فأكثر، وأما اليومين⁽³⁾ وشبههما فلا.

قلتُ: هذا غير صحيح، وكذا سكوت ابن عات عنه.

قوله: (فإذا قعد الإمام على المنبر فأذن).

ظاهر المدوِّنة: أن الحرمة متوقفة على مجموع الجلوس والأذان.

قال ابن المنير: إذا قلنا: يحرم عند الأذان، فهل التحريم بأول التكبير من الأذان؟ أو بتمامه؟ فيه قولان.

وعلى أن البيع إنما يحرم عند الأذان الثاني، فلو أذن المؤذن الثاني ولم يجلس الإمام على المنبر، فوقع البيع بينهما، فظاهر المدوِّنة: لا يُكره.

(1) تهذيب البراذعي: 315/1.

(2) في (ع): (أجاره).

(3) في (ش): (اليومان).

وفي العتبية: أنكر على من منع البيع قبل جلوس الإمام ولا يؤذن إلا بعد الجلوس.

قوله: (ومنعه من تلزمه الجمعة ومن لا).

قلت: قيده ابن رشد في رسم حلف بطلاق امرأته بما إذا كان في الأسواق، ويجوز⁽¹⁾ في غير الأسواق، ولمن لا يجب عليه، ويمتنع في الأسواق للعبيد وغيرهم⁽²⁾.

وإن جهل فصلى قبل الخطبة أعادوا الصلاة وحدها⁽³⁾.

قوله: (وإن جهل).

ظاهره أن الناسي ليس كذلك، وليس كذلك.

ومن صلى الظهر في بيته قبل صلاة الإمام يوم الجمعة وهو ممن تلزمه الجمعة لم يجزه، وإنما يصلي الظهر من فاتته الجمعة⁽⁴⁾.

قوله: (قبل صلاة الإمام).

ظاهره أن المعية تصح، ويقضى عليه قوله إثره: (وإنما)... إلى آخره.

(1) في (ع): (ويجب).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 1/272 و273.

(3) تهذيب البراذعي: 1/318.

(4) تهذيب البراذعي: 1/318.

الخوف

قال بعض المشارقة: صلاة الخوف رخصة لا سنة ولا فرض، وهو مقتضى الأصول؛ لأنها لو كانت فريضة لم تصح إلا⁽¹⁾ على هذه الكيفية، ولو صليت⁽²⁾ على غير كيفية الخوف؛ لصحت اتفاقاً.

ولو كانت سنة؛ لأمر تاركها بالإعادة في الوقت، ولو صلوا أفضاً⁽³⁾ أو جماعة على غير الترتيب في كيفية صلاة الخوف؛ لم يعيدوا في الوقت اتفاقاً، فلم يبق إلا كونها رخصة وتوسعة.

(1) في (ش): (ولا).

(2) في (ع): (صلت).

(3) في (ع): (أفراداً).

الْخَسُوفُ

ومن أدرك الركعة الثانية من الركعة الأولى لم يقض شيئاً⁽¹⁾.

قوله: (لم يقض شيئاً).

انظر لو أدرك الأول وفاته الثاني لرعاف أو نحوه، وأدرك الإمام في خروجه⁽²⁾ للِسْجُود هل يقضيه أم لا؟

فظاهر المدوِّنة أنه يقضيه؛ فإنه نفى القضاء عمَّن أدرك الثاني فقط، ولو كان العكس مساو له كان لاختصاصه.

فائدة:

وظاهر كلامهم أن الأول واجب، فعلى هذا قول سنَد: إن سها عن الأول سجد له.

قيل: مُشْكِلٌ؛ لأنه أجراه مجرى السنن.

وقال بعض المشاركة: تخريج اللخمي مشروعية السجود للزلزال بالقياس على سجود الشكر مردودٌ بأن حكم الأصل غير مسلم، ولو سلم فلا نعلم⁽³⁾ أن القياس مشروع في العبادات.

ولو سلِّم؛ فأى جامع بين النعمة والنقمة؟!



(1) تهذيب البراذعي: 326/1.

(2) في (ع): (ضرورة).

(3) قوله: (فلا نعلم) يقابله في (ش): (ولا نسلم).



كتاب الجنائز

كتاب الجنائز

والصبي إذا لم يستهل صارخاً، والسقط لا يرثان ولا يورثان ولا يسميان، ولا يغسلان ولا يحنطان ولا يدفنان في الدور⁽¹⁾.

قوله: (إذا لم يستهل صارخاً).

أورد عليه الغرة فإنه⁽²⁾ يورث مع عدم الاستهلال، وما يقال إنه مجاز: الأصل عدمه.

ولا يغسل المسلم أباه الكافر، ولا يتبعه، ولا يدخله قبره إلا أن يخاف أن يضيع فيواريه⁽³⁾.

قوله: (إلا أن يخاف أن يضيع فيواريه).

قال شيخنا: يرد قوله هنا ما في صحيح مسلم من حديث عبد الله لما طلب النبي ﷺ في ثوبه أن يكفن فيه أباه فأعطاه النبي ﷺ⁽⁴⁾، فظاهر الحديث أنه بادر لدفنه، ولم يتركه لغيره من ملته يتولون دفنه، وأقره النبي ﷺ

(1) تهذيب البراذعي: 339/1.

(2) في (ع): (بأنه).

(3) تهذيب البراذعي: 343/1 و344.

(4) أخرجه البخاري: 1715/4، كتاب التفسير، باب تفسير سورة (براءة)، برقم:

4393، ومسلم: 1865/4، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب من فضائل عمر رضي الله عنه،

برقم: 2400.

على ذلك (1).

ويكره تخصيص القبور والبناء عليها (2).

قوله: (تخصيص القبور).

سُئِلَ ابن عتاب عَمَّنْ أَقْرَبَ بَدِينٍ، وَأَوْصَتْ بِهِ لِقَوْمٍ، وَأَوْصَتْ أَنَّهُمْ يَأْخُذُونَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَأَوْصَتْ أَنْ يُضْرَبَ عَلَى قَبْرِهَا (3) خَبَاءً، وَيَقْرَأَ الْقُرْآنَ عَلَى قَبْرِهَا بِأَجْرَةٍ ذَكَرْتَهَا.

أجاب: إقرارها بالدين جائز ويكون للموصى له بلا يمين، وهو قول ابن القاسم، وقال غيره: بيمين؛ لأن الحق لغير الميت.

واختلف في ضرب القبة والخباء على القبر، فأجازة قوم، وكرهه آخرون، وأرى إنفاذ الوصية لاختلاف العلماء.

ابن سهل: وهو عندي خلاف لما في سماع عيسى فيمن أوصى بنائحة تقام عليه أنه لا يجوز (4)، لا فرق بينهما.

قلتُ: هذا ضعيف.

قال ابن عتاب: وما عهدت به للقارئ [8/ب] على قبرها نافذٌ، كالأستئجار على الحج - وهو رأي شيوخنا - بخلاف وصيتها بما لم يصلي

(1) قوله: (على ذلك) زيادة من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 346/1.

(3) في (ع): (قبره).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 139/13.

عنها أو يصوم⁽¹⁾.

وإذا أحدث إمام الجنازة استخلف من يتم بهم باقي التكبير، فإن توضأ وأدرك بعض التكبير، كان في سعة إن شاء رجع أو ترك⁽²⁾.

قوله: (رجع أو ترك).

قلتُ: وصَوَّبَهُ شيخنا أبو عبد الله هذه ترد على الطراز؛ لأنه لو لم يسقط توجه فرض الكفاية بالشروع⁽³⁾ لما جعل للإمام⁽⁴⁾ الترك.



(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 159/1، وما بعدها.

(2) تهذيب البراذعي: 346/1.

(3) في (ع): (بالشرع).

(4) قوله: (جعل للإمام) يقابله في (ش): (بعد الإمام).



كتاب الطيام

كتاب الصيام

ويحرم الأكل بطلوع الفجر المعترض في الأفق، لا بالبياض الظاهر قبله، كما لا يمنع ذلك البياض من الأكل؛ فكذلك لا يمنع البياض الباقي بعد الشفق من صلاة العشاء⁽¹⁾.

قوله: (كما لا يمنع).

كذا اختصرها أبو محمد.

قال شيخنا: لا يصح اعتراض عبد الحق؛ لأنه قاس مختلفاً فيه على متفق عليه، وقد يقال: إنه قياس في الأسباب؛ لأن البياضين سببان لأحكامهما.

قال: والأظهر عندي أنه قياس في الموانع وقد علمت ما صرح به الفهري وغيره في ذلك⁽²⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 349/1.

(2) المشدالي: اعتراض عبد الحق الذي أشار إليه، هو أنه قال: إنما قاس مالك البياض الذي بعد الشفق وهو المختلف فيه، على البياض الذي قبل الفجر فإنه متفق على إلغائه، وعكس أبو سعيد ذلك. انتهى.

فقال ابن عرفة: هذا لا يصح، فإن أبا سعيد لم يعكس القياس كما زعمه عبد الحق، بل أتى به مستقيماً يُعلم بالتأمل.

ومن رأى هلال رمضان وحده فليُعلم الإمام؛ لعل غيره رآه معه فتجوز شهادتهما، فإن لم يره غيره؛ رد الإمام شهادته، ولزمه الصوم في خاصة نفسه، فإن أفطر كَفَّرَ مع القضاء (1).

قوله: (ومن رأى هلال رمضان).

ظاهر أول الكلام سواء كان عدلاً أو لا، وآخره يقتضي العدالة فقط.

قال شيخنا: وعندي أن المستور يرفع.

مسألة: ولو علم من نفسه ما لو أظهره لأبطل شهادته (2)؛ فهل يرفع؟

أم لا؟

فقال بعض المشاركة: تجري عندي على من شهد لرجل بحق وبينه وبين

المشهد عليه عداوة؛ فهل يبين العداوة فتبطل الشهادة؟ أو لا لئلا يضيع (3)

حق المشهد له؟

في ذلك خلاف.

قلت: المسألة في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم، وكررها في نوازل (4)

سَحْنُون (5).

ابن رشد: وأصح القولين أنه لا يجوز له أن يخبر بعداوته ليبطل حقاً

(1) تهذيب البراذعي: 351/1.

(2) في (ع): (ثبوته).

(3) في (ش): (يمنع).

(4) في (ش): (قول).

(5) المشدالي: يعني من كتاب الشهادات في الموضوعين.

يعلم صحته(1).

سئل أبو محمد عن قرى بالبادية بعضها قريب من بعض، يقول بعضهم لبعض: إذا رأيتم الهلال فنيروا لنا، فرآه بعض أهل القرى فنيروا؛ فأصبح أصحابهم صياماً لذلك، ثم ثبتت(2) رؤية الهلال بالتحقيق، فهل يصح صومهم؟

فقال: صومهم صحيح؛ قياساً على قول ابن الماجشون(3) في الرجل يأتي

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 433/9.

(2) في (ش): (يثبت).

(3) هو: أبو مروان، وقيل أبو دينار، عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون، واسم الماجشون ميمون، وكنيته أبو سلمة، المدني، الفقيه، المتوفى سنة 213 أو 214هـ، دارت عليه الفتوى في أيامه إلى موته وكان ضير البصر، ويقال عمي آخر عمره، وبيته بيت علم وخير، أخذ عنه ابن حبيب وسحنون. قال محمد الأمين (عرفات):

يُعْنَى بِعَبْدِ الْمَلِكِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ كَمَا بِالِاسْتِقْرَاءِ عِلْمُهُ يَكُونُ

وقال:

فَقَّةَ نَجْلُ مَاجِشُونٍ بِالْإِمَامِ وَعَابَدَ الْمَلِكِ يُدْعَى ذَا الْهَمَامِ

وَقَدْ قَضَى مِنْ بَعْدِ مَا الْعَلِمَ نَشْرُ فِي ثَالِثِ الْقُرُونِ عَامِ اثْنَيْ عَشَرَ

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 136/3، والديباج، لابن فرحون: 6/2 شجرة النور، لمخلف، ص: 56، والانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، لابن عبد البر، ص: 104، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 148، والطبقات الكبرى، لابن سعد: 442/5، والتاريخ الكبير، للبخاري: 424/5، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 21، 88، 118.

لقوم فيخبرهم أن الهلال قد رئي.

قلتُ: قال ابن رشد - في كتاب (1) الحبس -: وقول ابن القاسم في هذه الرواية: لا يجوز شهادة شاهدين على السماع في الحبس؛ إلا إذا كانا شيخين قديمين قد أدركا الناس وباد جيلهما، معارض لما له (2) في صيام المدوّنة من إجازة (3) شهادة شاهدين على رؤية الهلال في الصحو والغيم (4).

قلتُ: وأسقط البرادعي هذه المسألة.

وإنما تكره له الحجامة لموضع التغيرير، فإن احتجم وسَلِم فلا شيء عليه (5).

قوله: (لموضع التغيرير (6)).

قال الشيخ تقي الدين: وعلى هذا التعليل يكره الوصال فرضاً أو نفلاً؛ لأن فيه تعريضاً لإبطال الصوم (7).

(1) في (ش): (كتب).

(2) قوله: (لما له) يقابله في (ع): (لياليه).

(3) في (ع): (إجازته).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 264/12.

(5) تهذيب البرادعي: 354/1.

(6) في (ع): (التقرير).

(7) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 283.

وإن ابتلع فلقة حبة بين أسنانه مع ريقه، أو دخل حلقة ذباب أو ذرعه القيء في رمضان؛ فلا شيء عليه في ذلك⁽¹⁾.

قوله: (ابتلع فلقة).

قلتُ: قد اختلف المذهب في القضاء في هذا الباب.

وأجرى عليه الشيوخ: لو حلف لا يأكل من هذا الطعام بعد أن أكل منه، وتعلق منه بفيه فلقة فابتلعها؛ فقالوا: اللازم على القضاء الحنث، وعلى العدم العدم.

قلتُ: وخرَّج ابن رشد في سماع أشهب: من نسي حصة في يديه من المسجد، أو في نعله أنه إن⁽²⁾ ردها فحسن، وليس بواجب على من ابتلع فلقة.

قال: لأنه أمرٌ غالب، فكما أنه لا قضاء فكذا لا يرد⁽³⁾.

مسألة: عز الدين ابن عبد السلام؛ عمَّن تدمي⁽⁴⁾ فمه - وهو صائم -

فمَجَّ الدم، ولم يغسل فمه؛ هل يبطل صومه بابتلاعه الريق النجس؟

أجاب بأن الصائم لا يحل له ابتلاع الريق النجس، ويبطل صومه إن فعل؛

لأن الرخصة إنما وقعت في ريقٍ يجوز ابتلاعه لما في طرحه من الحرج، وإذا كان

ابتلاعه محرماً في الصوم وغيره؛ بطل صومه بابتلاعه؛ لانتفاء سبب

(1) تهذيب البراذعي: 355/1.

(2) في (ع): (أو).

(3) في (ع): (رد)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 398/1.

(4) في (ش): (تدما).

الترخيص (1).

وإن أغمي عليه قبل طلوع الشمس؛ فأفاق عند الغروب، لم يجزه صومه. أشهب: هذا استحسان، ولو اجتزئ به ما عنف (2).

قوله (3): (استحسان).

قال شيخنا: أكثر الشيوخ يفهمون الاستحسان بمعنى الاستحباب، وبعض أشياخي يغمزه، ويقول: الاستحسان من طرق الحكم، والاستحباب قسم من أقسام الحكم.

قلت: وصرح به ابن عبد السلام في (4) باب كفارة القتل (5).

وإذا علمت المرأة أن زوجها يحتاج إليها؛ فلا تتطوع بالصيام إلا بإذنه (6).

قوله: (وإذا علمت المرأة أن زوجها). إلى آخره.

(1) المشدالي: قال البرزلي: هذا بين إن لم ينقطع أثر الدم، وأما إن انقطع فقد تقدم أنه لا يضر؛ لأنه لم يبق إلا النجاسة الحكمية لا عينها.

قال: ويلزم - على ما حكى عبد الحق في مسألة الدلو الذي دهن بزيت واستنجى به - أن الماء كله نجس، أن يقول هنا أنه كله نجس - ولو انقطع أثر الدم - حتى يغسله بالماء، كما قال هذا الشيخ، والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 359/1 و360.

(3) في (ش): (وقوله).

(4) قوله: (في) زيادة من (ع).

(5) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 183/8.

(6) تهذيب البراذعي: 363/1.

مفهوم المدوّنة: لو لم تعلم لجاز لها⁽¹⁾.

وفيه بحث؛ وهو أن يقال: المتعة بالزوجة إما أن يكون مملوكاً للزوج؛ فيلزم ألا تصوم، وإن شكت ضرورة كونه تصرفاً⁽²⁾ في ملك الغير، أو مملوكاً⁽³⁾ لها؛ فيلزم أن تصوم ولو علمت.

عياض: المنافع والمتعة من الزوجة مملوكة للزوج في عامة الأحوال⁽⁴⁾.

ولا يجزئ أن يعطي لكل مسكين أكثر من مُدٍّ، ويبدأ على الوصايا، والزكاة تبدأ على هذا إذا أوصى بها، وعلى العتق وغيره إلا المدبر في الصحة. قيل: فالعتق في الظهر، وقتل النفس إن أوصى بها مع هذا الطعام بأيهما يبدأ؟ قال: العتق في الظهر، وقتل النفس، يبدأ على كفارة الأيمان⁽⁵⁾.

قوله: (قيل: فالعتق).

اختصرها لعدم مطابقة الجواب بل بطريق اللزوم.

وبيانه أنه تقرر من خارج المدوّنة أن كفارة اليمين مقدمة على هذا الإطعام، والعتق والظهار مقدمان عليها⁽⁶⁾، فالمقدم على المقدم مقدم.

(1) انظر: المدونة (زايد): 38/2، و(السعادة/صادر): 211/1، و(العلمية): 279/1.

(2) في (ع): (تصرفه).

(3) في (ش): (ومملوكاً).

(4) انظر: إكمال المعلم، للقاضي عياض: 103/4.

(5) تهذيب البراذعي: 364/1.

(6) في (ش): (عليها).

ومن صام لغير الأهلة أكمله ثلاثين⁽¹⁾.

قوله: (أكمله ثلاثين).

قلتُ: وصَوَّبَهُ شيخنا⁽²⁾.

الفرق بين ما عارض به اللخمي بحجها أن نادر الشهر نذر ما هو الأصل ولا يعدل عنه إلا للدليل.

والأصل في الشهر ثلاثون لقول ابن الحاجب وغيره.

أو كان الأصل كالثلاثين، وأما نادر هدي فلم يتقرر فيه أصل؛ فرجع فيه إلى ما تكون كافياً في براءة الذمة، فاقصر منه على أقل ما يصدق عليه هدي، وهو أدناه⁽³⁾.

ومن قال: لله علي صوم غد، فأفطره فلا كفارة يمين عليه؛ لأنه جعل لنذره مخرجاً وعليه قضاؤه⁽⁴⁾.

قوله: (ومن قال: لله علي صوم غد).

(1) تهذيب البراذعي: 366/1.

(2) في (ع): (لشيخنا).

(3) المشدالي: المعارضة التي ذكر عن اللخمي هي: إلزامه هنا بتسعة وعشرين، من قول مالك في الحج - فيمن قال: لله علي هدي - إن الشاة تجزيه، وهي أقل الهدايا، قال: فإذا لم يلزمه أعلى الهدايا وهي البُدن، لم يلزمه إكمال الثلاثين. انتهى.

ففرّق بما ذكر، وهو صحيح إن سلم اللخمي كون الثلاثين هي الأصل، فإن في كلامه ما يشير إلى منع ذلك. فانظره!

(4) تهذيب البراذعي: 368/1.

مسألة: لو قال: لله عليّ صومٌ ولم ينو شيئاً، فقال شيخنا: يلزمه يوم ويستحب ثلاث، ولو قال: الصيام يلزمني ولا نية له؛ لزمه ثلاثة أيام؛ لأنها أقل الواجب من الصيام.

قلتُ: أما جوابه في الأولى فواضح، ونحوه لابن سهل، ونوازل سَحْنُون من كتاب (1) النذور.

وأما جوابه في الثانية فإنما ينهض لو قال الحالف أو الناذر: إن فعلت كذا فعلى الصيام اللازم.

والصواب عندي في الصيام: يلزمني يوم واحد؛ قياساً على قولهم الطلاق يلزمني (2) ولا نية له؛ فإنه تلزمه واحدة (3).

(1) في (ش): (كتب).

(2) قوله: (الطلاق يلزمني) يقابله في (ع) بياض.

(3) المشدالي: وإذ جر الكلام إلى مسألة الطلاق، فرأيت أن أذكر ما فيها من كلام العلماء؛ ليستفيد به من له رغبة فيه:

قال القرافي - في الفرق الخامس والعشرين -: اعلم أن نفي المشترك والنهي عنه إنما يعم - كما تقدم - إذا كان مدلولاً عليه بالمطابقة - كما سبق - وأما إن كان مدلولاً عليه بالالتزام؛ فلا يلزم العموم في نفي الأفراد، ولا في النهي عنها.

فإذا قال القائل لغلامه: ألزمتك النهي والنفي واقع في الدار، لا يفهم منه السامع إلا أن النهي حاصل في منهي، وأن النفي واقع في الدار باعتبار منفي عند السامع، فإذا عينه بعد ذلك فيهما كان منه تفسيراً لذلك المطلق المدلول عليه بالالتزام، ولا يكون ذلك مخصصاً للعموم، ولا معارضاً لما تقدم من ظاهر لفظه، بخلاف المدلول عليه بالمطابقة.

لو قال: نهيتك عن مطلق الخمر، أو نفيت مطلق الخمر من الدار، ثم بينه بعدُ بخمرٍ

مخصوص، لكان ذلك مخصصاً لما تقدم منه من العموم في لفظ الخمر المحلى باللام، فظهر لك الفرق بين الدالتين في المشترك.

وتظهر فائدته في قاعدتين فقهيّتين:

إحداهما: إذا حلف بالطلاق وحنث وله زوجات، فإن الطلاق يعمهن إذا لم تكن له نية؛ لأنه ليس البعض أولى من البعض، وإلا لزم التحكم. قاله مالك والشافعي وجماعة من أهل العلم، وكذا إذا قال: الطلاق يلزمني، ثم حنث فإن اللفظ إنما هو عام في أفراد الطلاق لا في الزوجات، فلو حنث عمهن الطلاق.

فرعٌ حسنٌ: فعلى هذا إن قصد في نيته بعضهن ذاهلاً عن بعض، وقصد ذلك البعض باليمين، لزمه فيه وحده.

الثانية: إذا أتى بصيغة عموم نحو: لا لبست ثوباً، ويقصد بعض الثياب، ذاهلاً عن البعض، فإنه لا ينفعه ذلك - وسنقف على الفرق بين النية المؤكدة والنية المخصصة - وهذا عام فيحتاج إلى التخصيص بالمرجح المنافي، فإذا فقد جرى اللفظ على عمومته؛ لسلامته عن معارضة المخصص.

وها هنا لا عموم في المدلول التزاماً، بل حصل العموم لعدم المرجح فقط، فإذا حصل المرجح بنية سقط اعتبار الباقي لوجود المرجح، وليس فيه عموم يتقاضاه، بل المدرك عدم المرجح، وقد زال هذا لعدم بوجود المرجح، فلزم من وجود النية في البعض وعدمها في البعض حصول المقصود من الترجيح.

وهناك إذا وجدت النية في البعض دون البعض، عمل اللفظ في بقية أفرادها؛ لأنه لم يتعرض لإخراجه إذا قال في صورة الالتزام: نويت البعض وذهلت عن الباقي، كفاه ولا تطلق غير المنوية.

وإذا قال نحو ذلك في صورة العموم لم ينفعه ذلك.

وفروع هاتين القاعدتين كثيرة فتأملها!

وينكشف لك هذا المعنى بتحقيق الفرق بين النية المؤكدة والمخصصة.

وقولي: (الطلاق عام في أفراد الطلاق) إنما هو باللغة وحدها، وصار في لفظ الفقهاء مطلقاً لا عموم له، ولم أر من قال: يلزمه غير طليقة إن لم تكن له نية، ويلزم الشافعية

أن يخبروه هنا كما خبروه في "إحداكن طالق"، بل هنا أخرى؛ لعدم ذكر الزوجات. انتهى ما قصدنا جلبه من القواعد.

وقال ابن سهل رحمته - في أول باب الطلاق - : قال ابن زُرب في مسألة نزلت بقرطبة؛ وهي أن رجلاً خيّر زوجته، فقالت: اخترت الطلاق، فقال: واحدة أو أكثر؟ فقالت: لم أئو شيئاً. فتوقف فيها قوم، وأفتى آخرون، وتأملتُها فألقيتُ لها نظيراً في سماع عيسى: إذا حلف مدين بالطلاق ليوفين غريمه إلى أجل سماه، فحنت، فيقول الغريم: أردت البتة إذ حلفتك، ويقول الحالف: نويت واحدة، فقال ابن القاسم: القول قول الغريم صاحب الحق.

وروى زونان - وهو أبو مروان عبد الملك بن الحسن بن محمد القرطبي، يعرف بزونان، كان فقيهاً فاضلاً ورعاً، أخذ عن ابن القاسم وأشهب، وأدخل العتبي سماعه في المستخرجة، توفي سنة: 232هـ - عن ابن وهب أن القول قول الحالف.

ففي قول ابن القاسم دليل أن الطلاق هكذا لا يعم جميع الطلاق، إذ جعل القول قول الغريم صاحب الحق، ودل قوله أن رب الحق لو قال: أردت واحدة، لكان ما قاله. وقول ابن وهب أظهر في التبيين؛ إذ جعل القول قول الحالف، فلفظ الطلاق على القولين معاً لا يعم جميعه؛ لقول ابن القاسم بتنوية رب الدين، ولتصديق ابن وهب الحالف.

وبيان ذلك في القرآن لقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [سورة البقرة آية: 229]، فقد أعلمنا أن الطلاق واحدة، ثم ثانية، والتسريح هو الثالثة.

قال ابن سهل: جرت هذه المسألة عند ابن عتاب - بجامع قرطبة - وقال لنا: سألتني عنها ابن الشقاق فتعابيت له فيها، وقلت له: ما ترى فيها؟ فقال لي: نزلت واختلّف فيها.

فقال أبو بكر بن زرب: هي ثلاث.

وقال الإشبيلي: واحدة، ثم لا تلزم.

وكان ابن عتاب مرّض جواب الإشبيلي، وهكذا كتبته.

ومن نذر صوم غد فإذا هو يوم الفطر، أو الأضحى وقد علم به أو لا، فلا يصومه، ولا قضاء عليه فيه⁽¹⁾.

قوله: [9/أ] (إذا هو يوم عيد؛ لم يلزمه ولو علم).

والقياس على ما في⁽²⁾ كتب الشفعة في علم الواهب بالشفيع لزوم القضاء؛ إلا أن يفرَّق⁽³⁾ بثبوت الحق هناك للغير، وعَدَمِه هنا.

وكره مالك أن ينذر صوم يوم مؤقت⁽⁴⁾.

قوله: (وكره مالك أن ينذر).

قال تقي الدين: في كراهة النذر إشكال؛ لأن القاعدة تقتضي أن وسيلة الطاعة طاعة، ووسيلة المعصية معصية، ويعظم قبح الوسيلة؛ بحسب عظم المعصية المفسدة، وكذلك يعظم فضيلة الوسيلة بحسب عظم المصلحة، ولما كان النذر وسيلة للالتزام بقربة لزم⁽⁵⁾ على هذا أن يكون قربة⁽⁶⁾.

والصواب عندي: أن تطلق منه بثلاث؛ لأنها فيها خُيِّرَت أو في المقام، فإذا اختارت الطلاق وأهمته وزعمت أن لانية لها، بلغ به أقصاه، وألزمته منتهاه.

(1) تهذيب البراذعي: 368/1.

(2) قوله: (في) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (الفرق).

(4) تهذيب البراذعي: 368/1.

(5) في (ع): (وجب).

(6) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 463.

وإن أكره امرأته في نهار رمضان فوطئها؛ فعليهما القضاء، وعليه عنه
وعنها الكفارة⁽¹⁾.

قوله: (وعنها الكفارة).

قلتُ: وصَوَّبَهُ شيخُنا.

تكفيره عنها في المشهور؛ إن كان بطريق النيابة؛ لم تلزمه عنها لعدم
وجوبها عليها؛ لأن تكفيره عنها فرع⁽²⁾ وجوبها عليها؛ إعمالاً لانتفاء الفرع
لانتفاء الأمر، فإن⁽³⁾ كان لأجل ما أفسده من صيامها؛ فيلزم أن يكفر عنها
بالعقوبة إن كانت أمةً.

ولا يؤخذ منه العقوبة بالمال؛ لأن العقوبة في فعل يرجع إليه لازمه، وهنا
لازمه الذي هو القضاء والولاء لغيره.

على أنه صرَّح⁽⁴⁾ في المدونة بقوله: (أدباً له) في الإجارة والتجارة وغيرهما،
فيؤخذ منه العقوبة بالمال.

وقد علمت ما صرح به ابن رشد من الإجماع في سماع ابن القاسم من
كتاب⁽⁵⁾ السلطان وغيره⁽⁶⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 370/1.

(2) في (ش): (عدم).

(3) قوله: (لانتفاء الأمر فإن) يقابله في (ع): (لانتفاء الأصل وإن).

(4) في (ش): (خرج).

(5) في (ش): (كتب).

(6) المشدالي: قال ابن رشد - في الرابعة من رسم شك من كتاب السلطان - وقول ابن
القاسم: "لا يتصدق من ذلك على الغاش إلا بالشيء اليسير" أحسن من قول مالك؛

فإن قلتُ: ما معنى (على) في قولكم (على أنه) ويقع (1) ذلك في كلام العرب كثيراً؟

قلتُ: قد صرح ابن الحاجب في أماليه: على أنها بمعنى بل الدالة على الإضراب (2).

لأن الصدقة بذلك من العقوبة بالمال، وإنما كان ذلك أوّل الإسلام، من ذلك قوله - عليه الصلاة والسلام - في مانع الزكاة: "إنا آخذوها منه وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا"، وما روى عنه في حريسة الجبل أن فيها غرامة مثلها وجلدات نكال، وما روى عنه من أن من أخذ بصيد في حرم المدينة فلمن أخذه سلبه، ومثله كثير.

ثم نسخ ذلك كله بالإجماع على أن ذلك لا يجب، وعادت العقوبات في الأبدان. فكان قول ابن القاسم أولى بالصواب؛ استحساناً، والقياس ألا يتصدق بقليل ولا كثير.

المشدالي: وقد تكرر من ابن رشد حكاية هذا الإجماع في غير موضع.

(1) في (ع): (ويقدم).

(2) المشدالي: قال ابن هشام في معاني (على): التاسع؛ أن تكون للاستدراك والإضراب،

كقولك: فلان لا يدخل الجنة؛ لسوء صنيعه، على أنه لا يبأس من رحمة الله.

وقول الشاعر:

فوالله أنسى قتيلاً رزقته بجانب قومي ما بقيت على الأرض

على أنها تعفو الكلوم وإنما نوكل بالأدنى وإن جل ما يمضي

أي: على أن العادة نسيان المصائب البعيدة العهد.

وقوله:

بكل تداوينا فلم يشف ما بنا على أن قرب الدار خير من البعد

فإن طاعته في الوطاء أول النهار ثم حاضت في آخره؛ فلا بد لها من الكفارة والقضاء⁽¹⁾.

قوله: (وإن طاعته أول النهار). المسألة.

أخذ منه أن⁽²⁾ من استهلك لرجل زرعاً لم يبد صلاحه، فغرم قيمته على الغرر، ثم بعد ذلك نزل ما أذهب جميع زرع البلد أن الغرم لازم. ورُدَّ هذا الأخذ؛ فإن ما يتوقع من السلامة وعدمها أحد عارضي ما قُوم به، فلا يعتبر؛ لأنه قد قُوم مع كل حالة قُدِّرت.

فإن قلت: هذا خلاف لما في الطرر⁽³⁾، ونوازل ابن رشد في الزرع يصيبه الضر وهو ربيع، ثم يصيبه القحط بعد ذلك؛ فهل يلزم الزارع كراء؟ فقال: إن توالى القحط حتى يعلم أن الزرع لو سَلِم من الضر⁽⁴⁾ لأهلكه

ثم قال:

على أن قرب الدار ليس بنافع إذا كان من تمواه ليس بنذي ود أبطل بعلی الأولى عموم قوله: (لم يشف ما بنا)، فقال: به؛ لأنها أوصلت معناه إلى ما بعدها على وجه الإضراب والإخراج. أي: خبر مبتدأ محذوف.

أي: والتحقيق على كذا، وإياه اختار ابن الحاجب، قال: ودل على ذلك أن الجملة الأولى وقعت على غير التحقيق، ثم جيء بما هو التحقيق فيها.

(1) تهذيب البراذعي: 370/1.

(2) في (ع): (ما).

(3) في (ع): (الطراز).

(4) في (ش): (الصر).

القحط؛ فلا كراء (1).

قلتُ: قد يفرق بينهما؛ بأن يقال: لا يلزم من سقوط الكراء سقوط (2)
الغرامة؛ لأن الكراء يدفع على كماله وتمام الزرع (3)، وقد فقد؛ فلذا سقط (4)
الكراء بخلاف الغرامة (5).

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 1145/2.

(2) قوله: (الكراء سقوط) يقابله بياض في (ع).

(3) قوله: (وتمام الزرع) يقابله في (ع): (الزرع وتمامه).

(4) قوله: (فلذا سقط) يقابله في (ع): بياض.

(5) المشدالي: هذا فرق حسن، وللمسألة نظائر؛ منها ما في نوازل ابن الحاج من أفطر يوم
ثلاثين متعمداً جرأة، ثم ثبت أنه يوم الفطر، لا كفارة عليه كما لا قضاء عليه؛ لأنه -
عليه الصلاة والسلام- إنما أوجبها على من أفطر في رمضان، وهذا غير مفطر فيه.
ثم وجدتُ لعبد الوهاب مثله؛ لقوله: الكفارة لتعمد الإفطار لإفساد الصوم، لا على
من أفطر لهتك حرمة الشهر؛ دليله لو أفطر فلزمته الكفارة، ثم أفطر ثانية في اليوم فلا
كفارة؛ لأنه لم يهتك حرمة اليوم، إنما هتك حرمة الشهر، وذكر الإجماع على الأولى.
قال: ومثله الحائض تفطر متعمدة غير عالمة بحيضها لا كفارة عليها.

وعن ابن حمدين وجماعة من الطلبة عليها الكفارة، وعلى المفطر يوم الثلاثين.

البرزلي: ومثلها من تزوج امرأة معتقداً أنها في عدة، ثم بان أنها خرجت منها، غرر
وسلم، قاله ابن حبيب.

ومن سلم معتقداً عدم الإتمام ثم بان تمامها غرر وسلم، واختار التونسي بطلانها؛ لأنه
قصد إبطاها بالسلام.

وكذا إذا حلف معتقداً الكذب، أو حلف على الظن أو الوهم أو الشك، ثم بان
موافقة ما حلف عليه يقيناً.

إلى غير ذلك؛ مثل: فطر المرأة أول النهار ثم تحيض آخره، والمحموم كذلك، لكن
هذه في نفس الأمر هو صيام؛ لأن ذلك الوقت تحقق وجوبه فيه، بخلاف يوم العيد

مالك: ومن أصبح ينوي الفطر في رمضان فلم يأكل ولم يشرب حتى غابت الشمس أو مضى أكثر النهار فعليه القضاء والكفارة. قلت لابن القاسم فإن نوى الفطر في رمضان يومه كله إلا أنه لم يأكل ولم يشرب؟ قال: قد قال مالك في ذلك شيئاً لا أدري هل أوجب عليه القضاء مع الكفارة أو لا. قال ابن القاسم: وأحب إلي أن يكفر مع القضاء⁽¹⁾.

قوله: قلت: (فإن نوى) اختصرها بعدم الجواب⁽²⁾.

في الوقت الذي أفطر فيه حينئذٍ يجوز فطره. المشدالي: يجوز في حق من علم أنه يوم عيد، وأما من لا يعلم عنده فلا. قال: وعكسه إذا نادى ناصحاً فأجابه مرزوق، فقال: أنت حر. أو أشار إلى امرأة بالطلاق معتقداً أنها زوجته، فإذا هي جاريتها. أو حلف لبييعن جاريتها فألفاها حاملاً. أو ليطأن الليلة فوجدها طامثاً. ومسألة حمامات اليتيم وأخواتها. أو حلف ليلازم من غريمه حتى يقضيه ففر منه. وغير ذلك من المسائل، وفيها اضطراب وفروق تنظر في محالها. المشدالي: ومما يشاكل المسائل المتقدمة ما رأيته في بعض الحواشي أن أسيراً قاطع سيده بهال يعطيه له، فقال لسيده: اتركني أتسبب لأستعين على ما أعطيك، فأتى رجل فضمنه، ثم غضب الأسير من له الأمر، هل يلزم الضامن شيء أم لا؟ فأجاب بعض الفقهاء: بأنه إن كان يعلم أنه لو لم يضمه هذا ويترك أنه لا يغضب، وإن كان يعلم أن الغضب يطرأ عليه ولم يضمه فلا شيء على الضامن.

(1) تهذيب البراذعي: 370/1 و371.

(2) قوله: قلت: فإن نوى اختصرها بعدم الجواب قوله) ساقط من (ش).

ومن صام رمضان قضاء لرمضان قبله أجزأه وعليه قضاء الآخر (1).

قوله: (ومن صام رمضان عن رمضان).

قلت لشيخنا: يتعين كسر الخاء ليصح الجواب؛ وإلا لزم بطلان الجواب
للتناقض؛ يجزي، لا يجزي.

فقال: هذا كلام صحيح، والجواب عنه أن يقال: الكلام بآخره، فكأنه
يقول: أجزأه (2) عن أحدهما ويقضي الآخر وفيه نظر.



(1) تهذيب البراذعي: 371/1.

(2) في (ش): (إجزأه).

كتاب الاعتكاف

كتاب الاعتكاف

وإن نذر مكاتب اعتكافاً يسيراً لا ضرر فيه على سيده؛ فليس له منعه، وإن كان ذلك كثيراً يشغله ويضر بسيده؛ فله منعه، إذ قد يعجز في اعتكافه؛ فلا يقدر السيد أن يخرج منه (1).

قوله: (اعتكافاً يسيراً).

لو أخذوا (2) منه جواز صوم المرأة اليسير تطوعاً بغير إذن الزوج؛ لكان أحسن من أخذهم منها جواز تصرفها في اليسير من ماله بغير إذنه.

وأكره أن يخرج لحاجة الإنسان في بيته للذريعة إلى النظر إلى أهله، والشغل بضيعةه وليتخذ لذلك موضعاً يقرب منه في غير بيته (3).

قوله: (ويتخذ لذلك موضعاً).

سئل عز الدين عن المعتكف أو غيره يكون في المسجد؛ هل يجوز له أن يبول في إناء ويستنجي فيه؟ أم لا؟

فقال: الفصد والحجامة جائزان في المسجد؛ بشرط التحرز من تلوئته.

وقال الأصحاب: لا يجوز فيه البول ولو (4) تحرز، وأجازاه صاحب

(1) تهذيب البراذعي: 383/1.

(2) قوله: (لو أخذوا) يقابله في (ع): (المؤخذوا).

(3) تهذيب البراذعي: 391/1.

(4) في (ع): (ولا).

الشامل (1)، وما قاله الأصحاب أوجه (2).

(1) صاحب الشامل هو الشيخ تاج الدين بهرام بن عبد الله الدميري، وقد نشر - بتحقيقنا - مركزُ نجيبويه شامله وشرحيه الصغير والوسط على مختصر شيخه خليل.

(2) المشدالي: وسئل ابن رشد عمَّن يبيت في المسجد من قومه، ومن اضطر إلى المبيت فيه، ومنهم الضعيف والشيخ ومن يشكو، فيضطرون إلى إدخال ظروف البول في الليل، ثم يخرجونها ويريقونها ويظفونها، ثم يعيدونها، هكذا أبداً، وربما كان المطر والبرد الشديد، فهل يباح إدخال الظرف للضرورة؟ أو لا؟ لقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ﴾ الآية [سورة النور: 36]، فإن منعتهم، فهل الواجب ألا يربطوا أنفسهم بهذا المبيت ولا يدخلون فيه؟

فقال: الأمر في هذا واسع إن شاء الله، لا حرج على فاعله للضرورة المذكورة. البرزلي: فيحتمل ما قاله عز الدين أن يكون اختياراً، فلا يكون خلافاً لما قاله ابن رشد، وما ذكره عز الدين من الفصد والحجامة، خلاف مذهبنا، ففي الكتاب: لا يأخذ المعتكف من شعره ولا من أظافره، ولا يدخل عليه لذلك حجام، وإن جمعه وألقاه، وإنما كره ذلك لحرمة المسجد.

وحكى التادلي في شرح جمل من الفرائض عن ابن رشد أنه إذا بات في مسجد وخاف اللصوص إن قام وخرج لقضاء الحاجة، أنه يتخذ فيه آنية لذلك، فإن لم يجد بال، فيحتمل هذا أن يكون مأخوذاً من هذه المسألة التي في نوازله، أو أعثر له على كلام فيها بعينها.

وعن ابن العربي في الغريب الذي لا يجد أين يدخل دابته؛ فليدخلها في المسجد عند الخوف من اللصوص.

البرزلي: أو السبع.

ولعل هذه المسألة كمسألة التيمم إذا لم يكن عنده من الماء إلا قدر ما تشرب دابته، فليسقها ويتيمم، وإن لم يحتج إليها فينظر إلى قلة ثمنها وكثرته مما يححف به أو لا

وجائز أن تأتيه زوجته في المسجد؛ فتأكل معه وتحديثه وتصلح رأسه؛ ما لم يلتذ بشيء منها في ليل أو نهار⁽¹⁾.

قوله: (وتصلح رأسه الإيطاء).

معناه إذا لم يسقط من رأسه ما يلوث المسجد؛ لقوله قبل هذا: (لا يأخذ من شعره؛ لحرمة المسجد)⁽²⁾.

قلتُ: وهلها مسألة تتعلق بليلة القدر.

قال تقي الدين: مذهب الجمهور؛ أنها في رمضان، وقيل: في السنة، قالوا لو قال لزوجته⁽³⁾ في رمضان: أنت طالق ليلة القدر؛ لم تطلق حتى يأتي عليها سنة؛ لأن كونها مخصوصة بربضان مظنون، وصحة النكاح معلومةٌ فلا تزال إلا بيقين.

قال⁽⁴⁾: وفيه نظر؛ لأنه إذا دلت الأحاديث على اختصاصها بالعشر الأواخر؛ كان إزالة النكاح بمسند⁽⁵⁾ شرعي؛ وهي الأحاديث، والأحكام المقتضية لوقوع الطلاق؛ يجوز أن تبني على أخبار الآحاد، ويرتفع بها النكاح،

يجحف؛ كسواء الماء للوضوء، فتبني حرمة المسجد على هذا.

المشدالي: وفيه نظر.

(1) تهذيب البراذعي: 392/1.

(2) تهذيب البراذعي: 381/1.

(3) في (ع): (لزوجه).

(4) قوله: (قال) زيادة من (ع).

(5) في (ش): (لمسند).

ولا يشترط في رفع النكاح وأحكامه؛ أن يكون مستنداً إلى حكم (1) متواتر، أو أمر (2) مقطوع به اتفاقاً (3).

قلتُ: وعلى أنها رفعت يكون بمنزلة لو قال: أنت طالق أمس (4).



(1) في (ش): (خبر).

(2) في (ع): (و أمر).

(3) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، ص: 291.

وزاد المشدالي بعده: ما ذكره تقي الدين إنما يصح على مذهب الشافعي، وأما على مذهب مالك رحمته الله فلا يحتاج إلى نظر ولا إلى تفصيل، بل ينجز عليه الطلاق مطلقاً.

(4) المشدالي: ذكر صاحب «الطرر» عن «الاستغناء»، ونحوه لابن محرز أنه يلزمه في أنت طالق أمس؛ لأنه كذب ومحال إلا أن يريد إخبارها أنه كان طلقها، وظاهر ابن الحاجب أنه لازم.

البرزلي عن شيخه الإمام: الظاهر أنه كقوله: إن شاء هذا الحجر، وفي "النوادر" تقييد الطلاق بالماضي كإطلاقه، فهو ظاهر ابن الحاجب.

كتاب الزكاة الأول

كتاب الزكاة الأول

من باع عشرة دنانير بعد حولها بمائتي درهم؛ زكاها حينئذ، ولم يؤخر
 كمن باع ثلاثين ضانية حلوباً بعد الحول قبل مجيء الساعي بأربعين
 من المعز، وهي من غير ذوات الدر... فإن الساعي يأخذ منها الزكاة إذا
 قدم⁽¹⁾.

قوله: (كمن باع ثلاثين ضانية).

وجه الدليل أن يقال: إذا كان يزكى مع ما⁽²⁾ يتوهم في الماشية من
 الاستقبال، إذ هي قبل الحول، فيقال فائدة، فأحرى بعد الحول فيها⁽³⁾.
 وأيضاً استويا في كل ما باعها به مضموم في النصاب⁽⁴⁾ مع المبيع.

ومن باع سلعة عنده للتجارة بعد حول بمائة دينار؛ فليزكها إذا قبضها
 مكانه، فإن أخذ بالمائة قبل قبضها ثوباً قيمته عشرة دنانير؛ فلا شيء
 عليه في الثوب حتى يبيعه⁽⁵⁾.

قوله: (وإن أخذ بالمائة قبل قبضها ثوباً).

عارضه بعضهم بعيوبها واستحقاقها؛ لأنه لم يجعل العقد هنا يصيرها

(1) تهذيب البراذعي: 398/1 و399.

(2) في (ع): (كذا).

(3) قوله: (فيها) يقابله في (ش): (في العين).

(4) في (ح1): (الهبات).

(5) تهذيب البراذعي: 405/1.

مقبوضة، ولو صيرها مقبوضة لركاها بل جعلها ديناً لها حكمه.

وقال في العيوب: رجع بالمائة⁽¹⁾.

وقال في الاستحقاق: كأنه قبض المائة ودفعها لأنها ملغاة حتى يقدر⁽²⁾

أن الثوب مبيع⁽³⁾ به⁽⁴⁾.

والجواب: أن القبض الحسي ههنا مطلوب وعدمه مؤثر؛ لأن الدين قبل قبضه عرض⁽⁵⁾ مبيع بعرض، وليس عدمه في العيوب بالذي يؤثر في إلغائه في المعاملة به فصار⁽⁶⁾ دين، والثوب يصح أخذه عنه⁽⁷⁾.

قال بعضهم: يقوم منه أن يبيع الغبن ماض؛ إلا إذا كان بالاستنابة،

(1) انظر: المدونة (زايد): 351/7، و(السعادة/صادر): 332/10، و(العلمية): 350/3.

(2) في (ع): (تقدر).

(3) في (ش): (بيع).

(4) انظر: المدونة (زايد): 375/9، و(السعادة/صادر): 381/14، و(العلمية): 199/4.

(5) في (ش): (الأرش).

(6) في (ع): (فصارا).

(7) المشدالي: أما مسألة العيوب، فهي قوله: ومن باع سلعة بمئة دينار، ثم أخذ بالمئة ثوباً فألفاه معيياً فرده، فليرجع بالمائة، وهذا مما لا اختلاف فيه.

وأما مسألة كتاب الاستحقاق فهي قوله: فيمن اشترى سلعة بدنانير، فدفعت عن الدينير عرضاً، ثم استحققت السلعة من يده لم يرجع على البائع إلا بالدنانير، قال: ولو استحق هذا العرض من يد البائع إلا بالدنانير؛ لأن أخذه لهذا العرض لم يكن ثمناً للسلعة التي باع، وإنما هي صفقة ثانية، كما لو قبض الدينير من المبتاع ثم ابتاع منه بها سلعة أخرى، ثم استحققت من يده فإنما يرجع عليه بالدنانير.

فللمستنيب⁽¹⁾ القيام ورد هذا الآخذ باحتمال أن يكون إنما أخذه بجواز⁽²⁾ الفلس.

والمدير الذي لا يكاد يجتمع ماله كله عيناً كالحنّاط، والبزاز، والذي يجهز الأمتعة إلى البلدان؛ فليجعل لنفسه من السنة شهراً يقوم فيه عروضه التي للتجارة؛ فيزكي ذلك مع ما معه من عين وماله ومن دين يرتجى قضاؤه، وكذلك إن تأخر بيع عروضه وقبض دينه عاماً آخر؛ فليزكه أيضاً⁽³⁾.

قوله: (وماله من دين يرتجى قضاؤه).

هو في محل نصب عطفاً على عروض، وإنما قلنا [9/ب] ذلك وإن كان على خلاف مذهب سيبويه⁽⁴⁾ في باب التنازع؛ لأن المعنى عليه لتصريجه بعده أن الدين يقوم⁽⁵⁾.

(1) زاد بعده في (ع) قوله: (في).

(2) قوله: (إنما أخذه بجواز) يقابله في (ع): (الأخير يجوز).

(3) تهذيب البراذعي: 407/1.

(4) هو: أبو بشر، عمرو بن عثمان بن قنبر، المعروف بسيبويه، عالم النحو واللغة.

انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء، للذهبي: 238/6، والفهرست، لابن النديم:

51/1، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 487/1، وأخبار النحويين، للسيرافي، ص:

48.

(5) في (ع): (ينوى).

وتحاص المرأة بمهرها الغرماء في الموت والفلس (1).

قوله: (وتحاص المرأة بمهرها (2)).

قلت: يتحصل (3) فيها ثلاثة:

المحاصة في الموت والفلس للمدونة والمتيطي (4) وهو المشهور.

بعضهم (5): فيها.

الجلاب عن ابن القاسم: في الفلس فقط.

المتيطي عن أبي عمران: هذا لا يصح والموت والفلس سواء في وجوب

المحاصة (6).

ولعل الجلاب تصحف عليه (الخصاص) (7) بما أنفقت في غيبته وهو مليء؛

ففيه خلاف؛ هل (8) يحاص فيها (9)، أو في الفلس فقط.

(1) تهذيب البراذعي: 423/1.

(2) في (ع): (مهرها).

(3) في (ع): (فتحصل).

(4) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطية)، لأبي الحسن المتيطي:

242/ب.

(5) زاد بعده في (ع) قوله: (لا).

(6) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطية)، لأبي الحسن المتيطي:

243/أ.

(7) قوله: (عليه الخصاص) يقابله في (ع): (عليها تحصاص).

(8) في (ع): (وهل).

(9) في (ع): (فيها).

الباجي: لو فلس لم تحاصص؛ إن لم ترفع أمرها إلى الإمام في نفقتها على نفسها في غيبة زوجها، وإن رفعت حاصصت في الفلس، وفي الموت قولان(1).

قلت: ظاهر المدونة في النكاح الثاني: المحاصة في الموت والفلس.

وفي سماع عيسى - من المديان - في حامل طلقت، ثم فلس زوجها؛ لا تحاصص بنفقتها الغرماء.

ابن رشد: معناه لا تحاصص بنفقتها المستقبلية، وأما الماضية فتحاصص(2)؛ إذا كانت ديونهم محدثة بعد أمد إنفاقها(3).

ابن لبابة(4): من فلس فطلق زوجته، وقامت بمهرها؛ لا تضرب معهم؛

(1) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 495/6.

(2) في (ع): (يتحاصص).

(3) في (ع): (إنفاق)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 451/10.

(4) هو: أبو عبد الله، محمد بن عمر بن لبابة القرطبي، المتوفى سنة 314هـ، روى عن أصبغ بن خليل، ويحيى بن مزين، والعتبي، وابن مطروح، وابن وضاح وغيرهم، وكان إماماً في الفقه مقدماً على أهل زمانه في حفظ الرأي والبصر بالفتيا، كان اعتماده على العتبي وابن مزين، وأخذ عنه ابن مسرة التجيبي وآخرون. قال محمد الأمين (عرفات):

وابن لبابة دَعَا مُحَمَّدًا كَانَ اعْتِمَادُهُ عَلَى الْعُتْبِيِّ بَدَا

وَهُوَ فِي الْأَحْكَامِ إِمَامٌ مَعْتَمَدٌ وَقَدْ قَضَى فِي رَابِعِ بَعَامٍ (يَدُ)

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 153/5، والديباج، لابن فرحون:

189/2، وشجرة النور، لمخلوف: 86/1، وتاريخ علماء الأندلس، لابن الفرضي،

ص: 320، وجذوة المقتبس، للحميدي: 67، وبغية الملتمس، للضبي، ص: 105،

لأنه دين حادث وجب بعد تفليسه.

المتيطي: وفيه نظر؛ إذ لا فرق في قيامها بمهرها بين كونها زوجة أو مطلقة(1).

ولو فلست هي، وطلقت قبل البناء؛ لحاص بنصف قيمته إن استهلكته، وكان أحق بنصف القائم. انظرها في سماع ابن أبي زيد من المديان(2)(3).

وإن أكرى ذمي إبله من الشام إلى المدينة؛ فلا شيء عليه، وإن أكرها بالمدينة راجعاً إلى الشام؛ أخذ منه عشر الكراء بالمدينة(4).

قوله: (راجعاً إلى الشام).

جعل هنا قبض الأوائل كقبض الأواخر خلاف ما في الآجال؛ والفرق بينها الاحتياط(5).

قال في نوازل سحنون - من كتاب(6) الرهن - في رجلين بينهما أرض

ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 115.

(1) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطية)، لأبي الحسن المتيطي: 241/ب.

(2) في (ح1): (التفليس).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 84/10.

(4) تهذيب البراذعي: 429/1.

(5) المشدالي: ما وقع له في الآجال من أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر هو المعلوم من قوله، ووقع لأشهب هنا في «المجموعة» أنه لا شيء على الذمي، فأخذ له أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر، وذلك خلاف المعلوم من مذهبه.

(6) في (ع): (كتب).

فرهن أحدهما نصيبه منها من رجل آخر؛ فلما حل الحق، أعسر الرجل بالثمن، فقال له صاحب الحق: بعني نصيبك، فقال الذي عليه الحق: ما ينفعك إن بعتك أخذه شريكى بالشفعة.

قال: فأنا أتكارى منك نصيبك سنين⁽¹⁾، وأفاصك بما أسلفتك حتى أستوفي حقي.

قال: لا خير في هذا.

ابن رشد: إنما لم يجز لأنه أخذ من دينه ما لا يتعجله؛ فدخله الدين بالدين.

وقيل: إن ذلك جائز؛ لأنه لم يتحول من دينه إلا إلى أرض معينة، ليستوفي حقه من كرائها فكان قبض ما يستوفي⁽²⁾ منه الكراء، كقبض الكراء، وهذا القول قائم من المدونة من⁽³⁾ قوله في الكتاب⁽⁴⁾: (إن الذمي إذا أكرى إبله بالمدينة راجعاً إلى الشام؛ أنه يؤخذ منه العشر بالمدينة، وإن لم يستوف المكتري بعدما أكرى)؛ لأنه جعله يقبض ما يستوفي فيه ما أكرى في حكم القابض لما أكرى، وهذا بيّن، لو أكرى المرتهن النصيب الذي ارتهن من غيره، فأحاله الراهن عليه بحقه لجاز⁽⁵⁾.

(1) في (ع): (سنتين).

(2) قوله: (حقه من كرائها فكان قبض ما يستوفي) زيادة من (ع).

(3) قوله: (المدونة من) زيادة من (ع).

(4) قوله: (في الكتاب) ساقط من (ع).

(5) انظر المسألة بتامها في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 108/11.

ومن كان له دين على فقير فلا يعجبني أن يحسبه عليه في زكاته، وقال غيره: لأنه تاو لا قيمة له أو له قيمة دون(1).

قوله: (لأنه تاو).

أخذ منه: أن من له دين على رجل وقد أخذ به رهناً أنه يجوز أن يعطيه له في زكاته؛ لأنه ليس بتاو.

وقال شيخنا: وكذا عندي لو أعار رجلاً شيئاً لمن يرهنه في دين عليه؛ إنه يجوز له(2) أن يعطيه ما يفك به ما أعاره، ولا يهتم أنه قصد نفعاً؛ لأنه صنع معروفين.



(1) تهذيب البراذعي: 446/1 و447.

(2) قوله: (له) ساقط من (ع).



كتاب الزكاة الثاني

كتاب الزكاة الثاني

ولا يشتري أحد من الساعي قبل خروجه شيئاً من الصدقة، وإن وصف أسنانها؛ إذ لا يدري ما يقتضي في نحوها وهيئتها⁽¹⁾.

قوله: (لا يشتري أحد من الساعي). المسألة.

ابن عبد السلام: ينبغي أن تقيّد هذه المسألة بما في سَلَمِهَا⁽²⁾ الأول في قوله:

(لا بأس بالسلم في طعام قرية بعينها) إلى آخره⁽³⁾.

فلا ينبغي أن يمتنع في مسألة الزكاة؛ إلا إذا كانت الجهة التي يخرج إليها قليلة الماشية، وأما إن كانت كثيرة الماشية متسعة الأقطار. والمبيع يسير بالنسبة إلى ما يأخذه الساعي من مواشي ولايته؛ فلا مانع من صحة البيع إذا نظر إلى معنى مسألة المدونة في السَلَم.

ومن ورث مالا نصاباً غائباً عنه؛ لم ينبغ أن يزكى عليه وهو غائب، خوفاً أن يكون وارثه مدياناً، أو يرهقه دين قبل مجيء السنة، فإذا قبضه وارثه؛ استقبل به حولاً بعد قبضه ثم زكاه⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 453/1.

(2) قوله: (المسألة بما في سلمها) يقابله في (ع): (بإجماعها).

(3) انظر: المدونة (زايد): 259/6 و260، و(السعادة/صادر): 9/9، و(العلمية):

60/3، وتهذيب البراذعي: 11/3.

(4) تهذيب البراذعي: 463/1.

قوله: (خوفاً أن يكون وارثه مدياناً).

نحوه في باب عتق الشريك، وما في الطرر في قيام المتصدق عليه يريد حوز⁽¹⁾ الصدقة في غيبة المعطي.

وبهذا التعليل علل ابن عتاب في منع بيع دار الابن الغائب نحو العشر سنين؛ وقام الأب وأثبت الفقر، وأراد بيعها في النفقة، وقال: يضمن الحاكم ولم يعذره، فقال في دليل منع البيع؛ لاحتمال موت الابن قبل هذا، أو كونه⁽²⁾ مدياناً فلا وجوب⁽³⁾ عليه، فلا بيع.

قال: وما في⁽⁴⁾ طلاق سنتها مفارق لهذا؛ لتقدم⁽⁵⁾ الوجوب، ونحوه لابن محرز⁽⁶⁾ قائلاً: الفرق بين هذه الأبواب كل شيء لم يتقرر وجوبه قبل فقره لم

(1) في (ح 1): (جواز).

(2) في (ع): (وكونه).

(3) قوله: (وجوب) غير مقروء في (ع).

(4) قوله: (في) ساقط من (ع).

(5) في (ع): (التقدم).

(6) هو: أبو القاسم عبد الرحمن بن محرز القيرواني المتوفى سنة 450 هـ، تفقه بشيوخ القيروان: أبي بكر بن عبد الرحمن، وسمع من ابن عمران، وأبي حفص العطار، وبه تفقه اللخمي وغيره، وابتلي آخر عمره بالجذام، وله تصانيف: منها تعليق على المدونة، سماه: "التبصرة"، وكتابه الكبير المسمى "القصد والإيجاز".

قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ مُحْرَزِ الْعَظِيمِ الشَّانِ فَقُهُ بَابِنِ عَابِدِ الرَّحْمَنِ

وبأبي عِمْرَانَ أَيضاً فَقُهَا وَهُوْبِهِ اللَّخْمِيُّ قَدْ تَفَقَّهَا

وبأبي الْقَاسِمِ يُدْعَى فَاَنْظُرَا فِي الْقَافِ تَرْجَمْتَهُ لَكِي تَرَى

يحكم عليه به⁽¹⁾ بعد، وكل ما تقرر وجوبه قبل فقره لم يسقط عنه بفقره.

قال شيخنا: الصواب عندي التعليل بالموت؛ لأنه يستلزم شكاً في الملكية التي هي سبب، ويلزم على ما في المدونة؛ لو تبين عدم الدين أنه يزكي؛ وهو لا يقول به.

قلت: ولقائل⁽²⁾ أن يقول: الملكية محققة والدين مانع، والشك⁽³⁾ في المانع لا أثر له.

قال: الجواب أن يقال بل شك في المقتضي وهو⁽⁴⁾ الملكية للنصاب.

قلت: ولقائل أن يقول بلزوم⁽⁵⁾ الزكاة إذا تبين أنه لا دين عليه؛ كقوله في باب اللقطة: (إن من أعتق عبده الأبى عن ظهاره، ثم تبين سلامته أنه يجزي)⁽⁶⁾

تُنْمِي لَهُ مُصَنَّفَاتٌ حَسَنَةٌ مَثَلُ تَعَالِيَقَ عَلَى الْمُدَوَّنَةِ

قَدْ عَاشَ بَعْدَ رَابِعِ سِنِينَا حَتَّى قَضَى حَوَالِي الْخُمْسِينَا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 68/8، والديباج، لابن فرحون: 153/2، وشجرة النور، لمخلف، ص: 110، ومعالم الإيمان، للدباغ: 185/3، واصطلاح المذهب عند المالكية، ص: 288، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 116، 120.

(1) قوله: (به) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (وتقايل).

(3) في (ع): (والشرك).

(4) في (ع): (وهي).

(5) في (ع): (لزوم).

(6) تهذيب البراذعي: 386/4، ونصه: (ومن أعتق عبداً أبقاً عن ظهاره، لم يجزه، إذ لا

وعلى أحد القولين في المدوّنة؛ فيمن وهبت له المائة التي عليه أنه⁽¹⁾ يزكيها لأنه تبين⁽²⁾ أنه مالکها من قبل، والمانع الذي هو الدين قد زال؛ أجب بأن مسألة العتق حكم وقع والزكاة غير مخرجة.

قلت: هذا غير صحيح؛ لأن التعليل بوقوع الحكم إنما هو في لزوم العتق فإنه يلزم لوقوعه، ولو كان المعتق لا يجزئ في الواجب؛ كما لو أعتق جنيناً عن ظهاره، أو معيباً لا يجزي في الواجب، فإن العتق يلزم ولا يبرأ به من الواجب؛ لأن البراءة من الواجب شرطها السلامة من العيوب حالة إرسال العتق في نفس الأمر، وهذا المعنى قائم [10/أ] هنا، فإنه إذا انكشف الحال أنه لا دين⁽³⁾ تحقق الخطاب بها⁽⁴⁾.

يدري أحى هو أم ميت، أو معيب أو سليم، إلا أن يعرف في الوقت موضعه وسلامته من العيوب، فيجزيه).

(1) في (ع): (إنها).

(2) قوله: (لأنه تبين) يقابله في (ع): (الآن لا نستبين).

(3) في (ش): (معين).

(4) المشدالي: صوابٌ وتحقيقٌ جيدٌ.

وأما مسألة ابن عتاب فقد أفتى غيره من الشيوخ بالبيع بعد أن يحلف الأب على تحقيق فقره، ومنهم من أسقط عنه اليمين؛ إذ لا يحلف الأب لولده.

قال ابن سهل في ترجمة مسألة نعمان من كتاب القضاء على الغائب: تكملت مع ابن عتاب في المسألة، فقال في الأجوبة: كلها خطأ، ولا نفقة للأب بعد ثبوت حياة الابن وتيقن ذلك، إذ قد يكون مدياناً أو ميتاً.

ولا حجة فيما في طلاق السنة من إيجاب الإنفاق من مال من فقد عن زوجته وبنيه؛ لأن نفقة هؤلاء قد كانت لزمّت المفقود إذ كان حاضراً، فلا ترفع عنه إلا بأمر بين، وكذلك لا تلحق الابن الغائب المذكور إلا بعد صحة حياته، ولو باع الحاكم عليه

ومما يوجب الخلطة؛ أن يكون الراعي والفحل والدلو والمراح والمبيت واحداً، فهذه أوجه الخلطة، وإن لم تكن كلها وانخرم بعضها؛ لم يخرجهم ذلك من الخلطة، وكذلك إن كان الرعاة شتى وهم يتعاونون فيها، واختلفوا في معنى واجتمعوا في غيره؛ فهم خلطاء⁽¹⁾.

قبل ثبوت حياته، وأنفق على الأب الثمن، للزومه غرمه؛ لأن هذا من الخطأ الذي لا يعذر به.

ولكن أرى إن كان اكترى نصيب الابن في مدة أو سكن أن يقبض ذلك الكراء، ويعطي للأب يرتفق به استحساناً، وكذلك يكرى ذلك النصيب للمستقبل، ويعطي للأب على وجه السلف، ويحصل ذلك كله بالتعجيل به، والإشهاد عليه، ولا يباع حظ الغائب من الدار وإن دعا شريك إلى ذلك، ويقسم ويوقف حظ الغائب.

المشدالي: ففي ما جلبناه من كلام ابن سهل ما يوضح كلام الوانوشي فيما حكاه عن ابن محرز، وفي ما حكاه عن ابن عتاب من إشارته إلى طلاق السنة.

المشدالي: سئل ابن رشد عن جواب ابن عتاب هذا، فقال: أما جوابه بمنع بيع الأصول فبيّن، وأما قوله: "إن باع لزمه غرمه"، فغير صحيح، وإنما قاله إغراقاً لمخالفة من خالفه من أصحابه، وأفتى ببيع أصول الغائب في نفقة أبويه، وإنما قلنا: غير صحيح؛ لأن محمداً حكى الإجماع على ذلك، وإن وجد في بعض المسائل الخلاف في ذلك فهو شذوذاً وخارجاً عن الأصول.

وما في إرخاء الستور - من المدونة - وسماع أصبغ - من العتبية - من بيع مال الغائب في نفقة أبويه، محمود على ما عدا الأصول - استحساناً - على غير قياس؛ لأن القياس على ما ذكرنا ألا ينفق عليها شيء من ماله؛ إذا لا يؤمن أن يكون مات أو أذان من الديون ما هو أحق بهاله من نفقة أبويه، ولذا قالوا: إن الغائب لا يؤخذ من ماله الناص زكاة، وبالله التوفيق.

(1) تهذيب البراذعي: 465/1.

قوله: (ومما يوجب الخلطة).

قلتُ: وههنا سؤال أرشد إليه شيخنا؛ تقريره أن يقال أن (1) (من) للتبعيض فيقتضي أن هناك أمر آخر وليس كذلك!
الجواب: أن (من) دخلت على المجموع، وهو أخص من فقدانه، بحيث إذا وجد الجُلُّ (2) ونحوه؛ فالخلطة صحيحة فصح مدلول (من)؛ لأن الكلَّ بعضُ الموجب (3).

وإن لم يبلغ حظ واحد منهما منفرداً ما تجب فيه الزكاة، وفي اجتماعهما عدد الزكاة، فلا زكاة عليهما (4).

قوله: (وإن لم يبلغ حظ (5) واحد منهما منفرداً ما تجب فيه الزكاة).
تقدير (6) معارضتها لما (7) في الديات (8) أن يقال: الحكم إما أن يعتبر فيه الكل المجموعي من حيث هو أو جزؤه؛ فإن اعتبر إسناده للكل لزم زكاة صاحبي ثلاثين وثلاثين مثلاً، وإن أسند للجزء لزم عدم حمل عاقلة كل رجل موجب جنائته.

(1) قوله: (يقال أن يقابله في (ش)): (يقول).

(2) في (ش): (الحل).

(3) المشدالي: جوابٌ واضحٌ ومعناه صحيحٌ، وهو أكمل الموجبات وأقواها.

(4) تهذيب البراذعي: 466/1.

(5) في (ع): (حق).

(6) في (ش): (تقريرها).

(7) في (ش): (ما).

(8) في (ع): (المديان).

الجواب أن يقال: أسند للجزء⁽¹⁾ ولا يلزم المحذور في العاقلة؛ لأنه إنما تخلف الحكم في الزكاة لتخلف النصاب بانعدام الجزء قطعاً؛ وإنما لم يتخلف في العاقلة لعدم القطع⁽²⁾ بتخلف الجزء من العشرة في كونه هو القاتل، بل الظن متردد في كل فرد فيرد بتأثير عدم الجزء في الحكم في مسألة الزكاة أقوى من تأثير عدمه في مسألة الدية⁽³⁾.

ومن حبس إبلاً في السبيل للحمل عليها، أو على نسلها، أو دنانير وقفها للسلف ففي ذلك الزكاة⁽⁴⁾.

قوله: (أو وقفها للسلف).

قال بعضهم: هذا يدل على صحة الحبس فيها، وترد⁽⁵⁾ على ابن الحاجب في قوله: لا يصح وقف الطعام⁽⁶⁾.

(1) قوله: (لزم عدم حمل عاقلة كل رجل موجب... للجزء) ساقط من (ع).

(2) قوله: (لتخلف النصاب بانعدام... القطع) ساقط من (ع).

(3) المشدالي: مسألة الدية المشار إليها هي قوله في كتاب الديات: "وإذا قتل" عشرة رجال رجلاً خطأ، وهم من قبائل شتى، فعلى قبيلة كل رجل عشر الدية في ثلاث سنين. انتهى.

فأنت ترى أن ظاهره اعتبار الكل المجموعي؛ إذا لو اعتبر الجزء لما أوجب شيئاً على العواقل؛ إذ العاقلة إنما تحمل ثلث الدية فأكثر، ومناب كل عاقلة هنا إنما هو عشر الدية، وفي مسألة الزكاة لم يعتبر الكل المجموعي؛ إذ لو اعتبره لأوجب الزكاة على الخليطين المذكورين، كما هو مذهب الشافعي ومن قال بقوله، والجواب ما ذكر.

(4) تهذيب البراذعي: 476/1.

(5) في (ع): (أو ترد).

(6) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 660.

قال مالك: وتؤدى زكاة الفطر من القمح والشعير والسلت والذرة والدخن والأرز والزبيب والتمر والأقط؛ صاعاً من كل صنف منها، ويخرج أهل كل بلد من جل عيشتهم من ذلك⁽¹⁾.

قوله: (قال مالك⁽²⁾): وتؤدى زكاة الفطر من القمح والشعير؛ صاع صاع) المسألة.

قال ابن الحاجب في⁽³⁾ نحوه: وقدرها صاع من المقتات في زمانه عليه السلام⁽⁴⁾.

ابن عبد السلام: ظاهر كلام المصنف؛ أن التسعة المذكورة كانت مقتاتة في زمانه عليه السلام؛ وهو كلام غير صحيح⁽⁵⁾.

قلت: هذا الاعتراض إنما جاء لفهمه أن المجرور بـ (في) متعلق بمقتات، ونحن نمنعه؛ بل هو متعلق بقدرها، ولا إشكال.

غاية ما في الباب إنما يلزم عليه الفصل بين الصلة والموصول بالأجنبي؛ وفيه خلاف بين النحاة، وقد أبدت هذا المعنى لقاضي الجماعة المالكية بالمدينة المشرفة برهان الدين بن فرحون⁽⁶⁾؛ فصوّبه وكتبه عنّا بعد أن خفي عليه.

(1) تهذيب البراذعي: 488/1 و489.

(2) قوله: (قال مالك) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (و).

(4) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 231.

(5) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، للشیخ خليل بن إسحاق: 370/2 و371.

(6) هو: أبو محمد، إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمری،

الجياي، المدني، برهان الدين، صاحب الديباج، المتوفى سنة 799 هـ، من أكابر الأئمة الأعلام، عالماً بالفقه والتفسير والحديث، سمع الحديث على والده وعمه وغيرهما،

ورحل إلى مصر والقدس ودمشق، وتولى قضاء المدينة النبوية، سنة 793 هـ، وكان عليه مدار أمور الناس فيها، من آثاره: "الدياج المذهب في معرفة أعيان المذهب" ترجم فيه لأئمة المالكية حتى عصره، وقد ذيل عليه القرافيُّ بدر الدين، والتُّنْبُكْتِي والقادريُّ، و"تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، ومنسك، وغيرها من التصانيف.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ فَرْحُونِ بِإِبْرَاهِيمِ يُدْعَى لَهُ تَبْصِرَةُ الْحُكَّامِ
وجاء في دِيَاجِهِ الْمَذْهَبِ بِ(الْحَا) و(لَامٍ) مِنْ مِلاَحِ الْمَذْهَبِ
وشرح الفرعيُّ لابنِ الْحَاجِبِ وَقَرَّبَ اصْطِلَاحَهُ لِلطَّالِبِ
كذالهِ الْأَلْغَازِ فِي الْفِقْهِ وَقَدْ قَضَى قُبَيْلَ تاسِعِ الْعَامِ قَدْ

انظر ترجمته في: توشيح الدياج، للقرافي، ص: 23، ونيل الابتهاج، للتنبكتي: 15/1، وشجرة النور، لمخلوف ص: 302، والدرر الكامنة، لابن حجر: 2/300، وإنباء الغمر، لابن حجر: 3/338، وتاريخ ابن قاضي شهبة، ص: 623، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 102.



كتاب الجهاد

كتاب الجهاد

قال مالك: لا يُقاتل المشركون، ولا يبيّتون؛ حتى يُدعوا إلى الله ورسوله؛ فيسلموا أو يؤدوا الجزية⁽¹⁾.

قوله: (فيسلموا).

نحوه في "الأم"، وتقرير إشكاله أن يقال: لا يخلو إما أن يكون معطوفاً؛ وهو لا يصح؛ لفساد المعني، أو⁽²⁾ أن يكون مستأنفاً، وهو ضعيف على قواعد العربية؛ لأنه يلزم⁽³⁾ عليه حذف النون من الفعل المعرب، فلا⁽⁴⁾ ناصب ولا جازم⁽⁵⁾.

قيل: فحربي أُخِذَ ببلدنا أيكون لمن أخذه أم يكون فيئاً؟ قال: قال مالك: فيمن وجد بساحلنا من العدو فقالوا: نحن تجار ونحوه، فلا يقبل منهم وليسوا لمن وجدهم، ويرى فيهم الإمام رأيه، وأنا أرى ذلك فيئاً للمسلمين ويجتهد فيهم الإمام⁽⁶⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 47/2.

(2) قوله: (أو) ساقط من (ع).

(3) في (ش): (يلزمه).

(4) في (ع): (بلا).

(5) المشدالي: قد ورد حذف النون دون عامل إلا أنه قليل، ومنه الحديث: "لا تدخلوا

الجنة حتى تؤمنوا، ولا تؤمنوا حتى تحابوا"، وقوله:

أبيت أسرى وتبتي تدلكي وجهك بالعنبر والمسك الذكي

(6) تهذيب البراذعي: 51/2.

قوله: (قيل: فحربي).

اختصرها؛ لأن الجواب أعم من السؤال؛ وذلك أن⁽¹⁾ من وجد بساحل البحر وأخذ أعم من كونه قاتلاً أم لا، ولفظ السؤال يقتضي⁽²⁾ المقاتلة فلا يلزم من كونه فيئاً.

الجواب: كونه كذلك في السؤال.

وقال بعضهم: وجه الجواب - من قول مالك - أنه⁽³⁾ يقول: "إذا كان هؤلاء الذين أخذوا بساحلنا، وقالوا: نحن تجار فيئاً"⁽⁴⁾، فأحرى الذي سألت عنه⁽⁵⁾؛ لأنه لم يقل: جئت تاجراً ولا أطلب الأمان، وعارضها بعضهم بالتي تحتها إذا أخذ الرومي وقد نزل تاجراً.

والفرق من أربعة أوجه:

الأول: أن أولئك ليس معهم تجارة تدل على صدقهم، وهذا معه.

الثاني: أن أولئك معهم السلاح، وهذا لا.

الثالث: أن أولئك أخذوا جماعةً، وهي مظنة التهمة، وهذا أخذ وحده.

الرابع: أن أولئك أخذوا قبل النزول، وهذا بعده⁽⁶⁾.

(1) في (ش): (لأن).

(2) زاد بعده في: (ش): (ذلك).

(3) في (ع): (أن).

(4) انظر المسألة في: المدونة (زايد): 21/3، و(السعادة/صادر): 10/3، و(العلمية):

501/1.

(5) قوله: (سألت عنه) يقابله في (ع): (عنه سألت)، بتقديم وتأخير.

(6) انظر: المدونة (زايد): 21/3 وما بعدها، و(السعادة/صادر): 10/3 وما بعدها،

قلتُ: حصّل (1) هذه الفروق تقريراً أمر ينهض فرقاً، وليس بينهما خلافاً حقيقيّاً.

وإذا أخذ الرومي وقد نزل تاجراً بساحلنا فيقول: ظننت أنكم لا تعرضون من جاء تاجراً حتى يبيع، أو يؤخذ ببلد العدو، وهو مقبل إلينا فيقول: جئت أطلب الأمان، فهو أمر مشكل، فأرى أن يُردّ إلى مأمنه (2).

قوله: (فهذا أمر مشكل).

اسم الإشارة يعود على قوله: (أو يؤخذ ببلد العدو وهو مقبل إلينا؛ فيقول: جئت أطلب الأمان) هذا هو المشكل.

ووجه الإشكال فيه: هل الأصل استباحته؛ فلا يُترك إلا بيقين؛ وهو أن يعلم صدق ما قال: أو هو (3) صادق فيما قال؛ فلا يستباح إلا بيقين؛ وهو أن يعلم كذب ما قال، وأما إذا نزل تاجراً ومعه تجارة؛ فلا إشكال (4) فيه.

قوله: (أرى أن يرد إلى مأمنه).

هذا الجواب يشمل اثنين؛ الذي جاء تاجراً، والذي أخذ ببلد العدو فقال: جئت أطلب الأمان.

قال بعضهم: الباب كله وفاق.

و(العلمية): 501/1، وما بعدها.

(1) في (ح 1): (حاصل).

(2) تهذيب البراذعي: 52/2.

(3) في (ش): (وهو).

(4) في (ع): (كلام).

وإذا أخذ الرومي وقد نزل تاجراً بساحلنا فيقول: ظننت أنكم لا تعرضون من جاء تاجراً حتى يبيع، أو يؤخذ ببلد العدو، وهو مقبل إلينا فيقول جئت أطلب الأمان، فهو أمر مشكل، فأرى أن يُردّ إلى مأمّنه، وروى ابن وهب عن مالك في قوم من العدو نزلوا في ساحلنا بغير إذن فأخذوا، فزعموا أنهم تجار لفظهم البحر، ولا يعلم صدقهم، وقد تكسرت مراكبهم ومعهم السلاح، أو يشكون العطش الشديد فينزلون للماء بغير إذن، أن ذلك للإمام يرى فيهم رأيه، ولا يُخَمّسون، وإنما الخمس فيما أوجف عليه بالخيل والركاب، قال يحيى بن سعيد: ومن زعم بعدما أخذ ببلاد المسلمين أنه جاء لأمان، أو لتجارة، لم يقبل منه إلا أن يكون رسولاً بعث لأمر مما بين المسلمين وبين عدوهم، وقال ربيعة: إن كانوا من أرض متجر قد أمنوا بالتجارة قبل ذلك فهم بمنزلة أمان، وإن لم يكن ذلك منهم قبل ذلك فلا عهد لهم ولا ذمة، وإذا نزل تجارهم بأمان فباعوا وانصرفوا فأينما رمتهم الرياح من بلاد المسلمين فالأمان لهم ما داموا في تجرهم، حتى يردوا بلادهم، والشأن قسم الغنائم وبيعها ببلد الحرب، وهم أولى برخصها⁽¹⁾.

قوله: (أولى برخصها).

جواب سؤالٍ مقدّرٍ؛ وهو أن يقال: زعم بعض العلماء ممن اختار قسّمها بدار الإسلام أن⁽²⁾ في قسّمها بدار الحرب تضييعاً للأموال؛ لأنها لا تباع هناك

(1) تهذيب البرادعي: 53/2.

(2) في (ع): (أو).

إلا رخيصةً، فقال: نعم، ذلك الرخص راجع⁽¹⁾ إليهم؛ لأنهم هم المشتررون.

ابن هشام: لا يجوز قَسْمُ الغنيمة بالقيمة، ولا بالدين، وتَحْيَلُ بعضهم على بعض.

وفي الموطأ جوازه بالقيمة، وهو خلاف المدوِّنة، وإنما⁽²⁾ تقسم نقداً؛ تُباع فيقسم الثمن.

فإن قيل: يلزم من تخصيص دار الحرب بالقسم التحجير⁽³⁾ على المالك.

الجواب من وجهين:

أحدهما: أن التحجير من جهة السنة؛ فهو جائز أن يُخصَّ أشخاصاً في بلدٍ بِحُكْمِ⁽⁴⁾.

الثاني: أن التحجير الممنوع هو الخاص أما العام فلا.

واستشكل قَوْلُها: (الشأن...) إلى آخره⁽⁵⁾ بملزومية رخصها قلة⁽⁶⁾ كمية

الإسهام، وملزومية عكسها عكسه.

وأجيب⁽⁷⁾ بتقرر ذلك دون ملزومية قلة الأسهم.

(1) في (ع): (أُرْجِعَ).

(2) قوله: (وإنما) زيادة من (ع).

(3) قوله: (التحجير) يقابله في (ع): (التحجير هنا).

(4) في (ع): (أتحكمي).

(5) تهذيب البراذعي: 259/1.

(6) في (ح 1): (فله).

(7) في (ع): (وأجيبه).

قيل: فمن وقع في سهمه من المغنم أمة، أو ابتاعها من العدو الذين أحرزها؛ هل يحل له وطؤها؟ قال: إن علم أنها لمسلم فلا يطؤها، حتى يعرضها عليه فيأخذها بالثمن أو يدع، وسواء اشتراها في بلد الحرب، أو في بلد الإسلام⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فمن وقع في سهمه).

اختصرها لإشكالاتها من سبعة أوجه:

الأول: نقصان الجواب؛ لأنه سأله عن كونها وقعت في سهمه، أو اشتراها فأجابه عن الشراء بقوله بالثمن، ولم يجب عن وقوعها في السهمين.

الثاني: لإشكال الجواب بأن تناقض⁽²⁾ بيانه أن قوله: (إن علم أنها لمسلم) يقتضي أن ربها غير مُعَيَّن، وقوله: (حتى يعرضها)، يقتضي أنه معين فيكون معيناً لا معيناً⁽³⁾.

الثالث: لإشكالاتها من جهة التقييد بالمسلم مع كون الذمي كذلك.

الرابع: ما اقتضاه قوله: إن علم⁽⁴⁾ من المفهوم؛ فإن مفهومه لو شك لما منع من الوطء.

الخامس: أن السؤال أعم من الجواب؛ لأن قوله: من وقع في سهمه يحتمل

(1) تهذيب البراذعي: 54/2.

(2) في (ش): (التناقض).

(3) المشدالي: لزوم عدم التعيين من اللفظ الأول ممنوع، بل هو أعم لكن ما بعده يبيئه.

(4) قوله: (علم) زيادة من (ع).

أن يكون⁽¹⁾ [10/ب] لمسلم أو غيره.

السادس: أنه ذكر قبل هذا: إذا كان في الغنيمة مال لمسلم؛ إما أن يُعرَف بعينه أم لا؛ فإن عرف لم يقسم... إلى آخره، وهي إنما هي⁽²⁾ بعد القَسْم، وتقدم له بالمفهوم أنه بعد القَسْم لا حق لربه فيه.

السابع: لإشكال تصورهما فإنه إذا علم لا يصح القَسْم؛ فضلاً عن أن يعرضها على ربِّها، وأيضاً السؤال عام، وإن كان ذمياً ابتاعها، والجواب خاص بالمسلم.

قوله: (أو في بلد الإسلام).

ظاهرة؛ اشتراها في بلد الإسلام من المغنم، أو ممن اشتراها من حربي بدار الحرب، واشتراها من حربيٍّ دخل إلينا بأمان؛ فلا يأخذها سيدها، وقد نص على ذلك بعد فحمل المدوَّنة على ظاهرها يناقض ما يأتي.

ومن اشترى من المغنم أم ولد لرجل أو ابتاعها من حربي فعلى سيدها أن يعطيه جميع الثمن الذي اشتراها به، وإن كان أكثر من قيمتها، ولا خيار له⁽³⁾.

قوله: (ومن اشترى من المغنم أم الولد فعلى السيد دفع جميع الثمن).

وفي الجنايات ما يخالفه⁽⁴⁾،

(1) في (ش): (تكون).

(2) قوله: (هي) ساقط من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 54/2 و55.

(4) المشدالي: مسألة الجنايات التي أشار إلى أنها تخالف ما هنا هي مسألة أم الولد تجني

والفرق واضحٌ من وجهين للنبيه⁽¹⁾.

ومن فدى حراً من أيدي العدو بغير أمره، فله اتباعه بما فداه به على ما أحب أو كره⁽²⁾.

قوله: (ومن فدا حراً⁽³⁾ من أيدي العدو).

يجب تقييد المسألة بما في آخر المكاتب، ونحوه.

قال يحيى بن سعيد: ومن فدى ذمّة فلا يطأها، وله عليها ما فداها به، وهي على أمرها⁽⁴⁾.

قوله: (ومن فدى ذمّة). المسألة.

المغاربة: يؤخذ من هنا؛ أن من أدى ما وجب على غيره له اتّباعه.

قلت: هو نصّ حمّالتيها ومديانها، وصنّاعها، وأواخر نكاحها الثاني،

جناية، فجعل على السيد فيها الأقل من الأرش أو من قيمتها أمةً يوم الحكم. قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت في جناية أم الولد.

(1) المشدالي: الوجهان اللذان أشار إليهما في الفرق، يظهر لي أن أحدهما: تعلق حق الغانم بذلك، فغلبت مراعاته على مراعاة السيد؛ لثلا يغبن دون سائر أصحابه.

ولا يقال: يرجع عليهم حتى يعتدلوا؛ فإن ذلك فيه ضرر وعسر على الجماعة، فكانوا بالمراعاة أولى من السيد. وثانيهما: إمكان تكرار الجناية منها فيؤدي إلزام جميع الثمن فيها إلى الإضرار بالسيد، وأما المجني عليه فلا ضرر عليه بحال، والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 55/2.

(3) في: (ع) (أحدًا).

(4) تهذيب البراذعي: 55/2.

وَلَقَطَّتْهَا، وَرْهُونَهَا وَوَدَّيْعَتَيْهَا، وَغَيْرَ مَا مَوْضِعَ مِنْهَا.

ومن نمط ما ذكره المغاربة هنا ما في سماع عيسى من الوديعة، وكلام ابن رشد عليه فإنه حسن (1).

(1) في (ع): (تناقض).

وزاد المشدالي بعده: قال في السماع المذكور في أوله: وسئل عمن تعدى فأغرم المودع على الوديعة غرامةً، قال: ليس على ربها شيء مما غرم. ابن رشد: قد قيل: إنه يرجع عليه بما غرم على متاعه، وعليه يأتي قول ابن وهب - في المبسوطة - في الخليطين لأحدهما مئة وعشرون شاة، وللآخر ثلاثون، فيأخذ الساعي منه شاتين، أن الواحدة تكون على ذي المئة والعشرين، والثانية يترادانها على عدد غنمهما، وقد مضى هناك.

وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يعلم ربُّ الوديعة به، وأما ما علم به مثل أن يوجه متاعاً مع رجل إلى بلد، وقد علم أن بالطريق مكّاساً يُغرم من مر عليه بمتاع، فينبغي أن يتفق أنه يجب على ربه أن يغرم للرجل ما أغرم على متاعه، وقال ابن دحون: هو كمن تعدى عليه سلطانٌ فيغرمه فيتسلف ما يغرم، فذلك دَيْنٌ لازمٌ له، حلالٌ لمن أسلفه. ووجه ما ذهب إليه أنه لما علم أنه سيغرم عليها، فكأنه سألَه أن يسلفَه ما لزم من الغرم على متاعه، ومن هذا المعنى ما قال سحنون في الرفاق يعرض لهم اللصوص ليأكلوا، فيصانعهم بعض الرفقاء على مالٍ عليه، وعلى من معه، وعلى من غاب من أرباب الأمتعة، فيأبى الغائب من دفع ما نابه من ذلك. قال: إذا عُرِفَ من سُنَّةِ البلد أن إعطاء المال ينجيهم فذلك لازم للحاضر والغائب، وعلى أصحاب الظهر من ذلك ما يُنوبُهُم، وإن كان يخاف ألا ينجيهم ذلك وإن أعطوا، وكان فيهم موضع لدفع ذلك، فأجاب لهم أن يدفعوا عن أنفسهم وأموالهم، فإن لم يفعلوا وأعطوا لم يكن على الغائب شيء.

المشدالي: لما ذكر البرزلي في الأكرية من جامعه عن سحنون أنه قال: يكون العُرم على قيمة المتاع والظهر، كحرم المركب، قال: كذا قيدناه عن شيوخنا، وأظن أي رأيت

للمتقدمين أنه إن علم أنهم يجيئون الأحمال مع الإبل إن لم يعطوا ذلك، فهو على قيم الجميع، وإن كانوا لا يأخذون إلا الأحمال ويتركون الدواب، فهو على قيمة الأحمال خاصة.

وتقدم أنه وقع بنا ببلده برقة وفرضناه مرة على عدد الأحمال، لا على قيم ما فيها، وتركنا الظَّهر، وهو اختيار شيخنا أبي محمد الشيبني رحمته الله، قال: لأن التطلع على ما أتى به الإنسان من التجارة يؤدي إلى هلاكه أو أخذه - إن كان الحمل غالباً - ومرة فرضناها على عدد الإبل؛ لأن من معنا كانوا بادية من برقة فاستحسننا ذلك؛ لأنهم رضوا به، ولأن الخوف كان عليهم أغلب في أنفسهم وحرثهم وأموالهم، وللخوف على ما في الأحمال أيضاً، وهو وجهٌ حسنٌ.

قال: وأما ما يُدفع من الفوائد المعهودة فيرجع بها على أرباب السَّلَع؛ لأنه على ذلك دخل، روي ذلك عن غير واحد من المتقدمين والمتأخرين، فإن تسبب في دخوله بغير شيء فعثر عليه فأخذ جميعه، أو غرم أكثر من المعتاد، فهو ضامنٌ لذلك؛ أنه لم يؤذن له بدخوله على هذه الصفة، وقد نزلت وحكم فيها بهذا. وأما أداء الإيقاف في الموارث فكان ابن عرفة يأخذ من قولها في الرَّهُون: فإذا ارتهنت أرضاً فأخذ منك السلطان خراجها لم يرجع به على الراهن، إلا أن يكون ذلك الخراج حقاً، أنه لا يرجع بشيء إذا دفعه من عنده، ولو كان جزءاً لرجع به؛ لأنه حقٌّ، ولو دفعه من التركة، فكان ابن عبد السلام حكم برجوع الوارث فيه.

المشدالي: وتكررت في كتاب الغصب من "جامعه" أيضاً مع زيادة فيها، فقال فيه: وذكر هنا أنه على قدر أموالهم، كالحراسة على الزرع والغلات ونحو ذلك. وكان شيخنا الشيبني يفتي أو يختار أنه على عدد الأحمال لا على قيمتها، ويعلل ذلك بأنه يؤدي إلى كشف أحوال الناس، ويخاف على من حملة غالباً من أن يجاح فيه، أو يُقصد بالإجاحة في الطريق.

قال: وقد اخترته أنا حين قفلنا من الحج ببلاد برقة؛ ضربنا الخفارة مرة على عدد الأحمال، ومرة على عدد الإبل؛ لأنه كان خلط علينا أعرابٌ ببرقة، فقلنا في عدد الإبل - خاصةً - لما خفتُ على من بيده شيءٌ غالبٌ في الرِّفقة أن يُسرق له، أو يجاح قصداً،

قال ابن القاسم: و أما إن نزل بنا حربي بأمان، ومعه عبيد لأهل الإسلام قد كان أحرزهم، فباعهم عندنا من مسلم أو ذمي، لم يكن لربهم أخذهم بالثمن إذ لم يكن يقدر أن يأخذهم من بائعهم في عهده، بخلاف بيع الحربي إياهم في بلد الحرب، لأن الحربي لو وهبهم في بلد الحرب لمسلم فقدم بهم كان لربهم أخذهم بغير ثمن⁽¹⁾.

قوله: (لأن الحربي لو وهبهم).

هذا الاستدلال قصده منه الفرق بين صورة الحربي النازل بأمان، والحربي في دار الحرب في كون ما باعاه من العبيد في الأول - أعني في التهذيب - لا يكون أحق إلا بالثمن، وفي مسألة النازل؛ لا ولو بالثمن، ففرق بينهما باختلاف حكم صورتي الهبة، وهو لا يكفي في المقصود؛ لأن محض⁽²⁾ الفرق إنما هو بإبداء وصف نيظ به الحكم في إحدى الصورتين، وانعدم في الأخرى؛ لانعدامه.

والفرق الحقيقي أن النازل بأمان أقوى ملكاً؛ لأجل الأمان، فكأنه قرر على ما بيده⁽³⁾ تصريحاً من مالكة لما تقرر أن أمان الإمام كأمان المسلمين؛ فلا

وإنه حسنٌ من الفتوى إذا كان المأخوذ قليلاً، وإن كان كثيراً جداً ترجح الأمر فيه، والأولى أن يصطلحوا على ما يحسن، يزداد بعض شيء على من رحله غال، وبالله التوفيق.

المشدالي: ومسألة من يخفي البضاعة من المخزن فيطلع عليه فتؤخذ كلها قد ذكرها أيضاً في آخر القراض، والجواب بالضمأن فيها كما سبق.

(1) تهذيب البراذعي: 56/2 و57.

(2) في (ع): (محط).

(3) في (ع): (بين).

يلزم من عدم أخذ المالك ما وهبه ذو الأمان أن يكون كذلك في هبة الحربي؛ لما تقرر في المعقول من كونه لا يلزم من اعتبار الأقوى اعتبار الأضعف.

المغربي: تأمل هذا الاستدلال فإنه عين ما تكلم عليه أولاً، فهو استدلال بعين ما فيه النزاع، والفرق بين ما اشترى في دار الحرب، أو من الحربي إذا قدم بأمان؛ أن ما اشترى في (1) دار الحرب من الحربي ضعيف؛ لأنه اشترى ممن لا حرمة له؛ ولهذا يأخذه ربُّه بالثمن والذي اشترى من الحربي إذا قدم بأمان قوي؛ لأنه اشترى ممن له حرمة، فلهذا لا يأخذه ربه بالثمن.

قلت: ويؤكد ضعف الملك بدار الحرب ما قاله الباجي في المسلم إذا أقام بدار الحرب مع القدرة على الخروج وقُتل خطأ: لا دية فيه (2).

وإن نزل بنا حربي بأمان ومعه عبيد مسلمون قد أسرهم، فلا يؤخذوا منه، ثم لو أسلم عندنا كانوا له دون سيدهم، كمحارب أسلم على مال أحرزه منا بنفسه أو ابتاعه من حربي أحرزه (3).

قوله: (كمحارب أسلم (4)).

المغربي: وجه التشبيه أن الحربي الذي أسلم على ما أحرزه منا ممتنع ببلده، والقادم إلينا بأمان ممتنع بعهده.

(1) في (ع): (من).

(2) انظر: المتقى شرح الموطأ، للباجي: 337/4.

(3) تهذيب البراذعي: 57/2.

(4) في (ع): (المسلم).

وإذا مات عندنا حربي مستأمن وترك مالا أو قتل؛ فماله وديته تدفع إلى من يرثه ببلده، ويعتق قاتله رقبة⁽¹⁾.

قوله: (فماله وديته يدفع إلى ورثته).

قال شيخنا أبو عبد الله: سألتني بدر الدين بالإسكندرية عن رجل له مال بمصر وصاحبه بالمدينة؛ فهل يبعثه له مع ثقة ويبرأ؟ أم لا؟
فقلت له: نعم، يجب عليه تنفيذه مع ثقة، ويبرأ، ويؤخذ من قولها هنا، وهو منصوص في النوادر عن أصبغ⁽²⁾.
قلت: لا خفاء بقصور السائل؛ لأنه⁽³⁾ لم يتنبه إلى هذا المعنى في كتب الوديعة من عياض، وصاحب الطرر⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 61/2.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 215/7، وأصبغ، هو: أبو عبد الله، أصبغ ابن الفرج بن سعيد بن نافع، مولى عبد العزيز بن مروان، المتوفى سنة 225هـ، وقيل: 224هـ، سكن الفسطاط، روى عن الدراوردي، وابن سمعان، ويحيى بن سلام وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم، ثم رحل إلى المدينة ليسمع من مالك، فدخلها يوم مات، وصحب ابن القاسم، وأشهب، وابن وهب، وسمع منهم، وتفقه بهم، كان من أئمة أهل مصر، وعليه تفقه ابن المواز، وابن حبيب، كان فقيهاً، نظاراً، له تواليف حسان، منها: كتاب سماعه من ابن القاسم اثنان وعشرون كتاباً.
انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 17/4، والديباج، لابن فرحون: 299/1، وشجرة النور، لمخلف: 66 / 1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 153.

(3) في (ع): (بأنه).

(4) المشدالي: قال البرزلي في كتاب السلم: سئل أبو عمران عمن مات في سفر ولم يوص، فاجتمع المسافرون، وقدموا رجلاً باع هناك تركته، ثم قدموا بلد الميت، فأراد الورثة نقض البيع؛ إذ لم يبع بإذن حاكم، وبلده بعيد من موضع الموت، فهل المسافرون

وإذا كان مسلم في حصن العدو أو مركب؛ لم أر أن يحرق أو يغرق،
لقول الله تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [سورة
الفتح آية: 25] (1)

كالقاضي. فقال: من مات في سفر بموضع لا قرار فيه ولا قضاء ولا عدول، فما فعله جماعة الرفقة من بيع وغيره فجائز، وقد وقع هذا لعيسى بن مسكين فصوب فعله وأمضاه، ونقل عن الداودي أنه أمر ببيع تركة غريب يذكر أنه من أحواز فاس، وورثته مجهولون، ودفع الثمن إلى ثقات من المغرب، وأمرهم بالبحث عن ورثته، فإن يس منهم تصدق به على الفقراء، وذكر رجل أنه تسلف منه ديناراً، فأمره بدفعه لأولئك الثقات ويرثه ذلك إن أشهد على الدفع.

البرزلي: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي، وكذلك الرفقة، وأصل هذا ما وقع في الجهاد - من المدونة - في موت الحربي يستأمن، ووقعت لشيخنا، مات صهره الزناتي بالإسكندرية، فلما مر به عام حجّه أخذ ماله الموقوف، وذكر لهم ما تقدم.

ووقعت نازلة عام حججت: مات مغربي بمكة، وصار ماله بيد مقدم الركب، ثم توفي المقدم بالإسكندرية، فجمع القاضي ماله، وطلب ما عند الناس منه، فخاصمت بعض الغرماء منهم ليدفعوا ذلك إلى ورثة الميت، وفات قبض البعض، فتعذر استخلاصه. واحتججت بما تقدم، وبأن ديوان القاضي عندهم في هذا الزمان عزيز؛ لتعرض الولاة لأموال المسلمين الغيب التي تحت أيديهم عن قرب من أخذه، وكثرة اختلاف القضاة على الديوان، وعدم الثقة بمن يحصل تحت يده على ما تعاهدناه في ذلك البلد، ولعل الداودي فعله لما قلناه.

المشدالي: وانظر آخر القسم الخامس، من الركن السادس، من ابن فرحون. وقال ابن عرفة في آخر الأفضية من المختصر عن أصبغ - في الواضحة -: إذا مات ببلد قاض من ترك مالا، وذكر أن وارثه ببلد آخر لحق على قاضي بلد الميت إن كان الوارث ببلد بعيد جداً أن يبعث المال لقاضي بلد الوارث ليفعل فيه واجبه، وإن لم يبعد جداً حبسه وكتب له بالقصة، ليسأل عن وارثه فيعلمه بذلك، ليفعل واجبه إرثه فليأخذه، فإن جهل القاضي وأرسل المال لم يضمه إن ضاع.

(1) تهذيب البراذعي: 61/2.

قوله: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا﴾.

لا خفاء في علم هذا الاستدلال.

وأما جزية الأرض فلا أدري كيف كان يصنع فيها، إلا أن عمر رضي الله عنه قد أقر الأرض فلم يقسمها بين الذين افتتحوها، وأرى لمن نزل ذلك به أن يكشف عنه من يرضاه من أهل العلم والأمانة من أهل البلد كيف كان الأمر في ذلك، فإن وجد عالماً يستيقنه، وإلا اجتهد هو ومن بحضرته رأياً⁽¹⁾.

قوله: (أن يكشف).

هذا يدل أن أحكام من مضى لا تنقض؛ لأنه إنما أراد أن يستظهر ويتوصل إلى ما كان فيها ثابتاً، ولا يتعرض لما مضى.

قيل: فمن قتل قتيلاً هل يكون له سلبه؟ قال مالك: لم يبلغني أن ذلك كان إلا في يوم حنين، وإنما هذا إلى الإمام يجتهد فيه⁽²⁾.

قوله: (قيل: فمن قتل قتيلاً).

اختصرها؛ لعدم الجواب لما تقرر أن السؤال تارة يكون عن تعيين الحكم في صورة، وتارة يكون هل هذه⁽³⁾ الصورة معروضة للاجتهاد أم لا؟ فقوله في الجزء الأول من الجواب؛ لم يتضمن الحكم مطابقة عن عين الحكم في صورة، وقوله في الجزء الأخير من الجواب لم يسأله عنه أسد.

(1) تهذيب البراذعي: 63/2.

(2) تهذيب البراذعي: 65/2.

(3) في (ع): (هي).

وَيُسْتَتَابُ أَهْلَ الْأَهْوَاءِ مِنَ الْقَدْرِيَّةِ وَغَيْرِهِمْ، فَإِنْ تَابُوا؛ وَإِلَّا قُتِلُوا إِذَا كَانَ الْإِمَامُ عَدْلًا⁽¹⁾.

قوله: (وإلا قوتلوا).

مفهومُه: لو لم يكن عدلاً؛ لا ولو علم أن ذلك على الحق⁽²⁾، و عورض بما في الرجم، والفرق قوة الخلاف هنا.

وقال ابنُ رشد: قوله في المدوَّنة هنا باستتابة القدرية؛ يدل على أنهم كفار؛ لأن هذا حكم المرتد⁽³⁾.

وقيل: لا يكفرون، وهو الصحيح⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 77/2.

(2) في (ش): (الحر).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 265/17.

(4) المشدالي: مسألة الرجم التي أشار إليها هي والله أعلم قوله: وأما الجائر فلا، إلا أن تعلم صحة ما أنفذ من الحكم، وعدالة البيّنة، فعليك طاعته؛ لثلا تضييع الحدود؛ ومثله قوله في هذا الكتاب - أعني كتاب الجهاد - ولا بأس بالجهاد مع هؤلاء الوُلاة؛ إذ لو ترك مثل هذا كان ضرراً على الإسلام.

وهنا يذكر أن أبا حنيفة سأله بعض الفقهاء بحضرة أمير المؤمنين: إذا أمر أمير المؤمنين بإقامة حد، هل يبادر إلى امتثال أمره أو حتى ينظر فيه - أراد إفحامه - فقال له أبو حنيفة: أبا الحق يأمر أمير المؤمنين أم بالباطل؟ فقال: أنفذ الحق حيث وجدته.



كتاب الطيد

كتاب الصيد

قلت: فجميع سباع الطير إذا علمت أهي بمنزلة البازات؟ قال: لا أدري ما مسألتك هذه، ولكن ما عُلِّم من البازات والعُقبان والزمامجة والشذائقات والسفافة والصقور وشبهها لا بأس بها عند مالك (1).

قوله: (قلت: فجميع سباع الطير).

اختصرها لعدم مطابقة الجواب؛ لأنه سأله عن كلي فأجابه بجزئي، فإن كل ما عدده داخل في مسمى سباع الطير، عكس ما في الطهارة (2).

أبو عمران: كأنه خاف أن تكون لا تفقه إذا عُلِّمَت؛ فلذلك قال: لا أدري؛ لأنه أجمل له في السؤال.

المغربي: أي لا أدري ما هذا التعميم الذي سألت عنه، ثم أتاه بما سمعه من مالك كقوله في الطهارة (3).

(1) تهذيب البراذعي: 13/2.

(2) المشدالي: أشار إلى قوله فيها: (قلت: فما تطاير من البول...) المسألة، وقد سبق تقريرها في الطهارة.

(3) المشدالي: وجه التشبيه بينها هو تحري ابن القاسم فيهما؛ بإتيانه في الجواب بما سمعه من مالك، دون أن يأتي به مطلقاً، حتى يتوهم أنه سمعه من مالك في عين السؤال، وعلى هذا فلا ينافي كلامُ المغربي قولَ الوانوغني: عكس ما في الطهارة.

وإن أرسله - أي: كلبه - على جماعة لا يرى غيرها، ونوى إن كان وراءها غيرها؛ فهو عليها مرسل، فليأكل إن أخذ من سواها، وكذلك إن أرسله على صيد لا يرى غيره ونوى ما صاد سواه فليأكل ما صاد⁽¹⁾.

قوله: (إن كان وراءها غيرها فهو مرسل عليه).

المغربي: يقوم منه أن من شك هل عليه جنابةً فاغتسل، ونوى إن كان عليه جنابة فهذا الغسل، لها ثم تيقن⁽²⁾ بالجنابة بعد الغسل؛ أن هذا الغسل يجزيه. وقيل: لا.

قلت: الفرق بينهما واضح، وذلك أن الشرط في مسألة الصيد الذي هو النية مع الإرسال محقق لا تردد فيه في الحالة الراهنة، والشرط في مسألة الطهارة الذي هو النية متردد فيها؛ فلا يلزم من الاستباحة في مسألة الصيد الاستباحة في مسألة الطهارة.

ومن أرسل كلبه، أو بازه على صيد فطلبه ساعة، ثم رجع عن الطلب، ثم عاد فقتله، فإن كان كالتائب له يميناً وشمالاً، أو عطف وهو على طلبه، فهو على أول إرساله، فإن وقف لأجل جيفة، أو لشم كلب، أو سقط البازي على موضع عجزاً عنه، ثم رأياه فاصطاده فلا يؤكل إلا بإرسال مؤتلف⁽³⁾.

قوله: (فهو على إرساله الأول).

(1) تهذيب البرادعي: 14/2.

(2) في (ع): (تبين).

(3) تهذيب البرادعي: 23/2.

أخذ منها شيخنا أبو عبد الله: لو أرسل كلباً عقوراً لقتل إنسان، فانبعث الكلب، ثم رجع أنه إن رجع رجوعاً بيناً ثم ذهب فقتله؛ أنه لا يقتل به المرسل؛ وإلا قتل.

ومن طرد صيداً حتى دخل دار قوم، فإن اضطره هو أو جوارحه إليها فهو له، وإن لم يضطروه، وكانوا قد بعدوا عنه؛ فهو لرب الدار⁽¹⁾.

قوله: (فهو لرب الدار).

قلت للشيخ: رأيت من اكرى أرضاً للزراعة؛ فجر السيل أو النيل إليها سمكاً؛ أيكون لصاحب [11/أ] الأرض؟ أو للمكترى؟
فقال: لصاحب الأرض؛ لقولها هنا: (لصاحب الدار) ونحوه أو آخر الدور⁽²⁾. وانظر أوائل اللقطة من مختصره⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 23/2.

(2) في (ع): (الدر).

(3) المشدالي: أشار إلى مسألة السفينة التي وقع فيها سمكة، وهي حكاية مشهورة فلذلك اختصرها هنا.

كتاب الأضحية

كتاب الأضحية

ويذبح الإمام أو ينحر أضحيته بالمصلى بعد الصلاة، ثم يذبح الناس بعده (1).

قوله: (ويذبح الإمام).

في كون المراد بالإمام؛ إمام الصلاة أو لا تنازع بين الشيوخ.

ابن رشد في سماع ابن القاسم: المراد إمام الصلاة إذا كان مستخلفاً على ذلك (2).

قلت: والصواب في بلاد إفريقية في البلد الذي فيه الإمام الذي تؤدي إليه الطاعة أن يكون المعبر ذبح السلطان، وفي غير البلد التي (3) فيه السلطان المعبر إمام الصلاة؛ لقول ابن المناصف (4) وغيره.

(1) تهذيب البراذعي: 35/2.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 340/3.

(3) في (ع): (الذي).

(4) هو: أبو عبد الله، محمد بن محمد بن أصبغ بن عيسى بن أصبغ الأزدي، القرطبي، المعروف بابن المناصف، المتوفى سنة 620هـ، تفقه على قاضي تونس أبي الحجّاج المخزومي، وسمع بها من أبي عبد الله بن أبي درّقة، قال ابن الأبار: كان عالماً، متقناً، مدققاً نظاراً، واقفاً على الاتفاق والاختلاف، معللاً مُرَجِّحاً، مع الحظ الوافر من اللغة والآداب والشعر، سمعت منه كثيراً، ولم يكن له علم بالحديث، ولي قضاء بكنسية، ثم قضاء مُرسية، وكان ذا سيرة عادلة، فيه حدة مفرطة فُصِّرَ لذلك من القضاء، من تصانيفه: "الإنجاد في الجهاد"، وكتاب "تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام"، واستدرك

قال: يجوز عند مالك كتب القضاة⁽¹⁾ للقضاة من غير إذن الإمام الذي ولاهم⁽²⁾؛ لأنه في ضمن ما ولاهم عليه؛ إلا إذا صرح بالنهى⁽³⁾ عن ذلك، فلا يفتأت عليه؛ لأنه استثناء لبعض تصرف الولاية فلا يتعدوا ما ولاهم عليه.

وهو مفهوم قول ابن رشد: إذا كان مستخلفاً على ذلك فإن مفهومه إن لم يكن مستخلفاً على ذلك فالمعتبر السلطان، وهو الموجود في بلد السلطان بافريقيّة؛ لأن العادة جرت بذبحه، فهو كالمستثنى لهذا⁽⁴⁾ النوع من عموم ما ولا عليه قاضي بلده⁽⁵⁾.

وله أن يبدل أضحيته، ولا يبدلها إلا بخير منها أو مثلها، قلت: فإن باعها واشترى دونها ما يصنع بها وبفضلة الثمن؟ قال مالك: لا يجوز أن يستفضل من ثمنها شيئاً⁽⁶⁾.

قوله: (قلتُ: فإن باعها).

على القاضي عبد الوهاب في التلقين باب السّلم.
انظر ترجمته في: نيل الابتهاج، للتنبكتي: 27/2، وشجرة النور، لمخلوف: 177/1،
والتكملة، لابن الأبار: 120/2، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 511/44.

(1) في (ع): (القضاء).

(2) في (ع): (ولاه).

(3) في (ع): (فانتهى).

(4) في (ع): (بهذا).

(5) انظر: المعيار المعرب، للونشريسي: 35/2.

(6) تهذيب البراذعي: 36/2.

اختصرها لما أشار إليه ابن عبد السلام (1).

وإن ضحى بشاة أو بغير أو بقرة عنه وعن أهل بيته أجزاءهم، وإن كانوا أكثر من سبعة أنفس (2).

قوله: (وعن أهل بيته).

قلتُ: لشيخنا أبي عبد الله: المفهوم من كلام أهل المذهب هنا قوة أن الذي يدخل في الأجر شرطه الحياة، فلا يصح إدخال الأب والولد (3) الميتين، والجاري على صحة انتقال ثواب القراءة الصحة.

قال: نعم. قلتُ: وذكر عن ابن عتاب أنه كان يُدخل أبويه (4) في الصدقات التطوعية، وبحث عن دليله فوجد (5) لبعض المتقدمين.

قلتُ: ويصح أن يستدل عليه بقوله ﷺ فيما أخرجه أبو داود عن جابر بن عبد الله: ذبح ﷺ يوم الذبح كبشين، ثم قال في آخر الحديث: "اللهم منك ولك عن محمد وأمته" (6).

(1) المشدالي: وهو الاحتمال الذي في الجواب في أن يكون مالك تكلم على من عين ثمناً لشراء الأضحية ثم اشترى بدونه، وأن يكون تكلم على ما إذا باع أضحية فاشترى ببعض ثمنها وفضلت فضلة، والأول أظهر، وفيه جاء حديث حكيم الذي أشار إليه، والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 37/2.

(3) في (ش): (وكذلك).

(4) في (ع): (يديه).

(5) في (ع): (يجد).

(6) أخرجه أبو داود: 104/2، كتاب الضحايا، باب ما يستحب من الضحايا، برقم:

فقد يقال: أدرج عليه السلام في ثواب أضحيته (1) أولاده الأموات رضي الله عنهم؛ لدخولهم في الأمة دخولاً أولياً.

قال مالك: وإذا ولدت الأضحية فحسن أن يذبح ولدها معها، وإن تركه لم أر ذلك عليه واجباً؛ لأن عليه بدل أمه إن هلكت (2).

قوله: (لأن عليه بدل أمه).

هنا بحث من ثلاثة أوجه خلاف (3) ما ذكره المغاربة:

الوجه الأول: اللازم إما بطلان التعليل، أو استحباب ذبحها كما استحباب ذبحه.

بيان الملازمة أن حكمها إن كان مثل حكمه فيستحب، ولذا (4) استدل بخلفها (5) على استحبابه فيه، فدل أن حكمها متساوٍ، وإن كان حكمها مخالفاً لحكمه فهي أجنبية، فلا يلزم من خلفها (6) سريان القرية فيه.

الوجه الثاني: أن الولد إما أن يكون كجزء منها فيجب فيه مثلها، أو لا فلا يستحب.

2795، وابن ماجه: 1043/2، كتاب الأضاحي، باب أضاحي رسول الله صلى الله عليه وسلم، برقم: 3121.

(1) في (ع): (أضحية).

(2) تهذيب البراذعي: 38/2.

(3) في (ش): (بخلاف).

(4) في (ع): (وكذا).

(5) في (ع): (فخلفها).

(6) في (ع): (يخلفها).

الوجه الثالث: قال هنا باستحباب ذبح الولد في الوصايا إذا أوصي بعثق أمة فولدت قبل موته فهو رقيق بقياس.

فقوله هنا باستحباب⁽¹⁾ الذبح في الولد على جهة القرية كاستحباب العتق في⁽²⁾ الولد هناك.

والجامع بينهما: أن تعلق القرية بالأمهات؛ إما أن يكون بالذي يثبت استحبابها في الولد فيستحب⁽³⁾ في العتق، أو لا فلا في الأضحية⁽⁴⁾. قلت: وقال المغاربة هنا كلاماً لا بأس ببعضه.

وهو قال في التقييد الكبير: فائدة قوله: (لم أر ذلك عليه واجباً) مع أنه مفهوم من قوله: (حَسَنٌ) أن التصريح أدفع للإيهام⁽⁵⁾ قاله في جامع الطرر.

الشيخ: ويحتمل أن يكون أطلق الواجب على ضده، وهو صريح⁽⁶⁾ الحرام؛ أي لم أر ترك الذبح حراماً⁽⁷⁾.

(1) في (ش): (استحباب).

(2) قوله: (في) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (يستحب).

(4) المشدالي: قد يقال: الأضحية أولى إذ ليس له أن يتركها، بخلاف الوصية فلا يلزم من الاستحباب في الأضحية - التي هي أقوى - الاستحباب في العتق - الذي هو أضعف منها -.

(5) في (ش): (رفع الإيهام).

(6) قوله: (صريح) ساقط من (ع).

(7) المشدالي: لا خفاء ببعدها هذا الاحتمال.

قال ابن القاسم: ثم عرضتها عليه فقال: أمحها واترك منها: إن ذبحه معها فحسن. قال ابن القاسم: ولا أرى ذلك واجباً عليه⁽¹⁾.

قوله: (فحسن).

حاصل ما أشار إليه بعضهم؛ أن تارك الحسن تارك لما ليس واجباً ومفهوم ما ليس واجباً⁽²⁾ هو عين قوله: (لم أر ذلك واجباً) وهو المأمور بمحوه؛ فيلزم أن يكون لم يمح شيئاً، وأخذوا من هنا أن دليل الخطاب غير معمول به عند مالك.

ومثله في الأيمان بالطلاق.

وعكسه في كتاب⁽³⁾ الحج.

والجواب عن ما هنا أن يقال: أخذ الحكم من المنطوق أولى من أخذه من المفهوم؛ كما أن أخذه من النص أولى من أخذه من الظاهر.

وجواب آخر وهو: أن لفظ (حسن) مشتركٌ يطلق على الوجوب والندب، فعين⁽⁴⁾ أحد محتمليه بقوله: (لم أر ذلك واجباً عليه).

قلتُ: وقال بعض المشاركة: تأمل قول المغربي: "ويحتمل أن يريد... إلى آخره. فإنه في المعنى عين الاحتمال الأول؛ إلا أنه في الأول أطلق الواجب على مفهومه الحقيقي، وفي الاحتمال الثاني أطلقه على ضده، وهو المحذور، فكانه

(1) تهذيب البراذعي: 38/2.

(2) قوله: (ومفهوم ما ليس واجباً) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (كتب).

(4) في (ع): (فقيل).

قال: لم أر ترك الذبح حراماً؛ لأن الواجب قد يعبر به عن ضده، وهو المحظور.

فمعنى الاحتمال الأول: وإن ترك الذبح لم أر الذبح واجباً عليه.
ومعنى الاحتمال الثاني⁽¹⁾: وإن ترك الذبح لم أر ترك الذبح حراماً عليه.

ولا فرق بينهما في المعنى؛ لأن عدم وجوب⁽²⁾ الشيء، وعدم تحريم تركه معناه واحدٌ أو متقارب⁽³⁾.

(1) قوله: (الثاني) زيادة من (ع).

(2) قوله: (في المعنى لأن عدم وجوب) غير مقروء في (ع).

(3) المشدالي: الاتحاد إنما هو فيما يؤول إليه المعنى لما بينهما من التلازم.

وأما بحسب إفادة اللفظ وكيفية تأديته للمعنى فهما متغايران قطعاً، والتغاير بينهما من جهة اللفظ والمعنى؛ أما من جهة اللفظ فهو ما أشار إليه من أن لفظ الواجب مستعمل في معناه الأصلي على التأويل الأول، وفي معناه المجازي على التأويل الثاني، وأيضاً فالإشارة بذلك إلى الذبح على التأويل الأول وإلى تركه على الثاني.
وأما جهة المعنى فلأن قوله: (لم أر ذلك واجباً) مدلوله المطابق هو أن الذبح غير واجب، ولازمه أن من تركه لا حرج عليه، فجعل الملزوم جواب الشرط، واستغنى به عن اللزوم في التأويل الأول، فكأنه قال: وإن ترك الذبح فلا حرج عليه؛ لأنه غير واجب عليه.

وأما على التأويل الثاني فمدلوله المطابق هو أن ترك الذبح ليس بحرام، وهو لازم المدلول المطابق في التأويل الأول؛ لأن ما فعله ليس بواجب فتركه ليس بحرام، كما أن المطابق في الأول لازم المطابق في الثاني؛ لأن ما تركه ليس بحرام ففعله غير واجب، وباعتبار هذا التغاير في تمشية اللفظ أشار الشيخ إلى أنها تأويلان لا تأويل واحد، فلا يكون أحدهما عين الآخر، وإلا لما صح الترجيح بينهما، والله أعلم.

وعلى تقدير تسليم الاحتمال الثاني؛ فإنه لا يرفع الاعتراض (1) من صاحب التقييد الكبير من جهة التكرار (2).

وأجاب بعضهم عن التكرار أنه إنما قال: لم أر ذلك واجباً لرفع توهم من توهم أنه أطلق الحسن المتقدم له في قوله: (فحسن أن يذبح ولدها) (3).

وأراد بذلك الوجوب؛ لأن الحسن يطلق على الوجوب والندب (4)؛ لأنه قدر مشترك بينهما فاحتاج أن يقول: لم أره واجباً ليصرح ويرفع (5) احتمال الوجوب، ويبقى (6) المحتمل الآخر، وهو الندب (7).

قوله: مفهومه إن لم يذبحه معها ترك الحسن، وهو الذي أسر بمحوه فيه نظر؛ لأننا لا نسلم أن الذي أمر بمحوه هو ما ذكره، بل الذي أمر بمحوه هو أن الذبح ليس بواجب، وليس مساوياً لكونه (8) إن لم يذبحه معها ترك الحسن.

والذي ينبغي في تقرير (9) الاعتراض أن يقال: إن عدم وجوب الذبح مساو لكون الذبح حسناً، فإذا محى أحد المتساويين وأثبت الآخر فعين المحو

(1) في (ش): (اعتراض).

(2) المشدالي: يرتفع بما سبق.

(3) تهذيب البراذعي: 38/2.

(4) في (ع): (والمندوب).

(5) قوله: (ويرفع) غير مقروء في (ع).

(6) قوله: (ويبقى) غير مقروء في (ع).

(7) المشدالي: هذا تكرار مع قوله أولاً: وجواب آخر... إلى آخره.

(8) قوله: (مساوياً لكونه) غير مقروء في (ع).

(9) في (ع): (تقدير).

هو عين المثبت (1).

والجواب أن يقال: الحسن تقدم أنه مشترك بين الوجوب والندب، وعدم الوجوب نص على عدمية الوجوب، فأمره بمحو ما جزم به وهو عدم الوجوب الذي لا يحتمل (2) الوجوب، ويبقى اللفظ المحتمل الذي هو الحسن؛ فكأنه يقول: ما جزمت به من عدم الوجوب لا تأخذ به، واترك اللفظ المحتمل حتى يظهر لي [11/ب] بعد ذلك أحد الاحتمالين فاعمل عليه.

قوله: "والجواب عما هنا أن نقول... إلى آخره. تقريره (3) الجواب عن قولهم: إن عين ما أمر هو (4) بمحوه عين ما أثبتته ممنوع؛ لأن الحسن الذي مفهومه الندب مأخوذ من منطوقه، ومفهومه عدم الوجوب الذي هو أعم من الندب والإباحة، فقال: احذف ما يدل على المندوب بمفهومه؛ وهو عدم الوجوب، واترك ما يدل على الندب بمنطوقه؛ وهو الحسن، وفيه نظر بأن يقال: اختلاف طرق الدلالة لا يمنع الترادف.

قلت: وقد يقال: بل اختلاف (5) جهة الدلالة دليل (6) التغاير، أصله الحد والمحدد.

(1) المشدالي: لا نسلم أن عدم وجوب الذبح مساو لكونه حسناً، بل عدم وجوبه أعم من كونه حسناً.

(2) في (ع): (بدل).

(3) في (ع): (تقديره).

(4) قوله: (هو) ساقط من (ع).

(5) في (ع): (بالاختلاف).

(6) قوله: (دليل) زيادة من (ع).

ولا بأس في الضحايا والهدايا بالبياض وغيره في العين؛ إن لم يكن على الناظر، ولا بأس في الأذن بمثل السمّة، أو قطع يسير، أو شق يسير، وأما جدد الأذن أو قطع جُلّها فلا يجرئ⁽¹⁾.

قوله: (لا بأس بمثل الميسم).

قلت: في الحج الثاني في الخصي؛ قال بعضهم: الإجماع على جواز التضحي به. قلتُ: وما قاله القابسي ضعيف؛ قال ما نصه: انظر لو خُلِق خصياً؛ لا نبغى ألا يجزي.

وليس على أحد أن يضحي بعد أيام النحر، وهو بمنزلة من ترك الأضحية، وكذلك لو حبس أضحيته حية حتى مضت أيام النحر، إلا أن هذا قد أثم⁽²⁾.

قوله: (وليس على أحد أن يضحي بعد أيام النحر).

قال شيخنا: الصواب يدل على اللام.

وإذا باع الذمي خمرًا بدينار؛ كرهت للمسلم أن يتسلفه منه، أو يبيعه به شيئاً، أو يأخذه هبة، أو يعطيه فيه دراهم، ويأخذه، أو يأكل من طعام ابتاعه الذمي بذلك الدينار، وجائز أن يأخذه منه في قضاء دين، كما أباح الله تعالى أخذ الجزية منهم⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 40/2.

(2) تهذيب البراذعي: 41/2.

(3) تهذيب البراذعي: 45/2.

قوله: (كرهت للمسلم). المسألة.

قال بعضهم: لم يكره ما في الولاء وكرهه هنا.

قال شيخنا: هذا⁽¹⁾ الذي أشار إليه من المعارضة غير صحيح؛ لأن نظير الميراث المأخوذ، عن⁽²⁾ الدين، فكما أنه لم يكره ما أخذ عن⁽³⁾ الدين؛ فكذا الميراث ويتضح هذا بتقرير قاعدة يتبين منها الفرق بين ما كرهه وما أباحه، وذلك أنه قد تقرر فرق ما⁽⁴⁾ بين تعلق الحكم بجزئي من حيث اندراجه تحت كلي هو الأصل؛ لتعلق الحكم وذلك الجزئي لحقه التشخص بعرضي وبين جزئي بخارجي معتبر.

فالأول: لا ينعدم الحكم ببطلان ذلك الجزئي.

والثاني: يبطل فإذا تقرر هذا؛ فالأشياء التي كرهها العوض فيها ثمن عقد⁽⁵⁾ ينعدم إذا لحقه استحقاق، وفي الأشياء التي أباحها لا، ولا يصح الفرق بالضرورة في الدين والجزية؛ لأن ظاهر المدوّنّة؛ الجواز ولو كان عنده⁽⁶⁾ غيره.



(1) في (ع): (هو).

(2) في (ع): (عز).

(3) في (ع): (عز).

(4) قوله: (ما) ساقط من (ع).

(5) قوله: (عقد) غير مقروء في (ع).

(6) في (ح1): (عقده).



كتاب النذور

كتاب النذور

ومن أوجب على نفسه المشي إلى الكعبة في نذر أو يمين حلف بها، فعليه الوفاء به، وإن أكثر من النذور بذلك مما لا يبلغه عمره فلا يجزيه؛ إلا أن يمشي ما قدر من الزمان، ويتقرب إلى الله ﷻ بما قدر عليه من خير، وقاله الليث، ويمشي الحالف من حيث حلف، إلا أن ينوي موضعاً فيمشي منه (1).

قوله: (يمشي الحالف من حيث حلف).

نحوه في العتق الأول، وتقرير معارضتها لما في باب طلاق المريض أن

يقال:

الحكم إما أن يضاف إلى زمن سببه؛ فيلزم ألا ميراث، أو إلى مسببه فيلزم

المشي من حيث حنث.

والفرق بينهما أن المعلق هنا قرينة والأصل فيها إضافتها لأسبابها بخلافه

هناك (2).

(1) تهذيب البراذعي: 80/2.

(2) المشدالي: المسألة المعارض بها في باب طلاق المريض هي قوله فيه: "وإن قال لها في

صحته: إن قدم فلان، أو قال: إن دخلت بيتاً فأنت طالق، فقدم، أو دخلت في مرضه،

لزمه الطلاق، وورثته إن مات فيه، وكذلك كل طلاق وقع في مرضه."

ومن قال: إن فعلت كذا فأنا أحج إلى بيت الله، أو أمشي إلى مكة أو إلى بيت الله، أو فعلي المشي إلى مكة، أو إلى بيت الله أو فعلي حجة، أو لله علي حجة كل ذلك سواء؛ ويلزمه الحج إن حنث⁽¹⁾.

قوله: (إن فعلت كذا؛ فأنا أحج إلى بيت الله).

قال شيخنا: انظر لو قال: إن فعلت كذا فأنا أطلق امرأتي؛ فهل يلزمه كالمشي أم لا⁽²⁾؟ وعندي: لا يلزمه.

قلت: قال ابن يونس - في العتق الأول - لو قال لها: إن قدمت من سفري لأطلقنك⁽³⁾؛ لا شيء عليه؛ إذ ليس طلاقها طاعة بخلاف العتق.

وفي رسم سلف من سماع عيسى⁽⁴⁾ من الأيمان بالطلاق، فيمن قال لها: علي نذر أن أطلقك؛ لا كفارة يمين عليه ولا غيره؛ لأن نذره إنما كان في الطلاق، والطلاق ليس هو مما يوفى به لله، وهو بمنزلة⁽⁵⁾ من قال لها⁽⁶⁾: لله علي نذر أن أطلقك، لم يؤمر بالوفاء به.

ابن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه⁽⁷⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 80/2 و81.

(2) انظر: مختصر بن عرفة: 93/أ.

(3) في (ع): (لا طلقنك).

(4) قوله: (عيسى) زيادة من (ع).

(5) في: (ع): (بمشركة).

(6) قوله: (لها) ساقط من (ع).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 178/6.

ولو قرن يريد بالعمرة المشي الذي عليه، وبالحج فريضته، لم يجزه من الفرض وعليه دم القران، كمن نذر مشياً فحج ماشياً وهو ضرورة ينوي بذلك نذره وفريضته، أجزاء لنذره لا لفرضه، وعليه قضاء الفريضة قابلاً⁽¹⁾.

قوله: (كمن نذر مشياً فحج ماشياً).

لقائل أن يقول في القياس نظر؛ إذ لا يلزم من عدم إجزائه في المقيس عليه لكونها متماثلين، ولا يندرج أحدهما في الآخر للزومية⁽²⁾ الترجيح بلا مرجح، وأحدهما معيناً بحكم⁽³⁾ عدمه في المقيس؛ لصحة الاندراج بين العمرة والحج.

الجواب أن يقال: القياس أحرّويّ بيانه: أن المقيس عليه العبادة فيها متحدة فعلها متحد؛ فإذا صح صرف العمل لأحد المنويين في هذه، فأحرى⁽⁴⁾ في مسألة القران؛ لأن كل عمل فيها مزاحم للآخر منوي بعينه دون الآخر، ولا يلزم من بطلان الفرض في المقيس عليها بطلانه في مسألة القران لما قلناه.

(1) تهذيب البراذعي: 83/2.

(2) قوله: (في الآخر للزومية) يقابله في (ع): (بالآخر للزوميته).

(3) في (ع): (لحكم).

(4) في (ع): (وأحرى).

وإن قال: فعبد فلان أو داره أو شيء من ماله هديّ، فحنت؛ فلا شيء عليه" (1).

قوله: (فعبد فلان أو داره).

لقائل أن يقول: الجاري على ما صرح به غير واحد من تقرير دلالة الاقتضاء - في أوائل ولائها - اللزوم (2) هنا؛ وإلا فالفرق ضعيف لضعفه في قولهم: يقضي أيام النحر (3).

وقد قال مالك فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطعها: إن الصوم لا يجزيه إلا أن يشاء أن يصوم، فإن أيسر يوماً ما أعتق (4).

قوله: (وقد قال مالك).

وجه الاستدلال أن يقال: إن الصوم لم يأت بدلاً إلا فيما أوجبه الله تعالى؛ لا فيما أوجبه (5) المكلف على نفسه، فإذا لم يمكن من ذلك؛ لم يكن له مدخل.

(1) تهذيب البراذعي: 87/2.

(2) في (ش): (اللازم).

(3) المشدالي: دلالة الاقتضاء: ما يلزم عن المنطوق ويكون مقصوداً، وتتوقف الصحة الشرعية عليه، كقول القائل لرجل: أعتق عبدك عني على ألف، فإنه يقتضي تقرير الملك، أي مملكاً لي على ألف؛ لأن العتق في غير المملوك لا يصح شرعاً، وقوله في قولهم: يقضي أيام النحر، يعني نازر الصوم؛ لأن قضاءه إياها فرع تعلق النذر بها، وهو لا يصح شرعاً.

(4) تهذيب البراذعي: 88/2.

(5) في (ع): (أحبه).

قال شيخنا: وقياسه⁽¹⁾ على من نذر إلى آخره أحرّويّ بيانه: أنه إذا منع من الصوم فيما عنه بدل في المقيس عليها فأحرى فيما لا بدل له؛ وهو نادر الهدى، ولا يرد بأن الهدى عنه بدل، كهدي المتمتع⁽²⁾؛ لأننا نتكلم في بيان الأحرّوية لا فيما يوجب إبطالها وفيه نظر.

ومن قال: لله علي أن أنحر بدنة، أو قال: لله علي هدي؛ فلينحر ذلك بمكة⁽³⁾.

قوله: (فلينحر ذلك بمكة)، إن قدر⁽⁴⁾.

قال شيخنا: جرت عادتهم بذكر سؤال هنا تقريره أن يقال: إما أن يؤخذ بأوائل الأسماء؛ فيلزم نحره بمكة، أو بأواخرها⁽⁵⁾؛ فيلزم نحره بمنى. بيان الملازمة؛ أن الهدى هديان: هدي ينحر بمكة، وآخر بمنى، وهو ما وقف به بعرفة.

ويزاد أيضاً: إن النذر مما يقصد به المشقة فكان يقتضي أن ينحر بمنى. والجواب: نختار الأخذ بأوائل الأسماء مع انضمام أن المنذور لم يكن في حج والهدى الذي ينحر بمنى؛ هو ما كان في حج.

(1) في (ع): (وقيامه).

(2) في (ع): (التمتع).

(3) تهذيب البراذعي: 88/2.

(4) قوله: (إن قدر) ساقط من (ع).

(5) في (ش): (بأواخره).

وإن قال: داري أو عبدي أو شيء من ماله مما لا يهدى هو هدي، أو حلف بذلك فحنت، فليبعه وليبعث بثمنه، وبما أهدى من العين فبيعت به هدي⁽¹⁾.

قوله: (فليبعه، ويبعث بثمنه).

سألته عمّن نذر شاة⁽²⁾ مثلاً للمسجد فهل⁽³⁾ له أن يقومها على نفسه ويخرج القيمة؟

قال: نعم لقولها هنا فليبعه؛ لأن المقصود منه صرفه في منافع المسجد بخلاف المساكين.

فإن لم يبعه وبعث به بعينه فلا يعجبني ذلك، ويباع هناك فيشتري به هدي، فإن لم يبلغ ذلك ثمن هدي - وأدناه شاة - أو فضل منه ما لا يبلغ ذلك. قال مالك: يبعثه إلى خزنة الكعبة، ينفق عليها، وقال ابن القاسم: أحب إلي أن يتصدق به حيث شاء⁽⁴⁾.

قوله: (خزنة الكعبة، ينفق عليها).

ظاهر فهمهم⁽⁵⁾ أن الضمير للكعبة، ويحتمل للخزنة.

(1) تهذيب البرادعي: 89/2.

(2) في (ش): (شياً).

(3) في (ع): (محل).

(4) تهذيب البرادعي: 89/2.

(5) في (ع): (فمنهم).

ومن جعل عبده صدقة، أو في سبيل الله في يمين فحنت، ففي الصدقة يبيعه ويتصدق بثمنه، وأما في السبيل، فليبعه ويدفع ثمنه إلى من يغزو به من موضعه إن وُجد، وإن لم يجد فليبعث بثمنه⁽¹⁾.

قوله: (ومن جعل عبده صدقة).

صرف الصدقة هنا عن الرقبة إلى ثمنها، وفي عتقها الأول عكسه؛ فلذا خرجت حرة والفرق بين البابين⁽²⁾ اختلاف [12/أ] المقصد.

قال مالك: ومن قال إن فعلت كذا فأنا أنحر ولدي، فحنت؛ فعليه كفارة يمين، وقاله ابن عباس، ثم رجع مالك فقال: لا كفارة عليه، ولا غيرها، إلا أن ينوي به وجه الهدى، أن يهدي ابنه لله، فعليه هدي. قال ابن القاسم: وهذا أحب إلي من الذي سمعت منه أنه إن لم يقل عند مقام إبراهيم فعليه كفارة يمين، وإن قال عند مقام إبراهيم؛ فليهد، قال ابن عباس: كبشاً⁽³⁾.

قوله: (وإن قال عند مقام إبراهيم).

قلت لشيخنا - وصوّبه - : في استدلال أهل المذهب بقضية إبراهيم نظر؛ لأن قضية إبراهيم لا نذر فيها؛ بل أمر بحكم ونسخ.

(1) تهذيب البراذعي: 92/2.

(2) قوله: (بين البابين) زيادة من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 94/2.

قيل: فمن قال: الحلال علي حرام إن فعلت كذا. قال: لا يكون الحرام يميناً في شيء لا في طعام، ولا في شراب، ولا في أم ولد إن حرمها على نفسه، ولا في خادم ولا عبد إلا أن يحرم امرأته؛ فيلزمه الطلاق⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فمن قال).

اختصرها لعدم مطابقة الجواب.

ويحتمل أن يقال: لعدم الجواب رأساً على احتمال بيانه أنه سأله عن حرام.

فقال: الحرام لا يكون يميناً؛ فيحتمل أن يريد لفظة الحرام المحلاة لا حرام المنكر؛ فعلى هذا عدم الجواب واضح.

ويحتمل أن يكون المراد بقوله: (الحرام) أي مفهوم حرام فعلى هذا فقد أجابه باللزوم.

إن قال: علي نذر إن لم أشرب الخمر أو أقتل فلاناً، ونحوه من المعاصي، فلا يفعل ذلك، وليكفر كفارة يمين، إلا أن يجعل لنذره مخرجاً من البر، فإن اجتراً وفعل ما قال من المعصية فقد أثم وسقط عنه النذر، كان له مخرج، أو لم يكن⁽²⁾.

قوله: (فإن اجتراً وفعل).

قلت: وفي كلام القرافي فرعٌ من هذا المعنى نظر.

(1) تهذيب البراذعي: 97/2.

(2) تهذيب البراذعي: 100/2.

قال ما نصه: في الباب العاشر من كتاب⁽¹⁾ الأمنية في إدراك النية: فرع: لو حلف بالطلاق أو غيره ليشر بن خمرأ، أو ليفعلن⁽²⁾ فعلاً محرماً، فقال الأصحاب: يحنث عقيب يمينه، قلتُ: وهو ظاهر المدوّنَة؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، ولو فعل المحرم بر، ولو فرضنا أنا أفتيناه بالحنث ووقوع الطلاق، واعتدت، وتزوجت، ثم فعل الحالف الفعل المحرم؛ فإننا نحكم ببره في اليمين بناءً على ظاهر نقل المذهب، وتحل له امرأته بلا نكاح جديد، ولم أر هذا الفرع منقولاً، ولا ما⁽³⁾ يمنع منه. اهـ.

قلتُ: فأنت ترى ضعف هذا الكلام، وما ذكره ابن فورك فيما يتعلق بهذا النمط حسن.

وإذا حنث العبد في اليمين بالله فكسا، أو أطعم بإذن سيده، رجوت أن يجزيه، وليس بالبين، والصوم أحب إليّ⁽⁴⁾.

قوله: (والصوم⁽⁵⁾ أحب إلي).

قال شيخنا: الصواب وجوب الإطعام، وقولهم مترقب الانتزاع ليس بصحيح؛ بدليل قولها: يظاً اتفاقاً، ويلزم على قوله إشكال تقريره أن الصوم مشروط بفقد كل خصلة قبله، والشك في الشرط يسري إلى الشك في المشروط والشرط هنا، وهو ملكه للإطعام مشكوك فيه، فعلى كونه واجداً؛ يبطل

(1) في (ش): (كتب).

(2) قوله: (ليفعلن) ساقط من (ع).

(3) قوله: (ما) ساقط من (ع).

(4) تهذيب البراذعي: 104/2.

(5) في (ع): (والصواب).

الصوم، وعلى كونه لا⁽¹⁾؛ لا يبطل.

ومن كفر عن أحد بعثق أو غيره، بأمره أو بغير أمره؛ أجزاءه⁽²⁾.

قوله: (ومن كفر عن أحد).

يعارضه ما في الولاء⁽³⁾.

بيانه أن العتق عن الغير إن استلزم تقرير ملكه؛ لزم فسخ النكاح، وإلا

لزم عدم صحة⁽⁴⁾ التكفير⁽⁵⁾.

(1) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 108/2.

(3) المشدالي: المسألة المعارض بها في كتاب الولاء هي قوله فيه: ومن أعتق عبداً عن امرأة للعبد حرة فولأؤه لها بالسنة، ولا يفسخ النكاح؛ لأنها لم تملكه. انتهى.

(4) في (ع): (علة).

(5) المشدالي: قد يحاب عن المعارضة بأن يقال: الملك في المسألتين تقديري لا تحقيقي، فوجب أن يترتب عليه لوازم ماهيته، كالولاء وبراءة الذمة من الكفارة، وذلك حاصل، وأما التأثير في حل عقدة أخرى كفسخ النكاح فليس ذلك إلا للملك المحقق الموجود في الخارج.

وعلى هذا فالملازمة التي أشار إليها بقوله: "لزم فسخ النكاح" ممنوعة، وقوله في الكتاب: (لأنها لم تملكه)؛ أي: ملكاً تحقيقياً مستقراً، وأما التقديري فلا بد منه، ويدل على صحة الفرق بين التقديري والوجودي قوله في الكتاب بإثر المسألة السابقة: "ولو دفعت الحرة مالاً لسيد زوجها على أن أعتقه عنها فسخ النكاح، وذلك شراء لرقبته". انتهى.

فأنت ترى كيف جعل الملك هنا مؤثراً في فسخ النكاح لما كان تحقيقاً بالشراء، وقد أجاب الإمام ابن عرفة عن سؤال يشبه هذا بمثل هذا الجواب، وهو في مسألة أجلى منه هنا،

ويعارض أيضاً مسألة العبد؛ قيل (1): لأن التكفير بالإذن أقوى منه بدونه، فإذا جاز مع عدم الإذن؛ فأحرى مع الإذن؛ لأن ما ثبت للأضعف يثبت للأقوى من باب أخرى.

قال مالك: ومن حلف أن لا يكلم زيدا، فسلم على جماعة وهو فيهم حنث، علم به أم لا، إلا أن يُحاشي، ولو مرّ به في جوف الليل فسلم عليه وهو لا يعرفه حنث (2).

قوله: (إلا أن يستثنيه).

يؤخذ منه جواز السلام والصلاة على جماعة فيهم نصراني لا يعلم (3) عينه، أو علمه وحاشاه.

وإن حلف أن لا يلبس ثوباً غزله فلانة، فلبس ثوباً غزله فلانة وأخرى معها؛ فهو حانث (4).

قوله: (غزله فلانة).

مسألة: لو استعار رجل فرساً فمات عنده فحلف لا يركب فرساً لأحد فركب فرساً (5) اشترك فيه مع غيره.

فانظر في "مختصره" في مسألة من أسلم على عشرة نسوة، والله أعلم، وبه التوفيق.

(1) في (ع): (قبل).

(2) تهذيب البراذعي: 112/2.

(3) في (ع): (تعلم).

(4) تهذيب البراذعي: 116/2.

(5) قوله: (لأحد فركب فرساً) ساقط من (ع).

قال ابن عبد السلام: يحنث كقولها هنا.

فإن قال: امرأته طالق ماله مال، وقد ورث قبل يمينه مالاً لم يعلم به حنث، إلا أن ينوي في يمينه أن يعلمه فلا يحنث⁽¹⁾.

قوله: (مالاً لم يعلم به).

قلت: ما توهمه بعضهم من معارضتها لوصاياها لم نغادره⁽²⁾.

قال شيخنا: ويؤخذ من هنا مسألة لم أرها منصوصة وهي: لو قال: عبد فلان حر⁽³⁾ ثم انكشف الأمر أنه ورثه قبل قوله هذا؛ إنه يعتق عليه.

وبيان الأخذ أنه كما حنثه هنا، باعتباره ما في نفس الأمر في غير المعلوم؛ فكذا عتقه بما في نفس الأمر.

ويحتمل جريها على مسألة ناصح⁽⁴⁾ وما في⁽⁵⁾ رجمها أو وضع⁽⁶⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 116/2.

(2) المشدالي: والفرق اختلاف مدرك البابين.

(3) قوله: (حر) ساقط من (ع).

(4) المشدالي: مسألة ناصح ومرزوق هي الواقعة في كتاب العتق الأول، وهي مشهورة فلا معنى لجلبها هنا.

(5) قوله: (في) ساقط من (ع).

(6) المشدالي: ما في الرجم مسألة العبد يزني، أو يقذف، أو يشرب خمرًا، ثم قامت بينة على أنه أعتق قبل ذلك، فإنه يكون له، وعليه حكم الحر.

وفي معناها: العبد يطلق زوجته بطلقتين، ثم بان أن سيده كان أعتقه قبل ذلك، فإنه تبقى له الطلقة الثالثة في زوجته على حكم الحر، ولا يلزمه البتات بالطلقتين اللتين هما غاية طلاق العبد، وسواء كان عالماً بعتقه أم لا، وهذه المسألة أيضاً قد ذكرها في

وإن حلف أن لا يدخل هذه الدار فهُدِّمت أو خربت، حتى صارت طريقاً فدخلها؛ لم يحنث، فإن بينت بعد ذلك؛ فلا يدخلها، وإن دخلها مكرهاً؛ لم يحنث، إلا أن يأمرهم بذلك؛ فيحنث⁽¹⁾.

قوله: (إلا أن يأمرهم بذلك).

من قواعدنا: أن الأمر لا يتلازم مع الإرادة.

الجواب: الغالبُ في إطلاق الفقهاء الأمر أنه يستلزم الإرادة.

وإن حلف أن لا يدخل من باب هذه الدار، أو من هذا الباب، فحوّل الباب عن حاله، أو أغلق وفتح غيره، فإن دخل منه⁽²⁾.

قوله: (من باب هذه الدار).

حنثه بالدخول من أي باب واضح؛ لعدم التعيين⁽³⁾.

وأما قوله هذا الباب ففي حنثه بغيره نظر.

ولقائل أن يقول: المضاف إلى الشخص مشخص⁽⁴⁾ فلا فرق بين هذا

الباب وباب هذه الدار.

والجواب ما ذكره ابن الحاجب، وسعد الدين، وغيرهما من أن الإضافة

قد لا تفيد تشخيصاً بحسب الاستعمال.

المدونة عقب الأولى.

(1) تهذيب البراذعي: 117/2.

(2) تهذيب البراذعي: 117/2.

(3) في (ع): (التعين).

(4) في (ش): (شخص).

وإن حلف أن لا يكسو امرأته فأعطاها ما اشترت به ثوباً؛ حنث⁽¹⁾.

قوله: (فأعطاها ما اشترت به).

قلت: في العتبية - فيمن حلف لأم ولده بعثق ما يملك⁽²⁾ إن أخدمها أو اشترى لها خادماً فأعطاها ما اشترت به خادماً -: لم يحنث. قيل له: إنهم يقولون: لا يجوز لها أن تشتري إلا بإذنه، فإن⁽³⁾ اشترت بغير إذنه فأمضاه؛ فقد أخدمها واشترى لها؟ فقال: لا، وذلك لها أن⁽⁴⁾ تشتري.

ابن رشد: حمل يمينه في هذه المسألة على اللفظ لا المعنى، وهو خلاف قولها في قوله: (فأعطاها...) المسألة⁽⁵⁾.

ومن حلف ليقضين فلاناً حقه رأس الشهر، فغاب فلان فليقض وكيله أو السلطان، ويخرجه ذلك من يمينه، فإن احتجب عنه السلطان فلم يجده، أو كان بقرية ليس فيها سكان، وخاف إن خرج إلى السلطان حل الأجل قبل بلوغه، فإن جاء بالحق على شرطه إلى عدول فأشهدهم على ذلك بعد اجتهاده في طلبه بعلمهم فلم يجده؛ لم يحنث⁽⁶⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 125/2.

(2) في (ع): (يملكه).

(3) في (ع): (وإذا).

(4) قوله: (أن) زيادة من (ع).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 473/14.

(6) تهذيب البراذعي: 127/2.

قوله: (إلى عدول وأشهدهم).

قلتُ: ما قاله المغاربة هنا ذكره ابن سهل⁽¹⁾ والمتيطي

وغيرهما⁽²⁾.



(1) في (ع): (رشد).

(2) المشدالي: فيما نقله الشيخ أبو الحسن الصغير من ذلك كفاية، فانظره.



كتاب الحج الأول

كتاب الحج الأول (1)

قلتُ: وهنا بحث؛ وهو أنه أورد بعضهم على حد شيخنا للحج؛ أن (2) لزوم الوقوف بعرفة ذاتي لهذه العبادة؛ لأنه ركن فلا يصح أن يكون رسماً؛ لأنه لا يؤتى في الرسوم بالذاتيات؛ وإن كان اللزوم خارجياً؛ فيلزم عدم صحة الحد؛ لأنه مركب من الذاتي والخارجي، ضرورة أنكم قلتُم: " وحدّه بزيادة؛ والمزيد عليه عبادة يلزمها... " إلى آخره.

قلتُ: الجواب أنا نلتزم صحة (3) الرسم؛ لأنه مركَّب ذكر فيه الجنس البعيد، والخاصة.

قولكم: لزوم الوقوف ذاتي؛ قلنا: ممنوع؛ وإنما الذاتي فعل الوقوف؛ ويبين المفهوم من (لزوم الوقوف) و (فعل الوقوف) بونٌ بعيد، ويلزم (4) تركيبه من

(1) المشدالي: ينبغي تقديم تعريف الإمام ابن عرفة للحج؛ لتوقف فهم البحث الذي يأتي عليه، فقال: يمكن رسمه بأنه: عبادة يلزمها الوقوف بعرفة ليلة عاشر ذي الحجة. وحدّه بزيادة: وطواف ذي طهر أخص بالبيت عن يساره سبعاً بعد فجر يوم النحر، والسعي من الصفا إلى المروة، ومنها إليها سبعاً بعد طوافٍ كذلك، لا بقيد وقته، بإحرام في الجميع. اهـ.
قال محققه كان الله له: وفي شرح أبي عبد الله الرضا لحدود ابن عرفة مباحث لطيفة مفيدة تتعلق بما نحن فيه، فليراجعها من يتبغى المزيد في: الهداية الكافية: 168/1 وما بعدها.

(2) في (ع): (بأن).

(3) في (ش): (فسحة).

(4) في (ع): (ويلزمه).

التصورات والتصديقات؛ لأن اللزوم من عوارض التصديقات.

وإن توجه ناسياً للتلبية من فناء المسجد كان بنيته محرماً، فإن ذكر من قريب لئى ولا شيء عليه، وإن تناول ذلك به، أو نسيه حتى فرغ من حجه فليهرق دماً⁽¹⁾.

قوله: (وإن تناول ذلك به، أو نسيه حتى فرغ من حجه).

قلت: ظاهره أن الفراغ قيدٌ في الصورتين؛ وهو ظاهر نص الجلاب⁽²⁾.
وقوة كلام ابن يونس⁽³⁾.

وفهمه شيخنا على أنه قيد للأخيرة.

وهو موافق لقول ابن عبد السلام: "ظاهر المذهب... إلى آخره"⁽⁴⁾.
وهو ظاهر كلام عبد الحق⁽⁵⁾.

وليرفع المحرم صوته بالتلبية، ولا يسرف أو يلح، ولا يسكت، وقد جعل الله لكل شيء قدراً⁽⁶⁾.

قوله: (وليرفع المحرم صوته بالتلبية).

(1) تهذيب البراذعي: 492/1 و493.

(2) انظر: التفريع، للجلاب: 279/1.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس، ص: 1490.

(4) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، للشيخ خليل: 513/2.

(5) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي، 1/134.

(6) تهذيب البراذعي: 498/1.

قال شيخنا: وجه زيادة عمر وابنه في تليبتها [12/ب] على تليته عليه السلام أن ذكر⁽¹⁾ ما يدل على غاية الصدق والإخلاص والمعرفة بجلال الله تعالى؛ بحسب الذاكر، ولما كان إدراكه ﷺ بالعلم بجلال الله تعالى لا يدانيه فيه غيره؛ كانت ألفاظه قليلة المتن كثيرة المعاني؛ لأنه قد أوتي جوامع الكلم، ولما كان من عداه دونه في الإدراك أكثر من ذكر الألفاظ ليدل به على كمال حضوره وإخلاصه، وهذا سنده عندي.

قلت: في هذا نظر؛ لأن هذا في ألفاظه يكون القصد بها الإخبار عما في الضمير؛ وأما في⁽²⁾ ألفاظ شرعت⁽³⁾ على سبيل العبادة؛ حتى أن العبادة دارت معها وجوداً وهدماً؛ فلا تستوي بالقلة والكثرة.

والأولى أن يقال في سر قلة ألفاظ تليته ﷺ وكثرتها في تلبية عمر وابنه رضي الله عنهما:

أن النبي ﷺ مُشَرَّع، ولو ذكر ألفاظاً كثيرة لشق على الناس حفظها؛ وقصده عليه السلام التيسير والرفق بالناس؛ فكانت هذه الألفاظ مع كثرة⁽⁴⁾ معانيها سهلة الحفظ لعموم الخلق.

ابن عبد السلام: في حديث ابن عمر: "والناس يزيدون - ذا المعارج - ونحوه من الكلام والنبي ﷺ يسمع ولا يقول لهم شيئاً"⁽⁵⁾؛ فلعل هذا هو

(1) قوله: (إن ذكر) يقابله في (ع): (أو نكر).

(2) في (ش): (إلي).

(3) في (ش): (شرعة).

(4) قوله: (مع كثرة) يقابله في (ش): (كثيرة).

(5) أخرجه أبو داود: 98/2، كتاب المناسك، باب كَيْفَ التَّلِيَّةِ برقم: 1815، وأحمد:

السبب الذي لأجله زاد عمر وابنه في تليتها.

والذي يحرم بعمره من غير ميقاته مثل الجعرانة والتنعيم؛ يقطع إذا دخل بيوت مكة أو المسجد الحرام، كل ذلك واسع⁽¹⁾.

قوله: (مثل الجعرانة والتنعيم قطع إذا دخل بيوت مكة أو المسجد الحرام). قلت: يصح أن تكون البيوت والمسجد على التوزيع؛ على معنى أن البيوت للجعرانة؛ لأنها أبعد من التنعيم؛ والمسجد للتنعيم؛ فيكون وفاقاً للأبهري لا أنه⁽²⁾ خلاف كما حمله غيره.

قلت: إجراء ابن يونس وغيره⁽³⁾؛ من رجع للحلق بعد ما أحرم بالحج؛ هل يسقط الدم على قولي ابن القاسم وأشهب في مسألة الصلاة غير لازم؛ لأنه لا يلزم من جبر المرجوع إليه في الصلاة؛ لأنه لم ينعقد عليه حالة التلبس بفعل المرجوع إليه - وهو الجلوس - حكم عبادة أجنبية، بل عبادة⁽⁴⁾ واحدة وهي الصلاة، وفي مسألة الحلق فعله، وهو قد انعقد عليه ما هو أقوى، وهو الحج.

358/22، برقم: 14440.

(1) تهذيب البراذعي: 500/1.

(2) قوله: (لا أنه) يقابله في (ع): (لأنه).

(3) انظر: الجامع، لابن يونس، ص: 1517.

(4) في (ش): (وعبادة).

ومن كان له أهل بمكة وأهل ببعض الآفاق، فقدم مكة معتمراً في أشهر الحج؛ فهذا من مشتبهات الأمور، وأحوط له أن يهدي⁽¹⁾.

قوله: (من مشتبهات الأمور).

قلت: لا نسلم أنه من مشتبهات الأمور.

بيانه: أنه تقرر أن دلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم، وسلب الهدي عمّن له أهل بمكة من باب المفهوم، وثبوت من دلالة المنطوق، فلا يتقاويان حتى يلزم الاشتباه⁽²⁾.

ومن دخل مكة في أشهر الحج بعمرة وهو يريد سكنها، ثم حج من عامه ذلك؛ فعليه دم المتعة، وليس هو كأهل مكة، لأنه أتى يريد السكنى، وقد يبدو له، ومن حل من أهل الآفاق من عمرته قبل أشهر الحج ثم اعتمر عمرة ثانية من التنعيم في أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فعليه دم المتعة، وهو أبين من الذي قدم ليسكن، لأن هذا لم تكن إقامته الأولى سكنى. ومن حلّ من عمرته في أشهر الحج وهو من أهل الشام، أو من مصر، فرجع من مكة إلى المدينة ثم حج من عامه فعليه دم المتعة غلا أن يرجع إلى أفق مثل أفقه، وتباعد من مكة ثم يحج فلا يكون متمتعاً⁽³⁾.

قوله: (وقد يبدو له).

(1) تهذيب البراذعي: 505/1.

(2) المشدالي: فيما قاله نظر.

(3) تهذيب البراذعي: 505/1.

ما عارضها⁽¹⁾ به ابن رشد وغيره؛ واضح⁽²⁾.

مالك: من تعدى الميقات وهو ضرورة ثم أحرم فعليه دم. قيل لابن القاسم: فإن تعداه ثم أحرم بالحج بعد أن جاوزه وليس بضرورة؟ قال: إن كان جاوزه مريداً للحج ثم أحرم فعليه دم⁽³⁾.

قوله: (قيل لابن القاسم).

اختصرها لعموم الجواب في قوله: (إن كان جاوزه) ظاهره ضرورة أم لا، وهو إنما سأله عن الذي ليس بضرورة فحصل عدم المطابقة.

أو يقال: اختصرها لتقصان الجواب؛ لأن السؤال يحتمل بجوازه وهو مريد للحج أولاً، وأجاب بأنه إن تعدى مريد الحج فعليه الدم، ولا يلزم مثله إن لم يرد الحج.

(1) قوله: (ما عارضها) غير مقروء في (ع).

(2) المشدالي: عارضوها بما وقع له - في إرخاء الستور - من أن الأب إذا أراد أن ينتقل إلى بلد ليسكنها فله أن يحمل ولده معه، قالوا: فصدّقه في نية الإقامة هناك، ولم يصدّقه هنا.

قال ابن رشد: وكان الأولى أن يصدّقه هنا؛ لأنه حق بينه وبين خالقه، وهناك الحق للغير.

قال الشيخ أبو الحسن: قد يقال: ما في إرخاء الستور يمكن تلافيه؛ بأن يؤخذ الولد من الأب إن لم يستوطن الموضع الذي ارتحل إليه، وهنا لا يمكن تلافيه الهدى الذي يسقط.

المشدالي: وهذه المعارضة على مذهب الكتاب، وأما على ما ذهب إليه ابن سهل وغير واحد من المؤثّقين من أن الأب لا يصدق حتى تثبت إقامته؛ فلا معارضة.

(3) تهذيب البراذعي: 509/1.

ومن أحرم بالحج من خارج الحرم، مكّي أو متمتع، فلا دم عليه لتركه الإحرام من داخل الحرم، لأنه زاد ولم ينقص⁽¹⁾.

قوله: (لأنه زاد ولم ينقص).

ما أخذه غير واحد⁽²⁾ من هنا غير صحيح لمن تأمل.

ولو أحرم العبد قبل عتقه، والصبّي والجارية قبل البلوغ تبادوا على حجهم؛ ولم يجز لهم أن يجددوا إحراماً، ولا تجزئهم عن حجة الإسلام⁽³⁾.

قوله: (ولم يجز لهم أن يجددوا إحراماً، ولا تجزئهم عن حجة الإسلام).

في كلام عياض في الإكمال - هنا - نظر⁽⁴⁾.

قيل: فإذا أحرمت المرأة بفريضة بغير إذن زوجها فحلّها، ثم أذن لها من عامها فحجّت؛ أيجزئها حجها من الفريضة والقضاء؟ فقال: أرجو ذلك⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 510/1.

(2) قوله: (غير واحد) يقابله في (ع): (غيره وأخذه).

(3) تهذيب البراذعي: 1/513.

(4) انظر: إكمال المعلم، للقاضي عياض: 441/4.

وزاد المشدالي بعده: لما ذكر عن مالك مثل ما في الكتاب من التهادي على الإحرام، وترك الرّفص، قال: قال مالك: وإن استأنف الإحرام قبل الوقوف بعرفة أجزاء لحجة الإسلام، وقال: يجزيه إن نوى في إحرامه الأول حجة الإسلام. اهـ.

وهذا نقل لا يعرف لغيره؛ فلذلك جعله محل نظر، والله أعلم.

(5) تهذيب البراذعي: 516/1.

قوله: (قيل: فإذا أحرمت).

دليل المسألة: أن الحج على التراخي؛ لأنه لو كان على الفور لما احتيج لإذنه.
واختصرها لعدم الجواب جزمًا؛ ولإشكال الحكم بالأجزاء⁽¹⁾ عن أمرين.

قلت: فإذا طاف أول دخول مكة الطواف الواجب الذي يصل به السعي بين الصفا والمروة، واستلم الحجر ثم طاف بعد ذلك؛ أبدأ باستلام الركن من كل طواف يطوفه بعد ذلك؟ قال: نعم⁽²⁾.

قوله: (قلت... المسألة).

اختصرها للإشكال⁽³⁾ في الإطلاق اللفظي؛ لأن نصوصهم على سنينة طواف القدوم، وأطلق في المدونة عليه الوجوب⁽⁴⁾؛ فظاهره: الوجوب العيني الذي يضاهي به طواف العمرة والإفاضة.



(1) في (ع): (على الأجزاء).

(2) تهذيب البراذعي: 520/1 و521.

(3) قوله: (للإشكال) يقابله في (ع): (للإشكال عنه).

(4) انظر: المدونة (زايد): 310/2، و(السعادة/صادر): 367/2، و(العلمية):

كتاب الحج الثاني

كتاب الحج الثاني

قيل: فمن مر بعرفة ماراً بعد دفع الإمام ولم يقف لها؛ أجزئه ذلك من الوقوف؟ قال مالك: من جاء ليلاً وقد دفع الإمام أجزأه أن يقف بعرفة قبل طلوع الفجر⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فمن⁽²⁾ مر بعرفة).

اختصرها لعدم الجواب، ووجه آخر: وهو أن صورة السؤال ظاهرة في عدم العلم، وصورة الجواب ظاهرة في العلم، ولا يلزم من صحة الوقوف مع العلم؛ الصحة بدونه.

قيل: أي هدي يجب علي أن أقف به بعرفة؟ قال: كل هدي لا يجوز لك أن تنحره إن اشتريته في الحرم؛ حتى تخرجه إلى الحل فتدخله الحرم، أو تشتريه من الحل فتدخله الحرم، فهذا الذي يوقف به بعرفة⁽³⁾.

قوله: (قيل: أي هدي...).

اختصرها؛ لأن الجواب يستلزم التسلسل.

(1) تهذيب البراذعي: 542/1.

(2) في (ع): (لمن).

(3) تهذيب البراذعي: 542/1.

قيل: فهل يخرج الناس بالهدي يوم التروية كما يخرجون إلى منى ثم يدفعون بها كما يدفعون إلى عرفات؟ قال: لم أسمع من مالك أكثر من أن يقف بها بعرفة، ولا يدفع بها قبل غروب الشمس⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فهل يخرج الناس...).

اختصرها لعدم مطابقة الجواب.

قال: فإن عاد بها فأوقفها بعرفة قبل انفجار الصبح من ليلة النحر كان ذلك وقفاً؛ لأن مالكا قال في الرجل يدفع من عرفة قبل غروب الشمس: إنه إن رجع فوقف بعرفة قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج ولا هدي عليه⁽²⁾.

قوله: (لأن مالكا قال...).

هو استدلال آخروي.

ولو أصابت المحمل ثم مضت بقوة الرمية الأولى حتى وقعت في الجمرة أجزأته⁽³⁾.

قوله: (ثم مضت بقوة الرمية الأولى).

المازري: لو سقط سهم الرامي للصيد على الأرض ثم اندفع عنها فضرب الصيد ففي أكله قولان للشافعية؛ أحدهما لا يؤكل، والثاني يؤكل؛ لأن

(1) تهذيب البراذعي: 543/1.

(2) تهذيب البراذعي: 544/1.

(3) تهذيب البراذعي: 554/1 و555.

السهم لا قصد له وكذا الأرض فأضيف إلى الرامي فوجب الأكل.
قال: وعندني أن هذا الجواب ينظر إليه ما في المدوَّنة هنا.

والمبعوث معه بالهدي يأكل منه، إلا من العزاء والفدية ونذر المساكين
فلا يأكل منه شيئاً، إلا أن يكون الرسول مسكيناً فجائز أن يأكل
منه (1).

قوله: (إلا أن يكون الرسول مسكيناً).

يؤخذ منه ما في رسم البز من الوكالات (2)، وسماع أشهب من

(1) تهذيب البراذعي: 566/1.

(2) المشدالي: ما في رسم البز مسألة من بعث معه بهال وهو خارج إلى الحج أو الغزو،
وأمره الباعث أن يعطي منه كل منقطع به، فاحتاج المبعوث معه، ولم يكن عنده ما
يقوى به وعليه في بلاده، هل له أن يأخذ من المال أم لا؟
فقال: نعم، له أن يأخذ منه بالمعروف، وأخاف أن يأخذه كله، وأحبُّ إليَّ إن وجد من
يسلفه إلى أن يرجع إلى بلده أن يتسلف، ولا يأخذ منه شيئاً.
قيل: فإذا أخذ لكونه على الصفة التي تبيح أخذه ورجع إلى بلده، هل يخبر الباعث
بذلك؟

قال: نعم، وليس الذي يحكم به بين الناس مثل ما يحكم به بينه وبين غيره، هذا شديد
أن يحكم فيما بينه وبين الناس كما يحكم لنفسه.

ابن رشد: أجاز هنا لمن بعث معه بهال في حج أو غزو ليفرق على المنقطعين أن يأخذ
منه بالمعروف إذا احتاج إليه، والمعروف هو ألا يجابي نفسه في قدر ما يأخذ، فيأخذ
أكثر مما يعطي غيره، واستحل له إن وجد مسلفاً أن يتسلف ولا يأخذ؛ إذ لا يدري هل
يرضى الباعث ذلك؟ أو لا؟ واستحب أن يخبره إذا رجع؛ لأنه هو أعلم بمراة بهاله،
فإن لم يمضه له وجب عليه عُرمه، وإن فات، ولم يمكنه إعلامه لم يكن عليه أن يتنحى

الجهاد؛ وغيره(1).

وكل هدي واجب ضلّ من صاحبه بعد تقليده، أو مات قبل أن ينحره وهو بمنى أو في الحرم أو قبل أن يدخل الحرم؛ فلا يجزيه، وعليه بدله(2).

قوله: (وكل هدي واجب).

أورد على هذه الكلية أنه إما أن يريد الواجب مقيداً بالحج والعمرة، أو مطلقاً.

فيلزم على الأول عدم بدل المساكين؛ واللازم باطل.

ويلزم على الثاني وجوب بدل النذر المعين للمساكين؛ واللازم باطل.

منه على مذهبه؛ لأنه أجاز له الأخذ ابتداءً.

ويتخرج في المسألة قول آخر؛ وهو أنه لا يجوز أن يأخذ منه شيئاً إلا بإذن الباعث.

وهما جاريان على اختلاف الأصوليين في الأمر بالشرع، هل يدخل في الأمر؟ أم لا يدخل؟

فعلى قول من يرى أنه يدخل فيه؛ لأنه من جنس المأمورين المشروع لهم بالشرع يجوز أن يأخذ منه القاسم؛ لأنه من جنس المقسوم عليهم، وكأن الباعث أعلمه أنه أوجبه لذلك الصنف، فدخل مدخلهم، وإلى هذا ذهب مالك، إلا أنه راعى القول الآخر، فاستحب له ألا يأخذ شيئاً إذا وجد مسلفاً، وأن يخبره إذا أخذ.

ولو قال له: إن احتجت إلى شيء فخذ له الأخذ بالمعروف اتفاقاً، ولا يجوز له أن يأخذ أكثر مما يعطي غيره، إلا أن يعلم رضی الباعث بذلك.

(1) المشدالي: مسألة سماع أشهب هي المسألة الحادية عشر من رسم الوضوء والجهاد منه.

وكلام ابن رشد عليها مثل كلامه على مسألة الوكالات. فانظره.

(2) تهذيب البراذعي: 568/1.

من اشترى عبداً فأعتقه عن واجب وبه عيب لا يجزئ به ثم ظهر على العيب فإنه لا يجزيه، وليس له رده في الرق بعد عتقه، ولكن يرجع على البائع بما بين الصحة والداء فيستعين به في رقبة أخرى⁽¹⁾.

قوله: (وليس له رده في الرق).

قلت: قد عارض ابن رشد هذا المعنى بما في سماع محمد بن خالد من الظهار⁽²⁾.

من حج عن ميت فترك من المناسك شيئاً يجب فيه الدم، فإن كانت الحجة لو كانت عن نفسه أجزأته، فهي تجزئ عن الميت⁽³⁾.

قوله: (من حج عن ميت فترك من المناسك شيئاً...).

(1) تهذيب البراذعي: 572/1.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 95/5.

وزاد المشدالي بعده: قال فيه: سألت داود بن سعيد بن أبي دينار عمن وجبت عليه رقبة، فابتاع من رجل عبداً ليعتقه فيما وجب عليه، فأعتقه، ثم أعلمه أن نصفه حر - قد دلّس عليه البائع - قال: يرده على البائع، ويأخذ منه الثمن؛ لأن النصف لا يجزئه.

ابن رشد: قول داود أنه يرد العبد على البائع، ويأخذ منه الثمن من أجل أنه لا يجزئ عنه في الرقبة خلاف المشهور في المذهب، المعلوم من قول مالك في الحج الثاني من الكتاب فيمن اشترى عبداً فأعتقه عن ظهاره، أو بعيراً فقلده وأشعره، ثم أصاب به عيباً لا يجزئ به؛ أنه يرجع بالأرث ولا يرد؛ لفواته بالعتق والهدى، ويجعل ما يأخذ من الأرث فيما وجب عليه من البدل.

(3) تهذيب البراذعي: 586/1.

عورض بمسألة الصنّاع في الخطأ في الصبغ.
والجامع: المخالفة فيما استؤجر عليه.
والفرق بينهما واضح.



كتاب الحج الثالث

كتاب الحج الثالث (1)

قيل: فإن أراد أن يطوف ويسعى قبل أشهر الحج من قابل، ويجعل ذلك لحجة قابل؟ قال: أخاف أن لا يجزيه⁽²⁾.

قوله: (قيل: فإن أراد أن يطوف...).

اختصرها لعدم الجزم بالجواب.

يُحرم في قضاء الحج أو العمرة من حيث أحرم في الأول، إلا أن يكون إحرامه الأول أبعد من الميقات فليس عليه أن يحرم الثانية إلا من الميقات، فإن تعداه في القضاء أجزأه وكان عليه دم؛ لأن من أفطر في قضاء رمضان متعمداً إنما يقضي يوماً بلا كفارة⁽³⁾.

قوله: (لأن من أفطر في قضاء رمضان...).

التنظير غير صحيح من وجهين - لمن تأمل - يطول تقريرهما هنا، وقد

حصل⁽⁴⁾ في غير هذا الموضع⁽⁵⁾.

(1) قوله: (الثالث) ساقط من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 589/1.

(3) تهذيب البراذعي: 592/1.

(4) في (ع): (حصل).

(5) المشدالي: ما ذكره عبد الحق - من التلف - يصحح التنظير، وإن كان المتبادر عدم صحته، كما أشار إليه.

فقال عبد الحق: إنما مثل المتعدي للميقات في القضاء بالمفطر عمداً في قضاء رمضان؛

قيل: فإن أخذ من شاربه؟ قال مالك: من نتف شعره أو شعرات يسيرة أطعم شيئاً من طعام، كان جاهلاً أو ناسياً⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فإن أخذ من شاربه).

اختصرها لمنافات الجواب للسؤال.

وإذا دل المحرم على صيد محرماً أو حلالاً فقتله المدلول عليه، فليستغفر الله الدال ولا شيء عليه⁽²⁾.

قوله: (وإذا دل المحرم).

إسقاط الجزاء مشكل⁽³⁾، وهو مخالف لقوله قبله: إذا أمر عبده وإذا

[13/أ] أمسكه للقتل، بجامع التسبب⁽⁴⁾.

ليبين أن القضاء أبداً لا يكون أقوى حكماً من المُقْضَى، وإنما يكون مثله أو أضعف، وإنما اختلف فطره في رمضان عن فطره في قضاائه في وجوب الكفارة، وتساوى الحكم في الحج من أجل أن لرمضان حرمة لعينه؛ إذ كان مختصاً بأيام بأعيانها، وقضاؤه لا يختص بأيام بأعيانها، فكان أضعف، ووجه تساوي الحج وقضاائه إذ كان مختصاً بزمن بعينه، والله أعلم.

(1) تهذيب البراذعي: 607/1.

(2) تهذيب البراذعي: 615/1.

(3) في (ع): (للشكل).

(4) المشدالي: قد يفرّق بأن الإمساك أقوى من الدلالة، وكذلك أمر السيد لعبده، بدليل مسألة الديات، وحيث لا يلزم من وجوب الجزاء في الأقوى وجوبه في الأضعف.

وإذا اجتمع محرمون على قتل صيد في الحرم، أو اجتمع محلون على قتل صيد في الحرم، أو محل ومحرّم قتلاً صيداً في الحرم، فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملاً⁽¹⁾.

قوله: (وإذا اجتمع المحرمون...).

في بعض النسخ مختصرة، ووجه اختصارها ما تضمنه الجواب من الإشكال.

قال - في حلال أخذ صيداً فأفلت منه فأخذه غيره - : إن كان بحدثان ذلك رده إليه، وإن طال ولحق بالوحش كان لمن أخذه آخراً، وزال ملك الأول عنه وهذا حين أحرم زال ملكه عن الصيد، ألا ترى أنه لو حبسه معه حتى يحل أو بعث به إلى بيته بعدما أحرم وهو بيده ثم حل وجب عليه إرساله⁽²⁾.

قوله: (وجب عليه إرساله).

تقرير المعارضة لما في نحو غصبها أن يقال: إن وصفي الإحرام والتخمير يوجبان حرمة البقاء في الملك؛ بل يسلبان الملك⁽³⁾، وحبسه حتى حل كحبسه حتى تخلل؛ وأمره بأكله المستلزم لإقرار الملك إذا تخلل مناقض للإرسال إذا⁽⁴⁾ زال الإحرام.

(1) تهذيب البراذعي: 616/1.

(2) تهذيب البراذعي: 617/1.

(3) قوله: (بل يسلبان والملك) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (آخر).

والفرق بأن⁽¹⁾ الخمر إن انقلبت لطعام فلا يطرح إقناعي.

بل الفرق أن نقول: إن تأثير الوصفين مختلف؛ فتأثير⁽²⁾ الإحرام في الصيد؛ لأنه بنفس الإحرام انعقدت في الصيد قرينة ذاتية لا ترتفع بزوال الإحرام، كما لا ترتفع الحرية عن رقبة العتق، بدليل لو قتله بعد الإحلال لزمه الجزاء، وفي مسألة الخمر؛ التخمير يوجب رفع الملك، وإراقتة ما دام بهذا⁽³⁾ الوصف فزال بزواله⁽⁴⁾، فدار معه وجوداً وعدمًا⁽⁵⁾.

المعتمر إن أصاب صيداً في الحل فيما بين طوافه وسعيه فعليه الجزاء، وإن أصابه بعد السعي قبل الحلق فلا جزاء عليه⁽⁶⁾.

قوله: (فيما بين طوافه وسعيه).

لا خفاء في صعوبة فهم صحة إصابته الصيد مباشرة في الحل وهو بين الطواف والسعي، وإنما يمكن تصويره بالتسبب⁽⁷⁾.

وقال عبد الحق في كتابه الكبير: إنها يتصور ذلك إذا أنفره عدواً⁽⁸⁾ وفتنة.

(1) في (ش): (فلان).

(2) في (ع): (بتأثير).

(3) قوله: (ما دام بهذا) يقابله في (ع): (ما زال هذا).

(4) في (ش): (لزواله).

(5) المشدالي: مسألة الغصب هي قوله في كتاب الغصب: ومن ملك من المسلمين خيراً فليرقها، فإن اجترأ وخللها فليأكلها. اهـ، وجوابه واضح.

(6) تهذيب البراذعي: 620/1.

(7) في (ش): (بالسبب).

(8) في (ع): (غدوا).

قيل: أيقوم الصيد بشيء من الطعام القطاني أو بزيبب أو أقط وهو عيش أهل ذلك الموضوع؟ قال: يجزئ فيه ما يجزئ في كفارة الأيمان، ولا يجزئ فيه ما لا يجزئ في كفارة الأيمان، ولو قوم عليه طعام فأعطى المساكين قيمة الطعام دراهم أو عرضاً لم يجزه، فإن حكم في الجزاء بثلاثين مداً فأطعم عشرين مسكيناً ولم يجد تمام الثلاثين فله أن يذبح الجزاء ولا يجزئه أن يصوم مكان العشرة، وإنما هو طعام كله، أو صيام كله كالظهار. والصوم في كفارة الصيد متتابع أحب إليّ، وإن فرق أجزأه⁽¹⁾.

قوله: (قيل: أيقوم الصيد).

اختصرها لعدم مطابقة الجواب.

وأخذوا من قوله: (إلا وله نظير)⁽²⁾، أن الفيل له نظير، وهو أعظم النعم

الإبل الخراسانية⁽³⁾.



(1) تهذيب البراذعي: 626/1.

(2) تهذيب البراذعي: 627/1.

(3) في (ع): (الخرسانية).



كتاب إرخاء الستور

كتاب إرخاء الستور

وإن خلا بها في بيت أهلها قبل دخول البناء، صدّق في إنكاره الوطاء ولها نصف الصداق. وإن أقرّ ههنا بالوطء فأكذبتة؛ فلها أخذ جميع الصداق بإقراره، أو نصفه(1).

قوله: (فأكذبتة).

ظاهره أنه يوقف لها، ويبيّن ما في أواخر السرقة: (إذا أقر أنه سرق من فلان وأكذبه فلان وقف المال)(2).

قيل: فمن طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة فيها، ثم قبلها في عدتها أو لامس لشهوة أو جامع في الفرج أو فيما دون الفرج، أو جردها أو نظر إليها أو إلى فرجها، أيكون ذلك رجعة؟ قال: قال مالك وعبد العزيز: إن وطئها في العدة ينوي بذلك الرجعة وجهل أن يُشهد فهي رجعة، وإن لم ينو ذلك فليست برجعة(3).

قوله: (قيل).

قلت: حاصل ما قال المغربي في وجه اختصارها أمران:

- (1) تهذيب البراذعي: 374/2.
- (2) تهذيب البراذعي: 454/4.
- (3) تهذيب البراذعي: 375/2 و376.

الأول: احتمال السؤال قال قوله: (أیكون⁽¹⁾ ذلك رجعة).

يحتمل أن يريد أیكون⁽²⁾ رجعة وإن لم ينو، ويحتمل أن يريد وإن لم يشهد، فلما احتمل السؤال هذين الوجهين: فصل له في الجواب الأمر.

الثاني: نقصان الجواب، وإليه أشار بقوله: انظر سأل⁽³⁾ عن الوطاء ودواعيه، فأجاب عن الوطاء دون الدواعي، لكن الجواب عن الوطاء جواب عن الدواعي.

قلت: وفي هذا نظر؛ لأنه لا يلزم من تأثير الوصف الأقوى في الحكم كون الأضعف كذلك.

وإن قال لها في العدة: كنت ارتجعتك أمس، صدق وإن كذبت؛ لأن ذلك يعد مراجعة الساعة⁽⁴⁾.

قوله: (لأن ذلك يعد مراجعة الساعة).

هذا التعليل فيه نظر؛ لأن فيه قلب الخبر إلى الإنشاء.

قال ابن القاسم: وإن طلقها قبل أن يعلم له بها خلوة، ثم أراد ارتجاعها وادعى الوطاء وأكذبت، فأقام بينة على إقراره قبل الفراق بوطئها؛ لم ينتفع بذلك، ولا رجعة له وإن صدقته، إذ ليس له بناء معلوم، ولتعد إن

(1) في (ش): (يكون).

(2) في (ع): (يكون).

(3) في (ع): (سؤاله).

(4) تهذيب البرادعي: 376/2.

صدقته ولها عليه السكنى والنفقة، وإن لم تصدقه فلا عدة عليها ولا نفقة لها ولا كسوة⁽¹⁾.

قوله: (وإن لم تصدقه فلا عدة عليها، ولا نفقة لها ولا كسوة).

في سماع عيسى من الدعوى فيمن قال لرجل: المائة دينار التي أودعتكها، وقال الرجل⁽²⁾: بل هي قراض، وربحت فيها مائة، لك منها أربعون، فيأبى أن يأخذ الأربعين، إن أبى استؤني بها⁽³⁾ لعله يرجع ويأخذها، وإن أبى تصدق بها، ولو مات فلوارثه أخذها إن شاء المقر.

ابن رشد: يتحصل فيها ثلاثة أقوال؛ قيل: لا يأخذ⁽⁴⁾ الأربعين إلا إذا⁽⁵⁾ كذب نفسه ورجع لتصديقه، وهو الذي يأتي على ما في رهونها وستورها. انظر تمامه⁽⁶⁾.

وللصغيرة والأمة المدبرة والمكاتبه وأم الولد والذمية حكم الحرية المسلمة في المتعة والطلاق⁽⁷⁾.

قوله: (وللصغيرة والأمة...).

(1) تهذيب البراذعي: 2/379 و380.

(2) قوله: (الرجل) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (لها).

(4) قوله: (لا يأخذ) ساقط من (ع).

(5) قوله: (إذا) ساقط من (ش).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/170 و171.

(7) تهذيب البراذعي: 2/381.

أما ذكر الصغيرة⁽¹⁾ فحسن جداً؛ لأنه لما كانت المتعة جبراً لما يلحقها من ألم الفرقة، وكان هذا المعنى مفقوداً من الصغيرة حسن الاعتناء بذكرها. قال محمد بن سعدون: قولهم المتعة للتسلي فيه اعتراض؛ لأن المتعة قد تزيدها أسفاً على زوجها بتذكرها حسن عشرته وكريم صحبته⁽²⁾، فالظاهر أنه شرع غير معلل، وقد قال ابن القاسم: إن لم يمتعها حتى ماتت ورثت عنها، فهذا يدل أنها ليست للتسلي⁽³⁾.

قال ابن عباس وغيره: أعلى المتعة خادم أو نفقة، وأدناها كسوة⁽⁴⁾.

قوله: (خادم أو نفقة).

قال بعضهم: يريد نفقة تقارب ثمن الخادم وأدناها كسوة، ولم يذكر في الأمهات أو نفقة، وظاهر كلام أبي سعيد أن النفقة أعلى المتعة. وقال ابن المنذر⁽⁵⁾: أعلاها خادم، ثم كسوة، ثم نفقة.

(1) قوله: (ذكر الصغيرة) يقابله في (ش): (ذكره الصغيرة).

(2) في (ع): (حجته).

(3) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيضي: [177/أ].

(4) تهذيب البراذعي: 381/2.

(5) في (ش): (المواز)، وابن المنذر، هو: أبو بكر، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أحد الأعلام، المتوفى سنة 306هـ أو 310هـ، سمع الحديث من محمد بن ميمون، ومحمد بن عبد الله بن الحكم، صنّف التصانيف المفيدة؛ منها: "الأوسط"، و"الإشراف في اختلاف العلماء"، و"الإجماع"، شهد له الذهبي بمعرفة الحديث.

وإن خالها على عبد لها بعينه، ولم تصفه له ولا رآه الزوج قبل ذلك، أو تزوجها على مثل هذا، ففي النكاح يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ولها صداق المثل. وفي الخلع يجوز، كمن خال على ثمر لم يبدُ صلاحه، أو على بعير شارد، أو عبد آبق، أو جنين في بطن أمه، أو بما تلد غنمها، أو بثمر نخلها العام، فذلك جائز والخلع لازم⁽¹⁾.

قوله: (كمن خال على ثمر).

إن قصد به الاستدلال على مسألة العبد فهو باطل؛ لأنه مصادرة⁽²⁾. قلت: ويصح إجراء افتراق ما به المخالعة مما به النكاح على قاعدة عقلية، وهي أن يقال: تقرر أن الوجود أشرف من العدم، و عوض الصداق جائز لطرف الوجود، إذ به وجود الماهية، والخلع جائز لطرف العدم، فلذا قضينا بسلامة العوض في الصداق؛ رعيًا لجانب الشرف.

وكل حامل بانث من زوجها بيتات أو خلع أو غيره وقد علم بحملها أم لا، فإن لم يتبرأ من نفقة حملها؛ فلها النفقة في الحمل والسكنى والكسوة⁽³⁾.

قوله: (فلها النفقة في الحمل).

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي: 102/3 - 108.

(1) تهذيب البراذعي: 382/2.

(2) في (ع): (يصادرة).

(3) تهذيب البراذعي: 384/2.

قال بعضهم: يريد في غير (1) الملاعنة، يدل عليه ما في طلاق السنة (2).
وعطفه الكسوة على أن لفظ (3) النفقة لا يشملها، وإنما دخلت بالإجماع.
قلتُ: لا يلزم من العطف عدم الدخول؛ لجواز عطف الخاص على العام،
والإجماع مقوله (4)، فتكون مرادةً بدليلين؛ لفظي وإجماعي (5).

(1) في (ش): (يمين).

(2) المشدالي: وهو قوله فيه: وكل بائن بطلاق ثلاث، أو بخلع، أو لعان، ونحوه، فلها السكنى، ولا نفقة لها ولا كسوة إلا في الحمل البين، فذلك لها ما أقامت حاملاً، خلا الملاعنة؛ فإنها لا نفقة لها في حملها.

(3) قوله: (أن لفظ) ساقط من (ش).

(4) في (ع): (بقوله).

(5) المشدالي: اختلف الشيوخ في الكسوة، هل تدرج تحت لفظ النفقة؟ أو لا؟ فذهب طائفة منهم إلى أنها مندرجة تحته، وعليه يأتي حكم ابن زرب على من التزم أن ينفق، ثم قال: إنما أردت الإنفاق دون الكسوة؛ بإيجاب الكسوة عليه، واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمَلَ﴾ الآية [سورة الطلاق: 6].

وقال القاضي أبو الأصبح ابن سهل: فيما قاله ابن زرب نظر؛ لأن هذا إنما هو في النفقة الواجبة، كنفقة الزوجية والأبوة والبنوة والعامل في القراض، لا في النفقة التي يتطوع بها المنفق إذا قال: لم أرد إلا المَطْعَم، بدليل قوله في كتاب الرواحل من الكتاب: لا بأس أن يستأجر العبد على أن على الذي استأجره نفقته، وكذلك الحر، قال: فقلنا لمالك: فإن اشترط الكسوة؟ قال: لا بأس بذلك.

فقوله: «فإن اشترط الكسوة» بعد قوله: «استأجره على أن عليه نفقته»، يدل على أن النفقة لا تقتضي الكسوة، ولو اقتضتها عنده لقال له حين سأله عنها: لفظ النفقة يقتضيها.

وفي كتاب الجعل: «والظئر نحوه»، إلا أن مسألة العبد آيين لفظاً.

وقال ابن حبيب في الواضحة: لا بأس أن يسترضع الرجل المرضع لولده السنة والستين بشيء مسمى، على أن نفقتها في طعامها وكسوتها على أبي الصبي، ذلك جائز، سمي النفقة والكسوة أو لم يسمها؛ لأن قدرها معروف.

وهذا بين في خروج الكسوة عن النفقة في هذا وشبهه، وله في موضع آخر نحوه. ويؤيد ما قلناه أنه لو التزم الإنفاق على إنسان فأنفق عليه شهراً أو سنة، ثم قال: هو الذي أردت، ولا أزيد عليه، وطلبه الآخر بالإنفاق حياته؛ لصدق المنفق، ولا يلزمه أكثر مما ذكر أنه قصده، فكذلك إذا قال: إنها أردت المطعم لا الملبس.

وفي كتاب الصدقة من الكتاب: فيمن تصدق بحائطه - وفيه ثمر طائب أو مأبور - وزعم إنه إنما تصدق بالأصل دون الثمر، قال مالك: هو مصدق. قال ابن القاسم: ولا يحلف، ورواه أشهب في الموازية.

ثم قال ابن سهل: وقد مر في كتابي هذا من كلام ابن زرب أن كل متطوع مصدق، ولو ذهب إلى نقل ما يدل على صحة قولي في المنفق إذا قال: "لم أرد الكسوة" مما يحضرنى الآن حفظه لاجتمعت منه ورقات، والحمد لله.

وأما إن قال المنفق: "لم تكن لي نية في مطعم ولا ملبس"، فيقال له: قم بهما جميعاً. المشدالي: قال ابن عرفة: هذا إقرار من ابن سهل بدخول الكسوة في مسمى النفقة، كقول ابن زرب؛ لأنه إذا كان من مسأها لزم، ولا ينفعه قوله: "إنما أردت الطعام"، كما لو قال: "إنما أردت الكسوة"؛ فإنه لا يقبل.

قال: ثم رأيت للمتيطي - إثر قوله: فيقال له: قم بهما جميعاً - لعل جواب ابن زرب في هذا، وهو محل النظر، وإذا لم يتناول لفظ النفقة الكسوة على ما قال ابن سهل، فكيف تلزمه مع عدم النية؟

وأما إن ادعى نية فبين أنه لا يقضي إلا بما نوى.

قال: ثم رأي في الموازية مثل قول ابن زرب.

قال مالك: من أوصى بنفقة رجل حياته، أخرج له من الثلث ما يقوم به لمتهمي سبعين سنة؛ ما يقوم به من ماء وحطب وطعام وكسوة.

قلت: هذا واضح إلا قوله: "إنما يقضى عليه بما نوى"؛ بل الصواب بممدلول

قال مالك: وإذا خالعتها على أن يكون الولد عنده؛ فالخلع جائز وله شرطه، إلا أن يضر ذلك بالصبي ويخاف عليه إن نزع منها، مثل: أن يكون يرضع وقد علق بها، فلا سبيل له إليه حتى يخرج من حد الإضرار به والخوف عليه، فيكون له حينئذ أخذه⁽¹⁾.

قوله: (إلا أن يضر ذلك بالصبي) إلى قوله: (والخوف عليه).

أقاموا [13/ب] من هنا أن من طلق زوجته⁽²⁾، وله منها رضيع، فتزوجت، فطلب الأب ولده، أنه إن خيف على الولد إذا نزع من أمه، أنه يبقى عندها حتى يخرج من حد الإضرار.

ظاهر لفظه.

المشدالي: وسئل ابن رشد عن تطوع بالتزام نفقة ربييه، هل تلزمه الكسوة مع النفقة؟ أو لا؟ فقال: لا أرى أن تلزمه كسوة بعد أن يحلف في مقطع الحق أنه إنما أراد المطعم دون الملابس، وكان ابن زرب وغيره من الشيوخ يوجبون عليه الكسوة مع النفقة، ويحتجون بإجماع أهل العلم على إيجاب النفقة والكسوة للحامل بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا﴾ الآية [سورة الطلاق آية: 6]، ولا أرى ذلك؛ لأن النفقة - وإن

كانت من ألفاظ العموم - قد تعرف عند أكثر الناس بالطعام دون الكسوة.

المشدالي: فظاهره أنه لو نكل، أو لم تكن له نية لقضي عليه بالكسوة كما قال ابن سهل، فيتوجه عليه الاعتراض، وفيه عندي نظر؛ لأنه لا يلزم من إدراجها تحت لفظ النفقة - حيث لا نية له - ألا يقبل قوله إذا ادعى تخصيص الالتزام بالمطعم، مع تصديق العرف له في ذلك - في الأكثر - ويشهد لذلك ما قالوا في مسائل الأيمان.

(1) تهذيب البراذعي: 387/2.

(2) في (ع): (زوجة).

وإن كان لأحدهما على الآخر دين مؤجل فخالعها على تعجيله قبل محله جاز الخلع وزدّ الدين إلى أجله⁽¹⁾.

قوله: (وإن كان لأحدهما...).

قلت: لا خفاء في إمكان ست عشرة صورة في هذا الباب، وضابط الممتنع منها مسمى استلزم الخلع أو المقاصة محذور امتنع.

والمبارئة: التي تبارئ زوجها قبل البناء، فتقول: خذ الذي لك وتاركني، والمختلعة: التي تختلع من كل الذي لها، والمفتدية: التي تفتدي ببعض مالها وتحبس بعضه، وذلك كله سواء، وهي طلقة بائنة⁽²⁾.

قوله: (والمبارئة). إلى آخره.

ابن العربي: تفريق مالك في هذه المسميات اصطلاحٌ يدخل بعضه في بعض⁽³⁾.

وإن خالعه على أن تعطيه ألف درهم، فأصابها عديمةً، جاز الخلع وتبعها بالدراهم، إلا أن يكون إنما صالحها على أنها إن أعطته الألف تم الصلح، فلا يلزمه الصلح إلا بالدفع⁽⁴⁾.

قوله: (واتبعها بالدراهم).

(1) تهذيب البراذعي: 387/2 و388.

(2) تهذيب البراذعي: 390/2.

(3) انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 215/1.

(4) تهذيب البراذعي: 391/2.

زاد في الأم: (دينياً)، فيقوم منه أن العوض في الأم كالعوض (1) في الخلع لا يفتقر إلى حوز.

المتيطي: وهو المشهور، ووقع لمحمد خلافه فيمن أحاله الزوج على ما خالغ به زوجته فماتت قبل أن يقبض المحال منها رجوع على المحيل (2).
قوله: (فلا يلزمه الصلح إلا بالدفع).

يقوم هنا (3) أن مثل هذا في البيع جائز، مثل أن يقول: بعت هذه السلعة بكذا إن نقدتها الآن، فإنه إن لم ينقدها؛ فلا بيع بينهما (4).

ويجوز ما خالغت به المكاتبه، أو وهبت من مالها بإذن السيد (5).

قوله: (يجوز ما خالغت به المكاتبه).

القابسي: وقال الغير في الحمالة: لا تجوز هبته، فيحتمل أن يقول هنا: لا يجوز الخلع إلا في اليسير، ويحتمل أن يجوز في الكثير؛ لأنها تتفع بالمخالعة

(1) قوله: (في الأم كالعوض) زيادة من (ع).

(2) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيطي: [223/ب]، (...). وقع في كتاب ابن المواز ما يدل على خلافه وذلك أنه قال إذا كان على الزوج دين فأحال به على الزوجة فيما خالغها به فماتت قبل أن يقبض المحال دينه...).

(3) في (ع): (منها).

(4) المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن: معناه إذا باع بشرط ألا ينقصد البيع إلا بدفع الثمن، وأما إذا انعقد البيع بينهما ثم قال له: إن لم تأتني بالثمن إلى وقت كذا فلا بيع بينهما، فهذا يصح فيه البيع، ويبطل الشرط.

(5) تهذيب البراذعي: 396/2.

نزِيل عنها الاشتغال بالزوج، وتفرغ للسعي.

ولو اختلعت منه على أكثر من ميراثه منها لم يجز، فأما على مثل ميراثه منها أو أقل فجائز، ولا يتوارثان⁽¹⁾.

قوله: (فأما على ميراثه فأقل فجائز).

نحوه أوائل عتقها الأول.

وفي سماع يحيى: إذا صالحته على دار أو أرض، وقيمة ذلك مثل ميراثه منها؛ جاز على الورثة، ولا كلام لهم.

ابن رشد: فيه دليل على خلاف ما حكى سَحْنُون عن بعض أهل العلم، أنه لا يجوز للمريض أن يبيع من بعض ورثته أغبط ماله، وإن لم يحاب في الثمن⁽²⁾.

من خالغ إحدى امرأته فقالت له الأخرى: ستراجعها، فقال لها: هي طالق أبداً، ولا نية له، فإن تزوجها طلقت منه مرة واحدة وكان خاطباً؛ لأن مالكا جعله جواباً لكلام امرأته⁽³⁾.

قوله: (طالق أبداً).

قال في سماع عيسى: من قال لامرأته إن تزوجتك أبداً فأنت طالق، فتزوجها مرة؛ فقد حنث، وإن تزوجها بعد زوج؛ فلا شيء عليه.

(1) تهذيب البراذعي: 397/2.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 292/5.

(3) تهذيب البراذعي: 397/2.

ابن رشد: أما إذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق؛ فلا خلاف أنه إذا تزوجها وحنث فيها؛ لا تعود عليه اليمين فيها إن تزوجها مرة أخرى، وسواء قال لامرأة بعينها: إن تزوجتك فأنت طالق، أو: إن تزوجتك أبداً فأنت طالق⁽¹⁾، وإنما يفترق التأييد من غيره في الطلاق.

فإذا قال لامرأة: أنت طالق أبداً؛ فهي ثلاث، وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أبداً؛ فقيل: ثلاث، كقوله: أنت طالق أبداً، وقيل: واحدة؛ لاحتمال رجوع التأييد إلى التزويج، وهو دليل ستورها، ومثله يقوم من عتقها الأول⁽²⁾.

وللأب تعاهد الولد عند أهمهم، وأدبهم وبعثهم إلى المكتب⁽³⁾.

قوله: (وللأب تعاهد الولد).

يقوم من هنا أن الأب له القيام بجميع أمور ولده؛ يختنه، ويصنع⁽⁴⁾ الصنيع، ويختنه في داره، ثم يرسله لأمه. ولو تنازع الأب والأم في زفاف البنت؛ فقال الأب: عندي، وقالت الأم: عندي، فظاهر النقل: القول قول الأم⁽⁵⁾.

(1) قوله: (أو إن تزوجتك أبداً فأنت طالق) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 6/113 و114.

(3) تهذيب البراذعي: 2/399.

(4) في (ع): (يضع).

(5) المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن: لم أر فيه نصاً، وفيه حق للأب وحق للأم، فحق الأب أن يكون من بيته؛ لأن كون العرس عنده، وحق الأم أن يكون من بيتها.

ولا يبيتوا إلا عندها، إلا أن تتزوج الأم، والولد صغير يرضع أو فوق ذلك، فإنه ينزع منها إذا دخل بها زوجها، لا قبل ذلك (1).

قوله: (إلا أن تتزوج الأم).

سئل شيخنا أبو عبد الله عمّن طلق امرأته، ولها منه (2) صغير، واشترطت عليه قبل الطلاق أنها إن تزوجت في عامين لا يخرج ولدها من حضانتها، فتزوجت في العامين، فطلقت قبل استكمال العامين، فبقى (3) الولد حتى كمال العامين فأراد أخذه، هل له ذلك أم لا؟

قال: لا؛ لأن الموجب لإسقاط الحضانة القضية القائلة بالتزويج مسقط، ولو طلقت لم (4) ترجع.

وهنا القضية القائلة: النكاح لا أثر له، فكان كما لو لم تتزوج، نعم إن تزوجت في المستقبل أخذته.

قلت: في سماع ابن القاسم من كتاب التخيير (5) دليل على هذه المسألة، أو هي بنفسها، إلا قوله: (نعم...) إلى آخره. ففيه نظر (6).

وانظر قوله: (حتى تنكح وتدخل)؛ هل من بيت أمها؟ أم لا؟

(1) تهذيب البراذعي: 399/2.

(2) قوله: (ولها منه) يقابله في (ع): (وله منها).

(3) في (ش): (فيبقى).

(4) قوله: (لم) ساقط من (ش).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 220/5 و221.

(6) المشدالي: المسألة التي أشار إليها هي أول مسألة من رسم حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان، ونصها: سئل مالك عمّن طلقها زوجها ولها منه ولد صغير، فتزوجت،

قلتُ: ووقع بيني وبين بعض الفضلاء بالقاهرة المحروسة بحث في مسألة من هذا النمط؛ وهي: مطلقة لها صغير في حضانتها، فخافت إن تزوجت أن يأخذ أبوه، فأعطته مالا على أنه لا ينزعه منها ولو تزوجت، وأنه إن انتزعه رجعت عليه بما أعطته، ثم إنها تزوجت، فسكت الأب ولم يأخذ الولد بمقتضى الشرط، فقامت الجدة فأخذته، فأرادت الأم الرجوع على الأب فاحتجت عليه بأنها إنما دفعت المال على بقاء الولد عندي، والآن قد زال من يدي.

فقال بعض المشاركة: لا رجوع لها، وذلك مصيبة نزلت بها.

قلتُ له - وصَوَّبَه -: ولقائل أن يقول: لا تصح هذه المعاوضة، ولها الرجوع - ولو لم تتزوج - لأنه أخذ عوضاً عما لا يملك حالة المعاوضة؛ لأن نزاع الولد إنما يملكه بالتزويج، فهو كقولهم إذا أخذ عوضاً عن إسقاط الشفعة قبل تقرر موجبها⁽¹⁾.

فأخذ الصبي أبوه، فكلمته في ذلك، وصالحته في كتاب على أن يتركه عندها سنتين ثم تدفعه إليه، فطلق المرأة زوجها قبل تمام السنتين، فأرادت حبس ولدها بعد السنتين، فأبى أبوه، وقال: قد كتبت كتاباً بيني وبينك على سنتين؟

قال مالك: أرى أن يدفعه إليها، فإن تزوجت قبض ولده من غير أن أرى ذلك عليه. قال ابن القاسم: ثم سمعته يقول: أرى أن يأخذ ولده.

ابن رشد: ليس ما سمعه أخيراً بخلاف ما قبله؛ لأنه إنما ندبه أولاً إلى تركه عندها من غير أن يرى ذلك لازماً له، وذلك صحيح على معنى ما في الكتاب من أنها إذا تزوجت سقطت حضانتها جملة، وليس لها أن تأخذه إن مات الزوج أو طلقها.

وقيل: إنها تسقط حضانتها ما دامت مع الزوج، فإن تَأَيَّمَتْ أخذته، وهو قول المغيرة وابن دينار وابن أبي حازم، وانظر توجيهه في "البيان".

(1) المشدالي: دليل كلامه أنه لو عاوضته بعد التزويج لصلح ذلك بلا إشكال، وفيه نظر؛

ولأم الولد تعتق ما للحررة من الحضانة⁽¹⁾.

قوله: (ولأم الولد...). المسألة.

قلت: في سماع عيسى: لو أعتق أم ولده على أن تسلم ولدها الصغير يكون عنده أنه لا يمكّن⁽²⁾ منها، بخلاف الحررة، ونحوه في سماع أبي زيد ابن رشد وعن ابن القاسم أنها كالحررة⁽³⁾.

بناء على أن الإسقاط هل وقع في الرق فلا يلزم؟ لأنها مغلوقة، أو لا؟ فيلزم.

فإن ابن رشد حكى الخلاف في بيع الشفيع شفيعته من المشتري بعد وجوبها له، فقيل: يصح، وليس لمن بعده من الشفعاء مقال، فاللازم على هذا واضح إن وافق النقل بأن لا مقال للجدة هنا في الولد.

قال: وقيل: يفسخ البيع، ويبقى الشفيع على شفيعته، قال: وأما لو أخذ الشفيع ثمناً على تسليم الشفيع بعد وجوبها، فجائز اتفاقاً؛ يريد: ولمن بعده من الشفعاء أن يأخذ بالشفعة، ولا مقال للمشتري عند الشفيع في العوض؛ لأنه أخذه على التسليم، وقد فعله، ثم يحاول المشتري نفسه مع من بعده من الشفعاء، ولا كذلك البيع منه؛ فإنه إنما عاوض فيه على أن يملك ذلك الشقص، لا يشفعه أحد من يده، فإذا فسخ وعادت الشفيع للشفيع رجع في عوضه كما تقدم.

هذا هو فرق ما بين التسليم والبيع، فاعتبر هذا المعنى هنا إن وقع العوض عليه، وفيه - مع ذلك - نظر؛ إذ لقائل أن يقول: إذا تزوجت الأم فلا نسلم أن للزوج ملك الانتزاع مع وجود الجدة، بل الجدة هي التي ملكته، وبالله التوفيق.

(1) تهذيب البراذعي: 402/2.

(2) في (ع): (يلزم).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 271/5.

وللزوج أن يظعن بزوجه من بلد إلى بلد وإن كرهت، وينفق عليها(1).

قوله: (وللزوج أن يظعن بزوجه).

معناه: الحر لا العبد، ولو كانت زوجته أمة.

ابن رشد: للحر ذلك، إلا إذا كان غير محسن ولا مأمون عليها، وهو

معنى ما في المدوِّنة، وصرح به أشهب عن مالك(2).

ابن رشد في سماع أشهب من النكاح: هو محمول على ما يوجب له

الخروج بها حتى يعلم خلاف ذلك، هذا الذي يقتضيه ستور المدوِّنة(3).

الباجي: الذي يقتضيه ستور المدوِّنة أنه محمول على حسن العشرة حتى

يتبين(4) غيره.

ولو حكّم الزوجان من لا يُحَكِّم ففرّق، لم يمض ذلك، ولا يكون طلاقاً؛ لأن ذلك لم يكن على جهة تملك الطلاق، يدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمها، ولا مدخل للزوجة في تملك الطلاق(5).

قوله: (لأن ذلك لم يكن على وجه تملك الطلاق).

هذا جواب عن سؤال مقدر.

تقدير السؤال أن يقال: إذا لم يمض الطلاق على وجه التحكيم مضى على

(1) تهذيب البراذعي: 404/2.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 422/5.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 384/4.

(4) في (ش): (يتيقن).

(5) تهذيب البراذعي: 406/2.

وجه تمليك الطلاق؛ لأن القاعدة تمليك الطلاق لكل أحد، ثم أخذ يستدل على أن ذلك لم يكن على جهة⁽¹⁾ التمليك.



(1) في (ع): (وجه).



كتاب العدة وطلاق السنة

كتاب العدة وطلاق السنة

ويطلق الحامل طليقة واحدة متى شاء، وتحل بالوضع لآخر ولد في بطنها، وله رجعتها ما لم تضع آخر ولد في بطنها⁽¹⁾.

قوله: [14/أ] (ما لم تضع آخر ولد في بطنها).

قلتُ: ولو مات في بطنها؛ لم تنقض عدتها إلا بوضعه، وهو ظاهر القرآن الكريم، وهو صريح في نوازل بعضهم⁽²⁾.

ومن قال لامراته وهي حائض: أنت طالق للسنة، أو قال لها: إذا طهرت فأنت طالق، لزمته مكانه طليقة، وجبر على الرجعة، ولو قال: ثلاثة للسنة وقعن ساعتئذ، كانت طاهراً أو حائضاً، وبانت منه⁽³⁾.

قوله: (وهي حائض للسنة أو ثلاثة للسنة).

قلتُ: ما يعطيه هذا الكلام من التنافي يزيله من توغل في قواعد المذهب⁽⁴⁾.

وفي نوازل سحنون: لو قال لها: أنت طالق - كما قاله في كتابه - لزمه

(1) تهذيب البراذعي: 410/2.

(2) انظر المسألة في: مواهب الجليل، للحطاب: 555/5.

(3) تهذيب البراذعي: 411/2.

(4) المشدالي: ظهور التنافي بين الطلاق ثلاثاً أو في الحيض، وكونه سنياً، ويدفعه أن القاعدة في الطلاق إذا علق على متحقق الوقوع أو غالبه وجب تنجيذه، فكأنه هنا علقه على طهرها، فوجب تنجيذه عليه في المسألتين، وبالله التوفيق.

طلاق السنة.

إذا أتمت المرأة أربعة أشهر وعشراً في الوفاة، ثم استراحت نفسها انتظرت حتى تزول الريبة عنها ثم تحل (1).

قوله: (انتظرت حتى تزول الريبة).

يعني تسعة أشهر أو حيضة.

ومن هنا يقوم أن عدة الحرة في الوفاة لا بد فيها من حيضة.

قلتُ: وهنا بحث لطيف يعترف بصحته الأفاضل، وبيانه بذكر

موضوعه.

قال شيخنا في مختصره - باحثاً مع ابن عبد السلام - ما نصه في القسم الثاني من (2) أقسام المعتدات، وتعقبه ابن عبد السلام بقوله: لا (3) تدخل أشهر العدة في أشهر التسعة، وإنما يطلب حصول العدة بعد الاستبراء لو افتقرت العدة إلى النية (4)، وليس كذلك.

ويُردُّ بأن عدة الأشهر في ممكنة الحيض التي حاضت شرطه انتفاء حيضتها، ودليله إنما هو التسعة، فلو اندرجت أشهر العدة في التسعة؛ لكانت بالثلاثة الأخيرة، فلا يكون المتقدم عليها إلا ستة، ودليل نفي الحيض تسعة،

(1) تهذيب البرادعي: 414/2.

(2) قوله: (من) زيادة من (ع).

(3) في (ش): (ألا).

(4) قوله: (إلى النية) يقابله في (ع): (للنية).

فيلزم وجود المشروط بدون شرطه، وهو محال بملزومه⁽¹⁾، وهو الاندراج كذلك.

قلتُ: لا خفاء في قوة كلام الشيخ ابن عبد السلام، وما ألزمه شيخنا ضعيفٌ.

أما قوة كلام الشيخ؛ فلأنه اعترض بقاعدة مسلمة، وصريح المدوّنة ناطق بذلك، وهو عدم افتقار العدة إلى النية.

وقال بعض المغاربة: "اتفاقاً"، فأتج له هذا الكلام أنها معقولة المعنى. وفي كلام عياض - في باب الإحداد - قولٌ صريحٌ بأن عدة الوفاة عبادة فعلية تفتقر للنية.

ولا مانع من اندراجها في القسم الثالث من⁽²⁾ ضابط ابن الحاجب في باب الزكاة، فالاتفاق حينئذ غير صحيح.

ولا يضر هذا في أصل البحث مع ابن عبد السلام؛ لأنه يستشكل على ما في المدوّنة وغيرها⁽³⁾.

وأما ضعف كلام شيخنا، فواضح بيانه أن اللازم الذي ألزمه لابن عبد السلام من وجود المشروط بدون شرطه، إنما يلزم أن لو قال ابن عبد السلام بتمحيض الثلاثة الأشهر الأخيرة للعدة، حتى يلزم منه وجود المشروط

(1) في (ع): (ملزومه).

(2) قوله: (الثالث من) يقابله في (ع): (الثامن).

(3) المشدالي: القسم الذي أشار إليه في كلام ابن الحاجب هو قوله في ترجمة إخراج الزكاة: "واختلف فيما فيه شائبتان"... إلى آخره، وهذا مما وُجِدَتْ فيه شائبتان.

الذي (1) هو العدة، بدون شرطه الذي هو التسعة الأشهر.

بل اللازم لابن عبد السلام اقتران المشروط مع جزء شرطه في الوجود، واقتران الشرط مع (2) المشروط في الوجود لا مانع منه، فضلاً عن جزء شرطه، ألا ترى أن ابن عبد السلام إنما قال: هلا اندرجت معها، فتكون العدة موجودة ضمناً (3)، وإلا بطل الاندراج.

وهذا كلام متين لا يَعدِلُ عنه إلا ضعيف البصيرة، زاده الله تعالى ضعفاً على ضعف.

إن طلقها وهو غائب فعدتها من يوم طلق إذا أقامت على الطلاق بينة، وإن لم تكن على ذلك بينة (4).

قوله: (فعدتها من يوم طلقها إذا قامت على ذلك بينة).

عورضت بما في الأيمان بالطلاق: (إذا طلقها في سفر... المسألة (5)).

الفرق بينهما أنه هناك متماد على الإنكار، وهنا مُقَرَّرٌ.

وإن كان الطلاق بتاتاً لم يتوارثا - أي الغائب وزوجته - بحال، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه قبل علمها؛ لأنه فَرَطٌ (6).

(1) في (ع): (أو شيء).

(2) قوله: (الشرط مع) ساقط من (ع).

(3) في (ش): (ضمنها).

(4) تهذيب البراذعي: 415/2.

(5) انظر: تهذيب البراذعي: 370/2.

(6) تهذيب البراذعي: 415/2.

قوله: (لأنه فرط).

قلت: يؤخذ من هذا التعليل ما في نوازل ابن رشد، ورسمناه في حاشية وكالاتنا⁽¹⁾.

ابن رشد - في سماع ابن القاسم -: يجب على هذا التعليل أن تغرم ما أنفقت من ماله بعد أن طلق إلى أن يمضي من المدة ما يمكن أن يصل العلم إليها بذلك دون تفريط، وهو مقدار المسافة إلى ذلك الموضع. لكنهم لم يقولوه⁽²⁾.

ومسألة النوازل في وكيل تقيّد عليه مقالات بإقرار على موكله، فلما طلب بذلك الإقرار استظهر الوكيل أنه عزله قبل زمن الإقرار، ولم يعلم الوكيل بالعزل، فهل يسقط الإقرار عن الموكل بالعزل أم لا؟

قال: لا إلا أن يعزله قبل أن يشرع في الخصام عزلاً أعلن به، وأشهد به، ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلامه⁽³⁾.

وفي سماع عيسى من الوكالات فيمن وكل على تقاضي ديون فقال: الغريم قد قضيت بعض الحق للموكل، فغرم الجميع للوكيل لعدم البينة له على

(1) المشدالي: أشار والله أعلم إلى ما سئل عنه ابن رشد في مسائل الوكالات؛ وهو: رجل وكل وكلياً على الخصام وكالة مفوضة، وخاصم خصمه وأقر على موكله، فلما طوّل بالإقرار استظهر الموكل بأنه كان عزله قبل الإقرار دون أن يعلم الوكيل، فهل يسقط الإقرار؟ أم لا؟ فقال: الإقرار لازم للموكل إلا أن يكون عزله قبل مناقشة الخصام عزلاً أعلن به وأشهد عليه، ولم يفرط في تأخير إعلانه.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 325/5 و 326.

(3) انظر: مسائل ابن رشد: 696/1.

القضاء، فلما قدم الموكل أقر بالقضاء، فإن الغريم يرجع على الموكل؛ لأنه فرط حيث لم يعلم وكيله بذلك⁽¹⁾.

ولا تلبس - الحادة - حلياً؛ لا قرطاً ولا خاتماً ولا خلخالاً ولا سواراً
ولا خرص ذهب أو فضة، ولا تمس طيباً⁽²⁾.

قوله: (لا تلبس حلياً ولا خاتماً⁽³⁾).

في نسخة شيخنا، وبعض الشارحين بزيادة حديد ومفهومه جواز التختم بالحديد لغير الحاد، وفي الرسالة منعه.

وفي نسخة صاحب تعليقة القاسبي عدم ذكر الحديد.

ولذا قال: وفي كتاب محمد: ولا خاتم حديد.

قال في تعليقة القاسبي: لا أعلم رواية: (هل تجلس الحاد على الثياب المصبوغة؟)، لكن في الحج الأول لمحمد: (لا يجلس المحرم على شيء مما صبغ بزعفران أو عصفر أو ورس إلا أن يغشيه بثوب أو يطرحه عليه)⁽⁴⁾، فالحاد مثله؛ لأنها ممنوعة من الصباغ والطيب والزينة، فإذا منع المحرم؛ فالحاد أولى.

وتوقف الشيخ عن الجلوس على ثوب الحرير إذا جعل الإنسان بينه وبينه حائلاً من كتان أو غيره.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 171/8.

(2) تهذيب البراذعي: 417/2.

(3) في (ع): (خاتم).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 343/2.

وقال ابن حبيب في فراش بطانه من كتان ووجهه ديباج: لا⁽¹⁾ يجوز الجلوس علي بطانته.

قال: فيحتمل أن يكون لا يصل الوجه الذي هو حرير كالبطانة، وتوقف في المنفصل.

قلت: له حديث البخاري أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير وأن يجلس عليه⁽²⁾ وهذا لا محالة أنه جالس عليه.

فقال: قال بعض أصحابنا: لما جاز أن يصلي على ثوب نجس إذا بسط عليه ثوباً طاهراً، ولم يكن من فعل ذلك مصلياً على النجس، فكذلك لا يكون الآخر جالساً على الحرير.

ويظهر لي⁽³⁾ أن هذا يشبهه، وفي النفس منه شيء، وانظر ما الدليل على جواز الصلاة على ثوب نجس مع وجود الحائل⁽⁴⁾.

(1) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(2) حَدِيثٌ حَدِيثٌ حَدِيثٌ مَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لُبْسِ الْحَرِيرِ وَأَنْ نَجَلِسَ عَلَيْهِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ: أخرجه البخاري: 304/10، كتاب اللباس: باب افتراش الحرير، حديث "5837"، ومسلم: 51/14 نووي "كتاب اللباس والزينة: باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة، حديث "2067/5".

إِلَّا أَنَّ مُسْلِمًا لَمْ يَذْكُرِ الْجُلُوسَ لَكِنَّ لَهُ عَنْ عَلِيِّ النَّهْيُ عَنِ الْجُلُوسِ عَلَى الْمِيَاثِرِ، أخرجه مسلم: 10/10- نووي "كتاب اللباس: باب النهي عن التختيم في الوسطى حديث "2078".

انظر: التلخيص الحبير، لأبي الفضل العسقلاني: 194/2.

(3) قوله: (ويظهر لي) يقابله في (ع): (ونعم إن).

(4) المشدالي: قال النووي في شرح مسلم: مذهبنا النهي عن الجلوس على الحرير، وإن

قال مالك: ولا حداد عليها في عدتها من وفاة سيدها، ولا أحب لها المواعدة فيها، ولا تبيت إلا في بيتها⁽¹⁾.

قوله: (لا تبيت إلا في بيتها).

قلت: وفيما قاله في المختصر عن ابن رشد نظر⁽²⁾.

قال مالك وعبد العزيز: ومن نكح في العدة، وبنى بعدها؛ فسخ نكاحه، وكان كالمصيب في العدة⁽³⁾.

قوله: (وكان كالمصيب في العدة).

كان بطانة لغيره، أو حشي به ما يجلس عليه كما يحشى بالصوف. اهـ.
قال الشيخ الفقيه المحقق أبو عبد الله الأبي: وجّه أبو يحيى سلطان إفريقية الشيخ القاضي النفزاوي مع آخر إلى الأمير أبي تاشفين بتلمسان، فوجدا عنده بساط حرير، فوضع أحدهما إحرامه عليه وجلس عليه، ورفع الآخر طرف البساط وجلس على الأرض.

قال: وما فعله الأول أبعد عن إيجاش الأمير، لكنه لا ينجيه على ما ذكره النوادي، ولكن يجري على الخلاف المعلوم في الصلاة على ثوب طاهر إذا بسط على نجس.

(1) تهذيب البراذعي: 419/2.

(2) المشدالي: قال ابن عرفة في ترجمة عدة الوفاة: قولها: (لا تبيت إلا في بيتها) خلاف نقل ابن رشد عن المذهب في ثالث مسألة من رسم سعد في طلاق السنة: لها المبيت في الحيضة في غير بيتها من عتق أو وفاة.

المشدالي: ونقل الشيخ أبو الحسن - عن المختصر الكبير - أن ذلك ليس بلازم لها؛ كالحرّة.

وهو موافق لما قاله ابن رشد، وله وجه من النظر.

(3) تهذيب البراذعي: 422/2 و423.

ابن رشد تأول قوله هنا أنه أراد أنها [14/ب] سواء عند مالك في أن التحريم يقع بهما⁽¹⁾، أو أنها سواء عند عبد العزيز في أن التحريم يقع بهما⁽²⁾، أو أنها سواء عنده إنه لا يقع بهما⁽³⁾.
قلت: وما نسبة ابن عطية في سورة البقرة للمدونة هنا⁽⁴⁾ غير صحيح⁽⁵⁾.

(1) قوله: (يقع بهما) يقابله في (ع): (فيهما).

(2) في (ع): (فيهما).

(3) في (ع): (فيهما)، انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 427/5 و428.

(4) في (ش): (ههنا).

(5) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: 308/1.

وزاد المشدالي بعده: قال ما نصه: وأما إن عقد في العدة، ودخل بعد انقضائها، فقال قوم: ذلك كالدخول في العدة، يتأبد التحريم بينهما.
وقال قوم: لا يتأبد بذلك التحريم. وقال مالك: يتأبد التحريم. وقال مرة: وما التحريم بذلك بالبين. والقولان له في المدونة، في طلاق السنة.
المشدالي: فأنت ترى أن ما نسبة ابن عطية للمدونة صحيح؛ فإن قوله: "وقال مالك: يتأبد التحريم" هو قوله الذي حكاه عنه غير ابن القاسم - وهو سحنون - وهو قوله الذي وافقه فيه عبد العزيز على أظهر التأويلين عند الشيوخ، وقد صرح ابن رشد - في تحصيله - بنسبة هذا القول إلى مالك في المدونة.
وأما قول ابن عطية: "وقال مرة... إلى آخره، فهو قول مالك الذي حكاه عنه ابن القاسم، وقوله فيه: "وما هو بالحرام البين" يشير به إلى تأييد التحريم، لا إلى تحريمها الآن، وفسخ نكاحها، وهذا هو مذهب المغيرة الذي حكاه في المدونة.
وقاله عياض رحمته: نعم؛ يفهم من قوة اللفظ أنه مكروه، وأياً ما كان فكلام ابن عطية مستقيم، وقول الوانوغني فيه: "إنه غير صحيح"، غير صحيح.

وكل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن، تأتي بولد وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تُقر هذا، فإنه يلحق بالزوج ما بينها وبين خمس سنين فأدنى، إلا أن ينفيه الحي بلعان ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه (1).

قوله: (أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر هذا) خلاف ما في تفسير ابن مزين من أن المرأة إذا أقرت بانقضاء العدة لم يلزم الزوج الولد (2).

(1) تهذيب البراذعي: 425/2.

(2) المشدالي: قال ابن رشد - في التاسعة من نوازل سحنون - من كتاب أمهات الأولاد: اختلف في التي تطلق أو يتوفى عنها زوجها فتقر بانقضاء عدتها على وجهها، وأنه لا يحمل بها مدة، ثم يظهر بها حمل، فتريد أن تلحقه بزوجها فيما دون الخمسة الأعوام، فقول: لها ذلك، وهو الذي في كتاب طلاق السنة من المدونة. وقيل: ليس لها ذلك، وتُحد، ولا يلحق الولد بالزوج إذا جاء من ذلك الأمر البيّن، مثل أن تعتد من الوفاة أربعة أشهر وعشراً، وتحيض حيضة، وتقيم اثني عشر شهراً ونحوها لا حمل بها، ثم تأتي بحمل وتزعم أنه من زوجها، وهو قول ابن دينار وعيسى عن ابن القاسم في المدينة.

المشدالي: الظاهر أن ما حكاه عن المدينة هو أخص مما في تفسير ابن مزين. وفي قول ابن رشد: "فتريد أن تلحقه بزوجها"، دليل على أنها لو لم ترد ذلك واعترفت بأنه من زنا، لاتفق القولان على عدم اللحاق بالزوج، ويدل على ذلك من الكتاب أيضاً قوله: "لأنها تقول: حضت وأنا حامل... إلى آخره، قال بعض الشيوخ: وذلك شبهة يدرأ عنها الحد.

المشدالي: وقد نزلت، ووقعت الفتوى بعدم لحوق الولد؛ لما ذكرناه، وأنه لا ينبغي أن يختلف في ذلك، وافق على ذلك حذاق الأصحاب، وتبرم بعض المكابرين في ذلك، ومجد على ظاهر المدونة - في زعمه - ورأى أن القول بعدم اللحاق إنما يصح على الشاذ، الواقع في تفسير ابن مزين، وذلك عندي غير صحيح، والله الموفق للصواب برحمته.

وإذا كان الصبي لا يولد لمثله وهو يقوى على الجماع، فظهر بامرأته حمل لم يلحق به، وتحد المرأة، فإن مات هذا الصبي لم تنقض عدتها من الوفاة بوضع حملها، وعليها أربعة أشهر وعشر من يوم مات، وإنما الحمل الذي تنقضي به العدة، الحمل الذي يثبت نسبه من أبيه خلا الملاعنة خاصة، فإنها تحل بالوضع وإن لم تلحقه بالزوج⁽¹⁾.

قوله: (خلا الملاعنة).

في بعض الحواشي: يعني وقد تزوجت في عدة، ثم مات الأول فإنها تحل بالوضع، وليس عليها أربعة أشهر وعشر، أو يحتمل أن يبقى الكتاب على ظاهره، والفرق بين الملاعنة وزوجة الصبي ظاهر، وهو أن حمل الملاعنة بصدد⁽²⁾ الاستلحاق، بخلافه في زوجة الصبي.

ومن نكح امرأة ودخل في العدة بها قبل حيضة، ثم ظهر بها حمل؛ فهو للأول، وتحرم على الثاني، ولو نكحت بعد حيضة؛ فهو للثاني إن وضعت لسته أشهر من يوم دخل بها، فإن وضعته لأقل فهو للأول، هذا حكم النكاح⁽³⁾.

قوله: (فهو للثاني إن وضعت بعد ستة أشهر).

قال شيخنا ابن عرفة: انظر لو تزوجت قبل حيضة، فأنت بولد لخمسة أشهر، ثم بولد آخر لشهرين، قال: ونزلت في تونس، فأفتيت فيها بأن الولد

(1) تهذيب البراذعي: 426/2.

(2) في (ع): (بعد).

(3) تهذيب البراذعي: 427/2.

الأول للأول والثاني للثاني.

قلتُ له: هذا مشكل بما في لعانها وغيرها. قال: نعم.

وقد كان الشيوخ يستشكلونه بما ذكرت، لكن الفرق بينهما أن ما في اللعان الواحد متحد وهنا متعدد، فيصدق على الولد الثاني في نازلتنا أنها وضعت له لأكثر من ستة أشهر، فيكون للثاني (1).

وإن فقد عبد فأعتقه سيده وله ولدٌ أحرارٌ لم يجز، ولا يتم حتى يعلم أن العتق أصابه حياً (2).

قوله: (حتى يعلم أن العتق أصابه حياً).

قلتُ: هذا فقهٌ جليٌّ، ونحوه أواسط عتقها الأول، ويشكل بقوله في الوصايا: إذا اشترى ابنه في مرضه وحمله الثلث. المسألة.

(1) المشدالي: أما ما في اللعان فهو قوله فيه: (وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد، ووضعت ولداً، ثم وضعت آخر بعده بخمسة أشهر، فهو حمل واحد)، وأما وجه الإشكال فظاهر؛ لأنه جعل الولدين هناك حملاً واحداً، ولم يجعل ذلك في النازلة المذكورة، والفرق المذكور بين.

وقال: سئلتُ عَمَّن تزوج امرأة بعد عدتها فأدت بولد بعد بنائه بها خمسة أشهر من عقده، ثم بآخر بعده بشهرين، فأجبت بجواب ابن عرفة في الأولى؛ لظاهر الكتاب هنا.

المشدالي: ثم أورد على نفسه الإشكال السابق، وفرق بالفرق المتقدم، ثم قال: فإن قيل: إنما يتم الفرق المذكور لو كانت الحامل تحمل، أجيب: بأنه نص ابن سينا في "القانون"، ونص صاحب "كامل الصناعة"، والفخر في "شرح كلياته"، وفي دلالة مسألة اللعان على نفيه نظر، وتذكر قول عز الدين في قواعده: في ستة أشهر.

(2) تهذيب البراذعي: 432/2.

ولهذا؛ قالوا هناك: إنه استحسان، والقياس عدم إرثه⁽¹⁾.

وينظر الإمام في مال المفقود ويجمعه ويوقفه، كان بيد وارث أو غيره، ويوكل به من يرضاه، وإن كان في ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه له، وينظر في ودائعه وقراضه، ويقبض ديونه⁽²⁾.

قوله: (وينظر في ودائعه).

قلت: في كونه من باب الإضافة إلى الفاعل أو المفعول نظر، والأصل عند المحققين من النحاة إلى الفاعل، خلافاً لابن معطي، وما سطره غير واحد هنا من نظر القاضي في مال الغائب لم يغادره.

(1) المشدالي: وجه الإشكال أنه اشترط هنا في جر الولاء العلم بأن العتق أدركه حياً، وقياس هذا في مسألة الوصايا ألا يكون الولد حراً حتى يعلم أن الثلث يحملة، ولا يعلم ذلك إلا بعد موت الأب، فيلزم ألا يرث الابن أباه لتأخر إعتاقه عن موته، لكنه أثبت له الإرث فخرج بذلك عن قياس قوله في هذه المسألة، والجامع كون حقوق العتق للعبد بصفة ما شرطاً فيها.

وقد يقال: إذا حملة الثلث في الوصايا بعد التقويم أمكن أن يقال: كشف الغيب أنه لم يزل حراً من يوم الشراء، وعند ذلك يصلح أن يقال: قد علم أنه كان حراً يوم الشراء، فصح إرثه؛ لتقدم سببه، كما لو علم في هذه بعد العتق بزمن أن العبد كان يوم العتق حياً، فاستوت المسألتان في المعنى، واندفع الإشكال. والله أعلم.

وقد نقل الشيخ أبو الحسن من الأم للشيخ على مسألة الوصايا ما فيه كفاية، فليطالع من أراد.

(2) تهذيب البراذعي: 432/2.

وإن أقام رجل البينة أنه أوصى له بشيء، أو أسند إليه الوصية سمعت بينته⁽¹⁾.

قوله: (سمعت بينته).

قال بعضهم: أي قبلت.

وزاد في الأم؛ لأن الرجل يقول: أخاف موتها⁽²⁾.

القاسبي: لو ماتت البينة، أو حدثت بها جرحه، هل يكون حكماً مضي ولا يضر ذلك المشهود له؟

ينبغي أن يكون كذلك؛ لأنه حكم، وأنفذ الحكم بذلك، وإنما كان الحكم بذلك وجواز إيقاعها الآن؛ خوفاً مما عسى أن يحدث على البينة من نسيان أو موت أو جرحه أو غيبة.

وأما لو شهد شاهد على رجل بالطلاق، فاستحلف القاضي الزوج، ثم جاء بعده بشاهد آخر، وقد حدث في الأول جرحه؛ فيحتمل أن يقال: لا تصح شهادة الأول؛ لأن القاضي لم يكن أنفذها في الطلاق، ولا حكم بشهادته في الطلاق، وإنما حكم بشهادته⁽³⁾ مع يمين الزوج.

فإذا جاء شاهد آخر صار إلى أن يحكم بشهادتهما جميعاً، فيجب أن ينظر في عدالتهما حين الحكم؛ لأنه أولاً لم يكن حكم بالأول في الطلاق، وإنما كان حكمه باليمين.

(1) تهذيب البراذعي: 433/2.

(2) انظر: المدونة (زايد): 363/4، و(السعادة/صادر): 456/5، و(العلمية): 35/2.

(3) في (ش): (بشهادة).

ألا ترى أن الحكم على الزوج بيمين ليس هو من معنى الحكم بالطلاق،
بدليل أنه يوجب عليه اليمين بشهادة المرأتين، ولا مدخل لشهادة النساء في
الطلاق فتأمله.

قلتُ: ولا خفاء بحسن ما عراه ابن رشد، وتبعه عليه غير واحد من
الموثقين للمدونة هنا، وهو منصوص في العتبية، وهو صحة إدلاء الوكيل
ببيته عند القاضي قبل ثبوت وكالته إن خاف على البينة من الغيبة ونحوها،
ولولا الإطالة لجلبناه من سماع عيسى (1).

وإن انتقلت لعذر إلى منزل ثان أو ثالث لزمها المقام حيث انتقلت،
والكراء في ذلك على الزوج، وإذا انتقلت لغير عذر ردها الإمام بالقضاء
إلى بيتها حتى تتم عدتها فيه، ولا كراء لها فيما أقامت في غيره، ولرب
الدار إخراجها منها في عدتها إذا انقضى أجل الكراء (2).

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 214/9.

وزاد المشدالي بعده: قال في أول السماع المذكور: سئل عن ادعى وكالة ولم يشهد
بعد، وشهود الحق الذي وكل فيه حضور، أيقبل القاضي شهادتهم؟ قال: إن خاف أن
يخرجوا إلى موضع وكان لذلك وجه قبل شهادتهم، ثم ثبتت الوكالة بعد، وإلا فلا
حتى تثبت الوكالة.

ابن رشد: هذا صحيح على معنى ما في "الكاب" وغيره من قول ابن القاسم وروايته،
أن القاضي يسمع من البينة قبل وقت وجوب الحكم بها، من ذلك قوله في طلاق
السنة منه: إن القاضي يسمع البينة على المفقود بأنه أوصى بوصية، أو إلى رجل قبل
الحكم بتمويلته، ويأتي على قول الأخوين: إن القاضي لا يسمع بينته حتى تثبت
وكالته، وإن خشي مغيب بينته أشهد على شهادتهم، وبالله التوفيق.

(2) تهذيب البراذعي: 434/2.

قوله: (لا كراء لها):

أقاموا من هنا أنه لو كان له ولد، فهربت به إلى موضع لا يعلمه، ثم أتت بعد ذلك تطلب ما أنفقت عليه؛ أنه لا شيء لها.

وحيث يجب جميع الصداق تجب السكنى (1).

قوله: (وحيث يجب جميع الصداق... المسألة.

قلت: وفي نقض المغاربة هذه الكلية نظر (2).

(1) تهذيب البراذعي: 439/2.

(2) المشدالي: نقضوها بالمدخول بها عند أهلها، وبالأمة تطلق بعد البناء ولم تبوأ مع

الزوج بيتاً، فإن جميع الصداق واجب فيهما، ولا تجب لها سكنى.

قال عياض: تأمل قوله في الكتاب - في مسألة من خلا بزوجه في بيت أهلها ولم يبين بها إلا أنهم أخلوه وإياها وأنكر الجماع - فإن العدة عليها ولا سكنى لها، وأما إذا ادعت ذلك وأنكره هو فلا سكنى لها، وإنما عليه نصف الصداق، ثم قال: وإنما كون عليه السكنى إذا وجب الصداق.

المشدالي: فهذا موافق لما في الكتاب، ومخالف في الحكم لما ذكره الناقضون في مسألة المبني بها عند أهلها.

قال بعض الشيوخ: وأما عكس الكلية فصادق، وإن كان موضع يجب لها فيه السكنى يجب فيه كل الصداق.

ونقضها بعضهم بمثل ما إذا تصادقا على نفي الميسس في دخول الاهتداء.

قال: وإنما أتى بهذا الحصر المسائل التي قبل.

وقد يقال: مراده ما في الآية: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [سورة الطلاق آية: 6]،

أي: من حيث سكنتم معهن، وهؤلاء لم يسكنوا معهن.

قال الشيخ أبو الحسن: أو يقال: هذا الحصر إنما ورد على سبب فيقصر عليه، أو يكون

وللمتوفى عنها زوجها السكنى في العدة إن كانت دار الميت، أو بكراء وقد نقده، وهي أحق بسكنى دار الميت من غرمائه، وتباع ويشترط سكنها وهي أحق منهم بما نقد كراه⁽¹⁾.

قوله: (وتباع ويشترط سكنها).

المتيطي: عن بعض الشيوخ.

قلتُ: وهو ابن رشد.

يقوم من هنا جواز بيع الدار، واستثناء⁽²⁾ سكنها خمس سنين؛ لأن متتهى ريبة الحمل خمس سنين⁽³⁾.

ويقوم عشر سنين من كتاب العارية⁽⁴⁾.

وإن اشترى مكاتب زوجته بعد البناء، فلم يطأها حتى مات، أو عجز فرجعت إلى السيد فعدتها حيضة. قاله مالك، ثم رجع فقال: أحب إلي أن تكون حيضتين⁽⁵⁾.

أراد في الأكثر.

(1) تهذيب البراذعي: 440/2.

(2) في (ع): (واستثنى).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 474/5 و475.

(4) انظر: المدونة (زايد): 247/7، و(السعادة/صادر): 266/10، و(العلمية): 291/3.

وزاد المشدالي بعده: أشار إلى مسألة من استعار من رجل أرضه ليبنى فيها، ويسكن عشر سنين، ثم يخرج ويترك البناء للمعير، فإنه أجاز ذلك إذا بين صفة البناء ومبلغه.

(5) تهذيب البراذعي: 443/2 و444.

قوله: (حتى مات...) المسألة.

تقرير: إشكاله أن يقال: إن الشراء إما أن يكون رافعاً⁽¹⁾ لحكم النكاح، فيلزم الاستبراء إلا بحيضة ضرورة كونها مملوكة، أو لا يكون رافعاً، فيلزم أن⁽²⁾ تعد عدة الوفاة؛ لأنها زوجة متوفى عنها



(1) قوله: (رافعاً) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (ألا).



كتاب الأيمان بالطلاق

كتاب الأيمان بالطلاق

وإن قال لها: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، ثم قال لها ذلك ثانية في ذلك الرجل؛ فهي إن حنث طلقتان حتى يريد واحدة، ولو كان ذلك في يمين بالله لم تلزمه إلا كفارة واحدة⁽¹⁾.

قوله: (ولو كان ذلك في يمين...) إلى آخره.

حاصل هذا المقام افتراق الأيمان بالله والطلاق في التكرار؛ بسيطاً كان أو معلقاً.

المغربي: الفرق بينهما أن المقسم به في اليمين بالله متحد، وفي الطلاق متعدد.

قال شيخنا ابن عرفة: وعندي فرق آخر؛ وهو أن الطلاق من حيث ماهيته قابلة للتعدد بخلافه في الله تعالى.

ونقضه ابن عبد السلام بالحلف بالصفات.

القاسبي: الفرق بينهما أنه لما كان الطلاق له عدد محصور، كان كمن قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق يريد الثلاث، بخلاف اليمين بالله إذ ليس له عدد محصور.

قلت: في هذا الفرق نظر، إذ لا يلزم من لزوم التأسيس في التعدد مع الإدارة لزومه حيث لا إرادة.

(1) تهذيب البراذعي: 345/2.

ومن قال لرجل: امرأته طالق لقد قلت لي كذا وكذا، فقال الآخر:
امرأته طالق إن كنت قلته لك، فليديننا ويتركا إن ادعيا يقيناً⁽¹⁾.

قوله: (دِينَا).

أكمل منه في العتق الأول⁽²⁾.

فإن قلت: أحدهما كاذب، وإلا لزم اجتماع النقيضين، فيلزم طلاقهما،
كميته في ذكيات!

الجواب: تعيين المحكوم عليه في الذكيات.

ولهذا؛ لو تعدد مالك الشاتين، وكل منهما يدعي ذكاة شاته؛ لكان لكل
منهما أكل شاته لعدم تعيين المحكوم عليه بالتحريم.

وصرح به بعض المشاركة في سماع يحيى فيمن قال: امرأته⁽³⁾ طالق إن لم
يكن فلان يعرف هذا الحق بحق⁽⁴⁾ يدعيه، فسئل الذي ادعى عليه الحق فيقول
امرأته طالق إن كان يعرف له فيه حقاً قال: يديننا.

ابن رشد: مثله في المدونة هنا وعتقها، ويحلفان⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 345/2.

(2) المشدالي: بيان ذلك أن مفهوم قوله هنا: "إن ادعيا يقيناً" أنها إن لم يدعيها لم يديننا،
وقال في كتاب العتق: "فإن ادعيا علم ما حلفا عليه ديننا في ذلك، وإن قالوا: ما نوقن
ذلك، وإنما حلفنا ظناً، فليعتقاه بغير قضاء، وقال غيره: بل يجبران على عتقه". اهـ.
وبعد اطلاعك على ما في العتق لا يخفي عليك أنه أكمل مما هنا.

(3) في (ع): (لامرأته أنت).

(4) في (ع): (الحق).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 268/6 و269.

وموضع هذا الخلاف إنما هو إذا طولبا بحكم الطلاق، وهو جار على
لحوق يمين التهمة، وإما إذا أتيا مستفتيين؛ فلا وجه لليمين. [15/أ]

وإن قال لها: أنت طالق إذا مت أنا، أو إذا مت أنت، لم يلزمه شيء⁽¹⁾.

قوله: (أنت طالق إذ مت...) المسألة.

قلت: سمي القرابي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قواعده في هذه المسألة، فتأمله هناك في بحث
لابن جنبي، وغيره⁽²⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 348/2.

(2) المشدالي: قال - في الفرق الخامس والسبعين - في الفرق بين (إن) و (إذا): وثانيها:
أن (إن) و (إذا) وإن كانا مطلقين في الدلالة على الزمان، لا عموم فيها، غير أن (إن)
لا توسعة فيها، و (إذا) ظرف، والظرف يجوز أن يكون أوسع من المظروف، وبذلك
يظهر الفرق بين قوله: "إن مت فأنت طالق"، و "إذا مت فأنت طالق"، أنه لا يلزمه
طلاق في الأول؛ لأنه لا طلاق بعد الموت، ويلزمه في الثاني؛ لأن الظرف يجوز أن
يكون أوسع من المظروف.

فظرف الموت يحتمل دخول أزمنة من أزمنة الحياة فيه، فيقع في ذلك الزمان الطلاق في
زمن الحياة فيلزمه، وفي ذلك خلاف بين العلماء على ملاحظة هذا الفرق، وعن هذا
وقع الإشكال في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَنْفَعَكُمْ أَلْيَوْمَ إِذ ظَلَمْتُمْ﴾ الآية [سورة الزخرف
آية: 39]، وإعراب (إذا) أنه بدل من اليوم، والبدل هنا عين المبدل منه، فيكون يوم
القيامة عين زمن الظلم في الدنيا، والدنيا ليست عين الآخرة، ولا يوم القيامة، فكيف
صحت البدلية؟

وأورد ابن جنبي السؤال، وقال: الظرف يكون أوسع من المظروف، وزمن الظلم يجوز
أن يكون أوسع منه حتى يمتد ليوم القيامة، فينطلق عليه، ويقبل يوم القيامة الامتداد
حتى ينطلق على يوم الظلم، فيتحدان فتحسن البدلية.

وهذا الموضع من الاتساع أبعد منه في قوله تعالى: ﴿وَأَذِّنْ رَبِّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [سورة

وإن قال لها: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، ثم حلف بمثل ذلك في رجل آخر فكلمتهما لزمته طلقتان، ولا ينوئ إلا أن يكون المحلوف عليه رجلاً واحداً فينوئ⁽¹⁾.

قوله: (فكلمها لزمته طلقتان).

قلت: في سماع عيسى: لو حلف لا يبيع سلعة من رجل، ثم ساومه فيها آخر، فحلف أيضاً بالطلاق ولا يبيعه منها، فباعها منها؛ لزمه طلقتان.
ابن رشد: اتفاقاً⁽²⁾.

قوله: (ولا يُنوئ).

اللخمي: محمل قوله أنه لا ينوئ؛ لأنه عليه بينة⁽³⁾.

الكهف آية: 24؛ لطول البعد وإفراطه وبعده عن أكثر الاستعمالات. المشدالي: فالسهو الذي نسبه الوانوعي إلى القرافي؛ إن أراد به ما ذكره من لزوم الطلاق في قوله: إذا مت فأنت طالق، وأنه لم يقل به أحد من أهل المذهب، فباطل؛ لما حكاه اللخمي وغيره من أن ابن وهب روى عن مالك أن "من قال: إذا مت فأنت طالق، فإنه تطلق عليه، كما لو قال: يوم أموت"، وإن أراد أن الحكم الذي ذكره هو خلاف مذهب المدونة فلا يضره ذلك؛ إذ لا يتعين عليه التمثيل بمذهب المدونة. وأما إشكال الآية فعنه أجوبة؛ أحدها ما ذكره ابن جني عن أبي علي من أن الدنيا والآخرة متصلتان، وأنهما في حكم الله سواء، فكأن (اليوم) ماضٍ، وكأن (إذ) مستقبل، وثانيها أن التقدير: بعد إذ ظلمتم، وثالثها: أن التقدير: إذ ثبت ظلمكم، والله تعالى أعلم.

(1) تهذيب البرادعي: 350/2.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 131/6 و132.

(3) انظر: التبصرة، للرخمي، ص: 2615.

قيل: هذا التقييد إنما يرجع للفرض الأول، وهو إذا قال: إن تزوجتك، ثم قال: كل امرأة أتزوجها من بلد كذا لبلدها؛ لأنه يقول حاشيتها لأجل اليمين المنعقدة فيها.

القاسبي: انظر إذا قال: حاشيتها بقلبي، هل ينوى أو لا⁽¹⁾ تقبل نيته في ذلك؛ لأننا قد علمنا أن اليمين الأولى غير الثانية، ولا يصح أن يكون توكيداً؛ لأنه قد أشرك معها في اليمين الثانية غيرها، فلو صح أن يكون توكيداً؛ لم يكن عليه في غيرها حنث.

وكذا إذا قال: امرأتي طالق إن كلمت زيدا، ثم قال: امرأتي طالق إن كلمت زيدا وعمراً⁽²⁾، فهذا لا يصح له أن يقول: أردت باليمين الثانية تأكيداً للزومها في عمرو، ولا يصح أن تكون يميناً واحدة بعضها تأكيد، وبعضها تأسيس في عمرو، فعلمنا أنها غير الأولى لا محالة.

ولو عطف عمراً ب (أو)؛ لزمه في زيد طلقتان، وواحدة في عمرو، نحو هذا في ندورها.

وفي سماع عيسى فيمن حبس داره على ولده، وقال: لفلان ربعها لأحدهم⁽³⁾ في حبس واحد وكلام واحد أنه ليس له إلا ربعها، ولو أنه حبس عليه حبساً، ثم بعد ذلك حبس حبساً آخر على جميع ولده أنه يدخل معهم. ابن رشد: هذا بين على ما قال في المسألتين؛ لأنه في المسألة الثانية من ولده

(1) قوله: (أو لا) يقابله في (ع): (ولا).

(2) في (ع): (أو عمرا).

(3) كتب ناسخ النسخة (ش) فوقها: (كذا).

فياخذ بالخصوص أولاً، وبالعموم ثانياً⁽¹⁾.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 253/12. وزاد المشدالي بعده: وقال ابن رشد في توجيه الأولى: لأنه إذا حبس على ولده، وقال: لفلان منهم ربعها، فقد جعل ثلاثة أرباع لسائرته، قلوا أو كثروا. انظرها أول مسألة من السماع المذكور من كتاب الحبس الثاني.

المشدالي: ومن هذا النمط ما ذكره ابن يونس - في الأيمان - فيمن حلف لا كلم فلانا غداً، ثم حلف لا كلمه غداً ولا بعد غد، فإن كلمه غدا فعليه كفارتان، ثم إن كلمه بعد غد فلا شيء عليه، ولو كلمه بعد غد خاصة فعليه كفارة واحدة، ولو قدم اليمين الثانية على الأولى فكفارة واحدة مطلقاً، كما لو كرر اليمين الثانية، واختلف أصحابنا في الأولى، والحق ما ذكرته.

المشدالي: قال ابن عرفة: في المختصر: قوله: "كما لو كرر يمينه الثانية" مردود باتحاد متعلقهما، وإذا قدم الثانية فمتعلقاهما متغايران بالكل والجزء، والجزء من حيث كونه جزءاً مغاير له من حيث كونه غير جزء؛ ولهذا رجح اللخمي قول ابن القاسم فيمن حلف بالطلاق لا كلم إنساناً، ثم حلف بالطلاق لا كلم زيداً فكلمه، يلزمه طلقتان ولا نوي.

المشدالي: لقائل أن يقول: لا يلزم من تعدد الطلاق - اعتباراً بالتغاير المذكور - تعدد الكفارة في اليمين بالله؛ لما تقرر من الفرق بينهما في تكرار اليمين فيهما، وحينئذ لا ينهض في تقوية الرد المذكور، والله أعلم.

ونوقضت مسألة الكتاب المتقدمة بقولها - في السلم - فيمن أسلم لرجل في ثياب فزاده قبل الأجل دراهم نقداً على أن زاده في طولها، فإنه جائز؛ لأنها صفتان. وقال سحنون: لا يجوز، ووجه المناقضة أنه أجاز مسألة السلم بناء على أن الشيء وحده كهو مع غيره، وقول سحنون مبني على عكسه، وفي مسألة الطلاق ألزمه طلقتين، على أن الشيء وحده ليس كهو مع غيره.

قال ابن عرفة في أواخر السلم: ويجاب بأن مخالفة الشيء من حيث هو وحده لنفسه،

وإن قال لامرأته: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، أو ثم ثم ثم؛ فهي ثلاث ولا يُنَوّ. قال مالك: وفي النسق بالواو إشكال. قال ابن القاسم: ورأيت الأغلب من قوله أنها مثل ثم ولا ينويه، وهو رأيي (1).

قوله: (في النسق بالواو إشكال).

القاسبي: انظر أي إشكال في النسق بالواو، ولا معنى لقول من يقول: إنها من حروف العطف؛ لأن الشيء لا يعطف على نفسه.

ابن محرز: إن قيل: كيف أشكلت، والتأكيد لا يكون لحروف العطف؟

الجواب: قال القاضي إسماعيل: إنها رأى ذلك؛ لأن الرجل قد يقول: أنت محسن وأنت محسن وأنت محسن، وهو يريد الإحسان الأول (2).

المغربي: وسبب وقف مالك ترده بين أن يلاحظ لسان العرب أو لا

من حيث هو مع غيره، إنها هو باعتبار ذاته في نفسه، لا باعتبار المقصود منه وتعلق الأغراض به:

- المتعبر في تعدد الطلاق الأول؛ لأنه يتعدد بمطلق مغايرة ما علق عليه، ولو بأمر عقلي، والحيثتان توجبان التغير العقلي، وهو قول ابن التلمساني: الشيء في نفسه ليس كهو مع غيره.

- والمتعبر في البيع التغير الثاني؛ لأن البيع مبني على الأغراض؛ ولذا تختلف أثمان المبيع في وقتين مع اتحاد ذاته فيهما، وتنفق أثمان المختلفات في ذاتها.

ومما يدل على لغو الاعتبار الأول في البيع أنه يجوز في المراجعة لمن اشترى مكيلاً بقيت له منه بقية أن يبيعها دون بيان.

قال الصقلي: وهو ظاهر المدونة.

(1) تهذيب البراذعي: 350/2.

(2) انظر: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 384/4.

یلاحظہ؛ لأن العامة لا تقصده.

القرافي: الحق عدم التوقف، وهو قول الشافعي؛ لأن الزمان أجزاء و سيالة مترتبة بذاته عقلاً مستحيلة الاجتماع؛ إذ لا يجتمع أمس مع اليوم، ولا أول النهار وآخره، ولا أجزاء الزمان الحاضر.

فيذا كان الزمان مترتب الأجزاء عقلاً، فالأفعال والأقوال الواقعة فيه قطعاً، فيلزم ترتبها⁽¹⁾؛ لأن الواقع في المترتب عقلاً مترتب بالضرورة، لا بالوضع اللغوي، بل بالعقل فقد بان بالطلقة الأولى⁽²⁾.

قلت: فصريح كلامه أن مسألة الواو في غير المدخول بها، وما قاله في الترتب العقلي صحيح، لكن في الترتب الشرعي ممنوع، وهو الواقع في مسألتنا؛ إذ لا يلزم من انصرام لفظ ترتب حكمه عليه أثره إلا بعد مضي زمن آخر يليه، يختبر أمر المكلف فيه من زيادة ونقصان، ويلزم عليه عدم صحة الاستثناء.

وما أحسن قول ابن رشد في الطلاق والعتق: الصحيح من الأقوال أنها لا يقعان بتمام اللفظ، بل بأخر الكلام، وإلا لما لزمه الثلاث في مسألة ربيعة هذه⁽³⁾.

وما صححه ابن الحاجب في أصوله في تقرير دلالة الاستثناء يوضح هذا المعنى ويرشح رضاه به⁽⁴⁾.

(1) في (ع): (ترتيبها).

(2) انظر: أنوار البروق في أنواع الفروق، للقرافي: 205/1 و206.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 34/15.

(4) المشدالي: هو قوله: وقيل: المراد بعشرة عشر باعتبار الأفراد، ثم أخرجت ثلاثة،

قال ربيعة: وإن قال لامرأته قبل البناء: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، كلاماً نسقاً؛ فهي ثلاث، ولا تحل له إلا بعد زوج⁽¹⁾.

قوله: (كلاماً نسقاً).

المغربي: انظر هل يناقض ما تقدم في النكاح إذا أسلمت المجوسية، فأسلم زوجها مكانه؛ أنه لا يكون أحق بها، فلم يجعل للنسق هناك حكماً. أو يقال: لا يلزم؛ لأن هذا باب الحظر، ومسألة النكاح من باب الإباحة، وهي لا تكون إلا بالإغياة وذلك إذا أسلمها معاً. فتدبر ذلك.

قلت: نعم، تدبرناه فوجدناه غير صحيح؛ لأن النسق الملاحظ هنا، وكتاب الغصب في مسألة الفص ونحوه يجري مجرى الاستثناء، والاستثناء شرطه أن يكون في كلام متكلم واحد لا اثنين، والنسق الذي أراد أن يعارض به ما هنا من اثنين، فأين المقام من المقام!

ثم قوله في مسألة ربيعة: (لا تحل له إلا بعد زوج) ظاهره: ولو قال: أردت واحدة؛ فيكون خلافاً، ويحتمل الوفاق فيريد: إلا أن يقول: أردت واحدة.

وإن قال لها: أنت طالق يوم أدخل دار فلان، فدخلها ليلاً، أو حلف على الليل فدخلها نهاراً؛ حنث، إلا أن ينوي نهاراً دون ليل، أو ليلاً دون نهار؛ فينوي⁽²⁾.

فالإسناد بعد الإخراج، فلم يسند إلا إلى سبعة، وهو الصحيح. اه، ووجه الإيضاح واضح، والله أعلم.

(1) تهذيب البراذعي: 351/2.

(2) تهذيب البراذعي: 352/2.

قوله: (إلا أن ينوي نهراً دون ليل)، وعكسه.

إن قيل: النية إنما ترد لتخصيص العام، وتقييد المطلق، والنية هاهنا مصادمة نص.

أبو محمد صالح: الجواب أن القصد ههنا الاجتناب عموماً، دون تخصيص ليل من نهار، وما هو شامل لهما من الوقت والحين، فجاءت النية على هذا للتخصيص⁽¹⁾، فكان اليوم المقصود به مجموع الدورة، فقصرت النية الحكم على بعض المسمى.

قلتُ: قال سَحْنُونُ فيمن قال لعبده: يوم تلد فلانة فأنت حر، وقال لآخر: ليلة تلد فلانة فأنت حر، قال: إن ولدت فلانة نهراً أخرج صاحب النهار حرّاً، وإن ولدت ليلاً خرجاً معاً؛ لأن الليل من النهار.

وإن قال لها: طلقتك قبل أن أتزوجك، أو وأنا صبي؛ فلا شيء عليه، وكذلك إن قال: وأنا مجنون، إن عُرف بأنه كان به جنون⁽²⁾.

قوله: (طلقتك قبل أن أتزوجك).

قيل: معناه أنه قال لها: طلقتك طلاقاً مجرداً، أما لو قال لها: علقت طلاقك بتزويجك؛ لزمه الطلاق قولاً واحداً.
قوله: (وأنا صبي) أو (مجنون).

معناه إذا أقام البينة أنها كانت في عصمته في حال صباه أو جنونه.

(1) في (ش): (للتخصيص).

(2) تهذيب البراذعي: 353/2.

وإن قال لها: يدك أو رجلك أو أصبعك طالق، طلقت كلها⁽¹⁾.

قوله: (يدك أو رجلك).

قلتُ - وصَوَّبَهُ شيخنا أبو عبد الله بن عرفة - : لو طلق عقلها حرمت، بخلاف علمها.

والدليل عليه قولها وغيرها: (إذا حدث به جنون)؛ لأن العقل مما يستمتع به، بخلاف العلم. ولو طلق رُوحها حرمت. انظر ابن العربي.

وإن خصَّ قبيلة أو بلدة كقوله: كل امرأة أنكحها من مضر أو همدان أو مصر أو الشام؛ فهي طالق، فتزوج منها امرأة طلقت عليه، ثم كلما تزوجها أبداً، ولو بعد ثلاث عاد عليه فيها اليمين وطلقت؛ لأنه لم يحلف على عينها، وترجع كإحدى نساء تلك البلدة. [15/ب] وكذلك إن قال: "من الموالي"، وتحتة منهن امرأة؛ فلا تطلق عليه، فإن طلقها ثم تزوجها طلقت عليه⁽²⁾.

قوله: (من الموالي وتحتة منهن امرأة).

نحوها مسألة الدار⁽³⁾، بخلاف مسألة الثوب والدابة؛ لأنه جعل الدوام

(1) تهذيب البراذعي: 353/2.

(2) تهذيب البراذعي: 356/2.

(3) المشدالي: يعني بمسألة الدار مسألة من حلف ألا يدخل هذه الدار وهو فيها، فإنه لا يحث ببقائه فيها، بخلاف مسألة الدابة إذا حلف لا يركبها وهو عليها راكب، أو مسألة الثوب إذا حلف لا يلبسه وهو لابس، فإنه يحث بالتهادي على الركوب واللبس، والفرق بين ذلك معلوم.

هنا ليس كالإنشاء.

إن قال: كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة فهي طالق، لزمه؛ لأنه أجل آت؛ كانت فلانة تحته أم لا، فإن كانت تحته فطلقها، فإن نوى بقوله: ما عاشت، أي ما دامت تحتي؛ فله أن يتزوج، وإن لم تكن له نية، فلا يتزوج ما بقيت، إلا أن يخشى العنت⁽¹⁾.

قوله: (فإن نوى بقوله: ما عاشت، أي ما دامت تحتي).

قلت: قالوا فيمن اشترى طستاً، وأشهد به لامرأته أن تنتفع به حياتها ثم طلقها، وقال: إنما أردت بقولي حياتها ما بقيت عندي حلف وأخذه كقولها هنا. ونحوه ما قال ابن سهل فيمن أقرضت زوجها إلى خمس سنين، ثم طلقها بعد عام وادعت أنها سلفته لدوام العصمة صدقت بيمينها.

وإن قال لزوجته: كل امرأة أتزوج عليك طالق، فطلق المحلوف لها ثلاثاً، ثم تزوج امرأة، ثم تزوج المحلوف لها بعد زوج، أو تزوجها بعد زوج، ثم تزوج عليها؛ فلا شيء عليه فيهما. وأما إن طلق المحلوف لها واحدة فانقضت عدتها، ثم تزوجها، ثم تزوج عليها أجنبية، أو تزوج الأجنبية، ثم تزوجها هي عليها، فإن الأجنبية تطلق عليه في الوجهين ما بقي من طلاق الملك الأول شيء، ولا حجة له إن قال: إنما تزوجتها على غيرها، ولم أنكح غيرها عليها، ولا أنويه إن ادعى نية في ذلك؛ لأن قصده أن لا يجمع بينهما⁽²⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 356/2.

(2) تهذيب البراذعي: 356/2.

قوله: (كل امرأة أتزوجها عليه - إلى قوله: - لكن قصده ألا يجمع بينهما).
قال في سماع عيسى فيمن خطب امرأة وتحتة أخرى، فقال وليُّ المخطوبة:
لا أزوجك حتى تجعل امرأتك بيد صاحبته أو تطلقها، فيقول: أشهدكم إذا
دخلت على صاحبته فامر التي تحتي بيدها، ثم صالح التي تحتة، ودخلت
عليه المخطوبة، يريد نكاح الأولى. قال: ذلك جائز، ولا يلحقه فيها طلاق.

ابن رشد: هذا صحيح على ما يوجه اللفظ، وأما على ما يقتضيه المعنى
فيجب أن يكون أمرها بيدها لقولها هنا: ألا يجمع (1).

قلت: وفي سماع أصبغ فيمن حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها مادام

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 402/4، وما بعدها.

وزاد المشدالي بعدها: قال ابن عرفة في المختصر: نوقضت هذه المسألة بقولها: من
قال: كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة؛ لزمه، كانت فلانة تحتة أم لا، فإن كانت
تحتة فطلقها، فإن نوى بقوله: "ما عاشت" ما دامت تحتي، فله نيته، وإن لم تكن له نية
لم يتزوج ما لم يخش العنت، ويفرق بمخالفة دعوى النية ظاهر القصد في: "كل امرأة
أتزوجها عليك"، وموافقته له في: "ما عاشت".

وقول أبي إبراهيم: قال ابن رشد: معنى هذه أنه قامت عليه بينة فلم ينوه، وتلك لم
تقم، لا ذكره لابن رشد، إلا ما في "أجوبته" فيمن له مطلقة، فتزوج امرأة أخرى
كتب في صداقها: متى راجع مطلقته [فلانة] فهي طالق، ولم يقل: "متى راجعها على
فلانة"، ثم طلق التي تزوج أو ماتت، وأراد مراجعة الأولى، وقال: "لم تكن له نية"، أو
قال: "أردت ما دامت الثانية زوجة".

قال ابن رشد: لا يصدق فيما ادعاه من النية إذا طلب بها أشهد به على نفسه، وله نيته
فيما بينه وبين الله تعالى.

وتقدم في الأيمان عن الصقلي: "فيما عاشت" أنه ينوي: ولو قامت عليه بينة، وهو نص
الأسمة والروايات.

خليطاً لأبيه، فترك مخالطته، ثم تزوج، ثم أراد الرجوع لمخالطته.
قال: لا يفعل. وكرهه واستثقله.

ابن رشد: لم يقل أنه يحنث إذا فعل، وينبغي أن يحنث؛ لأنه إنما أراد ألا تكون له زوجة مادام مخالطاً لأبيه؛ لئلا يعتقد أنه يرتفق بهاله في النفقة على زوجته على قوله في المدوّنة في مسألة ألا يجمع بينها⁽¹⁾، أي لا يجمع بين زوجته وخلطة أبيه.

قوله: (ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء).

قلت: وهذا المعنى هو الذي لاحظته ابن رشد - في نوازله - في مسألة من تطوع بنفقة ابن زوجته من غيره مدة الزوجية، ثم طلقها، ثم راجعها بعد العدة، أنها تعود عليه النفقة ما بقي من طلاق الملك الأول شيء⁽²⁾.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 306/6.

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 596/1.

وزاد المشدالي بعده: وعود هذه الشروط بعد المراجعة، إنما هو فيما إذا كان الطلاق أو التمليك معلقين في الداخلة، وأما إن علقها في المتزوجة المشروط لها ذلك، فاختلف في عودها عليه على قولين؛ أحدهما: أنها لا تعود، ويسقط عن الزوج التمليك الذي جعله لها، وإليه ذهب غير واحد من المؤثّقين؛ قالوا: لأنها إذا طلقت نفسها واحدة بتمليكه إياها، ثم راجعها، وفعل ذلك الفعل المعلق عليه ثانية؛ لم يكن لها قيام، لأن تمليكها قد أوقعت، وحنث فيه، فلم تبق عليه يمين، ولا بقي بيدها من التمليك شيء. وهو نص ما في كتاب محمد، قال: ومن شرط لامرأته إن غاب عنها سنة أو تزوج، فأمرها بيدها، فغاب سنة بعد أن دخل بها، أو تزوج عليها، فطلقت نفسها، ثم قدم في العدة فارتجعها، ثم غاب عنها سنة، أو تزوج عليها، لم يكن لها أن تطلق نفسها ثانية، وهي بمنزلة ما لو شرط لها إن غاب عنها سنة أو تزوج عليها فهي طالق، فطلقت

عليه، ثم غاب ثانية سنة أخرى، أو تزوج عليها، فإنه لا شيء عليه.
والقول الثاني: إن الشروط تعود على الزوج أيضاً ما بقي من ذلك الملك شيء.
قال المتيطي: والأول أظهر؛ إذ من المعلوم أنه لم يبح لها أن تقضي في فعل واحد بقضاءين.

قال: وما وقع في المدونة أن لها أن تأخذ بشرطها ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء؛
معناه: إذا كان الطلاق من قبل الزوج نفسه، وأما إن كانت هي المطلقة لنفسها
والأخذة بشرطها فقد زال حكمها، وارتفع ما جعله بيدها في "لك الشرط" بعينه.
قال: ولو كتب: "وهي على شرطها في كل غيبة، أو كلما فعل شيئاً من ذلك فأمرها
بيدها"، لارتفع الخلاف، وكان لها الأخذ بشرطها ما بقي من ذلك الملك شيء.
المشدالي: وفي كلام ابن عرفة - في هذا الفصل - نظر، وعبارة المتيطي في تأويله
المدونة أيضاً فيها قلت.

وقال أيضاً - في أوائل ترجمة الشروط - ما نصه: فإن راجعها في العدة أو بعدها سقط
عنه حكم ذلك الشرط الذي قضت به، وحكم ما وقع الحنث به معه، مما جمع في تلك
اليمين مع ذلك الفعل الذي حنث به، إن نكح عليها ثانية أو تسرى أو اتخذ أم ولد؛
لأن كل يمين وقع الحنث بها مرة لم تعد، إلا أن يقول في الشروط: "كلما فعل شيئاً من
ذلك فأمرها بيدها"، فهاهنا كلما تكرر منه الفعل، تكرر لها وجوب الأخذ بشرطها ما
بقي لها من طلاق ذلك الملك شيء.

ولو قال: "متى ما فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها"، أو "هي طالق"، فحنث بذلك،
فلا تعود عليه اليمين، إلا أن ينوي أن "متى ما" مثل "كلما"، وهذا مذكور في كتاب
الأيمان بالطلاق من المدونة، ولو أفرد لكل فعل من هذه الأفعال شرطاً لكان أحوط
للمرأة؛ لأنه إذ ذاك إذا فعل الواحد أخذت بشرطها، ثم إن فعل الثاني أخذت
بشرطها، ثم الثالث كذلك.

المشدالي: قد تقدم تحقيق هذا المعنى عند قوله: (فإن فعل شيئاً من ذلك)، فانظره
هناك.

القاسبي: الفرق بينها وبين ما في التملك⁽¹⁾ أن هذه فيها عقد يمين وتلك لا، فلذا افترت.

المتيطي: معنى قوله في المدونة لها الأخذ بشرطها ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء إذا كان الطلاق من قبل الزوج، فإن كانت هي المطلقة فأخذها بشرطها ليستقطه⁽²⁾.

وإن شرط عند عقد نكاحه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها، ففعل، فلها أن تطلق نفسها بالثلاث، ولا منكرة له ههنا بنى بها أم لم يبن⁽³⁾.

قوله: (وإن شرط عند عقد نكاحه...) المسألة.

قلت: مما أفادنيه شيخنا أبو عبد الله بن عرفة رحمته لما ذكرت في هذه المسألة أن فيها معنى لطيفاً خفياً؛ وهو اجتماع التخيير والتمليك، بيانه أنه لما تقرر افتراق بابيهما في كثير من الأحكام، كثبت المناكرة له في التملك وعدمها في التخيير، وكونها في التخيير ليس لها القضاء إلا بالثلاث بخلاف التملك، فقوله هنا: لا منكرة يقتضي أن المسألة في التخيير.

وقوله: (لها أن تطلق نفسها) يقتضي التملك، وإلا لما صح تخييرها؛

(1) المشدالي: أراد بها في التملك قوله فيه: "وإن خيرها أو ملكها فلم تقض حتى تطلقها ثلاثاً أو واحدة، ثم نكحها بعد زوج، أو بعد عدتها من الطلقة، فلا قضاء لها؛ لأن هذا ملك مستأنف". اهـ، والفرق المذكور بين.

(2) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية) لأبي الحسن المتيطي: 72/ب، (وقع في المدونة أن لها أن تأخذ بشرطها ما بقي لها من طلاق ذلك الملك شيء، إنها معناه إذا كان الطلاق من قبل الزوج).

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 357/2.

فقد اجتمعا.

وقوله هنا: (لا منكرة له بنى بها أو لم يبين)؛ أما إذا بنى فلا إشكال في (1) أنه لا يناكرها؛ لأنها لا تبين إلا بالثلاث، وأما إن لم يبين فكان ينبغي أن يناكرها؛ لأنها تبين بواحدة، وقد صرح به في كتاب التخيير، فظاهره التناقض.

ولو نكح عليها امرأة ولم تقض فلها أن تقضي إن نكح ثانية أي الطلاق شاءت، وتحلف ما رضيت إلا بالأولى، وما تركت الذي كان لها من ذلك (2).

قوله: (ولو نكح عليها امرأة ولم تقض... المسألة).

أخذوا منها القيام بزيادة الضرر، كمن أحدث عليه قناة فرضي بها ثم زيد فيها، وانظر لو أذنت له في نكاح امرأة معينة فتزوج غيرها؛ لكان لها القيام بدليل ما في كتاب الشفعة إذا أسقط لرجل، ثم ظهر غيره.

قوله: (وتحلف ما رضيت).

القابسي: هذه تدل على مسألة النكاح إذا تزوج عليها أمة فرضيت، ثم تزوج أخرى أن لها أن تختار فراقه، يريد: وتحلف كما قال هنا.

ولو طلق الأولى ثم راجعها بنكاح، فللممثلة القضاء، وليس رضاؤها بها أولاً بلازم لها مرة أخرى (3).

(1) قوله: (في) زيادة من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 357/2.

(3) تهذيب البراذعي: 357/2.

قوله: (وليس رضاها أولاً).

الفرق بينها وبين ما في النكاح الأول واضح(1).

ومن قال لرجل: أخبر زوجتي بطلاقها، أو أرسل إليها بذلك رسولاً، وقع الطلاق حين قوله للرسول، بلغها الرسول ذلك أو كتّمها(2).

قوله: (وقع الطلاق حين قوله للرسول...) المسألة.

يؤخذ منه ما ذكره المازري وغيره فيمن قال لرجل: أقرّ عني بكذا لفلان، ففي كونه إقراراً من الأمر أو المأمور قولان للشافعية.

ابن شاس(3):

(1) المشدالي: أما المسألة التي أشار إليها، فهي مسألة الولي إذا تراضى مع وليته على من ليس بكفء، ثم صالحته، ثم أرادت مراجعته وأبى وليها ذلك؟ قال: إنه ليس له ذلك.

وأما وجه المعارضة فيّين؛ لأنه جعل هنا النكاح الثاني لا يلزمها برضاها السابق، وفي مسألة النكاح جعل رضا الولي بغير الكفء أولاً لازماً له في النكاح الثاني. وأما الفرق فواضح كما قال، وهو أن حقه في الكفاءة إنما اعتبر ليدفع المعرفة عن نفسه، فلما رضي به أولاً فقد لحقته المعرفة، وامتناعه ثانياً لا يرفعها عنه، فلا معنى لإجابته إلى ذلك، بخلاف هذه المسألة، فإن الضرر الثاني فيها غير الضرر الأول، واحتيج من أجل ذلك إلى رضاها ثانياً، ولم يلزم من رضاها بالضرر الأول رضاها بالثاني، والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 358/2.

(3) هو: أبو محمد، عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي، السعدي، نجم الدين، الفقيه، المصري، المتوفى سنة 610هـ، كان من بيت حشمة وإمرة، سمع من عبد الله بن بري النحوي، وسمع منه الحافظ المنذري، وكان مقبلاً على الحديث، مدمناً للفقهِ

هو كالمُقرِّ (1).

قلت: وتظهر ثمرة الخلاف لو مات المأمور قبل قوله ما أمر به؛ فإن قلنا: إنه إقرار من الأمر، لزم ولو مات، كقولها هنا في لزوم الطلاق بنفس قوله، وإن قلنا: المعتبر قوله هو لم يلزم.

قلت: ولا خفاء في حُسن قول القراني في قواعده في تحقيق معنى الطلاق بالنيّة: "اختلفت عبارة الفقهاء في ذلك، فجمهورهم يقول في الطلاق بالنية قولان" (2).

الجلاب: لو اعتقد الطلاق بقلبه قولان، إلى آخر كلامه (3).

فيه، ذا ورع، وتحرر، ألّف كتابه "عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة" جمع فيه باختصار جل ما في الأمهات، ورتبه على غرار الوجيز للغزالي. قال محمد الأمين (عرفات):

ثُمَّ ابْنُ شَاسٍ عَابَدَ اللَّهَ دُعِي ذَاكَ الْمُحَقِّقُ الْفَقِيهُ الْأَمْعِي
لَهُ بِفَقْهِ عَالِمِ الْمَدِينَةِ مَا كَاسَمَهُ الْجَوَاهِرُ الثَّمِينَةَ
بِسَادِسِ الْقُرُونِ عَاشَ وَقَضَى بَعْشَرِ سَابِعِ الْإِمَامِ الْمُرْتَضَى

انظر ترجمته في: الديباج المذهب، ص: 141، وشرف الطالب، لأبي العافية، ص: 96، وشجرة النور، لمخلوف: 1/165،، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 3/61، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 22/93، والفكر السامي، للحجوي: 2/230، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 75.

(1) المشدالي: ما حكى المازري ذكره في الوكالات من "شرح التلقين".

(2) انظر: أنوار البروق في أنواع الفروق، للقراني: 1/95.

(3) انظر: التفريع، للجلاب: 2/12.

وزاد المشدالي بعده: تمام كلامه ما نصه: والعبارتان غير مفصحتين عن المسألة، فأن

والذي عندي من جواهر فوائد شيخنا أبي عبد الله ابن عرفة رحمته الله في تحقيق هذا المقام ما نصه: كثيراً ما يغلط في حقيقة (1) الطلاق بالنية، وكشف الغطاء بتحقيق أمور ثلاثة:

الأول: مفهوم القضية الحملية (2) في الأعيان؛ فهو طلاق باللفظ بلا إشكال.

الثاني: معقولها في الأذهان - وهو الكلام النفسي - وهو محل الخلاف في الطلاق بالنية، مثل أن يتصور طرفي القضية ونسبة بينهما ويحكم بها في نفسه.

الثالث: القصد إلى تصور القضية تصوراً مجرداً عن الحكم بالنسبة، فهذا

من نوى طلاق امرأته، وعزم عليه وصمم، ثم بدا له، لم يلزمه الطلاق إجماعاً، فقولهم: "في الطلاق بالنية قولان" متروك الظاهر إجماعاً، وكذا من اعتقد أن امرأته مطلقة، وجزم بذلك، ثم بان له خلاف ذلك، لم يلزمه طلاق إجماعاً. والعبارة الحسنة ما أتى به ابن شاس، وذكر أن معنى ذلك الكلام النفساني، ومعناه: إذا أنشأ الطلاق بقلبه - بكلامه النفساني - ولم يتلفظ به بلسانه، وهو موضع الخلاف. وكذلك أشار إليه ابن رشد، وقال: إذا اجتمعا يعني الكلام اللساني والنفساني لزم الطلاق، فإذا انفرد أحدهما فقولان، فصارت النية لفظاً مشتركاً بين معان مختلفة من اصطلاح أرباب المذهب.

يطلق على القصد، والكلام النفساني، فيقولون: صريح الطلاق لا يحتاج إلى النية إجماعاً، وفي احتياجه للنية قولان، وهو تناقض ظاهر، لكنهم يريدون بالأول قصد استعمال اللفظ في موضوعه، وأن ذلك إنما يحتاج إليه في الكتابة دون الصريح، ويريدون بالثاني القصد للنطق بصيغة الصريح؛ احترازاً عن النائم وسبق اللسان، ويريدون بالثالث الكلام النفساني.

(1) في (ع): (تحقيق).

(2) في (ش): (حمله).

لا يلزم به شيء.

قلت: ومن نمط ما ذكره صاحب الحواشي هنا ما في العُتْبِيَّة (1): فيمن قال له رجل: اكتب علي عشرة دنانير لفلان، فلم يكتبها، هل يشهد (2) عليه؟ قال: نعم (3).

وما علم من الأخرس بإشارة أو كتاب، من طلاق أو خلع أو عتق أو نكاح أو بيع أو شراء أو قذف، لزمه حكم المتكلم به، ويحد قاذفه ويقتص منه وله في الجراح (4).

قوله: (وما علم من الأخرس).

نحوه في اللعان والحماله.

ويؤخذ منها صحة شهادته، وهو صريح في الزاهي والتلقين (5) وفيها بين العطار وأصحابه تنازع.

المتيطي: ويلزم الأبكم الأصم نكاحه وبيعه وشراؤه، وأفعاله كلها إذا قطع الشهود عليه بمعرفة (6) ذلك، ورضاه بالإشارة إليهم وإشارتهم إليه، حتى لا يشكوا في ذلك (7).

(1) في (ع): (البينة).

(2) في (ع): (نشهد).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 257/8.

(4) تهذيب البراذعي: 359/2.

(5) انظر: التلقين، للقاضي عبد الوهاب: 135/1.

(6) في (ع): (معرفة).

(7) انظر: (المتيضية)، لأبي الحسن المتيطي: 151/أ.

فإن كان الأصم الأبكم أعمى فلا⁽¹⁾ سبيل إلى مبايعته ولا مناكحته ولا معاملته؛ إذ كانت الإشارة منه تقوم مقام الكلام، فإذا مُنِع من النظر، فلا سبيل إلى [16/أ] معرفة ما عنده، ولا إلى إجازة شيء من أفعاله⁽²⁾.

ابن سحنون⁽³⁾: لو شهد لميتٍ بدينٍ ووارثه أحرسٌ، لا يفهم ولا يفهم عنه؛ حلف المدعى عليه وبرئ، فإن نكل غرم⁽⁴⁾.

(1) في (ش): (ولا).

(2) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيضي: 151/أ.

(3) هو: أبو عبد الله، محمد بن سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي، المتوفى سنة 256 هـ، تفقه بأبيه وسمع من ابن أبي حسان، وموسى بن معاوية، وعبد العزيز بن يحيى المدني، وغيرهم، ورحل إلى المشرق فلقي بالمدينة أبا مصعب الزهري وابن كاسب وسمع من سلمة بن شبيب، كان إماماً في الفقه ثقة عالماً بالذب عن مذاهب أهل المدينة، عالماً بالآثار، صحيح الكتاب. قال محمد الأمين (عرفات):

ثم محمدُ بنُ سحنونَ النبيهَ يأتي من المحمدين فانتبه

وقال:

منهم محمدُ بنُ سحنونَ النبيهَ كان إماماً وفقهياً بأبوه

في ثالث القرون عاش حيناً لِعام ستّة مع الخمسينا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 204/4، والديباج، لابن فرحون: 169/2، وشجرة النور، لمخلوف: 70/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 157، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 71. 121

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 410/8.

الشعباني: من أسلم قبل موته ولو بالقرب، وعقله صحيح⁽¹⁾ ورثه ذو نسبه، ونُسب من المسلمين، ولو مُنِع من⁽²⁾ الكلام وأشار إشارة مفهومة⁽³⁾ أو كتب بخطه فقولان، والأحسن أن يكون ميراثه لورثته المسلمين.

وإذا طلق المريض امرأته قبل البناء؛ فلها نصف الصداق، وترثه إن مات من مرضه ذلك، ولا عدة عليها لو وفاة ولا طلاق⁽⁴⁾.

قوله: (إذا طلق المريض قبل البناء؛ فلها نصف الصداق، وترثه).

ابن محرز: اتهم في الميراث لا الصداق، والفرق أن الميراث حق لله، والصداق جرى مجرى المعاوضة، فضعفت فيه التهمة، ولذا لو قتل السيد أمته المتزوجة؛ لزم الصداق؛ بنى بها أم لا.

القاسبي: انظر لورضيت، وقالت: لا أريد الميراث فطلقني، فهي كالمختلعة.

والدليل عليها أن أصل توريث المطلقة في المرض امرأة عبد الرحمن بن عوف⁽⁵⁾، ولما كان عبد الرحمن غير متهم

(1) قوله: (وعقله صحيح) ساقط من (ع).

(2) قوله: (من) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (مفهومة).

(4) تهذيب البراذعي: 362/2.

(5) أخرجه مالك في الموطأ: 822/4 و824، برقم: 2113 و2115، والبيهقي في السنن الكبرى: 362/7، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت، برقم: 14903، بلفظ: «... أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال إذا حضت ثم طهرت فأذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن

لم تراع⁽¹⁾ تهمة من غيرها، وأجرينا الباب مجرى واحداً.

أبو عمران: هذا ضعيف لأنه اعتل في المدونة في المرتد بعدم التهمة، فدل أنه إنما يراعى⁽²⁾ التهمة، وليس كون عبد الرحمن لم يتهم بالذي يوجب أن يقضى على كل من لم يتهم، وإنما عبد الرحمن أصل يقاس عليه، ويهاب الناس الطلاق في المرض، وإنما هي تهمة فإن قويت حكم بها، وإن ضعفت سقطت. وفي تفسير يحيى عن ابن القاسم ما يدل أنه بالسنة لا بالتهمة.

وإن قال لها في صحته: "إن قدم فلان"، أو قال: "إن دخلت بيتاً فأنت طالق"، فقدم، أو دخلت في مرضه؛ لزمه الطلاق وورثته إن مات فيه⁽³⁾.

قوله: (وإن قال لها في صحته: إن قدم فلان...) المسألة.

القاسمي: ومن تزوج امرأة وشرط إن تسرى عليها، فأمرها طالق ثلاثاً⁽⁴⁾، فلما حضرته الوفاة استلحق ابن أمته، فإنه⁽⁵⁾ يلحق به وترثه المرأة. الأبهري: لأنه طلاق في المرض.

عوف فلما طهرت آذنته فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها.

(1) في (ع): (شرع).

(2) في (ش): (رعى).

(3) تهذيب البراذعي: 362/2.

(4) في (ع): (ثلاث).

(5) في (ش): (فإن).

وإن شهد رجلان على رجل أنه طلق واحدة من نسائه معيّنة، وقالوا: نسيانها؛ لم تجز الشهادة إن أنكر الزوج، ويحلف بالله ما طلق واحدة منهن (1).

قوله: (وقالوا: نسيانها).

ظاهره لم تجز الشهادة، ولو تذكرها بعد ذلك، وظاهره ولو كانا مبرزين.
المغربي: يقوم من هنا أن التقصير في الشهادة يبطل جميعها، ولا يستنزل إلى أقل المحقق وتجاوز (2).

قلت: وحصلها ابن رشد في سماع يحيى من الاستحقاق ستة أقوال (3).

(1) تهذيب البراذعي: 366/2.

(2) قوله: (يقوم من هنا أن التقصير في الشهادة... وتجاوز) ساقط من (ع). وزاد المشدالي بعده: القول بعدم الاستنزال هو مذهب ابن القاسم، وقال مطرف: يستنزل الشهود للمستيقن.

(3) المشدالي: أما تحصيل ابن رشد فقال في رسم المكاتب من السماع المذكور: يتحصل في المسألة ستة أقوال:

- أحدها: أن الشهادة باطلة لا توجب حكماً.
- والثاني: أنها توجب الشهادة على المشهود عليه.
- والثالث: أن البينة تستنزل إلى ما لا يشك فيه.
- والرابع: أن القول قول المغصوب منه.
- والخامس: أن القول قول الغاصب إلا أن يأتي بما لا يشبهه، فيكون القول قول المغصوب منه على ما وقع في هذه الرواية.
- والسادس: الفرق بين أن يشهد الشهود على الأرض بعينها، ولا يعرفون حدودها، وبين ألا يعينوا الأرض، وإنما يشهدون أنه غصبه في القرية أرضاً لا يعرفوها.

ولا خفاء في حسن ما أخذة أبو إبراهيم من هنا في سماع عيسى .
وما ذكره ابن سهل (1) عن ابن زرب (2) .
ومسألة ابن زرب التي أوصانا بحفظها .
وما في سماع عيسى من المديان (3) .
ومسألة ابن زرب في مسألة البنين والبنات .

(1) في (ع): (رشد).

(2) هو: أبو بكر، محمد بن يَيْقَى بن محمد بن زَرْب القرطبي، قاضي الجماعة بها، المتوفى سنة 381هـ، سمع من قاسم بن أصبغ وتفقه عند اللؤلؤي، وابن مسرة، وبه تفقه جماعة، منهم: ابن الحذاء، وابن مغيث، وأبو بكر عبد الرحمن، أَلَف كتاب "الخصال" في الفقه مشهور على مذهب مالك عارض به كتاب "الخصال" لابن كابس الحنفي .
قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابن زرب العظيم الشأن محمد ذو الحفظ والإتقان

في رابع عاش الإمام المرتضى وعام إحدى وثمانين قضى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 114/7، والديباج المذهب، لابن فرحون: 230/2، وشجرة النور، لمخلوف: 100/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 62، 127.

(3) المشدالي: ما في سماع عيسى من المديان، فهي المسألة الرابعة منه فيمن ادعى على رجل مئة دينار وأقر بها الرجل، إلا أنه ادعى أنه قضاها إياه، فأقام شاهدين أنه أقر أنه قبض منه المدعي خمسين ديناراً، وأقام شاهدين آخرين أيضاً أنه قبض منه خمسين ديناراً، وقال المدعي: إنها هي خمسون، ولكنني أشهدت له شهوداً بعد شهود .
فقال ابن القاسم: أراها خمسين؛ لأن الرجل يشهد هاهنا، ثم يزيد شهوداً بعد شهود، إلا أن يكون كتب له براءتين، فيستدل بذلك أنها أمران مختلفان .

وفي الطرر عنه في مسألة تسجيل القاضي، وفي الطرر في هذا النمط كثير (1).

وفي المتطي؛ في باب التصيرات والوكالات والأقضية عن ابن حارث (2).

وفي سماع عيسى من الوصايا في مسألة الأفراس (3).

(1) المشدالي: انظر "الطرر" في باب التعجيز في أواخره وما بعدها يسير، تركت سوقه خشية الإطالة.

(2) المشدالي: تركت سوق ما حكى عن المتطي خشية الإطالة.

(3) المشدالي: مسألة الأفراس هي الثانية من رسم سلف من السماع المذكور فيمن أوصى في ثلاثة أفراس، فقال: ادفعوا إلى فلان فرساً سماه بعينه، وخيروا فلاناً في الفرسين الباقيين، وادفعوا الآخر إلى فلان، فعمى على الشهود الفرس الذي سمى. فقال ابن القاسم: أرى أن يعطى الأول الثلث من كل فرس، ثم يعطى لذي الخيار ثلثي المرتفع وثلث الوسط، ويعطى الثالث ثلثي الدنيء وثلث الوسط، وعلى هذا القول ثبت بعد أن رد عليه غير مرة.

ابن رشد: أجاز هنا شهادة الشهود وإن عمى عليهم الفرس المسمى وشكوا فيه، فقيل: إن ذلك يأتي على ما في أصل الأسديّة من الأيمان بالطلاق، في الذي طلق إحدى امرأته ولم يدر أيتها المطلقة، من أن الشهود شكوا، فلم يدرُوا أيتها المطلقة، فهل المدخول بها؟ أو التي لم يدخُل بها؟

وعلى قول إجازته في هذه الرواية للشهادة ليس خلاف المشهور من قوله، وإنما أجازها في الوصية بعد الموت، على ما قيل من أنّها تجوز في الوصية بعد الموت، ولا تجوز على الحي، وفيها ثالثٌ وهو عدم جوازها في الوجهين، وهو قول أشهب في أول سماع سحنون؛ لأنه إذا لم يجز الشهادة في الوصية بعد الموت، فأحرى ألا يجيزها على الحي.

وفي سماع سَحْنُون من الوصايا(1).

وفي رسم يدير ماله من سماع عيسى من المديان(2).

وفي سماع عبد الملك من الجنائيات ما هو من نمط ما في المدوَّنة.

وإن شهد واحد بتطبيقه، وآخر بثلاث، لزمته طلقة واحدة وحلف على البتات، فإن نكل طلقت عليه البتة، قاله مالك ثم رجع فقال: يسجن حتى يحلف(3).

(1) المشدالي: مسألة سماع سحنون في الوصايا هي أول مسألة منه فيمن أوصى فقال: اعتقوا عبدي الذي حجج معي، وقد علم أنه حجج معه عبد، إلا أنه لا يعرف، وادعى ذلك عبيده، قال أشهب: الوصية باطلة.

ابن رشد: قوله: إن الوصية لا تجوز، والوصية باطلة، معارض لقول ابن القاسم في رسم سلف من سماع عيسى المتقدم، وليس بمعارض لقوله في رسم يشتري من سماع يحيى، ولو كان عبيده كلهم حجوا معه، وكان قد قال في وصيته: اعتقوا عبدي الذي حجج، لكان كمن قال: اعتقوا عبدي فلاناً، وله عبيد بذلك الاسم، بمنزلة إذا قال: اعتقوا عبداً من عبيدي، وقد مر بيانه هناك.

(2) المشدالي: مسألة رسم يدير، هي أول مسألة منه، في شاهدين شهدا على رجل أنه قال: لفلان عليّ مائة أو لفلان، لا يدريان أيهما هو، قال: ليس عليه أن يغرم إلا مئة، ويحلف الرجلان ويقتسمانها بينهما.

ابن رشد: تكررت في رسم البيوع من سماع أصبغ من الدعوى، وزاد فيها: قال أصبغ: يحلف كل منهما أنه هو، وأن له عليه مائة ثابتة، فمن نكل منهما فهي للحالف، وإن نكلا اقتسماها، كما لو حلفا.

المشدالي: انظر تمام كلام ابن رشد، ذكر فيه مسألة ما إذا شك المقر، هل ما عليه لفلان أو فلان؟ وذكر أنه تأويل ابن دحون على المسألة، وكذلك المودع إذا شك في المودع.

(3) تهذيب البراذعي: 366/2.

قوله: (واحد بطلقة وآخر بثلاث).

نحوه في السلم والشهادات، وفي هذا المقام إشكالان:

أحدهما: أن يقال: الطلقة المنفردة مغايرة للطلقة من الثلاث، فيلزم ألا

يلزمه شيء.

الثاني: ما تقرر من انعدام الماهية لانعدام بعض أجزائها، فيلزم ألا يلزمه

شيء من الثلاث لبطلان ماهيتها.

والجواب عن هذا واضح لمن شدَّ طرفاً من التحقيق⁽¹⁾.

وإن شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس بمصر في رمضان، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة في ذي الحجة طلقت عليه. وإن شهد أحدهما أنه قال في رمضان: إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق، وشهد الآخر أنه قال ذلك في ذي الحجة، وشهدا عليه هما أو غيرهما أنه دخلها بعد ذي الحجة طلقت عليه، وإن شهدا عليه جميعاً أنه قال: إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق، وشهد أحدهما أنه دخلها في رمضان وشهد الآخر أنه دخلها في ذي الحجة، طلقت عليه⁽²⁾.

(1) المشدالي: الجواب عن الأول أن يقال: أعم من التماثل، وهو المعتبر في الباب

كاختلاف الأيام على المشهور، فلا ينافيه التغير، فيصح التلفيق.

وعن الثاني: أنه لا يلزم من انعدام الماهية من حيث هي لانعدام بعض أجزائها، عدم

اعتبار شيء من أجزائها، والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 366/2 و367.

قوله في مسألة: (عمرو بن العاص) مع مسألة (مصر).

استشكلها ابن محرز والمازري وغيرهما (1).

وانظر تليفق الشهادة في سماع عيسى منها (2).

وحاصل مذهب المدوّنة التليفق في الأقوال لا الأفعال، ولا يخفى عليك

ما في هذا الباب من البحث (3).

(1) المشدالي: قال ابن محرز: أما مسألة من حلف ألا يكلم فصحيحة؛ لأنها من باب

التليفق في الأقوال، وأما التي قبلها فمن باب التليفق في الأفعال وهي لا تلتق، قال:

وأحسب أي رأيت لمحمد بن عبد الحكم معارضة ابن القاسم بنحو ما ذكرته.

(2) المشدالي: يعني في رسم حمل صيباً من سماع عيسى من الكتاب المذكور، وقال في

رسم القطعان من سماع عيسى من الشهادات: قال مالك: إذا شهد رجلان على رجل

بطلاق أو فرية أو شرب في أيام مختلفة، فقال هذا: أشهد أنه طلق أو قذف أو شرب

في شوال، وقال الآخر مثله، إلا أنه في رمضان، أنه يحذ للفرية والشرب، وتطلق عليه

زوجته، وهو رأى ابن القاسم.

(3) المشدالي: ابن رشد: تليفق الأقوال المختلفة الأزمان صحيح على المشهور من مذهب

ابن القاسم، وأما تليفق الأفعال الواقعة في أزمان مختلفة فباطل عند ابن القاسم

حسب ما مر في رسم أوصى، وإنما قال هنا: يحذ للشرب من أجل أن الشهادة فيه

مستندة إلى القول؛ إذ هو المعتبر به فيها؛ لأنه إنما يجب عليه في الشرب حد القذف؛

لقول علي: إذا شرب سكر وإذا سكر هدى، وإذا هدى افتري.

فلم يخالف ابن القاسم أصله في أن الأفعال لا تلتق إذا اختلفت أوقاتها، وهو نحو

قوله في الأيمان بالطلاق من المدونة: إذا شهد شاهدان على رجل أنه حلف بالطلاق

ألا يدخل دار عمرو بن العاص، ثم شهد أحدهما أنه دخلها في رمضان، والآخر أنه

دخلها في ذي الحجة، أنها تطلق عليه، فقد لفق الفعل لما كان مستنداً إلى القول.

وقال مالك - في المبسوطة -: شهادة أحدهما بشره في رمضان والآخر في شوال

وإن ادعت أن زوجها طلقها لم يحلف الزوج وترك وإياها، وإن أقامت شاهداً أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما لها في الحقوق حلف الزوج أو منع منها حتى يحلف، قال مالك: فإن نكل طلقت عليه مكانه وعدتها من يوم الحكم⁽¹⁾.

قوله: (منع منها).

ظاهره في البينة الحاضرة، وأما الغائبة فلا، ولو ادعت أنه طلقها وأنكر ولها بينة في زعمها، فقال بعض الأندلسيين: يوقف عنها اليوم واليومين.
الباجي: ثمانية.



بمنزلة لو قال أحدهما: رأيته يشرب بقدر نضار، والآخر يقول: رأيته يشرب بقدر قوارير.

وقال ابن مسلمة وابن نافع: لا يجد للشرب حتى يجتمع على وقت واحد، وهو الأظهر على قاعدة ابن القاسم من أن الأفعال لا تلفق.

المشدالي: قد بان لك من كلام ابن رشد جواب استشكال ابن محرز والمازري، وإن كان القياس قول ابن نافع كما ذكر، والله أعلم بالصواب.

(1) تهذيب البراذعي: 371/2.



كتاب التخيير والتمليك

كتاب التخيير والتمليك

من قال لامرأته بعد البناء: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، فهي ثلاث ولا مناكرة للزوج، وإن قالت: قد قبلت أمري، سئلت: ما الذي قبلت؟ فإن قالت: ما جعل لي من الخيار ولم أطلق، قيل لها: فطلقي إن أردت أو رُدِّي، فإن طلقت ثلاثاً لزمه ولا مناكرة له، وإن طلقت دون الثلاث لم يلزمه شيء، وإنما لها أن تطلق ثلاثاً أو ترد ذلك (1).

قوله: (وإن طلقت دون الثلاث لم يلزمه شيء).

ظاهرة: ولو سبق له فيها طلقتان.

وسئل ابن عتاب عنها؟ فقال: تلزم، ولا تحل إلا بعد زوج (2).

ابن سهل: ولا يتوجه فيه خلاف (3).

قلت: كيف لا يتوجه مع قولهم: المشهور في التخيير عدم لزوم ما دون

الثلاث، فالجاري عليه عدم لزوم هذه الطلقة (4).

ابن محرز: إن قيل: ما الفرق على مذهبه إذا اختارت أقل من الثلاث؛ بطل

ما بيدها، ولا قضاء لها بعد.

(1) تهذيب البراذعي: 287/2.

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 244.

(3) انظر: المعيار المعرب، للونشريسي: 79/4.

(4) المشدالي: قد يقال: ما ذكره يؤيد كلام ابن سهل رحمه الله.

ولو قالت: اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي كان لها أن تختار بعد.

والجامع: أنهما قد قضتا بما لم يجعل لهما⁽¹⁾.

الجواب: أن الأولى جوابها تضمن إبطال ما بقي لها، فهي بمنزلة من أبطل بعض حقه، وهو لا يتبعض، كما لو عفى ولي الدم عن نصف حقه، وفي الثانية لم يتضمن قضاؤها إسقاط شيء من حقها، وإنما اختارت على صفة، فإن لم يتم لها رجعت إلى حقها⁽²⁾.

وفي سماع أبي زيد: ولو⁽³⁾ قال لها أمرك بيدك، فقالت: أنا عليك كظهر أمك ليس لها ذلك.

ابن رشد: ويسقط ما لها من التملك؛ لأنها قضت بما ليس لها، إلا أن تقول: أردت بذلك الطلاق، فيكون ثلاثاً، إلا أن يناكرها الزوج فيما فوق الواحدة⁽⁴⁾.

وإن قال لها: اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختري فلا خيار لها⁽⁵⁾.

قوله: (ومضى اليوم).

الفرق بينها وبين ما في الخيار: أن خيارها لا تقر عليه لو عثر عليه قبل تمام اليوم بخلافه⁽⁶⁾ هناك.

(1) في (ش): (إليهما).

(2) انظر المسألة بتفصيل أوسع في: مختصر بن عرفة: 197/ب.

(3) في (ع): (لو).

(4) البيان والتحصيل، لابن رشد: 202/5.

(5) تهذيب البراذعي: 289/2.

(6) في (ش): (خلافه).

وإن قال لامرأته: إذا قدم فلان فاختاري، فذلك لها إذا قدم ولا يحال بينه وبين وطئها، وإن وطئها الزوج بعد قدوم فلان ولم تعلم المرأة بقدومه إلا بعد زمان، فلها أن تختار حين تعلم. وإن خيرها ثم خاف أن تختار نفسها فأعطها ألف درهم على أن تختاره، لزمته الألف إن اختارته. وكذلك إن شرط في عقد نكاحها أنه إن تسرر عليها فأمرها بيدها ففعل، فأرادت أن تطلق نفسها، فقال لها: لا تفعلي ولك ألف درهم، فرضيت بذلك لزمته الألف. وإن خيرها فقالت: قد اخترت نفسي إن دخلت على ضررتي، فإنها توقف فتختار أو تترك وإن خيرها قبل البناء فقالت: قد اخترت نفسي أو طلقت نفسي ثلاثاً، أو قالت له: قد خليت سبيلك، تريد الثلاث فله أن يناكرها. فإن قال لها: لم أرد بذلك إلا واحدة، صدق، لأن الواحدة تبينها، والخيار والتمليك فيها سواء، فإن لم تكن له نية حين خيرها فهي ثلاث ولا يناكرها. وإن ملكها قبل البناء أو بعده ولا نية فالقضاء ما قضت، ولا منكرة له إلا أن تكون له نية فله ذلك، ويحلف على ما نوى⁽¹⁾.

قوله: (إن دخلت على ضررتي).

قلت: ظاهر كلام عبد الحق في تهذيب الطالب: أن (ضررتي) فاعل.

وظاهر كلام اللخمي: أن الزوج فاعل؛ أي ما كان⁽²⁾.

فالدخول يحتمل دخول البناء والبيت⁽³⁾، ويحتمل كون الفاعل

(1) تهذيب البراذعي: 290/2.

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2716.

(3) في (ع): (أو البيت).

الزوجة (1).

وإن قالت: قد طلقت نفسي، سُئلت: أيُّ الطلاق؟ فإن كان ثلاثاً لزمه،
ولا مُناكَرَةً له عليها، وإن كان أقل لم يلزمه (2).

قوله: (وإن قالت: طلقتُ نفسي، سُئلت...).

قال ابن زرب: نزلت مسألة بقرطبة؛ وهي: لو خَيْرَ رجلٍ امرأته، فقالت:
قد اخترت الطلاق، فقال لها: واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً؟ فقالت: لم أنو شيئاً،
فتوقف فيها قوم، وأفتى آخرون، وتدبرتها، فوجدتُ لها مثلاً في سماع عيسى:
إذا حلف من عليه دينٌ لصاحبه بالطلاق ليوفينها إلى أجل كذا، فحنث؛ فقال
صاحب الحق: أردتُ البتة؛ وقال الحالف: واحدة؛ القول قول صاحب الحق.
وقال ابن وهب: قول الحالف. ورأى أن لفظ الطلاق لا يقتضي
جميعه (3).

قلت: قال ابن رشد: هذان القولان على [16/ب] اختلافهم في اليمين؛
أهي على نية الحالف أو المحلوف له (4).

(1) المشدالي: فعلى أن (ضرتي) فاعل فيضبط (دخلت علي) بفتح اللام من (دخلت)،
وسكون التاء التي هي علامة التأنيث، وتكون (علي) بعد الفعل جارةً لياء (النفس).
وعلى ظاهر كلام اللخمي يضبط (دخلت) بسكون (اللام) وفتح (التاء) التي هي
للمخاطب، وعلى أن الزوجة (فاعلٌ) يضبط الفعل بسكون (اللام)، وضم (التاء)
التي هي للمتكلم، و (علي) جار لـ (ضرتي) في الوجهين.

(2) تهذيب البراذعي: 292/2.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 242.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 125/6.

قلت: وقال ابن عتاب: اختلف فيها ابن زرب والإشبيلي؛ فقال ابن زرب: هي ثلاث، وقال الإشبيلي: واحدة.

وصوّب ابن عتاب وابن سهل قول ابن زرب (1).

قال مالك: وإن قال لها: اختاري أباك أو أمك، أو كانت تكثر التردد إلى الحمام أو الغرفة، فقال لها: اختاريني أو اختاري الحمام أو الغرفة، فإن لم يرد بذلك طلاقاً فلا شيء عليه، وإن أراد به الطلاق فهو الطلاق (2).

قوله: (ومن أراد به الطلاق فهو الطلاق).

قال بعضهم: ظاهر قول مالك أنه يلزمه وإن لم تختّر الشيء الذي خيرها فيه، وإن نفس (3) التخيير طلاق، لكن فسره ابن القاسم (4).

قال ابن القاسم: ومعنى قوله إن أراد به الطلاق فهو الطلاق: إنما ذلك إذا اختارت الشيء الذي خيرها فيه بمنزلة ما لو خيرها نفسها فإن لم تختّر ذلك فلا شيء لها (5).

قوله: (بمنزلة ما لو خيرها نفسها...) إلى آخره.

بيان هذا الكلام - من أصله - أنه قد تقرر أن الحكم إذا ربط بشرط فقد دار معه وجوداً وعدمًا، ولما كان قول مالك اقتضى ثبوت الطلاق إذا أراد،

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 242.

(2) تهذيب البراذعي: 293/2.

(3) قوله: (نفس) غير مقروء في (ع).

(4) انظر: المتقى شرح الموطأ، للباجي: 294/5.

(5) التهذيب للبراذعي: 294/2.

ولو لم تختر الفرقة ونحوها تصدى ابن القاسم إلى تفسيره، فقال: إنما يلزم الطلاق بشرطه الذي علق عليه، وهو إذا اختارت الشيء الذي خيرها فيه، وهذا في طرف الوجود بالوجود، وبين أنه كذلك ينتفي الطلاق لانتفاء شرطه. فقوله: (بمنزلة...) إلى آخره بيان لحكم الشيء في طرف العدم⁽¹⁾، وإلا فلا يتقرر له معنى لطيف.

وإن قالت: طلقت نفسي البتة، أو اخترت نفسي، أو قبلت نفسي، فهي ثلاث إلا أن يناكرها مكانه فيحلف ويلزمه ما نوى من واحدة أو أكثر، ولا تسأل ههنا كم أرادت من الطلاق؛ لأنها قد بينت وليس لها أن تقول هذه الألفاظ أردت دون الثلاث⁽²⁾.

قوله: (ولا تسأل ههنا المرأة كم أرادت).

القاسبي: يريد بعد البناء في قولها: اخترت نفسي أو قبلت نفسي، وأما قبل البناء فلها أن تقول: أردت دون الثلاث.

المغربي: ما قيده ابن يونس بعد البناء إنما يصح فيما عدى البتة، أما إذا قالت: طلقت نفسي البتة فليس لها أن تقول: أردت دون الثلاث، لا قبل البناء ولا بعده.

قلت: لا شك أن كلام ابن يونس موهم رد التقييد إلى جميع هذه الألفاظ. والصواب: ما قيده به القاسبي.

(1) في (ش): (العام).

(2) تهذيب البراذعي: 295/2.

وإن قال لها: أمرك بيدك، ثم قال لها - أيضاً - قبل أن تقضي: أمرك بيدك على ألف درهم، فلها القضاء بالقول الأول بلا غرم، كالقائل لزوجته: إن أذنت لك أمك فأنت طالق البتة، ثم قال لها بعد ذلك: إن أذنت لك إليها، إلا أن يقضي به علي سلطان فأنت طالق ثلاثاً، فالقول الثاني منه ندم والأول يلزمه⁽¹⁾.

قوله: (فالقول الثاني منه ندم والأول يلزمه).

قال بعضهم: انظر كيف جعل القول الأول يلزمه، سواء قضى عليه السلطان بالإذن أم لا، فيقوم منه أن من حلف ألا⁽²⁾ يقضي غريمه⁽³⁾ حقه، فقضى عليه السلطان أنه يحنث، ولا يعذر بهذا الإكراه، وكذا إذا حلف⁽⁴⁾ ألا يفعل مباحاً كدخول الدار فأكره على الدخول حنث⁽⁵⁾.

ويقوم منه أيضاً أن على الزوج أن يأذن لزوجته في زيارة أبيها ويقضى بذلك عليه.

ابن حبيب: الواجب إما⁽⁶⁾ أن يأذن لها أو لهم⁽⁷⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 297/2.

(2) في (ع): (لا).

(3) قوله: (غريمه) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (حلفه).

(5) المشدالي: أما إذا قضى عليه السلطان فالمنصوص لابن القاسم - في العتبية - أنه حنث، وقيل: لا يلزمه حنث.

وأما مسألة الإكراه على الدخول فالمشهور فيها عدم الحنث.

(6) قوله: (إما) زيادة من (ع).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 105/6.

قيل: فإن قال لها: حياك الله، يريد بذلك التمليك، أو: لا مرحباً، يريد بذلك الإيلاء أو الظهار⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فإن قال لها: حياك الله...) إلى آخره.

اختصرها لوجهين:

أحدهما: لإشكال القياس، فإنه قاس ما به التمليك والإيلاء والظهار على ما يلزم به الطلاق، وهو يصح عن قريب أن كنيات الطلاق لا تنصرف للظهار، فيبطل عموم قوله: كلما نوى به الطلاق يلزم⁽²⁾ به الظهار.

الثاني: أن المشهور عدم لزوم الطلاق بالنية دون لفظ.

ابن دحون: كل الروايات عن مالك: لا يلزمه إلا ما حرك به لسانه أو كتبه بيده، فعموم قوله: كل كلام ظاهره - ولو نفسياً - في سماع عيسى: لو قال لها: خيرت الله في يديك، فاختارت، ثم قال: لم أرد طلاقاً حلف ما أراد طلاقاً، ولا تمليكاً ولا شيء عليه، وكان معنى خيرت الله أي خار الله لك⁽³⁾.

قال ابن القاسم: أخبرني من أثق به أن مالكا سئل عن رجل لاعب امرأته فأخذت بفرجه على وجه التلذذ فنهاها، فأبت، فقال لها: هو عليك حرام، وقال: أردت أن أحرم أن تمسه ولم أرد بذلك تحريم امرأتي، فتوقف فيها مالك وتخوف أن يكون حنث فيها، ورأى غيره من

(1) تهذيب البرازعي: 298/2.

(2) في (ع): (يلزمه).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 90/6.

أهل المدينة أن التحريم يلزمه، وهذا أخف عندي ممن نوى الكذب في التحريم، ولم أقل لك إن التحريم يلزم صاحب الفرج⁽¹⁾.

قوله: (فوقف فيها مالك).

المغربي: وجه التوقف هل يراعى التحريم لفظاً دون البساط، أو يراعى البساط؟

ولا شك أنه تقدم له ما يدل على صدقه، ولولا هذا البساط للزمه، ولا يتوقف فيه أحد⁽²⁾.

وانظر قوله: (أردت أن أحرم أن تمسه).

هل أراد أن يحرم مسه على الوجه المتقدم وهو التلذذ؟ أو أراد أن يحرم مسه من غير اعتبار تلذذ؟ ولا شك أنه إذا أراد أن يحرم أن تمسه على وجه التلذذ فقد حرم عليها نفسه، فينبغي ألا يتوقف فيها، لكن لما احتمل أن يحرم مسه⁽³⁾ من غير اعتبار تلذذ وجب⁽⁴⁾ الوقف.

(وقوله): (وهذا أخف عندي). إلى آخره.

وجه الدلالة من هذه المسألة على مسألة من نوى الكذب في التحريم إنما لما وقف مالك عن الجواب فيمن قال: لم أرد بالتحريم الطلاق⁽⁵⁾، وتقدم به

(1) تهذيب البراذعي: 303/2 و304.

(2) انظر المسألة في: المعيار المعرب، للونشريسي: 104/4.

(3) في (ع): (نفسه).

(4) في (ع): (أوجب).

(5) انظر: المدونة (زايد): 254/4، و(السعادة/صادر): 394/5، و(العلمية):

بساط بصدقه وجب ألا يتوقف في تكذيب من قال: أردت الكذب في التحريم.

قوله: (ولم أقل لك...) إلى آخره.

الشيخ: هذا يدل على وقف ابن القاسم في المسألة إذ لم يقل له: ولا شيء عليه.

زاد في الأم هنا: (ولكن في مسألتك في التحريم أرى أن يلزمه ولا

ينوي)⁽¹⁾.

قلت: وعلى البراذعي هنا درك؛ لأنه ذكر عن ابن القاسم على وجه الاحتجاج على عدم النية في المسألة الأولى، فإن مالك⁽²⁾ لم ينوه فيما يشبهه⁽³⁾، ولا وجود لذكر ذلك، والموجب⁽⁴⁾ الوقف، فأين ما قال أن مالكاً: (لم ينوه)

(1) انظر: المدونة (زايد): 255/4، و(السعادة/صادر): 394/5، و(العلمية): 287/2.

وزاد المشدالي بعده: قال في الأم: والذي سألت عنه أشد وأبين ألا ينوي؛ لأنه ابتداء التحريم من قبل نفسه، وما سئل عنه مالك كان له سبب ينوي به. قال ابن عرفة في المختصر: قوله: "كان له سبب ينوي به"؛ ظاهرٌ في أنه لا يلزمه تحريم، وأن تحريم مسها إياه غير تحريم، وعدم ذكر البراذعي لفظ ابن القاسم هذا مخلٌ بفائدة.

المشدالي: كلام ابن عرفة ظاهرٌ في أن ابن القاسم لا توقف عنده في مسألة الفرج خلاف ما ذهب إليه عياض وغيره من الشيوخ، وخلاف ما حكى عنه الوانوغوي أيضاً. فانظر ذلك.

(2) قوله: (فإن مالك) يقابله في (ش): (أن ذلك).

(3) في (ش): (يشبه).

(4) قوله: (ذلك، والموجب) يقابله في (ع): (والموجود).

فيما يشبه المسألة، نعم، ذلك موجود في الأم.

قلت: وههنا بحث لطيف، وهو أنه قد قرر الشيخ عبد القاهر: أن الكلام المشتمل على قيد، وحكم على ذلك الكلام بحكم خبري نفيًا أو إثباتًا أنه إنما يتوجه نحو القيد لا المقيد، وههنا القيد موجودٌ؛ وهو الالتذاذ، والمقيد؛ وهو الأخذ.

فقوله: (هو عليك حرام) يجب على هذه القاعدة رده إلى القيد الذي هو الالتذاذ، فيجب ألا يتوقف مالك؛ لأنه لو حرم الالتذاذ لحُرمت بلا شك، فكيف كان قول صاحب النازلة: "إنما أردت المعنى" مشيرًا للوقف. فتأمل (1).

(1) المشدالي: إن سلم اتفاق أئمة اللسان وأرباب البيان على اعتبار هذه القاعدة فلا يلزم اعتبارها في كلام عامة الناس حتى يتعين بناء الفتوى عليها مطلقاً؛ لأن مبني الفتوى إنما هو على المقاصد المتعارفة في مجاري الكلام ومعاني التراكيب، فإذا تقرر العرف بما يخالف القاعدة المشار إليها، أو لم يتقرر عرف بذلك، لكن احتمل عند مالك أن يكون المقصود خلافها حسنَ توقفه بلا إشكال.

على أن قول الوانوغى: "لأنه لو حرم الالتذاذ لحُرمت قطعاً" فيه نظرٌ؛ لما روي عن الشيخ الفقيه الصالح أبي القاسم الغبريني أنه سئل عن رواد زوجته، فقالت له: أنا عليك حرام مثل أمك، وأختك. فقال لها: أنت علي حرام مثل أمي وأختي. وأتى مستفتياً، وقال: أردت تحريم جماعها. فأجاب بأن من وقعت له يُجْتهد له فيها.

قال البرزلي: لأنه لم يحفظ في تحريم هذه المصادر شيئاً مثل اللمس والجماع والوطء والمتعة ونحو ذلك، وأجراها حين نزلت على ما اختاره عياض في مسألة الفرج؛ أنه من باب الطلاق باللفظ دون النية، فأحلف السائل، وخلقى بينه وبين زوجته، ولا أدري هل حكم له بطلقة أو بغير شيء؟

قال: والذي رأيت للخمى في كتاب الظهار أن هذه المصادر إذا حرمها حرمت عليه المرأة.

وإن قال لها: أنت طالقٌ تطليقة، ينوي بها أن لا رجعة لي عليك فيها، فله الرجعة، وقوله: لا رجعة لي عليك، ونيته، باطل، إلا أن ينوي بقوله: لا رجعة لي عليك البتات⁽¹⁾.

قوله: (لا رجعة لي عليك).

القاسبي: لو قال لرجعية: لا رجعة لي عليك لا شيء عليه.

قال بعضهم: الفرق بين: لا رجعة لي، وواحدة بائنة، أنها ثلاث، أن (بائنة) من كنيات الطلاق بدليل لو انفردت لزم البتات، و (لا رجعة) ليست كذلك.

ومن هذه المسألة أخذ ابن العربي: أن من طلق امرأته طلقة تملك بها نفسها؛ أنها رجعية⁽²⁾.

قال: ونقل لي بعض من أثق به أن شيخنا الإمام كتب له بالخفة في هذه المسألة، وعدم اللزوم، وبه أفتيتُ أنا لمن وقعت به هذه المسألة بناء على ما أخبرت به عن الشيخ رحمته.

(1) تهذيب البرازعي: 309/2.

(2) انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 481/3. وزاد المشدالي بعده: أما من قال: (طلقة بائنة) فالمشهور - وهو مذهب المدونة - أنها ثلاث، وقيل: واحدة رجعية، وهي رواية ابن وهب عن مالك، وبها أخذ ابن عبد الحكم.

قال اللخمي: وأرى أن يسأل عن قوله: (بائنة) فإن قال: أردت الصفة للطلاق، وأنها فعلةٌ تَبِينُ بها كانت ثلاثاً، وإن قال: أردت من العدد واحدةً كان حكمه حكم من طَلَّقَ طلاقَ الصُّلْحِ، وفيها ثلاثة أقوال.

المشدالي: وأما من قال: "طلقة لا رجعة لي عليك"، أو نوى ذلك ولم يلفظ به، لم يكن قصده الثلاث، فهي رجعية، وقوله: "لا رجعة لي"، أو نيته باطلٌ.

قال ابن شهاب: وإن قال لها: أنت السراح، فهي واحدة إلا أن يريد بذلك بتّ الطلاق⁽¹⁾.

قوله: (أنت السراح).

قلت: قال المتيطي: روى⁽²⁾ هارون بن علي⁽³⁾ الحضرمي عن مالك أنه سئل عمّن قالت له زوجته: يا سفلة، فقال لها: إن كنت سفلة فأنت طالق؟ قال: إن⁽⁴⁾ لم يكن طلب⁽⁵⁾ العلم فهو سفلة؛ لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال:

وفي الموازية إذا قال: "أنت طالق ولا رجعة لي عليك"، فله الرجعة.

وقال ابن عبد الحكم: إن قال: "أنت طالق لا رجعة لي عليك" كانت البتة، وإن قال: "ولا رجعة لي" فله الرجعة.

قال اللخمي: أما قوله: (طلقة) ينوي: لا رجعة له فيها، أو نطق بذلك، فهو كقوله: طلقة بائنة؛ لأن ذلك صفة للطلقة.

وأما قوله: "أنت طالق لا رجعة لي عليك" أو "ولا رجعة لي عليك" فليس بصفة للطلاق، وإنما أسقط حقه في الرجعة، ولو قال: "أنت طالق طلاقاً لا رجعة فيه" لكان ثلاثاً اتفاقاً؛ لأن الطلاق يعبر به عن الواحدة والثلاث، فإذا قال: "طلاقاً لا رجعة فيه" كان صفةً للطلاق؛ أنه ثلاث، وظاهر المذهب فيمن طلق واحدة ثم قال لها بعد ذلك: "أسقطت عنك حقي في الرجعة" أو "لا رجعة لي عليك" أن له الرجعة.

وقوله ذلك ساقط، والقياس ألا رجعة له؛ لأن الرجعة حقٌ له عليها، فإذا أسقط حقه عنها لزمه كسائر الحقوق.

(1) تهذيب البراذعي: 311/2.

(2) في (ع): (رواها).

(3) في (ع): (محلي).

(4) في (ش): (لو).

(5) في (ش): (طالب).

«إذا استرذل الله عبداً حظر عليه العلم والأدب»⁽¹⁾.

وقال ابن المبارك: السّفلة من يأكل بدينه⁽²⁾.

قلت: لا يتم الاستدلال بالحديث إلا بعد تسليم أن مسمى المسترذل والسّفلة متساويان⁽³⁾.

(1) أخرجه ابن عراق الكِنَاني في تنزيه الشريعة المرفوعة: 272/1، وابن عدي في الكامل: 197/3، والقضاعي في مسنده: 454. كلهم من طريق أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيضي: 4/ب، ونصها: وروى هارون بن علي الحضرمي عن مالك أنه سئل عنمن قالت له زوجته يا سفلة، فقال لها: إن كنت سفلة فأنت طالق. قال: إن لم يكن طلب العلم فهو سفلة لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا استرذل الله عبداً حظر عليه العلم». وقال ابن المبارك: السفلة من يأكل بدينه.

(3) المشدالي: قال في الصحاح: السّفلة: السُّقَاط من الناس، يقال: هو السفلة. ولا تقل: هو سفلة؛ لأنها جمع، وفسر الساقط: باللثيم في حسبه ونفسه. وقال في تفسير الرّذل هو: الدونُ الخسيس. وفسّر الخسيس بالدنى.

وفسر الدنى بالخسيس من الرجال الدون،

وفسر الدون بالحقير السمين. هذا ما قاله أهل اللغة في الأردل.

وأما المفسرون؛ فمنهم من قال: أَرَادِلُنَا: أَحْسَاؤُنَا وَسَقَطُنَا وَسَفَلَتُنَا.

ومنهم من قال: هم الفقراء، والذين لا حَسَبَ لهم، والخسيسو الصناعات.

ومنهم من قال: هم الفقراء والضعفاء.

وقالوا في تفسير السّفلة: هم الذين يَتَقَلَّلُسون، ويأتون أبواب القضاة والسلاطين

يطلبون الشهادات، وهو قول سفيان وابن المبارك وغيرهم.

وقال ابن الأعرابي - فيما حكى عنه ثعلب - : هم الذين يأكلون الدنيا بدينهم. قيل له:

فمن سَفَلَة السَّفَلَة؟ قال: هم الذين يُصَلِحون دنيا غيرهم بفساد دينهم.
وقال عليٌّ عليه السلام: السفلة هم الذين إذا اجتمعوا غلبوا، وإذا تفرقوا لم يعرفوا.
وقال مالك: السَّفَلَة هم الذين يسبُّون الصحابة.
المشدالي: قد ظهر لك أن معنى المسترذَل والسَّفَلَة على طريق أهل اللغة أقرب إلى
الترادف، أو السفلة أخصُّ، وعلى أنه أخصُّ فلا يَنْهَضُ الاستدلال بالحديث.
وأما على ما قاله المفسرون فيبينها تباعد.
وأما ما حكاه المتيطي عن مالك فلا يجري على قول مالك المتقدم في تفسير السَّفَلَة، بل
الجارى عليه أنه لا يلزمه شيءٌ إن لم يكن ممن يسب الصحابة، وإن لم يكن من طلبة
العلم.
وقد حكى القرطبي في تفسيره سورة هود أن الترمذي سأله رجل عن المسألة بعينها
- والسائل هو صاحب القضية - فقال له الترمذي: ما صناعتك؟ قال: سَمَّاءُ. فقال:
سَفَلَةٌ واللَّهِ، سَفَلَةٌ واللَّهِ.
المشدالي: يريد: فيلزمه الطلاق؛ وهذا بناءً على تفسير السَّفَلَة بخسيسى الصناعات.
قال القرطبي: وعلى قول سفيان ومالك وابن الأعرابي لا يلزمه الطلاق. وبالله
التوفيق.



كتاب الظهار

كتاب الظهار

سئل ابن عبد السلام عمَّن قال لرجل: أنت علي حرام كأمي وأختي [17/أ] وزوجتي ما يلزمه في زوجته؟ وهل هي منصوصة؟

أجاب (1): لا أعرف فيها نصاً، والظاهر عندي لزوم التحريم في الزوجة لاحتمال عطفها على المبتدأ الذي هو أنت؛ فكأنه قال: أنت وزوجتي، ويحتمل عطفه على المجرور بالكاف، لكن على الاحتمال الأول يلزم الظهار لا الطلاق، وعلى الثاني الطلاق، ويكون من عكس التشبيه.

ولعل الأقرب: تحليف القائل أنه ما نوى الطلاق، ويكلف بحكم الظهار (2).

قال مالك: ومن قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي، فهو مظاهر (3).

قوله: (ومن قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي... المسألة).

قلت: هل هنا بحث من وجهين:

أحدهما: ما أشار إليه في القواعد؛ قال ما نصه: الفقهاء يعتقدون أن قوله: (أنت علي كظهر أمي) إنشاء للظهار، وإنشاء الطلاق بقوله: أنت طالق (4).

(1) في (ش): (أجيب).

(2) انظر المسألة في: مواهب الجليل، للحطاب: 425/5 و426.

(3) تهذيب البراذعي: 257/2.

(4) انظر: أنوار البروق في أنواع الفروق، للقرافي: 50/1.

وليس كذلك؛ لأن الإنشاء من خصائصه عدم قبول الصدق والكذب، والظهار وصف الله تعالى قائل ذلك بالزور والمنكر، والزور: هو الخبر الكذب، فاتضح بذلك أنه خبر صرف لا (1) للإنشاء.

واحتج الفقهاء بأنه إنشاء؛ لأن له صريحاً وكناية كالطلاق.

أجيب بأنه لا دليل في تقسيمه إلى الكناية وغيرها، ألا ترى أن القذف له كناية وتعريض (2) وصريح، مع أن صريح القذف خبر صرف إجماعاً.

فإن قوله: "زيت بفلانة" ليس إنشاءً لمذلوله، بل هو إخبار عنه؛ إما كاذبٌ، أو صادقٌ، فكذا لفظ الظهار.

والذي اختاره (3) ابن عبد السلام أول الوكالات أنه إنشاء، وما ذكره (4) في المختصر؛ واضح (5).

(1) قوله: (لا) ساقطٌ من (ش).

(2) قوله: (كناية وتعريض) يقابله في (ع): (وتعريض كناية).

(3) في (ع): (اختار).

(4) في (ش): (ذكر).

(5) المشدالي: أما تعريفه: فقال: هو: تشبيه زوج زوجته، أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم منه، أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما، والجزء كالكل، والمعلق كالحاصل.

قال: وأصوبٌ منه: تشبيه ذي حلٍّ مُتَعَةً حاصلةً أو مقدرةً بآدمية إياها أو جزءها بظهر أجنبيّة، أو بمن حُرِّم أبداً، أو جزئه في الحرمة.

المشدالي: هذا الثاني قد يحتاج المبتدئ إلى بسطه؛ فنقول:

قوله: (تشبيه): هو مصدر مضاف إلى الفاعل.

وقوله: (حل متعة) يتناول الزوجة والمملوكة.

وقوله: (مقدرة) ليدخل المعلق.

قلت: كيف يكون إنشاء مع أن الله تعالى رفع مدلوله بالبينه، والحق: أنه خبر ربط به حد؛ إلا إذا قام دليل على صدقه.

الوجه الثاني: أن هذه المسألة من صريح الظهار، والحكم فيها ظاهر بنص القرآن، فبأي شيء سألت (1) عنها أسد ابن القاسم (2).

قلت: أشار القاسمي إلى هذا؛ قال ما نصه: انظر ما معنى سؤاله عن هذه المسألة، إذ لا خلاف بين الأمة أن الظهار لازم بنص القرآن، فلعله أراد استفهامه هل بنفسه يلزمه الظهار، أو حتى يقوله ثانياً.

وإليه ذهب داود في معنى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ [سورة المجادلة آية: 3].
ويحتمل أن يكون سأل هل "أنت علي كظهر أمي" معنى الآية؟ أو إنها معناها: "قد تظاهرت منك"؟ فلذلك سأل عن هذا القدر الذي لا خلاف فيه.

وقوله: (بأدمية): متعلق بمتعة.

وقوله: (إياها): مفعول بتشبيهه.

وحزنها: معطوفٌ عليه.

وقوله: (بظهر): متعلق بتشبيهه.

وقوله: (بمن حرم): معطوفٌ عليه.

وقوله: (أو جزئه): معطوفٌ على (من) والضمير عائذٌ عليه باعتبار لفظه.

أما حكمه فقال: قال القاضي عبد الوهاب: هو محرم؛ لأنه مُنكَّرٌ وزورٌ.

ابن شعبان: يؤدب المظاهر.

ونقل الباجي قبل قولهما رواية الميسوط: الظهار يمينٌ تكفرٌ يمتثل الجواز، والكرهية أرجح.

(1) قوله: (فبأي شيء سألت) ساقط من (ع).

(2) انظر المسألة في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 528/4.

ومن ظاهر بشيء من ذوات المحارم من نسب أو رضاع أو بصهر فهو مظاهر⁽¹⁾.

قوله: (من ذوات المحارم).

القاسبي: لا دليل فيه أن غير المحارم ليس بظاهر؛ لأنه إنما نص أن الآية إنما نزلت في المحارم، ثم بعد ذلك سئل عن غير المحارم، فأجاب فيهن بالظهار؛ قياساً على المحارم.

وإن قال لها: أنت علي حرام مثل أمي، أو حرام كأمي ولا نية له، فهو مظاهر، وهذا لا اختلاف فيه⁽²⁾.

قوله: (ولا نية له) مفهومٌ.

ولو كانت له نية في الطلاق لكان فيه اختلاف.

وهذا يشعر أن قول الغير المتقدم في قوله: (لا تحرم)؛ لأن الله قد أنزل الكفارة خلاف قوله: (أنت علي كظهر أمي)، ثم قال: (اليوم)⁽³⁾ مكرراً.

قال في العتبية - فيمن قال لامرأته: أنت طالق اليوم - إن دخل فلان غداً الحمام. قال: لا تطلق عليه حتى يدخل. قال: ويمسها.

ابن رشد: هذا كلام فيه تجوز، وقد وقع مثله في ظهار المدونة في باب

(1) تهذيب البراذعي: 257/2.

(2) تهذيب البراذعي: 259/2.

(3) تهذيب البراذعي: 261/2 و262.

الظهار إلى أجل، وليس على ظاهره؛ لأن فيه تقدماً وتأخيراً، ومعناه على الحقيقة دون تقديم ولا تأخير فيمن قال اليوم لامرأته: أنت طالق إن دخل فلان غداً الحمام (1).

قيل: فكل كلام تكلم به رجل ينوي به الظهار أو الإيلاء أو تمليكاً أو خياراً، أيكون ذلك كما نوى؟ قال: نعم؛ إذا أراد أنك بما قلت مخيرة أو مظاهر منها أو مطلقة (2).

قوله: (قيل: فكل كلام).

قلت: اختصرها لأربعة أوجه:

الأول: نقصان الجواب؛ فإنه ذكر (3) في السؤال (4) أربعة أشياء، وذكر في

الجواب منها شيئين.

الثاني: لإشكال في الجواب؛ وذلك أن عموم هذا الكلام يقتضي أن

كنايات الطلاق تنصرف للظهار، ومذهبه في المدونة غير ذلك؛ فصدق عموم الكلية حيثئذ باطل.

الثالث: عدم مطابقة الجواب؛ لأنه ذكر الطلاق، ولم يذكره في السؤال.

الرابع: اختصرها لما اشتمل عليه الجواب من الاستحالة، وذلك أن

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 168/6.

وزاد المشدالي بعده: في كلام الشيخ أبي الحسن على هذه المسألة كفاية بالغة. فانظره.

(2) تهذيب البراذعي: 262/2.

(3) في (ش): (قال).

(4) قوله: (السؤال) غير مقروء في (ع).

المحققين يفهمون أن النية والإرادة متساويان ومتقاربان في التعقل.

ولذا فسر ابن الحاجب على جلالته قدره النية بالقصد⁽¹⁾.

وقال عبد الوهاب⁽²⁾، وابن رشد: هي العزم على الشيء

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 44.

(2) هو: أبو محمد، عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد بن الحسين بن هارون بن مالك

ابن طوق التغلبي، البغدادي، القاضي، المتوفى سنة 422هـ، سمع أبا عبد الله بن

العسكري، وعمر بن محمد ابن سبنك، وأبا حفص بن شاهين، وحدث بشيء يسير،

كتب عنه الخطيب البغدادي، وقال: كان ثقة، ولم نلق من المالكيين أحداً أفقه منه،

ورأى الأبهري ولم يرو عنه، وكان حسن النظر، جيد العبارة، تولى القضاء ببادرايا

وباكسايا، وخرج في آخر عمره إلى مصر فمات بها، قال ابن خلكان: عندما وصل إلى

الديار المصرية وحصل له شيء من المال وحسن حاله مرض من أكلة اشتهاها، فذكر

عنه أنه كان يتقلب ويقول: "لا إله إلا الله عندما عشنا متنا" اهـ.

قال محمد الأمين (عرفات):

وعابدُ الوهَّاب يُنظَرُ لَدَى قَافٍ فَإِنَّهُ هُنَاكَ وَرَدَا

وقال:

وذو القضاء عابدُ الوهَّابِ جَمَعَ بَيْنَ الْفُقْهِ وَالْأَدَابِ

أَكْرَمَ بِهِ مِنْ حُجَّةِ نَظَارٍ وَمِنْ أَدِيبِ حَسَنِ الْأَشْعَارِ

وبابني الجلابِ والقصارِ كَانَ تَفْقَهُ لَذَا النَّظَّارِ

نُصِرْتُهُ الْمَذْهَبَ وَالتَّحْرِيرُ فِي كِتَابِهِ وَنَفَعُهُ شَاهِرٌ

فَكَمْ مُصَنِّفٍ لَهُ مُعِينٍ مِثْلُ الْمَعُونَةِ وَكَالتَلْقِينِ

واعلمُ لَدَى الْإِطْلَاقِ لِلْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمُرَادَ ذَا الْأَبِي

والقصد إليه.

فقوله في الجواب: إذا أراد؛ يقتضي أنه إذا لم يرد مع كونه فرض في السؤال نوى لا يترتب الحكم المذكور، فقد أفصح هذا الكلام بتصور منوي غير⁽¹⁾ مراد، فهذا ظاهره عدم تلازم النية والإرادة، ولو لم يكن لقوله إذا أراد إلى آخره مفهوم لكان ذكره حشو الآن.

الجواب: قد حصل بنعم.

ومن قال لأربع نسوة: إن تزوجتكن فأتتن علي كظهر أمي، فتزوج واحدة لزمه الظهار ولا يقربها حتى يكفر، فإن كفر وتزوج البواقي فلا ظهار عليه فيهن، وإن لم يكفر ولم يطأ الأولى حتى ماتت أو فارقها سقطت عنه الكفارة، ثم إن تزوج البواقي لم يطأ واحدة منهن حتى يكفر، لأنه لم يحنث في يمينه بعد، وإنما يحنث في يمينه بالوطء⁽²⁾.

قوله: (لأنه لم يحنث في يمينه بعد).

خامس القرون عاش وقضى باثنين مع عشرين ذا الحبر الرضى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 227/7، والديباج، لابن فرحون: 26/2، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 170، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 429/17، وتاريخ بغداد، للخطيب البغدادي: 31/11، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 219/3، والبداية والنهاية، لابن كثير: 32/12، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 103، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 107، 106، 88.

(1) قوله: (منوي غير) غير مقروء في (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 262/2.

أي: واليمين منعقدة عليه، وهذا بمنزلة من قال لأربع زوجات: "إن أكلت هذا الرغيف فأنتن طوالق"، فصالح إحداهن فأكلت منه لم يحنث، ثم إن صالح الثانية فأكلت منه لم يحنث، ثم إن أكلت التي في عصمته حنث في الجميع.

ومن قال لنسائه: من دخلت منكن هذه الدار فهي علي كظهر أمي، فدخلنها كلهن أو بعضهن، فعليه في كل واحدة دخلتها كفارة كفارة⁽¹⁾.

قوله: (من دخلت منكن).

في المدونة خمس⁽²⁾ صور؛ ثلاث يلزمه فيها كفارة عن كل واحدة، وهي:

- من دخلت منكن واحدة⁽³⁾.
- وأيتكن
- ومن تزوجت منكن.
- واثنتان كفارة واحدة لجميع الزوجات:
- إن تزوجتكن.
- وكل امرأة أتزوجها⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 263/2.

(2) في (ش): (لخمس).

(3) في (ش): (منكر).

(4) انظر: المدونة (زايد): 97/5 و98، و(السعادة/صادر): 57/6، و(العلمية):

وإن قال لزوجته: أنت طالق البتة، وأنت علي كظهر أمي، طلقت عليه، ولم يلزمه فيهاظهار إن تزوجها يوماً ما، لأنه أوقعه بعد أن بانت منه⁽¹⁾.

قوله: (لأنه أوقعه بعد أن بانت منه).

القواعد: والفرق بين توالي أجزاء المشروط مع الشرط، وتوالي المسببات على السبب؛ أنه إذا قال: "إن دخلت الدار فأنت طالق، وأنت حر"، أو: "إن تزوجتك فأنت طالق، وأنت علي كظهر أمي" أن الظهار لازم⁽²⁾، والحرية لازمة⁽³⁾.

ولو قال: "أنت طالق، أنت علي كظهر أمي" لم يلزمه الظهار.

لأن الشرط يقتضي كل واحد من مشروطاته ولا ترتيب بينها، فليس لنا الحكم بتقديم أحدهما دون الآخر بخلاف الأسباب، فإن⁽⁴⁾ الأول مقدم، وليس لنا أن نلغي حكمه.

فإذا⁽⁵⁾ قال مثلاً: "أنت طالق، وأنت حر"، فهذا إنشاء سببية للإعتاق والطلاق.

فنحن نجزم⁽⁶⁾ بلزوم العتق بعد الطلاق؛ لتأخر سببيته، ونجزم بتقدم الطلاق لتقدم سببيته، بخلاف المشروطات، إذ لا ترتيب في لزوم أحكامها

(1) تهذيب البراذعي: 265/2.

(2) في (ع): (لازمه).

(3) في (ع): (لازمه).

(4) في (ع): (فأتى).

(5) في (ش): (فإن).

(6) قوله: (فنحن نجزم)، يقابله في (ش): (فنجزم).

لاستنادها إلى (1) الشرط المقتضي لها جميعاً (2).

فبهذا المعنى يتضح فرق مالك هنا.

قال مالك: وأما إن أذن له أن يطعم في اليمين بالله أجزاءه، وفي قلبي منه شيء، والصوم أبين عندي (3).

قوله: (وفي قلبي منه شيء).

قال بعضهم: الذي في قلبه هو أن السيد لما كان له أن يرجع في ذلك ويتنزع ما بيد العبد، فكأن ملك العبد له غير متقرر، وإنما خرج من يد السيد إلى المساكين.

قلت: قائل هذا إن استند فيه إلى [17/ب] نقل عن مالك مصرحاً بما في قلبه (4) صح؛ وإلا لم يجوز؛ لأنه من باب التخرُّص.

ومن أعتق عن ظهاره نصف عبد لا يملك غيره، ثم أيسر بعد ذلك فابتاع باقيه فأعتقه عن ظهاره، لم يجزه؛ لتبعض العتق، وإن لم يكن عليه ظهار كان له ملك باقيه (5).

قوله: (ولو لم يكن عليه ظهار كان له ملك).

(1) قوله: (لاستنادها إلى) يقابله في (ش): (لاستثناءها؛ لأن).

(2) انظر: أنوار البروق في أنواع الفروق، للقرافي: 203/1.

(3) تهذيب البراذعي: 269/2 و270.

(4) قوله: (قلبه) غير مقروء في (ع).

(5) تهذيب البراذعي: 277/2.

ما فيه (1) معناه (2): إذا كان ترك التقويم بحكم، أما لو كان ترك التقويم (3) بغير حكم أو كان قد رفع (4) إلى حاكم، فلم ينظر فيه حتى أيسر، فاختلف فيه قول مالك.

وإن حاضت امرأة في صوم عليها متتابع ولم تصل قضاء أيام حيضتها به فلتبتدئه (5).

قوله: (ولم تصل قضاء أيام حيضتها).

ظاهره: ولو نسياناً؛ كظائره في المدونة من كتاب الطهارة والاعتكاف ونحوه (6). وزاد في الأم هنا ما نصه: وأما من أفطر يوماً من قضاء رمضان عمداً فليس عليه إلا قضاء ذلك اليوم (7).

ولم يقع إلا هنا (8)، وفي الحج: وقيل: يومان.

وذكره ابن الحاجب أيضاً في باب الحج (9).

(1) قوله: (ما فيه) يقابله في (ع): (باقيه).

(2) قوله: (معناه) غير مقروء في (ع).

(3) في (ع): (التقديم).

(4) قوله: (أو كان قد رفع) غير مقروء في (ع).

(5) تهذيب البراذعي: 282/2.

(6) انظر: المدونة (زايد): 133/5، و(السعادة/صادر): 79/6، و(العلمية): 332/2.

(7) انظر: المدونة (زايد): 133/5، و(السعادة/صادر): 79/6، و(العلمية): 332/2.

(8) قوله: (إلا هنا) يقابله في (ع): (غلا وهنا).

(9) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 202.

كتاب الأيلاء

كتاب الإيلاء

قيل: فإن حلف بالله أن لا يلتقي معها إلى سنة؟ قال: كل يمين بمنع الجماع فهو بها مول، فإن كان هذا يمتنع منه بيمينه فهو مول⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فإن حلف).

اختصرها كما في الطهارة، أو لما قرره في المختصر⁽²⁾.

وبيانه على أنه قياس تمثيلي: أن الحالف لا يلتقي؛ كالحالف بيمين يمتنع بها من الجماع، فيكون المراد تمثيل صورة بصورة على طريق الإلحاق.

فالفرع مسألة⁽³⁾ السؤال، والأصل الثانية، فيكون التعليل المستفاد من قوله: (فإن كان...) إلى آخره، مشكوك⁽⁴⁾ في حصوله في الفرع، فلم يحصل الجزم بالجواب.

وبيانه على أنه قياس حملي⁽⁵⁾ أن يقال: الحلف بالله ألا يلتقي معها سنة يمين يمتنع بها من الجماع، وكل يمين يمتنع بها من الجماع فهو بها مول، فيكون الثاني في⁽⁶⁾ صدق الصغرى حتى تندرج تحت موضوع الكبرى،

(1) تهذيب البراذعي: 315/2.

(2) المشدالي: وهو عدم استقلال الجواب؛ لشكله في حصول علة الأصل في الفرع إن قرر قياساً تمثيلاً، وفي صدق الصغرى إن قرر حملياً.

(3) قوله: (فالفرع مسألة) يقابله في (ش): (بالفرع مسأله).

(4) قوله: (مشكوك) ساقط من (ع).

(5) قوله: (حملي) غير مقروء في (ع).

(6) قوله: (في) زيادة من (ع).

وليست (1) كذلك.

وأشار ابن عبد السلام إلى نكتة أخرى (2)، وهي: أن نفي الالتقاء يستلزم عقلاً نفي الجماع، وعلى هذا التقدير لا تقبل هذه اليمين هذا الترديد. فلم أشار في المدوَّنة إلى ذلك بقوله: (فإن كان...) إلى آخره. ألا ترى أن معناه: وإن كان لا يمتنع منه يمين (3) فليس بمول، فقال: لما كان هذا الترديد في غير محل اختصرها (4).

وهذا شأنه إذا كان في الجواب خللٌ ما، اختصرها (5).

والأجل فيه - أي: في الإيلاء - أربعة أشهر من يوم حلف للحر، وشهران للعبد، كانت زوجة أحدهما أمة أو حرة، مسلمة أو كفاية، وإنما ينظر في أجل الإيلاء للرجال؛ لأن الطلاق على الرجال والعدة على النساء (6).

قوله: (وإنما ينظر في أجل الإيلاء للرجال).

تقريره على نهج القوم أن يقال: أجل الإيلاء طريق للطلاق، والطلاق متشطر كالحدود، فالإيلاء يتشطر، لكن فيه قياس على فرع مقيس على أصل،

(1) في (ع): (أو نسيت).

(2) في (ش): (أقوى).

(3) قوله: (يمين) زيادة من (ع).

(4) انظر قول ابن عبد السلام في: التوضيح، للشيخ خليل: 476/4 و477.

(5) في (ش): (فاختصرها).

(6) تهذيب البراذعي: 315/2 و316.

وفيه نزاعٌ بين (1) الأصوليين، ومذهب الجمهور أنه لا يصح، والقصد بيان المعنى، وإلا فالخلل ظاهر في الكبرى (2).

وإن قال لها: إن تزوجتك فوطئتك فأنت طالق، كان مولياً من يوم التزويج، فإن وطئها طلقت عليه وسقط الإيلاء (3).

قوله: (إن تزوجتك فوطئتك).

إن قلت: هذا مشكل - على القواعد - لأنه قد تقرر الحنث بالأقل، وههنا مجموع أمرين علق عليهما الطلاق، فكان ينبغي أن يطلق عليه بالعقد. فالجواب: أن الذي يحنث فيه ببعضه إذا علق عليه من حيث نسبة التعليق إلى تلك الأجزاء ضربة لا مرتبة، وهنا، وإن كان مجموع أمرين لكن أحدهما مرتب على الآخر فالحكم للآخر كتعليق التعليق.

(1) في (ش): (لكن).

(2) المشدالي: أما مسألة قياس فرع على فرع فجمهور أهل السنة - كما قال - أنه باطل، وإليه ذهب بعض المعتزلة، وهو مختار ابن الحاجب رحمته، واستدلوا على ذلك بأن العلة التي جمعت بين الفرعين؛ إن كانت هي الجامعة بين الفرع المقيس عليه وبين أصله فقياس الفرع الأول على أصل الفرع الثاني يكون ممكناً، فذكر الوسط لغوً، وإن اختلفت العلتان فسد القياس؛ لأن الأولى لم يثبت اعتبارها، والتي ثبت اعتبارها لم تثبت في الفرع الأول.

وهذا بيّن، فلا نظيل بذكر المثال.

وأما كون الخلل ظاهراً في الكبرى فواضحٌ لاختلاف الوسط، والله أعلم.

(3) تهذيب البراذعي: 321/2 و322.

ومن آلى من صغيرة لا يوطأ مثلها، لم يؤجل حتى يمكن من وطئها، فمن يومئذ يضرب له الأجل⁽¹⁾.

قوله: (ومن آلى من صغيرة... المسألة).

قلت لشيخنا أبي عبد الله: هذه تنقض حدَّ ابن الحاجب: فيكون غير مانع.

أجاب بأن في⁽²⁾ لفظ ابن الحاجب ما يخرجها⁽³⁾؛ وهو قوله: يتضمن ترك⁽⁴⁾، فإن الترك يستلزم أن يكون المتروك ممكناً، وفي الصغيرة جداً، وإن كان الحلف ألا يوطأ، لكنه ليس ممكناً.

فحاصله العناية في معنى الترك، فكان المراد عنده بالترك ما كان فيه المتروك ممكناً.

وإذا آلى العبد ثم عتق وقد بقي من أجل إيلائه شهر، فلزوجته إيقافه لتمام أجل العبد، ولا ينتقل إلى أجل الحر، كانت هي حرة أو أمة، إذ لو طلق واحدة ثم أعتق لم ترجع عنده إلا على واحدة، كما أن الأمة إذا أعتقت وهي في عدتها من طلاق يملك الزوج الرجعة أم لا تنتقل من عدة الإماء⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 322/2.

(2) قوله: (في) ساقط من (ش).

(3) انظر: مختصر بن عرفة: 203/ب.

(4) في (ع): (تركا).

(5) تهذيب البراذعي: 327/2.

قوله: (إذ لو طلق واحدة)، وقوله: (كما أن الأمة).

قال شيخنا أبو عبد الله: تقرر عندنا في علم الأصول ثلاث مسائل:

الأولى: قياس فرع على أصل⁽¹⁾.

الثانية: قياس فرع على فرع مقيس على أصل.

الثالثة: قياس فرعين على أصل واحد.

فانظر هذه المسألة من أيها؟

والظاهر أنها من القسم الثاني؛ فإنه قاس مسألة العبد على طلاقه، ثم على

طلاقه، ثم هو على مسألة عتق الأمة.



(1) في (ع): (أصول).



كتاب اللعان

كتاب اللعان

واللعان يجب بثلاثة أوجه: فوجهان مجمع عليهما، وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمورد في المكحلة، ثم لم يطأها بعد ذلك، أو ينفي حملاً يدعي قبل استبراء، والوجه الثالث أن يقذفها بالزنا ولا يدعي رؤية ولا نفي حمل⁽¹⁾.

قوله: (فوجهان، مجمع عليهما).

انظر تقرير الإجماع في الحمل مع قول عياض هو قول الجمهور.

وانظر: لو رماها بالزنا، وأتى على ذلك بينة كاملة!

فجمهور العلماء على أن له⁽²⁾ أن يلاعن أو يترك، وظاهر القرآن أن اللعان

مع عدم البينة لا معها.

وأجاب شيخنا أبو حفص محمد البلقيني ثم الشافعي: بأن الآية نزلت

على سبب؛ فجرت مجرى الغالب؛ فلا مفهوم⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 329/2.

(2) قوله: (أن له) يقابله في (ع): (أنه).

(3) المشدالي: أراد مفهوم قوله: ﴿وَلَعَزِيكُنْ هُمْ شُهَدَاءُ﴾ [سورة النور آية: 6]، ومن شرط

إعمال المفهوم ألا يكون خرج مخرج الغالب.

وأما الأمة والكتابية فلا يلاعِن الزوج في قذفهما بغير رؤية، كان حراً أو عبداً؛ إذ لا يحد قاذفهما، ويلاعِن فيهما - إن أحبَّ - إذا نفى حملاً، وادعى استبراءً، أو ادعى رؤية لم يمَس بعدها لخوف الحمل (1).

قوله: (إن أحب).

كيف يقول: (أحب) وهو واجب؟ إذ تحقق أن الحمل ليس منه، وقد قال

قبل: (يجب).

وإذا رأى الزوج الحمل ظاهراً فسكت شهراً، أو حتى وضعته، أو قامت بينة أنه رآه يوماً، أو يومين فلم ينكره، أو أنه أقرَّ به ثم نفاه، لم ينفعه نفيه، ويلحق به وتبقى له زوجته، كانت مسلمة أو كاتبية أو أمة مسلمة (2).

قوله: (سكت شهراً).

لا مفهوم له؛ لأنه وقع في السؤال.

وقوله: (يوماً أو يومين فلم ينكره).

قال بعضهم: معناه إذا تفكر، وأما إذا لم يتفكر فله ثلاثة أيام

كالمُصْرَاة.

(1) تهذيب البراذعي: 231/2.

(2) تهذيب البراذعي: 333/2.

ومن انتفى من حمل زوجته بلعان، ثم أقرّ به بعدما ولدته، حُدّ ولحق به، فإن كان موسراً في مدة الحمل أو في بعضه رجعت عليه بالنفقة في مدة يسره، وإن كان يومئذ معسراً لم ترجع عليه بشيء⁽¹⁾.

قوله: (رجعت عليه بالنفقة).

قال شيخنا أبو عبد الله: يقوم من هنا أن من أقر بشيء غصبه، وقد استغله زماناً، أنه يرد الغلة؛ لأنه هنا أنكر الولد أولاً، ثم لما أقر به لزمته نفقة الزوجة، فكذا رد غلة ما غصب.

فوجوب⁽²⁾ النفقة ورجوع المرأة عليه بها شبيه بالغلة.

ورُدَّ بأن النفقة هنا عين المغصوب، ولا يلزم من رد عين المغصوب رد غلته⁽³⁾.

ومن قذف زوجته أو انتفى من حملها وهي حائض، أو في دم نفاسها، فلا يتلاعنا حتى⁽⁴⁾.

قوله: (وهي حائض...) المسألة.

قلت: وهنا⁽⁵⁾ بحث من وجهين:

(1) تهذيب البراذعي: 340/2.

(2) في (ع): (بوجوب).

(3) المشدالي: قد يقال: التخريج إنما هو على القول بأن غلة المغصوب للمغصوب منه، وعلى هذا التقدير فالغلة أيضاً مغصوبة، فصح الأخذ، والله أعلم.

(4) تهذيب البراذعي: 340/2 و341.

(5) في (ع): (وهنا).

أحدهما: أنه يؤخذ منها أن النكاح الفاسد، إذا لم يعثر عليه إلا في الحيض، وهو مما يفسخ بطلاق أنه لا يفسخ في الحيض.

الثاني: أن النكاح المتفق على فساده لا أعلم فيه خلافاً أنه يفسخ في الحيض.

ويقوم من هنا أنه لا يفسخ؛ لأن فرقة اللعان فسخ لا طلاق.

ولا خفاء في وضوح المعارضة لما⁽¹⁾ في طلاق السنة⁽²⁾، وقول المغاربة أن هذا من باب التلخيص؛ أي: اللف والنشر، وأن قوله (حائض) راجع لقوله قذفها، و (دم النفاس) راجع لقوله (انتفى من حملها) لا يرفع المعارضة⁽³⁾.



(1) في (ع): (ها).

(2) المشدالي: الذي عارض به من طلاق السنة هو قوله فيه: "ويطلق الحامل متى شا"، فإن ظاهره وإن كانت حائضاً؛ لارتفاع علة التطويل عند القائلين بالتعليل، ووجه المعارضة واضح، وجواب المغاربة صحيح يرفع المعارضة.

(3) المشدالي: قول الوانوغوي: "لا يرفعها" غير بيّن؛ بيانه على ما قاله المغاربة: أن معنى قوله: "ومن قذف زوجته وهي حائض" يريد: غير حامل.

وقوله: "وانتفى من حملها"؛ أي: من ولدها، وهي في دم نفاس ذلك الولد، ويكون عبّر بالحمل عن الولد على جهة المجاز، وعلى هذا التقرير فلا يتناول كلامه هنا الحامل الحائض بوجه، فلا يتعارض مع ما في طلاق السنة، والله أعلم.



كتاب النكاح الأول

كتاب النكاح الأول

المازري⁽¹⁾: بيع منفعة استمتاع بفرج.

أحمد بن عمران البجائي: هو العقد الذي يقصد به استباحة الاستمتاع خاصة.

فالعقد: جنسٌ، ويقصد به استباحة الاستمتاع؛ احتراز عن البيع والإجارة والرهن. ولفظ الاستباحة تُخرج الزنا. وخاصة: مخرج العقد على الأمة في البيع، فإنه يحل منافع البضع؛ لكنه⁽²⁾ تبع لغيرها.

قلتُ: وجعلُ ابن الحاجب الصيغة من الأركان⁽³⁾ يرد عليه ما صرح به ابنُ عبد السلام في باب الضمان من أن الصيغة دليل على الماهية التي الأركان أجزاءؤها، والأجزاء غير دليل الإجزاء، حاصله تغاير الدليل والمدلول⁽⁴⁾.

وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، وليس لأبيه منعه. قال ابن القاسم: إلا أن يخاف منه سفهاً فله منعه⁽⁵⁾.

قوله: (إذا احتلم الغلام).

ابن سعدون: جعل للولد إذا بلغ الذهب حيث شاء، وحمل أمره في بدنه

(1) قوله: (المازري) ساقط من (ع).

(2) قوله: (لكنه) يقابله في (ع): (لا إنه).

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 372.

(4) انظر قول ابن عبد السلام في: التوضيح، للشيخ خليل: 293/6.

(5) تهذيب البراذعي: 135/2.

على الرشد⁽¹⁾.

فهذا يدل أن له أن يحج، ولو لم يأذن له أبوه؛ لأنه إذا كان له الذهاب لغير
الفرض فإلى الفرض أولى.

قال مالك: وليست المشورة بلازمة للأب في الأبكار⁽²⁾.

قوله: (ليست المشورة بلازمة).

قال في تعليقة القاسبي: هذا يدل أنها مندوبة، وليس هكذا في الأم، وإنما
تبع البراذعي أبا محمد.
وأبو محمد أظن أن ما أدخله⁽³⁾ من كتاب محمد، فغلط البراذعي من أجل
ذلك.

ومن زوج ابنة الكبير المنقطع عنه، أو ابنته الشيب، وهما غائبان، فرضيا
بفعل أبيهما؛ لم يجز النكاح؛ لأنهما لو ماتا لم يتوارثا⁽⁴⁾.

قوله: (لو ماتا لم يتوارثا).

في هذا الاستدلال بعض مصادرة. ولذا قال بعضهم: إنه من باب تعليل
الحكم بفرع.

(1) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيضي:
157/ب: (وقال محمد بن سعدون: جعل للولد إذا بلغ الذهاب حيث شاء وحمل
أمره في بدنه).

(2) تهذيب البراذعي: 136/2.

(3) في (ع): (دخله).

(4) تهذيب البراذعي: 137/2.

ولا تزوج اليتيمة التي يولى عليها حتى تبلغ وتأذن في ذلك، لأن النبي ﷺ أمر باستئذان اليتيمة، ولا إذن إلا للبالغة⁽¹⁾.

قوله: (لا إذن إلا للبالغة).

يصح في تركيب القياس هنا أن يقال: اليتيمة تستأمر، وكل من تستأمر لا تزوج إلا بعد البلوغ، ولا إذن لها قبل البلوغ، فاليتيمة لا تزوج إلا بعد البلوغ، ولا إذن لها قبل البلوغ، أما الصغرى فنقلية للحديث، وأما الكبرى فنقلية للمذهب، وهي تنبئ عن عدم صحة⁽²⁾ توكيل من هو دون البلوغ.

قيل: فإن رضيت بعبد؟ قال: قد قال مالك: المسلمون بعضهم لبعض أكفاء⁽³⁾.

قوله: (قيل: فإن رضيت بعبد).

اختصرها لوجهين:

أحدهما: صرح به ابن عبد السلام⁽⁴⁾.

والثاني: ما⁽⁵⁾ اشتمل عليه الجواب من التناقض.

واختصر الثانية لعدم صحة الاستدلال؛ لأنه نصب الدليل في غير محل النزاع.

(1) تهذيب البراذعي: 137/2.

(2) قوله: (صحة) ساقط من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 142/2.

(4) المشدالي: وهو أن إنكار الإمام التفرقة بين العربية والمولى لا يلزم منه جواز نكاحها ابتداء.

(5) قوله: (ما) ساقط من (ش).

ولا يكون الأب عاضلاً لابنته البكر البالغ في ردّ أول خاطب أو خاطبين، حتى يتبين ضرره، فإذا تبين ذلك منه، وأرادت الجارية النكاح، قال له الإمام: إما أن تزوج وإلا زوجناها عليك؛ لأن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

قوله: (لا ضرر ولا ضرار).

قلتُ: ما انتزع منه ابن الهندي⁽²⁾⁽³⁾،

(1) تهذيب البراذعي: 143/2.

(2) هو: أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهناني، المعروف بابن الهندي، المتوفى سنة 399هـ، قال ابن حيان: كان واحد عصره في علم الشروط أقر له بذلك فقهاء الأندلس، وله في ذلك كتاب مفيد جامع يحتوي على علم كثير، وعليه اعتماد الموثقين والحكام بالأندلس والمغرب، سلك فيه الطريق الواضح.
قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابن هِنْدِي أَحْمَدُ الْحَبْرُ النَّدْسُ بِفِقْهِهِ أَقْرَّ أَهْلُ الْأَنْدَلُسِ
أَلْفَ فِي الشَّرْطِ وَالْأَحْكَامِ مَا هُوَ عُمْدَةٌ لَدَى الْحُكَّامِ
فِي رَابِعِ الْقُرُونِ عَاشٍ حِينَا لِعَامِ تِسْعَةٍ مَعَ التَّسْعِينَا

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 172/1 و173، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 137.

(3) المشدالي: قال أحمد بن سعيد الهندي: وقلّ ما يجري العمل بمثل هذا التحسيس، إلا أنه جائز، وهو مثل تحسيس الدواب في السبيل، والثياب، وشبهها، كما يجوز تحسيسه على خدمة الغزاة في سبيل الله، ولو طعن أحد في تحسيس العبد على المرضي من أجل أن في ذلك ضرراً عليه من جهة خدمته للجذامي، لكان فيه بعض المغمز؛ لقول النبي عليه السلام: "لا ضرر ولا ضرار"، وقد اختلف في وطء المجذوم أمته. قيل: يُمنع إذا

وصوّبه المتيطي⁽¹⁾ حسنٌ، وهو عدم صحة تجبيس العبد الذي يحسن القيام بالمرضى والمجذومين عليهم إلى آخرهم.

قلتُ: ونحو ما اختاره المتيطي في المسألة ما في المجموعة لأشهب فيمن أوصى ببيع جاريته للعتق قاصداً بذلك ضررها. المسألة⁽²⁾، وله في المدوّنة

شكت الضرر. وقيل: لا.

وحجة من طعن في تجبيس المملوك على خدمة المرضى قوله عليه السلام: "فر من المجذوم فرارك من الأسد"، وقوله: "أعطوهم أرزاقهم في أطراف الرماح"، وقوله: "لا تديموا النظر في أوجه المجذومين"، وفسّر أن إدامة النظر إليهم تفزع، وقوله: "لا يحل للمريض على المصح، وليلحل المصح حيث شاء".

وروي عن عمر أنه رأى مجذومة تطوف بالبيت، فقال لها: "يا أمة الله قد أذيت الناس"، فانقبضت، فلما توفي، قيل لها: إن الذي نهاك قد مات. فقالت: "ما كنت لأطيعه حياً وأعصيه ميتاً".

وإن كان روي عنه أنه كان يأكل مع ابن معيقب الأجدم، ويقول له: "كل مما يليك"، ففي الخبر نفسه أنه كان يقول له: "لولا محلك مني ما أكلت معي"، وكان يقول: "إنه مولاه".

ولو لم يقل ذلك لما وجب أن يكون دليلاً على إباحة الأكل معهم؛ لأن ذلك إنما يعد خصوصيةً لعمر، وفي نية المرأة عن الأذى للناس في الطواف دليل على الخصوص؛ لأن الأذى في الطواف أقل من الأذى في الأكل، ألا ترى أنه من توقعه للأذى كان يقول له: "كل مما يليك".

(1) المشدالي: قال المتيطي في كتاب الحبس: يجوز أن يجبس الرجل مملوكه على المرضى، إذا كان ذلك من السيد على غير الضرر بمملوكه، وكان قد عُرف بالإحسان إليه، وأنه لم يقصد بتحبيسه الإضرار به، فإن كان قد عرف أنه مضر به وإنما قصد الاستبلاغ في إذابته لم ينفذ تحبيسه.

(2) انظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 519/11 و520.

وغيرها غير نظير.

وإذا عتق الأمة رجلاً فكلاهما وليّاهما⁽¹⁾.

قوله: (فكلاهما وليّاهما).

فيه بحث من وجهين:

أحدهما: كون الفرع أقوى من أصله⁽²⁾.

الثاني: أن الذي سرى⁽³⁾ لفهم الشيوخ اللفظ لا يعطيه.

وإذا رضي الولي بعبد، أو بحر ليس بكفء، فصالح ذلك الرجل زوجته، فبانت منه ثم أرادت المرأة نكاحه بعد ذلك، وامتنع الولي؛ فليس ذلك له، إلا أن يظهر منه على فسق، أو تلصص، أو ما فيه حجة غير الأمر الأول، فذلك للولي⁽⁴⁾.

قوله: (وامتنع الولي).

في أخذهم منها كون الكفارة حقاً لله لا لأدمي نظر⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 145/2.

(2) المشدالي: يريد مسألة المالكين، فإنه إذا عقد أحدهما فلا بد من الفسخ وإن رضي الآخر، وقد يفرق بقوة المالك الذي لم يعقد، بخلافه في مسألة المعتقة، والله أعلم.

(3) قوله: (سرى) يقابله في (ع) بياض.

(4) تهذيب البراذعي: 145/2 و146.

(5) المشدالي: النظر صحيح؛ لأنه إنما اعتبر هنا رضاها دون رضاها؛ لأنه قد تقدم رضاها به فاستصحبه عليه، فلا يلزمه سقوط اعتباره مطلقاً، هذا على نسخة لها، وأما على الأخرى فواضح.

والفرق (1) بين ما يعارضها في الأيمان بالطلاق (2): تزايد الضرر.

قيل لمالك: فرجال من الموالي يأخذون صبياناً من الأعراب تصيبهم السنة فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا، فتكون فيهم الجارية، فيريد أن يزوجها؟ فقال: ذلك جائز، ومن أنظر لها منه، وأما كل امرأة لها بال أو غناء وقدّر فإن تلك لا يزوجها إلا وليها أو السلطان (3).

قوله: (قيل لمالك: فرجال من الموالي).

اختصرها لإيham السؤال يحتمل أن يكون لها ولي (4)، أم لا؟ بل ظاهر قوله: (أنظر لها) أن الكافل مقدم على الولي، ولو كان أباً. انظر: ابن رشد في سماع أشهب من النكاح (5).

ويعقد النصراني نكاح وليته النصرانية لمسلم إن شاء، ولا يعقده وليها المسلم، لقول الله تعالى في أهل الكفر: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيَّتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾

وأما مسألة الأيمان بالطلاق التي عورضت هذه بها فهي مسألة من قال لزوجته: "كل امرأة أتزوجها عليك فأمرها بيدها"، فتزوج عليها امرأة فرضيت بها، ثم طلقها الزوج، ثم تزوجها ثانية. قال: "تخير فيها وليس رضاها بها أولاً بلازم لها مرة ثانية. (1) في (ع): (فالفرق).

(2) المشدالي: مسألة الأيمان بالطلاق التي عورضت هذه بها هي مسألة من قال لزوجته: "كل امرأة أتزوجها عليك فأمرها بيدها"، فتزوج عليها امرأة فرضيت بها، ثم طلقها الزوج، ثم تزوجها ثانية. قال: "تخير فيها وليس رضاها بها أولاً بلازم لها مرة ثانية. (3) تهذيب البراذعي: 146/2.

(4) قوله: (لها ولي) يقابله في (ع): (للأولى).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 362/4.

[سورة الأنفال آية: 72]، إلا التي ليست من نساء أهل الجزية قد أعتقها رجل مسلم فيجوز(1).

قوله: (قد أعتقها رجل مسلم).

المتيطي: كذا اختصرها أكثر المختصرين، ولم يذكر في الأمهات هذا اللفظ، وإنما هو في كتاب محمد(2).
وعليه اختصر(3) أبو محمد.

والعبد، والمكاتب، والنصراني، والمدبر، والمعترك بعضه، والمرتد، ليس منهم من يعقد عقدة النكاح، فإن عقد أحد منهم نكاح ابنته البكر، أو الثيب برضاها، وابنة النصراني مسلمة؛ لم يجز ويفسخ، وإن دخل بها(4).

قوله: (وابنة النصراني مسلمة).

قال بعضهم: انظر لو أسلمت وهي صغيرة، وأبوها نصراني هل يعقد نكاحها؟ أم لا؟

قلت لشيخنا - وصوبه - : لا محل لهذا النظر؛ لأن ما في تجارتها، ونكاحها

(1) تهذيب البراذعي: 151/2.

(2) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيطي: 169/ب.

(3) في (ش): (اختصرها).

(4) تهذيب البراذعي: 151/2.

الثالث يوضحه (1).

قيل لمالك: من تزوج امرأة بغير أمر وليّ، بشهود، أ يضرب أحد منهم؟
فقال: أدخل بها؟ قالوا: لا، وأنكر الشهود أن يكونوا حضوراً، فقال: لا
عقوبة عليهم (2).

قوله: (قيل لمالك...).

اختصرها؛ لعدم مطابقة الجواب.

قال ابن القاسم: فإن أراد الولي أن يفرق بينهما، فعند الإمام إلا أن
يرضى الزوج بالفراق دونه (3).

قوله: (فعند الإمام إلا أن يرضى الزوج)

(1) المشدالي: يريد - والله أعلم - أن ما وقع في كتاب النكاح الثالث مما يدل على أن
إسلام الصغير ليس بإسلام، وهو قوله فيه: (وإن أسلم الصبي الذمي وقد زوجه أبوه
مجوسية لم يفسخ نكاحه، إلا أن يثبت على إسلامه حتى يحتلم فتقع الفرقة بينهما)،
يوضح أنه يعقد عليها، وأن ما وقع في كتاب التجارة مما يدل على اعتبار إسلام
الصغير وهو قوله فيه: (وإذا أسلم عبد الكافر أو أمته بيّعا عليه، وكذلك عبده
الصغير يسلم إن عقل الإسلام أجبر على بيعه)، يوضح أنه لا يعقد عليها.
وهو عندي ظاهر قوله قبل مسألتنا: (ولا يجوز لنصراني عقد نكاح مسلمة)،
واضطراب قوله في الكتاب.
هذا الأصل معلوم، فيكون القولان من الكتاب، فلم يبق للنظر محل كما ذكر. والله
أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 152/2.

(3) تهذيب البراذعي: 153/2.

عبد الحميد: الفرق بين هذه، وكون المعتقة تحت العبد تختار دون الإمام: اختلاف العلماء في هذه، واتفقهم في الأمة.

قال ابن القاسم: وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده، فالفسخ فيه بطلاق، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ، كالمرأة تزوج نفسها، أو تنكح بغير ولي، والأمة تتزوج بغير إذن السيد؛ لأن هذا قد قال خلق كثير: إن أجازته الولي جاز، وإذ لو قضى به قاض لم أنقضه، وكذلك نكاح المحرم، والشغار بعينه للاختلاف فيهما⁽¹⁾.

قوله: (إذ لو قضى به قاض).

قال في تعليقة القاسمي: أعرف أنه إنما يُقَر ولا يُنْقَض إذا حكم به الحاكم إذا كان بإجازة الولي، وأما بدونه فإنه يُنْقَض.

وما أضافه⁽²⁾ ابن رشد في سماع عيسى من الأقضية لنكاحها الأول هنا، وما اشتمل عليه من الفائدة واضح⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 156/2.

(2) قوله: (وما أضافه) يقابله في (ع): (وأما إضافة).

(3) المشدالي: قال ابن رشد في الثالثة من رسم الجواب من السماع المذكور: اختلف في الحكم بترك الأمر وتجويزه؛ هل كالحكم في أنه لا يكون لمن بعده من الحكام أن يتعرض له، إلا أن يكون خطأ صراحاً لم يختلف فيه أم لا؟ فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة أنه كالحكم ليس لمن بعده رده، وقع ذلك في النكاح الأول منها، وذهب ابن حبيب إلى أنه ليس كالحكم، ولمن بعده رده، وإن كان قد اختلف فيه.

المشدالي: قال بعضهم في أخذهم من هنا أن الترك حكمٌ نظر؛ لجواز أن يكون حكمٌ

وإضافته ابن عبد السلام لنكاحها الثاني سهو.

وإن تزوج صبي بغير إذن أبيه أو وصيه، ومثله يقوى على الجماع، فإن أجازته من يلي عليه جاز، كبيعته وشرائه يجيزه على وجه النظر، وإن رأى فسخه فَسَخَهُ (1).

قوله: (ومثله يقوى على الجماع).

في اعتبار هذا الوصف نظر.

وهل هنا بحث؛ وهو أن يقال: قرر في [18/أ] المدوّنة وغيرها أن طلاق

الصبي غير لازم، ولا خيار لوليه فيه كما يخير في عقد النكاح.

أجاب القرافي بأن عقد النكاح سبب للإباحة (2)، والصبي من أهلها،

والطلاق سبب للتحريم، وهو ليس من أهل الخطاب بها (3).

قلت: الأولى في الفرق غير هذا؛ وهو أن يقال: الطلاق حد من الحدود،

ولا حد على الصبي، ولذا تشطر طلاق العبد، والنكاح جرى مجرى

المعاوضات المالية؛ فلذا خيرٌ وليه.

بتقريره وإمضائه، وهو المفهوم مما نقل ابن يونس عن الأمهات، ومن كلام ابن رشد

المتقدم، ومن قوله في الكتاب: (قضي).

قال: وإنما يتم الأخذ أن لورفع الأمر إلى القاضي فتركه ولم يتعرض لفسخه، ثم يقول

في الكتاب: (لا ينقضه من بعده)، وأما إن حكم بعد إجازة الولي وتقريره فهو حكمٌ

حقيقة لا ينبغي أن يختلف فيه. والله أعلم.

(1) تهذيب البراذعي: 160/2.

(2) في (ع): (الإباحة).

(3) انظر: الذخيرة، للقرافي: 206/4.

فإن قلت: لا نسلم أن الطلاق حدٌ لقوله في المدوَّنة: (وليس حدًّا من الحدود)⁽¹⁾.

قلتُ: قال قبله في الأم: (لا تقام الحدود إلا على من احتلم)، والطلاق من حدود الله.

ولعياض وغيره كلام على اللفظين⁽²⁾، وقال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ [سورة البقرة آية: 187]، ومن جملة ما تعود عليه الإشارة الطلاق.

ومن نكح امرأة على أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى ولا يخرجها من بلدها؛ جاز النكاح، وبطل الشرط، وليس لما يفسد به النكاح من الشروط حد، وإن وضعت عنه لذلك من صداقها في العقد؛ لم ترجع به وبطل الشرط إلا أن يكون فيه عتق أو طلاق، ولو شرطت عليه هذه الشروط بعد العقد، ووضعت عنه لذلك بعض صداقها؛ لزمه ذلك، فإن أتى شيئاً من ذلك رجعت عليه بما وضعت⁽³⁾.

قوله: (فإن أتى شيئاً من ذلك).

قلتُ: لا إشكال في هذه العبارة؛ وإنما النزاع لو قال: أتى ذلك.

وللموثقين في ذلك كلام جيد لم نغادره - والمقصود التنبيه - وقد ذكرنا

(1) انظر: المدونة (زايد): 72/5، و(السعادة/ صادر): 42/3، و(العلمية): 92/2، و(تهذيب البراذعي): 367/2.

(2) في (ش): (اللفظتين)، وانظر المسألة في: التنيهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 1067 و1068.

(3) تهذيب البراذعي: 166/2 و167.

بعضه في غير هذا التعليق (1).

(1) المشدالي: قال المتيطي: وقولنا: (فإن فعل شيئاً من ذلك) هو الصواب؛ لقول ابن العطار وغيره من الموثقين: إذا قال العاقد: "فإن فعل ذلك"، ولم يقل: "شيئاً من ذلك"، ففعل فعلاً واحداً من الجملة، كان لها الأخذ بشرطها، وانتقد عليه ذلك ابن الفخار وغيره، وقالوا: الحكم في ذلك سواء وللمرأة الأخذ بشرطها إذا فعل واحداً من الجملة في الوجهين معاً؛ لأن الحنث في الأيمان يقع البعض، كمن حلف ألا يفعل فعلين ففعل أحدهما، أو لا يأكل شيئاً فأكل أحدهما.

قال محمد بن عمر: وقد قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ [سورة الفرقان آية: 68]، والفاعل يستوجب العقاب بفعل البعض، كما يستوجب بفعل الجميع، فكذا المرأة تستوجب الأخذ بشرطها بفعل أحد الضررين، كما تستوجب بهما معاً؛ لأن التملك يمينا بالطلاق، وقد قال مالك فيمن حلف بطلاق امرأته لا آكل هذا القرص كله فأكل بعضه: (فقد حنث ولا ينفعه قوله كله بسبب يمينه بالطلاق).

قال الباجي في وثائقه: وقد رأيت في الوثائق القديمة أن ابن لبابة وابن أبي زمنين وغيرهما لا يذكرون فيها: "فإن فعل شيئاً من ذلك"، وإنما أحدثه الفقهاء آخراً؛ لأن ربما قال الزوج: "إنما طعت بالشرط على ألا يكون لها قيام إلا إن فعلت الجميع.

ومذهب ابن القاسم إن حلف على عبده أو زوجه إن دخلت هاتين الدارين، فدخلت واحدة، أنه يحنث، إلا أن يريد حتى تدخلها جميعاً. وخالفه غيره، وقال: لا يحنث إلا بدخولها معاً.

فقطع الاختلاف أحسن.

قال بعض الموثقين: أما إذا انعقد النكاح على تلك الشروط فالحكم في ذلك سواء، ولا يصدق الزوج في نية، كما قال ابن الفجار؛ لأن الأيمان عند ابن القاسم إذا كانت في حق أو وثيقة إنما هي على نية المستحلف، وعلى أشد الوجوه.

أما إن طاع بها يفرق الوجهان عندي، ويصدق الزوج في دعواه أنه إنما نوى أنها لا تأخذ بشرطها إلا إن فعل في الجملة، ويحلف على ذلك؛ لأن ما يدعيه محتمل في ظاهره

ابن الفخار: لا فرق بينها.

ابن لباية: دليله قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ [سورة الفرقان

آية: 68].

ليس من (1) استوجب العقاب بفعل البعض (2) كالكل (3)، فكذا في (4) مسألتنا.

قلتُ: هذا غير صحيح؛ لأن تلك الأشياء ذكرت في طريق السلب، فانتفت (5) على الفردية، فلا يتقرر إلا ذلك، لا من ذلك.

وإنما يحسن ما قال لو ذكرت بواو الجمع.

ولئن سلمنا أن الإشارة راجعة إلى البعض والكل (6)، فاستوى الحكم في العقوبة بين البعض والكل، فلا يلزم التسوية في مسألتنا؛ لأنه لا يلزم من التسوية في فعل الله تعالى بين الكل والبعض التسوية في فعل المكلف؛ لأن الزوج من حجته أن يقول: لم تلتزم ذلك إلا على فعل المجموع لا البعض،

اللفظ، وفي مثل هذا ينوى الخالف بالطلاق، وإن كان على يمينه بينة، ولو ادعى نية تخالف ظاهر اللفظ لما صدق إن كانت على يمينه بينة. قال: هكذا قيّدته عن بعض شيوخنا.

(1) في (ع): (قد).

(2) في (ع): (البعض).

(3) انظر: التنبهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 913، وما بعدها.

(4) قوله: (في) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (فانتفته).

(6) قوله: (البعض والكل) يقابله في (ع): (الكل والبعض).

وهو غرض صحيح، وهذا لا غبار عليه لمن أنصف (1).

قال سعيد بن المسيب: ثلاث ليس فيهن لعب، هزلهن جد؛ النكاح، والطلاق، والعتاق (2).

قوله: (ليس فيهن لعب).

قال في تعليقة القاسبي: معنى المسألة: إذا ادعى الهزل بعد الرضا، وأما إذا علم الهزل ابتداءً؛ فلا يلزم.
ولابن القاسم نحوه.

ونحوه للخمى في كتاب الغرر، وغيره (3).

حدُّ العبد في الفرية أربعون جلدة، وطلاقه طلقتان، وأجله في الفقد والاعتراض والإيلاء؛ نصف أجل الحر، وكذلك سائر الحدود (4).

قوله: (سائر الحدود).

خلافه في كتاب الدييات.

(1) المشدالي: قال المتيطي: قال بعض الموثقين: لو عقد الموثق فقال: والتزم الزوج لزوجه فلانة ألا يتزوج ولا يتسرى ولا يتخذ أم ولد، فإن فعل شيئاً من ذلك فالتى يتزوجها طالق، والتي يتسرى أو يتخذ أم ولد حرة، لم يلزمه هذا الشرط عندي؛ لإسقاطه عليها ومعها؛ لأنه عمّ ولم يُخص، كمن قال: "كل امرأة أتزوجها طالق"، فتدبر ذلك فهو خفي جداً.

(2) تهذيب البراذعي: 167/2.

(3) انظر المسألة مبسوطاً في: مواهب الجليل، للحطاب: 49/5.

(4) تهذيب البراذعي: 168/2.

وإذا اشترى المكاتب، أو المأذون له زوجته، انفسخ النكاح، ووطئها بملك اليمين⁽¹⁾.

قوله: (وإذا اشترى المكاتب... المسألة).

في سماع ابن القاسم فيمن له عبد بيده مال للسيد، يقول له سيده: اشتر جارية من المال الذي بيدك تطأها.

قال مالك: لا يصلح هذا، إلا أن يهب له المال قبل ذلك.

ابن رشد: قال هنا: "إلا أن يهب له المال قبل ذلك"، وفي سماع أشهب "إلا أن يسلفه الثمن قبل ذلك"، وذلك سواء، يحل له وطء الجارية بأي الوجهين؛ لأنها تصير ملكاً له بما وهبه له وأسلفه، وأما إذا اشتراها⁽²⁾ بمال السيد فلا يصلح له وطؤها، وإن قال له: "اشترها لنفسك تطأها"؛ لأن قوله ذلك بمنزلة قوله: "اشترها لتطأها"، فهي باقية على ملكه حتى يهبها له⁽³⁾ هبةً صحيحةً بعد الشراء⁽⁴⁾.

عبد الحميد عن بعض المذاكرين: معنى قوله في المأذون له: (يشترى زوجته)؛ أن السيد وهبه المال هبةً صحيحةً، أو أسلفه، فلذا صحَّ له الوطء بملك اليمين.

(1) تهذيب البراذعي: 168/2.

(2) قوله: (ملكاً له بما وهبه له وأسلفه وأما إذا اشتراها) يقابله في (ش) قوله: (ملكاً له إذا اشتراها).

(3) قوله: (له) زيادة من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 325/4.

قلتُ: قال لي شيخنا أبو عبد الله: ليس معنى المسألة أنه يتَّجر في مال السيد حتى يحتاج إلى هذا التقييد، بل في مال نفسه.
ونقله الصقلي بعد هذا عن مالك.

وإن اشترته قبل البناء فلا مهر لها. قال سحنون: إلا أن يرى أنها وسيده اغتزيا فسخ نكاحه، فلا يجوز ذلك، وتبقى الزوجة له، إذ الطلاق بيد العبد، فلا تخرج من عصمته بالضرر⁽¹⁾.

قوله: (إذ الطلاق بيد العبد).

هذا الاستدلال غير صحيح؛ لأن السيد لم يطلق، وإنما فعل سبب الفسخ، والفسخ⁽²⁾ ليس بيد العبد، ولو اقتصر في الاستدلال على قصد الضرر لكان حسناً.

ولا أحب للرجل أن يظاً أمة عبده، ولا يزوجه إياه حتى ينتزعا قبل ذلك، فإن وطئها هو، أو زوجه من عبده قبل أن ينتزعا؛ مضى ذلك، وكان انتزاعاً⁽³⁾.

قوله: (فإن وطئها هو أو زوجه من عبده).

قلتُ: انظر لو زوجه من عبده له آخر؛ هل يكون انتزاعاً؟ أم لا؟
قلتُ: قال في سماع عيسى في رجل أخذ جارية لأم ولده زوجه غلامه،

(1) تهذيب البراذعي: 170/2.

(2) قوله: (والفسخ) ساقط من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 171/2.

ثم مات، فطلبت أم الولد جاريتها، هل ترى تزويجه إياها غلامه انتزاعاً من أم ولده؟

قال: لا، والجارية لأم ولده، والنكاح ثابت، وهو بمنزلة لو⁽¹⁾ زوج جارياً لعبده غلامه، ثم أُعتق سيد الجارية، ولم يستثن ماله؛ أن الجارية للعبد - أعني سيدها - والنكاح ثابت.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن العبد، وأم الولد مالكان لأموالهما، فلا يحمل ما فعل السيد في ذلك على الانتزاع إذا لم يصرح به، إلا أن يكون ما لا يصلح أن يفعله إلا بعد الانتزاع؛ مثل أن يطأ، أو يعتق، أو يهب، أو يتصدق، أو يصالح به عن نفسه، أو ما أشبه ذلك.

وقد اختلف؛ إذا رهن السيد عبده⁽²⁾ في دين على السيد؛ ففي المدونة: لا يكون انتزاعاً⁽³⁾.

قلت: ظاهر ما يتبادر إلى الفهم من الرواية أن فاعل (مات) هو (الغلام)؛ بدليل قوله: (طلبت أم الولد جاريتها)⁽⁴⁾؛ لأنها حينئذ فارغة من الزوج، لكن هذا يرده قوله: (النكاح ثابت).

وظاهر فهم ابن رشد أن الميت هو سيد أم الولد، فاستقام قوله: (النكاح ثابت)، وخرجت أم الولد حرّة لموت سيدها، فصح التشبيه بمسألة العتق في تبعية الجارية مالكةا فيها.

(1) في (ع): (من).

(2) في (ع): (عبدا).

(3) انظر: البيان والتحصيل: لابن رشد: 434/4.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 433/4 و434.

وإنما قلنا: هو ظاهر فهم ابن رشد من (1) قوله: "فلا يحمل ما فعل السيد"؛ لأنه لو كان حياً لكان الأمر في المراد مستفاداً منه.

وانظر مسألةً في سماع عبد الملك من العتق من هذا المعنى (2).

قال مالك: والطَّوْلُ المال، وليست الحرة تحته بطول تمنعه نكاح أمة إذا خشي العنت. قيل: فإن لم يخش العنت، وتزوج أمة؟ قال - ابن القاسم -: كان مالك مرة يقول: ليس له أن يتزوجها إذا لم يخش العنت، وكان يقول: إن كانت تحته حرة، فلا يتزوج أمة، فإن فعل وتزوجها على حرة فرق بينه وبين الأمة، ثم رجع فقال: تخير الحرة (3).

قوله: (قيل: وإن لم يخش العنت).

اختصرها؛ لأن الجواب مشتمل على عدم المطابقة، وعلى نظر.

أما عدم المطابقة فإن الصورة المسؤول عنها التي هي مفهوم شرط الأولى؛ إنما هو عن الحكم بعد الوقوع.

وأما النظر؛ فإنه قرر أولاً أنه إن خشي العنت، فوجود الحرة كالعدم، وقال

(1) قوله: (من) ساقط من (ع).

(2) المشدالي: وهي آخر مسألة منه، وهي أن رجلاً قال: اشهدوا أنني قد أعتقت رقيق أم ولدي، وهي تجحد. فقال في الرواية: إن كان السيد صحيحاً فذلك انتزاع، وهم أحرار، وإن كان مريضاً لم يقبل منه.

ابن رشد: هذا بيّن؛ إذ لا وجه للإشهاد على فعله إلا إرادة إلزامها ذلك، وإذا لزمها فقد انتزعه منها وأعتقهم، ووجب نفوذ ذلك عليها في الحال التي يجوز له فيها انتزاع مالها. وبالله التوفيق.

(3) تهذيب البراذعي: 172/2 و173.

في الجواب ما يقتضي أن وجودها طَوَّلُ.

قال مالك: وتُرَدُّ النساء من العيوب الأربعة، الجنون، والجنام، والبرص، وعيب الفرج، ولا صداق لها إن لم يبن بها، وإن بنى بها فلها الصداق⁽¹⁾.

قوله: (إن بنى بها، فلها الصداق).

ظاهره: وما⁽²⁾ زاد على المثل، وقال في فصل الغرور: إن زاد رَدَّتْهُ.

عبد الحميد انظر قولهم: لها المهر؛ هل هو صداق المثل كما تقدم في فصل الغرور [18/ب] ولبعض البغداديين، أو المسمى مطلقاً؟

ومن قال لرجل: فلانة حرة، ثم زوجها إياه غيره؛ فلا رجوع للزوج على المخبر، علم أنها أمة أم لا⁽³⁾.

قوله: (ومن قال لرجل: فلانة حرة).

قلت: يعارضه ما في أول سماع ابن القاسم من كتاب الرهون فيمن قال لرجل أراد أن يضع على يده رهناً لرجل، ويسلفه، أو يبيعه: قد حزت لك رهنك وقبضته، فدفع لقوله: إنه ضامن.

قال ابن القاسم: وهو رأيي أنه ضامن لقيمة الرهن الذي أراد أن يرهنه.

(1) تهذيب البراذعي: 177/2، والقول منسوب للإمام مالك.

(2) قوله: (ظاهره وما) يقابله في (ع): (وظاهره ولو).

(3) تهذيب البراذعي: 176/2.

ابن رشد: لأنه قد غره⁽¹⁾.

فالمعارضة واضحة من كلام ابن رشد، وكلامه ﷺ مشحون بهذا، والغرور⁽²⁾ بالقول، أو الفعل، أو بهما؛ قد علمنا ما لأصحابنا، وما وقع في المدونة وغيرها من هذا النمط.

والمقصود التنبيه لما يبعد تبادره عن أفهام من قصر حفظه، أو من هو مأسور في ربة المغاربة فقط.

وما عرف أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج ردت به، وإن جامع معه⁽³⁾.

قوله: (وما علم أهل المعرفة... المسألة).

قلت: ما ذكره هنا عبد الوهاب في غرر محاضره، ونفاه ابن هشام وغيره صريح في عدم غرابة قول ابن الحاجب.

وقول ابن العربي: ينظر في المرأة⁽⁴⁾؛ غريب⁽⁵⁾.

قيل لابن القاسم: فإن كان محبوب الذكر قائم الخصاص. قال: إن كان يولد لمثله فعليها العدة، ويسأل عن ذلك، فإن كان يحمل لمثله؛ لزمه الولد، وإلا لم يلزمه، ولا يلحق به⁽⁶⁾.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/11.

(2) في (ش): (والغرور).

(3) تهذيب البراذعي: 178/2.

(4) في (ش): (المرأة).

(5) انظر المسألة في: شرح ابن ناجي التنوخي على الرسالة: 270/1.

(6) تهذيب البراذعي: 179/2.

قوله: (قيل: فإن كان محبوب الذكر).

وجه اختصارها أشار إليه⁽¹⁾ في المختصر⁽²⁾.



(1) قوله: (اختصارها أشار إليه) يقابله في (ع): (اختصارها في المختصر).

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: 212/أ.

وزاد المشدالي بعده: المشدالي: يعني مختصر الإمام ابن عرفة. قال في كتاب العدد منه: واختصرها أبو سعيد لعدم استقلال جوابه، وإجمال لفظه في عدم بيان المسئول، وعدم جوابه باعتبار الإنزال حسبها دل عليه آخر استبرائها. المشدالي: أشار إلى قوله فيه: "وإن قال البائع: كنت أفخذ ولا أنزل وولدها ليس مني، لم يلزمه". اهـ.

فمفهومه أنه لو كان ينزل للحقه الولد. والله أعلم.

كتاب النكاح الثاني

كتاب النكاح الثاني

ومن نكح على عبد أبق، أو بعير شارد، أو جنين في بطن أمه، أو بما في بطن أمته، أو بما تلد غنمه، أو بثمره أو زرع لم يبد صلاحهما، أو على دار فلان، أو على أن يشتريها لها، فسخ النكاح في ذلك كله قبل البناء، ويثبت بعده؛ ولها صداق المثل، وترد ما قبضت من أبق، أو شارد، أو غيره⁽¹⁾.

قوله: (أو دار فلان).

خلافه في المكاتب، وهنا بحث من وجهين:

الأول: أنهم حكموا في المشهور في غرر الصداق بالفسخ قبل البناء، وبالمضي بعده بصداق المثل.

فيقال: إما أن يكون الصداق ركناً كما صرح به ابن الحاجب⁽²⁾، أو شرطاً كما صرح به غيره.

وعلى كلا الأمرين؛ فيلزم عدم النكاح بعد البناء؛ إما على تقدير الشرطية فواضح؛ لأن الشرط لا أثر له إلا في طرف العدم، وإلا لزم انقلاب حقيقته.

وإما على تقدير الركنية فأجدر.

(1) تهذيب البراذعي: 182/2.

(2) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 372.

والجواب واضح.

الثاني: أنه تقرر أن أركان الماهية لا يصح مقولية بعضها بالتشكيك⁽¹⁾، ولا نزاع في تفاوت عدم أركان النكاح إذ ليس عدم الصيغة أو الزوج أو الزوجة مساو لعدم الولي، أو الصداق، والجواب واضح من كلام سعد الدين، وغيره.

وإن أظهرها مهراً وأسرّاً دونه أخذ بما أسرّاً إن شهد به عدول⁽²⁾.

قوله: (وأسرّاً دونه).

ما ذكره أبو ابراهيم واضح، وأكمل منه يأتي إن شاء الله تعالى في عتقها الأول⁽³⁾.

(1) في (ع): (فالتشكيك).

(2) تهذيب البراذعي: 184/2.

(3) المشدالي: قال غير واحد: يؤخذ من هنا جواز الاسترعاء، وهو نص سماع سحنون

من النكاح، وسماع عيسى من كتاب العتق؛ قالوا: وهي أصل جواز الاسترعاء في الحبس؛ إذ لا نص فيه.

ثم؛ الاسترعاء إن كان في المعاوضات فلا بد من إثبات التقية، وإن كان في التبرعات صدق.

وإن لم يستترع وادعى ذلك بعد العقد فإن أثبت التقية قبل قوله في التبرعات والمعاوضات.

وقد اختلف في مسألة الكتاب على ثلاثة أقوال:

- أحدها: ما في الكتاب.

- والثاني: أنه يؤخذ بما أعلننا.

للخمي في الوكالة: لو وكل رجل على تزويج امرأة ففعل، وأظهر أنه الزوج، وأشهد في الباطن أن النكاح للأمر؛ لم تكن زوجة للوكيل، وخيرت بين أن تكون زوجة للأمر، أو تفسخ النكاح (1).
فالجاري على قوله هنا اعتبار ما في السر (2).

قال ابن القاسم: وأقل الصداق ربع دينار، فمن نكح بدرهمين، أو بما يساويهما، فإما أتم لها ثلاثة دراهم، وثبت النكاح، وإن أبى فسخ، إلا أن يدخل فيجبر على إتمامها، ولا يفسخ؛ للاختلاف في إجازة هذا الصداق. وقال غيره: يفسخ قبل البناء، وإن أتم الزوج ربع دينار، ويفسخ أيضاً بعد البناء ولها صداق مثلها، وهو كمن تزوج بلا صداق (3).

قوله: (وقال غيره: يفسخ قبل البناء).

المتيطي: الغير هو ابن الماجشون، زاد في رواية الدباغ والسيوري (4):

- والثالث: أنه يؤخذ بأقل المهرين.

قاله أبو إبراهيم في جامع الطرر.

(1) المشدالي: لما كن الخيار حكماً لم يوجب فسحاً.

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4624.

وزاد المشدالي بعده: الفرق بينهما أن الزوجة مغرورة في مسألة اللخمي، ولها غرض في عين الزوج، ولا كذلك في مسألة إسرار الصداق؛ فإنها متوافقان وقت الإشهاد، ودعوى أحدهما الانتقال بعد ذلك يفتقر إلى دليل.

(3) تهذيب البراذعي: 189/2.

(4) هو: أبو القاسم، عبد الخالق بن عبد الوارث المغربي، السيوري، القيرواني، المتوفي

(ويفسخ أيضاً بعد البناء، ولها مهر المثل، كمن تزوج بغير مهر)، وعلى هذه الرواية اختصرها البراذعي، وابن أبي زمنين وغيرهما، وأسقطها أبو محمد وغيره (1).

سنة 460هـ، قال عياض: خاتمة أئمة القيروان، كان يحفظ دواوين المذهب، الحفظ الجيد، ويحفظ غيرها من أمهات كتب الخلاف، حتى أنه كان يذكر له القول لبعض العلماء، فيقول: أين وقع هذا، ليس في كتاب كذا، ولا كتاب كذا؟ ويعدد أكثر الدواوين المستعملة من كتب المذهب والمخالفين، والجامعين، فكان في ذلك آية، تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران، وطبقتهم، وقرأ الكلام والأصول على الأزدي، وعليه تفقه عبد الحميد، والمهدي، واللخمي، والذكي، وأخذ عنه عبد الحق، وابن سعدون وغيرهما، وله تعليق على المدونة، ذكر الحجوي أنه كتبه أصحابه فنسبوه إليه.

قال محمد الأمين (عرفات):

تُمتَّ آخِرُ شُيُوخِ الْقَيْرَوَانِ مَنْ كَانَ بِالْمَذْهَبِ قَامَ غَيْرَ وَأَنْ
وَشَأْنَ حِفْظِهِ مِنَ الْمَشْهُورِ وَهُوَ عَبْدُ الْخَالِقِ السُّيُورِي
فُقَّةً بِالْفَنَاسِي أَبِي عِمْرَانَ كَذَا بَابِنِ عَابِدِ الرَّحْمَنِ
وعابِدُ الحَمِيدِ قَدْ تَفَقَّهَهَا بِهِ كَذَا اللّخْمِيُّ عَنْهُ فَفُهَا
صنَّفَ تَعْلِيقًا عَلَى الْأُمِّ الرَّضَى وَعَامَ سِتِّينَ بِخَامِسِ قَضَى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 65/8؛ والديباج، لابن فرحون: 22/2؛ وشجرة النور، لمخلف، ص: 116، والفكر السامي، للحجوي: 212/2، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 74.

(1) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية): 25/ب: (وقال غيره وهو ابن الماجشون: يفسخ قبل البناء وإن أتم ربع دينار، زاد في رواية ابن الدباغ والسيوري).

وإذا وهبت المرأة صداقها لزوجها بعد أن قبضته أو قبل، وهي جائزة الأمر، ثم طلقها قبل البناء، فلا رجوع له عليها بشيء، ولو وهبته نصفه، فله الربع عليها إن قبضته، أو لها عليها إن لم تقبضه⁽¹⁾.

قوله: (ولو وهبته نصفه).

تقرير معارضتها لما قبلها أن الزوجة؛ إما أن تكون مالكة لجميع الصداق، فيلزم ألا ترجع في المسألة الثانية، أو لا، فيلزم⁽²⁾ بطلان الهبة في المسألة الأولى ضرورة هبتها لما لا تملك، أو النصف، فكذلك؛ لأنها لا تملك إلا النصف، ثم قوله لا رجوع لها عليه بشيء.

قال شيخنا: يؤخذ من هنا أن من باع سلعةً لرجل، فأخذ ثمنها ثم وهبه له، ثم استحقت السلعة؛ أنه لا رجوع للبائع عليه؛ لحجته⁽³⁾ أن يقول: ما وهبتك إلا ثمن سلعة مملوكة لي، والآن قد ارتفع ملكها، فيرتفع ثمنها⁽⁴⁾.

وإن وهبت مهرها لأجنبي قبل قبضه، وهي جائزة الأمر فإن حملة الثلث جاز، وإن جاوز الثلث؛ بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج، فإن لم يقبضه الموهوب له حتى طلقت قبل البناء، فإن كانت موسرة يوم طلقها، فللموهوب له أخذ الزوج به، كان الصداق عيناً أو عرضاً،

(1) تهذيب البراذعي: 190/2 و189.

(2) في (ع): (يلزم).

(3) في (ش): (عكسه).

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 139/ب

وللزوج الرجوع عليها بنصفه، وإن كانت يوم طلقها معسرة حسب الزوج نصفه، ودفع نصفه إلى الموهوب له⁽¹⁾.

قوله: (إن كانت موسرة يوم الطلاق).

قال في تعليقة القاسبي: انظر لم اشترط كونها موسرة يوم الطلاق! وعندنا أن من وهب ديناً فلم يقبضه الموهوب حتى فلس الواهب؛ لم يضر⁽²⁾ ذلك الموهوب، ويجعل كونه عند الغريم حوزاً للموهوب، فكذا ينبغي أن يكون الزوج.

وكل ما أصدق الرجل امرأته من حيوان، أو غيره مما هو بعينه فقبضته، أو لم تقبضه فحال سوقه، أو نقص في بدنه، أو نما أو توالد ثم طلقها قبل البناء، فللزوج نصف ما أدرك من هذه الأشياء، يوم طلق على ما هو به من نقص أو نماء، ولا ينظر في هذا إلى قضاء قاض؛ لأنه كان في ذلك شريكاً لها⁽³⁾.

قوله: (لا ينظر في هذا إلى قضاء قاض).

قال شيخنا: أحسن ما يحمل عليه هذا الكلام أن يقال: إن كون الزوج يستحق نصف ما أدرك من هذه الأشياء يوم الطلاق على ما هو عليه من نماء، أو نقص لا يفتقر في تملكه له إلى حكم حاكم، والتعليل يقتضيه.

(1) تهذيب البرادعي: 190/2.

(2) في (ع): (يقر).

(3) تهذيب البرادعي: 191/2.

ومن تزوج امرأةً بألف درهم، فاشتريت منه بها داره، أو عبده، أو ما لا يصلح لجهازها، ثم طلقها قبل البناء، فإنما له نصف ذلك نما أو نقص، وهو بمنزلة ما أصدقها إياه⁽¹⁾.

قوله: (اشتريت منه داره).

قلت⁽²⁾: قال في تعليقة القاسبي: معناه قبل أن تقبض منه الصداق، ولو قبضته أو⁽³⁾ اشتريت به؛ لانبغي أن يرجع عليها بنصف العين.

وقاله⁽⁴⁾ ابن القاسم، وصوبه أبو عمران.

محمد: لو أصدقها عيناً فزكته، فطلقها قبل البناء؛ رجع عليها بنصف الجميع، بخلاف الماشية، والفرق عدم ضمانها للماشية، وضمانها للعين.

ومن زوج أمته؛ فله منعها من الزوج حتى يقبض صداقها⁽⁵⁾.

قوله: (فله منعها من الزوج حتى يقبض⁽⁶⁾ صداقها).

قلت: أكثرهم لا يحفظ في القابض خلافاً.

وقال ابن العطار⁽⁷⁾ مثل ما في المدوِّنة.

(1) تهذيب البراذعي: 194/2.

(2) في (ع): قوله.

(3) قوله: (أو) ساقط من (ع).

(4) قوله: (وقاله) زيادة من (ع).

(5) تهذيب البراذعي: 197/2.

(6) في (ع): (تقبض).

(7) هو: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن عبيد الله بن سعيد المعروف بابن العطار

وقال ابن الفخار: القبض لها.

وقاله بكر القاضي (1).

وفي بعض نسخ المتيطي: حتى تقبض - بالتاء - (2)(3).

الأندلسي، المتوفى سنة 399 هـ، روى عن أبي عيسى الليثي، وأبي بكر بن القوطية، وسعيد بن أحمد بن عبد ربه، ولقي ابن أبي زيد بالقيروان فناظره، كان عارفاً بالفرائض، رأساً في الشروط وعللها، مدققاً لمعانيها، لا يجاربه فيها أحد، صنف فيها كتاباً حسناً عليه المعول، وهو المعروف بوثائق ابن العطار.
قال محمد الأمين (عرفات):

ثم محمدُ ابْنُ العَطَّارِ يَعْلَمُ الشُّرُوطَ ذُو اِشْتِهَارِ

لِابْنِ أَبِي زَيْدِ الإِمَامِ نَاطِرًا تَجْرِي لِقَاؤُهُ وَذَاكِرًا

فِي رَابِعِ القُرُونِ عَاشٍ حِينَا لِعَامِ تِسْعَةِ مَعَ التَّسْعِينَا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 48/7، والديباج، لابن فرحون: 231/2، وجذوة المقتبس، للحميدي، ص: 80، وفهرسة ابن خير الإشبيلي، ص: 537، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 379/27، والفكر السامي، للحجوي: 119/2، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 93.

(1) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطة): 159/ب: (ومن زوج أمته فله منعها من الزوج حتى يقبض صداقها. قال ابن العطار في وثائقه: إذا زوج الأمة سيدها كان له قبض صداقها).

(2) المشدالي: يريد المنقوطة باثنين من فوق.

(3) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطة)، لأبي الحسن المتيطي: 20/ب.

من زوج أمته، وشرط أن كل ما ولدت فهو حر، لم يقر هذا النكاح، ويكون لها إن دخل بها المسمى⁽¹⁾.

قوله: (وشرط أن كل ما ولدت حرًا).

تأمل! هي على ثلاثة أوجه ذكرها ابن رشد⁽²⁾، والمتيطي وغيرهما⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 198/2.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 467/4 و468.

(3) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطية): 192/أ: (ولو كان الشرط أن أول ولد تلده حر فإنه يفسخ).
وزاد المشدالي بعده:

- أحدها: أن يشترط أن أول ولد تلده حر.

- ثانيها: أن يزوج عبده من أمة غيره على أن ما تلده بينهما.

- ثالثها: ما في الكتاب.

فأما الوجه الأول؛ فالحكم فيه أنه يفسخ قبل البناء وبعده ما لم تلد أول ولد، فإن لم يفسخ حتى ولدته كان حرًا، وثبت النكاح. رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون. وفي سماع يحيى أنه يفسخ أبدأ وإن طال الزمان.

ويجوز لسيدها بيعها والنكاح بها ما لم تحمل، ويكون ولدها بعد ذلك رقيقاً، ولا يجوز له ذلك بعد الحمل؛ إلا أن يرهقه دين فتباع عليه من غير استثناء الجنين. وأما الوجه الثاني: فحكمه أن يفسخ قبل البناء وبعده. رواه محمد عن مالك. قال: ويكون الولد لسيد الأمة.

وحكى القاضي أبو الفرج أن الولد بينهما، ويجب لها بالدخول، مهر المثل.

قال بعض الموثقين: فإن كان أكثر من المسمى؛ فعلى رواية محمد لا بزاد عليه، لأن الزوج قد زاد في مهرها على شرط لم يحصل له، وعلى قول أبي الفرج يكون لها الزائد، لأن الزوج حصل له شرطه.

وعورضت بمسألتين:

الأولى: من تزوج أمة على أنها حرة، فإذا هي أمة فإن كان بعد البناء؛ لزمه الأقل من المسمى أو المثل، وهنا لها المسمى ما بلغ إن دخل، والجامع بينهما أنه نكاح على شرط والفرق واضح (1).

الثانية: قولها في المكاتب إذا كاتبها، واشترط وطأها؛ بطل الشرط؛ بجامع أنها عقدان جائزان اقترن بهما شرط فاسد، فأسقطه هناك، ولم يسقطه (2) هنا، والفرق واضح (3).

وأما الوجه الثالث: فحكمه الفسخ قبل البناء وبعده. قاله مالك، وابن القاسم سواءً كان الزوج حراً أو عبداً لسيدها أو غيره، ويكون الولد أحراراً، وولاءهم لسيد أمهم. انظر: (المتيطي) في الفصل الثامن من ترجمة ما جاء في الأنكحة المكروهة والفاصلة. (1) في (ش): (وهذا اللازم).

المشدالي: وهو أن الزوج في الأولى مغرور فناسب أن يكون عليه الأقل وأما هذه فإنه إن كان المسمى أكثر فقد رضي به الزوج وغرضه في عتق الأولاد حاصل وإن كان أقل فقد رضي به السيد على أن وقوعه بعيد. (2) في (ع): (يسقط).

(3) المشدالي: وهو أن الشرط في الكتابة أشد منافاة وأبعد عن الأصول؛ لأنه وطء إلى أجل فأشبهه نكاح المتعة، ولأنها إذا حملته؛ إما أن تبقى على كتابتها فيكون من باب استسعاء أمهات الأولاد وذلك لا يجوز، وإما أن تصير أم ولد فيتأخر عتقها إلى موت السيد وقد كانت بصدد أن تعتق في حياته بالأداء، وأيضاً فقد تموت قبله فلا تنال عتقاً، فناسب ذلك إبطال الشرط فيها بخلاف هذه. والله أعلم.

وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها: قد دفعه، أو قالوا: لا علم لنا؛ فلا شيء عليهم، وإن ادعى ورثتها العلم عليهم؛ حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق⁽¹⁾.

قوله: (حلفوا أنهم لا يعلمون).

في سماع أشهب فيمن تزوج امرأة بألف وأقام معها نحواً من ثمانية أشهر، فماتت فطلبت مهرها هل ترى على ورثته اليمين؟

فقال: أرى على ورثته أن يحلفوا أنهم لا يعلمون بقى عليه صداق حتى مات.

ابن رشد: أوجب اليمين على الورثة في هذه الرواية على العلم، وإن لم تدع ذلك المرأة علمهم، خلاف ما في المدونة هنا أنه لا يمين عليهم، [19/أ] إلا أن تدعي عليهم العلم، وخلاف ما في غيرها. إلى آخره⁽²⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 203/2.

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 364/4.

وزاد المشدالي بعده: ما في غيرها مسألة النداعي في وقت موت الجارية الغائبة هل ماتت قبل الصفقة؟ أم بعدها؟ فإنه قال: يحلف المتباع على علمه أنها لم تهلك بعد الصفقة إن ادعى البائع علمه، وإلا لم يحلف.

ثم قال ابن رشد: وإنما تجب عليهم اليمين إذا كانوا ممن يظن بهم العلم على ما في العيوب والأقضية من المدونة، فإن نكلوا حلفت على ما تدعي من عدم القبض، وتستحق حقها، لا على أن الورثة علموا أنها لم تقبض، وهذه اليمين ترجع على غير ما نكل عنه الورثة.

ولها نظائر كثيرة فيختلف في حقوق هذه اليمين للورثة؛ لأنها يمين تهمة إذ لم تحقق

قال مالك: وإن بنى بها المريض، كان صداقها في ثلثه مبدأ على الوصايا، والعتق ولا ترثه، قال مالك: وإن صحا ثبت النكاح، دخلا أو لم يدخلا، ولها المسمى، وكان يقول: لا يثبت وإن صحا، ثم عرضته عليه فقال: امحه، وأرى إذا صحا أن يثبت النكاح، وإن فسخ قبل البناء؛ فلا صداق لها ولا ميراث⁽¹⁾.

قوله: (إن صحا ثبت النكاح).

انظر في سماع عيسى⁽²⁾.

قلت: إن اشترى جارية أو أراد شراءها أو خطب الحرة، فقال له أبوه: قد نكحت الحرة ووطئت الأمة بشراء، فكذبه الابن. قال: لم أسمع من مالك في هذا شيئاً، إلا أن مالكا قال: لا تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعرف. قال مالك: وأحب إلي أن لا ينكح وأن يتورع⁽³⁾.

قوله: (قلت: إن اشترى).

اختصرها لوجهين:

الأول: ضعف القياس من وجهين:

المرأة عليهم الدعوى - كما قلنا - ولا يختلف في رجوعها على الزوجة؛ لمعرفتها بما تحلف عليه كما يختلف في رجوع يمين التهمة. والله أعلم.

(1) تهذيب البراذعي: 206/2.

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 373/3.

(3) تهذيب البراذعي: 207/2.

- أحدهما: أنه في المقيس عليه لا تقوم مقام الرجل.
 - الثاني: أن شهادتهن إنما تصح في الأموال، و(1) ما يؤول إليه، وما لا يطلع عليه إلا هن، والرجل ليس كذلك، فلا يلزم من عدم قبولها عدم قبوله.
 الوجه الثاني: أن الأب يتهم فيما أخبر به؛ لأنه يجرب به نفعاً لنفسه، وهو تزويجها وتحريمها على الغير، وفي(2) المرأة لا يتصور فيها هذه التهمة، فلا يلزم من قبول قولها قبول قوله.

وإذا تزوج أخوان أختين، فأدخلت على كل واحد منهما زوجة أخيه فوطئها، ردت كل واحدة إلى زوجها، ولا يطؤها إلا بعد ثلاث حيض، وعلى العالمة منهما الحد ولا صداق لها، وإن قالت: لم أعلم، فلها صداق المثل على الواطئ ويرجع هو به على من أغره(3).

قوله: (وإذا تزوج أخوان أختين... المسألة).
 قال شيخنا أبو عبد الله: ما أشار إليه ابن رشد في سماع عيسى من النكاح أنه في المدونة هي مسألة الأختين، وفهمه من كلامه بعيد.

ومن ضمن صداق عبده، ثم دفع السيد العبد إلى الزوجة في صداقها فرضيت، فسخ النكاح، فإن لم يكن بنى بها رجع العبد إلى سيده(4).

قوله: (فدفع السيد العبد إلى الزوجة... المسألة).

(1) في (ش): (أو).

(2) في (ع): (في).

(3) تهذيب البراذعي: 208/2.

(4) تهذيب البراذعي: 211/2.

تأملها على قاعدة قولهم: ما أدى ثبوته إلى نفيه فنفيه أولى.

وقولهم: من شرط علة حكم الأصل ألا تعود عليه بالإبطال.

بيانه هنا: أن يقال: إن صحة كونه صداقاً يلزم منه ملكها له، ويلزم منه فسخ النكاح، ويلزم من فسخه ارتفاع الصداق، لأنه قبل البناء، ويلزم منه عدم كونه صداقاً، فاللازم⁽¹⁾ عدم التمكين أوّلاً.

ويتضح هذا المعنى بما صرح به غير واحد - واللفظ هنا للسهيلى - في رجل شهد مع آخر على عتق عبد فعتق، وقبلت شهادته، وشهد ذلك الرجل مرة أخرى، فردت شهادته بجرحة، فشهد العبد المعتق فيه بالجرحة، فإن قبلت شهادته ثبتت جرحة الشاهد، فإذا ثبتت بطل عتق العبد، وإذا بطل سقطت شهادته، وإذا سقطت لم يصح تجريح الشاهد، وإذا لم يصح تجريحه ثبتت شهادته، وإذا ثبتت صح عتق العبد، وإذا صح عتقه صحت شهادته، وإذا صحت صح تجريحه، ودارت المسألة⁽²⁾ أبداً.

وما صرح به المازري في كتاب الصلح في هذا المعنى واضح⁽³⁾.

(1) في (ع): (فلا يلزم).

(2) في (ع): (الشهادة).

(3) المشدالي: أراد - والله أعلم - مسألة من أسلم في طعام في الشدة فحل أجله في

الرخاء فإن السلم تام، وتغير الحال بالشدة والرخاء لا يبطله.

واستدل اللخمي بها على مسألة من باع بدراهم ثم قطعت، أنه لا يرجع إلى قيمتها كما

زعم عبد الحميد، بل تؤخذ بأعيانها، وإلا لزم بطلان السلم المتقدم ذكره.

قال المازري: فأجبتة بمنع الملازمة لكون السلم إنما يجوز بشرط أن يكون إلى أجل

تختلف فيه الأسواق فلو جعلنا اختلافها مفسراً له، لكننا تناقضنا.

انظر آخر الصلح، وانظره أيضاً في الصرف، ومختصر ابن عرفة في الصلح أيضاً.

وفي نوازل أصبغ من كتاب الشهادات مسألة صريحة في هذا المعنى (1).

وتلزم العبد نفقة امرأته حرة كانت أو أمة (2).

قوله: (ويلزم العبد نفقة امرأته).

ما يوهم المخالفة لهذه في باب المتعة (3).

وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك، ولها أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه أن لزوجها عليهم ديناً، ويقضي عليهم بنفقتها، وكذلك لمن قام عليه بدين (4).

(1) المشدالي: هي المسألة الثانية عشرة؛ سئل فيها عن أعتق عبيد فشهدا أنه غضبها من فلان مع

مئة. فقال: لا يرقان بشهادتهما؛ إذ لا يجوز لحر أن يرق نفسه. وشهادتهما في المئة.

ابن رشد: لسحنون أنها غير عاملة في المئة أيضاً، وهو الأظهر؛ لأن شهادتهما إنما ردت

لأنها يتهمان على إرادة إرقاق نفسيهما، والشهادة إذا سقط بعضها للتهمة بطلت كلها،

بخلاف إذا رد بعضها للسنة على المشهور.

المشدالي: تعليل ابن رشد بإبطال شهادتهما بالتهمة يبعدها عن هذا المعنى، لكن لو

فرض عدم التهمة لصلح إدخالها في القاعدة المشار إليها. والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 213/2.

(3) المشدالي: هو قوله فيه: "وعلى العبد المتعة ولا نفقة عليه"، فقال ابن يونس: قيل:

معناه إذا كان الطلاق بائناً وأما إن كان رجعيّاً فعليه النفقة، وهو معنى ما في المدونة.

قال عبد الحق: معناه إذا كانت حاملاً والطلاق بائناً؛ لأنها إن كانت أمة فولدها رقيق،

ونفقته على من هو له.

قال الشيخ أبو الحسن: وهذا أبين مما قال ابن يونس، إذ فيه يظهر الفرق بين الحر

والعبد.

(4) تهذيب البراذعي: 218/2.

قوله: (على من جحد من غرمائه).

قال بعضهم: انظر لو لم يجحدها لقضى لها بالنفقة بمجرد إقراره.
وعن سحنون أنه لا يقضى لها، لما ذكره ابن سهل وابن رشد،
وغيرهما (1).

والمتاع الذي يعرف للنساء هو مثل: الطست والتور والمنارة والقباب
والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلبي،
إلا السيف والمنطقة وخاتم الفضة فإنه للرجل (2).

قوله: (إلا السيف).

الاستثناء منفصل، وفي كون الدجاج كالماشية؛ نظر.

(1) المشدالي: وهو أنه قد يقر للغائب بالدين ليوجب عليه خلطة، ثم يدعي عليه أكثر مما
أقر له به.

وقال ابن رشد في سماع يحيى من كتاب الشهادات: إذا أراد الموثق أن يتحرز من هذ
يكتب: أقر فلان لفلان بدين بغير محضر هذا المقر له فلان.

وقال أبو محمد صالح في تعليل قول سحنون: لأنه إذا قضى القاضي بإقراره وسجل
عليه ثبتت الخلطة واستحق عليه اليمين، وينبغي لمن أتاه رجل بكتاب فيه دين فقال
له: أشهد علي بما فيه ألا يشهد إلا مع حضور المقر له خوفاً من هذا.

قال الشيخ أبو الحسن: وما قاله ابن رشد أبين، فيكتب إقراره كما ذكر، ثم لا يحكم
بذلك حتى يقدم، فإن ادعاه أخذه، والعمل اليوم على إيجاب اليمين من غير خلطة،
فعلى هذا لا يحتاج إلى التحرز المذكور.

المشدالي: وفي كلام الشيخ نظر.

(2) تهذيب البراذعي: 223/2.

انظره في الطرر⁽¹⁾.

وإذا رضيت امرأة بترك أيامها، أو بالأثرة عليها على أن لا يطلقها جاز،
ولها الرجوع متى شاءت، فإما عدل أو طلق⁽²⁾.

قوله: (ولها الرجوع متى شاءت).

قال شيخنا أبو عبد الله: وعندي أنه إذا كان الذي وهبته الزمن اليسير؛
كالיום واليومين، لا رجوع لها لقولها - في العارية - إذا رجع: أنه يقضى عليه
بما يعار إلى مثله، وقولهم في السلف إذا طلبه في الحال بجامع المعروف.

قلت: هذا غير صحيح؛ لأن مدرك مسألتنا راجع لضرر⁽³⁾ بدني، ولا
يقاومه ما يرجع إلى أمر مالي⁽⁴⁾.

قلت: قال بعضهم فيمن وهب لرجل ماء⁽⁵⁾ يسقي به عشر سنين مثلاً، أن
للوهاب الرجوع متى شاء كقولها هنا.

وقال: وصوبه غير واحد من فقهاء سبته، وأنكره آخرون.

واحتج الأولون بأن صاحب الأرض؛ لو أراد طمس العين حتى يغور

(1) المشدالي: رأيت في بعض الكتب لابن جماهير الطليطي جواباً في مسألة أن الدجاج
يقضى بها للرجل مع يمينه إن ادعاها. انظره في ترجمة مخاعة الأب أو الوصي على
الكبير المولى عليه.

(2) تهذيب البراذعي: 225/2.

(3) في (ش): (لغر).

(4) في (ش): (بدني).

(5) في (ش): (ما).

الماء من (1) ناحية أخرى أن له ذلك.

قلتُ: والصواب قول المنكرين، ودليلهم واضح.



(1) قوله: (من) ساقط من (ع).

كتاب النكاح الثالث

كتاب النكاح الثالث

ولابأس أن يتزوج الرجل امرأتين في عقدة، واحدة إذا سمي لكل واحدة صداقها، وإن أجملهما في صداق واحد؛ لم يجز⁽¹⁾.

(لا بأس) هنا لما تركه أولاً، وأطلقه في المدونة بإزاء ثلاث مفهومات أحدها هذا⁽²⁾.

ومفهوم قوله: (إذا سمي لكل واحدة صداق) بصورتين إذا لم يسم لكل منهما، أو لأحدهما؛ كلاهما نكاح تفويض، وقد نص أبو عمران على ذلك. قلت: ولم يتقرر لنا في وجه اختصارها؛ إلا ما أشار إليه عياض من عدم الجواب بالمطابقة.

والكلام اشتمل على الجواب باللزوم، ولكن بعد معرفة كلام الشيوخ على المسألة.

فعلى مذهب أبي محمد تقرير الجواب أن يقال: نكاحها فاسد، وكل فاسد وقع في⁽³⁾ الموت أو⁽⁴⁾ الطلاق قبل البناء لا شيء فيه، فنكاحها لا شيء فيه.

(1) تهذيب البراذعي: 227/2.

(2) المشدالي: والثاني: ما فعله أولى كقوله في كتاب العرايا: (ولا بأس أن تمنح رجلاً لبن غنم لك أو إبل أو بقر يجلبها عاماً أو عامين).
والثالث: المباح، وهو كثير في المدونة.

(3) قوله: (وقع في) يقابله في (ش): (رفع فيه).

(4) في (ع): (و).

ومن وطئ امرأة أو قبل، أو باشر أو نظر للذة بملك يمين أو نكاح صحيح أو فاسد أو حرام، بشبهة أو في عدة، فإنها تحرم على آبائه وأبنائه، وتحرم عليه ابنتها بنكاح، أو بملك⁽¹⁾.

قوله: (قبل أو باشر).

قلت: ظاهره ولو كان بعد موتها قبل البناء، وهو نص في سماع أبي زيد.

ابن رشد: أما الأم، فواضح حرمتها بهذه الأشياء بعد الموت؛ لأنها تحرم بمجرد العقد، وأما البنت فإنها هو استحسان.

وإذا لم يحتلم الصبي ومثله يقوى على الجماع، فزوجه أبوه أو وصيه امرأة فبنى بها، وجامعها لم يحصنها ولا يحلها، ولا يجب بوطئه مهر، ولا عدة، إن بارأ عنه أب أو وصي، وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه وبين هذه المرأة⁽²⁾.

قوله: (وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه وبين هذه المرأة).

في قصر⁽³⁾ الحرمة على من ذكر، ولا يتعدى إليه هو نظر.

وصرح العطار في كتاب العدة بالحرمة.

وفي فهم الحرمة⁽⁴⁾ في حق الصغير نظر.

(1) تهذيب البراذعي: 229/2.

(2) تهذيب البراذعي: 235/2.

(3) قوله: (وفي قصر) يقابله في (ش): (في نص).

(4) في (ش): (المحرمة).

وفي قول القرافي: قد يجتمع خطاب الوضع، والتكليف كالنكاح مثلاً مندوبٌ إليه، وهو سبب للإباحة⁽¹⁾ والتحریم، وهما تكليف⁽²⁾؛ نظرٌ.

قال ابن القاسم: والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة، ويأتفان الإحصان إذا أسلما⁽³⁾.

قوله: (والردة تزيل إحصان المرتد).

قال شيخنا أبو عبد الله: لو ارتد قاصداً لإزالة الإحصان، ثم أسلم فزنى فإننا⁽⁴⁾ نعاقبه بنقيض المقصود، فترجمه.

قلت: كرواية⁽⁵⁾ عليٍّ عن مالك فيمن ارتدت قاصدةً فسخ النكاح، ونقلها ابن يونس⁽⁶⁾ وابن رشد في سماع يحيى من المرتدين، وغير واحد⁽⁷⁾.

وتوقف ابن زرب فيها - ليس بخلاف لرواية علي ولا أنه لم يطلع عليها - بل⁽⁸⁾ لما ذكر في جوابه.

(1) في (ع): (الإباحة).

(2) انظر: أنوار البروق في أنواع الفروق، للقرافي: 306/1.

(3) تهذيب البراذعي: 238/2، والقول منسوب لابن القاسم.

(4) قوله: (فإننا) زيادة من (ع).

(5) في (ش): (لرواية).

(6) انظر المسألة: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 227/8.

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 436/16، والنهاية والتمام في معرفة الوثائق

والأحكام (الميتية) 233/ب: (دليل على ما رواه علي عن مالك أن المرأة إن ارتدت

وهي تبغي بالردة فسخ النكاح أن ذلك لا يكون طلاقاً).

(8) قوله: (بل) ساقط من (ع).

وكل ما أحصن الزوجين، أو أحدهما، فإنه يحل المبتوتة، وليس كل ما يحل يحصن (1).

قوله: (وكل ما أحصن).

هذه الكلية منقوضة بالمجنونة (2)، وبمن لم يعلم له بزوجه خلوة، فظهر بها (3) حمل، فلا عن منه، فإنه يحصنها، ولا (4) يحلها له (5).

ولو صح العقد وفسد الوطاء ما أحصن، ولا أحل كوطء الحائض، أو أحدهما معتكف، أو صائم في رمضان أو محرم، وكل وطاء نهى الله عنه لا يحصن ولا يحل (6).

قوله: (أو صائم في رمضان).

إن علقنا (في رمضان) بمعتكف كان الوطاء [19/ب] في مطلق الصوم لا يحل، وهو واضح.

وإن علقناه بصائم كان في تخصيصه به نظر.

وللشيوخ هنا كلام لم نغادره (7).

(1) تهذيب البراذعي: 240/2.

(2) في (ش): (بالمجنون).

(3) في (ع): (لها).

(4) في (ع): (من لا).

(5) قوله: (له) زيادة من (ع).

(6) تهذيب البراذعي: 240/2.

(7) المشدالي: قال ابن رشد: الوطاء الفاسد الذي اختلف في التحصين به والإحلال هو:

فإن أسلمت الزوجة بعد البناء، وزوجها مجوسيّ أو كتابيّ؛ فلا يعرض عليه الإسلام، ولكنه إن أسلم في عدتها كان أملك بها، وليس له ذلك إن انقضت (1).

قوله: (كان أملك).

قلت: ظواهر نصوصهم أنه لا يفتقر إلى أمر زائد؛ من إسهاد أو إحداث قول أو نحوه. وقال الصائغ: انظر هل لابد من فعل مع نية؟ كالمرتجع!

ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأقام بها، أو قدم إلينا مسلماً، أو أتى إلينا بأمان فأسلم، وخلف أهله على النصرانية فسباها المسلمون، فهي في عصمته إن أسلمت، وإن أبت فرق بينهما، إذ لا ينكح مسلم أمة كتابية (2).

أن يطأها حائضاً، أو محرمةً، أو معتكفةً، أو في صيام واجب كرمضان، أو نذر أيام بأعيانها، أو كفارة يمين أو ظهار، واختلف في صيام التطوع، وقضاء رمضان، ونذر أيام غير معينة؛ فقليل: إن حكم الوطء في ذلك حكم الوطء الصحيح. قاله ابن حبيب في الواضحة. وقيل: حكمه حكم الوطء الفاسد سوى صوم التطوع، وهو قول مالك الأول الذي في رواية سحنون. انظره في سماع سحنون.

وسئل أبو عمران عن الوطء بعد رؤية القصة البيضاء وقبل الاغتسال؛ هل يحصن؟ أم لا؟ فقال: أما على قول ابن بكير الذي يرى الإمساك استحباباً فلا شك في ذلك، وأما على مذهب أصحابنا فقد شددوا في ذلك في وطئها، وهم يقولون في الإحصان أن كل ما اختلف فيه من النكاح لا يحل ولا يحصن، فهذا من ذلك المعنى.

(1) تهذيب البراذعي: 242/2.

(2) تهذيب البراذعي: 246/2.

قوله: (إذ لا ينكح أمة كتابية).

وعكسها يعرض عليه الإسلام فإن أسلم خيرت؛ لأنه عبد مسلم، وإلا فرق بينهما.

ابن محرز: ويحتمل في مسألة الكتابي أن يمضي نكاحه؛ لأن هذا الرق طراً كطرواً وجدان الطول على متزوج الأمة، وهذا الاحتمال عندي واضح.

قلتُ: تقرير الإشكال في (1) هذا المقام أن يقال: الدوام إن كان كالأشياء لزم فراقها في واجد الطول، وإلا لزم عدم فراق الأمة الكتابية؟

الجواب: أن منافاة الكفر أشد من منافاة الرق؛ لأن ذات الرق تارة (2) تحل بلا شرط، وتارة بشرط، ومطلقاً عند بعض العلماء.

وردّه الصائغ بأنه راجعٌ إلى مراعاة الخلاف في الأمة دون الكتابية (3) والخلاف، موجود في الجميع، فليس مراعاته في إحداهما (4) بأولى من الأخرى (5).

(1) قوله: (في) ساقط من (ش).

(2) قوله: (تارة) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (الأمة).

(4) في (ش): (أحدهما).

(5) المشدالي: قد يقال: الخلاف في مسألة الأمة أقوى منه في الكتابية فكان أولى بالمراعاة، ولزوم التحكم على هذا التقدير ممنوع.

ومن أسلم وله ولد صغار، فأقرهم حتى بلغوا اثني عشرة سنة، أو شبه ذلك، فأبوا الإسلام، فلا يجبرون، وقال بعض الرواة: يجبرون، وهم مسلمون⁽¹⁾.

قوله: (وقال بعض الرواة: يجبرون).

قال بعضهم: معناه بالضرب والسجن⁽²⁾.

قلت: هو نص ابن القاسم في سماع محمد بن خالد من العتق.

وقال المخزومي بالقتل⁽³⁾.

قلت: قال في تعليقه القابسي غلط البراذعي في اختصار هذه المسألة؛ لأنه

جعل بعض الرواة مخالف مالك فيمن أسلم وله ابن اثني عشر سنة.

وليس كذلك في الأم، وإنما فيها أنه خالفه فيمن أسلم وله صغار، فغفل

عنهم حتى صاروا في سن اثني عشر سنة، فأبوا الإسلام.

وقد اختصرها أبو محمد مستقيماً.

قلت: فهذا الكلام يقتضي أنه رد قول بعض الرواة إلى الأولى لا الثانية،

وظاهر كلام ابن يونس وغيره أنه راجع إلى الثانية.

(1) تهذيب البراذعي: 248/2.

(2) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 580/1.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 437/16 و438، والنوادر والزيادات، لابن

أبي زيد: 606/1، والتبصرة، للخمّي، ص: 2119.

ومن أسلم وله ولد مراهق من أبناء ثلاث عشرة سنة، وشبه ذلك، ثم مات الأب أوقف ماله إلى بلوغ الولد، فإن أسلم ورث الأب وإلا لم يرث، وكان المال للمسلمين⁽¹⁾.

قوله: (أوقف ماله إلى بلوغ الولد).

ما ذكره الصائغ وابن محرز وغيرهما هنا واضح⁽²⁾.

وقال في تعليقه القابسي: يريد أنه لم يبلغ إلا مسلماً علم ذلك منه، وأما لو بلغ كافراً، ثم أسلم، ولو بعد بلوغه بيوم لم يكن له ميراث؛ لأنه كافر ساعة بلوغه، وظاهر المدونة خلاف هذا التأويل.

واختصره ابن يونس: (وإن لم يسلم حين بلغ لم يرث).

وإنكار سحنون المسألة يقوي ما أشار إليه القابسي.

(1) تهذيب البراذعي: 249/2.

(2) المشدالي: قال ابن محرز: قال في الكتاب فيمن أسلم وله ولد قد ناهز الحلم، فإنهم يوقفون إلى أن يبلغوا، فإن اختاروا الإسلام كانوا مسلمين، وورثوا أباهم. واختلف هل هذا القول في نفقتهم؟ فقيل: ينفق عليهم من ماله، وقيل: لا ينفق عليهم منه.

والصواب أن تكون النفقة راتباً على الأب؛ لأنه لا يخلوا أن يكونوا مسلمين فسبيلهم سبيل أولاد المسلمين في إيجاب النفقة، وإن كانوا كافراً فلهم النفقة أيضاً؟ لأن النفقة من الحقوق التي تثبت بين المسلم والكافر؛ لأنها غير متعلقة بالولاية، وكذلك أرش الجناية حق بالجاني والرقبة، وكذلك عتق أحدهما على صاحبه، وإنما ينقطع بينهما كل حق متعلق بالولاية؛ كالولاية في النكاح وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيَّتِهِمْ﴾ [سورة الأنفال آية: 72].

قيل له: فذميّ أو حربيّ تزوّج امرأة، فماتت قبل أن يمسه فتزوج أمها، ثم أسلما جميعاً، فلم يذكر جواباً، وأتى بنظير يدل على جواز النكاح وثباته، فذكر مسألة المجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلمتا جميعاً⁽¹⁾.

قوله: (قيل له: فذميّ).

قلت: اختصرها لما أشار إليه في المختصر⁽²⁾.

وتقريره بوجه أدق منه، وهو أن يقال: اختصرها لإشكال القياس.

بيانه أنه في المقيس عليه، قد استحکم الفساد من ماهية النكاح ضرورة كون أركانه - وهي الزوج والزوجتان - لا كتاب لهم؛ لأنهم مجوس، فعقدهم قبل الإسلام عدم.

قال الأمر: إلى أنه وطئها⁽³⁾ بزنا، فلا يلزم من تحييره في إحداهما بعد الإسلام، لعدم ما يوجب حرمة الأم أن يكون كذلك في المقيس ضرورة كون الزوج فيه من أهل الكتب، وعقده صحيح على قول مشهور في المذهب

(1) تهذيب البراذعي: 250/2.

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: [145/أ].

وزاد المشدالي بعده: وهو إتمام المساواة بين المسؤول عنه والنظير المقتضية كراهة نكاح أبيه أو ابنه من عقد عليها في الكفر ومات أو طلق وليس كذلك.
قال: لما مر من الفرق بين عقد الكفر دون إسلام عليه ومعه.

انظر في فصل من أسلم على أم وابنتها.

(3) في (ش): (وطئها).

وغيره⁽¹⁾، فقد يقال: لا يختار الأم للعقد الصحيح على البنت.

وطلاق الشرك كلا طلاق⁽²⁾.

قوله: (وطلاق الشرك كلا طلاق).

قلتُ: ولو كان بعوض.

وبه وجه ابن رشد ما في سماع عيسى في نصراني أسلمت زوجته، فأراد أن يسلم، فقالت له: أفتدي منك بهالي على أن لا تسلم، ففعل، ثم أسلم.

قال: إن افتدت منه قبل أن يسلم لم يثبت ذلك وردَّ ما أخذ، وكان له عليها الرجعة في العدة، وهو كافر لا يلزمه طلاق، فخلعه كطلاقه، ولو أسلم بعد العدة ردَّ ما أخذ، ولا يكون أحق بها⁽³⁾.

قال ابن شهاب: والأسير يُعلم تنصُّره فلا يُدرى؛ أطوعاً أو كرهاً، فلتعتد زوجته، ويوقف ماله وسريته، فإن أسلم عاد ذلك إليه إلا الزوجة، وإن كان حكم فيه بحكم المرتد، فإن ثبت إكراهه بيئته؛ لم تطلق عليه، وكان كحال المسلم في نسائه وماله⁽⁴⁾.

قوله: (وإن ثبت إكراهه بيئته).

أبو ابراهيم: هذا يقتضي أن من أكره على شرب الخمر، أو أكل الخنزير

(1) قوله: (وغيره) ساقط من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 252/2.

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 271/5 و272.

(4) تهذيب البراذعي: 254/2.

يرى أنه يأكل ويشرب، ولا شيء عليه، وأن الإكراه على الأفعال، كالإكراه على الأقوال، ما لم تكن الأفعال حقاً للغير.

قلتُ: قال ابن رشد في سماع عيسى: اختلف المذهب على قولين في الإكراه على الأفعال؛ فقيل: الإكراه في ذلك إكراهٌ، وهو قول سحنون، ودليل نكاحها الثالث.

وقيل: لا، وإليه ذهب ابن حبيب⁽¹⁾.

وإن ارتد ثم راجع الإسلام، فإنه يوضع عنه كل ما كان لله مما تركه قبل ارتداده، من صلاة أو زكاة أو صيام أو حج، وما كان عليه من نذر أو يمين بعق، أو بالله، أو بظهار، فإن ذلك كله يسقط⁽²⁾.

قوله: (إذا ارتد ثم راجع الإسلام وضع عنه كل حق لله...) المسألة.

سئل شيخنا أبو عبد الله عمَّن وقع في الجنب⁽³⁾ العلي بما يستحق به القتل، فلم يُقتل حتى ارتدَّ ثم راجع الإسلام، فهل يسقط قتله؟ أم لا؟.

فقال: الذي عندي أنه يسقط، وهو ظاهر المدوَّنة؛ لأنه لم يستثن إلا القذف، ولو كان ثمَّ غيره لذكره.

قلتُ: قال عياضٌ: عن ابن القاسم ومحمدٍ عن مالك: إن سب⁽⁴⁾

النبي ﷺ قتل، إلا أن يُسلم الكافر فظاهر تخصيصه بالكافر يدل أن المسلم لا

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 120/6 و121.

(2) تهذيب البراذعي: 254/2.

(3) في (ع): (الجنب).

(4) في (ش): (شتم).

يسقط، ولو أسلم، وذكر بعده هل الحق لله أو للآدمي (1).

قلتُ: فهذا مناط الحكم في المدوِّنة: حيثُذ يقتضي القتل؛ لأنه حق لآدمي، كالقذف أو سقوطه لأنه لله.



(1) لم أجد هذا القول للقاضي عياض فيما لدي من مصادر، وإنما ذكر هذه المسألة ابن رشد في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 527/14، ونصه: (ومن كتاب ابن سحنون: وفرقنا بين من سب النبي ﷺ من المسلمين ومن سبه من أهل الكتابين فلم يزل القتل عن المسلم في ذلك بالتوبة، وقلنا في الكتابي إنا نقله إلا أن يسلم فندعه، وذلك أن المسلم لم ينتقل من دينه إلى غيره، إنما فعل شيئاً حده عندنا القتل ولا عفو فيه لأحد، وكان كالزندق الذي لا تقبل توبته إذ لم ينتقل من ظاهر إلى ظاهر. والكتابي كان على الكفر، فلما انتقل إلى الإسلام بعد أن سب النبي ﷺ غفر له ما قد سلف، كما قال الله سبحانه. وسب النبي ﷺ هو من حدود الله لا عفو فيه للعباد، فزال بالإسلام).

كتاب الرضاع

كتاب الرضاع

قال مالك: ولا يحرم رضاع الكبير، إلا ما قارب الحولين، ولم يفصل إلا بمثل شهر أو شهرين⁽¹⁾.

قوله: (لا يحرم رضاع الكبير).

وصفته عند القائل به - وهو عطاء - ما ذكره ابن عبد البر⁽²⁾.

وإذا حُلب من ثدي المرأة لبنٌ في حياتها، أو بعد موتها، فأوجر به صبيٌّ، أو دبٌّ فرضعها وهي ميتة، وعلم أن في ثديها لبنٌ فالحرمة تقع بذلك، ولا يحل اللبن في شروع الميتة، قيل: فلم وقعت به الحرمة؟ قال: لأن من حلف أن لا يشرب لبناً، فشرب لبن الميتة، أو شرب لبناً ماتت فيه فأرة حنث، إلا أن ينوي اللبن الحلال، ويحد من وطئ ميتة⁽³⁾.

قوله: (قيل: لم وقعت به الحرمة).

اختصرها لإشكالاتها من وجهين:

الأول: بالنسبة إلى أسد، وتقرير ما يخيله⁽⁴⁾ من الإشكال أن يقال:

(1) تهذيب البراذعي: 447/2، والقول فيه منسوبٌ إلى الإمام مالك.

(2) قال أبو عمر: رضاع الكبير - كما ذكر عطاءً - يحلب له اللبن ويُسقاه، وأما أن تلقمه

المرأة ثديها كما تصنع بالطفل فلا؛ لأن ذلك لا ينبغي عند أهل العلم. انظر:

الاستذكار، لابن عبد البر: 255/6.

(3) تهذيب البراذعي: 448/2.

(4) في (ش): (تحيله).

استشكل أسد نشر الحرمة مع كونه نجساً، فكأنه يقول: القول بنجاسته مع نشره الحرمة متناف.

بيان التنافي أن نقول: الحكم الثابت للبن⁽¹⁾ إما أن يكون موت صاحبه يغيّره فيلزم عدم الحرمة به، أو لا يغيّره فيلزم [20/أ] طهارته.

وتقرير جواب ابن القاسم له أن يقال: ما تريد بقولك يغير حكمه؟ إن أردت جميع الأحكام منعناه، وإن أردت بعضه نقول به، ولا تنافي، إذ لا تناقض بين جزئيتين⁽²⁾.

الوجه الثاني: بالنسبة إلى البراذعي؛ اختصرها لاشتغالها على نظر، وإشكال:

أما النظر فتقريره أن يقال: الوجه في المناظرة ألا يؤتي بأمر أجنبي عمّا فيه النزاع، ولما كان النزاع بين أسد وابن القاسم في اللبن الكائن في الحيوان الحيّ أضاف إليه شيئاً آخر لا نزاع فيه، وهو ما وقعت فيه الفأرة.

وأما الإشكال فهو عدم صحة القياس؛ لأن الحرمة وباب الحنث مفترقان، فلا يلزم من الحنث به ستر⁽³⁾ الحرمة به.

وقال بعض المغاربة: وجه الدليل أن الحنث بأقل الأشياء، فكذا الحرمة. وأدخل في الاستدلال مسألة وطء الميتة، فقال: هذا دليل ثان، ووجهه أنه

(1) في (ع): (البن).

(2) المشدالي: يريد فيصح صدقها معاً، فنقول: بعض أحكام اللبن متغير، وبعض أحكام اللبن ليس بمتغير، ويكون نشر الحرمة داخلاً في السالبة لا في الموجبة.

(3) في (ش): (نشر).

لما أوجب (1) الحد بوطنها ميتة كالحية، فكذا الحرمة تقع بلبنها ميتة كلبنها حية، ولم يتفطن لنكتة الاختصار؛ لأن ما ذكره بيان لصحة، وصحته (2) توجب عدم الاختصار.

قلتُ: ظاهر المدوَّنة: ولو كان ممن يجوز له أكل الميتة، فيقوم منه أن الأكل للميتة (3) الحرمة ثابتة في حقه حالة التناول، وأنه من باب الرخصة، وهو ظاهر جمهور الأصوليين.

قال في شرح التنبيه: هل يوصف بأنه أكل حلالاً؟ أم لا؟
الظاهر وصفه بذلك.

وفي فتاوي القاضي: لو حلف لا يأكل حراماً، فأكل ميتة؟ قال البغدادي (4): يحنث؛ لأنه حرامٌ رُخِّصَ فيه.

قلتُ: وفي دلالة كلام ابن الحاجب في الاعتراض الثالث عشر على الحليَّة نظر (5).

(1) في (ش): (وجب).

(2) في (ش): (وصحت).

(3) قوله: (للميتة) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (العبادي).

(5) المشدالي: أشار إلى قوله: (كحل الميتة للمضطر)، وهو في الحليَّة وعبر كثير من شراحه عند الإباحة.

وأما قول القاضي الباقلاني في رسالة الحرّة، وما جوَّز عند الإكراه من وطء وشرب خمر ونحو ذلك، فقد خرج عند الإكراه عن أن يكون حراماً، ففي أخذ الإباحة منه نظر.

قال ابن عبد السلام: أما المضطر إلى أكل الميتة، فهل هي مباحة له كغيرها من الأطعمة حالة الاختيار، أو من أقسام المعفو عنه، حتى كان أكلها حيثئذ ليس من أهل التكليف، ويجري في حقه مجرى فعل النائم والصبي؛ في ذلك خلاف⁽¹⁾.

والأول أكثر نصوص الفقهاء، وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطُرَّ...﴾ الآية [البقرة: 173]، ولا يظهر لهذا الخلاف كبير فائدة، فلذا أضربنا عن الإطالة في سببه.

قوله: (هو الغالب).

قلت: ما أشار إليه بعضهم من هنا ظريف المنزع.

ابن العطار: تلخيص ما يحرم من الرضاعة أن تنظر؛ فإن كان الخاطب لم يَرْضِعَ أُمَّ المَخْطُوبَةِ، وَلَا رَضَعَتِ المَخْطُوبَةُ أُمَّهُ⁽²⁾، وَلَا أَرْضَعَتْهَا امرأةٌ واحدةٌ، وَلَا أَرْضِعَا بِلَبَنِ فَحَلٍ⁽³⁾ وما عداه فجائز⁽⁴⁾.

والرضاع عليها إن طلقت طلاقاً فيه رجعة ما لم تنقض العدة، فإن انقضت أو كان الطلاق بائناً ولم تنقض العدة أو انقضت فعلى الأب أجر الرضاع⁽⁵⁾.

(1) انظر: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 107/5.

(2) قوله: (أمه) ساقط من (ع).

(3) في المتيطية: (فحل واحد).

(4) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطية)، لأبي الحسن المتيطي:

201/أ: (وتفسير ما يحرم من الرضاعة وما يحل وتلخيصه أن تنظر فإن كان الخاطب

لم يرضع أم المخطوبة).

(5) تهذيب البراذعي: 452/2 و453.

قوله: (ما لم تنقض العدة).

في سماع أشهب من طلاق السنة ما يعارض هذه.

ابن رشد: ليس ذلك بصحيح (1). انظره (2).

قال بعضهم: وهنا يغلط القضاة حيث يفرضون للمرضع رطلاً من دقيق،

أو رطلين، كالزوجة، وليس كذلك، وإنما لها دراهم.



(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 380/5 و381.

(2) المشدالي: قال في الخامسة من الطلاق الأول من السماع المذكور: سئل عمن طلق

حاملاً وهي ترضع، أترى عليه النفقتين جميعاً؛ نفقة الحمل ونفقة الرضاع؟ قال: نعم.

ابن رشد: قال في كتاب الرضاع من الكتاب: على المرأة أن ترضع ولدها بعد الطلاق،

وفي العدة، مادامت النفقة على الزوج، فقال بعض الناس: إنه خلاف لما هنا، وقال

على ما في الكتاب: لا نفقة لها في الرضاع مادامت النفقة لها واجبة على الزوج بسبب

الحمل، وليس بصحيح؛ لأن النفقة واجبة في العدة بحق العصمة التي أوجب الله

فيها على الأم إرضاع ولدها بقوله: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ﴾ الآية [سورة البقرة: 233]،

وقال: ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ﴾ الآية [سورة البقرة: 233]، فأوجب لهن الإنفاق على

الأزواج بحق العصمة، وأوجب عليهن الإرضاع طول العصمة.

وأما البائن فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمْلًا﴾ الآية

[سورة الطلاق: 6]، ولا إرضاع عليها إلا أن تشاء، فتكون لها الأجرة؛ لقوله تعالى:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ الآية [سورة الطلاق: 6]، فليس وجوب النفقة لها بسبب الحمل

بالذي يسقط ما أوجب الله لها من الأجر على الرضاع، وهذا بيّن، والله أعلم.



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

5	تصدير.....
9	بين يدي الكتاب.....
13	المقدمة التحقيقية.....
49	صور المخطوط.....
	[النص المحقق: الجزء الأول من تعليقة الوانوغبي]
61	خطبة الكتاب.....
71	كتاب الطهارة.....
147	باب التيمم.....
165	كتاب الصلاة الأول.....
213	كتاب الصلاة الثاني.....
222	باب السهو.....
233	الخوف.....
234	الخسوف.....
237	كتاب الجنائز.....
243	كتاب الصيام.....
263	كتاب الاعتكاف.....
269	كتاب الزكاة الأول.....
279	كتاب الزكاة الثاني.....

- 291 كتاب الجهاد
- 309 كتاب الصيد
- 315 كتاب الأضحية
- 329 كتاب النذور
- 347 كتاب الحج الأول
- 357 كتاب الحج الثاني
- 365 كتاب الحج الثالث
- 373 كتاب إرخاء الستور
- 393 كتاب العدة وطلاق السنة
- 413 كتاب الأيمان بالطلاق
- 447 كتاب التخيير والتمليك
- 465 كتاب الظهار
- 479 كتاب الإيلاء
- 487 كتاب اللعان
- 493 كتاب النكاح الأول
- 517 كتاب النكاح الثاني
- 537 كتاب النكاح الثالث
- 551 كتاب الرضاع
- 59 فهرس الموضوعات

تَعْلِيْقَةُ الْوَالِدِيْنَ

عَلَى

تَهْذِيْبِ الْمُدَوَّنَةِ

لَعَلَّهَا

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوعي التونسي المالكي
المتوفى سنة 819هـ

وبها مشها

تَكْمِلَةُ التَّعْلِيْقَةِ

لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشدالي
المتوفى سنة 866هـ

مُحَقِّقٌ

د. أحمد بن عبد الكريم نجيب د. حافظ بن عبد الرحمن خير

المجلد الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تَعْلِيْقَاتُ الْوَالِدِ مُحَمَّدٍ

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
1435هـ / 2014م

طبع على نفقة
سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم
ولي عهد دبي

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-796-2



كتاب العتق الأول

كتاب العتق الأول

قال شيخنا أبو عبد الله: قول عياض في الوجه الثاني من الوجوه التي يجب بها العتق⁽¹⁾، استشكله بعض شيوخنا قائلًا: لا يصح وصفه بالوجوب للفاعل⁽²⁾ لا بعد⁽³⁾ التبتيل ولا قبله.

والوصية بالعتق عدة إن شاء رجع فيها، فمن أبت عتق عبد، أو حنث بذلك في يمين، عتق عليه بالقضاء، ولو وعده بالعتق أو نذر عتقه لم يقض بذلك عليه وأمر بعتقه⁽⁴⁾.

قوله: (والوصية بالعتق عدة).

جعل عدة الرجوع في الوصية كونها عدة، فيقوم منه⁽⁵⁾ صحة الرجوع في الوعد.

قلت: وقد يقال إن صحة الرجوع لازم الوصية، [20/ب] والعدة أعم منها، وما لازم الأخص قد لا يلزم الأعم⁽⁶⁾.

(1) انظر قول القاضي عياض في: إكمال المعلم: 106/5.

(2) قوله: (للفعل) زيادة من (ع).

(3) قوله: (لا بعد) ساقط من (ع).

(4) تهذيب البراذعي: 475/2.

(5) في (ع): (منها).

(6) المشدالي: قوله: لازم الأخص قد لا يلزم الأعم صحيح، ولكن قد يقال: لا نسلم أن هذا من ذلك؛ لأن المفهوم من تعليقه أن صحة الرجوع لازم لهذه الحقيقة النوعية،

ومن قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، ثم باعه، عتق على البائع ورد الثمن، قال ابن شبرمة: كما لو قال: إذا مت فعبيدي فلان حر (1).

قوله: (إن بعتك فأنت حر).

نحوه في الستور، ويعارضها ما في الأيمان بالطلاق، وإليه ذهب اللخمي (2).

وقال بعض المشاركة: قياس ابن شبرمة (3) فاسد؛ لأن الموت لا يرفع أحكام الملك الحكمي بخلاف البيع (4).

التي هي العدة، ثم بيّن في تعليله أن (الوصية) فرد من أفراد هذه الحقيقة، التي صحة الرجوع لازم لها، فيلزم أن يكون صحة الرجوع لازماً للوصية من حيث إنها فرد من أفراد العدة، التي هي عنده ملزوم لصحة الرجوع، لا من حيث إنها وصية، وإلا لما صح التعليل، والله أعلم.

(1) تهذيب البراذعي: 476/2.

(2) انظر: التبصرة، اللخمي، ص: 2613.

وزاد المشدالي بعده: الذي في الستور هو فيمن قال لزوجه: "إن خالعتك فأنت طالق البتة"، وأما الذي في الأيمان بالطلاق فهو قوله: "إذا مت فأنت طالق، فإنه لا يلزمه طلاق"، فحمله على مقتضى اللفظ، بخلاف ما هنا وما في الستور، فإنه حمله على المقصد لا على مقتضى اللفظ، وهذا هو وجه المعارضة التي أشار إليها الوانوغوي.

وأشار الشيخ أبو الحسن إلى أن الفرق أن الموت لا يعلق عليه إلا ما يصح الإيصاء به، والطلاق مما لا يصح الإيصاء به.

(3) قوله: (ابن شبرمه) غير مقروء في المخطوط.

(4) المشدالي: عورض ابن شبرمة بمسألة الأيمان بالطلاق المشار إليها آنفاً، وفرق بتشوف الشرع إلى العتق.

قال مالك: ولو قال رجل مع ذلك: إن ابتعتك فأنت حر، فابتاعه، فعلى البائع يعتق؛ لأنه مرتهن بيمينه⁽¹⁾.

قوله: (مع ذلك).

ظاهره أن تعليق المشتري مسبق بتعليق البائع، والجاري على القواعد العقلية⁽²⁾ تغليب جانب المشتري، كما صرح به بعضهم.
وفي العتبية - في أنت حر إن لم أبعك ممن يميز بك البحر، فباعه ممن حلف بحريته ليحيزنه البحر، ثم باعه ولم يحزه، أو أبق منه قبل أن يحيزه البحر؛ عتق على⁽³⁾ الأول إن لم يحزه المشتري البحر⁽⁴⁾ - كقوله هنا.

ومن قال: كل مملوك له حر في غير يمين، أو في يمين حنث بها، عتق عليه عبيده ومدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده، وكل شقص له في مملوك، ويقوم عليه بقيته إن كان مليئاً، ويعتق عليه أولاد عبيده من إمائهم، ولدوا قبل يمينه أو بعد⁽⁵⁾.

قوله: (ولدوا قبل يمينه أو بعد).

قلت: ونظير⁽⁶⁾ معارضتها لما في الوصايا مشهور.

(1) تهذيب البراذعي: 476/2.

(2) قوله: (العقلية) ساقط من (ش).

(3) قوله: (على) زيادة من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 552/14 و553.

(5) تهذيب البراذعي: 476/2.

(6) في (ع): (وتقرير).

وفي العتبية: إن قال: إن دخلت هذه الدار فجاري تي حرة، فولدت قبل الدخول، ثم وقع الدخول، عتقت وولدها.

ابن رشد: القياس عدم عتق الولد لا (1) على بر (2).

وفي العتبية - فيمن أوصى بعتق رقيقه، ولرقيقه رقيق - قال مالك: لا يدخل في العتق رقيق الرقيق.

ابن رشد: لأن العبد مملوك (3)، ولذا يطاء (4).

ومن قال لعبد غيره: أنت حر من مالي، لم يعتق عليه (5)

قوله: (لعبد غيره).

قلت: هذا مخصوص بغير عبد الولد.

ومن قال: كل مملوك أو جارية أو عبد أشتريه أو أملكه في المستقبل فهو حر، في غير يمين، أو في يمين حنث بها، فلا شيء عليه فيما يملك أو يشتري (6).

قوله: (في المستقبل) ظرفٌ للملك لا للشراء؛ لأن (أشتري) يقتضي

الاستقبال، وجعل هنا (أملكه) محمولاً على الاستقبال.

(1) في (ح 1): (لأنه).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 112/13.

(3) في (ع): (مالك).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 472/12.

(5) تهذيب البراذعي: 476/2.

(6) تهذيب البراذعي: 477/2.

قلت: هذا الكلام⁽¹⁾ فيه مسامحة؛ لأنه إنما يقال (محمولاً) إذا عدت القرينة، وقول هذا القائل للاشتراء⁽²⁾ يقتضي الاستقبال، كذلك (أملك).
واعلم أنه جرى في كلام غير واحد - كعياض وابن رشد في سماع عبد الملك، وغيرهما - أن أملكه مشترك بين الحال والاستقبال⁽³⁾، أو مخصوص⁽⁴⁾ بالثاني.

وليس المراد⁽⁵⁾ به الاشتراك المفهوم عند النحاة، بل المراد به الاشتراك⁽⁶⁾ بين الإنشاء والخبر.

قال ابن أبي زمنين، وغيره: (أملك) مشترك بين من حصل مملوكاً قبل اللفظ، وحالة النطق، وما سيحصل⁽⁷⁾.

قال ابن القاسم: وإن قال: كل عبد أشتريه من الصقالبة حر، فأمر غيره فاشتراه له، عتق عليه؛ لأنه إذا اشتراه بأمره فكأنه هو الذي اشتراه⁽⁸⁾.

قوله: (فأمر غيره فاشتراه).

-
- (1) في (ع): (كلام).
(2) في (ع): (الاشتراء).
(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 298/6.
(4) في (ش): (ومخصوص).
(5) قوله: (المراد) ساقط من (ع).
(6) قوله: (المفهوم عند النحاة، بل المراد به الاشتراك) ساقط من (ع).
(7) في (ع): (يحصل).
(8) تهذيب البراذعي: 478/2.

قلت: هل هنا بحث من وجهين:

الأول: أنه تقرر في الأصول أنه إذا تعارض المجاز المرجوح والحقيقة الراجحة قدمت الحقيقة.

فقوله: (إن اشتريتك) حقيقة في تولية الشراء بنفسه، فيلزم على هذا ألا يحث بشراء غيره.

الثاني: أن يقال: يعارض هذا ما في الحج الثالث في مسألة الدال، بجامع أن المأمور فعَل فعلاً لو فعله الأمر لزمه إخراج مال، وهو الجزاء هناك، والعتق هنا، فيما أن يجعل فعل المأمور كالأمر فيلزم الجزاء هناك على الأمر، وإلا(1) فلا عتق هنا.

ومن قال: إن دخلت هذه الدار أبداً فكل مملوك أملكه حر، فدخلها، لم يلزمه العتق إلا فيما ملك يوم حلف، فإن لم يكن له يومئذ مملوك فلا شيء عليه فيما يملك قبل الحث أو بعده(2).

يعارض ما تقدم في قوله: (إن دخلت هذه الدار... إلى آخره).

فحمل (أملكه) على العموم، فألزمه هناك عتق من في ملكه يوم الحلف، وحمله هنا على الاستقبال، فلم يلزمه عتق مَنْ(3) في ملكه يوم حلف، وفي كلا(4) المسألتين يمينٌ معلقٌ على فعل مقدور له موقتٌ بقيد الأبد.

(1) في (ش): (أو لا).

(2) تهذيب البراذعي: 477/2.

(3) في (ع): (ما).

(4) قوله: (كلا) ساقط من (ع).

الجواب: أنه إنما لزمه في الأول في الموجود؛ لأنه دار الكلام فيه بين الإعمال والإهمال، فحملُهُ على الإعمال أولى؛ لأن قصده الشدة، وهنا الإعمال حاصل في المستقبل فلم يلزم من صرفه عمَّن في ملكه إهداراً ألبتة. وفي العتبية فيمن قال إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها من مصر طالق، فتزوج ثم كلمه لا شيء عليه فيمن تزوج قبل كلامه، وإنما يلزمه فيمن يتزوج بعد كلامه.

ابن رشد: هذا خلاف لقوله هنا⁽¹⁾.

ومن قال: إن كلمت فلاناً فعبدي حرّ، ولو كاتبه ثم كلم فلاناً عتق عليه، فإن كاتبه مع غيره كتابة واحدة ثم كلم فلاناً لم يعتق إلا برضى صاحبه، كما لو ابتداء عتقه⁽²⁾.

قوله: (إلا برضى صاحبه).

فإن قلت: هذا تغليب لحق الآدمي خلاف ما أصَّلَهُ في سرقته⁽³⁾، إذ لو غلب هنا حق الله لعتق ناجزاً.

قلت: لا نسلم، بل هو ترجيح لأحد متعلقي حق الله تعالى، وذلك أنه لما حصل لهما معاً سبب في الخروج للحرية كان من حق صاحبه البقاء للسعي في

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 297/6.

(2) تهذيب البراذعي: 479/2.

(3) المشدالي: الذي أصَّلَهُ في سرقته هو أن حق الله تعالى مقدم على حق الآدمي، حيث قال في كتاب السرقة: وإذا سرق وقطع يمين رجل، قطع للسرقة فقط؛ إذ هي أكد؛ إذ لا عفو فيها، ولا شيء للمقطوعة يده، كما لو ذهبت يد القاطع بأمر من الله تعالى.

الأداء، إلا إذا كان زمنياً، فلا يعتبر رضاه.

ولو باع العبد ثم اشتراه من تركة من يرثه ثم كلم فلاناً، فإن كان العبد قدر ميراثه أو أقل، لم يعتق عليه، وإن كان أكثر من ميراثه عتق عليه كله (1).

قوله: (قدر ميراثه أو أقل).

نحوه في الستور (2)، ويقوم منه مسألة الطعام المقامة من كتاب القراض وغيره (3).

ولو باع شقصه من غير شريكه، ثم اشترى شقص شريكه ثم فعل ذلك - أي: حلفه بحرية شقص له في عبد إن فعل كذا - لم يحنث، وهو كعبد آخر (4).

(1) تهذيب البراذعي: 479/2.

(2) المشدالي: مسألة إرخاء الستور، فهي مسألة خلع المريضة.

(3) المشدالي: مسألة الطعام المقامة من كتاب القراض وغيره فهي مسألة جمع الطعام، قال في كتاب القراض في العامل: "ولا يعطي عطية ولا يكافئ فيه أحداً، فأما أن يأتي بطعام إلى قوم ويأتون بمثله فأرجوا أن يكون ذلك واسعاً إذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم، وإن تعمد ذلك بغير إذن صاحبه فليتحلل صاحبه".

قالوا: ويقوم منه مثل ما في سماع عيسى من النذور، فيمن حلف لا أكل طعام فلان،

فأتى كل واحد بطعام، فجمعاه وأكلاه، فإنه لا يحنث؛ أي أن يأكل أكثر من حقه.

ومثله ما في سماع ابن القاسم من الجهاد، فيمن أعطى رجلاً ذهباً في سبيل الله، ثم

خرجا مع غيرهما، فأخرج المعطي والمعطى طعاماً، وأكلا مع غيرهما أنه لا بأس

بذلك؛ يريد: ما لم يأخذ المعطي أكثر مما أخرج. قاله ابن رشد رحمته.

(4) تهذيب البراذعي: 479/2.

قوله: (ثم اشترى شِقْصَ شريكه).

قلت: ما ذكره الشيوخ في تمييز الجزء المشاع من هنا وغيره⁽¹⁾ لم نغادره،
والمقصود بالبحث⁽²⁾.

(1) في (ع): (ومن غيره).

(2) المشدالي: أخذ الشيوخ من هنا أن الجزء المشاع يتميز، وقال في كتاب المراجعة: إذا
ابتاع نصف سلعة وورث نصفها فلا يبيع نصفها مراجعة حتى يبين؛ لأنه إذا لم يبين
دخل في ذلك ما ابتاع وما ورث، وإن بين لم يقع البيع إلا فيما ابتاع.
وقال في كتاب الرهون: إذا رهن نصف داره وبقيت يده مع يد المرتهن بطل الخوز،
وفيها قولٌ بصحته.

وقال في كتاب الزكاة: إذا غلب الخوارج على بلد فأخذوا من الناس الزكاة والخراج لم
تؤخذ منهم ثانية وأجزأتهم.
وقال في كتاب القسمة فيمن باع نصف عبد ثم استحق ربع العبد، فقد جرى
الاستحقاق فيما بيع وفيما بقى.

فهذه النظائر كلها مبنية على أن الجزء الشائع لا يمتاز.

قال الشيخ أبو الحسن: وعلى هذا اختلف في البهيمة تكون بين رجلين، أحدهما محترم،
فيأتي الظالم فيأخذها ويعطي المحترم نصيبه، هل يكون ذلك ممتازاً؟ أم لا؟
المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن في كتاب المراجعة: إن في مقاسمة الغاصب قولين، ولم
يعزهما.

وفي أسئلة القرويين: سئل أبو محمد عن قسمة الغاصب؟

فأجاب: إن الذي عندي أن المأخوذ والباقي بينهما.

البرزلي: كان يتقدم لنا أنها تجري على الخلاف في قسمة الغاصب، هل يصح؟ أو لا؟

وأخذ هذا الأصل من أخذ الظالم العشر من الحبوب، هل يجزيء؟ أو لا؟

والخلاف فيها مشهور في المدونة وغيرها.

ومنه إذا أخذ اللص أو الوالي غنماً أو فرساً بين رجلين، فقام أحدهما عليه بجاه أو فداء

فقلتُ - وصوّبه شيخنا أبو عبد الله بن عرفة - لقائل أن يقول: لو كان الشقص متميزاً بالإضافة لا طرد، والتالي باطل، والمقدم مثله، أما الملازمة فواضحة، وأما بيان بطلان التالي فلعدم توافق حكم المنطوق والمفهوم.

أجاب الشيخ بأن التمييز في غير الشريك أقوى منه في الشريك لتبدل اليد من غير المالكين أولاً دون الشريك.

إن قال لأتمته: إن لم تدخلني أنت الدار أو تفعلني كذا، فأنت حرة، أو لزوجته: فأنت طالق، أو قال: إن لم يفعل فلان كذا فعبدني حر، وزوجتي طالق، منع من البيع والوطاء، وهو على حنث، ولا يضرب له في هذا أجل الإيلاء في المرأة، وإنما يضرب له ذلك في يمينه ليفعلن هو، فأما هذا فإن الإمام يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه، وتوقف لذلك الزوجة أو الأمة أو الأجنبي، فإن لم يفعلوا ذلك أعتق عليه وطلق، إلا أن يريد إكراه الأمة على ما يجوز له من دخول دار أو غيره، فله إكراهها ويبر⁽¹⁾.

فرد إليه نصف ذلك، هل يطيب له؟ أو لا؟

ومنه حوائط غصبت فتركت بيد أربابها، فربما خدموها، وربما ساقوها على النصف، وربما باع بعضهم واغتل المشتري النصف، وقد يسقط عنه بعض ما يأخذ وكيل الغاصب.

فالجواب: البيع فاسدٌ، ويفسخ؛ لبقاء يد الغاصب، ولا يطيب للمشتري ما سامحه فيه وكيل الغاصب.

السيوري: إذا غصب نصف مشاع بسبب مالكة، هل مصيبته ممن أخذ بسببه أو منها؟ قال: مصيبة المغصوب منها، فلا شيء على الشريك.

(1) تهذيب البراذعي: 480/2.

قوله: (فإن الإمام يتلوم له بقدر ما يرى).

قلت: هاهنا نكتة لطيفة لا يتفطن لها إلا النحرير الفاضل.

وقفت هنا على حاشية في الأم بخط أبي إبراهيم؛ قال أبو صالح: كل من كان لا يضرب له أجل الإيلاء، وإنما يتلوم له حين الحلف فلم يؤبه (1) له حتى مضى له (2) مثلما كان يتلوم له به (3)، لو أبه (4) له في وقت يمينه فإنه يطلق عليه ويعتق عليه، ولا يتلوم له من وقت أبت (5) له إذا كان مضى له مثلما كان يتلوم له من يوم حلف، وهكذا في كتاب ابن عتاب (6) بخطه.

قلتُ -وصوّبه شيخنا-: هذا المعنى منصوص عليه في المدوّنة.

قال في أواخر الدور: (ويجوز الكراء بالخيار لأحدكما أو لكما، وإن لم تؤجلاه جاز وأجله الإمام، إلا أن يكون قد مضى مقداره فيوقف الآن من له الخيار) (7).

(1) لعلها (بيت).

(2) قوله: (له) زيادة من (ع).

(3) قوله: (به) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (أبت).

(5) في (ع): (أنه).

(6) في (ش): (ابن عات).

(7) المشدالي: قال ابن عرفة في كتاب الطلاق - بعد أن ذكر الخلاف في الحلف على عدم فعل غير الحالف، هل هو كفعله أو يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد؟ - ما نصه: وعلى الثاني في منعه من الوطاء، ثالثها: إن كان ليمينه سبب وقت أراد؛ لقولي ابن القاسم وأشهب، وعليه قال اللخمي في مضي الطلاق: بمضي الوقت الذي يرى أنه أراد دون حكم قول ابن القاسم إن مضى قدر ما كان السلطان يتلوم له وقع حثه، فإن

ولو مات الحالف في التلوم مات على حنث وأعتقت الأمة في الثلث وترثه الزوجة⁽¹⁾.

وقوله: (ولو مات الحالف في التلوم).

قال الشيخ: كان شيوخنا يجرون هذا الاختلاف على دلالة الالتزام.

وقال في المختصر: وهذا الخلاف⁽²⁾ على لازم القول.

قلت: وعليه قرر قول ابن الحاجب، وقيل: يريد: وإلا فهو وهم⁽³⁾.

قال مالك: ولا يمنع من الوطاء في الأجل، ويمنع من البيع؛ لأنها مرتهنة بيمين، ولو باعها ردّت البيع، ولم أقبل منها رضاها بالبيع، وروي لمالك أنه يمنع من وطئها كمنعه من البيع، فإن كان الفعل في

ماتت بعد ذلك لم يرثها، وإن مات ورثته ما لم يفرق الحاكم، وقال الأخوان: لا يقع طلاق ولو طال إلا بالحكم والقياس الأول ولا ميراث بينهما.

المشدالي: فقول ابن القاسم في أنه بمضي الأجل يقع الحنث، وقول الأخوين يظهر أنه موافق لابن عتاب؛ لقوله: تطلق عليه.

(1) تهذيب البراذعي: 480/2 و481.

(2) قوله: (وهذا الخلاف) يقابله في (ع): (هذا الاختلاف).

(3) المشدالي: فمذهب الكتاب مبنيٌّ على اعتبار لازم القول؛ فلذلك قال: (تعتق الأمة)، وقول أشهب مبنيٌّ على إغائه، حتى كأنه هو الذي ضربته، فيكون على بر؛ فلذلك قال: بأن الأمة لا تعتق بعد الموت.

وقول الوانوغوي في قول ابن الحاجب: وقيل: "تريد" أشار إلى قوله ذلك في الجمعة، فإنه لا يوجد نصاً على الوجه الذي ذكره، وإنما وجد في ملزومه على ما قرّر في محله، والله أعلم.

الأجل بر، وإن حل ولم يفعله هو أو من حلف على فعله، عتقت عليه، إلا أن يكون عليه دين فيقضى له بحكم المديان يعتق... ومن أعتق إلى أجل آتٍ لا بد منه، منع من البيع والوطاء، وله أن ينتفع بغير ذلك إلى الأجل⁽¹⁾.

قوله: (ولم أقبل منها رضاها⁽²⁾ بالبيع).

ظاهرة: سواء كانت من جوارى الوطاء أم لا، خلاف ما في وصاياها.

والفرق: أن تعلق الوصية أضعف من تعلق اليمين؛ بدليل الرجوع

إجماعاً.

قوله: (إلى أجل آتٍ لا بد منه).

قلت: ما قيده به سحنون وابن حبيب واضح⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 483/2.

(2) في (ع): (رضاهما).

(3) المشدالي: لعله أشار إلى كون الأجل لا بد أن يكون مما يبلغه أجل العبد، كمسائل الطلاق.

قال في النوادر: قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون: ومن أعتق أمة إلى أجل لا يبلغه عمرها ولا عمره فهي كالمذبذبة، تُعتق في ثلثه، وإن كان ذلك في صحته، وله وطئها ولا يبيعها، ولو كان يبلغه عمرها وعمره فهي معتقة إلى أجل تخرج من رأس ماله؛ ولهذا المعنى قال مالك في مسألة محمد بن سليمان: لا من أجل الضرر، كما قال ابن القاسم. قال: ومن أعتق جارية رائجة إلى عشر سنين، وذلك مضر بها فذلك نافذ.

المشدالي: ومسألة محمد بن سيمان المشار إليها هي أول مسألة من رسم المحرم من سماع ابن القاسم، وهي فيمن أوصى في جوار له أن يجسن سبعين سنة ثم هن أحرار. قال مالك: هذا لا يجوز، وأرى أن ينظر السلطان، فإن رأى أن يُبَعْنَ بَعْن، وإن رأى

وهنا [21/أ] استفراق، وهو أن أصل ابن القاسم في الطلاق المؤجل بأجل آتٍ تنجيزاً⁽¹⁾، فما الفرق بينه وبين العتق، والفرق واضح⁽²⁾.

أَنْ يُعْتَقْنَ أُعْتِقْنَ وَعَجَلَ عَتَقَهُنَّ، وَلَا يَتْرُكْنَ هَكَذَا.
قال ابن القاسم: وهو رأيي.

وسئل عنها ابن الماجشون؟ فقال: ينظر إلى ما سمي من الأجل، فإن كان لا تبلغه أعمارهن بَعْنَ، وكان كمن أعتق عبداً بعد موته، وإن كان أجلاً تبلغه أعمارهن وَقِفْنَ إلى الأجل، وَخَرَجْنَ أحراراً إن حملهن الثلث.

ابن رشد: وجه النظر الذي صرفه إلى الإمام هو أن ينظر فيمن كان لها منهن من السن ما يعلم أنها لا تعيش سبعين سنة، كأن تكون بنت أربعين أو ستين، فإنها تباع؛ للعلم بأن العتق لا يدركها، فهي كمن أوصى لها بالعتق بعد موتها، ومن كان لها منهن من السن ما يمكن أن تعيش سبعين سنةً كبنت العشر أو العشرين، فإنها ذلك إضرتر بها بقصد السيد إله في ظاهر أمره، فهذا معنى صرف النظر إلى الإمام، لا أنه صرفه إليه ليعمل بهواه من غير نظر.

وأما ابنُ الماجشون فرأى الحد في ذلك ما يُعَمَّرُ إليه المفقود، على الخلاف فيه، فمن كان سنُّه منهن ينتهي إلى حد التعمير وقفت، ومن لا يبيعت، وهو القياس، إلا أنه إغراق، فما قاله مالك على جهة الاستحسان أحسن، وقد بينا وجهه. وبالله التوفيق.

(1) في (ع): (تنجيزه).

(2) المشدالي: وهو أن الأصل عدم التنجيز في البايين؛ لحديث: "المسلمون عند شروطهم"، خرج الطلاق عن هذا الأصل؛ لئلا يؤدي إلى نكاح المتعة، فبقى العتق على أصله، لكن لا يجوز له وطؤها إن كانت أمة؛ لشبهه بنكاح المتعة، وله الانتفاع بها بغير ذلك، كما أشار إليه في الكتاب. والله أعلم.

ولا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق ولا هبة ولا صدقة، وإن كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه⁽¹⁾.

قوله: (إلى أجل بعيد).

قال شيخنا: البعد ليس بشرط، بل المعتبر ما هو مظنة لليسير⁽²⁾.

قلت: كما صرح به الشيوخ، وأصيح في قوله⁽³⁾ في كتاب القسم: إلا أن يتناول ذلك وينكح الحرائر، وتجاوز شهادته. المسألة.

ومن حلف بطلاق إحدى زوجته فحنت، أو قال: إحدى نسائي طالق، فإن نوى واحدة طلقت عليه التي نوى خاصة، وصدق، وإن لم تكن له نية أو نوى واحدة فأنسيها طلقن كلهن⁽⁴⁾.

قوله: (طلقن كلهن).

قال بعض المشارقة: استنبطت من هنا لغزاً؛ وهو من تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً فهربت منه فتبعها فدخلت في بيت، فوجدها قد حرمت عليه، ولم يصدر منه شيء من أسباب المحرمات، كيف تتصور المسألة؟

فقال: تتصور المسألة⁽⁵⁾ بأنها دخلت في نسوة وانبهت عليه، ولا بينة

(1) تهذيب البراذعي: 483/2.

(2) في (ش): (للنص).

(3) في (ع): (قولها).

(4) تهذيب البراذعي: 484/2.

(5) قوله: (المسألة) زيادة من (ع).

تشخصها(1)، وكلهن ينكرن نكاحه.

قلت: على هذا الطراز نرشح رضاب السامع مع شيء من هذا القصص(2).

ولقد أبدع في تصنيفه شيخنا القاضي الفاضل قاضي المالكية بالمدينة المشرفة برهان الدين بن فرحون.

قلت: امرأة حرّمت وحلت على رجل في يوم واحد اثني عشر مرة بأسباب مختلفة، هذه مسألة سئل عنها بعض المحققين من الحنفيّة، وهي صحيحة على أصولنا، فقال: هذه أمة اشتراها رجل حلت بالملك، ثم زوّجها غيره حرمت عليه، ثم طلقت قبل البناء حلت، ثم أعتقت(3) حرمت، ثم تزوجها حلت، ثم آلى منها حرمت، ثم كفر حلت، ثم ظاهر منها حرّمت، ثم كفر حلت، ثم ارتدّا معاً حرّمت، ثم أسلما معاً حلت.

فإن قلت: عبدٌ مُشْتَرَكٌ بين اثنين(4) جنى، لا يملك إسلامه في الجنابة إلا أحد الشريكين، وهما لا حجر عليهما.

قلت: هو عبدُ الصداق، كما صرّح به في المدوّنة، وغيرها.

فإن قلت: رجل حلف بالطلاق الثلاث ليطأن امرأته في هذا اليوم، وحلف أيضاً أنه لا يغتسل في هذا اليوم، وحلف أيضاً ليصلين جميع الصلوات في أوقاتها، كيف يسلم من الحنث؟

(1) قوله: (بينت تشخصها) يقابله في (ع): (بينت شخصها).

(2) في (ع): (النمط).

(3) في (ع): (أعتقها).

(4) في (ع): (اثنتين).

قلتُ: يؤخر الوطأ حتى يصلي العصر، ثم يطأ ثمَّ يغتسل بعد الغروب، ونص عليه ابن الفخار، وغيره.

فإن قلتَ: رجلٌ وجب عليه الحد، فطلق زوجته فسقط عنه الحد؟ قلتُ: هذا زنى بأمةٍ زوجته التي لم يدخل بها، والأمة صداق، فلما طلق استحق نصفها.

فإن قلتَ: امرأةٌ توفي عنها زوجها وهي حاملٌ فوضعت، ولا تخرج به من العدة، بل لا بد من الأشهر.

قلتُ: إذا تُوفِّيَ صبيٌّ عن زوجته، وهو ممن لا يولد لمثله، فوضعت؛ فلا تخرج من العدة إلا بمضي الأشهر المعلومة⁽¹⁾.

فإن قلتَ: معتدةٌ للوفاة⁽²⁾ حاملٌ لا تحل من عدتها بالوضع دون تمام العدة، ولا تحل بتام العدة دون الوضع، فلا بد من اجتماع الأمرين.

قلتُ: هذه امرأةٌ نعي⁽³⁾ لها زوجها فاعتدت، ثم تزوجت، فقدم زوجها الأول فردت إليه وهي حامل، فقلنا له: لا تحل⁽⁴⁾ لك حتى تضع، ثم مات قبل الوضع فلا بد من الأمرين.

فإن قلتَ: زوجٌ ينفق عليه من ماله، ولا ينفق على زوجته وأولاده وماليكه؟

(1) قوله: (صبي عن زوجته وهو ممن لا يولد لمثله فوضعت فلا تخرج من العدة إلا بمضي الأشهر المعلومة) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (الوفاة).

(3) في (ع): (نعي).

(4) قوله: (لا تحل) غير مقروء في (ع).

قلتُ: هو المرتد أيام الاستتابة.

فإن قلتَ: رجلٌ طلق زوجته رجعيّاً وهي حامل، ولا نفقة لها ولا

سكنى؟

قلتُ: هذا عديم.

فإن قلتَ: عبد اشترى سيده، فصار العبد حراً، والسيد رقيقاً له؟

قلتُ: هذا رجل باع عبده من عبد عبده، فاستثنى المبتاع مال العبد المبيع،

فملك نفسه بذلك، وصار حراً؛ لأنه من جملة مال المبيع، فكأنه استثنى نفسه

من الرق، فرجع السيد عبداً والعبد سيداً.

فإن قلتَ: هل يباع السيد في قيمة عبده؟

قلتُ: نعم؛ إذا كان عبد مشترك بين حر وعبد، فأعتق العبد نصفه

وأجازه سيده، فإن باقى العبد المعتق يقوم على سيّد العبد الذي ابتداء العتق،

فإن كان له مالٌ غيرُ العبد⁽¹⁾ المنشئ للعتق⁽²⁾ أدى منه وإلا يبيع عليه العبد

الذي أنشأ العتق؛ لأنه من جملة ماله.

فإن قلتَ: رجلٌ باع أباه في صداق أمه؟

قلتُ: هذه حرة تزوجت عبداً، وضمن سيده الصداق، فأولدها العبد

ولداً، فبلغ، فوكلته أمه في طلب الصداق، فطالب سيد العبد فألفاه عديماً لم

يكن عنده غير العبد فباعه الولد بالوكالة من سيده واستوفى في⁽³⁾ المهر

(1) قوله: (العبد) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (العتق).

(3) قوله: (في) زيادة من (ع).

لأمه (1).

فإن قلت: رجل اجتمع في ملكه عبد وابنه، فإن مات الابن أوجبنا للمشتري أرساً على البائع، وإن مات الأب تم البيع، ولم يكن للمشتري على البائع شيء؟

قلت: هذا رجل اشترى عبداً وله ابن لم يدخل في البيع، ولا علم المشتري به عند العقد، فذلك عيب يوجب للمشتري الرد، فإن اشترى الولد بعد ذلك ثم مات الأب ذهب العيب، وإن مات الولد رجع المشتري بأرش العيب؛ لأن الأب يكاد أن يموت لفقد ولده.

فإن قلت: رجل أراد السفر بزوجه، فلم يمكن منه وهو محسن إليها، ولم

(1) المشدالي: وعن هذه المسألة سئل أبو النجا الفرضي في هذين البيتين:

أتعرف من قد باع في مهر أمه أباه فوافها بحث صداقها
وكانت قديماً أشهدت كل من رأت بأن أباه قد أبت طلاقها

فأجاب بقوله:

إذا أنت عقّدت المسائل ملغزاً أتتك جوابات تحمل وثاقها
تزوج عبد حرة أنجبت له فتى وأتى حنث أبان فراقها
فأنكحها مولاه من بعد رغبة لما قد رأى منها وأعلى صداقها
فوكلت ابن العبد في قبض مهرها وفلس مولاه وأبدى اعتيقها
فباع الوكيل العبد في المهر إذ رأى هوى أمه في بيعه وارتفاقها

حكى هذا في المدارك، فانظره في فقهاء المصريين، إثر كلامه على أبي بكر الشبلي رحمه الله ونفع به.

يشترط أنه لا يرحلها من بلدها، بل هي راغبة في السفر معه؟
قلتُ: هو زوج الظئر إذا أذن لها في الإجارة، ثم أراد السفر لم يمكن
من ذلك.

فإن قلت: مديان وجب عليه السجن، ولا يجوز أن يسجن إلا وحده؟
قلت: هو الخنثى.

فإن قلت: رجل أترف شيئاً لزمه ضمانه بشيئين؛ المثل والقيمة؟
قلت: هو المحرم، يقتل صيداً مملوكاً، يغرم لصاحبه القيمة،
وللفقراء مثله.

فإن قلت: امرأة ادعت في تركة رجل مالا فأخذته بلا يمين؟
قلتُ: هي أم الولد إذا ادعت اليسير من متاع الميت (1) مما هو للنساء.
فإن قلت: رجل تحمل شهادة على رجل، فإن أداها والمشهود عليه في
حالة استقامة لم تقبل، وإن أداها والمشهود عليه، موصوف بالجرحة قبلت.
قلتُ: شهادة الرجل أن هذا قتل ابنه في الحرابة؛ لأنه حق لله، ولو شهد
بعد أن تاب لم تقبل؛ لأن الحق له، نص عليه الباجي (2).

قلتُ: هذا المرام قد استوفاه شيخنا في "درة الغواص في محاضرة
الخوَّاص" ولنمسك عنه عنان المقال في هذا المنوال، فنقول: ومسألة المدوَّنة
التي نحن بصددتها تدل على صحة تحريم واحد لا بعينه.

(1) في (ع): (البيت).

(2) انظر: المتقى شرح الموطأ، للباجي: 214/9.

وفي العتبية: لو⁽¹⁾ [21/ب] قال: أول ولد تلدينه حر، فولدت توأمين وجعل أولهما⁽²⁾ عتقا معاً.

ابن رشد: من⁽³⁾ أعتق أحد عبديه، أو إحدى امرأته، فلم يدر أيهما طَلَّقَتَا وَعُتِّقَا⁽⁴⁾.

وفي العتبية: لو قال: أحد عبدي⁽⁵⁾ حر، فقتل أحدهم أو الجميع، فقال السيد: إذا قتل أحدهم أن المقتول هو المعتق، وأنكره القاتل؛ فالقول قول السيد بيمينه⁽⁶⁾.

قلت: وجرى في مجلس شيخنا أبي عبد الله بحثٌ في مسألة لابن حارث - ولنا فيها كلام معه - سئل عن قول ابن حارث: لو حلف بعتق بعض ليضربن بعضاً وهم ستة، فاختلفوا عتق خمسة⁽⁷⁾؟

فقال شيخنا: توجيه هذا الجواب - بعد مقدمة - هو أن نقول:

تعذرُّ تحصيل المحلوف عليه شرعاً موجب للحنث، والضرب هنا فوات محله بالخلط، فإن ظاهر المسألة أنه حلف بعتق زيد أو عمرو أو بكر إن لم يضرب خالداً أو ناصحاً أو مرزوقاً، فعميت عليه التسمية فقد تعذر تحصيل

(1) قوله: (لو) زيادة من (ع).

(2) قوله: (وجعل أولهما) غير مقروء في (ع).

(3) في (ع): (كمن).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 41/10 و42.

(5) في (ع): (عبيدي).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 491/15.

(7) قوله: (خمسة) غير مقروءة في (ع).

الضرب، فصار بمنزلة من حلف بعق بعض رقيقه، ومسمى البعض متفاوت، فلا يبر إلا بتحصيل أكمل مراتب البعض⁽¹⁾ وهو ما ليس بكل⁽²⁾ فوجب عتق الخمسة؛ لأنها أكمل حالات البعض.

والتزم على هذا التقرير⁽³⁾: أن من حلف لا يسافر إلا مع بعض هؤلاء وهم عشرة أنه لا يبر إلا بتسعة، وكذلك لو حلف بطلاق امرأته ليقوم من بعض هؤلاء العشرة أنه لا يبر إلا بتسعة، وكذا ليتصدقن ببعض ماله، أو ليصومن بعض الشهر أنه لا يبرأ⁽⁴⁾ إلا بخمسة أسداس ماله وتسعة وعشرين، ونحن في هذا من وراء المنع.

قلت: وعندني في توجيه قول ابن حارث طريق آخر لطيف:

ولا يكاد - والله أعلم - أن يراعى ابن الحارث سواه؛ وهو أن نقول: حاصل يمينه أنه حنث بنصف العدد، ونعمد إلى كل اثنين اثنين ونردد الاحتمال بينهما فنعتق واحداً؛ لأنه نصف العدة؛ ثم نضيف الباقي إلى آخر، حتى ننتهي إلى السادس⁽⁵⁾ فمحصه للملك لارتفاع الاحتمالات عنه، فاقترضت هذه القاعدة عتق الخمسة، وهذا ظاهر لا غبار عليه، وقد أشار إلى نحوه أصبغ في نوازل من الولاة⁽⁶⁾.

(1) في (ع): (للبعض).

(2) في (ع): (كل).

(3) في (ع): (التقدير).

(4) في (ع): (ير).

(5) - هكذا قرأت والله أعلم وفي (ع): (الخامس).

(6) قوله: (من الولاة) زيادة من (ع)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد:

فإن قلت: جواب أبي حارث إلزام للحالف؛ ما لم يلتزمه.
 قلت: لزوم ما لم⁽¹⁾ يلزمه بالعرض⁽²⁾ لا بالذات ولا استحالة في ذلك؛
 لأن الاحتمال قاد إليه، والظاهر ضربهم الجميع، ولا عتق.
 وما زعمه شيخنا في مسمى البعض فيمن حلف بعتق بعض عبده؛
 خلاف ما نص عليه سحنون.
 قال: ولو قال: بعض رقيقي حر، وهم اثنان أو أكثر؛ لزمه عتق واحد⁽³⁾.

(1) قوله: (لم) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (بالعرض).

(3) المشدالي: إنما يتجه ما قال ابن عرفة لو كان التعبير بلفظ (البعض) غير مكنى به عن معين، منضماً إلى قاعدة الأخذ بالغاية فيما له بداية ونهاية، وإليها أشار بقوله: (فلا يبرأ إلا بتحصيل أكمل المراتب)، وهو بناء على المشهور في أن لفظ (البعض) ينطلق على ما دون الاستغراق بواحد، وقيل: لا ينطلق إلا على النصف فأقل، وقيل: على ما دون النصف فقط، ولا يعترض عليه بنص سحنون؛ لأن ابن حارث لم يلتزمه، وهو مبني على ما يقابله من الاكتفاء بالأخذ بأقل ما ينطلق عليه الاسم.

وأما على ما فرضه ابن عرفة من أن المحلوف بعتقه معين ثم انبهم بالخلط، فلا يصح جوابه في المسألة؛ لأن الحاصل حينئذ أنه قال: أحد عبيدي حر، مريداً واحداً بعينه، ثم تعذر عليه تعيينه بالخلط، والواجب حينئذ عتق جميعهم على ما قال ابن رشد فيمن قال: رأس من رقيقي حر، وقال: أردت واحداً بعينه ثم نسيت. قال: إذ لا يجوز أن يسترقهم وأحدهم حر.

وأما ما أشار إليه الوانوعي من تنزيلها على مسألة نوازل أصبغ ففيه قلق، ويظهر ذلك بسوق المسألة بنصها، قال: سئل عن مريض دخل عليه غلامان له، فقال لهما: أحكما حر، فخرجا، ثم دخل أيضاً أحدهما مع غلام آخر له، فقال له: أحكما حر، فمات الرجل. قال أصبغ: الورثة بمثابته يوقعون العتق على من شأوا من الأولين، كما

يكون له ذلك في حياته، فإن أوقعوه على الذي لم يدخل ثانية، جمع الآخر مع الذي دخل ثانية فأعتقوا من شأؤوا منها ورق الآخر، وإن أعتقوا أولاً الذي دخل ثانية، بطل عتق الذي كان معه أولاً وعتق الذي كان معه آخرًا؛ لأن التوقيع دار إليه وحده. ابن رشد: سأله عمن قال ذلك وهو مريض ثم مات، فلم يجبه، وأجاب على من قال ذلك في حياته أو في صحته ثم مات، على القول بأن الورثة ينزلون منزلته في الاختيار إذا قال في صحته: عبد من عبيدي حر، وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال حسبما بيناه في رسم باع من سماع عيسى من العتق.

والذي يأتي في هذه المسألة على قياس القول بأن العتق يجري فيهم بالخصص أن يعتق من كل واحد من الثلاثة الأعبُد نصفه، الذي يأتي على قياس القول بأنه يعتق ثلثهم بالقرعة إن كانوا ثلاثة مثلاً، أن تعرف قيمة كل واحد، فإن كان قيمة الذي دخل أولاً مع الذي تكرر دخوله عشرة، وقيمة الذي دخل معه عشرون، وقيمة الثالث الذي دخل آخرًا مع الذي كان دخل مع الأوّل ثلاثون؛ أسهم بين اللذين دخلا أولاً، فإن خرج السهم على الذي قيمته عشرون، عتق منه ثلاثة أرباعه - خمسة عشر - لأنها نصف قيمتها.

وإن خرج على ذي العشرة عتق كله وعتق من الآخر ربعه، بخمسة متممة نصف قيمتها، ثم يرجع إلى الذي دخل أخيراً - وقيمته ثلاثون - مع الذي كان دخل مع الأول - وقيمته عشرون - فيسهم بينهما أيضاً، فإن خرج السهم على الذي قيمته عشرون، وهو الذي دخل ثانية عتق باقيه، وعتق من الآخر سدسه، خمسة تتمه نصف قيمتها، وإن خرج السهم على الذي دخل أخيراً وقيمته ثلاثون عتق منه خمسة أسداس بخمسة وعشرين، التي هي نصف قيمتها.

والذي يأتي فيها على قياس القول بأنه يعتق واحد بالقرعة قل عددهم أو أكثر، أن يقرع بين الأوّلين، فيعتق من خرج السهم عليه، ثم يقرع على الذي دخل ثانية مع الداخل معه أخيراً، فإن خرج السهم على الثالث الذي لم يقرع عليه بعد عتق، وإن خرجت على الآخر الذي قد أقرع عليه عتق إن كانت القرعة لم تخرج عليه أولاً، وبقي الثالث وحده رقيقاً، وإن كانت القرعة قد خرجت عليه أولاً فعتق لم يعتق سواه؛ لخروج

وإذا قال العبد: كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة حر، فعتق، ثم ابتاع رقيقاً قبل الأجل فإنهم يعتقون عليه، ولا يعتق عليه ما ملك من العبيد وهو في ملك سيده، إذ لا يجوز عتق العبد لعبيده إلا بإذن سيده، سواء تطوع بعقتهم، أو حلف بذلك فحنث، إلا أن يعتق وهم في يديه فيعتقوا، وهذا إذا لم يَزِدْ السيد عتقه حين عتق، فأما إن رده السيد قبل عتقه وبعد حنثه، لم يلزمه فيهم عتق، ولزمه بعد عتقه عتق ما يملك بقية الأجل. وكذلك أمة حلفت بصدقة مالها ألا تكلم أختها، فعليها إن كلمتها صدقة ثلث مالها ذلك بعد عتقها إن لم يرد سيدها ذلك حتى عتقت. قيل: فعبد قال: إن اشتريت هذه الأمة فهي حرة؟ قال: قد نهاه مالك عن شرائها، وشدد الكراهية فيه، ولم يذكر أن سيده أمر باليمين

قوله: (قيل فعبد)⁽¹⁾.

اختصرها لعدم مطابقة الجواب؛ لأن السؤال مجمل؛ هل المراد منه: هل تنعقد هذه اليمين في حقه؟ أو هل إذا اشترى أو أعتق هل ينفذ أم لا؟ فجاء الجواب غير مطابق، إذ لا يلزم من كراهية الشراء عدم انعقاد اليمين، ولا عدم

القرعة عليه في المرتين معاً، وهذا هو الحكم في الذي قال ذلك وهو مريض ثم مات، ولم يجب عليه؛ لأن القرعة وجه الحكم في هذا في المرض والوصية بعد الموت. المشدالي: فأنت ترى أن جواب أصبغ في مسألته بيّن فيها، وإجراؤه في مسألة ابن حارث لا يتمشى إلا بتكلف، وأما قول الوانوغوي: "والظاهر ضرب الجميع ولا العتق" ففيه نظر؛ إذ لا يحل ضرب من لم يستحق الضرب، فتعذر ضرب الجميع كما أشار إليه ابن عرفة في القاعدة التي صدر بها كلامه. والله أعلم.

(1) قوله: (قيل فعبد) ساقط من (ع).

نفوذ العتق إن وقع.

قلت: ووجه آخر لما يعطيه الجواب من الإطلاق، وهو غير صحيح.
بيانه؛ أن قوله: (ولم يذكر...) إلى آخره، يقتضي: أنه لو أمره لكان له الرجوع، وهو خلاف مفهوم اعتكافها وحجها الأول، ويقتضي أيضاً أنه لو أمره باليمين أنه ينفذ عتقه؛ سواء أذن له في الشراء أم لا، وليس كذلك، بل إذا أمره باليمين ولم يأذن له في الشراء؛ للسيد رد عتقه، وإنما ينفذ ولا رد له إذا أذن له في اليمين وأمره بالشراء.

ومن قال لأتمته أو لزوجته: ادخلي الدار، وهو يريد بلفظه ذلك حرية الأمة وطلاق الزوجة، لزمه ذلك (1).

قوله: (ومن قال لأتمته أو لزوجته...) المسألة.

قلت: هنا نكتتان:

الأولى: أن بعض الملة والدين أدرج هذه المسألة في فصل تعدد الشروط والجزاء، وهو خلاف قول ابن العربي هنا؛ لأن بعض الشروط لا يكون شرطاً إجماعاً.

الثانية: أنه وقع بالقاهرة أيام إقامتي بها فيمن طلبه أخوان ليسافر معها للحجاز، فأنعم لهما، فتوثقا منه بطلاق زوجته إن لم يسافر معها إن سافرتما، ثم سافر أحدهما، فهل يلزمه شيء؟ أم لا؟

فوقعت الفتيا بأنه لا شيء عليه، وينوى في إرادته المعية؛ كقوله هنا بجامع

(1) تهذيب البراذعي: 488/2.

التعليق على متعدد⁽¹⁾، و صوب أخذنا لها من هذه المسألة غير واحد.

ومن أراد أن يقول لزوجته: أنت طالق، أو لأمته: أنت حرة، فقال لها: ادخلي الدار، ونحو ذلك لم يلزمه شيء حتى ينوي أن الأمة حرة والزوجة طالق بما تلفظ به من القول قبل أن يتكلم به؛ فيلزمه، وإن لم يكن ذلك الكلام من حروف الطلاق أو الحرية⁽²⁾.

قوله: (قبل أن يتكلم به).

قلت لشيخنا أبي عبد الله: لقائل أن يقول: اشتراطه⁽³⁾ هنا سببية النية قبل أن يتكلم مخالفاً لما له في الأيمان من أن النية يصح الاستثناء بها، ولو حدثت آخر اليمين، وظاهر كلامه أنه لو كانت النية أثناء الكلام أو آخره لما صح أن تطلق؟

أجاب: فرق بين إعدام الماهية وإثباتها، فالنية في باب الاستثناء مبطله لماهية اليمين، والماهية تبطل ببطلان جزئها فضلاً عن كلها، وههنا المطلوب تقرر ماهية الطلاق، والماهية لا تثبت إلا بجميع أجزائها، فلا تصح أثناء الكلام لخلو الجزء الأول من الكلام عن النية المفيدة للطلاق؛ كما في باب الأوقات أن ما به الإدراك غير ما به السقوط.

(1) في (ع): (ما تعدد).

(2) تهذيب البراذعي: 488/2.

(3) قوله: (اشتراطه) يقابله في (ش): (اشترى أظنه).

ومن عجب من عمل عبده، أو من شيء رآه منه، فقال له: ما أنت إلا حر، أو قال: تعال يا حر، ولم يرد بشيء من هذا الحرية، إنما أراد بذلك: أنك تعصيني وأنت في معصيتك إياي كالحر، فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء⁽¹⁾.

قوله: (ومن عجب من عمل عبده).

قال بعضهم: أراد بالعجب هنا عجب السخط لا عجب الرضا.

قلت: هذا بعيد؛ لأن المناسب له ترتيب العقوبة عليه لا الحرية، إلا إذا كانت الحرية عنده عقوبة فربما.

ولو مر على عاشر فقال: هو حر، ولم يرد بذلك الحرية، فلا عتق له فيما بينه وبين الله، وإن قامت بذلك بينة لم يعتق أيضاً، إذا علم أن السيد دفع بذلك القول عن نفسه ظلماً⁽²⁾.

قوله: (إذا علم أن السيد دفع بذلك القول عن نفسه).

المغربي: معناه أن نسمع البيئة تحاوره مع العاشر، ولو قال له العاشر: لا أتركك حتى تقول إن كان هذا⁽³⁾ ملكي فهو حر، فقال ذلك؛ لم يلزمه عتق، إلا أن ينوي بقلبه أنه حر فيلزمه العتق، إذ لا يصح أن يكون مكرها في النية. ولو لم تكن له نية حين قال ذلك، فهل يلزمه العتق؟

(1) تهذيب البراذعي: 489/2.

(2) تهذيب البراذعي: 490/2.

(3) قوله: (هذا) زيادة من (ع).

يجري على الخلاف في الإكراه على أخذ المال.

ويقوم من هنا أن من باع من غاصب ربعاً أو غيره، ثم أثبت البينة أن له القيام والرجوع فيما باع ولو لم يستحفظ الشهود، ولو استحفظهم كان أتم وأولى⁽¹⁾.

(1) المشدالي: أشار الشيخ أبو الحسن هنا إلى هذه الإقامة، لكنه لم يجزم بها، فقال: انظر هل يقوم من هذه المسألة أن لمن ادعى الإكراه ممن عرف بذلك أن له القيام وإن لم يستحفظ؟ ولو استحفظ كان أتم. ويقوم أيضاً أن من خاف على ربه أن يغصب فقال: إنه حبس، وقال: إنما أردت بذلك الستر، أنه لا يلزمه شيء.

المشدالي: أما المسألة الأولى فهي الثانية من سماع يحيى من الغصب، سئل عن قوم عرفوا بالغصب والاستطالة بالسلطان، ثم جاء الله بوال أنصف منهم، فربما سئل الطالب البينة على أحدهم أنه غصبه، فلا يجدها على معاينة الغال إذا غصب، وهم يشهدون أنهم كانوا يعرفون الحق للطالب في يديه إلى أن صار إلى المطلوب المعروف بالظلم، لا يدرون كيف صار ذلك إليه، إلا أن صاحب الحق كان يشكو إليهم أنه غصبه إياه، وكانوا يسمعون ذلك من جيرانهم، أو عسى ألا يذكرها شيئاً غير أنهم عرفوا ذلك في يد المدعي إلى أن صار إلى المطلوب، أيعدى عليه بمثل هذه الشهادة؟ قال: إذا كان المطلوب موصوفاً بما وصفت من التعدي على أموال الناس والقهر لهم عليها، وهو من يقدر على ذلك، رأيت الذي وصفت من شهادة الشهود إذا كانوا عدولاً يوجب للمدعي أخذ حقه من المطلوب، إلا أن يأتي الظالم ببينة على اشتراء صحيح، أو عطية ممن كان يأمن ظلمه وتعيده عليه، أو يأتي بوجه حق حتى ينظر له فيه.

قلت: فإن جاء ببينة أنه اشترى منه، فزعم الطالب أنه إنما باعه خوفاً من شره وسطوته، وهو ممن يقدر على ضرره وعقوبته لو امتنع من مبايعته؟

قال: أرى أن يفسخ ذلك البيع إذا ثبت عند القاضي أن المشتري موصوف بمثل ما

قلت: وظاهر المدوَّنة: اشتراط ثبوت السبب في شهادة الاسترعاء، وأن على من استرعى إثبات السبب، وإعلام الشهود في السر⁽¹⁾ به، وهو ظاهر

زعم البائع من استطلته وظلمه، وأنه قد عمل ذلك بغيره.

قلت: فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية، ثم دس إليه من يأخذه منه سراً، ولو لم يفعل ذلك لقي منه سراً؟ قال: لا أرى أن يقبل قوله، وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم لقد دفع إليه الثمن ثم لم يرده بعد.

ابن رشد: أما ما ذكره من أن المعروف بالغصب لأموال الناس لا ينتفع بالحيازة، ولا يصدَّق من أجلها فيما يدعيه من شراء أو هبة أو صدقة، يريد: وإن طال سنين، إذا أقر بالملك مدعيه، أو قامت له بذلك بينة، فصحيح لا أعلم فيه خلافاً؛ لأن الحوز لا يوجب الملك، وإنما يدل عليه، فوجب تصديق من لم يعرف بالغصب فيما يدعيه من تصيُّره إليه؛ لشهادة العرف له بذلك، وأما الغاصب فلا دليل له في الحوز وإن طال أمده في وجه صاحبه، لما علم من غصبه لأموال الناس والقهر لهم. وأما إن أثبت الغاصب الشراء ودفع الثمن، فادعى الطالب أنه أخذه منه سراً، فهو مدع لا دليل له، فوجب أن يكون قول الغاصب كما قال؛ لقوله عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

وقد روي عن يحيى بن يحيى أنه قال: إذا قال البائع إنه أعطاه الثمن في الظاهر ودس إليه من أخذه منه، فإنه ينظر إلى المشتري، فإن عرف بالعداء والظلم والتسلط فإن القول قول البائع مع يمينه؛ لقد دفع إليه قهراً وغلبة، ويرد ماله عليه دون أن يرد إليه الثمن، ثم ادعى أنه أخذه منه، وأما لو لم يقر أنه قبض الثمن، وقال: إنما أشهدت له على نفسي خوفاً منه؛ لأشبهه أن يصدَّق في ذلك مع يمينه بالمعروف بالغصب والظلم. وإنما يصح ما قال يحيى من تصديق البائع فيما ادعاه من أنه دس إليه سراً من أخذ الثمن منه إذا شهد له أنه فعل ذلك بغيره.

(1) في (ع): (اليسر).

كلام ابن سهل، وابن رشد في نوازله صريحاً⁽¹⁾.

ابن العطار: [22/أ] لا يشترط.

المتيطي آخر كتاب الغصب: ويصدق المسترعي فيما يذكره من التوقع، وإن لم يعرف الشهود في الاسترعاء ذلك، وإنما جاز الاسترعاء في الحبس ونحوه من هبة وصدقة وعتق وتديير؛ لأن الحبس، ونحوه متبرع، ولا يجوز الاسترعاء في البيوع ولا الشهادة فيه⁽²⁾.

قلت: وقال ابن رشد: إنما يصح الاسترعاء عند من يراه نافعاً فيما خرج على عوض⁽³⁾.

وأما غيره؛ فلا اتفاقاً.

انظر الحبس من المختصر.

وما للمتيطي في أبواب متفرقة⁽⁴⁾ في هذا المعنى لم نغادره⁽⁵⁾.

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 845/2.

(2) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيطي: 5/أ، نسخة الخزانة الحسينية، برقم: (11743)، ونصها: (ويصدق المسترعي فيما يذكره من التوقيع، وإن لم يعرف الشهود في الاسترعاء ذلك، وينفسخ بهذا الاسترعاء والتحبيس الذي ينعقد بعد تاريخه، فإذا ثبت الاسترعاء ولم يكن عند أهل الحبس مدفع فيما ثبت من الاسترعاء، وإنما جاز الاسترعاء في الحبس وشبهه من صدقة وهبة وعتق وتديير؛ لأن المبحس يتبرع بالحبس ولو شاء لم يفعل) اهـ.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 395/14 و396.

(4) في (ع): (مفترقة).

(5) المشدالي: ذكر منه جملة كافية في الصلح والعتق.

ابن لبابة: وصرح به ابن رشد في سماع أصبغ من الأيمان بالطلاق.
 دليل المدوَّنة من هنا: أن هبة الزوجة ثلاثٌ مدخولاً بها، أو لا.
 وفي المدوَّنة في التخيير أنه ينوى في غير المدخول بها⁽¹⁾.

ولو أن عبداً بين رجلين أعتقه أحدهما على مال أخذه من العبد، فإن
 أراد وجه العتاقة عتق عليه⁽²⁾.

قوله: (عبداً بين رجلين أعتقه أحدهما... عتق عليه).

يتعلق⁽³⁾ البحث بهذه المسألة من ثلاثة أوجه:

الأول: أن ظاهره أن عتق أحد الشريكين تسلط على الجميع، وأنه لا خيار
 للشريك في عتق نصيبه أو تقويمه، ونحوه أوائل القذف خلاف ما في باب عتق
 الشريك بعد هذا، فيقوم من هنا العتق بالسراية.

الثاني: أنه ذكر في الكتاب ما إذا أرادوا أجر العتاقة والكتابة، وسكت عن
 القسم الثالث، وهو: إذا لم يرد شيئاً، وفي حمله على العتاقة أبداً، أو على الكتابة
 قولاً أصبغ وأشهب.

الثالث: هل هذا استدلال على الشيء بنفسه؟ أو لا؟

قال شيخنا أبو عبد الله: لا نسلم ذلك؛ لأن المستدل بها صريحة في العتق،
 والمستدل عليها محتملة، وهذا يكفي في صحة التباير.

(1) انظر: المدونة (زايد): 226/4، و(السعادة/صادر): 377/5، و(العلمية):
 274/2.

(2) تهذيب البراذعي: 491/2 و492.

(3) قوله: (يتعلق) ساقط من (ع).

ومن قال: يا ناصح، فأجابه مرزوق، فقال له: أنت حر، يظنه ناصحاً، فإن قامت بذلك بينة عتقا جميعاً بالقضاء؛ مرزوق بما شهدت له البينة، وناصح بإقراره بما نوى فيه في لفظه، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعتق إلا ناصح إن لم تكن بينة⁽¹⁾.

قوله: (ومن قال: يا ناصح... المسألة).

أخذ بعض المشاركة من قول أشهب هنا؛ أن من استفتى في حكم أنه يشهد عليه.

ابن هشام: اختلف في ذلك قول ابن القاسم، وانظر سماع عيسى.

قلت: ويؤخذ أيضاً من كتاب الرجم.

وأما ما أقر به عند المفتي؛ فإنه يشهد به شهادة العالم فيما أفتى فيه⁽²⁾، قاله محمد.

ابن رشد: لو مرت به امرأة في ظلام فوضع يده عليها ظاناً أنها زوجته، فقال لها: أنت طالق إن وطئتك الليلة فوطئها، فإذا هي غير امرأته لم يلزمه طلاق، وقيل: يلزم، والقولان قائلان من ناصح ومرزوق⁽³⁾.

وفي العتبية: فيمن أخبر بنفاس أمته، وأخبر أنه غلام، فقال: هو حر، فإذا هو جارية، هل يلزمه؟

فقال: لا؛ إلا أن يكون أراد أن ما وضعت حرّاً.

(1) تهذيب البراذعي: 494/2.

(2) قوله: (شهادة العالم فيما أفتى فيه) ساقط من (ع).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 387/4 و388.

وقيل: يلزمه (1).

وإن كان عبد بين رجلين، فقال أحدهما: إن كان دخل المسجد أمس فهو حر، وقال الآخر: إن لم يكن دخل المسجد أمس فهو حر، فإن ادعيا علم ما حلفا عليه دُيْنَا في ذلك، وإن قالوا: ما نوقن أدخل؟ أم لا؟ وإنما حلفنا ظناً؛ فليعتقاه بغير قضاء. وقال غيره: بل يجبران على عتقه (2).

قوله: (دُيْنَا).

قلتُ: تصديقهما يستلزم الدخول وعدمه، وهو جمع بين النقيضين.
قلت: لا؛ لعدم اتحاد النسبة التي هي شرط في تحقق (3) التناقض (4).

إن كاتبه وله مال لا يفي بدينه ردت الكتابة كلها (5).

قوله: (رُدَّتْ الكتابة).

معناه: إذا كانت رقبة العبد تساوي - إن (6) بيعت - أكثر من قيمة الكتابة، وأما إن كانت رقبته - إن بيعت - لا تساوي إلا ما تساوي الكتابة فلا فائدة

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 334/14.

(2) تهذيب البراذعي: 494/2 و 495.

(3) في (ع): (تحقيق).

(4) المشدالي: يعني أن تصديقهما إنما هو بالنسبة إلى ظاهر الشرع، وأما بالنسبة إلى الواقع في نفس الأمر فأحدهما كاذب قطعاً، والله أعلم.

(5) تهذيب البراذعي: 498/2.

(6) في (ع): (إذا).

لرد الكتابة.

إن مات السيد وله أموال مفترقة يخرج العبد من ثلثها إذا جمعت فهلك العبد قبل اجتماعها، أن ورثته الأحرار لا يرثونه؛ لأن العتق إنما يتم بعد جمع المال، وخروج العبد من ثلثه⁽¹⁾.

قوله: (لأن العتق إنما يتم بعد جمع المال).

أقيم من هنا أن الموصى له لا يتعجل الوصية إذا كان في الورثة حمل.

قال بعض الشيوخ: هذا غير بيّن، فما⁽²⁾ المانع.

قلت: المانع ظاهر، وقد صرح به ابن رشد في رسم البز من⁽³⁾ سماع ابن

القاسم⁽⁴⁾.

ومن بتل عتق عبده في المرض وقيمته ثلاثمائة درهم، ولا مال له غيره، فهلك العبد قبله وترك ابنة حرة، وترك ألف درهم فقد مات رقيقاً، وما ترك لسيده بالرق دون ابنته⁽⁵⁾.

قوله: (وترك ألف درهم فقد مات رقيقاً).

البحث في هذه المسألة من وجهين:

الأول: ما سبب سؤال أسد عن هذه المسألة؟

(1) تهذيب البراذعي: 500/2.

(2) في (ش): (في).

(3) في (ع): (في).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 172/13.

(5) تهذيب البراذعي: 503/2.

الجواب: أنه توهم الحرية رعيّاً لما آل إليه الأمر في كونه يخرج من الثلث، فأجابه بأنه رقيق، رعيّاً لما ملكه السيد، وهي الثلاثمائة، وهو (1) لا يخرج منها.

الثاني: أن الفرض غير واضح؛ لأنه إنما يحسن أن لو كانت قيمته ثمانية عشر بحيث يخرج بالثلث (2)، وأما ما (3) فرضه فقصاراه يخرج بعضه، ولا يرث من هذه صفته، فضلاً عن ولده.

وإن أعتق معسر شقصاً له في عبد فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر، فقال مالك قديماً: إنه يقوم عليه، ثم قال: إن كان يوم أعتق بعلم الناس والعبد والتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه، فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك (4).

قوله: (وإن كان بعلم الناس والعبد..) المسألة.

أخذ منها بعض الشيوخ: أن المحجور إذا وجبت له الشفعة فلم يأخذها حتى بلغ بعد السنة، أو ولى عليه؛ أنه لا شفعة له إذا كان ممن لو أراد الولي أن يأخذ له في السنة لم يقدر لعسره.

وإن أعتق حصته في يسره فقال شريكه: أنا أقوم عليه نصيبي، ثم قال بعد ذلك: أنا أعتق، لم يكن له إلا التقويم

(1) في (ش): (وهي).

(2) قوله: (بالثلث) زيادة من (ع).

(3) قوله: (ما) زيادة من (ع).

(4) تهذيب البراذعي: 506/2 و507.

قوله: (ثم قال بعد ذلك: أنا أعتق)(1).

نحوه في الديات.

وتقدّم ما في هذا المعنى في باب الصلاة.

وفي العتبية - فيمن قال لعبده: اعمل لي كذا وأنت حر فرفض (2) العبد

ذلك، ثم بدا له -: لم يكن له ذلك (3).

وسئل ابن عتاب: عمّن وجبت عليه يمين فردها على طالبه بمحضره،

فسكت من ردت عليه حينئذ، ومضى زمانٌ، ثم ذهب للحلف (4) فمنعه الرادُّ،

وقال: أنا أحلف على رد دعواك، وإنما مكنتك من اليمين حينئذ.

فقال: يحلف ما (5) رد عليه اليمين، طال الزمان أو قصر، وهو قول مالك

وأصحابه (6).

أبو عمران: في المدعى عليه يلتزم اليمين، ثم يريد الرجوع إلى إحلاف

المدعى -: له ذلك.

وخالفه ابن الكاتب (7)(8).

(1) تهذيب البراذعي: 507/2.

(2) في (ع): (فرد).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 396/14.

(4) في (ع): (ليحلف).

(5) في (ع): (من).

(6) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 78، وتبصرة الحكام، لابن

فرحون، ص: 267.

(7) انظر المسألة في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 39/8.

(8) هو: أبو القاسم، عبد الرحمن بن محمد الكناني، القيرواني، المعروف بابن الكاتب،

وفي الجمالة شيء من هذا المعنى (1).

وإذا كان المعتقد معسراً والعبد غائب فباع المتمسك حصته منه على الصفة وتواصفا الثمن فقبضه المبتاع وقدم به، والمعتقد قد أيسر أو لم يقدم به إلا أن العبد علم بموضعه فخاصم في موضعه والمعتقد قد أيسر، فإن البيع ينقض ويقوم على المعتقد (2).

قوله: (وقبضه المبتاع).

قلت: وفي دلالة هذه (3) المسألة على أن الذهاب لقبض المشتري غائباً (4)

المتوفى سنة 408هـ، أخذ عن ابن شبلون، والقاسبي، رحل للمشرق واجتمع بأئمة جلة، وبينه وبين أبي عمران الفاسي مناظرات في مسائل مشهورة، له تأليف كبير في الفقه.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ كاتبٍ عظيمُ الشأنِ يُدعى لديهمَ عابدَ الرحمنِ
بالعلمِ والحُجَّةِ كانِ ازداناً وناظرَ الفاسي أبا عمراناً
صنَّفَ في الفقهِ كبيراً وقضى بد(حاء) خامسِ الإمامِ المُرتضى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 252/7، وشجرة النور، لمخلف: 106/1، والفكر السامي، للحجوي: 206/2، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 113.

(1) المشدالي: أشار إليه أبو الحسن في كتاب الديات في مسألة النكول في القسامة.

(2) تهذيب البراذعي: 507/2.

(3) في (ش): (نظره).

(4) في (ش): (غائب).

على المشتري⁽¹⁾ كقول أصبغ؛ نظرًا، وضعّفه ابن محرز، وغيره.

ومن أعتق نصف عبد ثم فُقد السيد، لو أعتق باقيه في ماله وأوقفت ما رُقّ منه، كإيقافي لماله إلى أمد لا يحيى إلى مثله، فيكون لوارثيه يومئذ، إلا أن تثبت وفاته قبيل ذلك فيكون لوارثيه يوم صحة موته⁽²⁾.

قوله: (لو أعتق باقيه في ماله).

لعدم تحقق وجوده، وعورض ببعض أحكام الزوجية، والجواب ما ذكره

ابن محرز.

ومن أوصى لصغير بشقص ممن يعتق عليه، أو ورثه، فقبل ذلك أبوه أو وصيه، فإنما يعتق ذلك الشقص فقط، ولا يقوم على الصبي بقيته، ولا على الأب الذي قبله، ولا على الوصي⁽³⁾.

قوله: (ومن أوصى لصغير... المسألة).

في سماع يحيى - فيمن تصدق في صحته على رجل بمن إذا ملكه عتق عليه

فلم يقبل صدقته - ما يكون حال العبد؟

قال: يكون حراً على سيده الذي تصدق به، وولأؤه له، ولا يجبر المتصدق

عليه على أخذه.

(1) في (ش): (المشتريان).

(2) تهذيب البراذعي: 509/2.

(3) تهذيب البراذعي: 512/2.

ابن رشد: قوله: (إذا لم يقبل... إلى آخره، خلاف⁽¹⁾ لما في المدوّنة.

التونسي: القياس إذا لم يقبل أن يرجع رقيقاً لورثة الموصي⁽²⁾.



(1) في (ع): (خلافاً).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 34/14.



كتاب العتق الثاني

كتاب العتق الثاني

قال مالك: ولا يعتق على الرجل من أقاربه إذا ملكه إلا الولد؛ ذكورهم وإناثهم وولد الولد وإن سفلوا، وأبواه وأجداده وجداته من قبل الأب أو الأم وإن بعدوا، وإخوته ذُنْيَاهُ لأبوين أو لأب أو لأم وهم أهل الفرائض في كتاب الله⁽¹⁾.

(قوله): (ذُنْيَاهُ)⁽²⁾.

قال في الاقتضاب وغيره: يجوز كسر الدال وضمها، فمن كسرها جاز له التنوين وعدمه، ولا يجوز التنوين مع الضم؛ لأن أَلْفَ (فُعَلَى) بضم الفاء لا تكون إلا للتأنيث⁽³⁾.

ولا يعتق عليه عم ولا عمة ولا أبنائهم، ولا خال ولا خالة، ولا بنو أخ ولا بنو أخت، ولا أمة كان تزوجها فولدت منه ثم اشتراها بعدما ولدت، وأما إن اشتراها وهي حامل منه فوضعت عنده بعد الشراء بيوم أو أقل أو أكثر، كانت به أم ولد⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 513/2.

(2) في (ع): (ذُنْيَاهُ)، بدون هاء الضمير.

(3) المشدالي: يعني وما أَلْفُهُ للتأنيث لا ينصرف في تعريف ولا تنكير، وأما مكسور الفاء فيجوز أن تكون أَلْفُهُ للإلحاق، فَيُنَوَّنْ؛ لأنه مصروف، وإلا أن يكون عَلِمًا على ما تقرر في محله، فجواز التنوين مبنيٌّ على أن الألف (فُعَلَى) - بكسر الفاء - للإلحاق، وتركه مبنيٌّ على أنها للتأنيث، فالوجهان؛ مرتَّبَانِ لا مفرَّعان، فاعلمه.

(4) تهذيب البراذعي: 513/2.

قوله: (وأما إن اشتراها وهي حامل منه... المسألة).

قلت: تكرر هذا المعنى في المدوّنة، وفي جعلها أم ولد إشكال؛ لأن القاعدة أن أم الولد شرطها أن يكون ما تكون به أم ولد مما تلد أو تلقيه بوطء ملك لا بوطء نكاح، وههنا الولد من نكاح⁽¹⁾، فكيف حكم لها بأومومة الولد. الجواب أن يقال: لا نسلم أن القاعدة ما ذكرتم، بل القاعدة أن كل وطء يلزم منه عتق ما يحصل منه من ولد على الواطئ، فاتضح بهذا كونها أم ولد على الواطئ⁽²⁾ هنا.

ومن قال لعبده: إن جئتني، أو متى ما جئتني، أو متى بما أديت إلي، أو إذا أديت إلي، أو إن أديت إلي ألف درهم، فأنت حر، فإنه إذا أتى بألف درهم أعتق، وإن لم يأت بها فهو عبد، ويتلوم له فيها، ولا يُنَجَّم عليه. وليس للعبد أن يطول بسيده، ولا للسيد أن يعجل بيعه إلا بعد تلوم السلطان له بقدر ما يرى، كمن قاطع عبده على مال إلى أجل فمضى الأجل قبل أن يؤديه فيتلوم له الإمام⁽³⁾.

قوله: (أو متى ما جئتني... المسألة).

قلت: ههنا بحث من وجهين:

أحدهما؛ أن يقال: كيف يصح قوله: (وليس للعبد أن يطول... [22/ب] إلى آخره، مع كون السيد دخل عليه؛ لأن متى ما تقتضيه بخلاف غيرها من

(1) قوله: (من نكاح) يقابله في (ع): (بنكاح).

(2) قوله: (على الواطئ) ساقط من (ش).

(3) تهذيب البراذعي: 516/2.

الأدوات، نعم؛ إلا أن يقال: فيها خلاف، أو العرف صرفها إلى عدم الطول.

الثاني: قوله: (وإن لم يأت بها فهو عبد)

انظر؛ هل هذه كمسألة آخر صلحها في كونه (لو أتى بها تنقض يسيراً لا حرية له)⁽¹⁾؛ لصدق المفهوم بصورتين؛ إما بعدمها رأساً، أو عدم كلها، كما أنه في مسألة الصلح لو أتى بالألف تنقض مثلاً درهماً؛ أنه (لا تلزمه الحطيطة) كما هو منصوص.

أو هذه كمسألة أو آخر حملتها في أنه (لا يحرم العتق بمثل هذا)⁽²⁾.

قلت: وهنا بحث آخر؛ وهو أن يقال في الاستدلال بقوله: (كمن قاطع عبده...) إلى آخره نظر.

لأنه لا يلزم من قطع حجة العبد في المقيس عليها، ورده إلى الرق إذا لم يأت بما قوطع عليه بعد التلوم قطع حجة العبد في المقيس، ولو بعد التلوم؛ لأنه يقول: "معي حجة لا ترفع حرיתי"، وهو (متى)، و (متى ما)، فإن (متى ما) ظاهرة، أو نص في الاستغراق.

(1) المشدالي: مسألة آخر الصلح هي قوله: (وإن كان لك عليه ألف درهم حالة، فأشهدت أنه إن أعطاك مائة من الألف الحالة إلى شهر؛ فباقيه ساقط، وإن لم يفعل فالألف كلها لازمة له، فذلك جائز، ولكلما لازم). انتهى.

(2) المشدالي: مسألة الجمالة هي قوله: (قال مالك - فيمن أوصى في جارية له أن تعتق إن حملها الثلث، وإلا فلا، فزاد ثمنها على الثلث ديناراً أو دينارين - قال: لا تحرم العتق بمثل هذا، قال ابن القاسم: وتغرم الجارية ما زاد على الثلث إذا كان يسيراً، فإن لم يكن معها اتبعها به ديناً). اهـ.

المشدالي: والأظهر اعتبارها بمسألة الجمالة، والله أعلم.

قال في المصباح: (متى) لتعميم الأوقات.

ونحوه لابن رشد.

و (متى ما) أجدر، وقد فُقد ذلك في مسألة المكاتب.

قلت: بل الاستدلال صحيح، فإنه قاس التلوم على التلوم فقط، وهو قياس أَحْرَوِيٍّ؛ لأنه إذا ثبت التلوم في الوقت المعين في مسألة القطاعة، فأحرى في المقيس لوجود ما يقتضيه عمومها، وهو (متى ما).

فإن قلت: لا نسلم أن (متى ما) أجدر من (متى)؛ لما ذكرتم عن ابن مالك⁽¹⁾ في المصباح، وهو نص مفتاح السكاكي.

قال ما نصّه: و (متى) لتعميم الأوقات في الاستقبال، و (الأوقات) جمع محل، فهي للعموم ك (متى ما).

قلت: ظاهر اللفظ كما ذكره السائل، لكن الجواب عن ذلك من وجهين: أحدهما: أن قطب الدين الشيرازي في شرحه للمفتاح أخرج عن ظاهره وصرفه إلى العموم البدي.

قال ما نصّه: لما قال المفتاح: "ومتى لتعميم الأوقات" قال: لا بمعنى أنه يدل على جميع الأوقات على ما يشعر به الجمع المعرف؛ لأنه باطل، بل

(1) هو: أبو عبد الله، محمد بن عبد الله، ابن مالك، الطائي الجياني، اللغوي المقرئ، جمال الدين، المتوفى سنة 672 هـ، إمام العربية، وفحل النحو والصرف، صاحب "الألفية"، و"تسهيل الفوائد وتكميل المقاصد".

انظر ترجمته في: حسن المحاضرة، للسيوطي: 174/2، وغاية النهاية في طبقات القراء، لابن الجزري: 357/1، والوافي بالوفيات، للصفدي: 366/3، والوفيات، لابن قنفذ: 11/1، وشذرات الذهب، لابن العماد: 419/5.

بمعنى (1) أنه يدل على وقت ما من الأوقات المبهمة الغير المتناهية في الاستقبال، وهو معنى العموم؛ لأن وضع (متى) للوقت المبهم.

الوجه الثاني: قال السكاكي - إثر ذلك - ما نصه: و (متى ما) أعم منه.

قال قطب الدين: لدلالة (متى ما) على كل وقت من الأوقات، ولذا يتكرر وقوع الطلاق إذا علق بـ (متى ما) كـ (كُلِّمًا)، انظر تمامه.

قلت: ولو استدل العلامة قطب الدين على أن (متى) للإطلاق بقوله: (أعم)؛ لكان أحسن، إذ لا يصح عام، وأعم منه، والعمومان معاً صلاحيان.

فلما قال: (أعم منه)، دل بهذا أن العموم في (متى) بَدَلِيٌّ لا صلاحِيٌّ. والمقصود التنبيه على مطلع المبحث، ولم تغادر ما لغير واحد في هذا المقام.

قال في رسم الرهون من سماع عيسى - فيمن حضرته الوفاة، فيقول لرجل: خذ من عبدي فلان مائة دينار، ثم هو حر - : أتتجم عليه؟ قال: لا، بل تؤخذ دفعة إلا إذا أمر بتنجيمها.

ابن رشد: لأن لفظ الأخذ إنّما (2) يقتضي التنجيم، وليس بخلاف، لقوله في المدوّنة: إن أديت إلي مائة؛ لأن لفظ (أدى) لا يقتضي دفعةً، فلذا قال في المدوّنة: (يتلوم له) (3).

(1) في (ش): (لمعنى).

(2) في (ع): (لا).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 165/13 و 166.

من قال لأمته: أول ولد تلدينه حرٌّ، فولدت ولدين في بطن واحد؛ عُتِقَ
أولهما خروجاً⁽¹⁾

قوله: (فولدت ولدين).

قال شيخنا أبو عبد الله: الجواب عما يتوهم من⁽²⁾ معارضتها لما في اللعان
أن المعنى الذي لأجله ارتبط الولدان في باب اللعان مفقودٌ هنا؛ لأنها إنما
ارتبطا لاتحاد النسبة الأبوية، وهما معاً من وطئها متماثلان، ووجود أحد
المتماثلين أو انتفاؤه⁽³⁾ يستلزم حكم مماثله، وهنا ليس كذلك⁽⁴⁾.

وقال ابن شهاب: وإن قال: أول بطن تضعينه حرٌّ، فوضعت توأمين
فهما حران⁽⁵⁾.

قوله: (أول بطن تضعيه).

قلت لشيخنا أبي عبد الله: ظواهر المدوّنة وغيرها⁽⁶⁾ فيما علق على
الوضع، ولو كان من سفاح، فقال: الذي عندي أن ذلك مخصوص بوطء
جائر، وأما وضعها من زنى فلا تعتق به.

(1) تهذيب البراذعي: 516/2.

(2) قوله: (من) ساقط من (ع).

(3) قوله: (أو انتفاؤه) يقابله في (ش): (وانتفاؤه).

(4) المشدالي: مسألة كتاب اللعان التي أشار إليها معلومة، وتوهم المعارضة بيّن،
والجواب واضح، فلا نطيل ببسطه.

(5) تهذيب البراذعي: 517/2.

(6) في (ع): (وغيرهما).

قلت: هذا منقوض بقول المشاور وغيره: فيمن شرط لزوجه طلاقها إن تزوج عليها فزنى؛ لها الأخذ بشرطها، فهذا يؤيد ما قلناه من العموم.

إذا مات رجل فولدت أمه بعد موته من غير أبيه ولدأ فهو أخوه لأمه، وإن وضعته لسته أشهر فأكثر من يوم موته لم يرثه، وإن كان لأقل ورث(1).

قوله: (وإن وضعته لسته أشهر فأكثر).

قلت: هذه تنقض على ابن الحاجب فيما نقله في باب الإقرار، وعلى ابن يونس.

وصرح به في المختصر(2).

(1) تهذيب البراذعي: 518/2.

(2) انظر: مختصر بن عرفة: [357/ب].

وزاد المشدالي بعده: قال في المختصر ما نصه: ولما ذكر المازري ما يدل على وجود الحمل يوم الإقرار، وهو وضعه لأقل من ستة أشهر، وما يدل على عدمه، وهو وضعه لأكثر من أربع سنين من يوم الإقرار.

قال: وإن وضعته لما بين هذين الوقتين، وليست بذات زوج ولا سيد يطؤها، حمل على أن الولد كان مخلوقاً؛ إذ لا تحل إضافته للزنا.

وتعقب ابن عبد السلام جعل ابن الحاجب وضعه لسته أشهر كوضعه لأقل منها، لا كوضعه لأكثر منها؛ فإنه خلاف المذهب، قائلًا: حكم ما زاد عليها اتفاقاً، وإنما تبع ابن شاس من غير تأمل صواب، ومثله لابن هارون، إلا أن لابن شاس وابن الحاجب في ذلك عراً.

وفي أول مسألة من أمهات الأولاد ما نصه: (قلت: رأيت إن أقر رجل بوطء أمته فجاءت بولد، أيلزمه؟ قال: قال مالك: يلزمه إلا أن يدعي استبراء، يقول: حاضت

والتي يعتق ما في بطنها في صحة السيد لا تباع وهي حامل، إلا في قيام الغرماء بدين استحدثه قبل عتقه أو بعده، فتباع إذا لم يكن له غيرها، ويرق جنينها، إذ لا يجوز استثنائه، فأما إن قام الغرماء بعد الوضع؛ فانظر فإن كان الدين بعد العتق أعتق الولد من رأس المال ولدته في مرض السيد أو بعد موته، وتباع الأم وحدها في الدين ولا يفارقها(1).

حيضة فلم أطأها بعدها حتى ظهر هذا الحمل، فليس هو مني، فلا يلزمه إذا ولدته لأكثر من ستة أشهر بعد الاستبراء).

فنقلها في الذخيرة، ولم يتعقبها.

وعياض لم يقيدتها.

وقيدتها الصقلي؛ فقال بإثر قولها: (لأكثر من ستة أشهر): قال سحنون في كتاب ابنه: "أو لسته أشهر"، فالتعقب عليهما في لفظها بما هو نص المدونة هو أخف من التعقب عليهما في لفظ هو من قبل أنفسهما.

وتقدم أن بعضها يرى في هذا النوع أن التعقب إنما هو على قائل اللفظ، حسبما ذكره في تعريفه بأبي سعيد أنه بمنجاة مما تعقبه عليه عبد الحق.

قال: لأنه تابع لأبي محمد في مختصره، والحق أنه واردٌ عليهما معاً.

وفي تقييدها الصقلي بقول سحنون في كتاب ابنه دون تقييدها بقولها في العتق الثاني قصوراً.

فيها: من أعتق ما في بطن أمته ولها زوج ولا يعلم بها حمل يوم عتقه، فلا يعتق إلا ما وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم العتق، كالمواريث، إذا مات رجل فولدت أمه من غير أبيه بعد موته ولداً، إن وضعت لسته أشهر من يوم موته لم يرثه، وإن كان لأقل ورث، ونحوه في أمهات الأولاد وغير موضع منها.

المشدالي: قد ظهر بما جلبناه من المختصر وجه الاعتراض على ابن الحاجب وعلى ابن يونس.

(1) تهذيب البراذعي: 2/518 و519.

قوله: (أما إن قام الغرماء بعد الوضع).

تحصيل مسألة المدوّنة: إما أن يقوم الغرماء قبل الوضع أو بعده، والدين، إما قبل العتق أو بعده، فالقبليّتان تباع اتفاقاً، والبعديتان تباع، ويعتق الولد. وفي بيعها قبل الوضع وبعد العتق قولان، وفي عكسه تباع الأم، فإن لم تف بالدين بيع الولد.

قيل: فمن وهب ما في بطن أمته لرجل، أو تصدق به عليه، أو أوصى له به ثم وهبها سيدها بعد ذلك لرجل آخر، أو أعتقها هو أو وارثه بعد موته؟ قال: فالعتق أحق، ويعتق جنينها، وتسقط هبته وغيرها⁽¹⁾.

قوله: (قيل...).

قلت: اختصرها لثلاثة أوجه:

الأول نقصان الجواب، وصرح به بعض المشاركة.

الثاني: أنه سأله عما لا يتوهم السؤال عنه - وهو الوصية - لأنه يصح فيها الرجوع؛ اتفاقاً، أو إجماعاً، فعتقه رجوع.

الثالث: أنه قال: (أعتقها هو أو وارثه)، أما هو فواضح، وأما الوارث؛ ففيه نظر، فكان القياس.

وهو قول أصبغ: الوقف حتى تضع⁽²⁾، ويكون الجنين للموصى له.

ويشهد له ما في أمهات الأولاد.

(1) تهذيب البراذعي: 519/2.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 185/12.

قلت: وظاهر المدوّنة أن هبة الجنين باطلة بعثق الأم، ولو حازها الموهوب له.

وصرّح به بعضُهم.

والصواب قول القابسي: إنها⁽¹⁾ تبطل الهبة إذا لم يحز الموهوب الأم، ولو حازها فلا عتق للجنين، وتوقف الأمة حتى تضع؛ ثم هي حرة. قاله ابن حبيب⁽²⁾.

وقوله في الكتاب: (أو أوصى به) ينبغي على قول ابن حبيب هذا أن يكون عتقهم موقوفاً؛ لأن الوصية بالجنين لا تحتاج إلى حوز.

قلت: وقال في العتبية - فيمن أوصى لرجل بما تلده جاريتها، فمات الموصي وهي حامل - : فالحمل للموصى له، وتوقف التركة حتى تضع، ثم يفعل فيهما أحكام التفرقة من الجمع؛ إما عند الموصى له، أو غيره⁽³⁾.

واختلف؛ إن أعتق الورثة الأمة وهي حامل، والثلاث يحملها؟

فقيل: يعتق جنينها بعثقها، وتبطل الوصية بالجنين، وهو الذي في المدوّنة.

وقيل: لا عتق لهم حتى تضع، وهو قول أصبغ.

وأما إن كان الثلث لا يحملها فعتقهم فيها جائز.

(1) في (ش): (أنها).

(2) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد: 185/12.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 301/13، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 442/11.

وإن وهب عبداً أو تصدق به على رجل أو أخدمه إياه حياته ثم أعتقه المعطي قبل حوز المعطى له جاز العتق وبطل ما سواه، علم المعطي بالهبة والصدقة أو لم يعلم⁽¹⁾.

قوله: (جاز العتق وبطل ما سواه).

هذه على خلاف أصل مالك، ولكنه روعي فيها قول أهل العراق⁽²⁾.

[أ/23]

وفي سماع أبي زيد في امرأة قالت: ثلث مالي لأبي، ثم قالت: ثلث مالي لأخي، وهي صحيحة.

قال: ثلث مالها لأبيها، ولا شيء عليها غيره، ولا شيء لأخيها؛ أرأيت لو قال الرجل: دابتي لفلان، ثم قال: دابتي لفلان صدقة؛ أن الأول أولى.

ابن رشد: "معنى قولها ثلث مالي لأبي؛ أي: هبة أو صدقة، فلذا لم ير للأخ شيئاً؛ لأنها تصدقت عليه بما تعين للأب، وحمل الثلث محمل الشيء المعين، يعطي لرجل ثم يعطيه⁽³⁾ بعده لغيره، والأظهر أن يكون لأخيها ثلث الثلث الباقيين من مالها.

ووجه قوله: أنه صدقها في أنها لم تعط لأخيها إلا ذلك الثلث بعينه، وإن كانت أعطته لأبيها⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 519/2 و520.

(2) المشدالي: يعني أن أصل مالك أن العطية تلزم بالقول، فلازمه أن يبطل العتق؛ لأنه لم يصادف محلاً، فراعى قول العراقيين أنها لا تلزم إلا بالقبض؛ لحرمه العتق.

(3) في (ش): (يعطي من).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 333/13 و334.

ولا يجوز على المكره عتق ولا بيع ولا شراء ولا وصية ولا نكاح ولا طلاق ولا شيء من الأشياء، وإكراه السلطان وغيره سواء (1).

قوله: (ولا شيء من الأشياء).

قلت - وصوبه شيخنا أبو عبد الله - : ظاهر المدونة هنا يوهم أن الإكراه ينفع فيما هو من الأيمان على حنث، والمشهور: لا (2).
وظاهرها أيضاً يرُدُّ قول غير واحد في باب القصر: إذا أكره المسافر على الرجوع أنه يتم (3).

وظاهرها - أيضاً - خلاف ما صرح به ابن الحاجب، وقرره ابن عبد السلام، وصرح به المازري - أوائل الرجوع عن الشهادة - أن المكره على القتل لا شيء عليه، فافهم (4).

(1) تهذيب البراذعي: 521/2.

(2) المشدالي: مسألة الإكراه على الحنث، فيها الحالف فيه على الحنث فالمشهور أنه حانث كما قال، وهو مذهب المدونة، وأما ما هو فيه على بر فالإكراه لا يوجب حنثاً، ومقابل المشهور أنه لا يحنث بالإكراه في الوجهين، وهو القياس عند كثير من الشيوخ، واستشكلوا القول المشهور، وتكلف بعضهم توجيهه بما لا يخفي ضعفه.

(3) المشدالي: قالوا في مسألة القصر: إن أكرهه غاصبٌ على الرجوع قصر، وهذا موافق لما هنا من أنه معذور بالإكراه، وأما إن ردته الريح؛ فقالوا: يتم، فلم يعذروه بالإكراه، وهذا هو الذي أشار إليه الوانوعي من أن ما هنا يرده، وفرق سحنون بين أن تردّه الريح إلى منزله فيتم، أو إلى موضع كان يُتمُّ فيه فيقصر. والتفريق بين الغاصب والريح لا يتجه.

(4) المشدالي: ما صرح به الحاجب من أن المكره يقتل كالمكره فهو نصّه في الجنایات، وأما المازري فقد صرح بذلك أيضاً في جوابه عن السؤال الثالث من الفصل الأول من

وإكراه الزوج زوجته إكراه بضرب أو بضرر، وإن افتدت منه بشيء على ذلك رده⁽¹⁾.

قوله: (وإن افتدت منه بشيء... المسألة).

قال بعضهم: ولو كان في الوثيقة طائعة غير مشتكية ضرراً، ولو أسقطت الاسترعاء في الاسترعاء؛ لأنها تقول: إنها أقررت بذلك لأتخلص منه⁽²⁾.

وإن قال لعبده: إن أديت إلي اليوم مائة دينار فأنت حر، فمضى اليوم ولم يؤد شيئاً فلا بد من التلوم له⁽³⁾.

قوله: (فلا بد من التلوم له).

في سماع أبي زيد فيمن تحمل بوجه رجل على أنه إن لم يأت به إلى أجل كذا؛ فالمال عليه، فلم يأت به إلى الأجل، ثم أتى به من الغد أن المال عليه⁽⁴⁾.
ابن رشد: هذا خلاف أصله في التلوم للمكاتب⁽⁵⁾.

كتاب الرجوع عن الشهادات.

لكن ما وقع هنا هام وهو يقبل التخصيص.

(1) تهذيب البراذعي: 521/2.

(2) المشدالي: هذا المعنى أشار إليه الشيخ أبو الحسن وقال عقبه: انظر: وثائق ابن القاسم.

ولعله عنه كنى ببعضهم. والله أعلم.

(3) تهذيب البراذعي: 524/2.

(4) قوله: (فلم يأت به إلى الأجل، ... عليه) ساقط من (ع).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 362/11 و363.

وفي العتبية - فيمن (1) حضرته الوفاة، وقال لرجل: خذ من عبدي فلان مائة ثم هو حر، أُنْتَجَمُ عليه؟ قال: لا، إلا أن يأمر بْتَنْجِيمِهَا.
ابن رشد: قال في هذه الرواية: لا تُنَجَّم، وفي عتقها الثاني إذا قال لأمته: أدي إلى ورثتي المسألة، أنها تنجم، فقيل: اختلافٌ، وقيل: لا، انظره (2).

قال مالك فيمن حلف في سفره بعق عبده إن فعل كذا، ثم قدم المدينة ففعله وحنث، ثم استغل العبد، ثم مات، فكاتبه ورثته وقبضوا بعض النجوم، وهم لا يعلمون بحنث صاحبهم، ثم قدمت بعد ذلك بينة علمت بيمينه، فإنه يقضى بعق العبد الآن، ولا رجوع له بغلة ولا كتابة (3).

قوله: (وقال مالك فيمن حلف في سفره).

(1) في (ع): (فمن).
(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 165/13 و166.
وزاد المشدالي بعده: لم يذكر ابن رشد الخلاف الذي أشار إليه الوانوغوي، وإنما بين أن الرواية ليست بخلاف للمدونة، فقال ما نصه: لم ير أن تنجم عليه المائة؛ لقوله: خذ، والظاهر من لفظ الأخذ للشيء أخذه مجتمعاً، فوجب حمله على ذلك، إلا أن يقترن به قرينة تدل على أنه لم يرد أخذ ذلك منه جميعاً، فتنجم عليه، كما لو أمر بالتنجيم.
فليس ذلك بخلاف لما في المدونة إذا قال لأمته: إن أديت إليّ أو إن أديت إلى ورثتي ألف درهم، أو أدد إلى ورثتي ألف درهم والثلث يحملها، أنها إذا أدت الألف درهم فهي حرة، ويتلوم لها السلطان على قدر ما يرى؛ لأن لفظ الأداء للشيء لا يقتضي في ظاهره أخذه مجتمعاً معاً، وبالله التوفيق.

انظره آخر سماع عيسى من المكاتب.

(3) تهذيب البراذعي: 525/2 و526.

قيل: هذه دليل على صدق⁽¹⁾ الأولى، ومحل الدليل من قوله: (استغل).
ولقائل أن يقول: إنها كلها دليل على الأولى.
ولا يقال: إنها أضعف من⁽²⁾ الأولى.

والدليل لا يكون أضعف من مدلوله؛ لأنه قال في الأولى: (لا شيء عليه)
مع كونه عالماً بالعتق، وقال هنا: (لا رجوع والورثة غير عالمين)، لكن القدر
المشترك بينهما الاستغلال والاستخدام، ولا عبرة بكونه عالماً أو لا؛ لأن العمد
والخطأ في أموال الناس سواء.

ومن أعتق عبداً من الغنيمة وله فيها نصيب، لم يجز عتقه⁽³⁾.

قوله: (ومن أعتق عبداً من الغنيمة لم يجز).
ظاهرة: ولو صار في نصيبه، وهو خلاف ما يأتي في الوارث.

ومن أعتق عبده، وللعبد على السيد دين، فله أن يرجع به على سيده إلا
أن يستثنيه السيد أو يستثنى ماله مجملاً، فيكون ذلك له؛ لأن العبد إذا
أعتق تبعه ماله⁽⁴⁾.

قوله: (وللعبد على سيده دين).
في المكاتب ما يناقضه⁽⁵⁾.

(1) في (ع): (صدر).

(2) في (ع): (على).

(3) تهذيب البراذعي: 526/2.

(4) تهذيب البراذعي: 528/2.

(5) المشدالي: وهي مسألة من كاتب عبده على أن يسلفه؛ فإنه قال: إن ذلك ليس بسلف،

والفرق أن ذمة السيد هنا عامرة قبل العتق، وهناك لا.

وزاد بعض المشاركة معارضة أخرى؛ قال: وقال في موضع آخر: من أخذ من عبده رهناً ليرهنه في دين يأخذه من رجل، ثم أعتق (1) العبد؛ لم يرجع العبد على السيد بها (2) أخذه منه، ويعد انتزاعاً، وحملها (3) على الخلاف.

وقال: في كل مسألة قولان، هل الذي أخذه منه قبل العتق انتزاع؟ أو لا؟ قال شيخنا أبو عبد الله: الفرق أنه في المؤاخذه في الرهن (4) لما كان من عوارض الرهن بيعها في المرهون به صار ذلك كالتصريح بالانتزاع، بخلاف مسألتنا (5).

وقول أبي الزناد: وفاق.

إن مثل بعبد لابنه الصغير؛ فإنه يعتق عليه إن كان ملياً، ويغرم قيمته للابن، فإن قطع أنملة من أصبع عبده عمداً، أو حرق شيئاً من جسده

وإن ذلك انتزاع، وكأنه وعده أن يرد ذلك عليه، فقال اللخمي وغيره: فعلى هذا لا يتبع العبد السيد في مسألة العتق هذه، والسيد بالخيار بين أن يعيد لك أو لا يعيده. انظره.

(1) في (ع): (عتق).

(2) في (ع): (مما).

(3) في (ع): (وحملها).

(4) قوله: (في الرهن) يقابله في (ش): (للرهن).

(5) المشدالي: ويؤيده قوله في الرهون، فيمن رهن أمة عبده أنه ليس له أن يطأها.

قال غير واحد: لأن ذلك تعريض للانتزاع.

وقال محمد: إن ذلك انتزاعٌ وإن رهنها معاً.

بالنار على وجه العذاب، أو أخصاه، قال ربعة: أو قطع حاجبيه، قال مالك: أو سحل أسنان أمته بالبرد أو قلعهما على وجه العذاب، فهي مثلة يعتق بها⁽¹⁾.

قوله: (إن كان ملياً).

مفهومه: لا يعتق عليه إن كان معسراً، لكن يكون عليه ما نقصه؛ يتبع به. قال بعضهم: جعل هنا الأنملة توجب العتق، وفي العيوب في الوحش ليس عيباً.

قلت: وفي الظهار مغتفر.

قوله: (أو قلعهما).

الضمير للإنسان؛ فهل يدل على أن الواحدة ليس بمثلة؟ كقول أصبغ⁽²⁾.

أو يقال: كذا وقع في السؤال، فلا مفهوم له، والواحدة والجمع سواء، وهو أولى.

إن مثل بمكاتبه عتق عليه، وينظر في جرحه لمكاتبه، أو قطع جارحة منه، فيكون عليه من ذلك ما يكون على الأجنبي، ويقاَض بالأرث في الكتابة، فإن ساواها عتق، وإن أنافت عليه الكتابة عتق، ولا يتبع ببقيتها، وإن أناف الأرث عليها أتبع المكاتب سيده بالفضل وعتق عليه⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 528/2 و529.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 394/12.

(3) تهذيب البراذعي: 529/2.

قوله: (فإن ساواها عتق).

قلت لشيخنا - وصوبه - : هذا مشكل، تقريره: أن عتقه عليه بالمثلثة إما أن يكون مبطلاً للكتابة، فلزم ألا يتقاصاً، وهذا باطل لقوله: (يقاصه بالأرش)، فإن تساويا عتق، ولا مطالبة لأحدهما على الآخر.

وإن لم يكن مبطلاً للكتابة؛ لزم أن يتبعه السيد إذا كان الأرش أقل من الكتابة، وهو باطل أيضاً لقوله: (إن نافت عتق ولا يتبع بشيء).

فقال (1): الجواب أعطى له حكماً بين حكمين، فأبطلها إن زادت، لا (2) العكس.

ولم يتكلم في المدونة على ما إذا جرحه جرحاً لم يمثل به، وتكلم عليه اللخمي (3).

وفي بعض حواشي المدونة معنى ما في الكتاب أنه جرحه جرحاً لم يمثل به.

ومن أجر أو أخدم عبده سنة، ثم أعتقه قبل السنة، لم يعتق عليه حتى تمضي السنة (4).

قوله: (لم يعتق حتى تمضي السنة).

قلت: في نوازل سحنون من الولاء ما يخالف ما هنا، صرح بذلك ابن

(1) في (ع): (فقلت).

(2) قوله: (لا ساقط من (ع)).

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3858.

(4) تهذيب البراذعي: 530/2.

رشد، وذئله بمسألة الشيوخ المشهورة⁽¹⁾.

وإن مات السيد قبل السنة لم تنتقض الإجارة والخدمة بموته، ويعتق العبد بعد السنة من رأس ماله، إلا أن يترك المستأجر أو المخدم للعبد بقية الخدمة، فيعجل عتقه⁽²⁾.

قوله: (إلا أن يترك المستأجر...) إلى آخره.

نحوه في سماع ابن القاسم - فيمن أخدم عبده رجلاً عشر سنين ثم هو حر، فوهب المخدم الخدمة للعبد، أو باعها منه - : فإنه يخرج حرّاً

(1) المشدالي: قال في التاسعة عشر من نوازل سحنون من الكتاب المذكور: من أجر عبده ثم أعتقه فإن الكراء للعبد يرجع على السيد، فيأخذه منه إذا عتق. ابن رشد: هذا خلاف ظاهر ما في العتق الثاني من المدونة أن العتق إنما يقع بعد أمد الإجارة، كالعتق إلى أجل، والإجارة للسيد.

وقال أشهب: يحلف بالله ما أراد عتقه إلا بعد انقطاع أمد الإجارة، فإن نكل كانت الإجارة للعبد.

وعلى هذا يختلف فيمن أكرى داره للعام ثم باعها قبل تمام العام؛ فقيل: إن البيع ينعقد فيها من يوم عقده، ويجب للمشتري من حينئذ، ويأخذ كراء بقية العام.

وقيل: البيع فاسد إلا أن يستثنى البائع بقية المدة، وهذا إذا علم المشتري بالكراء، وأما إذا لم يعلم بالكراء له، وهو عيب؛ إن شاء أخذ الدار على ذلك، وإن شاء ردّها.

وقيل: إن الدار لا تجب له إلا بعد انقضاء أمد الكراء، ولا شيء له في الكراء إلا أن يشترطه؛ فيجوز في قول، ويفسد البيع في قول، فإن لم يعلم المبتاع بالكراء على هذا

القول فهو عيب؛ إن شاء أن يلتزم الدار على أنه لا شيء له في الكراء، وإن شاء ردها. المشدالي: انظر استيفاء نقل المسألة في ترجمة وثيقة في كراء دار من الطرر. والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 530/2.

اتفاقاً(1).

وفي نوازل سَحْنُون - فيمن حبس غلامه على رجل عشرين سنة، فأراد المحبس عليه أن يقاطع الغلام على شيء يأخذه منه، ويضع عنه الخدمة - : ليس له ذلك إلا بإذن السيد.

ابن رشد: لأنه إنما حبس عليه الخدمة، فلا حق له في ماله حتى تجوز له المقاطعة عن (2) الخدمة (3) بشيء منه (4).

ومن حاز صغيراً حيازة الملك وعرفت حيازته له وخدمته إياه، ثم كبر فادعى الحرية؛ فلا قول له، وكذلك إن ادعى الحرية في صغره وقد تقدم له فيه حوز وخدمة؛ فهو له عبد، وإن كان إنما هو متعلق به، ولم يعلم له فيه حوز، فالصبي مصدق (5).

قوله: (ومن حاز صغيراً...) المسألة.

بخمسة شروط:

- وضع اليد.

- وأن ينسبه لنفسه.

- ولا منازع له.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 211/12.

(2) لعلها: (علي) كما في البيان.

(3) زاد بعده في (ع) قوله: (حتى).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 303/12.

(5) تهذيب البراذعي: 530/2.

- ويتصرف تصرف المالك.

- وطول المدة.

قلت: أربعة تؤخذ من المدونة، والطول ذكره ابن سهل.

قلت: قال ابن لبابة: ولابن غالب، وابن وليد في يهودي ادعى في غلام خدمه أنه مملوك، وادعى الغلام أنه إنما خدمه على أنه حر، وأنه لما أراد الخروج عنه أمسكه حتى صاح وأخرجه القاضي من عند اليهودي، وادعى اليهودي⁽¹⁾ أنه اشتراه من يهودي آخر بطليطلة منذ أربع⁽²⁾ سنين.

الجواب: أن يؤجل الغلام فيما ادعى من شبهة⁽³⁾ ما رجي له شيء ويستأنى، فإن ظهر عجزه، وطلب الغلام يمين اليهودي أنه لم يكن عنده على معنى الخدمة بالحرية؛ حلف له⁽⁴⁾ اليهودي، وباعه القاضي ودفع ثمنه لليهودي؛ لأن العبد مسلم.

ابن سهل: في عتقها... فذكر هذه المسألة.

قال: وكان يجب أن يكون جواب الشيوخ على ما في المدونة، فيقولوا: إن كانت خدمة الغلام له⁽⁵⁾ معلومة الأعوام التي ذكرها⁽⁶⁾ اليهودي؛ [23/ب]

(1) قوله: (وادعى اليهودي) ساقط من (ش).

(2) في (ع): (أربعة).

(3) في (ع): (نسبته)، وفي الإعلام بنوازل الأحكام: (بينته).

(4) قوله: (له) زيادة من (ع).

(5) قوله: (له) زيادة من (ع).

(6) زاد بعده في (ع): (وآجر).

صدق اليهودي مع أنه لا يخفي خبره⁽¹⁾ عن الجيران أنه ابتاعه.

وفي كتاب ابن سحنون وغيره: من أجر إنساناً من آخر، ثم قال⁽²⁾: أنا حر⁽³⁾؛ صدق، ألا ترى لو كان يخدمه، وقال: أنا حر؛ صدق؛ لأن الخدمة ليست إقراراً بالرق، إلا أن تطول الخدمة حتى يخرج عن حد الإجارة، وهذا يبين ما في المدوَّنة، وإنما ذلك في الخدمة الطويلة، والمدة البعيدة⁽⁴⁾.

قلت: الصواب في هذه النازلة: أنه إن ادعى حرية الأصل؛ فالقول قول الغلام، ويؤجل اليهودي في إثبات ما ادَّعاه من الشراء. وإن ادعى حرية العتق، فكما قال ابن سهل⁽⁵⁾.

وإن قام شاهد عدل للزوجة بالطلاق أو للأمة بالعتق، أو شهدت بذلك امرأتان ممن تقبلان في الحقوق للزوجة والأمة، مثل أن لا يكونا من الأمهات أو البنات أو الأخوات أو الجدات أو العمات أو الخالات، أو من هو منها بظنة، وهذا بخلاف غيره من الحقوق، فإنه لا يحلف العبد ولا المرأة مع الشاهد ولا مع المرأتين، ولكن يحلف الزوج والسيد، ويوقف الزوج عن امرأته، والسيد عن عبده وأمته حتى يحلف⁽⁶⁾.

(1) في (ع): (ذلك).

(2) زاد بعده من الإعلام بنوازل الأحكام: (الأجير).

(3) قوله: (أنا حر) يقابله في (ع): (الأجير).

(4) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 460 و461.

(5) في (ش): (يونس). وزاد المشدالي بعده: يريد عتق المدعي. والله أعلم.

(6) تهذيب البراذعي: 535/2.

قوله: (إذا قام شاهد للزوجة بالطلاق أو للأمة بالعتق⁽¹⁾...) المسألة.

استدل به المازري على عدم ثبوت الصدقة والحبس بشاهد واحد على المساكين؛ قال: فكما لا تصح اليمين في العتق والطلاق، فكذا من المساكين⁽²⁾، فعدم انحصارهم، فوجب⁽³⁾ يمين المشهود عليه، فإن نكل فعلى الروايتين المذكورتين في الطلاق.

قوله: (بخلاف غيره من الحقوق).

يحتمل الحقوق التي يجوز فيها شهادة الأخوات، أو⁽⁴⁾ الحقوق التي يحلف فيها المدعي مع شاهد.



(1) قوله: (للزوجة بالطلاق أو للأمة بالعتق) يقابله في جميع المخطوطات التي بين أيدينا: (بالعتق والطلاق).

(2) قوله: (قال: فكما لا تصح اليمين في العتق والطلاق فكذا من المساكين) ساقط من (ع).

(3) في (ش): (فرجع).

(4) في (ع): (و).



كتاب المدبر

كتاب المدبر

والتدبير لازم لموجهه على نفسه في يمين، أو بغير يمين، فمن قال: إن اشتريت هذا العبد فهو مدبر فابتاع بعضه فذلك البعض مدبر ولشريكه أن يقاويه. قال سحنون: أو يقوم عليه أو يتماسك، لأنه يقول: لا أخرج عبدي من يدي إلى غير عتق ناجز. قيل: فمن قال في صحته لعبده: أنت حر يوم أموت، قال: قال مالك فيمن قال في صحته لعبده: أنت حر بعد موتي، فأراد بيعه أنه يسأل فإن أراد وجه الوصية صدق وباعه أو رجع عن ذلك إن شاء، وإن أراد التدبير صدق ومنع من بيعه. قال ابن القاسم: وهي وصية أبداً حتى يتبين أنه أراد التدبير. وقال أشهب: إن قال هذا في غير إحداث وصية لسفر أو مما جاء أنه لا ينبغي لحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة، فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته⁽¹⁾.

الفرق بين ما هنا، وأول عتقها الأول؛ ما أشار إليه من الحجة.

قوله: (قيل).

اختصرها لإشكال الثانية - ولذا اختلف الأسيخ فيها - ولضعف القياس؛ لأنه لا يلزم من كونه وصية في الثانية كونه كذلك في الأولى؛ لأن (اليوم) يحتمل أن يكون مقصوداً، فيكون معتقاً إلى أجل، ولا رجوع له فيه.

(1) تهذيب البراذعي: 539/2 و540.

وإن قال له: أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر، فهو من الثلث، ويلحقه الدين⁽¹⁾.

قوله: (فهو من الثلث).

لا يُبان في هذا الكلام؛ هل هو تدبير، أو وصية؛ لأن كونه من الثلث عرض عام للوصية والتدبير، ولهذا اختلف فيها ابن يونس؛ وغيره.

وما ولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده فبمنزلتها، والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث، ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة. وإن دبر حاملاً فولدها مدبر⁽²⁾.

قوله: (فولدها بمنزلتها).

نحوه في الوصايا.

قلت للشيخ: يؤخذ من هنا أن من أعار لرجل فرساً مدة، أن المستعير يستخدم ما تلده الفرس.

فقال: صواب؛ إلا إذا كان العرف بخلافه.

قوله⁽³⁾ هنا، وفي غير موضع: (له انتزاع مال المدبر ما لم يمرض) واضح.

وزيادة ابن الحاجب: (الفلس)⁽⁴⁾ معترضة...

(1) تهذيب البراذعي: 540/2.

(2) تهذيب البراذعي: 542/2.

(3) في (ع): (قلت من).

(4) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 793.

يقوم المدير وأم الولد والمعتق إلى أجل في جراحهم وأنفسهم قيمة عبد⁽¹⁾.

قوله: (قيمة عبد).

خلافه في أمهات الأولاد، والفرق ما أشار إليه في المدونة هناك.

ولو أن مدبرة بين رجلين وطئها أحدهما فحملت، فإنها تقوم عليه، وتصير أم ولد إذ ذلك أكد لها، وقاله جميع الرواة⁽²⁾.

قوله: (وطئها أحدهما فحملت).

مفهومه أنها إن لم تحمل لا تقويم، وصرح به أبو إسحاق⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 544/2.

(2) تهذيب البراذعي: 547/2.

(3) هو: أبو إسحاق، إبراهيم بن حسن التونسي، المتوفى سنة 443هـ، تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي عمران الفاسي، ودرس الأصول على الأزدي، كان جليلاً، فاضلاً، أخذ عنه عبد الحق، وابن سعدون، وعبد العزيز التونسي، وابن أبي جامع وغيرهم، وبه تفقه عدد من أهل إفريقية، قال عياض: وله شروح حسنة وتعاليق مستعملة متنافس فيها على كتاب ابن المواز والمدونة.

قال محمد الأمين (عرفات):

والتونسي يُدعى بإبراهيماً قَسَمَ أَهْلَ شَيْعَةٍ تَقْسِيماً
لِكُلِّ قِسْمٍ مِنْهُمْ قَدْ بَيَّنَّا حُكْمًا عَلَيْهِ فَلِذَاكَ امْتَحِنَا
فِي خَامِسِ الْقُرُونِ الْامْتِحَانُ (حَلْ) وَالْمَوْتُ بَعْدَ خَمْسَةِ الْأَعْوَامِ حَلْ
لَهُ تَعَالَيْتُ عَلَى مَا دَوَّئْتُهُ سَلِيلٌ مَوَازٍ وَبِالْمُدَوَّئَةِ

وإذا ارتد السيد ولحق بدار الحرب أوقفت مدبريه إلى موته كماله، ولا يعتقون إلا بعد موته⁽¹⁾.

قوله: (لا يعتقون إلا بعد موته).

يريد: من ثلثه.

واعترض: بأنه لا ثلث له؛ لأن ماله قد صار للمسلمين.

الجواب أنا لا نسلّم أنه لا ثلث له⁽²⁾؛ لأنه إنما نعتبر ثلثه يوم عقد التدبير؛ لأنه عقد لازم، وقد ثبت أن الورثة لا شيء لهم من المال إلا بعد خروج المدبر من الثلث.



فقّه بابن عابد الرحمن كذاك بالفاسي أبي عمران

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 58/8، والديباج، لابن فرحون: 269/1، وشجرة النور، لمخلوف، ص: 108، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 20، 38، 86.

(1) تهذيب البراذعي: 549/2.

(2) قوله: (لأن ماله قد صار للمسلمين، ... ثلث له) ساقط من (ع).



كتاب المكاتب

كتاب المكاتب

قلت: في تصور المباح من أقسام الكتابة نظر؛ لما تقرر في الأصول.
وقبل الصقلي استدلال عبدالحق على عدم وجوبها بأنه لما لم يجب كل من
البيع والعتق لم تجب؛ لأنها إما بيع أو عتق، وفيه نظر؛ لأننا لا نسلم عدم وجوبها
لعدم وجوبها مفردين؛ لأن للهيئة⁽¹⁾ الاجتماعية ما ليس للمفردين.
ولقائل أن يقول: ليست هي من هذا المعنى، وإنما هي من باب تعارض
موجب، وهو العتق، وسقط وهو البيع.

وإن أوصى أن يكاتب عبده ولم يسم شيئاً كوتب بقدر كتابة مثله في
أدائه وخراجه، وإن كاتبه على قيمته جاز، وينجم عليه الوسط من
قيمه⁽²⁾.

قوله: (الوسط من قيمته).

العتبي: لا وسط للقيمة، فكيف تُنجم؟

الجواب: لا نسلم عدم تصور الوسط؛ لأننا نعقل أعداداً ثلاثة؛ ستين
وأربعين وعشرين، فنجم الوسط وهو أربعون.

(1) في (ش): (للينة).

(2) تهذيب البراذعي: 552/2.

وإذا كان عبد بين رجلين كاتبه معاً، لم يجز لأحدهما أن يقاطعه على حصته إلا بإذن شريكه⁽¹⁾.

قوله: (لم يجز لأحدهما أن يقاطعه).

نحوه في الصلح⁽²⁾.

قال شيخنا: لا يتخرج هنا⁽³⁾ قول الغير؛ لأنه هناك صالح بغير إذن الشريك.

قال ربيعة: قطاعة الشريك بخلاف عتقه لنصيبه في العبد، ولكنه كسواء العبد نفسه⁽⁴⁾.

قوله: (قال ربيعة).

أبو عمران: وفاق⁽⁵⁾ يدل عليه مسألة العتق الأول في العبد يشتري نصفه من أحد السيدين⁽⁶⁾.

وللمكاتب تعجيل المؤجل من كتابته⁽⁷⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 555/2.

(2) انظر: المدونة (زايد): 407/7 وما بعدها، و(السعادة/صادر): 367/11 وما بعدها، و(العلمية): 382/3، وما بعدها.

(3) قوله: (هنا) ساقط من (ع).

(4) تهذيب البراذعي: 557/2.

(5) في (ع): (بوفاق).

(6) في (ع): (الشريكين).

(7) تهذيب البراذعي: 557/2.

قوله: (وللمكاتب تعجيل المؤجل).

قلت: إن كان عيناً فواضح، أو عرضاً ففيه نظر، لكن لما لم تكن الكتابة محض بيع؛ أجريت مجرى القرض.

ومن كاتب عبده على نفسه وعلى عبد للسيد غائب، لزم العبد الغائب وإن كره؛ لأن هذا يؤدي عنه ويتبعه إن لم يكن ذا قرابة له ممن يعتق على الحر بالملك، وتلزم الغائب الكتابة⁽¹⁾.

قوله: (وعلى عبد غائب للسيد).

ابن العطار: إذا كاتب الرجل عبدين له؛ أحدهما غائب والآخر حاضر، والحاضر هو العاقد: جاز، ولزم الحاضر أداء الجميع، ويرجع على الغائب إذا قدم، فإن قدم ولم يرض بالكتابة لم يجبر على السعاية، وإذا أدى الحاضر الجميع عُتِقَ معاً، ويرجع⁽²⁾ على الغائب بما أدى⁽³⁾.

ابن الفخار: لم تقع المسألة كذا في المدوِّنة، وقوله إذا تأملته فيه تناقض؛ لأنه إذا قدم الغائب ولم يرض؛ لم يجبر على السعاية، فإن أدى رجع عليه الحاضر، وهذا وهم منه؛ لأنه لم يلزمه أولاً السعاية⁽⁴⁾، وألزمه الرجوع إذا أدى⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 559/2.

(2) في (ش): (و رجع).

(3) قوله (بما أدى) يقابله في (ش): (أداه)، وانظره في: الوثائق، لابن العطار: 261.

(4) في (ع): (للسعاية).

(5) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 515.

قلت: وفي العتبية - فيمن قال لعبدین له: إن جئتني بهاتين؛ فأتها حران
 إن رضيتها، فقال أحدهما: لا أرضى، وقال الآخر: أنا أرضى، وأدفع المائتين -
 كانا حرين، ولو كره أحدهما، ويتبع الذي أدى على الذي لم يؤد.
 ابن رشد: مثله هنا، وهذا على أن السيد يجبر عبده على الكتابة، وفيه
 خلاف (1).

إن مات المكاتب وترك مالاً وعليه دين فغرماءه أحق بماله، ولا
 يحاصُّهم السيد بما قاطعه به كما يحاصُّهم (2).

قوله: (ولا يحاصُّهم السيد بما قاطعه به).
 ظاهره: تقدّم الدّين على القطاعة، أو تأخر.
 قيل: هذا إن تقدم، ولو تأخر حاصّ؛ لأنها دين؛ لأنه حرٌّ.
 قال شيخنا: هذا وهم؛ بل لا يكون حرّاً إلا بأدائها.

قال ابن شهاب: وإن كوتب وعليه دين كتّمه، فإن كان ديناً يسيراً؛ بدأ
 بقضائه قبل أداء الكتابة، وأقر على كتابته، وإن كان ديناً كثيراً يحبس
 نجومه؛ خيّر سيده بين فسخ الكتابة أو تركه حتى يقضي دينه، ثم
 يستقبل نجومه (3).

قوله: (فإن كان ديناً يسيراً).

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 336/14.

(2) تهذيب البراذعي: 562/2.

(3) تهذيب البراذعي: 563/2.

قال شيخنا: أطلقها غير واحد من الشيوخ، ولم يقيدوها بحلول الأجل ولا بعدمه⁽¹⁾.

ولم يفصل في المدونة إلا في نفس الدين، وكان شيوخنا يعتبرون ذلك، فيقولون: لا بد من النظر في الأجل، فإن حل فيسير الدين كثير، وإن لم يحل - وهو بعيد - فكثير الدين يسير.

قلت: والإنصاف أن بعض المشاركة أشار إلى تقييدها بقوله: (إن حل لم يجز)، وظاهره؛ يسيراً كان أو كثيراً.

وإن لم يحل، وكان منجماً، فإن قدر على أداء كل نجم منه مع نجوم الكتابة؛ جازت الكتابة، وإلا لم تجز.

وليس للمكاتب أن يتزوج - وإن رآه من وجه النظر - أو يسافر إلا بإذن سيده، اشترط عليه ذلك السيد أم لا، إلا ما قرب من السفر مما لا ضرر فيه، لحلول نجم أو غيره، فذلك له⁽²⁾.

قوله: (لحلول نجم أو غيره).

معنى غيره: هو حلول بعض النجم، فإنه كالعدم.

قال ربيعة: للسيد فسخ الكتابة في بعيد السفر بحكم الإمام، وإن نكح فرق بينهما وانتزع ما أعطاهما⁽³⁾.

(1) في (ع): (عدمه).

(2) تهذيب البراذعي: 563/2.

(3) تهذيب البراذعي: 563/2.

قوله: (وانتزع ما أعطاهما).

ظاهره: لا يترك لها إلا ربع دينار.

وفي النكاح⁽¹⁾ خلافه إلا إذا قيدت بعدم الغرور.

والمكاتب إذا أعانه قوم في كتابته بمال، فأدى منه كتابته وفضلت فضلة، فإن أعانوه بمعنى الفكك لرقبته لا صدقة عليه، فليرد عليهم الفضلة بالحصص، أو يحللوه منها⁽²⁾.

قوله: (ويحللوه منها).

ظاهره: يسيرة، أو كثيرة، وقيدت بالكثيرة.

ويشهد له ما في قذفها⁽³⁾ والجهاد⁽⁴⁾.

وأشار إليه المازري وغيره في القراض⁽⁵⁾.

(1) انظر: المدونة (زايد): 3/349، و(السعادة/صادر): 4/201، ونصها: (قلت: أرأيت إذا تزوج العبد بغير إذن سيده أ يكون المهر في رقبة العبد أم لا؟ قال: لا يكون في رقبته، ويأخذ السيد المهر الذي دفعه العبد إليها، وكذلك قال لي مالك، إلا أن يترك لها قدر ربع دينار).

(2) تهذيب البراذعي: 2/564.

(3) المشدالي: ما في القذف هو قوله: (ومن دفع إلى امرأته نفقة سنةٍ وكسوتها، ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو شهرين، فليرد بقية النفقة بقدر ما بقى من السنة، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر، ولا تتبع المرأة فيها بشيء).

(4) المشدالي: ما في الجهاد هو قوله: (وما فضل معه بعد أن يرجع إلى بلده من طعام، فقال ابن القاسم وسالم: يأكله، وكرها بيعه. قال مالك: يأكل القليل، ويتصدق بالكثير).

(5) المشدالي: ما أشار إليه المازري وغيره في القراض فهو قولهم في العامل إذا رجع من

سئل ابن رشد عمَّن وهب عبداً له في فداء أسيرين، فخرج ولي أحدهما [24/أ] ووكيل ولي الآخر، فلما وصلا وبحثا لم يجدا⁽¹⁾ إلا أسيراً واحداً، ولم يجدا للآخر خبراً، ففدى الأسير الموجود بجميع العبد، ثم قدم فطالبه ولي الأسير الثاني بنصف قيمة العبد الموهوب لهما؛ فهل له المطالبة بنصف قيمة⁽²⁾ العبد ويتحصَّان في الإنفاق عليه؟

وإن ثبت ذلك؛ فهل يقوم يوم الهبة أو يوم الخروج به⁽³⁾ للفداء أو يوم دفعه في الفداء؟

وهل يرجع العبد أو نصفه للواهب لعدم وجود الأسير الآخر؟ أم لا؟
 الجواب: يلزم ولي الأسير الذي فدى بجميع العبد نصف قيمة العبد يوم الفداء، فتكون موقوفة مهما رجي وجود الأسير الآخر وافتكاكه به.
 فإن أيس من ذلك؛ كانت للواهب، إن قال: أنه لم يهب للأسير، وإنما أراد فكه به من الرق، ويستحب له أن يجعله في أسير غيره.
 وإن قال أنه وهب ذلك للأسير ورث عنه؛ ويتبع ولي الأسير بما غرم من نصف قيمة العبد الأسير الذي فداه⁽⁴⁾.

سفره وعليه كسوة فأراد رب المال أخذها: "إن كانت الكسوة باليةً فليس له أخذها"، وكذلك الغرارة والإدارة.

(1) قوله: (لم يجدا) يقابله في (ع): (فلم يجدا).

(2) قوله: (قيمة) ساقط من (ع).

(3) قوله: (به) زيادة من (ع).

(4) انظر: مسائل ابن رشد: 2/929 و930.

وإن مات مكاتباً أخذ المتمسك مما ترك ما بقي له، وكان باقي ما ترك بينهما، فلو كان ذلك عتقاً لكان ما ترك للمتمسك بالرق خاصة، ولكان يُقَوِّم على المعتق ما بقي من الكتابة، وكان من ترك مكاتباً وورثه بنون وبنات فأعتق البنات حصتهن، أن لهن ولاء نصيبهن منه، وهن لا يرثن من ولاء المكاتب شيئاً، وإن أعتقن نصيبهن، وإنما يرث ولاءه ذكور ولد سيد المكاتب أو عصبته من الرجال(1).

قوله: (فلو كان ذلك عتقاً...) إلى آخره.

للخصم منعه، ومنع الحكم في الأصل، ويقول: ذلك عتقٌ صريحٌ، وتنتفي حيثئذ هذه اللوازم كلها.

قوله: (وهن لا يرثن...) المسألة.

قال بعض المشاركة: للخصم أن يفرق بين الموضعين؛ بأن الورثة لم يملكوا هنا من المكاتب إلا الكتابة خاصة، وهو المانع هنا من أن يكون عتقاً بخلاف الموضع الأول.

وإذا ولدت المكاتبه بنتاً ثم ولدت ابنتها بنتاً أخرى، فزنت البنت العليا فأعتقها السيد، جاز عتقه، وسعت الأم مع السفلى. ولو وطئ السيد البنت السفلى فأولدها فولدها حر، ولا تخرج من الكتابة وتسعى معهم، إلا أن ترضى هي وهم بإسلامها للسيد فيحط عنهم حصتها من

(1) تهذيب البرادعي: 565/2.

الكتابة وتصير حيثئذ أم للسيد. قال سحنون: إذا كان معها في الكتابة من يجوز رضاه⁽¹⁾.

قوله: (إذا كان معها في الكتابة من يجوز رضاه).

ظاهرة: احترازاً من الصغير والسفيه، وصرح به بعضهم.

قال شيخنا: ومعناه عندي إذا كان له مال مأمون، وهو الذي لا يعجز نفسه، وفي كلام الصقلي وعياض إشارة إليه.

قال مالك: ولا تباع رقبة المكاتب وإن رضي؛ لأن الولاء قد ثبت لعاقده الكتابة. قال ابن القاسم: فإن بيعت رقبته ولم يعجز رد البيع ما لم يفت بعث فيمضي وولاؤه لمن أعتقه⁽²⁾.

قوله: (فإن بيعت رقبته).

يقوم منه⁽³⁾ أن من اشترى مكاتباً أو مدبراً، فأعتقه عن ظاهره، أو غيره من الكفارات أنه يجزئه، ومحمل ما وقع في المدونة من عدم الإجزاء في مكاتب نفسه ومدبره. قاله أبو عمران.

انظر في سماع أصبغ من العتق⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 567/2.

(2) تهذيب البراذعي: 567/2.

(3) في (ع): (من هنا).

(4) المشدالي: هي في الرابعة من رسم المدبر والعتق منه، وقد كتبه في مختصر البيان. والله أعلم.

ولا يجوز للمأذون أن يعتق عبداً له، أو يكتبه إلا بإذن سيده⁽¹⁾.

قوله: (لا يجوز للمأذون).

هنا⁽²⁾ أمور يجب ضبطها؛ المأذون، والمديان، والأب، والوصي، والمرضى، والمكاتب، والذمي، والشريك.

ابن رشد في سماع يحيى: لا يكتب العامل عبداً من مال القراض إلا بإذن رب المال؛ لأن الكتابة ليست من ناحية التجارة، يبيّن ذلك قوله في المدوّنة هنا: (لا يجوز للمأذون... المسألة⁽³⁾).

ولو كاتب هذا حصته، ثم كاتب الآخر حصته، ولم يتشاورا؛ لم يجز ذلك؛ إذ لم يكتابه جميعاً كتابة⁽⁴⁾.

قوله: (ولو كاتب هذا حصته).

قلت: ونص المسألة في سياق بعضهم: (ولو كاتب هذا حصته، ثم كاتب الآخر حصته بغير إذن شريكه ولم يعلم أحدهما بكتابة الآخر لم يجز)؛ قال هذا الشيخ.

فقد صرح ابن القاسم بذكر وصفٍ؛ وهو عدم العلم، فإذا منع مع عدم العلم، فأحرى معه؛ لاحتمال أن يقول: علم كل منهما بما فعل الآخر قرينة في الاستبداد الموجب للفساد.

(1) تهذيب البراذعي: 569/2.

(2) قوله: (هنا) ساقط من (ع).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 380/12.

(4) تهذيب البراذعي: 570/2.

وأطلق غيره في الجواز من غير تعرضٍ لهذا الوصف، فيحتمل أن يرى شرط الاستبداد غير معتبر، ثم يقضيان معاً.

فإن قلت: قد اتفقاً على اعتباره في قسمة الدين على رجل، وجعلاً من (1) ذلك مانعاً من دخول أحدهما على الآخر فيما اقتضاه.

قلت: الاتحاد هناك، والافتراق لا يوجب فساد المعاملة التي ترتبت في الذمة، فصح اشتراطه.

وقسمة (2) الدين بعد ثبوته، وافتراقهما في هذه المسألة موجب لفساد الكتابة، وفسادها مبطل لتقاضيهما فيكون كفر كَرَّ على أصله بالبطلان.

وإن كاتب المكاتب عبده فعجز المكاتب الأعلى، أدى المكاتب الأسفل إلى السيد الأعلى، وكان له ولاؤه إن أعتق، ثم إن أعتق المكاتب الأعلى بعد عجزه، لم يرجع إليه ولاء الأسفل ولا شيء مما أدى إلى السيد؛ لأنه حين عجز صار رقيقاً، وصار ماله وما على مكاتبه للسيد (3).

قوله: (لأنه حين عجز صار رقيقاً).

هذا كله جار على أن عجزه انتزاعٌ.

وتقرير المعارضة لما في أمهات الأولاد.

والجواب واضح لمن له فهم دقيق، ولولا الإطالة لجلبناه.

(1) قوله: (من) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (وقيمة).

(3) تهذيب البراذعي: 571/2.

ومن كاتب عبده، وأخذ منه عندما كاتبه رهناً يغاب عليه، فضع بيد السيد؛ فإنه يضمن قيمته، فإن تساوت الكتابة؛ عتق مكانه، وكانت قصاصاً⁽¹⁾.

قوله: (رهناً يغاب عليه).

زاد (م)⁽²⁾: يملكه، ولا يحتاج لهذه الزيادة، فإن قوله: (يكون انتزاعاً) يستلزم كون الرهن ملكاً للعبد؛ لأنه لا ينتزع مال العبد⁽³⁾.

وإن أفلس السيد أو مات نظرت إلى الرهن، فإن كان في عقد الكتابة بشرط؛ فهو انتزاع ولا يحاص به المكاتب غرماء السيد، كما لو كاتبه على أن أسلف سيده دنانير أو باعه بيعاً بثمن مؤجل فذلك انتزاع ولا يحاص به⁽⁴⁾.

قوله: (على أن أسلف سيده... المسألة).

معارضة اللخمي⁽⁵⁾ وغيره هنا معلومة⁽⁶⁾.

ولا ينبغي للمكاتب أن يشتري ولده أو أبويه إلا بإذن سيده، فمن ابتاع بإذن سيده ممن يعتق على الحر بالملك دخل معه في الكتابة، وجاز

(1) تهذيب البراذعي: 576/2.

(2) قوله: (م) زيادة من (ش).

(3) في (ش): (الغير).

(4) تهذيب البراذعي: 576/2.

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4015.

(6) المشدالي: تقدمت في العتق الثاني عند قوله: (وللعبد على سيده دين)، فانظره.

بيعهم وشراؤهم وقسمتهم بغير إذنه، ولا يبيعهم في عجزه، وإذا عجز وعجزوا رقوا كلهم للسيد⁽¹⁾.

قوله: (ولا يبيعهم في عجزه).

ابن العطار: له ذلك⁽²⁾.

ابن الفخار: هذا خطأ؛ لقولها هنا⁽³⁾.

وإذا ولد للمكاتب من أمته ولدان واتخذ كل منهما أم ولد وأولدها إلا أن أولادهما هلكوا ثم مات الجد، فالوالدان مع أمهما يسعون، فإن أدوا عتقت معهما، وإن مات أحدهما قبل الأداء ولم يدع ولداً وترك أم ولده، فإنها تباع ويعتق أخوه في ثمنها ولا يرجع السيد عليه بشيء⁽⁴⁾.

قوله: (وإذا ولد للمكاتب ولدان...) المسألة.

قلت: هنا بحث؛ وهو أن يقال: إن أم⁽⁵⁾ ولد ابن أمة المكاتب؛ إما أن يثبت لها حكم الكتابة، فيلزم إذا مات أحد الولدين، ولم يترك ولداً أن يساوي الأخ الباقي وأمه ويسعون في⁽⁶⁾ الجميع ضرورة كونها مكاتبه مثلها. وإما أن لا يثبت لها حكم الكتابة، فيلزم أن تباع أمهما لكونها أيضاً غير

(1) تهذيب البراذعي: 578/2.

(2) انظر: وثائق ابن العطار، ص: 261.

(3) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 515.

(4) تهذيب البراذعي: 580/2.

(5) قوله: (أم) زيادة من (ع).

(6) قوله: (في) ساقط من (ع).

مكاتبة على الفرض .

الجواب: إنما بيعت أم ولد ابن أمة المكاتب؛ لذهاب من اكتسبت منه الشرف، وهو ابنها وسيدها.
وإنما لم تبع أمة المكاتب لبقاء من تسعى معه؛ لدخولها معه في الكتابة وهو ابنها.

والدليل على أنها مع عدم الولد كالعدم قوله آخر المكاتب: (إن لم يترك إلا إياها وترك مالا وقت ولا تسعى).

ومن كاتب عبده في مرضه وقيمه أكثر من الثلث، قيل للورثة: امضوا كتابته فإن أبوا عتق من العبد مبلغ الثلث بتلاً، ولو أجاز له الورثة ذلك قبل موته وهم كبار لزمهم ذلك بعد موته، فإن كاتبه في مرضه وقبض الكتابة ثم مات السيد، فإن يحابه، حاز ذلك كبيعه ومحاباته في البيع في ثلثه(1).

قوله: (قيل).

قلت: لم يمض لنا وجه حسن في وجه اختصارها، وما أشار إليه أبو إبراهيم أنها لا مناسبة له.

قلت: وأسدُّ ما يقال: اختصرها لعدم الجواب... إلى آخرها(2).

(1) تهذيب البراذعي: 581/2.

(2) المشدالي: قال عبد الحق: لم يعطنا جواباً بيناً، وقد روي عن مالك أنه تؤدي جميع الكتابة من مال الأب، ويكونان أحراراً، وإن كانوا أقوياء على السعي يوم عتق أبوهم وله مال، وذكر في التهذيب أنه لم يجب.

وإن كاتبه -أي المديان- في مرضه وأقر بقبض الكتابة في مرضه، فإن حملة الثلث عتق، كان ورثته ولدأ أو كلاله، كمبتدي عتقه، وإن لم يحمله خَيْر ورثته، فإما أمضوا كتابته وإلا أعتق محمل الثلث منه. وقال غيره: يوقف بنجومه؛ لأن الكتابة عتاقة من الثلث وليست من ناحية البيع؛ لأن ما يؤدي المكاتب إنما هو جنس من الغلة⁽¹⁾.

قوله: (يوقف بنجومه).

قال شيخنا أبو عبد الله: لم تزل هذه المسألة تشكل على قديماً وحديثاً في فهم حقيقة قول الغير وعلته، فإن⁽²⁾ ظاهره ببادي الفهم أن الحكم مع علته متنافيان.

فإن قوله: (يوقف)، ظاهره أنه يبقى على الحالة التي عقدت له فيها الكتابة، فإن أدى خرج حراً، وإلا عجز، وتعليله بأن الكتابة عتاقة من الثلث يقتضي عدم إيقافه.

قلت: وقرره بعض المشاركة بما نصه: (يوقف)؛ أي: لا يصدق السيد في القبض؛ لأنه في مرضه يتهم لكن توقف الكتابة، فإن أفاق السيد؛ لزمه ما

قال الشيخ أبو الحسن: اختلف الشيوخ؛ أين محل الجواب، هل في قوله: (لم يجز عتقه)؟ فكأنه قال: فكذلك مسألتك، فيكون على هذا قول الغير وفاقاً، وما في غير المدونة خلافاً.

وقيل: الجواب في قوله: وإن كان كبيراً فانياً أو ذا ضرر أو صغيراً جاز عتقه، فكأنه قال: فكذلك مسألتك، فعليه يكون قول الغير خلافاً، وما في غير المدونة وفاقاً.

(1) تهذيب البراذعي: 583/2.

(2) في (ع): (بأن).

اعترف له به، وإلا عتق من الثلث.

ولم يقرره أبو إبراهيم، ولا المغربي بشيء.

وتقرير المشرقى حسنٌ - وصوّبه الشيخ - لما ذكرته له.

وانظر العطار.

ونصّها في الأم: (وقال غيره: الكتابة في المرض من الثلث؛ لأنها عتاقة، والعتاقة موقوفة، فالمكاتب موقوف بالنجوم، وقد أنبأتك أنها ليست من البيع؛ لأن ما يؤدي المكاتب إنها هو من جنس الغلة)⁽¹⁾.

ومن أوصى لرجل بمكاتبه، أو بما عليه، أو أوصى بعتق مكاتبه، أو بوضع ما عليه، جعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة، أو قيمة الرقبة⁽²⁾.

قوله: (ومن أوصى [ب/24] لرجل بمكاتبه...) المسألة.

قال القاسبي في تعليقته التي على الأسدية: إذا أوصى بألف على مكاتبه لرجل وقيمة رقبته مائة، فإنها يجعل الثلث الألف كاملة.
وحذف سحنون الجواب، وأصلحها على ما اختاره.
والذي في الأسدية نقله محمد.

(1) انظر: المدونة (زايد): 435/5 و436، و(السعادة/صادر): 279/7، و(العلمية): 497/2 و498.

(2) تهذيب البراذعي: 583/2 و584.

من أوصى أن يكاتب عبده والثلث يحمل رقبته، جاز، وكوتب كتابة مثله على قدر قوته وأدائه، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين مكاتبته أو عتق محمل الثلث منه بتلاً⁽¹⁾.

قوله: (وكوتب كتابة مثله).

يعارضه قوله في الوصايا الأول: (إذا أوصى ببيع عبده من فلان بمائة ينقص إلى الثلث)، فكان ينبغي على هذا أن يقال هنا: ينقص من كتابة مثله ثلثها⁽²⁾.

قال شيخنا ابن عرفة: الفرق أن الغير في الوصايا ليس للوصي جبره على الشراء، والسيد هنا له الجبر، فقريئة الجبر دالة على عدم التخفيف.

وإن ترك المكاتب في الكتابة بنتاً، فلها النصف بعد الكتابة ولورثة السيد ما بقي⁽³⁾.

قوله: (بنتا فلها النصف، والباقي لورثة⁽⁴⁾ السيد).

ظاهرة: دخول الزوجة وغيرها في⁽⁵⁾ ورثته، ولا خفاء في عدم جريان إرث المكاتب على القياس كزكاة القراض.

وتقرير الإشكال أن يقال: إما أن يكون موروثاً بالولاء، فيلزم عليه ألا

(1) تهذيب البراذعي: 584/2.

(2) في (ع): (ثلثها).

(3) تهذيب البراذعي: 589/2.

(4) في (ع): (في ورثة).

(5) في (ش): (من).

يرثه من ورثة (1) السيد إلا من يرث الولاء، والزوجة لا ترث الولاء، أو (2) يكون موروثاً بالرق، فيلزم عليه إسقاط البنت.



(1) في (ع): (يرثه).

(2) في (ع): (و).



كتاب أمهات الأولاد

كتاب أمهات الأولاد

من أحكام ولد أم الولد من غير سيدها لو وهبه لابنه؛ ففي صحة الهبة والوطء نظر.

انظره في سماع أشهب وعيسى⁽¹⁾، وما لابن رزق⁽²⁾، وابن القطان في

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 93/4 و94.

وزاد المشدالي بعده: قال في ثالثة سماع أشهب: سئل عمن زوج أم ولده فولدت بنتاً، فأراد أن يهبها لولده أو لأجنبي، هل يجوز له أن يطأها بالملك؟ أو لا يطأها إلا بالتزويج؟ قال: لا يطؤها إلا بالتزويج، وكذا بنت المدبرة.

ابن رشد: رأى أنه لا حرمة بين الرجل وبين ما ولدت أم ولد أبيه من غير (بعده) ولا (قبله)، وأغفل النظر في صحة الهبة؛ إذ سبق إلى ظنه أن قصد السائل: هل بينها حرمة؟ أو لا؟ من أجل الخلاف فيه على ما مر في سماع أبي زيد من النكاح، وأما الهبة فلا تصح؛ إذ لا يملكها، وإنما له خدمتها طول حياته، فتصح الهبة فيما يملك من اختدامها، ولا يصح بذلك للموهوب وطؤها كما قال أشهب ومالك في رواية عيسى عن ابن القاسم.

(2) هو: أبو جعفر، أحمد بن محمد بن محمد بن رزق الأموي القرطبي، توفي سنة 477هـ، تفقه بابن القطان وانتفع به وبغيره من شيوخ قرطبة، كان حافظاً ذاكراً تخرج به جماعة كابن رشد وضاحبه أبي القاسم أصبغ بن محمد.

انظر ترجمته في: بغية الملتمس، للضبي: 211/1، وشجرة النور، لمخلوف: 121/1، والديباج، لابن فرحون، ص: 103، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 563/18، و564، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 111.

ذلك (1).

قال مالك: ومن أقر بوطء أمته ولم يدع استبراء؛ لزمه ما أتت به من ولد لأقصى ما تلد له النساء، إلا أن يدعي الاستبراء بحيضة لم يظاً بعدها ونفى الولد، فيصدق في الاستبراء، ولا يلزمه ما ولدته لأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء (2).

قوله: (ومن أقر بوطء أمته... المسألة).

يريد: الوطاء التام، وإن ادعى عدم الإنزال؛ لم يلزمه الولد، بخلاف دعوى العزل فإنه لا ينفعه.

قال عز الدين: إنها تعتبر ستة أشهر، ونحوها في حقوق الولد فيما تكون به الأمة أم ولد.

ومن أقر بوطء أمته ثم باعها قبل أن يستبرئها، فأنت بولد لما يشبه أن يكون من وطئه، فأنكره البائع، فهو به لاحق، ولا ينفعه (3).

قوله: (لا ينفعه إنكاره).

(1) المشدالي: حكى لنا شيخنا أبو جعفر بن رزق عن الفقيه أبي عم بن القطان أنه كان يقول: لا أقول إن مالكا وهو في إغفال النظر في صحة الهبة فأخطأ في الجواب، بل أقول: إنه أعمل الهبة في الرقبة رعياً للخلاف في جواز بيع أم الولد، فأجاز للابن وطأها بالهبة.

المشدالي: وفيه نظر.

(2) تهذيب البراذعي: 591/2.

(3) تهذيب البراذعي: 594/2.

يعارضه قوله في الاستبراء: (ولو أقر ابتاع رابعة⁽¹⁾ أخذ⁽²⁾ البائع بوطئها...) المسألة.

قيل: فإن أقر بوطء أمته فأنت بولد فأنكر السيد أن تكون ولدته؟ قال: سئل مالك عن المطلقة تدعي أنها قد أسقطت وانقضت عدتها، ولا يعلم ذلك إلا من قولها، فقال: لا يكاد يخفى على الجيران الولادة والسقط، وإنها لوجوه تصدق فيها النساء، وهو الشأن، ولكن لا يكاد هذا يخفى على الجيران، فكذاك مسألتك في ولادة الأمة⁽³⁾.

قوله: (قيل...).

اختصرها لثلاثة أوجه:

أحدها: تنافي أجزاء الجواب؛ لاشتغاله على التناقض؛ لأن قوله: (لوجوه يصدق فيها النساء)، وقوله: (لا يعلم إلا بقولها)، ظاهره: قبول قولها من غير اعتبار جيران وبينه.

وقوله: (لا يكاد يخفى)، ظاهره: عدم قبول قولها.

الوجه الثاني: إنا نقول: القياس⁽⁴⁾ غير صحيح، إذ لا يلزم من⁽⁵⁾ تصديق الزوجة في المقيس عليه تصديق الأمة؛ لتقرير أشهب.

(1) قوله: (ابتاع رابعة) ساقط من مطبوع التهذيب.

(2) قوله: (أخذ) زيادة من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 594/2.

(4) قوله: (القياس) ساقط من (ع).

(5) قوله: (من) ساقط من (ع).

الوجه الثالث: أن البائع في الأمة أنكر أن يكون الولد منه، وفي المطلقة لا، وإنما تنازعا في كمال العدة، فلم يتحد المستدل به والمستدل عليه.

المغربي: ونحوه - لبعض المشاركة - جواب السؤال الأول في قوله: (إنها لوجوه)، ويدل على ذلك ما في قذفها، وستورها، وإنما قال هنا: (لا يخفى عن الجيران) ليعلم أن هذا غير معتبر.

قيل: فمن زوج أمته عبده أو أجنبياً فأتت بولد لسته أشهر فأكثر، فادعاه السيد. لمن الولد؟ قال: قال مالك في رجل زوج أمته عبده أو أجنبياً، ثم وطئها السيد فأتت بولد، فالولد للزوج، إلا أن يكون الزوج معزولاً عنها مدة في مثلها براءة الرحم، فإنه يلحق بالسيد، لأنها أمته، ولا يحد، وكذلك الجواب إن أتت بولد لسته أشهر وقد دخل بها زوجها فادعاه السيد وإن أتت به لأقل من ستة أشهر، وقد دخل بها زوجها، فسخ نكاحه ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء، إلا أن يدعي استبراء⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فمن زوج أمته عبده).

اختصرها لإشكال الجواب؛ لأنه ذكر في الجواب أن الولد للسيد إذا كان الزوج معروفاً، ووطئ بعد التزويج، ولا يلزم من لحاقه به مع⁽²⁾ هذين الأمرين لحاقه به⁽³⁾ بمجرد دعواه في المسألة المقيسة.

(1) تهذيب البراذعي: 594/2 و595.

(2) في (ع): (بعد).

(3) قوله: (به) زيادة من (ع).

ألا ترى⁽¹⁾ إلى قوله: (فادعاه السيد)، ولم يزد كون الزوج معزولاً.
قال بعضهم: يريد في المسألة المسؤول عنها: "وطئها السيد قبل
التزويج"، واستدل عليها بعكسها، وهي إذا وطئ بعد التزويج.
وقال عن بعض الشيوخ: جواب الأولى⁽²⁾ الولد للزوج، ونص عليه في
النوادر⁽³⁾، وعن بعضهم للسيد، ويدل عليه قوله بعد.

وإن أتت أم ولد الابن بعد وطء الأب إياها بولد لحق بالابن، إلا أن
يكون الابن معزولاً عنها قبل وطء الأب إياها بمدة في مثلها تستبرئ،
فيلحق بالأب؛ لأن مالكا قال فيمن زوج أمته عبده، فدخل بها ثم
وطئها السيد فأتت بولد: إنه يلحق بالعبد، إلا أن يكون العبد معزولاً
عنها أو غائبا غيبة يعلم أنها قد حاضت بعدها واستبرأ رحمها، فيلحق
الولد بالسيد وترد الأمة إلى زوجها⁽⁴⁾.

(إذا وطئ الأب أم ولد الابن) أن الولد للابن؛ لسبق وطئه، فكذا هنا
وطء سابق.

قال شيخنا أبو عبد الله بن عرفة رحمته الله: وعندني وجه آخر في اختصارها،
وهو أن يقال: السؤال أعم من الجواب؛ لأن السؤال يحتمل وطء السيد قبل
التزويج وبعده، وفي الجواب الوطء بعده.

(1) قوله: (ترى) ساقط من (ش).

(2) زاد بعده من (ع) قوله: (أن السيد).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 146/13 و147.

(4) تهذيب البراذعي: 597/2.

ورده شيخنا بأنه يلزم عليه إشكال؛ بيانه: إن قدرت الوطء في السؤال (بعد)؛ فلا فائدة للقياس لمساواته المقيس عليه، وإن قدرته (قبل)؛ فينتفي الجواب؛ لافتراق المسألتين، فلا فائدة إذن في اختصارها⁽¹⁾ على كلا الوجهين.

قلت - وصوبه -: إنما اختصرها؛ لأنه لا يلزم من عدم لحاق الولد في الجواب عدم لحاقه في السؤال؛ لأنه في الجواب وطء فاسد، وفي السؤال صحيح.

قوله: (لأن مالكا قال فيمن زوج أمته عبده).

لا خفاء بضعف القياس؛ لأن شبهة السيد في زوجة العبد أقوى منه في الأب.

وقال بعضهم: القياس أحروي؛ لأن الزوجة فراش بالعقد، والشبهة التي للأب غايته أن تكون ملكاً، والملك لا يصيرها فراشاً، فإذا حكم بالولد للسيد في مسألة الزوجة في مدة العزل فأحرى في أم الولد.

قلت - وصوبه شيخنا -: لا نسلم أنه أحروي من جهة أخرى؛ وهي أنه لا يلزم من لحاق الولد بالسيد في المدة وفي عدمها بالعبد كونه كذلك في الأب؛ لجواز إعمال قول القافة إن لم تمض مدة الاستبراء لصحة القافة في الإماء، وعدمها في الحرائر والإماء في النكاح.

(1) قوله: (في اختصارها) يقابله في (ع): (لاختصارها).

ومن وطئ أمة مكاتبه فأتت بولد، لحق به، وكانت به أم ولد، ولا يحد؛ إذ لا يجتمع الحد والنسب، فإن ذُرئ الحد ثبت النسب، وعليه قيمتها يوم حملت، ولا قيمة عليه للولد⁽¹⁾.

قوله: (إذ لا يجتمع الحد والنسب).

لأنهما متنافيان؛ لأن الحد إنما يكون لعدم الشبهة، ولحقوق النسب لوجودها، ويجتمعان في مسائل معدودة⁽²⁾. انظرها.

وإن وطئ الأب أم ولد ابنه؛ غرم لابنه قيمة أم الولد، وعتقت على الابن لا على الأب؛ لأن الولاء قد ثبت للابن، وإنما عتقت لأنها قد حرمت على الأب والابن⁽³⁾.

قوله: (غرم للابن قيمة أم الولد).

الإشبيلي وغيره: هذا الجواب يناقض ما له في الجنايات.

قال ابن القاسم: ومن اشترى زوجة والده حاملاً انفسخ نكاح الأب؛ إذ لا ينكح أمة ولده، ولا تكون أم ولد للأب، وتبقى رقيقاً للابن ويعتق عليه ما في بطنها، ولا يبيعها حتى تضع، إلا أن يرهقه دين، فتباع وهي حامل، وقاله أشهب. وقال غيرهما: لا تباع في الدين حتى تضع؛ لأنه عتق بسنة لا باقتراف⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 595/2.

(2) في (ع): (معهودة).

(3) تهذيب البراذعي: 596/2.

(4) تهذيب البراذعي: 598/2.

قوله: (ومن اشترى زوجة والده).

قلت - وصوبه - : هذا ظاهر إن قلنا أن الدوام كالإنشاء، وأما إن قلنا لا، فكيف تصح العلة؟
أجاب الشيخ بأن قال القضية تصدق مطلقة وحينية، وهذه تصدق وتتزوج بالإطلاق.

قلت له: هذا غير صحيح؛ لأنه منقوض بمتزوج⁽¹⁾ الأمة بشرطها، ثم طراً ما يمنع الإنشاء، فإنه لا يفسخ نكاحه مع صدق القضية القائلة: متزوج للأمة بالإطلاق، والصدق عندكم موجب للفسخ في مسألة الأب، فيلزم في مسألتنا، فسلم الاعتراض وصوبه.

قال: وتفيد هذه المسألة بما إذا لم يغتزر⁽²⁾ فسخ النكاح.

إذا أسلمت أم ولد الذمي، فقال مالك مرة: توقف حتى يموت أو يسلم، فتحل له، ثم رجع وثبت على أنها تعتق، وولائها للمسلمين، ولا تسعى في قيمتها، فإن أسلم السيد بعدها قبل أن تعتق؛ فهو أحق بها، وتبقى له أم ولد كما كانت، وإن طال ما بين إسلامهما ما لم تعتق بقضية إمام⁽³⁾.

قوله: (أسلمت أم ولد الذمي).

قلت لشيخنا أبي عبد الله: ما الفرق على قول مالك: إذا أسلمت أم ولد

(1) في (ع): (بمن تزوج).

(2) يغتزي: بمعنى يطلب ويريد.

(3) تهذيب البراذعي: 599/2 و600.

الذمي وقفت، وإذا أسلم عبده بيع، وقد طراً وصف مانع من دوام ملك النصراني في كلا المسألتين؟

قال: هذا سؤال صحيح قوي، وأجاب بفرق حسن يظهر للحاذق⁽¹⁾.

قوله: (وولاؤها للمسلمين).

معناه: ميراثها، وهذا أيضاً إذا لم يكن للسيد ولد حر، ولا عصابة ولم

يسلم⁽²⁾.

وإذا أسلمت أمة النصراني ولها ولد، لم يكن ولدها مسلماً بإسلامها إذا كان أبوه نصرانياً، صغيراً كان الولد أو كبيراً، وتباع وحدها دون الولد، إلا أن يكون الولد لم يستغن عنها، فيباع معها من مسلم، وليس لمشتريه أن يجعله مسلماً إذا كره ذلك أبوه، ويبقى على دين أبيه⁽³⁾.

قوله: (صغيراً كان الولد أو كبيراً).

قلت - وصوّبه شيخنا - : أما ذكر الصغير، فواضح؛ لتوهم إسلامه

بإسلامه، وأما الكبير، فلا معنى لذكره؛ إذ لا خلاف فيه.

قوله: (إذا كره ذلك أبوه).

مفهومه: لورضي، أو لا أب له؛ لكان لمشتريه الجبر، وهو خلاف ما في

تجارتها.

(1) المشدالي: لعله ما أشار إليه في الكتاب من أن الذمي قد يسلم يوماً ما فيمكن من

الاستمتاع بأم ولده، ولا كذلك العبد.

(2) في (ع): (يعلم).

(3) تهذيب البراذعي: 600/2.

قيل: فإذا أسلمت أم ولد المكاتب الذمي وسيده مسلم؟ قال: أرى أن توقف، فإن عجز المكاتب كانت حاله كحال النصراني اشترى أمة مسلم، فإن كان سيده ذمياً وقفت، فإن أدى المكاتب وعتق عتقت عليه، وإن عجز رق وبيعت عليه⁽¹⁾.

قوله: (قيل: وإذا أسلمت [أ/25] أم ولد المكاتب...) المسألة.

اختصرها لإشكالاتها من وجهين:

الأول: أنه لم يجعل العجز انتزاعاً كما في الخيار، ولذا قال التونسي وغيره: هذه المسألة تدل على أن عجز المكاتب ليس بانتزاع لماله، وإلا لما بيعت عليه إذا عجز، ولم تكن أمة السيد المسلم، وهو بخلاف ما في كتاب المكاتب. الوجه الثاني: أن عدم الانتزاع مما يؤدي ثبوته إلى نفيه؛ بيانه: أنه إذا لم يكن العجز انتزاعاً؛ فهو يؤدي إلى ثبوت الملك، وثبوت الملك ينافي العجز. وتقريره بأكمله من هذا؛ أن يقال: الحكم بالبيع بعد العجز مما يؤدي ثبوته إلى نفيه.

وكلما أدى ثبوت الشيء إلى نفيه فنفيه أولى⁽²⁾.

بيان أنه مما يؤدي ثبوته⁽³⁾ إلى نفيه أن نقول: يلزم من بيعها بعد العجز بيعها قبل العجز.

وبيان الملازمة أن المعنى الذي لأجله بيعت بعد العجز ملك لنصراني،

(1) تهذيب البرادعي: 600/2.

(2) في (ش): (أولاً).

(3) قوله: (ثبوته) زيادة من (ع).

وهو عبد أمة مسلمة، وملك العبد القن⁽¹⁾ أضعف من ملك المكاتب؛ لأنه أحرز نفسه وماله، فإذا ثبت لزوم البيع مع ضعف الملك، لزم مع الأقوى أحرى.

وللسيد أن يعجل عتق أم ولده على دين يبقى عليها برضاها، وليس ذلك بغير رضا⁽²⁾.

قوله: (على دين يبقى عليها).

إن قلت: عتقها على مال جائز، وبيعها ممن يعتقها لا، وفي كلا المسألتين عتق على مال.

قلت: الفرق واضح؛ وهو ما استلزمته إحدى المعاوضتين من نقل الولاء.

فإن قلت: منع كتابة أم الولد، وجوز كتابة المدبرة، فما الفارق⁽³⁾؟

قلت⁽⁴⁾: قوة أمر أم الولد، وضعف أمر المدبرة، وأحكامها توضح ذلك.

(1) لسان العرب، لابن منظور: 348/13: قال ابن سيده: العبد القنُّ الذي مُلِكَ هو وأبواه وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث هذا الأعراف، وقد حكى في جمعه أَقْنَانٌ وَأَقْنَةٌ الأخيرة نادرة.

(2) تهذيب البراذعي: 601/2.

(3) في (ع): (الفرق).

(4) زاد بعده من (ع) قوله: (قلت).

وإذا اشترى المأذون أمة بإذن سيده أو بغير إذنه، فوطئها، ثم عتق وقد ولدت منه أولاداً، أو هي حامل منه؛ فهي تبع له كماله، ولا تكون له أم ولد بما ولدت منه قبل عتقه، ولا بما كانت به حاملاً حين عتق؛ لأن ذلك الولد رق لسيده إلا أن يملك المأذون حملها قبل أن تضعه، فتكون به أم ولد له⁽¹⁾.

قوله: (إلا أن يملك المأذون).

يريد: هبة أو صدقة، وأما بالبيع فلا، وفي فوته بالشراء إذا وقع

انتزاع⁽²⁾.

ومن استلحق صبيّاً في ملك غيره، أو بعد أن أعتقه غيره؛ لم يصدق إذا أكذبه الحائز لرقه أو لولائه، ولا يرثه إلا بينة تثبت، وكذلك إن استلحق ابن أمة لرجل، وادعى نكاحها وأكذبه السيد لم يلحق به، إلا أن يشتريه فيلحق به ويعتق⁽³⁾.

قوله: (وادعى نكاحها وأكذبه السيد...) المسألة.

القاسبي: انظر؛ لم⁽⁴⁾ يقل: إن لم يقم بينة على أصل النكاح حدّ.

قال فيمن وجد مع امرأة لا يعلم أنه تزوجها: إن لم يقم بينة على نكاحها

حد، فيحتمل أنه إنما تكلم على حكم الاستلحاق، ولو سئل عن الحد لقال:

(1) تهذيب البراذعي: 602/2.

(2) في (ش): (انتزاع).

(3) تهذيب البراذعي: 603/2 و604.

(4) قوله: (لم) ساقط من (ش).

يحد إن لم يقيم بينة.

وفي حاشية المدونة هنا عن سحنون: هذه خلاف لما في الرجم، يريد: أنه لم يذكر الحد.

ويجتمل أن يكون الفرق: أن الحد إنما يكون على من كانت المرأة تحته، والأمة هنا ليست عنده، وإنما ادعى نكاحاً متقدماً.

والصحيح عندي أنه لا فرق بين أن تكون المرأة عنده أم لا⁽¹⁾.

وفي المدونة ما يدل عليه؛ لقوله عقب المسألة: (إن اشتراه ثبت نسبه)⁽²⁾، فلو كان يحده لم يثبت نسبه، وهذا صريح في إسقاط الحد.

قيل لابن القاسم في باب آخر: رأيت من باع صبياً ولد عنده فأعتقه المبتاع، ثم استلحقه البائع، أتقبل دعواه وينقض البيع فيه والعتق؟ قال: إن لم يتبين كذب البائع فالقول قوله⁽³⁾.

قوله: (قيل لابن القاسم).

اختصرها؛ لإجمال الجواب، هل يقبل قوله في الاستلحاق دون نقض العتق؟ فيكون الولاء للمبتاع، كما قال في المسألة التي قبلها في قوله: (لأزيل)⁽⁴⁾ ما ثبت للمبتاع، أو يقبل قوله في نقض البيع والعتق، وله

(1) قوله: (أم لا) يقابله في (ش): (أولا).

(2) انظر: المدونة (زايد): 59/6، و(السعادة/صادر): 332/8.

(3) تهذيب البراذعي: 604/2.

(4) في (ش): (لا أزيل).

الاستلحاق ويزول (1) الولاء عن المبتاع.

وإذا لم يولد الولد عند بائع، ولا مبتاع لما تلحق إلى مثله الأنساب؛ لم أنقض بذلك صفة مسلم، أحدث المبتاع في ذلك عتقاً أم لا؛ لأن النسب لا يلحق أبداً إلا أن تلد الأمة، وهي في ملكه، أو عند من ابتاعها منه، ولم يحز الولد نسباً معروفاً، أو كانت عنده زوجة لمثل ما تلحق فيه الأنساب، ولم يتبين كذبه، وإلا لم يلحق به أبداً (2).

قوله: (وإذا لم يولد الولد...) إلى قوله: (... لم يلحق به أبداً).

انظر هذا الكلام؛ هل هو لسَحْنُون؟ فيكون على أصله؛ لأنه يقول - فيمن ادعى ولد امرأة لا يعلم أنه (3) ملكها بنكاح ولا بشراء - لا يلحق به، أو لمالك فيكون مناقضاً لأصله؛ لأنه يقول - فيمن ادعى ولد امرأة لا يعلم ملكها بشراء أو نكاح - أنه يلحق به.

أو لأشهب؛ فيكون مناقضاً لأصله؛ لأنه يقول - فيمن استلحق صبياً في ملك غيره، أو أعتقه غيره - أنه (4) يلحق به، وكذا في اللقيط.

وإذا ادعت أمة أنها ولدت من سيدها فأنكر، لم أُحَلِّفْ لها، إلا أن تقيم رجلين على إقرار السيد بالوطء، وامرأتين على الولادة، فتصير أم ولد،

(1) في (ع): (ويؤجل).

(2) تهذيب البراذعي: 2/605 و606.

(3) قوله: (أنه) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (لأنه).

ويثبت نسب ولدها إن كان معها ولد، إلا أن يدعي السيد استبراء بعد الوطاء، فيكون ذلك له (1).

قوله: (ألا تقيم رجلين...) المسألة.

المتيطي: اعترضت هذه المسألة من وجهين:

أحدهما: إنما ثبت إقراره بالوطء بشاهدين، فلماذا احتاج إلى امرأتين على

الولادة مع حضور الولد؟

الوجه الثاني: أنه قبل قوله في الاستبراء بعد إنكاره الوطاء (2).

قال حمديس: ينبغي على أصله ألا يقبل قوله، وكلام غير واحد هنا

مشهور.

وإذا ادعى اللقيط ملتقطه أو غيره أنه ابنه لم يلحق به إلا بينة. قال مالك: أو يكون لدعواه وجه، كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد، وزعم أنه رماه؛ لأنه يسمع أنه إذا طرحه عاش ونحوه مما يدل على صدقه، فيلحق به، وإلا لم يصدق (3).

قوله: (وإذا ادعى اللقيط ملتقطه).

قلت: ظاهره: ولو كان قرب الالتقاط.

(1) تهذيب البراذعي: 606/2.

(2) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيضية)، لأبي الحسن المتيطي:

271/ب.

(3) تهذيب البراذعي: 606/2.

قال شيخنا أبو عبد الله ابن عرفة: سُئِلَتَ عَمَّنْ مات وترك ورثة⁽¹⁾، وهو ذو مال، فلم يوجد في تركته ما يظن به من المال، وقد كان ساكناً في دار زوجته ومات فيها، ثم ادعى بعض أولاده أن أباه دفن مالاً تحت بعض حيطان الدار، فأراد هدمه فمنعته الزوجة، فهل يمكن من الهدم أو لا؟

قال⁽²⁾: فِقِسْتُهَا أَوْلَاً عَلَى مَسْأَلَةِ الدَّجَاجَةِ يَذْبَحُهَا، وَيَغْرَمُ قِيَمَتَهَا، فَكَذَا هُنَا يَهْدَمُ وَيَبْنِي وَيَكُونُ مِنْ نَصِيْبِهِ.

ثم ظهر لي أخذها من هنا، فإذا لم يصح استلحاق الملتقط في النسب القاطع للثهم؛ فأحرى فيما يستلزم⁽³⁾ إتلاف مال الغير.

ثم قال: والصواب عندي أنه إما أن يوجد في التركة ما يقرب مما يظن به الميت من المال، فلا يمكن، وإلا مكن من الهدم وبنى من نصيبه.

قلت: الظاهر من فرضهم⁽⁴⁾ مسألة الدجاجة⁽⁵⁾، ومسألة

(1) في (ش): (تركة).

(2) قوله: (قال) زيادة من (ع).

(3) في (ش): (شاء).

(4) في (ش): (فرضه).

(5) المشدالي: مسألة الدجاجة هي: التقتط فصاً لغير ربها.

وقد حكى صاحب الطرر فيها في أول ترجمة تسجيل فيها أفسدت المشية، عن ابن عبد الغفور أنه قال: رأيت - في النوم - سائلاً سأل عن الدجاجة تلتقط الشيء لغير ربها.

فأجيب بأن ما كان من قيمة الدرهم فما فوقه ذبحت الدجاجة، وأخذ شيئه، وما كان دون الدرهم فلا شيء له على صاحبها.

فأجبتُه أنا - في النوم - أن ما كان فوق ثمنها فعلى رب الدجاجة، وما كان دون ذلك

الكبش⁽¹⁾، والدينار في المحبرة⁽²⁾، والجملين⁽³⁾، ونحو ذلك، ليس من هذا المعنى، فلذا والله أعلم عدل الشيخ عن مسألة الاستلحاق؛ لأن هذه النازلة ما

فلا شيء له.

وقال لي غيره: أرأيت إن لم يرد رب الدجاجة ذلك، وكانت لؤلؤة تساوي دراهم؟

فقلت له: هذا على الاصطلاح، فإن أبي فاذبجها.

فتكلمت فيها مع بعض أهل العلم، فقال: إذا أراد ذبجها دفع قيمتها إلى ربها، إلا أن يُحبَّ أن يأخذها مذبوحة.

(1) المشدالي: مسألة الكبش هي: كبش أدخل رأسه في قدر طبّاخ فلم يقدر أحد على إخراج رأسه منها.

فقالوا: إن كان لربه سبب في إدخال رأسه في القدر، مثل أن يكون سائقه أو قائده، فإنه إذا كسرت القدر لخلص الكبش ضمن ربه قيمة القدر؛ لأن يفسادها صان ماله، وهو السبب في تعريض ماله للتلف.

قالوا: ولو كان الطباخ هو السبب بأن وضعها وضعا لا تسلم معه مما جرى فيها من نشبة الكبش، وربُّ الكبش لا سبب له في ذلك، فلا تلزمه غرامة القدر؛ لأن جرح العجماء جيار.

(2) المشدالي: مسألة الدينار هي: دينار سقط في محبرة إنسان فلم يقدر على إخراجه إلا بكسرها، فإنها تجري على ما سبق.

(3) المشدالي: مسألة الجملين هي: جملان اجتمعا في مضيق فلم يمكن إخراج الداخل ولا رد الخارج.

فمر بهما بعض القضاة، فقال: ينحر أحدهما ويشتركان في الثاني.

فقال اللخمي: وهذا منه قياس على الحكم فيما يطرح من السفينة.

قال المازري: وما قدمناه من مراعاة أخف الضررين يبين لك الحكم في هذه المسألة وغيرها.

انظره في كتاب الغصب من شرح التلقين.

لأجله⁽¹⁾ يُتَصَرَّفُ في ملك الغير غير محقق، وفي هذه المسائل على التحقيق،
فصح أن يراعى فيها أخفُّ الضررين، كما صرح به أبو عمران في نظائره.
قلت: والصواب؛ الاستدلال على هذه النازلة بمسألة الخوابي التي سألت الباجي
عنها أبو عمران وأبا بكر بن عبد الرحمن⁽²⁾، ومسألة السنور في الزجاج.
انظر: ابن سهل⁽³⁾.

وإن ادعى اللقيط ملتقطه أو غيره أنه ابنه لم يلحق به إلا بيينة. قال
مالك: أو يكون لدعواه وجه، كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد، وزعم
أنه رماه، لأنه يسمع أنه إذا طرحه عاش ونحوه مما يدل على صدقه،
فيلحق به، وإلا لم يصدق⁽⁴⁾.

(1) في (ع): (من أجله).

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 739 و 740.

وزاد المشدالي بعده: مسألة الخوابي هي: رجل باع داراً، وفيها خوابي لا تخرج من
الباب، فكتب فيها من إشبيلية إلى القيروان، فأجاب أبو عمران بأن الاستحسان هدم
الباب، وبينه البائع إن لم يبق بعد البناء عيب، وإن بقي بعده عيبٌ ينقص الدار، قيل
للمشتري: ادفع قيمة الخوابي، فإن أبي، قيل للبائع: ابن له، وأعطه قيمة العيب، فإن
أبي تُركا حتى يصطلحا.

قال ابن عبد الرحمن: إن علم بها المشتري ووقع العقد على أنها للبائع لزمه إخراجها،
وإن لم يعلم، وكان ما يهدم لها يسيراً هدمه وأصلحه.
وقال ابن عبد الحكم: ليس على المشتري قلع الباب، ويكسر البائع خوابيه، والله
أعلم بالصواب.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 739 و 740.

(4) تهذيب البراذعي: 606/2.

قوله: (كرجل عرف أنه لا⁽¹⁾ يعيش له ولد... المسألة).

القاسبي⁽²⁾: انظر جعل هذا الوجه على ضعفه تصح به الأنساب؛ أرأيت لو قام على هذا اللقيط شاهدٌ عدلٌ! وقد علمنا أن قول هذا العدل يؤثر في النفس أكثر مما يؤثر هذا الوجه الضعيف.

وإن ادعاه نصراني، وقد التقطه مسلم، فإن شهد له مسلمون لحق به وكان على دينه، إلا أن يسلم قبل ذلك ويعقل الإسلام فيكون مسلماً⁽³⁾.

قوله في استلحاق النصراني: (إن شهد له مسلمون... إلى آخره).

قال شيخنا: ههنا استفراق؛ وهو أن يقال: قرر قبله في استلحاق الملتقط المسلم أو غير الملتقط أنه يلحقه بأمرين؛ البينة، أو دليلٌ غيرُها، وفي الذمي ظاهر المدونة حصره في البينة، فما وجه الفرق؟

قال: الفرق هو⁽⁴⁾ أنه إنما استلحق المسلم بالوجه الثاني؛ لأن ملة الإسلام لم يعهد فيها طرح الأولاد إلا لوجه مشق، ولما كان هذا مفقوداً في النصراني ولم يصح استناده إليه.

قلت: حاصل هذا الفرق زعمه أن الحكم في النصراني⁽⁵⁾ في الوجه الثاني

(1) في (ع): (عما).

(2) قوله: (القاسبي) ساقط من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 606/2 و607.

(4) في (ع): (بينهما).

(5) قوله: (ولم يصح استناده إليه. قلت: حاصل... النصراني) ساقط من (ع).

خلاف للمسلم، وهو خلاف لما نقله عن التونسي في باب اللقيط.

وأما إن تحمّل أهل حصن أو عدد كثير فأسلموا، فإنه تقبل شهادة بعضهم لبعض، ويتوارثون بذلك، وقضى عمر وعثمان رضي الله عنهما أن لا يتوارث أحد من الأعاجم إلا من ولد في العرب⁽¹⁾.

قوله: (وأما إن تحمل أهل حصن... المسألة).

قلت: قال الشيخ برهان الدين قاضي المدينة المشرفة في تعليقه في الأحكام: ظاهر المدوّنة أنه لا تشترط العدالة في ذلك.

فاستدل⁽²⁾ بها السوسني على صحة قول الرفقة في السؤال الذي سئل عنه عبد الحميد الصائغ، سئل عن أهل مدينة التمسوا هلال شوال ليلة ثلاثين في الغيم فلم يروه، فلما أصبحوا قدمت رفقة عددهم أربعون أو أقل أو أكثر، ذكروا أنهم قد رأوه، وقد باتوا من المدينة على [25/ب] عشرة أميال، فخرج العدول و⁽³⁾ غيرهم من المدينة يسألون أهل الرفقة، فسألوهم، واستفاض ذلك في المدينة، فهل يحكم بهذه الشهادة في صلاة العيد والفطر؟ أم لا؟ فأجاب بصحّتها.

قال: وقد نزل⁽⁴⁾ مثل هذا السؤال بالقيروان، ولم تبلغ هذه⁽⁵⁾ الرفقة ما

(1) تهذيب البراذعي: 607/2.

(2) في (ش): (استدل).

(3) قوله: (العدول و) يقابله في (ش): (عدول أو).

(4) في (ع): (جرى).

(5) قوله: (هذه) زيادة من (ع).

ذكرت، والشيوخ بها متوافرون، فجعلوا لمن سمع قول الرفقة ممن يميز العلم عن الظن والشك⁽¹⁾ إذا كان رجلاً عدلان يعتمد إلى⁽²⁾ قولهم معتمدين على قول أهل الرفقة، وإن لم يكن أهل الرفقة عدولاً.

وسئل عن ذلك الشيخ أبو الحسن اللخمي فصوّب الجواب، واستدل برواية ابن القاسم في أهل حصن أسلموا، فشهد بعضهم لبعض⁽³⁾، ويقول في المدوّنة هنا في أهل الحصن.

ابن القاسم: وإذا كانت الأمة بين رجلين حرين أو عبيدين، أو أحدهما عبد أو ذمي والآخر مسلم، فوطئها في طهر واحد فأتت بولد فادّعيها، دُعي له القافة، فمن ألحقه به كان ينسب إليه، وإن أشركوهما فيه والى إذا كبر أيهما شاء، فإن والى الذمي لحق به، ولم يكن الولد إلا مسلماً⁽⁴⁾.

قوله: (فادّعيها).

ابن رشد: وكذلك لو لم يدعيها؛ دُعي له القافة على قاعدة: من أقرب بوطء أمته أنه يُلحق به ولو أنكره⁽⁵⁾.

(1) في (ش): (فاشياً).

(2) قوله: (يعتمد إلى) يقابله في (ع): (على).

(3) انظر المسألة في: تبصرة الحكام، لابن فرحون: 19/2 و 20.

(4) تهذيب البراذعي: 607/2.

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 154/4.

قيل لابن القاسم: فلو أسلم قوم من الحربيين أتليط بهم أولادهم من الزنا بالقافة؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، ولكن وجه ما جاء عن عمر: لو أسلم أهل دار من أهل الحرب كان ينبغي أن يصنع بهم ذلك؛ لأن عمر رضي الله عنه قد فعله، وهو رأيي⁽¹⁾.

قوله: (قيل لابن القاسم... المسألة).

اختصرها لوجهين:

أحدهما: أنه تقرر أن عادة أسد إنما يسأل ابن القاسم عن قول مالك، فأجابه هنا برأيه، ونحوه آخر الجملة.

الثاني: لاحتمل الجواب؛ لأن السؤال صرح به بثبوت الإطّعة ولد الزنى بالقافة، وذلك لأنهم في جاهليتهم يجرون الزنى مجرى النكاح، ولم يبين في الجواب هل بزنى أم لا؟ وعلى تقدير كونه من زنى، فلم يقوَ قوّة الأول.

قال مالك: وإذا وطئ أحد الشريكين أمة بينهما فلم تحمل، فشريكه مخير في التماسك بنصيبه، أو اتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم وطئها، وإنما قومت عليه يوم الوطء؛ لأنه كان ضامناً لها لو ماتت بعد وطئه، حملت أو لم تحمل ولا حد على الواطئ ولا عقر عليه، ويؤدب إن لم يعذر بجهل⁽²⁾.

قوله: (ولا عقر⁽³⁾ عليه).

(1) تهذيب البراذعي: 609/2 و610.

(2) تهذيب البراذعي: 610/2.

(3) في (ع): (عقد).

كذا في النسخ الصحيحة، وفي بعضها: (لا عقوبة)، وقد علمت ما فسره به عياض هنا و(1) النكاح الأول والاستبراء.

وقال الجوهري، وصاحب العين: العقر: ثمن بضع المغصوبة(2).

وقال ابن قتيبة في غريب الحديث: هو الذي تُعطاه المرأة على وطء الشبهة(3).

وقال قاسم بن ثابت في كتب الدلائل: العقر: هو دية فرج المرأة إذا غصبت.

وظاهر المدوَّنة: ولا ما نقصها، وصرح به في قذفها(4)، وفي غصبها: (لو أفسد ثوباً فساداً يوجب لربه الخيار، فاختر التمسك أن له أن يضمه ما نقصه)(5).

فعلى هذا يكون للشريك الذي لم يطاء؛ إذا اختار التماسك أن يضمن الواطئ ما نقص الوطاء.

والقولان منصوصان، وقائمان من المدوَّنة.

(1) في (ع): (و).

(2) انظر: الصحاح، للجوهري: 755/2، ومعجم العين، للخليل بن أحمد: 150/1، (باب العين والقاف والراء).

(3) انظر: غريب الحديث، لابن قتيبة: 206/1.

(4) انظر: المدونة (زايد): 11/11، و(السعادة/صادر): 205/16، و(العلمية): 479/4.

(5) انظر: المدونة (زايد): 212/9 و213، و(العلمية): 169/4.

ومن أخدم أمته سنين، ثم وطئها السيد فحملت، فإن كان مليئاً كانت له أم ولد، وأخذ منه مكانها أمة تخدم في مثل خدمتها⁽¹⁾.

قوله: (أخدمه أمة سنين).

ظاهره: تصح غيبته عليها.

ومعناه: إذا كان مأموناً، وقوله في المسألة: (فوطئها) يريد: (وَقَعَ)، لا أنه

يجوز، لما صرح به في عتقها الثاني.



(1) تهذيب البراذعي: 612/2.

كتاب الولاء

كتاب الولاء

وإن أعتقت عبدك عن عبد رجل؛ فالولاء للرجل، ولا يجره عبده إن عتق كعبد أعتق عبده بإذن سيده، ثم أعتقه سيده بعد ذلك، أنه لا يجره الولاء. وقال أشهب: يرجع إليه الولاء؛ لأنه يوم عقد عتقه، لا إذن للسيد فيه ولا رد⁽¹⁾.

قوله: (فالولاء للرجل).

قلت: حاصل الإشكال في هذا المقام أن يقال: كون الولاء للرجل؛ إما أن يكون من باب دلالة الاقتضاء، فيلزم عليه إشكالان:

الأول: بطلان قول أشهب: الولاء للمعتق⁽²⁾.

الثاني: بطلان تنويع قوله: (بإذنه أو بغير إذنه⁽³⁾)؛ لأننا نقول: إما أن يكون مملوكاً له؛ فيلزم توقف العتق على إذنه، وإلا لزم منه صحة التصرف في ملك الغير واللازم باطل؛ لأنه⁽⁴⁾ لو قال: لم أرد عتقك لم يسمع منه، ولا خلاف في لزوم العتق.

(1) تهذيب البراذعي: 616/2.

(2) انظر: المدونة (زايد): 87/6 و 88، و(السعادة/صادر): 348/8، و(العلمية): 559/2.

(3) قوله: (أو بغير إذنه) ساقط من (ع).

(4) قوله: (لأنه) ساقط من (ش).

وإما أن يكون غير مملوك له؛ فلا معنى حينئذ لقوله: (بإذنه⁽¹⁾)، وإما أن يكون لا من باب دلالة الاقتضاء؛ فيلزم عليه نقل الولاة.

قال شيخنا أبو عبد الله: هذا بحثٌ حسنٌ.

والجواب أن يقال: لا نسلم تلازم الملك مع الولاة بدليل ثبوت الولاة حيث لا ملك، وهو إذا اشترى مثلاً⁽²⁾ الابن أباه؛ فإنه يعتق، والولاة للابن لاستحالة ملكه إياه، ولا يتقرر له عليه ملك، وإنما نشأ بحثكم هذا على كون الولاة ملزوماً للملك.

قلت له: نمنع⁽³⁾، عدم تقرر الملك ولو لحظة في مسألة الابن، وكذا كل من يعتق عليه، وإلا لزم فساد البيع، وإنما الممنوع الاستدامة، ويلزم على قولكم إن ورث أباه، وعليه دين أنه لا يباع في الدين، وقد صرحوا بصحة البيع.

وفي مواضع من المدونة صريح بتقرر الملك، وإنما الممتنع الدوام.

والصواب أن نبين عدم تلازم⁽⁴⁾ الولاة والملك بمسألة المرأة بعد⁽⁵⁾.

ولهذا لا يصح استشكال المغربي بقوله: إن كان إنما جعل الولاة لها لكونها ملكته، فلماذا لا يفسخ النكاح؟

(1) في (ش): (فأذنت).

(2) في (ع): (مثل).

(3) في (ش): (نعم).

(4) في (ش): (تلاؤم).

(5) في (ع): (بهذا). وزاد المشدالي بعده: مسألة المرأة التي أشار إليها فهي المسألة التي تأتي الآن قريباً.

وإن كان إنما ثبت النكاح؛ لأنها لم⁽¹⁾ تملكه، فلم جعل لها الولاء؛ لأننا نقول: نلتزم عدم ملكها، وصحة الولاء⁽²⁾.

ومن أعتق عبده عن امرأة للعبد حرة، فولأؤه لها بالسنة، ولا يفسخ النكاح؛ لأنها لم تملكه⁽³⁾.

قوله: (ومن أعتق عبده عن امرأة).

معناه: إذا لم تسأله عتقه ولم ترغبه، ولو سألته ورغبته وقالت: أعتقه عني؛ لكان لها الولاء، ويفسخ النكاح كما لو أعطته مالاً على العتق.

ولو دفعت الحرة مالاً لسيد زوجها على أن أعتقه عنها فسخ النكاح، وذلك شراء لرقبته وولأؤه لها، وقال أشهب: لا يفسد النكاح؛ لأنها لم تملكه⁽⁴⁾.

قوله: (ولو دفعت الحرة...) المسألة.

عورضت بقوله في العتق الأول فيمن حلف.

(1) قوله: (لم) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: يعني بدلالة الاقتضاء وجوب تقرير ملك المعتق عنه؛ إذ لا يستقيم ذلك شرعاً إلا في الملك، والجواب أن الملك في مسألة المرأة تقديري لا تحقيقي، فباعتبار كونه تقديرياً صح كون الولاء لها ولم يفسخ النكاح لكونه غير تحقيقي، وقد تقدم هذا البحث.

(3) تهذيب البراذعي: 616/2.

(4) تهذيب البراذعي: 616/2 و617.

إن لم يفعل فلان كذا فعبدي حر، وزوجتي طالق، منع من البيع والوطء، وهو على حنث، ولا يضرب له في هذا أجل الإيلاء في المرأة، وإنما يضرب له ذلك في يمينه ليفعلن هو، فأما هذا فإن الإمام يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه⁽¹⁾.

(إن لم يفعل فلان كذا فعبده حر...) المسألة.

وتقرير المعارضة أن يقال: التلوم للحالف إنما جاء باللزوم، ولم يذكره الحالف، كما أن المرأة لم تملك العبد صريحاً بل باللزوم.

فينبغي على مذهب ابن القاسم في المرأة في لزوم الطلاق؛ لأنه جعل المقدر كالمحقق إلا حنث على الحالف إذا مات في الأجل؛ لأن الأجل إنما جاء بالتقدير لا مصرحاً به، وقد جعل المقدر كالمحقق⁽²⁾، فكأنه حلف به، فلا يحنث بموته به؛ لأنه على بر.

الجواب: لابن القاسم: الأخذ بالأحوط، ولأشهب: أن التلوم كالمنطوق به، فلا بد منه بخلاف الزوجة.

ولو أعتق نصراني من بني تغلب أو غيرها من العرب عبيداً له نصارى ثم أسلموا وهلكوا عن مال، فميراثهم وولاؤهم لعصبة سيدهم إن كانوا مسلمين يعرفون⁽³⁾.

قوله: (ولو أعتق نصراني من بني تغلب...) إلى قوله: (... يعرفون).

(1) تهذيب البرادعي: 480/2 و481.

(2) قوله: (إلا حنث على الحالف إذا مات في الأجل... كالمحقق) زيادة من (ع).

(3) تهذيب البرادعي: 617/2 و618.

قال بعضهم: يقوم منه أن العَصْبَة إذا لم تُعَرَف لا يرثه الفخذ.

ونحوه في العتبية - فيمن شهد عليه أنه كان يقر أن ولاءه لبني فلان، مثل بني زهرة وبني تميم أو ما أشبه ذلك - : لا يكون لأحد من هؤلاء من ولاءه شيء إذا سُمي الفخذ هكذا بعينه، حتى يبين لمن هو خاصةً، وإلا؛ فليس لأحد شيء⁽¹⁾؛ حتى يسمى القوم بأعيانهم⁽²⁾.

وكل من لا يرجع إلى النصراني من ولاءه شيء إذا أسلم هو، فليس لسيدته من ذلك الولاء شيء، وكل ولاء إذا أسلم النصراني يرجع إليه، فذلك الولاء ما دام نصرانياً لسيدته الذي أعتقه⁽³⁾.

قوله: (كل من لا يرجع... إلى آخره).

الكُلَيْتَان ليس أحدهما عكساً للآخر بشيء من العكوس الثلاثة، بل بيان للمخالفة، والمخالفة أعم من العكوس⁽⁴⁾.

قال مالك: وإذا أسلم عبد لحربي، ثم خرج إلينا أو أسلم بعد خروجه، فهو حر وولأوه للمسلمين⁽⁵⁾.

قوله: (وإذا أسلم عبد الحربي).

(1) قوله: (إذا سُمي الفخذ هكذا بعينه حتى يبين... شيء) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 133/15 و134.

(3) تهذيب البراذعي: 620/2.

(4) المشدالي: يعني بالعكوس الثلاثة: عكس النقيض الموافق، وعكس النقيض المخالف، وعكس المستوى.

(5) تهذيب البراذعي: 621/2.

إنما يكون حراً بخروجه أو مغنمه، لا بمجرد إسلامه على أصله في باب الجهاد.

قال ابن القاسم: وإذا أعتق الذمي عبداً له نصارى ثم أسلموا، ثم لحق السيد بأرض الحرب ناقضاً للعهد فسبى ثم أسلم، رجع إليه ولاؤهم، ولا يرثهم لما فيه من الرق، فيكون ميراثهم للمسلمين إلا أن يعتق، ولا يرثهم سيده الذي استرقه ما دام هو في الرق (1).

قوله: (إلا أن يعتق)

زاد ابن يونس: (قبل موته). قيل: لا حاجة لهذه الزيادة.

إذا أعتق المكاتب عبده على مال، فإن كان المال للعبد لم يجز؛ لأنه قادر على انتزاعه، وإن لم يكن له جاز على وجه النظر؛ لأن له أن يكاتب عبده على وجه النظر، وإن كره سيده (2).

قوله: (لأنه قادر على انتزاعه).

نحوه في المكاتب (3).

قلت لشيخنا أبي عبد الله: يلزم على هذه العلة في السيد مع عبده!

قال: الجواب أن العلة هنا مركبة من القدرة على الانتزاع، وكونه محجوراً عليه، وفي السيد لا حجر عليه.

(1) تهذيب البراذعي: 622/2.

(2) تهذيب البراذعي: 623/2.

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 569/2.

قوله: (لأن له أن يكاتبه على وجه النظر).

هذا استدلال بالشيء على نفسه.

قال مالك: ولا يرث أحد أحداً إلا بنسب قرابة، أو بولاء عتاقة، أو بعصمة، نكاح⁽¹⁾.

قوله: (لا يرث أحد... المسألة).

ظاهره أن بيت المال ليس بوارثه، وهو الحق، وما يقال أنه لبيت المال إنما هو على التوسع، وعبر⁽²⁾ [26/أ] عنها ابن العربي بالإسلام⁽³⁾، فلذا كانت أربعة.

ومن أوصي له بمن يعتق عليه إذا ملكه والثالث يحمله، عتق عليه قبله أم لا، وله ولاؤه، ويبدى على الوصايا⁽⁴⁾.

قوله: (ومن أوصى له بمن يعتق عليه).

تحصيلها:

- إما أن يملكه بشراء؛ فيعتق كله، ويقوم عليه الباقي.

- أو بميراث كله، عتق عليه⁽⁵⁾ أيضاً، وكذا بصدقة أو هبة أو وصية،

(1) تهذيب البراذعي: 625/2.

(2) في (ع): (ونبه).

(3) انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 373/1.

(4) تهذيب البراذعي: 625/2.

(5) قوله: (عتق) يقابله في (ع): (عتق عليه).

قبل، أم لا.

وإن ملك بعضه بصدقة ووصية وهبة، فاختلف فيه في ثلاث مواضع:

- هل يقوم عليه؟

- وهل تبطل الوصية والصدقة والهبة إذا لم يقبل؟

- وإذا نفذ؛ فهل ولاء هذا الجزء للموصى له والموهوب له والمتصدق

عليه؟ أو للواهب والمتصدق والموصي؟

قلت: وفي سماع سَحْنُون من الوصايا - فيمن أوصى له ببعض من يعتق

عليه، فلم يقبل - : عتق إن حملة الثلث وولأؤه للمعتق.

ابن رشد: هذا خلاف ولائها: (أنه يُعتَق؛ قبل أم لا، إذا حمَّله

الثلث)(1).

إذا كان عبدٌ مسلمٌ بين ذمي ومسلم قرشي فأعتقاه معاً، فولاء حصة الذمي للمسلمين، ولو كان العبد نصرانياً فأعتقاه معاً، ثم جني جنابة كان نصفها على بيت المال لا على المسلم؛ لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمي الذي يؤدون معه. ولو أسلم العبد بعد العتق ثم جنى جنابة، كانت حصة الذمي على المسلمين دون أهل خراج الذمي؛ لأنهم وارثوا حصته، والنصف على قوم القرشي؛ لأنه صار وارثاً لحصته منه، وإن أسلم الذمي رجع إليه ولاء حصته منه، ثم يكون ما جنى بعد ذلك خطأ نصفه في بيت المال ونصفه على قوم القرشي(2).

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 221/13.

(2) تهذيب البراذعي: 627/2.

قوله: (نصفه في بيت المال).

إذ لا عاقلة له، فيقوم منه أن من جنى ولا عاقلة له أن جنيته في بيت المال، وفيها خمسة أقوال: هدر في بيت المال في ماله ما ناب الجاني في ماله، وما ناب العاقلة يسقط، وما ناب الجاني في ماله، وما ناب العاقلة في بيت المال، ذكرها اللخمي وابن رشد⁽¹⁾.

قال ابن القاسم: ومن أقام البينة على أن هذا الميت مولاه، لا يعلمون له وارثاً غيره، لم تتم الشهادة حتى يقولوا: أعتقه أو أعتق أباه، أو يشهدوا على إقرار الميت أنه مولاه، أو على شهادة بينة أن هذا مولاه. قال أشهب: إن قدر على البينة لم يقض بها حتى يكشفوا عن ذلك، وإن لم يقدر عليهم حتى ماتوا، قضى له بالمال وبالولاء⁽²⁾.

قوله: (ابن القاسم: ومن أقام البينة أن هذا الميت مولاه...) المسألة.

قال شيخنا أبو عبد الله ابن عرفة: وعندي في كلام ابن القاسم وأشهب هنا اعتراض؛ أما على ابن القاسم: فهو أن يقال: اشتمل كلامه على أمرين متنافيين، بيانه: أن شهادة البينة، فإن هذا الميت مولاه إما أن يكون كافياً في تحقيق ثبوت ولاية المشهود له لهذا أو لا.

فإن كان كافياً؛ لزم عدم الاحتياج إلى زيادة: (أعتقه)، وإن كان غير كاف؛ لزم عدم قبول شهادتهم على إقرار الميت أنه مولاه، وهو الأمر الثاني. مع تدعيم هذا الاعتراض بأن نقول: قد تقرر مخالفة الإقرار للشهادة؛

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 423/16.

(2) تهذيب البراذعي: 631/2.

وهو أن الإقرار يصح فيه البقاء على الظن بأن الإنسان قد يقر بما يظن أنه له أو غيره، والشهادة المعتبر فيها⁽¹⁾ البناء على العلم، فإذا قبل شهادتهم في الإقرار؛ فأحرى الشهادة، ولم يذكر لنا جواباً.

وحاصله؛ أن ابن القاسم سوى بين شهادتهم أنه مولاه، وشهادتهم على إقراره بالولاء⁽²⁾، والتسوية بينهما لا تصح لما قررناه من التنافي.

وأما على أشهب، فهو أن يقال: الكشف؛ إما أن يكون شرطاً، فيلزم عدم إعمالها في الموت ضرورة بطلان المشروط؛ لفقدان شرطه، أو ليس شرطاً، فيلزم عدم تأثير عدم الكشف مع الإمكان إلا أن يقال اعتبره وصف كمال مع الإمكان.

ومن مات وترك ابنتين فادعى رجل انه أعتق هذا الميت وأنه مولاه، وصدفته إحدى الابنتين، لم يأخذ مما بيدها شيئاً، ولا يثبت له ولاء، فإذا ماتت ولم تدع وارثاً غيره ولا عصة فإنه يحلف ويرثها⁽³⁾.

قوله: (فإنه يحلف ويرثها).

تقرر الإشكال الوارد هنا أن يقال: إنه جعله⁽⁴⁾ يحلف في موتها، ويأخذ ولا يحلف في حياتها، فإما أن يجعلها من باب الإقرار، فلا يحلف في الموت، أو من باب الشهادة، فيحلف في الحياة.

(1) قوله: (البقاء على الظن بأن الإنسان قد يقر... فيها) ساقط من (ع).

(2) قوله: (الولاء) يقابله في (ع): (أنه مولاه).

(3) تهذيب البراذعي: 633/2.

(4) زاد بعده من (ش) قوله: (أن).

ولو أقرت البنتان أنه مولاها ورثهما إذا لم يعرف باطل قولهما، كمن أقر أن فلاناً مولاها، ولا يعرف كذبه⁽¹⁾.

قوله: (ولو أقرت البنتان أنه مولاها...) المسألة.

قيل: معنى هذا أنها أقرت أنه أعتقها مباشرة، وأما لو أقرت أنه أعتق أباهما لكانت هي الأولى.

والتي اختلف فيها ابن القاسم والغير؛ قيل: إنما يحتاج إلى هذا التأويل إذا جعلنا الكلام للغير - وهو أشهب - إذ لو لم يتأول الكلام على هذا لكان تناقضاً من قوله.

ولو جعلناه لابن القاسم لم يحتج لهذا، وهو في الأم لسحنون، وما لابن سهل وغيره هنا لم تغادره.

والرجلان يدعي كل واحد منهما أنه مولى فلان من فوق، وفلان مقر بأحدهما وأقاما البينة، فإنه يُقضى لأعدلها بينةً، ولا ينظر إلى إقرار المولى لأحدهما، فإن تكافأت البينتان سقطتا، وكان الولاء للمقر له منهما كحق حازه⁽²⁾.

قوله: (للمقر له منهما).

والفرق بين عدم تصديق الزوجة، وإعمال تصديق المدعى عليه الولاء في عدم البينة أن الولاء يثبت في الجملة بالإقرار بخلاف النكاح.

(1) تهذيب البراذعي: 633/2.

(2) تهذيب البراذعي: 634/2.

واختار اللخمي أنه لو تنازع رجلان نكاح امرأة، وأقاما معاً البينة، وتكافأتا، فأقرت بأحدهما؛ أنه يقبل إقرارها(1).

ومن ورث رجلاً بولاء يدعيه، ثم أقام آخر البينة أنه مولاه، وأقام قابض الميراث مثلها، وتكافأتا، فالمال بينهما. قيل: ولم؟ وقد قال مالك: إذا تكافأت البيتان فإن المال للذي هو في يديه. قال: إنما ذلك إذا لم يعرف أصل المال، وهذا قد عرف أصله. وقال غيره: هو للذي هو في يديه، كمن في يده ثوب فادعاه رجل، وأقام بينة أن ذلك الثوب كان لزيد يملكه، وأن المدعي اشتراه منه، وأقام حائزه بينة مثلها، وقد مات البائع ولم تؤرخ البيتان، وهما في العدالة سواء، سقطت البيتان، وبقي الثوب لحائزه، ويتحالفان(2).

قوله: (ومن ورث رجلاً بولاء يدعيه...) المسألة.

جعل ابن القاسم الحوز هنا لا أثر له، وأن ذلك كشيء بأيديهما وتداعياه، والغير جعله مؤثراً، وشبه ذلك بمسألة(3) الثوب، ومسألة التنظير، لا يختلفان فيها، وقاله في شفعتها.

والفرق عنده بينهما(4) وبين مسألة الولاء؛ أن الولاء الذي تداعياه لم يحزه، وإنما حاز ما لا عرف أصله، أي عرف حدوث سبب دخوله في ملكه، وهذا

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 1997.

(2) تهذيب البراذعي: 634/2.

(3) في (ع): (في مسألة).

(4) في (ع): (بينها).

هو معنى عرف أصله، ومعنى (لم يعرف أصله)؛ أي لم يعرف سبب ما حدث عنه، وإنما وجد في يد أبيه مثلاً، فحاصله مجرد الوجود الغير المضاف إلى سبب معين يعبر عنه بأنه لم يعرف أصله، وقول الغير في مسألة الثوب. وذكر ابن يونس مسألة شفعتها معبراً عنها أن كل واحد منها يدعي أنه اشتراها من فلان.

وتبعه⁽¹⁾ أبو الحسن الصغير⁽²⁾، وأبو إبراهيم، وليست كذلك في البراذعي ولا في الأم، وإنما فيها أن كلاً منهما يدعي أنه اشتراها من صاحبه.

(1) في (ع): (وتبعها).

(2) هو: أبو الحسن، علي بن عبد الحق الزرويلي، القاضي، الفاسي، الشهير بالصغير، المتوفى سنة 719هـ، له شرح على التهذيب للبراذعي، ويُقال: إن الطلبة الذين حضروا مجلسه هم الذين كانوا يقيدون عنه ما يقوله في كل مجلس، وقد أكمله ابن غازي في كتابه "تكميل التقييد وتحليل التعقيد"، والتقييد وتكميله كلاهما قيد التحقيق بإشرافنا في مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث. قال محمد الأمين (عرفات):

أما أبو الحسن فالصغير ينمى إلى زرويل هو الأكبر
وقد يُكبر كما في الشجرة وهو ذو الأجوبة المشتهرة
عنه تقييد على الكتاب - كذا الرسالة - من الطلاب
وقد قضي من بعد ما العلم نشر بثامن في عام تسعة عشر

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 212/1، وشجرة النور، لمخلف، ص: 215، وجذوة الاقتباس، للمكناسي: 472/2، والمقدمة التحقيقية، لشفاء الغليل، لابن غازي، بتحقيقنا، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 47.

قال: نعم؛ لكن التي ذكرها ابن يونس هي المناظرة لمسألة الثوب.
ثم ذكر ابن يونس أن ابن القاسم لا يخالف الغير في الثوب، وكذا مسألة
الشفعة، والفرق بينهما عند ابن يونس وبين مسألة الولاء أن الولاء المتنازع⁽¹⁾
فيه غير محاز⁽²⁾ لكل منهما، فلذا قسم المال بينهما وفي مسألة الثوب هو محاز⁽³⁾،
فلذا رجح صاحبه.

قال شيخنا أبو عبد الله: وفي هذا الفرق عندي⁽⁴⁾ نظر؛ بيانه أن الولاء
الذي حقيقته الشرعية المعرفّة بقوله ﷺ: «لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ»⁽⁵⁾ يستحيل
حوزها حقيقة، فلم يبق انصراف الحوز إلا إلى لازمه الذي هو المال، وقد
فرض حوزة كالثوب، فقد تساويا في الحوز، فلا نسلم حيثذ عدم الحوز في
مسألة الولاء.

(1) في (ش): (التنازع).

(2) في (ش): (محاز).

(3) في (ش): (محاز).

(4) قوله: (عندي) زيادة من (ع).

(5) الحديث بتمامه: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ» أخرجه ابن حبان: 325/11، في باب
البيع المنهي عنه، من كتاب البيوع، برقم: 4950، والشافعي في مسنده، ص: 338،
برقم: 1561، والحاكم: 379/4، برقم: 7990، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه
البيهقي في الكبرى: 240/6، برقم: 12161، عن الحسن مرسلًا.
قال البيهقي: وروي هذا موصولاً من وجه آخر عن بن عمر وليس بصحيح، وقال
أيضاً: وروي من أوجه أخر كلها ضعيفة. ولكن خالفه الحاكم فقال: هذا حديث
صحيح الإسناد. وصححه ابن حبان أيضاً حيث ذكره في صحيحه.

قوله: (الولاء المتنازع فيه غير محاز)

قلتُ: أمّا⁽¹⁾ حقيقة فنعم، وأما لازمها فلا نسلم عدم الحوز، فلا ينهض الفرق المذكور.

والفرق الحقيقي - الذي كان يمضي لنا - أن يقال: الحوز المستند إلى الميراث أضعف من الحوز المستند إلى الشراء، فلا يلزم من اعتبار الأقوى الذي هو حوز الشراء اعتبار الأضعف الذي هو حوز الميراث.

بيان هذه الدعوى ببرهان؛ وهو قوله في المدونة: (فيمن أوصى بحج فأنفذت وصيته...) المسألة⁽²⁾؛ ألا تراه فرق بين ما حيز بميراث، وبين ما⁽³⁾ حيز بشراء.

ولا يرث الأخ للأُم من الولاء شيئاً، وإن لم يترك الميت غيره،
والعصبة أحق منه إلا أن يكون من العصبة، فيرث معهم⁽⁴⁾.

قوله: (لا يرث الأخ للأُم).

لأنه ليس بعاصب، واستعمل صيغة (أفعل)⁽⁵⁾ بين أمرين لا شركة بينهما.

[26/ب]

(1) قوله: (قلتُ أمّا) يقابله في (ش): (قلنا: فأما).

(2) انظر: المدونة (زايد): 514/2 و 207/10، و(السعادة/صادر): 497/2 و 59/15.

(3) قوله: (وبين ما) يقابله في (ش): (وما).

(4) تهذيب البراذعي: 635/2.

(5) المشدالي: أراد بصيغة (أفعل) قوله: (أحق منه).

ونحوه في الجنائز (1).

وينعقد (2) فيهما الشكل الثاني؛ تقريره: الوارث للولاء العاصب، ولا شيء له من الأخ للأم العاصب، فلا شيء من الوارث للولاء بأخ للأم (3).

ولا يرث النساء من الولاة إلا من أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو ولد من أعتقن من ولد الذكور، ذكراً كان ولد هذا الذكر أو أنثى (4).

قوله: (إلا ما أعتقن (5)).

أوقع «ما» على «من». ونحوه في أوائل القذف (6).

قوله: (أو أعتق من أعتقن).

إن قيل: ظاهره حُجَّةٌ؛ للقضاة في فرعهم المشهور.

فالجواب أن ميراث الولاة لا يشترط فيه التعصيب، والميراث بالولاء لا بد فيه من التعصيب، ولذا (7) أسقطت الأنوثة في مسألة القضاة بأنه

(1) المشدالي: أراد بما في الجنائز قوله هناك: (والعصبة أولى بالصلاة على المرأة من الزوج).

(2) قوله: (وينعقد فيها) غير مقروء في (ع).

(3) في (ش): (لأم).

وزاد المشدالي بعده: هو الضرب الأول من الشكل الثاني، ويتبين بعكس الكبرى بنفسها، فيرتد إلى الضرب الثاني من الشكل الأول فينتج كلية سالبة كما ذكر.

(4) تهذيب البراذعي: 636/2.

(5) في (ش): (أعتق).

(6) المشدالي: يريد قوله فيه: (وكذلك إن نسبه إلى جده لأمه لم يحده؛ لأنه كالأب يحرم عليه ما نكح).

(7) في (ش): (والذي).

إرث بولاء.

والفرق بين القولين (1) - أي الإرث بالولاء، وإرث الولاء - واضح⁽²⁾.

قوله: (أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ذكراً كان ولد هذا الذكر أو أنثى).

بهذه المسألة يُفسر (3) قول أبي محمد: (ولاء ما أعتقت المرأة لها وولاء من يجير من ولدٍ أو عبدٍ أعتقه) (4) فنقول: يريد (5): من ولد الذكور.

وفي العتبية - فيمن بعضها حر أحبلها ذو الجزء الرقيق - قال: ولا الولد بينهما. ابن المواز (6): الصواب أن الولاء للأب.

(1) في (ع): (المقولتين).

(2) المشدالي: مسألة القضاة هي التي غلط فيها أربع مائة قاضٍ، وهي مشهورة، والفرق بين المقولتين ظاهر كما قال. والله أعلم.

(3) في (ش): (يفسد).

(4) انظر: متن الرسالة، لابن أبي زيد القيرواني، ص: 116.

(5) قوله: (يريد) زيادة من (ع).

(6) هو: أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن زياد السكندري، المعروف بابن المواز، المتوفى سنة 269هـ، تفقه بعبد الله بن عبد الحكم، وعبد الملك بن الماجشون، وأصبغ بن الفرج، ويحيى بن بكير، وروى عن ابن القاسم، وكان المعول عليه في الفتوى بمصر، واعتزل في آخر عمره، له مصنف حافل معروف به، قال عياض: قصد إلى بناء فروع أصحاب المذهب على أصولهم في تصنيفه؛ لأن غيره إنما قصد لجمع الروايات، ونقل منصوص الساعات، ومنهم من تنقل عنه الاختيارات في شروحات أفرادها، وجوابات لمسائل سئل عنها، ومنهم من كان قصده الذب عن المذهب فيما فيه الخلاف. اهـ. وكتاب ابن المواز مفقود لم يبق منه إلا ما تناثر في كتب الناقلين عنه.

ابن رشد: كل ولد يلحق فولأؤه لأبيه، ولو أعتق المستمسك بالرق ثم تزوجها رجل فولأؤه ولده لمواليه دون مواليتها، وما قاله محمد صحيح، لأن كل ولد يولد للحر ويلحق به نسبه فولأؤه لموالي أبيه، ولا يكون الولاء لموالي الأم إلا إذا كان النسب منقطعاً من قبل الأب، مثل أن يكون ولد زنى، أو منفياً بلعان، أو كافراً حربياً⁽¹⁾.

إذا أعتقت أمة تحت حر، فمات زوجها، فقالت: عتقت قبل موته، وكذلك قال سيدها، وقال ورثة الزوج: بل بعد موته، فلا ميراث لها منه؛ إذ لا يورث بالشك⁽²⁾.

قوله: (لا يورث بالشك).

وفي العتبية - فيمن بعث رجلاً يزوجه فزوجه ثم مات الزوج ولا يدرى قبل عقد النكاح أو بعده - : لا ميراث بينها حتى يتحقق أنه مات بعد العقد والبينة على المرأة.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثم ابنُ مَوَازٍ مُحَمَّدَا سُومِي ذُكِرَ فِي الْمَحْمُودِينَ فَأَعْلَمَ

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 167/4، والدياج، لابن فرحون: 166/2، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 154، ومراة الجنان، لليافعي: 194/2، وشذرات الذهب، لابن العماد: 177/2، والأعلام، للزركلي: 183/6، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 129.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 16/15 و17.

(2) تهذيب البراذعي: 639/2.

قال ابن القاسم: ومن أقام بينة في دار أنها لأبيه وقد ترك أبوه ورثة سواه غيباً، فإنه يمكن من الخصومة في الدار، فإن استحق حقاً لم يقض له إلا بحقه منها، ولا يُنزع باقيها من يد المقضي عليه، إذ لعل الغيب يقرون بها للمحكوم عليه بأمر جهله هذا المدعي، فإذا قدموا فادعوا كدعوى الحاضر، كان ذلك القضاء لهم نافذاً، وإن قدموا قبل القضاء وبعد أن عجز الأول عن منفعه كانوا على حجتهم، إن كانت لهم حجة غير ما أتى به الأول. وقال أشهب: يتنزع الحق كله، فيعطى لهذا حقه ويوقف حق الغيب، وكذلك كتب مالك إلى ابن غانم⁽¹⁾، ورواه ابن نافع⁽²⁾ عن مالك⁽¹⁾.

(1) هو: أبو عبد الرحمن، وقيل: أبو محمد، عبد الله بن عمر بن غانم بن شرحبيل الرعييني، التونسي، القاضي، الفقيه، المتوفى سنة 190 هـ، سمع من مالك، وابن أنعم، والثوري، وجمع ما رواه عن مالك في ديوان سمي ديوان ابن غانم. انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 65/3، وشجرة النور، لمخلوف: 62/1، والجرح والتعديل، لابن أبي حاتم: 110/5، وطبقات علماء إفريقية وتونس، لأبي العرب، ص: 116، والأنساب، للسمعاني: 197/1، ومعالم الإيمان، للدباغ: 288/1، وتهذيب الكمال، للمزي: 343/15.

(2) هو: أبو محمد، عبد الله بن نافع القرشي، مولى بني مخزوم، لقب بالصائغ، المتوفى سنة 186 هـ، روى عن مالك وتفقه به، وكان من كبار أصحابه، وقد كان أمياً لا يكتب، سمع منه سحنون، ويحيى بن يحيى، وله تفسير على الموطأ. قال محمد الأمين (عرفات):

أشهبُ وابنُ نافعٍ ما سمعَا مِن الإمامِ مالِكٍ إلا معَا
وَقَرْنُ مَسْمُوعِهَا أَيضًا جَرَى فَبِالْقَرِينَيْنِ هَذَا اشْتَهَرَا

قوله: (فإنه يُمكن من الخصومة).

يعني بعد إثبات الموجبات من ثبوت الموت وعدة الورثة وغيبتهم، وأن الدار ملك للموروث، واستدامة ملكه والحوز، وإنما يكلف إثبات الغيبة لأنهم لو حضروا لكان من حق المدعى عليه أن يمتنع من خصام الجميع إلا إذا وكلوا واحداً، وهو صريحٌ في رسم العتق من كتاب الأفضية.

ابن رشد: لأن الورثة الشركاء⁽²⁾ فيما يطلبون بمنزلة رجل واحد، فكما لا يجوز للواحد توكيل وكيلين على الخصام فلذا لا يجوز للورثة والشركاء أن يتعاوروا خصمهم⁽³⁾ لما فيه من الضرر⁽⁴⁾.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 308/3، والديباج، لابن فرحون: 409/1، وشجرة النور، لمخلوف: 55/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 147، والانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، لابن عبد البر، ص: 102، والفكر السامي، للحجوي: 444/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 110.

(1) تهذيب البراذعي: 2/640 و641.

(2) في (ش): (الشركاء).

(3) في (ش): (بينهم).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 235/9.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة في كتاب الأفضية ما نصه: ويجب جواب دعوى أحد الشركاء في حق بإرث أو غيره على غريم طلبه، وإن لم يطلبه باقيهم إن لم يقوموا لطلبه معه، ولو حضر مع شركائه أو بعضهم لمخاصمته فللمدعي عليه ترك مخاصمتهم مفترقين، حتى يقدموا لخصومته واحداً فقط.

وقول ابن المناصف: إذا كان لجماعة حق واحد على رجل، فإما وكلوا كلهم واحداً على خصومته، أو خاصموه مجتمعين، ولا يتعاورون عليه واحداً بعد واحد،

قوله: (لم يقض له إلا بحقه منها).

قال شيخنا: ظاهر المدوِّنة أن قول ابن القاسم وأشهب في المعينات⁽¹⁾.
وعندي: أن ما في الذمة أشهب فيه كابن القاسم، ويتأكد الأمر إذا كان
ملياً، ونزع بعيوبها في قوله (متى لقيه).

ابن رشد: قول ولائها وشهاداتها، ونحوه لأشهب أنه ينزع حظ الغائب
ويوقف؛ يأتي على القول بأن الحكم يتم في استحقاق الأصول دون يمين.
وقول ابن القاسم في ولائها أنه لا يوقف؛ يأتي على القول أنه لا يتم إلا
بعد اليمين.

قوله: (كان ذلك القضاء لهم نافذاً).

قلت: من معنى ما قال المغاربة هنا ما قال المتيطي: لو كانت اليمين
واجبة لورثة يملكون أمرهم فحلَّفها الحالف بأمر القاضي لم يكن لمن بقي من
الورثة أن يحلِّف ثانية، لأن اليمين إذا كانت بأمر الحاكم كان حكماً مضى، وإن

إطلاقه وهم.

أما الأول فلقولها في الولاء لمن ورث حقاً في دار الخصومة فيه: (ولا يقضي له إلا
بحظه)؛ ولجواب ابن رشد سؤال عياض بقوله - لمن قام من أصحاب جنة لهم حق
في ماء الخصومة في حقه - "ويمكنه الحاكم من ذلك، وإن لم يبق بقية أصحابه معه".
وأما الثاني فلجوابه عن ورثة قام بعضهم، بقوله: "من حق المطلوب اجتماع الورثة
لخصومته، أو توكيل واحد عنهم؛ لسماح ابن القاسم في ورثة ادَّعوا منزلاً بيد رجل
يوكِّلون من يخاصمه، ولا يتعاورونه هذا يوماً، وهذا يوماً".

المشدالي: في هذا الثاني نظرٌ، وجوابا ابن رشد وقع له في مسائل الأفضية من نوازله،
أحدهما عقب الآخر.

(1) في (ع): (المعيات).

كان بغير أمره فكل من قام منهم له تحليفه، ونحوه لأبي بكر بن عبد الرحمن وغيره من الموثقين، وبه الحكم.

ولأبي محمد في أسئلته أن لمن قام تحليفه، ولو كان بأمر القاضي.
وفي المنتقى: إذا حلف الخصم دون حضور خصمه؛ لم يُجزه (1).

وإذا هلك ابن الملاعنة وترك مالا، ولا وارث له غير موالي أمه، كان ميراثه لهم (2).

قوله: في (3) (ابن الملاعنة... كان ميراثه لهم).

(1) المشدالي: ولهذا يقول الموثقون: "فأحلفه القاضي بحضرة خصمه وتقاضيه ليمينه". وقال الإمام المازري: الأصل أن القاضي لا يستحلفه إلا بإذن المدعي، إلا أن تدل قرينة الحال أنه أراد ذلك من القاضي.
وذكر عن بعض القضاة أن رجلاً ادعى على رجل ثلاثين ديناراً، فأنكر المدعي عليه، فاستحلفه القاضي، فقال الطالب: "لم آذن في هذه اليمين ولم أرض بها"، فلا بد أن تعاد اليمين، وأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب الثلاثين ديناراً من ماله كراهةً أن يكلفه إعادة يمين قضي عليه بها.
المشدالي: قال ابن عرفة في الدعوى: الباجي: وعندي لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين لم يبرّ حتى يحلف وصاحب الحق مفتض ليمينه.
قلت: وذكر لنا شيخنا ابن عبد السلام أنه حكم لرجل يمين على امرأة، وطلب حضوره معها لحلفها، فأبت هي وزوجها خوف اطلاعها عليها.
قال: فحكمت بحضوره إياها متباعداً عنا أقصى ما يسمع منها لفظ اليمين.
المشدالي: فلو تغيب عن قبضها لوكل القاضي من يتقاضاها عنه إذا ثبت عنده مغيبه، ويشهد على نظره ذلك أو آخر ترجمة بيع السلطان من الطرر.

(2) تهذيب البراذعي: 641/2.

(3) في (ش): (بين).

قلت لشيخنا أبي عبد الله: ولو استلحقه (1) الأب وقد (2) كان موالي أمه
تصرفوا فيما أخذوا (3)، فهل له مقال في نقض (4) ما فعلوا؟
قال: أما ما كان قائماً فلا شك أنه له، وفي الفوائت (5) نظر، والظاهر: أنه
يتبعهم.

قلت: فما يشهد (6) لهذا من المدونة؟ فنزع بقولها في القسم في طرو و ارث،
وما في أوائل الاستحقاق.

قلت: في هذا نظر، لأن ما بالإمكان لا يساوي ما بالفعل، لأن تحقق البنوة
لابن الملاعة قبل الاستلحاق في مادة الإمكان، وهي في (7) مسألة المدونة الذي
استدل بها، فحققه بالفعل، فغاية الأمر فيه عدم علم الحاضر من الورثة، وعدم
العلم فيها لا ينفي بنوته.

وفي مسألة ابن الملاعة لا تحقق للبنوة قبل الاستلحاق، فتأمله!
والصواب أن يقال أن قدر الاستلحاق كاشفاً؛ كقولها في هبة الدين
للمدين لأخ ما.

قال الشيخ: وإن قُدر منشأ للبنوة فهو كتجرد وارث.

(1) في (ش): (استلحقه).

(2) في (ع): (ولو).

(3) في (ع): (أخذوه).

(4) في (ع): (نقض).

(5) في (ع): (الفائت).

(6) في (ع): (شهد).

(7) قوله: (في) زيادة من (ع).

وانظر على هذا لو هلك هالك وترك أمًا وأخًا لأم وعاصبًا، فقسم ماله، فصار للأخ للأم السدس، ثم بعدُ تزوجت الأم وولدت أولادًا، ثم ظهر مال للهالك أو لا⁽¹⁾ لم يعلم به، فهل يُختص للأخ⁽²⁾ للأم أو لا بالسدس فيه، أو يشاركه الأخ المتجدد فيتغير الفرض فيه وفي⁽³⁾ الأم؟
والصواب: عدم دخول المتجدد.

وإن ترك مع أمه أخوةً لأم، فللأم مع واحد منهم الثلث، ومع الاثنين فصاعداً السدس، وللواحد منهم السدس وللأثنين فصاعداً الثلث بينهم سواء، حظ الأنثى والذكر فيه سواء، وما بقي فلموالي أمه⁽⁴⁾.

قوله: (وإن ترك مع أمه أخوةً للأم)، ثم قال: (لِلوَاحِدِ مِنْهُمْ السُّدْسُ).

القابسي: هذا نصٌّ منه في المدوّنة أنّ ولد الملاءنة يتوارثون من قبل الأم فقط.

وقال بعض تلامذة المازري: إن أراد القابسي بولد الأم التوأمين من الملاءنة فليس بواضح، إذ يحتمل أن يكون الولد من قبل النفي أو بعده.

قلت: اصطلاح الفقهاء في ابن الملاءنة من باشره اللعان، وما قبله وبعده لا يقال فيه ابن لعان، فصحّ قول القابسي.

(1) في (ع): (أم لا).

(2) في (ع): (الأخ).

(3) في (ع): (في).

(4) تهذيب البراذعي: 641/2.

وما ترك العبد أو المكاتب النصراني إذا مات، أو المرتد إذا قتل فلسيده لأنه يستحقه بالملك لا بالتوارث(1).

قوله: (لأنه يستحقه بالملك لا بالميراث).

وكذا على هذا إذا أسلم عبد النصراني ولم يعثر على ذلك حتى مات أن ميراثه لسيدة(2).

ومن ورث من عبده النصراني ثمن خمر أو خنازير فلا بأس بذلك، وإن ورث منه خمرأً أهرأقها أو خنازير سرحها، وقد ورث عبد الله بن عمر عبداً له نصرانياً كان يبيع الخمر ويعمل بالربا

قوله: (ورث ابن عمر).

الإرث هنا مجاز، وقد علمت ما أسلفناه في الضحايا من توهم بعضهم المعارضة، وضعف قول بعضهم، هل يقوم من هنا أنهم غير مخاطبين بالفروع.



(1) تهذيب البراذعي: 643/2.

(2) في (ع): (للسيد).



كتاب السلم الأول

كتاب السلم الأول

قلتُ: صرح في المدوّنة بأنه رخصة مستثنى من بيع ما ليس عندك.
 فإن قلتَ: لا نسلم أنه (1) بيع ما ليس عندك (2)؛ لأن متعلّقه الذمة، وهي
 أمر وجودي، والمقدر في الأمر الوجودي وجودي.
 قلتُ: الذمة أمر إضافي لا وجود (3) له في الخارج.

الخشب لا يسلم منها جذع في جذعين مثله حتى يتبين اختلافها كجذع
 نخل كبير، غلظه وطوله كذا في جذوع صغار لا تقاربه فيجوز، وإن
 أسلمته في مثله صفةً وجنساً، فهو قرض (4).

قوله: (أسلمته في مثله).

أخذ منه جواز القرض بغير لفظه وتعيين مثله، واشترطه لا يفسده،
 وسكت عما إذا ابتغى صاحبه ونفسه، فالجاري على الصفة إذا جمعت حلالاً
 وحراماً؛ أنه (5) لا يجوز.

(1) قوله: (أنه) ساقط من (ش).

(2) في (ع): (عنده).

(3) قوله: (لا وجود) ساقط من (ش).

(4) تهذيب البراذعي: 7/3.

(5) قوله: (أنه) زيادة من (ع).

ومن أسلم في ثمر حائط بعينه، أو في لبن غنم بعينها، أو في صوفها،
وشرط أخذ ذلك إلى أيام قلائل، فهلك المتبايعان أو أحدهما، لزم
البيع ورثة الهالك؛ لأنه بيع قد تم⁽¹⁾.

قوله: (لأنه بيع قد تم).

يقوم من هذا التعليل أن من اشترى ملكاً، وتطوع للبائع بعد العقد أنه
متى أتاه بالثمن، فإنه يرد عليه ملكه، ثم مات المشتري قبل إتيان البائع بالثمن
أن ذلك يلزم ورثة المشتري؛ لأن موروثهم مات قبل⁽²⁾ أن يتم ما تطوع به
للبيع.

إنما يكون السلم في الحيوان مضموناً، لا في حيوان بعينها، ولا في
نسلها⁽³⁾.

قوله: (وإنما يكون السلم في الحيوان مضموناً).

القاسبي: أجاز السلم⁽⁴⁾ في الحيوان ورأى أن الصفة تحصره.

وقال فيمن استهلك حيواناً: لزمته قيمته، ولم يجعل الصفة تحصره؛ لأنه
عنده لا يقدر على مثله، والأصل في ذلك قوله عليه السلام: «من أعتق شريكاً
قوم عليه حصه شريكه»، وأما إعمال الصفة في السلم، ففعل الصحابة.

(1) تهذيب البراذعي: 10/3.

(2) قوله: (قبل) ساقط من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 10/3.

(4) قوله: (القاسبي: أجاز السلم) ساقط من (ع).

وأجاز ابن عباس السلم في الطعام، وتلا هذه الآية: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ
ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [سورة البقرة آية: 282].
قال مالك: وهذا يجمع الدين كله⁽¹⁾.

قوله: (وهذا يجمع الدين كله).

قال بعضهم: احتج مالك بالآية دون الخبر، وهو رواية؛ لأن الآية عامة،
والخبر خاص، وبحث ابن عبد السلام وغيره هل هنا مشهور⁽²⁾.
وفي العتبية فيمن⁽³⁾ قال لزوجته أن دعوتني للصلح، ولم أجبك فأنت
طالق، فدعته إلى دينار.

وقال: لم أرد هذا، إنما أردت نصف متاعها، أو مهراً⁽⁴⁾ مثل⁽⁵⁾ مهرها⁽⁶⁾
صدق يمين.

ابن رشد: بخلاف لو قال: إلى صلح فإنه لا ينوى مع قيام البينة، لا من
صلح نكرة يقع على القليل والكثير، كمن حلف ألا يدخل بيتاً، ثم قال: نويت
شهرًا.

والألف واللام في (الصلح) تحتمل الجنسية، فتعم⁽⁷⁾ القليل والكثير

(1) تهذيب البراذعي: 12/3.

(2) انظر ما قاله ابن عبد السلام في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 52/6.

(3) قوله: (العتبية فيمن) يقابله في (ع): (العتق ممن).

(4) قوله: (مهر) ساقط من (ش).

(5) في (ع): (مثلها).

(6) قوله: (مهرها) ساقط من (ع).

(7) في (ع): (فتحتمل).

والعهدية، وهو الذي يشبه المخالعة⁽¹⁾.

قلت: قوله: (كمن حلف)⁽²⁾ إلى آخره. هي مسألة المدونة.

ولا يسلم في البيض إلا عدداً على الصفة⁽³⁾.

قوله: (لا يسلم في البيض إلا عدداً).

القاسبي: ليس في المدونة هكذا؛ بل فيها: (ولا يسلم في البيض إلا بصفة،

ولا بأس أن يسلم فيه عدداً)⁽⁴⁾.

ومن أسلم في تمر ولم يذكر برنياً من صيحاني، ولا جنساً من التمر بعينه، أو ذكر الجنس، ولم يذكر جودةً أو رداءةً، فالسلم فاسد، حتى يذكر الجنس ويصف⁽⁵⁾.

قوله: (ولم يذكر جودة أو رداءة).

أبو إبراهيم: لفظ الأم: (ولم يذكر⁽⁶⁾ جودةً ولا رداءة⁽⁷⁾)، فأخذ منه

اللخمي [27/أ] أنه إذا ذكر الجودة والرداءة؛ أجزأ، وإن لم يصفها ويقضى له

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 209/5 و210.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 210/5.

(3) تهذيب البراذعي: 16/3.

(4) انظر: المدونة (زايد): 265/6، و(السعادة/صادر): 12/9، و(العلمية): 63/3.

(5) تهذيب البراذعي: 17/3.

(6) في (ش): (يقل).

(7) انظر: المدونة (زايد): 266/6، و(السعادة/صادر): 12/9، و(العلمية): 63/3.

بالوسط⁽¹⁾.

وقاله أيضاً التونسي.

وأخذ ابن العطار من قوله بعد: (ويصف جودتها) أنه لا يجزئ حتى يصف.

قال أبو إسحاق عن اجتزاء في⁽²⁾ صفة الطعام: أن يقول: جيداً⁽³⁾.

ولم يجتز في صفة الحيوان أن يقول: (فارهاً)، ولا في الثياب بجيد؛ والفرق أن الطعام يقرب بعضه من بعض؛ بخلاف الحيوان والثياب⁽⁴⁾.

المتيطي: لو اقتصر العاقد على قوله: من قمع طيب؛ لم يجز، لأن الطيب يختلف حتى يذكر الصفة والجنس؛ لأن أثمانه تختلف باختلاف أجناسه، هذا هو القول المعمول به.

قال فضل: رأيت لابن حبيب جوازَه، قال: والطيب بمنزلة الجيد.

قال ابن القاسم - في الواضحة - ولا يجزئه أن يقول: (جيدٌ) أو (وسطاً)، حتى يقول: (أبيض)، أو (أسمر) مع الجودة والنقاء، وخالفه في ذلك أصحاب مالك.

وقالوا: إذا قال: (جيدٌ) صح السلم.

أبو عمران: وقول ابن القاسم خلاف للمدونة.

(1) انظر: التبصرة، للخمى، ص: 2910.

(2) في (ش): (اختبار).

(3) في (ع): (جيدة).

(4) انظر: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 50/6.

بعض الموثقين: أما الصفة مع ذكر الجنس فلا بد منها، ويكفي في ذلك أن يقال: (جيدٌ)، أو (وسطٌ) أو (رديءٌ).

ابن العطار: لا يجوز أن يقال: (جيدٌ)، حتى يقال: غاية الجودة. قال: ولو قلت في القمح: (طيبٌ) ولم تقل: (غايةً) فسد السلم.

الباجي⁽¹⁾ هذا غير صحيح، ويلزم على هذا إذا وصف الثوب برقة، أو غلظ؛ أن يقول: غاية في الرقة و الغلظ⁽²⁾.

ومن أسلم مائة درهم في جميع صنوف الأمتعة والطعام والشراب والقطاني والرقيق والحيوان، أو في جميع صنوف الأشياء، ولم يسم رأس مال كل صنف على حدة، فذلك جائز إذا وصف كل ما أسلم فيه ونعته، وسمى كيل ما ينبغي كيله منه أو وزنه⁽³⁾.

قوله: (صنوف الأمتعة والطعام) إلى آخره.

أقام ابن زرب وابن الكاتب من هذه المسألة جواز اجتماع الجراف مع المكيل.

ابن رشد: وهو صحيح.

وأبى ذلك بعض المتأخرين⁽⁴⁾.

(1) قوله: (الباجي) ساقط من (ع).

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: [315/أ] و [315/ب].

(3) تهذيب البراذعي: 17/3 و 18.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 274/7.

قلت: وهو ابن محرز في كتاب الصرف⁽¹⁾.

ويشترط إذا أسلم في اللحم وزناً معروفاً، ولو اشترط تحريماً معروفاً؛ جاز إذا كان لذلك قدر قد عرفوه، لجواز بيع اللحم بعضه ببعض تحريماً⁽²⁾.

قوله: (ولو اشترط تحريماً...) إلخ.

في إحضار المثال قولان؛ وعلى عدم إحضاره فالقياس ضعيف؛ لعدم استواء الفرع، والأصل في انتفاء الغرر ضرورة وجود متعلق (التحري) في الأصل، وعدمه في الفرع.

ومن أسلم حديداً يخرج منه سيوف في سيوف، أو سيوفاً في حديد لا يخرج منه سيوف لم يصلح؛ لأنه نوع واحد، ولو أجزت السيوف في الحديد؛ لأجزت حديد السيوف في الحديد الذي لا يخرج منه السيوف، ولأجزت الكتان الغليظ في الكتان الرقيق، ولأجزت الصوف بعضه ببعض إلى أجل وهو يختلف، ولا يجوز أن يسلم بعضه في بعض⁽³⁾.

قوله: (ولو أجزت سيوفاً...) المسألة.

الأقسام الممكنة أربعة:

- تخرج منها. - لا تخرج. والثالث والرابع واضح.

(1) المشدالي: انظرها في ترجمة باب التبريات من بيوع الطرر.

(2) تهذيب البراذعي: 19/3.

(3) تهذيب البراذعي: 23/3.

وابن القاسم يمنع جميعها⁽¹⁾.

فإن قلت: لا ينتج الاستثناء في هذه الشرطية؛ لأنه إنما استثنى نقيض المقدم، وهو عقيم، وكأنه قال: لكنني لا⁽²⁾ أجز الأول، فلا أجز الثاني.
الجواب: إنه لما قرر بقوله: (لأنه نوع واحد) المماثلة والتساوي، أنتج له ذلك؛ كلما ثبت لأحدهما ثبت للآخر؛ لأنها متساويان.

وثياب القطن لا يسلم بعضها في بعض، إلا أن تسلم الغلاظ منها مثل: الشقائق، وغلاظ الملاحف اليمانية في رقيق ثياب القطن مثل: المروي، والهرمي، والقوهي، والعدني؛ فلا بأس به⁽³⁾.

قوله: (وثياب القطن لا يسلم بعضها في بعض...) إلى آخره.

تنوع المسألة إلى أربعة أقسام⁽⁴⁾:

- تعدد الاسم والمنفعة؛ يجوز اتفاقاً اتخاذهما.
- يمتنع اتفاقاً اتحاد الاسم فقط كالأول.
- عكسه كرقيق الكتان في رقيق القطن قولان.

(1) انظر: المدونة (زايد): 279/6، و(السعادة/صادر): 20/9، و(العلمية): 71/3.

(2) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 25/3.

(4) قوله: (أربعة أقسام) يقابله في (ش): (أقسام).

ومن أسلم فسطاطية في مروية معجلة ومروية مؤجلة، أو أسلم ثوباً من غليظ الكتان مثل الزيقة وما أشبهه في ثوب قصبي مؤجل وفرقي معجل فلا بأس به⁽¹⁾.

قوله: (ومن أسلم فسطاطية في مروية...) إلى قوله: (... لا بأس به).

انظر قوله: (فسطاطية)، ظاهره سواء كان الفسطاطي غليظاً أو رقيقاً، فإن حمل على ظاهره؛ دل على جواز سلم رقيق الكتان في رقيق القطن⁽²⁾. وهو مذهب المدونة، صرح به في السلم الثالث.

وإن حمل على⁽³⁾ أنه أراد به الغليظ من الكتان، إذ هو الأغلب⁽⁴⁾ من ثياب⁽⁵⁾ الفسطاط؛ اقتضى مفهومه منع سلم⁽⁶⁾ الكتان في رقيق القطن.

وضابط الفسطاطية في مثلها إن أسلم الشيء في جنسه وغيره إن جعل ما كان من الجنس جاز، والزائد هبة، وإلا منع.

(1) تهذيب البراذعي: 26/3.

(2) انظر: التنيهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 1465.

(3) قوله: (على) ساقط من (ش).

(4) في (ع): (أغلب).

(5) في (ع): (ثيابه).

(6) قوله: (منع سلم) غير مقروء في (ع).

ومن سلف حنطة في حنطة مثلها، أو طعاماً في مثله إلى أجل فلا خير فيه، إلا أن يقرض رجلاً على وجه المعروف طعاماً في مثله من نوعه، لا أجود منه ولا أدنى، إلى أجل، فذلك جائز إلى أجله⁽¹⁾.

قوله: (حنطة في حنطة).

حملها على البيع حتى يصرحاً بالقرض، وجعل هنا القرض يفسد بغير لفظه، خلاف ما تقدم في مسألة الجذع.

ومن أسلم سمراء في محمولة، أو محمولة في سمراء إلى أجل، أو صيحانياً في جعرور، أو جعروراً في صيحاني إلى أجل، أو أسلف حنطة في شعير، أو شعيراً في حنطة إلى أجل، أو أسلف حنطة في عسل، أو في بطيخ أو في قثاء أو في صيد أو في جراد أو في شيء مما يؤكل، أو سلف بيضاً في قرص خبز، أو في التفاح أو في الفاكهة الخضراء، أو في البقول كلها، لم يجز شيء من ذلك⁽²⁾.

قوله: (ومن أسلم سمراء في محمولة...) إلى آخره.

ابن الحاجب: الثاني: لا⁽³⁾ يكونا طعامين. إلى آخره⁽⁴⁾.

ابن عبد السلام: التحقيق أنها موانع، لأن وجود هذه الأوصاف مناف للسلم، وكل ما كان وجوده مناف للماهية فهو مانع.

(1) تهذيب البرادعي: 28/3.

(2) تهذيب البرادعي: 29/3.

(3) في (ع): (ألا).

(4) قوله: (آخره) ساقط من (ع)، انظر: التوضيح، للشيخ خليل: 8/6.

قلتُ: قد كرر الشيخ هذا⁽¹⁾ المعنى من الاعتراض على ابن الحاجب في مواضع، وهو صحيح في نفسه، وأما في هذا الموضع فهو غير صحيح؛ لأن الذي جعله المصنف شرطاً؛ انتفاء المانع لا وجوده، فتأمل.

ومن سلف حنطة في حنطة مثلها، أو طعاماً في مثله إلى أجل فلا خير فيه، إلا أن يقرض رجلاً على وجه المعروف طعاماً في مثله من نوعه، لا أجود منه ولا أدنى إلى أجل، فذلك جائز إلى أجله، وليس له أن يأخذه منه قبل الأجل»⁽²⁾.

قوله: (أن يأخذه منه قبل الأجل).

معناه: لا يكلفه الإتيان به، وإلا فيشكل على ما علم في القرض.

وإن اشترى طعاماً بعينه وشرط أن يكتاله إلى يومين أو ثلاثة فذلك جائز⁽³⁾.

قوله: (وشرط أن يكتاله يومين أو ثلاثة).

القاسبي في كتب محمد: لو سلف في طعام بعينه مخزون قد رآه على أن يأتيه براتبه أو سفينته إلى خمسة عشر يوماً لا بأس به.

(1) قوله: (هذا) يقابله في (ع): (في هذا).

(2) تهذيب البراذعي: 28/3.

(3) تهذيب البراذعي: 30/3.

قال مالك: وإن كانت سلعة بعينها، وكان موضعها قريباً اليوم واليومين، طعاماً كان ذلك أو غيره فلا بأس بالنقد فيه، فإن تباعد ذلك فلا خير في النقد فيه⁽¹⁾.

قوله: (وكان موضعها قريباً).

القاسبي: لم يذكر تعيين اليومين، والنقد في الغائب إلا هنا.

وفي موطأ ابن وهب - فيمن ابتاع طعاماً على نصف يوم، فنقد الثمن - : لا أحب ذلك، وإنما يصلح النقد فيها⁽²⁾ قرب جداً. ثم رجع، فقال: لا بأس بالنقد في نحو اليومين⁽³⁾.

وإن أسلمت إلى رجل عرضاً مما يغاب عليه في حنطة إلى أجل فأحرقه رجل في يديك قبل أن يقبضه المسلم إليه، فإن كان تركه وديعة بيدك بعد أن دفعته إليه فهو منه، ويتبع الجاني بقيمته والسلم ثابت، وكذلك إن كنت لم تدفعه إليه حتى أحرقه رجل بيدك وقامت بذلك بينة، فإن لم تقم بذلك بينة كان منك وانتقض السلم⁽⁴⁾.

قوله: (بعد أن دفعته إليه) لا يلتزم مع قوله قبله: (أن يقبضه المسلم إليه).

ثم قوله: (إن لم تقم بينة) مشكّل؛ إذ لا يلزم من عدم قيام البينة فسخ البيع، وقصارى الأمر لزوم القيمة، وبقاء هذا العرض بيد المسلم لا يخلو من

(1) تهذيب البراذعي: 30/3.

(2) في (ع): (فيمن).

(3) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 799/2، والتبصرة، للخمّي، ص: 4463.

(4) تهذيب البراذعي: 31/3.

أربعة أوجه:

- على وجه الوديعة.
- أو ليتفجع به الضمان من المسلم إليه.
- وعلى وجه التوثق حتى يشهد هذا بضمانه ضمان الرهان، إما أن تقوم بينه⁽¹⁾ أم لا.

- أو يبقى بيده مهملاً بغير بينة، فإنه يحمل على الوديعة.

وفي سماع عيسى - فيمن له عشرة دنانير، فاقترضها فأخذها ليربها فوجدتها رديئة، أو ناقصة فردها لصاحبها، فقال له⁽²⁾: إنما أخذتها من فلان، فاذهب بها إليه سيدها، فانطلق بها فوقعت في الطريق - قال: إن كان قبضها منه ثم ردها إليه، فقال: اذهب بها⁽³⁾ إلى فلان لييدها لك فضاغت، فمصيبتها من الذي عليه الحق، وإلا فمصيبتها ممن وقعت منه.

ابن رشد: لم ير أن تنتقل الدنانير من ذمة المقتضى لها من حقه إلى أمانته بقول الدافع له: اذهب بها إلى فلان ييدها لك حتى يأخذها منه، ثم يردها إليه، مرسلًا له بها⁽⁴⁾.

ومثله في سماع ابن القاسم من البضائع وسلّمها الأول في مسألة حرق الثوب، ونحوه في قراضها إذا ضاع بعض المال: هو في الباقي على القراض

(1) في (ع): (بينة).

(2) قوله: (له) ساقط من (ع).

(3) قوله: (بها) زيادة من (ع).

(4) قوله: (له بها) يقابله في (ع): (منه).

الأول حتى يحضر، ويدفعه له (1)، ويرد إليه (2). انظر تمامه (3).

ومن له على رجل مال فقال له: أسلمه لي في طعام لم يجر حتى يقبضه
ويبرأ من التهمة، ثم يدفعه إليه بعد ذلك إن شاء؛ لئلا يكون تأخير سلفاً
جر منفعة، أو يعطيه من عنده، ويدخله الدين بالدين (4).

قوله: (ويبرأ من التهمة).

ابن محرز: قال أبو محمد اللوي: لو قبضها [27/ب] منه قبضاً صحيحاً ثم
ردها إليه في المجلس ليسلمها له جاز؛ لأنه ردها لأمانته بخلاف لو ردها إليه
سلفاً عليه.

وكان أبو موسى ابن مناس لا يميزهما مطلقاً.

قالوا: ولو أسلمها له كما أمره بغير تأخير بينة قامت على ذلك؛ جاز،
وكذا بتأخير مع قيام البينة، وله أجر عمله (5) في عناية، وإن لم تقم بينة أنه
أسلمه له لم يبرأ، ويباع منه يقدر دينه ويتصدق بالبقية.

قلت: ويؤخذ من هنا ما صرح به صاحب النهاية، وابن رشد في الأب إذا

(1) قوله: (له) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 332/11 و 333.

(3) المشدالي: ومن هذا المعنى ما في نوازل الشعبي - فيمن قبض دينه وذهب به، ثم وجد
دارهم نقصاً فرجع للمدين وأخبره، فقال له: دعها عندك فما خرج منها خرج، وما
بقي أنا أبدله لك، فذهب - فقال: ضمانها ممن وقعت منه؛ لأنها ليست عنده على
الأمانة.

(4) تهذيب البراذعي: 33/3.

(5) في (ع): (مثله).

ذهب لبييع من ابنه في الناص الذي وهبه دار سكناه، فينبغي أن يكون بين الهبة والبيع (1) فسحةٌ بعيدةٌ كالسنة ونحوها لتزول التهمة؛ لأنه إذا كان متصلاً بالهبة أو بقربها، فيتهم أن يكون إنما أراد أن يهب له الأصل، فجعل الناص حيلةً ليسقط بذلك الحيازة والانتقال من الدار (2) فإذا بعد؛ فلا تهمة.

وإن أسلمت في حنطة فلا تأخذ منها دقيق حنطة وإن حلّ الأجل، ولا بأس به من قرضٍ بعد محله، وقاله أشهب (3).

قوله: (لا تأخذ دقيق).

ابن رشد: رعيًا لعبد العزيز القائل بأنها صنفان، ويلزمه على قياس هذا ألا يجيز أخذ (4) الشعير عن القمح، رعيًا لمن يقول: إنها جنسان، مع قوة الاختلاف فيه، وما هو إلا تناقض (5) من القول (6).



(1) قوله: (الهبة والبيع) يقابله في (ع): (البيع والهبة).

(2) في (ش): (الدرك).

(3) تهذيب البراذعي: 34/3.

(4) قوله: (ألا يجيز أخذ) يقابله في (ع): (لا يجيز).

(5) قوله: (إلا تناقض) يقابله في (ع): (الانتقاض).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 32/8.

كتاب السلم الثاني

كتاب السلم الثاني

ومن أسلم إلى رجل في طعام سلماً فاسداً، فإنما له رأس ماله، ويجوز أن يأخذ به من البائع ما شاء من طعام أو غيره، سوى الصنف الذي أسلم فيه إذا لم يؤخره، ويجوز أن يؤخره برأس المال، أو يأخذ نصفه ويحط ما بقي⁽¹⁾.

قوله: (إنما له رأس ماله).

سواء ثبت الفسخ بحكم حاكم، أو إشهاد، أو تراضيها، إذ لا يتقي في أخذ رأس المال شيء.

قوله: (أن يصالحه على أن يؤخره).

قلت: هذه المسألة تنقض حصر ابن الحاجب الصلح في ثلاثة، فإنها ليست بمعاوضة، ولا إبراء، ولا إسقاط⁽²⁾.

وقد يقال: لا نسلم أنها ليست من الإسقاط، فإن الإسقاط على قسمين؛ إسقاطاً مالياً، وإسقاط طلب مالي، وهو الموجود هنا.

ومن اشترى داراً على أن ينفق على البائع حياته لم يجز⁽³⁾.

قوله: (ومن اشترى داراً...) لمسألة.

(1) تهذيب البراذعي: 37/3.

(2) انظر قول ابن الحاجب وشرحه في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 262/6.

(3) تهذيب البراذعي: 37/3.

أتى بها دليلاً.

قال (1) أبو عمران: أتى بها (2) ليخبرنا كيف التفاضل في البيع الفاسد إذا وقع، فدل أن الرجوع هنا في رأس المال كالرجوع في الدار في الذي باع على أن ينفق عليه.

قال بعضهم: ذكرها في السلم لشبهها بالسلم، ووجه الشبه أن الدار كرأس المال، والنفقة كالسلم فيه.

ونحوه لابن محرز.

وتكريرها في المدونة بألفاظ مختلفة سواءً في الحكم (3).

عبد الوهاب: إنما فسد البيع في مسألة الدار هذه للجهل بالعوض، لأن النفقة وقعت إلى غير مدة معلومة، ولو اتفقا على تعمير البائع مدة معلومة؛ جاز إذا كان يرجع لورثته ما بقي من بقية المدة إن مات قبل تمامها.

ونحوه لابن محرز عن (4) أشهب.

ومعنى قوله في المدونة: (على البائع قيمة ما أنفق عليه المشتري) (5). يريد:

إذا كان في جملة عيال المشتري، وأما لو دفع المشتري إليه مكيلة طعام، أو وزن معلوم من دقيق، أو دراهم لرجع عليه بذلك.

(1) قوله: (قال) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (به).

(3) المشدالي: تكررت في الشفعة، وفي آخر كتاب الحبس.

(4) في (ع): (و).

(5) انظر: المدونة (زايد): 305/6، و(السعادة/صادر): 37/9، و(العلمية):

قلتُ: وفي العتبية - فيمن وضع جاريةً عند رجل، فأنفق عليها ثلاثين صاعاً من تمر، ثم جاء سيدها فقال: إنما لك ثلاثون⁽¹⁾، وقال الذي أنفق: بل لي بسوق يوم أنفقت واشتريته، والطعام يوم جاء صاحبها أرخص - قال مالك: يحسب له بسعر يوم أنفق يعطى بذلك دراهم.

قال ابن القاسم: وذلك إذا كان المنفق اشترى بالثمن، وأما إن كان طعاماً أخرج من عنده؛ فليس له إلا المكيلة.

ابن رشد: قول ابن القاسم تفسير لقول مالك، وهذه كمسألة⁽²⁾ الدار في سلمها الثاني، ثم⁽³⁾ قال: والحكم فيما يرجع به المنفق على الجارية حكم الحميل يتحمل بالطعام فيؤخذ به فيشتره للمتحمل له بخلاف من تطوع، فأدى عن رجل بغير أمره طعاماً عليه اشتراه⁽⁴⁾(5).

قلتُ: وهنا⁽⁶⁾ تنبيه من وجهين؛ أحدهما: ظاهر فهم الشيوخ هذه المسألة: عدم دخول الكسوة.

وظاهر ما في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ من الوصايا والرسم الذي قبله.

وقال في أوائل سماع أشهب من الوصايا ما نصه - فيمن أوصى أن ينفق

(1) في (ع): (الثلاثون).

(2) في (ع): (مسألة).

(3) قوله: (ثم) زيادة من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 290/15 و291.

(5) المشدالي: مسألة العتبية هذه واقعة من كتاب الوديعه.

(6) قوله: (وهنا) ساقط من (ع).

على نفر خمسة ما عاشوا، وقد أوصى بوصاياها، فإن كل واحد من نفر يعمر سبعين سنة - : فيحاصص بنفقته أصحاب الوصايا.

قال أشهب: وأرى أن يكون لهم فيما يفرض لهم من النفقة الحطب والماء والدهن والثياب؛ لا أدري ما الصون، وأرى ذلك للمرأة على زوجها والموصى لهم بالنفقة مثله (1).

الصقلي عن أبي محمد: المراد بالصون: الثياب التي تصان، لمثل الجمعة ونحوها (2).

ابن رشد: وفي قوله في هذه المسألة (3) أنه يكون لهم فيما يعرض لهم من النفقة الماء والحطب والدهن والثياب دليل أن من التزم نفقة رجل تلزمه كسوته؛ لأنها من النفقة، وهي مسألة اختلف فيها الشيوخ، ويتخرج فيها ثلاثة أقوال:

- الدخول وهو دليل هذه الرواية.
- والإجماع في الآية عدم الدخول بدليل رواحلها.
- الثالث: الدخول من جهة اللفظ محتمل، وليس بظاهر ويصدق الملتزم أنه لم يردها دون يمين، أو بيمين (4) على الخلاف في حقوق يمين التهمة، وإن قال: لم تكن لي نية تلزمه معاً.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/13 و 9.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 455/11.

(3) قوله: (المسألة) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (يمين).

وقال عبد الملك: لا يفرض للموصى له⁽¹⁾ بالنفقة الخدمة، ولا يكون له إلا بالوصية.

والذي أقولُ به: إذا كان الموصى له بالنفقة لا يستغني عن الخدمة دخلها من الخلاف ما دخل الكسوة⁽²⁾.

قلتُ: وعزيت هذه عن حفظ المتيطي، وشيخنا في مختصره حتى نقلها عن ابن المواز، ونقلها الصقلي في الوصايا الثاني⁽³⁾.

التنبيه الثاني: قال في نوازل سحنون - في رجل قال لسيد أبيه أعتقه وأنا أخدمك ما عشت، فأعتقه على ذلك، فخدمه الابن ثم عشر على مكروه ذلك - قال سحنون: العتق ماضي، والخدمة ساقطة، وليس عليه من خدمة إبيه شيء.

وقال أبو زيد⁽⁴⁾ وأصبغ: يضمن الابنُ قيمةَ أبيه، ويقاضيه بما خدم في القيمة.

(1) قوله: (له) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/13، وما بعدها.

(3) المشدالي: قد تقدم ما في المختصر، وما أشار إليه المتيطي وغيره موعباً في محله من هذا التقييد فليراجعه هنالك من أراده، والله أعلم بالصواب.

(4) هو: أبو زيد، عبد الرحمن بن عمر بن أبي الغمر، المتوفى سنة 234 هـ، رأى مالكا، ولم يأخذ منه شيئاً، وهو راوية الأسدية، كان فقيهاً مفتياً، لا يرى مخالفة ابن القاسم، من آثاره: مختصر للأسدية، وله سماع من ابن القاسم قيل بأنه متضمن في كتاب المجالس، وهو سؤالاته لابن القاسم.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 22/4، والديباج، لابن فرحون: 242/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 158.

ابن رشد: قول أبي زيد وأصبع هو الصواب؛ لأنه شراء فاسد، كما لو (1)
اشتراه منه بخدمته إياه حياته (2) فَعْتِقَ عليه، ثم عثر على مكروه ذلك بعد أن
خدمه الابن لكان الحكم في ذلك ما قالاه (3).

قلت: انظر لو [28/أ] حبسها المشتري، فهل (4) هي كمسألة سخنون
أم لا؟ والظاهر أنها مثلها.

وإذا قبضت من رجل طعاماً من بيع أو سلم، وصدقته في كيله؛ جاز،
وليس لك رجوع بما تدعي من نقص إن كذبك، إلا أن تقيم بينة لم
تفارقك من حين قبضته حتى وجدت فيه النقص، فإن كان الذي
وجدت بمحضهم في الطعام نقصاً أو زيادة كنقص الكيل، أو زيادته؛
فذلك لك أو عليك. وإن زاد على المتعارف رجع البائع بما زاد،
ورجعت عليه بما نقص طعاماً إن كان ذلك مضموناً، وإن كان بعينه
فبحصّة النقصان من الثمن، وإن لم تكن بينة حلف البائع لقد أوفاه
جميع ما سمى له إن كان اكتاله هو، ولقد باعه على ما كان فيه من
الكيل الذي يذكر، وإن بعث به إليه فليقل في يمينه: لقد بعته على ما
كتب به إلي، أو قيل لي فيه من الكيل: ولا شيء عليه، وإن نكل حلفت
أنت ورجعت عليه بما ذكرنا، فإن نكلت فلا شيء لك (5).

(1) قوله: (كما لو) يقابله في (ع): (كأنه).

(2) في (ش): (حمالة).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 315/14.

(4) قوله: (فهل) ساقط من (ع).

(5) تهذيب البراذعي: 40/3 و41.

قوله: (أوفاه أو لقد باعه)⁽¹⁾.

كذا ساقها الصقلي بزيادة الألف على (لقد باعه)، وفي بعض النسخ
يحذفها⁽²⁾.

أبو محمد صالح: ليس في الأمهات منها⁽³⁾: (ولقد باعه)، وإنما هو في
السلم الثالث، فجمع أبو سعيد بين اللفظين على معنى التخيير في صفة اليمين
على معنى أن المبتاع له أن يحلف البائع بأي اللفظين شاء؛ نقداً في الطعام
المعيّن، وأما في⁽⁴⁾ المضمون، فإننا يحلف بأحدهما، وهو قوله: (لقد⁽⁵⁾ أوفاه...)
إلى آخره.

وانظر⁽⁶⁾ قوله: (لقد باعه... إلى آخره، كيف يصح؛ لأن من⁽⁷⁾ شرط
اليمين أن تكون على حسب الدعوى، لأن المبتاع يوافق البائع في أنه باعه على
ما فيه.

ولكن يقول له: لم توفي ذلك، فإذا حلف البائع لقد باعه على ما كان فيه
من الكيل الذي ذكر أمكن أن يكون في الطعام ذلك القدر، ونقص بعد ذلك
أو لم يكن فيه، فالبائع يكون صادقاً في يمينه، فلا بد من تبديل هذا اللفظ.

(1) قوله: (أوفاه أو لقد باعه) يقابله في مطبوع التهذيب: (لقد أوفاه جميع ما سمي له إن
كان اكتاله هو، ولقد باعه).

(2) في (ع): (نجدها).

(3) في (ش): (هنا).

(4) قوله: (في) زيادة من (ع).

(5) قوله: (لقد) زيادة من (ع).

(6) قوله: (انظر) ساقط من (ع).

(7) قوله: (من) ساقط من (ع).

وإن أسلمت إلى رجل في مُدٍّ من حنطة، فلما حل أجله قلت له: كِله لي في غرائرك، أو في ناحيةٍ من بيتك، أو في غرائر دفعتها إليه، فقال بعد ذلك: قد كلته وضاع عندي. قال مالك: ما يعجبني هذا(1).

قوله: (ما يعجبني هذا)؛ أي البيع، لئلا يؤدي إلى بيعه قبل (2) القبض، ثم تكلم ابن القاسم في طرف الضمان.

وأخذ ابن رشد من قوله: (لأنك صرت قابضاً) أن له البيع (3) بذلك القبض، وحمل ما في السلم الثالث على الخلاف كما أشار إليه سحنون.

وإن كان لك على رجل طعام من سلم فأتاك به قبل الأجل، لم تجبر على أخذه، ولو كان من قرض جُبرتَ على أخذه(4).

قوله: (فإن كان من قرض جُبرتَ على أخذه).

مفهومه: لو أتاه بالبعض لم يجبر.

وقيل: يجبر إذا كان الغريم عديماً، وإن كان ملياً؛ جبر على تعجيل الجميع.

قلتُ: وهذا المعنى صريح في العتبية في كتاب المديان(5).....

(1) تهذيب البراذعي: 41/3.

(2) في (ع): (إلى).

(3) في (ع): (بيعه).

(4) تهذيب البراذعي: 42/3.

(5) المشدالي: ما وقع في مديان العتبية هو قوله في آخر سماع أصبغ منه: سئل أشهب عن

له على رجل ديناران، فأتاه بدينار، فأبى أن يأخذه حتى يأخذ الجميع.

قال: إن كان المدين موسراً لم يجبر الطالب على أخذ الدينار، وأجبر المدين على دفع

وفي (1) سماع ابن القاسم من كتاب الصرف، ولولا الإطالة لجلبناه.
 وقول بعضهم هلهنا: هذا إذا أتاه به (2) في موضع مأمون صحيح، وهو
 صريح في أول حملتها (3)، وما ذكره المشاور وابن رشد في نوازله لم نغادره في
 هذا المعنى.

الدينارين، وإن كان معسراً أجبر الطالب على أخذ الدينار، وأنظر المدين بالباقي.
 وقاله أصبغ، والحق معه.
 وروى أبو زيد عن ابن القاسم - في الرجل يكون له حق على رجل فيأتيه ببعض حقه
 فيقول: لا أقبله منك إلا جملة - قال: أرى أن يجبر على قبض ما جاء به.
 ابن رشد: أما إن كان الغريم معسراً فإنه يجبر رب الدين على قبض ما أتى به اتفاقاً، أما
 إن كان موسراً فقييل: كذلك، وهو قول ابن القاسم في رواية أبي زيد، وهو قول مالك
 في رواية ابن المواز.
 وقيل: لا يجبر، وإنما يجبر الغريم على دفع الجميع، وهو قول أشهب هنا، وفي كتاب
 العدة، وقول ابن القاسم في كتاب محمد.
 وكذا لو كان له عليه دينارٌ مجموعٌ فأتاه بنصف دينار وهو موسراً أو معسراً، وأما لو
 كان له عليه دينار قائم فأتاه بنصف دينار دراهم، لم يلزمه أن يأخذه منه إلا أن يشاء؛
 موسراً كان أو معسراً، وهذا إذا بايعه بالدينار صفقة واحدة.
 وقد بينا هذا في رسم تأخير من سماع ابن القاسم من الصرف.
 (1) في (ش): (ومن).
 (2) قوله: (به) زيادة من (ع).
 (3) المشدالي: وأما ما في أول حملتها فهو قوله: (وإن دفعه إليه بموضع لا سلطان فيه، أو
 في حال فتنة أو مفازة، أو في مكان يقدر الغريم على الامتناع منه؛ لم يبر الحميل حتى
 يدفعه إليه بموضع يصل إليه، وبه سلطان، ويبرأ. اهـ.
 فقال غير واحد: يقوم منه أن من له على رجل مال فأعطاه إياه في حال فتنة أو في مفازة
 فإنه لا يلزمه قبوله.

قلتُ: ويقع في الطرر لابن عات⁽¹⁾: المشاور والموثق والمتأخر والمحتج والمختار؛ فالموثق هو أبو عبد ابن العطار، والمشاور ابن الفخار، والمتأخر هو ابن الهندي، وقال صاحب الطرر: أظنه الوتر.

وإن كان رأس مال السلم عرضاً، فاختلفا في كثرة كيل الطعام وقلته، واتفقا في جنسه، وكان اختلافهما بقرب مبيعتهما، أو عند حلول الأجل، فإن لم يحل سوق الثوب، ولا تغير؛ تحالفا وتفاسخا، وإن تغير أو حال سوقه فالقول قول الذي عليه السلم؛ لأنه لما تغير صار عليه ديناً⁽²⁾.

قوله: (اختلفا عند حلول الأجل).

لم يبيّن في الكتب هل الثمن عيناً أو عرضاً، وفي الأم: (قال المشتري: اشترت أربع وبيات بدينارين)، انظر عياض⁽³⁾.

ومن باع حائطه وقال: شرطت نخلات أختارها بغير عينها، وقال المبتاع: بل شرطت هذه النخلات بعينها، تحالفا وتفاسخا، وليس اختلافهما في الكيل إذا تصادقا في النوع المسلم فيه كاختلافهما في الأنواع، وإنما اختلافهما في الكيل إذا تصادقا في النوع المسلم فيه، بمنزلة من باع جارية، ففادت عند المبتاع، فقال البائع: بعثها بمائة دينار، وقال المبتاع: بل بخمسين ديناراً، فإن المبتاع مصدق مع يمينه إذا أتى بما يشبه أن يكون ثمناً للجارية يوم ابتاعها، فإن تبين كذبه حلف البائع

(1) قوله: (الطرر لابن عات) يقابله في (ع): (طرر ابن عات).

(2) تهذيب البراذعي: 43/3.

(3) انظر: التنبهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 1414.

إن ادعى ما يشبهه، فإن أتى بما لا يشبهه كان على المبتاع قيمتها يوم اشتراها(1).

قوله: (وليس اختلافهما في الكيل... إلى آخره).

هذا جواب سؤال مقدر.

تقريرُ السؤال كأنه قيل له: لم قلتَ في الأولى: (القول قول البائع)، ولم تقل: يتفاسخا؟ ولم قلت في الثانية: (إذا اختلفا في النوع تحالفا) ولم تقل: القول قول البائع(2)؟ فأجاب بما ذكر.

قوله: (ولإنما اختلافهما في الكيل بمنزلة من باع جارية).

هذا قياس للشيء على نفسه، إذ كل منهما اختلاف في المقدار، وكل من كان القول قوله غارماً من بائع أو مبتاع، ولا يصلح(3) هذا فرقاً(4) معنوياً إلا إذا كان لم يسمع الأولى، فينظرها بما سمع، ولو كانتا متماثلتين في الحكم حرصاً في البيان، فلا بأس به.

وإن كان رأس مال السلم عرضاً فاختلفا في كثرة كيل الطعام وقلته، واتفقا في جنسه، وكان اختلافهما بقرب مبايعتهما، أو عند حلول الأجل، فإن لم يحل سوق الثوب ولا تغير، تحالفا وتفاسخا(5).

(1) تهذيب البراذعي: 42/3 و43.

(2) قوله: (ولم تقل: يتفاسخا؟ ولم قلت في الثانية... البائع؟) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (يصح).

(4) قوله: (فرقا) ساقط من (ع).

(5) تهذيب البراذعي: 42/3 و43.

قوله: (أو عند حلول الأجل).

لم يجعل حلول الأجل هنا فَوْتاً، وجعله في العين فَوْتاً؛ الفرق أنه في العين انتفع، وفي العرض: لا.

وإذا اختلفا في دفع الثمن في الربع والحيوان والرقيق والعروض، وقد قبضه المبتاع وبان به، فالبايع مصدق في يمينه إلا أن تقوم بينة، إلا في مثل ما يباع على النقد كالصرف⁽¹⁾.

قوله: (إلا في مثل ما يباع على النقد كالصرف).

ابن الهندي: ومما يدل على سقوط اليمين في استحقاق الأصول جريان العرف بالإشهاد والتوثيق بخلاف العروض⁽²⁾.

ويدل على ذلك - أيضاً - قول مالك هنا - فيما يتبايعه الناس بينهم كالزيت والسمن والقثاء ونحو ذلك - أن القول قول المبتاع في دفع الثمن مع يمينه؛ لأن العرف في ذلك النقد عند قبض السلعة، وما كان من غير ذلك مما العرف فيه تأخير الثمن القول فيه قول البائع مع يمينه، وعلى المبتاع إثبات الدفع.

وإذا ادعى أحدهما في السلم أنه لم يضربا له أجلاً، وأن رأس المال تأخر شهراً بشرط، وأكذبه الآخر، فالقول قول مدعي الحلال منهما مع يمينه، إلا أن يقيم بذلك بينة⁽³⁾.

قوله: (القول قول مدعي الحلال).

(1) تهذيب البراذعي: 44/3.

(2) انظر: الأحكام، للماقي: 252/1.

(3) تهذيب البراذعي: 45/3.

ابن هشام: ظاهر المدونة؛ كانت السلعة قائمة أو فائتة، وقيدَها أبو بكر بن عبد الرحمن بما إذا فاتت.

وفي القيام التحالفُ والتفاسُخ، وإليه صار حذاق المتأخرين.

ابن رشد: لو (1) اشترى رجل أملاكاً، و التزم من الوظيف أكثر مما يلزم تلك الأملاك إن كان طوعاً؛ جاز (2).

قال: ولو وقع طوعاً على حسب ما جرت به العادة فاختلفا.

فقال أحدهما: قد انعقد البيع على الشرط، وأكذبه الآخر، فالقول قول ذي الشرط مع يمينه؛ لشهرة العرف، ويفسخ البيع (3).

وقال - فيما إذا اختلفا في الثنياً - هل وقعت في أصل البيع أو طوعاً؟ (4)

المشاور الذي جرت به الفتوى: القول قول من ادعى أنه في البيع، لأن

(1) في (ع): (كما).

(2) المشدالي: مسألة الأملاك هي أول مسألة من مسائل العيوب في نوازل ابن رشد، وذكرها في الطرر في آخر ترجمة باب التبريات.

(3) انظر: مسائل ابن رشد: 312/1.

(4) المشدالي: قال ابن سهل في ترجمة اشترى وطاع بالثنيا: قال ابن زرب: من ابتاع شيئاً وذكر في عقد ابتياعه أنه طاع للبائع إن أتاه بالثمن إلى عام فالمبيع عليه رد، فلما تم الأمر أراد المشتري تملك المبيع وقطع ما التزمه، فقال له البائع: إنما كان ارتهاناً، وعقدناه ثنياً تحيلاً لإسقاط الحوز.

فقال: أرى اليمين على المبتاع أن ابتياعه كان صحيحاً، وإنما طاع بالثنياً بعد العقد، فإن نكل حلفَ البائع وأدى إليه الثمن وأخذ المبيع، وإنما وجبت اليمين هنا لما تعورف بين الناس أنهم يتحيّلون في الارتهان بالثنياً.

المشدالي: وفتوى ابن الحاج مخالفة لابن رشد ومن وافقه.

العرف يشهد له.

قلتُ: هذا خلاف لقولها ههنا⁽¹⁾ ونظائره، وإلى هذا مال ابن عبد السلام والصقلي وكثير من شيوخه⁽²⁾.

وفي العتبية في سماع عيسى من المديان - في رجل جاء بذكر حق فيه شراء وسلف.

فقال صاحب الحق: إنما أسلفته بعد البيع وقال من عليه الحق: إنما هو بيعٌ وسلفٌ - القول قول ذي الحق، إلا أن يقيم الآخر بينة، فعلى ذي الحق اليمين، فإن نكل حلف الذي عليه الحق، وفسخ البيع⁽³⁾.

وانظر في رسم حلف من سماع ابن القاسم من البيوع، وفي رسم أوصى من سماع عيسى⁽⁴⁾.

(1) في (ع): (هنا).

(2) في (ش): (شيوخنا).

وزاد المشدالي بعده: وفتوى ابن الحاج مخالفة لابن رشد ومن وافقه.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 455/10.

(4) المشدالي: مسألة سماع عيسى هي الثالثة من رسم إن خرجت من المديان فقال ابن رشد فيها: هذا كما قال، إذا كان ما وقع في الذكر محتملاً للصحة والفساد؛ كأن يذكر فيه أنه باع منه سلعة بمئة دينار، وأسلفه عشرة دنانير، فادعى البائع أنه أسلفه العشرة بعد نفوذ البيع على غير شرط، وقال المبتاع: بل شرطته عليك في أصل العقد.

وفي قوله: (يفسخ) نظر؛ لأن المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته أن البيع والسلف لا يفسخ إذا أسقط مشترط السلف شرطه، فيحتمل أن يكون جوابه هنا على القول الآخر الذي روي عنه أن البيع والسلف يفسخ بكل حال، ويحتمل أنه إنما أراد

وإن تناقضا في السلم، فاختلفا في مبلغ رأس المال فالقول قول الذي عليه السلم⁽¹⁾.

قوله: (وإذا تناقضا السلم...) المسألة.

قلتُ: الصواب تقييدها.

أبو إبراهيم وغيره: لا على إطلاقها كما فهمها شيخنا أبو عبد الله⁽²⁾.

ولو قال المسلم إليه: أسلمت إليّ الثوب الذي ذكرت مع هذا العبد فيما سميت، وأقاما البينة، فهذا سلم واحد، إلا أنني أقضي بالبينة الزائدة

فسخه من أجل أن السلف قد قبض، كقول سحنون، وابن حبيب.
وأما إن كان ما وقع في الذكر ظاهره الصحة على ما ادعى البائع، فلا يمين للمبتاع عليه فيما ادعى من الفساد، إلا أن يقول: كنا أشهدنا على الحلال، ومعاملتنا في السر على الحرام، فتلزمه اليمين إن كان ممن يتهم بارتكاب مثل هذا، وإلا لم يحلف.
وأما لو باع منه السلعة بمئة دينار نقداً، على أن يسلف البائع المتبايع عشرة دنانير إلى شهر، وكتب بذلك ذكراً، فقال البائع: إنما بعتك بمئة على أن أسلفك منها عشرة إلى شهر، فمبايعتنا صحيحة؛ لأن ما لها أي بعتك السلعة بتسعين نقداً وعشرة إلى شهر، وقال المتبايع: إنما ابتعت على أن تسلفني عشرة من غير الثمن، فالبيع بيننا فاسد؛ لأنه بيع وسلف، وذهب وعرض بذهب معجلة ومؤجلة؛ لكان القول قول البائع مع يمينه؛ لأنه مدعي الصحة، فإن نكل فسخ دون يمين المتبايع لتشاهدهما على الفساد في الظاهر، بدليل ما في رسم الكبش من الدعوى. فانظره.
المشدالي: وأما مسألة رسم حلف فهي فيمن اشترى نخلاً، وله شرب ماء، ولم يبينه. فانظر البيان فإنه استوفي الكلام عليها في رسم أوصى من سماع عيسى.

(1) تهذيب البراذعي: 45/3.

(2) المشدالي: انظر عياض، والشيخ أبا الحسن.

فياخذ الثوب والعبد، وتلزمه المائة إردب، كشاهد له على خمسين
وآخر على مائة، فإن شاء أخذ خمسين بغير يمين، وإن شاء حلف
وأخذ مائة(1).

قوله: (كشاهد له على خمسين...) إلى آخره.

إن قلت: قد تقرر أن لازم القولين لا يصح التمسك به في كونه مجعاً
عليه، وهنا جعل لازم الشهادتين في الخمسين كينة كاملة توجب أخذ
الخمسين بلا يمين.

قلت: الفرق بينهما أن قول القائل في مسألة الأصول مركب، ولا تركيب
في الشهادة هنا، بل لو تركبت لبطلت(2).

وفي سماع أشهب: إذا شهد شاهدان بوراثه رجل، فقال أحدهما: أشهد
أنه(3) وارثه، ولا أعلم له وارثاً غيره، وقال الآخر: أشهد أنه وارثه، [28/ب]
ولا وارث له غيره، وزوجة له.

قال مالك: الشهادة جائزة.

أشهب: يخير الوارث(4) بين يمينه مع شاهده الذي شهد له أنه ما يعلم له
وارثاً غيره، ويأخذ المال كله، فإن أبى عزل من(5) المال ما ينوب الزوجة لو

(1) تهذيب البراذعي: 45/3.

(2) المشدالي: يعني أنه تركب من إثبات ما أثبت ونفي ما زاد عليه وهذا المعنى لو شهد به
الشاهد بطلت شهادته.

(3) في (ع): (بأنه).

(4) في (ش): (الورثة).

(5) في (ش): (عن).

ثبت ويأخذ الباقي (1) بلا يمين.

ابن رشد: وجه قول أشهب هذا أن أحد الشاهدين شهد له بجميع المال والآخر بثلاثة أرباعه، أو بسبعة أثمانه إن كان ابن فأشبه مسألة المدونة هذه. انظر تمامه (2).

وفي نوازل سحنون - في رجل شهد له شاهدان بألف درهم على رجل، فقال أحدهما: قد حل الحق، وقال الآخر: بل إلي سنة - إن شاء صاحب الحق حلف مع شاهد الحلول، ويحل جميع حقه، وإن شاء كانت له إلى سنة بلا يمين. وانظر كلام ابن رشد (3).

(1) في (ع): (ما بقى).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 468/9، وما بعدها.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 161/10.

وزاد المشدلي بعده: زاد في أصل الرواية: (وليس للمطلوب أن يقول: أنا أحلف مع شاهد التأجيل ويكون شاهداً لي على الآخر، حتى لا يحلف مع الطالب). ابن رشد: المعنى في المسألة أن الشاهدين أجمعا أن الحق إلى السنة؛ فقال أحدهما: قد انقضت، وقال الآخر: لم تنقض، فوجب أن يحلف الطالب مع شاهد الانقضاء؛ لأنه مدع لانقضاء السنة/وقد أحكمت السنة أن "البينة على المدعي"، فلما أقام شاهداً على دعواه كان من حقه أن يحلف معه، ولم يكن للمطلوب أن يحلف مع شاهده إلا إذا نكل الطالب، فيحلف المطلوب ويبقى المال إلى الأجل.

ولو اختلف الشاهدان في الأجل، فقال أحدهما: "كان ستة أشهر، وقد حل"، وقال الآخر: "كان سنة، فلم يحل"؛ لوجب أن يحلف المطلوب مع شاهد؛ لأن شاهده زاد في شهادته على ما شهد به شاهد الطالب، بدليل: لو أقام كل منهما شاهدين على دعواه لوجب أن تكون بينة المطلوب أعمل؛ لأنها زادت.

وهذا - على المشهور - من قول ابن القاسم أن البيتين إذا اختلفتا في القلة والكثرة

وفي سماع أصبغ فيمن شج رجلاً موضحة، فلما برئت الشجة طلب صاحبها عقلها، فشهد له شاهد أنها موضحة، وشهد آخر أنها⁽¹⁾ منقلة، فأبي الشهادتين يثبت؟⁽²⁾

قال: إن كانت الشجة لم تفت⁽³⁾ ببراء، ولا زيادة ولا نقصان، نظر⁽⁴⁾ إليها غيرهما من أهل المعرفة والعدالة، فإن فاتت كان للمجروح إن شاء أن يحلف مع شاهد المنقلة، وكانت له دية المنقلة، وإن شاء فدية الموضحة بلا يمين⁽⁵⁾، لأن الموضحة قد اجتمع عليها الشهادتان⁽⁶⁾ كمسألة المدونة هذه.

وفي سماع أبي زيد: لو أن رجلاً شهد له شاهد أن له عند عبد الله عشرة، وشهد له آخر أن له على عبد الله عشرين.

قال: يحلف مع كل شاهد، وتكون له العشرون والعشرة، فيأخذ ثلاثين. ابن رشد: هذا واضح، لأن قول أحد الشاهدين عنده خلاف قول الآخر له عليه لأن لفظه عند تقتضي الأمانة ولفظة على تقتضي الذمة، فكل شاهد

كانت الزائدة أعمل.

وقيل: إن ذلك تكاذب، ويُنظر إلى الأعدل، وقد فرّق بين أن تكون الزيادة في اللفظ، مثل أن تشهد إحداهما بمئة والأخرى بمئة وخمسين، أو في المعني - واللفظ مختلف - مثل أن تشهد إحداهما بمئة والأخرى بسبعين.

(1) قوله: (موضحة وشهد آخر أنها) ساقط من (ش).

(2) في (ع): (أعمل).

(3) في (ع): (يفت).

(4) في (ش): (انظر).

(5) قوله: (بلا يمين) يقابله في (ع): (باليمين).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 197/16 و198.

شهد بخلاف ما شهد به الآخر، ولو قالاً معاً: (عند)، أو (علي) لكانت كمسألة المدونة هذه في أنه يأخذ العشرة بلا يمين، أو عشرين بيمين⁽¹⁾.

قلت: هذا ظاهرٌ إن كان الشاهد عالماً بمواقع الألفاظ، ويشكل هذا بقولهم في صريح الأقوال⁽²⁾ أن (عندي) و (علي) سواء، وهو صريحٌ أول حمالتها.

قال في ألفاظ الكفالة: أو هو لك (عندي، أو علي...) إلى آخره.

ولا شك في تفاوتها في المدلول كما أشار إليه ابن عبد السلام وابن رشد وغيرهما.

وإن أخذت لرجل سلماً بأمره؛ لزمه⁽³⁾.

قوله: (وإن أخذت لرجل سلماً بأمره).

معنى المسألة أنه قال: بعثني فلانٌ لأخذ له سلماً، وقد قامت بينةٌ بالوكالة.

ومن أمر رجلاً يشتري له جارية أو ثوباً، ولم يصف له ذلك، فاشترى له ما يصلح أن يكون من ثياب الأمر أو خَدَمِه جاز، ولزم الأمر، وإن ابتاع له ما لا يشبه أن يكون من ثيابه ولا من خَدَمِه، فذلك لازم للمأمور، ولا يلزم الأمر إلا أن يشاء⁽⁴⁾.

قوله: (فاشترى له ما يصلح أن يكون من ثياب الأمر).

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 237/10.

(2) في (ع): (الأفراد).

(3) تهذيب البراذعي: 46/3.

(4) تهذيب البراذعي: 46/3.

قلتُ: البحث هاهنا من ثلاثة أوجه:

أحدهما ما سطره غير واحد من المعارضة بين قوليَّ ابن القاسم وأشهب في باب الأيمان والوكالات والتقصي عنه معلوم.

الثاني: أن هذه المسألة ونحوها في أواخر الجعل تدل على أن العرف الفعلي يخصَّص العموم، ويقيد المطلق.

وصرَّح به الباجي في هذه المسألة في ترجمة القضاء فيما يعطى للغسال⁽¹⁾، وهي مما يرُدُّ ما زعمه القرافي من أن العرف لا يخصَّص ولا يقيد.

الثالث في استفراقٍ في هذا اللفظ⁽²⁾، وذلك أن ابن زرب قال - فيمن دفع جلدأ لخراز ليعمل له منه خُفَّين، أو شقة ليقطع له منها قميصاً، ولم يُبيِّن له صفة ما يعملها، فعمل صفة تشاكل مثله - أن ذلك لازم له.

ولو أعطى ثوباً لصبَّاغ يصبغه، ولم يعرفه باللون، فصبغه لوناً يشاكله أن ذلك لا يلزمه ويضمن الثوب؛ لأنه لم يأمره⁽³⁾ بذلك اللون.

قيل له: فما الفرق؟

قال: الأخفاف أمرها كلها قريب بعضها من بعض، وأمر الألوان متباعد جداً، فتبعها⁽⁴⁾ الأغراض لذلك⁽⁵⁾.

قلتُ: والمسألة منصوصة في سماع عيسى، وذكر ابن رشد هذا

(1) في (ع): (للعمال).

(2) في (ع): (المنط).

(3) في (ع): (يأمر).

(4) قوله: (فتبعها) غير مقروء في (ع).

(5) انظر: الأحكام للمالقي: 99/1.

الفرق أيضاً.

ومن أْبْضَع مع رجل أربعين ديناراً في شراء جارية ووصفها له، فاشتراها بأقل من الثمن، أو بزيادة دينار أو دينارين أو ما يشبه أن يزداد على مثل الثمن؛ لزم الأمر إن كانت على الصفة⁽¹⁾.

قوله: (ومن أْبْضَع مع رجل).

التونسي: إن ادعى المأمور زيادة الدينار والدينارين صُدِّق؛ لأنه كأنه⁽²⁾ أذن له في الزيادة⁽³⁾ اليسيرة.

قلتُ: ولا يلزمه إخراج هذه الزيادة سلفاً.

ابن هشام: على هذه المسألة انظر: لو حلف لا يبيع سلعةً بعدد⁽⁴⁾ بكم يبرأ؟

فيه خلاف. قيل: بربع دينار في المائة⁽⁵⁾. وقيل: بدينار.

وإن دفعت إلى رجل مالاً، وأمرته أن يسلمه لك في طعام، فأسلمه إلى نفسه، أو إلى زوجته، أو أحد أبويه، أو جده، أو جدته، أو ولده، أو ولد ولده، أو مكاتبه، أو مدبره، أو أم ولده، أو عبده المأذون له، أو عبد ولده الصغار، أو عبد أحدٍ ممن ذكرنا، أو إلى شريك له؛ مفاوضٍ، أو

(1) تهذيب البراذعي: 46/3.

(2) قوله: (كأنه) ساقط من (ع).

(3) قوله: (الزيادة) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (فعدد).

(5) في (ش): (المادة).

شريك عنان أو إلى ذمي، فذلك جائز إن صح من غير محاباة، ما خلا نفسه، أو شريكه المفاوض؛ إذ كأنه أسلمه إلى نفسه، أو من يلي عليه من ولد أو يتيم أو سفيه وشبهه⁽¹⁾.

قوله: (ما خلا نفسه).

ابن حارث: اتفاقاً.

قلت: انظر هل يجزئ فيه⁽²⁾ قول من باب الوكالة في غير السلم.

ولم ينقلوا هنا عن⁽³⁾ أشهب في ابنه مثل ما صرح به في المدونة في الوصايا.

ولم يجعل هنا مقالاً إذا أسلم لذمي.

وفي باب المراجعة: (لو اشتري سلعة من ذمي، فباعها مرابحة لزمه

البيان).

المازري: لأنه غش.

ولا أحب لمسلم أن يدفع مالاً قراضاً لذمي، ولا يأخذ منه قراضاً⁽⁴⁾.

قوله: (لا يأخذ منه مالاً قراضاً).

الشعباني: لا يتوكل مسلم لكافر، ولا كبير لطفل، ولا طفل لكبير.

قلت: إن كانت الوكالة في المسلم بلا عَوْض، فهي هبة فلا وجه للمنع،

(1) تهذيب البرادعي: 47/3.

(2) في (ش): (فيها).

(3) في (ع): (من).

(4) تهذيب البرادعي: 48/3.

وإن كانت بعوض؛ ففليل (1) في جعلها: مكروه.

وظاهر الشعباني المنع.

ومن وكل عبداً مأذوناً له في التجارة، أو محجوراً عليه يسلم له في طعام ففعل؛ فذلك جائز (2).

قوله: (أو محجوراً عليه).

لم يتكلم هنا (3): هل لسيد العبد أن يطالب الموكل بقيمة ما استعمل

عبده؟

وفصل فيه بعضُهُم، فقال: إن كان عملاً له بال (4) فله قيمة عمله إن كان

العبد محجوراً عليه، وإن كان مأذوناً له فلا.

وإن دفعت إليه دراهم يسلمها لك في ثوب هروي، فأسلمها في بساط شعر، أو يشتري لك بها ثوباً فأسلمها في طعام أو عروض، أو في غير ما أمرته به، أو زاد في الثمن ما لا يزداد على مثله، فليس لك أن تجيز فعله، وتطالب ما أسلم من عرض أو طعام، وتدفع إليه ما زاد؛ لأن الدراهم لما تعدى عليها الأمور وجبت عليه ديناً، ففسختها فيما لا يتعجله، وذلك دين بدين، ويدخل في أخذك الطعام الذي أسلم فيه

(1) في (ع): (فليل).

(2) تهذيب البراذعي: 48/3.

(3) في (ع): (لهما).

(4) قوله: (بال) زيادة من (ع).

أيضاً مع ما ذكرنا بيعه قبل قبضه، لا شك فيه؛ لأن الطعام قد وجب للمأمور بالتعدي، فليس له بيعه حتى يقبضه⁽¹⁾.

قوله: (لا شك فيه).

قلنا⁽²⁾: ممنوع؛ لأنه بناه على مقدمة فيها تنازع، وهي أنا لا نُسَلِّم، اكتفاءً بالتخير⁽³⁾، ودليله المسألة الثانية.

وإن أمرته ببيع سلعة فأسلمها في عرض مؤجل، أو باعها بدنانير مؤجلة لم يجز بيعه، فإن أدرك البيع فسخ، وإن لم يدرك بيع العرض بعين نقداً، وبيعت الدنانير بعرض نقداً، ثم بيع العرض بعين نقداً، فإن كان ذلك مثل القيمة، أو التسمية إن سميت فأكثر كان ذلك لك، وما نقص من ذلك ضمنه المأمور⁽⁴⁾.

قوله: (فإن أدرك البيع).

أي قبل فوات السلعة.

وفي هذه العبارة قولان؛ لأن⁽⁵⁾ ظاهرها تحتم الفسخ، وليس كذلك، بل معناه: إن لم يختر إلا مضاء⁽⁶⁾، فحاصله أنه يخير، وإنما يفسخ إذا اختار

(1) تهذيب البراذعي: 49/3.

(2) في (ع): (قلت).

(3) قوله: (اكتفاءً بالتخير) يقابله في (ع): (انتفاء التخير).

(4) تهذيب البراذعي: 50/3.

(5) قوله: (لأن) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (إلا مضى).

عدم الإمضاء.

وما أخذت به رهناً في طعام أسلمت فيه، أو غيره، وذلك الرهن حيواناً، أو دوز، أو أرضون، أو تمرّ في رؤوس النخل، أو زرع لم يحصد، أو تمرّ أو زرع لم يتبدّ صلاحهما، فلا بأس بذلك، ولا تضمن ما هلك من ذلك أو ما أصابته جائحة من ثمر أو زرع؛ لأنه مما لا يغاب عليه، وهلاكه ظاهر⁽¹⁾.

قوله: (أو ثمرة في رؤوس الشجر).

يحتفظ الطالب على هذه المسألة، وصرّح بنحوه في النكت في باب المساقاة.

وقد غلط فيها بعضهم.

وإن أسلمت مائة دينار في عروض موصوفة إلى أجل، وأخذت بها كفيلاً، فصالحك الكفيل منها قبل الأجل على طعام، أو عرض يخالفها⁽²⁾.

قوله: (وأخذت كفيلاً).

حصر مسائل هذا الباب:

لا يخلو الدين؛ إما أن يكون عرضاً إلى دنانير أو دراهم، أو طعاماً⁽³⁾ من

(1) تهذيب البراذعي: 52/3.

(2) تهذيب البراذعي: 53/3.

(3) في (ع): (طعام).

سلم أو قرض.

والمصالح به إما دنانير أو دراهم أو عروض قيمة⁽¹⁾ أو مثلية أو طعام.
ثم الصلح إما عن نفسه، [29/أ] أو عن الغريم.
ثم هذا ما قبل الأجل أو بعده.

أو عين نقداً شراءً لنفسه، جاز ذلك إن كان الغريم حاضراً⁽²⁾.

قوله: (أو عين نقداً).

ظاهره: كان ذلك مثل رأس المال، أو أقل، أو أكثر.

ومنه في⁽³⁾ كتاب محمد بأكثر بعض القرويين: القياس الجواز.

وإن صالحك الكفيل لنفسه قبل محل الأجل على ثياب في صفتها
وعددتها جاز، وإن كانت أقل أو أكثر أو أجود رقاعاً، أو أشرّ فلا خير
فيه، ويدخله في الأدنى الزيادة في السلف، وفي الأرفع زيادة على
ضمان الأدنى، وكذلك إن قضى عن الغريم، ويدخل في الأرفع: حُط
عني الضمان وأزيدك، وفي الأدنى: ضع وتعجل⁽⁴⁾.

قوله: (الزيادة في السلف).

إذا كان كفيل⁽⁵⁾ أخرج الأدنى ليأخذ من الغريم، وكذا الضمان، أو دفع

(1) في (ش): (قيمة).

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 52/3 و53.

(3) في (ش): (بمن).

(4) تهذيب البراذعي: 53/3.

(5) في (ع): (الكفيل).

الكفيل الأعلى ليضمن - أي - الغريم الأدنى.

وانظر مفهوم قوله: (من قرض) لو كانت (من بيع) لكان الحكم غير (1) ذلك.

وفيه تفصيلٌ، وهو: إن صالحه بعروض مخالفة جاز، وإن كانت من صنفها جاز بالمثل فأدني، ولا يجوز بأكثر أو (2) أجود.

ومن تكفل لك بطعام من سلم لم يجز للكفيل أن يصالحك لنفسه قبل الأجل، إلا بمثل رأس مالك، فتكون تولية له كأجنبي، أو على أن ذلك إقالة للذي عليه السلم برضاه، فيكون الكفيل كأنه أسلفه الثمن كما يجوز لأجنبي أن يعطيك ذهبك على أن يقبل البائع برضاه ويتبعه بما أدى (3).

قوله: (أو على أن ذلك إقالة).

ظاهر هذا أن عين (4) ما يكون تولية يكون إقالة، وليس كذلك؛ لأن التولية لغير البائع، والإقالة للبائع.

وإن أخذت الكفيل بالطعام فليس للغريم أخذ الثمن منه، ويدفع إليه مثل الطعام إن كان قبضه بمعنى الاقتضاء؛ لأنه ضمنه فساغ له بالثمن (5).

قوله: (فساغ له الثمن).

(1) في (ش): (على).

(2) في (ع): (و).

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 53/3 و 54.

(4) قوله: (عين) ساقط من (ع).

(5) تهذيب البراذعي: 55/3.

قال شيخنا أبو عبد الله: هذا التعليل مُشكِّلٌ بقولها في الغصب أن (المغصوب منه مخير في ثمن ما باعه الغاصب) مع أنه ضامن بوضع اليد، فعلى تعليله هنا يسوغ له الثمن لضمانه.

الجواب: الفرق بيِّنٌ لمن ما أذن في سببه، وما لا - وهو الغصب - ولما أذن في السبب هنا حصل معه بعض إباحة التصرف؛ فلهذا كان له الثمن.

ولو أعطاك بعد الأجل، أو قبله جميع رأس المال، أو بعضه مع جميع السلم على أن يعجل لك السلم قبل أجله، أو يؤخره إلى أبعد من أجله لم يجز، إن كان الثمن لا يعرف بعينه وقد غاب عليه⁽¹⁾.

قوله: (أو يؤخره إلى أبعد من أجله).

هذه النسخة واضحة في حقيقة التأخير⁽²⁾، وفي بعضها: (إلى أجله)، وفيه قلُّ من حيث أنه لا يصدق عليه حقيقة التأخير.

ولهذا قال بعضهم: تجوز في قوله: (إلى أجله).

وقال بعضهم: فيه مؤاخذه؛ وهي: كيف يصح هذا وهو مؤخر بالحكم!⁽³⁾

الجواب أن يقال: إنها لما دخلا على تغيير العقدة وفساد الصفقة، فكان الأجل معدوم، فيزيد المسلم إليه ما يزيد على أن يؤخر المسلم.

(1) تهذيب البرادعي: 57/3.

(2) في (ع): (التأخر).

(3) في (ش): (الحكم).

وإن كان رأس مالك عروضاً تعرف بعينها أسلمتها في خلافها من عرض، أو طعام أو حيوان، فأقلته من نصف ما أسلمت فيه، على أن تأخذ نصف رأس مالك بعينه بعد أن تفرقتما أو قبل؛ جاز ذلك، حل الأجل أم لا⁽¹⁾.

قوله: (من نصف ما أسلمت فيه).

أما في الطعام فواضح.

وفي العرض مُشكِّلٌ؛ لاستلزامه الإقالة على القيمة في المقوم.

ولهذا قيل: ليس قولها هنا بيِّنٌ؛ لأن الشركة عيبٌ على الإشاعة.

وإن أسلمت إلى رجل في ثياب موصوفة، فزدته قبل الأجل دراهم نقداً على أن زادك في طولها جاز؛ لأنهما صفقتان، ولو كانت صفقة واحدة ما جاز، كما لو دفعت إليه غزلاً ينسجه ثوباً ستة في ثلاثة، ثم زدته دراهم، وغزلاً على أن يزيدك في طول أو عرض، فلا بأس به، وهي صفقتان، وهذه إجارة، والإجارة بيع من البيوع يفسدها ما يفسد البيع⁽²⁾.

قوله: (صفقتان).

جعل الزيادة هنا غير مضمومة إلى العقد بخلاف ما في الصرف.

الفرق بينهما أنه هناك الزيادة في رأس المال فقط مع كون المسلم فيه باقياً بحاله فصح ضم الزيادة إلى العقد؛ لعدم تأثيرها في زيادة المقدار، وهنا لما

(1) تهذيب البراذعي: 57/3.

(2) تهذيب البراذعي: 58/3.

حصلت الزيادة في المقدار لم يصح ضمها إلى العقد.

وإن أسلمت إلى رجل مائة درهم في مائة إردب حنطة، ثم استزدته بعد تمام السلم أردادب معجلة أو مؤجلة إلى الأجل أو أبعد جاز، وكأنه في العقد (1).

قوله: (ثم استزدته... إلى آخره).

قلت: قال أبو عمر الإشبيلي: هذه مسألة (2) معارضة لما في سماع عيسى - فيمن اشترى قمحاً إلى أجل، فلما حل الأجل قال المسلم للبائع: خفت الوضيعة فأقلني. فقال له (3) البائع: لا وضيعة عليك، خذ بعض هذا القمح وبعه، فما أنقصت دفعته لك ودفعت إليك (4) بقية قمحك - قال ابن القاسم: لا بأس به، بمنزلة ما لو دفع إليه الطعام كله، وقال له: بع ولا نقصان عليك، والوضيعة علي.

فقال الإشبيلي: مقتضى تعليقه في المدونة بكونه في أصل العقد أنه لا يجوز أن يزيد دنانير ولا دراهم، إذ لا يجوز أن يشترط ذلك في أصل السلف، وأجاز في مسألة السماع (5) هذه أن يدفع المسلم إليه إلى المسلم ما قبض في الطعام من رأس ماله؛ دراهم كان، أو دنانير، وهو لو اشترط ذلك في أصل السلم (6) لم

(1) تهذيب البراذعي: 59/3.

(2) في (ع): (المسألة).

(3) قوله: (له) ساقط من (ش).

(4) في (ع): (لك).

(5) في (ش): (سماع).

(6) في (ع): (السلف).

يجز، ودخله البيع والسلف؛ لأن ما أعطاه من الدينير يكون سلفاً، ورده إليه، وما بقي سلماً.

ابن رشد: لا أقول أن ذلك اختلافٌ من القول، والمعنى في ذلك عندي أنه تكلم هنا على ما يجوز له بينه وبين الله، فقال: "لا شيء عليه في أن يأخذ ما وضع له، إن كان لم يعمل معه على بيع وسلف"، وتكلم في المدونة على ما يوجبه الحكم من أنه لا يقضى عليه بشيء مما زاده، إلا أن تكون تلك الزيادة مما لو اشترطها في أصل السلم جازت، ولو أبى المسلم إليه في هذه المسألة على معنى (1) ما في المدونة أن يدفع إليه ما أوجب له من ذلك على نفسه، لم يحكم عليه بذلك؛ لاحتقال أن يكونا عقداً سلماً على ذلك (2).

وإن أسلم رجلان إلى رجل في طعام أو عرض فأقاله أحدهما جاز، إلا أن يكونا متفاوضين فيما أسلما فيه من عرض، أو طعام خاصة أو في جميع أموالهما؛ فلا يجوز (3).

قوله: (إلا أن يكونا متفاوضين فيما أسلما فيه).

جعل هنا شركة المفاوضة تكون في بعض المال.

وقوله: (أو في جميع أموالهما).

يريد: أو في أكثر ما أسلما فيه.

(1) قوله: (معنى) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 178/7.

(3) تهذيب البراذعي: 60/3.

وإن أسلمت إليه دراهم في طعام أو غيره ثم أقالك قبل التفرق،
ودراهمك بيده، فأراد أن يعطيك غيرها مثلها فذلك له، وإن كرهت،
شرطت استرجاعها بعينها، أم لا(1).

قوله: (شرطت استرجاعها أم لا).

يقوم منه أن من شرط شرطاً لا فائدة له لا يجب الوفاء به.





كتاب السلم الثالث

كتاب السلم الثالث

صَوَّرَهُ (1) بِإِقَالَةِ الْمَرِيضِ.

وَصُوَّرَهُ الْمَمْكُنَةَ ثَلَاثَةَ.

وَوَقَعَ بَيْعَ الْمَرِيضِ فِي الْمَدُونَةِ فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ.

قَالَ شَيْخُنَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ: انْظُرْ مَا فِي سَمَاعِ أَبِي زَيْدٍ؛ عَلَى أَيِّ مَحْمَلٍ مِنْ مَحَامِلِ

الشُّيُوخِ يَتَمَشَّى هُنَا؟ هَلْ يَسْلُكُ بِهِ مَسْلَكَ الْوَصِيَّةِ؟ أَوْ مَسْلَكَ الْمَحَابَاةِ؟ (2)

قُلْتُ: وَنَصَ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ فِي سَمَاعِ أَبِي زَيْدٍ مِنَ الْمَدْيَانِ، وَفِي كِتَابِ الْوَصَايَا:

وَنَصَ مَا فِي الْمَدْيَانِ: قَالَ سَحْنُونُ: لَوْ أَنَّ رَجُلًا مَرَضَ، فَبَاعَ فِي مَرَضِهِ دَارًا

ثَمَنَهَا ثَلَاثُمِائَةَ بَهَائِيْنِ وَحَابِي (3) بَهَائَةً، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرَهَا، ثَمَّ أَخَذَ الْمَائَتَيْنِ

فَأَنْفَقَهُمَا، ثَمَّ مَاتَ، فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْوَرِثَةِ: إِنْ صَاحِبِكُمْ قَدْ حَابَى (4) بَهَائَةً، وَلَا

يَحْمِلُ ذَلِكَ ثَلَاثَةَ مِنْ قَبْلِ أَنْفَقَ الْمَائَتَيْنِ (5)، فَإِمَّا أَنْ تَمْضُوا بَيْعَهُ، وَإِمَّا أَنْ

تَخْلَعُوا مِنْ ثَلَاثَةِ الْمَشْتَرِيِّ، فَإِنْ أَجَازُوا مَضَى الْبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يَجِيزُوا بَيْعَ مِنْ

الدَّارِ بِقَدْرِ الْمَائَتَيْنِ اللَّتَيْنِ أَنْفَقَهُمَا، ثَمَّ يَكُونُ لِلْمَشْتَرِيِّ ثَلَاثَ مَا بَقِيَ مِنَ الدَّارِ

بَعْدَ الَّذِي بَيْعَ مِنْهَا.

(1) فِي (ش): (صَدْرُهُ).

(2) فِي (ع): (الْحَمْلَةُ).

(3) فِي (ش): (وَمَا لَأُ)، وَالْمَثْبُتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي الْعَتَبِيَّةِ.

(4) فِي (ع): (جَاءَ).

(5) قَوْلُهُ: (الْمَائَتَيْنِ) سَاقِطٌ مِنْ (ع).

ابن رشد: اختلف في المريض يبيع في مرضه، فيحايي في بيعه بأكثر من الثلث، مثل أن يكون له عبدٌ قيمته ثلاثمائة فيبيعه⁽¹⁾ بمائة، ثم يموت ولا مال له غيره؛ على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الورثة يخيرون ابتداءً؛ إما أن يميزوا البيع، أو يمضوا للمشتري من العبد ثلثه بالوصية وثلثه [29/ب] بالمائة التي دفع، وهذا إذا كانت قيمته على حالها، والمائة باقية، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد من الوصايا. والقول الثاني: أنه يمضي منه للمشتري قدر ما لا محاباة فيه، ثم يخيّر الورثة في المحاباة، وهو قول عيسى.

والثالث: أن الورثة يخيرون⁽²⁾ ابتداءً بين إجازة البيع، وردّه، ويعطوا للمشتري مائه التي دفع، ويقطعوا⁽³⁾ له بثلث المائة في العبد⁽⁴⁾ المبيع، وهو ثلثه إذ⁽⁵⁾ لا مال له سواه، وهو قول ابن القاسم⁽⁶⁾. انظر تمامه. ولم ينسب للمدونة شيئاً.

ونصّ ما في الوصايا في مريض باع عبداً بمائة وقيمته ثلاثمائة ولا مال له غيره، قال: (يكون للمشتري ثلثا العبد، ثلث بالوصية، وثلث بالمائة التي دفع

(1) في (ع): (فباعه).

(2) في (ع): (يخيرون).

(3) في (ع): (ويعطوا).

(4) في (ش): (الشرط).

(5) في (ش): (شراء إذ).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 558/10 و559.

في ثمنه(1).

ابن رشد: يتحصل منه (2) ثلاثة كما تقدم (3).

قال أبو محمد - في نوادره - في مريض لا يملك إلا ديناراً باعه بثلاثة دراهم، ثم مات: يرد البيع ويرد الورثة الثلاثة دراهم (4)، ويكون للورثة ثلثا الدينار، وللمشتري ثلثه، وكأنه أوصى له بثلثه (5).

وإن أسلمت رقيقاً أو حيواناً أو نخلاً أو دوراً أو ثوباً في طعام ثم أقلته بعد شهرين أو ثلاثة، وقد استغل واستخدم وسكن وحالت الأسواق، فذلك جائز ما لم يتغير البدن بنقص أو نماء، وإن كانت أمة فولدت فذلك يفيت الإقالة، والولد بمنزلة النماء في البدن، ولا تجوز الإقالة فيها نفسها، ويحبس مشتريها ولدها لما يدخله من التفرقة. ولو كان عبداً فأذن له في التجارة، فلحقه دين فذلك عيب يمنع الإقالة، علمت به أم لا، وحوالة سوق رأس المال في ذلك كله لا يمنع الإقالة، إلا أن يتغير في بدنه بنقص أو نماء فيصير كأنه ليس بعين شيئه فيكون أشبه بالبيع من الإقالة (6).

قوله: (أو نخلاً).

(1) قوله: (في ثمنه) يقابله في (ع): (ثمنه).

(2) في (ع): (منها).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 331/13 و 332.

(4) في (ع): (الدراهم).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 329/11.

(6) تهذيب البراذعي: 63/3 و 64.

هذا إن كان لا ثمرة فيها، وإلا لم تجز الإقالة⁽¹⁾.

قوله: (حوالة سوق، رأس المال لا يمنع...).

ابن عبد السلام: ويصعب الفرق بين باب الإقالة وباب البيع الفاسد، حيث جعلوا حوالة الأسواق لا تفتيت هنا، ومفيدةً هناك، مع أن المناسبة تقتضي العكس، لأن الإقالة مسبقةٌ بعقد صحيح، والمطلوب بقاؤه، فيناسبه⁽²⁾ كون الحوالة مفيدةً، وفي البيع الفاسد العقد غير صحيح، والمطلوب حله، والمناسب له عدم إفاته⁽³⁾.

ومثار هذا الكلام قد أشار إليه العطار أول البيوع الفاسدة.

وإن أخذت ثوبك بعينه وقد دخله عيب، وزادك معه ثوباً من صنفه أو من غير صنفه، حل الأجل أم لا، إلا أن يزيدك شيئاً مما أسلمت فيه، فيجوز ذلك بعد الأجل لا قبله⁽⁴⁾.

قوله: (إلا أن يزيدك شيئاً مما أسلمت فيه).

هذا كقوله في السلم الثاني: (إذا كان رأس مالك عروضاً تعرف بعينها، وأخذت بعض رأس مالك بعينه، وجميع ما أسلمت فيه بعد الأجل لا بأس به)⁽⁵⁾.

(1) قوله: (قوله: أو نخلا هذا إن كان ... الإقالة) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (فناسبه).

(3) انظر كلام ابن عبد السلام: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 512/5.

(4) تهذيب البراذعي: 65/3.

(5) انظر: تهذيب البراذعي: 57/3.

وإن ابتعت عبدين في صفقة، كل واحد بعشرة دراهم، جاز أن يقيلك من أحدهما، على أن يبقى الآخر عليك بأحد عشر درهماً؛ لأنه لا بأس أن تبيع منه أحدهما بدرهم أو أقل أو أكثر⁽¹⁾.

قوله: (لأنه لا بأس أن تبيع منه أحدهما...) إلى آخره.

قال شيخنا أبو عبد الله محمد بن عرفة: تعقّب بعض شيوخنا من وجهين:

أحدهما؛ أن فيه تعليل للشيء⁽²⁾ بنفسه، فإن الإقالة بيع.

والثاني؛ أن كلامه يوهم خلاف المشهور من أن التسمية معتبرة.

قلتُ: لا نسلم ورود الأول؛ لوجود المغايرة بين الدليل والمدلول غايةً

ما⁽³⁾ في الباب استدلال على الأخص بالأعم.

وإن ابتعت سلعة بعينها فلم تقبضها حتى أشركت فيها رجلاً، ثم هلكت السلعة قبل قبض المُشرك، أو ابتعت طعاماً فاكتلته، ثم أشركت فيه رجلاً، فلم تقاسمه حتى ذهب الطعام، فضمن ذلك منكما، وترجع عليه بنصف الثمن⁽⁴⁾.

قوله: (فضمان ذلك منكما).

بناء على أن عهدة المشترك على البائع.

(1) تهذيب البراذعي: 65/3.

(2) في (ع): (الشيء).

(3) قوله: (ما) ساقط من (ش).

(4) تهذيب البراذعي: 67/3.

وفي العتبية - فيمن حلف لا يبتاع من رجل سلعة، فاشترى منه رجل سلعة، فأراد أن يشركه ذلك الرجل فيما اشترى - قال: لا يعجبني.
ابن رشد: لأن عهده تكون على المحلوف عليه⁽¹⁾.

وإذا ابتاع رجلان عبداً، فسألهما رجل أن يشركاه فيه ففعلا فالعبد بينهما
أثلاثاً⁽²⁾.

قوله: (سألها رجل...) المسألة.

قال شيخنا أبو عبد الله: معنى المسألة - عندي - أنه قال لهما: (أشركاني)؛ سواء كان⁽³⁾ على المعية أو البدلية، بلفظ يقتضي عدم القصر على حظ المسول.
وأما لو قال: أشركني كل⁽⁴⁾ منهما، كانا مجتمعين أم لا؛ لكان له النصف اتفاقاً، هكذا نفهمه على قواعد المذهب.

المتيطي: في وثائق ابن عياش إذا باع رجل من رجلين سلعة، فإنك تسمي
أنها اشترى سواءً، فإن أغفلت ذلك فهو على السواء بدليل قولها⁽⁵⁾ هنا.
وانظر في نوازل أصبغ من البيوع كلام ابن رشد في تفاصيل إذا أشركه،
واختلف⁽⁶⁾ في الجزء⁽⁷⁾.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 123/3.

(2) تهذيب البرازعي: 67/3.

(3) قوله: (كان) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (لكل).

(5) في (ش): (قولها).

(6) في (ع): (واختلفا).

(7) المشدالي: ما أشار إليه عن نوازل أصبغ قد كتبناه في كتاب الشركة من مختصر

وفي العتبية - فيمن أوصى فقال: لفلان مائة، ولفلان مائتان فقيل له:
وفلان؟

قال: هو شريك معها - قال: تجمع (1) المائة والمائتان، فيكون له ثلثها، ثم
تكون المائتان بين الرجلين، لصاحب المائة ثلثها، ولصاحب المائتين
ثلثاها.

وقد قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب: يكون له نصف وصية كل واحد
منهما.

ابن رشد: القول الأول هو الذي يأتي على مسألة المدونة هذه (2).

وإن ابتعت طعاماً فاكتلته ثم أشركت فيه رجلاً، أو وليته على تصديقك
في كيله جاز، وله أو عليه المتعارف من زيادة الكيل أو نقصانه، وإن
كثرت ذلك رجع عليك بحصة النقصان من الثمن ورد كثير الزيادة (3).

قوله: (وإن ابتعت طعاماً فكلته ثم أشركت فيه رجلاً...) إلى قوله: (... رد
كثير الزيادة).

معنى هذا كله: إذا لم يرغب على الطعام، أو غاب مع بينة لم تفارقه بيته (4)
في السلم الثاني.

البيان مستوعباً.

(1) في (ش): (يجمع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 93/13.

(3) تهذيب البراذعي: 67/3.

(4) في (ش): (بينه).

وفي العتبية فيمن اشترى بعشرة دنانير قمحاً فولاه (1) لرجل، فلما أراد أخذ العشرة منه أخذ تسعة، وقال له: قد تصدقت عليك بالدينار - قال: ذلك مكروه لا خير فيه.

ابن رشد: لا خير فيه، لما يُخشى أن يكون نوى ذلك عند التولية، ولعل المولي قد رجى أن يضع عنه، أو فهم؛ فتكون توليةً على أقل مما (2) اشترى، فيكون بيع الطعام قبل قبضه، وأما لو صح أنه لم ينو ولا طمع بذلك المولي (3) لجاز (4).

وكل ما أكرت به أو صالحت به من دم عمد، أو خالعت به من طعام بعينه أو مضمون على كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن يكون الذي بعينه مصبراً، فيجوز بيعه قبل قبضه (5).

قوله: (من دم عمد).

سكت عن الخطأ وهو أخرى؛ لأنه مال، فإن قلت: لو كان سواء لكان الأولى (6) أن يقول: (دم) فقط.

أجاب شيخنا بأن قوله بإثره (بعينه) (7) أو (مضمون) راجع للجميع، وفي

(1) في (ع): (فولى).

(2) في (ش): (ما).

(3) في (ش): (الموكل).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 91/8 و92.

(5) تهذيب البراذعي: 69/3.

(6) في (ع): (أولى).

(7) قوله: (بأثره بعينه) يقابله في (ش): (بأنزه بعينه).

الخطأ لا يصلح فيه الصلح على (مضمون)؛ لأنه دين بدين، فذكر العمدة حسن.

ويجوز بيع ما أقرضته من الطعام قبل قبضه⁽¹⁾.

قوله: (ويجوز بيع ما أقرضته).

قلت: يقيد ما⁽²⁾ بعده: (إذا اشتراه، وأسلمه فقبضه المسلف لا يبيعه حتى

يقبضه)، مع صدق كلامه هنا عليه أنه باعه ما أقرض.

وإن كاتب عبدك بطعام موصوف إلى أجل، جاز أن يبيعه من المكاتب خاصة قبل الأجل بعرض أو بعين، وإن لم تتعجله، ولا تبع ذلك الطعام من أجنبي حتى تقبضه، وإنما جاز ذلك من المكاتب؛ لأن الكتابة ليست بدين ثابت، ولا يحاص بها⁽³⁾.

قوله: (إن كاتب عبدك بطعام موصوف إلى أجل... المسألة).

قلت لشيخنا - وصوبه - : صورته⁽⁴⁾ صورة سلم، ضرورة انحصار المبيع

في معين، ومضمون ورأس المال هو الحرية، وهي متأخرة، فيلزم ألا تصح.

المسألة.

أجاب بأننا لا نسلم أن الحرية هي رأس المال، بل العقد الذي يؤول إليها

(1) تهذيب البراذعي: 69/3.

(2) قوله: (ما) ساقط من (ش).

(3) تهذيب البراذعي: 69/3 و70.

(4) قوله: (صورته) ساقط من (ع).

وهو متقدم (1).

قوله: (من المكاتب خاصة).

قال شيخنا: تقرير السؤال المشهور بين الأسيخ في نحو هذا المقام أن يقال: الكتابة إما أن تكون ديناً، فيلزم ألا (2) يجوز بين السيد والمكاتب؛ لأن مذهبه اعتبار الربا بين السيد وعنده، والمكاتب غاية أمره أنه كالعبد، أو لا تكون ديناً، فيلزم الجواز بينه وبين الأجنبي.

وقد تباع خدمة المدبر منه، ولا تباع من غيره (3).

قوله: (وقد تباع خدمة المدبر).

هذا استدلال برخصة على مثلها.

وجائز أن تباع ذلك السلم من بائعك بمثل الثمن فأقل منه نقداً، قبل الأجل أو بعده؛ إذ لا يتهم أحد في أخذ قليل من كثير واتفاه عبد العزيز (4).

قوله: (واتفاه عبد العزيز).

لما فيه من التفاضل بين الفضتين أو (5) الذهبين والتأخير.

(1) المشدالي: في هذا الجواب نظر.

(2) في (ع): (أن لا).

(3) تهذيب البراذعي: 70/3.

(4) تهذيب البراذعي: 70/3.

(5) في (ع): (و).

وأما في العروض فيجوز عند ابن القاسم أخذ قليل من كثير [30/أ] بواسطة عقدين.

وأما في الطعام، فلا يجوز أخذ قليل من كثير على حال؛ لأنه اجتمع في ذلك ضمان بجعل والتفاضل.

وما ابتعت من الطعام بعينه، أو بغير عينه كيلاً أو وزناً فلا تواعد فيه أحداً قبل قبضه، ولا تبع طعاماً تنوي أن تقبضه من هذا الطعام الذي اشتريت⁽¹⁾.

قوله: (لا تبع⁽²⁾ طعاماً تنوي إلى آخره.

القاسبي: زاد في الأم⁽³⁾: (إذا كان الطعام بعينه أو بغير عينه)⁽⁴⁾.

أبو عمران: وإنما أسقطها البرازعي؛ لأنه لم يتبين له معنى هذه الزيادة، والمعنى فيها والله أعلم: أن من ابتاع طعاماً إلى أجل مضموناً أو معيناً فلم يقبضه، فلا يأخذه⁽⁵⁾ لنفسه سلماً أو⁽⁶⁾ نيته أن يدفع له من ذلك الطعام الذي اشترى.

فقوله: (كان الطعام بعينه، أو بغير عينه) إنما يعود على الطعام المشتري،

(1) تهذيب البرازعي: 72/3.

(2) في (ع): (تبيع).

(3) قوله: (في الأم) يقابله في (ش): (على لام).

(4) انظر: المدونة (زايد): 387/6 و 388، و(السعادة/صادر): 90/9 و 91، و(العلمية): 135/3.

(5) في (ع): (يأخذ).

(6) قوله: (سلماً أو) يقابله في (ع): (سلعاً و).

أي وإن كان بعينه، فلا تتبع طعاماً على أن توفيه منه.
وهذه مسألة ابن المسيب في الموطأ⁽¹⁾.

وإن أسلمت إلى رجل في طعام فحل، فلا ينبغي أن توكل على قبضه
منه عبده أو مدبره، أو أم ولده، أو زوجته، أو صغار بنيه، وهو كتوكيلك
إياه فلا تبعه بذلك القبض⁽²⁾.

قوله: (أو صغار بنيه).

أخذ منه صحة كون السفية وكيلاً؛ لأن المانع هنا كونه تحت ولاية ذي
الحجر، فقبضه كلاً قبض بلا⁽³⁾ حوز؛ لأن الوكالة باطلة، ومن حملتها، وأما
توكيل الصغير غيره فقائمٌ من نكاحها الأول لا إذن إلا لبالغة⁽⁴⁾.

وإن ابتعت طعاماً فلم تقبضه حتى أسلفته لرجل، فقبضه المستسلف،
فلا يعجبني أن تبعه منه قبل أن تقبضه، وإن كان لك عليه طعام من
سلم، فلما حلّ أحالك به على رجل [له] عليه طعام مثله من قرض،
فإن حلّ أجل القرض وأجل السلم جاز، وإن لم يحل لم يجز⁽⁵⁾.

قوله: (وإن ابتعت طعاماً فلم تقبضه حتى أسلفته...)
المسألة.

(1) انظر: موطأ مالك: 642/2.

(2) تهذيب البرادعي: 72/3.

(3) في (ش): (فلا).

(4) في (ش): (للمبالغة).

(5) تهذيب البرادعي: 73/3.

قلت لشيخنا: فمن باع طعاماً⁽¹⁾ بدينار، ولم يقبضه، فتصدق بذلك الدينار على رجل، فأحال المتصدق عليه على الذي عليه الدينار، فهل يتنزل المحال منزلة المحيل؛ فلا يأخذ من المحال عليه إلا ما جاز للمحيل؟⁽²⁾

فقال: الذي عندي أنه يتنزل منزلته.

قلت: قال ابن رشد: أصل هذا أن من أحال رجلاً على آخر بحق له عليه - كيف كان - فلا يجوز للمحال أن يأخذ من المحال عليه إلا ما جاز للمحيل؛ لأنه تنزل منزلة المحيل⁽³⁾.

ونحو هذا اختلافهم في بيع ما تصدق به عليه من الأضحية⁽⁴⁾.

(1) قوله: (فلم تقبضه حتى أسلفته المسألة... طعاماً) ساقط من (ش).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 168/7.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 168/7.

(4) المشدالي: ومما يشبه هذا ما قالوا - فيمن اشترى سلعة من رجل، ثم أنكره البائع، ولم يجد المشتري على الشراء إلا شاهداً واحداً، وكان قد تصدق بما اشتراه - أن اليمين على المتصدق عليه لا على المشتري؛ لأنه يقول: لا أحلف، ويأخذ غيري.

حكاه الشيخ أبو الحسن في كتاب الولاء، وذلك خلاف ما أشار إليه صاحب الطرر عن الأبهري - في امرأة تصدقت بكالئ صداقها قد أثبتته على زوجها الميت - قال: لا يقبضه المتصدق عليه إلا بعد يمين المرأة أنها لم تقبضه، ولا وهبته، ولا احتالت به، ولا تصدقت به خوف أن تكون إنما فعلت ذلك لتدفع اليمين عنها.

البرزلي - في كتاب الهبات -: رأيت معلقاً على فتوى ابن رشد في الهبة: يحلف الواهب، وإن كان إقراراً بالدين؛ يحلف المقر والمقر له، وذهب ابن حمدين وأصبغ بن محمد إلى إحلاف المقر.

وقد تقدم عن ابن عات إذا وهب الدين بشاهد واحد من الخالف، ومن فتوى الصفراوي - وغيره - إذا وهب الدين، ووجبت يمين الاستبراء من الخالف، وفيها

وفي سماع عيسى من الجمالة - فيمن اشترى بدرهم لحماً، وأعطى به حميلاً للجزار، فغرم الحميل الدرهم للجزار، جاز للحميل (1) أن يأخذ من الغريم ما شاء من الطعام.

ابن رشد: هذا واضح، ولو أراد الجزار أن يأخذ طعاماً من الحميل لم يجز، وقاله ابن دحون، وفيه نظر، لأنه أنزل الحميل (2) منزلة المحال عليه في التي لا يجوز له (3) أن يأخذ منه، إلا ما كان يجوز له أن يأخذه من الذي أحاله (4).

ثلاثة أقوال قد تقدمت، فأفتى الصفراوي: لا تتوجه على الواهب يمين، ولكن إن ادعى المديان على الموهوب علم القبض استحلفه أنه لا يعلم أنه أوفاه.

وأجاب ابن عوف: إذا كانت دعواه دفع الحق للواهب - بعد الهبة - فلا تتوجه على الواهب يمين، ويقضى على المديان بدفع ذلك للموهوب له، وإن كانت دعواه الدفع - قبل الهبة - توجهت اليمين على الواهب؛ فإن حلف برئ من الغرم، وإن نكل غرم للغريم ما أخذ منه، وحق الموهوب متوجه على المديان في الوجهين.

وأجاب ابن إبراهيم الربعي: اليمين على الواهب لحق الموهوب له في تتميم الهبة، فإن حلف تمت الهبة، وإن نكل عن اليمين حلف الغريم وبرئ وبطلت الهبة، فإن قدم الغريم فادعى القضاء فيجب حلف الطالب، وانظر هل يحلف الموهوب؛ لأنه يستحق ذلك، فإن نكل حلف الغريم ولم يرجع الموهوب على الواهب بشيء؛ لأنه إنما وهب عيناً ذهبت، وليس يمين الغريم مما يحقق عليه أنه قبض.

(1) في (ع): (للمحيل).

(2) في (ع): (المحيل).

(3) قوله: (عليه في التي لا تجوز له) يقابله في (ع): (في أنه لا يحق ولا له).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 221/7.

وزاد المشدالي بعده: فعلى هذا يجوز لمن اشترى طعاماً من رجل أن يحيل البائع على ثمن طعام له على آخر؛ لأنه اقتضى ثمن طعام عن ثمن طعام آخر، والممنوع إنما هو

ومن لك عليه طعام من سلم فلا تقل له: بعه وجئني بالثمن، وهو من ناحية بيعه قبل قبضه مع ما يدخله من ذهب بأكثر منها، إن كان رأس المال ذهباً، وإن كان ورقاً دخله ورق بذهب إلى أجل، وإن أعطاك بعد الأجل عيناً أو عرضاً. فقال لك: اشتري به طعاماً وكله، ثم اقبض حقه منه لم يجز؛ لأنه يبيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يكون رأس مالك ذهباً، أو ورقاً فيعطيك مثله صفة ووزناً؛ فيجوز، بمعنى الإقالة⁽¹⁾.

قوله: (إلا أن يكون رأس مالك ذهباً).

انظره مع قوله قبله: (وجئني⁽²⁾ بالثمن) ففيه بعض معارضة، فإن ظاهر قوله: (جئني بالثمن) ظاهره: ولو كان الثمن مثل رأس المال قدرأ و صفة، ولم يُجزه⁽³⁾ على معنى الإقالة، وجوز في الثانية.

وفي كلا المسألتين تصرف بطريق الوكالة والنيابة على المشتري في الأولى، وعن البائع في الثانية.

فحصول ما يمثّل رأس المال قدرأ و صفة⁽⁴⁾ معه يبيع الطعام قبل القبض، ورجح فيه الإقالة لزم الجواز في الأولى.

اقتضاء طعام عن ثمن طعام، فيتنزل المحال منزلة المحيل كما قال، وقد نزلت ووقعت الفتوى بهذا وهي منصوطة - في النوادر - في ترجمة الأخذ من ثمن طعاماً من الجزء الأول من البيوع.

(1) تهذيب البرادعي: 74/3.

(2) في (ش): (وجئني).

(3) في (ش): (نجوزه).

(4) في (ش): (إن الغير).

ويقويه قوله: (مع ما يدخله من ذهب بأكثر).

فمفهومه: لو لم يكن أكثر لم يبق ما يكون⁽¹⁾ مانعاً إلا يبيع الطعام قبل القبض، وقد ألغاه في الثانية، فيلزم ألا تصلح عليه بيع الطعام قبل القبض لوجودها في الثانية، وقد تخلف الحكم عنها، فهذا نقص⁽²⁾ في العلل، وإن لم يبلغ⁽³⁾ لزم المنع في الثانية، لكنه صرح بالجواز في الثانية، فحمل الأمر على الإقالة، فيحتاج إلى فرق.

ولهذا قال التونسي: إن قيل: إذا أتاه بمثل رأس المال في الأولى يجوز.

قال: يقال: لا يجوز، لأنها إقالة متأخرة، إذ قد يرضى أن يعطيه مثل

الدرهم التي هي رأس المال، ثم يتراخى مدةً، ثم يأتي فيقول: الآن بعت.

وإن أعطاك أكثر من رأس مالك أو أقل لم يجز؛ لأنه خرج عن الإقالة وصار يبيع الطعام قبل قبضه⁽⁴⁾.

قوله: (وإن أعطاك أكثر من رأس مالك أو أقل).

امتنع في الأكثر؛ لأنه سلفٌ بزيادة، وأما في أقل فيحتمل أن يدخل فيه

قول عبد العزيز المتقدم.

(1) قوله: (ما يكون) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (نقص).

(3) في (ع): (يلغ).

(4) تهذيب البراذعي: 75/3.

وإن ابتعت من رجل سلعة بدنانير أو دراهم إلى أجل على أن توفيه الثمن بإفريقية فله إذا حلّ الأجل أن يأخذك بالثمن حيث ما وجدك⁽¹⁾.

قوله: (أو دراهم إلى أجل).

قيدُ الأجل شرط في الجواز.

وقال في كتاب المراجعة: (لو لم يضرب للثمن أجلاً لم يجوز، فإن ضربه جاز، سمى البلد أو لا)⁽²⁾.

قلتُ: ما نسب للمراجعة غلط بل في الغرر.

ولك منع غريمك من بعيد السفر الذي يحل دينك قبل قدومه، ولا يمنع من قريبه الذي يؤوب منه قبل محل دينك⁽³⁾.

قوله: (ولك منع غريمك).

هذه في الأم دليل على التي قبلها.

ووجه الاستدلال أنه لما كان في المسألة الأولى يجبر على الخروج لمقدار ما يحل فيه دينه كان له هنا أن يمنعه من بعيد السفر.

قلتُ: هذا التقرير ينتج العكس في أنه جعل الأولى دليلاً؛ لأن مدخول (لما) مسلم الحكم بين الخصمين.

(1) تهذيب البراذعي: 75/3.

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 235/3.

(3) تهذيب البراذعي: 76/3.

وحاصل ما اشتركتنا فيه أنه⁽¹⁾ لما تقرر أن ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب؛ استوى المنع من بعيد السفر والطلب بالخروج؛ لأنهما يستلزمان⁽²⁾ التمكن من الاستيفاء عند الأجل.

وفي العتبية: يمنع من الغزو إلا أن يعطيَ وكيلاً بالقضاء.

ابن هشام: انظر إذا بعدَ أمر⁽³⁾ الدين، وأراد الغريم أن يرتحل من البلد الذي عامله فيه إلى بلد غيره بأهله وولده، فينبغي أن يلزمه⁽⁴⁾ بحميل بحقه، كما ألزمه الحميل في مسألة سماع عيسى من الكفالة⁽⁵⁾.

(1) في (ع): (لأنه).

(2) في (ع): (يستر).

(3) في (ع): (أمد).

(4) قوله: (فينبغي أن يلزمه) يقابله في (ع): (فيلزمه أن يغرمه).

(5) قوله: (كما ألزمه الحميل في مسألة سماع عيسى من الكفالة) زيادة من (ع).

وزاد المشدالي بعده: نص المسألة في رسم إن خرجت من السماع المذكور: سئل عن الرجل له حق على رجل إلى أجل، فيقرب الأجل، فيريد المدين سفراً، فقال رب الدّين: أخاف أن يحل الأجل وأنت غائب، فأعطني حميلاً يوفني حقي إن غبت.

قال: ينظر السلطان فإن رأى أن الأجل يحل قبل انقضاء سفره لبعد المكان في مثل ما بقي من الأجل فعليه أن يعطيه حميلاً، وإلا فلا، وأحلف ما يريد إلا سفراً لمثل ما يخرج الناس إليه من التجارة وطلب الحوائج مما يأتي في مثله ويخليه.

ابن رشد: لم يذكر في كتاب السلم الثالث يمينه في هذه المسألة.

وقال أبو محمد في مختصره: يريد: ويحلف من هذه المسألة.

وكذا لم يذكر يمينه في مسألة النكاح الثاني - في الزوج يريد سفراً - أنه ينظر إلى سفره الذي يريد، فيفرض لزوجته قدر ذلك، فيدفع إليها، أو يأتيها بحميل يجريه لها.

ومعناه: بعد يمينه؛ إن زعمت أنه يريد ما هو أبعد، وهي يمين تهمة، فيدخل الخلاف

ابن سهل: سئل أبو إبراهيم عمن له دين مؤجل، قُرِبَ الأجل أو بُعد، فزعم رب الدين أن الغريم يريد سفراً، وأنكر الغريم ذلك، فقال: إن أقام الطالب شبهة بينة⁽¹⁾، وإن لم تكن قاطعة حلف المطلوب إنه ما يريد سفراً، وإن نكل كلف حميلاً مَلِيّاً ثقة يغرم المال، ثم يقال له: سافر إن شئت⁽²⁾.

المتيطي: لا يمنع الخصمان من السفر، ولا من إرادته منهما، وله أن يوكل عند ذلك.

قال ابن العطار: ويلزمه في السفر اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل غيره، فإن نكل لم يكن له توكيل غيره إلا أن يشاء خصمه.

ابن الفخار: لا يمين عليه، وله - أيضاً - أن يوكل إذا كان خصمه قد أخرجه، أو شأته فحلف أنه لا يخاصم بنفسه.

قال ابن الفخار: إن حلف لا يخاصمه من غير عذر لم يكن له أن يوكل⁽³⁾.

من له على رجل مائة إردب سمراء إلى أجل، فلما حلّ أخذ منه خمسين محمولة وحط عنه ما بقي، فإن كان بمعنى الصلح والتبائع لم يجز، وإن كان ذلك اقتضاء من خمسين منها، ثم حطه بعد ذلك بغير شرط جاز⁽⁴⁾.

في توجيهها وفي ردها، وقد ذكرناه في غير موضع. والله أعلم.

(1) في (ش): (بينة).

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 733.

(3) انظر: مختصر ابن عرفة: [355/ب]، وتبصرة الحكام، لابن فرحون، ص: 258.

(4) تهذيب البراذعي: 77/3.

قوله: (فإن كان بمعنى الصلح...) المسألة.

فصل هنا بين أن يأخذ خمسين محمولة، عن مائة سمراء على معنى الصلح والتبايع؛ فلا يجوز، وبين أن يأخذها قضاء من خمسين لم يحط ما بقي. وهذا يفسر ما في الصرف، حيث قال: لا يجوز أن تأخذ⁽¹⁾ بعد الأجل محمولة أقل كيلاً من سمراء لك عليه قضاء من جميع الحق⁽²⁾.

وأكره لمن يبيع الزيت والخل بالحنطة أن يكيلها، ثم يدخل حانوته لإخراج ذلك، ولكن يدع الحنطة عند صاحبها، ثم يخرج ذلك فيأخذ ويعطي كالصرف⁽³⁾.

قوله: (وأكره لمن يبيع الزيت) كقوله في الصرف: (أكره للصيرفي أن يدخل الدينار في تابوته...) المسألة⁽⁴⁾. [30/ب]

أبو إبراهيم: كان أبو عمران يفرق بين الحانوت الكبيرة والصغيرة⁽⁵⁾، ثم ساوى بينهما⁽⁶⁾، وقال: ذلك كله قريب بخلاف دخول البيت.

(1) في (ع): (يأخذ).

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 124/3.

(3) تهذيب البراذعي: 78/3.

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 95/3، ونصُّ المسألة بتامها فيه: (وأكره للصيرفي أن يدخل الدينار في تابوته أو يخلطه، ثم يخرج الدراهم، ولكن يدعه حتى يزن دراهمه فيأخذ ويعطي)

(5) قوله: (الكبير والصغير) يقابله في (ش): (الكبيرة والصغيرة).

(6) انظر: مختصر ابن عرفة: [252/أ].

واختلف قول مالك في النوى بالتمر، وأجازه ابن القاسم يداً بيد، وإلى أجل؛ لأن النوى ليس بطعام⁽¹⁾.

قوله: (لأن النوى ليس بطعام).

في سماع ابن القاسم هو علف، ولهذا جاز اقتضاؤه عن ثمن الطعام ويبيعه بالطعام إلى أجل⁽²⁾.

وأما المدقوقة العنق أو الصلب، أو الشارف، وشبه ذلك مما يصير إلى الذبح ولا منفعة فيه إلا اللحم، فلا أحب شيئاً منها⁽³⁾.

قوله: (وأما المدقوقة... إلى آخره).

قلت: تقرير ما أشار إليه غير واحد من المغاربة من المناقشة هنا أن يقال: اعتبر أمراً يتوقف على الحلية⁽⁴⁾ المتتفية في بابها، وذلك أن اعتبار كونها لحماً يمنع من⁽⁵⁾ بيعها بطعام إلى أجل، أو بلحم من صنفه، فرع إعمال الذكاة فيها وهي متتفية لقوله في الذبائح:

والنخع: قطع المخ الذي في عظم العنق، وكسر العنق من النخع إن انقطع النخاع⁽⁶⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 79/3.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 105/7.

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 80/3.

(4) في (ع): (الحيلة).

(5) قوله: (من) ساقط من (ع).

(6) تهذيب البراذعي: 29/2.

(وكسر العنق... إلى آخره.

قلت: وتقرير بحثٍ في هذا الباب أن يقال: تقرر في المعقول أن ما ثبت لأحد المتساويين يثبت⁽¹⁾ للآخر، ضرورة اقتضاء المساواة ذلك، فيلزم على هذا التقرير امتناع بيع الأنعام الصحيحة بالحنطة مثلاً إلى أجل، واللازم باطل.

بيان الملازمة أن ما لا يجيى من الأنعام يمتنع⁽²⁾ بطعام لأجل، فتنزله⁽³⁾ منزلة الطعام، وقد جعله مع الصحيح جنساً واحداً.

الجواب أن ذلك حيث تكون النسبة متحدة، أما إذا اختلف الاعتبار؛ فلا.

بيانه أن هنا طرفين ووسط، فالطرفان الصحيح والطعام، والوسط ما لا يجيى، ولما نوى شبهه بالطعام أعطى حكمه، ولما بعد الآخر لم يعط حكمه.

قلت: ونحو هذا السؤال قررته بالقاهرة المحروسة لجماعة من الفضلاء فاستحسنوه، وهو أنا ندعي عدم جواز بيع التمر بالزبيب يداً بيد متفاضلاً.

بيانه أنا نقول: التمر مساو لنبيذه، وهذه القضية في المدونة، قال: (لا خير في النبيذ بالتمر).

ابن الحاجب: هذا الأصح.

ثم نقول: ونبيذه مساو لنبيذ الزبيب، وهو صريح في المدونة لقوله: (وكذلك نبيذهما)، ثم نقول: ونبيذ الزبيب مساو للزبيب، فيلزم امتناع الزبيب

(1) في (ع): (ثبت).

(2) في (ش): (يمنع).

(3) في (ع): (فتزله).

بالتمر بهذا⁽¹⁾ التقرير.

الجواب أن يقال: لا يلزم من المنع بين النبيذين، ولا بين النبيذ والزبيب المنع بين الزبيب والتمر، أما تباين⁽²⁾ النبيذين فلمَّ صرَّح به في المدونة من قرب منفعتهما.

وأما فيما بين التمر ونبيذه، والزبيب ونبيذه فليقلَّ الصنعة كما صرح به ابن الحاجب.

ولما انتفى الأمران فيما بين التمر والزبيب انتفت المساواة، فإذا انتفت المساواة ثبتت المباينة؛ فجاز التفاضل.

قلتُ: فقول شيخنا في مختصره أن ابن الحاجب وابن عبد السلام - وهما في قولهما أن المشهور في نبيذ التمر والعنب صنفان - غير صحيح.

أما ابن عبد السلام فلم ينقل إلا ما نقله المحققون كالباجي واللخمي، وهو في المدونة، وكيف يعزَّبُ عنه ما في المدونة.

ونصُّ كلامه: ومن هذا المعنى أيضاً اختلاف المذهب في نبيذ العنب ونبيذ التمر، فقال مالك: هما جنس⁽³⁾ واحد، وفي كتاب أبي الفرج صنفان، اهـ⁽⁴⁾.

وأما ابن الحاجب فليس في كلامه مسألة النبيذ⁽⁵⁾ فضلاً عن المشهور⁽⁶⁾ في

(1) في (ش): (فهذا).

(2) في (ع): (فيما بين).

(3) في (ش): (لجنس).

(4) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 326/5.

(5) في (ع): (النبيذين).

(6) في (ع): (الأمر).

جميع ما رأيناه من الشيخ، ولو كان فَلََمْ يقرره الشارح فيما رأيته.

ولبن الإبل والبقر والغنم صنف لا يجوز التفاضل فيه، ويجوز مثلاً بمثل، يداً بيد، كلحومها⁽¹⁾.

قوله: (لبن الإبل والبقر).

قلتُ لشيخنا: فلبن الآدمي من أي الأصناف هو؟

فقال⁽²⁾: هو عندي كأحد الألبان من الأنعام، فيحرم التفاضل⁽³⁾ بينه

وبينها.

ويجوز لبن حليب فيه زبدة بلبن مضروب قد أخرج زبده، أو بلبن اللقاح أو بلبن الإبل، ولا زبد فيه مثلاً بمثل، كما جاز دقيق بقمح⁽⁴⁾.

قوله: (كما جاز دقيق قمح)⁽⁵⁾.

هذا متفق عليه بين الخصمين، وإن كان في القمح ريع في ثاني حال، لكن

نقول: الدقيق هو نفس القمح، وإنما تفرقت أجزاءه بخلاف الزبد من اللبن.

قال شيخنا: القياس⁽⁶⁾ في كلام ابن القاسم على وجهين: إن كان باعتبار

(1) تهذيب البراذعي: 81/3.

(2) قوله: (هو فقال) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (الفضل).

(4) تهذيب البراذعي: 81/3.

(5) في مطبوع التهذيب: (بقمح).

(6) قوله: (القياس) ساقط من (ع).

أنه لم يسمع المسؤول عنهما⁽¹⁾ من مالك، وسمع المقيس عليها، فلا يتعرض له في وجه من وجوه القياس، وإن سمعها معاً أو لا، فشبهه إحداهما بالأخرى. انظر في شرائط القياس. والقياس هنا من القسم الأول.

ويجوز السمن بلبن أخرج زبده، فأما بلبن فيه زيد فلا يجوز⁽²⁾.

قوله: (يجوز السمن بلبن...) إلى آخره.

لم يبيّن هل ذلك متفاضلاً أو متماثلاً.

قال فضل: يريد متماثلاً.

اللخمي: إنما يجيء هذا على قول من يميز التفاضل في ذلك، كدقيق قمح

بقمح⁽³⁾.

ولا بأس بشاة لبون بلبن، أو بزبد، أو بسمن، أو بجبن، أو بحالوم، يداً بيد، ولا ينبغي إلى أجل أيهما عجلت، وكذلك إن كان مع السمن، أو الجبن عرض أو دراهم⁽⁴⁾.

قوله: (ولا بأس بشاة لبون).

ابن محرز: وقال ابن القاسم في غير المدونة: القياس: الجواز إذا قدم اللبن.

(1) في (ش): (عنها).

(2) تهذيب البراذعي: 81/3.

(3) انظر: مختصر ابن عرفة: [250/ب].

(4) تهذيب البراذعي: 81/3.

قالوا: وليس هو⁽¹⁾ مثل الكتان في ثوب كتان، لأن الكتان بنفسه يصير ثوباً، واللبن لا يصير شاة.

قلتُ: وأشار في المدونة في دورها إلى هذا.

وطال كلام الأشياخ على هذه المسألة، وانظر بعضه أيضاً في الإكمال في الأفضية، فإنه قيدها هناك بما ستقف عليه.

ولا خير في شعير نقداً بقصيل إلى أجل، إلا إلى أجل لا يصير الشعير فيه قصيلاً، ويكون مضموناً بصفة؛ فيجوز⁽²⁾.

قوله: (لا خير في شعير نقداً بقصيل إلى أجل⁽³⁾).

قلتُ: وعلى هذا المعنى لا يجوز أوقية عفص بحبر إلى أجل يخرج منه.

وكذا لا يجوز كاغد في كتاب لأجل يخرج منه.

وكذا زيت في صابون.

وإن بعث حب قصب أو غيره إلى أجل، فلا أحب أن يأخذ في ثمنه شيئاً مما ينبت ذلك الحب⁽⁴⁾.

قوله: (لا أحب أن يأخذ في ثمنه).

لا أحب هنا على التحريم، لأن في الأم: (لا خير).

(1) قوله: (هو) زيادة من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 82/3.

(3) قوله: (إلى أجل) يقابله في (ع): (لأجل).

(4) تهذيب البراذعي: 83/3.

وعلى هذا: لا يجوز لمن باع زريعة حناء إلى أجل أن يأخذ ورقها عن ثمنها.

ولا خير في اللحم النيء الغريض بقديد يابس أو مشوي، لا متساوياً ولا متفاضلاً وإن تحرى؛ إذ لا يحاط بتحريه، وإلى هذا رجح مالك، وهو أحب قوله إليّ بعد أن كان أجازته⁽¹⁾.

قوله: (بعد أن أجازته).

يريد: تحرياً. ويؤخذ منه جواز بيع الخمر⁽²⁾ بالعصير، والكسكسو تحرياً.

ولا يجوز لحم طري بلحم مالح⁽³⁾.

قوله: (ولا طري السمك بالحة).

قلت: قال⁽⁴⁾ ابن السكيت في باب ما تضعه العامة في غير موضعه، يقال: هذا سمك مليح ومملوح، ولا يقال: مالح، ولم يجيء في شيء من الشعر، إلا في بيت لعذافر، وهو قوله:

بصرية تزوجت بصرياً يطعمها المالح والطرياً⁽⁵⁾

(1) تهذيب البراذعي: 86/3.

(2) في (ع): (الخبز).

(3) تهذيب البراذعي: 86/3.

(4) قوله: (قال) ساقط من (ع).

(5) الشطر الثاني من البيت؛ وهو قوله: (يطعمها المالح والطرياً) ساقط من (ع).

قلت: هذا مردود بوجهين:

أحدهما: ما في صحيح مسلم في حديث الخضر مع موسى عليهما⁽¹⁾ السلام: «حوتاً مالحاً»⁽²⁾.

الثاني: قال في العين: ملّحتُ الشيء وأملحته: جعلت فيه [31/أ] ملحاً بقدر، وملحته⁽³⁾ أفسدته، وماء ملّح، وسمكٌ مالحٌ⁽⁴⁾.

قلتُ: قال⁽⁵⁾ في الاقتصاب: ما قاله ابن السكيت قاله أيضاً غيره كابن دريد وابن قتيبة والأصمعي وغير واحد، وهو المشهور من كلام العرب. انظر كلامه فإنه حسن⁽⁶⁾.

(1) في (ش): (عليه).

(2) أخرجه مسلم: 1847/4، كتاب الفضائل، باب من فضائل الخضر عليه السلام، برقم: 2380، والحديث بتمامه: «عن أبي بن كعب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إنه بينما موسى عليه السلام في قومه يذكرهم بأيام الله وأيام الله نعمائهم وبلاؤهم إذ قال ما أعلم في الأرض رجلاً خيراً أو أعلم مني قال فأوحى الله إليه إني أعلم بالخير منه أو عند من هو إن في الأرض رجلاً هو أعلم منك قال يا رب فدلني عليه قال فقليل له تزود حوتاً مالحاً فإنه حيث تفقد الحوت...».

(3) في (ش): (مصلحته).

(4) انظر: معجم العين، للخليل بن أحمد: 243/3 و 244.

(5) قوله: (قال) ساقط من (ع).

(6) المشدالي: قال في الصحاح: ملحت القدر أملحها ملحاً: إذا طرحت فيها ملحاً بقدر، وأملحتها: إذا أفسدتها بالملح، وكذا التمليح وماء ملح، ولا يقال: مالحٌ إلا في لغة رديئة.

المشدالي: وذكر صاحب الأساس مثله، وفيها مخالفة لما ذكر صاحب العين.

ولا بأس بلحم مطبوخ بقديد ييسته الشمس، أو بلحم غريض أو
بمشوي على النار بلا صنعة متفاضلاً⁽¹⁾.

قوله: (أو بمشوي على النار بلا صنعة).

أخذوا منه أن عجين السقي يجوز فيه التفاضل بالخبز؛ لأنه بمنزلة المشوي، ولو كان بمنزلة المطبوخ لكان خبزاً، والأخباز كلها صنف واحد لا يجوز فيها التفاضل.

ولذا قال صاحب الألغاز: فإن قلت: هل يسقط اعتبار⁽²⁾ الربا في نوع من عجين القمح؟ قلت: نعم، وهو نشاء القمح الذي يصفى به ألوان الثياب ليس فيه ربا.

قلت: ونذكر منه مسائل ترشيحاً للأذهان.

فإن قلت: ليس فيها عقد حرية لاتباع إلا لفلس أو ضرورة.

الجواب: هي أمة عتق ولدها أو هي، لا الولد، لا يباع القن منهما بالفلس⁽³⁾ أو ضرورة، قاله في العتبية.

فإن قيل: هل يجوز عقد البيع والإقرار في الصلاة؟

الجواب: يصح إذا كان بإشارة خفيفة فيما تكفي فيه المعاطاة، فأشار إلى إمضاء البيع برأسه، أو قيل له: لفلان عليك مائة، فأشار أن نعم، فذلك مغتفر،

(1) تهذيب البراذعي: 86/3.

(2) قوله: (اعتبار) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (إلا لفلس).

ويفهم ذلك من قول ابن الحاجب: (ولو كان إشارة...) إلى آخره (1).

قلتُ: ويؤيده ما في سماع موسى بن معاوية الصمادحي (2) في إمام صلى
بقوم، فمرت به عقرب أو حية فقتلها، أو رمى صيداً (3) بحجر أو بسهم فقتله
عامداً، أصلاته صحيحة؟

قال ابن القاسم: كان مالك يكره هذا، فإن فعل ولم يكن فيه شغل عن
الصلاة؛ فلا شيء عليه (4).

فإن قيل: رجل أسلم إليه رجل في طعام واشترط لأداء السلم مكاناً؛
وللمسلم جبر المسلم إليه على التسليم في موضع آخر؟.

الجواب: هذا إذا خرب الموضع الذي اشترط فيه الأداء وانتقل (5)
أهله.

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 129.

(2) هو: أبو جعفر، موسى بن معاوية الصمادحي، توفي 225هـ، وقيل 226هـ، كان ثقة
مأموناً، رحل من إفريقية لطلب العلم، وانصرف إلى القيروان، سمع من الفضيل بن
عياض، وعلى بن مهدي وطبقتهم، وسمع منه سحنون، وابن وضاح، وله من
الكتب: "الزهد"، و"مواعظ الحسن"

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 93/4، وسير أعلام النبلاء، للذهبي:
421/16، وطبقات علماء إفريقية وتونس، للخشني، ص: 190-194، ومعالم
الإيمان، للدباغ: 32/2، وشجرة النور، لمخلف: 68/1.

(3) في (ش): (رماها).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 112/2.

(5) في (ع): (أو انتقل).

فإن قلت: رجلٌ ملك عشرة عبيد⁽¹⁾ فجاء الكبير منهم إلى سيده بخبر فأوجبنا⁽²⁾ على السيد بيع جميعهم؟

الجواب: هذا ذمي له عبد وللعبد تسعة أولاد صغار، فجاء أبوهم إلى سيده فأخبره أنه أسلم، فإنه يجب بيعهم؛ لأنهم تبع للأب في الإسلام.

وكل طعام أو إدام يُدَّخَر؛ فلا يجوز فيه التفاضل بصنفه إن كان يداً بيد⁽³⁾.

قوله: (كل إدام أو طعام...) المسألة.

قلت: ظاهر المدونة أن الصنف الواحد الذي لا يُدَّخَر⁽⁴⁾ الذي يجوز فيه التفاضل يجوز رطبه بيباسه إذا انتفت المزابنة؛ لأنه جَوَّزَ هنا التفاضل في نحو التفاح، وظاهره: ولو رطباً بيباس.

ونقل فيه ابن رشد وغيره ثلاثة أقوال⁽⁵⁾.

وانظر أواخر التخيير والتمليك من نكت عبد الحق⁽⁶⁾.

ولا يجوز السكر بالسكر متفاضلاً، ولا صبرة حنطة بصبرة شعير إلا كيلاً مثلاً بمثل، ولا إردب حنطة وإردب شعير بمثلهما⁽⁷⁾.

(1) في (ش): (أعبد).

(2) في (ش): (فأجبنا).

(3) تهذيب البراذعي: 87/3.

(4) في (ع): (يوخذ).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 171/7 و172.

(6) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي، ص: 270، وما بعدها.

(7) تهذيب البراذعي: 87/3 و88.

قوله: (ولا إردب حنطة وشعير بمثلها).

تقرير معارضتها لما في باب المرافلة أن النفاق قد استوى فيما حصلت فيه المماثلة، فجوّز⁽¹⁾ هناك ومنع هنا.

الجواب: المنع من حصول المماثلة هنا لتقدير⁽²⁾ الفضل معنىً، ولذا كان رباً معنوياً.

وعورضت - أيضاً - بما في باب القسم.

والجواب من وجهين:

أحدهما: صرح به هناك في المدونة.

والثاني: يرجع إليه أن القسمة تميز حق، ولذا جازت مسألة ستين وأربعين ونحوها.

وكذلك لا يجوز مدّان من طعام مُدَّخَر بمد من صنفه ودراهم أو عرض، وذلك كالذهب بالذهب، والفضة بالفضة، لا ينبغي أن يكون معهما، أو مع أحدهما عرض أو خلافه، من ذهب أو فضة⁽³⁾.

قوله: (أو مع أحدهما).

يريد: إلا في مسألة الرد في الدرهم، وإلا ناقضه.

قوله: (لا يصلح فلس بفلسين يداً بيد ولا إلى أجل)⁽⁴⁾.

(1) في (ش): (فيجوز).

(2) في (ع): (التقدير).

(3) تهذيب البراذعي: 88/3.

(4) تهذيب البراذعي: 88/3.

هذا كما تقدم في الصرف.

قيل: يبدأ بيد على الخلاف، وإلى (1) أجل اتفاقاً.

وقيل: نقداً (2) على الكراهة، ولأجل على المنع.

وكل شيء يجوز واحد باثنين من صنفه إذا كايه أو راطله أو عادّه فلا يجوز الجزاف فيه بينهما، لا منهما ولا من أحدهما، ولا أن يكون أحدهما كيلاً، ولا وزناً ولا عدداً، والآخر جزافاً إلا أن يعطي أحدهما أكثر مما يأخذ بشيء كثير فلا بأس به، وإن تقارب ما بينهما لم يجز، وكان من المزابنة وإن كان تراباً (3).

قوله: (وكل شيء يجوز فيه واحد باثنين...) المسألة.

ابن محرز: المذاكرون يعارضون المفهوم من هذا الكلام، وذلك أنه يفهم

أنه لا يجوز التحري فيما شأنه الوزن.

وقد نص مالك وأصحابه على الجواز فيما لا يجوز فيه التفاضل من

الأطعمة، فما يجوز فيه التفاضل أخرى في الجواز.

ابن محرز: وهذه المعارضة باطلة، وذلك لأن مالكا لم يتكلم في هذا

الموضع على التحري بين الشئيين إلا أن يعدل بينهما حتى يستويا، وإنما تكلم

على بيع أحدهما بالآخر أحدهما جزافاً والآخر مقدر بها (4) ذكر من كيل أو وزن

(1) في (ع): (أو إلى).

(2) في (ش): (هذا).

(3) تهذيب البراذعي: 89/3.

(4) قوله: (مقدر بها) يقابله في (ش): (مقدرا ما).

أو عدد من غير أن يقصد في ذلك إلى تعديل، ولا تحري مقدار ما في الجزاف، وذلك مما لا يجوز فيه (1) التفاضل أو يجوز، وأما لو قصد إلى تعديل الآخر، أو تحري المماثلة فيهما (2) لكان جائزاً.

كل شيء يجوز واحد باثنين من صنفه إذا كايله أو راطله أو عادّه فلا يجوز الجزاف بينهما، لا منهما ولا من أحدهما، ولا أن يكون أحدهما كيلاً، ولا وزناً، ولا عدداً، والآخر جزافاً إلا أن يعطي أحدهما أكثر مما يأخذ بشيء كثير فلا باس به (3).

قوله: (بينهما لا منهما ولا من أحدهما).

يحتمل المتبايعين أو (4) الجزّافين، أو عليهما معاً كأنه يقول: لا يجوز الجزاف بينهما على حال، سواء كان من جهتين أو من جهة واحدة.

ثم قوله: (ولا أن يكون أحدهما كيلاً) تكرار.

قلت: قال في سماع أبي زيد - فيمن له على رجل مائتا رطل صوفاً فحل الأجل، فوجد الرجل عند غريمه أربعة عشر كبشاً؛ سبعة مجزوزة وسبع مصوفة، فأراد أن يأخذ منه تلك الأكباش كلها عن ثمانين رطلاً من الصوف الذي عليه - قال: إن كان يعرف كم في (5) تلك السبعة أكباش من الصوف

(1) قوله: (فيه) زيادة من (ع).

(2) قوله: (فيهما) ساقط من (ع).

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 89/3.

(4) في (ع): (و).

(5) قوله: (في) ساقط من (ش).

حتى لا يشك فيه إلا اليسير رطلاً ونحوها فلا بأس به، وإن كان لا يعرف، ويقع في معرفته غبن كثير فلا خير فيه.

قيل له: فلو (1) كان لرجل مائتا رطل صوفاً، فأحضر الجراز ليزنها، فأراد أن يأخذ منه جزاءً بالمائتين، رطلاً من غير وزن؟

قال: إن تحرى ذلك حتى يعرف فإن زاد (2) زاد يسيراً، وإن نقص عما تحرى نقص (3) يسيراً فلا بأس به، وإن كان لا يعلم إلا بتغاير (4) كثير فلا خير فيه

ابن رشد: إجازة ابن القاسم في هذه المسألة أخذ الصوف بالتحري عن الوزن الذي له خلاف ما في أواخر سلمها الثالث في قوله: (وكل شيء... إلى قوله: (... وإن كان تراباً).

وقد قال ابن دحون في مسألتي الصوف (5) هاتين أنهما مخالفتان لأصل مالك وأصحابه في أن الصنف الواحد مما (6) يجوز فيه التفاضل لا يجوز بعضه ببعض إلا إذا تبين الفضل، وأما إن لم يتبين وتحرى أن يكون مثلاً بمثل فهو من المزابنة.

وإنما عوّل [31/ب] ابن دحون على ما وقع في المدونة، وهو أصل

(1) في (ع): (فإن).

(2) قوله: (فإن زاد) يقابله في (ش): (أن ذلك).

(3) في (ش): (نقصا).

(4) في (ع): (بتغابر)، وفي العتبية: (إلا بتغابن كثير).

(5) في (ش): (الصرف).

(6) في (ش): (لا).

مختلف فيه.

وأما إجازة⁽¹⁾ التحري فيما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز فيما يكال، ويجوز⁽²⁾ فيما يوزن⁽³⁾.

وإن بعث من رجل رطل حديد بعينه في بيتك برطلين من حديد بعينه فيبيته، ثم افترقتما قبل قبضه ووزنه جاز ذلك، ولكل واحد منكما قبض ما ابتاع، ولا يكون ذلك ديناً بدين؛ لأنه بعينه، فإن تلف الحديدان أو أحدهما قبل الوزن انتقض البيع، ولا شيء لأحدكما على صاحبه⁽⁴⁾.

قوله: (فإن تلف الحديدان...) المسألة.

ابن محرز⁽⁵⁾: قالوا هذا؛ لأن ضياعه ظاهر معلوم بالبينة، ولو لم يعلم لغرم مثله إن وجد بعد يمينه لضاع لثمته أن يكون غيبه، وكذلك الثياب وشبهها مما يضمن بالقيمة إن حبسها بالثمن، أو تأخرت على غير وجه الوديعة؛ ضمن فضل القيمة عن الثمن بعد يمينه إن كانت القيمة أكثر، فإن كان الثمن أكثر حلف وفسخ البيع؛ يحلف بالله ما⁽⁶⁾ يقدر على أن يأتي بها، فإن نكل؛ سجن حتى يحلف.

(1) في (ش): (جوازه).

(2) في (ش): (وهو).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 87/9 و88.

(4) تهذيب البراذعي: 89/3.

(5) قوله: (ابن محرز) ساقط من (ع).

(6) قوله: (ما) ساقط من (ش).



كتاب الطرف

كتاب الصرف

قال مالك: ومن اشترى حلياً مصوغاً فنقد بعض ثمنه، وتأخر البعض؛ بطلت الصفقة كلها، وهو صرف⁽¹⁾.

قوله: (اشترى حلياً مصوغاً).

استعمل اللفظ العام مكان الخاص، فقد يقال: لكون الحلي أشبه العرض لما فيه من الصياغة، ولما كان الحلي لا يكون إلا مصوغاً؛ كان النعت هنا من باب غرابيب سود، وأمس الدائم⁽²⁾.

ومن كان له على رجل مائة دينار فباعها منه بألف درهم، فقبض منها تسعمائة، وفارقه قبل قبض الباقي؛ لم يصلح ويرد الدراهم، وتبقى له المائة دينار على حالها. ولو قبض الدراهم كلها؛ جاز، ولو كان له عليه ألف درهم حالة فباعها منه بطوق ذهب، ثم فارقه قبل قبضه فلا خير فيه، ويرد الطوق، ويأخذ دراهمه⁽³⁾.

قوله: (ومن كان له على رجل مائة دينار... المسألة).

زاد في الأم من بيع الشيخ: (وكذا القرض).

فقوله: (قبض الدراهم كلها)

(1) تهذيب البراذعي: 91/3.

(2) المشدالي: العام المستعمل موضع الخاص هو: اشترى، والله أعلم.

(3) تهذيب البراذعي: 92/3.

يريد: من أول العقد.

وقوله: (جاز).

يريد: إذا كانت المائة حالة، يدل عليه قوله في مسألة الطوق: (حالة).

ومن اشترى من رجل سلعة إلى أجل بنصف دينار نقداً، فأعطاه بعد الصفقة ديناراً ليرد عليه نصفه دراهم بغير شرط فلا خير فيه؛ لأنه صرف فيه سلعة تأخرت⁽¹⁾.

قوله: (فيه سلعة تأخرت). [أ/32]

قيل: لو اشترى سلعة نقداً بنصف دينار نقداً، فأعطاه ديناراً، فأخذ صرف نصفه لم يجز؛ لأنه لما تعيّن⁽²⁾ النصف قائماً؛ فإذا صرفه كان صاحب السلعة قد أخرج سلعة، والنصف الواجب له والدرهم في دينار قائم⁽³⁾.

ومن لقي رجلاً معه دراهم فواجبه عليها، ثم مضى معه إلى الصيارفة ليتناقدا، لم يجز، ولو قال له المبتاع: اذهب بنا إلى السوق بدراهمك، فإن كانت جياداً أخذتها منك كذا وكذا درهماً بدينار، لم يجز، ولكن يسير معه على غير موعد، فإن أعجبه شيء أخذ وإلا ترك⁽⁴⁾.

قوله: (فواجبه).

(1) تهذيب البراذعي: 92/3 و93.

(2) في (ش): (عين).

(3) المشدالي: التحقيق أن يقال: لما وجب للبائع على المشتري نصف دينار قائم، فكان قد

دفعه للمشتري مع الدراهم في دينار قائم، وذلك ذهب ودرهم بذهب.

(4) تهذيب البراذعي: 95/3 و96.

ليست هذه مسألة مواعدة، وإنما هي في قوله: (اذهب بنا إلى السوق).

لا خير في أن يتاع الوارث من الميراث حلي فضة أو ذهب، أو ما فيه حلية أقل من الثلث، مثل السيف وشبهه، ويكتب على نفسه، ويتأخر الوزن أو يؤخر المحاسبة، أو ليقوما إلى السوق فينقد، فلا يعجبني ذلك ولا ينبغي، وأراد منتقضاً، إلا أن يتناقدا حين البيع، ألا ترى لو تلف بقية المال أنه يرجع عليهم فيما صار لهم فيقتسمونه؛ فلا يجوز إلا بالنقد، وكذلك الأجنبي⁽¹⁾.

قوله: (ألا ترى لو تلف... المسألة).

أبو محمد صالح: يحتمل أن يكون هذا التسليم جدياً؛ لأن العقدة الفاسدة تطرح، ويحتمل أن يكون حقيقة، وذلك إذا اشترى من الميراث ما يجوز فيه التأخير من العروض، فإذا⁽²⁾ ثبت لنا أنه مشتري العروض ثبت أنه مشتري الحلي، فيطلب بالتناجز.

وإن قبضت من غريمك ديناً؛ فلا تعده إليه مكانك سلماً في طعام أو غيره⁽³⁾.

قوله: (لا تعده⁽⁴⁾ إليه مكانك).

ليس المراد بالمكان الوقت الحاضر، ولا بعد يومين.

(1) تهذيب البراذعي: 96/3.

(2) في (ش): (إذا).

(3) تهذيب البراذعي: 97/3.

(4) في (ع): (تعد).

والضابط ما⁽¹⁾ تزول التهمة، كما صرح به في السلم.

قال شيخنا: وكذا عندي غير تلك⁽²⁾ الدراهم المأخوذة للاستواء في تحصيل الأغراض ولا تتعين.

ومن اشترى سيفاً محلي كثير الفضة نصله تبع لفضته بعشرة دنانير، فقبضه ثم باعه مكانه من رجل إلى جنبه قبل النقد، ثم نقد الثمن؛ لم ينبغ أن يقبض السيف حتى يدفع الثمن، فإن وقع ذلك مضى البيع وجاز إذا نقده مكانه⁽³⁾.

قوله: (لم ينبغ أن يقبض السيف).

(ينبغي) هنا على بابه بدليل قوله: (إن وقع مضى).

ويقوم من قوله: (مضى) أن التأخير اليسير لا يفسد الصرف.

ومسألة السيف هذه أصل في كل تأخير يسير في الصرف أنه يصح.

قيل: حمل هذا الكلام على ظاهره يؤدي إلى الدور؛ لأنه إذا خوطب هذا بأن لا يقبض السيف حتى يدفع خوطب الآخر بأن لا يدفع السيف حتى يقبض الثمن.

وإنما المعنى لم ينبغ⁽⁴⁾ أن يشتغل بعد الشراء بشيء سوى النقد.

قلت: إن سلم دلالة هذا الكلام على الدور؛ فهو دور معنّى، ولا

(1) قوله: (والضابط ما) يقابله في (ش): (والظاهر هنا).

(2) قوله: (تلك) ساقط من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 98/3.

(4) قوله: (لم ينبغ) ساقط من (ع).

استحالة فيه .

وأما إن قبض المبتاع السيف، وفارق البائع قبل أن ينقده، ثم باع السيف؛ فبيعه جائز، ويضمن المبتاع الأول لبائعه قيمة السيف من الذهب يوم قبضه كبيع فاسد⁽¹⁾.

قوله: (كبيع فاسد).

أي: كبيع فاسد دُخل من أول الأمر على فساده؛ لأن مسألة السيف هذه لم يدخلها على الفساد من أول الأمر، وإنما أوجبه الافتراق قبل النقد.

ويحتمل أن يكون أراد كبيع⁽²⁾ فاسد في العروض، وأما هذه فهي صرف، وإنما احتيج إلى صفة محذوفة في المشبه به؛ لئلا يلزم عليه تشبيه الشيء بنفسه.

ولا تفتت الذهب والفضة تغير الأسواق، وإن أصابه بيده عيب فانقطع أو انكسر جفنه؛ فعليه قيمته يوم قبضه⁽³⁾.

قوله: (فعليه قيمته) مع قوله: (لا تفتت... الأسواق).

قيل: مشتمل على تناقض، تقريره أن السيف حالة كون حلته متبوعة إن كان من ذوات المثل بطل عليه قوله: (فعليه قيمته)، وإن كان قيمياً بطل قوله: (لا تفتته... الأسواق).

(1) تهذيب البراذعي: 98/3.

(2) في (ع): (بيع).

(3) تهذيب البراذعي: 98/3.

وإن باعه بصنفة أزيد أو أنقص؛ دخله الربا مع ذلك (1).

قوله: (وإن باعه بصنفة أزيد أو أنقص؛ دخله الربا).

يدخله في الزيادة (2): بيع الطعام قبل قبضه، والتفاضل في العين، والتأخير بينهما، وفسخ الدين في الدين، وسلفٌ بزيادة.

وفي النقص كذلك، إلا سلفٌ بزيادة.

وفي المثل يدخله: بيع الطعام قبل قبضه، وفسخ الدين.

ومن لك عليه ألف درهم إلى أجل، فلما حلّ دفع إليك عرضاً فقال: بعه واستوف حقه؛ جاز إلا أن يعطيك سلعة من صنف ما بعت منه بدينك وهي أفضل؛ فلا يجوز، وأما إذا كانت مثلها في الصفة والجودة أو أدنى؛ فلا تهمة في ذلك (3).

قوله: (فلما حلّ الأجل...) المسألة.

مفهومُه: قبل الأجل لا يجوز، ويدخله سلف جر منفعة؛ لأن (4) تعجيله الدين قبل أجله سلفٌ وبيع (5)، وبيع الطالب العرض منفعة اغتزاها (6) المطلوب، ولو كان تولية الطالب للبيع بإجارة؛ كان ذلك إجارة وسلف.

(1) تهذيب البراذعي: 100/3.

(2) في (ش): (بالزيادة).

(3) تهذيب البراذعي: 101/3.

(4) في (ش): (لا).

(5) قوله: (بيع) ساقط من (ع).

(6) أي قصدتها.

قوله: (فأما إن كانت مثلها في الصفة والجودة؛ فلا تهمة).

عورض بقولها في السَّلَم: (أخاف أن تكون⁽¹⁾ الخمسون ثمناً للمائة)⁽²⁾ مع أنه أدنى، ولم يقل هنا: "أخاف في الأدنى أن يكون مؤدياً إلى ضمان بجُعل"؛ على أن يكون ما نقص عن البيع جعلاً لضمان هذا الأدنى المأخوذ. وعورض أيضاً بقوله في الآجال: (إذا باع عبداً بثوين إلى أجل، فأخذ عبيدين؛ أنه لا يجوز) المسألة⁽³⁾.

أجيب بأن ما ههنا يفسر ما هناك.

ومن له عليك دراهم؛ فلا يعجبني أن تعطيه ديناراً ليصرفه، ويستوفي دراهمه، وأخاف أن يحبسه فيصير مُصرفاً من نفسه، وكذلك الفلوس⁽⁴⁾.

قوله: (فلا يعجبني أن تعطيه ديناراً ليصرفه...) المسألة.

اتهمه في هذه، ولم يتهمه في الأولى، حيث قال: (ومن لك عليه ألف إلى أجل).

والفرق: يجتمع في هذه المسألة علتان؛ صرف مستأخر، وفسخ دين في دين، بخلاف الأولى.

قوله: (أخاف أن يحبسه...) المسألة.

(1) قوله: (أن تكون) ساقط من (ع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 402/6، و(السعادة/صادر): 99/9، و(العلمية): 143/3.

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 138/3.

(4) تهذيب البراذعي: 101/3.

قال شيخنا أبو عبد الله: في هذه التهمة نظر؛ لأن الاتهام المؤثر إذا كان لا يقدران على رفعه، وهنا يقدران بأن يصرفه منه، وهو صرف ما في الذمة حالاً⁽¹⁾.

الجواب أن ذلك إنما يصح إذا رضي بأخذه صرفاً، فتحصل⁽²⁾ المناجزة، وقد لا يرضى، فلم يقدر على رفع التهمة.

ويجوز الصرف من عبدك النصراني كالأجنبي، وكره مالك أن يكون النصراني في أسواق المسلمين صياغة لعملهم بالربا، وأرى أن يقاموا⁽³⁾.

قوله: (من عبدك النصراني).

معنى المسألة أنه غير منتصف وإلا ناقض ما بعده، أو بغير الدنانير المنقوشة بذكر الله تعالى.

وإن بعث درهماً بنصفه فلوساً ونصفه فضة، أو اشترت بنصفه أو ثلثيه طعاماً وأخذت بباقيه فضة؛ جاز، وإن أخذت بثلثه طعاماً، وبباقيه فضة، فمكروه⁽⁴⁾.

قوله: (فمكروه):

إنما جرت الكراهة في السؤال والجواب الأخير.

(1) في (ع): (جائز).

(2) في (ع): (فتخص).

(3) تهذيب البراذعي: 102/3.

(4) تهذيب البراذعي: 102/3.

وشروط الرد أن يكون في الدرهم الواحد، وأن يكونا مسكوكين، وأن تكون السكة واحدة، وأن يكونا معروفَي الوزن، وأن يكونا⁽¹⁾ في بيع ونحوه، وأن يكون المرود النصف فدونه، وأن يكون يداً بيد، وأن يكون في بلد لا فلوس فيه ولا خرايب.

ولو وجد المرود زائفاً؛ ففي صحة بدله خلاف بين المغاربة.

وفي صرف دينار أو درهم بنصفين؛ خلاف⁽²⁾.

ولو غصبك جارية؛ جاز أن تبعها منه وهي غائبة ببلد آخر، وينقدك إذا وصفها؛ لأنها في ضمانه، والدنانير في ذلك أبين⁽³⁾.

قوله: (إذا وصفها).

يقوم منه: جواز بيع الغائب على صفة البائع.

قلتُ: هذا غير صحيح؛ لأن ظاهر المدونة هنا؛ أنه لا يجوز على صفة البائع لأنها في النقد⁽⁴⁾.

(1) في (ش): (يكون).

(2) المشدالي: سئل ابن عرفة: أيشترط في الرد اتحاد المرود كما يشترط اتحاد المرود فيه أولاً؟

فأجاب بما نصّه: يجوز أن يرد في الدرهم قدر نصفه مسكوكاً، جزأين أو ثلاثة ما لم يزد على النصف.

(3) تهذيب البراذعي: 103/3.

(4) انظر: المدونة (زايد): 165/7، و(السعادة/صادر): 215/10، و(العلمية):

والنقد في صفة البائع ممتنع كما صرح به ابن رشد، وغيره⁽¹⁾.

ومن باع سلعة بدينار إلا قفيز حنطة نقداً؛ جاز ذلك، كان الدينار نقداً أو مؤجلاً، وكأنه باع السلعة وقفيز حنطة بدينار، هذا إن كان القفيز والسلعة عنده؛ وإلا لم يجز، ودخله بيع ما ليس عنده⁽²⁾.

قوله: (إلا قفيز حنطة).

قال شيخنا أبو عبد الله: الصواب ما قرره في المدوِّنة، ولا يصح كون الاستثناء متصلاً على معنى كون⁽³⁾ قيمة القفيز مسقطة من الدينار؛ لأنه حيثئذ موجب للفساد؛ للجهالة بما ينوب القفيز.

المحصول: الاستثناء يقع من المطابقة والتضمين والالتزام.

القرافي: مثال المطابقة: عشرة إلا اثنين، والالتزام: له مائة إلا ثوباً؛ لأن المائة قيمة الأعيان.

والعروض لما كان من لوازمها⁽⁴⁾ القيمة استثني منها قيمة الثوب من اللازم، لا من المطابقة.

وأما التضمين فعسير⁽⁵⁾، وسألت عنه الفضلاء فلم أجد عندهم فيه شيئاً.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 320/7.

(2) تهذيب البراذعي: 106/3.

(3) في (ش): (قوله).

(4) قوله: (من لوازمها) غير مقروء في (ع).

(5) قوله: (التضمين فعسير) يقابله في (ع): (التضمن معسر).

والذي أراه أن المركبات قسان:

- مركب متفق الأجزاء كعشرة.

- ومختلف كالسرير، فإذا قلت: بعث السرير إلا مسباراً، فهو مستثنى من

المسامير لا من الخشب، فيكون تَضْمِناً.

وإن صرفت من رجل ديناراً بدراهم، فلم تقبضها حتى أخذت بها منه سلعة، أو قبضت منه نصفها، وأخذت بنصفها سلعة مكانك؛ فذلك جائز، فإن رددت السلعة بعيب رجعت بدينارك، ولو صرفته منه بدراهم على أن تأخذها منه سمناً، أو زيتاً نقداً أو مؤجلاً، أو على أن تقبضها ثم تشتري بها منه هذه السلعة؛ فذلك جائز، فإن رددت السلعة بعيب رجعت بدينارك، لأن البيع إنما وقع بالسلعة، واللفظ لغو، وإنما ينظر مالك إلى فعلهما لا إلى قولهما، وليس هذا من بيعتين في بيعة⁽¹⁾.

قوله: (فإن رددت السلعة...) ثم قال: (لأن البيع إنما وقع...) إلى آخره.

ظاهره راجع إلى الزيت والسمن والسلعة، ولا يصح في الأولين؛ لأنها

سَلَم، فهو مثلي؛ إذ لا تبرأ الذمة فيه إلا بجزء مطابق لما في الذمة، ويتعين

رجوعه للسلعة⁽²⁾.

وتقرير معارضتها لما في العيوب أن الوسط الذي هو الدراهم؛ إما أن

يجعل عدماً في اعتبار العوضية والتعاض بالطرفين، فيلزم الرجوع في مسألة

العيوب في السلعة [32/ب] إن كانت قائمة، أو في قيمتها إن فاتت، ولا يجعل

(1) تهذيب البراذعي: 107/3.

(2) قوله: (للسلعة) يقابله في (ش): (إلى السلعة).

عدماً فيرجع (1) في الدراهم هنا.

الجواب: نلتزم (2) اعتبار الوسط، وإنما ألغيت هنا؛ لأنه لو اعتبر لكان مستلزماً لصرف متأخر (3)، وكان (4) ما في مسألة العيوب، فاعتبر لذلك (5) الوسط.

والسيف المحلى والمصحف والخاتم؛ إذا كان ما فيه من الفضة تبعاً كالثلث فأدنى، جاز بيعه بفضة نقداً، وإن كثرت الحلية، وصار النصل تبعاً؛ لم يجز بيعه بالفضة (6).

قوله: (إن كان ما فيه من الفضة تبعاً).

في الأم: (من الفضة أو الذهب) (7) فأسقطه البراذعي، ورأى أن ثبوته يقتضي جواز اتخاذها للرجل.

وأجيب بأن أو للتفصيل في أنواع المتخذ.

قوله: (وصار النصل تبعاً).

مفهومه: لو لم يكن تبعاً يجوز بيعه بالفضة نقداً، ولو كثرت الحلية، وليس كذلك، بل قوله: (وصار النصل تبعاً) غير مقصود، وإنما المقصود كثرة الحلية.

(1) قوله: (عدماً يرجع) يقابله في (ش): (عدد فيرتفع).

(2) في (ش): (تلتزم).

(3) في (ش): (مستأخر).

(4) في: (ع): (ولأن).

(5) في: (ذلك).

(6) تهذيب البراذعي: 109/3.

(7) انظر: المدونة (زايد): 192/6، و(السعادة/صادر): 415/8، و(العلمية): 23/3.

قوله: (وجعله كالعروض): أي بعد الفوت.

ومن صرف ديناراً بدراهم فاستحقت الدراهم؛ انتقض الصرف. قال ابن القاسم: ولو أنه إذ استحقت ساعة صرفها قال له: خذ مثلها مكانه قبل التفرق؛ جاز، ولو طال أو تفرقا لم يجز⁽¹⁾.

قوله: (خذ مثلها مكانه).

ظاهرة: أنها لا تتعين؛ لأنها لو تعينت لما كان لها مثل.

وقوله قبله: (انتقض الصرف)

ظاهرة: تتعين، فهذان اللفظان ونحوهما هما اللذان قال فيهما غير واحد

أنهما متعارضان.

إذا حضر الخلخالان وأخذ المستحق الثمن من البائع، أو من المبتاع مكانه فذلك جائز، وإن غاب الخلخالان لم يجز. قال أشهب: هذا استحسان والقياس الفسخ؛ لأنه صرف فيه خيار⁽²⁾.

قوله: (أشهب: القياس الفسخ).

ناقض أشهب أصله في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيمضي سيده النكاح،

ثم يطلقها العبد بعد الإجازة، ولم يمسه فإنها تحل لمن⁽³⁾ أبَّهها، وإذا زنت

رُجِمَتْ؛ لأنها محصنة، فجعل النكاح لما أجازه السيد كأنه لم يزل منبرماً، ولم

(1) تهذيب البراذعي: 110/3 و111.

(2) تهذيب البراذعي: 111/3 و112.

(3) قوله: (لمن) ساقط من (ش).

يقول (1) ذلك في مسألة الخلخالين.

وإن صرفت من رجل ديناراً، ثم لقيته بعد أيام فقلت له: قد استرخصت مني فزدني، فزادك دراهم نقداً أو إلى أجل؛ فجائز ولا ينتقض الصرف، وليس لك رد الزيادة بعيب فيها، وإن كان الدينار رديئاً فرده أخذ منك الذي زادك مع دراهمه؛ لأنه للصرف زادك فيرد برده (2).

قوله: (لأنه للصرف زادك).

يقوم من هنا مثلما في العتبية؛ فيمن تزوج امرأة فأهدى لها هدية ثم فسخ النكاح؛ أنه له استرجاع الهدية (3).

لا بأس بزيادة دراهم في رأس مال السلم بعد شهر أو شهرين (4).

قوله: (لا بأس بالزيادة في رأس مال السلم).

قال شيخنا العلامة أبو عبد الله: ظاهره وإن كانت الزيادة من جنس المسلم فيه، وقيدها شيوخننا بما إذا كانت الزيادة من غير جنسه.

وإن صرفت من رجل دنائير بدراهم، ثم أصبتها بعد التفرق زيوفاً، أو ناقصة فرضيتها جاز ذلك، وإن لم ترضها انتقض الصرف، وإن كان تأخر من العدد درهم لم يجز أن ترضى بذلك، لوقوع الصرف فاسداً.

(1) في (ش): (يقبل).

(2) تهذيب البراذعي: 113/3.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 409/4.

(4) تهذيب البراذعي: 113/3.

وأما إن اشتريت فلوساً بدراهم ثم أصبت بعد التفرق بعضها رديئاً لا يجوز، فأرجو أن يكون البدل في ذلك خفيفاً للاختلاف فيها، وقد كان ابن شهاب يجيز البدل في صرف الدنانير بغير شرط، وإن كان مالك يأباه، فكيف في الفلوس؟ وإن وجدت في الصرف درهماً مردوداً لعينه وهو طيب الفضة، أو كان لا يجوز بجواز الدراهم عند الناس أو زائفاً، فلك رده ونقض الصرف إلا أن ترضاه، فإذا رددت إليه دراهمه حين وجدت بها عيباً؛ فجائز أن تؤخره بدينارك إذا ثبت الفسخ بينكما، وإن لم يثبت الفسخ كرهته، ورأيته صرفاً مستقبلاً⁽¹⁾.

قوله: (إذا ثبت الفسخ بينكما).

قال شيخنا أبو عبد الله: تقرير ما يقال من الإشكال هنا، أن يقال: أن قوله: (إذا ثبت...) إلى آخره إنما⁽²⁾ يصح إذا قلنا: إن⁽³⁾ الرد بالعيب نقض بيع، وأما إذا قلنا أنه ابتداءً يبيح فليس بواضح؛ لأن الدراهم المردودة بالعيب مبيحة بالمؤخر، وهو ربا.

وإن كان له على رجل ذهب حالة، فأعطاه بها دراهم، فقال: لا أقبلها إلا بكذا زيادةً على صرف الناس؛ فذلك كله جائز⁽⁴⁾.

قوله: (وإن كان لك على رجل ذهب حالة...) إلى آخره.

(1) تهذيب البراذعي: 115/3.

(2) قوله: (إنما) زيادة من (ع).

(3) قوله: (إن) ساقط من (ش).

(4) تهذيب البراذعي: 115/3.

معناه: إذا كان الذهب تَبْرَأً، أو كان الدينار كاملاً، فأما إن كان جزءاً؛ فإنه يجوز على قبول صرف الناس، وإلا تناقض مع ما بعده.

ما بعت بفرادى فلا تأخذه كيلاً، وما بعت كيلاً فلا تأخذ فرادى، وما بعت بفرادى واشترطت كيله مع العدد؛ فجائز أن تأخذ فيه كيلاً أقل عدداً، أو أكثر، ومن ذلك؛ أن تبيع سلعة بمائة درهم كيلاً، ويشترط عددها داخل المائة خمسة؛ فجائز أن تأخذ كيلاً أقل من ذلك العدد أو أكثر في مثل الوزن⁽¹⁾.

قوله: (ومن ذلك...) إلى آخره.

أي: ومن اشتراط⁽²⁾ الكيل مع العدد.

ثم قال: (ويشترط عددها داخل المائة خمسة)، وصورته: أن يبيع سلعة بمائة درهم كيلاً، وزنها مائة، وعددها مائة وخمسة.

قال شيخنا أبو عبد الله: ومعنى داخل المائة أي زائدة.

مثاله: أن يكون وزن كل درهم من المائة عشر حبوب، فيشترط البائع وزن كل درهم⁽³⁾ تسعة حبوب؛ بحيث إذا جُمع نقص كل درهمٍ ترجع المائة مائة وخمسة.

واختلف شيوخنا في (دخلها)؛ فأكثرهم بسكون الخاء وضم اللام، وبعضهم بفتحها.

(1) تهذيب البرادعي: 120/3.

(2) قوله: (أي: ومن اشتراط) يقابله في (ع): (قوله ومن اشترى).

(3) قوله: (من المائة عشر حبوب... درهم) ساقط من (ش).

ومن باع سلعة بمائة دينار مجموعة، ولم يسم كم داخلها فلا بأس به ما لم يدخل له ذهباً غير جائز بين الناس، والدنانير المجموعة هي المقطوعة الناقصة تجمع في الكيل، والقائمة: هي المائة الجياد إذا جمعت مائة عدداً وزادت في الوزن مثل الدينار، والفرادى: إذا اجتمعت في الوزن نقصت في المائة مثل الدينار. ومن لك عليه درهمان فرادى قد عرف وزن كل واحد منهما إلا أنهما لم يجمعا في الوزن، فلا تأخذ بوزنهما منه تبر فضة مكسورة، كانا في الجودة مثل فضته أو أدنى، لأنك إذا أخذت وزن الفرادى مجموعة لا بد أن يزيد وزن المجموعة على الفرادى، الحبة والحببتين أو ينقص، فلا يكون ذلك مثلاً بمثل. ولا يباع القمح وزناً بوزن، وليس ما كرهنا من أخذ مجموعة من فرادى مثل ما أجزنا من أخذ السمراء من المحمولة، والمحمولة من السمراء بعد الأجل؛ لأن الطعام مكيل لا تفرق أقداره وهذا مختلف⁽¹⁾.

قوله: (وليس ما ذكر هنا).

هذا جواب دخل مقرر، تقرير السؤال أن يقال: لم أجزت هنا أخذ الأعلى عن الأدنى، ولم تجز ذلك في أخذ وزن الدرهمين الفراديين، فأجاب بقوله: (لأن الطعام...) إلى آخره.

ومن لك عليه درهمان مجموعان؛ فلا تأخذ منه بوزنهما أو أقل تبر فضة أجود من فضتهما؛ لأنه بيع لسكتهما بجودة الفضة، وليس هذا

(1) تهذيب البراذعي: 121/3.

كقضاء سمراء من محمولة؛ لأن السكة غير الدراهم، وجودة الطعام ليس غيره⁽¹⁾.

قوله: (ومن لك عليه درهمان...) إلى قوله: (... ليست غيره).
وجه الجمع بين المسألتين - أعني مسألة الدرهمين ومسألة الطعام - أن
الذات في الموضوعين فيها زيادة.

هذا هو القدر المشترك الذي دعاه إلى الفرق.

قوله: (لأن السكة غير الدراهم).

يعني مع ما قبلها⁽²⁾ من فضل غير الفضة.

قلت: حاصله أنه في مسألة الدرهمين دار الفضل من جهتين:

المسألة التي قال فيها: (غير الدراهم)، أي عرض يرغب فيه في مقابلة
الجودة، فحصل فيه فضة، وعرض بفضة، وليس جودة الطعام بعرض،
فتمحض المعروف في جهة واحدة، وفي هذا نظر.

إن أبدل لك ديناراً أو درهماً بأوزن منه بغير مراطلة؛ فذلك جائز فيما
قل، مثل الدينارين والثلاثة لا أكثر؛ لأن هذا معروف⁽³⁾.

قوله: (مثل الدينارين والثلاثة).

المراد بمفهوم الدينار هنا ما صرح به عبد الحق.

(1) تهذيب البراذعي: 121/3.

(2) في (ش): (قابلا).

(3) تهذيب البراذعي: 122/3.

وللمبادلة شروط:

- أن تكون بلفظها فيما قل بغير المرافلة واحداً بواحد، احترازاً عن واحد باثنين.
- وأن يكون الذهبان واحداً.
- وكون الوزان أجود عيناً.
- ولا يكون الناقص أجود عيناً.
- وكون الذهين سكة واحدة، يداً بيد.
- وأجاز بعضهم بدل المغشوش بالطيب⁽¹⁾.
- وجوّز غيره بدل المكسور بالصحيح.
- وجوّز المغيرة بدل الناقص بالوازن إلى أجل⁽²⁾، وجوّز بدل واحد باثنين⁽³⁾.

ومن لك عليه تبر فضة أو ذهب مكسور، فلا تأخذ منه إذا حل الأجل تبراً أجود من الذي لك عليه أقل وزناً، ويجوز أن تأخذ أدنى من تبرك أقل وزناً. ولا يجوز أن تأخذ منه بعد الأجل محمولة، أقل كيلاً من سمراء لك عليه قضاء من جميع الحق، قال أشهب: إنه جائز كالفضة، كذلك لو اقتضى دقيقاً من قمح والدقيق أقل كيلاً، فلا بأس به إلا أن يكون الدقيق أجود من القمح الدين⁽⁴⁾.

(1) قوله: (بالطيب) ساقط من (ع).

(2) قوله: (إلى أجل) ساقط من (ع).

(3) انظر: شرح مسائل ابن جماعة التونسي، للقباب، ص: 188.

(4) تهذيب البراذعي: 123/3 و 124.

قوله: (قضى من جميع الحق).
 مفهومه: لو لم يأخذ ذلك قضي من جميع الحق لجاز، وهو صريح في السلم الثالث.

والحاصل: أن ابن القاسم وأشهب اتفقا على المنع إن (1) كان الطعام من بيع، ولم يختلفا إذا أخذ ذلك قبل الأجل؛ كان من بيع أو قرض؛ أنه لا يجوز. ولم يختلفا إذا أخذ ذلك عن بعض حقه، ثم حط الباقي؛ أن ذلك جائز. واختلفا إذا أخذ ذلك بعد الأجل قضي من جميع الحق، وكان من قرض. قوله: (ولو جاز).

هذه مصادرة؛ لأن أشهب يقول بجوازه في الدقيق.

قوله: (أو استهلاك).

أخذ منه؛ جواز بيع طعام الاستهلاك قبل القبض، وهذا إن قامت على هلاكه بينة.

والإشارة في ذلك يحتمل عودها على المنع، أو على الفرق أو التفاضل.

وإن كان الدينار مغشوشاً انتقض من التبر بمثل وزنه خاصة (2).

قوله: (وإن كان الدينار مغشوشاً انتقض (3) من التبر مثل وزنه).
 ظاهره رضي بذلك، أم لا.

(1) في (ع): (إذا).

(2) تهذيب البراذعي: 127/3.

(3) في (ع): (انتقد).

وعليه (1) حمله بعضهم، فيؤخذ منه أن مراطلة المغشوش بالخالص لا تجوز.

ابن رشد: فيها قولان.

وإذا اقتضيت عشرة دنانير مجموعة من بيع فرجحت، جاز أن تعطيه برجحانها عرضاً أو ورقاً بخلاف المراطلة، وكذلك إن كان ذلك عليه لحم أو حيتان فاقتضيته منه فوجدت فيه فضلاً عن وزنك، فجائز شراؤك تلك الزيادة بثمن نقداً أو إلى أجل إن كان أجل الطعام قد حل، وإن لم يحل فلا خير فيه، وإن حل فاختلفت الصفات، والجنس واحد فلا بأس أن تأخذ بمنه مثل وزنك أو كيلك أجود صفة أو أردأ، ولا تغرم لجودة أو تأخذ لزيادة شيئاً، ولا تأخذ أجود وأقل كيلاً، ولا أردأ وأزيد كيلاً، وإن لم تغرم لذلك شيئاً ولا رجعت بشيء، ويدخله كله بيع الطعام قبل قبضه إن كان من بيع، ولو كان هذا من العروض التي تكال أو توزن، أو غيرها من الثياب والحيوان عدا الطعام؛ فلا بأس به (2).

قوله: (وتؤدي شيئاً).

مفهومه: لو لم يؤد لجاز، وهو صحيح في البيع، وأما القرض إن أخذ أقل جاز، وأكثر؛ لا.

قوله: (ويدخله كله بيع الطعام قبل قبضه؛ إن كان من بيع).

هذه العلة أصل في هذا الفصل، ويدخله التفاضل بين الطعامين والتأخير،

(1) قوله: (عليه) ساقط من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 129/3.

والتفاضل بين الفضتين إذا أخذ أدنى وأقل كيلاً، واسترجع بها، ويدخله بيع وسلف، وإن استرجع ذهباً وقد (1) كان قد (2) دفع دراهم دخله بيع وصرف مستأخر.

وإن كان من قرض دخله التفاضل بين الطعامين، والتأخير وبيع وسلف.
قوله: (ولو كان هذا من العروض...) إلى [33/أ] قوله: (... فلا بأس)
انظر قوله: (لا بأس)؛ هل يعود إلى أقرب المذكور؟ كأن الكلام على ظاهره يقتضي جواز (3) ذلك.

فنقول: معنى قوله: (لا بأس) يريد: ما لم يأخذ أدنى مما له، ويسترجع شيئاً من رأس المال.

وإن أقرضته فضة بيضاء فقضاك بعد الأجل فضة سوداء، مثل الوزن فأقل جاز، ولا يجوز أرجح؛ لأنك تركت جودة فضتك البيضاء في زيادة وزن فضته السوداء، وكذلك إن قضاك فضة بيضاء من فضة سوداء؛ مثل الوزن فأكثر جاز، ولا يجوز أن يقضيك أقل من الوزن، وهذا كله ما لم تكن عادة بينهما (4).

قوله: (فضة بيضاء).

جعل هنا البيضاء أحسن من السوداء.

(1) في (ع): (وإن).

(2) قوله: (قد) زيادة من (ع).

(3) في (ش): (بيان).

(4) تهذيب البراذعي: 129/3.

وفي نوازل سَحْنُون من الشهادات، وكتاب محمد⁽¹⁾: فعلى ما هناك أن ما جاز هنا يمتنع هناك، وعلى ما أجاز هناك يمتنع هنا.

قلتُ: ونص ما في العتبية - في شاهدين شهدا لرجل بألف درهم، فقال أحدهما: هي بيض، وقال الآخر: هي سود، وللسود فضل في الصرف على البيض - قال: إذا ادعى الطالب؛ قلت له: احلف مع شاهدك، وهي لك، فإن أبى ردت اليمين على المطلوب، فقضيت للطالب بالبيض، وذلك لأن⁽²⁾ البيض أدنى⁽³⁾ في الصرف.

ابن رشد: بنى سَحْنُون جوابه في هذه المسألة على أن الزيادة في الصفة كالزيادة في العدد، يجعل شهادة أحدهما أنها بيض والأخرى أنها⁽⁴⁾ سود؛ كشهادة⁽⁵⁾ أحدهما بألف، والآخر بخمسمائة إن ادعى الطالب الأكثر في العدد، أو⁽⁶⁾ الأفضل في الصفة؛ أخذه يمينه لانفراد أحد شاهديه، وإن نكل حلف المفرد أنه⁽⁷⁾ ما عليه إلا الأدنى بالصفة أو الأقل في⁽⁸⁾ العدد⁽⁹⁾.

ومرَّ في الكلام على المسألة، ولم يشر إلى المعارضة لهذه المسألة بشيء.

(1) قوله: (من الشهادات وكتاب محمد) غير مقروء في (ع).

(2) في (ش): (كان).

(3) في (ع): (أدناهما).

(4) قوله: (أنها) ساقط من (ع).

(5) في (ش): (شهادة).

(6) في (ع): (و).

(7) في (ش): (أن).

(8) في (ش): (من).

(9) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 170/10 و 171.

وإن أقرضته ديناراً فلا بأس أن تأخذ بسدسه أو بما شئت من أجزائه دراهم إذا حل أجله وكان حالاً، ويجوز أن تأخذ بثلثه عرضاً نقداً، ثم لا تأخذ ببقية في الوجهين ذهباً، لأنه يصير ذهباً وورقاً بذهب، أو ذهباً و عرضاً بذهب⁽¹⁾

قوله: (ثلثه عرضاً).

قلت: قال في رسم أوصى من سماع عيسى فيمن أسلف ويبة قمح؛ لا بأس أن يأخذ نصف ويبة قمحاً، ونصف ويبة دقيقاً أو شعيراً أو تمرأ.
مثل من له⁽²⁾ على رجل ديناران، أخذ أحدهما بعينه، وأخذ عن الآخر قمحاً، أو ما شاء⁽³⁾.

ولا يعجبني أن يباع الدرهم السَّتوق الرديء بدرهم فضة، وزناً بوزن ولا بعرض... ولكن يقطعه، فإذا قطعه؛ جاز بيعه إذا لم يغر به الناس ولم يكن يجوز بينهم. قال أشهب: إذا رُدَّ لغش فيه؛ لم أر أن يباع بعرض ولا فضة حتى يكسر خوفاً أن يغش به غيره، ويجوز بدله على وجه الصرف بدراهم جيد، وزناً بوزن؛ لأنهما لم يريدوا بهذا فضلاً بين الفضتين، وهذا يشبه البديل⁽⁴⁾.

قوله: (يجوز بدله على وجه الصرف).

(1) انظر: تهذيب البرادعي: 129/3 و130.

(2) قوله: (من له) يقابله في (ع): (قوله).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 132/7 و133.

(4) تهذيب البرادعي: 130/3 و131.

هذه المسألة أوَّلها مخالف لآخرها، لأن أولها يقتضي أنها مبادلة، وشرطها العدد، وآخرها يقتضي المرافطة، ولا بد من التجوز في أحد اللفظين.

ابن رشد: الاقتضاء يفرق من المبادلة والمرافطة في وجهين:

أحدهما: أن من كان له على رجل ذهبٌ أو طعامٌ؛ جاز له أن يأخذ منه بعضه على صفته التي وجبت له عليه، وبعضه على أرفع صفة، أو أدنى مما كان له، باتفاق.

ولا يجوز أن يبدل رجل لرجل قفيزين قمحاً بقفيزين قمحاً أحدهما مثله، والآخر أرفع أو أدنى، ولا أن يراطل رجل رجلاً ذهباً بذهبين، أحدهما أرفع منها، والثانية أرفع أو أدنى، إلا على⁽¹⁾ قول ابن حبيب فإنه يجوز منهما جميعاً، و سَحْنُون يمنعهما، وابن القاسم يجوّز المرافطة لا المبادلة.

والثاني: أن من كان له على رجل دين⁽²⁾ من ذهب أو طعام؛ لم يجز له أن يأخذ منه ذهباً أو طعاماً أدنى مما كان له عليه في وجه، وأفضل في وجه آخر، وذلك جائز في المبادلة والمرافطة⁽³⁾.

ومن لك عليه فلوس من بيع أو قرضٍ فأسقطت، لم تتبعه إلا بها⁽⁴⁾.

قوله: (فأسقطت لم تتبعه إلا بها).

معناه: إذا لم يكن مطل من المدين؛ وإلا وجب عليه ما آل إليه الأمر؛

(1) قوله: (إلا على) يقابله في (ش): (حكي).

(2) قوله: (دين) ساقط من (ش).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 135/7.

(4) تهذيب البراذعي: 131/3.

لأنه ظلم.

وإن ابتعت شيئاً بدائق فلوس نقداً أو مؤجلاً، فإن سميتما ما للدائق من الفلوس، أو كتتما عارفين بعدد الفلوس؛ فلا بأس به، والبيع إنما وقع على الفلوس، وإن كانت مجهولة العدد ولا تعرفان ذلك لم يجز؛ لأنه غرر⁽¹⁾.

قوله: (فإن سميتما ما للدائق)

غمزها بعضهم بما في آخر غررها⁽²⁾؛ فجعل الجهل بما ينوب الدائق من الفلوس قادحاً في صحة البيع، ولم يجعل عدم العلم بالمشتري من السمن⁽³⁾ قبل إسقاط الظرف قادحاً، وكل منهما ظرف ماهية البيع حالة رُكِنْتَهُمَا.

الجواب: إن الثمن هنا هو الفلوس بواسطة الدائق⁽⁴⁾ التي هي أجزاء من الدرهم، وهو شيء واحد، فالجهل به قادح، وهناك المثمون الذي هو السمن، متعدد في المعنى بدليل: (كل رطل بكذا)، وهو معلوم.

واختلف الشيوخ فيمن باع سلعة مثلاً باثني عشر درهماً⁽⁵⁾ فضة، فأتاه بثمانية جديدة، وقال البائع: لا آخذ إلا اثني عشر فضة، أو أشتري بعشرة خماسية، وأعطاه ثمانية جديدة. فقال بعضهم: لا مقال للبائع. قال شيخنا أبو

(1) تهذيب البراذعي: 132/3.

(2) انظر: المدونة (زايد): 244/6 و245، و(السعادة/صادر): 446/8، و(العلمية): 52/3.

(3) في (ش): (الغمز).

(4) في (ع): (الدوائق).

(5) في (ع): (رطلا).

عبد الله: هذا هو الظاهر عندي. وقال بعضهم: له المقال؛ لأن أسماء العدد نصوص.

عبد الوهاب: الدائق: جزء من عشرة من الدرهم، ودرهمهم ببغداد ستون حبة⁽¹⁾.

(1) المشدالي: قال في جامع الأحكام: وقعت مسألة وهي أنهم يذكرون في الدراهم التي كانت في أول القرن السابع ووسطه قديمةً وجديدةً، وصارت تذكر في عقود الأثرية وفي جزء الرسوم، وكان صرف الدينار حينئذ من القديمة ستين فلما انقطعت صيروها دراهم سكية ستين بدينار، فإذا كان عليه ستون درهماً حكموا فيه بدينار أميري. وكان صرف الجديدة حينئذ نحو الثمانية والأربعين درهماً بدينار فجعلوه قبل هذا خمسة أرباع سكية على حسب ما وقع الصرف عليه في مدته.

ثم وقع البحث عن ذلك فسمعت من شيخنا الإمام أنه حكم بالجديد وبقائه على حاله لوجوده، ولم يراع صرفه لوجوده، ويحتج بأن أسماء العدد نصوص.

وخالفه غيره، وقال: صارت اليوم نسبة الصرف عبارة عما كانت عليه في الزمن الأول المذكور، وحكموا بذلك، وهو أرفق للعامة، وهو الظاهر.

وعليه اختلفوا إذا كان له ثمانية جديدة؟ هل يعطيه اثني عشر كبيرة مغربية؟ فمنهم من منع، وقال: أسماء العدد نصوص، ومنهم من أجاز بناء على المبلغ في هذا العدد، ولم يكن المقصود فيه نص العدد. وعليه أيضاً قد اختلفوا إذا ترتبت عليه ستون درهماً، هل يجوز أخذها ذهباً وفضة، أو لا يجوز إلا أحدهما؟ وسببه هل تعين الدينار؟ أو المراد المبلغ؟

فأجراه شيخنا مرةً على الأول، فلم يجز اجتماع الذهب والفضة فيه، خلافاً لأشهب، وأخذه من كتاب الزكاة.

وإليه كان ينحو شيخنا الغبريني، ومرة أجازه على مذهب ابن القاسم، وقال: الذي وقع في المدونة إنما هي مسألة القرض، فلا يجتمع فيه نوعان، وهذا الدينار فيه معاملة. وقال أشياخنا: الدينار إذا ترتب كذلك إنما هو أجزاء في ذمة، لا كالقرض، وأفتي بهذا

آخر عمره.

المشدالي: والذي كان يفتي به شيوخ شيخنا في مسألة اقتضاء الكبار عن الجدد أو القراريط عن الجدد إنما هو المنع، وهو أحوط، والجواز أجرى على طريق الفقه؛ إذ النفاق سواء.

فمما نُقِلَ من خط الشيخ الفقيه أبي عبد الله الزواوي أنه سئل عنمن أقرض دراهم جديدة، هل يجوز له أن يأخذ في بعضها ظفرية بحسابها؟ وأكثر من عددها؟ أو قيراطين في درهم؟ فأجاب بقوله: لا يجوز ذلك.

وسئل أيضاً الشيخ الفقيه أبو عبد الله المسفر الباهلي عنمن باع سلعة بخمسين درهماً، وانعقد البيع على ذلك، فهل يحل للبائع أن يقبض دراهم وقراريط وإن لم يتفقا على عدد القراريط؟ أم لا يحل ذلك؟ فأجاب: إذا انعقد البيع بينهما بدراهم لم يجز أن يعطيه عنها ولا عن بعضها قراريط؛ عن كل درهم قيراطين.

المشدالي: وسئل الشيخ الفقيه الصالح سيدي أبو عزيز عنمن دفع قراضاً دراهم لرجل فحين ردّها ردّها فيها قراريط، هل يجوز ذلك أم لا؟ وكيف إن كانت القراريط يسيرةً والدراهم كثيرة؟

فقال: لا يجوز ذلك - وهو الذي قال الباجي - لا يرد له إلا مثل رأس المال، والظاهر جواز رد القراريط؛ لأن المال على ملك ربه، وليس هذا مبايعة، وقد اختلف في أخذ القراريط عن الدراهم في البيع، فهذا أولى بالجواز. انتهى جواب الشيخ المذكور.

وسئل بعض الشيوخ: هل يجوز العقد مبهماً في البلد الذي تجري فيه القراريط والجدد والكبار والصغار؟ ويقبض البائع ما شاء من ذلك؟ أو من كل نوع عدداً حتى يستكمل الثمن المعقود به؟ فأجاب بالمنع من غير تفصيل، وأنه لا يجوز العقد حتى يبين من أي السكة يكون الثمن.

المشدالي: وفيه نظر.

قال ابن القاسم في رسم نذر من جامع البيوع: سئل مالك عنمن يشتري بالذهب ولا يبين ما يدفع؟

قال: أما كل بلد مثل مكة التي يجوز بها كل شيء فلا بأس، وأما غير ذلك فلا أحبه حتى يسمي.

ابن رشد: هذا بين؛ لأن البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازاً واحداً لا فضل لبعضها على بعض، ليس على من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر البائع أن يأخذ أي سكة أعطاه، كما أن البلد إذا كانت تجري فيه سكة واحدة فليس له عليه أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر على أن يقتضيه السكة الجارية، وأن البلد الذي تجري فيه جميع السكك ولا تجوز فيه جوازاً واحداً لا يجوز البيع فيه حتى يسمي بأي سكة يبتاع، وإلا فسد البيع.

المشدالي: فإذا كان النفاق سواء في المذكور فينبغي أن يصح العقد مبهماً، ويدفع المشتري ما شاء من ذلك؛ لاتحاد الغرض في الجميع، ولا ينبغي أن يدخله الخلاف المتقدم بين الشيوخ في الاقتضاء؛ لأن المدفوع هناك لم يتحقق تقررره في الذمة، وإنما المتقرر فيها هو المعدول عنه، وأما المدفوع فهو بدل عنه، وقائم مقامه لاتحاد الغرض كما مر، وأما هذه فما دفع فهو ما في الذمة؛ لأنه تقرر فيها كلياً لا نوعاً منها بخصوصيته؛ لأن الفرض أن السكك تجري عندهم جرياً واحداً، فليس ثم عدول بوجه، والله أعلم.

وذكر البرزلي في مسائل الصرف عن بعض الشيوخ أنه قال: ولا يبيع الرجل سلعة حتى يعين نوع الثمن من الذهب أو دراهم فضة جديدة أو قديمة، فإن فعل صح البيع وأخذ الغالب، والغالب الآن الدراهم الجديدة، فإن لم يكن غالباً فسح البيع، ولو أعطاه من غير الغالب لم يجز.

البرزلي: هذا في زمانه، والغالب الآن في جل الأسواق الذهب، وفي بعضها الفضة، ويعطيه ما تراضوا عليه من جدد أو قرايط أو جدوية فإن كان الغرض يختلف؛ لم يجز حتى يبين، أو يتعاملاً على ما يجوز.



كتاب بيوع الآجال

كتاب بيوع الآجال

من باع ثوباً بثمن إلى أجل، جاز أن يشتريه قبل الأجل بمثل الثمن فأكثر نقداً، أو إلى أجل دون أجله، ولا يجوز بدون الثمن نقداً، أو إلى أجل دون أجله، فأما بأكثر منه فلا يجوز إلا على المقاصة عند الأجل، فإذا نقده صارت ذهباً في أكثر منها إلى أجل، وأما إلى الأجل بعينه فجائز بالثمن، أو أقل منه أو أكثر⁽¹⁾.

قوله: (جاز أن يشتريه قبل الأجل).

قلت: لو مات المشتري جاز للبائع شراؤه من الورثة لأن ديونه حلت، ولو مات البائع؛ لم يجز لورثتهم حلولهم⁽²⁾ محل موروثهم، صرح بهذا ابن القاسم وغير واحد.

وهذا الفرع ينقض حدَّ الشيخ في مختصره، وكذا قولها في باب القراض والشركة: (إذا باع العامل بإذن رب المال لأجل، أو⁽³⁾ أحد الشريكين؛ لم يجز لرب المال ولا للشريك الآخر أن يبتاعه بأقل نقداً).

فيلزم أن يكون حده اللَّقْبِي غير جامع؛ لثبوت المحدود، وانتفاء الحد⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 135/3.

(2) قوله: (لورثتهم حلولهم) يقابله في (ع): (لورثته حلولهم).

(3) في (ع): (و).

(4) المشدالي: إيراد صحيح، وقد ذكرناه في اختصارنا لمختصر ابن عرفة فانظره.

قال شيخنا أبو عبد الله: قوله: (جاز له) مفهومه أن غيره لا. وحاصل (1) ما صدر به في الكتاب، إلى مسألة الإقالة أربع صور:

- استرجاع عين المبيع فقط (2).

- أو بعضه.

- ويريده أو لا (3).

- أو يسترجع (4) مثله وزيادة؛ وهي مسألة الأرداد.

قوله: (وأما إلى أجل (5) بعينه؛ فجائز).

ظاهرة؛ اتفقت السكتان أم لا، وليس كذلك، ومعناه: إذا اتفقت السكتان. يدل عليه ما بعده.

وإن بعت ثوباً بعشرة دراهم محمدية إلى شهر فلا تتبعه بعشرة يزيدية إلى ذلك الشهر (6).

قوله: (فلا تتبعه بعشرة يزيدية إلى ذلك الشهر).

ابن محرز وغيره: لرجوع ثوبك، فكأنك بعت يزيدية بمحمدية إلى أجل؛ فيدخله النساء والتفاضل، لأن المحمدية أفضل.

(1) في (ش): (وحاصله).

(2) قوله: (فقط) ساقط من (ع).

(3) قوله: (أو لا) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (يرتجع).

(5) في (ع): (الأجل).

(6) تهذيب البرادعي: 135/3.

ومفهوم قوله: (إلى ذلك الشهر): لو⁽¹⁾ كان نقداً لجاز، وليس كذلك.
ولو بعته بعشرة يزيدية إلى شهر؛ جاز أن يتباعه بعشرة محمدية نقداً، كما لو
ابتعته بأكثر من الثمن نقداً.
ابن محرز: قال بعض المذاكرين: لو كانت البيعة الأولى يزيدية إلى شهر،
والثانية محمدية لشهر؛ لم يكن في ذلك تهمة، هذا مذهب ابن القاسم وعبد
الملك؛ لأنهما قالوا: لو كان الثمن الأول بمائة⁽²⁾ هاشمية⁽³⁾، واشتراها منه بمائة؛
عتق إلى الأجل أو أقرب منه؛ لجاز⁽⁴⁾.
وأكثر المذاكرين على خلاف هذا، ويرون أن العلة في ذلك أشغال الذمتين
بعينين مختلفين على وجه يتهمان فيه، فكيفما كانت الأولى والثانية لا يجوز.
وهذا يدل على أنهم يرون البيعة الثانية إذا كانت بمثل ثمن⁽⁵⁾
الأولى في جنسه وعينه أن المقاصة يثبت⁽⁶⁾ حكمها مع وقوع البيع، وإن لم
يتراضيا بها.

وإن بعث عبدين بعشرة دنانير إلى شهر، فلا تبع أحدهما بتسعة نقداً
ولا بدينار نقداً؛ فيصير بيعاً وسلفاً⁽⁷⁾.

(1) في (ش): (أو).

(2) قوله: (بمائة) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (الهاشمية).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 105/6.

(5) قوله: (ثمن) ساقط من (ع).

(6) في (ش): (ثبت).

(7) تهذيب البراذعي: 135/3.

قوله: (فيصير بيعاً وسلفاً).

لأنك إذا ابتعت أحدهما بتسعة نقداً فهو لغو، فكأنك بعت الثاني بدينار وأسلفت المشتري تسعة دنانير بالعشرة التي لك إلى شهر، منها دينار ثمن العبد، ومنها تسعة سلف.

وإن بعت ثوباً بعشرة دراهم إلى شهر، فاشتريته قبل الأجل بخمسة دراهم وبثوب نقداً من نوعه أو من غير نوعه؛ لم يجز؛ لأنه بيع وسلف⁽¹⁾.

قوله: (لم يجز؛ لأنه بيع وسلف).

لأن ثوبك رجع، فصح أنك بعت الثاني وخمسة دراهم بعشرة إلى شهر، وذلك بيع وسلف.

للخمي: هذا يحسن إذا كانت قيمة الثوب الذي مع الخمسة دراهم أربعة دراهم؛ فهلنا أن يكون أسلفه خمسة ليشتري بها الثوب قيمته أربعة بخمسة؛ وأما إن كانت قيمة الثوب دفعة⁽²⁾ فأكثر فإن التهمة بعيدة لكنه يمنع حماية فإن نزل مضي⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 136/3.

(2) قوله: (دراهم أربعة دراهم فهنا يتهم أن يكون أسلفه... دفعة) ساقط من (ع)، وفي التبصرة: (فإن كانت قيمته خمسة منع حماية، فإن فات مضي).

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4182.

وإن بعث ثوبين بعشرة إلى أجل؛ لم يجز أن تبتاع منه أحدهما بخمسة، وبثوب نقداً؛ لأنه بيع وسلف، وفضة وسلعة نقداً بفضة مؤجلة⁽¹⁾.

قوله: (نقداً لأنه بيع وسلف).

بيانه أن الثوب الراجع لغو، وكأنك بعث الثاني وخمسة دراهم بعشرة؛ المؤجلة منها خمسة ثمن الثوب الثاني.

وسكت في المسألة التي قبل هذه عن التعليل بفضة وسلعة بفضه مؤجلة.

ولا تبتعه بثوب أو بثوبين من صنفه إلى دون الأجل أو إلى أبعد منه؛ لأنه دين بدين⁽²⁾.

قوله: (لأنه دين بدين).

هذا التعليل يتناول: ولو كان من غير صنفه، ويتناول: إلى نفس الأجل، وصرح به في السلم الثالث.

وإن بعته بثلاثين درهماً إلى شهر؛ فلا تبتعه بدينار نقداً فيصير صرفاً مؤخراً⁽³⁾.

قوله: (وإن بعته بثلاثين...) إلى قوله: (... صرفاً مؤخراً).

بيان ذلك أن دخول الثوب وخروجه لغو، فصح أنه دفع ديناراً نقداً

ليأخذ ثلاثين إذا انقضى الشهر.

(1) تهذيب البراذعي: 136/3.

(2) تهذيب البراذعي: 136/3.

(3) تهذيب البراذعي: 136/3.

وتحصيل المسألة أن يقال: لا يخلوا العينان؛ إما مؤجلين معاً، أو أحدهما؛ فإن كانا مؤجلين⁽¹⁾؛ لم يجز اتفاقاً، وإن كانت إحداها فلا يخلوا ما ينقد؛ إما أن يكون أقل من صرف المؤجلة، فيمتنع اتفاقاً⁽²⁾، أو يكون مثله فأكثر فقولان⁽³⁾؛ منعه أشهب مطلقاً، وفصل في الكتاب بين أن يكون ما انتقد مثل صرف المؤجل أو أكثر بقليل؛ فلا يجوز، أو أكثر بكثير؛ فيجوز.

ولو ابتعته بعشرين ديناراً نقداً جاز؛ لبعدهما من التهمة⁽⁴⁾.

قوله: (لبعدهما من التهمة).

مفهومه لو ابتاعه بأقل من عشرين لم يبعد، أو ليس كذلك، بل إذا ابتاعه بخمسة عشرة وعشرة لبعدها عن التهمة.

وإن بعث بأربعين درهماً إلى شهر، جاز أن تبتاعه بثلاثة دنائير نقداً لبيان فضلها، ولا يعجبني بدينارين وإن ساواها في الصرف⁽⁵⁾.

قوله: (لبيان فضلها).

لأن الأربعين صرف دينارين وبقي دينار فضل، وهذا على عادته في الكتاب في كون صرف الدينار في البيع عشرين.

قوله: (إن ساواها).

(1) قوله: (كانا مؤجلين) يقابله في (ع): (كانتا مؤجلتين).

(2) في (ش): (وفاقاً).

(3) في (ع): (فقوله).

(4) تهذيب البراذعي: 136/3.

(5) تهذيب البراذعي: 136/3 و137.

إنما قال ذلك لنفى ما يتوهم من الجواز، لعدم معنى دفع قليل في كثير، وهذا يدل أنه لو كانت الدراهم أكثر من صرف دينار⁽¹⁾؛ لم يجوز، لوجود معنى⁽²⁾ دفع قليل في كثير.

أبو إبراهيم - في الأم - : إن ساوياها، وإن لم يساوياها وتباعدا جاز، وإن كان صرفهما أقل؛ لم يجوز.

وأبو سعيد سوى بين الوجوه الثلاثة، ولا خفاء فإشكال إن بلا واو.

وإن بعت من رجل مائة إردب محمولة بمائة دينار إلى أجل، ثم ابتعت منه قبل الأجل مائتي أردب محمولة كصفتها بمائة دينار نقداً لم يجوز؛ لأنه رد إليك طعامك وزادك مائة أردب على أن تسلفه مائة دينار، ولا تشتري منه من صنف طعامك ككيله فأقل بأقل من الثمن نقداً، وإن كان مثل المكيلة بمثل الثمن فأكثر نقداً فجائز، وكذلك كل مكيل وموزون في هذا⁽³⁾.

قوله: (على أن تسلفه مائة).

هذا سلف بزيادة، وجعل المائة إردب ربح للمائة دينار المسلوقة.

انظر قوله: (لا تشتري منه⁽⁴⁾ من صنف طعامك، ككيله بأقل من الثمن نقداً).

(1) في (ع): (دينارين).

(2) قوله: (معنى) غير مقروء في (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 137/3.

(4) قوله: (تشتري منه) يقابله في (ع): (تشتريه).

مفهومه؛ لو اشترى منه من صنف طعامه أقل من [33/ب] المكيلة بمثل (1) الثمن لجاز.

وقوله: (وإن كان مثل المكيلة بمثل الثمن فأكثر نقداً فجائز).

مفهومه؛ لو كان أقل من المكيلة بمثل الثمن أو أكثر (2)؛ لم يجز، فهذان مفهومان تعارضان، والقولان في المسألة.

وأما إن بعت منه ثوباً فرقبياً بدينارين إلى أجل؛ فلا بأس أن تشتري منه قبل الأجل ثوباً من صنفه في صنفه وجنسه بأقل من الثمن أو أكثر نقداً أو إلى أجل، وليس كرجوع ثوبك إليك، وإنما على مستهلك الثوب قيمته، بخلاف ما يكال ويوزن (3).

قولُه: (وإنما على مستهلك قيمته).

قلت: هذه العلة غير صحيحة؛ وإلا لزم جواز (4) شراء (5) الثوب بأقل نقداً للزوم قيمته على مستهلكه، ويلزم الجواز في مسألة الطعام قبلها إذا كانا (6) جزافين للزوم القيمة على المستهلك.

(1) في (ش): (مثل).

(2) قوله: (أو أكثر) يقابله في (ع): (فأكثر).

(3) تهذيب البراذعي: 137/3 و138.

(4) قوله: (جواز) ساقط من (ع).

(5) زاد قبله في: (ش) قوله: (حين).

(6) في (ع): (كان).

وإن كان طعاماً؛ لم يجز أن تقيله من بعضه إذا غاب عليه حل الأجل أم لا، وإن لم يرغب عليه أو غاب عليه بمحضر بينة؛ جاز ذلك، ما لم ينقد الآن ثمن باقيه، أو يعجله لك قبل محله فيصير قد عجل لك ديناً على أن ابتعت منه بيعاً، ويدخله طعام وذهب نقداً بذهب مؤجلة⁽¹⁾

قوله: (وإن لم يرغب عليه...) إلى آخره.

جعل الطعام قبل الغيبة عليه كالعرض الذي يعرف بعينه.

ولم يذكر في الكتاب في مسائل الأجل إذا اشترى السلعة وزيادة عليها،

وذكر ذلك في الطعام، لكن بعد الغيبة.

قوله: (ما لم ينقد الآن...) إلى آخره.

مجموع ما في ذلك من العلل خمس:

- التفاضل بين الذهبين.

- والفضل بين الطعامين.

- والتأخير.

- والبيع.

- والسلف.

(1) تهذيب البراذعي: 138/3.

وإن أسلمت إليه فرساً في عشرة أثواب إلى أجل، فأعطاك منها خمسة قبل الأجل مع الفرس، أو مع سلعة سواه على أن أبرأته من قيمة الثياب لم يجز؛ لأنه بيع وسلف ووضيعة على تعجيل حق، فوجه البيع والسلف؛ أن الذي عليه الحق عجل لك الخمسة الأثواب سلفاً منه، يقبضها من نفسه إذا حلّ الأجل والفرس أو السلعة؛ بيع بالخمسة الباقية، وأما ضع وتعجل فإن تكون السلعة المعجلة أو الفرس؛ لا تسوى الخمسة الباقية ليجيز الوضيعة، ويدخله تعجل حَقك وأزيدك دخولاً ضعيفاً⁽¹⁾.

قوله: (ووضيعة على تعجيل حق).

هذا معترض؛ كيف يعلل بـ (ضَعُ وتَعَجَّل)، وهو إنما يتقرر في الجنس الواحد.

ابن محرز: أما (ضَعُ وتَعَجَّل)، فوجهه واضح في المسألة، لأنه تَعَجَّل له بعض ما عليه، ووضع عنه ما بقي عليه، على أن يعطيه مكان ما وضع عنه سلعة من السلع.

والمعتاد في مثل هذا؛ أنه لا يعطيه ما بقي بقيمة ما وَضَع له، فيسهم له بذلك المقدار في بيعه مكان⁽²⁾ ما عَجَّل له.

قوله: (دخولاً ضعيفاً).

ابن محرز والصقلي وغيرهما: وجه الضعف الأغلب من عادة الناس؛ لا

(1) تهذيب البراذعي: 139/3.

(2) في (ع): (لكل).

يقصدون التعجيل والزيادة، وإنما يقصدون التعجيل والوضيعة.

قال ربيعة: وما لا يجوز أن يسلم بعضه في بعض؛ فلا تأخذه قضاءً منه، مثل أن تبيع تمراً فلا تأخذ في ثمنه قمحاً⁽¹⁾.

قوله: (ربيعة: ما لا يجوز...) إلى آخره.

قال شيخنا أبو عبد الله: هذه الكليّة تقيّد بالمثال، وإلا لورد عليه ألا يجوز أنواع الطعام واللحوم بعضها عن بعض مع صدق أنه لا يسلم بعضها في بعض.

قلتُ لشيخنا - فيمن في ذمته دينار ثمن ثوب، ودينار ثمن طعام لرجل واحد - هل يصح أخذ الطعام عن ثمن الثوب ويكون متميزاً لشخصه كما تميز نوعه⁽²⁾؟

قال: نعم؛ كقولها في عدم دخول أحد الشريكين فيما اقتضى من دينها، مقسوماً في ذمة رجل⁽³⁾.

قلتُ: والمسألة نص عليها ابن رشد في نوازل شيخنا من الأيمان بالطلاق⁽⁴⁾، ولولا الإطالة لذكرناها⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 139/3.

(2) في (ع): (فرعه).

(3) المشدالي: وكقولها في مسألة المألين يكون أحدهما برهن أو كفيل، والآخر بلا شيء، فيقضي أحدهما، ثم يختلفان، فإن مقتضى كلامه: لو اتفقا أنه من أحدهما لعمل عليه.

(4) قوله: (بالطلاق) ساقط من (ع).

(5) المشدالي: قال في الثالثة منها: من حلف ليقضين غريمة رأس الشهر، فلما قرب الأجل خاف عليه رب الدين أن يحنث لعسره، فمشى إلى رجل، وقال له: "خذ هذه الدنانير

وما ذكر⁽¹⁾ الشيخ في مختصره من فتوى بعضهم بعدم براءة ذمة الغريم الذي أخذ منه دين لرجل آخر غصباً، محتجاً بأن ما في الذمة لا يتعين غير صحيح، وليس بحجة علينا، والصواب براءته، ولا مقال⁽²⁾.

وإن بعت سلعة بثمن إلى أجل، لم يجز أن يشتريها عبدك المأذون له بأقل من الثمن نقداً إن اتجر بمالك، وإن اتجر بمال نفسه؛ فجائز، ولا يعجبني أن تبتاعها لابنك الصغير بأقل من الثمن نقداً، وإن وكلت رجل على شرائها له بأقل من الثمن لم يعجبني ذلك، ولا تبعها أنت لمشتريها منك يسألك ذلك لجهله بالبيع، إلا بمثل ما يجوز لك شراؤها به⁽³⁾.

قوله: (وإن وكلت رجل على شرائها).

قلت - وصوبه شيخنا - : يؤخذ منه أن من وكله رجلان - مثلاً - على أن

وأسلفها غريمي فلاناً؛ فإني أخاف عليه الخنث"، ففعل الرسول ذلك على أنها من مال نفسه. قال أصبغ: إذا لم يعلم الحالف بعملهما ولم يكن الرسول من سبب الطالب برّ.

ابن رشد: هذا بيّن؛ لأنها غيرها؛ لأن الدين الأول قد برّ فيه، ولا يمين عليه في هذا الثاني الذي هو سلف، بدليل جواز أخذ الطعام عنه دون الأول إذا كان ثمن طعام.

(1) في (ع): (ذكره).

(2) المشدالي: أظن أنها في الشهادات من المختصر، وحكى فيها قولين عن الشيوخ؛ أحدهما: براءة ذمة المديان.

والآخر: عدم براءة ذمته، محتجاً بما ذكر، وقد يفرّق له بأن هذا قسمة غاصب، والمختار فيه إلغاؤه، بخلاف مسألة العتبية وما بعدها.

(3) تهذيب البرادعي: 140/3.

يشترى لكل واحد منها بنصف درهم؛ أنه لا يجوز أن يشترى ويسترد من واحد، رعيّاً لاتحاد العاقد (1).

ومن لك عليه دين حال، أو إلى أجل، فلا تكثر به منه داره سنة (2).

قوله: (لا تكثر منه داره).

قلت: أخذ المنافع عن الدين إنما يمنع ابن القاسم في الاختيار، وأما في الضرورة فقد جوزّه.

صرّح (3) بذلك ابن رشد في رسم أسلم من سماع عيسى من البيوع؛ قال: مثل أن يكون في صحراء ولا يجد كراء، ويخشى على نفسه الهلاك، فيجوز (4) هنا أخذ منافع الدابة من دينه (5).

(1) المشدالي: ينبغي أن يكون هذا على طريق الأولى، وإلا فالقياس الجواز؛ لأن يده فيما يشتره لكل واحد منها كيّد موكّله فيه؛ فهو اثنان في المعنى، وإن كان واحداً في الصورة، والمعتبر المعاني لا مجرد الصور الظاهرة، حسبما أشار إليه في غير موضع في الكتاب.

(2) تهذيب البراذعي: 142/3.

(3) قوله: (جوزه صرح) غير مقروء في (ع).

(4) في (ع): (فجوز).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 411/7.

وزاد المشدالي بعده: وكذا أخذ المنافع اليسيرة عن الدين قد أجازته في كتاب محمد. قال في النوادر - في ترجمة جامع مسائل الدين بالدين أو فسخه في دين - من أواخر الجزء الأول من البيوع عن كتاب ابن المواز ما نصّه: قلت: فإذا لم يجز أن أكتري منه بدين عليه داره أو عبده؛ فهل أستعمله به عملاً؟

قال مالك: أما العمل اليسير، والدين لم يحلّ، فذلك جائز، وإن حلّ لم يجز في يسير

ولا يجوز أن تباع من رجل ببيعاً على أن تسلفه أو يسلفك، فإن نزل
فُسخ، إلا أن يسقط مشروط السلف شرطه قبل فوات السلعة بيد المبتاع
فيتم البيع (1).

قوله: (إلا أن يسقط السلف...) المسألة.

قيل لإساعيل القاضي: ما الفرق بينه وبين سلعة وخمر؟ فقال: الخلل في
مسألة السلف خارج عن الماهية.

ولا كثير.

وقال مالك - فيمن لك عليه درهمان فاستحطته بدرهم - فلا تقاصه به بعد فراغه،
ولكن ادفعه إليه، ثم يعطيك في دينك.

وكره في رواية ابن وهب أن يستعمل المديان عملاً قبل الأجل، وقال: أخاف أن
يمرض أو يغيب فيتأخر عنه حتى يحل الأجل فيصير ديناً بدين.

المشدالي: ظاهر قوله: ولكن ادفعه إليه ثم يقضيه أن ذلك جائز وإن قضاه مكانه،
وهو أيضاً ظاهر ما ذكر عن ابن القاسم - في ترجمة في الأخذ من ثمن الطعام طعاماً -
في أوائل الجزء الأول من البيوع قال: وإن بعت بدينار قمحاً، ثم جئت فابتعت منه
بدينار تمرًا، فأراد بعد مُقاصَّتكَ؟

قال مالك: لا أحب، وليرد التمر الذي اشتري.

قال ابن القاسم: بل يؤدي دينار التمر، ويأخذ منه ثمن قمحه، ولو رد إليه ذلك
الدينار بعينه، كما لا تستعمل غريمك بدينك، ولكن تستعمله بدينار تدفعه إليه ثم
يقضيك إياه.

المشدالي: انظر ما الفرق بينهما وبين مسألة من قبض دينه من المدين ثم رده إليه مكانه
على وجه السلم، وقد تقدمت مع ما يناسبها من العتبية.

(1) تهذيب البراذعي: 144/3.

قلتُ: وفي باب المحاقلة من دورها ما يشير لهذا⁽¹⁾.

ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى ما ردّ الثمن فالسلعة له لم يجز ذلك، لأنه سلف جرّ منفعة، وقرضك ثوباً في مثله، كسلمك ثوباً في مثله، فإن كان النفع للأخذ ولم تغتز أنت نفعاً فذلك جائز، وإن أردت به نفع نفسك وعلم بذلك صاحبك، أو لم يعلم بذلك لم يجز⁽²⁾.

قوله: (نفع نفسك...) المسألة.

أخذ بعض المشاركة من هنا أن جماعة لو أخرجوا عدداً من الدراهم على أن ينتفع بها كل واحد منهم شهراً مثلاً؛ أنه لا يجوز، لاشتغال المسألة على نفع المقرض من السلف الجارّ للنفع.

ما في العتبية - فيمن يأتي لرجل ببضاعة يحملها لمصر، فيقول: عليّ يمينٌ لا أحمل إلا بضاعةً إن شئت تسلفتها، وإن شئت تركتها - قال: لا خير فيه.

ابن رشد: يدخله (سلفٌ جرّ نفعاً)، وهذه أشد من التي بعدها فيمن أبضع معه بذهب يبلغه لموضع، وقال له صاحبه: إن احتجت إليه فأنفق منه. قال: لا يعجبني⁽³⁾.

قلتُ: وفي كون شرط التصديق بلا يمين في قضاء القرض من هذا المعنى

(1) المشدالي: وفُرّق أيضاً بأن تغير الثمن بزيادة أو نقص لأجل السلف غير محقق، وإنما هو متوهم، فإذا أسقط مشروط السلف شرطه غلب على الظن أن السلف لا تأثير له في الثمن، وزال ذلك التوهم، والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 144/3 و145.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 127/8.

خلاف⁽¹⁾ بين الموثقين⁽²⁾.

وكل ما أقرضته من طعام أو عرض أو حيوان أو غيره ببلد، على أن يوفيكه ببلد آخر؛ لم يجز و إذا ضربت أجلاً، بخلاف البيع⁽³⁾.

قوله: (إذا ضربت أجلاً).

(1) في (ش): (خلافه).

(2) المشدالي: قال المتطي في البيان الثالث من كتاب المديان: قال ابن العطار: وعقد التطوع في التصديق في السلف أحسن، فقد قيل: إن اشتراطه في عقد السلف من السلف الذي يجز نفعاً.

قال محمد بن عمر: ذكره على التطوع بعد السلف لا يجوز، وهو هبة المديان، وكذلك في البيع بدين إلى أجل، وقال ابن لبابة: اشتراطه ذلك في عقد السلف جائز وبه أخذ. وقال أحمد بن سعيد: فإن زعم زاعم أن اشتراط المسلف سقوط اليمين في دعوى القضاء جائز، وأنه ليس فيه منفعة، فليس كما قال؛ لأنه قد أسقط بشرطه يميناً أوجبها السنة في حديث البيه على المدعي، فأبي من هذه وقد روى ابن القاسم في كتاب الرهون من المدونة في مرتين المصحف بشرط القراءة فيه: أن الدين إن كان من بيع جاز، وإن كان من سلف لم يجز؛ لأنه سلف جر نفعاً والتالي للقرآن مأجور، والمشترط سقوط اليمين مأزور؛ لإبطاله السنة.

ولا بأس باشتراط سقوط اليمين في دعوى القضاء في البيع وما في معناه في قول بعضهم، وقيل: لا ينتفع بهذا الشرط إلا العدل المبرز، والوصي الذي يبيع مال غيره.

قال المتطي: وقد تقدم هذا والخلاف فيه بأشبع من هذا فأغنى عن إعادته.

المشدالي: تقدم له في البيان التاسع من السلم وفي غيره أيضاً، وأشار فيه إلى قولهم بعد أن عرف باختلاف أهل العلم في ذلك... إلى آخره، وما اعترض به عليه وما أجيب به عنه، فانظره.

(3) تهذيب البراذعي: 145/3.

هذا بدل من (إذا) الأولى، ومتصل بـ (ما) لأنه من تمام الكلام على السفاتج⁽¹⁾.

ولا بأس أن يبيعه من الذي هو عليه إذا حلّ الأجل بما شئت من الأثمان، أو بطعام أكثر من كيل طعامك نقداً، أو بصبرة تمر أو زبيب، إلا أن يكون ذلك من صنف طعامك فلا تأخذ أكثر كيلاً منه⁽²⁾.

قوله: (ولا بأس أن يبيعه من الذي هو عليه...) إلى قوله: (... أكثر كيلاً).
ظاهره: كان هذا الطعام مما يجوز فيه التفاضل أم لا، وليس كذلك.
الصقلي: يريد: إذا كان مما يجوز فيه التفاضل.
أبو محمد صالح: ولا يدخله منع.

ابن القاسم: رد في القرض أكثر عدداً⁽³⁾ بعد اعتبار صورة المبيعة، مثل أن يكون له عليه عدد من الرمان الكبير، فيأخذ من الرمان عدداً صغيراً بحيث لو دفعه إليه بالمطلوب⁽⁴⁾ لم يجبر عليه الطالب، ولكن يكون أكثر عدداً، ولو دفع له المطلوب مثل الرمان الذي عليه صفة فما هنا يدخله رد في القرض

(1) السُّفْتَجَةُ - قيل: بضم السين وقيل بفتحها - وأما التاء فمفتوحة فيهما؛ فارسيٌّ معرَّبٌ، وفسرها بعضهم، فقال: هي كتاب صاحب المال لو كيله أن يدفع مالا قرضاً يأمن به من خطر الطريق، والجمعُ سَفَاتِج. انظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي: 278/1.

(2) تهذيب البراذعي: 148/3.

(3) في (ش): (عدماً)، وانظر المسألة في المدونة (زايد): 212/6، و(السعادة/صادر): 427/8، و(العلمية): 35/3.

(4) في (ع): (المطلوب).

أكثر عدداً.

وإن أقرضته حنطة فلا تأخذ منه إذا حلّ الأجل دقيقاً، ولا شعيراً ولا سلتاً إلا مثلاً بمثل، فأما قبل الأجل فلا تأخذ منه إلا مثل حنطتك صفةً وكيلاً، ولا تأخذ منه شعيراً ولا سلتاً ولا دقيقاً ولا شيئاً من الطعام قبل الأجل، ويدخل ذلك: ضَعُ وتَعَجَّلَ، وبيع الطعام بالطعام إلى أجل (1).

قوله: (لا تأخذ منه شعيراً...) المسألة.

إنما يدخله (ضَعُ وتَعَجَّلَ) إذا أخذ منه من الصنف الذي له عليه أدنى من الذي عليه ويدخله (2) مع ذلك بيع الطعام بالطعام نسيئةً. وأما إذا أخذ غير الصنف الذي له فإنما يدخله بيع الطعام بالطعام (3) نسيئةً فقط.

وإن بعته طعاماً لك عليه حالاً من قرضٍ بدنانير؛ لم يجز أن تفارقه حتى تنتقد، إلا مثل أن تذهب معه إلى السوق أو يأتيك بها من البيت، فأما أن تطلبه بها فلا يجوز؛ لأنه فسخ دين في دين (4).

قوله: (إلى السوق).

يريد: سوق الحاضرة، وأما سوق البادية فبعيد.

(1) تهذيب البراذعي: 148/3.

(2) في (ش): (يدخله).

(3) قوله: (بالطعام) زيادة من (ع).

(4) تهذيب البراذعي: 148/3.

قلتُ: قد علمت اختلاف الشيوخ في أخذ الدار الغائبة عن الدين، ولا بد من تقرير نكتة هنا تكون رداً على بعضهم.

وهي أن يقال: قول القائل لا يلازم⁽¹⁾ الضمان مع ما يؤخذ عن الدين؛ بدليل الدار الغائبة لا تؤخذ عن الدين، مع كون الضمان من المشتري مردوداً بأن علتة في الدار ونحوها استلزامه تقضي أو تزيد بيان أن ثمن الغائب والحاضر متفاوت.

وإن أخذت منه بدينك طعاماً، فكثير كيله فذهبت بعد وجوب البيع لتأتي بدواب تحمله، أو تكري له منزلاً أو سفناً، وذلك يتأخر اليوم واليومين، أو شرعت في كيله فغابت الشمس، وقد بقي من كيله شيء فتأخر إلى الغد، فلا بأس به، وليس هذا دين في دين، وأراه خفيفاً؛ لأنهما في عمل القبض⁽²⁾.

قوله: (لأنهما في عمل القبض).

أخذوا منه: أن من حلف ألا يسكن هذه الدار وهو بها ساكن، فأخذ في الرحيل [34/أ] لوقته، وأقام بها يوماً أو يومين، وهو في ذلك كله يرتحل بمتاعه لأنه في عمل الرحيل.

والقرض جائز في الثياب والرقيق والحيوان والخضر وجميع الأشياء كلها إلا في الجواني وحدهن⁽³⁾.

(1) في (ش): (يتلازم).

(2) تهذيب البراذعي: 149/3.

(3) تهذيب البراذعي: 26/3.

قوله: (والقرض في جميع الأشياء).

قلت: الحق الأبلج تَقَرَّرُ السلف في القواديس⁽¹⁾، وهو الذي صرح به ابن عبد السلام في جوابه، وأخذه من المدونة من أوائل نكاحها الثاني⁽²⁾.

قلت: وفي سماع أصبغ؛ في قوم اقتسموا ماءهم بالمقلز، فيتسلف الرجل من صاحب الشتاء أقلاً⁽³⁾، فلم يردها حتى دخل الصيف. قال: له⁽⁴⁾ عليه أن يعطيه أي وقت كان إذا حل الأجل.

ابن رشد: قول أصبغ هذا خلاف مذهب ابن القاسم، ومذهب ابن القاسم⁽⁵⁾ أنه ليس له أخذ سلفه إلا في فضله؛ لأن سقي الصيف لا يشبه سقي الشتاء، والمماثلة في الماء إنما تكون بتساوي الأوقات.

قلت: وفي سماع أبي زيد - في عبد بين نفر لأحدهم سقي الليل، وللآخر سقي النهار، فتعدى صاحب النهار على صاحب الليل فأجرى سقيه - قال: عليه قيمة الماء، ولا يسقى له بالنهار، لأن سقي الليل لا يشبه سقي النهار، والليل أفضل، إلا أن يكون له سقي بالليل، فيعطى له⁽⁶⁾ سقيه بالليل مكانه.

(1) القَادُوسُ: إِنَاءٌ مِنْ خَزَفٍ أَصْغَرَ مِنَ الْجَرَّةِ، يُخْرَجُ بِهِ الْمَاءُ مِنَ السَّوَاقِي، وَالْجَمْعُ قَوَادِيسُ.

انظر: تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي: 359/16.

(2) قوله: (من أوائل نكاحها الثاني) غير مقروء في (ع).

(3) في (ع): (قلاد).

(4) قوله: (له) زيادة من (ع).

(5) قوله: (ومذهب ابن القاسم) ساقط من (ع).

(6) قوله: (له) ساقط من (ع).

ابن رشد: هذه مسألة واضحة لا خلاف فيها، وهي ترد قول أصبغ فوق هذا؛ في أنه لا ينظر إلى الأزمان، فترد تلك إلى هذه (1).
 قلت: فهذه الروايات وغيرها مما تركنا ذكره هنا صريحة⁽²⁾ في تقرر القواديس في الذمة، والمانع⁽³⁾ من صحة السلم، فيما هو المانع في الدور والأرضين.

والقرض في الخشب والبقول والرياحين وفي كل شيء جائز؛ إذا كان معروفاً، إلا بجراري وتراب الفضة⁽⁴⁾.

قولُه: (إلا بجراري).

أبو إسحاق، انظر لو فلس المستقرض؛ هل يكون المقرض أحق بها؟ وذلك يؤدي إلى تمام التحليل أن يقال: إن هذا⁽⁵⁾ مما تؤدي إليه الأحكام، فترفع فيه التهمة، كالرد بالعيب والتفليس.

قلت: وهنا سؤال من عوائد شيخنا أبي عبد الله إيراده؛ تقريره⁽⁶⁾ أن يقال: استثناء الجوارى والتراب لا يصح أن يكون متصلاً؛ لأن التراب لا يعرف بعينه، وباطل⁽⁷⁾ أن يكون منفصلاً؛

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 232/7 و233.

(2) قوله: (ذكره هنا صريحة) غير مقروء في (ع).

(3) في (ع): (المانع) بدون واو.

(4) تهذيب البراذعي: 149/3.

(5) في (ش): (هذه).

(6) قوله: (إيراده تقريره) يقابله في (ع): (ليراد القرض).

(7) قوله: (أن يكون متصلاً لأن التراب لا يعرف بعينه وباطل) زيادة من (ع).

لأن الجوّاري مما لا⁽¹⁾ يعرف بعينه.

الجواب بإبداء قسمٍ ثالث؛ وهو: أن الجوّاري متصل، والتراب منفصل.

ولا ينبغي لك قبول هدية من دِيَانِكَ، إلا من تعودت ذلك منه قبل أن تُدَايِنَهُ، وتعلم أن هديتَهُ إليك ليس لأجل دينك، فلا بأس بذلك⁽²⁾.

قوله: (إلا من تعودت ذلك منه).

يريد: ما لم يزد على المعتاد.

تدبره، وهو ظاهر الكتاب.

وفي النوادر: يجوز لصاحب الدين إذا أتى ليقضي دينه أن يأكل طعام الغريم.

قلت: الصواب ما في العتبية، ونحوه لابن رشد: قال في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم ما حاصله: يكره للساعي أن يضيف عند ربّ المشية. قال: والدين مثل ذلك يستضيف الرجل أهل دينه. أكره ذلك⁽³⁾.

ابن رشد: لا يحل لمن عليه دين من سلف أو بيع؛ أن يهدي لمن له الدين، ولا⁽⁴⁾ أن يطعمه طعاماً رجاءً أن يؤخره بدينه، ولا يحل لمن له الدين أن يقبل ذلك منه؛ إذا علم ذلك من غرضه، وجائز لمن عليه الدين أن يفعل ذلك؛ إذا لم

(1) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 150/3.

(3) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 260/2.

(4) في (ع): (أو لا).

يقصد ذلك ويكره لمن له الدين أن يقبل ذلك منه؛ لو تحقق صحة نيته⁽¹⁾ إذا كان ممن يقتدى به⁽²⁾.

قلتُ: وفي العتبية أيضاً في هذا الرسم بعينه في موضع آخر؛ فيمن يبيع الزيت أرطالاً بثمن إلى أجل، فيزن لرجل فيفضل عنده الرطلان ينقصان من وزنه، فيقول المشتري للبائع: هما لك. قال: لا بأس به.

سحنون: يجوز؛ ولو كان كثيراً.

ابن دحون: إنما أجاز سحنون أن يترك له ما نقص من الوزن، ولو كثير، لأن مذهبه قبول متولي هدية المديان، إذا كان الدين من بيع، وأما من قرض فلا عند الجميع؛ إلا إذا كانت العادة جرت بينهما قبل الدين.

ابن رشد: ليس قوله بصحيح؛ لأنه إنما⁽³⁾ استخفَّه سحنون: ولو كثير؛ لأنه لم يتهمه على⁽⁴⁾ القصد لذلك، لأنه من ناحية ما يندب إليه المتبايعان من السماحة كما في الحديث: «رحم⁽⁵⁾ الله عبداً سمحاً، إن باع سمحاً...»⁽⁶⁾ إلى آخره⁽⁷⁾.

(1) قوله: (لو تحقق صحة نيته) ساقط من (ع).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 432/2 و433.

(3) في (ع): (لأنها).

(4) في (ع): (عن).

(5) في (ع): (يرحم).

(6) أخرجه البخاري: 730/2، كتاب البيوع، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع

ومن طلب حقاً فليطلبه في عفاف، برقم: 1970، وابن ماجه: 38/7، كتاب

التجارات، باب السَّماحةِ في البَيْعِ، برقم: 2287.

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 93/7 و94.

ومن له عليك طعام من سلم فأحلتها على طعام لك من قرض، أو كان الذي له عليك من قرض، فأحلتها على طعام لك من بيع أو قرض قد حلّ، أو دفعت إليه دراهم يبتاع بها طعاماً يقبضه من حقه، فذلك كله جائز (1).

قوله: (أو دفعت إليه دراهم).

يريد إذا كان الدين الذي له طعاماً من قرض، وأما من بيع؛ فلا لاستلزامه بيع الطعام قبل قبضه.

وصرح بذلك أبو إبراهيم وغيره، فقال قوله (2).

قوله: (يقبضه من حقه) يريد: من قرض، بيّن ذلك في الأم.



وزاد المشدالي بعده: ومن هذا الباب ما سئل عنه الشيخ الفقيه الصالح أبو العباس أحمد بن إدريس فيمن له دين على رجل إلى أجل، فأراد رب الدين أن يأخذ دينه، فرأى المديان يجري له في حوائجه ويتصرف له فيها، فأنظره رعيّاً لتصرفه له، فهل يجوز إنظاره من حين حلّ الأجل؟ أو يكون ذلك سلفاً جرّ نفعاً؟

فأجاب: إذا كانت النظرة بسبب ما تقدّم فلا بأس بذلك، وإن كانت لأجل أن يدوم على تصرفه فيما يُستقبل لم يجز، سواء كان موسراً أو معسراً؛ لأنه سلف جرّ نفعاً، وإنما يتقى في القسم الأول هدية المديان، وهو إذا لم يتقدم له منه تصرف ولا قضاء حاجة، إلا بعد المداينة، فذلك لا يجوز، ويلزم رب الدين أن يشبهه على ذلك. والله أعلم.

(1) تهذيب البرادعي: 150/3.

(2) قوله: قوله ساقط من (ع).



كتاب البيوع الفاسدة

كتاب البيوع الفاسدة

قلتُ: إذا تقرر أن العام لا يتحقق إلا في ضمن الخاص، والشيء قد يتميز بضده، والصحيح بالفساد، ظهر للباحث الجواب عما يقال: إن المدونة ناقصة كتاب البيوع بالإطلاق.

ومن ابتاع شيئاً بيعاً فاسداً ففات عنده؛ فعليه قيمته يوم قبضه، والفوت مختلف، فالرقيق والحيوان يفيتها طول الزمان عند المبتاع؛ لأنها لا تثبت على حالها⁽¹⁾.

قوله: (فات عنده).

مفهوم العندية صحيح.

وفي سماع أبي زيد - فيمن ابتاع زرعاً قبل بُدْو صلاحه، ثم حصده، وحمله لمنزله؛ فأصابته نار، فإن احترق⁽²⁾ وعلم أن ذلك القمح بعينه - قال: ضمانه من البائع.

ابن رشد: هذا خلافُ المعلوم في المذهب أن البيع الفاسد يضمنه المبتاع بالقبض إذا تلف عنده⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 153/3.

(2) قوله: (فإن احترق) يقابله في (ع): (فاحترق).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 80/8.

قلتُ: ولو فاتت بيد أمين البائع ففي كون الضمان من (1) البائع قولان، وكذلك (2) لو كانت في أمانة المشتري، ثم اشتراها شراءً فاسداً (3).

ولا خفاء بعدم تطابق المعلول لعلته في قوله: (لأنها لا تثبت على حال)، وقد علمت اعتراض الأشياخ على ابن القاسم هنا.

ومنه مسألة التفليس، وفي العتبية - فيمن أوصى بخيار أمة في عتقها وبيعها، فاختارت البيع، فبيعت ثم رُدَّت بِعَيْبٍ، فأرادت الرجوع للعتق - ليس (4) لها ذلك (5).

ابن وهب: لها؛ لأن بيعها قد انتقض، فجعل ابن القاسم الردَّ هنا ابتداءً ببيع، وما أشار إليه ابن رشد في سماع عيسى من المديان حسن (6).

(1) قوله: (الضمان من) يقابله في (ع): (الضامن).

(2) في (ش): (كذلك).

(3) المشدالي: حكى الخلاف ابنُ بشير في ذلك أيضاً.

قال: وسبب الخلاف تبديل النية مع بقاء اليد، وهل يتبدل الحكم بذلك؟ أو لا؟ قال بعضهم: إذا هلكت السلعة بيد البائع قبل أن يُمكنَ المشتري من قبضها، فضمانها منه اتفاقاً، واختلف إذا هلكت بيده بعد أن أمكن المشتري من قبضها؟ فقال ابنُ القاسم: ضمانها من البائع أيضاً. وقال أشهب: من المشتري.

(4) في (ع): (فليس).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 261/13.

(6) المشدالي: قال في رسم أوصى عليه أن ينفق عن أمهات أولاده وعن عبد يبيع فباعه مشترية، ثم فليس فحاص البائع الأول بضمنه، ثم رد بعيب على المفلس فقال البائع الأول: أنا أخذه وأرد ما أخذت في الحصاص. قال: ذلك له.

ابن رشد: ويتحاص الغرماء فيما يُردُّ، وهذا على القول بأن الرد بالعيب نقضُ بيعٍ،

وليس ما ذكرناه من حوالة سوق أو عيب في بدن؛ يفيت الرد بالعيب في البيع الصحيح، وإن كان عيباً مفسداً فإنه يردها وما نقضها، ولا شيء عليه في العيب الخفيف، ولا يفيت ردها، والفرق أن البيع الحرام دخل فيه المتبايعان بمعنى واحد، فليس للمبتاع رده في النقص، كما ليس للبائع أخذه في الزيادة، والعيب سببه من عند البائع خاصة، والحجة للمبتاع في الرد⁽¹⁾.

قولُه: (والفرق).

قلت: تقرير السؤال المستدعي للفرق بوجهين:

وأما على أنه ابتداء بيع فليس ذلك له، وهو أصلٌ اختلف فيه قول ابن القاسم وأشهب؛ فالمشهور عن ابن القاسم أنه ابتداءً بيع، وعكسه عن أشهب، وقد بيناه في أول رسمٍ من سماع أشهب من العيوب.

وعلى قياس أنه نقضٌ قال ابن القاسم في الموازية في المشتري يرد بالعيب فلم يقبض ثمنه من البائع حتى فلس والعبد بيده، فلا يكون الرادُّ له أولى من الغرماء، ويأتي على أنه ابتداءً بيع أن يكون أحق من الغرماء، وأما من اشترى سلعةً شراءً فاسداً ففسخ البيع وقد فلس البائع، فلا يكون المبتاع أحق بها حتى يستوفي ثمنها. قاله محمد: وهو صحيح؛ لأن ردها بالفساد نقضٌ للبيع لا ابتداءً بيع؛ لأنها معاً مغلوبان على الرد.

وروي عن سحنون أن المبتاع أحق حتى يستوفي منها، فحكم للرد بالفساد بحكم ابتداءً البيع لما كان الملك قد انتقل إلى المشتري، ووجب عليه الضمان فهو قولٌ له وجهٌ، وإنما يكون الرد بالفساد نقضاً حقيقةً دون شبهة.

ولا اختلاف على القول بأن الملك لا ينتقل بالبيع الفاسد، وأن المصيبة من البائع، وإن قبض المشتري إذا قامت البيئة على التلف.

(1) تهذيب البراذعي: 155/3.

- أحدهما: لم تكن الأسواق في العيب فوتاً، كالبيع الفاسد.

- الثاني: أن يقال: لما لم تكن حوالة الأسواق في العيب مفيتة مع كون

الحق فيه للآدمي؛ فأحرى ألا تفتيت في الفاسد؛ لأن الحق فيه لله تعالى، وهو أكد بدليل ما في سرقتها، ولا خفاء في عدم عموم فرقه لأنه منقوض بما عُلِمَ فيه أحدهما(1).

قال مالك: وشراء القصيل والقَرْظ والقصب واشتراط خلفته، إنما يجوز ذلك إذا بلغ أن يرعى أو يجذ للعلف، وإن لم يكن في ذلك فساد فيجوز شراؤه واشتراط الخلفة فيه إن كانت مأمونة لا تختلف، أو يشترط منه جذة أو جذتين، إذا لم يشترط أن يتركه حتى يصير حياً، فإن اشترط ذلك لم يجز وفسخ البيع، وإن لم يشترط ذلك ولكن غلبه الحب في اشتراط الخلفة وقد جز أو رعى رأسه أو ما قل أو كثر، قُوم ما رعى وجز بقدر تشاح الناس فيه، ويقوم ما كان يرجى من خلفته أو باقيها، ولا يقوم الحب ولا ينظر إلى غزر نبات أوله أو آخره، وإنما ينظر إلى قيمة القصيل في أوقاته، كان أوله أغزر أو آخره، فيجمع قيمة ما جُزَّ مع قيمة ما تحبب، فإن كان قيمة ما تحبب قدر ثلث ذلك أو نصفه أو أقل أو أكثر رد من الثمن بقدر ذلك، قلّ الثمن أو كثر، قال ابن القاسم: ومعنى قوله: إذا لم يكن في ذلك فساد، يريد إذا كان قبل أن يبلغ الرعي أو أن يحصد(2).

(1) قوله: (أحدهما) ساقط من (ع).

(2) تهذيب البراذعي: 156/3.

قولُه: (إذا بلغ أن يرعى).

المغربي: قوله: (ولم يكن في ذلك فساد) فسرهُ ابن القاسم بعدُ بقوله: (إذا بلغ أن يرعى)⁽¹⁾، وهو على هذا التفسير تكررٌ مع قوله: (إذا بلغ أن يرعى).

قال شيخنا: تفسير ابن القاسم هذا تفسير بالنقيض، ولولا أن ابن القاسم أقعد بتفسير⁽²⁾ [34/ب] أقوال مالك لحملنا⁽³⁾ الفساد على تمالؤ أهل البلد على بيعه، كما أشار إليه اللخمي وابن رشد في غير هذه المسألة.

قلت: لا نسلم أن تفسير ابن القاسم هذا تفسيرٌ بالنقيض، بل هو تفسير بمفهوم المنطوق به؛ لأن قوله: (إذا لم يكن في ذلك فساد) وشرطٌ لجواز مفهوم هذا اللفظ؛ وهو إذا كان فيه فساد⁽⁴⁾ مانعٌ من جواز البيع؛ فتصدّي ابن القاسم لبيان هذا المفهوم مفهومٌ قوله: (إذا لم يكن في ذلك...) إلى آخره. فتأمل؛ فإنه دقيقٌ حتى ذهل عنه الشارحون فصرّحوا بأنه تكرر⁽⁵⁾.

(1) انظر: المدونة (زايد): 61/7، و(السعادة/صادر): 150/9، و(العلمية): 190/3.

(2) في (ش): (بتفسيره).

(3) في (ش): (لدلنا).

(4) قوله: (وشرط لجواز مفهوم هذا اللفظ وهو إذا كان فيه فساد) زيادة من (ع).

(5) المشدالي: لقائل أن يقول: هذا التقرير لا يخرج عن أن يكون فيه تكرر، ولعله مراد المغربي، وذلك أن ابن القاسم إذ تصدى لمفهوم اللفظ - وهو الفساد - وقد عطف مالك نفي هذا الفساد على قوله أوّلاً: (إنها يجوز إذا بلغ أن يرعى ويجز للعلف)، وهو معنى نفي الفساد في الجملة المعطوفة على هذه الجملة، فهي تكرر لها في قول مالك السابق على قول ابن القاسم.

وهذا هو الذي يفهم من كلام المغربي إذا حُقِّق فيه النظر، فإنه قال أوّلاً: قوله: (ولم يكن في ذلك فساد)، فسر ابن القاسم هذا بعدُ بقوله: (يريد إذا كان قبل أن يرعى أو

قوله: (وإنما ينظر إلى قيمة القصيل في أوقاته).

أي على أن يقوم في أوقاته فليس العامل في المجرور⁽¹⁾ قيمة.

ولا يجوز شراء قصيل، أو قرظ، أو قصب، وقد بلغ أن يرعى، على أن يتركه يتحبب، أو يقصّب، أو يتركه شهراً؛ إلا أن يبدأ الآن في قصله فيتأخر شهراً وهو دائم فيه. فأما تأخيره لزيادة نبات فلا يجوز، وليس كتأخير ما يشتري من ثمرة نخل أو تين بعد طيبه؛ إذ إنما يزيد في الثمرة حلاوة ونضجاً، وقد تناهى عظمها، والقصيل يزيد نشوزاً، ومنه ما يسقى فيشترط سقيه شهراً أو أكثر، وهو كسواء شيء بعينه إلى أجل، والجائحة فيه من البائع، ولو جاز ذلك لجاز شراؤه بقلأ على أن يترك إلى أن يرعى، أو طلأاً ويترك إلى أن يصير بلحاً، وإنما يجوز ذلك على القلع⁽²⁾.

قوله: (لو جاز ذلك جاز شراؤه).

يحصد)، وهو على هذا التفسير تكرارٌ مع قوله: (إذا بلغ أن يرعى أو يجز للعلف)، وقال المغربي عند تفسير ابن القاسم: تأمل هذا اللفظ فإنه فسر الذي لم يكن فيه فساد بما فيه فساد، ومراده معلوم.

المشدالي: فأنت ترى كيف فهم أن ابن القاسم إنما فسر الفساد الذي نفاه مالك أولاً، وإذا على المنفي علم معنى الجملة السالبة، وهو معنى قوله - والله أعلم - ومراده معلوم، وإذا كان كذلك وقع في قول مالك تكرارٌ لا محالة، كما صرح به الشارحون. والله أعلم.

(1) في (ع): (المجروري).

(2) تهذيب البراذعي: 157/3.

هذا القياس فيه نظر، فإنه في المقيس عليه حالته قبل الرعي؛ لا يصلح العقد عليها حينئذ فضلاً عن التأخير، والمقيس: يَصِحُّ وَيُجْزُّ، ولو استويا؛ في حالة يَصِحُّ تلافيهما على العقد فيها⁽¹⁾ لصح أخذ التأخير علةً للفساد.

وأما إن ابتاعها على أن يعتقها إلى أجل أو يدبرها أو على أن يتخذها أم ولد، لم يجز؛ للغرر بموت السيد أو الأمة قبل ذلك، ولحدوث دين يرد التدبير⁽²⁾.

قوله: (على أن يعتقها إلى أجل).

أي: بعيد.

وفيه تتقرر⁽³⁾ العلة بموت السيد؛ لأن الشرط له، وأما الغريب جداً فحكمه حكم العتق الناجز.

فإن فاتت المشترط فيها أن يتخذها أم ولد بولد أو عتق، أو فاتت المشترط فيها التدبير، أو العتق بذلك أو غيره، فللبائع الأكثر من قيمتها يوم قبضها المبتاع أو الثمن⁽⁴⁾.

قوله: (الأكثر من قيمتها أو الثمن).

مُشْكِلٌ؛ لأن الشرط⁽⁵⁾ منه، وهو قد حصل ما قصده من الشرط، وهو

(1) في (ع): (ففيها).

(2) تهذيب البراذعي: 159/3.

(3) في (ع): (تقرُّر).

(4) تهذيب البراذعي: 159/3.

(5) في (ع): (للشرط).

مستلزم للنقص من الثمن، والقياس على ما قال في الآجال: (إذا كان السلف من البائع أنه يكون له الأقل هنا)(1).

المغربي: وإنما قال: (له الأكثر) ليكمل للبائع ما وضع من الثمن لمكان العتق.

ولا يجوز أن يتباع عبداً؛ على ألا تباع ولا تهب ولا تتصدق، فإن فات بيدك رددت قيمته(2).

قوله: (على ألا تباع...) المسألة.

انظر عكسها في دورها نصاً عن ابن رشد: لو اشترط مشتر شقصاً على بائعه ألا يبيع نصيبه؛ إن كان لأجل جاز، وللأبد(3) فهو فاسدٌ، كالمعكوس.

وكره مالك رحمته الله أن يتباع طعاماً بعينه بدين إلى أجل، ثم يؤخر كيل الطعام إلى الأجل البعيد. قال ابن القاسم: وأرى السلع كلها مثله لا تؤخر إلى الأجل البعيد(4).

قوله: (ثم يؤخر كيل الطعام إلى الأجل البعيد).

يريد ما زاد على ثلاثة أيام، وهذا إذا وقع التأخير بغير شرط، وأما بالشرط إلى الأجل البعيد؛ فلا يجوز.

(1) قوله: (أنه يكون له الأقل) يقابله في (ع): (هنا).

(2) تهذيب البراذعي: 3/159.

(3) قوله: (جاز وللأبد) يقابله في (ع): (وللأجل).

(4) تهذيب البراذعي: 3/160.

ويؤيد ذلك ما في السلم الأول والثاني: إذا تأخر رأس المال وهو حيوان أو عرض أن البيع جائز، مع كراهة في التأخير البعيد⁽¹⁾.
قوله: (وأرى السلع).

(1) المشدالي: والكراهة على بابها.

قال في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم من السلم: قال مالك: أكره أن يشتري الرجل الطعام بثمن إلى أجل ثم يقره عند صاحبه وإن اكتاله، وأما إن اشتراه نقداً فلا أرى بذلك بأساً؛ وذلك أي أخاف أن يؤخر حتى يحل الحق فيكون النقد والكيل معاً. قال سحنون: قال ابن القاسم: يخاف أن يقول: أبيعك إلى شهر، وأضمنه لك إلى شهر، فيكون النقد والكيل معاً.

ابن رشد: كره أن يبتاع الرجل الطعام بثمن إلى أجل ثم يقره عند البائع وإن اكتاله، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى شرائه بشرط بقاءه عند البائع رهناً حتى يحل الأجل فيستوفي الثمن، فإن أقره عنده بلا شرط لم يفسخ البيع. قاله محمد، ومثله في رواية عيسى.

وإن عقداً على ذلك بشرط فهو فاسدٌ يجب فسخه، وإن كان بشرط أن يقره عنده بعد أن يكتاله؛ إذ لا يجوز بيع شيء من الحيوان والعروض التي لا يجوز أن يتأخر قبضها بثمن إلى أجل على أن يبقى بيده رهناً إلى ذلك الأجل، إلا أن يجعله بيد عدل، وقد مر هذا المعنى في رسم أخذ من سماع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق.

وأما إن شرط بقاءه عنده إلى الأجل دون كيل فمكروهٌ وبينٌ؛ لأنه اشتراه على أن يكون في ضمانه إلى ذلك الأجل وذلك حرام. وبالله التوفيق.

المشدالي: قال في نوازل سحنون من البيوع - فيمن اشترى طعاماً بعينه على الكيل نقداً أو إلى أجل فيؤخر قبضه على غير شرط شهراً أو شهرين - أنه لا يفسخ.

ابن رشد: إنها لم يفسخ؛ لأن التأخير وقع بغير شرط، وقد مضى في سماع ابن القاسم فوق هذا ما فيه كفاية، ومثله في سماع عيسى من السلم.

لا خفاء يَضَعُفُ تساوي⁽¹⁾ السلع بالطعام؛ لأن الطعام فيه حَقُّ توفية، فيتحقق تأخير دين بدين، وفي السلع لا توفية فيها فيضعف فيها الدين، وقد أشار في السلم الأول إلى ما⁽²⁾ يفهم منه هذا، حيث قال: وهذا في السَّلْعِ أَيْنُ.

ومن الغرر بيع عبد أبق، أو بعير شارد، أو جنين في بطن أمه، أو ثمرة لم يبد صلاحها، ولو كان الأبق قريب الغيبة ما جاز شراؤه، ولا شراء ما ضل، أو ند من بعير أو شاة، إلا أن يدعي المبتاع معرفته بمكان عرفه فيه، فيكون كبيع الغائب، ويتواضعان الثمن، فإن ألفاه على ما يعرف، تم البيع، وإن تغير أو تلف كان من البائع وأخذ هذا ثمنه⁽³⁾.

قوله: (كبيع الغائب).

الصقلي: وهذا إذا علم أنه عند رجل في حياطته.

أبو محمد صالح: يريد: وقد حاظه عليك⁽⁴⁾، وعلم أنه لك احترازاً من شراء ما فيه خصومة، واختلف المذهب في جواز بيع الأبق المحبوس في بلد غير بلد البائع.

(1) في (ع): (تسوية).

(2) قوله: (إلى ما يقابله في (ش): (الذي)).

(3) تهذيب البراذعي: 160/3.

(4) في (ش): (عليه).

ولا يجوز بيع غَيْرَانِ المعادن؛ لأن من أقطعت له إذا مات أقطعت لغيره ولم تورث عنه⁽¹⁾.

قوله: (لأن من أقطعت له... المسألة).

أي: فلا يملك رقبتها؛ وإذا لم يملك رقبتها لم يصح له بيعها.

ابن رشد في الأجوبة: يجوز له أن يبيع، أو لورثته، وكذا المغارس يجوز له⁽²⁾ بيع نصيبه فيما غرس من⁽³⁾ قبل أن يبلغ ما غرس، ولو كان لا يستحقه إلا بعد بلوغه.

قوله: (ولم تورث عنه).

ظاهره: ولو مات بعد إدراك النّيل.

التونسي: الأشبه أن يورث، وقول ابن القاسم: (بعد إدراك النّيل)

مُشكِلٌ⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 161/3.

(2) قوله: (له) ساقط من (ع).

(3) قوله: (من) زيادة من (ع).

(4) المشدالي: أخذوا من هنا منع بيع بلد الظهائر للعلة المذكورة. وقد سئل الإمام ابن عرفة عن الأرض التي تقطع للأعراب وغيرهم من الناس، هل تملك ملكاً تاماً؟ أو لا؟

فأجاب بأن إقطاعها إنما هو انتفاعٌ لا تمليك.

ف قيل له: فلو مات المقتطع له، وخلفَ ورثةً فجدّدَ بعضُهم ظهيرها من إمام آخر؟ فقال: الإقطاع الثاني ناسخٌ للأول. انظر جامع الأحكام في آخر مسائل البنين.

وما ظهر من المعادن في أرض العرب التي أسلم عليها أهلها، أو بأرض المغرب فأمرها إلى الإمام يقطعها لمن رأى (1).

قوله: (وما ظهر من المعادن).

الأرضون ثلاثة:

- عنوة؛ فأمر ما ظهر فيها من المعادن للإمام.
 - وصلح؛ فأمرها للذين صالحوا إلا أن يسلموا؛ فيرجع إلى الإمام.
 - وأرض أسلم عليها أهلها، وهي ملك لهم؛ فأمرها للإمام.
- عن ابن القاسم (2).

ومن عمل في المعدن فأدرك نيلاً؛ لم يجز له بيع ذات النيل؛ لأنه غرر لا يعلم دوامه، وله منعه من الناس بخلاف فضل الماء، ولم يأت في هذا ما جاء منه في منع فضل الماء (3).

قوله: (لأنه غرر).

عَلَّلَ الْبَيْعَ بِالْغُرْرِ؛ فَيَقْتَضِي جَوَازَ هَبْتِهِ لِحَوَازِ هَبَةِ الْغُرْرِ، فَإِذَا جَازَ هَبْتَهُ؛ لَزِمَ أَنْ يُوْرَثَ.

ومذهب ابن القاسم: لا يورث ولو مات بعد إدراك النيل؛ وهو ظاهر شَرِكَّتِهَا، إلا أن يقال: اعتلَّ بعلَّتَيْنِ؛ اعتلَّ هنا بالغرر، وفيما تقدم بأنها لا تُورَثَ.

(1) تهذيب البراذعي: 161/3.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 396/2 و397.

(3) تهذيب البراذعي: 161/3.

ابن رشد: إنما كره الإقطاع في أرض مصر؛ لأنها عنوية، ومذهبه أنه لا يجوز الإقطاع في أرض العنوة، وإنما يجوز للإمام الإقطاع على مذهب مالك فيما جلي عنه أهله بغير قتال، أو في الفياقي البعيدة من العمران⁽¹⁾.
ورأيت للخمي أن إقطاع أرض العنوة جائز على مذهب مالك⁽²⁾، وهو خلاف هذه الرواية.

وإذا كانت المواشي والدواب تعدو في زرع الناس؛ فأرى أن تُغَرَّب وتباع في بلد لا زرع فيها، إلا أن يحبسها أربابها عن الناس⁽³⁾.

قوله: (تباع في بلد لا زرع فيه).

أخذ منه أن المعيان يُسجَن وحده، ولا يُنْفَى لعدم ارتفاع الضرر بالنفي⁽⁴⁾.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/9.

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3288 و3289.

(3) تهذيب البراذعي: 162/3.

(4) المشدالي: قال الإمام المازري في كتاب الطب من المُعَلِّم: ومن فقه الباب قال العلماء: ينبغي أن يُجْتَنَبَ مَنْ عُرِفَ بِإِصَابَةِ الْعَيْنِ، وَيَحْتَرِزُ مِنْهُ، وَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ مَدَاخِلَةِ النَّاسِ، وَأَنْ يَلْزِمَ بَيْتَهُ وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا أَجْرَى عَلَيْهِ رِزْقَهُ، وَيَكْفِ أَذَاهُ عَنِ النَّاسِ، وَضَرَرَهُ أَشَدَّ مِنْ ضَرَرِ آكْلِ الثُّومِ الَّذِي مَنَعَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنْ دُخُولِ الْمَسْجِدِ لَثَلَا يَضُرُّ بِالنَّاسِ، وَمَنْ ضَرَرَ الْمَجْذُومُ الَّذِي نَهَاهُ عَمْرٌ عَنْ مَخَالَطَةِ النَّاسِ، وَمَنْ ضَرَرَ الْمَوَاشِيَ الْعَادِيَةَ الَّتِي أُمرُ بِتَغْرِيبِهَا.
انظر إكمال الإكمال في ترجمة (العين حق) من كتاب الطب، وما حكاها عن المعيان البجائي في قصة الأمير أبي الحسن المريني رحمته الله.

ومعنى كونها عادية؛ وإن كانت طبيعتها الأكل؛ أن يخرج عن (1) حد ما ألف منها عادة.

ونحوه جواب عز الدين ابن عبد السلام لما سئل عن قتل الهر إذا سرق اللحم ونحوه، فقال: إذا خرج عن معتاده الطبيعي جاز قتله.

ونصُّ القرافي عنه: سئل عز الدين عن قتل الهر المؤذي هل يجوز؟

أجاب: إذا خرجت إذايته عن عادة القطط، وتكرر ذلك منه قتل.

فاحترزَ بالقيد الأول عما هو في طبع الهر من أكل اللحم إذا ترك سائباً، أو عليه شيء يمكن رفعه للهر، فإذا رفعه وأكله لا يقتل، ولو تكرر منه، لأنه طبيعة⁽²⁾، واحترز بالثاني عن أن يكون ذلك منه فلتةً، فإنه لا يوجب قتله⁽³⁾.

وإذا اختلف الحصاد في البلد الذي تبايعا فيه نُظِرَ إلى حصاد عظم البلد الذي تبايعا فيه، ولا ينظر إلى أوله ولا إلى آخره فيحل الحق حيثنذ، ولا ينظر إلى غيرها من البلدان، قيل: فإن اختلف الحصاد في البلد ذلك العام، فقال: إنما أراد مالك؛ إذا حل أجل الحصاد وعظمه، وإن لم يكن لهم حصاد في سنتهم تلك فقد بلغ الأجل محله⁽⁴⁾.

قولُه: (قيل: فإن اختلف).

(1) قوله: (عن) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (طبعه).

(3) انظر المسألة وجوابها وتوجيهها في: شرح تنقيح الفصول، للقرافي: 209/2.

(4) تهذيب البراذعي: 163/3.

الذي في أكثر النسخ: (اختلف)، وعليها يتقرر ما في المختصر.
وفي الأم، وابن يونس، وبعض⁽¹⁾ النسخ: (أخلف) بلا تاء من
الخلف.

ووجه اختصارها وجهان:

أحدهما: ما جرت عادة الشيوخ بذكره، وهو إذا كان في الجواب ما ليس
في السؤال؛ فذلك كاف في وجه اختصارها، وهو هنا كذلك، فإنه سأله عن
الاختلاف المستلزم لوقوع الحصاد بالفعل، فذكر في الجواب ما إذا أخلف ولم
يكن حصاد.

الثاني: أن الجواب اشتمل على ما يوهم التنافي إن فهم المعظم بالفعل؛
وهو ظاهر اللفظ، فإنه سأله عما إذا لم يكن حصاد؟ فأجابه بأمرين؛ الأجل
والمعظم⁽²⁾(3).

قال أشهب: بيع الزيت على الكيل إذا عرف وجه الزيت ونحوه لا بأس
به، فأما بالرطل؛ فإن كان القسط يعرف كم فيه من رطل ولا يختلف،

(1) في (ع): (وفي بعض).

(2) في (ش) (والأجل والعظم).

(3) المشدالي: نص ما في المختصر في أوائل بيوع الآجال منه: وفيها: قلت: فإن اختلف
الحصاد في البلد ذلك العام؟ قال: إنما أراد مالك إذا حل أجل الحصاد وعظمه، وإن لم
يكن لهم حصاد في سنتهم تلك فقد بلغ الأجل محله.
واختصرها البراذعي سؤالاً وجواباً؛ لإبهام قوله: (إذا حل أجل الحصاد وعظمه)؛
لاحتتمال إرادته أجل الحصاد بالفعل في عام اختلافه، أو في معتاد أعوامه لا في عام
اختلافه؛ لقوله: (إن لم يكن لهم حصاد في سنتهم تلك فقد بلغ الأجل محله).

وإن كان يختلف فلا خير فيه؛ لأنه لا يدري ما اشترى؛ لأن الكيل فيه معروف والوزن فيه مجهول⁽¹⁾.

قوله: (قال أشهب: بيع الزيت...) المسألة.

وفي العتبية: سئل⁽²⁾ عن التمريباع وزناً فيطول ذلك عليهم، فيقول له⁽³⁾ البائع: إن الوزن يطول علينا، وفي [أ/35] الويبة كذا وكذا رطلاً، فخذ أكيل لك بها، وأحاسبك على الأرتال؟

فقال: إن كان ذلك مستقيماً معروفاً عند الناس فلا بأس بذلك⁽⁴⁾.

قلت: فالرجل يتتاع بالويبة الطعام المضمون إلى أجل؛ فلا يحل حقه حتى يأتي، وأبى؛ فيحدث ويبيات أخر، ويغيب تلك الوبيات، فيقول له الرجل: تعال أكيل لك بهذه الويبة المحدثه، والذي بينهما معروف؛ إنها زيد فيها كذا وكذا، فيكيل⁽⁵⁾ له، ويحاسبه بفضل ما بينهما؟

قال: إن كان ذلك أمراً معروفاً فلا بأس به.

ابن رشد: هاتان المسألتان⁽⁶⁾ صحيحتان، أجاز في الأولى أن يأخذ ما وجب له من الوزن بالكيل إذا كان معروفاً عند الناس ما يدخل في الكيل من الوزن، وكان الكيل أخف عليهم من الوزن.

(1) تهذيب البراذعي: 164/3.

(2) قوله: (سئل) ساقط من (ع).

(3) قوله: (له) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (به).

(5) في (ع): (فيكتال).

(6) في (ع): (مسألتان).

كما أجاز في المدونة أن يأخذ ما وجب له من الكيل بالوزن إذا كان ما يدخل في الوزن من الكيل⁽¹⁾ معروفاً لا يختلف، وكان الوزن أخف عليهم من الكيل.

فلا إشكال في جواز ذلك؛ إذ لا غرر في انتقالهم من الوزن إلى الكيل، ولا من الكيل إلى الوزن؛ إذا عرف قدر كل واحد منهما من صاحبه.

وكذلك ما العرف فيه أن يباع بالكيل؛ فجائز أن يشتري بالوزن إذا كان يعرف الكيل من الوزن.

وما العرف فيه أن يباع بالوزن؛ فجائز أن يشتري بالكيل إذا كان يعرف بالوزن⁽²⁾ من الكيل، وإن كان لا يعرف ذلك فلا يجوز.

وهو قول أشهب في البيوع الفاسدة من المدونة، ولا خلاف فيه.

وأما المسألة الثانية فهي أبين منها؛ لأنه إنما انتقل من كيل⁽³⁾ إلى كيل، فإن عرف ما بين الكيلين؛ جاز أن يقتضى بكل واحد منهما ما وجب من الآخر، ويحاسبه بما بينهما، كمن وجب له على رجل كيل، فلم يجد عند القضاء إلا ربع كيل، فجائز له أن يأخذ حقه به فيكيل له⁽⁴⁾ منه أربعاً⁽⁵⁾.

(1) قوله: (وكان الكيل أخف عليهم من الوزن كما أجاز... الكيل) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (الوزن).

(3) في (ش): (الكيل).

(4) قوله: (له) زيادة من (ع).

(5) البيان والتحصيل، لابن رشد: 270/7 و271.

وإن أمرته أن يكيلها لك في غرائرك أو في غرائره، وأمرته أن يدفعها وفارقتة فزعم أنه فعل وأنها ضاعت، فإن صدقته في الكيل أو قامت بذلك بينة صدق في الضياع، وإن لم تصدقه في الكيل أو قلت له: قد اكتلتها، ولكنك إنما وجدت فيها عشرين أو ثلاثين ولم تقم له بينة، لم يلزمك شيء، ولا ما أقررت به من هذه التسمية؛ لأنك كنت مخيراً لكثرة النقص في الرضا بما أصبت أو تركه، فهلك قبل أن يلزمك⁽¹⁾.

قوله: (لم يلزمك شيء...) المسألة.

ابن محرز ونحوه لعبد الحق. إن قيل: لم يضمن المشتري كمن اطلع على عيب فيما اشترى فلم يرده حتى هلك، وهو في المدونة، وقد قالوا فيمن اشترى من صبرة مائة إردب؛ فاكتال منها المشتري ثلاثين أو عشرين، ثم غصب ما اكتال وما بقي، أو لم يجد فيها إلا أقل من المائة؛ لكان الضمان فيما اكتال من المشتري.

الجواب: أما في مسألة العيوب فلأنه قد اشتراه وصار إليه، فكان الضمان

منه حتى يرده.

وأما الذي وكل البائع على الكيل فلم يجد إلا عشرين؛ فإن المشتري لم يملكه، لأنه لم يوكله على قبض ذلك القدر، وإنما وكله على قبض المائة، فهو متعد في كيل ذلك القدر.

قلت: وعلى هذا التعليل جرى قول ابن سحنون - فيمن بعث رجلاً إلى

رجل يسلفه⁽²⁾ عشرة، فقال: ما عندي إلا خمسة، فذهب بها فضاعت في

(1) تهذيب البراذعي: 166/3.

(2) في (ع): (يسلفه).

الطريق - مصيبتها من الباعث، لأن الأمر لم يأمر الرسول إلا بعشرة⁽¹⁾.
وقوله: (ولم تقم له بينة) لا مفهوم له، لأنه عيب في أكثر الصفقة.

قال ابن القاسم: ولا يعجبني أن يجمع رجلان سلعتيهما في البيع فيبيعانهما بثمن يسميانه⁽²⁾.

قولُه: (لا يعجبني أن يجمع الرجلان سلعتيهما في البيع).

قال أبو عبد الله الذكي⁽³⁾: لو اشترك قارئ وحاسب على أن يقتسما على قدر عملهما؛ جرى ذلك على جمع الرجلين سلعتيهما، ورد بقوة الغرر في الشركة؛ لجهل قدر عمل كل منهما وقدر عوضه، والمجهول في السلعتين قدر العوض فقط⁽⁴⁾.

ومن باع أو أقرض على أن يأخذ فلاناً حميلاً؛ جاز إن رضي فلان وكان بحضرتيهما أو قريب الغيبة، وإن كان بعيد الغيبة؛ فالبيع فاسد، وإن كان قريباً، ولم يرض لم يلزم بيع ولا قرض إلا أن يرضى الدافع بتركه، أو يرضيا جميعاً بحميل غيره. ولو كان ذلك خلعاً، أو صلحاً على مال من دم عمد فامتنع الكفيل؛ فالزوجة في عصمته، وهو على حقه في الدم⁽⁵⁾.

(1) المسألة في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 239/7.

(2) تهذيب البراذعي: 167/3.

(3) في (ش): (التركي)، وفي شرح ابن ناجي على الرسالة: 184/2: (الدكالي).

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: [347/أ].

(5) تهذيب البراذعي: 168/3.

قوله: (ولو كان ذلك خلعاً...) المسألة.

قال بعضهم: ويوقف الزوج عن زوجته حتى يعلم هل يرضى الكفيل أو لا.

انظر! قوله هذا ظاهره سواء كان بعيد الغيبة أم لا، وهو كذلك، لأن الخلع بالغرر جائز.

ومعنى المسألة أنهما أرادا إيقاع الخلع على شرط حمالة رجل معين، ولو وقع لزم الطلاق.

قلت: قال محمد بن سعدون: إذا شرط الزوج في الخلع أنه إن لم يصح له الخلع على ما وقع، فالعصمة باقية غير منقطعة؛ إن شرطه ينفعه، ومتى طلب منه ما أخذ كانت زوجة له كما كانت⁽¹⁾، ومفهوم العمد صحيح؛ فيمتنع أخذ الحميل؛ لأنه فسخ⁽²⁾ فيما لم يقبض

ولكنني أجعل هلاك السلعة، وإن كانت حيواناً من البائع حتى يقبضها المبتاع، بخلاف البيع الصحيح يحبسها البائع بالثمن، تلك هلاكها من المبتاع بعد عقده البيع⁽³⁾.

قوله: (ولكنني أجعل هلاك السلعة).

قالوا: هذه المسألة من غريب المسائل؛ لأنه جعل حكمها قبل القبض

(1) انظر نحوه في: مواهب الجليل، للحطاب: 271/5، والبهجة في شرح التحفة،

للتسولي: 578/1، وفتح العلي المالك، لابن عيش: 334/3.

(2) قوله: (فسخ) غير مقروء في (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 170/3.

حكم البيع الفاسد، وبعد القبض حكم الصحيح⁽¹⁾.

وبيع المريض من ولده بغير محاباة جائز، وكذا في وصيته أن يبتاع عبد ابنه فيعتق، إلا أنه لا يزداد على قيمته⁽²⁾.

قوله: (وبيع المريض من ولده...) المسألة.

ابن أبي زمنين: لا بد أن تعين البينة القبض.

ابن سهل: لا بد أن تذكر البينة القبض عند مضمن الشهادة⁽³⁾.

وفي كتاب محمد: إذا وكل المريض من يبيع من ابنه فزعم الوكيل أنه باع منه وقبض الثمن؛ صدق الوكيل، ولا ضمان عليه، ولا على ابن المريض، ولو باع المريض بنفسه من ابنه لم يصدق أنه قبض الثمن، لأنه لا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو بقبضه، ويغرم الابن الثمن مرة ثانية⁽⁴⁾.

ابن رشد - فيمن يشهد⁽⁵⁾ في صحته أنه قد باع منزله هذا من ابنه، أو

امراته أو وارثه⁽⁶⁾ بمال عظيم، ولم تشاهد البينة الثمن، ولم تزل الأرض بيد البائع إلى الموت - إن البيع لا يجوز، إذ ليس ببيع، وإنما هو تولى وخدعة،

(1) المشدالي: لأنه أمشاه بالثمن.

قال الشيخ أبو الحسن: والصحيح أن هذا البيع عندي مكروه.

(2) تهذيب البراذعي: 170/3.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 557.

(4) انظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 272/9.

(5) في (ع): (شهد).

(6) قوله: (أو وارثه) ساقط من (ع).

ووصية لوارث (1).

قلت: وفي سماع أبي زيد؛ في صحيح أشهد أنه اشترى لابنه هذه الدار بألف دينار من مال ابنه فيما زعم، ويشهد أنه إنما (2) يكرها ويغتلها له باسمه، ثم يموت على ذلك وهو صغير في حجره، ولا يعلم لابنه مال. قال أرى هذا توليها وأراها ميراثاً (3).

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 368/13.

(2) قوله: (إنها) ساقط من (ع).

(3) انظر المسألة في البيان والتحصيل، لابن رشد: 133/14، والإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 480/1.

وزاد المشدالي بعده: ما حكاه عن ابن رشد فقد ذكره عن ابن القاسم في سماع حسين ابن عاصم عنه في ثاني مسألة من رسم الشجرة تطعم بطنين من كتاب الهبات، وأما ما حكاه عن سماع أبي زيد فقد وهم في نسبه لأبي زيد وإنما هو قول أصبغ من رأيه وهي آخر مسألة من كتاب الهبات، وزاد بعد قوله: وأراها ميراثاً؛ لأنه لم يتصدق بها عليه، يجوز له في حياته حوز الأب لولده الصغير وهذا لم يسمها صدقة بل ولج إليه ماله وزعم أنه مال للولد ولم يعرف له مال من وجه من الوجوه.

ابن رشد: حمل بعض الناس قول أصبغ هذا على أنه خلاف لما وقع في رسم كتب في الذي يشتري لابنه الصغير حجره غلاماً ويشهد أنه إنما اشتراه لابنه ثم يموت الأب، أنه يكون للابن ولا حق للورثة فيه وليس ذلك بصحيح لافتراق المسألتين هذه قال فيها: إنه اشترى للابن من مال الابن، فإذا لم يعلم للابن مال من وجه من الوجوه تبين أن ذلك توليها منه له، ولج إليه ماله وزعم أنه مال الابن، وتلك لم يقل فيها إنه اشترى من مال الابن فوجب أن يكون العبد ملكاً للابن بنفس الشراء؛ لأنه إنما اشتراه بمال وهبه إياه فلا يحتاج إلى أن يحوزه الأب له عن نفسه إذ لم يتقرر له عليه ملك.

قوله: (وكذا في وصيته...) المسألة.

وفي العتبية: لو أوصى أن يشتري عبد لبعض ورثته؛ فإنه يزداد للوارث مثل

ثلث ثمنه.

ابن رشد: هذا خلاف فاسدتها ووصاياها(1).

المشدالي: وقال ابن رشد أيضاً في رسم كتب من سماع ابن القاسم في المسألة المشار إليها ما حاصله: إذا قال الأب اشتراها للابن من مال الابن وعرف للابن مال من وجه من الوجوه صح قول الأب وكان المشتري ملكاً للابن بنفس الشراء لا يفتقر إلى حوز وإن لم يعرف للابن مال بوجه لا موروث ولا غيره، ثم مات الأب، فقال أصبغ: ذلك توليج يكون بين الورثة، ولا يتفع الابن بحيازة أبيه ذلك له.

فقول أصبغ هذا ليس بخلاف لقول مالك هنا كما سبق وإنما هو خلاف لما مر في رسم الشجرة في أن الابن يتفع بحوز أبيه فيما ولاه أو باعه بالثمن اليسير وإن لم يسمه صدقة، وهو قول الأخوين في الواضحة، حكى ابن حبيب عنهما أنها قالوا: وإذا أشهد الأب أنه باع من ولده هذه الدار بكذا ديناراً كانت له بيده من إرث أو عطية أو غير ذلك، جاز إذا ذكر لذلك وجهاً وسبباً يعرف الصغير والكبير دون حوز، وإن لم يعرف ما قال ولم يعرف للمال سبب لم يجز ذلك على وجه البيع، ويصير بمعنى العطية فيما يجز وفيما لم يجز، وكذلك إذا أشهد أن للابن عليه مائة دينار من سبب كذا، وذلك يعرف فجائز وإن لم يعرف لم يجز.

قال ابن حبيب: وقاله أصبغ: فقول أصبغ في الواضحة خلاف قوله في العتبية مثل قول الأخوين ومالك في رسم الشجرة، خلاف لقول ابن القاسم فيه من رواية عيسى في كتاب داود حسبما بيناه هناك.

المشدالي: انظر ابن سهل في ترجمة إقرار الأب بتصيير مال إلى ابنه عن دين كان له عليه بإقرار من كتاب الإقرار.

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 70/13.

إذا حاضت الجارية فصنيع أبيها في مالها وبيعه وشراؤه جائز؛ لأن حوزة له حوز، ولا يجوز لها قضاء في مالها؛ حتى تدخل بيتها، ويُعرف الرشد من حالها⁽¹⁾.

قوله: (لأن حوزة له حوز).

هذا تعليل للحكم⁽²⁾ بالحكم؛ وفيه خلاف بين الأصوليين، وأحرى إن لم تحضر.

ومن باع أمة ولها ولد حر رضيع وشرط عليهم رضاعه ونفقته سنة؛ فذلك جائز إذا كان إن مات الصبي أرضعوا له آخر⁽³⁾.

قوله: (إن مات الصبي أرضعوا له آخر).

ووقع كذا، في بعض روايات العتبية.

وفي سماع ابن القاسم: (إن ماتت أرضعوا له أخرى).

ابن رشد: إن وقع البيع على الشرطين معاً، وأرادوا بذلك أن الرضاع مضمون على المشتري، لا في عين الأمة؛ جاز اتفاقاً.

انظر تمامه⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 170/3.

(2) في (ع): (الحكم).

(3) تهذيب البراذعي: 170/3.

(4) البيان والتحصيل، لابن رشد: 251/7.

ومن باع شاة على أنها حامل؛ لم يجز، وكأنه أخذ لجنينها ثمناً حين باعها بشرط أنها حامل (1).

قولُه: (على أنها حامل).

ظاهرة: كانت ظاهرة الحمل، أم لا.

اللخمي: يجوز في الظاهر، والشرط وغيره سواء؛ لأن المشتري يزيد في الثمن للحمل الظاهر، ولا يفسد البيع، لأنه لم يشتر الجنين وحده بانفراده، وهو بمنزلة من اشترى نخلاً فيها ثمر لم يبد صلاحه؛ فذلك جائز (2).
وما ذكره ابن رشد وغيره في هذا المعنى واضح، فانظره (3).



(1) تهذيب البراذعي: 170/3.

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4270.

(3) المشدالي: قد ذكرنا كلام ابن رشد مستوعباً في مختصر البيان في محله من كلام ابن الحاجب، فانظره.



كتاب الخيار

كتاب الخيار

[35/ب] قلتُ: تظهر فائدة الخلاف في كون بيع الخيار رخصة، أو عزيمة

في وجهين:

- أحدهما: في الدليل الدال على جوازه؛ إن قلنا إنه عزيمة فالدليل الدال على إباحته؛ هو الدليل الدال على إباحة سائر البيوع، وإن قلنا رخصة فدليله خاص به.

- الثاني: ما صرح به عياض فيما علقه عن ابن عتاب⁽¹⁾.

وبيع الخيار جائز، وذلك أن يقول الرجل: اشتري منك هذا الشيء، وأنا عليك فيه بالخيار إلى وقت كذا. فأما الثوب؛ فيجوز فيه اليوم واليومان وشبه ذلك، وما كان أكثر من هذا؛ فلا خير فيه، والجارية مثل الخمسة أيام والجمعة وشبه ذلك؛ لاختبار حالها وعملها، والدابة تُركب اليوم وشبهه⁽²⁾.

قولُه: (والجارية مثل الخمسة أيام).

فإن⁽³⁾ قلتَ: قد قرر⁽⁴⁾ في الفاسدة والمرابحة؛ أن الحيوان لا يثبت على

(1) انظر: التنبهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 1625.

(2) تهذيب البراذعي: 173/3.

(3) قوله: (فإن) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (مر).

حال، وذلك موجب لسرعة تغيره⁽¹⁾، فمقتضى هذا التعليل⁽²⁾ قصر زمن الخيار في الحيوان، بخلاف الثوب.

الجواب أن ذلك في أحوال ترجع إلى المبيع، وهنا إلى أحد المتبايعين. قوله: (تركب اليوم).

يريد الركوب اليسير، لا أنها تركب جميع النهار.

والبائع والمشتري في اشتراط الخيار سواء⁽³⁾.

قوله: (والبائع والمشتري سواء).

إذا كان المراد بهذا الكلام قياس البائع على المشتري؛ فالقياس ضعيف لوضوح الفرق بينهما.

وإن كان العكس؛ فهو صحيح، فيكون قياساً أحرورياً.

والذي جرى⁽⁴⁾ المغربي عليه هو الوجه الأول؛ لأن الأصل المتفق عليه بين الخصمين خيار المشتري، والفرع المتنازع فيه البائع، فقاسه عليه مالك خلافاً لأبي ثور وابن شبرمة في قولهما أن الخيار إنما يكون للمشتري.

قال ابن القاسم: ومن اشترى شيئاً من رطب الفواكه، والخضر على أنه بالخيار، فإن كان الناس يشاورون في هذه الأشياء غيرهم، ويحتاجون

(1) قوله: (لسرعة تغيره) يقابله في (ش): (ليس عن تعبيره).

(2) قوله: (هذا التعليل) زيادة من (ع).

(3) تهذيب البراذعي: 174/3.

(4) في (ع): (قر).

فيه إلى رأيهم؛ فلهم من الخيار في ذلك بقدر حاجة الناس مما لا يقع فيه تعيُّرٌ ولا فسادٌ. قال سحنون: من غير أن يغيب المبتاع على ما لا يعرف بعينه من مكيل أو موزون؛ فيصير تارة سلفاً، وتارة بيعاً؛ لأنك لو بعت ذلك من رجل فغاب عليه، ثم أقلته من بعضه وأخذت ثمن ما بقي كان بيعاً وسلفاً، بخلاف إقالتك من أحد عبدين و ثوبين، فذلك جائز فيما يعرف بعينه⁽¹⁾.

قوله: (بخلاف إقالتك...) المسألة.

يريد: ما لم يتعجل ثمن الآخر قبل أجله، أو يؤخر إلى أبعد من أجله، قاله في الآجال.

ولو بعت عبدين بثمن إلى أجل؛ على أن يرد عليك أحدهما عند الأجل بنصف الثمن على ما هو به يومئذ من نماء أو نقص لجاز؛ لأنه إنما اشترى أحدهما واستأجر الآخر إلى ذلك الأجل بالثمن الذي يبقى عليه، فذلك جائز؛ لأن كل ما يُعرف بعينه، ويتنفع به بغير إتلافه تجوز إجارته⁽²⁾.

قوله: (ولو بعت عبدين).

هذا أيضاً من نوع الإقالة فيما يعرف بعينه.

وانظر: هل يعارضه قوله في المساقات إذا أخذ حائطين على أن يعمل فيهما

سنة ثم يرد أحدهما، والعلة التي ذكر هناك متحققة هنا.

(1) تهذيب البراذعي: 175/3.

(2) تهذيب البراذعي: 175/3.

ولذا قيّد عبد الحق وغيره هذه.

والجامع بينهما أن يقال: عقد تناول شيئين أولاً على جزئية مخصوصة إلى مدة، ثم يرجع أحدهما لا بعينه؛ أجازته في إحدى المسألتين، ومنع في الأخرى. قوله: (بالثمن الذي يبقى عليك).

فيه بحث؛ وهو أن يقال: هذا المجرور متعلق بـ (اشترى) و (استأجر) معاً؛ لأنه لو تعلق بأحدهما؛ لزم خلو أحد العبدین عن العوضية في البيع والإجارة.

أو يتعلق بمحذوف، فيلزم حينئذ أن يكون للسلعتين ثمنان⁽¹⁾، والمسألة ليست كذلك.

قوله: (كل ما يعرف بعينه).

الظاهر ورود نحو جلد الأضحية، والميتة، والمدبرة، وأم الولد.

ابن العطار: لا يجوز كراء ما لا يعرف بعينه؛ كقدور الفخار، وصحاف الحتم، وما أشبهه⁽²⁾.

ابن الفخار: أما قدور الفخار؛ فإن الدخان لا⁽³⁾ يغيرها حتى لا تعرف بعينها إلا أن ينقش فيها.

وأما صحاف الحتم فإنها تعرف بأعيانها؛ فلا معنى لمنع كراءها⁽⁴⁾.

(1) في (ع): (تباين).

(2) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار، ص: 198.

(3) قوله: (لا زيادة من (ع)).

(4) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 284.

قال ابن القاسم: ومن جُنَّ فأطبق في أيام الخيار، والخيار له، فالسلطان ينظر له في الأخذ أو الرد، أو يوكل بذلك من رأى من ورثته أو غيرهم، وينظر في ماله وينفق منه على عياله كما ينظر في مال المفقود⁽¹⁾.

قولُه: (كما ينظر في مال المفقود).

قلتُ: مساق البراذعي وابن يونس: أن المفقود مشبّه به.

ابن محرز بالعكس؛ لأنه قال: (وكذلك المفقود ينظر السلطان له)، فإن قلت: وإنما شبه المفقود بالمجنون؛ لأن الورثة لا حق لهم في هاتين الحالتين؛ لأنهم لم يرثوه بعد، ونظرُ السلطان يختلف، أما المجنون؛ فهو بمنزلة السفية يُولي عليه السلطان من⁽²⁾ يبيع له ويشترى، وأما المفقود؛ فإنها ينظر في ماله بالحیطة له؛ لئلا يضيع، ولا يشتري له، ولكن يبيع عليه فيما يجب من الحقوق. ونحوه للتونسي.

اللخمي: إذا فقد في الثلاث؛ لم يأخذ له على قول ابن القاسم، ويأخذ له على قول أشهب قياساً على المغمى عليه، وإذا كان يأخذ للمغمى عليه في أيام الخيار مع أن الغالب إفاقته بالقرب؛ كان أحرى أن يأخذ للمفقود لأنه قد تطول غيبته⁽³⁾.

قلتُ: وقد يقال: لا تصح هذه الأحرورية ولا المساواة؛ لأنه إنما أخذ للمغمى عليه لتحقيق وجوده وملكيته، والأمران معروفان⁽⁴⁾ في المفقود،

(1) تهذيب البراذعي: 176/3.

(2) قوله: (من) زيادة من (ع).

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4542.

(4) في (ش): (معدومان).

وإذا⁽¹⁾ لم تجب الزكاة في ماله لإمكان موته، ولا يقوم عليه في باب العتق.

والخيار يورث عن الميت، فيكون لورثته فيه ما كان له⁽²⁾.

قوله: (والخيار يورث).

حكى عن أبي محمد صالح أنه قال: يقوم من هنا أن الثنيا تورث، وذلك إذا مات المتطوع له بها⁽³⁾.

واختلف الفقهاء؛ إذا مات المشتري:

قيل: يلزم ذلك ورثته. قاله أبو إبراهيم.

وقيل: لا، وقاله أبو الفضل راشد، واختاره شيخنا.

واحتج أبو إبراهيم على ذلك بما نقله ابن يونس عن محمد فيمن قال لأتمته: إن جئتني بألف درهم فأنت حرة، فمات؛ أن العتق يلزم ورثته إن جاءتهم بالألف.

الشيخ: لا حجة في هذا؛ لأن هذا قطاعة، والقطاعة من ناحية الكتابة، وذلك لازم.

وفي العتبية عكسه؛ أن الأمة إذا جاءت بالمائة إلى الورثة لا يلزمهم العتق.

ابن يونس: يريد: ضرب لذلك أجلاً.

ابن الهندي - فيمن باع سلعة⁽⁴⁾ لأجل على أن يبقى الدين إلى أجله -: إن

(1) في (ع): (ولذا).

(2) تهذيب البراذعي: 176/3.

(3) انظر المسألة في شرح ميارة: 9/2، وفتح العلي المالك، لابن عيش: 238/2.

(4) في (ش): (سلعة).

مات المطلوب ثم مات الطالب أن ورثته لا يلزمهم التأخير، ولهم استعجال الدين، فهذا يدل أن الثنْيَا (1) لا تلزم ورثة المشتري (2).

وقد جعل مالك تأخير الورثة يبرئ الغريم؛ الذي حلف للميت لأقضيئك حقا إلا أن تؤخرني (3).

قولُه: (وقد جعل مالك تأخير الورثة).

هذه دليل؛ لأنهم (4) تنزلوا منزلته، والاستدلال أحروي؛ لما ثبت من (5) الحنث بالأقل، بتأخير (6) الورثة؛ فأحرى ثبوته لهم بالميراث.

قلتُ: يؤخذ من قولها: (الخيار يورث) ما (7) قال ابن رشد - فيمن شهد عليه أنه قال: رأس من رقيقي حر ومات، ولم يختر - فقليل: إن الورثة يُخَيَّرُونَ؛ بمنزلة الميت في الاختيار، وذكر قولين آخرين (8).

(1) في (ش): (اشترى).

(2) انظر المسألة في: التوضيح، للشيخ خليل بن إسحاق: 428/5 و429.

(3) تهذيب البراذعي: 176/3.

(4) قوله: (لأنهم) ساقط من (ع).

(5) في (ش): (أن).

(6) قوله: (بتأخير) يقابه في (ش): (فإذا ألغاه بتأخير).

(7) قوله: (ما) يقابه في (ش): (على ما).

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 6/15 و7.

قال مالك: ومن تزوج امرأة وشرطت عليه في العقد أنه إن نكح، أو تسرر، أو خرج بها من بلدها؛ فأمرها بيد أمها، ثم ماتت الأم، فإن كانت أوصت بما كان لها من ذلك إلى أحد فذلك إليه⁽¹⁾.

قولُه: (مالك: ومن تزوج امرأة).

المغربي: أتى بهذه دليلاً على الأولى، وانظر ما وجه الدلالة هنا⁽²⁾.

قلت: سياق ابن يونس أوضح - في كونها دليلاً، وأدرج فيه كلام أشهب في مسألة الاستحسان لما اقتضت هذه الفروع كلها كون الخيار يورث - سردها.

ووجه الدلالة من مسألة النكاح صحة انتقال ما للمرأة⁽³⁾ للغير، وكونه موروثاً، كما هو فيها للورثة⁽⁴⁾ أو بالإيضاء لا يصلح فارقاً، فصح الاستدلال من هذه الجهة.

وروي عليٌّ عن مالك أن ذلك لا يكون بيد أحد غير من جعله الزوج بيده؛ لأنه يقول: لم أكن أرضى أن أجعل أمر امرأتي إلا بيده لنظره وقلة عجلته⁽⁵⁾.

قولُه: (وروي عليٌّ... المسألة).

(1) تهذيب البراذعي: 176/3.

(2) في (ع): (منها).

(3) في (ع): (بالمرأة).

(4) قوله: (فيها للورثة) يقابله في (ش): (في الورثة).

(5) تهذيب البراذعي: 177/3.

ابن رشد - فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت إن شاء فلان، وهو غائب - : فإن الأمر يرجع إليها؛ فتمضي أو ترد، ولا تنتظر الغائب، وفي الحاضر يوقف عليه.

أصبغ: يرجع الأمر إليها، ولا ينتقل عنها ولو كان حاضراً.

ابن رشد: قول أصبغ هذا يأتي على رواية عليّ في خيارها(1).

قال ابن القاسم: وإن أوصت الأم إلى رجل، ولم تذكر ما كان لها في ابنتها لم يكن للوصي ولا للابنة شيء من ذلك(2).

قوله: (ولم تذكر ما كان لها...) المسألة.

يؤخذ من هنا ما في سماع سحنون؛ فيمن أوصى إلى رجل بهاله وولده، فتحضر الوصيّ الوفاة، فيوصي لرجل بهاله وولده، [36/أ] أو يقول(3): "فلان وصيّي"(4) مجملاً، ولم يذكر مال الميت ولا ولده الذين كان أوصى بهم إليه، هل يكون الوصي له وصياً فيما كان هذا وصياً، للذي(5) أوصى إليه فيه، فقال: لا يكون وصياً إلا في مال هذا الميت إذا لم يذكر في وصيته أنه وصي على ما أوصى به إلى فلان.

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 261/5 و 262.

(2) تهذيب البراذعي: 177/3.

(3) في (ع): (يقال).

(4) في (ع): (وصي).

(5) في (ش): (لقوله).

ابن رشد: هذا كما قال؛ إنه لا يكون وصياً على ما كان أوصى به أيضاً⁽¹⁾ إليه من مال الرجل وولده إن أبهم الإيصاء، فقال فيه: فلان وصي، فلم⁽²⁾ يفسر شيئاً؛ لأنه إنما يحمل على العموم في ماله وولده خاصة، لا في مال غيره وولده⁽³⁾.

قلت: والفرق بين ما هنا والوصايا؛ أن الحق هنا للغير، وهناك له.

قال مالك: ومن تزوج امرأة وشرطت عليه في [العقد] أنه إن نكح أو تسرر أو خرج بها من بلدها فأمرها بيد أمها، ثم ماتت الأم، فإن كانت أوصت بما كان لها من ذلك إلى أحد فذلك إليه، قال ابن القاسم: وإن لم توص فكأنني رأيت مالكا رأى ذلك للابنة أو قال ذلك لها ولم أثبته منه. وروى علي عن مالك: أن ذلك لا يكون بيد أحد غير من جعله الزوج بيده، لأنه يقول لم أكن أرضى أن أجعل أمر امرأتي إلا بيده لنظره وقلة عجلته. قال ابن القاسم: وإن أوصت الأم إلى رجل ولم تذكر ما كان لها في ابنتها لم يكن للوصي ولا للابنة شيء من ذلك⁽⁴⁾.

قوله: (لأنه يقول: لم أكن أرضى) المسألة.

قلت: بنحو هذا التعليل صرح ابن الهندي فيما إذا مات صاحب الدين، وقد كان اشترط سقوط اليمين في دعوى القضاء عنه؛ أن ورثته لا تسقط عنهم

(1) قوله: (أيضا) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (ولم).

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 233/13.

(4) تهذيب البراذعي: 176/3 و177.

اليمين. قال: وليس يرث الورثة شرط التصديق عن الميت كما يرثوا ماله؛ لأن للذي عليه⁽¹⁾ الحق أن يقول: وثقت بدين الميت وعلمتُ صدقَه⁽²⁾.

قال أشهب: وإذا ورث قوم خياراً فاختلفوا، فقال بعضهم: أجاز البيع، وقال بعضهم: بل أنقضه، فليس لهم إلا أن يأخذوا جميعاً أو يردوا جميعاً، وهذا النظر؛ لأن الذي ورثوا ذلك عنه لم تكن له إجازة بعض ذلك ورد بعضه، فكذلك هم⁽³⁾.

قوله: (فليس لهم إلا أن يأخذوا جميعاً...) المسألة.

قلت: يؤخذ من هذا المعنى ما في سماع أصبغ من الوصايا. قال: سمعت ابن وهب - وسئل عن رجل أوصى إلى رجل ثم مات الموصى له، وأوصى إلى آخر بوصيته، ووصية الرجل الأول، فقال الموصى إليه الثاني: أما وصيته فأنا أقبلها، وأما وصيته الأولى⁽⁴⁾ فلا أقبلها؛ لأن فيها ديوناً وتخليطاً، أترى ذلك له؟ قال: نعم، ورفع⁽⁵⁾ ذلك إلى القاضي حتى يستخلف على ذلك.

(1) قوله: (للذي عليه) غير مقروء في (ع).

(2) انظر المسألة غير منسوبة إلى ابن الهندي في: وثائق ابن سلمون: 221/2.

وزاد المشدالي بعده: وانظر لو مات المديان؛ هل يلزم ورثته شرط التصديق؟ أو لا يلزمهم؟ لأن لهم أن يقولوا: لا يلزم من رضا موروثنا بتصديقك وحسن اعتقاده فيك أن نرضى نحن ذلك منك.

وهذا هو الأظهر، وهي قريبة في المدرك من مسألة أبي إبراهيم مع أبي الفضل راشد في بيع الثنبا المتقدمة آنفاً.

(3) تهذيب البراذعي: 177/3.

(4) قوله: (وصيته الأولى) يقابله في (ش): (وصيته الأولى).

(5) في (ع): (ويرجع).

قال أصبغ: لا أرى ذلك، لأن وصية الأول من وصية الثاني؛ فليقبلها⁽¹⁾ على وجهها أو يدع، فإن قبل بعضها فأراه قبولاً للجميع.

ابن رشد: قول ابن وهب أظهر⁽²⁾.

الصقلي: الذي أراه أن يقول له الإمام: إما أن تقبل الجميع؛ أو تدع الجميع⁽³⁾.

قلتُ: ونحوه في باب الشفعة⁽⁴⁾.

قوله: (وهذا النظر).

أي: القياس.

والأصل هل هنا الموروث الذي له الخيار، والفرع الورثة⁽⁵⁾، والعلة ضرر التبعض، والحكم عدم التبعض.

(1) في (ع): (فيقبلها).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 297/13.

(3) المسألة منقولة في مواهب الجليل، للحطاب: 553/8.

(4) المشدالي: انظر لو كانت الوصية كلها للموصي فأراد الوصي أن يقبل بعضها ويترك بعضها لصعوبته، كما إذا اشتملت على صدقة وكفارات وشراء ربع للتحييس، فأراد رد شراء الربع وقبول ما سواه، وقد نزلت فعمل فيها بمقتضى ما اختاره ابن يونس، وما وقع في الشفعة.

قلت: أما على قول أصبغ فالحكم المذكور واضح، وأما على قول ابن وهب ففيه نظر، والأظهر ما قاله ابن يونس. والله أعلم.

(5) قوله: (الورثة) زيادة من (ع).

وإن كان الورثة كلهم أصاغر ولهم وصيان، فما اجتمعا عليه من رد، أو إجازة بوجه الاجتهاد بغير محاباة؛ فهو جائز، وإن اختلفا؛ نظر في ذلك السلطان فيمضي قول أصوبهما، بخلاف الورثة؛ لأن الوصيين لا يحكمان في مال غيرهما⁽¹⁾.

قوله: (إن اختلفا نظر السلطان).

المتيطي: لو أوصى الأب لاثنين، فأراد أحدهما إطلاق اليتيم، وأبى الثاني، نظر القاضي في ذلك ولم يطلقه إلا بعد ثبوت رشده عنده.

ومن أغمي عليه في أيام الخيار انتظرت إفاقتة، ثم هو على خياره، إلا أن يطول إغماءه أياماً فينظر السلطان، فإن رأى ضرراً فسخ البيع، وليس له أن يمضيه بخلاف الصبي والمجنون، وإنما الإغماء مرض⁽²⁾.

قوله: (من أغمي عليه في أيام الخيار).

اللخمي: لو أفاق بعد يومين؛ فله أن يختار في اليوم الثالث وزيادة يومين بعده؛ لأنه إنما دخل على أن يؤامر نفسه ثلاثة أيام، ولا ضرر على البائع في زيادة يومين، ولو كان الخيار للبائع؛ كان أبين في استئناف المدة⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 178/3.

(2) تهذيب البراذعي: 179/3.

(3) انظر: التبصرة، للرخمي، ص: 4541 و4542.

وإذا ابتاع المكاتب شيئاً بالخيار ثلاثاً فعجز في الثلاث؛ فليسيده من الخيار ما كان له (1).

قوله: (فليسيده من الخيار ما كان له).

يقوم من هنا؛ أن المكاتب يصير منتزع المال بنفس العجز، وهو ضعيف، لأنه (2) إنما قال: (ليسيده من الخيار ما كان له)؛ لأنه صار محجوراً عليه بنفس العجز.

قلت: وفي صيرورة المكاتب بعجزه محجوراً عليه، وينظر إلى حاله قبل الكتابة خلاف مشهور بين الشيوخ؛ استنبطوه من مواضع من المدونة.

قيل: فمن باع سلعة على أن فلاناً بالخيار أياماً يجوز هذا البيع؟ قال: قال مالك في الرجل يبتاع السلعة ويشترط البائع إن رضي فلان البيع جاز. فلا بأس به، وإن رضي البائع أو رضي فلان البيع فالبيع جائز، فهذا يدل على مسألتك (3).

قوله: (قيل: فمن باع سلعة) المسألة.

المغربي: سأله عن الخيار فأجاب: بالرضى، ولا فرق بينهما، وإنما تحرى اللفظ، وقوله: (جاز) من كلام البائع.

قلت: لا طائل تحت هذا الكلام؛ لأنه لم يشتمل على نكتة الاختصار،

(1) تهذيب البراذعي: 180/3.

(2) زاد بعده في (ش) قوله: (لأنه).

(3) تهذيب البراذعي: 180/3.

ومازعمه من أن (جاز) من كلام البائع غير صحيح، أما أولاً: فلأنه صريح في كلام الصقلي على وجه لا يحتمل أنه (1) لمالك، ولأنه لا يصح للبائع الحكم بالجواز.

وأما (2) ثانياً: فلأنه ظاهر في كلام البراذعي أنه لغير البائع، ويكون - بلا بأس - عطف حكم على حكم (3).

واختصرها لعدم مطابقة الجواب، لأنه سأله عن الخيار فأجاب (4) بالرضى، وهو أضعف.

قلتُ: والأحسن أن يقال: اختصرها لوجهين:

أحدهما: أن يقال: يمكن أن يكون البراذعي مع أسد توهُماً أن بيع الخيار رخصة، ومن حقها أن تكون قاصرةً على المتعاقدين، وهي هنا متعد للغير، فأجاب بأنها عند مالك تتعدى، بدليل مسألة الرضى.

الثاني: أن يقال: اختصرها لإشكال القياس.

بيأنه أن الخيار في مسألة السؤال التي هي الفرع وقع في أصل البيع، فقد ملك البائع وفلان الخيار معاً، وما كان من الخيار بهذه المثابة لا يصح فيه

(1) قوله: (أنه) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (أما).

(3) المشدالي: نص الصقلي: وقد قال مالك - فيمن باع سلعة واشترط رضا غيره - أن البيع جائز، فكذلك مسألتك. اهـ.

والظاهر أن العطف إن كان بالفاء فلفظ (جاز) من كلام البائع كما قال الشيخ، وإن كان العطف بالواو كما في بعض النسخ فهو من كلام مالك. والله أعلم.

(4) في (ع): (فأجابه).

الاستبدال من أحدهما دون الآخر؛ كما أشار إليه عياض عن الحذاق (1)، والرضى في مسألة الجواب التي هي الأصل بعد تسليم تساويهما وقع معطوفاً، وظاهره منفصل عن عهدة (2) البيع، ثم اشترطه البائع؛ فلم يملك الخيار في أصل العقد لهما معاً، فلذا صح الاستبدال.

فعلى هذا؛ لا يلزم من الاستبدال في الأصل الاستبدال في الفرع.

فإن قلت: قوله: (ويشترط) في موضع الحال، فعلى هذا استوت المسألتان في كون البائع وفلان تساويًا في كون الرضى لهما معاً.

قلت: قد علمت ضعف وقوع مثل هذه الجملة حالاً (3).

ووقع في بعض النسخ: (فمن اشترى).

ووجه اختصارها؛ إشكال الحكم في الفرع؛ وذلك أنه (4) يوهم أن الاستبدال من البائع دون من له الخيار يوجب لزوم البيع أو رده، وقد اعتبر ذلك في مسألة الرضى، ولا يلزم من الاستبدال في مسألة الرضى التي هي الأصل الاستبدال في مسألة الخيار التي هي الفرع؛ لأن الفرع الشرط فيه للمشتري لا من البائع.

(1) في (ع): (الجواز).

(2) في (ش): (عقدة).

(3) المشدالي: يعني الجملة المصدرة بالمضارع المثبتة المقرونة بالواو، كقولهم: قمتُ وأصك عينه، وضعف هذا التركيب معلوم عند النحاة.

(4) قوله: (أنه) ساقط من (ع).

وإذا اشترى رجلان سلعة بالخيار؛ فلمن شاء منهما أن يأخذ أو يرد، ولا خيار في ذلك لصاحب السلعة؛ لأنه لا يتبع ذمة كل واحد منهما لو فلس إلا بحصته من الثمن⁽¹⁾.

قوله: (وإذا اشترى رجلان سلعة... المسألة).

قال شيخنا أبو عبد الله محمد بن عرفة رحمته الله: المسألة عندي على وجهين؛ تارة يشترى بها صفقة، فليس لأحدهما الرد دون الآخر؛ لأنه وإن تعددا فالبايع لم⁽²⁾ يدخل على التبعض⁽³⁾، وتارة يشترى أحدهما مثلاً نصفها، ثم الآخر نصفها، فهذه عندي هي⁽⁴⁾ التي يحمل عليها قولها ههنا.

قلت له - وصوبه -: هذا ظاهرٌ في نفسه، ولكنه خلافٌ لصريح المدونة؛ لأنه زاد في هذه المسألة ما يبينها أو آخر الهبة صفقة واحدة⁽⁵⁾.

والذي له الخيار من المتبايعين إذا وهب أو دبر أو كاتب أو أجر أو أعتق أو رهن أو تصدق أو وطئ أو قبّل أو باشر، فذلك من المبتاع رضى بالبيع ومن البائع رد له، وإن كان الخيار للمبتاع في الدابة فهلها

(1) تهذيب البراذعي: 181/3.

(2) قوله: (لم) ساقط من (ع).

(3) قوله: (على التبعض) زيادة من (ع).

(4) قوله: (هي) ساقط من (ع).

(5) المشدالي: أشار إلى قوله في أو آخر كتاب الهبة: (ومن وهب عبداً لرجلين فعوضه أحدهما من حصته فله الرجوع في حصة الآخر إن لم يعوضه، كمن باع عبداً من رجلين في صفقة فنقده أحدهما وفلس الآخر، كان أحق بنصيب الآخر من الغرماء).

أو ودجها أو عربها أو سافر عليها فهو رضى وتلزمه الدابة، إلا أن يركبها شيئاً خفيفاً في حاجة له ليختبرها، فيكون على خياره⁽¹⁾.

قوله: (أو آجر).

أما من المشتري فواضح، وأما من البائع فيكون⁽²⁾ رضى مع كون الغلات له.

فقال بعض الشيوخ: محمله على ما إذا كانت الإجارة طويلة، والعبد ليس لسيد⁽³⁾ الخدمة.

المغربي: إذا كان الخيار للمشتري هل له أن يطأ ابتداءً؟

قلت: هذا قصورٌ منه؛ لنصها في كتاب الاستبراء، وتؤخذ من رواية علي أخذاً أحرورياً⁽⁴⁾.

(1) التهذيب للبرادعي: 181/3.

(2) في (ع): (فكيف).

(3) في (ع): (بعبد).

(4) المشدالي: أما ما في كتاب الاستبراء فهو قوله: إن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب المشتري عليها وكان الخيار له فذلك حسن؛ إذا لو وطئها المبتاع لكان بذلك مختاراً، وإن كان منهيّاً عن ذلك. انتهى.

وأما رواية علي فهي قوله في هذا الكتاب بعد هذا: وروى علي عن مالك في البيع أنه لا ينبغي أن يبيع حتى يختار، فإن باع فليس يبعه باختيار. المشدالي: والأحروية ظاهرة لا تحتاج إلى بيان.

وإن كان الخيار للمبتاع في الجارية فجردها في أيام الخيار، ونظر إليها فليس ذلك برضى، وقد تجرد للتقليب إلا أن يقر أنه فعل ذلك تلذذاً فهو رضى⁽¹⁾.

قوله: (وقد تجرد للتقليب).

ابن محرز وغيره: هذا يوهم تجريد الرقيق عند الشراء، وليس كذلك، وإنما معناه [36/ب] أن الناس يفعلون ذلك؛ وليس بصواب.

قلت: ويؤيد هذا ما في العتبية في الرجل يشتري الجارية أترى أن ينظر إلى كفيها؟ قال: أرجو ألا يكون به بأس، قيل له فمعصمها وساقها؟ قال: لا، ولا يعجبني، ولكن أرى أن يخبر عنها كما يخبر عن المرأة يتزوجها، وأخبرنا سحنون عن ابن نافع أن ابن عمر دخل السوق فضرب بيده على صدر جارية فهزّها، ثم قال: من شاء فليشتتر⁽²⁾.

ابن رشد: قوله: لا ينظر إلى ساقها ومعصمها؛ خلاف لما في كتاب الخيار من المدونة، إذ⁽³⁾ ظاهر المدونة جواز النظر إلى ما عدى الفرج، وفعل ابن عمر محمول على جاريته، وقد قيل: إنما فعله ليعلم الناس أن مثل هذا يجوز في الرقيق، وضرب الصدر من فوق الثوب أخف من النظر⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 182/3.

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 296/7.

(3) قوله: (إذ) يقابله في (ش): (ثم إن).

(4) البيان والتحصيل، لابن رشد: 296/7.

ومن اشترى من رجل عبداً بعبد بالخيار وتقابضا، فمصيبة كل عبد في الخيار من بائعه(1).

قولُه: (وتقابضا).

أحرى إذا لم يتقابضا، وإنما تكلم على الوجه الذي يتوهم فيه أن الضمان من القابض.

ومن ابتاع دابة بالخيار على أن ينقد ثمنها فنقد، ثم ماتت الدابة في أيام الخيار فمصيبتها من البائع ويرد الثمن(2).

قولُه: (فماتت الدابة في أيام الخيار).

يريد: ولو كانت بيد المبتاع.

وهنا سؤال قرره غير واحد؛ وهو أن يقال: تعارض هنا أصلاً: كون ما هلك في أيام الخيار؛ يقتضي كون ضمانه من البائع، وكون البيع فاسداً قبض يقتضي أن الضمان من المشتري، فرجح جانب البائع؛ لأن الأصل ضمانه.

قال شيخنا أبو عبد الله: إنما رجح جانب البائع(3) هنا لعدم انبرام العقد، ولذا كان الضمان في المواضعة الفاسدة من المشتري لانبرام العقد.

(1) تهذيب البراذعي: 183/3.

(2) تهذيب البراذعي: 183/3.

(3) قوله: (لأن الأصل ضمانه، قال شيخنا... البائع) ساقط من (ع).

وإن كان الخيار للمبتاع في أمة، فأعتقها البائع في أيام الخيار فعتقه موقوف، فإن رد المبتاع البيع لزم البائع عتقه ذلك، كمن أخدم أو أجر أمة سنة، ثم أعتقها، فعتقه موقوف، فإذا تمت السنة أعتق بغير إحداث عتق⁽¹⁾.

قوله: (فأعتقها البائع في أيام الخيار).

ابن رشد: لو كان الخيار للبائع فبنى المشتري في الدار، أو للمشتري فبنى البائع قبل انقضاء أمد الخيار؛ لكان لمن بنى منها قيمته منقوضا لتعديده⁽²⁾.
الللخمي: وهو قول سحنون في العتبية، ولم يجعله بمنزلة من بنى بوجه شُبهة⁽³⁾.

قوله: (كمن أخدم).

المغربي⁽⁴⁾: وجه الشبه بينهما أن الأمة المخدومة أو المستأجرة أعتقها ربا في ملكه وضمانها منه؛ لكن تعلق بها حق الغير، وبائع الأمة بخيار، المشتري أعتق ما في ملكه وضمانه؛ لكن تعلق به حق الغير.

قلتُ - وصَوَّبَهُ شَيْخُنَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ -: لا خفاء بضعف القياس، لتمام ملك الرقبة في المقيس عليها، وضعفه في المقيس، فلا يلزم من إلزام المعتق في الثانية إلزامه في الأولى.

(1) تهذيب البراذعي: 183/3.

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 1175/2.

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4554.

(4) في (ع): (المقري).

ومن اشترى ثياباً أو رقيقاً أو غنماً؛ على أنه بالخيار إذا نظرها، فنظر إليها وصمت حتى رأى آخرها فلم يرضها، فذلك له (1).

قوله: (فصمت).

اللخمي: أي رضي، ووجه ذلك: أنه لا يلزمه ولو خرج مساوياً للأول الذي رضي به، لما بينهما من التفاوت، ولأن ذوات القيم لا (2) غاية لها.

وليس للمبتاع أن يقبل ما رضي بحصته من الثمن، ويرد ما خرج مخالفاً؛ إلا أن يرضى البائع، ولا للبائع أن يلزمه ذلك إذا أبى المبتاع وكان الاختلاف كثيراً، وكذلك جميع ما يوزن أو يكال (3).

قوله: (ما يوزن).

قلت: يقع هذا كثيراً في ركائب الكتان، وأعدال الغلات؛ يوجد آخرها مخالفاً لأولها.

وجرت العادة أن الاختلاف اليسير مغتفر.

كما جرت العادة أنه لو خرج أفضل من المرئي أولاً أنه لا مقال للبائع. ونص على ما قلناه ابن عبد البر (4).

(1) تهذيب البراذعي: 184/3.

(2) قوله: (القيم لا يقابله في (ع): (القيام).

(3) تهذيب البراذعي: 184/3.

(4) المشدالي: قال ابن عرفة في المختصر: قال أبو عمر: لا بأس ببيع البز والقطن والكتان في أعداله بغير برنامج، إذا فتح ونظر لبعضه على أن أخرجه على صفة ما رأى، فإن وجد فيه خلافاً يسيراً والصنف واحد وأشبهه بعضه بعضاً إلا أن الأول أجود؛ لأنه

ولا يجوز في الصرف خيار وإن قرب، وإن عقدا عليه لم يجز وإن أسقطا الخيار قبل التفرق، إلا أن يستقبلا صرفاً جديداً⁽¹⁾.

قوله: (وإن عقداه عليه).

ابن رشد: الصرف على الخيار فاسدٌ، كان الخيار لهما أو لغيرهما، أو

وجد الشيء لزم البيع، وإن جاء بخلاف الصفة أو تغير كثيراً فله الرد. قلت: هذا نص فيما عليه بيع ركائب الكتان، وسلل التين والعنب ونحوهما ببلدنا. وكان بعض قضاة شيوخرنا يتوقف في بيع الركائب كذلك، والصواب جوازه؛ لأن شق ذلك فسادٌ له.

وقال بعضهم: يوقف بعض المرئي بيد أمين ليتبين صدق مدعي الخلاف أو كذبه. واغتفار يسير الخلاف فيه صوابٌ؛ لقولهم في الخيار: إن اشترى ثياباً أو رقيقاً أو غنماً... إلى آخر المسألة.

البرزلي - فيمن يشتري سلل التين فإذا فرغها وجد التين لم يطب - قال: إذا ابتاعه لنفسه فهو بالخيار بين الرد والترك، وإن اشتراه أهل الأسواق ووجد عندهم هكذا فليردوه على أصحابه، ولا يباع في أسواق المسلمين، ويتقدم إلى البائعين في بيعه هكذا، فإن باعه بعد ذلك فليصدق به، أدباً له.

قال: وأما ما يفعل اليوم في تعبئة التين والعنب في القراطيل والسلال، فأعلاه خير من أسفله، ووسطه وسط، ولكنه قريبٌ لمناسبة بعضه من بعض، وأهل الأسواق يعرفون ذلك، فلا بأس به، فإن خرج كذلك فلا مقال له، وإن كثر الاختلاف بالرداءة فله ردُّه إذا خرج عن المعتاد، وينهى عن ذلك، فإن عاد تصدق به عليه.

وكان بعض المتورِّعين يعمل الطيب أسفل والرديء أعلى، فإن لم يشتهر بذلك فهو حسن، وإن اشتهر بذلك ثم وُجد واحداً - أعلاه وأسفله - ففي ردِّه نظر. كان يتقدم لنا في المجالس هذا البحث.

(1) تهذيب البراذعي: 190/3.

لأحدهما، لكن إذا كان لهما معاً فتمما العقد بالنقد بالحضرة واتفقهما؛ لم يفسخ، ويفسخ فيما عداه (1).

قلتُ: هذا خلافٌ لما في المدونة.

انظر ما له في المقدمات.

قيل: فمن أخذ سلعة من رجل بمائة دينار إن رضيها، أو على أن يريها، فماتت أو تلفت قبل أن يرضاها أو يريها، فممن ضمانها؟ قال: قال مالك: ضمان ما بيع على خيار مما لا يغاب عليه، أو مما ثبت هلاكه مما يغاب عليه من البائع، وإن قبضه المبتاع، وما لم يثبت هلاكه مما يغاب عليه فالمبتاع يضمنه ويلزمه الثمن (2).

قوله: (قيل: فمن أخذ سلعة).

قال بعضهم: اختصرها لإشكال الجواب؛ إذ لا يلزم من ضمان المبتاع - ما يغاب عليه في مسألة الخيار (3) - لزوم الضمان في مسألة الرضى التي سأل عنها؛ لضعف الأمانة في إحدى المسألتين، وقوتها في الأخرى، فتأمل ذلك!

قلتُ: ويمكن في اختصارها وجهان آخران:

الأول أن الرضى في صورة السؤال قاصرٌ على المبتاع، وفي صورة الجواب مطلقٌ؛ إما للبائع خصوصاً، أو للمبتاع فقط، أو لهما معاً، أو للأجنبي.

ولا يلزم من انتفاء الضمان عن المبتاع على تقدير كون الخيار للبائع، أو

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 442/6.

(2) تهذيب البراذعي: 193/3.

(3) في (ش): (جملة خيار).

الأجنبي في صورة الجواب انتفاؤه عن المبتاع في صورة السؤال؛ لأن قبض المبتاع لا يشبه الأمانة.

الثاني أن يقال: إن البراذعي استشعر أن هذه مع الأولى المختصرة أيضاً متنافيتان.

بيانه أن الرضى والخيار؛ إما أن يتساويا فيلزم ألا يختصرهما معاً، أو لا يتساويا، فإما أن يكون الرضى أقوى فيلزم بطلان جوابه أولاً في قوله: (فهذا يدل على مسألتك)⁽¹⁾؛ إذ لا يلزم من صحته في الأقوى صحته في الأضعف، وهو الاختيار المسؤول عنه في المسألة الأولى، أو يكون الخيار أقوى؛ فيلزم كون الضمان هنا من البائع⁽²⁾ المسؤول عنه، والرضى⁽³⁾ أخرى.

ومن اشترى شيئاً على خيار مما يغاب عليه أم لا، ثم رده في أيام الخيار، فقال البائع: ليس هو هذا، وقال المبتاع: هو هذا، فالمبتاع مصدق مع يمينه⁽⁴⁾.

قوله: (فالمبتاع مصدق مع يمينه).

ابن محرز: إنما كان القول قوله، وإن كان لو هلكت ضمنها لأن البائع بشرطه⁽⁵⁾ الخيار قد وكله على ردها، وجعل ذلك إليه، فصار كالأمين على

(1) تهذيب البراذعي: 180/3.

(2) في (ش): (الباقى).

(3) في (ع): (وهو الرضى).

(4) تهذيب البراذعي: 194/3.

(5) في (ع): (بشرط).

عينها بخلاف لو رد المشتري سلعة بعيب (1)، وقال البائع: لم أبعك (2) هذه لم يصدق المشتري، لأنه لم يأخذها ليردها.

المتيطي: إلا أن تقوم بينة للمبتاع (3).

قيل لابن عتات: أرأيت إن قال البائع: لا أعلم أهو الذي بعت منك أم لا، فهل للمشتري رده؟

قال: له رده إذا لم يحقق البائع إنكاره فيه.

قيل له: فهل على المشتري يمين أنه هو أم ليس هو؟

فقال: قد يتوجه وقد لا.

قيل له: فإن قال رجل لآخر: لي عليك عشرة، فقال المطلوب: لا أدري عشرة أم خمسة؟

قال: يلزمه عشرة.

وسئل ابن مالك عن مسألة الرد بالعيب إذا قال البائع: لا أعلم هل هو الذي بعت منك أم غيره؟

فقال: يحلف المشتري، ويرد ذلك.

وقال ابن سهل: هذا أصل مختلف فيه (4).

(1) في (ع): (بعيها).

(2) في (ع): (أبع منك).

(3) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام (المتيطية)، لأبي الحسن المتيطي: 401/أ.

(4) المشدالي: قال ابن يونس: قال ابن القاسم عن مالك في العتبية فيمن انتهت صرة وناس ينظرون إليه قد أخذها فطولب فطرحها في متلف فادعى ربهَا عدداً وأكذبه

ومن اشترى سلعة أو ثوباً؛ على أنه بالخيار يومين أو ثلاثة فلم يختر حتى مضت أيام الخيار ثم أراد الرد، والسلعة في يديه، أو أراد أخذها وهي بيد البائع، فإن كان بعيداً من أيام الخيار فليس له ردها من يده، ولا أخذها من يد البائع، وتلزم من هي بيده من بائع أو مبتاع، ولا خيار للآخر فيها، وإن كان بعد غروب الشمس من آخر أيام الخيار، أو كان كالغد، أو قرب ذلك، فذلك له، واحتج بالتلوم للمكاتب بعد الأجل⁽¹⁾.

قوله: (واحتج بالتلوم).

وجه الحجة أن يقال: بيع الخيار عقد فيه أجل مضروب؛ فليس نفس مضي الأجل حكماً أصله التلوم للمكاتب.

وقد يقال: الفرق واضح وهو التشوف؛ فلا يلزم من التلوم فيما يستلزم حرية التلوم فيما لا فيه سبب حرية.

الآخر ولم يفتحها ولا يدري المنتهب كم فيها أو لم يطرحها ثم يختلفان: قال: القول قول المنتهب مع يمينه، وقال مطرف وأشهب وابن كنانة في هذا وشبهه: القول قول المنتهب منه إذا ادعى ما يشبه، وأن مثله يملكه.

قال ابن يونس: يريد ويحلف وقد اختلف في يمينه، كمن يدعي على رجل مئة، ويقول المطلوب: لا أدري ألك على شيء أم لا؟ فقيل: يأخذ المدعي ما ادعاه بلا يمين؛ لأنه لا حقيقة عنده ولأن الشاك لو أحلف لم يمكنه أن يحلف فيصير لا فائدة في يمين مدعي التحقيق.

المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن: والذي في الكتاب أنه يحلف. قال - في تضمين الصانع في اختلاف المتبايعين إذا ادعى أحدهما العلم والآخر الجهل -: إن القول قول مدعي العلم مع يمينه. انظر الشيخ في كتاب الغصب.

(1) تهذيب البرادعي: 195/3.

ولو شرطاً إن لم يأت المبتاع بالثوب قبل مغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع، لم يجز هذا البيع، أرأيت إن مرض المبتاع أو حبسه سلطان، أكان يلزم البيع! (1).

قولُه: (قبل مغيب الشمس... المسألة).

قلتُ: عورضت بها في أواخر صلحها، وبها في سماع أبي زيد - فيمن تحمل بوجه رجل إلى أجل، فإن لم (2) يأت به إليه فالمال عليه، فإن لم يأت به إلى الأجل وأتى من الغد - أن الحميل ضامنٌ للمال حين لم يأت يوم الأجل (3).

ابن رشد: هذا الشرط في هذه الرواية (4)؛ خلاف أصله في كتاب الخيار من المدونة انظر تمامه (5). [37/أ]



(1) تهذيب البراذعي: 195/3 و196.

(2) قوله: (فإن لم) يقابله في (ع): (فلم).

(3) قوله: (وأتى من الغد أن الحميل ضامنٌ للمال حين لم يأت يوم الأجل) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (الروايات).

(5) البيان والتحصيل، لابن رشد: 362/11 و363.



كتاب المراجعة

كتاب المراجعة

قلتُ: هذا تسمية للشيء بأشرف عارضيه.

ومن اشترى بزاً من بلد، فحمله إلى بلد آخر، فلا يحسب في رأس المال جُعل السمسار ولا أجر الشد والطي، ولا كراء البيت، ولا نفقة نفسه ذاهباً وراجعاً، كان المال له أو قراضاً، ويحسب كراء المحمولة، والنفقة على الرقيق والحيوان في أصل الثمن⁽¹⁾.

قوله: (والنفقة على الرقيق)⁽²⁾.

يريد: إذا لم تكن له غلة، فإنه لا يحسب عليه النفقة إلا أن تعجز الغلة عن النفقة فيحسب الفاضل.

ولو كانت الغلة أكثر من النفقة لكان الفضل له؛ لأن الغلة بالضم.

ومن ابتاع حيواناً أو غنماً أو حوائط، أو رباعاً فاغتلها وحلب الغنم، فليس عليه أن يبين ذلك في المراجعة؛ لأن الغلة بالضم إلا أن يطول الزمان، أو تحول الأسواق، ولا يثبت الحيوان على حال⁽³⁾.

قوله: (ومن ابتاع حوائط... المسألة).

(1) تهذيب البراذعي: 201/3.

(2) تهذيب البراذعي: 201/3.

(3) تهذيب البراذعي: 202/3.

قال بعض الشيوخ: يريد إلا أن يشتري النخل بعد الإبار فاغتلها، فيبين كالصوف إذا كان يوم الشراء تاماً.

ومعناه: أنه يحسب إجراء النفقة والعلاج إذا لم يغتل كالعبد سواء.
قوله: (لأن الغلة بالضمان).

هذا التعليل غير مناسب؛ لأنه حاصلٌ فيما إذا باعها إثر ما اشتراها، فإن الضمان منه والبيان مفقود.

والصوابُ التعليل بعدم حدوث ما يؤثر نقصاً في المبيع، أو ما تختلف فيه الأغراض.

ومن ابتاع سلعة أو عروضاً أو حيواناً، فحالت أسواقها بزيادة أو نقصان، أو تقادم مكثها عنده، فلا يبيعها مرابحة حتى يبين؛ لأن الناس في الطَّرِيّ أرغب منهم في الذي تقادم مكثه في أيديهم⁽¹⁾.

قوله: (بزيادة أو نقصان).

أما النقص فلا تفصيل فيه⁽²⁾ أنه يلزمه أن يبين، ولو حدث قُربَ الشراء.

وأما الزيادة؛ فإن كانت بقرب الشراء، لم يلزم بيان، وإلا يَبِّن.

نص على هذا ابنُ حبيب، وهو وفاقٌ للمدونة وتفسيرٌ لها، لأن ظاهر

المدونة قُربَ أو بَعْدَ فيها⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 203/3.

(2) في (ش): (في).

(3) انظر: المدونة (زايد): 186/7، و(السعادة/صادر): 229/10، و(العلمية):

240/3، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 348/6.

وإن ورث نصف سلعة ثم ابتاع نصفها؛ فلا يبيع نصفها مرابحة حتى يبين؛ لأنه إذا لم يبين دخل في ذلك ما ابتاع وما ورث، وإذا بين فإنما يقع البيع على ما ابتاع⁽¹⁾.

قوله: (لأنه إذا لم يبين دخل فيه ما ابتاع).

قال شيخنا أبو عبد الله: أخذوا منه أن من ابتاع نصف حمام، وورث النصف الآخر عن غاصب - مثلاً - فلما صار الجميع مُلكاً له أراد بيع نصف منه - مثلاً - ولم يُضِفْه لميراث ولا شراء.

فعلى قولهم هنا أن⁽²⁾ الجزء لا يتميز، وهو ظاهرٌ تعليلها إذا أراد بيع النصف المشتري، لا بد من القصد إلى تسمية الوجه الذي دخل به في ملكه، وإلا فللمشتري الخيار.

قلت: وفي سماع عيسى - فيمن قال لرجل: اشتر سلعة كذا، وأنا فيها شريكك، فاشتراها ثم أشرك فيها رجلاً آخر - قال: للأول نصفها وللآخر ربعها.

ابن رشد: هذا هو⁽³⁾ المشهور على قياس ما في المدونة في المرابحة.

وقيل: للمشرك الأخير جميعُ حظ الشرك، وهو دليل عتقها الأول⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 205/3.

(2) قوله: (أن) زيادة من (ع).

(3) قوله: (هو) ساقط من (ش).

(4) البيان والتحصيل، لابن رشد: 33/12 و34.

وإن ابتعت ثوبين بأعيانهما؛ فلا تبع أحدهما مرابحة أو تولية بحصته من الثمن غير مسماةٍ وإن اتفقت الصفة، ولو كانا من سلم؛ جاز ذلك قبل قبضهما أو بعد، إذا اتفقت الصفة ولم تتجاوز عنه فيهما؛ إذ لو استحق أحدهما لرجعت بمثله، والمعين إنما يرجع بحصته من الثمن (1).

قوله: (ثوبين بأعيانهما...) المسألة.

قيل: ليس في الأم: (أو تولية)، وإنما مسألة التولية في كتاب الصلح، وليس في الأم: (غير مسماة)، ولا نقله الصقلي.

ولفظ الأم: (وإن ابتعت ثوبين بأعيانهما صفقةً واحدةً بعشرين درهماً؛ فلا تبع أحدهما مرابحةً بعشرة دراهم) (2).

الشيخ: لفظ الأم بيّن؛ لأنه إذا منع بيع أحدهما مرابحةً، وإن سمي ما ينوبه من الثمن، فأحرى إن لم يسم.

ولفظ أبي سعيد: (غير مسماة)، يقتضي أنه إذا باعه بحصته من الثمن مسماةً، راجعٌ لمسألة التولية؛ فيستقيم.

والفرق بينه وبين ثوبي السلم أنّ المعين يمكن القصد إلى أحدهما، فإذا باع أحدهما مرابحةً؛ احتمل أن يكون باعه بما لم يدخل عليه فيه من الثمن، لاحتمال القصد إلى المعينات، وفي السلم: (هما في الذمة)، ولا يمكن القصد إلى

(1) تهذيب البرادعي: 206/3.

(2) انظر: المدونة (زايد): 194/7، و(السعادة/صادر): 187/10، و(العلمية):

تخصيص أحدهما.

ولقائل أن يقول: يُشكّل هذا، ويلزم (1) إذا كانا غائبين؛ فإنه يمتنع بيع (2) أحدهما مربحةً لو اشتراهما على الصفة، مع أنه لا يمكن القصد إلى أحدهما كالسّلم.

قلت: لا يلزم هذا، لأن الاستحالة في السلم عقليٌّ، وفي الغائب عاديٌّ بجواز إطلاعه عقده حالة العقد عليها، فيعين أحدهما لغرض له فيه.

قلت: ولقائل أن يقول: قولكم: ما في الذمة لا يمكن القصد إلى تخصيص أحدهما؛ يبطل قسم الدين، ويلزم عدم الاختصاص في الإثم بشروطه، واللازم باطل.

وما ذكره ابن رشد - في نوازله - في هذا المقام واضح (3).

(1) في (ع): (أو يلزم).

(2) قوله: (بيع) ساقط من (ش).

(3) انظر: مسائل ابن رشد: 641/1، وما بعدها.

وزاد المشدالي بعده: سئل ابن رشد رحمته عن قول مالك في كتاب المراجعة، وما وقع له في كتاب الصلح فيمن اشترى ثياباً جملة واحدة، فقال: (لا يجوز أحدهما مربحة إلا أن يبيّن)، ثم قال في المراجعة: (إذا كانت مختلفة القيم)، وأدخلها ابن أبي زمنين في كتابه فقال: (لا يجوز إن اختلفت قيمتها)، فهل قوله هذا مقتض للخلاف؟ أو تبيين عدم الجواز؟

فأجاب: لا يجوز على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن يبيع أحدهما مربحةً دون أن يبيّن؛ اتفقت قيمها أو اختلفت، وذلك نصٌّ في كتابي المراجعة والصلح، قال فيها: (لا يجوز لمن اشترى ثوبين صفقةً أن يبيع أحدهما مربحةً على نصف الثمن، وإن كانت صفتها سواء)، وهو مذهب سحنون.

قوله: (ولم يتجاوز عنه)

معناه: أن يأخذ أدنى من الذي له.

ابن محرز: قوله: (إذا لم يتجاوز في صفة أحد الثوبين)؛ قالوا: هذا الشرط إنما يحتاج إليه في الثوب المبيع مرابحةً خاصةً، وأما الثوب الآخر فلا يراعى فيه ذلك تجاوز فيه، أو لم يتجاوز إلا أن يكون أفضل صفةً من الصفة التي وجبت، فيكون ذلك الفضل فيه من البائع لمكان البيع، فيقدح ذلك في الثوب المبيع

ووجهه أن الثياب لا تكاد تتساوى، وقد يغلط في استوائها؛ ألا ترى أن التجار قد يختلفون في كثير من الثياب، فيقول أحدهم: ها أجود، ويقول الآخر: بل هذا أجود، ويقول الآخر: بل هما سواء، فإذا لم يؤمن الغلط في ذلك وجب ألا يجوز لمن ابتاع ثوبين مستويين في صفقة أن يبيع أحدهما مرابحة حتى يبيّن؛ خوف أن يكون لم يقع عليه من الثمن إلا أقل من نصفه، كما لا يجوز له ذلك في المختلفين لذلك.

ولا أعرف في كتاب المرابحة ما ذكرته من قوله: (إذا كانت مختلفة القيم)، ولو ثبت ذلك لم يدل على جوازه إذا اتفقت قيمتها، فإن كان ابن أبي زمنين أدخل المسألة في كتابه على ما ذكرت، فلا تعلق لأحد في قوله؛ لأن المدونة حجة عليه، وليس هو بحجة عليها؛ ومثل هذا كان الشيوخ يعيرون قراءة المختصرات.

والذي أوقعه في ذلك أنه لفظ وقع في كتاب الصلح عقب لفظ بين أنه لا فرق بين أن تكون مختلفة القيم أو متفقتها.

وقد طرحه سحنون؛ خوف أن يتأول على غير وجهه، فيقام منه أن ذلك جائز إذا اتفقت القيم.

وابن عبدوس يرى أن الجملة يزداد فيها، فلا إشكال على قوله في المنع في الوجهين. وقد وقع في سماع أبي زيد من السلم ما يدل على الجواز إذا كان الثوبان معتدلين، ووجهه أن اعتدال الثوبين مما تُدرَك معرفته، والغلط فيه نادر، بخلاف التقويم، وما في الكتاب أظهر. والله أعلم.

مرابحة خاصةً، ويكون بمثابة من وضع عنه في بيعه، فإن كانت تلك الوضعية قبل بيعه؛ لزمه أن يبين ذلك، وإن كانت بعد بيعه؛ خيراً في وضعها عن المشتري على نحو ما قال في الكتاب في الوضعية. انظر كلامه (1).

ومن باع سلعةً مرابحةً، ثم ابتاعها بأقل مما باعها به أو أكثر، فليبع مرابحةً على الثمن الآخر؛ لأن هذا ملك حادث (2).

قوله: (ومن باع سلعة ثم اشتراها...) إلى قوله: (... ملك حادث).

ابن محرز: ظاهره أنه سواءً اشتراها من المشتري منه، أو من غيره، وأن ذلك بخلاف الإقالة، لأن الإقالة يتهمان فيها على حل العقد الأول، ولذا تحرّز في الكتاب من شرائه بمثل الثمن الذي باعها به؛ لأنه حينئذ يكون إقالة.

وقال فضل بن مسلمة في هذه المسألة: معناها عندي (3) أنه اشتراها من غير الذي باعها له (4)، وهذا هو مذهب ابن حبيب؛ لأنه يرى أنه كيف ما اشتراها من مشتريها منه بمثل الثمن، أو أقل أو أكثر، فلا بيع حتى يبيّن.

قلت: إذا كانت المسألة على ما قال فضل؛ فلا معنى لتقييده في المدونة بأقل من الثمن أو أكثر، فينبغي أن المثل كذلك لعدم تصور الإقالة بينهما.

وإن اشتركت في سلعة أو وليتها رجلاً، ثم حطك بائعك من الثمن ما يشبه استصلاح البيع، فإنك مجبور أن تضع عن من أشركته خاصة

(1) انظر: مختصر ابن عرفة: [298/ب].

(2) تهذيب البراذعي: 206/3.

(3) قوله: (معناها عندي) ساقط من (ع).

(4) قوله: (له) زيادة من (ع).

نصف ما حط عنك، ولا يلزمك ذلك فيمن وليته إلا أن تشاء أن تحط عنه ذلك الحطاط فيلزمه البيع، فإن لم تحط شيئاً خُير في أخذها بجميع الثمن، أو ردها عليك، وكذلك إن بعتهـا مرابحة⁽¹⁾.

قوله: (وإن اشتركتَ في سلعة...) إلى قوله: (... بعتهـا مرابحة).

ابن محرز: وقال في كتاب الشفعة: إذا أخذ الشقص بالشفعة، ثم حط البائع من الثمن؛ جبر على أن يحط عنك ذلك.

قال لنا أبو بكر بن عبد الرحمن: الفرق بين التولية والمرابحة والشفعة، أن البائع والمولى يقول: لو علمت أنه يحطني؛ لم أرض بهذا الربح القليل ولا بتوليتهـا رأس⁽²⁾ المال، وأما الشفعة فإنه مجبور⁽³⁾ على أخذها منه، ولم يكن له في ذلك اختيار.

ابن محرز: ونحوه للتونسي والمازري.

أما الشركة: فيحتمل أن يريد بها التي يجبر أهل الأسواق عليها، فإذا كان مجبوراً كان مثل الشفعة، وإن لم يكن كذلك فلا أعلم بين الشركة والتولية فرقاً، لأن الشركة إنما هي تولية بعض السلعة.

قلتُ: وانظر الكلام على الشركة الجبرية أول نوازل أصبغ من البيوع⁽⁴⁾.

[ب/37]

(1) تهذيب البراذعي: 206/3.

(2) في (ش): (برأس).

(3) في (ع): (يجبر).

(4) المشدالي: وقد ذكرناها في كتاب الشركة من مختصر البيان. فانظره.

وقال بعض القرويين: الفرق بينهما أن الشركة تنعقد قبل البيع، ولا يلزم ذلك في التولية؛ لأنها وعدٌ.

وقيل⁽¹⁾: الفرق أن العهدة في الشركة على البيع، وفي التولية إن لم يوله بالقرب على المولى، ولو ولاه بالقرب كانت على البائع.

ابن رشد: في العهدة في الشركة والتولية إذا أشركه أو ولاه بالقرب قولان، وبالبعد: لا تكون على البائع اتفاقاً.

وهل يجوز اشتراطها عليه؟ قولان.

فظاهره نقل ابن رشد أن تفرقة الكتاب بين الشركة والتولية اختلاف قول، وأن قوله: (يجبر⁽²⁾) في الشركة إنما هو على أحد القولين، ولا يجبر في التولية على أحد القولين.

ومن ابتاع مسن عبده أو مكاتبه سلعة بغير محاباة؛ فليع مرابحة ولا يبين⁽³⁾.

قوله: (ومن اشترى من عبده...) المسألة.

نحوه في التجارة في التفرقة في تنزيله عبده منزلة الأجنبي بخلاف السلم إليه⁽⁴⁾.

(1) في (ع): (وقال).

(2) زاد قبه في (ش): (لم).

(3) تهذيب البراذعي: 209/3.

(4) المشدالي: قوله: "في التفرقة" يريد في باب التفرقة بين الأم وولدها من كتاب التجارة إلى أرض الحرب، وأشار إلى قوله فيه: (ولا ينبغي بيع الأم من رجل والولد من عبده)

والفرق: أن متعلق السلم الذمة، وذمة السيد كذمة العبد، صرَّح بذلك في النكت في الحالة (1).

ومتعلق اشتراء السيد هنا ليس في الذمة؛ فضعفت التهمة.



مأذون له لذلك الرجل؛ لأن ما بيد العبد ملك له حتى ينتزع منه؛ إذ لو رهقه دين كان في ماله).

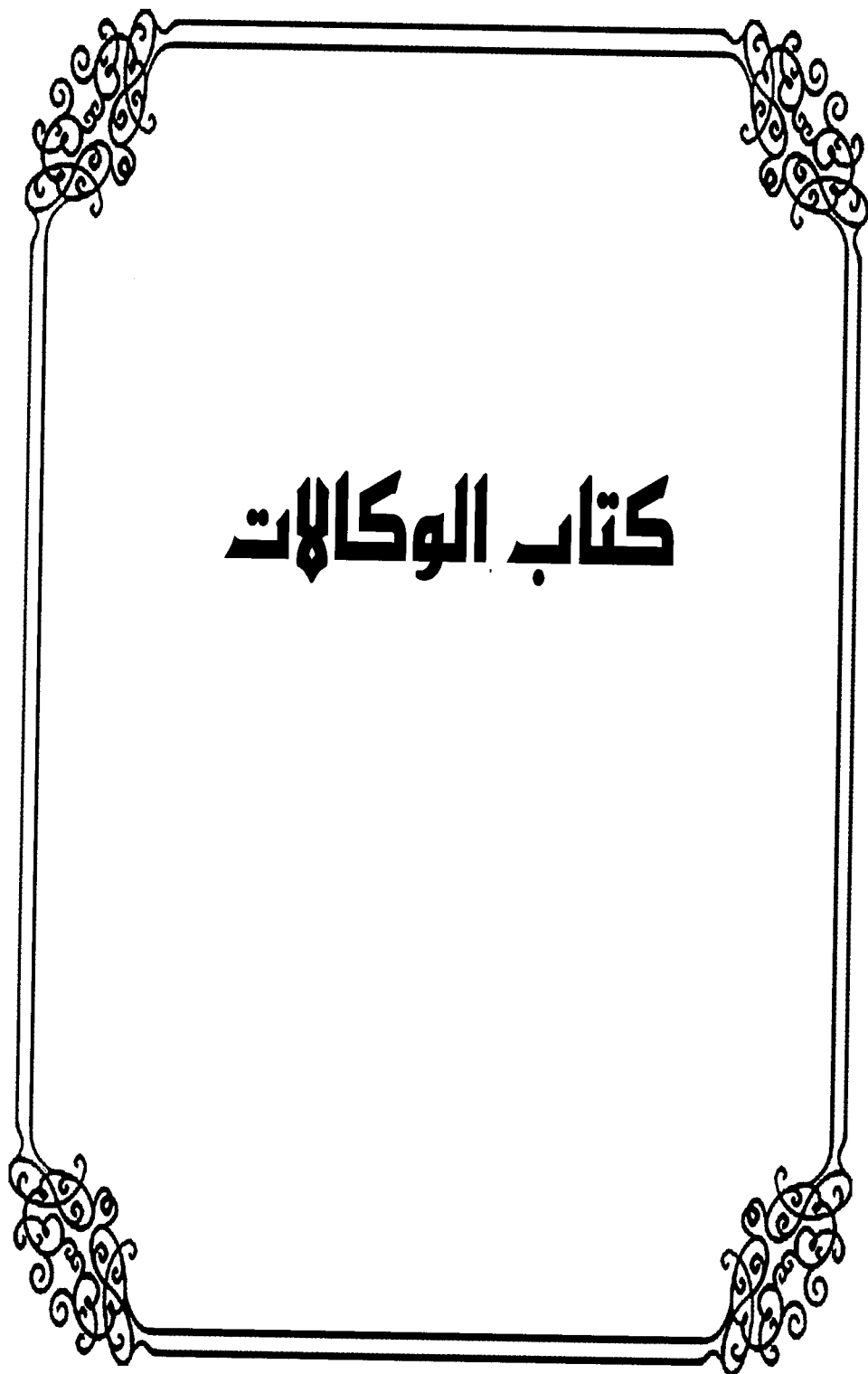
المشدالي: وقوله: "بخلاف السلم إليه" يعني إذا أخذ السيد مالاً من رجل على أن يسلمه له في طعام، فأسلمه إلى عبده، ومذهب الكتاب في هذا أنه جائز، بناء على أنه عنده كالأجنبي، مثل مسألتي المرابحة والتجارة.

وليست بخلافهما كما ذكره، وإنما تقرر المخالفة على قول يجبي؛ فإنه منع السلم إلى عبده، ومدبره، وأم ولده، ومن في ولايته من الأحرار.

وإنما قلنا: مذهب الكتاب الجواز؛ لقوله في السلم الثاني: (وإن دفعت إلى رجل مالاً وأمرته أن يسلمه لك في طعام، فأسلمه إلى نفسه، أو إلى زوجته، أو إلى أحد أبويه، أو جدّه، أو ولده، أو ولد ولده، أو مكاتبه، أو مدبره، أو أم ولده، أو عبده المأذون له، أو عبد ولده الصغار، أو عبد أحد ممن ذكرنا، أو إلى شريك له مفاوض، أو شركة عنان، أو إلى ذمي، فذلك كله جائز إن صح بغير محاباة، ما خلا نفسه أو شريكه المفاوض؛ إذ كأنه أسلم إلى نفسه أو من يلي عليه من ولد أو يتيم أو سفيه وشبهه).

المشدالي: لعل الوانوغوي إنما أراد في مسألة السلم غير المأذون فتصح المخالفة؛ لاقتضاء الكتاب ذلك بحسب مفهوم الصفة، ولكنه خلاف الظاهر؛ لأن مسألة المرابحة محمولة عند الشيوخ على المأذون أيضاً، كما أشار إليه في الكتاب في الموضوعين الآخرین، فاعتبار المخالفة المحوِّجة إلى الفرق لا بحسب الظاهر بعيد، لكن الفرق الذي نذكره الآن عنه يجري معه.

(1) انظر: النكت والفروق، لابن عبد الحق الصقلي: 2/182.



كتاب الوكالات

كتاب الوكالات

ابن محرز: الفرق عندي بين إبقائه حكم الولاية بعد الموت هنا إن لم يعلم، وبين (الزوجة تنفق بعد موت زوجها...) المسألة؛ أن الوكيل مطلوب بالتصرف، ولو ترك مع جواز موت الأمر كان مفترطاً، والزوجة ليست بمطلوبة بالتصرف لأن الحق لها، فما أخذت بعد الموت بمنزلة من أخطأ في مال الغير.

وإن أمرت رجلاً يسلم لك دراهم دفعتها إليه في طعام ففعل، ثم أتى البائع بدراهم زائفة ليبدلها، وزعم أنها التي قبض، فإن عرفها المأمور لزم الأمر، أنكرها أم لا؛ لأنه أمينه، وإن لم يعرفها المأمور وقبلها، حلف الأمر أنه لا يعرف أنها من دراهمه، وما أعطاه إلا جياداً في علمه، وبرئ وأبدلها المأمور لقبوله إياها⁽¹⁾.

قوله: (ما أعطاه إلا جياداً في علمه).

ظاهره: أنه يحلف على العلم كان صرّافاً أم لا.

وقيل: إذا كان صرّافاً حلف على البت.

الشيخ: انظر قوله في يمين المأمور: (حلف...) إلى آخره، وسكت عن الفصل الآخر⁽²⁾، وكان ينبغي أن يزيد: (وما عرف أنها من الدراهم التي دفع)،

(1) تهذيب البراذعي: 214/3.

(2) قوله: (الآخر) ساقط من (ع).

وعورضت هذه المسألة بمن وكَّل رجلاً على بيع سلعة، فباعها الوكيل، وقام المشتري فيها بعيب يمكن حدوثه، فاعترف الوكيل أنها كانت به حال البيع؛ أنه لا يصدق على الأمر وجعله مصداقاً، هنا على الأمر.

قلتُ: قال في العتبية - فيمن وكَّل من يبيع له غلاماً فباعه، ثم ادعى المشتري عيباً بالعبد وهو مما يحدث، فطلب أن يحلفها جميعاً - ليس له ذلك، إنَّها (1) يحلف الوكيل فقط.

أصبغ: يحلفها.

ابن رشد: الذي ذهب إليه ابن القاسم في هذه الرواية أنه ليس للمبتاع أن يحلف الموكل، والوكيل في العيب الذي ادعى أنه قديم، وإنما وجه القضاء حلف الوكيل إن كان لم يعلمه أنه لغيره، فإن نكل ورد العبد عليه، وأراد أن يحلف الموكل؛ لم يكن له أن يحلف الوكيل.

وذلك خلاف مذهبه في الوكالات أنه (وجد في الدراهم التي دفع إليه زيوفاً...) المسألة؛ أن له أن يحلفها، يحلف المأمور: ما يعرفها، والأمر: ما أعطاه إلا جيداً.

وهو قول أصبغ في المسألة (2).

وإن باع ولم يشهد على المبتاع فجحدته، فإنه ضامن (3).

قوله: (باع ولم يشهد).

(1) في (ش): (لأنه).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 135/8، وما بعدها.

(3) تهذيب البراذعي: 214/3.

قلتُ: ظاهره: ولو جرى العرف بترك الإشهاد.

وقد تكلم على هذا المعنى غير واحد من الشيوخ.

ابن رشد في نوازله: وأما السمسار يدعي بيع الثوب من تاجر وينكره التاجر؛ فلا خلاف أنه ضامن، لتركه الإشهاد، وهو سبب إتلاف السلعة، ولا يراعى في هذا العرف بترك الإشهاد، إذ ليست من المسائل التي يراعى فيها العرف لافتراق معانيها(1).

قلتُ: انظر هذا مع ما قال عياض في السمسار(2).

والذي أشار إليه ابن رشد حسن.

وإن أمرته بشراء عبد فابتاع من يعتق عليك غير عالم، لزمك وعتق عليك، وإن كان عالماً لم يلزمك(3).

قوله: (ابتاع من يعتق عليك).

ابن محرز: دلت هذه المسألة أن الإنسان لا يلزمه شراء من يعتق عليه؛

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 1182/2.

(2) المشدالي: قال في التنبهات: قال أبو محمد: الوكلاء إذا لم يشهدوا ضامنون، إلا السمسار الطوّاف في الأسواق إذا قال: بعث الثوب من فلان، وأنكر فلان الشراء، ولم تقم بينة على البيع، فالسمسار لا يضمن، وهو مصدّق في قوله: "قد بعث"؛ لأن عرف الناس ألا يشهد السمسار في حين البيع. وذكر عن الإيباني أنه قال: هو ضامنٌ حين لم يُشهد.

وقال أبو بكر ابن عبد الرحمن: لا ضمان عليهم؛ للعرف أنهم لا يشهدون، وأكثر ما عليه اليمين إن وقعت تهمّة.

(3) تهذيب البراذعي: 214/3.

لدلالة جعله الوكيل متعدياً مع العلم، ولو كان أمراً يلزمه لم يكن الوكيل متعدياً؛ لأنه حينئذ فعل ما هو واجب على الأمر.

ودلت أيضاً أن ما تلف على يد الوكيل أو الوصي من غير تعمد؛ لا ضمان عليهما، وفي هذا الأصل خلافٌ.

انظر كلامه، فإنه حسن.

قلت: ودلت - أيضاً - على أن ظهور المشتري ممن يُعتق على المشتري؛ ليس بعيب، ولو علم البائع بأنه ممن يعتق على المشتري.

وصرح به المتيطي في باب الصداق عن ابن محرز.

المتيطي: وفيه نظر⁽¹⁾.

وإن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن، أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمك، كبيعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها، ويرد ذلك كله ما لم يفت، فيلزم الوكيل القيمة، وإن باع بما يشبه؛ جاز بيعه⁽²⁾.

قوله: (باع أو ابتاع بما لا يشبه) المسألة.

هذا في حق من باع أو ابتاع لغيره، وأما لنفسه فلا قيام له بالغبين.

(1) انظر: النهاية والتهام في معرفة الوثائق والأحكام، للمتيطي: [167/أ]: (وإنما له الرد

على البائع بالعيب إن لم يعلم به، فإن رد عليه كان للبائع القيام).

(2) تهذيب البراذعي: 215/3.

وإن أمرته بشراء سلعة بعينها فابتاعها بألف درهم، وهي بثمانمائة، لم تلزمك إلا أن تشاء، وهي لازمة له... ومن أمرته يشتري لك برذوناً بعشرة دنائير، فابتاعه بخمسة، فإن كان على الصفة لزمك وإلا فلا، وإن ابتاعه بعشرين فأنت مخير في أخذه بالعشرين أو رده، فيلزم الوكيل ويضمن لك الثمن. ولو زاد يسيراً مما يزداد في مثل الثمن لزمك الزيادة، كالدينارين والثلاثة في المائة، وكالدينار والدينارين في الأربعين⁽¹⁾.

قوله: (وهي لازمة له).

ظاهره بين أنه وكيل أم لا، وليس كذلك، بل يريد إذا لم يبين أنه وكيل، ولو بين لم تلزمه، وكذا في قوله بعده: (فيلزم الوكيل).

معناه: إن لم يبين، ونحوه لابن رشد في سماع عيسى.

قوله: (ولو زاد شيئاً يسيراً).

ابن محرز: كان بعض المذاكرين يقول: هذا إذا كانت السلعة التي أمره بشرائها غير معينة، وأما المعينة فلا يزيد فيها شيئاً.

ابن محرز: هذا لا معنى له، والصواب عندي لا فرق بين المعينة وغيرها، ولا بين البيع والشراء إذا كان الأمر إنما قصد الزيادة اليسيرة، أو النقصان اليسير إلا أن يُحدّد ذلك⁽²⁾ تحديداً يقصده فلا يزيد ولا ينقص.

(1) تهذيب البراذعي: 215/3.

(2) في (ع): (لذلك).

ولو كنت دفعت إليه الثمن قبل الشراء فذهب منه بعد الشراء، لم يلزمك غرم المال ثانية إن أبيت؛ لأنه مال بعينه ذهب، بخلاف الأول ويلزم المأمور، والسلعة له إلا أن تشاء أن تدفع إليه الثمن وتأخذها، كالعامل في القراض يشتري سلعة ثم يجد الثمن قد ذهب، فإن رب المال مخير في دفع المال ثانية، ويكون على قراضه أو يأبى، فتلزم العامل⁽¹⁾.

قوله: (كالعامل في القراض).

قلت: وقد يقال: لا يلزم من لزومها للعامل؛ لزومها للوكيل، لأن جهة قبض المال مختلفة، ففي القراض لهما، وفي الوكالة لرب المال، والعامل شبيه بالشريك.

الجواب أن يقال: لا نسلم اختلاف جهة قبض المال بل كل منهما أمين، وإنما لزم الوكيل لعدم⁽²⁾ إعلامه بالشراء لغيره، والبائع إنما تعاقد معه وعهدته عليه.

ومن وكل رجلاً ليشتري له جارية بربرية، فبعث بها إليه فوطئها، ثم قدم الوكيل بأخرى فقال: هذه لك والأولى وديعة، ولم يكن الوكيل بين ذلك حين بعث بها إليه، فإن لم تفت حلف وأخذها ودفع إليه الثانية، وإن فاتت الأولى بولد منه أو بعث أو كتابة أو تدبير، لم يصدق المأمور إلا أن يقيم بينة فيأخذها وتلزم الأمر الجارية الأخرى⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 216/3.

(2) في (ش): (بعدم).

(3) تهذيب البراذعي: 216/3 و217.

قوله: (أو عتق أو تدبير...) المسألة.

قيل: هذه المسألة تدل على خلاف ما أفتى به ابن رشد في نوازله، فإنه إذا كان (1) العتق مُفِيْتاً هنا؛ فينبغي أن يكون التحبيس في مسألة ابن رشد كذلك.

قلتُ: والمسألة التي سئل عنها ابن رشد سأله عنها عياض في رجل أوصى بشراء دار، وتُوقَّفُ حبساً على مسجد، فامثل فاشتراها، وزاد من ماله شيئاً، وحبس الدار، ثم اطلع على عيوبٍ بالدار مفيتةٌ لكثير من منافعها توجب ردّها، فهل يفيتها هذا التحبيس وتكون كمسألة [38/أ] العبد الموصى بشرائه وعتقه؛ لنصهم أن الحبس مفيتٌ؟ أم ما تراه؟

الجواب: ليس التحبيس على هذا الوجه الذي وصفت مما يفيت ردها بالعب، وإنما يكون التحبيس مفيتاً في الدار يشتريها الرجل لنفسه، ثم يحبسها، ثم يطلع على عيب، وأما الذي اشترى لغيره؛ فلم ينتقل الملك فيها بتحبيسه إياها بعد الشراء عما كانت عليه قبل؛ لأن تحبيسه لها بعد الشراء إعلامٌ بأنه إنما اشتراها من مال الموصى، ولا تشبه هذه المسألة (2) مسألة (3) العتق، لأن العتق حُرْمَتُهُ تمنع من رده، وهو موارثته الأحرار، وجواز شهادته (4).

(1) في (ع): (جعل).

(2) قوله: (المسألة) زيادة من (ع).

(3) قوله: (مسألة) ساقط من (ش).

(4) انظر: مسائل ابن رشد: 922/2 و923.

وإذا قال العبد لرجل: اشتري لنفسك بمال دفعه إليه ففعل، فعلى المبتاع غُرْمُ الثمن ثانيةً ويكون العبد له، فإن استثنى ماله، فلا شيء عليه غير الثمن الأول⁽¹⁾.

قوله: (اشترني لنفسك).

المسألة على ثلاثة أوجه:

- أن يقول له العبد: اشتري لنفسك.

- أو اشترني، ولا يزيد.

ففي هذين الوجهين الحكم ما في الكتب.

- أو لنفسي، واستثنى ماله؛ خرج حراً بنفس الشراء، لأنه ملك نفسه والولاء للبائع، وإن لم يستثن ماله عاد رقيقاً، ولا يتبع المشتري بشيء من الثمن، كان مليئاً أو معدماً.

أصبح: لو اختلفا، فقال العبد: لنفسي، والمبتاع: لنفسي؛ صدق المبتاع⁽²⁾.

قوله: (فعليه غرم الثمن ثانية)

ابن محرز عن ابن عبد الرحمن: معناه أن الثمن عيناً، ولو كان عرضاً لبطل البيع، ويبقى العبد على ملك بائعه.

وانظر النكت، والطار في العتق الثاني.

(1) تهذيب البرادعي: 217/3.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 461/12.

ومن أمر رجلاً يبيع له سلعة، فباعها الأمر وباعها المأمور، فأول البيعتين أحق، إلا أن يقبض الثاني السلعة فهو أحق؛ كإكناح الوليين⁽¹⁾.

قوله: (وباعها الأمر والمأمور).

قلت: ما سطره غير واحد هنا، وفي نوازل أصبغ نحوه⁽²⁾، وما هنا من الاعتراضات وإجراء المنافع على الأعيان، ومسألة الولاية العظمى لم تغادره⁽³⁾.

وتفاصيل بيعها لمالك مرة بعد أخرى في نوازل ابن رشد حسن⁽⁴⁾.

ومن أمرته أن يسلم لك في طعام ففعل وأخذ رهناً أو حميلاً بغير أمرك؛ جاز، لأنه زيادة توثق، فإن هلك الرهن قبل علمك به فهو من الوكيل، وإن هلك بعد علمك ورضاك به فهو منك، وإن رددته لم يكن للوكيل حبسه⁽⁵⁾.

قوله: (أخذ رهناً أو حميلاً بغير أمرك؛ جاز... المسألة).

هذا القدر جائز، وإن كان لفظ الوكالة لا يقتضيه.

ابن الهندي وابن رشد: الوكالة تنتهي إلى الحد الذي جعلها الموكل، إلا في البيع، فإن الوكيل على البيع وكيل على الاقتضاء، إذ للوكيل حبس السلعة

(1) تهذيب البراذعي: 217/3.

(2) في (ع): (ونحوه).

(3) المشدالي: في كلام المازري في ذلك كفاية فلا نطيل به هنا.

(4) المشدالي: قد أجاد فيها تتمت وأفاد، وهي طويلة جداً، فمن أرادها فليطالعها في نوازله.

(5) تهذيب البراذعي: 219/3.

حتى يقبض الثمن، فالوكالة على البيع تقتضي التوكيل على القبض، وكذلك له أخذ الرهن والحميل، لأن ذلك من مصالح البيع.

وانظر إذا لم يرَضَ الأمرُ بالرهن، فهل (1) له ردُّه سواءً (2) كان مما يغاب عليه أم لا؟

ولا إشكال أنه له رده إن كان مما يغاب عليه، لأنه ينفي عن نفسه الضمان، وإن كان لا يغاب عليه فهل له رده لحجته بأنَّ عليه حفظه، ويتكلف صيانتَه؟ (3)

قوله: (فإن هلك الرهن قبل علمك)

المسألة على أربعة أوجه:

- قبل علمك.
- أو بعده، وردّه.
- أو بعد علمه وسكوته طويلاً.
- الضمان من المأمور في هذه الأوجه.
- أو بعد علمه أو (4) قبله صريحاً.
- الضمان من الأمر.

(1) في (ش): (هل).

(2) في (ع): (سواه).

(3) المشدالي: وهي حجة ظاهرة، والله أعلم.

(4) في (ع): (و).

من أمر رجلاً يشتري له لؤلؤاً من بلد وينقد عنه، فقدم فزعم أنه ابتاعه له ونقد فيه، ثم تلف اللؤلؤ، فليحلف على ذلك بالله الذي لا إله إلا هو أنه قد ابتاع له ما أمره به، ونقد عنه، ويرجع بالثمن على الأمر، لأنه أمينه، فلو كان كالرهن عنده لضمنه وصاقه بالقيمة في الثمن، إلا أن يقيم بينة بهلاكه⁽¹⁾.

قوله: (كمن أمر رجلاً يشتري له لؤلؤاً...) المسألة.

أقام منها⁽²⁾ بعض الشيوخ مثل قول عبد الملك: أن الرسول إذا ادعى دفع البضاعة وأنكره المبعوث إليه؛ لا يضمن⁽³⁾.

قال: فكما صدقته إذا ادعى اشتغال ذمة غيره، فكذلك يصدق إذا ادعى براءة ذمته، وإذا صدقه في ادعاء براءة ذمته؛ بقوله: "قد فعلت"، فتصديقه في ادعاء براءة أمانته بقوله: "قد فعلت" أولى⁽⁴⁾.

ومن ابتاع طعاماً فوجده معيباً فرد نصف حمل، وقال: "هذا الذي ابتعت بمائة"، وقال البائع: "بل بعثك حملاً كاملاً بمائة"، فالقول قول المبتاع إن أشبه أن يكون نصف حمل بمائة درهم، لأن البائع قد أقر له بالثمن وادعى عليه زيادة في المثلون، وكذلك لو ردّ عبداً بعيب، وقال له البائع: بل بعثك عبدين، إلا أن يأتي المبتاع بما لا يشبه، فيصدق

(1) تهذيب البراذعي: 219/3.

(2) في (ع): (هنا).

(3) انظر: التبصرة، للخمّي، ص: 4634.

(4) في (ع): (أولاً وأخيراً).

البائع مع يمينه فيما يشبهه، ويرد من الثمن نصفه، ولا غرم على المبتاع إذا حلف في نصف الحمل الباقي، لأن البائع فيه مدع⁽¹⁾.

قوله: (فرد نصف حمل...) المسألة.

الكلام فيها في ثلاثة مواضع: هل هذا حكم الطعام كان مكيلاً أو موزوناً أو جزافاً؟ وإليه ذهب أبو عمران.

أو إذا كان موزوناً ومكيلاً، وأما إذا كان جزافاً⁽²⁾ فحكمه كالعروض وإليه ذهب ابن المواز⁽³⁾.

والقاعدة في العروض إذا وجد نصفها معيياً؛ أن يمسك السلم بحصته من الثمن.

والقاعدة في الطعام إذا تعيب بعضه؛ أنه ليس للمبتاع إمساك السلم بحصته من الثمن؛ كان العيب قليلاً أو كثيراً.

والموضع الثاني القول قول المبتاع إذا أتى بما يشبهه، هل هو سواء تقدم أم لا؟

قلت: قال ابن رشد: الظاهر من قول ابن القاسم هنا نقد أم لا،

والظاهر⁽⁴⁾ أنه نقد، لقوله: "إذا حلف البائع لم يرد من الثمن إلا نصفه"، وإن

كان قد تأول أن معنى قوله: (يرد بحكم الحاكم في النصف)⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 222/3.

(2) قوله: (إذا كان جزافاً) يقابله في (ش): (الجزاف).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 75/6.

(4) زاد بعده من (ش) قوله: (من قوله).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 365/8.

الموضع الثالث في قوله: (ولا غرم على المبتاع إذا حلف...) إلى آخره، هل يعود على (1) أقرب مذكور؟ وهو: (إذا أتى بما لا يُشبهه)، أو إنما يعود على الوجه الأول، وهو: (إذا أتى المبتاع بما يشبهه)؟

وقد أشار ابن رشد إلى هذه المسألة في سماع أصبغ من العيوب (2).

ومن ادّعي عليه بقرض حالٍ فادعى الأجل فالقول قول المقرض، ولا يشبه هذا البيع (3).

قوله: (قول المقرض)

اختصره أبو محمد: (رب المال).

ويريد: مع يمينه، واليمين هنا أقوى من اليمين في دعوى المعروف لاعترافه بالسلف.

قلت: قال المتطي في كتاب المديان: تأول الشيخان أبو محمد والقاسبي على المدونة (المقرض) بكسر الراء، وتأوله ابن أخي هشام بنصب الراء (4).

وإن أمرته أن يرهن لك سلعة، فقال: أمرتني برهنها في عشرة ففعلت، ودفعت العشرة إليك، وصدقه المرتهن، وقلت أنت: بل في خمسة وقد قبضتها، أو قلت: لم أقبضها، فالقول قول المرتهن فيما ارتهنه إن كانت قيمة الرهن مثلما قال، والقول قول الوكيل فيه، وفي دفعه إليك، لأن

(1) في (ش): (إلى).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 354/8 و355.

(3) تهذيب البراذعي: 223/3.

(4) قوله: (بنصب الراء) يقابله في (رسالة الطالب): بفتحها.

الوكيل على البيع موكل على قبض الثمن، وإن لم يسم له القبض في أصل الوكالة، ويصدق في دفع الثمن إلى الأمر ويبرأ الدافع (1).

قوله: (ويصدق في دفع الثمن إلى الأمر...).

ابن رشد: فيه (2) أربعة أقوال. انظره في سماع ابن القاسم من الوكالات (3).

(1) تهذيب البرازعي: 223/3 و224.

(2) قوله: (فيه) ساقط من (ع).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 205/8.

وزاد المشدالي بعده: قال في أول مسألة من رسم حلف ألا يبيع سلعة سماها من السماع المذكور: اختلف في الوكيل يدعي أنه دفع إلى موكله ما قبض له من غرمائه، أو ما باع به متاعه، على أربعة أقوال:

أحدها: أن القول قوله مع يمينه مطلقاً، وهو قوله هنا، وفي رسم البز من سماع ابن القاسم من المديان، وفي آخر الوكالات من الكتاب.

والثاني: إن كان بالقرب - كالأيام اليسيرة - فالقول قول الموكل أنه ما قبض منه شيئاً وعلى الوكيل البينة. وإن تباعد الأمر - كالشهر ونحوه - فالقول قول الوكيل مع يمينه. وإن طال الأمر جداً لم يكن عليه يمين. وهو قول مطرف عن مالك.

والثالث: إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جداً صدق بلا يمين. وهو قول ابن الماجشون، وابن عبد الحكم.

والرابع: تفرقة أصبغ بين الوكيل على الشيء بعينه وبين المفوض إليه، فالأول يغرم إلا أن يقيم بينة على الدفع وإن طال الأمر، والثاني يصدق في القرب بيمين، وفي البعد دون يمين، فإن مات الوكيل بفور ما جرى ذلك على يده كان ذلك في ماله إذا علم القبض وجهل الدفع، وإن كان موته بغير حدثان ذلك وما يكون في مثله المخرج والقضاء والدفع، فلا شيء في ماله وإن لم يعرف الدفع ولم يذكر.

قال مالك: ومن كان لك عليه دراهم من ثمن سلعة أو غيرها، فأمرته أن يشتري لك بها سلعة نقداً، جاز إن كنت أنت أو وكيلك حاضراً معه، وإلا فذلك مكروه، غير أن مالكا قال - فيمن كتب إلى رجل في شراء سلعة ففعل وأسلمه الثمن، ثم كتب الرجل إليه أن يتناع له بذلك الثمن سلعة-: إنه من المعروف الجائز بين الناس، قال ابن القاسم: وهذا الأول في القياس واحد⁽¹⁾.

قوله: (حاضراً) وفي العتبية عن سحنون: هذا إذا كان حاضر البلد.

ابن رشد: الأظهر أنه لا يجوز إلا إذا كان حاضر الشراء، وهو ظاهر ما في المدونة⁽²⁾. انظر تمامه مع ابن محرز.

وانظر هذا مع ما عزاه عياض لسحنون⁽³⁾.

ولا خلاف عندي في هذا الوجه. وبالله التوفيق.

(1) تهذيب البراذعي: 224/3.

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 121/8.

(3) انظر: التنيهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 1721. وزاد المشدالي بعده: في

رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم: سئل مالك عمن يبيع بزاً من رجل، ثم يقول له: اشتر لي بالثمن الذي لي عليك بزاً. قال: لا بأس به، ويقول: أنت مصدق في ذلك، قال: لا بأس به. قال سحنون: هذا إذا كان حاضر البلد.

ابن رشد: إنها شرط حضوره خوف أن يدفع المبتاع من عنده فيدخله فسخ الدين في الدين؛ إذ لا يتعجل ربه قبضه، وأجازه سحنون إذا كان حاضر الشراء، وهو ظاهر الكتاب.

وما في رسم سن من سماع ابن القاسم من السلم: وروى ذلك عن سحنون، وفي إجازة ذلك وإن اشتراه بحضرة مغمز؛ لأنه كأنه أخره بحقه على أن يشتري له، فهو

قولہ: (وهذا والأول سواء)⁽¹⁾.

هل هذا الآخر مكروه كأول، وإليه نحا القاسي، أو أن الأول جائز كما أن هذا جائز، وإليه ذهب التونسي واللفظ محتمل.
قولہ: (من المعروف الجائز بين الناس).

ابن محرز: هذا يدل على ما يباع في غير موضع أن العادة التي يستعملها الناس على وجه المكارمة، لا تجري مجرى العادة التي يحكم بها، وتقوم مقام الشرط، وذلك أن من أسلف رجلاً بشرط أن يسلفه الآخر، ويتولى له شراء سلعة؛ كان السلف على ذلك لا يحل، فلو كانت هذه العادة تقوم هنا مقام الشرط لكان السلف أيضاً فاسداً⁽²⁾.



سلف جرّ منفعه، وأما إن لم يكن حاضر البلد فممنوع اتفاقاً. المشدالي: وأما قول الوانوغي: انظر هذا مع ما عناه عياض لسحنون، فلعله أشار عياض إلى القول الآخر لسحنون الذي سبقت الإشارة إليه في كلام ابن رشد، وتكلم ابن رشد في بقية كلامه على ما يتعلق بالتصديق وعدمه. فانظره.

(1) في مطبوع تهذيب البراذعي: (واحد).

(2) المشدالي: قال بعضهم: فرق بين جري العادة بالشيء، وبين كونه لا يقع في العادة إلا على وجه المكارمة، فالأول أقوى، فلا يلزم من إقامة مقام الشرط إقامة الثاني مقامه.



كتاب بيع الغرر

كتاب بيع الغرر

كذا في أكثر النسخ، وفي بعضها، شراء الغائب، وصرّح به في عيوبها.

ابن محرز: الغرر هو التردد بين جائزين.

وبيع الغائب على مذهب مالك على خمسة أوجه:

- حاضر المجلس غائب عن العين.

المشهور منع بيعه على الصفة.

ابن رشد: لا ينبغي [38/ب] أن يختلف⁽¹⁾، وإنما جُوز⁽²⁾ بيع الساج⁽³⁾

للضرورة⁽⁴⁾.

- وحاضر البلد⁽⁵⁾.

في جواز بيعه على الصفة قولان.

- وغائب عن البلد؛ كاليومين⁽⁶⁾.

يجوز العقد فيه والتقد بالشرط.

- ومتوسطه كالسنة أيام.

(1) قوله: (شيء أن يحلف) يقابله في (ع): (ينبغي أن يختلف).

(2) في (ع): (جاز).

(3) في (ع): (الساج).

(4) انظر: المقدمات الممهّدات، لابن رشد: 383/1.

(5) في (ش): (بالبلد).

(6) في (ش): (كاليوم).

يجوز فيه العقد دون النقد.

- وبعيد جداً؛ كما يذكر في مسألة الحوائط.

لم يجوز بيعه فضلاً عن النقد فيه.

ولللخمي وابن رشد تقسيم آخر، وهذا أحسن.

ومن اشترى ثياباً مطويةً ولم ينشرها ولا وُصِفَتْ له، فالبيع فاسد⁽¹⁾.

انظر قوله: (لم ينشرها ولا وُصِفَتْ له).

هل مفهومها على المعية أو الأفراد فيقتضي⁽²⁾ إذا وُصِفَتْ ولم تنشر الجواز، وهذا هو المعبر عنه بحاضر المجلس أو البلد.

قال ابن القاسم: - وقد قال مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في الذي ابتاع أمة كان رأى لها ورماً، فلما قبضها ادعى أن الورم قد زاد -: فالمبتاع مدّع، وعلى البائع اليمين⁽³⁾.

قوله: (وعلى البائع اليمين).

زاد في الأم هنا: (فبعث الرجل إلى الجارية فأتى بها...) المسألة⁽⁴⁾. قال فضلٌ: فيه دليل على أن على البائع أن يأتي بالمشتري غائباً، وأنه يجوز اشتراطه،

(1) تهذيب البراذعي: 225/3.

(2) في (ع): (فيقتضي).

(3) تهذيب البراذعي: 226/3.

(4) انظر: المدونة (زايد): 169/7، و(السعادة/صادر): 218/10، و(العلمية):

خلاف ما في سماع أصبغ أن الاشتراط لا يجوز، وأن الخروج على المبتاع.
ولعياضٍ نحوه⁽¹⁾.

وتقدم في العتق الأول⁽²⁾ تضعيف هذا الاستدلال.

ونحوه لابن محرز.

قال بعضهم: جعل البائع مصدقاً؛ لأن المبتاع اشترى على الصفة، ولو كان إنما اشترها ليربها لكان القول قول⁽³⁾ المبتاع.

والأصل في ذلك دفع الدنانير إن قبضها يُقَلَّبَ وينظر⁽⁴⁾، فالقول قول القابض، وإن قبضها على أنها طيبة؛ فالقول قول الدافع⁽⁵⁾.

(1) انظر: التنبهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 1735.

(2) المشدالي: انظره في آخر العتق الأول من هذا التقييد.

(3) في (ش): (من).

(4) قوله: (ليقلب وينظر) يقابله في (ع): (لينظر ويقلب).

(5) المشدالي: قال ابن عرفة - في فصل اليمين من كتاب الدعوى - ما نصه: وفي سلمها

الأول: وإذا أصاب المسلم إليه رأس رصاصاً أو نحاساً، فرده عليه، فقال: ما دفعت

لك إلا جياداً، فالقول قوله مع يمينه ما أعطاه إلا جياداً في علمه؛ أي أن يكون إنما

أخذها على أن يربها، فالقول قوله مع يمينه وعليه بدوها.

التونسي: إن حقق أنها ليست من دراهمه حلف على البت، فإن نكل حلف قابضها على

البت؛ لأنه موقن.

قلت: ظاهره: ولو كان حلف الأول على العلم، فتكون يمينه تنقلب على خلاف ما

تتوجه.

ابن رشد: هو في مسائل كثيرة.

المشدالي: انظر كلام ابن رشد في مختصر البيان، في فصل اختلاف الزوجين.

قال مالك: والملامسة: شراؤك الثوب لا تنشره، ولا تعلم ما فيه، أو تبتاعه ليلاً ولا تتأمله، أو ثوباً مدرجاً لا يُنشر من جرابه (1).

قوله: (والملامسة).

معنى الملامسة هنا: طلب رِقَّتِهِ وخشونته، ولا يكون مفهومها إلا ممن يعقل، ولذا لا يقال: تلامس الحجران، وإنما يقال: تماساً.

ابن عرفة: وذكر غير واحد من تافسيين في كون الخالف على العلم أو على البت: ثالثها إن كان صيرفياً فعلى البت، ولم يعزها، وعزاها ابن حارث لابن القاسم وابن كنانة وابن الماجشون.

وقال ابن شاس: لو قال: "ما أعرف الجيد من الردي"؛ قال بعض الأصحاب: حلف ما أعطيته رديئاً في علمي.

المشدالي: وفي النوادر - في الجزء الثاني - من كتاب الدعوى: قال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا اختلف أهل النظر في جودة الدنانير ورداءتها، فلا يأخذ إلا ما اجتمعوا عليه.

محمد: ولو قبلها على أنها جياذ ثم جاء ليردها فاختلف عليهم، فلا يردها حتى يجتمعوا على أنها رديئة.

قال مالك: ومن ابتاع ثوباً نسبه البائع إلى جنس، فقال بعض أهل البصر: هو من ذلك الجنس، وقال بعضهم: ليس منه، فإن شهد عدلان أنه من ذلك الجنس لزم المبتاع؛ لأن البيئة على البائع إلا أن يأتي المبتاع ببينة هي أقوى وأثبت في المعرفة والبصر.

قال محمد: لا يعرف هذا للمالك ولا لابن القاسم، وهذه شهادة تكاذب، والبيع ثابت، إلا أن يأتي المبتاع بأعدل من بيئته.

وفي كتاب الإقرار معنى من هذا.

(1) تهذيب البراذعي: 226/3.

قلتُ: نحوه لابن رشد (1).

فإن أرادوا أن معنى هاتين المادتين - أعني تلامسا وتماسا - أن (2) إحداهما أخص فصحيح.

وإن أرادوا: (إن تماسًا)، إنما يقال لمن لا يصح منه القصد والإرادة، فمنقوضٌ بقوله تعالى في كفارة الظهار: «من قبل أن يتماسًا».

ومن اتباع عدلاً ببرنامجه جاز أن يقبضه، ويغيب عليه قبل فتحه، فإن ألفاه على الصفة (3).

قولُه: (ببرنامجهِ جاز).

تقرير سؤال هنا أن يقال: بيع البرنامج بيعٌ ذو غررٍ مانعٍ اتفاقاً، وكل بيع ذي غررٍ مانعٍ اتفاقاً ممتنعٌ؛ فبيع البرنامج ممتنع.

الجواب: أن المغالطة نشأت من قوله: (اتفاقاً)، هل هو جهة لمانع فيتم الإشكال فتصح المقدمة الصغرى، أو راجع إلى ذي غررٍ اتفاقاً فلا تصح الصغرى، إذ لا يلزم من كونه ذا غررٍ منعه؛ لاغتفار الغرر اليسير.

قيل: فإن وجد فيه أربعين ثوباً؟ قال: وإن وجد في الثياب أكثر مما سمي لزمه بحصته من الثمن، وإن كثر النقص لم يلزمه أخذها، ورد البيع (4).

قولُه: (قيل).

(1) انظر: المقدمات الممهדות، لابن رشد: 24/1.

(2) قوله: (أن ساقط من ع).

(3) تهذيب البراذعي: 228/3.

(4) تهذيب البراذعي: 229/3.

اختصرها لعدوله بخصوصية الجواب إلى أمر كلي شامل لها ولغيرها.
وقيل: لإجمال الجواب، وهو قوله: (إن وجد من الثياب أكثر مما سمي
لزمه).

هل المعنى: وجد⁽¹⁾ أكثر العدد الذي سمي، أو وجد أكثر مما سمي عدداً!

ومن مر بزرع فرآه ثم قدم فابتاعه، وهو مسيرة اليومين، وشرط أنه منه
إن أدركته الصفقة، فذلك جائز، وهو كالعروض في النقد فيه
والشرط⁽²⁾.

قوله: (وهو كالعروض في النقد فيه والشرط)

معنى قوله: (في النقد)؛ أي في اشتراط النقد وعدم اشتراطه.

وقوله: (والشرط)؛ أي اشتراط الضمان.

ومن اشترى حيواناً غائباً بعينه؛ لم يجوز أن يأخذ به كفيلاً، قُرِبَت الغيبة
أو بَعُدَت، إذ لو هلك لم يكن على البائع مثله⁽³⁾.

قوله: (إذ لو هلك لم يكن على البائع مثله).

يلزم على هذا التعليل صحة الكفالة في طعام الجراف الغائب المبيع على
الصفة.

وقد صرح الصقلي أنه لو عدى عليه البائع أن يأتي بمثله مع كونه معيناً،

(1) في (ش): (وجواز).

(2) تهذيب البراذعي: 231/3.

(3) تهذيب البراذعي: 231/3.

ولو ابتاع طعاماً غائباً على الكيل؛ جاز على صفة أو رؤية تقدّمت، ولو⁽¹⁾ كان جزافاً جاز على رؤية متقدمة، ولا يجوز على صفة، لأن الجزاف الغائب لا تحصره الصفة.

وإن ابتعت سلعة غائبة مما لا يجوز النقد فيها، لم يجز أن تتقايلها فيها، ولا أن تبيعها من باعها منك بمثل الثمن أو بأقل أو أكثر⁽²⁾.

قوله: (وإن ابتعت سلعة غائبة مما لا يجوز النقد فيها) أي بشرط.

انظر قوله: لا يجوز النقد فيها⁽³⁾.

مفهومه: لو كانت مما يجوز، لكان الحكم غير ما ذكر، وهو أن له بيعها من غير البائع وإن انتقد، وهذا مفهوم مخالفة.

ويحتمل أن يكون هذا المفهوم مفهوم موافقة، وأنه إنما قصد الوجه المشكل، لأنه إذا امتنع⁽⁴⁾ أن يتقايلها فيها، أو يبيعها من باعها منك، مع أن وجوب الثمن على المشتري ضعيف، فأحرى أن يمتنع إذا كان⁽⁵⁾ وجوب الثمن على المشتري قوياً، وذلك حيث يجوز النقد بالشرط.

قوله: (من ناحية الدين بالدين).

أي فسخ الدين من⁽⁶⁾ الدين، وإنما قال من ناحية، لأن السلعة الغائبة

(1) في (ش): (فلو).

(2) تهذيب البراذعي: 231/3.

(3) قوله: (أي بشرط انظر قوله لا يجوز النقد فيها) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (منع).

(5) قوله: (كان) ساقط من (ع).

(6) في (ع): (في).

ليست في الذمة، بل ثمنها فقط.

قوله: (لأنها إن كانت سالمة...) المسألة.

قلتُ: تقرير هذا المقام من وجهين:

أحدهما أن يقال: تقرر من مذهب ابن القاسم أن العقد المحتمل للصحة والفساد فاسد، وكونها هنا محتملة لسلامتها، وعدم سلامتها مؤثر في الفساد لأنه إنشاء عقد⁽¹⁾ على معقود عليه محتمل للوجود والعدم، وذلك مانع من⁽²⁾ العقد.

الوجه الثاني: القياس المقسّم؛ وهو أن يقال: الحكم في الصورة المفروضة المنع، والحكم لا بد له من علة، والعلة⁽³⁾ هنا لا تعدو أحد أمرين؛ إما أخذ الغائب عن الدين، أو بطلان الإقالة لعدم صحة تصورهما، وكلا الأمرين باطل، فالمستلزم لهما باطل.

بيان كونها لا تعدو أحد أمرين؛ أنها إما أن تكون سالمة، فيلزم أخذها عن الدين، أو ذاهبةً فيلزم عدم صحة تصور الإقالة، ألا ترى إلى ما في أواخر السلم الثاني!⁽⁴⁾

(1) في (ش): (أخذ).

(2) قوله: (من) زيادة من (ع).

(3) في (ش): (وعلته).

(4) المشدالي: انظر سابعة نوازل سحنون من جامع البيوع.

ولا بأس أن تقيل من أمة بعثها وهي في المواضعة لم تحض بعد، ولا استبراء عليك فيها، فإن أربحته أو زادك هو شيئاً على أن تتقايلًا، فإن لم تتناقدا الزيادة حتى تحيض؛ جاز ذلك، وإلا لم يجز⁽¹⁾.

قوله: (ولا بأس أن تقيل من أمة بعثها).

قال شيخنا: انظر هذا على القول بوجوب المقاصة، أو مُطلقاً.

فقلنا له: أما في مسألتنا فمطلقاً لا ارتفاع أخذ الغائب؛ لأنه لا مواضعة⁽²⁾ فيها فلا تأخير فيها، فليس بغائب، فهي حاضرة، وإنما يصح أن يكون محلاً للنظر أن لو كان بدل الأمة داراً غائبة؛ فعلى وجوب المقاصة يجوز؛ لعدم اعتبار الوسط الذي هو الغائب، والاعتبار بالثَّمَنَيْنِ، وعلى عدم وجوبها يصح أن يقال: لا يجوز؛ لعدم إلغاء الوسط.

وصوبه.

وإن استأجرت من رجل داراً بثوب في بيتك ووصفته، ثم اشتريته منه وهو بيدك، بعين أو بثوبين من صنفه، أو بسكنى دار لك، فجائز إن علم أنه عندك وقت الصفقة الثانية⁽³⁾.

قوله: (إن علم أنه عندك...) إلى آخره.

استشكل ابن رشد هذا الكلام، أصل شراء الغائب، فقال: ليس من

(1) تهذيب البراذعي: 232/3.

(2) قوله: (أخذ الغائب لأنه لا مواضعة) يقابله في (ع): (أخذ مواضعة).

(3) تهذيب البراذعي: 232/3.

شروطه أن يعلم تحقق وجوده زمن العقد، كما هو ظاهر المدونة، إذ لو اشترط لما صح بيع الغائب بحال، إذ لا طريق إلى علم وجوده زمن العقد، ومراده بهذا الكلام أن الصفقة إذا وقعت يعلم بعد وقوعها أن الثوب كان قائماً زمن وقوعها⁽¹⁾.

وقوله: (بشويين [39/أ] من صنفه)، وكذا من غير صنفه، وإنما قصد الوجه المشكّل.

ويجوز لك شراء طريق في دار رجل، أو موضع جذوع من جداره لتحمل عليها جذوعك إذا وصفتها، ويجوز هذا في الصلح⁽²⁾.

قوله: (شراء طريق... المسألة).

في وثائق ابن كوثر: فيمن اشترى⁽³⁾ بيتاً من دار رجل على⁽⁴⁾ ألا طريق على البائع، ويفتح له المبتاع طريقاً في ملكه فاستحق ملكه - أن⁽⁵⁾ البيع ينتقض في البيت.

ونحوه لابن محرز.

قلت: وفي نوازل سحنون - فيمن باع سهماً في رحي، واستثنى البائع على

(1) انظر: المقدمات الممهّدات، لابن رشد: 384/1.

وزاد المشدالي بعده: هذا بيان لمراد صاحب الكتاب، لا لكلام ابن رشد.

(2) تهذيب البراذعي: 234/3.

(3) قوله: (فيمن اشترى) يقابله في (ش): (فمن اشتر).

(4) قوله: (على) ساقط من (ش).

(5) قوله: (أن) ساقط من (ش).

المشتري أنه ليس ببيع منه في سد تلك الرحى قليلاً ولا كثيراً، والرحى لا تطحن من غير ذلك السد - قال: البيع فاسدٌ لأنه من الغرر.

ابن رشد: هذا واضح، لأن الرحى لا ينتفع بها إلا بسدها⁽¹⁾.
قولُه: (لتحمل جذوعك...) المسألة.

قال بعض المشاركة: هذا مشكل في المذهب، وهو إجارة⁽²⁾ إلى غير انتهاء أجل.

قلت: الذي فهمه الصقلي أنه إذا كان على الأبد؛ فليس من معاني الإجارة في شيء، بل ملك الموضع، ولما كان لا يتوصل إلى الانتفاع بالحمل في ذلك

(1) المشدالي: ومثله لأبي محمد وغيره من القرويين فيمن اشترى قطعاً من جنان رجل على أن يجعل المشتري طريقه في ملكه، ولا طريق له على البائع، ثم استحق ملكه، أن البيع ينتقض في القطع.

ولعبد الحق خلافه.

قال الشيخ أبو الحسن: فيتحصل قولان فيمن اشترى طريقاً ليتوصل منها إلى منفعة فاستحقت تلك المنفعة، هل ينتقض البيع في الطريق لزوال ما إليه يتوصل منها أم لا؟ لأنه وقع بوجه جائز.

وأما إن اشترى رقبته فيجوز سواء كان يصل إلى منفعة أم لا؛ لأنه قد يغرس فيها شجرة أو غير ذلك.

المشدالي: وفي كتاب الشفعة من الكتاب ما أخذوا منه مثل ما أفتى به أبو محمد، وهو قوله فيه: ومن اشترى أرضاً بزرعها الأخضر، فاستحق رجل نصف الأرض خاصة، ثم قال: ويطل في نصف الزرع؛ لانفراده بلا أرض.

انظر الشيخ في الشفعة، وانظر النكت في أوائل القسمة.

(2) في (ش): (الإجارة).

الموضع، إلا بتقرر⁽¹⁾ ما تحته من البناء؛ صرح بأنه كالعلو مع السفلى.

وعلى هذا المعنى لو طرأ شيء في نفس موضع⁽²⁾ الحمل المشترى مع صحة جميع بناء الحائط؛ لما لزم ربّ الحائط شيء، ويقال لمن له حمل الجذوع: أصلح موضع حملك أو دَعَّ، وتترتب عليه أحكام الملك من الهبة والميراث وغيره⁽³⁾.

ومن قال: أبيعك سكنى دارى سنةً، فذلك غلط في اللفظ، وهو كراء صحيح⁽⁴⁾.

قولُه: (فذلك غلط في اللفظ).

فإن قلت: فكذا يلزم لو قال: أهب لك دارى أو أرضى، أو أبيع منك أرضى على أن لا تباع ولا تهب أن يصح، ويكون حبساً، ويكون غلطاً في الهبة والبيع، لأن النظر إلى المعنى لا إلى اللفظ⁽⁵⁾ فيها.

قلت: لا يلزم من صحة صرف أحد نوعي عقود المعاوضة إلى الآخر،

(1) قوله: (إلا بتقرر) يقابله في (ش): (ولا يتقرر).

(2) قوله: (نفس موضع) غير مقروء في (ع).

(3) المشدالي: والذي فهمه الصقلي هو الذي فهمه المازري أيضاً، وهو فاعل (قال) في

قول ابن الحاجب في البيوع: فقال: إن ذكر مدة فإجارة تنفسخ بانهدامه، وإلا فمضمونٌ. اهـ.

وما فهمه ابن عبد السلام من أنه قول مالك غير صحيح.

(4) تهذيب البراءعي: 234/3 و235.

(5) قوله: (اللفظ) يقابله: (مدلول اللفظ) في (ع).

صرف الأمر البائن لمباينته، فصرفه⁽¹⁾ البيع للكراء، صرف لبيع الرقاب إلى بيع المنافع، بخلاف صرف الهبة للحبس ونحوها.

ويجوز شراء سلعة إلى عشر سنين أو إلى عشرين سنة، أو إجارة العبد عشر سنين⁽²⁾.

قوله: (ويجوز شراء سلعة إلى عشرين سنة).

قلت: المجرور صفة لمحذوف، أي: بثمان مؤجل إلى عشرين سنة. وعليه قرّره ابن رشد⁽³⁾ في سماع أصيغ، وصرّح باعتبار صغر البائع وكبره عن التونسي كما قيده هنا المغربي.

وضابطه⁽⁴⁾ أن يبيع إلى أجل يعيش إليه غالباً، ولو كان من أبناء مائة سنة أو ابن ستين؛ لم يجوز أن يشتري إلى ثلاثين أو عشرين، لأنه كالأجل للموت. وانظر: هل تدخل السنة الأخيرة أم لا؟ كالتخلاف فيمن قال: إلى رمضان.

قال ابن عتاب: سئل القاضي إسماعيل عمن قال في حدود داره إلى الشجرة، هل تدخل الشجرة في البيع؟ فتوقف؛ ثم قال للسائل: قرأت في كتاب سيبويه ما يدل على دخولها⁽⁵⁾.

(1) قوله: (لمباينته فصرفه) يقابله في (ع): (لمباينته فصرف).

(2) تهذيب البراذعي: 235/3.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 40/8 و41.

(4) في (ش): (وضابطها).

(5) المشدالي: الخلاف في أن ما بعد (إلى) هل هو داخل فيما قبله، معلوم في كتب النحاة،

قيل: فإن قلت لرجل: بعني سلعتك بعشرة، فقال: قد فعلت، فقلت: لا أرضى. قال مالك فيمن أوقف سلعته للسوم فقلت له: بكم هي، فقال: بعشرة، فقلت: قد رضيت، فقال: لا أرضى، إنه يحلف ما ساومك على إيجاب البيع، ولكن لما يذكره، ويبرأ، فإن لم يحلف لزمه البيع [فكذلك مسألتك. ولو قلت له: قد أخذت منك غنمك هذه، كل شاة بدرهم، فقال: ذلك لك، فقد لزمك البيع⁽¹⁾].

قولُه: (قيل).

قال⁽²⁾ بعضهم: وقع السؤال أولاً عما إذا لفظ البائع بالماضي، والمشتري⁽³⁾ في المستقبل، فأجابه⁽⁴⁾ بما إذا لفظ البائع بالمستقبل والمشتري بالماضي.

فإن قلت: لم نسب ابن الحاجب للمدونة (أخذتها) في مسألة المساومة، وهي في مسألة الغنم، وترك الرضى المذكور في المساومة. قلت: للإعلام بأنهما سواء، وإلا فعليه دركٌ في نقله. قلت: وفي العتبية - فيمن باع سلعة بعشرين على مؤامرة صاحبها، ثم

والذي رأيته في ابن سهل أن إسماعيل سئل عن قولهم: حذُّها في الشرق كذا، من غير لفظة (إلى)، ثم ذكر الجواب المشار إليه، وقال: فيه نظرٌ فتدبره. انظره في بعض تراجم الصدقات والكوالي.

(1) تهذيب البراذعي: 236/3.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (وللمشتري).

(4) قوله: (فأجابه) ساقط من (ع).

يقول له رجل: عندي زيادة، فهل يخبر صاحبها بذلك؟ قال نعم.

قيل له فإن أمره أن يبيع ممن زاد فأبى أن يأخذ؟

قال: أرى أن يلزمه البيع.

قيل له: إنه يقول: لا حاجة لي بها!

قال: يلزمه البيع، ولا حجة له.

ابن رشد: إلزامه البيع لمن زاد إذا أمضى له صاحبه، خلاف ما في المدونة هنا، من أنه لا يلزم المتساومين لا البائع بما بذل به سلعته، ولا المشتري⁽¹⁾ بما أعطى فيها، ولكل منهما أن يقول: كنت غير جادّ، يحلف على ذلك، ولا يلزمه بيع.

وكذا قال أيضاً في سماع أشهب⁽²⁾.

قلت: الفرق بين ما في العتبية، ومسألة المدونة، أنه لا يلزم من عدم اللزوم في مسألة المدونة عدم اللزوم في مسألة⁽³⁾ العتبية، ولا يلزم من اللزوم في مسألة العتبية اللزوم في هذه المدونة⁽⁴⁾.

لأنه لما تقرر الثمن في مسألة العتبية سابقاً عن الزيادة، كان ذلك دليلاً على اللزوم، وعلى عدم الاختيار مناسبة اللزوم لمن زاد لخروجه عن المساومة. ولما لم يتقدم ثمن في مسألة المدونة حُجِل على المساومة⁽⁵⁾.

(1) في (ع): (البائع).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 112/8 و 113.

(3) قوله: (المدونة عدم اللزوم في مسألة) ساقط من (ع).

(4) قوله: (في هذه المدونة) ساقط من (ش).

(5) المشدالي: ويمكن أن يفرق بينها بأن مسألة العتبية لم يدع أنه كان هازلاً، وإنما قال: لا

حاجة لي بها، فجاز أن يكون جاداً في الزيادة، ثم ندم وقال: لا حاجة لي بها، وهذا المعنى مناسب للإلزام، فلا يلزم منه اللزوم في مسألة الكتاب، كما لا يلزم من عدم اللزوم في مسألة الكتاب عدمه في مسألة العتبية على الفرقيين المذكورين.

المشدالي: وفي سماع عيسى من الجعل: من زاد في ثوب ينادي عليه ثم بدا له، لزمه البيع، ولو زاد رجلان فيه، فقال هذا: دينار، وهذا دينار، وطلب الصائح الزيادة فلم يزد، فأوجبهما، فبدا لهما، أو لأحدهما، لزمها البيع، وهما شريكان فيه.

قال عيسى: لا يعجبني هذا وهو للأول، ولا أرى للصائح أن يقبل من أحدهما ما أعطاه الأول، هو للأول إلا أن يعطياه جميعاً ديناراً معاً فهما شريكان.

ابن رشد: الحكم أن كل من زاد لزمه البية بالزيادة إن أراد ربها إمضاءها له بذلك، ما لم يسترد سلعته فبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى يمضي مجلس النداء، وهو مخير في إمضاءها لمن شاء ممن أعطى فيها ثمناً، وإن كان زاد غرّه عليه.

هذا الذي أحفظه من قول أبي جعفر بن رزق، وهو صحيح؛ لأن من حق رب السلعة أن يقول لمن أراد أن يلزمها إياه إن أبي، وقال: بعها ممن زادك، أنا لا أحب معاملة الذي زادني، وليس طلبي الزيادة وإن وجدتها إبراءً مني لك.

فمعنى قول ابن القاسم: (لزمها البيع) وهما شريكان، إنما ذلك إذا سلم لهما البائع السلعة ولم يخترا أحدهما دون الآخر.

وكذا قول عيسى: إنها للأول؛ معناه: إذا قال: أمضيتها لمن هو منكما أحق بها.

وقول ابن القاسم هو القياس؛ لأن الأول لا يستوجب السلعة بما أعطى، إلا أن يمضيها له ربها، وكذا الثاني، فلا مزية لأحدهما على الآخر.

وقول أصبغ استحسان.

ابن حبيب: إن فارق المشتري البائع في بيع المساومة دون إيجاب لم يلزمه بعد ذلك، بخلاف بيع الزيادة فيلزمه ما أعطى بعد الاقتراق؛ لأن المشتري إنما فارقه في الزيادة على أنه استوجب البيع.

قال المازري: لا وجه للتفرقة إلا الرجوع إلى العوائد، ولو شرط المشتري أنه إنما يلزم الشراء في الحال قبل المفارقة، أو شرط البائع لزومه له، وأنه بالخيار في أن يعرضها على

غيره أمداً معلوماً، أو في حكم المعلوم، لزم الحكم بالشرط في بيع المساومة والمزايدة اتفاقاً، وإلا افترقا للعادة حسبما علّل به ابن حبيب الفرق بينهما.

وإنما نبّهت على هذا لأن بعض القضاة ألزم بعض أهل الأسواق في بيع المزايدة البيع بعد الافتراق، وكانت عادتهم الافتراق على غير إيجاب؛ اغتراراً بظاهر قول ابن حبيب وحكاية غيره، فنهيته عن ذلك لأجل مقتضى عوائدهم.

قال ابن عرفة - بعد أن حكى عن المازري ما سبق -: والعادة عندنا للزوم ما لم يبعد زمن المبايعة حسبما تقرر قدر ذلك عندهم، والأمر واضح إن بعد، والسلعة ليست بيد المبتاع، فإن كانت بيده موقوفةً ففيه نظر.

والأقرب للزوم، كقولها: (إن بعد زمن مضى الخيار، والسلعة بيد البائع، والخيار للمبتاع ألا حق فيها للمبتاع)، إلا إن عرفنا في بيع المزايدة أنه لا يتم العقد ولو طال مكثها بيد المبتاع إلا بنص إمضائه.

المشدالي: وفي آخر أول رسم من سماع القرينين من العيوب: وسئل عمن باع رقيقاً بين أنه يصبح عليهم ثلاثة أيام للزيادة، إن أمضى البيع بعدها بيومين وشبههما لزم المبتاع، وبعد عشرين ليلة لا يلزمه.

ابن رشد: هذا كقوله في البيع على خيار ثلاثة أيام: (لا يلزم بمغيب الشمس من آخر أيام الخيار)، أن له الرد بعد مضي أيام الخيار ما لم يتباعد؛ لأنه إذا بين أنه يصبح عليها ثلاثة أيام للزيادة، فكل من أعطاه شيئاً لزمه الشراء، على أن البائع بالخيار ما لم تنقض أيام الصياح، وعلى القول أن ليس له رد السعة التي اشترى بعد انقضاء أيام الخيار؛ ليس له أن يلزمه الشراء بعد انقضاء أيام الصياح.

ولو كان العرف في بيع المزايدة أن يمضي أو يرد في المجلس، ولم يشترط الصياح عليه أياماً، لم يلزمه الشراء بعد أن ينقلب بالسلعة عن المجلس.

وروى هذا عن ابن القاسم - فيمن يحضر المزايدة في بيع الميراث أو متاع الناس فيزيد، ثم يصاح عليها فينقلب بها أهلها، ثم يأتونه بالغد يقولون: خذها بما زدت -: إن انقلبوا بها أو تركوها في المجلس وباعوا بعدها أخرى لم يلزمه ذلك.

إنما يلزم هذا في بيع السلطان الذي يباع على أن يستشار السلطان، فإن ذلك يلزمه إذا

ولو ابتاعه على الكيل على أن يوزن بالظروف، فإذا فرغت وزنت وطرح وزنها، ثم يحسب باقي الوزن أقساطاً على ما عرف من وزن القسط. فإن كان الوزن عندهم والكيل لا يختلف، فلا بأس به، فإن وزن بظروفه ثم فرغ وتركت الظروف عند البائع إلى أن توزن، فقال المشتري بعد ذلك: ليس هي هذه وأكذبه البائع، فإن لم يفت السمن وتصادقا عليه أعيد وزنه. فإن فات فالقول قول من تركت عنده الظروف مع يمينه، أنها هي من بائع أو مبتاع، لأنه مؤتمن⁽¹⁾.

قوله: (أعيد وزنه).

ابن رشد: وإعادة وزنه على المشتري إن كانت الظروف عند البائع، وعلى البائع إن كانت الظروف عند المشتري⁽²⁾، لأن من كانت عنده الظروف يقول: أنا مصدق، وأن هذه هي الظروف، فإن كنت أنت تدعي أنني أبدلتها فأعد وزن السمن، فإن عاود⁽³⁾ ثم انكشف الأمر أن الآخر كان أبدل الظروف، رجع

أمضاه السلطان.

وجدت هذه المسألة لابن القاسم بخط أبي عمر الإشبيلي، وهي صحيحة على أصولهم.

وقوله: (إن ذلك يلزمه إذا أمضاه السلطان)؛ يريد: ما لم يتباعد على ما مضى في مسألة الصياح.

(1) تهذيب البراذعي: 237/3.

(2) قوله: (إن كانت الظروف عند البائع، ... المشتري) ساقط من (ع).

(3) قوله: (فإن عاود) ساقط من (ش).

عليه بأجرة الوزن إن كان استأجر على وزنها.

انظره في باب المراجعة⁽¹⁾.



(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 379/8 و 380.



كتاب العرايا

كتاب العرايا

قلتُ: إنما لم يذكر ابن الحاجب الرجوع في الصدقة كما ذكره غيره؛ لأنه ليس خاصاً بالعرية.

والعرايا في النخل وفي جميع الثمار كلها مما يبس ويدخر، مثل العنب والتين والجوز واللوز وشبهه، يهب ثمرها صاحبها لرجل فأرخص لمعريها أن يشتري الثمرة إذا أزهدت، وحل بيعها، لا قبل ذلك، بخرصها يابسة إلى الجذاذ إن كانت خمسة أوسق فأقل، فإن كانت أكثر من خمسة أوسق لم يجز بيعها بتمر نقداً، ولا إلى الجذاذ ولا بطعام يخالفها إلى أجل⁽¹⁾.

قوله: (والتين).

جزم هنا أنه مما يدخر، ولم يجزم في الجوائح.

قوله: (يهب ثمرتها).

إنما أراد به تفسير حقيقة العرية لا اللفظ الذي وقعت به العرية، ويحتمل أن تكون وقعت بهذا اللفظ، فيقوم منه مثل قول ابن حبيب أنه يجوز شراؤها بخرصها وإن لم تكن بلفظ العرية⁽²⁾.

قوله: (لم يجز بيعها بتمر نقداً ولا إلى أجل)

(1) تهذيب البراذعي: 239/3 و240.

(2) انظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 202/66.

يريد جميعها، أما خمسة فجائزة لأجل على مذهبه في جواز شراء بعضها بشروطها.

ولو باع المعري عريته بعد الزهو بما يجوز له، أو وهبها، جاز لمعريها شراؤها بالخرص ممن صارت له⁽¹⁾.

قوله: (ولو باع المعري عريته أو وهبها...) المسألة.

قلت: هذه المسألة يتعلق البحث بها من أربعة أوجه:

الأول: نحوي؛ وهو حذف العائد على الموصول، لأن الألف واللام في المعري موصولة، لأن التقدير (المعري له).

الثاني: أصولي؛ وهو النظر في القياس، وفي صحته نظراً.

بيانه أنه ذكر في المقيس أمرين؛ البيع والهبة.

وذكر في مسألة السكنى التي هي مقيس عليها أمراً واحداً - فقط -

وهو الهبة.

وقد علمت أن الهبة أخف من البيع، إذ لا يلزم من جوازها في الهبة

جوازها في البيع، وهو⁽²⁾ قياس رخصة على رخصة، [39/ب] وهو في

المدونة كثير.

الثالث من نمط النظر في القياس؛ وهو أن يقال: البراذعي جعل الأصل

فرعاً، والفرع أصلاً.

(1) تهذيب البراذعي: 240/3 و241.

(2) في (ش): (وفيه).

بيأنه أنه جعل مسألة العمرى أصلاً للعريّة، وجعل العريّة أصلاً للعمرى في كتاب الوصايا الثاني(1).

الرابع: فقهيّ؛ وهو البحث عن وجه عدوله عن أن يقيس على مسألة العمرى في الثمار، وهي أقرب جنساً للعريّة. وقد صرح في المدونة في وصاياها بثلاثة أمور؛ الخدمة، والسكنى، والثمار.

قلتُ: الجواب عن هذا الأخير؛ أنه قال في المدونة: (لم يختلف الرواة في السكنى)(2).

فمفهومه أن ما عداها مختلفٌ فيه، فقاس على أمرٍ متفق عليه.

قال مالك رحمته الله: ولمعري خمسة أوسق شراء بعضها بالخرص. وإن أعري أكثر من خمسة أوسق فله شراء خمسة [أوسق]، وقد يجوز لمن أسكن رجلاً حياته شراء بعض السكنى(3).

قوله: (شراء بعض السكنى).

يحتمل أن يكون المعنى: شراء مدة بعض السكنى كسنة من سنين، ويحتمل شراء جزء شائع كنصف سكنى هذه الدار، ويحتمل شراء جزء معين، كبيع سكنى بيت معين وفي الدار بيوت.

(1) قوله: (الثاني) ساقط من (ع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 194/10، و(السعادة/صادر): 51/15، و(العلمية):

357/4.

(3) تهذيب البراذعي: 242/3.

ومن أعرى نخلة ثم مات المعري قبل أن يطلع في النخل شيء، وقبل أن يحوز المعري عريته، أو مات وفي النخل تمر لم يرطب ولم يحزها المعري، أو منح لرجل لبن غنم، أو أسكنه داراً، أو أخدمه عبداً، ثم مات رب ذلك قبل أن تحاز عنه الغنم والدار والعبد، أو شهد أن فرسه حبس في سبيل الله بعد سنة، فمات ربه قبل السنة، أو منح رجلاً بغيراً إلى الزراع ثم مات ربه قبل الزراع، أو تصدق على رجل غائب بدار فلم يقدم ليحوز حتى مات رب الدار، فذلك كله باطل، وللورثة رده، ويكون ميراثاً لهم⁽¹⁾.

قوله: (وقبل أن يحوز المعري⁽²⁾ عريته).

ظاهره أن حوز المعري لها بنفسه كاف، ولا يشترط تحويز المعري كما يشترط في الرهن، وهو صحيح لقوة الرهن.

قوله: (قبل أن تحاز عنه الغنم).

ظاهره مثل ما نبه عليه صاحب الطرر؛ قال عند قوله: (فإن لم يقبض صاحب المنحة منحتة حتى مات المانح بطلت): ظاهره أن حيازة المنحة تكون بقبض الرقاب خاصة، خلافاً لابن حبيب من أنه إنما تكون بقبض الرقاب وظهور اللبن في المنحة⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 245/3.

(2) في (ش): (العامل).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 202/6.

وزكاة العرية وسقيها على رب الحائط، وإن لم تبلغ خمسة أوسق إلا مع بقية حائطه، أعراه جزءاً شائعاً، أو نخلاً معينة، أو جميع الحائط⁽¹⁾.

قوله: (وزكاة العرية وسقيها...) المسألة.

قال في سماع محمد بن خالد - فيمن أعرى رجلاً نخلاً حياة المعري، فيموت المعري وقد أبرّ النخل - الثمرة للمعري ما لم تطب، فإن مات وقد طابت؛ فهي لورثة المعري.

ابن رشد: قوله هنا: (الثمره⁽²⁾ للمعري ما لم تطب) صحيحٌ على قياس قوله أن السقي والزكاة على المعري، لأنه رأى العريّة باقيةً على ملكه ما لم تطب؛ لأنه حملها محمل الحبس⁽³⁾.



(1) تهذيب البراذعي: 245/3.

(2) في (ع): (أنها).

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 337/15.



كتاب التجارة بأرض الحرب

كتاب التجارة بأرض الحرب

قال شيخنا أبو عبد الله: استدلال غير واحد بالجُرْحَة على حُرْمَة الدخول لدار الحرب فيه نظر، إذ لا يلزم من الجرح كون⁽¹⁾ حرمة الدخول غير جائز؛ لأنه ربما جرح بأمرٍ جائز، ألا ترى إلى الأكل في الشارع، والحرف الدنية ونحوه⁽²⁾!

ولا أرى للمسلم في بلد الحرب أن يعمل بالربا فيما بينه وبين الحربيين⁽³⁾.

قوله: (لا أرى للمسلم في بلد الحرب... المسألة).

اللخمي: أخذ مال الكافر في أرض الحرب على وجه الغصب والسرقة جائز، والخيانة لم تجز، والمبايعة بالربا فيها خلاف، على الخلاف في استباحة نسائهم⁽⁴⁾.

ابن محرز: لا أرى على الكراهة؛ لأن الفاضل أخرج عن ملكه، فجاز لنا أخذه، وإنما كرهه لما فيه من التعرض لاستخفاف حرمة المسلمين، وسوء الظن بهم.

(1) قوله: (كون) ساقط من (ش).

(2) قوله: (ونحوه) ساقط من (ش).

(3) تهذيب البراذعي: 250/3.

(4) انظر: التبصرة، للخمى، ص: 4307.

و لا بأس ببيع عبدك النصراني من النصارى، وأما بيع الصقالبة منهم: قال مالك: ما أعلمه حراماً، وغيره أحسن منه⁽¹⁾.

قوله: (لا بأس ببيع عبد النصراني من النصارى).

يريد: الذميّ، ومن الحرّيّ: لا.

ونص⁽²⁾ عليه في المقدمات⁽³⁾، والمازري وغيرهما.

وعُلِّلَ بما يخاف أن يكون عيناً على المسلمين.

ونصّ⁽⁴⁾ عليه في سماع أصبغ بهذا المعنى⁽⁵⁾.

وأطلقها الصقليّ، وعبد الحق، وابن محرز، واللخميّ.

وإذا ابتاع مسلمٌ خمرًا من نصراني، كسرتها على المسلم، فإن لم يقبض الذمي الثمن، تصدقت به؛ أدباً له، ولا أنتزعه منه إذا قبضه⁽⁶⁾.

قوله: (أدباً له).

ابن محرز: هذا مما يعارضه المذاكرون، ويقولون: إذا كانت الصدقة أدباً؛

فينبغي أن يتصدّق بالثمن، قبضه أم لا.

(1) تهذيب البراذعي: 250/3.

(2) في (ع): (وجرى).

(3) المقدمات الممهّدات لابن رشد، 154/2.

(4) في (ش): (والذي).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 207/4.

(6) تهذيب البراذعي: 251/3-252.

وأخذ من قولها هنا العقوبة⁽¹⁾ بالمال، ونحوه قولهم في باب الغش.

ابن رشد - في سماع ابن القاسم - : قول ابن القاسم أنه لا⁽²⁾ يتصدق على الغاش إلا باليسير، أحسن من قول مالك: (يتصدق به - ولو كثر - أدباً له)؛ لأن الصدقة بذلك من العقوبات في الأموال، وهو⁽³⁾ أمر كان في أول الإسلام ثم نسخ بالإجماع على أن ذلك لا يجب، وعادت العقوبات في الأبدان⁽⁴⁾.

قلت: وفي سماع سحنون - من الجنائيات - أن أصبغ يقول: من أمر رجلاً بقتل⁽⁵⁾ عبده؛ على القاتل قيمته.

سحنون: لا شيء عليه؛ لأن صاحبه عرض به للتلف.

ابن رشد: قال أصبغ في الواضحة: إنما أغرمته القيمة لجرمه، ويضرب السيد والقاتل مائة، ويسجنان سنة.

ابن رشد: قوله هذا ليس بجيد؛ لأنه من باب العقوبة في الأموال⁽⁶⁾.

وروى ابن نافع عن مالك في أهل الذمة إن أخذوا هم وأرضهم عنوة ثم أقروا فيها وضربت عليهم الجزية، فلا يشتري منهم أصل الأرض؛ لأنهم وأرضهم للمسلمين⁽⁷⁾.

(1) قوله: (العقوبة) يقابله في (ش): (العقد به).

(2) قوله: (أنه لا) ساقط من (ش).

(3) قوله: (وهو) ساقط من (ش).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 319/9، 320.

(5) في (ع): (يقتل).

(6) البيان والتحصيل: 169/16.

(7) تهذيب البراذعي: 253/3.

قوله: (لأنهم وأرضهم للمسلمين).

ظاهره أنهم أرقاء للمسلمين، وليس كذلك، بل معناه أنهم للمسلمين؛ أي تجري عليهم أحكامهم.

ومن كان بيننا وبينه صلحٌ أو هدنة من الحربين على مال أو غير مال، فلا ينبغي شراؤهم ممن سباهم من أهل الأديان(1).

قوله: (هدنة أو صلح).

الصلح ما كان للأبد، والهدنة للأجل.

ويحتمل أن يريد: الصلح ما طال أجله، والهدنة ما قُرب.

من نزل عندنا ممن لا عهد له منا ببلده، فلنا أن نبتاع منه الآباء والأبناء والنساء وأمهات الأولاد(2).

قوله: (أن يبتاع منهم الآباء والأبناء...) المسألة.

في سماع يحيى من كتاب الجهاد - في العبد يُشترى من المقاسم فيزعم أن له فداء يرغب في مثله، فيرهن سيده ابنه أو ابنته، ثم يطلقه ليأتي بالفداء، ويُجسب ويقيم ببلده - أيسرق(3) الولد؟

فقال: أما من بلغ الحلم فإنه يسرق ويبيعه كما كان له بيع الأب، ومن لم يبلغ الحلم يُطلق إذا تبين عذر أبيه، ولو مات في الطريق أو لم يتحقق عذر

(1) تهذيب البراذعي: 253/3.

(2) تهذيب البراذعي: 254/3.

(3) قوله: (أيسرق) يقابله في (ش): (لم يسرق).

الأب، وجب إطلاق الابن المرهون.

ابن رشد: أجاز في المدونة اشتراء أولاد الحربي⁽¹⁾ من آبائهم إذا لم يكن بيننا وبينهم هدنة، وإذا جاز شراؤهم منهم، جاز ارتهانهم منهم، وبيعهم فيما رهنوهم فيه، ولم يجز في هذه المسألة⁽²⁾ لسيد العبد بيع الابن المرهون.

والفرق بين المسألتين أن الحربي حاكم على ولده في بلده، فجاز لنا شراؤه منه، وارتهانه منه فيما رهنه⁽³⁾، وبيعه فيما رهنه به.

والعبد الأسير لا حكم له على ولده الباقي في بلد الحرب، فإذا رهنه عند سيده برضاه وهو صغير من غير أن يسترقه أو يأذن له في ذلك مالك أمرهم ووالي بلدهم، ثم لم يرجع لفدائه⁽⁴⁾ لم يجز لسيدة أن يبيعه إذا لم يرض بذلك، ولا⁽⁵⁾ علم قدر ما أدخل فيه نفسه لصغره، بخلاف الكبير.

وقد ذهب كثير من أهل النظر إلى أن هذه المسألة معارضة لما في المدونة، ولا معارضة مع هذا الفرق⁽⁶⁾.

والذمي والمعاهد إن ابتاع مسلماً أو مصحفاً، جبر على بيعه من مسلم، ولم ينقض شراؤه⁽⁷⁾.

(1) في (ش): (الحرب).

(2) قوله: (في هذه المسألة) ساقط من (ع).

(3) قوله: (فيما رهنه) ساقط من (ش).

(4) في ش: (له وأنه)، والمثبت موافق لما في البيان والتحصيل.

(5) قوله: (ولا) ساقط من (ش).

(6) البيان والتحصيل: 34/3، 35.

(7) تهذيب البراذعي: 255/3.

قوله: (جُبر على بيعه من مسلم).

قال برهان الدين: الجامع بين معارضتها لمديانها، انتقال الملك إلى عدو المسلم، والمصحف ولمن عليه الدين⁽¹⁾.

وإذا أسلم عبد النصراني وسيده غائب، فإن بعدت غيبته باعه السلطان عليه ولم ينتظره، وإن قربت غيبته نظر في ذلك السلطان وكتب إليه⁽²⁾.

قوله: (وسيده غائب).

يعني: فإذا قَدِم بعد البيع فأثبت أنه أسلم قبل إسلام العبد، كان له أخذه بطريق الاستحقاق، فإن كان العبد قد عَتَق فله نَقْض العتق.

قوله: (بَعَدَتْ غَيْبَتُهُ).

يريد: أو جُهِل موضَعُه؛ لأن الجهل بالموضع [40/أ] كَبُعَد الغيبة، ويأتي في العيوب إيعابه إن شاء الله تعالى.

وإذا بيعت أمة مسلمة أو كافرة لم يفرق بينها وبين ولدها وبيع معها، إلا أن يستغني الولد عنها في أكله وشربه ومنامه وقيامه⁽³⁾.

قوله: (لم يفرق بينها وبين ولدها).

(1) المشدالي: مسألة المديان المعارضة بها هي: مسألة مَنْ اشترى ديناً على عدوّه وقصد بذلك تَعْنِيته، فقال: إن البيع يفسخ، كما قال الغير في هذه المسألة، وُفِرَّق بأن تلك عداوة خاصة، وهذه عامة، والأولى أقوى؛ بدليل رد الشهادة بها دون الثانية.

(2) تهذيب البراذعي: 256/3.

(3) تهذيب البراذعي: 257/3.

قال في تعليقه القاسبي عن مالك: إن⁽¹⁾ رضيت الأم، وأشهدت عليها بذلك وأسلمته لم يجز، ولم يُفَرَّقَ بينها حتى يُثَغَّرَ.

أبو محمد: انظر ما الفرق بينه وبين المطلقة تُسلم ولدها، فهل⁽²⁾ ذلك لها؟ وراه حقاً لها.

فإن قيل: في الحر تُسلمه الأم من حضانة إلى حضانة جدة⁽³⁾ أو خالة أو غيرها، وهنا في الملك تسلمه إلى غير أحد، فتقوي الضرر؟

قلنا: هذا باطل بقول مالك في كتاب محمد: إذا كان للصبي جدة حرة لأمه، والصبي حر أو مملوك، فطلبت جدته أخذه⁽⁴⁾ فليس لها ذلك، ولا لأمه - إن رضيت بذلك - إذا كانت مملوكة⁽⁵⁾.

فانظر: إنها جعل العلة ملك الأم، وإن كان الولد يرجع إلى حضانة.

ومن باع ولداً دون أمه؛ فسُخِّ البع، إلا أن يجمعاهما في ملك واحد⁽⁶⁾.

قوله: (إلا أن يجمعاهما⁽⁷⁾ في ملك واحد).

انظر كيف خاطب البائع والمشتري بالجمع، فيقوم منه أنه لو اشترى الولد دون أمه ثم باعه من مشتري ثان، فسافر به لبلد آخر، أن طلب رد الولد على

(1) في (ع): (لو).

(2) في (ع): (فجعل).

(3) في (ش): (لجدة).

(4) في (ش): (الحرّة).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 342/6.

(6) تهذيب البراذعي: 259/3.

(7) في (ش): (يجمعهما).

البائع والمشتري الأول حتى يُحضراه.

وفي أحكام ابن زياد⁽¹⁾ عن جماعة من الشيوخ، أنه على المشتري الأول دون البائع، وهذا كله إذا كانت أمه أمةً.

وأما لو كانت حرّة؛ فقال ابن سهل: تخرج في طلبه إن شاءت أو تركه؛ لأنه حق لها، ولا يكلف⁽²⁾ البائع.

عياض: ومن النوادر ما أفتى به ابن المَكْوِي⁽³⁾ فتواه في امرأة حرة بقرطبة

(1) هو: أبو الحسن، علي بن زياد التونسي، المولود بطرابلس، والمتوفى سنة 183هـ، سمع من مالك وروى عنه الموطأ، وهو أول من أدخله المغرب، وسمع - أيضاً - من الثوري، والليث، وغيرهما، وسمع منه سحنون، والبهلول بن راشد، وأسد بن الفرات، وغيرهم.
قال محمد الأمين (عرفات):

وابنُ زياد الثبُتُ فقها يُجمَعُ مَعُ ورَعٍ وفي الفتاوى مرجعُ
روى موطأ إمام المذهبِ عنه فلم يُسبقْ به في المغربِ
وهو عليُّ أب عامٍ (جيم) و(الفاء) من ثانٍ إلى الرحيم

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 80/3، والديباج، لابن فرحون: 592/2، وشجرة النور، لمخلف: 60/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 152، والإكمال لابن ماكولا: 524/1، والأنساب، للسمعاني: 494/1، والحلل السندسية، للسراج: 692/1، والفكر السامي، للحجوي 443/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 20، 67، 71.

(2) في (ش): (نكلف).

(3) هو: أبو عمر، أحمد بن عبد الملك بن هاشم الإشبيلي، القاضي المعروف بابن المكوي، المتوفى سنة 401هـ، قال عياض: شيخ فقهاء الأندلس في وقته، عرف بالذكاء والحكمة

لها بنتٌ مملوكةٌ صبيبةٌ باعها مولاهما من رجلٍ يخرُجُ بها عن قرطبة، فشكت أمها ذلك إليه⁽¹⁾، فمنعه من إخراجها وبيعها على مشتريها، وخالفه في ذلك ابن زَرَبٍ وغيره من الفقهاء، وأخذ ابن أبي عامر بقول ابن المُكوي⁽²⁾.

ولو وهب الولد وهو صغير لغير ثواب جاز، ويترك مع أمه، ولا يفرق بينهما، ويجبر الواهب والموهوب له على أن يكون الولد مع أمه، إما أن يرضى صاحب الولد أن يرد الولد إلى الأم، أو يضم سيد الأمة الأمة إلى ولدها، وإلا فليبيعهما جميعاً، وإذا جمعهما فمن أراد البيع منهما أو أرقه دين باع معه الآخر، وكذلك إن وهبه لابن له في حجره، فرهق أحدهما دين⁽³⁾.

قوله: (إما أن يرضى صاحب الولد...) المسألة.

أما رضى سيد الأمة بضمها إلى الولد فواضح، وعكسه فيه نظر؛ لأنه يؤدي إلى إبطال الهبة.

قوله: (فرهق أحدهما دين).

والحفظ والدراية، دعي لقضاء قرطبة مرتين فأبى، وله كتاب "الاستيعاب في رأي مالك"، جمعه هو وأبو مروان المعيطي للمنصور أبي عامر ابن أبي عامر.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 123/7، والديباج، لابن فرحون: 38/1، وجذوة المقتبس، للحميدي: 208/1، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 206/17.

(1) قوله: (ذلك إليه) يقابله في (ع): (إليه ذلك)، بتقديم وتأخير لا يؤثر في المعنى.

(2) المشدالي: هو أبو عمر الإشبيلي، وفتواه المشار إليها مذكورة في المدارك مع جملة من نواذر فتاويه.

(3) تهذيب البراذعي: 260-259/3.

يتصور لحوق الدين الولد بما في حملتها وغيرها.

ومن اتباع أمةً وولدها الصغير ثم وجد بأحدهما عيباً، فليس له رده خاصة⁽¹⁾.

قوله: (فليس له رده خاصة).

قلت لشيخنا أبي عبد الله - وصوّبه -: في رده المعيب مع السلم، مع قوله قبله في الجناية: يسلمه في الجناية ثم ينتقل إلى حكم الجمع⁽²⁾ بين السيد والمجنبي عليه ثانياً؛ نظراً؛ فقياس قوله بعدم رد المعيب منها فقط، عدَمُ إسلام العبد الجاني، بل يسلم أمه معه، ويأخذ قيمتها كما أسلم الصحيح مع المعيب. وحاصل الإشكال النكتة القائلة: القول⁽³⁾ بعدم رد المعيب فقط، مع القول بإسلام الجاني مما لا يجتمعان.

وما ذكره أبو إبراهيم وابن محرز وغيرهما هنا معلوم.

وسها⁽⁴⁾ ابن محرز فيما عراه للمدونة.

وتبعه الشيخ في مختصره.

(1) تهذيب البراذعي: 260/3.

(2) قوله: (إلى حكم الجمع) يقابله في (ع): (الحكم للجمع).

(3) قوله: (القول) ساقط من (ع).

(4) في (ش): (وسمى).

ومن أعتق ابن أمته الصغير، فله بيع أمه، ويشترط على المبتاع نفقةُ
الولد ومؤنته، وأن لا يفرق بينه وبين أمه (1).

قوله: (ومن أعتق ابن أمته الصغير... المسألة).

ابن رشد: لا أدري لم أوجبوا على مَنْ أعتق صغيراً فباع أمه أن يشترط
نفقته على المشتري! وما المانع أن يكون مع أمه عند المشتري، وتكون نفقته
على البائع؟ (2)

قلت: فعلى هذا قوله في المدونة: (ويشترط) المراد به الأمر.

وقال في تعليقه القاسبي: قال بعض الشيوخ: يريد أنه يجوز بشرط نفقة
الولد (3) على المشتري، وليس ذلك بواجب، بل يجوز أن يشترط أن لا يُفَرَّقَ
بينهما، وتبقى النفقة على البائع المعتق، ويجوز شرطها على المشتري.
ومعناه: إن مات الصبي كانت نفقة مثله ثابتة على المشتري للبائع، إلى
الأجل الذي شرطاه.

قلت: وفي سماع عيسى فيمن باع صغيراً على أن ينفق عليه عشر سنين، ثم
يعتق المشتري الصبي. المسألة (4).

ابن رشد: وفي قوله: ثم يعتق المشتري الصبي نظراً؛ إذ لا تسقط النفقة
عمن أعتق صغيراً لا يقوم بنفسه، فلعله أراد عتقه بعد أن بلغ مبلغاً يقوم فيه

(1) تهذيب البراذعي: 260/3.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 360/5.

(3) قوله: (بشرط نفقة الولد) يقابله في (ع): (شرط نفقته للولد).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 438/7.

بنفسه (1).

قلت: وفي سماع ابن القاسم (2) من كتاب الرضاع، فيمن تزوج أمة فولدت منه، ثم أعتق سيد الأمة ولده منها.
قال: إن (3) الرضاع عليه.

ابن رشد: الهاء من عليه عائدة على الزوج لا على السيد؛ لأن السيد لما أعتقه (4) صار حراً، فسقطت عنه نفقته، ووجبت على أبيه، ولو كان أبوه عديماً، أو لا أب له؛ لوجبت نفقته ورضاعه على السيد؛ لأنَّ مَنْ أعتق صغيراً ليس له من ينفق عليه فنفقته عليه (5).

وأقام الشيوخ من هنا، أن مَنْ أعتق زَمِناً لزمته نفقته.
ومثله في كتاب محمد.

وقيل: نفقته على المسلمين، أو على الإمام..

من له أمة وولدها صغير، فجنت الأم أو الولد، فاختار السيد إسلام الجاني، قيل له وللمجني عليه: بيعاهما معاً ثم يقسم الثمن على قيمتهما جميعاً. ومن ابتاع أمة وولدها صغير ثم وجد بأحدهما عيباً، فليس له رده خاصة، وله ردهما جميعاً أو حبسهما بجميع الثمن.

(1) انظر: البيان والتحصيل: 440/7.

(2) قوله: (ابن القاسم) يقابله في (ش): (عيسى).

(3) في (ع): (أرى).

(4) في (ع): (أعتق).

(5) البيان والتحصيل: 151/5.

ويجوز بيع نصف الأم ونصف الولد وليس بتفرقة. ومن أعتق ابن أمته الصغير، فله بيع أمه، ويشترط على المبتاع نفقة الولد ومؤنته وأن لا يفرق بينه وبين أمه، وإن أعتق الأم جاز له أن يبيع الولد ممن يشترط عليه أن لا يفرق بينه وبين أمه. وإن كاتب الأم لم يجز له بيع ولدها إذ هي في ملكه بعد إلا أن يبيع كتابتها مع رقبة الابن من رجل واحد، فيجوز ذلك إذا جمع بينهما، وإذا أدبر أحدهما لم يجز له بيع الثاني وحده ولا مع خدمة الآخر. ولا بأس ببيع الأمة دون الولد، أو الولد دونها قسمة للعتق، وليس العتق بتفرقة ولا ينبغي بيع الأم من رجل والولد من عبد مأذون له لذلك الرجل، لأن ما بيد العبد ملك له حتى ينتزع منه، إذ لو أرقه دين كان في ماله، فإن بيعاً كذلك أمراً بالجمع بينهما في ملك السيد أو العبد، أو يبيعهما معاً إلى ملك واحد، وإلا فسخ البيع⁽¹⁾.

قوله: (بشرط العتق).

قال بعض الشيوخ: أي ليعتق.

ابن بطال: معناه على أنها حرة، فمعنى القول⁽²⁾ الأول ليعتق، أي على

إيجاب العتق.

ومعنى قول ابن بطال: «إِنَّهَا حرة»، أي حينئذٍ، بغير إحداث عتق.

(1) تهذيب البراذعي: 260/3 و261.

(2) قوله: (القول) ساقط من (ش).

ولا ينبغي بيع الأم من رجل والولد من عبد مأذون له لذلك الرجل (1).

قوله: (من عبد مأذون).

قلت - وصوبه شيخنا أبو عبد الله - : ما الفرق بين عدم اعتبار الربا على القول الشاذ، وعدم جواز التفرقة هنا بين السيد وعبده! لأن ظاهر كلامهم الاتفاق على عدم التفرقة، فقياس (2) اعتبار الربا بينهما جواز التفرقة. بيانه أن المعاملة بينهما في باب الربا ملزومة لاتحاد الملاك (3)، وهو المطلوب في هذا الباب.

الجواب: ما أشار إليه في المدونة من أنه لو رهقه دين (4) بيع عليه، ولو كان ماله مال السيد لزم بيع مال السيد فيما تعلق بذمة المأذون، وهو باطل؛ لأن دين المأذون إنما يتعلق بماله أولاً، ثم بذمته ثانياً، لا بهال سيده - اتفاقاً - ولا برقبته - على المشهور - خلافاً لسحنون.

والولد تبع للأب في الدين، كان الأب حراً أو عبداً (5).

قوله: (والولد تبع للأب في الدين).

ابن العربي: وجودُ الولد منها، لكنه لما تخلّق فيها أضيف إليها، وسمعت إمام الحنفية بمدينة السلام يقول: إنما تبع الولد الأم في المائية، وحاز

(1) تهذيب البراذعي: 261/3.

(2) في (ش): (فقيام).

(3) في (ع): (المالك).

(4) زاد بعده من (ش) قوله: (هذا).

(5) تهذيب البراذعي: 262/3.

حكما⁽¹⁾ في الرق والحرية؛ لأنه انفصل عن الأب نطفة لا قيمة له ولا مائة فيه، وإنما اكتسب ما اكتسب بها وفيها؛ فلذلك تبعها. كما لو أكل رجل ثمرةً في أرض رجلٍ، فسقطت منه نواة في الأرض من يد الآكل⁽²⁾، فصارت نخلةً، فإنها لصاحب الأرض - إجماعاً - لأنها انفصلت من الآكل ولا قيمة لها⁽³⁾.

وإذا أسلم ذمي إلى ذمي درهماً في درهمين أو في خمر، ثم أسلما جميعاً فسوخ ذلك فيما بينهما. قال مالك: وإن أسلم الذي له الحق فأما في الربا فيأخذ رأس ماله، وأما في الخمر فلا أدري ما حقيقته⁽⁴⁾.

قوله: (وإن أسلم الذي له الحق).

قال في نوازل سحنون - في نصرانيّ كاتب عبداً له نصرانياً بيائة قسط خمرًا، فأسلم المكاتب بعد ما أدى نصفها - قال: يكون على المكاتب نصف [40/ب] قيمة عبداً أو نصف كتابة مثله.

فإن أسلم السيد دون المكاتب؛ قال: هو كما أخبرتك، من⁽⁵⁾ أسلم منها فهو كما أخبرتك⁽⁶⁾.

(1) قوله: (وحاز حكمها) يقابله في (ع): (وصار بحكمها).

(2) قوله: (يد الآكل) يقابله في (ش): (يده).

(3) انظر: أحكام القران، لابن العربي: 119/3.

(4) تهذيب البراذعي: 262/3.

(5) في (ع): (فمن).

(6) انظر: البيان والتحصيل: 278/15.

المتيطيُّ: اُخْتَلِفَ فِيْمَنْ أَسْلَمَ وَلَهُ ثَمْنٌ خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ لَمْ يَقْبِضْهُ؛ فَقَالَ أَشْهَبُ وَالْمَخْزُومِيُّ: هُوَ لَهُ سَائِعٌ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ كَانَ قَدْ قَبِضَهُ (1).

وقال ابن دينار (2) وابن أبي حازم: يسقط الثمن عن الذي هو عليه كالربا.

قال بعض الشيوخ: وأكثر مذاهب (3) أصحابنا على قول المخزومي وأشهب.

(1) في (ع): (قبض).

(2) هو: أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن دينار الجهيني، مولاهم المتوفى سنة 182هـ، من قدماء أصحاب مالك وكبارهم وشاركه في بعض شيوخه، روى عن موسى بن عقبة، ويزيد بن أبي عبيد، وعبد العزيز بن المطلب وغيرهم، وكان فقيهاً فاضلاً له بالعلم رواية وعناية.

قال محمد الأمين (عرفات) في أبناء دينار:

مِنْهُمْ مُحَمَّدٌ لَهُ عِنَايَةٌ بِالْعِلْمِ وَهُوَ فِيهِ ذَوْرُ رِوَايَةٍ

قَدْ كَانَ يُقْتَى فِي الْمَدِينَةِ مَعَهُ الْإِمَامُ وَهُوَ عَنْهُ كَانَ سَمِعَهُ

كَذَا عَنِ ابْنِ هُرْمِزٍ مَعَ الْإِمَامِ وَعَامَ (فَاتِقٍ) لَهُ وَافِيَ الْحِمَامِ

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 18/3، والديباج، لابن فرحون: 155/2،

وشجرة النور، لمخلف: 57/1، والانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، لابن

عبد البر، ص: 100، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 146، ورشف الفضال من

تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 55، 56.

(3) في (ع): (مذهب).

قال النبي ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم فمن اشتراها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمرٍ» (1).

قوله: (بخير النَّظْرَيْنِ).

قال تقي الدين: قوله عليه الصلاة والسلام: «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها».

قد يقال: هنا سؤال؛ وهو أن الحديث يقتضي إثبات الخيار بعد الحلب، والخيار ثابت قبل الحلب إذا علمت التصرية، وأنه يقتضي إثبات الخيار في هذين الأمرين المعيّنين؛ أعني (2) الإمساك والرد مع الصاع، وهذا إنما يكون بعد الحلب؛ لتوقف هذين المعيّنين على الحلب؛ لأن الصاع عوض عن اللبن، ومن ضرورة ذلك الحلب.

قلت: حاصل السؤال نفى الخيار قبل الحلب، لتقيده الخيار بالبعدية، لكن الخيار ثابت قبله.

ومعنى التصرية: لو باع رحى ماء بماء مجموع لها، ولم يعلم به، لكان

(1) تهذيب البراذعي: 263/3.

والحديث: أخرجه مالك، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة: 683/2، برقم (1366)، والحديث في الصحيحين أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة: 755/2، برقم (2041)، ومسلم، في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه: 1154/2، برقم (1515).

(2) في (ع): (يعنى).

له الخيار.

نص عليه تقي الدين.

قيل: فإن حلبها ثالثة؟ قال: إن جاء من ذلك ما يعلم أنه حلبها بعد أن تقدم له من حلبها ما فيه خبره؛ فلا رد له، ويعد حلبه بعد الاختيار رضى بها، ولا حجة عليه في الثانية؛ إذ بها يختبر أمرها⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فإن حلبها).

قال شيخنا: اختصرها لعدم تحصيل الجواب، وربما اشتمل على⁽²⁾ تناقض؛ لأن قوله: (لا حجة عليه في الثانية)، يقتضي كونه (في الثالثة) عليه الحجة⁽³⁾، فيلزم أن يكون رضى.

وفيه نظر؛ لعدم إعادة الموضوع.

وقوله: (إن جاء من ذلك) يقتضي عدم كونها رضى.

وأيضاً فإنه لا يلزم من عدم كون الثانية لا يحصل بها الاختيار، دون الثالثة محصلة للاختيار⁽⁴⁾؛ لجريان⁽⁵⁾ علة الثانية فيها، وهو اختلاف المراعي.

قوله: (لا حجة عليه في الثانية).

أقام منه بعض الشيوخ، أن من اشترى ثوراً للحرث⁽⁶⁾ فلما حرث به رقد،

(1) تهذيب البراذعي: 263/3.

(2) قوله: (على) ساقط من (ع).

(3) قوله: (عليه الحجة) ساقط من (ش).

(4) في (ش): (للاختبار).

(5) في (ع): (بحرمان).

(6) في (ع): (لحرث).

فلم يَرُدَّهُ حتى حرث به يوماً آخر، فَرَقَدَ أيضاً، أنَّ له الرد؛ لأنه يقول: إنما لم أردّه حين رقد أوّلاً؛ لأنِّي ظننتُ أن ذلك لأمرٍ عرض (1) له.

لو رضي البائع أن يقبلها مع اللبن بغير صاع لم يعجبني؛ لأنه وجب له صاع طعام فباعه قبل قبضه بلبن، إلا أن يقبلها بغير لبنها فيجوز (2).

قوله: (فباعه قبل قبضه).

قيل: كيف يُتصور هنا بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن الطعام المبيع قبل قبضه لا يخلو من ثلاثة أوجه:

- إمّا من بيع، وهو ممتنع.

- أو قرض.

- أو استهلاك.

فجائز على مذهب الكتاب بيعها قبل قبضها (3).

وإذا بنى رجل في أرضك على نهر لك رحي، فلك عليه كراء الأرض، وأما الماء فلا كراء له (4).

قوله: (إذا بنى رجل في أرضك...) المسألة.

(1) في (ش): (عارض).

(2) تهذيب البراذعي: 263/3-264.

(3) المشدالي: قد يقال: هذا من باب الاستهلاك.

لكنه لا يجري جوابه هنا إلا على القول بأن حكم طعام الاستهلاك حكم طعام البيع، فيقام ذلك القول ههنا.

(4) تهذيب البراذعي: 264/3.

ابن مُحَرَّرٍ: هذه المسألة تُعَارِضُ على وجه الرهن⁽¹⁾، فيقولون: إن أراد أن البقعة يكون لصاحبها فيها الكراء على أنها على ماء، فأى شيء ترك لصاحب الرحى من كراء الماء⁽²⁾ وقد استوفاه صاحب البقعة.

وإن أراد أن البقعة التى نُصِبَتْ فيها الرحى تقوم على أنها على غير ماء، فكيف يكون ذلك وهو حق له، لأنه لو شاء لغرس على⁽³⁾ حافتي النهر فانتفع غرسه بالماء.

ووجه المسألة عندي أن يغرم الباني⁽⁴⁾ لصاحب الأرض التى يخرق فيها النهر قيمة أرضه على انتفاعه بالماء؛ لأن ذلك من حق صاحب الأرض. انظر تمامه⁽⁵⁾.

في تعليقة القابسي: قال أبو محمد: الذى ينبغى عندي أن يقال: يُنظر

(1) في (ع): (الدهر).

(2) قوله: (من كراء الماء) زيادة من (ع).

(3) قوله: (على) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (الباقي).

(5) المشدالي: هذا تمامه: إذا لم يكن فى نصب الرحى فى الأرض إضرار بالماء فى حرثه، ولم يكن لصاحب الماء إجارة أخرى، وذلك لأن صاحب الأرض لو شاء لنصب الرحى لنفسه، ولم يكن لصاحب الماء منعه من ذلك، إذا لم يكن عليه فى ما يحدث ضرر، ولو كان فى إحداث الرحى ضرر بصاحب النهر، لكان له منع صاحب الأرض من إحداثه، ولكان له أن يرجع على الباني المتعدّي بقيمة ما أضرّ به فى حرثه.

وإنما معنى ما فى الكتاب أنه لا كراء لصاحب الماء؛ أى ليس له كراء آخر سوى الذى وجب لصاحب الأرض، وأن الكراء إنما هو مستحقّ لصاحب الأرض، دون صاحب الماء. وبالله التوفيق.

إلى (1) قيمة كراء (2) الأرض، على أنّ بانيتها ينتفع بماء غير رب الأرض.

فإن قلت: على هذا التقدير قد استوفى جميع كراء (3) الماء، وإن قيل: ما

كراؤها بغير ماء؟ لم يكن لها كراء أصلاً، إلا التافه!

الجواب: إذا قيل: ما كراؤها على أنها مجاورة للماء؟ لم يستوف في ذلك كراء

الماء؛ لأننا قد علمنا أنّ الأرض لها شرف (4) لقربها من الماء، كما أنّ الماء

أيضاً (5) لولا الأرض التي يمكن أن يبنى فيها الرحى، ما كان له شرف (6) في

بناء الأرحية.

فيقال: ما يسوى كراء الجميع وما يسوى كراء الأرض من ذلك على أنّ لها

شرباً بقرب الماء، وما يسوى كراء الماء من ذلك على أنّ له شرفاً (7) بقربه من

الأرض، وهذا ظاهر.

يعلم مما قيل أنّ ما ينوب الأرض من هذه الجملة، كان على الباني، وما

ينوب الماء سقط عنه.

وذلك بمنزلة رجل تعدّى على شيئين لرجلين فاستعملهما، ولا يصح

استعمالهما إلا باجتماعهما - مثل الجلمين، والقوس ومثاقبه وما أشبه ذلك -

(1) في (ش): (ما).

(2) قوله: (كراء) ساقط من (ع).

(3) قوله: (كراء) ساقط من (ش).

(4) في (ع): (شرب).

(5) في (ش): (أرضاً).

(6) في (ع): (شرب).

(7) في (ع): (شرباً).

فَيُقَوِّمُ كم يسوى استخدام القوس ومثاقبه؟

فإذا عُرف، قيل: كم حصة القوس من ذلك؟ وكم حصة المثقاب؟، فإن كان نصفاً - مثلاً - أخذه.

ولو قيل: كم كراء القوس منفرداً؟ لم يكن له كراء، فهكذا ينبغي أن يعتبر في مسألة الأرض.

واعلم أن الذي في المدونة نهر أتى بخرق⁽¹⁾ في أرض⁽²⁾ رجل لرجل آخر، كأنه يشق⁽³⁾ أرضه إلى أرض آخر لصاحب النهر، فبنى عليه رجل بناء، فقال: عليه قيمة كراء الأرض⁽⁴⁾.

فيحتمل أن يكون المعنى ما قدمناه.

وقال بعض أصحابنا: إنما يريد أن الماء لا كراء له، أي؛ لا كراء لرب النهر في هذه المسألة، والكرء كاملاً لرب الأرض، كراء الرحي؛ لأنه لما بنى على حافتي النهر في أرض رجل يمر النهر فيها، كمروره⁽⁵⁾ وهو لا يضر بها⁽⁶⁾؛ لأنه لا بد أن يمر على كل حال، وليس لرب الماء أن يمنع رب الأرض أن⁽⁷⁾ يبني

(1) قوله: (أتى بخرق) يقابله في (ع): (لي يخرج).

(2) في (ع): (أرض).

(3) في (ع): (يشترى).

(4) المدونة: 288/3.

(5) في (ع): (بمروره).

(6) قوله: (لا يضر بها) ساقط من (ع)، وزاد بعده في (ع): (به ولو بالوحي مروره وهو لا يدور بها).

(7) قوله: (أن) ساقط من (ع).

في أرضه على نهره؛ إذ لا مضرة على رب الماء، إلا أن كراء الأرض والماء ههنا لرب الأرض.

ولا يصح أن يقال: إنَّ مَنْ ملك ماءً لا يكرهه؛ لأنه له بيعه، فالكراء يجوز فيه.

وإنما أراد بقوله: (إن الماء لا كراء له)؛ أي لا كراء لربِّه في هذه المسألة.

واعلم أنه قال: (لا كراء للماء)، فانظر هل فيه دليل على أن من انتفع من (1) غيره بما لا ضرر فيه على ربِّ المال، ولا نقص من ماله، أنه لا يمنع من ذلك، ولا أجرة له فيه أم لا!
انظر في ذلك.

وكره مالك بيع أصل بئر الماشية، أو مائها، أو فضلة حفرت في جاهلية أو إسلام، قربت من العمران أو بعدت (2).

قوله: (وكره مالك).

يعني: المقيم بها القائم (3) عليها، وأما (4) غيره، فذلك عليه حرام؛ إذ الماء على ثلاثة أوجه:

- ما أخرج الإنسان في (5) ملكه.

(1) في (ش): (بها).

(2) تهذيب البراذعي: 266/3.

(3) في (ع): (والقائم).

(4) في (ع): (وما).

(5) قوله: (الإنسان في) يقابله في (ش): (الأنهار من).

- أو حفره في مواتٍ على [41/أ] وجه الإحياء، هذا له منعه وبيعه.
- وما حفره المسلمون في الفيافي والطرق، فهذا بيعه حرام.
- ومن حفر بئراً لماشية أو وجدها محفورةً، فكان يقوم بها ويكنسها، فهذا يكره له.

ولا بأس أن يبيع الرجل الشاة أو البعير ويستثنى جزءاً من ذلك؛ ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً، وأما أن يستثنى الجلد أو الرأس؛ فقد أجازاه مالك في السفر؛ إذ لا ثمن له هناك، وكرهه للحاضر إذ كأنه ابتاع اللحم. قيل: فإن أبي المبتاع ذبحها في السفر، والبائع قد استثنى رأسها أو جلدتها؟ قال: قال مالك فيمن وقف بعييره، فباعه من أهل المياه لينحروه، واستثنى جلده فاستحيوه: إن عليهم شراء جلده أو قيمته، كل ذلك واسع⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فإن أبي المبتاع...) المسألة.

اختصرها لإشكالاتها من وجهين:

أحدهما بديهي؛ وهو عدم مطابقة الجواب للسؤال⁽²⁾؛ لأنه سأله عن شيئين، فأجابه⁽³⁾ عن أحدهما.

والثاني نظري؛ وهو ما اشتمل عليه الجواب من التناقض.

بيانه أن ظاهره أنهم لا يجبرون على الذبح، ولذا قال: (عليهم شراء الجلد).

(1) تهذيب البراذعي: 269/3.

(2) قوله: (الجواب للسؤال) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (فأجاب).

وقوله: (إذ على الموت اشترى) يقتضي جبرهم.

ثم إن قوله: (عليهم شراء الجلد) لا يستقيم مع قوله: (إذ على الموت)؛ لأننا نقول كما أنك قلت: لا شرك له؛ لأنه على الموت.

كذلك - أيضاً - نقول: لا يُجبر على أخذ مثل (1) الجلد؛ لأنه يقول: بل عين الجلد استثنيت؛ لأنه على الموت دخلنا.

وحاصله أن الحكم بشراء الجلد مع العلة بالدخول على الموت متنافيان؛ لأن لازم الدخول على الموت تعين (2) الجلد، ولازم الإتيان بمثله عدم الدخول على الموت.

وأما ما سطره غير واحد من المحققين؛ كابن سهل، والباجي، وابن رشد، من أن هذه المسألة وغيرها في المدونة تدل على القضاء بالأمثال في العروض، فمعلوم مشهور.

وصرح الباجي بأنها رواية عن مالك (3).

وفي صحة الاعتراض عليه نظراً؛ لأنه ثقة راسخ القدم (4).

(1) قوله: (أخذ مثل) يقابله في (ع): (مثل أخذ).

(2) في (ع): (تعين).

(3) المتتقى، للباجي: 272/5.

(4) في (ع): (النظر).

وزاد المشدالي بعده: قال ابن سهل في ثالث ترجمة من باب الوصايا من الجزء الأول - بعد أن تكلم على نقض الوصي دار يتيمة - ما نصّه: ويجوز أن يحكم على هذا الوصي ببناء ما هدم، وصرفه على حاله يوم هدم، وينفق في ذلك من ماله، حتى يعود كما كان. وفي مختصر ابن أبي زيد من رواية أشهب: من هدم جداراً لرجل كلف أن يبنيه، أحب

إِلَى مَنْ أَنْ أَعْرَمَهُ مَا نَقَصَ الْبَيْتَ.

قال أبو محمد: وهذا غير قول ابن القاسم.

المشدالي: وهذا النقل يُصَحِّحُ نقل الباجي رحمته.

ثم قال ابن سهل في سماع ابن القاسم: قال مالك في خليج لرجل يجري تحت جدار لرجل، فجرى السيل فهدمه، فقال ربه لصاحب الخليج: ابن لي حائطي. فأبى ذلك.

قال مالك: أرأيتك لو أراد رب الجدار أن يسقي به أكان يدعه؟ قال: لا. قال: فأرى أن يُقْضَى على رب الخليج الذي أفسد جدار الرجل.

وهذا من رواية ابن القاسم، مثل رواية أشهب، ونظيره من روايته أيضاً مسألة الشروى في المدونة.

المشدالي: مسألة الخليج المذكورة وقعت في سماع ابن القاسم من كتاب السداد والأنهار، وقال ابن رشد فيها: إنما وجب على رب الخليج بناء الحائط؛ لأنه هو الذي ساق الماء إليه، فأشبهه سائق الدابة في غرم ما وطئت عليه، فإذا كان لرب الحائط أن يسقي به سقط الضمان عن صاحب الخليج؛ لأن رب الحائط قد ساق الماء فيه معه، فلم يتعد على رب الحائط فيما صنعه.

وإنما وجب عليه البناء دون القيمة كما هو أصل المذهب في وجوب القيمة في العروض؛ إذ لا قيمة له على انفراده، فإنها يقوّم بأن يقال: كم قيمة جميع الحائط قبل أن ينهدم هذا الجدار منه؟ وكم قيمته والجدار مهدوم؟ فيكون قيمة الجدار على الصفة التي كان عليها من البلا ما بينَ القيمتين.

وقد لا يكون في ذلك ما يقام به الحائط جديداً، فوجب أن يكون على رب الخليج ما يُبنى به الحائط جديداً؛ إذ لا يتحصّن لرب الحائط حائطه إلا بذلك، وهو معنى قوله: "إنه يُقْضَى بينانه على رب الخليج"؛ لأن مراده أن تكون عليه إجارة الأجراء في بنائه، وإجارة من يقوم بولاية بنيانه، فيستأجر الأجراء، وما يحتاج إليه من المواعين والآلات، أو يلي ذلك بنفسه، فلا يكون عليه الأجرة.

وإلزامه هنا أكثر من قيمة ما استهلك شبيهة بما قالوا فيمن استهلك فَرْدَ خَفٍّ: إنه لا يلزمه قيمته على انفراده، وإنما يلزمه ما نقص من قيمتها جميعاً.

وانظر: لو باع رجل حائطاً من زيتون، واستثنى - مثلاً - خمسة أقساطٍ⁽¹⁾ زيتاً، فهل هو كمن استثنى أرطالاً من شاته؟ أم لا؟
قوله: (فيمن وقف بعيراً...) المسألة.

في العتبية عن ابن القاسم - فيمن أوصى لرجل بلحم نعجة، ولآخر بصوفها، ولآخر بجلدها، فغفل عنها حتى ولدت أولاداً⁽²⁾ - قال: أما صاحب الصوف فلا شيء له من أولادها، وأما صاحب الجلد فله قيمة الجلد ولا شيء له في الولد، واحتج بقول مالك في البعير هنا.
انظر تمامه⁽³⁾.

ويجوز السلم في لبن غنم معيّنة على الكيل، كل قسط بكذا، كانت الغنم يسيرةً أو كثيرة، كشاة أو شاتين، بعد أن يكون في إبان لبنها، ويسمي أقساطاً معلومة، ويضرب أجلاً لا ينقضي اللبن قبله. قيل:

وكان يمضي لنا عند من أدركنا من الشيوخ أنّ هذه المسألة من المسائل التي قضي فيها بالمثل في العرض، كشروى الجلد في مسألة البعير الذي قام على ربّه، وكرّفو الثوب في مسألة الذي خرق ثوب رجل خرقاً يسيراً.
وليس ذلك بصحيح؛ إذ لم يُقَضَّ على صاحب الحائط بمثله في صفته من البلا؛ إذ لا يمكن ذلك ولا يصح، فيكون كمسألة شروى الجلد.
وأما مسألة الرّفو فليس بقضاء بالمثل؛ لأنه لم يستهلك له رفواً، وإنما خرق له ثوباً صحيحاً لا رّفو فيه، فلا معنى للمسألة إلا ما ذكرته. وبالله التوفيق.

(1) في (ع): (أمطار).

(2) في (ع): (أولاً).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 120/13.

أفینقده الثمن؟ قال: نعم إذا شرع في أخذ اللبن، أو كان يشرع فيه إلى أيام يسيرة⁽¹⁾.

قوله: (قيل: أفینقده؟).

اختصرها لإيهام السؤال في قوله: أفینقده؛ لأنه يحتمل الجواز والوجوب، والأرجح الوجوب؛ لأنه يتوهم كونه سَلماً حقيقة.

وإن ابتعت منه قمحاً على أن يطحنه لك. قال مالك مرة: لا خير فيه، واستخفه بعد أن كرهه، وكان وجه ذلك عنده مكروهاً⁽²⁾.

قوله: (وإن ابتعت قمحاً...) المسألة.

ابن محرز: قالوا: لم يذكر كيف وقع بيعُ الحنطة؛ هل⁽³⁾ على الكيل؟ أو على الجِزاف؟

وصوابه أن ذلك سواء؛ لأن ذلك معروف.



(1) تهذيب البراذعي: 271/3.

(2) تهذيب البراذعي: 272/3.

(3) قوله: (هل) ساقط من (ع).



كتاب العيوب

كتاب العيوب

ومن ابتاع شاتين مذبوحتين فأصاب إحداهما غير ذكية، أو طعاماً على أن فيه مائة إردب فلم يجد فيه إلا خمسين أو أربعين فلا يلزمه أخذه ولا أخذ الشاة المذكاة، وله رد الجميع؛ لأنه يقول: أردت شراء الجملة لرخصه، أو لحاجتي إليه⁽¹⁾.

قوله: (شراء الجميع لرخصه).

قد يعارض ما في المراجعة⁽²⁾؛ لأنه جوز بيع⁽³⁾ ما شاء من الطعام ولا يبيّن.

وهذا التعليل يطرد فيه؛ لأنه إذا باع ولم يُبيّن فقد أدخل لبساً على المشتري؛ هل اشتراه البائع مع غيره، فيكون ما ينوبه من الثمن من باب التوظيف، أو وحده مع ضيق باب المراجعة؟

وقال غيره: إذا اشترى شاتين أو عبيدين أو قلتين متكافئتين، فهذا لم يبتع أحدهما لصاحبه، فإن أصاب بأحدهما عيباً، أو استحق رجوع بما يصيبه من الثمن ويرد المعيب⁽⁴⁾.

(1) تهذيب البرازعي: 274/3.

(2) في (ع): (المدونة).

(3) قوله: (بيع) ساقط من (ع).

(4) تهذيب البرازعي: 275/3.

قوله: (وقال غيره).

ابن رشد في سماع عيسى: قوله هنا: إِنَّ البيع لا ينفسخ باستحقاق أحد الثوبين المتساويين، هو مثل قوله وقول غيره في عيوب المدونة في العبدین المتكافئين أنه لم يشتر أحدهما لصاحبه. وقيل: إنه ينفسخ⁽¹⁾ باستحقاق أحدهما.

وهو قوله آخر استحقاقها في بعض الروايات: (وفي الذي أسلم ثوبين في فرس)، فعلى هذا استحقاق النصف من العروض كثيرٌ كالطعام.

ويتحصل ثلاثة أقوال:

المساواة بين العروض⁽²⁾ والطعام في أن استحقاق النصف كثير⁽³⁾.

والثاني: أنه يشير فيها، وهو مذهب أشهب واختيار سحنون.

والثالث: الفرق بين الطعام والعروض؛ أن النصف والثلث⁽⁴⁾ في الطعام

كثير وفي العروض يسير، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم⁽⁵⁾.

قال ابن القاسم: وإن ولدت الأمة عند المبتاع من غيره ثم وجد بها عيباً، فلا يردها إلا مع ولدها، أو يمسكها⁽⁶⁾.

(1) قوله: (باستحقاق أحد الثوبين المتساويين... إنه ينفسخ) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (العرضين).

(3) قوله: (كثير) ساقط من (ع).

(4) في (ش): (رد لثلث).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 168/11، 169.

(6) تهذيب البراذعي: 279/3.

قوله: (وإذا ولدت الأمة...) المسألة.

تقرير سؤال يورد هنا أن يقال: الولد إن حكم له بحكم جزء من أجزائها،
لزم إذا مات أن يرث ما نقص، كردّ ما نقص عنده من أجزائها.

وإن حكم له بحكم غيره؛ فيلزم أن ينظر فيه بما قالوا إذا تعيب بعض
الصفقة، فيكون كمن اشترى سلعتين اطلع على عيبٍ بأحدهما؛ وهو باطل؛
لأنهم لم يفصلوا هذا التفصيل، ولا سلخوا فيه هذا المعنى.

ومن ابتاع عبداً بيعاً فاسداً فلم يقبضه حتى أعتقه المبتاع، لزمه العتق،
ويصير ذلك قبضاً ويغرم قيمته إن كان له مال، فإن لم يكن له مال؛ لم
يجز عتقه، كمن ابتاع عبداً غائباً بيعاً صحيحاً، واشترط على البائع أنه
منه حتى يقبضه فأعتقه المبتاع بعد الشرط، جاز عتقه وإن كان في
ضمان البائع⁽¹⁾.

قوله: (كمن ابتاع عبداً غائباً).

الجامع بينهما كون ما ورد عليه العتق مضموناً من البائع⁽²⁾، وضمانه في
المقيس لأجل فساد البيع فهو ضمان⁽³⁾ أصالة، وفي المقيس عليه لأجل الشرط
فضمانه بالفرعية، فإذا أثار العتق في المضمون بالأصالة، فأحرى في المضمون
بالفرعية.

ولقائل أن يقول: لا يلزم من صحة عتقه في الثانية صحته في الأولى؛ لأنه

(1) تهذيب البراذعي: 284/3.

(2) زاد بعده من (ع) قوله: (من البائع).

(3) في (ش): (ضامن).

في الثانية مستند إلى سبب تام صحيح وهو العقد، وفي الأولى السبب مختل؛ لفساده، فالمطلوب منه حله.

وقولهم: "العتق متشرّف إليه"، منقوضٌ بما إذا لم يكن له مال، فكان ينبغي نفوذ العتق ويتبع بالثمن والقيمة ديناً.

وقال هنا: (إن لم يكن له مال رُدَّ العتق)، وعورض بما في (1) كتاب العتق؛ لأن الثمن مقترنٌ بالعقد فيها، سابقٌ على (2) العتق، فأبطل العتق هنا، بخلاف ما هناك.

الجواب: إن الثمن تقرر في ذمة المشتري محققاً، فأعتق في حالة يصدق عليه أنه مديان أحاط الدين بهاله.

وفي مسألة العتق (3) لا يصدق عليه (4) أنه تقرر الثمن في ذمة المعتق باعتبار (5) الظاهر للشرع؛ إذ الاستحقاق طارٍ بعد ذلك، فحينئذ يتوجه عليه الطلب فيصير مدياناً (6) وقد أعتق قبل ذلك (7).

(1) قوله: (في) ساقط من (ش).

(2) في (ع): (عن).

(3) زاد بعده من (ع) قوله: (حالة).

(4) قوله: (عليه) يقابله في (ش): (عليه حالة العتق).

(5) قوله: (المعتق باعتبار) يقابله في (ع): (العتق بحساب).

(6) في (ع): (مديناً).

(7) المشدالي: مسألة العتق المعارض بها هي قوله في كتاب العتق الأول: (وإن باع عبداً لك سلعتك بأمرك، ثم أعتقته ثم استحققت السلعة ولا مال لك؛ فلا رد للعتق؛ لأنه دين لحقك بعد إنفاذه).

المشدالي: حكى الصقليّ - عن ابن الموّاز - أن العتق في مسألة كتاب العتق إنما يمضي

ومن اتباع عبداً فوجد به عيباً قديماً لا يحدث مثله فرفعه إلى الإمام
والبائع غائب، فعلى المبتاع البينة أنه ابتاع ببيع الإسلام وعهدته، فإن
أقامها لم يعجل الإمام على القريب الغيبة، وأما البعيد فيتلوم له إن كان
يطمع بقدمه، فإن لم يأت قضي عليه برد العبد ثم يبيعه عليه⁽¹⁾.

قوله: (وأما البعيد فيتلوم له... المسألة).

قلت: قال أبو مروان بن مالك - وصوبه ابن سهل - : إن المدونة وغيرها
لتنبئ بأن جهل موضع الغائب كال معرفة بتفاحش بعده أو أشد.

قال ابن سهل: وعليه تدل المدونة في مسائل المفقود وغيرها⁽²⁾.

قال في سماع عيسى من الكفالة - فيمن تحمل عن أبيه لامرأته بصداقها أو

إذا كان الثمن بيد السيد يوم أعتقه، وإلا فالعتق مردودٌ، فجعله الصقلي وعبد الحق
تفسيراً للكتاب.

فعلى هذا لا معارضة، فيستغنى عن الجواب.

وأما على تأويل ابن محرز من أن الكتاب محمولٌ على ظاهره، وأن قول محمد خلاف
لقول ابن القاسم، فالمعارضة صحيحةٌ، والجواب لائحٌ.

واستشكل الشيخ أبو الحسن كون ما قاله محمدٌ تفسيراً؛ لأن قوله في الكتاب: (ولا
مال لك غير العبد) يدفعه.

المشدالي: قد يقال: قوله: (ولا مال لك) يريد يوم الاستحقاق، وذلك لا ينافي أن
يكون له مال قدر الثمن يوم العتق، فيستقيم جعل قول محمدٍ وفاقاً كما تأوله الشيخان
على الكتاب، وقوله في الكتاب: (لأنه دين لحقك بعد إنفاذه) مقربٌ له لا مبعده، كما
زعم الشيخ أبو الحسن رحمته. فتأمل.

(1) تهذيب البراذعي: 286/3.

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 342.

تحمل به أجنبي فغاب الزوج قبل البناء بها، فطلب أهلها الحميل - إن كان الزوج قريب الغيبة بعث إليه، وإن كانت بعيدة أو لا يدري حيث هو، ولا يعرف موضعه؛ أخذ من الحميل صداقها، ولم يضرب له في ذلك أجل؛ يريد للغائب في انتظاره، فهذا نص في المجهول المكان؛ أنه كالبعيد الغيبة⁽¹⁾. [41/ب]

وفي كتاب التفليس في رسم (الجواب) - فيمن قام عليه غرماؤه وهو غائب، إن كانت قريبة ولا يعلم ملاؤه من عدمه - كتب في ذلك وكشف عنه حتى يفلس، فيأخذ⁽²⁾ أصحاب السلع سلعهم⁽³⁾، أو لا يفلس. وإن كان غيبته⁽⁴⁾ بعيدة، ولا يعرف ملاؤه من عدمه، أو عرف⁽⁵⁾ ولا يدري أين هو ولا يعرف موضعه؛ فهو بمنزلة التفليس⁽⁶⁾. وهذا نص آخر.

قلت: ولم يتكلم ابن رشد في⁽⁷⁾ هاتين الروايتين بشيء يرجع⁽⁸⁾ إلى هذا المعنى⁽⁹⁾.

(1) البيان والتحصيل: 330/11.

(2) في (ش): (فيدخل).

(3) في (ش): (عليهم).

(4) قوله: (غيبته) ساقط من (ش).

(5) قوله: (عرف) غير مقروء في (ع).

(6) البيان والتحصيل: 464/10.

(7) في (ع): (على).

(8) في (ع): (يرجع).

(9) المشدالي: قال ابن سهل بعد ذكر ما سبق: وهذا كله يرد ما قاله ابن القطان في ذلك وقاله، فتدبره.

ومن اتباع عبداً فوجد به عيباً قديماً لا يحدث مثله، فرفعه إلى الإمام والبائع غائب، فعلى المبتاع البينة أنه ابتاع ببيع الإسلام وعهده، فإن أقامها لم يعجل الإمام على القريب الغيبة، وأما البعيد فيتلوم له إن كان يطمع بقدمه، فإن لم يأت قضي عليه برد العبد ثم بيعه عليه، ويعطي المبتاع ثمنه الذي نقد بعد أن تقول بينة: إنه نقد الثمن وهو كذا وكذا ديناراً، فما فضل حبسه الإمام للغائب عند أمين (1).

قوله: (فما فضل حبسه الإمام).

الشيخ: القاعدة أن الإمام لا يتعرض لديون الغائب يقبضها إلا أن يكون مفقوداً أو مولى عليه، أو يرى إبراء ذمة الحاضر ورب الدين غائب، بخلاف من تعدى على مال الغائب فأفسده، فإن الإمام يأخذ منه القيمة ويجبسها للغائب.

وانظر حبس السلطان الفضلة للغائب هنا من أي نوع هي! (2)

قال: وأما قول أبي عمر بن القطان: إن البينة تزيد في شهادتها أنه غاب غيبة بعيدة بحيث لا يعلمون، فلا معنى له، وهو مُحالٌ في النظر؛ لأنه لا يجوز أن يكلف من يقول: "لا أعلم حيث غاب" أن يزيد: "غاب مغيباً بعيداً"، فيصير عالماً بما قد انتفى من علمه، وهو تناقض.

وكان عليه السلام قد لَجَّ في هذا، فكان يؤكد في أجوبته، وقد ذكرناه عنه في الحكم بشرط المغيب للزوجة، والله الموفق للصواب.

انظر ابن سهل في مسائل العيوب.

(1) تهذيب البراذعي: 286/3 - 287.

(2) المشدالي: وأخذ من كتاب المكاتب - أيضاً - من قوله: (وإذا أراد المكاتب تعجيل ما عليه وسيده غائب...) إلى آخر المسألة، أن مَنْ عليه دين لغائبٍ وأراد أن يُبرئ ذمته

فليدفعه إلى الإمام ويبرأ.

انظر الورقة السادسة عشرة من بيوع جامع الأحكام.

المشدالي: فروع:

الأول: قال ابن فرحون - في أواخر القسم الأول من الركن السادس - : قال أصبغ: لا ينبغي للقاضي إذا عزل الوصي لأمر كرهه أو لعذر أن يكتب له براءة مما جرى على يديه قبل ذلك مما زعم أنه أنفقه عليه، وإن أتاه على ذلك بيينة فليسمعها حتى يبلغ التيمم مبلغ الدفع لنفسه، ولكن إن أخذ القاضي منه ما لا عند العزل كتب له منه براءة.

انظر: آخر الوكالات من جامع الأحكام.

الثاني: قال بإثر ما تقدم: وإذا دخل يد القاضي مال لغائب، فقام رجل وادعى أنه وكيله وأحضر عقداً بوكالته، ودَكَر الشهودُ في العقد أن تاريخ الشهادة بالوكالة قبل كتابة هذا العقد بعام أو نحوه، وفي العقد أنه وكيله على طلب حقوقه كلها وقبضها والإقرار والإنكار وقبض مستغلاته توكيلاً تاماً مفوضاً أقامه به مُقام نفسه، فهذا مما ينبغي للقاضي أن يتنبه له؛ فإن الموكل للغائب لم يشهد على نفسه في هذا العقد الذي أظهره الوكيل ولا رأى الكتاب، وإنما لَفَّق الوكيل ما في الكتاب من حفظ الشهود على وجه الاسترعاء، وهذا الموضع وشبهه لا ينبغي للقاضي أن يسمع فيه الشهادة على الوكالة أو غيرها، إلا أن ينص الشاهد معانيها من حفظه، كما يزعم القائم بالوكالة أن من حفظهم كتب ذلك.

وأما أن يقول الشاهد للقاضي: هذه شهادتي أشهد بها عندك ليُعلم له عليها علامة الأداء والقبول، وتثبت الوكالة بتلك الشهادة؛ فلا يجوز ذلك، ولا يسع القاضي التساهل في هذا، فالله الله بالاهتيال بأمور الناس والنظر لنفسك.

قاله ابن مالك القرطبي.

وقال ابن عتاب: لا يدفع القاضي للوكيل ذلك المال إلا بتوكيل ينص الغائب فيه على قبضه، وأما بالتوكيل المكتتب فلا.

قال ابن سهل: وإنما قال ابن عتاب ذلك؛ لأنه بلغه أن الوكيل غير مأمون عليه، فرأى

من النظر إبقاءه تحت يد أمين القاضي، مع ما في الوكالة من الضعف؛ لأن الموكل لم يطلع على الوكالة.

الثالث: قال ابن فرحون - في آخر القسم الخامس من الركن السادس - : قال أصبغ في الواضحة: إذا وجد في ديوان القاضي بعد موته أو عزله أن عند فلان من الأموال التي عندنا، أو قال: من مال فلان اليتيم كذا وكذا ديناراً وأنكر الأمين، فإنه يحلف ويبرأ، ويضمن القاضي ذلك المال حياً كان أو ميتاً؛ لأنه فرط حين لم يشهد عليه.

المشدالي: زاد - في أواخر الباب السابع والأربعين - : وليس يؤخذ الأمانة بما يوجد في ديوان القضاة أنه عندهم، إلا بإقرارهم بذلك عند الإشهاد به عليهم.

الرابع: قال - في أواخر القسم الأول من الركن السادس - : لا يسجل القاضي بتخليد دين في ذمة غائب إلا أن يكون من أهل عمله - وإن سافر إلى غير عمله - أما إن استوطن غير عمله، أو لم يسكن قبل ذلك فيه، فحسبه أن يعتد بثبوت الدين، لا الحكم بتخليده في ذمته.

المشدالي: وتقدمت في الجهاد مسألة: (مَنْ مات ببلد وله ورثة ببلد آخر)، وهل للقاضي أن يبعث ماله إلى الورثة؟ أم لا؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى قرب كتاب الاستحقاق.

وانظرها آخر الأفضية من ابن عرفة. والله الموفق.

الخامس: قال - أيضاً في آخر القسم الخامس من الركن السادس - : سئل ابن القاسم - في سماع عيسى - عما يُرْفَع إلى القضاة من أموال اليتامى، هل يستودعه لهم؟ أو يضمنونه؟

فقال: الضمان الذي يفعله بعض الناس وأهل العراق فيضمنونها أقواماً يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها؛ حرامٌ لا يحل، والسنة استياداعها عند ثقة إن لم يكن لهم وصيٌ ثقة، وإذا رأى القاضي أو الوصي دفعها إلى من يتجر بها، أو يقارض بها من أهل الثقة على وجه النظر لهم؛ فذلك حسن.

ولو أقام المبتاع البينة أنه ابتاع منه عبداً بيعاً فاسداً فإن لم يتغير في سوق أو بدن؛ فعل فيه الإمام كفعله في العيوب، وإن تغير في سوق أو بدن؛ حكم عليه الإمام بقيمته؛ كانت أقل من الثمن أو أكثر ويفسخ البيع ويتراد هو والبائع الفضل متى ما لقيه⁽¹⁾.

قوله: (متى لقيه...) المسألة.

استدل منه بعضهم على أن كراء الأعباس؛ تركه في ذمة المكترى خيرٌ من قبضه.

قلت: وما لابن سهل، ونحوه للباقي في هذا المعنى لم نغادره⁽²⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 287/3

(2) المشدالي: قال ابن سهل في أواخر البيوع: رجل اكرى أرضاً محبسة على حصن لسبع سنين فاجتمع عليه كراء ستين، فأراد قاضي طليطلة قبضه منه وتوقيفه عند ثقة حتى ينفذ في وجهه، فقال فقهاء طليطلة: ليس له ذلك؛ لأنه إخراج من ذمة إلى أمانة، وذلك تضييع، واحتجوا بما تأوله الشيوخ في مسألة (من اشترى عبداً شراءً فاسداً وفات عنده وغاب البائع وثبت ذلك عند الحاكم، فألزم المشتري القيمة وهي أكثر مما نقد فيه، فإن الحاكم يبقي الفضل في ذمة المشتري حتى يقدم البائع). وقلتُ لهم: للقاضي قبضه وتوقيفه حتى يصرف في مصرفه، وكتبت بالمسألة إلى قرطبة.

فأجاب ابن عتاب: لا أرى توقيفه ولينفق في الحصن، فإن كان الحصن في غنى، أو كان المكترى ملياً ترك في ذمته بعد أن يتوثق منه بالإشهاد عليه حتى يحتاج إليه إن شاء الله.

وأجاب ابن القطان: للقاضي أخذه من المكترى وتوقيفه، وليس لأحد اعتراضه، ولا حجة عليه بإخراجه من ذمة إلى ذمة إلى أمانة، هذا مذهب مالك، والذي وقع في

وقد قال عمر للذي ابتاع أمة من زوجته على أنه متى باعها كانت أحق بها بالثمن: لا تقربها وفيها شرط لأحد⁽¹⁾⁽²⁾.

قوله: (لا تقربها وفيها شرط لأحد).

أبو مصعب في المبسوط: أي لا تشتريها بهذا الشرط.

الباجي: وهذا يقتضي منع هذا الابتاع؛ لفساده.

وروي عن مالك، ويحتمل عندي أن يريد: لا تقربها بالوطء⁽³⁾، ويكون

حكم العقد في الفساد والصحة مسكوتاً عنه⁽⁴⁾.

ومن اشترى داراً فوجد بها صدعاً، فأما ما تخاف منه سقوط جدار فليرد به، وإلا فلا⁽⁵⁾.

قوله: (فوجد بها صدعاً).

كتاب العيوب تأويلٌ يُخَرِّجُ على مذهبه إن شاء الله.

قال ابن سهل: وهذا هو الصواب عندي في ذلك. والله أعلم.

المشدالي: انظر الشيخ أبا الحسن؛ فإنه جلب كلام عياض وابن يونس وغيرهما، ويبيّن

ما أشاروا إليه من المعارضة والأجوبة. والله الموفق.

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 890/4، كتاب البيوع، باب: ما يفعل في الوليدة إذا بيعت

والشرط فيها، برقم: 2280، والبيهقي في السنن الكبرى: 336/5، كتاب البيوع،

باب الشرط الذي يفسد البيع، برقم: 10611.

(2) تهذيب البراذعي: 288/3.

(3) قوله: (بالوطء) يقابله في (ش): (بها لو وطئ).

(4) المنتقى، للباجي: 132، 131/6.

(5) تهذيب البراذعي: 290/3.

والبقَّ عيبٌ ولو في السرير، وكثرة القمل عيبٌ، وفي سوء الجار خلاف.
قلت: والصواب أنه ليس بعيب؛ لأنه ليس براجع إلى شيء من أحوال
المبيع⁽¹⁾.

قلت: وفي الشؤم والجنون نظرٌ.

والذي اختاره⁽²⁾ شيخنا أبو عبد الله؛ أنها ليسا بعيب.

والصواب عندي أن ذلك عيب؛ لأنه مما تكرهه⁽³⁾ النفوس قطعاً، فإن
كون الدار مشهورة بعوامر الجان لا تسكن غالباً، وكذا إذا اشتهرت بالشؤم لا

(1) المشدالي: فيما قاله نظرٌ.

والخلاف الذي أشار إليه في سوء الجار حكاة في الطرر.

قال عن الموازية: سوء الجار في الدار المكثرة عيب يرد به إذا لم يعلم.

وقال غيره: ليس ذلك عيباً في البيع.

وقد قال أبو صالح الحرّاني: سمعت مالكا يقول: "تردّ الدار من سوء الجيران". ولم
يأت إلا من هذا الطريق.

المشدالي: - في العاشرة من الجزء الخامس من كتاب الجامع من العتبية من سماع ابن

القاسم - قال مالك: كان يقال: اللهم إني أعوذ بك من الجار السوء في دار إقامة.

ابن رشد: المحنة بالجار السوء عظيمة، وقد روي عن مالك أن الدار ترد من سوء
الجار.

المشدالي: قال في موضع آخر من البيان: "من اشترى داراً فوجد جيرانها يشربون أن
ذلك عيبٌ تردّ به".

وقال الصقلي في آخر الرواحل: من اشترى داراً فوجد بها جيران سوء فذلك عيبٌ
تردّ به.

(2) في (ش): (حكاة).

(3) في (ع): (تكره).

تملك غالباً⁽¹⁾.

ومن اتباع أمة فوجدها رسحاء وهي الزلاء فليس بعيب⁽²⁾.

قوله: (فوجدها رسحاء).

في سماع عيسى: لو اشترى جاريةً فوجد في عينها شعراً فجاء ليرد به، فقال له⁽³⁾ البائع: احلف أنك لم تره؛ لم يكن ذلك عليه.

(1) المشدالي: وهذا هو الذي اختار صاحب جامع مسائل الأحكام في الشؤم بعد أن حكى عن شيخه الإمام مثل ما حكاه الوانوغوي وقال، قياساً على سوء الجيران، إلا أن يقال: إن عيب سوء الجار محقق، بدليل قول الشاعر:

فقلت لهم: كفوا الملام فإنها بجيرانها تغلو الديار وترخص

والشؤم في الدار غير محقق؛ لأنها قد تكون كذلك على قوم دون قوم، أو تتقدم تارةً وتتأخر أخرى ويحدث فيها.

وقوله في الحديث: (دعوها فإنها ذميمة) في قوم حصل لهم ذلك، فهي قضية عين.

وكذا قوله: (الشؤم في الدار والمرأة والفرس) على رواية إثباته كله؛ قد يكون وقد لا يكون، لكنه إن وقع جاز التعلق به ولا ينكر، ويستثنى من (لا طيرة في الإسلام).

المشدالي: وهذا الفرق يقتضي عكس اختيار الوانوغوي في المسألتين.

وقال ابن رشد - في ثاني مسألة من كتاب المراجعة -: إذا طال مكث المتاع عنده فلا يبيع مراجعة ولا مساومة حتى يبين وإن لم تحل أسواقه؛ لأن التجار في الطري أرغب، وهم عليه أحرص، من أجل أنه إذا طال مكثه لبث وحال عن حاله وتغير، وقد يتشاءمون بها لثقل خروجها.

وهذا وجه ما ذهب إليه في المدونة. والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 290/3.

(3) قوله: (له) ساقط من (ش).

ابن رشد: معنى ذلك: إذا كان الشعر مما يخفى عند التقلب، وأما إن كان ظاهراً فلا قيام به على ما قال في المدونة في الرسحاء، وصرح به أيضاً آخر سماع يحيى من العيوب (1).

والدين على العبد عيب يرد به إن شاء، أو يماسك به، والدين باق عليه (2).

قوله: (والدين على العبد).

قال بعضهم: يريد المأذون له؛ لقوله (3): (باق عليه وغير المأذون لا يلزمه)؛ لأن لسيدة إسقاطه، وظاهره: ولو قلّ.

الشيخ: وينبغي إذا كان يسيراً جداً؛ ألا (4) يكون عيباً.

قلت: ونحوه في كتاب المكاتب، والصواب أنه لا يلزم من اغتفار اليسير في باب الكتابة اغتفارها في باب العيوب، وهو مختار شيخنا أبي عبد الله.

ومن نمط العيب المالي ما ذكره ابن محرز وغيره - فيمن أفسد حجاً على أمة أذن لها فيه فباعها؛ فللمشتري ردها كعيب ترد (5) به، إلا أن يتبرأ منه البائع.

(1) البيان والتحصيل: 316/8.

(2) تهذيب البراذعي: 290/3.

(3) في (ش): (بقوله).

(4) في (ع): (أنه لا).

(5) قوله: (كعيب ترد) يقابله في (ع): (كعبد يرد).

وإذا طعن المبتاع في عبد ابتاعه بعيب، فقال للبائع: احلف لي أنه لم يكن به يوم بعته عيب، لم يجب بذلك يمين على البائع لا على البت، ولا على العلم، حتى يدعي في عيب ظاهر أنه باعه إياه وهو به، ولو ممكن من ذلك أحلفه كل يوم على ما شاء أنه لم يبعه وهو به، فإن ظهر به عيب يعلم أنه لا يحدث مثله عند المبتاع وجب به الرد، وإن كان مما يمكن حدوثه عند أحدهما، فإن كان ظاهراً حلف البائع على البت، وإن كان مما يخفى مثله، حلف على العلم، وعلى المبتاع اليقظة، فإن أحلفه عالماً بيئته فلا قيام له، وإن لم يعلم بها فله القيام بها كسائر الحقوق⁽¹⁾.

قوله: (وإذا طعن المبتاع... المسألة).

قيل: معنى المسألة⁽²⁾: طعن بعيب سماه، ويدل عليه قوله في التعليل:

(ولو ممكن... إلى آخره، ولو كان غير مسمّى لم يصدق هذا⁽³⁾ التعليل، وعلى الجملة لا يمين له على البائع سواء طعن بعيب سماه أو لا.

ويدل أيضاً على أنه لا يجب على البائع يمينٌ وإن لم يسمّ العيب.

قوله: (حتى يدعي في عيب ظاهر).

الشعبي: سئل أبو محمد عمّن باع ثوراً ويشترط أنه حرّاث، فوجده

المشتري يرقد أول ما يعقده⁽⁴⁾ المشتري في عمله.

(1) تهذيب البراذعي: 294/3 - 295.

(2) قوله: (قيل معنى المسألة) ساقط من (ش).

(3) قوله: (هذا) ساقط من (ش).

(4) في (ش): (يعقد).

قال: إن كان مثل ذلك⁽¹⁾ يحرث، ووجد المشتري في أول أمره؛ فله رده.

وإن كان عند المشتري مدةً يعلم أنه يحرث في مثلها، فهو⁽²⁾ من المشتري، وعلى البائع اليمين إن ادعى عليه المتباع، لا علم ذلك.

قلت: وسأل عياض ابن رشد عن رجل قام على آخر بعيب في سلعة، فأنكر المدعى عليه السلعة، وأنه ما باعها منه؛ هل يُقَدَّم إثبات⁽³⁾ العيب⁽⁴⁾ قبل اليمين على إنكار البيع؛ مخافة ألا يكون بها عيب فتذهب يمين الرجل باطلاً؟ أو يقدم اليمين على إنكار البيع؟.

الجواب: الذي أراه في هذا أن من حق القائم بالعيب أن يحلف المقوم عليه على إنكار البيع قبل أن يثبت العيب؛ إذ لا يلزمه أن يتعنى⁽⁵⁾ في إثبات العيب حتى يتقرر له العهدة على البائع.

ألا ترى أن له أن يحلفه على إنكار البيع وإن لم يدع عيباً بالسلعة لما⁽⁶⁾ يخشى من طروء الاستحقاق عليه، فإن حلف أنه ما باع منه السلعة؛ لزمه إثبات البيع إن كانت له بينة لم يعلم بها وإثبات العيب، وإن نكل عن اليمين؛ حلف

(1) قوله: (ذلك) ساقط من (ش).

(2) في (ع): (فإنه).

(3) في (ع): (إثباته).

(4) في (ش): (الغيبة).

(5) في (ع): (يعنى).

(6) في (ع) و (ش): (لا)، والمثبت أصحُّ، وهو موافق لما في مسائل ابن رشد، ونسختنا من تكملة المشدالي.

هو واستحق العهدة عليه، ولزمه أن يثبت (1) العيب لا غير (2).

وسأله عياض - أيضاً - رحمته عن مسألة الزريعة المشتراة إذا لم تنبت، ولم

يبق منها ما يجرب (3) هل على البائع يمين أنه ما باع إلا ما ينبت؟

وهل يحلف على العلم أو على البت؟ وقد وقع النص على (4) أنه يحلف على

العلم.

وما فائدة التجربة؟

هل لإيجاب اليمين؟ فلا تجب (5) اليمين إلا بعد التجربة والعلم أنها (6) لم

تنبت، أم فائدتها لعلها تنبت فلا يكون للمشتري حجة؟

الجواب: فائدة التجربة أن (7) يظهر صدق المشتري؛ ليرجع (8) بقيمة

العيب إن كان البائع غير مدلس، وبجميع الثمن إن كان مدلساً، ولا شيء له

إذا عرف كذبه.

فإن لم يبق ما يجرب؛ كلف المبتاع أن يثبت أنه زرعها في أرض تربة

فلم تنبت، فإن أثبت ذلك؛ رجع بقيمة العيب إن لم يكن مدلساً، وبجميع

(1) قوله: (أن يثبت) يقابله في (ش): (إثبات).

(2) انظر المسألة في: مسائل ابن رشد: 873/2.

(3) في (ش): (يجرى).

(4) قوله: (على) ساقط من (ش).

(5) في (ش): (تجاب).

(6) في (ع): (أنه).

(7) قوله: (فائدة التجربة أن) ساقط من (ع).

(8) في (ع): (أيرجع).

الثلث في المدلس.

وإن لم يثبت ذلك، حلف البائع على العلم أنه لا يعلم أنها لا تنبت، على أحد القولين في هذا الأصل، فيخرِّج على أحد القولين أنه لا يمين عليه حتى يظهر العيب عن المتباع.

فإن باعها بشرط الزريعة، وقال: لا أعلم أنها لا تنبت، وإنما كانت عندي في صفتها مما ينبت، حلف على ذلك، ولا يلزمه إلا قيمة العيب. وكذلك إن زرعها وهو يعلم أنها لا تنبت، ولم يشترط الزريعة، لم يلزمه إلا قيمة العيب⁽¹⁾.

قلت: وفي نوازل الشعبي: سئل ابن لبابة عمن باع زريعة حنّاء من رجل، وشرط عليه⁽²⁾ أنها غير نابثة؛ لم يجز؛ لأنه خاطره⁽³⁾، إلا أن يكون نفعٌ لغير⁽⁴⁾ ذلك فيجوز ذلك⁽⁵⁾.

قلت: أرأيت من ابتاع أمة فوجدها صهباء الشعر؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئاً، ولكن سمعته يقول فيمن اشترى جارية فوجد شعرها قد جعد أو سود: فإنه عيب ترد به⁽⁶⁾.

قوله: (صهباء الشعر).

- (1) انظر: مسائل ابن رشد: 874/2 و875.
- (2) قوله: (شرط عليه) يقابله في (ش): (وشرط عليها).
- (3) في (ش): (خاطر).
- (4) في (ش): (بغير).
- (5) انظر: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، ص: 264.
- (6) تهذيب البراذعي: 297/3

اختصرها لوجهين:

أحدهما: [42/أ] أشار إليه عياض (1).

الثاني: لإشكال الحكم في الفرع، وهو مسألة الصهباء المستفادة من الأصل وهي مسألة التجعيد، إذ لا يلزم من عيبه في الأصل - لأنه مدلس - كونه كذلك في الصهوبة؛ لأنه خَلْقَة.

والخيلان في الوجه والجسد إن كان عند الناس عيباً ينقص الثمن رد به (2).

قوله: (والخيلان).

هو نقط تكون في الوجه والجسد كلون المداد.

قيل: كيف صح الرد بما في الوجه مع أنه من العيوب الظاهرة! ولا (3) يرد بها كما صرح به ابن رشد وغيره.

ولذا قال: لو اشتري عبداً حاضراً ورآه المشتري، ثم وجدته مقعداً أو مقطوع اليد والرجل؛ فلا مقال له؛ لأنه ظاهر لا يخفى (4).

(1) انظر: التنبهات المستنبطة، ص: 1847.

وزاد المشدائي بعده: قال في التنبهات: حمل أكثرهم أنه لم يجب في الصهباء، وإنما الكلام كله في ذات الشيب، ولم يذكره المختصرون في مسألة الصهباء، وبعضهم حمل قول ابن القاسم: (ولا أرى أن يردها إلا أن تكون رائحة) على مسألة الصهباء، قال: وكذلك وقع له في الأسدية.

(2) تهذيب البرازعي، 297/3.

(3) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، 345/8.

الجواب أن يقال: قد تكون بيعت على الصفة، كما صرح به ابن رشد آخر سماع يحيى من العيوب⁽¹⁾.

قال شيخنا أبو عبد الله: والوشم في الوجه أو غيره ليس بعيب عندي. قلت: وقد⁽²⁾ قال ابن سهل - فيمن قام⁽³⁾ في جنة معينة بعفن شجرها ويبس بعضها وخمج⁽⁴⁾ عروقها - قال ابن عتاب وابن القطان: له الرد بذلك⁽⁵⁾.

وكذلك مبتاع أمة في عدة فلم يعلم حتى انقضت، أو بعينها بياض فلم يعلم حتى ذهب، وكل عيب زال فذهب قبل الرد به؛ فلا يرد بعد ذلك⁽⁶⁾.

قوله: (كل عيب زال).

قلتُ لشيخنا أبي عبد الله: ما الفرق بين ما هنا ومسألة الكراء والحضانة بعد الطلاق؟

فقال: الفرق في الكراء واضح؛ لأنها منافع استوفيت ناقصةً، فيرجع بما نقصه.

(1) البيان والتحصيل: 343/8.

(2) قوله: (قد) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (باع).

(4) في (ش): (وتجمع).

(5) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 347.

(6) انظر: تهذيب البرادعي: 298/3.

وفي الحضانة: (لما تزوجت، استحق الحضانة غيرها، ولو زال النكاح، وفرق بين عدم المانع وارتفاع العلة...) المسألة (1).

ومن باع سلعة بمائة دينار ثم أخذ بالمائة ثوباً فألفاه معيباً فرده فليرجع بالمائة وهذا مما لا اختلاف فيه (2).

قوله: (ثم أخذ بالمئة ثوباً فألفاه معيباً).

ابن محرز - عن ابن الكاتب - : إنما تصح هذه (3) المسألة إذا كانت المائة نقدًا، ولو كانت نسيئة؛ لم يجز أخذ السلعة، إلا أن يكون مما يجوز أن تُسلم فيه السلعة المبيعة.

ولو وجد عيباً بالسلعة المبيعة أو لا لرجع بالمائة أيضاً، إلا أن يكون أخذ منه السلعة على سبيل التجاوز؛ وهي قائمة، أو كانت فائتة، إلا أنها مما يكال أو يوزن، فإنه يقال للمشتري: إما أن ترد السلعة القائمة أو مثل الفائتة أو أعطه المائة.

وإن فاتت السلعة (4) ولا مثل لها لزمه قيمتها.

وهذان الوجهان يُعارض أحدهما بالآخر، والأظهر فيها أن العيب إن

(1) المشدالي: ارتفاع العلة ملزوم لارتفاع المعلول وذلك في مسألة العيوب، فلذلك لم يكن له مقال، وأما عدم المانع فلا يترتب عليه حكم؛ لما تقرر في الأصول من أن المؤثر إنما هو وجوده لا عدمه، فلذلك لم يكن للأخذ المحضون عند زوال المانع. والله أعلم.

(2) تهذيب البراذعي: 298/3.

(3) قوله: (هذه) زيادة من (ع).

(4) قوله: (السلعة) زيادة من (ع).

وُجِدَ فِي الْأُولَى أَوْ فِي الثَّانِيَةِ أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ بِالمِائَةِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا.

وَإِذَا وَلَدَتِ الْأُمَةُ عِنْدَكَ ثُمَّ رَدَدْتَهَا بَعِيْبٍ، رَدَدْتَ مَعَهَا وَلَدَهَا، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَكَ (1).

قوله: (وَإِذَا وَلَدَتِ الْأُمَةُ عِنْدَكَ...) المسألة.

فَيَدَّهَا الصَّقْلِيُّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي جَبْرِ الْوَلَدِ النَّقْصِ.

قال شيخنا أبو عبد الله: الذي تقدم نصاً فيها إنما هو في التزويج، لا فيما إذا ولدت من زنا.

ولم تقع في المدونة نصاً في الجبر إلا في التزويج، ولا يلزم من جبره في التزويج جبره في الزنا؛ لأنه لا سبب له في الزنا، وفي النكاح (2) سببه منه.

وكذلك في البيع الفاسد ترد ولا شيء عليك من الغلات فيه (3).

قوله: (وكذلك في البيع الفاسد تُرد...) المسألة.

قال شيخنا في الإنصاف (4) الديني: هنا تنبيهٌ خفيٌّ المعارضة لما في مرابحتها؛ وذلك أنه تقرر (5) في المراجعة أن طول الزمان ملزوم للتغيير وحوالة الأسواق الموجين للبيان، وقد قرر في الفاسدة أنها مفيتة.

(1) تهذيب البراذعي: 299/3.

(2) في (ع): (النكل).

(3) تهذيب البراذعي: 299/3.

(4) قوله: (في الإنصاف) يقابله في (ع): (فالإنصاف).

(5) في (ع): (تعرف).

وقرر⁽¹⁾ هنا أن الغلة لا ترد، والاعتلال صادف حصوله مع طول الزمان الموجب للتغيير ومع عدمه، وقرر هنا أنه يرد المبيع لا الغلة، فكيف يصح جعله غير مفيت؟

فحاصلُه أن القول⁽²⁾ بعدم رد الغلة كالصحيح، ورده مع تغير الأسواق اللازم للطول الصادق عليه الاستغلال وعلى عدمه متناف.

الجواب: ما كان ابن محرز يجيب به أنه يتكلم في كل باب بما يليق به، وههنا باعتبار رد الغلة فقط.

وكل ما يبيع من غير الحيوان وفي باطنه عيب من أصل الخلقة يجعله المتبايعان، ولا يعلم بفساده مثل الخشب وشبهها يشق فيلقى في داخلها عيب؛ فليس له رد ولا قيمة عيب⁽³⁾.

قوله: (كل ما يبيع من غير الحيوان...) المسألة.

ليس في الأم: (من غير الحيوان)، ولا (من أصل الخلقة)⁽⁴⁾، وإنما هذه الزيادة عند ابن حبيب.

وإنما أثبتته أبو سعيد؛ لأن الغالب من الحيوان أن تكون عيوبه ظاهرة لا تخفى.

قال شيخنا أبو عبد الله: انظر المفهوم؛ هل الحيوان مثله، فيكون المفهوم

(1) في (ع): (ونقل).

(2) في (ع): (للقول).

(3) تهذيب البراذعي: 302/3

(4) انظر: النوادر والزيادات: 298/6.

مفهوم موافقة، فيكون دليل المدونة عدم الرد في مسألة الأضحية، والجوف التي اختلف فيها الشيوخ، أو الحيوان بخلافه؛ فيردُّ؟ الأول عندي أقرب (1).

وفي العتبية: لو اشترى صغيراً فأعتقه عن ظهره أو لم يعتقه، ثم كبر أخرس؛ فليس بعيب.

ابن رشد: لأنه أمرٌ استوى فيه المتبايعان (2).

وإن اشترت عبداً ثم بعته من الذي باعكه بمثل الثمن؛ فلا تراجع بينكما في تدليس ولا غيره (3).

قوله: (فلا تراجع بينكما).

أما على القول (4) بوجوب المقاصّة فظاهر، وأما على عدمها فقوله: (لا تراجع)، فيه نظر؛ بل اللازم عليه التراجع.

وقد يقال: لا نسلم عدم الإشكال على القول بوجوب المقاصّة؛ لأنه يلزم عليه (5) لو فُلس أحدهما أن يكون أحق بها في ذمته، وما في رهونها يرده.

(1) المشدالي: مسألة الأضحية التي أشار إليها، ذكرها ابن رشد في رسم البيوع الأول من سماع أشهب من كتاب العيوب، وقد ذكرناها في المختصر في أوائل خيار النقيصة، وذكرها ابن سهل في مسائل العيوب في ترجمة (اختلاف الفقهاء في رد الضحية توجد عجفاء).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 201/5، 202.

(3) تهذيب البراذعي: 303/3.

(4) قوله: (القول) ساقط من (ش).

(5) في (ش): (أن).

ولو أتى بائع الأمة فتبراً من عيب ذكره فإن كان ظاهراً فذلك له، والمبتاع مخير، وإن لم يكن ظاهراً لم تنفعه براءته ولا رد له للبيع⁽¹⁾.

قوله: (ولو أتى بائع الأمة بعد تمام العقد فتبراً من عيب ذكره...)
المسألة.

فيها إشكال من وجهين:

الأول: أن ظاهر قوله: بعد تمام البيع، سواء بُعِدَ أو قُرِبَ.

وقد تقرر أن الملحقات بالعقود كالمعقود⁽²⁾ عليه، وهو - أعني - التبري من هذا العيب، ولو⁽³⁾ كان في العقد لصح ولا مقال للمشتري، فكيف لا مقال له إن كان قُرِبَ العقد؟

الجواب أن الذي تصح فيه البراءة في الشرط وتنفع المحقق الموجود لا الموهوم، وهو الموجود⁽⁴⁾ ههنا.

الإشكال الثاني: لا فائدة في دعوى البائع؛ إذ⁽⁵⁾ مراده رجوع المبيع، وهو لا مقال له؛ لأن المشتري مخيرٌ على تقدير ثبوت العيب، فلا فائدة في دعواه.

(1) تهذيب البراذعي: 306/3

(2) في (ش): (كالعقد).

(3) في (ش): (لو).

(4) في (ع): (الوجود).

(5) في (ع): (إذ).

ولا ينفع في غير الرقيق شرط البراءة، باعه وارث أو وصي أو سلطان.
وقد رجع مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فقال: لا تنفع البراءة في الرقيق أيضاً، وإن باعه
وصي أو ورثته أو غيرهم من الناس إلا أن يكون عيباً خفيفاً؛ فعسى (1).

قوله: (إلا أن يكون عيباً خفيفاً).

اختلف الشيوخ في هذا الاستثناء، هل هو متصل بالكلام الأول أو
منفصل عنه؟

فذهب بعضهم إلى أنه متصل، وأن البراءة لا تنفع في شيء إلا أن يكون
العيب خفيفاً في الرقيق وغيره، وهو ظاهر كلام عياض، وعلى هذا لا يكون في
المدونة القول بأنها لا تنفع في شيء.

وذهب بعضهم إلى أن هذا الاستثناء منفصل، ولفظه في الأم: (وأن البراءة
لا تنفع في شيء) (2).

وذهب بعضهم إلى أن هذا الاستثناء لأهل الميراث فقط، لا لغيرهم، إلا
أن يكون خفيفاً؛ فعسى.

وظاهره كان المبيع رقيقاً أو غيره، فيكون هذا هو القول الرابع عند
عياض (3).

ونقله ابن يونس: إلا أن يكون [42/ب] عيباً أو بيع سلطان.

(1) تهذيب البراذعي: 308/3 - 309.

(2) انظر: المدونة (زايد): 381/7، و(السعادة/صادر): 349/10، و(العلمية):
366/3.

(3) انظر: التنبهات المستنبطة، ص: 1862.

ولا يجوز بيع أمة رائعة بشرط البراءة من الحمل، ولا بأس بذلك في
الوخش من الزنج وغيرهم إن لم يطأها البائع؛ إذ ليس بكبير نقص
فيها، وربما زاد ثمنها به وهو مخاطرٌ في الرائعة؛ لكثرة ما ينقصها إن
كان بها(1).

قوله: (وهو مخاطرٌ في الرائعة).

في هذا التعليل نظر؛ لأنه يلزم عليه أن لو تبرأ من عيب فاحش يكون معه
المبيع على غرر في نجاحه ألا تصح البراءة، وليس كذلك.

قيل: فمن اشترى عبداً من مال رجل - فليس السلطان - فأصاب به عيباً
على من يردده؟ أعلى السلطان أم على المفلس أم على الغرماء؟ قال:
بلغني أن مالكا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: يرد على الغرماء الذين بيع لهم وأخذوا
المال(2).

قوله: (قال: بلغني أن مالكا).

احتجَّ اللخميُّ بها على أن قول مالكٍ اختلف فيما باعه السلطان.
وتأول هذه المسألة ابنُ الكاتب وأبو محمد وغيرهما، فقالوا: معناها أن
المفلس علم بالعيب وعلم بعلمه.

قال شيخنا: اختصرها لأمرين(3):

أحدهما أنه زاد في الجواب ما ليس في السؤال، والزيادة في الجواب هي:

(1) تهذيب البراذعي: 309/3.

(2) تهذيب البراذعي: 310/3.

(3) في (ع): (لوجهين).

قبض الغرماء المال. ولم يذكره في السؤال.

ولا يلزم من الرجوع عليهم إن قبضوا الرجوع إن لم يقبضوا.

الوجه الثاني أنه تقرر أن السؤال بالاستفسار عن ترديد ترتيب حكم عن أحد أمور ثلاثة - مثلاً - إنما يصح إذا كان كل واحد يصح ترتيب الحكم عليه، وإلا لزم ضم الوصف الملغى⁽¹⁾ إلى المعبر، وهو باطل، وههنا هو كذلك؛ لأنه قدّم - قريباً - أن بيع السلطان بيع براءة، ولا عهدة عليه، فكيف يصح جمعه مع المفلس وغيره! فيلزم إما مخالفة القول الأول لاعتقاده أن الرجوع عليه - ولذا سأل عنه - وإما ضمّ الملغى إلى المعبر.

وإن باعها السلطان عليه في دينه، ثم أيسر فاشتراها؛ بقيت له رقاً وحل له وطؤها⁽²⁾.

قوله: (وحلّ له وطؤها).

جعل هنا بيع السلطان يرفع التهمة - ولذا حلّ له وطؤها - خلاف ما له في العتق الأول.

ومن وجد أمته التي باع بيد المبتاع بعد أن فلس؛ كان أحق بها إلا أن يعجل له بقية الغرماء جميع الثمن⁽³⁾.

قوله: (إلا أن يعجل له الغرماء).

(1) في (ع): (المعنى).

(2) تهذيب البراذعي: 310/3-311.

(3) تهذيب البراذعي: 311/3.

أما إذا رضوا⁽¹⁾ كلهم بالتعجيل فواضح.

ولو اختلفوا؛ فبعضهم قال: يعجل، وبعضهم لا؛ فقال شيخنا: الظاهر عندي القول قول من طلب التعجيل؛ لأن فيه إتمام لفعل البائع.

وإذا ردت السلعة بعيب رد السمسار الجعل على البائع⁽²⁾.

قوله: (ردَّ السمسارُ الجعلَ).

انظر أجرة المردود بعيب في باب التولية من ابن محرز.

وسئل عنه أبو محمد - وقد نقلها إلى موضع آخر - فقال: إن كان البائع مدلساً؛ لزمه أن يقبلها في ذلك الموضع، وإلا فعلى المبتاع ردها، ولو تقابلا⁽³⁾ في غير بلد التبايع، فكذلك إلا أن يكون ما ينفق المشتري على ردها إلى بلد التبايع يُذهب الكراء بقيمتها، فذلك فوتٌ يرجع بقيمة العيب فقط⁽⁴⁾.

(1) في (ش): (رضى).

(2) تهذيب البراذعي:، 3/311.

(3) في (ع): (تقايل) لعلها (تقايل).

(4) المشدالي: ذكر الشيخ أبو الحسن - في أواخر السلم الثاني - عن ابن يونس: قال بعض

القرويين: إذا اشترى

سلعةً وحملها بثمن، ثم ظهر على عيب خيّر بين أن يردّها أو يرجع بقيمة العيب؛ لأن ما أذى في الحمل أوجب له التخيير، وصار كعيب حدث عنده.

ولو ظهر أن البائع مدلس لم يلزم المشتري ردّها إلى موضع الشراء لتدليسه.

وقيل: إن أجرة ردها على المشتري في ماله؛ لأن البائع يقول له: "اعطني سلعتي وخذ ثمنك" كالإقالة.

المشدالي: انظر رسم (نذر) من سماع ابن القاسم من العيوب، وانظر جامع الأحكام في مسائل العيوب أيضاً.

الشعبي: قال ابن العطار: فإن لم يقم بينة بالتدليس؛ حلف البائع أنه لم يدلس ولا علم بالعيب، ولزم المبتاع⁽¹⁾ ردّها.

إن هلك مال الأيتام ثم استحقت السلعة فلا شيء على الأيتام⁽²⁾.

قوله: (فإن هلك مال الأيتام).

زاد ابن يونس⁽³⁾ وابن محرز: (ولا مال للأيتام غير ذلك...) المسألة.

ابن محرز: اشتراطه أنه لا مال لهم غير ذلك؛ يدل على أنه لو كان لهم مال غيره كان في أيديهم بميراث عن أمهم أو غيرها؛ لكان عليهم غرم الثمن من مالهم هذا.

وقد قال محمد: لا شيء عليهم. وقال ابن الماجشون: يتبعون.

وصرح به ابن يونس⁽⁴⁾ عن مُطَرِّف.

قال مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق، فما حدث بالرأس في الثلاث من مرض أو موت فهو من البائع، ولا يجوز النقد في الثلاث بشرط⁽⁵⁾.

قوله: (ولا يجوز النقد في الثلاث).

قال برهان الدين: تقرير إشكالها - ولذا نسبها ابن الحاجب إليها - أنه

(1) في (ع): (البائع).

(2) تهذيب البراذعي:، 312/3

(3) في (ع): (رشد).

(4) قوله: (ابن يونس) ساقط من (ع).

(5) تهذيب البراذعي: 314/3.

منع النقد فيها بشرط، وألزم النقد في بيع الثمار بعد الزهوّ بمجرد العقد، وكلاهما⁽¹⁾ في ضمان البائع.

وفرقوا بينهما بغلبة الأمر⁽²⁾ في الثمار، وبأنّ ما يطرأ في الثمار يستوى⁽³⁾ فيه علم المتبايعين بخلاف الثلاث؛ لاحتمال تقدم⁽⁴⁾ علم البائع بالعيب أو سببه.



(1) في (ش): (وكلاهما).

(2) في (ع): (الأمن).

(3) في (ش): (استوى).

(4) في (ع): (نقد).

كتاب الاستبراء

كتاب الاستبراء

عما (1) تقرّر أنّ الاستبراء يشابه العدة، وإن فارقها في السبب، حتى أُطلق عليه في المدونة - في غير (2) موضع - اسم العدة، ناسب وضع هذا الكتاب إثر كتاب العدة كما يقع في كثير من النسخ، ويناسب أيضاً العيوب؛ لأنه قد تكون حاملاً فترد به، ذكره إثر العيوب.

وكل من انتقل إلى ملكه ملك أمة كانت في حوز غيره بأي وجه ملكها، فليستبرئها بحيضة إن كانت ممن يحيض، ملكها ببيع أو إرث أو هبة، أو صدقة أو وصية، أو من مغنم أو بغير ذلك (3).

قوله: (وكل من انتقل إليه ملك أمة).

ظاهره ولو كانت مجوسية، أو ممن (4) لا يعتق عليه، ولا فائدة للاستبراء مع حرمة الوطء، ولو اشتراهما وهما زوجان، فلا مواضعة ولا استبراء.

قال مالك: الثلاثة الأيام والأربعة والخمسة إذا طهرت فيهن، ثم رأت الدم بعد ذلك فهو من الحيضة الأولى، قال: وسئل النساء عن عدد أيام الطهر، فإن قلن: إن هذه الأيام تكون طهراً فيما بين الحيضتين، وجاء

(1) في (ع): (لأ).

(2) قوله: (غير) ساقط من (ع).

(3) التهذيب: 457/2 - 458.

(4) في (ع): (من).

هذه الأمة بعد هذه الأيام من الدم ما يقول النساء: إنه دم حيض، ولا يشككن فيه أجزاء ذلك من الاستبراء وإلا فلا(1).

قوله: (وسئل النساء عن عدد أيام الطهر).

عائد على قوله في الأمهات: (إذا قالت: حضت ثلاثاً في شهر)(2).

وأما الخمسة الأيام؛ فلا يسئل النساء فيها وليست بطهر، كما نص عليه في كتاب العدة(3).

وتَعَقَّبَهَا عبد الحق في كتابه الكبير على سائر المختصرين؛ وإنما تعقبها عليهم لأنهم حذفوا(4) المسألة، وذكروا العائد عليها، فيوهم أنهم أعادوه إلى ما قبلها.

ومن اشترى زوجته قبل البناء أو بعده لم يستبرئ، وإن ابتاعها قبل البناء، ثم باعها قبل أن يطأها، أو بعد أن وطئ فليستبرئ المبتاع بحيضة(5).

قوله: (من اشترى زوجته... المسألة).

(1) التهذيب: 459/2.

(2) انظر: المدونة (زايد): 148/4، و(السعادة/صادر): 330/5، و(العلمية): 237/2.

(3) انظر: المدونة (زايد): 315/4، و(السعادة/صادر): 428/5، و(العلمية): 11/2.

(4) في (ش): (حرفوا).

(5) تهذيب البراذعي: 464/2.

زاد ابن الحاجب وغيره: لحل وطء الملك (1).

قلت: وقد يقال: لا يلزم من حل وطء الملك عدم فائدة الاستبراء؛ لأن من فوائده التفريق بين ماء النكاح وماء الملك؛ لافتراقهما في الأحكام؛ لأن الولد في النكاح لا ينتفي إلا بلعان، وفي الملك ينتفي بغير لعان. ولأنه اختلف إذا اشتراها وهي حامل منه، هل تكون به أم ولد؟ أم لا؟

ومن باع أمة بغير أمر ربها، ثم أجاز البيع بعد أن حاضت عند المبتاع؛ أجزأه كالمودعة (2).

قوله: (ومن باع أمة بغير إذن ربها...) المسألة.

انظر جعلَ الإجارة كالإنشاء، فلذا شبهها بالمودعة؛ فيفصل فيها بين أن تكون تخرج أو لا تخرج.
وأما لو جعله (3) إمضاءً للعقد الأول، فلا يفصل بين أن تخرج أو لا؛ لأن الاستبراء وقع بعد العقد.

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب: ص 477.

(2) التهذيب: 465/2.

(3) في (ش): (جعل).

وللرجل أن يزوج أمته التي لا يطؤها بغير استبراء، ولا يزوج أمةً قد وطئها إلا بعد حيضة. قيل لمالك: أفلا يزوجها ويكف عنها زوجها حتى تحيض؟ قال: لا، فإن زوجها وقد وطئها قبل أن تحيض حيضة، ثم لم يطأها الزوج حتى حاضت، فالنكاح مفسوخ⁽¹⁾.

قوله: (قيل لمالك...) المسألة.

اختصرها لإشكال استشعره البراذعي؛ وتقديره: ما الفرق بين عقد البيع، وانتظار الوطء بعد المواضعة والاستبراء، وبين عقد النكاح، وانتظار الوطء بعد العدة؟

المتيطي⁽²⁾: الفرق بينهما أن النكاح المقصدُ الأعظمُ منه الوطء خاصةً، والبيع يكون للوطء والاستخدام وغيرهما، وقد يجوز شراء من لا توطأ دائماً، ولا يتأتى ذلك في النكاح⁽³⁾.

قوله: (فإن زوجها وقد وطئها قبل أن تحيض).

فيه تقديم وتأخير؛ تقديره: قبل أن تحيض وقد وطئها.

(1) التهذيب: 466/2.

(2) قوله: (المتيطي) ساقط من (ش).

(3) انظر: المتيضية، للمتيطي: 162/أ: (والفرق بين النكاح والبيع في ذلك أن النكاح مقصده الوطء خاصة والبيع يكون لوطء).

ومن ابتاع أمة رائعة؛ أقر البائع بوطنها، أو لم يقر، ولم يجحد، لم يزوجها حتى تخرج من الاستبراء إذ يلحق بالبائع ما تأتي به من ولد إن ادعاه، ومن باع أمة من وخش الرقيق، ولم يطأها وتبرأ من الحمل إن كان بها فلا يطأها المبتاع حتى تحيض⁽¹⁾.

قوله: (أقرّ البائع بوطنها، أو لم يقر... المسألة).

سوّى بين إقراره في الوطاء وسكوته، وكان ينبغي أن يفصل بينها إلا أنه لما كانت مظنة الإصابة سوّى بينهما، وانظره مع ما في الولاء.

قوله: (من وخش الرقيق ولم يطأها).

أي لم يُقرّ بوطنها، فحمله في الوخش على عدم الإصابة حتى يُقرّ بها، وفي الرابعة، على الإصابة حتى ينكرها.

وإذا جاز للبائع أن يزوج أمته قبل أن يستبرئها؛ جاز ذلك للمبتاع إذا قبضها وقبلها بعد الشراء، وإن لم يكن ذلك للبائع كان المبتاع مثله. قيل لمالك: فإن كانت رائعة فابتاعها وتواضعها أيجوز للمبتاع أن يزوجها؟ قال: إذا قال البائع: لم أطأها، فإن كان حمل فليس مني، ولم يتبرأ من الحمل؛ جاز البيع⁽²⁾.

قوله: (قيل).

قلت: [43/أ] بقي في اختصارها اشتغال الجواب على حرف مشكل، وهو

(1) التهذيب: 467/2.

(2) التهذيب: 468-467/2.

قوله: (له⁽¹⁾ أن يزوجهها...) إلى آخره.

سحنون: كيف يزوج من لا يحل له وطئها؟⁽²⁾

ومن اشترى أمة معتدة من وفاة زوج، فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تتم عدتها، فإن انقضت عدتها، أجزتها من العدة والإستبراء، وإن تمت عدتها ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وأحست من نفسها ريبة؛ انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، فإن زالت الريبة قبلها حلت، وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة⁽³⁾.

قوله: (وأحسَّت من نفسها، انتظرت تمام تسعة أشهر).

سئل ابن منّاس: ما فائدة التسعة وهي لا تبرأ⁽⁴⁾ إلا بزوال الريبة؟

فقال: معنى ذلك أنها إذا أحسَّت شيئاً عند ثلاثة أشهر فارتفعت⁽⁵⁾ إلى تسعة

أشهر كَفَتْهَا التسعة أشهر⁽⁶⁾ حتى تذهب الريبة، وبقيت بحالها، فإن زادت بالحس والتحرك فحيثئذ تزيد على التسعة حتى تذهب الريبة⁽⁷⁾.

(1) قوله: (له) ساقط من (ش).

(2) انظر: التبصرة، للحمي، ص: 4525.

(3) التهذيب: 468/2.

(4) في (ش): (تبرأ).

(5) في (ع): (وارتفعت).

(6) قوله: (أشهر) زيادة من (ع).

(7) قوله: (وبقيت بحالها، فإن زادت... الريبة) ساقط من (ع)، وانظر المسألة في: النكت والفروق، للصقلي: 1/261، والتوضيح، لخليل: 45/5.

وانظر: هل (1) يظهر ما قاله ابن مناس من الكتاب من قوله: (فإن ارتابت بعدها⁽²⁾ بحس البطن)؟

ظاهره أنه غير الحس الأول، والريبة التي⁽³⁾ تبرأ بتسعة أشهر؛ هي التي لم تزد ولم تنزل، وقوله: (حتى تذهب الريبة).

قيل: أربعة أعوام، أو خمسة، أو سبعة، أو أبداً⁽⁴⁾.

قوله: (انتظرت تمام تسعة أشهر).

انظر لماذا؟ وهو: إن ظهر بها حمل لم يكن للمشتري أن يردها؛ لأنها إن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم عقد البيع⁽⁵⁾ فهو على أحد⁽⁶⁾ وجهين؛ إما من الزوج فلا رده؛ لأنه علم به.

أو حدث عند المتباع فلا حجة في الرد⁽⁷⁾، ويلحق بالزوج إلى ما تلحق به الإناث⁽⁸⁾.



-
- (1) قوله: (هل) زيادة من (ع).
 (2) قوله: (بعدها) ساقط من (ش).
 (3) قوله: (التي) ساقط من (ش).
 (4) انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 249/4.
 (5) قوله: (من يوم عقد البيع) ساقط من (ش).
 (6) قوله: (أحد) ساقط من (ع).
 (7) قوله: (في الرد) يقابله في (ع): (بالرد).
 (8) في (ع): (الإنسان).



كتاب الصلح

كتاب الصلح

وإذا كان بين الرجلين خلطة فمات أحدهما وترك ولدين، فادعى أحد الولدين أن لأبيه قبل خليطه مالاً، فأقر له أو أنكر، فصالحه على حظه من ذلك بدنانير، أو دراهم، أو عرض، فلاخيه أن يدخل معه فيما أخذ، وكل ذكر حق لهما، بكتاب أو بغير كتاب، إلا أنه كان من شيء بينهما فباعاه في صفقة بمال، أو بعرض يكال أو يوزن غير الطعام والإدام، أو من شيء أقرضاه من عين أو طعام، أو غيره مما يكال أو يوزن، أو ورثا هذا الذكر الحق، فإن ما قبض منه أحدهما يدخل فيه الآخر. وكذلك إن كانوا جماعة، فإنه يُدخِل فيه بقية أشراكه إلا أن يكون الذي عليه الحق غائباً، فيشخص إليه المقتضي بعد الإعذار إلى شركائه في الخروج معه أو الوكالة فامتنعوا، فإن أشهد عليهم لم يدخلوا فيما اقتضى؛ لأنه لو رفعهم إلى الإمام لأمرهم بالخروج أو التوكيل⁽¹⁾.

قوله: (فإن أشهد عليهم لم يدخلوا فيما اقتضى).

ظاهرة: سلّموا له أو امتنعوا من التسليم.

وانظر: النكت في الديات عند الكلام على الحائط المخوف، في كونه هل

ينفع الإشهاد عليه دون أن يرضى بالخروج؟ أم لا؟

ونقل ابن يونس: ينفعه.

(1) التهذيب: 319/3.

عبد الحق: لا(1).

وجعل هنا جماعةً العدوّل تقوم مقامَ السلطان، ولو كان هناك سلطان،
ومثله أواخر النذور في (من حلف ليقضين فلاناً إلى أجل كذا...)
المسألة(2).

ومثله في الرواحل في هروب(3) الجمال.

ومثله لابن مغيث في المرأة يغيب عنها زوجها؛ أنها تُثبِتُ عند العدوّل ما
تُثبِتُ(4) عند القاضي فتطلق نفسها.

وذكر أبو عمران وابن مغيث تعذر تناول السلطان(5).

وإن كان لهما مائة دينار من شيء أصله بينهما، وهي بكتاب واحد أو
بغير كتاب، فصالح أحدهما من جميع حقه على عشرة دنائير، ولم
يشخص أو شخص ولم يعذر إلى شريكه، فشريكه مخير في تسليم
ذلك واتباع الغريم بخمسين، أو يأخذ من شريكه خمسة ويرجع هو
بخمسة وأربعين وصاحبه بخمسة، وهكذا قال غيره في كتاب المديان،

(1) انظر: النكت والفروق، للصقلي: 316/2.

(2) انظر: النكت والفروق، للصقلي: 205/1.

(3) في (ع): (هزو).

(4) في (ع): (ثبت).

(5) المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن: ما ذكره ابن مغيث في مسألة الزوجة، وما ذكره أبو
عمران من أن جماعة العدوّل تقوم مقام الإمام في المحارب وفي القصاص، إنما ذلك
حيث يتعذر تناول السلطان.

المشدالي: وهذا كلامٌ واضحٌ يوضح الكلام الأول.

وذكر فيه ابن القاسم أن للذي لم يصالح أن يأخذ من شريكه خمسة، ثم يرجع هو على الغريم بخمسين جميع حقه، فإذا قبضها دفع للمصالح الخمسة التي أخذ منه، وقال غيره في كتاب الصلح: إن اختار الذي لم يصالح أن يدخل مع المصالح في العشرة، فإني أجعل دينهما كأنه كان ستين ديناراً، فيكون له خمسة أسداس العشرة، وللمصالح سدسها، ثم يرجع المصالح بخمسة أسداسها على الغريم، ويرجع عليه الآخر بما بقي له، وذلك إحدى وأربعون ديناراً وثلاثاً ديناراً⁽¹⁾.

قوله: (وقال غيره في كتاب الصلح).

هذا الغير غير الغير الأول، وانظر سماع عيسى في المديان⁽²⁾.

(1) التهذيب: 320/3، 321

(2) المشدالي: قال في ثانية رسم (أسلم) منه: وسألته عن الرجلين لهما الحق على رجل بذكر واحد، وللمدين حق على أحدهما، فيقاصه الشريك الذي عليه للمدين حق بما له عليه من ذلك الدين المشترك، بغير إذن شريكه، قال: يدخل معه شريكه فيما اقتضى منه، كان مقاصّة أو تقاضياً عن ظهر يد.

قلت: وإن كان المدين ملياً؟

قال: نعم وإن كان ملياً.

ابن رشد: هذا كما قال؛ إذ لا فرق في المعنى بين أن يقتضي منه حقه أو يقاصه به فيما كان له عليه، ولا أعلم خلافاً في أنّ للشريك أن يدخل مع شريكه فيما اقتضى بغير إذنه، من دين هو بينهما، دخلاً فيه بالطوع منهما، وإنما اختلف إذا باعه بعرض، أو كان عرضاً فباعه بعين، فقيل: لا يدخل معه، وهو الآتي على ما في السلم الثاني من الكتاب على اختلاف في تأويل ذلك.

وقيل: له أن يدخل معه فيأخذ منه نصف ما أخذ، فإذا اقتضى حقه رجع عليه بقيمة ما

والقاتل خطأ إذا صالح الأولياء على مال نجموه عليه فدفع إليهم نجماً، ثم قال: ظننت أن الدية تلزمني فذلك له، ويوضع عنه ويتبعون العاقلة بالدية، ويردون إليه ما قبضوا منه إذا كان يجهل ذلك⁽¹⁾.

قوله: (إذا كان يجهل ذلك).

في نوازل أصبغ: فيمن شهد لابنه وأجنبي بحق على رجل، فدفع الغريمُ

أخذ يوم الأخذ إن كان المأخوذ عرضاً.

قيل: بالغاً ما بلغ.

وقيل: ما لم يكن أكثر من نصف ما بقي على الغريم، وبعده ما أخذ منه إن كان المأخوذ عيناً، ويكون أيضاً ما بقي على الغريم بينهما.

وقيل: إنه يأخذ منه نصف ما أخذ، فإذا اقتضى حقه رجع عليه شريكه بعدد ما قبض منه.

واختلف أيضاً إذا كان الدين لهما من ميراث أو جناية لم يدخل فيه بطوعهما؛ فقيل: إنه يدخل على شريكه فيما اقتضى منه - وهو قول ابن القاسم - وقيل: لا، وهو قول سحنون.

واختلف؛ إذا صالحه أحدهما ببعض حقه فاختر الرجوع عليه؛ فقيل: إنه يرجع عليه على حساب ما كان له في الأصل.

وقيل: إنها يرجع عليه على حساب ما بقي له عليه بعد ما وضع عنه.

والقولان في كتاب الصلح من المدونة.

قيل: ويتبعان جميعاً الغريم.

وقيل: بل يتبعه الذي لم يصلح، فإذا قبض حقه رجع عليه المصالح بما كان أخذ منه.

المشدالي: إنما جلبت الكلام من أوله إلى آخره؛ لما اشتمل عليه من الفوائد والله الموفق.

(1) التهذيب: 324/3.

الحقَّ حين شهد الأب، وظنَّ أنَّ ذلك يلزمه، أو دفع للأجنبي حصته وحكم عليه بذلك، فلما اقتسمها - هو والابن - وبان به الأجنبي، طلب الغريم نقض ذلك، وتكلم في شهادة الأب.

قال أصبغ: له ذلك، ويرد ذلك الحكم؛ لأنه خطأ، ولو دفع الغريم بلا قاض، وقال: ظننتُ أن شهادة الأب جائزة، ثم أخبرتُ أنها لا تجوز، فأنا أريد الرجوع، فلا رجوع له، ولا كلام.

ابن رشد: إنما لم يكن له رجوع؛ لأنه حمل عليه أنه علم أن ذلك لا يلزمه، ولم يصدقه فيما ادعى من (1) أنه ظن أن ذلك يلزمه.

وقد قيل: يصدق إذا كان ممن يشبه أن يحمل مثل هذا، وهو الذي يأتي على ما في صلح المدونة، في (الذي يصلح عن دية الخطأ...) المسألة (2).

وفي شفعتها: (من أتاب عن صدقة) (3).

ومن أنفق على جهل وانفش، صريح كلامه هنا أربعة أقوال (4).

(1) قوله: (من) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 206/10.

(3) انظر: المدونة (زايد): 467/9، و(السعادة/صادر): 440/14، و(العلمية): 246/4.

(4) المشدالي: قال ابن رشد بإثر ما تقدم: وكذلك اليمين إذا تطوع بتركها فليس له فيها رجوع؛ لأنه لا يصدق فيما ادعى، من أنه ظن أنه لم يكن له عليه يمين مع الشاهد الواحد، ويدخل في ذلك من الخلاف ما دخل في الذي دفع بشهادة الأب، ولو حكم عليه بالدفع بشهادة الأب لوجب أن يرجع به؛ لأنه حكم خطأ يجب فسخه، وكذا لو حكم عليه بالدفع بشاهد دون يمين لكان من حقه أن يستحلفه، فإن نكل عن

اليمين حلف واسترجع ماله، ولا خلاف في ذلك أعلمه.
وأما المنفق على المطلقة قبل ظهور حملها ثم بان أن لا حمل بها؛ فقيل: لا رجوع له
عليها، وإن أنفق عليها بقضاء، وهو قول مالك.
ومعناه عندي: إذا لم تقر الزوجة أنها لم يكن بها حمل، وادعت أنها أسقطته.
وقيل: له الرجوع مطلقاً.

وقيل: الفرق بين أن يكون ذلك بقضاء أو غيره، على وجهين، فهي أربعة أقوال.
المشدالي: ومن هذا النمط ما وقع في رسم (أوصى أن ينفق)، من سماع عيسى من
كتاب الهبات والصدقات - فيمن تصدق على ابنه الكبير بدنانير وعمل له فيها فمات
وهي في يديه - أن الصدقة تبطل.

قيل له: فإن أنفذها له الورثة ثم أرادوا الرجوع فيها؟
قال: الناس في هذا مختلفون؛ أما أنا فأرى أن يخلفوا إن كانوا ممن يعرفون بالجهالة،
أنهم إنما أنفذوها له، وهم يرون أن ذلك يلزمهم، ثم يسترجعونها.
ابن رشد: قوله: الناس في هذا مختلفون - يريد المتخاصمون في شبه هذا مختلفون -
منهم من يجهل فيصدق إذا ادعى الجهل، ومنهم من لا يجهل فلا يصدق.
ورأى هو: إذا كانوا ممن يعرف بالجهل أن يخلفوا كما ذكر، وهي يمين تهمة فيختلف
فيها، إلا أن تحقق عليهم الدعوى أنهم إنما أنفذوها بعد أن علموا أن ذلك لا يلزمهم،
فيحلفون اتفاقاً.

ولسحنون في أول نوازله - في نظير هذه المسألة - أنهم لا يصدقون في دعوى الجهل.
وقال: تدفع إليه ماله وتبيحه له بعدما حزته وملكته ثم تقوم الآن تدعي الجهالة! ما
أرى لك شيئاً.

فقال له السائل: أنا أقيم البينة أنه قد قال: إن هذه الصدقة لا يجوز لك منها إلا الثلث،
وقد سألت عن ذلك الفقهاء وأخبروني بذلك.

فقال له: إن أقيمت البينة على هذا، فأرى أن ترجع عليه بما أخذ منك.

فلم يصدق سحنون في دعوى الجهل إلا بدليل يصدق قوله.

ويأتي على قول أشهب في رسم (النكاح) من سماع أصبغ من النكاح في الذي يزوج

وقد اختلف عن مالك في الإقرار بالقتل خطأ فقيلاً: على المقر في ماله. وقيل: على العاقلة بقسامة، في رواية ابن القاسم وأشهب⁽¹⁾.

ابنته على أنها بكر، فزعم الزوج أنه وجدها ثيباً لا عُدرة لها، أنها تلزمه ولا شيء له، وأن الجاهل في مثل هذا لا يعذر بالجهل. ومثله قول سحنون في نوازل من العيوب - فيمن يشتري العبد فيقول للبائع: هل فيه من عيب؟ فيقول: هو قائم العينين، فيسئل عن قائم العينين، فيقال: هو الذي لا يبصر - أن البيع يلزمه، وليس له رد. فالخاصة ثلاثة أقوال:

أحدها: لا رجوع له فيما أنفذ بحال وإن علم أنه جاهل؛ إذ لا عذر له في الجهل، وهو ظاهر قول ابن القاسم في أواخر وصايا المدونة، في الابن الذي في عيال أبيه يأذن له في الوصية بأكثر من الثلث، ثم ينفذ ذلك بعد موته؛ أنه لا رجوع له في ذلك، ظاهره وإن كان جاهلاً يظن أن إذنه له في مرضه جائز عليه. والثاني: أن له الرجوع إن ادعى الجهل وكان يشبه ما ادعاه مع يمينه، وهو قوله هنا، وقيل: بغير يمين على ما قلناه من أنها يمين تهمة.

والثالث: لا رجوع له إلا أن يعلم أنه جهل بدليل يصدقه، وهو قول سحنون في نوازله. المشدالي: مسألة سحنون المشار إليها هي: رجل تصدق على أخيه بنصف ماله، وهو مريض ليس مُدنفًا، مرضاً دام به سنين، يخرج في حوائجه، فقبض أخوه الصدقة وحازها سنين، ثم مات الأخ المريض، فقام ورثته عليه، وقالوا له: هذا لا يجوز لك؛ لأنه تصدق عليك في المرض فلا يمضي لك إلا الثلث.

وقد سألنا عن ذلك الفقهاء، فقالوا لنا ذلك، فرد عليهم ما زاد على الثلث، ثم علم أن الصدقة كلُّها جائزة، فأتى إلى سحنون، وأجابه بما سبق في كلام ابن رشد. والله الموفق.

(1) التهذيب للبراذعي: 324/3.

قوله: (قيل: على المقرّ في ماله).

وبه كان يفتي (1) الفقيه راشد.

ويأخذ ذلك (2) من قول ابن القاسم في المعاهد يقتل مسلماً خطأً: أن ذلك في ماله، إذا لم (3) يتوصل إلى عاقلته، وبيت المال هدر.

قلت: ما ذكره من التعليل يصلح (4) فارقاً؛ فلا يتم الاستدلال بها؛ إذا يلزم من كونها في ماله (5) في مسألة المعاهد؛ لتعذر العاقلة، كونها في ماله في مسألة المدونة؛ لوجود العاقلة.

ومن قتل رجلاً عمداً له وليان فصالحه أحدهما على عرضاً وقرضاً، فللولي الآخر الدخول معه في ذلك، ولا سبيل إلى القتل (6).

قوله: (فللولي الآخر الدخول معه).

ظاهرة: صالح على حصته، أو على جميع الدم.

وظاهره بمثل الدين أو أقل أو أكثر، ويفسره قول أشهب؛ لأن ابن القاسم إنما تكلم على الدخول.

قلت: وسئل ابن رشد عن رجل دمی على آخر عمداً، وثبتت التدمية (7) بها

(1) قوله: (يفتي) ساقط من (ع).

(2) زاد بعده من (ع) قوله: (أيضاً).

(3) قوله: (إذا لم يقابله في (ع)): (لا).

(4) قوله: (يصلح) ساقط من (ع).

(5) في (ع): (مال).

(6) التهذيب: 325/3.

(7) قوله: (وثبتت التدمية) يقابله في (ع): (وثبتت الدمية).

يجب، وللمقتول أبٌ وإخوةٌ أصاغر، فوجبت على الأب القسامة، وأرجأ قسامة الغير كما يجب، فلما أراد الأب أن يقسم صالحه المُدْمَى عليه على ترك القسامة بهال أخذه منه، فقامت أم المقتول⁽¹⁾ تطلب سدسها من ذلك على وجه الإرث⁽²⁾، فأفتى فيها بعض الفقهاء بشيء لم أجده منصوصاً بأن لها سدسه.

قال السائل: ورأيت في الدماء من النوادر: قال ابن القاسم - في أخوين أحدهما غائب قتل له أخ فوجبت القسامة فصالح الحاضر القاتل على ترك القسامة بشيء أخذه، فلما قدم الغائب طلب نصيبه من ذلك - قال ابن القاسم: لا شيء له⁽³⁾.

قال ابن المواز: لأن الدم لم يجب. ولم يذكر ابن أبي زيد فيها خلافاً.

وفي ديات المدونة دليل على مثل هذه الرواية.

قال فيها: (ذلك موروث إذا استحقوا الدم)⁽⁴⁾، فدل أنه إذا لم يستحقوا

الدم⁽⁵⁾ لا يورث، فهل يا سيدي هذه الرواية مع الدليل مثل النازلة؟ أم لا؟

الجواب: إن الذي أقول به في هذه النازلة؛ أن للأم نصيبها مما صولح⁽⁶⁾

به، سواء وقع الصلح قبل القسامة أو بعدها، كدين بين شريكين، وذلك في

(1) في (ع): (المطلوب).

(2) في (ع): (الميراث)، وانظر: مسائل ابن رشد: 384/1، وما بعدها.

(3) قوله: (له) ساقط من (ع).

(4) انظر: المدونة (زايد): 351/11، و(السعادة/صادر): 419/16، و(العلمية):

645/4.

(5) قوله: (فدل أنه إذا لم يستحقوا الدم) ساقط من (ع).

(6) في (ش): (صالح).

صلح المدونة، وما ذكرت من النواذر مسألة أخرى؛ لأنه إنما تكلم فيها على دخول أحد الوليين على الآخر فيما صالح به عن نصيبه من الدم، لا على دخول الورثة من النساء عليه، فهي مسألة أخرى، والخلاف فيها موجود في صلح المدونة على ما علمت (1).

قال ابن القاسم: وكل ما صولح به من دم العمد والخطأ، فللزوجة ميراثها فقط، ولسائر الورثة على فرائض الله تعالى (2).

قوله: (فللزوجة ميراثها).

قلت: لا شك أن الميراث مسبوق بالدين، فيكون قد دل كلامه هنا أن الدين يُقضى مما أخذ عن الدم.

وقال في الجنايات في مسألة العبد والمكاتب: (لا تقضى الديون مما أخذ في رقابها).

وفي كلِّ، الدين متعلق بالمال وبالذمة، فما أخذ عن الرقبة إن نُزل منزلة المال لزم في العبد والمكاتب أو لا، فلا في الحر.

قلت: فمن ادعى داراً في يدي رجل فأنكر، فصالحه المدعى عليه على مال أخذه منه ثم أقر له المطلوب؟ قال: قال مالك رحمته الله فيمن ادعى قبل رجل مالاً أو داراً فأنكره فصالحه من ذلك على شيء أخذه منه ثم

(1) المشدالي: انظر النوازل فإن ابن رشد روجع في المسألة واعترض على جوابه، فأجاب

ثانية وأطنب في الجواب وأوضح وحقق رحمته الله.

(2) التهذيب: 327/3.

وجد بينة، فإن كان الطالب عالماً بالبينة فلا قيام له، وإن كانت بينته غائبة فخاف موتهم أو إعدام الغريم إلى قدومهم، فلا حجة له في ذلك⁽¹⁾.

قوله: (قلتُ فمن ادّعى داراً...) المسألة.

قد أشار في المختصر إلى وجه اختصارها⁽²⁾.

وقال بعضهم: هذا السؤال باقٍ على ما كان عليه في الأم.

(1) التهذيب للبراذعي: 330/3.

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: [340/أ].

وزاد المشدالي بعده: قال في المختصر: وفيها: (قلت: فإن ادعى داراً بيد رجلٍ فأنكره فصالحه على مال، ثم أقر له المطلوب قال: قال مالك: من ادعى قبيل رجلٍ مالاً فأنكره فصالحه على شيءٍ أخذه منه، ثم وجد بينة، فإن كان عالماً بها فلا قيام له بها، ولو كانت غائبة يخاف موتها، وإن لم يعلم بها؛ فله القيام بها، فهذا يدل على مسألتك).

فاستشكل اختصارها البراذعيُّ سؤالاً وجواباً؛ لوضوح جواب ابن القاسم بقياسه، وهو أحروي؛ لأن الإقرار أقوى من البينة التي لم يعلمها.

ويجاب بتقرير إشكال الجواب من وجهين:

الأول: منع انحصار قياس إقراره على جهل المدعي البينة؛ لصحة قياسه على علمه بالبينة الغائبة، بجامع أنه صلح، مع علمه بوجود دليل صدّقه في الواقع المحتمل حصوله في الظاهر وعدم حصوله؛ لأن احتمال توبته وإقراره، كاحتمال حضور البينة. الثاني: إجمال جوابه؛ لاحتمال تقييده بما إذا لم يكن المقر له قد صالح وهو عالم ببينته له، وأنه لو كان عالماً بها لم يرجع على المقر؛ لإقراره بشيءٍ وبهذا قيدها حمديس وابن أبي زمنين فيما نقله المتيطي، واحتمال عدم تقييدها بذلك وأن له مؤاخذته بإقراره مطلقاً، وهو ظاهر لفظها.

ابن محرز: سأله عن ادعى داراً فلم يجبه، وأجاب بمن أقام بينة.
 أبو عمران: موضع التشبيه في مسألة البينة هو إذا لم يعلم بها⁽¹⁾، فحاصله
 الإقرار كالبينة التي لم يعلم بها، فله نقض الصلح أو إضاؤه.
 وصرح به يحيى بن عمر⁽²⁾ عن سحنون.

وفي بعض [43/ب] النسخ غير مختصرة، وفيها إشكال؛ لأنه في الجواب

(1) قوله: (بها) زيادة من (ع).

(2) هو: أبو زكريا، يحيى بن عمر بن يوسف بن عامر الكنانى، الأندلسى، الأموي، المتوفى سنة 289هـ، نشأ بقرطبة وسمع بها من ابن حبيب، ومن سحنون بإفريقية، وبمصر من ابن بكير، وسكن القيروان، واستوطن سوسة في آخر عمره، له مصنفات عديدة؛ منها: "الرد على الشافعي"، و"اختصار المستخرجة" المسمى بالمنتخب، و"الرؤية"، و"الوسوسة"، و"أحمية الحصون"، و"فضل الوضوء والصلاة"، و"النساء"، و"الرد على الشوكية"، و"الرد على المرجئة".
 قال محمد الأمين (عرفات):

ثم الإمام الثبتُ يحيى بنُ عمَرَ له بسُحنونِ تَفْقَهُ بِهِرُ
 وهو لِمُستخرجةٍ قد اختصرَ وماله صنفَ (لامًا) قد كثرَ
 في ثالث القرون عاش وقضى في عام تسعِ وثمانين الرضى

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 357/4، والديباج، لابن فرحون:
 354/2، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 163، وعلماء إفريقية، للخشني، ص:
 184، وتاريخ ابن الفرضي: 181/2، وجذوة المقتبس، للحميدي، ص: 354،
 وبغية الملتبس، للضببي: 505، ومعالم الإيمان، للدباغ: 233/2، وسير أعلام
 النبلاء، للذهبي: 462/13، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد
 الأمين (عرفات)، ص: 17، 141.

اعتنى بالبيئة ففصل فيها، فبقيت مسألة الدار التي أقر فيها المدعى عليه بلا(1)
جواب.

وإن ادعت على رجل ديناً، فصالحك منه على عشرة أرطال من لحم
شاته، وهي حية لم يجز(2).

قوله: (وهي حية).

لا مفهوم له؛ لمنعه بيعها قبل السلخ في التجارة والجعل.

إن استهلك لك متاعاً فصالحته على طعام أو عرض مؤجل لم يجز، فأما
على دنائير مؤجلة فإن كانت أكثر من القيمة لم يجز، وإن كانت كالقيمة
فأدنى وكان ما استهلك لك يباع بالدنائير بالبلد؛ فذلك جائز(3).

قوله: (فأما على دنائير مؤجلة...) إلى قوله (... فذلك جائز).

ظاهرة: وإن لم يعرفا قيمة المستهلك، وتقدم أول الكتاب في مسألة العبد
اشتراط المعرفة، فأعاده ابن يونس على المجانس وغير المجانس.
وقال غيره: إنها يعود على غير المجانس(4).

وإن غصبك عبداً فأبق منه لم يجز أن تصالحه على عرض مؤجل، فأما
على دنائير مؤجلة فإن كانت كالقيمة فأقل جاز، وليس هذا من بيع

(1) في (ش): (فلا).

(2) التهذيب: 330/3.

(3) التهذيب: 331/3.

(4) قوله: (وقال غيره: إنها يعود على غير المجانس) ساقط من (ع).

الآبق، وقد قال مالك رحمته في المكتري يتعدى إلى غير البلد فتفضل الدابة: إن لربها تضمينه القيمة⁽¹⁾.

قوله: (وقد قال مالك في المكتري).

وجه الشبه بينهما لزوم القيمة في كلا المسألتين؛ لأنه تعدى على منافع في أحدهما وعلى رقبة في الأخرى، فلما لم يكن في مسألة الدابة من بيع الدابة في حال ضلالها، فكذا لا يكون ذلك في بيع الآبق.

قلت: والأحسن أن يقال: لا تلازم بين ما لا يجوز بيعه، وعدم أخذ قيمته، وقد أفصح بذلك في المدونة وغيرها⁽²⁾.

وإن اشترت عبداً بألف درهم إلى أجل فاطلعت على عيب به فأنكره البائع وزعم أنه لم يكن عنده، فصالحته قبل الأجل على أن رددته إليه مع عبد آخر، أو عرض نقداً؛ فذلك جائز؛ لأن مالكا قال: لا بأس أن يشتري الرجل عبداً بذهب إلى أجل، ثم يستقبل قبل الأجل على أن يرد العبد ويرد معه عرضاً نقداً⁽³⁾.

قوله: (لأن مالكا قال... المسألة).

ليس فيها استدلال بالشيء على نفسه؛ لاختلافها؛ لأن مسألة الاستدلال إقالة، والمستدل عليها ردُّ بعيب.

(1) التهذيب: 332/3.

(2) المشدالي: وذلك مذكور في مسائل منها: (أخذ قيمة أم الولد، وقيمة جلود الأضاحي، وقيمة ثوب حلف ربه ألا يبيعه)، إلى غير ذلك.

(3) التهذيب: 333/3 - 334.

ومن أوصى لرجل بما في بطن أمته، لم يجز للورثة مصالحته من ذلك على شيء، وإن أوصى له بخدمة عبده، أو بغلة نخله، أو سكنى داره، أو لبن غنمه، أو سمنها، أو صوفها، جاز للورثة مصالحته من ذلك على شيء يدفعونه إليه، ويبرأ لهم من الوصية⁽¹⁾.

قوله: (جاز للورثة أن يصالحوه... المسألة).

قلت: فيه تنبيه خفي؛ وهو: أن الجواز للورثة ليس هو بالإطلاق، بل هو مشروط بأن لا يشتري أحد منهم أكثر من نصيبه. ونص عليه ابن رشد والمتيطي.

فإن اجتمعوا كلهم واشتروا فلا خلاف في الجواز.

وإن اشترى أحدهم أكثر من حظّه منعه ابن القاسم وجوّزه المخزومي.

وإن اشترى قدر حظّه جوّزه ابن القاسم ومنعه ابن كنانة⁽²⁾؛ إلا أن

(1) التهذيب: 332/3.

(2) هو: أبو عمرو، عثمان بن عيسى بن كنانة مولى عثمان بن عفان، المتوفى سنة 185هـ، أحد تلامذة الإمام مالك وهو من جلس في حلقة بعد وفاته، وكان مالك يحضره لمناظرة أبي يوسف عند الرشيد. قال محمد الأمين (عرفات):

وابنُ كِنانَةَ بعثانُ سُويِّ مجلسُهُ من الإمام باليمِ—
 قد كان يَلزِمُ الإمامَ ذا الهِمَامِ لِذا يُلقَّبُونَهُ عَصا الإمامِ
 وهو الذي قَعَدَ في المجلس لَه والبعضُ يحيى ابنَ الإمام جَعَلَه
 وقبلَ ثالثِ قضي الحِبرِ الرَضَى وعامَ ستِّ وثمانينَ قَضَى

يشترى جميعاً.

وانظر كلام ابن رشد⁽¹⁾.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 21/3، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 146، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 293/12، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 113.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 225/12.

وزاد المشدالي بعده: في رسم (شك) من سماع ابن القاسم من الحبس: سئل عمن حبس داره على ابنه وابن أخيه حياتهما، ومرجعها إليه، ثم أراد أن يشتري من ابن أخيه حظه من ذلك الحبس؟

قال: ذلك جائز للمحبس دون غيره؛ لأنه لا يدري ما يعيش.

ابن رشد: مثله في صلح المدونة ووصاياها، وفي غير موضع من هذا الكتاب، ومن كتاب الهبات، وإنما أجازته وإن كانت مدة حياتها مجهولة؛ لأنه يملك بذلك التصرف في الدار، فكأنه ابتاع رقبته، وكذلك ورثته ينتزّلون منزلته في اشتراء السكنى منه، ولا يجوز لأحد منهم أن يشتري أكثر من حظه منها عند ابن القاسم، وأجازته المخزومي، ولم يجوز ابن كنانة لأحدهم أن يشتري قدر نصيبه إلا أن يجتمعوا فيشتروا الجميع.

وقول ابن القاسم: هو الصحيح في النظر؛ لأن أحد الورثة إذا اشترى قدر حظه من السكنى ملك بذلك التصرف في حظه.

وكذلك يجوز للمحبس عليها حياتها أن يشتري المرجع من صاحبه فيملكها بذلك رقة الدار على ما قاله في المواضع المذكورة من هذا الكتاب ومن الهبات.

ووقع في رسم (اليبوع الأول) من سماع أشهب من هذا الكتاب، أنه لا يجوز لمن حبست عليه أمة حياته أن يبتاع المرجع من غرماء المحبّس، فقيل: إن ذلك اختلاف قول، وقيل: لا، ويجوز للمخدم حياته أن يشتري مرجع الجارية من الذي أخدمها إياه، فيملك بذلك الرقة ملكاً تاماً.

ولا يجوز أن يشتريه من غرمائه إذا كان عليه دين.

قيل لابن القاسم: فمن باع من رجل عبداً، ثم صالحه بعد العقد من كل عيب فيه على دراهم دفعها إليه⁽¹⁾.

قوله: (قيل لابن القاسم).

اختصرها لإشكالاتها من وجهين:

أحدهما ما أشار إليه ابن يونس وابن محرز والمازري.

قال المازري: تسويته بين العبد والدابة في التبري، خلاف المشهور من مذهب مالك في المدونة من أن البراءة إنما تجوز من عيوب الرقيق خاصة، ومنعها في الحيوان البهيمي.

وإنما يصح هذا الجمع بينهما والتسوية على القول بأن البراءة لاتنفع في

وكون ذلك اختلافاً أظهر؛ لأن حق الغرماء ليس في عين مرجع الأمة، وإنما هو في ذمة المحبس، وعلى ملكه يباع، فلا فرق بين أن يبيعه عليه الغرماء في دينهم، أو يبيعه هو ليؤدي دينهم، أو لبعض حاجاته فيما يجوز من ابتياع المرجع للمحبس. وكذا لو بيع بعد موت المحبس فيما عليه من الدين؛ لأن الدين إنما هو في ذمة الميت لا في عين التركة على الصحيح؛ ولأنه يملك الرقبة باشتراء المرجع، سواء اشتراه من الذي أخدمه، أو من الورثة، أو من الغرماء. ولا يجوز على القول الآخر اشتراؤه منه، أو من ورثته، أو من غرمائه؛ لأنه غرر؛ إذ لا يدري متى يرجع المرجع إلى الذي باعه منه.

المشدالي: انظر بقية كلامه في توجيه القول بالفرقة بين المحبس وبين غرمائه. ثم استطرد الكلام على الموهوب له السكنى أو المرجع، هل يتنزل منزلة الواهب؟ أو لا؟

(1) التهذيب: 336/3.

رقيق ولا حيوان غيره⁽¹⁾.

الوجه الثاني: أنه جعل هنا ما بعد العقد مثل ما في أصل العقد؛ فقال: لا يصلح⁽²⁾، وقرق في كتاب الاستبراء بين ما في أصل العقد، وما بعده⁽³⁾.

ومن لك عليه مائة دينار ومائة درهم حالة فصالحته من ذلك على مائة دينار ودرهم فذلك جائز؛ لأنك أخذت الدنانير قضاء من دنائرك وأخذت درهماً من دراهمك وهضمت باقيها، بخلاف التبادل بها نقداً فذلك صرف ولا يجوز فضة وذهب بمثلها يداً بيد لا عدداً ولا مراطلة؛ إذ لكل صنف حصة من الصنفين⁽⁴⁾.

قوله: (فلا يجوز ذهب وفضة بمثلها لا عدداً ولا مراطلة).

قلت: ظاهره سواء كانت الفضة أو الذهب كلُّ منهما متصلٌ بصاحبه أو منفصل، وهو حجة الشيخ ابن رشد.

قال في كتاب الصرف: كان الشيوخ يختلفون في مراطلة الذهب الخالص بالذهب الغير الخالص، كالمرابطية بالعبادية، والعبادية بالنصفية، ونحو ذلك.

فمنهم من أجاز ذلك قياساً على قول أشهب في إجازته مبايعة الدراهم السُّتوق بالدراهم الجياد وزناً بوزن، ومنهم من كان لا يميز ذلك؛ لما فيه من

(1) انظر: شرح التلقين، للمازري: 1118/2/3.

(2) في (ع): (يصح).

(3) المشدالي: ما ذكره ابن يونس وابن محرز قد أشار إليه الشيخ أبو الحسن في الشرح، فأغنى ذلك عن ذكره هنا. فانظره.

(4) التهذيب: 338/3.

التفاضل بين الذهبين. ويقول: إنما معنى قول أشهب في اليسير من الدراهم، قياساً على إجازتهم بدل الناقص بالوازن في العدد اليسير، وهو الصحيح من الأقوال.

وقد كان شيخنا أبو جعفر ابن رزق يقول: لا تجوز مراطلة الذهب العبادية بالذهب العبادية، ولا النصفية بالنصفية؛ لأنها ذهب وفضة بذهب وفضة، أو ذهب ونحاس بذهب ونحاس، وذلك إغراق⁽¹⁾ لا أقول به، بل أرى ذلك جائزاً؛ لأن الفضة التي مع هذه كالفضة التي مع هذه، والنحاس الذي مع هذه كالنحاس الذي مع هذه⁽²⁾، فلا يتقى في هذا ما يتقى في ذهب وفضة⁽³⁾.

قلت: لا خفاء في ضعف هذا الكلام؛ لأننا لا⁽⁴⁾ نسلم مماثلة كلٍّ من الفضة والذهب والنحاس للآخر، والقياس قول الشيخ أبي جعفر بن رزق.



(1) في (ع): (إغراق).

(2) قوله: (والنحاس الذي مع هذه كالنحاس الذي مع هذه) ساقط من (ع).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 30/7.

(4) قوله: (لا) ساقط من (ش).



كتاب الجوائح

كتاب الجوائم

قيل: فالتين أيضاً أليس مما يطعم بعضه بعد بعض، وهو مما يدخر فييبس، فكيف يعرف شأنه؟ قال: يسأل عنه أهل المعرفة⁽¹⁾.

قوله في التين: (سئل عنه أهل المعرفة).

قال القاسبي: لم يتوقف مالك في التين؛ هل فيه الجائحة أم لا؟ وإنما شك هل هو مما يطعم بطونا أو⁽²⁾ متقارباً فيقوم؟

ومن اتباع فولاً أخضر أو قطنية، على أن يقطعها خضراء؛ فذلك جائز، وتوضع فيه الجائحة، إن بلغت الثلث وضع عنه ثلث الثمن، ولا يجوز اشتراط تأخيرها حتى ييبس⁽³⁾.

قوله: (ومن اتباع فولاً أخضر... المسألة).

زاد في الأم: (كأنها ثمرة)، فأقام منها ابن بطال وابن كوثر الشفعة في الفول، كقول مالك في الشمار.

ويؤيده ما في النوادر أن الشفعة في المقائي⁽⁴⁾.

قلت: قال المتيطي عن الباجي: وأما القطن والبادنجان والقرع، فالرواية

(1) التهذيب: 428/3

(2) في (ع): (و).

(3) التهذيب للبراذعي: 429/3.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 22/5.

فيه الشفعة، وكذلك المقائي؛ لأنها ثمرة⁽¹⁾.

وفي سماع أبي زيد: الشفعة في المقائي بِمَنْزِلَةِ الأَصُول؛ لأنها ثمرة.
والمسألة مستوفاة في كتابها⁽²⁾.

وكل ما لا يباع إلا بعد ييسه من الحبوب من قمح، أو شعير، أو قطنية
وشبهها من الحبوب، أو سمس، أو حب فجل الزيت، فلا جائحة في
ذلك، وهو بمنزلة ما لو باعه في الأنادر⁽³⁾.

قوله: (وكل ما لا يباع إلا بعد ييسه...) المسألة.

ذَكَرَ القِطْنِيَّةُ وقد تقدم أنها تباع خضراء، فهذا تعارض.

الجواب أنه إنما جاز شراؤها⁽⁴⁾ خضراء على القلع.

قال مالك: ومن اكرى أرضاً فيها سواد قدر الثلث، فأدنى فاشترطه؛
جاز ذلك. قال ابن القاسم: فإن اشترط ذلك فأثمر السواد ثم أصابت

(1) انظر: لباب اللباب، لابن راشد: 218/1.

(2) المشدالي: فرع: حكى صاحب جامع الأحكام عن أحكام السوق أن من اشترى فولاً
أخضر على أصوله، فأراد المشتري أخذ قصبه، وزعم أنه داخل في البيع، وأنكر البائع
ذلك، فإن كانت لأهل البلد سنةٌ حُمل عليها، وإلا كان للمشتري.

ومن اشترى التين في شجره فليس له ورق بل هو للبائع.

قلت: فما تُصَلِّحُ به السلال من الورق. قال يحيى بن عمر: ذلك شيء جرى عليه
الناس لا بد لهم منه، وله أن يأخذ ما يصلح بسلاله حتى يفرغ من ثمرته، وليس له ما
سوى ذلك، ومن اشترى الفول الأخضر أو المقائي أو البطيخ وفيه الحشيش فهو
للبيع حتى يشترطه المشتري في شرائه، انظره في السدس الأخير من كتاب البيوع.

(3) التهذيب: 430-429/3.

(4) قوله: (جاز شراؤها) يقابله في (ش): (أجاز شراؤها).

جميع ثمره جائحة فلا جائحة في ثمره؛ لأن السواد كان ملغى، ولا جائحة في ثمرته⁽¹⁾.

قوله: (لأن السواد كان ملغى).

انظر مفهومه لو انعكست المسألة، فأجيحت الأرض المكتراة، وسلمت الثمرة - وهي تبعٌ - أنها تكون للمكتري.

وقال في نوازل الشعبي: قال ابن العطار: لو كان في الأرض المكتراة ثمرة تبع الثلث فأقل، واشترطها المكتري لقلتها، ثم جاحت الأرض بالقحط، ولم يرفع منها شيئاً بسبب القحط، فإن الكراء يفيض⁽²⁾ على الأرض والثمرة؛ بأن يقال: كم كان كراء الأرض بيضاء بلا اشتراط الثمرة؟

فإن قيل: عشرة، قيل: وما كراؤها باشتراط الثمرة؟، فإن قيل: خمسة عشر، علمنا أنه وقع على الأرض من الكراء ثلثان، والمكتري من الأرض الثلثان، فيكون الرجوع بالجائحة في ثلثي جميع القبالة، ويغرم المتقبل ثلث القبالة الواجبة للثمرة⁽³⁾.

قال ابن الفخار: وهذا لا يجوز إن كانت الثمرة يوم عقود القبالة لم تطب، ويفسخ الأمر⁽⁴⁾ في الجميع، وترجع الثمرة لرب⁽⁵⁾ الأرض؛ لأن البيع قد وقع فيها مفرداً إذا⁽⁶⁾ لم يتفجع المكتري بالأرض ولا التزم فيها كراء، فتكون الثمرة حينئذ تبعاً

(1) التهذيب: 434/3.

(2) النص من وثائق ابن العطار: (فإنك تقاص القبالة على الأرض)، وأظنها: (يقص على الأرض).

(3) انظر: الوثائق، لابن العطار، ص: 383.

(4) في (ش): (الأن).

(5) في (ع): (لصاحب).

(6) في (ع): (إذ) لعلها بدون ألف.

لها، فالواجب رد الجميع إلى صاحب الأرض، رد المكيلة من الثمرة إن عُلِمَتْ، أو قيمتها إن [44/أ] جُهِلَتْ بعد نفقة المكتري فيها، وما لزمه في جدادها(1).

ولفظ المتيطي: إن قحطت الأرض بذهاب الماء يهلك ما كان فيها من خضر أو زرع، فلم يحصل شيء، وسقته(2) كلَّها إلا الثمرة، فإنها سلمت، فهل تكون له؟ أم لا؟

ابن العطار: ويؤدى الكراء بقدرها(3)، وراعى صحة العقد عليها أولاً، ولم يعتبر الطوارئ.

وقال ابن الفخار: يفسخ الكراء وترد(4) الثمرة لربها، ويحط عن المكتري كراء السنة.

وراعى المآل في انفراد الثمرة قبل بدو الصلاح.

قال بعض المؤثّقين: هذا القول أظهر(5).



(1) انظر: الأحكام للمالقي: ص 317.

(2) في (ع): (وسنة).

(3) في (ع): (بصورها).

(4) في (ع): (وتعود).

(5) المشدالي: ويشهد له قوله في كتاب الشفعة: (ومن اشترى أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق رجل نصف الأرض خاصة...)، إلى أن قال: (... ويبطل في نصف الزرع؛ لانفراده بلا أرض). اهـ.

فهذا بناء منه على اعتبار المآل، وقد مرّ في كتاب بيع الغرر من هذا التعليق مسألة القطيع التي أفتى فيها أبو محمد بما يوافق هذا، مع ما يضاهاها من المسائل، وأنّ عبد الحق أشار إلى خلاف ذلك، فانظره.



كتاب الجمل والإجارة

كتاب الجعل والإجارة

ومن باع من رجل سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة، كان كمن أجره على أن يتجر له بهذه المائة [دينار] سنة، أو يرعى له غنماً بعينها سنة، فإن شرط في العقد خلف ما هلك منها أو تلف، جاز، وإلا لم يجوز. وإن شرط ذلك فهلك من ذلك شيء فأبى ربه خلفه قيل له: أوف الإجارة واذهب بسلام، وتكون له أجرته تامة. ولو أجره على رعاية مائة شاة غير معينة جاز، وإن لم يشترط خلف ما مات منها، وله خلف ما مات منها بالقضاء، وإن كانت معينة فلا بد من الشرط، وليس له أن يزيده فيها⁽¹⁾.

قلت: لا خفاء في ضعف تصديق المشبه؛ لتركيبه، وبساطة⁽²⁾ المشبه به، فالفرق واضح لكل من شد طرفاً من ذوق⁽³⁾ السليقة، ومحط كلام الشيوخ على المسألة معلوم. والمقصود التنبيه على ما عساه ينبو عن تحصيل الفضلاء، ويسقط عن مدارك⁽⁴⁾ العقلاء.

ولا بأس باجتماع بيع مع إجارة، ولا يجوز اجتماع بيع وجعل في صفقة، ولا إجارة وجعل معاً⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 341/3.

(2) في (ش): (ويشاكله).

(3) في (ش): (درر).

(4) في (ع): (إدراك).

(5) تهذيب البراذعي: 341/3.

وقوله: (لا بأس باجتماع البيع والإجارة).

ابن رشد في سماع عيسى: لا خلاف فيه.

قلت: بل فيه خلافٌ. ويجوز اجتماع البيع، والعارية في عقد واحد.

قال في العتبية - فيمن باع سلعة بئاة على أن يعيره دابة بعينها إلى

الإسكندرية - : جاز ذلك.

ابن رشد: هذا صحيحٌ، وسواء كان المشتري لعارية الدابة هو المشتري

على البائع أو البائع على المشتري⁽¹⁾. انظر تمامه⁽²⁾.

ومن باع من رجل نصف ثوب، أو نصف دابة، أو غيرها، على أن يبيع له النصف الآخر بالبلد؛ جاز إن ضربا لبيع ذلك أجلاً، ما خلا الطعام فإنه لا يجوز⁽³⁾.

قوله: (على أن يبيع له النصف الآخر بالبلد).

ومن معنى ما في حاشيتنا هنا ما صرح به ابن سهل وصاحب النهاية.

قالا: سئل ابن عتاب وابن القطان فيمن باع من رجل نصف غنمه بثمان

معلوم مُنَجَّم على أنْجُم معلومة على أن يرعى له النصف الثاني طول هذه المدة

الْمُنَجَّمَة، وتطوع المبتاع للبائع بعد انعقاد التبائع، أنه متى أراد قسمة هذه الغنم

ودعا إلى ذلك فالثمان، أو ما بقي منه؛ حال عليه يؤديه إلى البائع في ذلك

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 410/7.

(2) المشدالي: المسألة وقعت في رسم (أسلم) من سماع عيسى من جامع البيوع، وقد ذكرتها في

مختصر البيان عند قول ابن الحاجب: "ومنه بيعٌ وشرطٌ"، فلينظره هناك من أراه.

(3) تهذيب البراذعي: 342/3.

الوقت، وافترقا على ذلك، ثم إن البائع دعا المبتاع إلى المقاسمة وأباها المبتاع وطلب البائع حينئذ قبض باقي الثمن المؤجل.

فقال ابن عتاب وابن القطان: إن للبائع المقاسمة، ويؤدي المبتاع إليه الثمن معجلاً من نصيبه من الغنم، أو من غيرها.

قال ابن سهل: فأنكرت ذلك من جوابها وتكلمت فيه مع ابن مالك، فقال: لا يلزم المبتاع تعجيل باقي الثمن، ويبقى عليه إلى أجله؛ لأنه لم يدع إلى قسمة الغنم - وهو الذي رأيت أنا فيها - ثم وقفت ابن عتاب على جوابه؛ فأنكره، وقال: لا يلزم المبتاع تعجيل الثمن إلا أن يكون هو الذي دعا إلى القسمة على ما كان هو التزمه، ووقفت ابن القطان فأقر به وثبت عليه⁽¹⁾.

المتيطي: وهذا خطأ لا شك فيه.

ولا بأس أن تؤجره على طحين إردب بدرهم وبقفيز من دقيقه، لأن ما جاز بيعه جازت الإجارة به⁽²⁾.

قوله: (وبقفيز من دقيقه).

قلت: هذا يرد قول المازري أن تقدير خوارق العادات ليس من دأب الفقهاء، وخروج القفيز من الأردب بعيداً عادةً، وقد قرَّضه⁽³⁾.

وكذا نقول: لو نبتت اللحية لامرأة⁽⁴⁾ كان الظاهر وجوب الغسل عليها

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 301، 302.

(2) تهذيب البراذعي: 345/3.

(3) المشدالي: لأن القفيز ثمانية وأربعون صاعاً، والأردب ثلاثون صاعاً.

قال الشيخ أبو الحسن: ولعل عندهم قفيز دون الأول فيكون مراده.

(4) قوله: (لامرأة) ساقط من (ش).

بخلاف الرجل، كما صرح به ابن الفخار. وقال ابن الفرس: لو نبتت لها اللحية⁽¹⁾ لم يجز لها حلقها، ويلزمها فيها ما يلزم الرجل.

ولا بأس أن تؤجره على طحين إردب بدرهم وبقفيز من دقيقه، إذ ما جاز بيعه جازت الإجارة به⁽²⁾.

قوله: (إذ ما جاز بيعه) هذا منقوضٌ بالدَّيْنِ.

ولو أعطيته الدابة أو السفينة، أو الإبل ليعمل عليها على أن ما أصاب بينكما، لم يجز ذلك⁽³⁾.

قوله: (لو أعطيته الدابة أو السفينة).

في الطرر - فيمن أعطى دابته، أو فأسه على الحطب مناصفة فضاع الفأس - : ضمانه من ربه، ويحلف الأجير إن كان متَّهماً⁽⁴⁾.

ولا يجوز أن يحمل لك طعاما إلى بلد كذا بنصفه، إلا أن تنقده نصفه مكانك؛ لأنه شيء بعينه يبع على أن يتأخر قبضه إلى أجل⁽⁵⁾.

قوله: (ليتأخر قبضه).

في الطرر: وما بقي من الغزل في المنسج عند القطع لرَبِّه⁽⁶⁾ إلا أن يكون في

(1) في (ع): (لحية).

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 345/3.

(3) تهذيب البراذعي: 347/3.

(4) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 183، والجواب في "الأحكام" لابن لُبابة.

(5) تهذيب البراذعي: 347/3.

(6) في (ع): (لمؤديه).

بلدٍ قد تعارفوا فيه أنه لا يخرج بالحضرة، وأن الحائك⁽¹⁾ ينتفع به فيكون للحائك⁽²⁾، وكأنه من الإجارة، ولا يجوز للحائك اشتراطه من الإجارة؛ لأنه شيء بعينه لا يقبضه إلا بعد فراغه من نسج الثوب.

قلت: وفيه علةٌ أخرى - أيضاً - وهي جهالةُ قدره؛ لأنه لا يدري أيكون قصيراً أو طويلاً.

ولا بأس أن تؤاجر على بناء دارك هذه والجص والآجر من عنده وهذه إجارة وشراء جص وآجر في صفقة واحدة⁽³⁾.

قوله: (والجص والآجر عنده).

قلت - وصوبه شيخنا أبو عبد الله -: تؤخذ مسألة التفسير⁽⁴⁾ المتداولة بين الطلبة غرباً وشرقاً من هذه المسألة، وكأنها بعينها.

ولا بأس أن تؤاجر حافتي نهرك ممن يبني عليه بيتاً، أو ينصب عليه رحاً، ويجوز أن تستأجر طريقاً في دار رجل، أو مسيل مصب مرحاض⁽⁵⁾.

قوله: (حافتي نهرك).

قلت: هذه المسألة تدل على جواز إجارة البناء⁽⁶⁾، وصرّح بذلك ابن

(1) في (ع): (الحاضر).

(2) في (ع): (من الحائك).

(3) تهذيب البراذعي: 348/3.

(4) في (ع): (التصفير)، ولعلها: (التسفير).

(5) تهذيب البراذعي: 349/3.

(6) في (ش): (الفناء).

رشد(1).

ولا بأس بإجارة رحي الماء بالطعام وغيره، فإن انقطع عنها الماء فهو عذر تفسخ به الإجارة، وإن رجع الماء في بقية المدة لزمه باقيها، وإن اختلفا في انقطاع ماء الرحا فقال ربيها: انقطع عشرة أيام، وقال المكتري: بل شهراً، فإن تصادقا في أول السنة وآخرها صدق رب الرحا(2).

قوله: (لا بأس بإجارة رحي الماء بالطعام).

نَبَّهَ عَلَيْهِ لِثَلَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْمَاءَ طَعَامٌ فَلَا يَبَاعُ بِطَعَامٍ، وَقَدْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ الرَّحِي لِمَا كَانَتْ مُتَثَبَةً بِالْأَرْضِ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ كَرَاءِ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ.

قلت: ونحوه جواز إجارة المعصرة بالزيت موصوفاً إلى أجل، كما جاز قبالة الملاحاة بالملح.

قوله: (فهو عذر تفسخ به الإجارة).

(1) المشدالي: أشار إليه في كتاب الجامع من العتبية، قال (في رسم تأخير صلاة العشاء) من سماع ابن القاسم من الجزء الرابع من الجامع: سئل مالك عن الألفية التي تكون في الطرق يكرها أهلها أترى ذلك لهم وهي طريق المسلمين؟ قال: إذا كان فناءً ضيقاً إذا وضع فيه شيئاً أضر بالمسلمين، فلا أرى أن يمكن أحد من الانتفاع به، وأن يمنعوا، وأما كل فناء انتفع به أهله لم يضيّق على المسلمين لسعته لم أر بذلك بأساً.

ابن رشد: هذا - كما قال - أن لأرباب الألفية أن يكرها ممن يضع فيها ما لا يضيّق بالطريق على المارة؛ لأنهم إذا كان لهم أن ينتفعوا بها، وكانوا أحق من غيرهم، كان لهم أن يكرها؛ لأن ما للرجل أن ينتفع به كان له أن يكرهه، وهذا لا أعلم فيه خلافاً.

المشدالي: انظر الفرق الثلاثين من قواعد القرافي، فقد تكلم فيه على حكم الانتفاع بالمدارس.

(2) تهذيب البراذعي: 350/3

قال (1) المتيطي: إن وقع غلاء في البلد الذي (2) فيه الفرن المكترى، وهرب الناس عنه، لم يكن في جيران الفرن من يطبخ فيه فقلَّ الطبخ فيه، فهو جائحة يُحطُّ عن المكترى بقدره، قاله ابن لبابة وغير واحد من الشيوخ (3) الأندلسيين، حكاه عنهم ابن مغيث.

ابن أبي زمنين: لو انقطع الطعام عن الرحي لجوع نازل بموضعها فهرب الناس منه، لم يحط من الكراء شيء ولزمه الجميع (4)..
المتيطي: لا فرق بينه وبين ما حكاه ابن مغيث، والمسألان سواء.

ولا بأس بإجارة حلي الذهب بذهب أو فضة وأجازه مالك رحمته الله ثم استثقله وقال: ليس بحرام بين، وما هو من أخلاق الناس، وأجازه ابن القاسم (5).

قوله: (ولا بأس بإجارة حلي الذهب).

قال ابن العطار: أجاز مالك إجارة الحلي مرة، وكرهه أخرى واستثقله؛ وإنما استثقله من جهة أن الانتفاع به يذهب بعضه، فيأخذ صاحبه عوضاً عن ذلك النقصان ذهباً أو فضة، فيدخله ذهب بذهب وفضة متفاضلاً نقداً، وإلى أجل أو فضة بذهب إلى أجل.

ابن الفخار: قوله أن الانتفاع يذهب بعضه، غير معقول، والمشاهدة تُبعد

(1) قوله: (قال) زيادة من (ع).

(2) قوله: (الذي) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (شيوخ).

(4) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 2/946.

(5) تهذيب البراذعي: 3/354.

ذلك، إنما هذا من أخبار المتكلمين، الحلّى من الجامدات⁽¹⁾ التي لا يؤثر فيها الانتفاع، ولا يذهب به، ولا بشيء منه، ولا يؤثر في شيء من عينه في مدة الكراء، وإنما استثقله؛ لأن الكراء بيعٌ من البيوع، وإنما كان اسم الكراء أخصَّ به، وقد قال عليه السلام: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء»⁽²⁾، وإذا وقع على الكراء اسم بيع خاف [44/ب] مالك أن يدخله النهي فاستثقله لهذا⁽³⁾.

الشعبي: وهذا أولى بالصواب؛ لأن الكراء يقع عليه اسم بيع، والمنع يقع عليه بأول ما يقع عليه اسم ذلك.

وكره مالك بيع كتب الفقه فكيف بهذه، وما كره بيعه لا يؤاجر⁽⁴⁾.

قوله: (وما كره بيعه لا يؤاجر).

قلت: وعدم صحة طرده واضح بالمدير، والمعتق لأجل، والوقف، ونحوه.

والأطباء إذا استؤجروا على العلاج فإنما هو على البرء، فإن برئ فله حقه وإلا فلا شيء له، إلا أن يشترطاً شرطاً حلالاً فينفذ بينهما⁽⁵⁾.

قوله: (والأطباء إذا استؤجروا...) المسألة.

- (1) لعلها: (الجامدات)، كما في الأحكام للمالقي.
- (2) أخرجه البخاري عن أبي بكر: 761/2، باب بيع الذهب بالذهب، في كتاب البيوع، برقم (2066)، وأخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت: 1210/3، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، في كتاب المساقاة، برقم (1587).
- (3) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 284.
- (4) تهذيب البراذعي: 355/3.
- (5) تهذيب البراذعي: 358/3.

سئل ابن عتّاب عن رجل شكى إلى الطبيب أذى برُكبته، فقال له الطبيب: أكويك في الركبة وتفيق، فاتفق معه بأجرة معلومة ودفعتها إلى الطبيب، وانصرف عنه ليرجع إليه الشاكي فيكويه، ثم بدا له، وسأل الطبيب أن يرده له الأجرة، فامتنع الطبيب من ذلك، واحتجّ الشاكي بأن الكي لا يجوز؟ فقال ابن عتاب: الكي جائز، قد كوى النبي ﷺ أسعد بن زرارة⁽¹⁾، واكتوى ابن عمر من اللقوة⁽²⁾، فإن كان الكي الذي ذكّرت ذكر عدده وآلته، فالأجرة لازمة، وإلا لم تلزم⁽³⁾.

قال مالك رحمته الله: وليس لأهل الذمة أن يحدثوا في بلد الإسلام كنائس إلا أن يكون لهم أمرٌ أعطوه. قال ابن القاسم: وما اختطّ المسلمون عند فتحهم وسكنوه، كالفسطاط والبصرة والكوفة وإفريقية وشبهها من مدائن

- (1) أخرجه الترمذي: 390/4، كتاب الطب عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرخصة في ذلك، برقم: 2050، والبيهقي في السنن الكبرى: 342/9، كتاب الضحايا، باب ما جاء في إباحة قطع العروق والكي عند الحاجة، برقم: 19335.
- (2) أخرجه مالك في الموطأ: 1379/5، كتاب الجامع، باب تعالج المريض، برقم: 3476، والبيهقي في السنن الكبرى: 343/9، كتاب الضحايا، باب ما جاء في إباحة قطع العروق والكي عند الحاجة، برقم: 19340.
- (3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 356.
- وزاد المشدالي بعده: وفي جواب ابن عتّاب المذكور، ولا يصح عن النبي ﷺ النهي عن الكي، وإنما ورد عنه (وقد ذكر العدد الذين يدخلون الجنة من أمته بغير حساب، فقيل له: من هم يا رسول الله؟ فقال: هم الذين لا يسترقون ولا يكتون وعلى ربهم يتوكلون)، وليس هذا بنهي، وإنما أخبر أنهم أخذوا أنفسهم بأشد الأمور، فانظره أواخر العيوب.

الشام، فليس لهم إحداث ذلك فيها، إلا أن يكون لهم عهدٌ فيوفي به؛ لأن تلك المدائن صارت لأهل الإسلام دون أهل الصلح⁽¹⁾.

قوله: (وما اختط المسلمون) من الخطة؛ هي: العطية.

العين: الخطة: أرض يختطها الرجل⁽²⁾.

أبو إسحاق: أراد بالفسطاط الموضع الذي اختطه لاجملة البلد، وكذا إفريقية أراد القيروان التي اختطها العرب حين نزلوا⁽³⁾، ولا تعارض - على هذا - بين هذه وما في التجارة لأرض الحرب؛ لعدم اتحاد الموضوع؛ لأن موضوع الجواز نفس المصر و القرية، وموضوع المنع ما عداه.

المتيطي: جاء في الخبر أن الوليد بن عبد الملك هدم كنيسة للروم كان عبد الملك أبوه قد أذن لهم فيها - لوجه اقتضى ذلك - لصلحٍ أو غيره، فكتب مَلِكُهُمْ إلى الوليد يقول له: إن أباك قد أذن لنا في البناء وأنت هدمتها، فإمّا أن يكون أبوك أخطأ أو بالعكس، فأشكل الجواب على الوليد، وطلبه من أهل الفطنة والذكاء حتى تكلم فيه مع الفرزدق الشاعر، فقال له: الجواب عن ذلك ما حكاه الله تعالى في قصة داوود وسليمان ﴿وَكُلًّا ءَاتَيْنَا﴾ الآية [سورة الأنبياء: 79]، وهُم - يا أمير المؤمنين - لا ينكرون هذا الخبر، فاستحسن الوليد منه هذا الجواب، وعلم فطنته وأتحفه بعطيّة.

قلت: حاصل الجواب أنا لا نسلم انحصار القسمة في إصابة أحدهما

(1) تهذيب البراذعي: 361/3.

(2) انظر: العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي: 137/4.

(3) في (ش): (تولوا).

وخطأ الآخر، حتى يكون من مادّة مانعة الجمع والخلو؛ لجواز إصابتها معاً،
لنظرٍ ورأيٍ رآه كل منهما⁽¹⁾.

قال ربيعة: من استعان عبداً فيما فيه الإجارة ضمنه، وكذلك إن أجره في
غرر، والعبد قد أرسل في الإجارة، وأما حر كبير فما علمت فيه شيئاً إلا
أن يستغفل، أو يستجهل في أمر لا يعلم منه ما يعلم من أجره⁽²⁾.

قوله: (فما أعلم فيه شيئاً) أي ضماناً، وليس يجهل الحكم.

قال ابن القاسم: ومن أجر عبداً يخدمه شهراً بعينه، على أنه إن مرض
قضاه ذلك في غيره؛ لم يعجبني؛ لاختلاف أيام الشتاء والصيف إن
تمادى مرضه⁽³⁾.

قوله: (لاختلاف أيام الشتاء والصيف) انظر ما كتبنا في الآجال⁽⁴⁾.

ولا بأس بإجارة الحائط لحمل خشب، أو لبناء سترة عليه، أو لضرب
وتد، أو تعليق ستر كل شهر بكذا⁽⁵⁾.

قوله: (أو لضرب وتد).

أبو محمد صالح: انظر على هذا؛ هل يجوز للمكتري ضرب المسمار في
البيت أم لا؟

(1) المشدالي: انظر القرطبي في تفسير الآية الكريمة.

(2) تهذيب البراذعي: 366/3.

(3) تهذيب البراذعي: 366/3.

(4) المشدالي: أشار إلى مسألة مسلف القواديس التي ذكرها في أواخر الآجال.

(5) تهذيب البراذعي: 366/3.

ثم قال: يُنظَر؛ إن كان البيت مما يليق به ذلك جاز، وإلا فلا يفعل إلا بإذن المالك.

قلت: والمدارس ينبغي ألا يجوز إلا ما خفَّ مما لا بدَّ للساكن منه، من تعليق ثيابه ونحوه، وأما الأشياء الثقيلة فلا.
وانظر: المدارك في ترجمة السبائي (1).

وفي أخذه مسألة إجارة الأشجار بتجفيف (2) الثياب، من قولها هنا:
(لتعليق ستر ونحوه) نظرٌ.

وانظرها في المتقى في ترجمة نصُّها (جامع البيوع)، وكرَّرها في موضع آخر (3).
وقول شيخنا في مختصره: "مقتضى المذهب الجواز" (4) يدل دلالة ظاهرة أن هذا الفرع بعينه لم يرفه شيئاً لأهل المذهب، ولم يذكر فيه الباجي إلا الجواز.

ومن أجر عبده أو نفسه في خياطة شهرًا، لم يجز أن يفسخ ذلك في قصارة أو غيرها؛ لأنه دين بدين، إلا أن تكون الإجارة يوماً ونحوه فيجوز ذلك؛ لأنه لا يكون ديناً بدين (5).

(1) في (ع): (النسائي).

وزاد المشدالي بعده: قال في ترجمة ذكر ورعه وحمايته من الشبهات: قال بعضهم: دخلتُ على أبي إسحاق السبائي يوماً فرأيت في بيته حصيراً مع الحائط ليس لها غير مسارين من الطرفين، فأخذت مسامير وجئت لأسمر وسطها، فقال لي: لا تفعل؛ فليس الحائط لنا.

(2) في (ع): (لتجفيف).

(3) المتقى، للباجي: 114/5.

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 424/أ.

(5) تهذيب البرادعي: 369/3.

قوله: (في خياطة شهرًا...) المسألة.

المتطي - في أبواب الإجارة على الحج - قولنا في العقد: إن الوصي فسخ (1) له في أنه إن قضى الحج قبل الموسم الذي سمي له فهو وفاء عما لزمه؛ حسنٌ، ولا يجوز له أن يفسخ (2) له في قضاء الحجة بعد ذلك؛ لأنه فسخ الدين في الدين.

وقاله ابن زرب، وابن الهندي، وابن العطار، وغيرهم، واحتجوا بقولها هنا: (من فسخ دين في دين).

وأجاز ذلك ابن أبي زمنين، وعقد به عقداً، وقال: أدركت شيوخنا بالأندلس يميزونه.

وحكاه ابن حارث في كتاب الشروط عن بعضهم (3).

ومن أجر عبده ثم باعه، فالإجارة أولى به، فإن كانت إجارته قريبة، كيوم أو يومين، جاز البيع، وإن بعد الأجل فسخ البيع، ولم يكن للمبتاع أخذه بعد الإجارة (4).

قوله: (ولو أجر عبداً ثم باعه).

قلت: في هذا الباب مسألة وقع البحث فيها بالديار المصرية بين المالكية والشافعية؛ وهى: أرض شركة بين اثنين نصفين - مثلاً - أجر أحدهما نصيبه

(1) في (ع): (فُسخ).

(2) في (ع): (يفسخ).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 139.

(4) تهذيب البراذعي: 3/370.

من أجنبي أربعة أعوام - مثلاً - ثم لما مضى عامان حبس نصيبه، ثم قسما الأرض، فصار نصيب المحبس في ناحية، ثم قام المكثري وأراد فسخ القسمة، واحتج بأن حقه في نصف الأرض شائعاً⁽¹⁾ أحسن منه متميزاً⁽²⁾ ولا وقعت الإجارة إلا كذلك. فهل له مقال أم لا؟

فأجاب شيخنا شيخ الإسلام أبو حفص عمر البلقيني ثم الشافعي: بأن القسمة صحيحة، ولا مقال للمكثري.

وأجاب بعض المالكية بأن قال: لا تصح القسمة، وتفسخ؛ لقوله في المدونة هنا: (إذا أجره ثم باعه...) المسألة.

وقال شيخنا ناصر الدين قاضي القضاة بالديار المصرية: لا تصح القسمة؛ لتعلق حق المكثري على طريق الشيعاء، والدليل عليه من المدونة: (إذا أجزت الزوجة نفسها بغير إذن زوجها له الفسخ).

والجامع: أن كلاً من فعل الزوجة، والمحبس يوجب تقليل انتفاع من له الانتفاع.

قلت: والصواب جواب شيخنا الشافعي، ويشهد له ما في المدونة وغيرها: إذا رهن حصة له، ثم اكترى حصة شريكه. المسألة.

فكما لم يجعل مقالاً في كون حصة الرهن تكون رهناً بعد القسمة - ولا يصح الاحتجاج بفسخ القسمة ليبقى المرهون شائعاً - فكذا هنا.

قلتُ: وسئلتُ بالقاهرة عن مسألة جرت بالإسكندرية؛ وهي: مرتهن دارٍ

(1) في (ع): (مشاعاً).

(2) قوله: (متميزاً) يقابله في (ع): (من ناحية).

اشترط سكنها سنةً، ثم اشتراها قبل تمام المدة.

إنها تجري على جواب أبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن (1).

ومن استؤجر على رعاية غنم كثيرة لا يقوي على أكثر منها، فليس له أن يرعى معها غيرها، إلا أن يدخل معه راعياً يقوي به، إلا أن تكون غنماً يسيرة فذلك له، إلا أن يشترط ربهما عليه ألا يرعى معها غيرها فيجوز ويلزمه، وأكره هذا الشرط في قليل القراض؛ إذ ليس بإجارة معلومة (2).

قوله: (وأكره هذا الشرط في قليل القراض).

يريد: وكذلك الكثير، وإنما ذكر القليل؛ لأنه هو وزان الغنم القليلة.

قال مالك رحمته: ولا ضمان على العبد الراعي إلا أن ينحر شيئاً فيضمنه (3).

قوله: (لا ضمان على الراعي... المسألة).

قال ابن لبابة - في الراعي يضرب الغنم بعصى كبيرة، أو صغيرة فيقتلها أو يرميها بحجر - : إنه ضامن.

ولو رمى بناحية فارتفعت العصاة من الأرض، أو الحجر فقتلها، أو نفرت الشاة أو البقرة فوقعت في مهوات: لم يضمن؛ وهو من شأن الرعاة.
قال: ولو استؤجر راعيان فذهب أحدهما لشراء طعامها أو مصلحته فضاع شيء من الغنم، أو أكل السبع بعضها؛ لا ضمان عليهما؛ لأنه لا بد أن

(1) المشدالي: انظر جوابي الشيخين مبسوطين في أكرية الطرر، ولولا الإطالة لجلبته هنا.

(2) تهذيب البراذعي: 371/3 - 372.

(3) تهذيب البراذعي: 373/3.

يعمل أحدهما فيما يحتاجان إليه.

وسئل ابن المكوي عمّن استأجر راعياً لغنمه، فلما خرج [45/أ] بها إلى المسرح رجع إلى المدينة، ثم رجع إليها عشيةً، فوجدها ناقصة؛ لا يدري هل قبل رجوعه أو بعده؟

قال: لا ضمان عليه إلا أن يقيم ربّ الغنم أنها إنما⁽¹⁾ ضاعت في وقت تعديّه⁽²⁾.

ومثلها في المدونة؛ في صنّاعها - فيمن دفع ثوباً لقصّارٍ، فيأتي ربه ليأخذه فيجد فيه تقطيعَ فأرٍ - : (إن لم يقيم البيّنة أنه قطعُ فأرٍ، وأنه لم يفرط؛ ضمّن القصّارُ؛ لأن حال هذا الضمان، والراعي مؤتمن)⁽³⁾.

قلت: انظر هذه المثلية مع المخالفة في العلة والحكم.

ولو كانت المماثلة لكان الجواب عدم ضمان القصّار، إلا إذا أقام رب الثوب بيّنةً أنه فرط، وأنه قرض غير الفأر⁽⁴⁾.

(1) في (ش): (له).

(2) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 273.

(3) انظر: المدونة (زايد): 10/8، و(السعادة/صادر): 389/11، و(العلمية): 401/3.

(4) المشدالي: قد يقال: المثلية التي أشار إليها إنما هي باعتبار معقول الحكم لا باعتبار عينه؛ لأن هذا من باب قياس العكس لا من باب قياس العلة. ولما كان الأصل في الصانع أن يكون ضامناً؛ حكم بتضمينه إلا أن يثبت ما يرفعه عنه.

ولما كان الراعي بعكس ذلك حكم ببراءته، إلا أن يثبت ما يوجب تضمينه، فالمعقول فيها متفق، وإلى هذا أشار بقوله: (لأن حال هذا الضمان والراعي مؤتمن)، فصحّ كونه قياس عكس، وحكماهما متقابلان كعلّتيهما. والله أعلم.

قال أبو الزناد: وإن استرعى العبد بغير إذن سيده فنحر أو باع، فليس على سيده ولا في رقبة العبد شيء من ذلك⁽¹⁾.

قوله: (استرعى العبد بغير إذن سيده...) المسألة.

مفهومه⁽²⁾: لو أذن له لكان على سيده، وليس كذلك، بل لا شيء على السيد أذن أم لا، ولا مفهوم له هنا؛ لأنه في السؤال.

وقوله: (ولا في رقبة العبد).

مفهومه: أن ذلك في ذمته.

وانظر على هذا فيما قالوا أن ما⁽³⁾ يكون في رقبة العبد⁽⁴⁾ يكون ساقطاً عن

الصبي، وهذا إنما يجري على قول ابن القاسم، لا سحنون.

وقد قال ابن يونس هناك: يجب أن يضمن على قول ابن القاسم في ذمته،

وعلى قول سحنون تكون جنائية في رقبته؛ كاختلافها إذا تعدى على وديعة فأتلفها.

ولا بأس بإجارة الظئر على إرضاع الصبي حولاً أو حولين بكذا، وكذلك إن شرطت عليهم طعامها وكسوتها، وليس لزوجها وطؤها إن أجزت نفسها بإذنه، وإن كان بغير إذنه فله أن يفسخ إجارتها⁽⁵⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 3/373، 374.

(2) قوله: (مفهومه) ساقط من (ع).

(3) قوله: (مفهومه أن ذلك في ذمته... أن ما) ساقط من (ع).

(4) قوله: (يكون في رقبة العبد) يقابله في (ع): (يكون في ذمه الصبي وما يكون في ذمة العبد).

(5) تهذيب البراذعي: 3/375، 376.

قوله: (وليس لزوجها وطئها...) المسألة.

في سماع أشهب من التملك: لو صالح امرأته بعد فطام ولدها منه على أن عليها كفل ولدها ثلاث سنين لا تتزوج، فأنكر هذا الشرط وقال: ﴿لَا تُحْرَمُوا طَيِّبَتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ﴾ [سورة المائدة آية: 87].

قيل له: أفترى أن تتزوج؟ قال: لا أدري.

قال ابن نافع: كان مالك لا يرى بأساً أن تتزوج، وأما أنا فلا.

ابن رشد: قد⁽¹⁾ قال مالك في كتاب ابن المواز: إنه يلزمها، ولا تتزوج.

ويأتي على ما في المدونة من أن (الحرّة إذا أجزت نفسها حولين أنه لا يطؤها زوجها) أنها لا تتزوج.

وما في رسم (الرهون) من سماع عيسى بعد أنه ينظر: إن كان لا يضر بالصبي لم تمنع، وإلا مُنِعَتْ.

وقولٌ رابع في المسألة؛ وإنما وقع الخلاف في هذا؛ لما يُتَّقَى من الضرر بالصبي⁽²⁾.

قلت: ونزلت عندي هذه المسألة: أجزت نفسها بغير إذن زوجها، ولم يعلم إلا بعد مدة فتنازعت معه، لمن يكون ما أخذته أجرّة لرضاعها؟ فطلبه الزوج وأنكرته.

فوقع الحكم بأن ما مضى من المدة لها بحسابه، ولا مقال للزوج معها فيه، وله فسخ الإجارة فيما يستقبل، ولا حجة للزوج بأنه ملك منافعها فباعتها بغير

(1) قوله: (قد زيادة من (ع)).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 248/5، 249.

إذنه؛ لأنه ليس له عليها إلا منافع الأشياء الباطنة.

وإن هلك الأب فحصة باقي المدة من الأجر في مال الولد؛ قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة من الأجر إن قدمه الأب ميراثاً، وليس ذلك عطية وجبت؛ إذ لو مات الصبي لم يورث عنه، وكان للأب خاصة دون أمه، ففارق معنى الضمان في الذي يقول لرجل: اعمل لفلان عملاً، أو بعه سلعتك، والتمن لك عليّ، فالتمن في ذمة الضامن إن مات (1).

قوله: (وليس ذلك عطية).

أبو محمد صالح: عدل إلى ما هو أجل.

الشيخ: بين أن ذلك ليس بهبة، ثم عدل إلى ما هو أجل.

قلت: معنى هذا الكلام أن نفي الأخص لازم لنفي الأعم، والعطية أعم من الهبة (2)، فإذا نفى أنها ليس من العطية - التي هي أعم - لزِم ألا يكون من الهبة التي هي أخص، فهذا معنى كونه: "عدل (3) إلى ما هو أجل".

قوله: (إذ لو مات الصبي).

هذا من باب تعليل الحكم بفرعه، ونحوه قوله في النكاح: (إذ لو ماتا لم يتوارثا) (4).

قوله: (ففارق معنى الضمان...) المسألة.

أبو محمد صالح: كأنه يقول: ليس هذا من الهبات المفتقرة للحوز كسائر

(1) تهذيب البراذعي: 378/3.

(2) في (ش): (الحلية).

(3) في (ش): (يحول).

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 164/2.

الهبّات، ولا من الهبّات التي لا تفتقر إلى الحوز كالحمل والضمان ومساءل كتب النكاح؛ لأنه لم يقل للظئر⁽¹⁾: بع لبنك من ولدي، والضمن لك عليّ؛ لأن ذلك واجب عليه.

ابن رشد - في كتاب الرضاع -: قوله فيما قدّم الرجل من أجر رضاع ابنه، أو نفقته إلى التي ترضعه أو تحضنه: إن الابن لا يستوجب ذلك كالعطية المحوزة؛ إذ لم يدفعه على وجه العطية له، وإنما دفع ما يرى أنه لازم له، وهو لا يلزمه إلا ما كان حياً، ويكون ما بقي من ذلك إن مات الأب موروثاً عنه.

وهو مثل قوله في جعل المدونة، خلاف قول أشهب وروايته أن ذلك كالعطية للابن يستحقها طول حياته ولو مات الأب.

وإن مات هو في حياة الأب رجع ما بقي إليه، كالعبد المخدم إن مات المخدم استحقه المخدم طول حياته، وإن مات المخدم رجع العبد إلى سيده المخدم.

فالقياس على قول ابن القاسم: إذا لم يراع تقديم الأب لما قدم من أجر رضاع ولده ونفقته، وجعل ذلك كأنه في يده؛ يكون لورثته إن مات ما بقي من ذلك، أو لغرمائه⁽²⁾.

وإن مات الأب ولم يدع مالاً، ولم تأخذ الظئر من أجرتها شيئاً، فلها فسخ الإجارة، ولو تطوع رجل بأدائها لم تفسخ وما وجب للظئر فيما مضى ففي ذمة الأب، ولا طلب فيه على الصبي⁽³⁾.

قوله: (ولو تطوع رجل بأدائها لم تفسخ).

(1) في (ش): (للغير).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 158/5، 159.

(3) تهذيب البراذعي: 378/3.

قال بعضهم: لأن حجتها في الثمن، فإذا تطوع به أحد سقطت حجتها.
قلت: ويؤخذ من هنا ما نصَّ عليه أبو بكر بن عبد الرحمن في مسألة
اختلف فيها مع أبي القاسم ابن الكاتب رأيتها في حاشية نسخة من نوازل
ابن رشد.

ونصّها: سئل عن رجل غاب عن زوجته، فقامت المرأة وادعت أنه لم
يترك لها زوجها شيئاً، ووقفت أمرها إلى السلطان، وأرادت الفراق، إذ لم يترك
لها زوجها نفقة،⁽¹⁾ ثم إن رجلاً من أقارب الزوج أو من الأجانب قال لها: أنا
أؤدي عنه النفقة، ولا سبيل لك إلى فراقه.

فقال ابن الكاتب: لها أن تفارق؛ لأن الفراق قد وجب لها.
وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: لا مقال لها إن قال الرجل: أنا أنفق عليك؛
لأن عدم النفقة التي أوجب لها القيام قد وجدتها.
قلت: وقد أشار ابن المناصف إلى هذا، فقال ما حاصله: قيام الزوجة في
غيبه زوجها على وجهين:

لترجع بما تنفقه عليه، وفائدته قبول قولها من حين الرفع.
الوجه الثاني: لتطلق نفسها لعدم الإنفاق، فإذا أثبتت الزوجية والمغيب،
ولم يترك لها شيئاً، ولم يخلف ما يعدى فيه، ولم يتطوع أحد⁽²⁾ بالنفقة عنه،
ودعت إلى الطلاق... إلى آخره، فظاهره أن التطوع بإجراء⁽³⁾ الإنفاق يُسقط
مقالها كما قال ابن عبد الرحمن.

(1) زاد بعده من: (ش) قوله: (ذا).

(2) في (ش): (أخذت).

(3) في (ش): (بإجراء).

وهو الذي تقتضيه المدونة في النكاح الثاني في قوله: (إلا أن يتطوع السيد بالنفقة)⁽¹⁾.

وحامل الدهن والطعام لا يضمن ما عثر فاهرق أو انكسر، أو فيما ربضت به الدابة، أو انقطع به الحبل، إلا أن يعلم أنه غر من عثار، أو ضعف حباله، أو غرر في رباطه، أو أخرج في سوق دابته، وإن لم يعلم ذلك لم يضمن، وهو مصدق فيما ادعى من ذلك إلا في الطعام والإدام⁽²⁾.

قوله: (إلا أن يعلم أنه غر... المسألة).

هو محمول على عدم الغرور حتى يعلم.

وقوله: (مصدق).

يريد: مع يمينه. قاله في: الوثائق المجموعة.

ولا يضمن أجير الخدمة ما كسر من آنية، أو أفسد من طحين، أو أهرق من ماء أو لبن، أو ما وطئ عليه فكسره أو خرقه إلا أن يتعدى. وقال غيره: ما وطئ عليه، أو عثر عليه فهي جناية، وما يسقط من يده، أو عثر به لم يضمنه⁽³⁾.

قوله: (ولا يضمن أجير الخدمة).

لأن القاعدة: أن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، إلا أن يكون

بتسليط من أربابه، قالوا: ويقوم منه: أن العبد والأمة أو الصبي لا [45/ب]

(1) تهذيب البراذعي: 213/2.

(2) تهذيب البراذعي: 379/3.

(3) تهذيب البراذعي: 380/3.

يُضْرَبُ عَلَى كَسْرِ الْأَوَانِي، وَمَا رَوَى فِي الْحَدِيثِ: «لَا تَضْرِبُوا إِمَائِكُمْ عَلَى كَسْرِ أَوَانِيكُمْ، فَإِنَّ لَهَا آجَالاً كَأَجَالِكُمْ».

ولا يضمن أجير الخدمة ما كسر من آنية، أو أفسد من طحين، أو أهرق من ماء أو لبن، أو ما وطئ عليه فكسره أو خرقه إلا أن يتعدى، وقال غيره: ما وطئ عليه أو عثر عليه فهي جناية، وما سقط من يده أو عثر به لم يضمن⁽¹⁾.

قوله: (وما يسقط من يده... لم يضمنه).

قلت: نحوه ما⁽²⁾ في العتبية - في الذي يتناول آنية ليشتريها فتسقط من يده على أخرى، أو لا - أنه لا يضمن الساقطة إن أخذها بإذن⁽³⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 380/3.

(2) قوله: (ما) زيادة من (ع).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 506/7 و507.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن رشد في ثانية سماع أصبغ من جامع البيوع: إنما رأى ابن القاسم في الخلل أنه ضامن إذا رفع إليه القلّة فسقطت من يده فانكسرت، من أجل أنه لا حاجة به في تقليب الخلل إلى رفع القلّة حسبما حكى ابن الموّاز عنه من رواية أبي زيد. وكذلك رأى أنه لا يحتاج في انتقاد الدنانير إلى نقرها، فقال في الصراف إذا قبض الدينار ليقبله ثم يصارفه فيه إن أعجبه فنقره فتلف: إنه ضامن، إذ لم تكن به حاجة في تقليبه إلى نقره.

فاحتج على أصبغ بذلك في ضمان الخلل.

وأما إن قبض الدينار على وجه الصرف، فلا خلاف أنه ضامنه بكل حال - كما قال أصبغ - وإن غصبه الصراف أو اختلس منه قبل أن يزنه.

وقد اعترض بن دحّون قوله: "قبل أن يزنه"، وقال: كيف يضمنه قبل أن يزنه وقد أخذه ليزنه؟

قال: وإنما تأويل المسألة الأولى التي في نوازل سحنون أنه مثقالٌ يجوز بعينه لا يوزن

فقبضه له ضمان؛ لأنه لم يدفعه إلا على مواجهة الصرف، وهذه ذكر فيها الوزن، وذلك يدل على عدم المواجهة إلا بعد الوزن، فمحال أن يضمن قبل الوزن ما أخذ ليزن. وهو اعتراض فاسد.

وقول أصبغ: "قبل أن يزنه" صحيح؛ لأن معنى كلامه أنه دينار يجوز بعينه، فبالقبض يدخل في ضمانه؛ لأنه محمول على أنه وازن حتى يعلم أنه ناقص، لا يجوز بجواز الوازن، فيكون ذلك عيباً فيه، يجب له رده به، فإنها يزنه ليرى هل به عيب أم لا، فمتى تلف قبل الوزن ضمته.

واعلم أن كل ما أخذه من المشتري من القلال ليقبله؛ فإن كان غير إذن ربه ولا علمه فهو ضامن؛ عنف أم لا، وما أخذه بإذنه أو وهو يراه على أحد قولي ابن القاسم وقول أصبغ: لم يضمن إلا أن يعنف.

وكل ما قبض على جهة البيع فضمانه منه على كل حال، إلا أن يهلك بأمر أذن له فيه دافعه لم يتعداه إلى غيره.

المشدالي: وأما ما انكسر تحت الساقطة فقال سحنون في أواخر نوازله الثانية من جامع البيوع: إنه ضامن.

قال المتيطي: من غير خلاف.

انظر نوازل سحنون المذكورة.

المشدالي: وذكر صاحب الأحكام عن سحنون فيمن ناوله السقاء ليشرب فوق الإناء من يده فانكسر؛ أنه لا ضمان عليه إلا أن يتعدى.

وقال ابن القاسم - فيمن يشتري الدهن فيسأل ربه فيعطيه الزجاجة فتسقط - : لا ضمان عليه.

وكل ما لا تصح معرفته إلا برفعه فلا ضمان عليه، وكل ما يختبر بالنظر فيتناوله فينكسر فإنه يضمن، إلا أن يتناوله ربه.

انظره في السدس الأخير من البيوع.

المشدالي: ومن هذا المعنى ما في الموازية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب: ما سقط من يده على ودیعة فأتلفها ضمنها، ولو سقطت لم يضمنها.

انظر ابن عرفة في الدماء.

وقد قال مالك رحمته الله في الأجير على حفر قبر: فإن انهدم قبل فراغه فلا شيء له، وإن انهدم بعد فراغه فله الأجر. قال ابن القاسم: وذلك فيما لا يملكه من الأرضين⁽¹⁾.

قوله: (وقد قال مالك في الأجير).

انظر: أطلق عليه الأجير، ثم قال: (قال ابن القاسم: وذلك فيما يملك)، وفي الأمهات: (وهذه الإجارة فيما لا يملك)، فسماها إجارةً وأعطاهها حكم الجعل.

وقوله قبله: (إلا أن يكون بمعنى الجعل)⁽²⁾ راجع إلى قوله: (في غير ملكك)؛ لأن من شروط الجعل ألا يبقى للجاعل منفعة إذا ترك. وكلام الشيوخ هنا معلوم.

المتيطي: لا يصح الجعل إلا في حفر بئر أو عين في غير ملك الجاعل، هذا القول الذي عليه الجمهور، وقاله الجهم الغفير، وإن كان مالك قد أباح الجعل في الغرس في ملك الجاعل.

وقد عقد ابن العطار وثيقة جُعل في حفر بئر وطبها⁽³⁾ في ملك الجاعل، واشترط الصخر⁽⁴⁾ على المجعول له⁽⁵⁾.

ومن أجرته على حفر قبر فحفره شقاً، فقلت أنت: أردته لحداً، حملتُما على سنة الناس⁽⁶⁾.

(1) تهذيب البراذعي: 382/3.

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 381/3.

(3) قوله (حفر بئر وطبها) يقابله في (ش): (حفر وطبها).

(4) قوله: (الصخر) ساقط من (ش).

(5) انظر: مختصر ابن عرفة: 449/أ.

(6) تهذيب البراذعي: 383/3.

قوله: (على سنة الناس).

فإن اختلفت فالغالب، فإن تساوت فالقول قول الحافر؛ لأن صاحب القبر فرط.

وفي الرواحل والصرف: فإن تساوى النقدان فسد.

والفرق أن مسألة الصرف يؤدي النزاع والخصام فيها إلى التأخير في الصرف، كما قال هناك في مسألة الدينار في المقاصة.

وقال مالك - في يتيم باع ملحفة فتداولتها الأيدي بالبيع وقد صبغها آخرهم -: إنهم يترادون الربح فيما بينهم، ولا شيء على اليتيم من الثمن، إلا أن يكون قائماً بيده فيرده، ويكون اليتيم والذي صبغها آخراً شريكين، هذا بقيمة الصبغ، واليتيم بقيمة الملحفة بيبضاء⁽¹⁾.

قوله: (وقال مالك في يتيم).

انظر: ما اليتيم؟

فظاهر كلام الشيوخ: أنه السفه البالغ المولى عليه.

قوله: (إلا أن يكون الثمن قائماً بيده).

ابن الهندي: معناه ثبت أن ذلك الثمن هو بعينه بيئته لم تفارقه، وأما لو غاب عليه وشهدت البيئته أنه هو بعينه؛ لم تقبل هذه البيئته؛ لأن العين لا تتعين.

الشيخ: وقول ابن الهندي مثل ما في كتاب⁽²⁾ المأذون، وخلاف لظواهر الكتاب كله، فظاهر هذا أيضاً صون ماله أم لا، وقيل: إن صون ماله يكون

(1) تهذيب البرازعي: 386/3.

(2) قوله: (كتاب) ساقط من (ش).

مثل ما إذا كان قائماً.

وقال ابن رشد - في نوازل أصبغ من المديان - : وهو محمولٌ فيما باع وقبض من الثمن أنه أنفقه فيما له منه بدُّ، حتى يثبت أنه أنفقه فيما ليس له منه بدُّ (1).

قلت: تأمل هذه العبارة، فإنها تدل على أنه محمول على عدم التصوين، وهو ظاهر كلام ابن سهل، فإن معنى (أنفقه فيما له منه بدُّ) أي: فيما له عنه غنى.

ابن عبد السلام: قال غير واحد في المحجور يبيع سلعة من ماله، ويصرف ثمنها في مصالحه، ونُقِضَ بيعُهُ ورجع على المشتري بالسلعة، فإن المشتري يرجع في مال المحجور بالأقل من الثمن، أو مما صون المحجور من ماله (2).

قلت: وفي سماع أشهب من المديان فيمن يشتري من العبد الشيء اليسير كالحفين (3) وشبهه

قال: لا يشتري من العبد إلا أن يكون عبداً يشتري ويبيع، فإن كان لا يشتري ولا يبيع، فلا يشتري منه إلا بإذن أهله، ولا يصدقه في قوله: قد أذن لي أهلي، حتى يسألهم عن ذلك.

ابن رشد - في موضع آخر - : يصدق الفصيح الذي يؤتمن مثله، وأنه أذن له في البيع، وتحمل رواية أشهب هذه على الورع (4).

وإن قال له: احصد اليوم أو التقط اليوم، فما اجتمع فلك نصفه، فلا خير فيه (5).

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 538/10.

(2) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 275/3.

(3) في (ع): (كالخيز).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 410، 409/10.

(5) تهذيب البراذعي: 392، 391/3.

قوله: (أو التقط اليوم) في نوازل الشعبي: سئل ابن العطار عمن استأجر الحصاد بلقاط على ما يعمله أهل البادية؟

فقال: الإجارة فاسدة تفسخ قبل العمل، فإن لم يعثر عليه إلا بعد الحصاد فالحب الملقوط لصاحب الزرع، ولا شيء للقاط ولا للحصاد فيه، وعلى صاحب الزرع أجرة مثل الحصاد على غير شرط اللقاط، وعليه أيضاً أجرة اللقاط على قدر شخوصه في اللقط ودرس والذر.

فإن تنازعا بعد أن صار الملقوط حَبًّا؛ فإن كان قبل أن يدرسه اللقاط ويذروه، فله الأجرة في اللقط خاصة، والسنبل الملقوط لرب الزرع.

وإن كان اللقاط صيره حَبًّا واستهلكه، فعليه رد المكيلة إلى صاحب الزرع على صفته.

وإن كان صاحب الزرع غائباً لا يمكن معرفة ما عنده في ذلك، وتنازع الحصاد والقاط في ذلك، وتقاررا على فساد المعاملة، بيع من الحب الملقوط ما يكمل منه للحصاد أجرة مثله دون اشتراط اللقاط، وما يعطى منه اللقاط أجرة لقطه، ووقف سائر الحب من يد اللقاط.

فإن أتى صاحب الزرع أو أحد⁽¹⁾ بسببه، بعد إثبات السبب الذي يقوم به قضي له به، وإن يئس منه تصدق به عن صاحب الزرع.

فإن لم يكن في ثمن الحب فضل عن تمام أجرة الحصاد، وعن أجرة اللقاط، كان لهما اتباع صاحب الزرع بما يجب لهما.

وإن فعل ذلك الزارع بغير أمر صاحب المال؛ ضمن الزارع لصاحب المال نصف مكيلة ما لقط اللقاط، وكان الحكم بين الحصاد ولقاطه والزارع

(1) قوله: (أو أحد) كذا في (ش)، ومثله في الأحكام، للمالقي، وكذلك في المعيار المعرب، ويقابله في (ع): (وأخبر).

على ما تقدم من التفسير في هذا.

فإن لم تعرف المكيلة؛ ضمن قيمة نصف ذلك على الحزر والتقدير.
وكذلك إن فعل ذلك الزارع فيما مضى من السنين بغير أمر صاحب المال؛
كان الأمر على ما وصفت لك⁽¹⁾..

قلت: في هذا الجواب تنبيهٌ، وهو قوله: "وقف سائر الحب... إلى آخره"،
إنما قاله في المدونة في مسألة العيب أنه يوقف بيد أمين، وأما في دعوى الفساد
فقد قال: يترادآن الفضل. المسألة.

وفي الاستغناء: إذا اختلف الزوج والزوجة في الذي لقطته خلفه في
الحصاد؛ بأن عرف أن لقطها كان من سببه؛ نظر إلى قدر ما انحطَّ من أجرته
بسببها فيوفي⁽²⁾ له من لقطها.

وإن قال له: احصد زرعي هذا وادرسه، ولك نصفه لم يجز؛ لأنه استأجره
بنصف ما يخرج من الحب، وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج،
ولأنك لو بعته زرعك جزافاً، وقد يبس على أن عليك درسه وحصاده
وذريه، لم يجز؛ لأنه اشترى حباً جزافاً لم يعاين جملته⁽³⁾.

قوله: (ولأنك لو بعته زرعك...) المسألة.

قلت: ساقها ابن الحاجب مقيساً عليها، والبراذعي دليلاً كما ترى، ولا يتم
ذلك لما قاله ابن عبد السلام. قال ما نصه: إن قلت: لم نسبها لابن القاسم؟
قلت: لعل ذلك لأن ابن القاسم قاس مسألة الإجارة على مسألة البيع،

(1) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 293.

(2) في (ش): (فيرمى).

(3) تهذيب البراذعي: 393/3.

مع إمكان الفرق؛ وذلك أن متولي العمل في مسألة الإجارة - التي هي الفرع - هو المشتري، وهو متصرف في الذي اشتراه في الحال، فلم يشتر ما يخرج من الزرع، وإنما اشترى [46/أ] نصف الزرع، ومتولي العمل في مسألة البيع التي هي الأصل هو البائع، والمشتري غير متصرف ولا متمكن من مشتراه إلا بعد الدرس والتصفية، وذلك جزافاً غير مرئي.

وإذا أمكن التفريق بهذا القدر تعذر القياس، فنسب المؤلف هذا الفرع لابن القاسم تنبيهاً على التبري منه⁽¹⁾.

ابن رشد - في سماع أشهب من الجعل - قوله عن مالك فيمن له زرع طاب وحلَّ بيعه، يأتيه رجل فيقول له: احصده وادرسه على النصف، لا بأس بذلك⁽²⁾، خلافاً لقولها آخر الجعل: لا يجوز⁽³⁾. انظر تمامه⁽⁴⁾.



(1) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 152/7.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 449/8.

(3) انظر: المدونة (زايد): 123/8، و(السعادة/صادر): 461/11، و(العلمية): 470/3.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 449/8.

كتاب الصناعات

كتاب الصانع

الأبياري: إنما ضمن الصانع؛ لأنه يحتمل أن يكون غيبه، أو ضاع بتفريط أو بغير تفريط؛ فوجهان يضمن فيهما، فغلباً.

وهذا معترض بسائر الأمانء؛ لجريان هذه الاحتمالات فيهم.

وتعليقه هذا نحو قولهم - فيمن بيده ودائع وقراض ومات، ولم يوص، ولم توجد في التركة - أنه يكون في ماله؛ لاحتمال استنفاقها، أو ضاعت بتفريط أو بدونه، ولا يقال: هنا احتمال رابع أن يكون ردها؛ لأن الأصل⁽¹⁾ عدمه.

وإذا دعاك الصانع إلى أخذ الثوب، وقد فرغ منه ولم تأخذه، فهو له ضامن حتى يصل إليك⁽²⁾.

قوله: (وإذا دعاك الصانع... المسألة).

تقرير معارضتها لاستبرائها أن التمكين حاصل فيهما من بائع منافع وذات، فإمّا أن يُعدَّ قبضه، أو لا⁽³⁾.

(1) في (ش): (الأمر).

(2) التهذيب: 396/3.

(3) المشدالي: مسألة الاستبراء المعارض بها هي قوله فيه: (ولو أمكنه البائع من الرائعة فتركها عنده فإن حيضتها استبراء للمشتري؛ لأن ضمانها كان منه؛ لأنه استودعها إياه بمنزلة ما لو وضعها عند غيره).

المشدالي: قال اللخمي في مسألة الصانع: يريد أنه لم يحضر الثوب، ولو أحضره ورءاه ربه مصنوعاً على الصفة التي شارطه عليها، وكان قد دفع الأجرة ثم تركه عنده

وفي العتبية - في رجل يسأل رجلاً سلفاً، ويأتيه برهن مما يغاب عليه ويدفعه له فيقول له المستسلف⁽¹⁾: "ضع رهنك عندي وعد إليّ غداً أدفع لك ما سألتني من السلف"، فلما أتاه بالغد ليأخذ منه ما وعده به وجد الرهن ضاع - أترأه فيه أميناً أو يضمنه؟

قال: يضمنه؛ لأنه إنما أخذه على حال التوثق لا الأمانة.

ابن رشد: هذا أبين على ما قاله، وهو بيّن في الضمان من مسألة الصنّاع في المدونة في الصنّاع يفرغ، إلى آخره⁽²⁾.

وإن سألت خياطاً قياس ثوب، فزعم أنه يقطع قميصاً، فابتعته لقوله، فلم يقطع قميصاً فقد لزمك، ولا شيء لك عليه ولا على البائع⁽³⁾.

قوله: (فابتعته بقوله).

قلت: من هذا المعنى ما قال ابن رشد - فيمن أراد شراء جارية، أو غيرها من رجل لا يعرفه، فقال له رجل عند البيع: «اشتر منه فإنه ثقة»، ولم يلتزم له ضماناً، ثم وجد سارقاً - يجري ذلك على الخلاف في الغرور بالقول، هل

فادعى ضياعه صدق؛ لأنه خرج عن حكم الإجارة إلى حكم الوديعة.

قال الشيخ أبو الحسن: لا ينبغي أن يختلف في هذا، ومثله في السلم إذا كان رأس المال عرضاً، وتركه على حكم الوديعة.

انظر: الشيخ - أيضاً - في كتاب الرهون.

(1) في (ع): (المستسلف).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 98/11، 99.

(3) التهذيب: 398/3.

يضمن به؟ أم لا؟(1)

قلت: ونحوه في نوازل التميمي - فيمن أراد شراء سلعة، أو فرس فاستشار رجلاً فقال له: "اشتر فإن البائع ثقة مليء وأنا أعرفه"، ثم ظهر أن السلعة سرقت، وغاب البائع أو أعدم -: لا ضمان على المستشار. وقال ابن لبابة وغيره: كمسألة القميص هذه، إلا أن يشهد عليه أنه تعمد التغير (2)؛ فيضمن ويؤدب (3).

لو وضع قلاباً في الطريق فعثر عليها رجل فكسرها ضمن (4).

قوله: (أو وضع قلاباً في الطريق...) المسألة.

انظر من أسند جرةً إلى باب دار رجلٍ، ففتح بابه فانكسرت!

فحكى ابن سهل فيها قولين: الضمان وعدمه.

ابن رشد: لا أعرف فيها نصّاً، ويجري فيها من أصولهم قولان؛ الضمان

وعدمه، والصحيح عندي الذي كنت أفتي به عدم الضمان (5).

(1) انظر: البيان، والتحصيل، لابن رشد: 294/11.

(2) في (ش): (التقرير).

(3) في المعيار المعرب: (ويؤدى): 230/6.

(4) التهذيب: 398-399/3.

(5) المشدالي: قال الشيخ في ترجمة الوصية بالحج من الوصايا الثاني - بعد أن ذكر أن ابن

سهل حكى القولين وأن ابن رشد قال: لا أعرف فيها نصّاً -: ظاهر كلام ابن رشد

أنه لم يقف على ما حكاه ابن سهل، ويحتمل أن يكون وقف عليه ثم نسيه.

المشدالي: انظره؛ فإنه تكلم هناك على حديث: "العمد والخطأ في أموال الناس سواء"،

وأنه ليس على عمومه.

قلت: لم يذكر ابن سهل (1) فيها قولين؛ بل الضمان فقط، وما ذكره الشيخ في مختصره حسن (2).

قلت: وسئل ابن أبي زيد عن الفرق بين الذي يجعل جرةً على باب رجل، فيفتح الباب فتتكسر الجرة أنه يضمن، وبين الباني تنوراً في داره لخبزه، فيحترق (3) بيوت الجيران أو الدار؛ لا ضمان، وكلُّ منهما فعلٌ ما يجوز له من الفتح للباب والوقيد؟

قال: الفرق أن ربَّ الدار كان فتحه الباب وجنائه في فورٍ واحد فهو مباشر، وفي مسألة الباني للتنور أوائل فعله جائزٌ ولا جناية فيها، وإنما نشأت بعد ذلك، وفتح الباب جنائته مع فعله؛ فافترقا (4).

قلت: خفي على ابن رشد ما حكيناه عن ابن أبي زيد. وقد ذكره ابن سهل رواية عن مالك.

قال ما نصّه: وقد روي عن مالك في رجل وضع جرة زيتٍ حذاء باب رجل، ففتح الرجل بابه، ولا علم عنده بالجرة؛ فانكسرت، فضمّنه مالك من

(1) في (ع): (ابن رشد).

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: 372/ب.

وزاد المشدالي بعده: قال في كتاب الغصب منه بعد أن ذكر فتوى ابن رشد كما تقدم: وفرّق بعض الشيوخ بين فتحه الباب المعهود فتحه فلا يضمن، وبين فتحه المعهود عدم فتحه فيضمن.

قلت: ولا يتخرج على موت الصيد من رؤية المحرم؛ لأنه حق الله تعالى. اهـ.

(3) في (ع): (فتحرق).

(4) نوازل ابن سهل: 314/4.

قوله عليه السلام: «إنه تضمن الأموال في العمد والخطأ»⁽¹⁾.

ويأتي في كتاب الدور من هذا التعليق عن القاسبي زيادة في هذا المعنى يتضح بها فهم الحديث.

وإذا صبغ الصباغ الثوب أحمر أو أسود، وقال لربه: بذلك أمرتني، وقال ربه: أمرتك بأخضر، فالصباغ مصدق، إلا أن يصبغ صبغاً لا يشبه مثله⁽²⁾.

قوله: (فالصباغ مصدق).

انظر! صدقته وهو بائع للمنافع، والسلعة فائتة بيده كفوت السلعة في اختلاف المتبايعين بيد البائع.

وانظر آخر الجعل من المازري فيما أخذ من هنا في الاختلاف في الجعل!

قلت - وصوبته شيخنا أبو عبد الله وغيره - الفرق بينهما أنه هنا بالحقيقة باع شيئين؛ عمله والصبغ، فغلب العمل؛ لأنه المقصود، فصار الصبغ تبعاً، فلذا قبل قوله، بخلاف مسألة اختلافهما في⁽³⁾ الجنس.

وإن مات المتبايعان فورثتهما في الفوت وغيره مكانهما، إن ادعوا معرفة الثمن... وإن ادعى معرفة الثمن ورثة أحدهما، وجهله ورثة الآخر، حلف من ادعى معرفته، وصدق إن أشبه ذلك ثمن السلعة⁽⁴⁾.

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 656.

(2) التهذيب: 3/399.

(3) قوله: (الجعل). قلت - وصوبه شيخنا أبو عبد الله... (في ساقط من (ع)).

(4) التهذيب: 3/400.

قوله: (حلف من ادعى معرفته وصدّق).

ابن رشد - في كتاب الدعوى - : لو قال المطلوب: لا أقر ولا أنكر لأنني لا يقين عندي، استبريء بالسجن، فإن تمادى على شكه قُضي للطالب.
 قيل: بيمينه، وهو مذهب ابن القاسم على ما له في صناع المدونة إن ادعى أحدهما معرفة الثمن وجهله الآخر. المسألة.

وقيل: بل لا يمين، وتقدم في الأضحية معارضتها⁽¹⁾.

ومن فتح في جداره كوةً، أو باباً يضر بجاره في التشرف منه عليه؛ مُنع،
 وأما كوة قديمة أو باب قديم لا منفعة له فيه، وفيه مضرة على جاره، لا
 يمنع منه⁽²⁾.

قوله: (كوة قديمة).

هذا يدل أن مذهبه أن الضرر يحاز.

وفي أمده خلاف؛ قيل: خمس سنين. وقيل: عشرة. وقيل: خمسة عشر،
 وقيل: عشرون سنة. وقيل: أكثر من ذلك.
 انظر شهادتنا⁽³⁾.

ولو أشكل أمره هل هو قديم؟ أو حادث؟

ففي أحكام ابن زياد: هو محمولٌ على الحدوث حتى يثبت قِدْمُهُ.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 148/14 و149.

(2) التهذيب: 3/402.

(3) في (ش): (شهادتنا).

المتيطي: و به القضاء.

وفي كتب ابن سحنون عكسه.

وفي أحكام ابن سهل - في عرصة حبست للدفن، وأراد رجل فتح باب

داره إليها - منعه أبو بكر بن عبد الرحمن؛ لأنه يضر بالقبور⁽¹⁾.

ومن التقط لقيطاً فكابره عليه رجل، فنزعه منه فرفعه إلى الإمام، نظر الإمام للصبي؛ فأيهما كان أقوى على مؤنته وكفالتة وكان مأموناً؛ دفعه إليه⁽²⁾.

قوله: (أيها كان أقوى).

يقوم منه أن الضيف إذا نزل عند قوم أن من هو أغنى وأقوى أحق به.

ورُدَّ بأن الضعيف يخيَّر، بخلاف اللقيط.

قيل لابن القاسم: فمن التقط لقيطاً في مدينة الإسلام، أو في قرية للشرك في أرض، أو كنيسة، أو بيعة وعليه زي أهل الذمة، أو المسلمين؟ قال: إن التقطه في قرى المسلمين ومواضعهم فهو مسلم، وإن كان في قرى الشرك وأهل الذمة، ومواضعهم فهو مشرك، فإن وجد في قرية ليس فيها إلا الاثنان، والثلاثة من المسلمين فهو للنصارى ولا يعرض له، إلا أن يلتقطه مسلم فيجعله على دينه⁽³⁾.

قوله: (قيل لابن القاسم).

(1) انظر: الأعلام بنوازل الأحكام، ص: 593.

وزاد المشدالي وبعده: ذكرها في كتاب الحبس بكما لها. فانظره.

(2) التهذيب: 404/3.

(3) التهذيب: 404/3.

وجه اختصارها ما أشار إليه العوفي؛ وهو أنه سأله عن أمرين؛ من وجد في قرية الإسلام، أو مواضع الشرك ووجد عليه زيهم، فأعرض في الجواب عن الزي، ثم أخذ يستشهد على اعتباره بمسألة العتبية - فيمن وَجَدَ في ذراع الدابة وسم (1) حبس - ونحوه ما ذكر ابن سهل عن ابن زرب، فحاصله عدم المطابقة، وإلغاء وصف لا ينبغي إلغاؤه (2).

(1) قوله: (وسم) ساقط من (ع).

(2) المشدالي: مسألة ابن زرب ذكرها ابن سهل في كتاب الحبس، ونصّه: وكتب القاضي أبو بكر بن السليم إلى القاضي أبي بكر بن زرب في رجل من أهل الثغر على فرس موسوم في فخذة حبس لله، فرفع إليه، فلما كشف عن ذلك قال: اشتريته ببلاد البربر فلما أتيت سجلها سئمت أن أغرم عليه أو ينزع مني فوسمته بهذا رجاء أن يطلق لي. فكتب إليه: إن لم يعرف ملكه لهذا الفرس قبل هذه السمة، ولا أقام بينة بما ادعاه، فَحُلْ بينه وبينه، وامضه في سبيل الله على ما ظهر من وسمه، ولا يصدق على هذا إلا بينة.

المشدالي: وفي كتاب الحبس من جامع الأحكام ابن الحاج - في فرس محبس في فخذة حبس لله أخذه العدو ثم غنمه المسلمون وقوم بدنانير - فأفتى ابن رشد بأنه يأخذه بقيمته كما لو لم يكن محبساً، ويحتمل أن يأخذه بلا ثمن لنص الرواية أنه لا يقسم، فصار كعبد أعتق ثم سبي فأخذه المسلمون، فلا شيء فيه، كالحر. وقال ابن عات - فيمن وجد رجلاً يبيع فرساً حبساً، فقال: إنها وسمته مخافة العمال لأستدفعهم بذلك ولم أحبسّه، وعُرف ذلك من ناحية الناس - حلف وأطلق على بيعه إذا زعم أنه لم يرد به الحبس.

البرزلي: ما ذكره ابن سهل خلاف هذا، إلا أن يكون معناه لم تثبت فيه عادة. المشدالي: وذكر برهان الدين في تبصرة الحكام في الباب السبعين منه عن طرر أبي

ومن وهب لرجل لحم شاة ولآخر جلدها، فغفل عنها حتى نتجت
فالتجاج لصاحب اللحم وعليه، مثل الجلد، أو قيمته لصاحب الجلد،
وليس لصاحب الجلد قيمة جلد الولد ولا مثله⁽¹⁾.

قوله: (فالتجاج لصاحب اللحم). [46/ب]

لأنه لا يجبر على الذبح، فهو أقوى، ويقوم منه أن من اشترى شجرة على

الحسن الطنجي على التهذيب أن ما غنمه المسلمون من مال المشركين فوجدوا في
الغنيمة فرساً عليه موسوم حبس لله، وكذلك غيرها مما عليه علامة الحبس.
قال سحنون: يبقى حساً في السبيل، وفيه خلاف، والمعول في ذلك على القرائن، فإن
قويت حكم بها، وإن ضعفت لم يلتفت إليها، وإن توسّطت توقف فيها، وكشف
عنها، وسلك طريق الاحتياط، هذا كله ما لم يعارضه معارض، فإن عارض ذلك
شيء نظر فيه. اهـ.

المشدالي: وذكر أيضاً في الباب المذكور مسألة ذكرها بعض الحنابلة وهي جارية على
قواعد المذهب.

قال: فإن قيل: ما تقولون في كتب العلم يوجد على ظهورها وحواشيها كتابة الوقف،
هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفاً بذلك؟

قيل: هذا يختلف باختلاف القرائن، فإن رأينا كتباً مودعة في خزانة في مدرسة وعليها
كتابة الوقف، وقد مضى لها مدة طويلة كذلك، وقد اشتهرت بذلك، لم يشك في أنها
وقف، وحكمها حكم المدرسة في الوقفية، فإن انقطعت كتبها أو فقدت ثم وجدت
وعليها تلك الوقفية، وشهرة كتب المدرسة في الوقفية معلومة؛ فيكفي في ذلك
الاستفاضة، فإن الوقف يثبت بالاستفاضة ويثبت بالسماع، ويثبت مصرفه بذلك.

وأما إذا رأينا كتاباً لا نعلم مقرّه ولا نعرف من كتبه عليه الوقفية، فهذا يجب التوقف
في أمره حتى يتبين حاله، وهو عيب يجب به الرد للمشتري. والله أعلم.

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 404/3.

القطع لقطع فلم يقلعها حتى أثمرت؛ أن الثمرة للمشتري، وعليه كراء الأرض، ولو اشترى أغصانها، فلم يقطعها حتى أثمرت، فالثمرة له أيضاً وعليه كراء الأصل لربه.

قلت: والمسألة في سماع عيسى من البيوع⁽¹⁾.

(1) المشدالي: هي في آخر رسم أسلم منه.

قال ابن رشد: وفي قوله: (إن الثمرة لمشتري الشجرة) دليل على أن قطعها عليه؛ إذ لو كان على البائع لكان ضمانها منه والثمره له، وذلك معارض لما في رسم (سلف) من سماع ابن القاسم، في مسألة الضمان يباع صوفها، وقد سبق استيفاؤه هناك.

وإذا كانت الثمرة للمشتري فعليه للبائع أجر سقيها وعلاجها - قاله ابن القاسم - وعليه أيضاً كراء مواضعها من الأرض إن كان غائباً باتفاق، وإن حضر فعلى اختلاف؛ إذ قد قيل: "يخلف إن كان حاضراً ويستحق الكراء"، وهو قول عيسى في رسم (القطعان) من الشركة.

وقال ابن عبدوس: إن اشترط البائع الأغصان فالثمرة له، وإن لم يشترطها ووقع البيع مبهماً فذلك للمبتاع.

وقال سعيد بن حسان: ويلزم على قياس ما قلناه أن يكون عليه لمشتري الشجرة كراء العمود إن كان غائباً، وإن كان حاضراً فعلى ما ذكرنا من الخلاف.

وقد قال ابن لبابة على قياس ما قلناه: ولو اشترى عمود الزيتون واشترى آخر الفروع، ثم تأخر قطعها حتى أثمرت، فإن الثمرة لصاحب الفروع وعليه كراء العمود، وعلى رب العمود كراء الأرض، وذلك إذا كان صاحب العمود والأرض غائبين، فإن كان رب الأرض غائباً دون رب العمود، لم يكن له كراء، وكان لرب الأرض كراؤها على رب العمود.

وقد روي عن سحنون أنه قال في مسألة الشجرة تُشترى على القطع فتثمر قبل ذلك: إن الضمان على البائع؛ فالغلة له.

قال مالك: ومن اختلط دينار مع مائة دينار لغيره، ثم ضاع من الجملة دينار فهما فيه شريكان، صاحب الدينار بجزء من مائة وجزء، وصاحب المائة دينار بمائة جزء من مائة جزء وجزء. وقال ابن أبي سلمة وابن القاسم: لصاحب المائة الدينار تسعة وتسعون، ويقسمان الدينار الباقي نصفين (1).

قوله: (ومن اختلط دينار... المسألة).

ابن سهل: وكذا الشاة تختلط بغنم رجل فتنبهم.

قلت: وفي سماع عيسى - في رجل استودع ثلاثين ديناراً، وبين يديه مثلها فيجعلها قرب التي بين يديه فيذهب منها عشرة دنانير، ولا يدري من أيهما ذهبت - قال: عليه أن يدفع إلى المستودع ثلاثين تامةً.

ابن رشد: جوابه هذا إنما يأتي على قول من قال في رجل قال هذه المائة وديعة لفلان، أو فلان إنه يغرم مائتين.

وأما على قول من قال: يتحالفان ويقسمان المائة، فيأتي على قياس قوله في هذه المسألة إن ادعى المستودع الثلاثين التي لم يذهب منها شيء؛ حلف وأخذها.

انظر تمامه (2).

وفي سماع يحيى - فيمن له لنفسه عشرة دنانير، فيدفع إليه رجل (3) دنانير

وذلك يدل على ما ذكرناه من معارضتها لمسألة الضأن. وبالله التوفيق.

(1) التهذيب: 404/3-405.

(2) المشدالي: قد ذكرناها بكما لها في كتاب الوديعة من مختصر البيان.

(3) في (ع): (الرجل).

وديعة، فيذهب منها دينار - كيف يكون ضمانه عليها؟

قال: يأخذ رب العشرة تسعة، ويقتسمان العاشر، والذاهب بينهما نصفين.

ابن رشد: هذا مثل ما في صناعاتها وغيرها.

انظر تمامه (1).

قلت: وفي نوازل سحنون - فيمن تسلف من رجل دراهم، ومن آخر

دراهم، فخلطها فوجد فيها زيوفاً أو نقصاً، ولا يدري من أي الدراهم هي -

قال مالك: لا يرد عليها إلا طيباً، ويحلفان أنهما لم يعطيا إلا جيداً.

ابن رشد: معناه: يحل ف كل واحد منهم على العلم لا على البت.

انظره (2).

قلت: وفي الغاز ابن فرحون في رجل اقتضى من رجلين أربعة وعشرين

درهماً، من أحدهما ستة عشر، ومن الآخر ثمانية، فخلطها فوجد فيها إحدى

وعشرين درهماً زيوفاً فردها عليهما، كيف صفة تراجعها فيها؟

الجواب: قال: صاحب الثمانية: يقول لصاحب الستة عشر: هب أن

الثمانية التي لي زيوفاً، أليس قد بقي ثلاثة عشر، فهي منك بلا شك، ويقول له

صاحب الستة عشر: هب أن الستة عشر التي لي كلها زيوفاً، أليس خمسة عندك

بلا شك، فيكون على صاحب الستة عشر بدل ثلاثة عشر التي لا شك فيها،

وعلى صاحب الثمانية الخمسة التي لا شك فيها، يبقى من الزيوف ثلاثة

يتنازعان فيها ودعواهما مستوية، فتقسم بينهما بعد أيانها، فيغرم صاحب

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 300/15، 301.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 215/7.

السته عشر أربعة عشر ونصف، وصاحب الثمانية ستة ونصف.
ذكر هذا المسألة أبو القاسم ابن مشكان تلميذ الإمام المازري.

ولا يحكم الإمام بين أهل الذمة في تعاملهم بالربا وشبهه، ولكن من امتنع منهم من دفع ثمن أو مضمون في البيع حكم بينهم فيه، لأن هذا من التظالم. ولا يعرض لهم فيما يجري بينهم من فساد بيع أو سلف، إلا أن يتحاكموا إليه، فيكون الإمام مخيراً، إن شاء حكم أو ترك. قال مالك: وترك الحكم بينهم في ذلك أحب إلي، فإن حكم بينهم يحكم بحكم الإسلام، والذين حكم النبي ﷺ فيهم بالرجم لم يكونوا أهل ذمة⁽¹⁾.

قوله: (واللذان حكم النبي ﷺ...) المسألة.

قال بعض المغاربة: هذا اعتذار عن سؤال مقدر.

فقال ابن بطلال: كأنه قيل: لم حكم بحكم الإسلام، والنبي صلى اله عليه

وسلم إنما حكم بحكم التوراة؟

فقال: (اللذان...) إلى آخره.

قلت: وقال بعض المشاركة: هذا انفصال عن اعتراض؛ كأنه قيل: إن

ذلك ليس من حكم الإسلام؛ لأنه لا بد في الرجم في الإسلام من الإحصان،

والكافر ليس بمحصن.

فقال: إنما هذان من أهل الحرب فقتل النبي ﷺ لهما من باب الحراية لا

من باب الحد؛ إذ شرطه الإحصان. والمحارب يُقتل بما قرّر عليه.

(1) التهذيب: 406/3.

قال مالك رحمته الله: ومن اعترفت من يده دابة، وقضي عليه، فله وضع قيمتها بيد عدل، ويخرج بها إلى بلد البائع منه لتشهد البيعة على عينها⁽¹⁾.

قوله: (ومن اعترفت من يده دابة... المسألة).

قال بعضهم: أول ما يحكم به القاضي للمستحق أن يكلفه بإقامة بيعة أن هذه الدابة لفلان، وأنها ملك من أملاكه، وأنهم يعلمونه ما باع ولا وهب ولا خرجت عن ملكه بوجه، ثم لا يحلف المستحق يمين القضاء حتى يعذر إلى المحكوم عليه في البيعة.

لأنه إذا حلف قبل الإعذار، فقد يجرحهم فتذهب يمينه بلا فائدة، وهذا بعد أن يقال للمحكوم عليه: أنت مخير بين أن تسلم للمستحق شئيه، وتتبع البائع منك، أو تجرح البيعة ثم لا يقضى لك باتباع البائع إذا غلبت وجحدت. وفي هذه المسألة إذا عجز المستحق من يده عن الدفع في البيعة قولان:

قيل: لا يتبع البائع.

وقيل: يتبعه.

والعمل اليوم أنه لا يتبع البائع إذا عرض عليه البيعة، وحلف المستحق يمين القضاء، ثم يحكم له بها.

قلت: قال ابن رشد في سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: الشهادة على الملك على القطع⁽²⁾.

(1) التهذيب: 407/3.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 155/11.

وزاد المشدالي بعده: اختلف الشيوخ؛ هل يقطع بملك الأشياء المعينة؟ أو لا؟

قال مالك: ومن اعترفت من يده دابة وقضي عليه، فله وضع قيمتها بيد عدل، ويخرج بها إلى بلد البائع منه لتشهد البينة على عينها⁽¹⁾.

قوله: (وله وضع قيمتها بيد عدل).

قال بعضهم: وجري عمل⁽²⁾ القضاة أنهم يسمون العَدْل الذي توضع القيمة على يديه، وكان الأصل أن يحمل المستحق متاعه معه، ويطلب الآخر ثمنه ممن باع منه، إلا أنه عَدَّر المستحق من يده؛ لئلا يخسر الثمن، فجعل على المستحق من يده الضمان لشيء المستحق عدلاً بين المستحق والمستحق منه.

قلت: وفي أحكام ابن سهل ما حاصله فيمن اعترف دابة، فحكم له بها ثم حكم للذي كانت بيده على بائعها منه، ثم حكم لذلك البائع على من باعها منه، وذلك كله في مجلس واحد لإقرارهم به، فأراد المحكوم عليه أخيراً أن

فمنهم من قال: لا يقطع بملك شيء من الأشياء المعينة.
ومنهم من قال: قد يقطع بها كاصطياد دواب البحر، والاصطياد من الشَّعْرَاء البعيدة عن العمران، واصطياد بعض الدواب الوحشية.
ومنهم من طعن في هذا الاحتمال بأن يسبق على ما صيد في البر أو البحر ملك وانفلت، فقد قيل: إنه للأول على كل حال، وكذلك الاحتطاب قد يكون سبق في ذلك الموضع إحياء، وإن رجع شَعْرَاء كما كان أول مرة فقد قيل: إنه للأول بكل حال.

وأجيب: بأن هذا نادر أو محال عادة فلا يقدر.

المشدالي: انظر المازري، والشيخ في الشهادات، وجامع الأحكام في مسائل الغصب والاستحقاق.

(1) التهذيب: 407/3.

(2) في (ش): (على).

يضع قيمة الدابة لمستحقها، ويطلب بها حقه ممن باعها منه فله ذلك، وليس للمحكوم له بها أن يقول: لا معاملة بيني وبينك.

قلت: وهو ظاهر المدونة بعد فهمه؛ لأن ظاهرها ولو تكرر.

قوله: (ويخرج بها إلى بلد البائع).

ظاهره قُرب البلد أو بعد، وظاهر هذا أنه لا تستحق بالصفة، وليس كذلك على مذهب ابن القاسم.

وإنما قال: (يُخْرَجُ بها)؛ لأنه أكمل، إذ ليس كل أحد يضبط الصفة.

قلتُ: وما أشار إليه ابن هارون أحسن.

قال ما نصُّه: إن قلت: إذا كان الحكم بالصفة عند ابن القاسم جائزاً، فلم

أجاز للمستحق منه الذهاب بها إلى بلد البائع لتشهد البينة على عينها!

وكان يجب على أصله أن يقضى له على بائعه برد الثمن إذا شهدت البينة

له، أن الأمة التي باع له موافقة لما في كتاب القاضي من الصفة.

قلت: يحتمل أنه إنما جَوَّز له الذهاب بها لبلد البائع؛ لأن قاضيَه قد يكون

ممن عين الحكم بالصفة.





فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

7	كتاب العتق الأول
49	كتاب العتق الثاني
75	كتاب المدبر
81	كتاب المكاتب
101	كتاب أمهات الأولاد
127	كتاب الولاء
155	كتاب السلم الأول
173	كتاب السلم الثاني
207	كتاب السلم الثالث
245	كتاب الصرف
277	كتاب بيوع الآجال
303	كتاب البيوع الفاسدة
331	كتاب الخيار
361	كتاب المرابحة
373	كتاب الوكالات
391	كتاب بيع الغرر
413	كتاب العرايا
421	كتاب التجارة بأرض الحرب
451	كتاب العيوب
485	كتاب الاستبراء

- 495 كتاب الصلح
- 517 كتاب الجوائح
- 523 كتاب الجعل والإجارة
- 555 كتاب الصناعات
- 573 فهرس الموضوعات



تَعْلِيْقَاتُ الْوَالِدِ مُحَمَّدٍ

عَلَى

تَهْذِيْبِ الْمُدَوَّنَةِ

لَهَا

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوشي التونسي المالكي

المتوفى سنة 819هـ

وبها مشها

تَكْمِلَةُ التَّعْلِيْقَةِ

لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشدالي

المتوفى سنة 866هـ

مُحَقِّقٌ

د. حافظ بن عبد الرحمن خير

د. أحمد بن عبد الكريم نجيب

المجلد الثالث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تَعْلِيْقَاتُ الْوَالِدِ مُحَمَّدٍ

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
1435هـ / 2014م

طبع على نفقة
سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم
ولي عهد دبي

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-796-2



كتاب الرواحل

كتاب الرواحل

وكراء الدواب على وجهين: مضمون في ذمة، أو في دابة بعينها، فالدابة المعنية إن هلكت انفسخ الكراء، ولا يأتي بغيرها، إلا أن يشترط البلاغ وهو المضمون، فإن اشترط في المعنية إن ماتت أتاه بغيرها، لم يجز⁽¹⁾.

قوله: (وإن اشترط في المعنية إن ماتت أتاه بغيرها؛ لم يجز).

قلت: ظاهر المدونة: لا يجوز؛ سواء تقدم أم لا.

وقيدَها ابن رشد في سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة.

قال ما نصُّه:

قوله - في اشتراط الداخل على رب الحائط الغلام، أو الدابة - إن ذلك لا بأس به، يدل أنه لا يجوز إلا بشرط الخلف.

وقد اعترض بعض أهل [47/أ] النظر جواز اشتراط الخلف في الدابة، والغلام المعينين، وذهب إلى أنه لا يجوز، كما⁽²⁾ لا يجوز اشتراط خلف الدابة المعنية إذا اكرت.

وليس هذا الاعتراض بصحيح؛ لأن الدابة المعنية إنما لا يجوز اشتراط الخلف فيها إذا نقد الكراء؛ لأنه يصير فسخ دين في دين، وأما إذا لم ينقد فذلك جائز، والدابة المشترطة على رب الحائط في المساقاة في حكم ما اكرت ولم ينقد

(1) التهذيب: 435/3.

(2) في (ش): (ما).

كراءه؛ إذ ليس لها في المساقاة في حكم ما اكرى ولم ينقد كراءه؛ إذ ليس لها في المساقاة (1) كراءً معلوم؛ لأن العوض (2) فيها (3) مجهول (4).

قلت: فأنت ترى كيف صرح بتقيدها (5).

ولم ينقل المغربي هذا الكلام على هذا المعنى، ونقله قبل هذا.

وقال: هل لهما أن يتراضيا على غيرها؟ جاز إن لم ينقد (6)، وهو كراء مبتدأ،

ولا يجوز إن نقد (7)؛ لأنه فسخ دين في دين، إلا إذا كان ذلك في مفازة، وحيث لا يجد الكراء، فيجوز للضرورة.

قال ابن حبيب: كما يجوز للمضطر أكل الميتة.

وحمله الشيوخ على التفسير لمذهب ابن القاسم (8).

قلت: لا يحتاج لحمل الشيوخ على التفسير؛ وقد نقله ابن رشد صريحاً عن

ابن القاسم.

انظره في رسم (أسلم) من سماع عيسى من البيوع، وقد علقناه في

(1) قوله: (في حكم ما اكرى، ولم ينقد ... المساقاة) ساقط من (ع).

(2) في مطبوع البيان والتحصيل، لابن رشد: (العرض).

(3) في (ش): (بها).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 140/12، 141.

(5) في (ع): (بسدها).

(6) في (ع): (ينتقد).

(7) في (ش): (ينقد).

(8) انظر: المقدمات الممهدة، لابن رشد: 451/1.

الآجال(1).

ومن اكرى راحلةً بعينها على أن يركبها إلى اليوم واليومين وما قرب؛
جاز ذلك، وجاز فيه النقد، وإن كان الركوب إلى شهر أو شهرين؛ جاز
ما لم ينقده، وقال غيره: لا يجوز(2).

قوله: (وما قرب جاز).

انظر: ما حدُّ القرب؟

ابن رشد: قال مالك: العشرة أيام ونحوها.

ابن القاسم: لا يعجبني إلى عشرة ونحوها.

يريد: إذا نقد، وهذا إذا كانت الراحلة حاضرةً، وأما إن كانت غائبة فلا

يجوز تعجيل النقد؛ لأن النقد لا يصح في شراء الغائب(3).

وقد أجاز مالك تأخير الكيل اليوم واليومين للمشتري من صبرة معينة،
ورأى في المشتري إن لم يأت بالثمن إلى أيام فلا بيع، له انفاذ البيع
وسقوط الشرط، عجل النقد أو أخره، ويقضى عليه بالنقد(4).

قوله: (وقد أجاز مالك تأخير الكيل... المسألة).

ظاهره من غير كراهية، وظاهره لعذر أم لا، فيقيده ما قبله، استدل به على

(1) المشدالي: قد تقدم في الآجال ما ذكرناه من ذلك عن النوادر فانظره.

(2) التهذيب: 3/436.

(3) المقدمات الممهدة: 1/450.

(4) التهذيب: 3/439.

قوله: (لا أفسخ)، واستدل بقوله: (إن لم يأت) على مسألة التأخير لعذر؛ من ركوب أو غيره.

فانظر: كيف يصح هذا الاستدلال؟

لأنه استدل بالجواز على الكراهة، واستدل بالكراهة على الجواز.

قلت: استدل بأمرين على أمرين؛ استدل بالتأخير على جواز التأخير لعذر، فإن قلنا بظاهر المدونة، ولم نقيدها بالتي قبلها، فيكون الاستدلال أحرورياً؛ لأنه إذا كانت مسألة تأخير الكيل جائزة، ولو لغير عذر ولا كراهة، فأحرى في المستدل عليها لعذر.

وإن قلنا بتقييدها معناها لعذر، فقد استدل بالجواز على الجواز في صورتين؛ وهو واضح.

واستدل بمسألة: (إن لم يأت) على الشق الثاني إن كان لغير عذر.

قال فيه: لا يفسخ البيع كما ينفذ البيع في مسألة الدليل، فاستقام الاستدلال، وليس فيه استدلال بالجواز على الكراهة، ولا بكراهة على الجواز.

ولا بأس أن يؤاجر الحر أو العبد أجلاً معلوماً بطعامه في الأجل، أو بكسوته فيه، وكذلك إن كان مع الكسوة أو الطعام دنانير، أو دراهم، أو عروض بعينها؛ جاز ذلك إذا كانت العروض معجلة، وإن كانت عروضاً مضمونة بغير عينها؛ جاز تأخيرها إن ضرباً لذلك أجلاً⁽¹⁾.

قوله: (ولا بأس أن يؤاجر الحر أو العبد بطعامه أو كسوته).

القابسي: انظر هل عليه أن يرد ما عليه من الكسوة إذا انقضت الإجازة كالفراض؟

ينبغي أن يكون كمن باع عرضاً بعرض فاستحق أحدهما.

وقد علمت ما في قذفها ونكاحها من هذا المعنى (1).

وكلام الشيوخ في لزوم الكسوة والنفقة معلوم (2).

وفي سماع سحنون من كتاب الجعل فيمن دفع لرجل فرساً على أن يعلفه

سنةً بستة دنانير، هل يجوز ذلك؟

قال: لا بأس به في الفرس وفي العبد يعطيه سيده رجلاً على أن يكفیه

عولته من عنده سنة بكذا وكذا؛ فذلك جائز.

ابن رشد: هذا صحيح على ما في المدونة من إجازة كراء الدابة بعلفها،

والأجير بطعامه، واستغنى فيه عن الوصف بالعرف (3).

وفي سماع أشهب من الرواحل - فيمن يتكارى دابة لمكة في كل يوم

بدرهم - قال: ما هذا من بيوع الناس.

قال: لعله سيمكث بذلك شهرين، ولو ضرب لذلك أجلاً لم يكن به

بأس.

(1) المشدالي: أشار إلى مسألة (من دفع إلى زوجته نفقة سنة وكسوتها، ثم مات أحدهما

بعد يوم أو يومين أو شهر أو شهرين).

انظرها أوائل القذف، وانظر الشيخ هناك.

(2) المشدالي: قد تقدم مستوفى في محله من هذا التقييد.

(3) انظر: البيان والتحصيل: لابن رشد: 493/8، 494.

قيل للمالك: لو قال: أتكارها منك شهراً كل يوم بدرهم.
قال: لا بأس بذلك.

ابن رشد: أما إن تكارها شهراً كل يوم بدرهم؛ فلا يجوز ذلك هنا، وأما إذا اكترها منه إلى مكة كل يوم بدرهم؛ فمنعه هنا.

وأجاز في المدونة كراء الراحلة بعلفها إلى موضع، وذلك اختلاف من القول، إذ لا فرق بين المسألتين؛ لأنه إذا أبطأ في السير كثر عليه العلف، وإن عجل فيه قل العلف، فآل⁽¹⁾ ذلك إلى الجهل بمبلغ الكراء.

ولو اكترى منه الدابة بعلفها إلى مكة، أو كل يوم بدرهم - أسرع في السير أم أبطأ - فيه لم يجز اتفاقاً.

فالخلاف إنما هو إذا وقع الكراء مبهماً دون بيان، فحمله⁽²⁾ في هذه الرواية على الظاهر من الوصول إلى مكة قرب أم بعد فمنعه، وحمله في المدونة على الوصول على السير المتعارف فأجازه⁽³⁾.

قوله: (جاز إذا ضرباً لذلك أجلاً).

زاد ابن يونس: (كأجل السلم)، فهذا نص أن المنافع رأس مال السلم، وكذا العدة بطعام مضمون.

(1) في (ش): (مأل).

(2) في (ع): (فحمله).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 102/9، 103.

ومن أكرى إبله بطعام مضمون ولم يضرب له أجلاً، ولا ذكر موضع قبضه، فإن لم يكن للناس في ذلك سنةٌ معروفة، لم يجوز، إلا أن يتراضوا على أمر جائز⁽¹⁾.

قوله: (وإن لم يكن للناس سنةٌ معروفة).

مفهومة: لو كانت لجاز، فيقوم منه مثل ما روى ابن أبي جعفر عن ابن القاسم فيمن أسلم في شيء، ولم يضرب أجلاً ولهم وقت معروف يقبض فيه، جاز.

قالوا: وهذا إذا كان العرف تأخير هذا إلى مثل أجل السلم، وأما إن كان العرف النقد، أو لا عرفَ لم يجوز؛ لأنه سلمٌ حالٌّ⁽²⁾.
نَبَّهَ عَلَيْهِ فَضَّلُ.

وقوله: (إلا أن يتراضوا).

يريد: بعد فسخ الأول، والأمر الجائز أن يضرباً أجلاً كأجل السلم، أو غير ذلك مما يجوز.

الشيخ: ليس في كتيب⁽³⁾: (من ذي قِبَلٍ)، ومعناه: في المستقبل.

وكل من ركب أو حُمِلَ في كراء فاسد فعليه كراء المثل⁽⁴⁾.

قوله: (كل من ركب... المسألة).

(1) التهذيب: 443/3.

(2) قوله: (حال) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (كتابي).

(4) التهذيب: 443/3-444.

هكذا أطلق في مواضع، وقيدَه في الدور، فقال: (إذا قبض لزمه الكراء ولو لم ينتفع بها).

ومن اكرى من رجل على حمولة إلى بلد، فليس له صرفها إلى غير البلد الذي اكرى إليه - وإن ساواه في المسافة والصعوبة والسهولة - إلا بإذن الكري، ولم يُجزه غيره وإن رضياً؛ لأنه فسخ دين في دين، إلا بعد صحة الإقالة⁽¹⁾.

قوله: (فليس له صرفها...) المسألة.

قلت: تقرير الإشكال أن يقال: إنه جعل الإذن شرطاً في الجواز.

فقول: تساوي المسافتين إما أن يستلزم الدين بالدين، فيلزم المنع ولو وقع الإذن، ضرورة عدم تأثير الإذن في إجازة الممتنع، أو لا يستلزم فيلزم الجواز ولو لم يأذن، كمسألة الجعل التي أشار إليها ابن أبي زمنين وأنها معارضة لها⁽²⁾.

(1) التهذيب: 447/3.

(2) المشدالي: مسألة الجعل التي عارض بها ابن أبي زمنين هي قوله في كتاب الجعل: (ومن استأجر عبداً للخدمة جاز أن يؤجره في مثل ذلك)، فإن ظاهره أن ذلك جائز سواء رضي العبد بذلك أم لا، وذلك خلاف شرطه الإذن هنا، فإن انتقاله لطريق مساواته للأولى كانتقاله لعمل آخر، فإما أن يشترط الإذن ففيهما وإلا فلا فيها. المشدالي: وفي رسم (الصدقة والأحباس) من سماع أصبغ من التفليس: قال مالك - فيمن استأجر أجيراً يستجره - : لا بأس به.

ابن رشد: هذا صحيحٌ؛ ومعناه: إذا كان ما استأجره فيه من نحو العمل الذي استأجره فيه فيجوز إذا رضي الأجير على ما في رواحل المدونة في (من اكرى دابة إلى

فإن قيل: ما الفرق بين حمله غير ما سمى صرح به بعد أنه يجوز، وظاهر هذه⁽¹⁾ أنه يسوغ له ذلك ابتداء لا بعد الوقوع وبين المسافة لا يسوغ [47/ب] له صرفها ولو تساوى.

قلت - وصوبه شيخنا أبو عبد الله - : قد قرّر في المدونة أن اختلاف البلدان بمنزلة الآجال، واختلاف الأماكن كذلك، كما لو أكرى له أن يسير يوماً فسار يومين، بخلاف اختلاف الشيء المحمول، فكأنه اختلاف في صفة وهو خفيف⁽²⁾.

وفي سماع سحنون عن عليّ بن زياد - فيمن استعار دابة لبلد، فركبها لغيره فعطبت - إن ركبها لمثل البلد الأول في السهولة، والحزونة لم يضمها. ابن رشد: قوله لم يضم⁽³⁾ يدلُّ على أنه غير متعدّد في ركوبها لغير ذلك البلد إذا كان مثله في السهولة، وأنَّ له أن يفعل ذلك ابتداءً. ولا بن القاسم في المبسوطة أنه يضم.

وهو الذي يأتي على ما في رواحلها أنه (ليس له صرفها...) المسألة. ويأتي على رواية عليّ هذه أن من اكرى دابة لبلد، أن له أن يركبها لبلد

بلد ليس له صرفها إلى آخر إلا برضى المكري)، وقيل: له ذلك وإن كره الكري إذا كان مثله، وهو قول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من الجعل. وقال غيره في رواحل المدونة: (لا يجوز ولو رضي)، فهذه الثلاثة تدخل تحت هذه المسألة.

(1) قوله: (وظاهر هذه) يقابله في (ع): (وظاهره).

(2) المشدالي: فيه نظر.

(3) قوله: (لم يضم) يقابله في (ع): (لا ضمان).

آخر مثل الأول(1).

وإن اكتراها يوماً فحبسها أياماً أو شهراً وردها بحالها، فلربها كراء اليوم، والخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي، أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل، أو قيمة حبسه إياها بغير عمل ما بلغ ذلك، وإن لم تتغير(2).

قوله: (فحبسها أياماً أو شهراً).

القابسي: انظر: قال هنا: (إذا حبسها شهراً فعليه قيمتها، وإن لم تتغير في يده).

وقال في الغاصب إذا أتى بالدابة على حالها: (لم يضمن)، فجعل غضب المنافع أشد من غضب الرقبة، ولعله يرى أن المكتري مؤتمن على الدابة فشد عليه؛ لئلا يتطرق الناس إلى ما في أمانتهم فيتعدوا عليه.

وإذا بلغ المكتري الغاية التي اكترى إليها ثم زاد ميلاً ونحوه، فعطبت الدابة، فلربها كراؤه الأول، والخيار في أخذ قيمة كراء الميل الزائد ما بلغ، أو قيمة الدابة يوم التعدي(3).

قوله: (ثم زاد ميلاً).

يعارضها مسألة الأسواط؛ إذ في كل منها زيادة في المقدار المنفصل غير

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 333/15، 334.

(2) التهذيب: 448/3-449.

(3) التهذيب: 448/3.

مأذون فيها فضمنه هنا، ولم يعتبر هل الهلاك من الزائد فقط أو من المجموع؟

وقال في مسألة الأسواط: (إن زاد ما أعان على موته ضمن).

ولم يُجِب شيخنا أبو عبد الله محمد بن عرفة بشيء، واعترف بورود المعارضة.

ومن اكرتري دابة من مصر إلى برقة ذاهباً وراجعاً إلى مصر، فتمادى إلى إفريقية وعاد إلى مصر، فرب الدابة مخير في أخذ قيمة كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهباً، وراجعاً إلى برقة ما بلغ مع كرائه الأول، أو نصف الكراء الأول، مع قيمتها ببرقة يوم التعدي، ردها بحالها أو تغير حالها؛ لأن سوقها قد تغير، وقد حبسها المكترري عن نفعه بها وعن أسواقها⁽¹⁾.

قوله: (وقد حبسها المكترري عن نفعه).

ونحوه في الوديعة.

قلت: لا يبعد أن يؤخذ من هذه المسألة أن الوصي إذا عطل رُبْع اليتيم عن الكراء - مع إمكانه - أنه يغرمه؛ لتناول هذا التعليل له⁽²⁾.

المتيطي: لو ترك المرتهن كراء الدار، ولم يكرها حتى حلَّ الأجل، ولكرائها خطب⁽³⁾ وقدر.

(1) التهذيب: 450/3.

(2) المشدالي: انظر الأول من ابن سهل في مسألة إهمال الوصي رُبْع اليتيم ففيه كفاية.

(3) في الوثائق، لابن سلمون: (خطر).

قال أصبغ: لا شيء عليه⁽¹⁾.

فَصُلُّ: هذا أصل ابن القاسم.

ابن الماجشون: يضمن كراء مثلها من يوم ارتهنها؛ لأنه تعمد إخلاءها، ما لم يكن الراهن عالماً بذلك؛ لأنه رضي بذلك⁽²⁾.

ابن سهل: لو ترك الوكيل جنات محجوره، وكرومه وأرضه، وأهمل عمارتها حتى تبورت وييست، فعليه قيمة ما نقص بتضييعه، كمن دفعت إليه دابة وعلفها.

ولو قيل له: اعلفها واسقها حتى أرجع من سفري، فتركها بلا علف حتى ماتت ضمنها⁽³⁾.

قلت: ونقل أبو إبراهيم عن النوادر: لا ضمان عليه في الدابة، وأنه من باب الغرور بالقول⁽⁴⁾.

(1) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 226/2.

(2) انظر نفس الموضوع في المصدر السابق.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 125.

(4) المشدالي: الذي حكاه في النوادر عن كتاب محمد في أواخر كتاب الغصب مثل ما ذكر ابن سهل.

قال ما نصّه: ولو دفع إليه علفاً، فقال: اعلف به حماري هذا أياماً - سَمَّهَا - حتى أقدم من سفري، وسلم إليه الحمار، فتركه بلا علف حتى مات؛ لكان ضامناً، وأما لو قال: اسق دابتي أو اعلفها، فقال: "قد فعلت"، ولم يفعل حتى ماتت الدابة جوعاً وعطشاً؛ لم يضمن، وكذلك في كل ما يقول فيه: "قد فعلت" ولم يفعل، وإن أقر بالتعمد لأنه لم يدفعا إليه، وكأنه قال له: "قد سقاها فلان". اهـ.

فانظر! إنما ذكر عدم الضمان حيث لم يُسَلِّمها إلى المأمور بل بمحض الغرور بالقول،

قلت: قال ابن هشام: سئل يحيى بن عمر عن أعطى أرضه لرجل بنصف، فعطلها وتركها بوراً حتى فات زمانها، هل على المناصف كراء نصف الأرض؟

فقال: لا أرى عليه شيئاً في مثل هذا، وما أراه إلا آثماً فيما خدع به صاحب الأرض.

قلت: وقال في الطرر عن محمد - فيمن حبس وثيقة عنده بحق لرجل، فلم يدفعها له حتى مات، أو افتقر صاحبها - : ضمن ما فيها.

وإذا اختلف المتكاريان قبل الركوب، أو بعد مسير لا ضرر في رجوعه، فقال المكري: أكريتك إلى برقة بمائة، وقال المكتري: إنما اكرتت منك إلى إفريقية بمائة، تحالفاً وتفاسخاً نقد الكراء، أو لم ينقده⁽¹⁾.

وأما إذا أسلمها إليه ودفع إليه علفها فلم أر في النوادر وغيره في ذلك إلا الضمان، كما أشار إليه ابن سهل رحمته.

وانظر: الشيخ، في (حريم البئر) في المرأة تترك رضاع ولدها حتى مات عطشاً. وانظر مسألة الزوج يترك زوجته بغير إنفاق في السنة الشديدة - حيث لا ولي يكفلها، ولا حاكم يحكم عليه بالإنفاق عليها - حتى ماتت جوعاً، فسئل عنها شيخ شيوخنا الشيخ الفقيه الصالح أبو زيد عبد الرحمن الوغليسي: هل يحكم على الزوج من أجل ذلك بحكم قاتل العمدة فلا يرثها مطلقاً؟ أو بحكم قاتل الخطأ فيرث من المال دون الدية؟

فأجاب: إن علم أنه قادر على نفقتها، ولا تجد من يطعمها، فهو ضامنٌ، ولا يرث من مالها شيئاً.

(1) التهذيب: 451/3.

قوله: (تحالفا وتفاسخا).

ظاهره من غير مراعاة الأشبه، وهو أصل ابن القاسم في اختلاف (1) المتبايعين؛ أنه لا يراعى الأشبه مع قيام السلعة، وهذا الباب كذلك.

وإذا اختلفا في المسافة فقط فقال المكري: إلى برقة - وقد بلغها - وقال المكثري: إلى إفريقية، فإن انتقد الكراء فهو مصدق إن أشبه أن يكون كراء الناس إلى برقة بمائة درهم، ويحلف، وإن لم يشبه إلا قول المكثري كان للجمال حصة مسافة برقة على دعوى المكثري بعد أن يتحالفا، ولا يلزمه التماضي (2).

قوله: (لا يلزمه التماضي).

لأن ما بقي كسلعة قائمة بيد المبتاع.

وانظر على هذا من اشترى سلعة (3) ثم اختلفا في الثمن، وقد فات بعضها، وبعضها لم يفت.

وكذلك قيام الصناعات بالأجر بحدثان رد المتاع، فإن قبض المتاع ربه، وتناول ذلك؛ فالقول قول رب المتاع، وعليه اليمين (4).

قوله: (وكذلك قيام الصناعات بالأجر بحدثان...) المسألة.

(1) قوله: (في اختلاف) يقابله في (ع): (فاختلف).

(2) التهذيب: 452/3.

(3) في (ش): (سلعة).

(4) التهذيب: 454/3.

نحوه في سماع ابن القاسم من المساقاة - فيمن ساقى رجلاً لستين⁽¹⁾ أو ثلاثاً، فلما فرغ قال رب الحائط: لم يدفع إليّ ثمره - قال مالك: إن كان قد جد، فلا شيء له.

ابن رشد: لأن المساقى مصدق مع يمينه في دفع حظه من الثمرة؛ لأنها في أمانته لا في ذمته كالمودع في ردها، ويحلف العامل قُرب الجد أو بعد⁽²⁾.

وفي سماع أشهب - فيمن طلق زوجته وهي حامل، فأقام أشهراً ثم بارأها على أن عليها رضاع ولدها، فطلبتة بنفقتها لما مضى من الشهور قبل المبارأة - ذلك لها، وأما بعد مبارأتها فإنه يعرف أنه لم يكن تبعها⁽³⁾ الرضاع، ويعطيها هذا.

ابن رشد: أما ما مضى من نفقة حملها قبل المبارأة، فبيّن أن ذلك لها كما قال؛ لأنها قد وجبت لها فلا تسقط إلا بما تسقط به الحقوق الواجبة.

وأما نفقة ما بقي من الحمل بعد المبارأة، فجعلها تبعاً لما التزمت له من رضاعه؛ بما دل على ذلك من العرف والمقصد.

فإن وقع الأمر مسكوتاً عليه فلا شيء لها.

وإن اختلفا صدق الزوج بيمينه.

وهذا نحو⁽⁴⁾ قولهم فيمن أكرى داراً مشاهرةً، أو مساقاةً إن دفع كراء سنة، أو شهر براءةً للدافع مما قبل ذلك.

(1) في (ش): (ستين).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 143/12.

(3) في البيان والتحصيل، لابن رشد: (يمنعها).

(4) في (ش): (الحق).

وكذا لو طلقها وهي حامل، ولم تخالعا فدفع لها نفقة الرضاع لكان ذلك براءة من نفقة الحمل المتقدمة(1).

وإن عجل له الكراء من غير شرط، فلا رجوع له فيه، فإن أراد أحدهما نقد البلد الذي بلغا إليه، وطلب الآخر نقد بلد التعاقد، قُضي بنقد البلد الذي انعقد فيه الكراء(2).

قوله : (قُضي بنقد بلدٍ عقد فيه الكراء).

قال في سماع أشهب من الوصايا - فيمن أوصى لرجل بما يصيب رجلاً

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 251/5، 252.

وزاد المشدالي بعده: ومسألة المبارة ذكرها أيضاً في النوادر - في كتاب العدة والنفقات - على ما أشار إليه في العتبية.

وذكر اللخمي فيمن خالغ امرأته على أنها إن ولدت فعليها نفقته في الحولين؛ فقال مالك في المبسوط: ليس لها أن تطلبه بنفقة الحمل، وقال ابن القاسم وابن الماجشون والمغيرة: لها نفقة الحمل، واختاره اللخمي؛ لأنها حقان أسقطت أحدهما وبقي الآخر.

زاد الباجي في قول مالك: "وليس لها أيضاً أن تطلبه بالصداق"، وكذلك نقل عن المغيرة؛ قال: ووجه قولهما أنها لما لم تشترب بقاء الصداق كان الظاهر إسقاطه؛ لأنه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل، فيتحصل فيها بعد المبارة قولان:

أحدهما: قول مالك في العتبية وفي المبسوط.

والثاني: قول ابن القاسم ومن ذكر معه.

انظر مسألة العتبية في آخر سماع أشهب من التمليك.

(2) التهذيب: 456/3.

من ولده، وهم يومئذ خمسة، فمات بعضهم قبل موت الرجل، والوصية على حالها - : إن للموصي له ما يصيب رجلاً منهم يوم يموت الموصي، فإن ولد له ولد حتى يكون عددهم أكثر من يوم أوصى، فله أيضاً ما يصيب رجلاً، ولو هلكوا إلا واحداً، فهو حينئذ إن أخذ مثل ما يأخذ الرجل الباقي من ولده أخذ أكثر من الثلث.

قال مالك: ليس له (1) ذلك، ولكن له (2) الثلث حينئذ، وإنما ينظر في ذلك يوم يموت الموصي، فيكون له مصابة رجل يوم مات.

ابن رشد: هذا بيّن على ما قال: إنه إذا أوصى بمثل حظ أحد أولاده إن له مثل حظ أحدهم يوم وجوب الوصية له - قلّ عددهم أو أكثر - لا يوم أوصى؛ لأنه لم يوص له بجزء معلوم، ولو أوصى له بجزء معلوم، لكان له ذلك الجزء من ماله يوم وجوب الوصية له بموته، لا ينقص له ولا يزداد، هذا مما (3) لا خلاف فيه لوجهين:

أحدهما: أن القصد من الموصي في ذلك كله مفهوم معلوم.

والثاني: أن الموصي محمول على أنه علم بزيادة ماله [48/أ] ونقصانه، وبنقصان عدد (4) ولده وبزيادتهم، فأقر وصيته في ذلك كله على حالها، ولم يغيرها، فوجب أن يعتبر (5) في ذلك كله ما الأمر عليه يوم الموت لا يوم

(1) زاد بعده من: (ش) قوله: (إلا).

(2) قوله: (له) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (ما).

(4) في (ش): (عن).

(5) في (ش): (تعتبر).

الوصية.

ومن هذا المعنى: إذا أوصى له بدنانير موصوفة، فحالت السكة بزيادة أو نقص، أو إلى خلافها في الصفة، أو أوصى له بكييل فزيد فيه، أو نقص منه قبل موته.

فروي عن ابن نافع فيمن أوصى بدنانير غير موصوفة أنه يخرج عنه من السكة الجارية يوم موته لا يوم وصيته.

وذلك عندي إذا⁽¹⁾ علم بما حالت إليه السكة قبل موته، فأقر وصيته ولم يغيرها، على ما قال ابن كنانة - فيمن أوصى لرجل بدنانير، فحال وزن الناس فصار يجوز بينهم أنقص من ذلك أو أوزن - أنه⁽²⁾ إنما يعطى ما كان يجوز بين الناس يوم مات الموصي إن كان الموصي يعلم جواز الناس يومئذ، وإن لم يعلم، فإنها للموصى له الوزن الذي كان يعلم به الموصي.

قال: وكذلك في المكايل تتغير.

وقد نزلت بطليطلة مسألة من أوصى لرجل بدنانير، فحالت السكة إلى سكة أخرى، فشورَ فيها فقهاء قرطبة، فأفتوا بوجوب الوصية في السكة الجارية يوم مات الموصي لا يوم أوصى.

وأقاموها من سكة الخَيْشِ والمَسْحِ والخريصة الواقعة آخر رسم (أوصى) من سماع عيسى⁽³⁾.

(1) في (ع): (أنه).

(2) قوله: (إنه) زيادة من (ع).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 71/13، 72.

قلت: ونصها: في رجل حضرته الوفاة، وفي بيته خيش ومسح مملوأن طعاماً، فقال: المسح الشعر أعطوه لفلان، هل يأخذه بالطعام أو بلا طعام؟
قال: بل بالطعام.

قيل: فلو قال الخريطة الحمراء أعطوها لفلان، وهي مملوءة دنانير؟
قال: تكون له الخريطة وما فيها. اهـ (1).

وتكلم عليها ابن رشد بمعنى لا يرجع إلى السكة، وقال هنا: - متصلاً بما تقدم -: وليست تشبهها؛ لأن الوصية بذلك إنما كانت بحضرة وفاته، والخيش والمسح مملوأن طعاماً، والخريطة مملوءة دراهم، وإنما كانت تشبهها لو أوصى بها والخيش والمسح مملوأن، والخريطة مملوءة وما أشبه ذلك، فمسألة الذي أوصى بجزء من ماله، أو بمثل نصيب أحد ولده أشبه بها (2).

المتيطي: لو اكترى داراً كل شهر بكذا، فاستحالت السكة وتمادى المكتري في السكنى، وسكتنا جميعاً حتى مضى مدة، وكانت السكة التي استحالت أحسن من القديمة التي وقع العقد عليها، فهل يجب الكراء للمكري من القديمة؟ أو من الحادثة؟

فقال ابن سهل: له من السكة القديمة التي عقدا عليها الكراء، كما لا حجة لبعض على بعض بغلاء أو رخص، ولا يحتمل النظر غير هذا، ولا يجوز على الأصول سواه (3).

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 122/13.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 72/13.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 317، 318.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن سهل بإثر ما تقدم: ولو جاز أن يقال: إن للمكري ما

قلت: وهذا في الصحيح، وأما الفاسد فنصّ عليه عبد الحق في نكته أو آخر الدور.

وإن كان رد الطعام مع المكارى، فأصاب الطعام تلف من السماء، أو من غير السماء لم يلزم المكارى شيء؛ لأن رب الطعام معه⁽¹⁾.

قوله: (وإن كان رد الطعام مع المكارى).

قلت: وهنا بحث وهو أن يقال: يلزم من هذا الكلام صحة إجارة الدنانير والدرهم إذا لازمها المالك كقول الأبهري⁽²⁾.

بيان الملازمة: أن حضور المالك هنا رافعٌ لتهمة الضمان، كما أن علة منع إجارة الدنانير سلف جر منفعة، بتقدير غيبة المستأجر عليها، وانتفاعه بها، ورد مثلها مع الأجرة، وذلك عين السلف الجارّ للنفع، فحضور المالك يرفع الغيبة عليها، فلا سلف جر نفعاً؛ فيلزم الجواز إعمالاً للعكس في العلل، وهو هنا انتفاء المنع لعدم علته الخاصة.

استحال إليه النقد؛ للزم وجوب فسخ الكراء بينهما؛ لأنه كان يؤول سكوتها إلى فساد عليها بجهل ما يقضى به في السكنى من الكراء بالسكة الحديثة؛ لأنها إما أن تكون أجود أو أردأ، والمجهول في الكراء لا يجوز، كما لا يجوز في البيع، وهذا بين في النظر مطرّذ في القياس لمن اعتبر.

انظره في تراجم الأكرية من البيوع.

وانظر المسألة أيضاً في شرح التهذيب للشيخ أبي الحسن في كراء الدور في الورقة السابعة منه.

(1) التهذيب: 460/3.

(2) قوله: (كقول الأبهري) يقابله في (ع): (كما تقوله).

قلت: الجواب أن يقال: لا نسلم انتفاء علة المنع.

قولهم: حضور المالك يرفعها.

قلنا: ممنوع؛ لأن السلف لا ينافي رد العين.

وقد غفل ابن عبد السلام عن هذا هنا، وقد أشار إلى مطلع هذا البحث

هنا وَاللَّهُ.

ومن اكثريت منه دابة أو ثوراً للطحين، فكسر المطحنة لما ربطته فيها فأفسد آلتها، لم يضمن إلا أن يترك، وهو يعلم ذلك منه فيضمن⁽¹⁾.

قوله: (فكسر المطحنة).

سئل ابن عبد السلام عن امرأة اكرت مطمراً⁽²⁾ فخزنته، فوجدت القمح

مسوّساً، وصاحب المطمر عالم بأنه مسوّس.

فأجاب: بأنه يضمن، ونحى في جوابه إلى مسألة المدونة هذه.

قلت: هذه المسألة منصوصة بعينها، ونحن لا نطول⁽³⁾ ببعده المراحل،

وكفى في نقلها للقاصرين تصريح⁽⁴⁾ شيخنا ابن عرفة بنقلها في باب المزارعة

(1) التهذيب: 462/3.

(2) قال ابن منظور: "المطمورة حفيرة تحت الأرض، أو مكان تحت الأرض قد هبب خفياً يُطمر فيها الطعام والمال أي يُخبأ وقد طمرتها أي ملأها غيره، والمطامير حفر تخفر في الأرض توسع أسافلها تُخبأ فيها الحبوب".

انظر: لسان العرب: 502/4.

(3) قوله: (لا نطول) ساقط من (ع).

(4) في (ش): (بصريح).

من مختصره (1).

ولا بأس أن يكتري محملاً، ويشترط عقبة الأجير (2).

قوله: (يشترط عقبة الأجير).

قلت: في سماع عيسى من الرواحل: في الرجل يريد أن يعقب الرجل في شق محمله (3) ويأبى الجمال؟

(1) المشدالي: قال فيه ما نصّه: وأظن في نوازل الشعبي: من باع مطمورة دلس فيها بعيب التسويس، فحزن فيها المبتاع فسوس ما فيها؛ لا رجوع له على البائع بما سوس فيها؛ قال: ولو أكرها منه لرجع عليه. اهـ.

المشدالي: وقال ابن عرفة - أيضاً - في كتاب الإجارة من المختصر: وفي نوازل الشعبي: قال محمد بن عبد الملك الحولاني: من باع خابية دلس فيها بكسر، وعلم أن المشتري يجعل فيها زيتاً، فجعله المشتري فيها فانهرق من كسرها؛ لا ضمان عليه، كما لو دلس في بيع عبد بسرقة، فسرق من المشتري شيئاً؛ لم يضمه بئعه، ولو أكرها الخابية كذلك ضمن الزيت لغروره.

قلت: قوله في كراء الخابية يقوّم من مسألة كسر الثور المطحنة بربطه المكثري. المشدالي: فحاصل الفرق أنه في الشراء بمنزلة سرقة العبد في أن الإلتلاف ناشىء عن متعلق المبيع لا عن عينه.

وفي الكراء بمنزلة موت العبد بالإباق المدلس به، في أن الهلاك ناشىء عن عيب التدليس في نفس المبيع، والمبيع في الكراء هو منفعة حفظ الطعام، وذلك وزان رقبة العبد، بخلاف شراء رقبة المطمر أو الخابية، فإن المنفعة إذ ذاك تصير من توابع المبيع لا عينه؛ فكانت كسرقة العبد كما قال.

انظر جامع الأحكام في مسائل العيوب.

(2) التهذيب: 466/3.

(3) ههنا يبدأ سقط من (ع).

قال: ذلك له إذا حمل مثله، وليس للجمال منعه.

قال أصبغ: إن أعقب راكباً مريحاً كان له ذلك، وإن أعقب ماشياً، فليس له ذلك؛ لأن ركوبهما مختلف في الضرر على البعير.

ابن رشد: الظاهر من قول ابن القاسم أن له أن يعقب ما شاء إذ لا غرض لأحد في أن يعقب راكباً

وقول أصبغ هذا هو القياس.

ووجه قول ابن القاسم أنه معروف قد جرى عليه الناس، فكأن الكري دخل عليه، وذلك إذا فعله المرة بعد المرة.

ونصّ عليه في كتب ابن المواز⁽¹⁾.

ولو هرب بإبله والكرء أو غيرها، تكارى لك عليه الإمام، ورجعت بما اكرت به عليه⁽²⁾.

قوله: (ولو هرب بإبله).

القاسبي: وكذا ينبغي فيمن حل عليه أجل السلم أو غيره وهرب وتغيب أن يُعدى عليه في ماله وبياع، ويشتري لرب السلم سلمه.

وإن لم يكن له مال يعدى فيه قضي لرب السلم أن يسلفه من عنده، فيشتري له متاعه ويتبعه بما أسلفه، ولا يكون سلفاً جر نفعاً للضرورة.

ومعنى مسألة المدونة إذا كان الكراء معيناً، وإن كان غير معين⁽³⁾ لم يجز؛

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 121/9

(2) التهذيب: 467/3.

(3) في (ش): (معيناً).

لأنه لا ينتقل لمعين ولا مضمون، ولا تبيحه ضرورة كما لا تبيح لمن باع دابة بعد أن أكرهاها أن يأتي بغيرها.

وهذا إذا كان له مال يعدى فيه.

وإن كان فقيراً لم يجز ذلك عليه، ووجب إنظاره إلى ميسرة.

وقاله مالك فيمن اكرى على حمل متاع، أو طعام عند وكيله ببلد آخر، فلم يجد الجمال الوكيل، فإن الإمام يتلوم له بغير ضرر، فإن جاء الوكيل وإلا أكرى الإبل للمكتري وكان الكراء له، وإن لم يجد كراء تركها، وكان للجمال جميع كرائه، ولو رجع الجمال ولم يرفع ذلك إلى السلطان وبالبلد سلطان، فليرجع ثانية فيحمل، وإن لم يكن بها سلطان فتلوم الكري وانتظر وأشهد، كان ذلك له عذراً، وله الكراء، ولا يرجع⁽¹⁾.

قوله: (وأشهد كان له عذراً).

انظر ما كتبنا في الأيمان والندور.



كتاب الدور

كتاب الدور

قال ابن القاسم: ومن اكترى داراً أو أرضاً وفيها سدر أو دالية، أو كان في الأرض نبذ من نخل أو شجر، ولا ثمرة فيها حينئذ، أو فيها ثمرة لم تزه، فالثمرة للمكري، إلا أنه إن اشترط المكتري ثمرة ذلك، فإن كانت تبعاً مثل الثلث فأقل جاز ذلك، وبلغني توقيت الثلث عن مالك، فأما في سؤالي إياه فلم يبلغ به الثلث، ومعرفة ذلك أن يقوّم كراء الأرض أو الدار بغير شرط الثمرة، فإن قيل: عشرة، قيل: ما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤونة والعمل؟ فإن قيل: خمسة فأقل، جاز ذلك. وهذا كالمساقاة إذا كان معها بياض قدر الثلث فأدنى، في قيمة كرائه من قيمة الثمرة على عرف نباتها بعد إلغاء قيمة مؤونتها، جازت المساقاة فيه. وإن كانت الثمرة أكثر من الثلث لم يجز للمكتري أن يشترطها، إذا كانت غير مزهية، فإن وقع فالثمرة لرب الأرض، وللمكتري أجر ما سقى [وعالج]، وعليه قيمة كراء الأرض بلا ثمر، إن كان قد زرعها، ولو كانت الثمرة مزهية، جاز للمكتري اشتراط جميعها، وإن جاوزت الثلث لجواز بيعها مفردة⁽¹⁾.

في نوازل أصبغ - في الرجل يكتري الدار، أو الأرض وفيها شجرة، وهي تبع لكراء الدار ولكراء الأرض، فأراد أن يستثنى الشجر مع الأرض ولم تطب

(1) التهذيب: 471/3 و472.

- قال: إن كانت الشجرة تطيب قبل أن ينقضي كراء الأرض والدار، فلا بأس [48/ب] أن يستثنيها، وإن كانت لا تطيب إلا بعده لم يجز.

ابن رشد: هذا كما قال، ومثله في الواضحة، وهو مما لا خلاف فيه.

ابن حبيب: لو اكرها لأعوام واستثنى ثمرتها، فانقضت السنون، وفيها ثمرة قد طابت أو لم تطب، فهي للمكثري بشرطه، ولا أعرف ما يخالف قوله. ووجهه أن الكراء قد صحَّ على الشرط من أجل ما يطيب من الثمرة في مدة الكراء، فوجب أن يكون له ما يطيب بعد انقضائه⁽¹⁾.

المتيطي: فإن استثنى رب الأرض منها شجراً بأعيانها لنفسه، وأدخل ما عداه في الكراء، منعه ابن العطار، وأجازه ابن أبي زمنين، وزاد وقال: إن له أن يستثنى أحوطاً معينةً من الأرض المكتراة، ويشترط حفرها وحرثها وسقيها على المكثري، ولا يجوز أن تكون الزريعة من عند المكثري؛ لأن كراء الأرض بما يخرج منها.

ومن اكرت أرضاً وفيها زرع، أو بقل لم يطب، فاشترطه، فإن كان تافهاً جاز، ولا أبلغ به الثلث، وإذا كانت الثمرة تبعاً فاشترط المكثري نصفها لم يجز، وإنما جاز إذ هي تبع أن تلغى بالسنة⁽²⁾.

قوله: (بالسنة).

انظر المسألة هنا؛ هل هي في جنس هذه الأحكام كالمساقاة، ومال العبد، وبيع النخل وفيها ثمر مأبور؟

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 54/9.

(2) التهذيب: 472/3.

وأما هذه المسألة - أعني مسألة الدار - فأين السنة فيها؟

وجائز في المساقاة اشتراط ما خرج من البياض بينهما؛ لأن العمل والزريرة من عند العامل، ومن اكرى أرضاً فيها سواد هو الثلث فأدنى، فاشتراط نصف السواد لم يجز⁽¹⁾.

قوله: (وجائز في المساقاة اشتراط ما خرج).

هذا جواب عن سؤال مقدر كأنه قيل له: ما الفرق بين عدم جواز استثناء نصف الثمرة، وجواز كون ما يحصل من البياض بينهما مع استلزامه نصفه للمكترى؟

لأن العامل بمنزلة المكترى، والمساقى بمنزلة المكري.

فقال في الجواب: لأن العمل والزريرة على العامل، بخلاف المكترى.

فقال في الجواب: لأن العمل والزراعة على العامل، بخلاف المكترى.

قلت - وصوبه شيخنا أبو عبد الله - : هذا التعليل يلزم في مسألة الدار؛

لأن العمل على المكترى، فيلزم أن تكون الثمرة بينهما.

فأجاب بأننا لا نسلم أن العمل على المكترى بل على رب الدار؛ ألا ترى أننا

لما قومنا الثمرة قد أسقطنا العمل الذي يلزم المكري، فهذا دليل على أن العمل عليه.

قلت: هذا التعليل الذي علل به في المدونة إن سلم اللخمي صحته يلزم

منه سقوط اعتراضه على ابن القاسم؛ حيث قال: إسقاط ابن القاسم العمل

(1) التهذيب: 473/3.

خطأ، ألا ترى أنه أحد العوضين، فإنه في المدونة لم يفرّق إلا بعدم العمل في مسألة الكراء وثبوته في المساقاة، ولذا امتنع تنصيف الثمرة، وصح تنصيف ما يخرج من البياض مع اشتراط التبعية فيهما.

ولا يتمشى جواب الشيخ على صحة اعتراض اللخمي.

ونص كلام اللخمي على ما نقل المغربي: وقوله: في المساقاة: (يحط من قيمة الثمرة قدر السقي والصلاح) غلط؛ لأن السقي والصلاح ثمن الثمرة، وكيف يصح أن يحط أحدهما من الآخر! اهـ.

ولو شرط أن ما عجز عنه المكري أنفقه الساكن من عنده لم يجز، ولو شرط أن عليه ما احتاجت الدار من يسير مرمة أو كسر خشبة، فلا خير فيه، إلا أن يكون ذلك من كرائها⁽¹⁾.

قوله: (إلا أن يكون ذلك من كرائها).

القاسبي في تعليقه قال: انظر إذا كان الكراء إنما يُقبَضُ يوماً بيوم، وكانت العادة تأخيره إلى آخر السنة، فقد تحتاج الدار إلى مرمة أول السنة بجميع الكراء، فهذا غررٌ لا يدرى متى يدفع الكراء، وبهذا كان الشيوخ قديماً يعارضونه.

وفي العتبية - فيمن اكرت داراً وفيها⁽²⁾ خراب، فاشترط المكترى على رب الدار تعميها من الكراء، لا بأس به، فإن بدا لصاحب الدار بعد وقال: إما أن تسكن كذلك، أو أخرج - لم يُسمع.

(1) التهذيب: 473/3.

(2) هنا ينتهي السقط من (ع).

ابن رشد: هذا صحيح على ما في المدونة في أنه (يجوز أن يكتري الرجل الدار بعشرين ديناراً على أنها إن احتاجت لمرمة رمها من عشرين ديناراً).

زاد في النوادر في هذه المسألة: قال محمد: إذا عرف البناء، لأن البناء ليس كالمرمة.

يريد محمد أن ذلك لا يجوز إلا بوصف البناء الذي تبنى به تلك المواضع، ويعمرها من الكراء، بخلاف المرمة⁽¹⁾.

والذي أقول به؛ أنه يجوز وإن لم يوصف البناء كالمرمة سواء؛ لأن المكتري كالوكيل له على ذلك، فإذا بنى تلك المواضع وعمرها بالبناء على الهيئة التي تشبه أن يبنى عليها لزمه، كمن وكل رجلاً على أن يشتري له ثوباً أو جاريةً، فاشترى له ما يشبه أن يشتري له⁽²⁾، لزمه، ولو وصف البناء لكان أحسن⁽³⁾.

وإذا اكترى رجلان داراً بينهما، فأحدهما أن يكري حصته. قال مالك رحمته: ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع⁽⁴⁾.

قوله: (فالأحدهما أن يكري حصته).

قلت: ظاهره؛ ولو من غير شريكه، وأنه لا يكون شريكه أحق به

(1) في (ش): (المرائحة).

(2) في (ع): (أي).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/9، 16.

(4) التهذيب: 474/3.

من الغير.

وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم في رجلين تكاريا أرضاً ليزرعاهما، فبدا لأحدهما أن يكري حصته منها.

قال: إن شريكه⁽¹⁾ أولى بها، وكذلك لو أن رجلين وهبت لهما ثمرة شجر عشر سنين حبساً، ثم أراد أحدهما بيع حصته من ذلك بعد الطلب⁽²⁾، فشريكه أولى⁽³⁾. انظره⁽⁴⁾.

قال ابن القاسم: ومن اكرى داراً سنة، أو سنتين ولم يسم متى يسكن، جاز، ويسكن أو يسكن غيره متى شاء، ما لم يأت من ذلك ضرر بين على الدار⁽⁵⁾.

قوله: (أو يسكن غير متى شاء).

القاسمي: ليس في الأمهات: (متى شاء) وإنما فيها: (من شاء)⁽⁶⁾.

قوله: (ما لم يأت من ذلك ضرر) عائدٌ على سكنى الغير، وإلا فالكراء يلزمه من يوم عقد الكراء.

(1) في (ش): (أشركه).

(2) في البيان والتحصيل، لابن رشد: (بعدما تطيب).

(3) قوله: (فشريكه أولى) يقابله في (ش): (فأشركاه أولاً).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/9، 14.

(5) التهذيب: 476/3.

(6) انظر: المدونة (زايد): 206/8، و(السعادة/صادر): 514/11، و(العلمية):

وإذا اتخذ مكتري الدار فيها تنوراً يجوز له، فاحترقت منه الدار وبيوت جيرانه لم يضمن، وإن شرط ربها أن لا يوقد فيها ناراً، فأوقد المكتري فيها ناراً لخبزه فاحترقت الدار ضمن⁽¹⁾.

قوله: (فاحترقت منه الدار وبيوت الجيران...) المسألة.

قلتُ: في تعليقه القاسبي: انظر؛ أليس العمد والخطأ في أموال الناس سواء؟

الجواب: إنما الخطأ الذي يلزمه ما تولى فعله بنفسه، وأما ما حدث عن فعله من وقيد نار ونحوه، فلا شيء عليه.

ثم ذكر ما سئل عنه أبو محمد من الفرق بين مسألة الجرة والتنور.

وقد ذكرناه في كتاب الصناعات.

وأكره للمسلم كراء حانوته، أو داره من ذمي ليباع فيها خمراً أو خنازير، أو دابته ليحمل ذلك عليها، أو ممن يعلم أنه يريد لها ذلك، فإن فعل فالكراء فاسد⁽²⁾.

قوله: (أو ممن يعلم أنه يريد لها ذلك).

قلتُ: يؤخذ من هنا: أنه لا يجوز بيع ثياب الحرير لمن يعلم أنه يلبسها؛ إعمالاً لـ "فاعل السبب فاعل المسبب"، كما أشار إليه المازري في حديث: «إن من الكبائر شتم الرجل والديه»⁽³⁾.

(1) التهذيب: 477/3، 478.

(2) التهذيب: 479/3.

(3) المشدالي: قال ابن سهل في أوائل البيوع: سئل ابن عتاب عن صناعته عمل ثياب الحرير؛ هل هو في سعة من عمل عمام منه وشبهها مما لا يلبسه إلا الرجال؟ وهل

بيعها مباح له؟

فقال: لا بأس ببيعها وعملها وإن كانت مما يلبسها الرجال؛ لأنه قد يشتريها من لا يلبسها، ومن يصرّفها في غير اللبس.

وفي ثمانية أبي زيد هذا المعنى.

قال أبو زيد: سئل عبد الملك عن بيع ثياب الحرير من الوشي وغيره ممن يلبسها ولا يتحرج لباسها من المسلمين؛ كقلانس وشي الحرير، وجباب الحرير من الوشي، وغير ذلك، هل ترى بأساً ببيع ذلك منهم؟ وهل ترى على بائعه شيئاً؟

قال: لا شيء عليه، وليس هذا مما يُنهى عن بيعه، قد يشتريه من يلبسه ومن لا يلبسه، وليس هذا بشيء.

ورأيته ضعف ذلك.

وقال أصبغ مثله.

المشدالي: أما ببيعها ممن يعلم أنه يلبسها ولا يتحرج منها فالصواب منعه كما يقتضيه لفظ الكتاب هنا، على ما قالوا في بيع العنب ممن يعصرها خراً، وبائع السلاح من اللص والحربي، وأما التجرف فيها على الجملة فلا خلاف في جوازه. انظر الإكمال في اللباس.

وانظر مسألة بيع العنب وآلة الحرب ممن ذكر في آخر الجامع.

المشدالي: ومما ينخرط في هذا السلك ما وقع في رسم (البز) من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: سئل مالك عن بيع المدر الذي يأكله الناس؟

فقال: ما يعجبني؛ ذلك أن يباع ما يضر بالناس، وينبغي للإمام أن ينهى الناس عما يضرهم في دينهم ودنياهم.

ثم قال: قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾ [سورة المائدة آية: 4] أفالطين من الطيبات؟ إني لأرى لصاحب السوق أن يمنعهم منه.

ابن رشد: هذا كما قال إذا كان الناس يأكلونه وهو مضرّ بهم، فيجب على الإمام أن ينهى عن بيعه، وهذا إذا لم يكن له وجه إلا الأكل، وكان يضر الأكلين له بكل حال، فهو كالسهم المجمع على حرمة بيعه.

ومن هذا المعنى ما في نوازل أصبغ - فيمن خرجت امرأته إلى مَنْزَل أهلها

وقال سحنون: لا يحل بيعه ولا ملكه، وأما إن كانت فيه منفعةٌ لغير الأكل فلا ينبغي أن يمنع من بيعه جملةً، وإنما ينبغي أن يباع ممن يصرفه في غير الأكل، ويؤمن أن يبيعه ممن يأكله.

وقال محمد: أكره أكله؛ فأما بيعه فلا أدري! قد يشتري لغير وجه.

قال ابن الماجشون: أكله حرام، وفي احتجاج مالك بالآية دليل على أنه لا يستباح إلا نحو ما أحل الله، كقول ابن الماجشون؛ روى عنه ابن القاسم في الجامع قال: يقال: أمرٌ أحله الله فاتبعوه، ونهيٌ نهى الله عنه فاجتنبوه، وعفوٌ عفى الله عنه فدعوه. وقيل: إن المسكوت عنه مباحٌ، وإليه ذهب أبو الفرج.

فوجه الأول أنه ثبت أن الأشياء ملك مالك، والأصل ألا يستباح ملك أحد إلا بإذنه. ووجه الثاني أن خلق الله له دليلٌ على الإباحة؛ إذ لا يجوز أن يخلقه عبثاً لغير منفعة. المشدالي: ومن هذا المعنى أيضاً ما في رسم الرهون من سماع عيسى من كتاب السلطان، سئل عن بيع أشياء يُغش بها المسلمون؟

قال: ما كان لا وجه له إلا الغش فلا أحب لأحد أن يبيعه، وما كان - من ذلك - فيه منفعة؛ فمن أراد أن يغش به أحداً فعل فلا بأس أن يبيعه ممن لا يدري ما يصنع به، فإذا علم أنه يغش به فلا يبيعه منه.

ابن رشد: كلُّ ما لا منفعة فيه إلا الغش فلا يجوز بيعه بحال، وذلك بخلاف الدرهم المغشوش بالنحاس؛ لأنه يمكن أن يسيل فتجعل فضته على حدة ونحاسه على حدة؛ فيجوز أن يبيعه ممن يكسره، ومن يعلم أنه لا يغش به إلا على قولٍ ضعيف، ويكره أن يبيعه ممن لا يأمن أن يغش به.

واختلف في بيعه من مجهول الحال؛ فأجازته ابن وهب وجمعٌ من السلف، ومنعه ابن القاسم، وقد مضى في رسم (النسمة) من الصرف.

وأما ما فيه منفعة ويمكن أن يغش به فجازت بيعه من مجهول الحال، ويكره أن يباع ممن يخشى أن يغش به، ولا يجوز أن يباع ممن يعلم أنه يغش به.

فحلف⁽¹⁾ لا يبعث وراءها، فبعث إلى ولده الصغير فأخذه؛ فرجعت لذلك - حنث⁽²⁾.

ومن نكح امرأة وهي في بيت اكرته سنة، فدخل بها وسكن فيه باقي السنة، فلا كراء عليه لها، ولا لربها، وهي كدار تملكها، إلا أن تبين له: إنني بالكراء أسكن، فإما أديت أو خرج⁽³⁾.

قوله: (ومن نكح امرأة في بيت... المسألة).

القاسبي: لو أدخل رجل ابنته في داره لم يرجع على الزوج بشيء؛ لأنه على وجه الصلة، وأما الوصي يُدخِلُ اليتيمةَ في دارها، فإنه يرجع على الزوج بكراء البنت؛ [49/أ] لأنه ليس للوصي أن يُتلفَ مالها.

(1) قوله: (فحلف) ساقط من (ش).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 348/6، 349.

وزاد المشدالي بعده: قال أصبغ بإثر ما تقدم: لأن أخذه الولد وإرساله ونزعه منها سبب للإرسال إليها، وقد قال مالك - فيمن حلف لامرأته أن لا يخرجها من البلد إلا برضاها، فأقام بمصر لا يبعث إليها بنفقة دهرًا، فلمَّا رأَتْ ذلك خرجت إليه - "إنه حانث؛ لأنه ألجأها إلى الخروج"، فهذا عندي مثله.

ابن رشد: قول مالك هذا هو قوله في (رسم الطلاق الثاني) من سماع أشهب من النكاح، وحكى ابن سحنون عن أبيه أنه لا حنث عليه في المسألتين جميعاً.

وقول مالك أظهر؛ لأن اضطارره إياها إلى الخروج بما فعل مما ليس له أن يفعله إخراج، والحنث يقع بأقل الوجوه.

(3) التهذيب: 479/3.

ومن اكرى بيتاً فهطل عليه، لم يجبر رب البيت على الطر، ولا للمكثري أن يطر من كرائها ويسكن، وله الخروج في الضرر البين من ذلك، إلا أن يطرها ربها فلا خروج له (1).

قوله: (لم يُجَبَّر رب الدار على الطر).

أبو رجاء عن أبي محمد: إذا كان العرف أنه على رب الدار لزمه.

قلت: وحاصل كلام ابن رشد في جميع أقسامه أن رب الدار لا يجبر، ويخير المكثري، ما لم يصلح رب الدار، ولم يخرج المكثري فلا مقال له. انظره (2).

وانهدام الشرفات لا يضر بسكنى المكثري، وإن أنفق فيها كان متطوعاً؛ لا شيء عليه (3).

قوله: (كان متطوعاً لا شيء له).

ابن هشام: يقوم من هنا ومن قوله إثره: (فهو متطوع) أن من عمل عملاً في مال غيره بغير إذنه لا أجر له فيه؛ لأنه متطوع.

قلت: وما هنا استقراء.

وقال الباجي: الفرق بين كون رب الحائط عليه خلف ما هلك من رقيق الحائط، ودوابه المعقود عليهم المساقاة؛ لوجودهم في الحائط يوم عقد المساقاة،

(1) التهذيب: 481/3.

(2) المشدالي: قد كتبناه في مختصر البيان فأغنى عن إعادته هنا.

(3) التهذيب: 482/3.

ولو كان الذي يخلفهم به أكثر من نصيبه ذلك العام، وبين المكتري والمساقى في نفقتها في البئر قاصرةً على حصة رب الحائط تلك السنة؛ أن الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل من الإتيان به من عمل الحائط، وإنما لزم بقاؤهم في الحائط لسقي الحائط على صفته التي كان عليها، ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك، فإن زالوا لم يكن (1) على (2) العامل عمل ما زاد مع عدمهم، وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل، فإن ما يلزم صاحب العلو لا يمكن أن يفعل، إلا بعد أن يبنى صاحب السفل، بخلاف ماء (3) العين فإنه (4) ليس من جنس ما يلزم العامل الإتيان به (5).

قلت: قال المشاور: لو أكرى الوصي دار اليتيم، فادعى المكتري أنه أمره بإصلاح في الدار من الكراء، وأنكره الوصي ما أمره، فللباني قيمة بنائه منقوضاً، فإن نكل حلف المشتري وحسب له نفقته، وغرم الوصي الزائد على قيمته مقلوعاً.

قلت: وسئل أبو محمد صالح عمن أكرى داراً، فبنى رجل على تلك الدار غرفة يتشرف منها على الدار، فقال المكتري لصاحب الدار: خاصم عن دارك، وقال له رب الدار: عليك الخصومة؛ لأن الكراء كالشراء؛ فعلى من ترى المخاصمة؟

(1) في (ع): (يمكن).

(2) قوله: (على) ساقط من (ع).

(3) قوله: (ماء) زيادة من (ع).

(4) قوله: (فإنه) يقابله في (ش): (في أنه).

(5) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 50/7

قال: على صاحب الدار، فإن لم يخاصم فللمكتري الخروج للضرر، كما لو انهدم من الدار ما يكون ضرراً⁽¹⁾.

قلت: قوله في الخصومة: "على رب الدار" هو مقتضى قولها في الديات: (وإن كانت الدار مرهونة، أو مكتراة؛ لم ينفعهم الإشهاد إلا على رب الدار)⁽²⁾.

وفي الطرر: قال بعض فقهاء الشورى: إذا وقعت فأرة أو قط في بئر الدار المكتراة، فعلى رب الدار إخراجها؛ لأن البئر من منافع الدار فعليه تنقيته، فإن بقيت في البئر أياماً سقط عن المكتري مقدار ما فاتته من الانتفاع بالبئر. ونزلت بقرطبة؛ فحكّم فيها بهذا.

قلت: وفي الطرر عن المجالس: لو غرقت الرحي بسيلٍ حملها⁽³⁾، فأراد المتقبل بناءها من ماله طوعاً لیتم قبالتة، وأبى ربه إلا الفسخ فذلك لربها. وقد حكم فيها بطليطلة بفتوى أهل الشورى.

وقال المشاور: للمتقبل ذلك، ويغرم جميع القبالة، وله قيمة بنيانه مقلوعاً إذا خرج⁽⁴⁾، وهو الصحيح. من الاستغناء.

(1) انظر: المعيار المعرب: 267/8.

(2) انظر: المدونة (زايد): 397/11، و(السعادة/صادر): 447/16، و(العلمية): 667/4.

(3) قوله: (بسيل حملها) يقابله في (ش): (سئل علماً).

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 434/أ.

وإذا أذن له رب الدار أن ينفق من كرائتها، فزعم أنه أنفق، وأكذبه رب الدار فالمكتري مصدق؛ لأنه أمين، إن تبين للعمل أثر، وإن تبين كذبه، لم يصدق⁽¹⁾.

قوله: (فزعم أنه أنفق...) المسألة.

قال في تعليقه القاسبي: انظر هل يحلف المكتري إذا كان في الدار أثر بنيان من بيت أو شبهه⁽²⁾؟

فقد رأيت جواباً لأبي بكر ابن عبد الرحمن أن القول فيه قول الساكن مع يمينه، فإن كان⁽³⁾ أراد أنه يحلف، وإن كان رب الدار لا يدعي أن البناء من أثره؛ بل يقر له أن هذا البناء⁽⁴⁾ من عمله؛ فهذا خطأ، وإن كان أراد أنه إن ادعى ربُّ الدار أن البناء والتأثير ليس من إحداث الساكن؛ فجعل⁽⁵⁾ القول قول الساكن، ويحلف.

فالذي يظهر أنه لا يكون القول قول الساكن إلا ألا يشك أن البناء من تأثيره، وإن أشكل حلف رب الدار.

(1) التهذيب: 485/3.

(2) في (ش): (سلمه).

(3) قوله: (كان) زيادة من (ع).

(4) زاد بعده من: (ش) قوله: (ليس).

(5) في (ع): (فجعل).

ومن وكل رجلاً يكره داره، فأكرها بغير العين، أو حابى في الكراء، فهو كالبيع لا يجوز⁽¹⁾.

قوله: (فأكرها بغير العين).

القاسبي: هذا إن لم يعلم الساكن بأنه غير مالك، وإن علم أنه غير ربها، فالخيار لربها أن يرجع على من شاء.

ولو اكرت أرضاً فأكرتها من غيرك فغرسها، ثم انقضت مدة الكراء وفيها غرسه، فلك أن تكرها من ربها سنين مؤتفة، ثم إن أرضاك الغارس وإلا قلع غرسه. وقال غيره: لا ينبغي ذلك حتى يتعامل الغارس ورب الأرض على ما يجوز، ثم يكره أرضه إن شاء، إلا أن يكره أرضه على أن يقطع عنك الشجر⁽²⁾.

قوله: (وقال غيره: لا ينبغي ذلك حتى يتعامل الغارس...)
المسألة.

سئل ابن رشد في نوازله عن تزوج امرأة على أن ساق إليها بقعة محدودة على أن يبينها⁽³⁾ بناء موصوفاً، وتكون بينهما بنصفين؟

قال: النكاح جائز على مذهب ابن القاسم؛ لأنه يجيز البيع والإجارة في نفس المبيع إذا عرف وجه خروجه، فإذا جاز على مذهبه أن يبتاع الرجل البقعة على أن يبينها البائع، وأن يتزوج، جاز أن يتزوجها بنصف البقعة على أن

(1) التهذيب: 486/3.

(2) التهذيب: 491/3.

(3) في (ش): (بينهما).

بينها⁽¹⁾ بناءً موصوفاً؛ لأن التحجير إذا لم يكن في الشيء المبيع على المبتاع؛ جاز على مذهبه.

كقولها هنا في مسألة الزرع، ومنع من ذلك الغير من أجل أن صاحب الأرض إذا أكرها العام⁽²⁾ المقبل وله فيها زرع⁽³⁾، فقد حجر على نفسه بيع أرضه بما يجوز للمالك في ملكه، فكذلك هذه المسألة لا يجوز على قول الغير من أجل أن الزوج لا يقدر على بيع نصف بقعته الذي أبقى لنفسه بما شرط على نفسه من بنیان جميعها، وذلك جائز على مذهب ابن القاسم.

ولو اشترى رجل من رجل نصف بقعة على ألا يقسمها معه، ولا يبيعها ويشتركان في حرثها؛ لجاز البيع⁽⁴⁾، وبطل الشرط⁽⁵⁾.

ومن اكترت منه أرضه الغرقة بكذا إن انكشف عنها الماء، وإلا فلا كراء بينكما، جاز إن لم تنقد⁽⁶⁾.

قوله: (ومن اكترت منه أرضه الغرقة... المسألة).

القاسبي: انظر على هذا؛ هل يجوز أن يشتري منه عبده الآبق، والجنين، أو الثمرة التي لم يبد صلاحها، ولا ينقد، ويشترط أنه إن جاء على صفة كذا فهو لي؟

(1) قوله: (البائع وأن يتزوج جاز أن يتزوجها... بينها) ساقط من (ش).

(2) في (ش): (عامهم).

(3) في (ع): (حجر).

(4) قوله: (البيع) زيادة من (ع).

(5) انظر: مسائل ابن رشد: 62/1، وما بعدها.

(6) التهذيب: 498/3.

والفرق بينهما أن كراء الأرض العَرَقَة هو من معنى شراء الغائب بخلاف الآبق ونحوه.

ولا بأس ببيع نخل بتمر إلى أجل يثمر النخل إليه، كشاة لا لبن فيها في لبن إلى أجل يصير إليه فيها اللبن⁽¹⁾.

قوله: (لا لبن فيها).

القابسي: لو كان فيها الآن⁽²⁾ لبن فهل يجوز كراء الأرض بها؟ ينبغي ألا يجوز.

قلت: وقد يقال: تابع؛ فيجوز كراء الأرض برقبة الشاة، ولو كان فيها حين العقد لبنٌ قياساً على قولهم في مسألة الناقة والبقرة.

ولا يباع كتان بثوب كتان إلى أجل؛ لأنه يخرج منه، إلا أن يكون أجلاً قريباً لا يعمل في مثله من الكتان ثوب، فلا بأس به⁽³⁾.

قوله: (ولا يباع كتان بثوب كتان... المسألة).

ويجوز نخل بتمر لأجل يكون فيه تمراً.

القابسي: الفرق أن النخل قد سلم إليه رقابها، فهي لا ترجع إليه أبداً، وإنما ثمرتها غلة، والكتان يردده⁽⁴⁾ إليه بعينه بعد صنعه ثوباً، والشاة اللبون

(1) التهذيب: 502/3.

(2) في (ش): (كان).

(3) التهذيب: 502/3.

(4) في (ش): (يرد).

كالنخل، والعلة فيها واحدة.

ومن أكرى أرضه من رجل... إن قال له: اغرسها شجراً، أو قال: نخلاً فإذا بلغت النخل كذا أو كذا سعفة، والشجر قدر كذا، فالأصول والشجر بينهما نصفين، فذلك جائز. وإن قال: فالأصول بيننا فقط، فإن كان مع مواضعها من الأرض جاز، وإن لم يشترط ذلك، وشرط له ترك الأصول في أرضه حتى تبلى لم يجز⁽¹⁾.

قوله: (فالأصول بيننا).

قلت: ظاهره أن اسم الشجر لا يشمل الأرض، ألا ترى أنه قسمه إلى قوله: (إن كان مع المواضع) و (بدونه)، ولو كان يستلزمه لكانت صحيحة.

الجواب أنه [49/ب] يستلزمه ظاهراً لا نصّاً، والتقسيم لإفادة النصية.

ولا أحب للوصي أن يشتري لنفسه شيئاً من مال يتيمة، أو يكتري أرضاً له من نفسه، فإن نزل أعيد ما اشترى إلى السوق، فإن زيد عليه بيع، وإلا لزم الوصي ما سمي⁽²⁾.

قوله: (أعيد ما اشترى إلى السوق...) المسألة.

قال: ابن رشد في سماع يحيى من التخيير: اختلفوا في الصبي يبيع، أو يبتاع، أو يفعل ما يشبه البيع مما يخرج على عوض، ولا يقصد به فعل معروف،

(1) التهذيب: 504/3 - 505.

(2) التهذيب: 506/3 - 507.

وهو سدادٌ ونظرٌ من فعله، حال سوق ما باع، أو ابتاع بزيادةٍ أو نقصٍ.

قيل: ليس له نقضه؛ لأنه إنما ينظر في فعله يوم وقع.

وقيل: له نقضه؛ لأنه إنما ينظر في فعله يوم⁽¹⁾ ينظر.

يقوم هذا من قوله في الدور والأرضين أن (ما اشتراه الوصي من مال اليتيم يعاد للسوق)⁽²⁾ لأنه إنما قال: (يعاد) ولم يقل: (إنه ينظر فيه يوم ابتياعه إن كانت قيمته يوم النظر فيه أكثر)، وإذا قاله فيما اشترى الوصي من مال اليتيم، فأحرى أن يقوله فيما باعه اليتيم⁽³⁾.

وإذا انتشر للمكتري في حصاده حب في الأرض، فنبت قابلاً فهو لرب الأرض، وكذلك من زرع زرعاً، فحمل السيل زرعه إلى أرض غيره فنبت فيها. قال مالك: فالزرع لمن جره السيل إلى أرضه؛ ولا شيء للزارع⁽⁴⁾.

قوله: (وإذا انتشر للمكتري... المسألة).

قال في سماع عيسى من الدور فيمن اكرى أرضاً فزرعها، فلما استحصد زرعه أتاه بردٌ أو وقع حبه كله في الفدان، فأخلف لمن يكون؟

قال: لرب الأرض، لا للمكتري؛ لأن سته قد انقضت، كقول مالك

(1) قوله: (وقع، وقيل: له نقضه؛ لأنه إنما ينظر في فعله يوم) ساقط من (ع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 273/8، و(العلمية): 559/3، و(السعادة/صادر):

556/11، و(تهذيب البراذعي): 506/3 و507.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 292/5 و293.

(4) التهذيب: 507/3.

فيمن جرَّ السيلُ بذره لأرض غيره.

ابن رشد: القياس صحيح؛ إذا لا فرق بينهما؛ لأن البذر مستهلك في كلتا المسألتين، لا يقدر صاحبه على أخذه من أرض غيره، وهو مثل ما في المدونة. ومعنى قوله في المدونة: (جرَّ السيلُ زرعه) أي: بذره؛ لقوله: (نبت)؛ لأن الزرع لا يقال فيه: نبت (1).

وعلَّل غير واحد مسألة المدونة بأن العادة جارية بأنه لما كان يبقى للطير والمارة دل على طيب نفس مالكة وإسلامه، فلذا كان لرب الأرض على هذا التعليل لوزرع، ولم ينبت إلا لعام مقبل لكان لصاحبه؛ لأنه لم تطب نفسه (2).

(1) البيان والتحصيل: 36/9 - 37.

(2) المشدالي: وفي جامع العتبية: سئل مالك عن يدخل حائط رجل فيجد التمر ساقطاً؟ فقال: لا يأكله؛ إلا أن يعلم طيب نفس صاحبه، أو يكون محتاجاً. المشدالي: وانظر على هذا ما يسقط في الأزقة من ثمار الأغصان المشرفة عليها، والظاهر إباحته؛ لجري العادة بعدم التفات الملاك إلى ذلك، وعدم البحث عنه، فدل على طيب نفوسهم بذلك. والله أعلم. المشدالي: وفي الثانية عشرة من سماع أشهب من الجامع سئل عن الثمار تُجذُّ ثم يخلى عنها فيكون فيها الشيء المعلق، قال: إن علم أن أنفسهم طيبة له بأخذه إياه فليأخذه. وسئل أيضاً عن باقي السنبل بعد الحصاد؟ قال: لا يأكل إلا ما يعلم أنه حلال، وقد كان يقال: دع ما يريئك إلى ما لا يريئك. ابن رشد: تحصيله أنه:

• إن علم أن صاحبه قد تركه لمن أخذه من غني أو فقير جاز له أخذه وإن كان غنياً.

• وإن علم أن ربّه تركه للمساكين لم يجوز له أخذه إلا أن يكون مسكيناً.

• وإن لم يعلم؛ هل تركه ربه على أن يعود إليه أو على أن لا يعود إليه؛ لم يحل له أن

قوله: (فحمل السيل زرعه...) المسألة.

قلت: ظاهره سواء كان مكترياً للأرض أو مالِكها، ولم يتكلم في المدونة فيما يرجع إلى لزوم الكراء لو كان (1) مكترياً للأرض.

ونصّ عليه في سماع ابن القاسم من الدور.

قال ما نصّه - فيمن تكارى أرضاً، فزرعها فنبت الزرع فيها، ثم جاء سيل فذهب به - فقال: لا أرى للمتكاري أن يرجع إلى صاحب الأرض يأخذ منه كراء، وإنما ذلك بمنزلة زرع تصيبه جائحة.

ابن رشد: إنما هذا إذا ذهب به السيل بعد إبان الحراثة، أو في إبان الحرث فانكشف السيل عن الأرض في وقت يمكنه فيه إعادة الحرث، وأما لو ذهب به في إبان الحرث، فلم ينكشف السيل عنها حتى فاته أن يعيد زرعه؛ لكان له أن يرجع بكرائه على صاحب الأرض على معنى ما في المدونة (2).

والذي أشار إليه - والله أعلم - أنه معنى ما في المدونة ما تقدم في

_____ =

يقدم على أخذه دون أن يستأذنه.

• وإن غلب على ظنه أن ربه تركه لمن أخذه، ولم يقل ذلك يقيناً، فهذا يكره له أخذه ويقال له: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك.

المشدالي: وانظر بعدها مسألة المسافر؛ هل يجوز له أن يأكل مما يمرُّ به من الثمار؟ وبعدها مسألة الذي يمر بجنان قريبه؛ هل يأكل منه؟ وكيف إن أطعمه حارس الجنان؟

وبالله التوفيق.

(1) في (ش): (وكان).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/9 و16.

الأرض الغرقة (1).

وأكره للمسلم كراء أرض الجزية ذات الخراج (2).

قوله: (وأكره للمسلم كراء أرض الجزية).

زاد في سماع ابن القاسم: وأكره شراء قمحه.

ابن رشد: كره ذلك لما فيه من معنى الذلة، ولقد كره أن يزرعها بعارية،

ورآه من باب حماية الذرائع، وأما كراهيته لشراء القمح، فيشابه حكم

المغصوب من الأرض (3).



(1) انظر: المدونة (زايد): 248/8، و(السعادة/صادر): 542/11، و(العلمية): 546/3.

(2) التهذيب: 508/3.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/9، 8.



كتاب المساقاة

كتاب المساقاة

وقد ساقى رسول الله ﷺ يهود خيبر على شطر ما أخرجت من ثمر أو حب⁽¹⁾.

قوله: (وقد ساقى رسول الله ﷺ) (2).

قلت: أتى بها دليلاً لأمرين:

أحدهما: اشتراط معلومية الجزء.

والثاني: عدم خصوصية الشطر، كما ورد في الحديث، وهو من باب قياس

الفارق⁽³⁾.

لا⁽⁴⁾ كما قال المغربي: أتى بها دليلاً على الوجه الأول فقط.

(1) التهذيب: 409/3.

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 798/2، في باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، من

كتاب الإجارة، برقم: 2165، ومسلم: 1186/3، في باب المساقاة والمعاملة بجزء

من الثمر والزرع، من كتاب المساقاة، برقم: 1551، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما،

ومالك: 703/2، في باب ما جاء في المساقاة، من كتاب المساقاة، برقم: 1387، عن

سعيد بن المسيب مرسلًا. ولفظ الصحيحين: أعطى رسول الله ﷺ خيبر لليهود أن

يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها.

(3) في (ع): (لا فارق).

(4) قوله: (لا) ساقط من (ع).

ولا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد إذا وصف كالبيع، ونفقة العامل في خروجه إليه عليه، بخلاف القراض، وهذه سنة المساقاة⁽¹⁾.

قوله: (ونفقة العامل... المسألة).

المغربي: انظر ما الذي يتوهم هنا! لأنه إذا كانت نفقته عليه إذا لم يشرع في عمل الحائط، فأحرى أن تكون عليه إذا شرع؛ لأنه إذا لم تجب في المقصد، فأحرى الوسيلة التي هي الخروج.

قلت: الذي تصدّى إليه نفياً توهم مساواة المساقاة للقراض، وكذا صرح بالفرق بينهما بالسنة.

ووجه الشبه بينهما أنها عمل في مال بجزء من فائدته.

وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق، أو دواب لربه، فللعامل اشتراطهم، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه، فيصير كزيادة شرطها، إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك⁽²⁾.

قوله: (وما كان في الحائط... المسألة).

انظر: وهل⁽³⁾ كانوا بالكراء؟ أو المراد إذا كانت مملوكة؟ وهو قوة كلامهم.

قلت: وفي سماع عيسى: لا بأس أن يستثنى العامل ما في الحائط من غلمان

(1) التهذيب: 410/3.

(2) التهذيب: 410/3.

(3) زاد بعده في (ش): (ولو).

وبقر ودواب.

ابن رشد: هذا يدل أنه لا يكون له إلا إذا استثناهم، خلاف ما في المدونة من أن الحكم يوجبهم وإن لم يستثنهم⁽¹⁾.

قوله: (كغلام أو دابة).

ظاهرة: أحدهما، لا مجموعهما.

والمقصود: ما هو يسير، كقوله بعد: (إنما يجوز اشتراط ما قل).

والجذاذ والحصاد والدراس على العامل⁽²⁾.

قوله: (والجداد والحصاد على العامل).

قلت: معناه: ما لم يكن عرفاً بخلافه، كما صرح به ابن رشد في

سماع عيسى.

قال ما نصّه: قوله: "لا بأس بمساقاة الزيتون على أن يعصره المساقى"

دليل أنه إذا لم يكن شرطاً لم يلزم المساقاة، والمعتبر في ذلك العرف في البلد، فإن

كان فيأيه يعتبر⁽³⁾.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 171/12 و172.

(2) التهذيب: 411/3.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 173/12.

وإن عجز العامل وقد حل بيع الثمرة؛ لم يجز أن يساقي غيره، ويستأجر من يعمل له، فإن لم يجد إلا أن يبيع نصيبه، ويؤجر به فعل. فإن كان فيه فضل فله، وإن نقص كان ذلك في ذمته، إلا أن يرضى رب الحائط أخذه ويعفيه من العمل، فذلك له⁽¹⁾.

قوله: (ويعفيه من العمل فذلك له).

القاسبي: اعرف لو كان رجلاً عديماً وعليه دين، فقال رجل: أؤدي عنك، و أنتظر يسرك؛ لم يكن له ذلك؛ لأنه يقول: "لا أقبل متتك"، وهذا فقير لم يستأجر بأكثر من ثمن نصيبه.

وإن جدد العامل الثمرة كان له أجره، وما أنفق فيها، وإن عمل بعد جذاذه الثمرة لم تفسخ بقية المساقاة، وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا أفسخها بعد تمام الحول الثاني، إذ قد تقل ثمرة العام الثاني، وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العروض قراضاً إن أدرك بعد بيعه وقبل أن يعمل؛ ففسخ، وله أجر بيعه، وإن عمل فله قراض مثله، وله أجر بيعه⁽²⁾.

قوله: (كأخذ العرض قراضاً).

انظر: كيف أخذ العرض قراضاً؛ إما أن يقول له: "اعمل به قراضاً"، ورأس المال قيمته عند المفاصلة، أو قيمته الآن، أو يقول له: "بعه واعمل بثمانه".

(1) التهذيب: 412/3.

(2) التهذيب: 413-414/3.

وانظر: ما الذي شبه به في قوله: (كأخذ العروض)؟
والذي أراده والله أعلم إذا قال له: "بعه واعمل بئمنه".

ولا بأس أن يشترطاً الزكاة في حظ أحدهما؛ لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقى عليه⁽¹⁾.

قوله: (ولا بأس باشتراط الزكاة... المسألة).

أما اشترط الزكاة في حظ أحدهما، ولم يبلغ الحائط النصاب، فاختلف لمن يكون الجزء المشترط للزكاة؟

فقال ابن العطار: يكون⁽²⁾ لمشرطه⁽³⁾.

وأقامه مما زاده في الأم من قوله: (كأنه قال له: لك أربعة أجزاء ولي ستة)⁽⁴⁾.

اللخمي: قيل: يقسمانه اتساعاً كما كان يقسمان ما بعد الزكاة.

وقيل: نصفين⁽⁵⁾.

والشأن في المساقاة إلى الجذاذ، ولا تجوز شهراً أو سنة محدودة⁽⁶⁾.

(1) التهذيب: 415/3.

(2) قوله: (يكون) ساقط من (ع).

(3) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار، ص: 90.

(4) انظر: المدونة (زايد): 295/8، و(السعادة/صادر): 12/12، و(العلمية):

569/3.

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4719.

(6) التهذيب: 415/3.

قوله: (والشأن في المساقاة).

يطلق الشأن ويراد به: العادة، ويطلق ويراد به: وجه الصواب.

وإذا عجز العامل عن السقي؛ قيل له: ساقٍ من شئت أميناً، فإن لم يجد أسلم الحائط إلى ربه ثم لا شيء له ولا عليه؛ لأنه لو ساقاه إياه جاز كجوازه لأجنبي⁽¹⁾.

قوله: (أسلم الحائط إلى ربه).

معناه: إذا تراضيا على ذلك، يدل عليه تعليقه بقوله: (لأنه لو ساقاه)،

والمساقاة لا تلزم إلا برضاها.

ومن ساقيته حائطك، أو أكريته دارك، ثم ألفيته سارقاً لم يفسخ لذلك مساقاة ولا كراء وليتحفظ منه. وكذلك من باع من رجل سلعة إلى أجل وهو مفلس، ولم يعلم بذلك البائع، فقد لزمه البيع، ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه، كان قد شرع في العمل أم لا، لأنه غرر، إن أثمرت النخل فهو بيع الثمرة قبل زهوها، وإن لم تثمر فهو أكل المال بالباطل⁽²⁾.

وقوله: (ويتاركا).

القاسي: لم يقل هنا: يستأجر على سقيه ويتبع بذلك، كما قال فيمن عجز

بعد أن طابت. انظر ما الفرق؟

(1) التهذيب: 416/3.

(2) التهذيب: 417/3.

وما كان من سواقط النخل، أو ما يسقط من بلح أو غيره، والجريد والليف وتبن الزرع، فبينهما على ما شرطا من الأجزاء⁽¹⁾.

قوله: [50/أ] (وتبنُّ الزرع بينهما).

قيل: وكذا التبن بين المتزارعين على ما شرطا من الأجزاء.

وانظر على هذا الخماس؛ فحكى بعضهم عن أبي إبراهيم أنه قال: ليس له شيء من التبن ولا من زريعة الكتان⁽²⁾، وهذا يختلف⁽³⁾ باختلاف العادة، ولعله يتخرج على ما يُلقى ولا بال له، كما قال في الشركة: (إذا تطوّل أحد الشريكين)⁽⁴⁾.

وإذا اختلفا في المساقاة فالقول قول العامل فيما يشبه⁽⁵⁾.

قوله: (اختلفا في المساقاة).

أي: اختلفا في قلة الجزء وكثرتها.

القابسي: ينبغي إذا اختلفا قبل العمل أن يتحالفا ويتفاسخا، بخلاف اختلافهما في القراض؛ لأن لكل واحد من المتقارضين ترك⁽⁶⁾ العمل قبل العمل.

(1) التهذيب: 417/3.

(2) قوله: (زريعة الكتان) يقابله في (ش): (زرعك الثاني).

(3) قوله: (وهذا يختلف) يقابله في (ش): (هذا اختلف).

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 548/3.

(5) التهذيب: 417/3.

(6) في (ش): (حل).

وإنما معنى قول ابن القاسم أنه قد عمل في المساقاة.
قلتُ: وصرَّح به في كتب القراض.

ومن ساقى رجلاً نخلاً على النصف، وزرعاً على الثلث لم يجز، حتى يكونا على جزء واحد جميعاً ويعجز عن الزرع ربه، وإن كانا في ناحيتين وذلك كحائطين مفترقين⁽¹⁾.

قوله: (وإن كانا في ناحيتين).

انظر: هل هو راجع لصورة الجواز؟ أو لصورة المنع؟ وهو الظاهر، فكأنه يقول: لا يجوز على جزئين مختلفين، ولو كانا في ناحيتين.

ويجوز للوصي دفع حائط الأيتام مساقاةً؛ لأن بيعه وشراءه لهم جائز، وللمأذون له دفع المساقاة أو أخذها⁽²⁾.

قوله: (ويجوز للوصي... المسألة).

قال بعضهم: فإذا جاز بيع الأعيان فكذا المساقاة.

قلت: لأنه إما بيع منافع أو بيع أعيان، وأياً ما كان فهو جائز، وانظر قوله: (لأن بيعه... إلى آخره).

ظاهراً: ولا تعقب عليه، وأنه محمول على النظر والسداد، وهو المشهور الذي جرى عليه عمل القضاة قديماً وحديثاً، وظاهره في الرِّبع وغيره.

وفرق أبو عمران؛ فقال: هو في الرِّبع على غير النظر؛ لأنه حيث ذكر في

(1) التهذيب: 418/3.

(2) التهذيب: 419/3.

كتاب الرباع يذكر إن كان على النظر، وبيع الوصي إنها يجوز بشروط.

وللمريض أن يساقى نخله كما يجوز بيعه، إلا أن يحابي فيه فيكون ذلك في ثلثه(1).

قوله: (إلا أن يحابي).

قال ابن مغيث: مراعاة بيع المريض في ماله يوم الفعل لا يوم الحكم، فإن كان فيه محابة روعي فيه ثلثه، إلا إن تختلف المحابة في المرض الذي فعل فيه الفعل المذكور، فإن اختلف نظر في ذلك إلى الأقل فيجعل في ثلثه، وأما بعد موته فلا ينظر إلى حوالة الأسواق.

وفي الواضحة خلاف ما ذكره ابن مغيث وابن يونس.

وسئل سحنون عن المريض لا يكون له إلا دار واحدة، فيعمد فيبيعها من بعض ورثته، ويستوفي الثمن بلا محابة.

قال: يتعقب السلطان فعله وينظر فيه، فإن كان إنما أراد أن يخرجها عن بعض الورثة ويخص بها بعضهم نقض بيعه، وكذا الأرض والعبد وغيره(2).

ونحوه لعياض آخر الفاسدة، وابن محرز وغيرهما.

وإذا فُلس رب الحائط لم تفسخ المساقاة، كان قد عمل العامل أم لا، ويقال للغرماء: بيعوا الحائط على أن هذا مساقى فيه. قلت: لم أجزته؟

(1) التهذيب: 419/3.

(2) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 320.

ولو أن رجلاً باع حائطه واستثنى ثمرته لم يجز؟ قال: هذا وجه الشأن فيه (1).

قوله: (وإذا فُلس رب الحائط).

معنى المدونة: إذا كانت الثمرة غير مأبورة.

قلت: قال (2) في سماع أشهب: من وهب ثمرة حائطه هذه السنة لرجل، ثم يريد أن يبيع أصل الحائط من رجل آخر. قال: لا يصلح إن لم تُؤبّر الثمرة، وإن أُبّرت جاز (3).

وسئل ابن رشد عما في سماع أشهب فيمن تصدّق بثمره حائطه سنة.

قال: لا يبيع الرقاب حتى تؤبّر الثمرة.

قال يحيى: عن ابن القاسم: إلا في دين رهقه وقد فليس، فعلى هذا القول إذ جوز له البيع هل يباع الحائط بشرط استثناء الثمرة قبل الإبار، وتكون الثمرة للمتصدق عليه كما قالوا في المساقاة إذا فُلس رب الحائط للضرورة؟ أو يباع الحائط وتبطل الصدقة، وتكون الثمرة للمبتاع إذ هي مما يمتنع استثناءؤها، كمن تصدق بما في بطن أمته على رجل وفلس رب الأمة؟ المسألة.

فأجاب: مسألة من تصدق بثمره حائطه سنة، وأراد بيعه أن ذلك (4) لا

(1) التهذيب: 420/3.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ش).

(3) قوله: (وإن أُبّرت جاز) يقابله في (ع): (وبعد الإبار لا بأس به)، وانظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 416/13.

(4) في (ش): (أنه).

يجوز إن كانت الثمرة لم تؤبر، كمسألة المساقاة سواء، إذ لا فرق بين أن يكون ثمر الحائط قد وجب قبل بيع الحائط لغير رب الحائط بهبة أو مساقاة، وفي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يجوز لا في فلس ولا غيره، وهو قول غير ابن القاسم في مسألة المدونة.

قلت: زاده⁽¹⁾ في الأم، وعليه تكلم عياض.

ابن رشد: لأنه إذا لم يجزه في مسألة المساقاة في المدونة، فأحرى في غيره.

والثاني: الجواز.

والثالث: الجواز في الفلّس دون غيره، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى في الهبة، وقوله في الكتاب.

ويتخرّج في مسألة الصدقة ثلاثة أقوال.

ثم قال: والذي أقول به أنه في مسألة الصدقة يجوز بيع الحائط واستثناء الثمرة قبل إibarها للمتصدق عليه اتفاقاً، ولا يدخله الخلاف⁽²⁾.

قوله: (قلت: لم أجزته...) المسألة.

اختصرها لفساد احتجاج الخصم.

بيانه أن يقال: توهم في مسألة الفلّس أنها غير صحيحة؛ لأنها مشتملة على بيع الحائط واستثناء ثمرته قبل الإبار، وذلك ممتنع، فتوهم أن حظ المساقى من الثمرة مستثنى.

(1) في (ع): (زاد).

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 429/1، وما بعدها.

وتقرير الجواب في قوله: (هذا وجه الشأن فيه) أن يقال: احتجاجك بمسألة البيع في غير المساقاة غير صحيح من وجهين:
أحدهما: قيام فارق، ولا قياس مع وجوده، وذلك لوجود الضرورة في مسألة المساقاة وعدمه في غيرها، فلا يلزم من المنع في غيرها - لعدم الضرورة - المنع هنا.

الثاني: أنا لا نسلم استثناء ثمرة قبل الإبار في مسألة المساقاة؛ لأن نصيب العامل باق في ملكه، ولم يدخل في البيع.
وصرح به اللخمي⁽¹⁾.

وزاد في الأم فقال: (ليس هذا عندي استثناء ثمرة قبل الإبار)⁽²⁾.

ولو كان في الزرع شجر متفرقة هي تبع له، جاز أن تشتط على ما اشتط في الزرع، ولا ينبغي أن يشترطها العامل لنفسه وإن قلت، بخلاف البياض⁽³⁾.

قوله: (شجر متفرقة وهي تبع).

القاسي: كونه تبعاً ليس بشرطٍ للإباحة، وإنما يعني: وإن كانت تبعاً، فلا يشترطها العامل لنفسه، بخلاف البياض.

قوله: (بخلاف البياض).

قيل: لأن السنة إنما وردت في إلغاء البياض، وأما إلغاء الشجر فلا.

(1) انظر: التبصرة، للرخمي، ص: 4727.

(2) انظر: المدونة (زايد): 305/8، و(السعادة/صادر): 19/12.

(3) التهذيب: 421/3-422.

وقيل: لأنها كمساقاة صنفين في حائط.

ومن أخذ حائطين مساقاةً على النصف، على أن يعمل أول سنة فيهما، ثم يرد أحدهما في العام الثاني، ويعمل في الآخر لم يجز؛ لأنه خطر (1).

قوله: (ومن أخذ حائطين...) المسألة.

هي دليل على التي قبلها.

وانظر ما تقدم في الخيار من المعارضة.







كتاب القراض



كتاب القراض

وتجوز المقارضة على النصف والثلث والرابع والخمس، أو أكثر من ذلك أو أقل. قلت: فإن أعطيته مالا قراضاً على أن الربح كله للعامل؟ قال: قال مالك رحمته الله فيمن أعطى لرجل مالا يعمل به على أن الربح للعامل، ولا ضمان عليه أنه لا بأس به، وكذلك المساقاة⁽¹⁾.

قوله⁽²⁾: (قلت: فإن أعطيته).

الشيخ: انظر! هل أجابه عن سؤاله؟

والظاهر أنه أجاب.

قال ابن عرفة: يحتمل أن يقال: اختصرها لعدم التصريح بالجواب؛ لأن المسؤول عنه الضمان، وهو غير مصرح به، لكنه في التي سمع الضمان مصرح بنفيه، فيكون الجواب باللزوم.

ويحتمل أن يقال: اختصرها [50/ب] لاستلزامها التناقض، فإن ظاهر ما هنا أنه لم يسمع من مالك جواباً صريحاً في مسألة السؤال، وكيف وقد صرح أول المساقاة.

ويحتمل أن يقال: كونه قراضاً فيه نظراً؛ لأنه خلاف المشروع.

أو يقال: لما يعطيه التشبيه من المساواة في الحكم، فيلزم أن ينفق من مال

(1) التهذيب: 514/3.

(2) قوله: (قوله) ساقط من (ع).

القراض في هذه الصورة كغيرها من الصور، كما هو في مسألة القياس.

وقد قال أبو حفص العطار: لا نفقة له⁽¹⁾.

قوله: (ولا ضمان عليه أنه لا بأس به)..

المتيطي: لو تطوع العامل بضمن المال، ففي صحة القراض خلاف بين

الشيوخ⁽²⁾.

وإذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين، جاز ذلك، ولا أحب لهما أن يرجعا فيه، ولا يقضى بذلك عليهما⁽³⁾.

قوله: (لا يقضى بذلك عليهما).

نحوه أو آخر الهبات.

المتيطي: لو رجعا فيه كان بينهما على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وإن رجع

أحدهما نفذ منه ما قابل حصة الآخر.

ومن قدم إلى الفسطاط وأخذ مالا قراضاً على أن يقيم يتجر به بالفسطاط وليست ببلده، فلينفق في مقامه؛ لأن المال حبسه بها، إلا أن يوطنها، أو ينتقل لسكناها، وإن لم يكن له بها أهل فلا نفقة له، ولو

(1) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار، ص: 94.

(2) المشدالي: ذهب أبو عبد الله بن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه أبي

المطرف بن بشير رحمته، وقال غيرهما: إنه لا يجوز.

ومال إليه ابن سهل، وفي العتبية ما يدل على القولين. انظر الوصايا من ابن سهل.

(3) التهذيب: 516/3.

خرج بالمال إلى بلد فنكح بها وأوطنها، فمن يومئذ تكون نفقته على نفسه⁽¹⁾.

قوله: (فنكح بها).

القابسي: يريد: ودعي للدخول؛ لأنه إذا دعي لزمته نفقة زوجته، فيكون حينئذ مستوطناً، ولا يكون بعقد النكاح مستوطناً.

ولو أخذ مالاً قراضاً بالفسطاط، وله بها أهل، فخرج به إلى بلد له بها أهل؛ فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه؛ لأنه ذهب إلى أهله، ورجع إلى أهله⁽²⁾.

قوله: (فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه).

انظره مع قوله أولاً: (ذاهباً وراجعاً)، وقد رجع في تلك إلى أهله؛ فهذا تناقض⁽³⁾، والفرق أنه في الأولى وجبت له النفقة بالشخص، فلا تسقط إلا بدخوله إلى أهله، وهذه لم تجب له نفقة قبل الرجوع.

قيل لمالك: إن عندنا تجاراً يأخذون المال قراضاً، فيشترون به متاعاً يشهدون به الموسم، ولولا ذلك ما خرجوا، هل لهم في المال نفقة؟ فقال: لا نفقة لحاج ولا لغازي في مال القراض في ذهاب ولا رجوع⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 517/3.

(2) التهذيب: 517/3.

(3) في (ع): (انتقاض).

(4) التهذيب: 518/3.

قوله: (قيل لمالك).

اختصرها لإشكال الجواب؛ لكونه ألقى في السؤال وصفاً مناسباً لإناطة النفقة به، وهو كونه لا حامل لهم على الخروج والسفر إلا ذلك، ومع هذا لم يعتبره.

ويحتمل أن يقال: اختصرها لإجمال الجواب، فإنه يستلزم عدم المطابقة للسؤال على بعض الوجوه.

بيأته: أن قوله: (لا نفقة لحاج) يحتمل أن يكون إنكاراً للخروج بهال القراض، وهو ظاهر كلام عياض.

ويحتمل أن يكون نفيًا للنفقة مع الإعراض عن جواز الخروج به، فيكون الجواب غير مطابق.

وأما الشيخ أبو الحسن المغربي فلم يقرر وجه الاختصار بشيء، لكن يؤخذ منه؛ لأنه⁽¹⁾ قال إثر قوله: (ولولا ذلك ما خرجوا) في الأمهات: (ما خرجوا فيما يُظنُّ بهم).

واختصره اللخمي: (لولا المال) فلم يصدقهم في أن أصل خروجهم للمال، ورأى أن الغالب السيرُ للحج، وأن التجر من باب الظنون، ولو قام دليلٌ على صحة ذلك كالفقير الذي لا يقدر على السفر، أو غير ذلك من الدلائل لكانت النفقة كلها، أو بعضها في مال القراض⁽²⁾.

(1) في (ع): (أنه).

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5249.

وإذا اشترى العامل سلعةً، ثم ضاع المال خَيْرَ ربه في دفع ثمنها، وتكون على القراض، فإن أبا لزم العامل الثمن، وكانت له خاصةً، وإن لم يكن له مالٌ بيعت عليه، فما ربح فله، وما وضع فعليه⁽¹⁾.

قوله: (ثم ضاع المال خَيْرَ رَبِّهِ...) المسألة.

تقرير الإشكال الوارد هنا أن نقول: القراض إما أن يكون منتقِضاً بضائع المال، فيلزم أن لا يكون لرب المال مقالٌ في السلعة إذا أراد العامل الاستقلال بها لنفسه، ولا يكون لرب المال عليه خيار، وليس كذلك؛ لأن ظاهر كلامهم أنه مهما أراد ربُّ المال دفعَ المال أُجبر، وإما أن يكون باقياً؛ فيلزم جبر رب المال على الخلف، وليس كذلك.

ولا يجوز للعامل أن يشارك بمال القراض أحداً، وإن عملاً جميعاً، فإن فعل ضمن، ولا يجوز له أن يشارك عاملاً آخر لرب المال، كما لا يستودع المودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة، ولا عند غيره⁽²⁾.

قوله: (كما لا يستودع المودع...) المسألة.

قد يقال: القياس غير صحيح؛ لأنه في الوديعة لم يجعل له إلا مجرد الحفظ، ولا امتناع في تخصيص فرد عن فرد، ولو تماثلاً في الأمانة.

وأما في مسألة القراض المقيسة؛ فللشك أن العامل أُجبر؛ لأن القراض إجارةٌ، والأجير لا نسلم أنه جعل له مجرد الحفظ فقط، بل والتصرف، وهو

(1) التهذيب: 522/3.

(2) التهذيب: 523/3.

يتعدى إلى المثل، ألا ترى أن الفسطاط المودع مثلاً لا يودع من مثل المودع، وقد نصّ في جعلها على جواز إجارتها من مثله⁽¹⁾، وإنما منعه في الثوب لعدم تحقق المائثة⁽²⁾.

ولا يبيع أحدهما من الآخر بيعاً يحاييه فيه، وإن كان في المال فضل، فإن فعل لم يجز⁽³⁾.

قوله: (لا يبيع أحدهما من الآخر بيعاً يحاييه فيه...) إلى قوله: (... لم يجز).
 الشيخ: يريد إن كان قائماً، وإن فات فلا يخلو من أربعة أوجه:
 إما أن يكون الربح في المالين.
 أو العكس.

أو يكون⁽⁴⁾ الفضل في مال المحابي، والخسارة فيما بيد المحابي.
 أو بالعكس⁽⁵⁾، فيضمن في وجهه، وهو إذا خسر المحابي.

ولا يُبْذَعُ العامل من المال بضاعة، فإن فعل ضمن، ولو أذن له رب المال في ذلك جاز، ما لم يأخذه على ذلك⁽⁶⁾.

(1) انظر: المدونة (زايد): 51/8، و(السعادة/صادر): 415/11، و(العلمية): 426/3.

(2) المشدالي: فيما قاله نظر.

(3) التهذيب: 523/3.

(4) قوله: (أو يكون) يقابله في (ع): (الثالث أيكون).

(5) قوله: (أو بالعكس) يقابله في (ع): (الرابع عكسه).

(6) التهذيب: 523/3.

قوله: (لا يُبْضِعُ العامل).

الللخمي: لأن العمل تعلق بعينه لا في ذمته، بخلاف المساقاة⁽¹⁾.

ويجوز للعامل أن يشترط على رب المال أن يعينه بعبده، أو دابته في المال خاصة لا في غيره، ولم يجزه عبد العزيز في الغلام. قال ابن القاسم: ولا يصلح لرب المال أن يشترط معونة عبد العامل أو دابته⁽²⁾.

قوله: (ولم يجز عبد العزيز).

طرفان وواسطة، فأحد الطرفين رب المال لا يجوز، والداية طرف يجوز، والواسطة الغلام.

المتيطي: سئل ابن عتاب عن دفع إلى رجلين قراضاً، وشرط أن يكون بيد أحدهما، وعلى ذلك انعقد القراض.

فأجاب: القراض جائز، والشرط لازم، ولا علة فيه تبطله، ولا شبهة توهنه.

دليله⁽³⁾: ما لابن القاسم في العتبية وغيرها، لا نعلم ما يعارضها.

ولا قول لأحد من أصحاب مالك يخالف قوله فيها، فصار ذلك كالإجماع منهم عليها، ونص ما في العتبية⁽⁴⁾ في سماع أصبغ: قال ابن القاسم⁽⁵⁾ - فيمن

(1) انظر: التبصرة، للرخمي، ص: 5264.

(2) التهذيب: 529/3.

(3) في (ع): (دليل).

(4) قوله: (ونص ما في العتبية) يقابله في (ش): (وهي قوله).

(5) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ش).

دفع إلى رجلين قراضاً فاختلفا في المال عند من يكون منهما - فإنه ينظر في ذلك إلى قول رب المال فيتبع، فإن اختلفا في البيع والاشتراء⁽¹⁾ وقال أحدهما: لا أراه، فلا بد لهما أن يجتمعا، وإلا ردَّ المال إلى ربه، وهذا ما لم يقبض، فإذا قبض فهو إلى من دفعه ربه عند العقد؛ إن دفعه إليهما معاً فمعاً، وإن كان لأحدهما فأحدهما، ولا كلام للآخر⁽²⁾ إذا كان يعلمه⁽³⁾.

ابن رشد في رسم (إن أمكنتني) من سماع عيسى⁽⁴⁾: حاصلُ هذا⁽⁵⁾ أنهم اتفقوا أنه لا يجوز لهما أن يقتسماه، فإن فعلا فهل يضمنان؟ أم لا؟ فيه خلاف⁽⁶⁾، واختلفوا أيضاً؛ إن لم يقتسماه إذا تشاحوا عند من يكون منهما ورب المال غائب أو ميت؛ لم يدفعه إلى أحدهما، ولا قبضه واحد منهما بعد، أو قبضه دون إذن⁽⁷⁾ ربه، أو دفعه إليهما معاً، ولم يبين به واحد منهما بعد، أو بان به دون إذن صاحبه.

ف قيل: إنه يقسم بينهما، وهو قول مالك في رواية علي.

(1) قوله: (البيع والاشتراء) يقابله في (ع): (الاشتراء والبيع) بتقديم وتأخير لا يؤثر في المعنى.

(2) قوله: (للآخر) ساقط من (ع).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 312، 313، والبيان والتحصيل: 402، 401/12.

(4) قوله: (من سماع عيسى) زيادة من "البيان والتحصيل" وهي ضرورة في هذا المقام.

(5) في (ش): (حاصله).

(6) قوله: (فإن فعلا فهل يضمنا أم لا؟ فيه خلاف) يقابله في (ع): (واختلفوا إن اقتسماه هل يضمناه أم لا).

(7) قوله: (إذن) ساقط من (ع).

وقيل: يدفع إلى أعدلهما، وهو قول مالك في الوديعة من المدونة⁽¹⁾ في الوصيين.

انظر تمامه⁽²⁾، ولم يشر إلى قضية ابن عتاب بشيء⁽³⁾.

وإن قارضت رجلاً على النصف، فلم يعمل حتى زدته مالاً آخر على النصف على أن يخلطهما فهو جائز. قيل: فإن زدته مالاً على الثلث؟ قال: لم يجز مالك دفع المائتين إليه أحدهما على النصف والآخر على الثلث إذا كان لا يخلطهما⁽⁴⁾.

قوله: (قيل: فإن زدته).

اختصرها لعدم مطابقة الجواب؛ لأنه سأله عن متعاقبتين، فأجاب بمن دفعهما مرة.

أو لكون شرط الحائط لم يذكره في السؤال، وذكره في الجواب باللزوم. وقول غيره: «إن باع بالنقد تعدى»، تتميمٌ ووافقٌ لقول ابن القاسم؛ لأن هذا الطرف - وهو أرباع - على خلاف مقتضى الشرط، الذي هو النسيئة، لم يتكلم عليه ابن القاسم، ولأنه يقول: فاسد على كل حال.

فإن قيل لم لم يسقط ويصح عقد القراض؟

أجيب: بأنه إنما ثبت إسقاط الشرط، وصحَّ العقد في العقود المبينة على

(1) قوله: (الوديعة من المدونة) يقابله في (ش): (وديعة المدونة).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 374/12، وما بعدها.

(3) المشدالي: انظر ابن سهل قرب تراجم الأكرية من أواخر البيوع.

(4) التهذيب: 530/3.

المكايسة بالأصالة، وعقد القراض مستثنى، فكل ما يبعده عن أصله أثر فيه،
والحجر يبعده.

قوله: (لم يميز إذا كان لم يخلطهما).

وغلَطَ ابنُ يونس هنا ابنَ مزينٍ في الحساب.

قال أبو محمد صالح: ومعرفة ما ذهب إليه ابن مزين [51/أ] أن تنظر أقل
عدد يقوم منه النصف والثلث تجده ستة، ثلثها للعامل، ونصفها لرب المال،
الباقي واحد يدعيه العامل تمام ربحه على المائة التي هي على النصف، ويدعيه
رب المال تمام ربحه على المائة التي هي على الثلثين، فلما تساوت دعواهما
تحاصفاً فيه.

وقال مرّةً أخرى: تأخذ أقل الأجزاء من النصف والثلث، فتنظر من أين
يقوم الثلث، فتعطي العامل من ثلثه، ولرب المال ثلثيه، ثم تنظر أقل مقام يقوم
منه النصف بعد ثلاثة فتجده أربعة، فتعطي العامل⁽¹⁾ نصفه اثنين إلى واحد،
صارت ثلاثة، ولرب المال اثنين إلى اثنين صارت أربعة إلى ثلاثة صارت
سبعة، وهذا بين، وكلاهما فيه نظر.

انظر: النكت⁽²⁾.

(1) قوله: (من ثلثه ولرب المال ثلثيه... العامل) ساقط من (ع).

(2) انظر: النكت والفروق، للصقلي: 134/2.

وإذا دفع العامل ثمن سلعة بغير بينة، فجحدته البائع وحبس السلعة، فالعامل ضامن، وكذلك الوكيل على شراء سلعة بعينها، أو بغير عينها، يدفع الثمن فيجحدته البائع، فهو ضامن، ولرب المال أن يغرمه إياها⁽¹⁾.

قوله: (وإذا دفع العامل ثمن سلعة... المسألة).

ابن رشد: في سماع عيسى⁽²⁾ قوله: إن الحميل دفع عشرة إلى الطالب من مال المطلوب بحضرته دون إشهاد، فأنكر الطالب أنه لا ضمان على الحميل⁽³⁾ الدافع؛ لأن التقصير من المطلوب الذي له المال إذا لم يشهد، بخلاف إذا كان الدفع بغير حضور المطلوب أن الدافع يضمن⁽⁴⁾، هذا كقولها في المقارض: (يدفع ثمن سلعة... المسألة⁽⁵⁾).

وإذا اشترى العامل أباه، أو من يعتق عليه، فإن كان قد علم وهو مليء عتقوا عليه، وغرم لرب المال رأس ماله، وحصه ربحه على ما قارضه، وإن لم يعلم وكان فيهم فضل فكذلك أيضاً، وإن لم يكن فيهم فضل لم يعتقوا ويبيعوا، وإن كان فيهم فضل ولا مال للعامل يبيع منهم لرب المال بقدر رأس ماله وحصه ربحه، وعتق ما بقي على العامل علم أو لم يعلم⁽⁶⁾.

(1) التهذيب: 538/3.

(2) قوله: (عيسى) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (الحامل).

(4) قوله: (الدافع يضمن) يقابله في (ع): (الضامن يدفع).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 316/11.

(6) التهذيب: 539/3.

قوله: (وغيرم لرب المال رأس ماله).

قال بعضهم: يريد يوم الحكم إلا أن يكون الثمن الذي اشتراه به أكثر، فيتبعه بالزائد في ذمته.

قوله: (فكذلك أيضاً).

التشبيه في مطلق الرجوع والعتق لا في صفة الرجوع، فإنه لا يرجع عليه هنا بالأكثر كالتي قبلها إذا كان عالماً.

وظاهره سواء كان ملياً أم لا، لكن سياق الكلام يدل أنه مليء.

قوله: (وإن كان فيهم فضل ولا⁽¹⁾ مال للعامل...) إلى قوله: (... علم أم لا).

أما قوله: (علم) فهو جارٍ مع قوله: (بيع...) إلى آخره.

وأما قوله: (أو لم يعلم) فحكمه حكم العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه وهو معسر، فلآخر أن يبقى حصته رقيقاً أو يعتقه، إلا أن يريد بيعه، وطلب ماله فله ذلك.

ومن أخذ من رجل مالاً فقال: هو في يدي وديعة أو قراض، وقال ربه: بل أسلفتك، فالقول قول رب المال مع يمينه، وإن قال العامل قراضاً، وقال رب المال: بل أبضعتك لتعمل به، فالقول قول رب المال مع يمينه، وعليه للعامل أجر مثله⁽²⁾.

قوله: (وقال ربه: بل أسلفتك، فالقول قول رب المال).

(1) في (ع): (إلا).

(2) التهذيب: 541/3.

سئل ابن لبابة ومحمد بن وليد عن رجل نازع يهودياً في ثوب باعه اليهودي، وادعى المسلم أنه باعه من اليهودي ولم يقبض ثمنه، وادعى اليهودي أنه سمسار أمره ببيعه، وبعته ورددت إليك ثمنه وأخذت أجرتي فقال: الذي يذهب إليه جُلُّ أصحاب مالك وسحنون⁽¹⁾؛ القول قول اليهودي مع يمينه.

وقالوا: كلُّ من أقر بشيء في أمانته فلا يتعدَّى إلى ذلك.

ابن سهل: قولها ههنا: (القول قول رب المال) إذا قال: قرض، والعامل: قراض، وقولها في الوكالات في مسألة الحنطة والتمر⁽²⁾ خلافُ هذا الجواب. ألا ترى أنه جعل صاحب المال هو المصدق!

والصواب أن يكون جوابهم في المسألة ينافي العتبية - في غير مسألتهم - في رجل أتى إلى رجل، فقال له: هات ثمن الثوب الذي بعته، فقال له: ما بعته ولكن أمرتني أن أبيعته، القول قول صاحب الثوب، ويحلف أنه ما باعه منه، يريد لينفي دعواه الوكالة فإن نكل حلف الآخر وبراً.

ابن سهل: زاد ابن لبابة زيادة لم تقع في الرواية، وهي قوله: (وقد ضاع

(1) المشدالي: قول سحنون المشار إليه هو قوله في ثالث رسم (العرية) من سماع عيسى من كتاب الدعوى فيمن قال لرجل: ادفع لي ثمن جاريتي التي بعته، وقال المطلوب: بل أودعتها. انظر تمامها في البيان.

(2) المشدالي: مسألة الحنطة والتمر التي أشار إليها هي قوله في الوكالات من المدونة: (قال مالك فيمن دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري له بها حنطة فاشترى بها تمراً وقال: بذلك أمرتني؛ فالقول قوله، ورب المال مدع)، وقاله: أشهب، قال أصبغ: وإليه رجع ابن القاسم بعد أن كان يقول: القول قول رب المال.

مني). انظر تمامه (1).

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 444.

وزاد المشدالي بعده: المشدالي: أنت ترى أن ما في المدونة موافق لجواب الشيخين لا مخالف له كما فهم الوانوغوي رحمته، ولم يأت ابن سهل بها إلا على أنها موافقة لفتواهما، وكذلك مسألة القراض إنما أتى بها لما روي عن مالك فيها أن القول قول العامل، فكأن الشيخين اعتمدا في جوابها على مسألة الوكالات وعلى ما روي عن مالك في مسألة القراض أن القول قول العامل.

قال ابن حبيب: ثم رجع مالك عن هذا إلى أن القول قول رب المال، وبه أخذ مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن وهب. قال ابن حبيب: وبه أقول، ورواه ابن وهب أيضا عن مالك في المبسوط.

المشدالي: وهذا هو مذهب المدونة الذي هو مخالف لجواب الشيخين. ولهذا قال ابن سهل بعد أن ذكر ما قدمناه: فقد ظهر بما أوردناه أن رب المال هو المصدق عند أكثر أصحاب مالك بخلاف ما قال ابن لبابة وصاحبه. المشدالي: وأما مسألة العتبية التي قال ابن سهل فيها إنها عين المسألة، فهي في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

وانظر: ابن سهل في مسائل الدعوى، وانظرها أيضاً في: الشيخ في كراء الدور، وما حكى ابن يونس عن بعض القرويين؛ لو قال: بعثها منك بعشرة، وقال الآخر: بل وهبتها.

وتأمل ما أشار إليه التونسي من الاعتراض على ما في كتاب محمد في مسألة دعوى الوكالة على البيع أنها يتحالفان وترد السلعة إلى ربهما بأنهما مقران على صحة البيع، لأن البائع يقول: بعثت لأنك أمرتني بذلك، ورهبا يقول: هي ملكك فبيعتك إياها صحيح، فلا ينقض البيع على التقديرين.

حكى هذا الاعتراض ابن يونس وابن رشد والشيخ.

وانظر: اللخمي في الوكالات والورقة الحادية عشر من بيوع جامع الأحكام.

قلت: ونحو جوابها في سماع أشهب من الدعوى - فيمن قال: لي عليك عشرة من ثمن سلعة بعثتها لك، وقال الآخر: لا، ولكن لك عندي عشرة وديعة وضاعت -: القول قول مدعي الوديعة؛ يحلف لقد ضاعت.

ابن رشد: هذا واضح؛ لأن مدعي ثمن السلعة مدعٍ فعليه البينة، والآخر مدعي عليه، ولا يؤخذ أحد بأكثر مما أقرَّ به على نفسه⁽¹⁾.

وسئل ابن رشد عن ادعى على رجل أنه باع منه طعاماً بثمنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ، فلما حلَّ الأجل وطلبه في الثمن، قال المطلوب: لم أشتري منك وإنما أخذته منك سلفاً. وهل يدخلها الخلاف الذي في مسألة من قال: أقرضتك وقال الآخر: أودعنتي وتلفتُ، فإنها نزلت ببعض الحكام وشبهها بها بعض من سأله عنها، وقال غيره: لا تشبهها، والقول قول مدعي السلف اتفاقاً.

والفرق: أن مدعي الوديعة لم يوجب في ذمته شيئاً للمدعي، وفي هذه قد أوجب في ذمته سلفاً طعاماً، فمن ادعى على الذمة خلاف ما اعترف به أو زائداً فعليه البيان؛ فأجاب: القول قول مدعي السلف من غير خلاف لما أشرت إليه من الفرق، وإن كانت العبارة غير جيدة.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/145، 146.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن رشد بإثر ما سبق: ولا اختلاف في هذه المسألة؛ لأن الذي ادعى عليه العشرة من الشراء ينكر أن يكون اشترى؛ فالقول قوله أنه ما اشترى منه شيئاً، بخلاف ما لو دفع إليه مئة أو عشرة، فقال الدافع: دفعتها إليك سلفاً، وقال القابض: بل وديعةً، فضاعت.

هذه يختلف فيها فيقول ابن القاسم: القول قول الدافع. ويقول أشهب: القول قول القابض، على أصله في أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقرَّ به على نفسه، وهو قول ربيعة ومالك في رواية ابن وهب.

وإذا قال العامل: رددت إليك رأس مالك والذي بيد ربح، وقال ربه: لم تدفع إليّ شيئاً، صدق رب المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البيّنة⁽¹⁾.

قوله: (وإذا قال العامل: رددت إليك رأس مالك...) المسألة.

قال المتيطي وغيره: لو قال رب المال للعامل: أين مالي؟ فقال: هو عندي منه شيء، ومنه غنم بموضع كذا؛ تمضي معي وأدفع لك الغنم وأعطيك الذي هنا.

فقال ابن عتّاب: عليه حميل بوجهه حتى يثبت ما ادعاه من موت الغنم، فإن لم يحميلاً فليلازمه الغلام حتى يثبت ذلك، ويعتزل جميع ما يوجد في منزله مما يثبت أنه للرجال، ويلازمه في ذلك كله الغلام.

وقال ابن أبي عبد الصمد: لا ضمان عليه، ولا يلازمه غلام؛ لأن مال القراض في الأمانة.

ابن سهل: والصواب عندي في هذه المسألة أنه يلزمه إحضار جميع المال، ولا يقبل منه ما ادعاه من موت الغنم؛ لقوله: «المال عندي» إذ وقفه عليه، وهو إقرار منه بجملته ولا يقبل منه دعواه في مجلسه أن بعضه ذهب بموت ولا غيره؛ لأنه لو قال بعد هذا للإقرار: «قد ذهب جميعه⁽²⁾»، وإنما قلت: «هو عندي» طمعاً في تأخير حتى أنظر في أمري وشبهه؛ لم يسمع منه، وقد ظهر لَدَدُهُ وَرَوَّغَانُهُ، ووجب عليه ضامنٌ به حتى يحضره. والله أعلم⁽³⁾.

(1) التهذيب: 542/3.

(2) في (ع): (جماعة).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 312.



كتاب الشركة

كتاب الشركة

وإذا اشترك ثلاثة نفر أتى أحدهم برحى، والآخر بدابة، والثالث بالبيت؛ على أن يعملوا بأيديهم، والكسب بينهم أثلاثاً، فعملوا على ذلك، وجهلوا أنه لا يجوز، فإن ما أصابوا يقسم بينهم أثلاثاً إن كان كراء البيت، والرحا والدابة معتدلاً، وتصح الشركة؛ لأن كل واحد منهم أكرى متاعه بمتاع صاحبه، ألا ترى أن الرحا والبيت والدابة لو كان ذلك لأحدهم، فأكرى ثلثي ذلك من صاحبيه، وعملوا جازت الشركة(1).

قوله: (ألا ترى أن الرحى والبيت).

في هذا الاستدلال نظراً؛ لأن الصورة المستدل عليها فاسدة؛ لعدم التقويم، وفي المستدل بها صحيحةٌ للتقويم، فلا يلزم من صحة الشركة فيها صحتها في الأولى.

وإن جمعا دابتهما على أن يكرياهما ممن أصابا والكراء بينهما، لم يعجبني ذلك، إذ لا يدوم ذلك، وقد يكري هذا ويبقى هذا، وكذلك على رقابهما، وقد تختلف الغايات، إلا فيما لا يفترقان فيه فيجوز(2).

قوله: (وقد يكري هذا ويبقى هذا).

(1) التهذيب: 549/3.

(2) التهذيب: 550/3.

قلتُ - وصَوَّبَهُ شيخنا أبو عبد الله بن عرفة - : تؤخذ من هنا مسألة طلب الزكاة، والاشتراك فيها؛ إنما تصح على مقتضى هذا التعليل إذا توجهنا لأندر واحد، وأما إن اشتركا على ما [51/ب] يجمعان فهو بينهما ويفترقان في الطلب فلا يجوز.

ألا ترى إلى أوله: (وقد يكرى هذا)، فشرط العلة قائمة فيهم؛ لأنه قد يصيب أحدهم دون الآخر؛ ولأن سعيهم هو رأس ما لهم وهو مختلف، والريح متساو.

وفي الطرر: على مسألة المدونة في البزاة بشرط واحد.

أما الشركة في الرقاب، أو الطلب واحد؛ قال في الاستغناء: لأن البزاة والكلاب يفترقان، وكذلك أهل السرايا إذا كان سيرهم وغارتهم في مكان واحد، وإلا لم يجز.

وإن عملا في المعدن معاً فأدركا نيلاً كان بينهما. قلت: فمن مات منهما بعد إدراكه النيلى؟ قال: قال مالك في المعادن: لا يجوز بيعها؛ لأنها إذا مات صاحبها الذي عملها أقطعها الإمام غيره، فأرى المعادن لا تورث⁽¹⁾.

قوله: (قلت: فمن مات منها بعد إدراكه النيلى...) المسألة.

قال في تعليقه القاسبي: ليس كذا في المدونة مفسراً بأنه مات بعد إدراك النيلى، وإنما سأله أسد عن ذلك، فقال:

قال مالك: (لا يبيع المعدن لأنه إن مات أقطع لغيره)، ففهم منه أبو محمد

(1) التهذيب: 551/3-552.

أن جوابه على ما أدرك نيله؛ بدليل: أن أسداً قنع.

واختصرها لإشكال الجواب، فإنَّ ظاهر الجواب أن ما أدرك من النيل وأخذ ونقل وحيز فحصل الموت بعد ذلك أنه لا يورث؛ بل ولو قسم تراب النيل.

ولذا قال التونسيُّ: جواب ابن القاسم؛ مُشكل.

قلت: بل الصواب ما في المدونة - ما سنقرر - وإنما اختصرها لعدم الجواب مطابقةً، وإنما هو باللزوم.

وتقريره أن يقال: استدل بعدم الملك على عدم صحة البيع، فالإرث والبيع فرع الملك، ولا ملك؛ فلا بيع ولا إرث.

بيان الملازمة: أن ما يمكن أن يتوهم ملكيته في المعدن إما الرقبة، أو المنفعة، أو الانتفاع.

فالأولان باطلان.

والثالث لا يصح فيه الميراث⁽¹⁾؛ لأن من حقيقته قصره على ذاتٍ، فلا يتعدى إلى غيرها.

وإلى هذا المعنى أشار في المدونة بقوله: (لأنه إن مات أقطعت لغيره)⁽²⁾؛ لأن الذي ملكه الإمام لهذا إنما هو الانتفاع ما دام حياً، فإذا مات لم يصح فيه حينئذ ميراث ولا بيع.

(1) قوله: (بيان الملازمة: أن ما يمكن أن يتوهم... الميراث) ساقط من (ع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 358/8، و(السعادة/صادر): 51/12، و(العلمية):

ومن علم الفرق بين مالِكِ المنفعة ومالك الانتفاع يتضح له هذا التقرير (1).

ولا بأس أن يشتركا بعرضين مختلفين، أو متفقين أو طعام وعرض، على قيمة ما أخرج كل واحد منهما يومئذ، فبقدره الربح والعمل، وإن اتفق قيمة العرضين المختلفين وعرفا ذلك في العقدة واشتركا بهما جاز، وهذا بيع لنصف عرض هذا بنصف عرض الآخر (2).

قوله: (لا بأس أن يشتركا بعرضين مختلفين...) المسألة.

قال في تعليقة القاسبي: انظر! هذا بيع وشركة إجازة؛ لأنه في نفس الشركة بخلاف مخرج مائة والآخر ألف؛ لا يجوز، ولو كان الصرف في نفس الشركة كما اعتلّ سحنون، وقد نفى بينها المناجزة.

قال ابن القاسم: ولا بأس أن يخرج هذا ذهباً وفضة، وهذا مثله من ذهب وفضة، وإن اشتركا بمالين سواء، فأخرج كل واحد ذهبه فصّرهما على حدة، وجعلا الصرتين بيد أحدهما أو في تابوته، أو خرجه فضاعت واحدة، فالذاهبة منهما، وإن بقيت صرة كل واحد منهما بيده، فضياعها منه حتى يخلطا، أو يجعل الصرتين عند أحدهما (3).

(1) المشدالي: قال القرافي: تملك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكّن غيره من الانتفاع بعوض - كالإجازة - وبغير عوض - كالعارية - انظره في الفرق الثلاثة.

(2) التهذيب: 3/554.

(3) التهذيب: 3/560.

قوله: (لا بأس أن يخرج هذا ذهباً وفضة... المسألة).

تقرير معارضتها لما في السلم الثالث أن يقال: المتعدد من الجانبين؛ إما أن يكون متماثلاً من كل وجه، فيلزم جواز مسألة السلم، أو يتفاوتاً فيمتنع في الشركة؛ إذ لا يجوز أصلاً⁽¹⁾ اختلاف رأس المال والتساوي في الربح على سبيل الشركة؛ إلا طوعاً.

الجواب: أنا لا نسلم التساوي في تقابل العوضين، ولو تساويا لما فعله عاقل، فلا بد من شيء زائد في أحد الجانبين اغتراه الأخير، وهو عين ربا الفضل المعنوي، فامتنع لذلك ما في السلم، ونحوه في الصرف؛ لأن ذلك الزائد يغتزيه كل واحد على سبيل المبايعة الحقيقية؛ ليستبد بها عن صاحبه، ولما فقد هذا المعنى في الشركة ضعف إتمامها؛ لعدم استبدادهما، ولعدم المبايعة الصريحة⁽²⁾.

وما ابتاع أحد المتفاوضين من بيع صحيح أو فاسد لزم الآخر، ويتبع البائع بالثمن أو القيمة في فوت الفاسد أيهما شاء⁽³⁾.

قوله: (وما ابتاع أحد المتفاوضين).

قلت: يؤخذ من هنا أن الوكيل إذا اشترى شراءً فاسداً لا شعور له به؛ أنه يلزم الوكيل في الفوات، كما لو تولى هو ذلك بنفسه ولا يضمن، وهو قوله

(1) قوله: (أصلاً) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: المسألة المعارض بها هي: مسألة مد من قمح وشعير بمثلها، الواقعة في أواخر السلم الثالث.

(3) التهذيب: 563/3.

كلام ابن محرز في الوكالات.

الطرر عن المشاور: إن أحبَّ أحد المتفاوضين القسمة، وكره الآخر وعليهما ديون، لم يقسما حتى يؤديا الديون؛ لأن⁽¹⁾ كليهما حميل بجميع المال، افترقا أم لا.

وفي المجالس: لهما أن يقتسما، ويأخذ كل غريم صاحبه بأداء ما عليه؛ مخافة أن يفلس، فيرجع عليه من الاستغناء⁽²⁾.

وإن تفاوضا بأموالهما في جميع التجارات، وليس لأحدهما مال دون صاحبه، فاشترى أحدهما من مال الشركة جارية لنفسه، وأشهد على ذلك، خير شريكه بين أن يجيز له ذلك، أو يردها في الشركة. قلت: فإن ابتاعها للوطء، أو للخدمة من مال الشركة، أتكون له أم في الشركة؟ قال: قيل لمالك: إذا كان كل واحد منهما يشتري الأمة من مال الشركة، فيطؤها ثم يبيعهها، ويرد ثمنها في رأس المال؟ قال: لا خير في ذلك⁽³⁾.

قوله: (قلت: فإن ابتاعها للوطء...) المسألة.

اختصرها لإشكالاتها من عدم الجواب، وإجمال السؤال، والجواب أيضاً.

أما إجمال السؤال فقوله: (اشتراها للوطء).

فهل معناه: بإذن الشريك؟

وهل معناه: ووطئ أم لا؟

(1) قوله: (لأن) ساقط من (ش).

(2) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 28/2.

(3) التهذيب: 564/3.

وهل معناه: اشترى للوطى لنفسه أو لشريكة؟

وهذه الاحتمالات كلها⁽¹⁾ في الجواب، ولهذا اعتنى الأشياخ بتفاصيلها؛ لعدم المساواة في الأحكام.

وإذا أودع رجل لأحدهما وديعة، فعمل بالوديعة تعدياً فربح، فإن علم شريكه بالعداء ورضي بالتجارة بها بينهما، فلهما الربح والضمان عليهما، وإن لم يعلم فالربح للمتعدي وعليه الضمان خاصة. وقال غيره: إن رضي الشريك وعمل معه، فإنما له أجر مثله فيما أعانه، وهو ضامن، وإن رضي ولم يعمل معه فلا شيء له، ولا ضمان عليه، ولا يوجب الرضا بذلك دون بسط اليد ضماناً ولا ربحاً، إلا من وجه قول الرجل للرجل: لك نصف ما أربح في هذه السلعة، فله طلبه بذلك ما لم يفلس أو يمت⁽²⁾.

قوله: (إلا من وجه قول الرجل للرجل).

ابن رشد - في سماع أصبغ من الشركة - : العِدَّةُ إذا كانت من غير سببٍ، المشهور عدم لزومها.

وقيل: تلزم، وهو ظاهر قول الغير في شركة المدونة؛ لأنه جعل ذلك (من وجه قول الرجل...) إلى آخره⁽³⁾.

قلت: وفي سماع عيسى من الأيمان بالطلاق - فيمن قال لامرأته: إن

(1) في (ع): (أيضا).

(2) التهذيب: 567/3.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 48/12.

ولدتُ غلاماً⁽¹⁾ فلك مائة، وإن ولدت جارية فأنت طالق - وقع الطلاق ولا يقضى عليه بالمائة؛ لأنها ليست ههنا بصدقة ولا هبة.

ابن رشد: حُمل قوله - في المائة - محمل العِدَّة لَمَّا لم يقل: "في مالي"، ولا ذكر أنه صدقة ولا هبة ولا عطية.

فلذا⁽²⁾ قال: "لا يقضى بها"؛ لأنها ليست على سبب هو من فعل الموعود، والأظهر اللزوم، ويحمل أنه أراد "من مالي" فيحكم عليه بها ما لم يمت أو يفلس.

قال غيره في شركة المدونة في الذي يقول: (لك ما أربح... المسألة. وإنما العِدَّة أن يقول: "أنا أفعل"، وأما إذا قال: "قد فعلت" فهو عطية. وقوله: (لك كذا)، هو أشبه بـ "قد فعلت" لا بـ "أنا أفعل"⁽³⁾.

ولو استعار رجل دابةً ليحمل عليها غلاماً له، فربطها في داره وأتى أجنبي، فحمل عليها ذلك الغلام نفسه فعطبت، كان ضامناً؛ إذ لم يأذن له ربها ولا وكله المستعير⁽⁴⁾.

قوله: (فحمل عليها ذلك الغلام).

الشيخ⁽⁵⁾: انظر! ضمَّته مع حصول المستعار له.

(1) قوله: (غلاماً) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (فإذا).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 183/6.

(4) التهذيب: 568/3-569.

(5) في (ع): (ابن رشد).

وهل هو (1) النقض في العلل، وهو وجود العلة ولا حكم؟ أو يقال: العلة في المسألة الأولى التي نفى عنه الضمان مركبة من وصفين (2).

وإن مات أحد المتفاوضين، فأقر الحيّ منهما أنهما رهنا متاعاً من الشركة عند فلان، وقال ورثة الهالك: بل أودعته أنت إياه بعد موت ولينا، فللمرتهن أن يحلف مع شاهده الحي ويستحق الجميع رهناً، فإن أبي فله حصة المقر رهناً (3).

قوله: (فللمرتهن أن يحلف مع شاهده).

قلت: تقرير إشكال هنا أن يقال: قد قرر أهل المذهب أن وجود الرهن بيد المرتهن وتقارره مع الراهن لا يكون موجباً لاختصاص المرتهن به في فلس الراهن وموته، وجعل هنا قول الراهن كافياً، فيلزم مثله في غير الشريك، وحينئذ ظهر عدم صحة الاستدلال؛ لخلو مسألة الاستدلال من هذا المعنى، فتأمل، ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [سورة الصافات آية: 96].

وإن جحد أحد المتفاوضين الشركة، فأقام عليه الآخر البينة، فهلك المال بيد الجاحد في الخصومة، فإنه ضامن لحصة الآخر؛ لأنه كالغاصب يمنعه (4).

(1) قوله: (وهل هو) يقابله في (ع): (وهذا).

(2) المشدالي: يعني استعمالها فيما استعيرت له، وكون المستعمل هو المستعير أو من أقامه مقامه، وهذا الوصف الثاني مفقود في الثانية، لذلك أوجب عليه الضمان؛ لانتفاء علة سقوطه بانتفاء أحد جزأها، فلا نقض في العلة. والله أعلم.

(3) التهذيب: 572/3.

(4) التهذيب: 573/3.

قوله: (لأنه كالغاصب لمنعه).

قال في نوازل سحنون من الرهون - فيمن ادعى قِبَل رجلٍ حقاً فقضي له به عليه، فسأل المَقْضِيَّ عليه المَقْضِيَّ له أن يؤخره ويجعل في يده رهناً حيواناً، ففعل، فمات الحيوان عند المرتهن، فأقر المَقْضِيَّ له - أن دعواه وما قضي له به كان باطلاً.

قال أشهب: هو ضامن للرهن؛ [52/أ] لأنه أخذ منه رهناً في غير حقه، فكأنه غصبه إياه.

ابن رشد: قول أشهب في هذه المسألة أن المرتهن ضامن للحيوان صحيح؛ لأنه أقر على نفسه بالعداء على الراهن، ولو قامت بينة للراهن على بطلان ما ادعاه قبله لانبغى أن يلزمه ضمان؛ إذ لم يأخذه على الضمان، ولا ادعاه⁽¹⁾ ملكاً لنفسه، بخلاف الأمة تكون بين الشريكين فيجحد أحدهما نصيب صاحبه منها، ويدعيها ملكاً لنفسه، فتموت عنده ثم يقيم شريكه البينة أنها بينهما.

فقيل: إنه يضمن، وهو ظاهر ما في آخر شركة المدونة، إذ لم يفرق في ذلك بين الحيوان وغيره.

وروى أصبغ عن ابن القاسم: لا ضمان في الحيوان⁽²⁾.

انظر تمامه⁽³⁾.

(1) في (ش): (ادعى).

(2) البيان والتحصيل: 108/11 - 109

(3) المشدالي: قال ابن عرفة في ترجمة الاستحقاق من المختصر: ولو خاصم المستحق في الإبان، وحُكِم له بعد ذهابه، ففي كون الكراء للأول أو للمستحق قولان.

وخرجها المازري على الخلاف في المترقيات هل يعتبر الحكم بها يوم ثبوت سببها أو يوم حصولها؟ ومنه من أعتق عبده في سفره فقدم فأنكره، وقدم من شهد عليه فحكم عليه، هل يقدر الحكم يوم أعتق؟ أو يوم ثبت؟ فيها اختلاف فيه، وقد يقال: إن كانت مخاصمة المستحق منه بما له وجهٌ فالكراء له، وإن كانت بباطل واضح فهو لمستحقها. وحضرت فتوى اللخمي لقاض - فيمن دعت زوجها للبناء بها، فأنكر النكاح، فأثبتته - بأنه إن خاصم الزوجة بتأويل وشبهة فلا يطالب بالنفقة أيام الخصام، وإن خاصمها بباطل واضح، قضي لها بالنفقة.

المشدالي: وانظر في رسم (حمل صبياً) من سماع عيسى، من كتاب الاستحقاق - فيمن ادعى على رجل أنه استودعه أمة أو غضبه إياها، فيجحد ذلك، ثم تموت الأمة، ويقدم المدعي بعد موتها بينة بالإيداع أو الغصب أنه ضامن.

وانظر رسم (قطع الشجر) من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى.

كتاب الأفضية

كتاب الأفضية

قلت: لا خفاء في جلالة هذه الخطة، وكونها أعظم الخطط وأعلها ذكراً، وعلى القاضي مدار الأحكام، وإليه النظر في جميع وجوه القضاء، ولا نزاع في كثرة عوائقها ومصائبها، وحق لها ذلك؛ إذ حُفَّتِ الجنة بالمكاره، وأجْرُك على قدر نَصْبِكَ.

ولا امتراء في صحة ما في سماع أشهب من الأفضية.

قال ما نصه: وقال عمر بن حسين: ما أدركنا قاضياً استُقِضِيَ بالمدينة، إلا وكأبة القضاء وكراهيته في وجهه؛ إلا قاضيان سَمَّاهما⁽¹⁾.

ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقرٌ إلى حفظٍ واسع، وإطلاعٍ بارع، وإدراكٍ جيدٍ نافع؛ وخصوصاً المدونة، فإن فيها رزمةً وافرةً فيما يرجع إلى اقتناص الأحكام.

ومن كُتِبَ الأحكام المتيطية فإن فيها جملةً صالحةً، والتوفيق بيد الله تعالى. وروي أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه كتب إلى عدي بن أرطأة عامله بالبصرة أن اجمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فول القضاء أنفذهما، فجمع عدي بينهما، وقال لهما ما عهد به عمر إليه.

فقال له إياس: سَلْ عني وعن القاسم فقيهي المصر؛ الحسن وابن سيرين، - وكان القاسم يأتي الحسن وابن سيرين، وكان إياس لا يأتيهما - فعلم القاسم

(1) البيان والتحصيل: 187/9، والمقدمات الممهدة: 257/2.

أنه إن⁽¹⁾ سألتها أشارا به، فقال له: لا تسأل عني ولا عنه، فوالله الذي لا إله إلا هو إن إياس بن معاوية أفقه مني وأعلم بالقضاء، فإن كنتُ كاذباً فما⁽²⁾ عليك أن تولّيني وأنا كاذب، وإن كنتُ صادقاً فينبغي لك أن تقبل مني قولي. فقال له إياس: إنك جئت برجلٍ وأوقفته على شفا جهنم فنجّى نفسه منها بيمين كاذبة؛ فيستغفر الله منها، وينجو مما يخاف.

فقال له عدي: أما إنك إذ فهمتها فأنت لها، فاستقضاه.

قلتُ: وحق علينا حينئذ التبرك برسالة سيدنا ومولانا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه التي كتبها لقاضيه أبي موسى الأشعري، وقد اعتنى بها كثيراً من المصنّفين كالميتطي وابن المناصف وغيرهما، وفيها كثير من الأحكام والآداب ونصها:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس: سلام عليكم، أما بعد؛ فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، وأنفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له.

وأس⁽³⁾ بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك.

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

(1) قوله: (إن) ساقط من (ش).

(2) في (ش): (ما).

(3) في (ع): (أس).

والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً.
ولا يمنعك قضاء قضيتَه اليوم فراجعتَ فيه عقلك وهُديتَ فيه إلى
رشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خيرٌ من التماهي
على الباطل.

الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة، ثم اعتبر
الأشباه والأمثال فقس الأمور على ذلك، واعمد إلى أقربها عند الله
وأشبهها بالحق.

واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينةً أمدأ ينتهي إليه؛ فإن أحضر بينة
أخذت له بحقه، وإلا استحلتت عليه القضية، فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى.
المسلمون عدوٌ لبعضهم على بعض؛ إلا مجلوداً في حدٍ أو مجرباً عليه
شهادة زور، أو ظنينا في ولاء أو نسب، فإن الله تولى منكم السرائر ودرأ بالبينه
والأيمان.

وإياك والقلق والضجر، والتأذي بالخصوم، والتنكر عند الخصومات،
فإن الحق في مواطن الحق يُعظّم الله به الأجر، ويحسن عليه الذُّخر؛ فمن
صحت نيته وأقبل على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تخلق للناس بما
يعلم الله أنه ليس من نفسه، شأنه الله، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه،
وخزائن رحمته! والسلام⁽¹⁾.

(1) المقدمات الممهدة: 267/2 - 268.

وإذا قضى القاضي بقضية فيها اختلاف بين العلماء، ثم تبين له أن الحق غير ما قضى به، رجع فيه، وإنما لا ينقض ما حكم فيه غيره مما فيه اختلاف⁽¹⁾.

قوله: (وإنما لا ينقض ما حكم فيه غيره).

قلت: ظاهر المدونة أن المفتي له أن يفتي بخلاف ما حكم به القاضي. وهو جواب ابن عتاب وابن القطان في مسألة ابن حاتم المحكوم عليه بالزندقة؛ فأفتى فقهاء طليطلة بقتله بعد الإعذار إليه، فقبله القاضي وحكم به وأمضاه، وكتب فيها إلى ابن عتاب وابن القطان فأجابا بقتله دون إعذار.

قال ابن سهل: جواب ابن عتاب وابن القطان غير سالم من الوهم أو الغفلة؛ لأن القاضي قد أخذ بقول من شاور من فقهاء طليطلة، ولم يختلف عليه واحد منهم بالإعذار، وحكم به، وصار من باب حكم - قضى به قاض - فيه خلاف، فلا يجوز لمن بعده التعرض له، ولا له نقضه، ولا خلاف في هذا في المذهب.

واختيار ابن عتاب وابن القطان⁽²⁾ غير موافق للمذهب، والذي أفتيتُ به في هذه القضية هو ما قاله فقهاء طليطلة، وهو ثبوت الإعذار⁽³⁾.

قلت: وظاهر قول ابن سهل أن المفتي ليس له أن يفتي بخلاف ما قضى به القاضي إذا كان يعلم ما قضى به.

(1) التهذيب للبرادعي: 575/3.

(2) قوله: (ابن عتاب وابن القطان) يقابله في (ع): (الشيخين).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 712، 713.

وما فعله ابن عتاب وابن القطان يدل على جوازه.
وهو صواب؛ لأنه⁽¹⁾ فتوى لا حكم، حتى يستلزم نقض حكم قاض.

ولا تبطل شهادته إلا أن يعرف كذبه فيما شهد به، فترد شهادته في هذا،
وفي غيره⁽²⁾.

قوله: (ولا تبطل شهادته إلا أن يعرف كذبه).

وقال في السرقة: هم على الكذب حتى يعرف صدقهم.

ابن رشد: وهو خلاف، ويؤخذ منه أن الشاهد محمول على غير العدالة
حتى يُعدَّل⁽³⁾.

(1) في (ش): (لا).

(2) التهذيب للبراذعي: 576/3.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 80/10.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن رشد في رابعة سماع يحيى من الشهادات، قال في هذه
الرواية وفي سماع زونان: إنه لا يجوز للقاضي أن يكتب في تعديل من شهد عنده إلا أن
يرضى حاله ويثق باحتياطه.

ولم ينص في شيء من ذلك هل يلزمه أن يكتب إليه في تعديل من شهد عنده إن كان
من أهل الثقة والرضى؟ أو لا يلزمه؟

والذي أقول به أنه يلزمه ذلك إن كان ذلك القاضي من أهل عمله، ولا يلزمه ذلك
إلا أن يشاء إن لم يكن من أهل عمله، إلا أن يكون المطلوب في حقِّ هو الله، من طلاق
أو عتق وشبهه؛ لأنه يلزمه أن يحتاط في الفروج بما يجد إليه السبيل من الكتاب إلى من
يعلم عدالته من القضاة.

وأما إن لم يكن فيه حقُّ فلا يلزمه السؤال عن الشاهد إلا في موضعه، ويستحب له أن
يكتب إلى أهل عمله من القضاة والعدول موضعَ الشاهد؛ لأن الكشف عن البيئة علي

زاد في الواضحة: ليس تعديل الشاهد إلى المشهود عليه، وإنما ذلك إلى الحاكم⁽¹⁾.

وفي الكافي: أن عدالة المشهود عليه للشهود، كإقراره بالحق يقضى به عليه، ولا يقضى به على غيره حتى يعدلوا⁽²⁾.

قلت: فما في الكافي [52/ب] في نقل أبي إبراهيم هذا يقوِّي صحة نقل ابن الحاجب في قوله: "ولو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصة"⁽³⁾.
ويضعف اعتراض ابن عرفة عليه في مختصره⁽⁴⁾.

القاضي الذي شهدت عنده، فإذا عجز عن ذلك كلف المشهود لهم تزكيتهم عنده.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 273/8.

وزاد المشدالي بعده: ما أشار إليه الوانوغِيُّ عن الواضحة ذكر الشيخ أبو الحسن أنه يقوم من قوله في كتاب السرقة: (ولا يقضي القاضي بينة حتى يزكوا عنده وإن لم يطعن فيهم الخصم).
وفي هذه الإقامة نظر.

(2) انظر: الكافي، لابن عبد البر: 959/2.

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 692.

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 493/ب.

وزاد المشدالي بعده: قال: قال ابن الحاجب: "ولو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصة"، ولا أعرف هذا الفرع لأحد من أهل المذهب، ونقله ابن شاس وابن الحاجب يقتضي أنه نصّ فيه، فإلله أعلم هل وقفا عليه في المذهب نصاً؟ أو إنما وجداه للغزالي فظناً أنه جارٍ على أصول المذهب؟

وهذا القدر لا يبيح إضافته للمذهب نصاً، ولهما مثله كثير، وفي جريه على المذهب نظر؛ لأنه إقرار متناقض، فيجب طرحه؛ لبطلانه بتناقضه.

وتقريره أن الخصم إن أقر بحقيقة ما شهد به صار موجب الحكم عليه إقراراً، وقد

ولا تجوز شهادة المعزول على ما حكم به (1).

قوله: (لا تجوز شهادة المعزول... المسألة).

قلت: قال في سماع أصبغ عن ابن القاسم (2) في القاضي يشهد على قضاء قضي به - وهو معزول، أو غير معزول - ويرفعه إلى إمام غيره؛ أن شهادته لا

فرضناه بينة هذا، خلاف إن نفى حقيقة ما شهد به؛ كان حاكماً عليه بالكذب عمداً أو تغفلاً، وكلاهما مناف للعدالة المعتبرة في الحكم.

المشدالي: قد يقال: لا نسلم الحصر؛ لجواز النسيان، وهو لا ينافي العدالة.

قال ابن عرفة: فإن قلت: قد نص عليه أبو عمر في آداب القضاة من كافي.

قال ما نصه: إن شهد عند القاضي شهوداً لم يعرفهم، واعترف المشهود عليه بعدلتهم، قضي بهم عليه إذا لم يكذبهم، ولا يقضى بهم على غيره إلا بتعديل.

قلت: قوله: (إذا لم يكذبهم) يُصَيِّرُ المسألة إلى الإقرار، لا الحكم بالبينة.

وقال المتيطي إثر قول أبي عمر: قال أصبغ: إذا رضي الخصمان بشهادة من لا يعرفه القاضي لم يحكم بها.

ولابن عتاب - من الاستغناء - عن ابن كنانة: إن شهد من عدله رجل على من عدله لم يكف تعديله؛ لأنه رضي بشهادته بتعديله، وزيادة أبي عمر: (لم يكذبهم)، لم يذكرها ابن الحاجب.

المشدالي: وحكى ابنُ يونس في آخر كتاب الشهادات الثاني عن المجموعة عن ابن الماجشون في الخصمين عند الحاكم، أو عند من حكّماه، يسألانه أن يقضي بينهما بشهادة من لا يقبله الحاكم، فلا ينبغي ذلك له، وقد يُقتدى به، وقد يعدل بذلك، بل يقول لهما: ما علمتما من شهادته فاجعلاه إقراراً منكما، فأحكّم به.

(1) التهذيب للبراذعي: 577/3.

(2) قوله: (قال في سماع أصبغ عن ابن القاسم) يقابله في (ع): (قال ابن القاسم في سماع أصبغ).

تجوز، ولا يجوز في ذلك إلا عدلان غيره أنه قد قضى به.

ابن رشد: هذه المسألة وقعت في بعض الروايات وهي صحيحة، وفيها معنى خفي، وهو أن قول القاضي وهو في قضائه: حكمتُ لفلان بكذا وكذا، لا يصدق إذا كان قوله بمعنى الشهادة؛ مثل أن يتخاصم الرجلان عند القاضي فيكون من حجته أن يقول: قد حكم لي قاضي بلد كذا وكذا، وقد ثبت لي عند قاضي بلد (1) كذا وكذا، فيسأله البيهقي (2) على ذلك، فيذهب إليه فيأتيه من عنده بكتابه؛ أي قد حكمت لفلان بكذا وكذا، أو أنه (3) قد ثبت عندي لفلان على فلان كذا وكذا، فهذا لا يجوز؛ لأنه على هذا شاهد.

ولو أتى الرجل ابتداءً إلى القاضي فقال له: خاطب لي قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان، أو بما حكمت لي به عليه، فخاطبه بذلك لجاز؛ لأنه ههنا مخبرٌ وليس بشاهد.

كما (4) يجوز قوله وينفذ فيما يسجل به على نفسه ويشهد به من الأحكام.

وقد وقع لابن الماجشون ومطرف وأصبغ في أقضية الواضحة ما يعارض رواية أصبغ هذه (5)، وقد ذكرناه في سماع ابن القاسم (6).

(1) قوله: (بلد) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (البراءة).

(3) قوله: (أنه) ساقط من (ع).

(4) قوله: (كما) ساقط من (ش).

(5) قوله: (هذه) ساقط من (ع).

(6) البيان والتحصيل: 287/9 و 288.

سئل مالك عن أشياء قضت فيها ولاية المياه، فرأى أن تجوز إلا في جَوْرٍ بَيْنَ، وكذلك والي الفسطاط أمير الصلاة إن حكم⁽¹⁾.

قوله⁽²⁾: (قضت فيها ولاية المياه...) المسألة.

المتيطي: اختلف الشيوخ في أحكام ولاية الكور مثل القواد، فأمضاه أبو إبراهيم، ولم يجزها اللؤلؤي حتى يجعل له مع القيادة النظر في الأحكام. واستحسن ابن أبي زمنين إن كان للكورة قاضيٌ قد أفرد للأحكام أنه لا يجوز حكم الولاية، وإلا جاز حكمهم⁽³⁾.

قال عن بعضهم: هذا هو الصواب.

ابن هشام: قال ابن القاسم: ولاية المياه أمراءٌ عليها، وليسوا بقضاة.

محمد: يريد ابن القاسم أن مالكا لم يكشف الذين كانوا يسألونه عما قضى به ولاية المياه إن كانت فوّضت إليهم الحكومة مع الإمارة، أم لا. وكأنه كان يذهب إلى أنه لو لم يجز لهم الحكم حتى تفوض إليهم الحكومة مع الإمارة⁽⁴⁾ لكشف مالك عن ذلك.

(1) التهذيب للبراذعي: 578/3.

(2) قوله: (قوله) ساقط من (ع).

(3) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1143/2، والبيان والتحصيل، لابن رشد: 172/9.

(4) قوله: (أم لا؟ وكأنه كان يذهب إلى أنه لو لم يجز لهم الحكم حتى تفوض إليهم الحكومة مع الإمارة) ساقط من (ع).

ولا تجوز شهادة القُسام على ما قسموا، وإذا اقتسم الورثة ثم ادعى أحدهما الغلط فذلك مذكور في كتاب القسم (1).

قوله: (لا تجوز شهادة القُسام (2)). المسألة.

قلت: قيدها ابن رشد، فقال: معنى قولها: (لا تجوز شهادة القُسام (3))؛ إذا كان القاضي الذي أرسلهم قدم مات أو عزل فلم تجز شهادتهم، كما لا تجوز شهادة القاضي بعد عزله فيما حكم فيه (4).

وأما شهادتهم عند القاضي الذي أرسلهم فجائزة.

قلت: وصرح الباجي بهذا المعنى عن ابن الماجشون.

وقال ابن حبيب: هو تفسير لقول.

قلت: قال سحنون: لا يجوز ولو بأمر قاضي؛ لأنها شهادة على فعله (5).

فهذا يقوي أنه خلاف، لا تفسير.

قوله: (ثم ادعى أحدهم غلطاً).

ابن رشد - في سماع ابن القاسم من البيوع - : اختلف إن ادعى الغلط في

بيع المساومة؛ وزعم أنه اختلط له بغيره - وهو ذو أثواب كثيرة - فقيل: إنه

بمنزلة بيع المرابحة، وهو ظاهر ما في أقضية المدونة.

(1) التهذيب للبراذعي: 579/3.

(2) في (ع): (القاسم).

(3) في (ع): (القاسم).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 197/9.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 326/8.

وقيل: البيع لازم.

وكذلك اختلف أيضاً في الجهل بصفة المبيع؛ مثل أن يبيع الحجر بالثمن اليسير، وهو ياقوت، ثم يدعي أنه لم يعلم أنه ياقوت.
وأما الجهل بقيمة المبيع، فلا يُعذر به واحد من المتبايعين إذا غبن في بيع المكايسة.

هذا هو ظاهر الكتاب⁽¹⁾.



(1) انظر: البيان والتحصيل: 257/7.

كتاب الشهادات

كتاب الشهادات

ولا تجوز شهادة المغني والمغنية والنائحة إذا عُرفوا بذلك⁽¹⁾.

قوله: (لا تجوز شهادة المغني ولا المغنية).

القاسبي: كان بآلة أو بغير آلة⁽²⁾.

وأما شهادة سامع الغناء، فجائزة ما لم يُدْمِن على ذلك.

ولا يجوز نقل واحد عن واحد مع يمين الطالب في مال؛ لأنها بعض شهادة شاهد، والنقل بعينه ليس بمال فيحلف عليه من الناقل، ولو أُجيز ذلك لم يصل إلى قبض المال إلا بيمين، وإنما قضى النبي ﷺ في الأموال بشاهد ويمين واحدة⁽³⁾.

قوله: (لا يجوز نقل واحد عن واحد... المسألة).

ثم علله بثلاث علل:

البعضية.

وكون النقل ليس بمال، ولو أُجيز لكان على خلاف السنة.

واليمينان اللذان أشار إليهما؛ كونه يحلف أنه ما نقل شاهدي إلا حقاً،

(1) التهذيب: 584/3.

(2) في (ش): (لا).

(3) التهذيب: 586-587/3.

ويحلف لقد شهد شاهدي بحق.

وهذا خلاف السنة، وهذا يرد أحد الأقوال في الشاهد الواحد على الجرح أن ولاية الدم يحلفون خمسين يميناً لقد جرحه، ويحلفون خمسين يميناً لقد مات من ذلك الجرح، وهذا أيضاً خلاف السنة؛ لأنه إنما قال النبي ﷺ: «تحلفون خمسين يمينا، وتستحقون دم صاحبكم»⁽¹⁾.

(1) المشدالي: القول بالقسامة مع شاهد الجرح هو لابن القاسم في كتاب الديات. والقول بعدم القسامة له - أيضاً - في العتبية في سماع يحيى، واختار سحنون الأول. قال ابن عبد السلام: إذا قلنا بالقسامة بشهادة الواحد بالجرح أو الضرب فهل يكتفى بخمسين يمينا؛ لقد ضربه، ولمات من ضربه؟ أو يحلفون يمينا واحدة لقد ضربه، ثم يحلفون خمسين يمينا؛ لمات من ضربه؟ وقد يجري على الحقوق المالية في الاستحقاق بشاهد واحد، هل يجمع في يمينه بين فصلي تصحيح شهادة الشاهد والاستحقاق؟ أو يحلف لكل واحد من الفصلين يمينا مستقلة؟ في ذلك نظر.

المشدالي: فعلى التقدير الأول لا مخالفة للسنة، وأما على التقدير الثاني فواضح. قال ابن عرفة بعد أن ذكر ما سبق من كلام ابن عبد السلام: ظاهر كلام ابن رشد أو نصه أنه يحلف على الجرح والموت منه في كل يمين من الخمسين. وقوله: "قد يجري على الحقوق المالية، يقتضي أن الحكم فيها عنده واضح، فقوله أخيراً: "فيه نظر"، خلاف ذلك.

المشدالي: إذا قلنا: الإشارة في قوله: "في ذلك نظر" إلى الأجزاء لا إلى حكم الحقوق المالية، لم يلزم ما ذكرتم. ثم قال ابن عرفة: وفي ترجمة جامع الدعاوي من ابن سهل: من قام له شاهدٌ واحدٌ باستحقاق شيء حلف مع شاهده أن حقه لحق، وحلف ما باع ولا وهب ولا خرج من يده بوجه، فجعل عليه يمينين. قاله ابن حبيب عن مطرف وأصبخ.

قال مالك: وتجوز شهادتهن في المواريث إذا ثبت النسب بغيرهن، وإنما جازت في اختلافهم في الميراث؛ لأنه مال، والنسب معروف بغير شهادتهن⁽¹⁾.

قوله: (تجوز شهادتهن في المواريث).

قال بعض الشيوخ: صورة المسألة أن يثبت النسب بغيرهن، ويشهدن أن هذا مال الميت.

ابن يونس: قال ابن الماجشون: معنى المسألة: إذا ثبت نسب رجل

وفي رسم الرهون من الرهون مثله، والذي جرى به العمل جمع الدعاوى في اليمين الواحدة.

وكان شيخنا ابن عثاب يقول: من وجبت عليه يمين في دعوى وردت عليه يمين فلا بد له من يمينين، وحكاه عن شيخه أبي المطرف وغيره من الشيوخ، وخالفه في ذلك أبو عمر القطان.

المشدالي: انظر ابن سهل في الترجمة المذكورة من الأول.

وقال في ترجمة تداع في زرع: إذا اجتمعت للطالب على المطلوب، فإنها يحلف يميناً واحدة لا يميناً لكل دعوى، فهذا شاهدتُ العمل به وفيه نزاع.

وذكر الشيخ في التخيير يحلف المناكر يمينين ما علم أن ما فعلته البتة ولا رضيته، ويمين أنه نوى واحدة. قال محمد: يمين واحدة يجمع ذلك فيها.

قال الشيخ: يتخرج القولان للموثقين من هنا فيمن اجتمعت عليه أيمان في فصول.

المشدالي: وفي أحكام الباجي: من وجبت عليه يمينان من حكمين مختلفين فلا بد له من يمينين، مثل أن يجب اليمين على المدعى عليه وتجب له يمين على المدعى فيردها عليه. من المفيد.

(1) التهذيب: 588/3.

بغيرهن، فيشهدن على عدد الورثة، و(1)أنهن لا يعلمن له وارثاً إلا فلاناً، فتجوز شهادتهن مع رجل، أو مع يمين الورثة(2).

ابن أبي زمنين: لو ترك الميت أخوين فيشهد النساء أن أحدهما أقرب للميت بأم، فيحلف، ويستحق الميراث(3).

ابن رشد عن فضل: أو يكون الورثة ولد وولد، فيشهدن لبعض أنه ولد ولده، وأن هذا أبعد بدرجة. الشيخ: هذا أحسن ما فيه.

قال مالك: وتجوز شهادتهن في الموارث إذا ثبت النسب بغيرهن، وإنما أجزى في اختلافهم في الميراث؛ لأنه مال، والنسب معروف بغير شهادتهن، وتجوز في قتل الخطأ لأنه مال. قال ربيعة وسحنون: إنما أجزى في قتل الخطأ، والاستهلال ضرورة لفواتهما، وأما الجسد فهو يبقى، فإن شهد رجلان على رؤية جسد القتيل والجنين، وإلا لم تجز شهادتهن(4).

قوله: (قال ربيعة وسحنون: إنما أجزى في قتل الخطأ...) المسألة.

القاسبي: الذي لربيعة إنما هو في الاستهلال فقط.

قلت: قال ابن رشد في سماع عيسى من العتق:

(1) في (ش): (أو).

(2) انظر: النكت والفروق، للصقلي: 150/2.

(3) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 198/1.

(4) التهذيب: 588/3.

أما شهادة النساء في المرأة تلد وتموت هي وولدها في ساعة؛ على أيهما مات
أولاً؛ فلا خلاف أنها تجوز.

وأما على أنه ذكر أو أنثى؛ فلا تجوز على قول ربيعة وسحنون في المدونة:
(إن شهادتهن لا تجوز على الاستهلال)، وقتل⁽¹⁾ الخطأ إلا مع حضور
البدن⁽²⁾.

قلت: فقد فهم ابن رشد أن ربيعة يقول بقول سحنون، خلاف ما أشار
إليه القاسبي، ولو كان كما قال القاسبي لتعقبها عبد الحق.

هذا؛ وإن كان لا يلزم من عدم تعقبها عبد الحق عدم تعقبها لغيره، إذ
فوق كل ذي علم عليم، لأننا نقول ما قلناه من كون عبد الحق اعتنى بذلك -
وهو صريح كلام ابن رشد المتقدم - ظاهرٌ في ضعف ما أشار إليه
القاسبي.

قال أشهب وغيره: لا تجوز شهادة الصبيان في القتل، ولا تجوز شهادة
الإناث، قال المخزومي: إن الإناث تجوز شهادتهن، وإن شهادة
الصبيان في القتل جائزة⁽³⁾.

قوله: (لا تجوز شهادة الإناث).

القاسبي في الديات: الجواز؛ كقول المخزومي.

(1) في (ع): (وكذا قتل).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 26/10.

(3) التهذيب: 589/3.

قال سحنون: الوصية والوكالة ليستا بمال، إذ لا يحلف وصي أو وكيل مع شاهد رب المال؛ إذ المال لغيرهما⁽¹⁾.

قوله: (إذ لا يحلف وصي...)، ثم قال: (إذ المال لغيرهما).

قيل: هذا استدلال⁽²⁾ في غير محل النزاع؛ لأن النزاع⁽³⁾: هل الوكالة مال؟

أم لا؟ في كون يمينه لا تصح؛ لكون [أ/53] المال لغيرهما.

قلت: ويصح أن يقال: لا نسلم أنه نصب الدليل في غير محل النزاع، بل

هو في محل النزاع.

بيانه أن معنى قوله: (إذ المال لغيرهما)، إمّا: إذ استحقاق المال لغيرهما أو

ملكه، ومفهومه الحقيقي⁽⁴⁾ أمرٌ عَدَمِيٌّ؛ أي الوصي غير مالك أو غير مستحق،

فهو في قوة الموجبة المعدولة المقتضية لحمل أمر عدمي على موضوع، ولا خفاء

حينئذ على هذا التقدير.

والبيان أن مفهوم غير مالك، أو غير مستحق ليس بمال، فقد استدل بها

ليس بمال على ما ليس بمال، فقد نصب الدليل حينئذ في محل النزاع.

ولا امتراء في لطافة هذا الكلام ودقته.

(1) التهذيب: 591/3.

(2) في: (ع): (الاستدلال).

(3) قوله: (لأن النزاع) ساقط من (ش).

(4) زاد بعده من (ع) قوله: (في).

وإن شهدن لرجل أن فلاناً أوصى له بكذا جازت شهادتهن مع يمينه، وامرأتان في ذلك، ومائة سواء، يحلف معهن ويستحق، ولا يحلف مع امرأة واحدة(1).

قوله: (وامرأتان ومائة سواء).

اللخمي: هذا على وجه المبالغة، ولا يستويان؛ لأن المائة يفدن العلم.

المغربي: انظر! هل يُسَلَّم له هذا؟

قلت: لا؛ لأنهن وإن أفدن العلم، فلا بد من اليمين، فكثرة العدد على هذا

حكمه مساوٍ لحكم العدد القليل.

وإن شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة؛ ضمن المال، ولم يقطع، ولو شهد عليه بالسرقة رجل واحد حلف الطالب، وضمن له السارق ولم يقطع(2).

قوله: (وإذا شهد رجل وامرأتان بالسرقة...) المسألة.

قلتُ لشيخنا أبي عبد الله بن عرفة رحمته الله وصوبه -: هذه المسألة يتعلق بها

البحث من وجهين:

الأول أن يقال: ندعي أنه قد(3) يؤخذ منه مسألة؛ وهي: لو شهد رجلٌ

وامرأتان على رجل بطلاق زوجته، وقد كان عليه صداقها على الحلول.

(1) التهذيب: 591/3-592.

(2) التهذيب: 592/3.

(3) قوله: (قد) زيادة من (ع)..

قلنا: لا يحكم عليه به إلا بالموت.

والفرق⁽¹⁾ أن الشهادة تبطل في الطلاق، وتصح في حلول الصداق.

وكذا لو شهد رجل وامرأتان على رجل بطلقة وتصيير لداره في صداقها، أنها تصح في التصيير لا في الطلاق، فكما بعض هنا الشهادة، وأعملها في المال دون القطع.

قال: وعندي أن الأخذ أحروي؛ لأنه قد اختلف الشيوخ في القضاء به بدون الطلاق، فكيف مع هذه الشبهة⁽²⁾.

البحث الثاني؛ أن يقال: هذه المسألة على خلاف قواعد الأصوليين والمنطقيين:

أما الأصوليون؛ فقد قالوا: العلة إذا أوجبت حكماً متساويين لزم من ثبوت أحدهما ثبوت الآخر.

وهنا القطع والضمان حكمان للسرقة؛ ثبت أحدهما، وهو الضمان دون القطع.

وأما المنطقيون؛ فقد علمت أنهم قرروا أن وجود الملزوم يلزمه وجود لازمه، فيلزم على هذا وجود القطع لوجود السرقة.

قلت: ويتضح هذا بذكر فرق ابن المناصف في هذا الباب.

(1) في (ع): (والفراق).

(2) المشدالي: اختلفوا على ثلاثة أقوال: يفرق في الثالث بين الطلب لحاجة فيقضى به أو لسبب المشاورة والشحناء فلا يقضى به.

انظر ابن عرفة في النكاح، وانظر في الورقة الحادية عشرة من جامع الأحكام فإنه زاد قولاً رابعاً في المسألة.

وتقرير السؤال - الذي استلزمه فرقه - أن يقال:

قال في المدونة: (إذا شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت الضمان وانتفي القطع)⁽¹⁾.

ولو شهد رجل وامرأتان على أداء نجوم الكتابة كلها، أو أن فلاناً باع أمته من زوجها، أو باع عبداً ممن يعتق عليه، صحّت الشهادة ولو ترتب عليها العتق وفسخ النكاح.

وفي كلا الموضوعين شهادة بشيء يتعلق بالأبدان.

الفرق بينهما أن وجود التضمين لا يستدعي القطع حتى لا يتم إلا به، ويستحيل ثبوتها دونه، وكذا في أخواته. اهـ.

قلت: فكأنه يقول: قول الأصوليين في الاستدلال بثبوت أحد الوجهين على الموجب الآخر، إنما ذلك إذا كان بينهما تلازم، أما إذا فقد التلازم، فلا يلزم من وجود أحدهما وجود الآخر؛ كالقطع والضمان⁽²⁾.

قلت: هنا نكتتان:

إحدهما: أن الشهادة إذا بطل بعضها للتهمة بطل جملتها، بخلاف إذا بطل

(1) انظر: المدونة (زايد): 143/11، و(السعادة/صادر): 285/16، و(العلمية): 541/4، 542.

(2) المشدالي: يريد بخلاف الأداء والعتق في مسألة الكتابة، وبخلاف الملك والعتق في مسألة شراء من يعتق عليه، فإن الحكمين متلازمان، بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر، فلذلك لم يصح تبعض الشهادة فيها، وقد يقال: ثبوت التلازم يقضي بطلان الشهادة رأساً؛ لأن الشهادة إذ ذاك كأنها متعلقة باللازم وهي لا تجوز فيه، وقد يجري على الخلاف في مسألة التكفير باللازم، إذ المدرك واحد والله أعلم.

بعضها للسنة، ومسألتنا ههنا من هذا القبيل.

الثانية: قال غير واحد: المراد من الضمان هنا ضمان الغصب والتعدي، لا ضمان السرقة، وهو مذهب ابن القاسم.

ومن أقام شاهداً بمائة دينار ديناً، وشاهداً بخمسين، فإن شاء حلف مع شاهد المائة وقضى له بها، وإلا أخذ خمسين بغير يمين⁽¹⁾.

قوله: (فإن شاء حلف مع شاهد المائة).

القاسبي: انظر! على ماذا يحلف، هل على جميع المائة؟ أو على الخمسين الزائدة؟

وقد قالوا: إنه إذا حلف ورجع شاهد الخمسين أنه لا غرم عليه، فكأنه إنما حلف على المائة.

وقيل: يغرم خمسة وعشرين.

ومن أودعك وديعةً فشهدت عليه أنه تصدق بها على فلان، أو أقرّ بها له، حلف فلان مع شهادتك، واستحقها إن كان حاضراً، وإن غاب لم تجز شهادتك إن كانت غيبة تنتفع أنت بمثلها في المال⁽²⁾.

قوله: (حلف فلان مع شهادتك).

القاسبي: يريد: ما لم تدفعها إليه، فإن دفعها إليه لم تجز شهادتك؛ لأنه صار متعدياً.

(1) التهذيب: 592/3.

(2) التهذيب: 594/3.

قلت: وفي سماع أبي زيد فيمن له على رجل عشرة دنانير، فشهد الذي عليه الحق على صاحب العشرة أنه أقر أنها ليست له، وأنها لفلان، وشهد أيضاً بذلك رجل آخر.

قال: لا تجوز شهادة الذي عليه الحق، ويحلف فلان مع شاهده ويأخذها.

ابن رشد: لا تجوز شهادة الذي عليه الحق لأنه شاهد لنفسه، وسواء كان الطالب المشهود له حاضراً أو غائباً، بخلاف ما إذا⁽¹⁾ كان حاضراً ليس في الذمة، مثل أن يقال للرجل: المال الذي دفعه إليه فلان هو لفلان، أو أن الشيء الذي وضعه على يديه فلان قد تصدق به على فلان، فهذا يفرق فيه بين أن يكون المشهود له حاضراً أو غائباً، على ما في شهادات المدونة وغيرها⁽²⁾.

وسئل مالك عن قوم شهدوا على السماع في حبس على قوم، وأنهم يعرفون أن من مات منهم لا يدخل في نصيبه زوجته، وتهلك ابنة الميت، فلا يدخل فيه ولدها ولا زوجها. قال: أراه حبساً ثابتاً وإن لم يشهدوا على أصل الحبس، ولم يذكروا ذلك كله وذكروا من السماع ما يستدل به فذلك جائز⁽³⁾.

قوله: (وأنهم⁽⁴⁾ يعرفون أن من مات منهم...) المسألة.

الشعبي والإشبيلي: ظاهر المدونة إن لم يشهدوا بأنها تحترم⁽⁵⁾ بحرم

(1) قوله: (إذا) زيادة من (ع).

(2) البيان والتحصيل: 226/10.

(3) التهذيب: 597/3.

(4) في (ش): (وهم).

(5) في (ش): (تحرم).

الأحباس أن شهادتهم غير عاملة.

ابن سهل: قال ابن عتاب: شاهدت عند أبي بكر ابن ذكوان القاضي قد شاور في عقد حبس قد كان أبو عمر الشاطبي كتبه، وفيه: "يعرفون الدار التي بموضع كذا حبساً من تحببيس فلان، وأنها تحترم بحرم الأحباس وتحاز بها تحاز به الأحباس.

فقال ابن عتاب لابن ذكوان: ليس هذا العقد بشيء، ولا يجوز به (1) حكمٌ إلا بعد ثبوت ملك المحبس، وموته، ووراثته، والإعذار في ذلك (2).

الطرر: قال ابن رشد في مختصر الحريرية: إنهم إذا لم يشهدوا أنها تحترم بحرمة الأحباس إلا على السماع، فليست بشهادة عاملة.

وقال في الطرر أيضاً (3): رأيتُ في كتاب الاستغناء ما يقتضي أنه إذا سقط من العقد لفظ (4) المعرفة، فإنها تحاز بها يحاز به الأحباس، وتحترم بحرمة أن الشهادة عاملة (5).

وإن حلف المطلوب ثم وجد الطالب بينة فإن لم يكن علم بها قضي له بها، وإن استحلفه بعد علمه ببيته تاركاً لها، وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له، وإن قدمت بيته (6).

(1) في (ع): (فيه).

(2) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 171.

(3) في (ع): (لفظاً).

(4) في (ع): (لفظان).

(5) انظر: مختصر ابن عرفة: 509/أ.

(6) التهذيب: 599/3.

قوله: (تاركاً لها).

قال ابن سهل: سألت ابن عتاب عن قال لغريمه أنا رضى بيمينه يحلف على ما شاء، ثم يرجع عن رضاه، وأراد إقامة بينة على حقه؟ فقال: ليس قوله [53/ب] أنا أَرْضِي بيمينه إسقاطاً لبينته، وله الرجوع عن مقاله والقيام ببينته حتى يفصح، ويصرح بترك البينة. وهو ظاهر شهادات المدونة هنا، وظاهر المدونة أنه إن⁽¹⁾ لم يحلف لم يلزمه رضاه بيمينه، ولو صرح بترك البينة، إلا أن يقال: إن مراده بقوله (احلف)؛ أي: أراد إحلافه. وأفتى ابن رشيقي⁽²⁾ في مسألة ابن عتاب بأنه إذا رضى بيمينه عالماً ببينته - وهي حاضرة - أنه لا رجوع له⁽³⁾.

ومن ادعى قِبَل رجل ديناً أو غصباً أو استهلاكاً، فإن كان عُرف بمخالطته في معاملته، أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي والغصب، نظر فيه الإمام؛ فإما أحلفه، أو أخذ له كفيلاً حتى يأتي بالبينة، وإن لم تعلم خلطته أو تهمته فيما ذكر لم يعرض له، ولا تجب اليمين حتى تثبت الخلطة، وكذلك قال السبعة من فقهاء التابعين⁽⁴⁾.

قوله: (ومن ادعى قِبَل رجل غصباً...) المسألة.

(1) قوله: (إن) ساقط من (ع).

(2) في: (ش): (رشد)

(3) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 510.

(4) التهذيب: 600/3.

ابن عتّاب: مذهب مالك فيمن ادعى عليه بهال من مبيعة، أو غيرها أن اليمين لا تجب عليه إلا بخلطة وملاسة.

ومن ادعى عليه غصب أو سرقة، لا تجب عليه اليمين إلا أن يكون متهاً بذلك.

ومن ادعى عليه أنه قذفه لم تجب عليه⁽¹⁾ يمين إلا أن تشهد بينةً بمنازعة كانت بينهما وتشاجر، فتجب اليمين حينئذ.

ودعوى المرأة والعبد الحرية والطلاق؛ لا يمين بمجردا. هذا مذهب مالك.

ومنهم من أوجبها بنفس الدعوى، وذلك قليل، ومنه قوله: في دعوى القاتل العفو⁽²⁾.

قلت: وعلى هذا القليل عمل القضاة والحكام في زماننا⁽³⁾.

وقال⁽⁴⁾ ابن عتّاب أيضاً في ضابطٍ آخر: مذهب مالك أن كل دعوى لا تلحق اليمين فيها بمجردا حتى يقارنها سبب فإذا قارنها سبب لحقت اليمين،

(1) قوله: (عليه) ساقط من (ش).

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 77.

(3) المشدالي: قال ابن عرفة في فصل الخلطة من المختصر: قال ابن رشد في سماع أصبغ: مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة.

قلت: ومثله لابن حارث، ونقل ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة.

قلت: ومضى عمل القضاة عندنا عليه، ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام عن بعضهم أنه كان لا يحكم بها إلا إن طلبها المدعى عليه.

(4) في (ش): (وحتى).

والأسباب تختلف، بعضها أقوى من بعض (1).

قلت: فعلى هذا تجب اليمين في دعوى الإقالة.

وقد قال ابن سهل: كان ابن عتاب يقول: لا تجب اليمين لمدعي الإقالة على المدعى عليه فيها، إلا أن يأتي بشبهة يقوي بها ظنه.

وشاهدته يفتي بذلك.

وقال: في ذلك اختلاف.

وكذلك كان يقول ابن القطان: لا يمين ولا شبهة.

قال ابن سهل: وأنا أترجح في ذلك، والفقهاء لحاقها، لا سيما على مذهب من لم يراع الخلطة ويوجه اليمين ابتداءً بمجرد الدعوى، فاليمين في هذه الصورة أقوى؛ للمعاملة التي فيها الإقالة (2).

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 77.

(2) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 457.

وزاد المشدالي بعده: أما الضابط الذي ذُكر عن ابن عتاب فقد حكاه عنه ابن سهل بكماله في فصل الخلطة من الجزء الأول.

وأما ما حكاه عن ابن عتاب في عدم توجه اليمين في دعوى الإقالة فقد ذكره ابن سهل في ترجمة (تداع في دابة وإقالة)، من باب الدعاوى من الجزء الثاني.

وزاد إثر قوله: "والفقهاء لحاقها"، ما نصّه: إلا أن الناس يبدوا باطلهم في دعوى ذلك إذا طلبوا بثمن المبيع منهم، ويجعلونه باباً من أبواب اللدد والعدول عن الإنصاف، فإن كان مدعي ذلك ممن يظن به طلب الباطل؛ كلف الشبهة، وإن كان ممن يظن به أنه مُحقٌّ في دعواه لصالح حاله وتترُّه عن الباطل؛ فاليمين لاحقة في ذلك إن شاء الله.

المشدالي: وأجاب ابن رشد عن اليمين في دعوى الإقالة، فقال: هي من باب دعوى المعروف، وقد كان بين شيوخنا في ذلك اختلافٌ؛ فمنهم من ذهب إلى أن ما وقع في

قلت: والمسألة أشار إليها عياض في الديات (1).

الأمهات من ذلك اختلاف قول، وأن فيها قولين؛ جملةً من غير تفصيل، ومنهم من ذهب إلى أن ذلك ليس باختلاف، وأن المعنى في ذلك أن الشيء المدعى فيه إن كان بيد المدعي أو كان له به سبب وجبت له اليمين على المدعى عليه، وإن لم يكن بيده ولا كان له فيه تسبب لم تتوجه عليه اليمين، وهو تفصيل حسن له وجه من النظر، وهو رعي الخلاف في وجوب الحكم بما لم يقبض من الهبات، فالأظهر في دعوى الإقالة وجوب اليمين؛ إذ لا خلاف في وجوب الحكم بها إلا أن يدعي أنه أقاله فيها قبل التفرق بالأبدان فتضعف اليمين في ذلك؛ مراعاةً لقول من يقول: إن البيع لا يلزم إلا بالتفرق بالأبدان.

المشدالي: وقال الباجي: من ادعى على رجل هبة معينة، فظاهر المذهب أن لا يمين على المدعى عليه.

وقال ابن الجلاب: عليه اليمين، فإن نكل حلف المدعي وأخذها، وأما ما في الذمة كمن عليه دين يدعي على ربه أنه وهبه له، فالظاهر أن عليه اليمين، ويحتمل أن يقسم قسمة أخرى، وهو أن يقال إن كانت الهبة بغير يد الموهوب فلا يمين على الواهب، وإن كانت بيد الموهوب فعليه اليمين؛ كانت معينة أو في الذمة، ويصحح هذا التقسيم أن من استحق عرضاً بيد رجل لم يحكم له حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب.

(1) انظر: التنبيهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 2179.

وزاد المشدالي بعده: عند قوله في الكتاب: (وإن ادعى القاتل أن ولي الدم عفا عنه فله أن يستحلفه).

وقد نقل كلامه الشيخ أبو الحسن، وأشار إلى النظائر. فانظره هناك.

ومن ادعى عبداً بيد رجل، وأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع أنه عبده، أو أقام بينة تشهد أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي، وإن لم تكن شهادة قاطعة، وله بينة ببلد آخر، فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بيته لتشهد على عينه عند قاضي تلك البلدة فذلك له (1).

قوله: (وأقام شاهداً عدلاً...) المسألة.

في سماع أصبغ فيمن ادعى نكاح امرأة، وهي تحت زوج، فأقام شاهداً واحداً أنه تزوجها قبل هذا الزوج؛ فإنه يعزل عنها حتى يتبين الأمر. ابن رشد: هذا على معنى ما في المدونة من توقيف العرض المدعى فيه بالشاهد الواحد (2).

وقال ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر، إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى أو أسكن أو أعار ونحوه، ولا حيازة على غائب. وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» (3).

قوله: (عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ).

قال ابن رشد في سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: معنى الحديث عند أهل العلم في قوله ﷺ «هو له»؛ أي: أن الحكم يوجه له بدعواه (4).

(1) التهذيب: 601/3.

(2) البيان والتحصيل: 82/5.

(3) التهذيب: 609/3-610.

(4) البيان والتحصيل: 145/11.

وانظر تفاصيل الحيازات في هذا السماع فإنها حسنة.
المتيطي: مَنْ أُحْدِثَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ، وَسَكَتَ عَشْرِينَ، وَلَا مَانِعٌ؛ فَلَا قِيَامَ لَهُ
بَعْدَ هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَهُوَ كَالِاسْتِحْقَاقِ.

وهو مذهب ابن القاسم، وقاله ابن الهندي، وابن العطار⁽¹⁾.

وقال أصبغ: عشرين سنة.

وبالأول القضاء، إلا أن يكون المحدث عليه⁽²⁾ صغيراً أو مولىً عليه فلا
يضره السكوت ولو طال، إلا إذا سكتوا هذه المدة بعد زوال المانع⁽³⁾.

ومن قامت له بيعة أنه ابن فلان الميت، لم يستحق ميراثه حتى يقولوا:
"لا نعلم له وارثاً غيره"، وكذلك إن شهدوا مع ذلك بأن هذه الدار لأبيه
أو جده، فلا تتم الشهادة حتى يقولوا: لا نعلم أنها خرجت من ملكه
إلى أن مات، وتركها ميراثاً لهذا، وإنما لا نعلم له وارثاً غيره⁽⁴⁾.

قوله: (ومن قامت له بيعة... المسألة).

في سماع أشهب: سأل ابنُ كنانة مالكا عن كتب القضاة ترد علينا⁽⁵⁾
بشهادة قوم يشهدون إننا⁽⁶⁾ لا نعلم وارثاً لفلان بأرض مصر إلا فلاناً، وذلك

(1) انظر: وثائق ابن العطار، ص: 372.

(2) قوله: (عليه) ساقط من (ش).

(3) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 86/2، 87، تبصرة الحكام، ولابن فرحون، ص:
403.

(4) التهذيب: 610/3

(5) في (ع): (عليه).

(6) في (ع): (أن).

الميت مات بإفريقيّة؟

قال: اكتب إليه أن لا تجوز شهادتهم إلا أن يقولوا: نشهد إنا لا نعلم لفلانٍ وارثاً من الناس في شيء من الأرض، فيرفع إليه ويحلف، ولا أرى أن يدفع ذلك لو كيّله إذا قدم عليهم بالغرب.

ابن رشد: قوله: "لا يدفع لو كيّله" غير صحيح، كيف لا؛ ولا خلاف في جواز ذلك إذا ثبتت الوكالة على سنتها⁽¹⁾.

الميتطي: قولنا في العقد في الملك: إن ذلك لم يخرج عن يده ولا فوته بوجه من وجوه الفوت إلى أن توفي وأورث ذلك ورثته، ولا يعلمون مع ذلك أن⁽²⁾ أحداً من ورثته أزال ملكه عن شيء من ذلك بوجه إلى حين شهادتهم هذه، ويجوزونها بالحدود. إلى آخره.

قال ابن العطار: إذا استحق شيء بشهادة شهود؛ فلا بد أن يقولوا: لم يفوت ذلك في علمهم إلى حين شهادتهم، وإن لم يقولوا ذلك تمت شهادتهم⁽³⁾.

وقاله ابن الفخار.

وقال بعض الفقهاء: لا تتم حتى يقولوا: ماله وملكه لا يعلمونه فوته، ولا خرج عن ملكه⁽⁴⁾.

(1) البيان والتحصيل: 463/9 - 464

(2) في (ش): (كان).

(3) انظر: وثائق ابن العطار: ص 546.

(4) انظر: وثائق ابن العطار: ص 546.

ابن العطار: وأما إن شهد والورثة يطلبون ذلك عن موروثهم، فلا بد من هذه الزيادة وإلا بطلت، ولو لم يقولوا ذلك في ملك الورثة لتمت الشهادة دون تلك الزيادة.

قلت: وهذا المعنى هو الذي قاله بعض شرّاح المدونة؛ إن قوله: فلا تتم الشهادة حتى يقولوا: لا نعلم أنها خرجت من ملكه، إن هذا شرط صحة في وثيقة الميت، وشرط كمال في وثيقة الحي.

والفرق بينهما أنه في الميت يحلف الوارث على العلم، وفي الحي على البتّ. الطرر: إذا قالت البينة: إنه ابن فلان الميت ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره بطلت الشهادة وسأل وينظر. قاله في شهادات المدونة.

وقال في الأفضية: (يسأل وينظر)⁽¹⁾، ولم يقل: تبطل شهادتهم.

وقال المشاور في الاستغناء: يستأنى به عشر سنين، فإن لم يأت له طالب استحلف، ودفع إليه المال ويضمنه.

يريد: بشهادة عليه؛ وليس بحميل؛ خوف أن يطرأ وارث آخر.

قال ابن القاسم: وإن قالت البينة: لا ندري كم الورثة، لم يقض لهذا بشيء من الدار ولا ينظر إلى تسمية المدعي للورثة، وتبقى الدار للذي هي في يده حتى يثبت عدد الورثة ببينة⁽²⁾.

قوله: (وإن قالت البينة: لا ندري كم الورثة).

(1) انظر: المدونة (زايد): 498/8، و(السعادة/صادر): 142/12، و(العلمية):

.11/4

(2) التهذيب: 611/3.

الطرر: قال ابن زرب - فيمن هلك وأحاط بميراثه زوجته وبنوه منها، فشهد الشهود أنهم يعرفون عين الزوجة ولا يعرفون أعيان البنات - : إن الشهادة جائزة.

واستدل على ذلك برواية عبد الملك بن الحسين في سماعه من النكاح.

وقال: لو شهد الشهود أنهم يعرفون أعيان البنات، لا عين الزوجة؛ لم تصح الشهادة؛ لأن البنات محمولات على الحجاب، ولذلك يعذر الشهود في ذلك وتنفذ شهادتهم، والزوجات لسن بمحمولات على الحجاب⁽¹⁾ كالبنات، ولذلك فرقتُ بينهما⁽²⁾.

ابن رشد: ليس هذا الفرق بصحيح، ولا فرق في هذا بين الزوجات والبنات، والذي جرى به العمل: أنه لا يكلف الحاكم الشهود على الموت والوراثة الشهادة على أعيان الورثة ابتداء؛ لا الزوجة، ولا غيرها، حتى يحتاج إلى الإعذار إليهم فيما يثبت عليهم، أو على الميت [54/أ] الذي ورثوه، فحينئذ يكلف الشهود الشهادة على أعيانهم ليعذر إليهم.

فإن لم يثبتوا أعيانهم لم يصح له الحكم عليهم إلا أن يثبت أعيانهم⁽³⁾ عنده بغيرهم، وكذلك إن ماتوا أو غابوا؛ هذا الذي لا يصح سواه⁽⁴⁾.

(1) قوله: (ولذلك يعذر الشهود في ذلك وتنفذ شهادتهم... الحجاب) ساقط من (ع).

(2) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 168/2.

(3) قوله: (ليعذر إليهم، فإن لم يثبتوا أعيانهم... أعيانهم) ساقط من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 59/5.

وزاد المشدالي بعده: قال صاحب مفيد الحكام بعد أن ذكر مثل ما تقدم عن ابن زرب: وانظر! إن مات الزوج، وقامت المرأة تطلب ميراثها منه، وأنكرها ورثته، ولم تقف

البينة على تعيينها، أو أنكر الزوج النكاح ولم يعين الشهود المرأة، فظاهر قول مالك أن ذلك سواء لا يفتقر إلى تعيين النساء، وأن الموارث واجبة بكل حال، حكاها ابن مزين من رواية عيسى عن ابن القاسم، وقد نزلت بقرطبة فحكم فيها بهذا. المشدالي: قال برهان الدين: فتلخص من هذا الكلام أن الزوجة حكمها حكم البنات، لا يلزم الشهود أن يعرفوا عينها في استحقاق الميراث. المشدالي: وهذا هو اختيار ابن رشد كما تقدم.

انظر الفصل الثامن من القسم الثالث من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول من تبصرة الحكام.

المشدالي: وأما مسألة العتبية التي استدل بها ابن زرب فهي المسألة الثانية من سماع زونان - وهو عبد الملك بن الحسن - قال: سألت ابن القاسم عن زوج ابنته البكر ولا ولد له غيرها، فموت الأب، فتزعم الابنة أنها ليست ابنته، وأنها كانت يتيمة عنده، وتتفي من الميراث، ولا بينة للزوج أنها هي بعينها إلا سماعاً من الأب أن له ابنة بكراً، فشا ذلك للناس، ولا يشتها الشهود، هل يلزمها النكاح؟ أو لا؟ وكيف إن كان لها إخوة غير عدول فشهدوا أنها أختهم، ما الأمر فيه؟ وما يصنع بنصيبتها من الميراث؟

وكيف إن قبلت قولها ولم تلزمها النكاح إن زعمت بعد ذلك أنها ابنته؟ قال: لا يلتفت إلى قولها، وقول أبيها يلزمها؛ أحببت أم كرهت؛ في نكاحها وميراثها ولحوق نسبها وكل أمرها.

ابن رشد: لسحنون في النوادر - فيمن أقام بينة على رجل أنه زوج ابنته فلانة لا يعلمون له ابنة غيرها وهي بكر، فأنكرت الابنة - أن النكاح لا يلزمها إلا أن تعرف البينة التي شهدت على النكاح عينها أو غيرهم فيلزمها.

وهذا هو حقيقة القياس، لحديث: "البينة على من ادعى"، والزوج مدع على البنت أنها ابنة الرجل الذي زوجه وهي منكرة لذلك، فوجب إقامة البينة على الزوج. وهذا إن مات الأب أو غاب، وأما إن حضر فالقول قوله إنها ابنته، لأن استلحاقه لها جائز ما لم يتبين كذبه.

ومن ادعى عيناً قائمة من رقيق أو حيوان، أو طعام أو عروض أو ناض، أو غير ذلك بيد رجل، وأتى بينة على ملكه لذلك، فمن تمام شهادتهم أن يقولوا: وما علمناه باع ولا وهب ولا خرج من ملكه، ثم لا يقضى له به حتى يحلف على البت أنه ما باع، ولا وهب ولا خرج من ملكه بوجه من الوجوه، فإن قال: أعرتها أو استودعتها، لم يكن ذلك خروجاً من ملكه⁽¹⁾.

قوله: (وأتى بينة).

قلت: لا خفاء أن المفهوم من البينة عند الإطلاق البينة الكاملة.

وهو منصوص عليه في نوازل أصبغ من الدعوى.

فإن كانت البينة هنا كاملة فواضح، وأما إن كانت شاهداً واحداً؛ فهل

والصواب قول ابن القاسم - وإن لم يكن على حقيقة القياس - إذ قد يؤدي طرد القياس إلى غلو في الحكم، فيكون الاستحسان أولى منه.

وقد كان ابن القاسم يقول - ويروي عن مالك -: "تسعة أعشار العلم في الاستحسان"، فإذا أقر الرجل أن له ابنة بكرًا وفشا ذلك من قوله، وزوجها ثم مات وهي في حجابها، فلما طلبها الزوج بالنكاح أنكرت، وقالت: "لست بابنة له وإنما أنا يتيمة عنده في حجره"، ولم يكن في حجره غيرها فيتشكك فيها، ولا يسمع أن ابنته التي زوجها، وكان يقر بها أنها ما ماتت ولا غابت، وجب أن تحمل على أنها هي ابنته التي زوجها وكان يقر بها، فيلزمها النكاح ويحكم عليها به لأن الظن يغلب على صحة ذلك حتى كاد يقطع به، والحكم بغلبة الظن فيما طريقه الظن أصل في الشرع.

المشدالي: ثم ذكر ابن رشد فتوى ابن زرب واستدل له بهذه الرواية، ورد عليه تفرقة

بين الزوجة والبنات على حسب ما تقدم في كلام الوانوغني رحمته.

(1) التهذيب: 612/3.

يخلف يميناً واحدةً أو يمينين؟ فيه خلاف.

قال المتيطي في كتاب الاستحقاق: إذا استحق جاريةً بشاهدٍ واحدٍ؛ فهل يخلف المستحق لها يميناً واحدةً أو يمينين؛ أحدهما على تصديق شهادة الشاهد، والثاني يمين القضاء؟

قال ابن الطلاع⁽¹⁾ وابن عبد البر وأبو عمران: يمينٌ واحدةٌ. انظره.

ابن عبد السلام في النفقات في قوله: (ولها طلب غرمائه...) المسألة: إن لم تجد من يشهد للغائب بالدين الذي ادعت إلا شاهداً واحداً، حلفت معه كما يخلف من أثبت ديناً على غائب، وأثبت حقاً لغائب بشاهد واحد، والظاهر: أنه لا بد للمرأة من يمينين؛ إحداهما: مع الشاهد؛ ليثبت حق الغائب، والآخر: ليثبت حقها على الغائب.

وكذلك يخلف من أثبت ديناً على الغائب وأثبت له ديناً على رجلٍ بشاهدٍ واحدٍ.

ثم قوله في المسألة: (أو غير ذلك)⁽²⁾.

(1) هو: أبو عبد الله، محمد بن فرج القرطبي الفقيه، مولى ابن الطلاع، المتوفى سنة 497هـ، سمع يونس ابن مغيث، ومكي المقرئ، وابن عابد، وابن جهور، والطرابلسي، وتفقه عند ابن القطان، رحل إليه الناس من كل قطر لسماع الموطأ والمدونة لعلوه في ذلك، سمع منه الفقيه أبو الوليد هشام بن أحمد، وأبو عبد الله بن عيسى، واستجازه أبو علي الصدفي، من مصنفاته: كتاب "أحكام النبي ﷺ"، و"الشروط" وغيرهما.

انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 242/2، وشجرة النور، لمخلف: 123/1، والصلة، لابن بشكوال: 564/2.

(2) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 153/5.

قال في جامع القضاء لابن سحنون: قال محمد بن يرقى: يريد بقوله: (غير ذلك) مما يشبه الطعام والعروض؛ لأن الدور والأرضين لا يحلف فيها، وبهذا كان يفتي الفقهاء عندنا⁽¹⁾.

ابن لبابة وغيره - وهو في أحكام ابن زياد عنهم -: وقال⁽²⁾ غيره وسحنون وغيره إلى يمين القضاء في الجميع، وهو عن مالك وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وشريح.

قلت: ظاهر المدونة - وصرح به ابن سهل وقال: الذي أفتي به⁽³⁾ وبه جرى العمل باتفاق فقهاءنا - كمذهب سحنون. وانظره.

الميطي: مذهب مالك، والذي جرى عليه العمل، وانعقدت به الأحكام، وأخذ به الشيوخ؛ عدم اليمين في الأصول. انظره⁽⁴⁾.

(1) المشدالي: مسألة نوازل أصبغ التي أشار إليها الوانوعي في صدر كلامه فهي في كتاب الدعوى والصلح، وهي في رجل توفي فجاءت زوجته بصادقها على زوجها، فأنكر الوارث، غير أنه أشهد قوماً، فقال: إن أقامت على ما تذكر بينة عادلة فهو في مالي، فأنت بشاهد واحد، فقال: إنما قلت: إن أقامت بينة والواحد ليس بينة إنما أردت شاهدين، قال: ذلك له ويحلف ويرأ حتى تقيم شاهدين.

ابن رشد: هذا بيّن؛ لأنه الظاهر من قوله، مع أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه، فإذا حلف برئ ولم يلزمه في ماله شيء، وحلفت هي مع شاهدها أن ما شهد به حق، وأنها ما قبضت ولا وهبت، وأنه لباق عليه إلى حين يمينها وتستوجب حقها في تركته.

(2) في (ش): (ومال).

(3) قوله: (وقال: الذي أفتي به) ساقط من (ع).

(4) المشدالي: فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: يفرق، في الثالث بين الرباع فلا تجب اليمين فيها وبين غيرها؛ فتجب.

الباجي في سجلاته: هذا إذا استحقها من يد غير الغاصب، وأما من يد غاصب فلا يمين.

وذكره ابن أبي زيد في مختصره، وهو مذهب المدونة.

قلت: وما احتج به ابن الهندي لسقوط اليمين في الأصول حسنٌ، وقد قدمنا بعضه في السلم الثاني حيث كان قولها هناك دليلاً على ذلك.

قوله: (حتى يحلف على البت).

الطرر: لو شهدوا في الحرية على العلم لم تصح ولا توجب حكماً، ولا تصح إلا على البت. قاله ابن عتاب.

ولو قالوا: "هو ابن حرة" اكتفي بذلك.

ولو شهدوا أنها تتصرف تصرف الأحرار؛ فقال ابن عتاب: الشهادة عاملة، وقال ابن القطان وابن مالك: ناقصة؛ لأن الأبق يتصرف تصرف الأحرار(1).

ومن اشترى منك ثوباً ونقدك الثمن فقبضته وجحدت الاقتضاء، وطلبت يمينه فأراد هو أن يحلف أنه لا حق لك قبله، فليس له ذلك. قال مالك رحمته الله: ولك أن تحلفه أنه ما اشترى منك سلعة كذا بكذا؛ لأن هذا يريد أن يورثك. قال ابن القاسم: يريد بقوله: (يورك): الإلغاز(2).

وانظر عياضاً عند مسألة عفو الأرض.

وانظر: ابن سهل في الاستحقاق في ترجمة (شورى) في ثور استحقه ورثة عن ميتهم.

(1) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون: 350/1.

(2) التهذيب: 613/3.

قوله: (لأن هذا يريد أن يورك...) المسألة.

قلت: قال بعض البيانين: إن الاستخدام قد يلتبس بالتورية.

والفرق بينهما أن التورية استعمال أحد معنيي اللفظ - وهو البعيد - وإهمال الآخر - وهو القريب - وعدم إرادته البتة، والاستخدام استعمالهما معاً.

قلت: وعليه قول ابن الحاجب: "وفي لبن الجلالة وبيضها... " المسألة(1).

قلت: قال ابن سهل: قلت لابن عتاب: هل قوله: هبك بعث أنا وأخي

أُمَّنا(2) لم تبع، هل هو إقرار؟

فقال: هو إقرار منه على نفسه بالبيع.

وقال ابن القطان: لا يكون إقراراً يقضى به عليه؛ لاحتمال اللفظ، ولا

يقضى بالمحتمل(3).

قلت: ونحو قول ابن القطان ما في الطرر عن الاستغناء: لو ادعى رجلٌ على

رجل حقاً فأنكره المدعى عليه، ثم يقول: حقاً كان أو غير حق فهو كما تقول،

صالحني، فيقول المدعي: هذا إقرار بحقي ولا أصالحك، فيقول الآخر: إنما قلته

على وجه الصلح لا على الإقرار، فالقول قوله، ولا يلزمه شيء(4).

قلت: وفي سماع يحيى - في رجل ادعى على رجل أنه افتضّ ابنته، وأنكره

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 20.

(2) في (ع): (وأُمَّنا).

(3) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 429، 430.

(4) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 252/2.

وزاد المشدالي بعده: وما قاله ابن القطان هو الأظهر عندي. والله أعلم.

ذلك الرجل الذي رمى بذلك، ثم قال: المنكر بعد إنكاره ينظر إليها النساء، فإن لم تكن بكرًا، فأنا بها، فنظرها النساء فإذا هي مُفْتَضَّةٌ فأنكر أن يكون فعل ذلك، أترى قوله: "ينظر النساء..." إلى آخره. إقراراً؟

قال: لا أراه إقراراً بهذه المقالة؛ لأنه يقول: رجوت أن تكون براءتي إذا نظرها النساء، وأن تكون سالمة مما ظن أبوها، فلا أرى الحد، ولا الصداق يلزمه بهذا حتى يقيم على الإقرار.

قلت: فهل ترى الأب قاذفاً له؟

قال: إن رمى بذلك رجلاً مشهوراً بالعدل، غير متهم بالقبيح ولا مظنون به، ولا مشار به إليه رأيتُه قاذفاً؛ فيحد له، وإن كان من أهل التهم لم أر عليه حداً ولا نكالاً.

ابن رشد: هذا بيّن على ما قال ولا محل للكلام فيه، ولا إشكال (1).

وكل شيء له بال، وإنما يحلف عليه في جامع بلده، في أعظم مواضعه، وليس عليه أن يستقبل القبلة، ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا منبر النبي ﷺ؛ في ربع دينار فأكثر (2).

قوله: (في جامع بلده).

الباجي: وهو الذي تقام فيه الجمعة (3).

وستل ابن رشد عن من صرف ديناراً بدراهم وقبضها، وزعم أنها ناقصة

(1) البيان والتحصيل: 198/14.

(2) التهذيب: 614/3.

(3) المنتقى: 234/5.

وَعُدَّتْ فَوَجِدَتْ نَاقِصَةً، وَقَالَ دَافِعُهَا: مَا أَخَذْتَهَا مِنِّي (1) إِلَّا كَامِلَةً، وَقَالَ قَابِضُهَا: مَا أَخَذْتُهَا إِلَّا نَاقِصَةً، أَيْنَ تَكُونُ الْيَمِينُ إِنْ تَوَجَّهْتَ هَلْ فِي الْجَامِعِ؟
أَمْ لَا؟

الجواب: اليمين في هذا تتعين في المسجد الجامع؛ لأن الأمر يؤول بما ادعاه قابض الدراهم؛ من نقصان عددها إلى انتقاض صرف جميع الدينار (2).

قلت: وفي سماع ابن القاسم فيمن ابتاع ثوباً فوجد به خرقاً فزعم البائع أنه بيّنه، وأنكره المبتاع، أترى أن يحلف في هذا عند المنبر؟

قال: لا أرى أن يستحلف عند المنبر (3) إلا في ربع دينار فصاعداً.

ابن رشد: ظاهر هذا أنه لا يحلف عند المنبر إلا أن تكون قيمة العيب ربع دينار.

وقد روي ذلك عن ابن المواز.

وهو بعيد؛ لأنه يجب عليه إذا اختلف المتبايعان، فيقول البائع بعشرة والمبتاع بتسعة ألا يحلف عند المنبر، وهو لا يصح، لأن اليمين إنما هي في فسخ بيع الثوب وثمانه أكثر من ربع دينار، فكذلك الثوب المعيب، إنما ينظر إلى قيمته؛ لأنه هو الذي يرد إلى قيمة عيبه، فينبغي أن يعدل عن ظاهر الكلام.

فيقال: معنى قوله: (إلا في ربع دينار فصاعداً)؛ أن تكون قيمة الذي فيه

العيب ربع دينار، لا قيمة العيب.

(1) في (ع): (هنا).

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 938/2، 939.

(3) قوله: (قال: لا أرى أن يستحلف عند المنبر) ساقط من (ع).

أو يقال: معناه: إذا فات الثوب، ووجب الرجوع بقيمة العيب (1).

المازري: لو ادعى رجلان متفاوضان على رجل بربع دينار؛ لم يحلفاه في الجامع؛ لأن لكل منهما ثمنه، ولو نكل المدعى عليه ورد اليمين عليهما يحلف كل منهما على نصيبه.

ولو حلف أحدهما، ونكل [54/ب] الآخر؛ استحق الحالف نصيبه، ولا يدخل معه شريكه؛ لأنه لما نكل كأنه قاسمه.

ولو ادعى ورثة على رجل بربع دينار من قبل من ورثوه عنه، لكان مخيراً أن يحلف يميناً واحدة في الجامع ينفي بها كون موروثهم يستحق عليه شيئاً، أو يحلف لكل منهم في غير الجامع على نصيبه خاصة.

ولو كانت الدعوى منه عليهم لحلف كل منهم في المسجد؛ لأنه حميل بها على شريكه، فصارت الدعوى عليه في نصيبه ونصيب شريكه إن كان غائباً، لأنه وكيل مفوض إليه (2).

وقال بعده بيسير: ومما يتفرع على كون اليمين في المسجد مستحباً أو مستحباً (3)؛ لو حلف المدعى عليه بالطلاق ألا يحلف بالمكان المعظم لوجب تحنيته على أنه مستحق لا على أنه مستحب.

قلت: وفي سماع ابن القاسم من الأقضية: قال ابن القاسم: سمعت مالكا يقول: يحلف في المسجد الجامع في الأيمان إذا كان ذلك يبلغ ربع دينار

(1) انظر: البيان والتحصيل: 264/8.

(2) المشدالي: انظر كلام ابن رشد على هذا المعنى في رسم (سنّ) من سماع ابن القاسم من الأقضية.

(3) قوله: (مستحب أو مستحق) يقابله في (ع): (مستحباً أو مستحباً).

فصاعداً، وأما الشيء التافه فإنه يحلف في مقامه، وحيثما قضي عليه باليمين.

قال مالك: ويحلفون قياماً.

ابن رشد: هذه المسألة وقعت في بعض الروايات، وقوله فيها: (إنه يحلف في المسجد الجامع إذا كان ربع دينار فصاعداً)، خلاف ما في المدونة؛ لأنه إنما ذكر فيها ربع دينار في الحلف عند منبر النبي ﷺ؛ فقال: إنه يحلف في المسجد الجامع فيما له بال؛ معناه: وإن كان أقل من ربع دينار على تأويل الشيوخ. وقوله: (يحلفون قياماً) يحتمل أن يحمل على التفسير لما في المدونة؛ لأنه إنما قال فيها: (إن الخالف لا يستقبل به القبلة). انظر تمامه (1).

الباجي - في باب الحنث على منبر النبي ﷺ من كتاب الأفضية - قال ﷺ: «من حلف على منبري آثماً، تبوأ مقعده من النار» (2).

وقال: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه، حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار ولو كان قضيماً من أراك» (3).

(1) البيان والتحصيل: 184/9.

(2) أخرجه مالك في الموطأ: 1052/4، كتاب الأفضية، باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ، برقم: 2692، والنسائي في سننه الكبرى: 491/3، كتاب القضاء، باب اليمين على المنبر، برقم: 6018، وأحمد في مسنده: 54/23، مسند المكثرين من الصحابة: مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، برقم: 14705.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه: 122/1، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، برقم: 137، ومالك في الموطأ: 1054/4، كتاب الأفضية، باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر، برقم: 2695، وأحمد في مسنده: 576/36، مسند الأنصار، حديث أبي أمامة الباهلي الصدي بن عجلان بن عمرو - ويقال: ابن وهب الباهلي -، برقم: 22239.

الباجي: وهذا القول منه عليه السلام - وإن كان على البتِّ فيمن حلف على منبره، أو حلف فاقطع يمينه حق امرئ مسلم، فأوجب له النار - فإن لشيوخنا في ذلك قولين:

أحدهما: أن الوعيد ليس من باب الخبر، فلا يقال لمن رجع عنه: كاذب.

قال الشاعر:

وإني وإن واعدته أو وعدته لمخلف إيعادي ومنجز مواعيدي

فمدح نفسه بإخلاف الوعيد، ولو كان ذلك كذباً لما مدح نفسه بإخلاف الوعيد، فعلى هذا، الوعيد متوجهٌ إلى كل عاص.

وقيل: إن الوعيد من باب الخبر، وأن الخلف فيه ضرب من الكذب، وذلك محال في صفة الباري تعالى، فعلى هذا؛ الوعيد متوجهٌ إلى كل من علم الله أنه لا يغفر له، وأنه لا بد من المعاقبة دون من أراد العفو عنه اه(1).

وقال سعد الدين في باب الحكم من شره للعصدي: ذهب بعض المتكلمين إلى أن الخلف في الوعيد جائز دون الوعد(2).

(1) المنتقى، للباجي: 225/7، وما بعدها.

(2) المشدالي: هذا القول باطل عند علماء التحقيق.

قال القرافي في أواخر الفرق الثاني: وقع لابن نباتة في بعض خطبه: «الحمد لله الذي إذا وعد وقي، وإذا أوعد تجاوز وعفى»، وحسن ذلك عنده ما جرت العوائد به من التمدح بالوفاء بالوعد والعفو في الوعيد، كما ورد في البيت المتقدم.

وقد أنكر العلماء ذلك على ابن نباتة، ووجه الإنكار هو أن كلامه يشعر بثبوت الفرق بين وعد الله تعالى ووعيده، وهو محال عقلاً؛ لأنه إن أريد بالوعد والوعيد صورة اللفظ وما دل عليه بوضعه اللغوي وما دل عليه من العموم فإنها سواء في جواز

ولا يحلف اليهودي والنصراني في حق أو لعان أو غيره إلا بالله، ولا يزداد عليهم الذي أنزل التوراة والإنجيل، ويحلفون في كنائسهم وحيث يعظّمون، ويحلف المجوسي في بيت نارهم وحيث يعظّمون⁽¹⁾.

قوله: (حيث يعظّمون).

قلت: لولا أن (حيث) للمكان لقلنا أنه أشار بها إلى ما يعظّمون⁽²⁾ من

الزمان كالمكان.

دخول التخصيص فيها، فكما دخل التخصيص، في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾، ثم عفى عنه تفضلاً، فلم ير شراً مع أنه عمله، فكذلك دخل التخصيص في قوله: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ ثم حبط عمله بردهته وسوء خاتمته، أو أخذت أعماله في الظلمات بالقصاص وغيره، فلم ير خيراً مع أنه عمله.

وكذا سائر أخبار الوعد والوعيد، فخرج منها ما لم يرد باللفظ، وبقي المراد، فلا فرق بينهما من هذا الوجه، وإن أريد بالوعد والوعيد من أريد بالخطاب وقُصد بالإخبار عنه بالنعيم أو العقاب؛ فيستحيل أن من أراد الله تعالى بالخبر أن لا يقع به خبره، وإلا حصل الخلف المستحيل عقلاً على الله تعالى، بل يجب حصول النعيم لمن أَرَادَهُ اللهُ تعالى بالإخبار عن نعيمه وحصول العقاب لمن أَرَادَهُ اللهُ تعالى بالإخبار عن عقابه، لئلا يلزم الخلف، فحينئذ لا فرق بينهما.

فإن قلت: أريد بالوعد صورة العموم وهو قابل للتخصيص، وبالوعد من أريد بالخطاب فإنه يتعين الوفاء بذلك الموعود، وحينئذ يندفع المحال، وتصح العبارة.

قلت: هذا يمكن، غير أنه يوهم أن الله تعالى يعفو عمن أريد بالوعد، ولا يقتصر بالمفهوم على التخصيص فهو كما جرت به العادة من المدح بالعفو وإن أكذب أحدنا نفسه، كما قال الشاعر، فإن الكذب جائز علينا ونُمدح به، وهو محال على الله تعالى، وإذا أوهم ذلك حرم إطلاقه، لأن إطلاق ما يوهم محلاً على الله حرامٌ.

(1) التهذيب: 615/3.

(2) في (ش): (يستعظّمونه).

الأخفش: وقد ترد للزمان⁽¹⁾.

قال سعد الدين أوائل المسند إليه: تستعار (حيث) للزمان، وصرح به الزمخشري وأبو حيان⁽²⁾.

قال ابن وضاح⁽³⁾: قلت لسحنون: إن ابن عجلان قال: إنه يحلف اليهود

(1) انظر: مغني اللبيب عن كتب الأعراب، لابن هشام، ص: 176.

(2) هو: أبو حيان، علي بن محمد بن العباس التوحيدي، شيرازي الأصل، أقام ببغداد والري، اشتهر باعتزاله، وتبحره في علوم اللغة والأدب، له من المصنفات: "الإمتاع والمؤانسة"، و"الرد على ابن جني في شعر المتنبي"، وغير ذلك.

انظر ترجمته في: معجم الأدباء، لياقوت: 5/15، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 112/5، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 119/17، وطبقات الشافعية، للسبكي: 286/5، وبغية الوعاة، للسيوطي: 190/2.

(3) هو: أبو عبد الله، محمد بن وضاح بن بزيع، وقيل: بديع، مولى عبد الرحمن بن معاوية، قرطبي، المتوفى سنة 286هـ، روى بالأندلس عن يحيى بن يحيى، وسعيد بن حسان، وزونان، ولقي في رحلته للمشرق أحمد بن حنبل، وسحنون، وعدد الرجال الذين سمع منهم 165 رجلاً، قال ابن الفرضي: وبمحمد بن وضاح، وبقي بن مخلد صارت الأندلس دار حديث، وكان ابن وضاح عالماً بالحديث وطرقه وعلمه، ورعاً زاهداً، محتسباً في نشر العلم، وكان له أوهام في الحديث؛ فقد كان يسمع الحديث، فيقول: ليس من كلام النبي في شيء، وهو ثابت من كلامه ﷺ، وعده أبو عمرو المقرئ في القراء.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 440-435/4، وتاريخ علماء الأندلس، للبخشي، ص: 44، وتاريخ ابن الفرضي: 19-17/2، وجذوة المقتبس، للحميدي، ص: 87، 88، وتاريخ مدينة دمشق، لابن عساكر: 183-179/56، والفهرست، لابن خير: 150، 255، 274، وبغية الملتبس، للنضبي: 133، 134، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 446، 445/13، وتذكرة الحفاظ، للذهبي: 646/2، والأعلام، للزركلي: 133/7.

يوم السبت، والنصارى يوم الأحد، وقال: إني رأيتهم يذهبون ذلك، فقال لي: من أين أخذه؟

فقال: أخذه من قول مالك: (يخلفون حيث يعظمون). فسكت.

قال ابن وضاح: فكأنه أعجبه⁽¹⁾.

وقال: وقلت لسحنون: إن ابن عاصم عندنا يخلف الناس بالطلاق؛ يغلظ عليهم بذلك، فقال لي: ومن أين أخذه؟

قلت: من الحديث: «تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»⁽²⁾.

فقال لي: مثل ابن عاصم كان يتأول هذا⁽³⁾.

قلت: قوله: مثل ابن عاصم كان يتأول هذا، كلام موجّه؛ يحتمل المدح أو الذم⁽⁴⁾.

(1) ترتيب المدارك: 274/4-275.

(2) هذا قول عمر بن عبد العزيز كما في أحكام الشعبي، ص: 387، وفتاوى ابن رشد: 761/2، وروى أشهب عن مالك أنه كان يتمثل به. انظر المتقى: 46/6.

(3) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص: 265.

(4) المشدالي: لمّا حكى برهان الدين عن ابن وضاح ما سبق زاد إثر قوله: "مثل ابن عاصم يتأول هذا" ما نصّه: تعظيماً لشأن ابن عاصم؛ لأنه ممن أخذ عن ابن القاسم. انظره في الفصل الثاني من القسم الثالث من التبصرة له.

وتلك الزيادة ترفع التوجيه، وتعيّن أنّ المراد إنها هو المدح.

المشدالي: قال ابن الهندي في وثائقه: وابن عاصم هذا هو حيّ بن عاصم، روى عن ابن القاسم وأشهب، ودخل الأندلس وكان محتسباً بها في السوق.



كتاب المديان

كتاب المديان

قال ابن عرفة: الصواب المديون.

قلتُ: قال في العين: أدنت الرجل؛ أعطيته ديناً، ورجل مديون ومدين ومُدان(1).

وإذا حبس لتهمة أو لدد، لم يكن لطول ذلك حد، ولكن يحبس حتى يقضي أو يتبين غُدمه، فإن تبين عدمه أطلق، ثم ليس لرب الدين ملازمته ومنعه من تصرفه، ولا أن يوكل به من يلازمه. وروي أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يستحلفانه أنه ما يجد قضاءً من قرض ولا عرض، وأنه إن وجد ليقضين(2).

قوله: (إن وجد ليقضين).

قلتُ: ما زعمه ابن عبد السلام أن هذه الزيادة لم يرها مالك؛ صحيحٌ فقهاً - لما وجهها به - لا نقلاً؛ لما سطره غير واحد من الموثقين وابن رشد وابن هشام وابن سهل والمتيطي وابن المنير.

ولم ينبّه في المختصر على هذا الانتقاء، ونبّه عليه برهان الدين، وتبعه عليه صاحب التوضيح(3).

(1) انظر: العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي: 72/8 و73.

(2) التهذيب: 619/3-620.

(3) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 198/6.

قال مالك: لا أرى أن يحلّف الابنُ الأبَ في دعواه، وإن استحلّفه فهي جرحه على الابن، وإن لم أحبس الأبوين للولد، فلا أظلم الولد لهما(1).

قوله: (لا أرى أن يحلّف الابن الأب).

قلتُ: أفتى ابن لبابة وغيره - فيمن سكتت عن طلب صداقها بعد موت زوجها عشر سنين، ثم قامت تطلبه، وزعمت أن صداقها حبس عنها هذه المرة، فقالت: "أنا أرضى بحلف أولادي المطلقين أنهم لا يعرفون قيامي وطلبي وترددي، فمن حلف فقد قضيتُ له على نفسي بيمينه" - أن لها ذلك عليهم.

ابن سهل: هذا جواب مجمل.

والصواب أن يقال: إن كانت أمسكت عن طلبها في صداقها في المدة التي ذكروها، وما حلّفه الميت بحاله لم يقسم ولا فوت، فلها القيام ويقضى لها به، ولا يضرها سكوتٌ، وتحلف إن كان الورثة لها بنين صغاراً، أو واحداً صغيراً؛ إنَّها ما قيضت(2) ولا وهبت ولا أحيلت به، وإنه باق إلى حين(3) يمينها هذه.

وإن كان الورثة كباراً وهم بنوها؛ فلا يمين لها؛ إذ لا يحلف الأب لبيه.

هذا إذا ثبت ما تدعيه بيينة(4).

(1) التهذيب: 620/3.

(2) في (ش): (قضت).

(3) قوله: (حين) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (لبينة).

والدليل على ما قلنا ما في نوازل عيسى - فيمن له ذكر حق، فهات الذي هو عليه، فقسم ماله وهو حاضر، ثم قام بعد - أنه⁽¹⁾ لا شيء له، إلا أن يكون له عذر في ترك القيام؛ فهو على حقه أبداً.
هكذا يجب أن يكون جوابهم⁽²⁾.

قلت: وفي سماع محمد بن خالد من الوصايا - في رجل كتب وصيته، ثم خرج مسافراً، فحضرت الوفاة في سفره⁽³⁾، فكتب وصية أخرى، وكنى عن التي ترك، ولم يذكرها بشيء، وأوصى في سفره إلى رجل فذهب الوصي، فأنفذ وصيته في سفره ذلك من ماله الذي ترك - قال ابن القاسم: أراه متعدياً، وأراه ضامناً.

وقال ابن نافع مثله.

قال ابن رشد: إنما ضمن⁽⁴⁾؛ لأنه تبين عداؤه بتعجيل تنفيذ الوصية في السفر من المال الذي تركه فيه دون [55/أ] أن يتربص ويثبت حتى يرجع لبلده، فينظر هل له وصية أخرى أم لا.
وإنما يضمن إذا كانت الوصية التي كتب في بلده أولى من هذه وأحق بالتبذئة، ولا يحملها الثلث معاً⁽⁵⁾.

ابن هشام - لما نقل سماع ابن خالد هذا - قال: انظر هذا، وانظر ما في

(1) قوله: (أنه) ساقط من (ش).

(2) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 200.

(3) قوله: (في سفره) ساقط من (ش).

(4) قوله: (إنما ضمن) يقابله في (ع): (إنه ضامن).

(5) البيان والتحصيل: 250/13-251.

المديان من المدونة من هذا المعنى؛ هل هو خلاف؟ أم لا؟

قلتُ: لا أعلم ما يوهم خلاف السماع إلا قوله هنا في الوارث والوصي يقضي بعض الغرماء، والتركة قاصرة، ولا يعلمون أنه مديان؛ أنهم لا شيء عليهم، وكذا بعده في الوارث يبيع التركة غير فار ولا عالم؛ أن البيع صحيح، فكأنه يقول: القياس أن يكون الوصي في مسألة السماع كذلك؛ لأنه تصرف بوجه جائز، إلا أن يقال: لا نسلم أنه تصرف بوجه جائز؛ لأن الجواز مشروط بالبحث والاستقصاء.

فهذا والله أعلم هو الذي لم يجزم به.

إلى أن قال: انظر هل هو خلافٌ أم لا!

وإذا باع الورثة التركة فأكلوا ذلك واستهلكوه، ثم طرأت ديون على الميت، فإن كان الميت يُعرف بالدين، فباعوا ماله مبادرة، لم يجز بيعهم، وللغرماء انتزاع عروضه ممن هي في يديه، ويتبع المشتري الورثة بالثمن⁽¹⁾.

قوله: (وإذا باع الورثة التركة، فأكلوا ذلك...) المسألة.

قلتُ: في سماع أشهب - فيمن مات وترك مالا قيمته ألفا دينار، وعليه مائتا دينار، وقام بعض الورثة، فباع نصف الأموال لنفسه، وقال: فيما بقي وفاءً بالدين - قال: "لا يجوز ذلك البيع ويفسخ، ولا ميراث إلا بعد الدين، ولعل تلك الأموال تهلك".

(1) التهذيب: 622/3.

قلتُ: أرأيت إن سَلِمَت (1) أيجوز البيع؟ قال: لا.

ويردُّ ابن رشد روايةً أشهب هذه؛ لأنه (2) لا يجوز البيع - ويفسخ وإن كان بإذن جميع الورثة - من أجل الدين؛ لقول الله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدِ وَصِيَّةً يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنًا﴾ [سورة النساء آية: 11]، خلاف ما مضى في سماع ابن القاسم في أنَّ مصالحة المرأة الورثة قبل أداء الدين جائزة، وخلاف ما في المديان من المدونة في أن بيع الورثة التركية إذا لم يعلموا بالدين جائزٌ.

والبيع والقسمة في شيء من التركية قبل أداء الدين على رواية أشهب مفسوخٌ؛ لمطابقة النهي.

وذلك جائز على مذهب ابن القاسم إذا أدوا الدين من أموالهم أو من بقية التركية.

وعلى هذا يأتي قول مالك في الذي يحلف بعق رقيقه ليقضينَّ غريمه إلى شهر، فيُمنع من بيع رقيقه حتى يقضي؛ أنه إن باع منهم. وقضي الحق من ثمنهم قبل الأجل؛ جاز لسلامته من الحنث.

واضطرب قول ابن القاسم في انتقاض القسمة إذا كانوا قد قسموا جميع التركية، ثم طرأ دين وأبوا أن يخرجوه من أموالهم (3).

قلتُ: العجب من عياض رحمته في سؤاله لابن رشد، ولم يتصفح كلام ابن رشد هذا حتى سأل عن صحة البيع.

(1) في (ع): (أسلمت).

(2) في (ش): (أنه).

(3) البيان والتحصيل: 408-407/10.

ونصّ سؤاله - عمن باع نصيبه من بعض الرباع الموروثة وعليه دين،
والتركة فيها فضل عن الدين أو لا دين - فهل يجوز هذا البيع؟
الجواب: إن سلّم له سائر الورثة بيع نصيبه، وأدّوا الدين من بقية التركة؛
جاز ذلك على مذهب ابن القاسم، ولم يجز على مذهب أشهب. اهـ (1).
قلت: وقد ذكروا خلافاً في الشركاء؛ إذا باع أحدهم طائفة معينة من
أرض - مثلاً - فهل يفسخ البيع، ولو قسم، ووقع المبيع في نصيب البائع؟
وهو ظاهر المدونة في كتاب الشفعة في عين هذه المسألة على زيادة تأتي إن
شاء الله تعالى.

وقيل: يمضي.

فكيف يخفى هذا على جلاله قدر عياض رحمته؟

إن أقرّ لزوجته في مرضه بدين أو مهر، فإن لم يُعرَف منه إليها انقطاع
وناحية محاباة، وله ولد من غيرها، فذلك جائز، وإن عُرف بانقطاع
إليها ومودة، وقد كان بينه وبين ولده من غيرها تفاقم، ولعل لها منه
ولداً صغيراً؛ فلا يجوز إقراره (2).

قوله: (وأما إن أقر لزوجته).

سأل عياض ابن رشد عن امرأة أشهد لها زوجها في مرضه الذي مات منه
بدين ولا وارث له إلا أبوه، ثم ظهر حمل بامرأته قبل موته، وعلم به الزوج،
ورجع عن كثير من وصاياه بسبب الحمل، وثبت على الإقرار بدين المرأة إلى إن

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 1018/2، 1019.

(2) التهذيب: 625/3.

مات، فهل الحمل هنا كالولد الظاهر؟

وكيف إن لم ينظر في التركة إلا بعد ولادة المرأة، وحيثئذ قامت بدينها؟
ما الجواب؟

الجواب: الذي أراه أنَّ عِلْمَهُ بالحمل يدفع التهمة عنه في إقراره للزوجة بالدين ورجوعه عن وصاياه؛ بسبب الحمل لما علم به من أدل دليل على انتفاء التهمة عنه في إقراره للزوجة بالدين⁽¹⁾.

قلتُ: وفي سماع عبد الملك - في رجل حضر خروجه لحج أو غزو أو سفر من الأسفار، فيكتب وصيته، ويشهد لامرأته أو بعض ولده أن لهم ديناً عليه، ويضع ذلك في وصيته أو لا، غير أنه يشهد على نفسه بذلك، ويتصدق حيثئذ بصدقة على ولد⁽²⁾ صغير، فيموت في سفره ذلك - فهل تصح وصيته هذه؟ أم لا؟

قال: تصح ولا يُتَّهَم؛ لأنه صحيح، ولا تهمة في السفر.

ابن رشد: هذا خلاف قوله وروايته عن مالك - في رسم (نذر سنة) من سماع ابن القاسم؛ لأنها حكما فيه للخارج للسفر بحكم المريض - لا يجوز أن يفعل ما يفعله الصحيح؛ فعلى هذا لا يصح إقراره للوارث بالدين عند الخروج للحج، أو الغزو أو غيره من الأسباب، كما لا يجوز للمريض إقراره لوارث بدين إن مات من مرضه⁽³⁾.

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 951/2، 952، ومذاهب الحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ص: 133.

(2) في (ش): (ولده).

(3) البيان والتحصيل: 252/13.

قلتُ: قال ابن زرب - فيمن أقر في مرضه بدين لوارثه، أو صديق ملاطف، وله ابنة - : لم ينفذ إقراره، والبنت كالعصبة، فإن كان موضعها أو معها ابن؛ نفذ إقراره.

فقيل له: روى ابن عبد الحكم⁽¹⁾ عن مالك أن البنت كالابن.

(1) هو: أبو محمد، عبد الله بن عبد الحكم بن أعين المصري، المتوفى سنة 214هـ، صاحب الإمام مالك رحمهما الله، انتهت إليه رئاسة المذهب بمصر، بعد أشهب، روى عن مالك، والليث بن سعد، وابن عُيينة، وغيرهم، وروى عنه عبد الملك بن حبيب، وابن المؤاز، والربيع بن سليمان، من آثاره ثلاث مختصرات في الفقه المالكي؛ كبير، وأوسط، وصغير، وقد صورت نسخة خطية منه عليها زيادة اختلاف فقهاء الأمصار للبرقي، من مكتبة أسعد باشا في اسطنبول هممت بإخراجها ثم توقفت لأفسح المجال أمام محمد بن عبد الله السالم الذي سجل نفس الكتاب برسالة ماجستير، والأوسط مفقود، وللكبير نسخة غير كاملة في خزانة القرويين يعمل على إخراجها الدكتور حميد لحر وفقه الله.

قال محمد الأمين (عرفات):

إِنْ مُحَمَّدَ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ يَأْتِي لَدَى الْمُحَمَّدِينَ فاعلم
وَالِدُهُ بَعْدَ الْإِمَامِ أَشْهَبِ أَفْضَتْ لَهُ رِئَاسَةٌ فِي الْمَذْهَبِ
لَهُ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ وَكَمْ رَوَى عَنْهُ مِنَ الْأَعْلَامِ
مُخْتَصِرَاتٍ صَنَّفَ الْكَبِيرُ وَهَكَذَا الْأَوْسَطُ وَالصَّغِيرُ
فِي أَوْسَطٍ (دَالَ) مِنْ الْأَلْفِ (وَالْحَاءُ) مَعَ (يَا) فِي الْكَبِيرِ الْوَاقِفِ
أَمَّا الصَّغِيرُ فِيهِ أَلْفٌ (وَالرَّاءُ) لَهُ عَلَى مَوْطَأٍ قَدْ قَصَّرَا
وَقَدْ قَضَى هَذَا الْإِمَامُ الْمُعْتَمَدُ فِي ثَالِثٍ مِنَ الْقُرُونِ عَامِ (يَدٌ)
وَهُوَ عَبْدُ اللَّهِ.....

فقال: نعم، لكن أن البنت كالعصبة، وقد علمت أن فيها خلافاً.

ابن سهل⁽¹⁾: لم يذكر ما في المدونة هنا، وفي الوصايا من المدونة، وفي النوادر عن أشهب، وفي الكفالة والمكاتب من المدونة، ولا أرى جواب ابن زرب في البنت إلا وهماً⁽²⁾.

ومن سأل رجلاً أن يقضي عنه لفلان ألف درهم، فأنعم له فمات الأمر قبل القضاء، فإن كان الطالب ربّ الدين أتعد من المأمور على وعدٍ، ورضياً بذلك وانصرفاً عليه؛ لزمه الغرم، وهذه حمالة⁽³⁾.

قوله: (أفتعد⁽⁴⁾ من المأمور... المسألة.

اشتراط الرضى مُشكل مع صحة الضمان لمن لم يرض.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 363/3، والديباج، لابن فرحون: 419/1، وشجرة النور، لمخلوف: 59 / 1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 151، والطبقات، لابن سعد: 518/7، والتاريخ الكبير، للبخاري: 142/5، ومعرفة الثقات، للعجلي: 44/2، وحسن المحاضرة، للسيوطي: 166/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 85، 86، 139.

(1) في (ع): (رشد).

(2) انظر: الإعلام بنوازال الأحكام، لابن سهل، ص: 558.

(3) التهذيب: 628/3.

(4) في (ع): (افتقر).

قال ابن هرمز: إن ادعى الغرماء أنهم دفعوا المال إلى الوصي، وأنكر ذلك الوصي، حلف، وإن نكل ضمّن. وأما مالك فضمنه بنكوله في اليسير، وتوقف في الكثير، قال ابن القاسم: ورأيي على قول ابن هرمز أنه يضمن في القليل والكثير. وإذا قضى الوصي غرماء الميت بغير بينة فأنكروا، ضمن إن لم يأت ببينة⁽¹⁾.

قوله: (وإنما توقف مالك في الكثير...) المسألة.

سئل الإمام المازري عن رجل طلب رجلاً أن يبيع له⁽²⁾ سلعته، فقال: امرأته طالق لا أبيعها⁽³⁾ لك، فلما رآه حلف؛ ادعى عليه أنه باعها منه، فقال رب السلعة: ما بعت منك شيئاً، فطلب باليمين أنه ما باع منه شيئاً، فتورع عن اليمين، فرده على المدعي، فحلف أنه قد باعه له، فهل يحنث في يمينه لا يبيعها له؟ أم لا؟

الجواب: لا يحنث بنكوله عن اليمين؛ لأن الناس تشق عليهم الأيمان، ويتورعون عنها.

وقد قال مالك في الوصي: يغرم في نكوله في اليسير، وتوقف في غرامته في الكثير؛ لأجل مشقة اليمين على الناس، فكذا هذا، فنكوله لأجل المشقة، ولم⁽⁴⁾ يقصد بأصل يمينه أولاً، إذ إنه ما باعها منه اختياراً، ولا يختلف فيما بينه وبين الله، ويصدق إلا أن تقوم عليه بينة في يمينه، فيحلف أنه لم يرد إلا أنه

(1) التهذيب: 630/3.

(2) قوله: (له) ساقط من (ع).

(3) في (ش): (نبيعها).

(4) في (ش): (وثم).

[55/ب] لا يبيعها طوعاً، ولا شيء عليه.

قال الله تبارك وتعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء من الآية 6]. فَشَرَطَ الرشد مع البلوغ. قال ابن القاسم: ولا يخرج المولى عليه بأبٍ أو وصيٍّ من الولاية، وإن حاضت الجارية وتزوجت ودخلت بيتها واحتلم الغلام أو خضب بالحناء، ولا يدفع إليه ماله إلا برشد الحال⁽¹⁾.

قوله: (فَشَرَطَ الرشدَ مع البلوغ).

قلت: وهنا نكتة قررها بعض المحققين من المشاركة؛ قال: الرشد له

مراتب:

أدنى - وهو رشد المال فقط - وهو المراد عند مالك.

وأعلى - وهو رشد المال والدين - وهو المراد عند الشافعي.

واعلم أن الإيمان والإخلاص وسلب النقائص عن الله تعالى أجمع الناس فيه على الحمل على أعلى المراتب؛ أي: الأمر بالتوحيد متعلق بأقصى غايته الممكنة للعبد، فيثبت له جميع صفات الكمال اللائقة به، ويسلب عنه جميع النقائص.

وقسم الإجماع فيه على الحمل على أدنى المراتب - وهو الإقرارات - فإذا

قال: له عندي دراهم؛ لزمه ثلاثة، وهو الأدنى مع تناول اللفظ للعدد الكثير؛

لأن الأصل براءة الذمة، وقسم اختلف فيه؛ وهو نحو الرشد، وحكاية

المؤذن⁽²⁾.

(1) التهذيب: 630/3-631.

(2) الفروق: 250/1، وما بعدها.

قوله: (ولا يخرج المولى عليه بأبٍ أو وصيٍّ...) المسألة.
قلت: ظاهره وقت الموصي مدة أم لا.

ابن سهل عن ابن القطان: إن القاضي ابن بشير قال لمن حضره من الفقهاء: ما قولكم فيمن أوصى على ابنه، وشرط أنه إذا بلغ عشرين سنة فهو مطلق، فمات الموصي، وبلغ الابن المدة المذكورة، ثم تصرف بعد ذلك وغيره، وهو مجهول الحال لم يظهر منه سفه، ولا علم منه رشد؛ هل أفعاله جائزة دون إطلاقه الوصي من الولاية؟ أم لا؟

فقال ابن دحون وابن أيمن وابن الشقاق: لا تجوز إلا بعد رشده؛ لأنه مولى عليه.

فأخرج لهم القاضي جواب الإشبيلي أنه مطلق بذلك الشرط جائز الفعل.
ابن القطان وابن سهل: وبه أقول، وبه قال القاضي ابن بشير واختاره المتيطي⁽¹⁾.

قال ابن مالك: اختلف المتأخرون في الأب يولي على ابنته في وصيته بعد دخول زوجها بها، ولم تبلغ الوقت الذي تجوز فيه أفعالها، ثم يترأخى موته إلى أن تبلغ الوقت الذي تخرج به من ثقاف الحجر؛ هل يلزمها حكم تلك الولاية، فيكون كأنه جدد عليها حكم السفه، فلا تخرج إلا بثبوت رشدها بينة؟ أو لا يلزمها حكم هذه الولاية؟ انظره⁽²⁾.

(1) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 115.

(2) انظر: المقدمات الممهدة: 56/2، ومسائل ابن رشد: 181/1، والمتيطية: 336/1.

وزاد المشدالي بعده: قال في الطرر: قال ابن رشد: اختلفوا في لزوم الولاية المذكورة

المتيطي: قال غير واحد من الموثقين: للسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه، وفي غيبته والخصام فيها، وليس له أن يوكل على طلبها.
وقال ابن يَبْقَى وغيره: له أن يوكل كما له أن يطلب، وعلى هذا مضى العمل⁽¹⁾.

على قولين؛ فمنهم من رأى لزومها كتجديد السفه عليها الذي لا تنفك عنه ولا تخرج منه إلا بثبات رشدتها بالبينة العادلة. ومنهم من لم ير ذلك لازماً بخلاف تجديد السفه، وقالوا: ذلك بمنزلة الأب يولي على ابنته وهي بكر، ثم يزوجه فتقيم مع زوجها سبع سنين أو أكثر فيموت؛ أن الإيضاء ساقطٌ عنها.
صحَّ من مأذون المقدمات، وظاهره أن لا خلاف في البكر أن الإيضاء لا يلزمها بعد السبع سنين.

وقد يصح هذا مع التزام ما روي عن ابن القاسم في السبع سنين. وأما مع التزام قول مالك في الموطأ والمدونة أن البكر في ولاية الأب حتى يُبنى بها، ويعرف من حالها، فلا يسقط الإيضاء بمرور المدة المذكورة؛ لأن معنى قول مالك أن أفعالها على الردِّ وإن عُلِمَ رشدُها ما لم تنكح، فإذا نكحت وبنى بها حُمِلت أفعالها على الرد حتى يشهد برشدتها، وإذا كان هذا هكذا كان مع انعقاد الولاية أولى.

انظر ترجمة وثيقة وصية بالنظر لبني الموصي خاصة من أوائل الربع الأخير. وقال بعده في ترجمة وثيقة تجديد الرجل سفه ابنته المزوجة البكر ما نصّه: عن ابن عبد الغفور: ومن ولّى على ابنته بعد ما نكحت، ودخل بها زوجها ثم توفي؛ نظر إلى أجل النكاح وإلى أجل الوصية، فإن كان أجل النكاح قبل أجل الوصية بسبعة أعوام أو نحوها ولم تجدد عليها ولاية؛ لم تجز ولايته عليها في رواية يحيى عن مالك، وعلى رواية ابن القاسم هي في ولاية أبيها حتى يؤنس منها الرشد، فتنفذ عليها وصية الأب.
وقال أيوب: إنما للأب أن يجدد عليها الولاية بعد العام ونحوه، وقوله يدل على أنه لا يجب له ذلك بعد طول الزمان على نحو ما ذكر يحيى ^{تعلّله}.

(1) انظر: المتيطية: 336/أ.

الطرر قال المشاور: ولو علم الوصي (1) برشده، ولم يدفع إليه ماله، وتلف عنده بيئته أو بغير بيئته؛ ضمنه؛ لأنه مقعد في حبسه.

وكذلك لو ثبت رشده بيئته، فتلف ماله قبل دفعه له ضمنه (2)،

ولو شهدت بيئته بترشيده عند قاض، فسلم الوصي فأطلقه القاضي، ثم

وزاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة في الوكالات: قال ابن شاس: كل من جاز تصرفه لنفسه جاز توكليه، وجاز كونه وكيلاً إلا للمانع، مسائل المذهب واضحة به.

وفي سماع يحيى - في توكيل بكر من يخاصم لها - : توكليها غير جائز؛ لأنها لا تلي مثل هذا من أمرها، وإنما يليه وصيها أو من يوكله سلطان.

ووقع في المدونة: على العبد ما يوهم صحة وكالة المحجور عليه في عتقها الثاني: (إن دفع العبد مالاً لرجل على أن يشتريه ويعتقه ففعل فالبيع لازم، فإن استثنى ماله لم يغرّم الثمن ثانياً، وإلا غرّمه ويعتق العبد، ولا يتبع بشيء).

وفي سماع عيسى من العتق ما هو كالنص في ذلك، قال فيه: "إن دفع عبداً إلى رجل مائة دينار، وقال له: اشترني لنفسي من سيدي، فاشتراه لنفس العبد واستثنى ماله؛ كان حراً، ولا رجوع لبائعه على العبد ولا على المشتري بشيء، وولأوه لبائعه".

ابن رشد: مرّض الأصيلي هذا الشراء؛ بأن وكالة العبد على شرائه لا تجوز إلا بإذن سيده، فعلى قياس قوله: "إن لم يعلم السيد أنه اشتراه للعبد؛ كان له رد ذلك، وإن علم فلا كلام له.

قلت: تقدم لنا الجواب عن تعقب الأصيلي؛ بأن حجر العبد إنما هو ما دام في ملك سيده، وهو يبيعه خرج عن ملكه، وصح توكيله، ولزم عتقه ضربةً واحدةً، كقولها فيمن باع عبده بعد أن نکح بغير إذنه ولم يعلم به: (مضى نکاحه، وليس لسيدة فسخه إلا أن يرجع للملكه)؛ يرده مبتاعه بعيب النکاح.

(1) في (ع): (الولي).

(2) قوله: (لأنه مقعد في حبسه، وكذلك لو ثبت رشده... ضمنه) ساقط من (ع).

باع وتصرف، ثم قام بعد ذلك بعقد بيعة شهدت فيه أنه لم يزل سفيهاً مذ عرفوه إلى وقتهم هذا، فهل تمضي أفعاله زمن الفترة لأن القاضي حكم بترشيده؟ لا سيما إن كانت بيعة الترشيح أعدل، أو لا؛ لأنه كحكم تبين خطأه.

فأجاب المشاور: بأن ولاية الفقيه عليه إعمالاً بهذه البيعة، ويرد فعله، ويعزل الوصي، ويقدم غيره، ولا يضمن الوصي شيئاً مما أتلفه؛ لأنه فعل باجتهاده⁽¹⁾.

قلت: قال المتيطي: في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون: إذا أتى رجل بيتيم إلى قاض، وقال: أنا أوصاني أبوه عليه، وطلب دفع ماله إليه، ويكتب له القاضي براءة به؛ لا يبيح له ذلك القاضي حتى يثبت عنده أنه هو الوصي عليه، وأنه بلغ مبلغ الرضا.

وقال أصبغ: ذلك جائز بإقراره.

قلت: وهي منصوطة بعينها في نوازل سحنون من التفليس.

قال ما نصّه - فيمن أتى بيتيم بالغ إلى قاض، فقال له: إنَّ أبا هذا أوصى إليَّ به وبماله، وقد بلغ مبلغ الرضا فاكتب لي منه براءة، فإني أريد أن أبرأ إليه بماله - قال: يكتب له، وإن لم يعلم أنه وصيه إلا بقوله⁽²⁾.

(1) في (ع): (باجتهاد).

وزاد المشدالي بعده: إنما أجاب المشاورُ الجوابَ المذكورَ فيما إذا أطلقه الوصي باجتهاده من غير بيعة ولا حكم قاض، وهذا أضعف، فلا يلزم من رد أفعاله هنا ردّها في الأولى.

انظر: الطرر في آخر وثيقة (ترشيح) وأول التي بعدها، وتأمله.

(2) البيان والتحصيل: 487-486/10.

وزاد المشدالي بعده: وقد أشار إليها ابن سهل في ثالث ترجمة من الوصايا، وذكر معها

ولا يجوز للمولّى عليه عتق ولا بيع ولا هبة ولا صدقة، ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه الآن، وأستحبّ له إمضاءه ولا أجبره عليه. وما ليس فيه إلا المتعة ففعله فيه جائز، فيجوز طلاقه زوجته وعتقه أم ولده، وأما النكاح فلا، إلا بإذن وليه، وما أُهب له من مال فإنه يدخل تحت الحجر⁽¹⁾.

قوله: (فأما النكاح فلا إلا بإذن وليه).

ابن مغيث: أجمعوا أن السفية له أن يفدي نفسه من العدوّ بجميع ماله، ولا تعرّض للوصي فيما فيه حياة نفسه، فكذا ينبغي أن لا يعترض الولي نكاحه إذا كان يخاف على نفسه العنت.

وقاله طائفة⁽²⁾.

مسألة من قديم بهالٍ زعم أنه ثلث فلان أوصى أن يفرّق في المساكين، ومسألة من أتى إلى حاكم وقال: إن فلاناً أعطاني أو بعث إليّ مالاً وأمرني أن أدفعه بأمر الحاكم إلى ورثة فلان، فانظر فيه.

(1) التهذيب: 631/3.

(2) المشدالي: قال ابن مغيث: اختلف العلماء في نكاح المحجور؛ فقالت طائفة: إن نكح بغير إذن وليه فنكاحه باطل إذا أبطله الولي عنه، وبه قال مالك وأصحابه، وبه الحكم، ومن حجّتهم الإجماع أنه ممنوع من ماله، فدل على بطلان تزوجه لأنه يوجب حكماً في المال، وليس له ذلك لأنه ممنوع من ماله إذ لا يؤمن أن يطلق الزوجة، وفي ذلك إزالة ملكه عن ماله، وغير جائز له أن يخرج من ماله إلا ما أوجبه كتاب أو سنة أو إجماع.

وقالت طائفة: نكاحه جائز لا يعترضه في ذلك ولي ولا غيره إذا خشي العنت؛ لأنه مما يتعفف به من الفساد ويحفظ به فرجه ودينه؛ لأنه إذا منع من ذلك مع حاجته إليه أدخل عليه أشد الضرر، وهو الحد الذي يجب عليه مع المعصية لربه، لأنه متعبّد

وليس له منع زوجته من التجارة، وله منعها من الخروج⁽¹⁾.

قوله: (وليس له منع زوجته من البيع).

قلت: قال سحنون في نوازله: لذات الزوج أن تُدخِل على نفسها رجلاً تشهدهم بغير إذن زوجها، وزوجها غائب، ولا تمنع من ذلك، إلا أنه لا تدخل عليها الشهود في غيبة زوجها إلا ومعها ذو محرم منها.

ابن رشد: هذا كما قال أنه من حقها أن تُدخِل من تشهده على نفسها بما تريد، مما يجب عليها أو يستحب؛ لأنها في ذلك كالرَّجُل، ولا يمنعها من شيء من ذلك الاختيار، كما قال أنها لا تدخل الشهود في غيبة زوجها إلا مع ذي محرم، فإن لم يكن فَرَجاً صالحون⁽²⁾.

ولو دفع الوصي إلى المولى عليه بعد الحلم بعض المال يختبره به فلحقه فيه دين، فلا يلزمه الدين فيما دفع إليه ولا فيما أبقى، لأنه لم يخرج من الولاية بذلك⁽³⁾.

قوله: (بعض المال يختبره).

ومنهى ومأمور، فإذا كان منهياً عن الزنا، فالحدود واقعة عليه بمواقعة الزنا. فوجب أن يتعفف بالنكاح عن السفاح، والنكاح عليه واجب؛ لأنه إنما عليه أن يطلق له من ماله ما يعفه عن الزنا ويصونه عن الحدود التي ربما أوجبت تلف نفسه، ولو لم يكن مخاطباً إذا خاف على نفسه العنت لما حد إذا زنا؛ لأنه غير مأمور ولا منهى. انظر: الطرر في ترجمة فسخ الوصي نكاح اليتيم.

(1) التهذيب: 631/3.

(2) البيان والتحصيل: 180-179/10.

(3) التهذيب: 632-631/3.

المتيطي: هل خمسين أو ستين ديناراً، ولا يكثر.

قلتُ: قال في تعليقة القابسي: وقعت مسألة في وصيِّ دفع مركباً له لمولىً عليه في حجره، وأمره بالسفر به إلى إسكندرية، فمضى به المولى عليه، ورجع فعطب في رجوعه، فقال الوصي: إنما أمرتك أن تصل به وتبيعه هنالك، فغررت ورجعت به، فعليك الضمان.

فقال أبو عمران: لا ضمان عليه؛ لأن من أطلق يد سفية على ماله، أو بايعه، أو أودعه وديعة فتعدى السفية؛ فلا شيء عليه.

قيل له: أصلحك الله! جناية الصبي لازمة له إلا فيما أطلق يده عليه، وهذا الوصيُّ يقول: إنما أطلقت يده في الوصول بالمركب فقط، فبنفس وصوله انقطع تسليطي عليه، فهو متعدّ.

فقال أبو عمران: هذا؛ وإن كان كما قلت، فهو قد بقي بيده كأنه أودعه إياه حتى يبيعه، وقد قال مالك فيمن جعل للسفيه جُعلاً في أبقٍ فباعه إلى آخر؛ ما في المدونة، وذكر مسائل على هذا المعنى.

ويحجر على البالغ السفية في ماله، وإن كان شيخاً، ولا يتولى الحجر إلا القاضي. قيل: فصاحب الشرط؟ قال: القاضي أحب إليّ⁽¹⁾.

قوله: (قيل له: فصاحب الشرط).

اختصرها لإيهام الجواب في (أحبُّ)؛ أهو على بابه؟ أم لا؟.

وعلى بابه فهمه ابن محرز، واختار آخر ما يقتضي الوجوب.

المتيطي: وهذه المسألة إحدى المسائل الأربعة [56/أ] في المدونة أنه لا

يَحْكُمُ فِيهَا صَاحِبُ الشَّرْطَةِ.

والثانية: لا يَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ.

والثالث: لا يقيم الحد.

والرابع: لا يقسم بين الصغار والكبار.

ووقع أيضاً في المدونة: (لا يجوز ضرب ولاية المياه).

قلت: قال ابن سهل: ونحوه لعياض؛ سألت ابن عتّاب عن حاكم من صاحب شرط أو غيره يرتفع إلى خطة القضاء، فهل يستأنف النظر فيما وقع بين يديه من الأحكام، ولم يكملها؟ أو يصل نظره فيها، ويكمل على ما مضى له؟

قال: يبني على ما مضى.

ثم قال: قال في مديانها: (قلت: أرايت صاحب الشرطة...) المسألة (1).

قلت: وجه مناسبة ذكر مسألة المدونة عقب النازلة المسؤول عنها، أنه فهم من قول ابن القاسم أن (أحب) على بابه، فإذا كان على بابه صحّ حينئذ إتمام الحاكم المرتفع إلى خطة القضاء على ما مضى؛ لأن صاحب الشرطة قبل الارتفاع صحیح، والاستحباب إلى القاضي، فإذا صحّ بنى فعله الصحيح، على فعله الصحيح.

هذا أنسب من كونه ذكر في الترجمة، وما تنفرد به القضاة، فعلى هذا يكون

(أحب) على الوجوب.

(1) انظر: الإعلام بنوازال الأحكام، لابن سهل، ص: 28.

ومن أمر رجلاً أن يدفع لفلان ألف درهم، قال: عَنِّي، أو لم يقل، ففعل ثم قال الأمر: كانت لي ديناً على المأمور، وأنكر المأمور. وقال: بل أسلفته إياها، فالقول قول المأمور⁽¹⁾.

قوله: (بل أسلفته إياها...) المسألة.

في سماع يحيى من الكفالة - فيمن قال لرجل: أحيلك على غريمي هذا بعشرة، فقبضها المحال، ثم إن المحيل أباه فقال له: ادفع لي ما أخذت فإني أسلفكته، فقال له المحال: إنما أحلتني بحق لي عليك، وإحالتك إقرار منك بحقي، ولا بينة على الحق - القول قول مدعي السلف.

ابن رشد: كقولها آخر المديان⁽²⁾.

قلت: قال الشيخ أبو الحسن المغربي: أقاموا من هنا أن من اقتضى دينه لا يلزمه دفع الوثيقة للمطلوب؛ خوف دعواه السلف.

ابن عبد الحكم وأصبغ: يجبر وتقطع.

ابن الهندي: لا يبرأ بدفعها للغريم إذا قام الطالب عليه، واستظهر المطلوب عليه بالوثيقة؛ لأنه يقول: سقطت مني، فيحكم بردها للطالب، وبالغرم بعد يمين الطالب.

ابن رشد: إلا أن يكون أشهد له أنه إن جاء بذكر الحق؛ فهو براءته مع يمينه أنه لم يسرقه، وهذا لا خلاف فيه⁽³⁾.

(1) التهذيب: 633/3.

(2) البيان والتحصيل: 341-340/11.

(3) المشدالي: قال برهان الدين - في الباب الثاني والستين من تبصرته -: وللذي عليه

الدين أخذ وثيقة الدين من ربه، ويقضى عليه بتقطيعها.
وقاله ابن العطار، ونحوه في الواضحة وكتاب الجدار، وبه القضاء.
وقال ابن عبد الحكم: لا تقطع، ولا يجبر رب الدين على دفعها، بل يجبر على أن يكتب له براءة في الموضوع الذي فيه الشهود عليه، أو غيره.
ونحوه في وثائق ابن الهندي؛ لأنه سبب لوجوب اليمين عليه إن ادعى عليه بعد ذلك دعوى كاذبة.

وفي أحكام ابن سهل - في امرأة قامت بصداق لم تثبته، فحلف الزوج ودعي إلى قطعه، وأرادت الزوجة حبس الصداق بيدها - فأفتى ابن لبابة بتقطيعه؛ لأنه سقط عنه يمينه لما ادعى عليه بما فيه، وإذا سقط عنه فليقطع، ولا ترد المرأة إلى هذا الرجل حتى يثبت عقد النكاح عليها بالبينة.

المشدالي: انظر ابن سهل في ترجمة الصدقات والكواهيء.
ثم قال برهان الدين: إذا دفع إلى المطلقة أو المتوفى عنها كالثها فليس عليها أن تدفع كتاب صداقها إلى زوجها، ولا إلى ورثته؛ لما في حبس صداقها من المنفعة لها بسبب الشروط التي لها فيه - إن كانت - ولأجل حقوق النسب أو الحمل - إن جهل - بعد موته وفي حياته، إلا أن تتطوع بدفعه. هذا القول المشهور المعمول به.
وقال أصبغ - في الواضحة - لأن به ثبت نكاحها، وبه تأخذ ميراثها، وتدفع بعد اليوم من دافعها عما ورثت.

أما لو أقامت بياقي المهر في غير كتاب نكاحها فأخذته به فإنه يؤخذ منها ويقطع عن الورثة، وإن أخذت به أرضاً أو عقاراً من عقاره لم يؤخذ ذلك منها؛ لأن به تدفع اليوم من دافعها عن ذلك، وما يشبهه مما يلتمس التوثق به، وعلى الورثة أن يستوثقوا لأنفسهم بالإشهاد وذكر الكتاب الذي بيدها.

قال ابن حبيب: وبه أقول، وهذا أحب ما فيه إليّ.

وقيل: لا بد من أخذه وقطعه، ورواه ابن حبيب عن مطرف - فيمن مات وقامت امرأته بكتاب مهره فأخذت به باقيه، فأراد الورثة تقطيعه - : أن لهم ذلك، وإن قالت به أدفع بعد اليوم من دافعي عما أخذت. وقال في الاستغناء: إن لم يبين بها، وأقرت أنه

ويقوم منه أيضاً أن الأجرة على وثيقة الاقتضاء عليها معاً، أما الغريم فلأنه يبرئ ذمته، وأما الطالب فلحق في دعوى السلف.

ابن رشد: وأما لو ادعى أنه دفعه إليه ليدفع إليه حقه فلم يفعل؛ ففي كون القول قول المطلوب أو الطالب قولان⁽¹⁾.

قلت: سئل ابن عبد السلام عن من كان عليه حقٌ بصكٍّ، وتنازع المديان ورب الدين في تقطيعه أو تبطيله وبقائه عند ربه، فما الذي عليه العمل من القولين؟

قال: الذي عليه العمل عندنا تبطيله لا تقطيعه مخافة لو قطعناه أن يسأل المديان ربَّ الدين هل قبض شيئاً؟ أم لا؟

فإن قال: قبضتُ، ولكن من دين كان لي عليك؛ لم يقبل منه.

وإن قال: لم أقبض؛ حلف يميناً غموساً.

ابن سهل: عن مطرف: لو قامت امرأة على تركة زوجها بطلب مهرها مكتوباً في صكٍّ نكاحها فقبضته، فلو ورثه الزوج أخذ العقد وقطعه.

وقال أصبغ: لا يؤخذ منها، ولو كان مهرهاً في غير صكٍّ عقد نكاحها فأخذته؛ أخذ منها، وقطع إن كان المأخوذ هذا.

وإن أخذت به عرضاً أو عقاراً؛ لم يؤخذ منها، وعلى الورثة أن يستوثقوا لأنفسهم بالإشهاد.

ابن عبد الحكم: من عليه دين بصكٍّ ففضاه، وأراد أخذ الصكِّ، وأبا

لم يمسه فإن الصداق يقطع.

(1) انظر: البيان والتحصيل: 354/10.

الطالب؛ لم يُجَبَّرَ على إعطائه، ويجبر على أن يكتب له براءةً كتاباً في الموضوع الذي فيه المشهود عليه، أو غيره⁽¹⁾.



(1) انظر: الإعلام بنوازال الأحكام، لابن سهل، ص: 198.

كتاب التفليس

كتاب التفليس

قال مالك: وما دام قائم الوجه فأقراره جائز⁽¹⁾.

قوله: (قال مالك: وما دام قائم الوجه...) المسألة.

ابن هشام: ولو وهب أو تصدق، وعليه ديون لا يدري هل يفى ماله بها أم لا؛ جاز حتى يعلم أن ما عليه من الدين يستغرق ماله.

قال ابن زرب: واحتجَّ عليه بما في سماع عيسى من الرضاع - فيمن دفع لمطلقة⁽²⁾ نفقة سنة، ثم فلس بعد ستة أشهر - : إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه، ولم يظهر في فعله سرف ولا محاباة؛ فذلك جائز.

ابن رشد: يريد بقوله: (قائم الوجه) جائز الأمر، أن يكون المفلس مأموناً عليه مع كثرة ما عليه من الديون، ولا يتحقق أنها مغترقة لجميع ماله.

فيقوم من قوله هذا: أن من وهب أو تصدق أو حبس وهو غريم لقوم بديون كثيرة؛ إلا أنه قائم الوجه غير مخوف عليه الفليس، أن أفعاله جائزة غير مردودة، وإن لم يحضر الشهود قدر ما معه من المال، وما معه من الديون.

وبهذا كان يفتي ابن زرب، ويستدل بهذه الرواية، ويقول: "لا يخلو أحد أن يكون عليه دين".

وقوله صحيح، واستدلُّه حسنٌ.

(1) التهذيب للبراذعي: 638/3.

(2) في (ش): (لمطلقة).

وأما إذا علم أن ما عليه من الديون يستغرق ما بيده من المال؛ فلا تجوز له هبة ولا عتق ولا عطية ولا شيء من المعروف.

ويجوز له أن يتزوج منه، وينفق على ولده الذين تلزمه نفقتهم، ويؤدي منه ما لزمه من عقل جرح خطياً أو عمدٍ لا مظاهر فيه.
ولا يجب عليه أن يؤدي عن جرح يجب عليه فيه قصاص.

هذا معنى قول مالك في المدونة وغيرها، وبه يقول ابن القاسم (1).

قلتُ: وفي سماع أصبغ من المديان ما نصه: إذا كان الرجل قائم الوجه يبيع ويشترى، ويتصرف في ماله؛ فحمالته وهبته وصدقته ماضية، ولو كان عليم أن عليه ديوناً كثيرة؛ فهي على الجواز، حتى يثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف (2).

قلتُ: وفي سماع أبي زيد - فيمن أحاط الدين بماله، أو بعضه، فيحتمل حمالة، وهو يعلم أنه سيعدم -: لا يسعه ذلك بينه وبين الله، وحمالته مردودة؛ لأنها معروف.

ابن رشد: معناه إذا كان البعض الباقي عن الدين لا يفي بما تحمل به، ولو كان يفي صحت حمالته (3).

قلتُ: وأخذ من هنا، ومن نظائره أن من عليه صلاة فرض لا يجوز له التنفل، وأن أصحاب المكوس لا يصح منهم عتق.

(1) البيان والتحصيل: 157/5-159.

(2) البيان والتحصيل: 510/10-511.

(3) البيان والتحصيل: 369/11.

قلت: وفي أحكام ابن سهل [56/ب] - فيمن باع داراً بمحابة، ثم ثبت عليه دين من قبالة أحباس - قال ابن العطار وغيره: إن كان الدين قبل البيع؛ فالدين أولى بالمحابة، وإن كان بعد البيع؛ فالمبتاع أولى بالمحابة، ويحلف ما كان توليجاً، وإن كانت الدار لم تخرج من يد البائع؛ فالدين أولى، ولو كان بعد البيع.

وقال يحيى بن واقد: إن أثبت صاحب الحبس المحابة في الدار؛ فالبيع مردودٌ، والدين أحق بالزائد؛ لأن هبة المديان لا تصح⁽¹⁾.

قيل: وإذا حبسه أهل دينه فأقرّ في الحبس بدين لرجل آخر أيجوز إقراره؟ قال: إذا صنعوا به هذا ورفعوه إلى السلطان حتى حبسوه، فهذا وجه التفليس، فلا يجوز إقراره إلا بيينة⁽²⁾.

قوله: (قيل: إذا حبسه أهل دينه... المسألة).

(قلت): اختصرها لوجهين:

أحدهما: إشكالٌ في الحكم اشتمل عليه الجواب، وبيانه يتضح بتقرير

الحكم في المسألة.

قال ابن الحاجب: "ويقبل إقراره في المجلس أو عن قرب، ثم لا يقبل إلا

بيينة"⁽³⁾.

ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أنه لا فرق في الدين الذي فلس بسببه أن

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 525.

(2) التهذيب للبراذعي: 638/3.

(3) الجامع بين الأمهات، لابن الحاجب: 574/1.

يكون ثابتاً بيينة له أو بإقراره.

وقد نص ابن المواز عليه.

وحملوا المدونة أنّ هذا مخصوص بما إذا كان الدين الذي فلس بسببه ثابتاً بإقراره، وأما إن كان بيينة، فلا يقبل إقراره قُرب أو بُعد، إذا ثبت هذا؛ فظاهر السؤال سواءً كان بإقراره أو بيينة⁽¹⁾.

وقال في الجواب: إذا فعلوا به هذا لم يقبل إقراره، ظاهره: سواء كان بالقرب أو بالبعد.

وظاهره: كان الدين الذي فلس فيه بإقراره أو بيينة.

فهذا الجواب على ما قررنا عن ابن عبد السلام إنما يصح على عمومه إذا كان الدين الذي فلس بسببه ثابتاً بيينة، وأما بإقراره فيقبل في المجلس أو عن قُرب، فقد اتضح بهذا التقرير إشكال الحكم في⁽²⁾ الجواب.

الوجه الثاني: عدم مطابقة الجواب؛ لأنهم سألوا عن إقرار كائن في المجلس، فأجاب ببطلان إقراره عموماً، فهذا وإن كان جواباً أحرورياً باللزوم⁽³⁾ فقد فقدت المطابقة.

ووجه آخر؛ وهو إجمال الجواب في قوله: (فهذا وجه التفليس)، يحتمل أن يكون المعنى: فهذا حقيقة التفليس، فتكون على هذا حقيقة التفليس مركبة من أمرين.

(1) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح شرح جامع الأمهات، خليل: 172/6.

(2) قوله: (في) ساقط من (ش).

(3) في (ش): (للزوم).

ويحتمل: أن يكون المعنى⁽¹⁾ فهذا وجه التفليس، أي: شأن التفليس في⁽²⁾ سببه الذي تبني الأحكام عليه.

وقول ابن رشد: "وحدُّ التفليسِ المانعِ قبولِ إقرارِهِ قيامُ غرمائه عليه، أو قيامهم فيستتر عنهم"⁽³⁾ ظاهره: خلافُ المدونة على الوجه الأول. المتيطي: الفلْسُ عدم المال، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه.

وله انتزاع مال عبده المعتقد إلى سنين ما لم يتقارب الأجل، قيل له: فإن بقيت سنة؟ قال أرى أن يأخذ ماله ما لم يتقارب، ولم ير السنة قُرْباً⁽⁴⁾.

قوله: (قيل له).

اختصرها: لعدم الجواب؛ لأن قوله: (لم ير السنّة قريباً) ليس بجواب حقيقي يفيد تعيّن أن ما زاد عليها حداً محدوداً.



(1) قوله: (فهذا حقيقة التفليس، فتكون على هذا حقيقة... المعنى) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (أي).

(3) انظر: المقدمات الممهّدات، لابن رشد: 36/2.

(4) التهذيب للبراذعي: 644/3.



كتاب المأذون له

كتاب المأذون له

قال شيخنا أبو عبد الله: يطلق المأذون بإزاء معنيين:

أحدهما: مفهومه اللَّقْبِي - الذي هو ترجمة في سائر الكتب - فالمأذون له بهذا المعنى يشمل العبد والسفيه، وكل من عليه حجرٌ؛ لصحة الإذن لهم في بعض الأحوال فتصح أفعالهم.

والثاني: مفهومه الاصطلاحي - أعني في اصطلاح الفقهاء - فهو بهذا المعنى خاصٌّ بالعبد الذي أذن له في التجارة.

وهنا سؤال؛ وهو أن يقال: الإذن يتقرر بما دلَّ عليه، فلو قال: "أنت مأذون لك"؛ صحَّ، كـ "أنت وصيٌّ".

ولو قال: "أنت وكيلي"؛ لم يصح حتى يبين المتعلق.

ولم يذكر شيخنا أبو عبد الله فرقاً، وجزم بأنه يكون مأذوناً له بقوله: "أنت مأذون لي" (1).

(1) المشدالي: قيل: الفرق بين صحة الوصية المطلقة وعدمها في الوكالة المطلقة؛ هو أن اليتيم لما كان مفتقراً إلى من ينوب عنه في كل شيء، فإذا أطلق والده الوصية عليه كان ذلك قرينةً في تفويض الأمر إلى الوصي في جميع أموره من غير استثناء شيء، ولا كذلك الموكل، فإنه قادر على التصرف فيما وكلَّ فيه، ولا بد له أن يبقي لنفسه شيئاً يستبدُّ به على ما جرت به العادة في ذلك، فافتقرت الوكالة من أجل ذلك إلى التقييد بالتفويض، أو بأمر خاصٍّ، والله أعلم.
انظر التوضيح في الوكالة.

ومن خلى بين عبده وبين التجارة؛ اتجر فيما شاء، ولزم ذمته ما دابن به الناس من جميع أنواع التجارات؛ لأنه أقعده للناس، إذ لا يدري الناس لأي أنواع التجارات أقعده⁽¹⁾.

قوله: (من خلى بين عبده وبين التجارة...) المسألة.

قلتُ: هنا إشكال؛ وهو عدم مطابقة التعليل للمعلل، فإن الألف واللام إن كانت للعموم أو الحقيقة المشتركة بين المتاجر فهي مأذون فيها، والإذن في الأعمّ إذن في الأخص، فلا يصح قوله: (إذ لا يدري الناس)؛ فإنه ظاهرٌ أنّ سبب التعميم في اللزوم كون الإذن تعلّق بنوع من أنواع التجر مبهمٌ، لا أنه تعلق بالجميع، أو بالقدر المشترك بينها.

وإذا أُخّر المأذون غريماً له بدين، أو حطه عنه نظراً واستيفاً؛ جاز، ولا يجوز على غير ذلك كالوكيل المفوض، وأما الوكيل المخصوص على بيع سلعة يضع من ثمنها بعد البيع؛ فلا يلزم ذلك ربها⁽²⁾.

قوله: (لا يجوز على غير ذلك كالوكيل).

قلتُ: سئل ابن رشد عن المكثرين للحوانيت إذا قلت التجارة لضعف الناس في مثل هذا العام، هل هي جائحةٌ تحطُّ عنهم من الكراء بقدر ما نقصهم من التجر؟

وكيف إن كانت الحوانيت للأحباس؟ هل حكمها حكم غير المحبسة

(1) التهذيب: 5/4.

(2) التهذيب: 5/4.

سواء؟ أم لا؟

الجواب: ليس قلة التجرب في الحوانيت المكترة من ضعف الحال بجائحة يكون للمكتري القيام بها؛ سواء كانت الحوانيت للأحباس أو غيرها. وإن رأى القاضي في حوانيت الأحباس أن يحط عن المكتريين من الكراء ما شكوه على سبيل الاستيلاف⁽¹⁾ جاز ذلك، كما يجوز للوكيل المفوض إليه أن يحط من أثمان ما باع على موكله على هذا الوجه⁽²⁾.

وما استدان العبد، ولم يؤذن له في التجارة؛ فلا يتبع بشيء من ذلك إلا أن يعتق يوماً ما، فيتبع بذلك في ذمته، إلا أن يفسخه عنه سيده أو السلطان؛ لأن ذلك يعيبه⁽³⁾.

قوله: (والسلطان).

ابن عبد السلام: انظر معنى قولهم: "إن السلطان يسقطه!" والظاهر أنه يطلب للسيد ذلك منه؛ لأن السلطان يتولى إسقاطه من غير طلب⁽⁴⁾.

قلت: وقال المغاربة: يريد إذا كان السيد غائباً، أو في حكم الغائب؛ كالسفيه، وأما البالغ الرشيد الحاضر؛ فلا كلام للسلطان معه. قال شيخنا: وَ (أو) على هذا للتفصيل.

(1) في (ش): (الاستلاف).

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 400/1.

(3) التهذيب: 6/4.

(4) انظر قول ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 599/3.

وللسيد رد ما وهب العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد لو تصدقوا به، وإن استهلك ذلك من أخذه غرم القيمة لهم، إلا أن يكون ذلك من السيد انتزاعاً من غير المكاتب، فيقبض هو القيمة، ولو رده ولم ينتزعه وأقره لهم ثم مات السيد أو فلس فذلك لهم، ولو أعتقهم تبعهم ذلك. ولو كان إذ رده استثناه لنفسه كان ذلك له، إلا في المكاتب فإنه للمكاتب إذ لا ينتزع ماله، أو يكون إنما رده في مرضه، فإن رده جائز، ولكن يبقى ذلك للمدبر وأم الولد، ولا ينتزعه إذ لا ينتزع أموالهما في المرض ومن استتجر عبده بمال دفعه إليه، فلحق العبد دين؛ كان دينه فيما دفع إليه سيده، وفي مال العبد، ويكون بقية الدين في ذمة العبد، لا في رقبته، ولا يكون في ذمة السيد من ذلك الدين شيء⁽¹⁾.

قوله: (ومن دفع مالاً إلى عبده...) المسألة.

ابن عبد السلام: وجه دفع السيد هذا المال للعبد مشكّل.

تقرير الإشكال أن يقال: لا جائز أن يكون هبة، إذ لو كان هبة؛ لجاز التسري له فيه، وقد نص اللخميّ على منعه، ولا جائز أن يكون ديناً له؛ لأنه لو كان ديناً لحاصّ السيد به غرماء العبد، والمذهب عدمه، ولا جائز أن يكون قراضاً؛ إذ لو كان كذلك؛ لما تعلق به الدين.

واختار ابن عرفة أن يكون هبة منافع، لا هبة لأصل المنافع، ويتعلق الدين به من مطلق إذن السيد له في التجر، ومعاملة الناس له عليه.

قلت: قال بعض المشاركة: هذا المال الذي دفعه بمنزلة القراض على أن

(1) التهذيب: 7/4.

الربح للعبد، وقد التزم السيد أن تكون الديون فيه، وكأنه ملكه العبد؛ فلذا لا يضرب السيد به مع الغرماء، كما لا يضرب به مال القراض.

وما وُهب للمأذون، وقد اغترقه دين، فغرماءه أحق به من سيده، والسيد أحق بكسبه وعمل يده، وأرش جراحه وقيمته إن قُتل، وإن خارجه سيده؛ لم يكن للغرماء من عمل يده شيء، ولا من خراحه، ولا مما يبقى في يد العبد بعد خراحه؛ وإنما يكون لهم ذلك في مال إن وُهب للعبد، أو تصدق به عليه، أو أوصى به فقبله العبد، فإن أعتق العبد يوماً ما؛ بقي الدين في ذمته⁽¹⁾.

قوله: (وما وُهب للمأذون...) المسألة.

وفي كلام ابن رشد هنا نظراً.

قال ما نصّه⁽²⁾: وقول ابن القاسم في المدونة: (إن ما لزم ذمة العبد لا يكون فيما يبقى في يده بعد خراحه، وإنما يكون فيما وُهب له أو تُصدق به عليه، أو أوصى له به فقبله)؛ معناه عندي: في العبد الذي لم يؤذن له في التجارة، وفيما لزم مما ليس [57/أ] لسيدة أن يسقطه عنها؛ لأن ما لسيدة أن يسقطه عن ذمته لا يؤخذ مما وُهب له، أو تصدق به عليه، إلا بإذنه، فإن لم يسقط ذلك عن ذمته حتى عتق اتبع به ديناً بعد العتق، والمأذون له في التجارة يكون ما لزم ذمته فيما بقي في يده من عمله بعد خراحه إن كان سيده استعمله بخراج معلوم يؤديه إليه، فقِفْ على الفرق في هذا بين المأذون له في التجارة وغير المأذون له.

(1) التهذيب: 7/4 و 8.

(2) ههنا يبدأ سقط من (ع).

وعلى الفرق في غير المأذون له في التجارة بين أن يكون ما لزم ذمته مما للسيد أن يسقط ذلك عليه، أو مما ليس له أن يسقط ذلك عنه. اهـ (1).

فَقِفْ على كلام ابن رشد هذا وتدبره؛ فإنه مخالف للمدونة وغيرها؛ فإنه صرَّح أن غير المأذون له يُتصور في حقه دين لا يسقطه السيد. واللفظ الذي قيَّده في المدونة وقع في غير هذا الموضع (2). والعرب لها غرض في الإبهام كما لها غرض في البيان (3). ولم تغادر ذلك الموضع.

قلتُ: ويتقرر تصور ذلك بما ذكره أبو حفص العطار في ذلك الموضع الذي لم تغادره، وبما صرح به ابن رشد في رسم (إن خرجت) من سماع عيسى (4)، ونصّه:

سئل ابن القاسم عن رجلٍ اشترى هو وغلّامه سلعةً من رجلٍ إلى أجل،

(1) البيان والتحصيل: 297/11-298.

(2) المشدالي: لفظ المدونة الذي قيَّده ابن رشد فهو قوله في كتاب النكاح الأول: (وكل ما لزم ذمة العبد فلا يأخذه الغرماء من خراجه وعمله يده...) إلى آخر المسألة.

(3) المشدالي: قوله: (والعرب لها غرض في الإبهام...) إلى آخره؛ صحيح على الجملة، لكن الذي ينبغي في مثل هذا المقام إنما هو الإيضاح والإفهام دون التعمية والإبهام؛ إذ المقصود هو التقريب والتسهيل والإعانة على الفهم والتحصيل.

ولقد أحسن أبو القاسم الشاطبي في مخاطبته للحصري حيث قال:

ومن يعن وجه الله بالعلم فليعن عليه ومن عنى به خانه الجدد

والله الموفق للصواب برحمته.

(4) المشدالي: مسألة العتبية هذه وقعت في السماع المذكور من كتاب الجمالة.

وكتب عليهما جميعاً صكّه، ويعطهما حميل ببعض، فباع الرجل العبد قبل الأجل.

هل يكون على السيد أن يدخل له حميلاً مكان العبد؟

أو هل يحل عليه هذا الحق حين باع العبد؟

قال: ليس عليه شيء حتى يحل الأجل، وليس عليه أن يدخل حميلاً آخر للعبد، وهو يتبع العبد حيث كان، فإن رضي المشتري أن يجسه بما عليه من الحمالة كان له البيع، وإلا رده، إلا أن يشاء بائع العبد أن يخرج من ذلك العيب بالقضاء عنه، فيلزم المشتري البيع وذلك إذا لم يعلمه.

ابن رشد: لم ير أن يحل عليه بيع العبد قبل الأجل ما تحمّل به العبد عنه إلى الأجل، ولا أن يقيم له حميلاً سواه.

وهو كما قال؛ لأن حمالة العبد عن سيده لا تبطل بيعه إياه؛ لأنه إن بيّن ذلك للمشتري لزمه.

وإن لم يبيّن له؛ كان مخيراً بين أن يمسكته بما عليه من الحمالة، وبين أن يرده.

وفي إجازة بيعه إياه نظر؛ لأنه بنفس البيع يكون متزاع المال.

والعبد المأذون له في التجارة؛ إذا كان عليه دين ليس لسيدة انتزاع ماله؛ لأن انتزاعه إياه يبطل الدين الذي في ذمته.

فمعنى المسألة عندي أن العبد محجورٌ عليه؛ لأن ما لزم ذمة العبد المحجور عليه من الدين الذي لا يجوز للسيد أن يسقط ذلك عن ذمته؛ كمنحو هذا الدين الذي علم به، فأمضاه لا يكون إلا فيما وهب له، أو تصدق به عليه،

فيكون لسيده انتزاع ما سواه من ماله (1). اهـ.

قلتُ: وقد تفتَّن ابن عرفة لهذا، فقال في مختصره ما نصُّه: ما لزم ذمته وليس لسيده إسقاطه هو ما في سماع عيسى؛ أن يستدين بإذن سيده دون إذن له في التجر (2).

قوله: (والسيد أحق بكسبه)، مع قوله في المال: (إن وهب للعبد أو تصدق به...) المسألة.

قلتُ لشيخنا أبي عبد الله: هل هنا سؤال تقريره أن يقال: متعلق دين الغرماء؛ إما أن يكون بكل ما صدق عليه مسمى مال للعبد، فيلزم تعلق الدين بكسبه.

وإما أن يكون بما خرج من يد السيد للعبد، فيلزم أن لا يتعلق بما وهب له، أو تصدق به عليه.

وصوب هذا التقرير ولم يذكر عنه جواباً (3).

(1) انظر: البيان والتحصيل: 322/11، 323.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 297/11.

(3) المشدالي: قد يجاب بأننا لا نسلّم الحصر، ونختار قسماً ثالثاً، وهو أن يكون متعلقاً بما له الذي لا يكون عوضاً عن عمله، فإن ذلك لسيده ولا حق للغرماء فيه، وأما ما وهب له أو تُصدّق به عليه فليس عوضاً عن عمله، فلا حق للسيد فيه، فصح تعلق الدين به، ولك أن تقرره على وجه آخر، بأن تقول: نختار الأول؛ وهو قوله: "فيلزم تعلق الدين بكسبه".

قلنا: لا نسلّم لزوم ذلك؛ لتعلق حق السيد به ضرورة أنه عوض عن منفعه المملوكة لسيده، فكان ذلك دافعاً لتعلق حق الغرماء به، ولا كذلك الهبات والصدقات. والله أعلم.

قوله: (فقبله العبد).

هذا دليل أن القبول للعبد لا للسيد، وأنه لا يُكرهه على القبول.

وانظر قوله في الهبات: (فأخذها منه السيد...) المسألة (1).

ظاهرة: ولو لم يقبلها العبد.

فيؤخذ منه أن السيد يجبره على القبول (2).

وفي سماع سحنون - في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبلها -؛ أن لسيد

أن يأخذ ذلك، وإن أبى الذي تصدق بها، وقال: إنما أردت العبد فإذا لم يقبلها

فلا أعطيك.

ابن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه؛ لأن العبد لو

قبل الصدقة كان لسيدّه أن ينتزعها منه، فهو أحق بقبول (3) ما تصدق به على

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 364/4.

(2) المشدالي: أشار إلى قوله: (ومن وهب لعبد هبةً فأخذها منه سيده؛ قضي على العبد

بقيمتها من ماله).

وقال ابن عرفة في كتاب الحجر: مقتضى قول وصاياها: (من أوصى لعبد ابنه، ولا

وارث له غيره؛ جاز، ولا ينتزع ذلك الابن منه)؛ أن العبد يستقل بالقبول.

قال: وقد يؤخذ من أخذ الأشياخ من رواية ابن نافع في النكاح الثاني جبر السيد عبده

على قبوله الهبة عدم استقلاله بالقبول.

ومثل رواية ابن نافع في سماع سحنون.

والأول هو ظاهر في المأذون منها؛ لأن قوله: (فقبله) ظاهر في استقلاله بالقبول، ولذا

جعل بعضهم خلاف ما في النكاح الثاني.

(3) المشدالي: هذا هو الذي أشار إليه ابن عرفة أنه في سماع سحنون، وأنه مثل رواية ابن

نافع.

العبد. اهـ (1).

قلت: لم يتكلم ابن رشد على الجزء الأخير، وهو ما احتج به المتصدق من قصده العبد.

والصواب (2): عدم إغائه مطلقاً.

فيقال: إن ظهرت قرينة تكون مقصودة؛ ككونه أراد توسعة العبد بها ونحوه؛ لم يكن للسيد، وإلا فلا.

والدليل على هذا المعنى مراعى ما في المدونة وغيرها في صحة التحجير أن لا يبيع ولا يهب في الهبة للسفيه والصغير ما دام موصوفين بهذين الوصفين.

وما في سماع عيسى من رسم (باع شاة) فيمن قال: اشتروا عبد فلان بستين ديناراً فأعتقوه وأعطوا العبد عشرين، فقال سيده: لا أبيع إلا بثمانين، فقال العبد: اجعلوا العشرين التي أوصى لي بها في ثمني واشتروني.

قال ابن القاسم: لا يعجبني أن تزداد العشرون؛ لأن سيده لم يرد أن تكون في ثمنه، ولعله إنما أراد أن يعالج ولا يكون عديماً يسأل الناس، فإن وقع مضى عتقه.

ابن رشد: لو لم يقبل العبد عشرين لرُدَّت للورثة (3).

قلت: وههنا بحث لطيف لا يتفطن له إلا الماهر في الفقه، وهو أن يقال:

(1) البيان والتحصيل: 54/14.

(2) ههنا انتهى السقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 176-175/13.

كيف يصح أن يتوقف⁽¹⁾ قول ابن رشد: "فهو أحق بقبول ما تصدق به على العبد" على ما قبله؟

قلت: تقريره أن يقال: لما لم يشترط رضى العبد في الانتزاع لم يشترط في القبول.

بيان الملازمة أن القبول مملوك للعبد، وكل مملوك للعبد فالسيد أحق به، فالقبول أحق به.

وانظر - على هذا - لو ردها السيّد وقبّلها العبد!⁽²⁾

ولقائل أن يقول: صدق كل مملوك للعبد، ف(السيد أحقُّ به) منقوضٌ بالطلاق⁽³⁾.

(1) في (ش): (يترتب).

(2) المشدالي: الذي يقتضيه تقريرُ ابن عرفة أخذُ عدم الاستقلال بالقبول من أخذ الأشياخ من النكاح الثاني جبرَ العبد على القبول أن رد السيد نافذ؛ لأنه قال: لو استقلَّ العبد بالقبول استقلَّ بالرد، وكل ما استقل به لم يصح جبره عليه. بيان الصغرى أن الاستقلال بالقبول موجب للاستقلال بالرد، أصله المفلس لما استقل بقبول الهبة استقل بردها ولو كره غرماؤه، عكسه الصبيُّ لما لم يستقل بقبول الهبة عن وليه لم يستقل بردها.

وصدقُ الكبرى واضحٌ، ينتج لو استقل بالقبول لم يصح جبره، واللازم باطل بأخذ الأشياخ نقيضه من النكاح الثاني، فيثبت نقيض الملزوم؛ وهو عدم استقلاله، وهو المدعى.

(3) المشدالي: يريد: فتكون الكبرى جزئية، وهو من الشكل الأول، فلا يكون القياس منتجاً؛ لفقد شرط الإنتاج، وهو كلية الكبرى.





كتاب الحمالة

كتاب الحمالة

وأما إن تكفل برجل أو بنفسه، أو بعينه أو بوجهه إلى أجل، ولم يذكر مالاً، فإنه إذا أتى بالرجل عند الأجل ملياً أو معدماً برئ، فإن لم يأت به حينئذ، والغريم حاضر أو غائب، قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه؛ تلوّم السلطان للحميل، فإن أتى به بعد التلوم؛ فلا شيء عليه وإلا غرم⁽¹⁾.

قوله: (مثل اليوم وشبهه).

ابن رشد في سماع يحيى: قوله في هذه الرواية أن الحميل بالوجه إذا غاب المتحمل عنه وحل الأجل أن [57/ب] السلطان يؤجله في طلب صاحبه اليوم واليومين والثلاثة، خلاف ما في المدونة من أنه يؤجله اليوم ونحوه⁽²⁾.

قلت: الصواب أنه ليس بخلاف، وهو ظاهر كلامه في رسم (الجواب)

من سماع عيسى⁽³⁾.

وإذا مات الغريم؛ برئ حميل الوجه؛ لأن النفس المكفولة قد ذهبت⁽⁴⁾.

قوله: (إذا مات الغريم برئ حميل الوجه).

قال بعضهم: يريد: أو ما يقوم مقام الموت؛ وهو فلسه أو ثبوت أنه عديم؛

(1) التهذيب: 13/4.

(2) البيان والتحصيل: 340-339/11.

(3) البيان والتحصيل: 332-330/11.

(4) التهذيب: 14/4.

إذا لا فائدة في إحضاره.

ومن قال: لي على فلان ألف درهم، فقال له رجل: أنا بها كفيل، فأتى فلان فأنكرها؛ لم يلزم الكفيل شيء حتى يثبت ذلك ببينة⁽¹⁾.

قوله: (حتى يثبت ذلك ببينة).

ابن رشد: إذا قال الرجل: أنا كفيل لفلان بمائة دينار له على فلان، وفلان منكر؛ لزمه غرْمُ المائة.

وقيل: لا. وقيل: يلزمه إذا كان معدماً.

وإذا قال الرجل: لي على فلان مائة، فقال له رجل: أنا لك بها كفيل، لم يلزمه غرْمُها بالكفالة إلا أن يقر بها المطلوب؛ قولاً واحداً.

وإذا قال الرجل: لي على فلان حق، فقال له رجل: أنا لك به كفيل، فقال المطلوب له عليّ مائة، لم يلزم الكفيل غرْمُ المائة بالكفالة، إلا أن تثبت المائة على المطلوب بالبينة؛ قولاً واحداً، بمنزلة من قال لرجل: أنا ضامن لما بايعت به فلاناً⁽²⁾.

(1) التهذيب: 15/4.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 428/9.

وزاد المشدالي بعده: فحاصله أربع صور:

- الأولى؛ قوله: أنا كفيل بمئة لك على فلان وفلان منكر ففيها ثلاثة أقوال، وهي واضحة من كلامه.

- والثانية؛ قوله: لي على فلان مئة، فيقول له رجل: أنا لك بها كفيل، لم يلزمه إلا بإقراره اتفاقاً.

- والثالثة؛ إذا قال له: لي على فلان حق، فقال له رجل: أنا لك به كفيل، فقال

ومن أدى عن رجل ديناً عليه بغير أمره؛ فله أن يرجع به عليه، وكذلك من تكفل عن صبي بحق؛ قضى به عليه، فإن أداه عنه بغير أمر وليه؛ فله أن يرجع في مال الصبي، وكذلك لو أدى عنه؛ ما لزمه من متاع كسره أو أفسده أو اختلسه؛ لأن ما فعل الصبي من ذلك يلزمه⁽¹⁾.

قوله: (ومن أدى عن رجل ديناً عليه... المسألة).

فمن ذلك مَنْ دخل دار الحرب تاجراً، فيشتري أسيراً بغير إذنه، فيخرج به من أرض العدو؛ أن ذلك لازمٌ للأسير، وليس من حجة الأسير⁽²⁾ أن يقول له⁽³⁾: لا ينبغي لك أن تشتريني وتخرجني.

ومن ذلك: مَنْ وجد ميتاً فكفنه بغير أمر الورثة؛ رجع عليهم، وليس لهم أن يقولوا: ليس لك أن تكفن ميتنا.

قوله: (لأن ما فعل الصبي من ذلك يلزمه).

المتيطي: والذي يلزم الصبي الصغير والسفيه مما تقوم به البينة عليهما، هو كل ما كان منها على العداة؛ كاستهلاك الشيء، أو غضبه، أو اختلاسه، وانتهابه، وكالجراح، والقتل؛ عمداً أو خطأ.

وأما ما كان من ذلك على الطَّوع والمناولة، والإباحة من القائم الطالب له

المطلوب: له علي مئة؛ لم يلزمه إلا بقيام البينة اتفاقاً.

- والرابعة مثلها؛ وهي قوله: أنا ضامن لما بايعت به فلاناً.

انظر البيان قُرْب آخر أول رسم من سماع ابن القاسم من الشهادات.

(1) التهذيب: 16-15/4.

(2) قوله: (وليس من حجة الأسير) ساقط من (ع).

(3) قوله: (له) ساقط من (ش).

كالبيع والسلف والبيع، والمعاوضة وما يدخل في هذه الأشياء، فلا يلزم الصبي شيء من ذلك، ولا يسمع فيه من البيعة.

وكذلك السفية، حاشى وجهاً واحداً من هذه الوجوه، وهو الذي يدفع له مالاً ليستخبر به رشفه، فيلحقه فيه دين، ففيه خلافٌ.

ابن عبد السلام وغيره: ضابط المذهب فيما يضمنه الصبي مما لا يضمنه هو: أن ما أتلّفه مما عومل عليه لم يضمنه اتفاقاً، وما لم يؤتمن عليه ضمنه اتفاقاً، واختلّف فيما أوتمن عليه فأتلفه⁽¹⁾.

وإذا مات الكفيل قبل الأجل؛ فللطالب تعجيل الدين من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل، وله محاصة غرمائه أيضاً⁽²⁾.

قوله: (وإذا مات الكفيل).

لقائل أن يقول: الكفيل إمّا أن يكون بدلاً من الغريم؛ فيلزم عدم تأجيل ما يؤخذ من تركته، فيأخذه الورثة من الغريم ولا ينتظر الأجل، أو لا؛ فيلزم أن لا يؤخذ من تركته.

قلت: ما ذكره ابن يونس هنا فيما أخذه أحد الشريكين أنه كالمقاسمة، فيجب أن لا تصح، يلزم على اعتبار صحة قسمة⁽³⁾ الغاصب صحة هذه

(1) المشدالي: سئل أبو محمد عن صبي في رفقة بيده مالٌ خاف اللصوص، فدفعه لبعض أهل الرفقة ليحصنه، ثم زال الخوف فردّه للصبي، قال: يضمن المال؛ لأنه رده لمن لا يجوز أن يعطاه، انظر ودیعة جامع الأحكام.

(2) التهذيب: 17/4.

(3) قوله: (قسمة) ساقط من (ع).

أحرى؛ لأنه متعدّ.

أجيب بأنَّ فعلَ الغاصبِ يُثبِتُ حكماً على غيره، وهو امتياز المغصوب عن غيره، وهنا يُثبِتُ فعله حكماً لنفسه، فَجَعَلَ فعَلَ نفسه⁽¹⁾ عدماً، فتدبَّره.

وإنَّ أشهد رجلٌ على نفسه أنه ضامنٌ بما قُضي لفلان على فلان، أو قال: أنا كفيل لفلان بماله على فلان، وهما حاضران أو غائبان، أو أحدهما غائب؛ لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان؛ لأن ذلك معروف، والمعروف من أوجه على نفسه لزمه⁽²⁾.

قوله: (من التزم معروفاً لزمه).

قلتُ: يؤخذ منه أنَّ من التزم عدم الرجوع في الوصية أنه يلزمه؛ لأن عدم الرجوع به يحصل المعروف، وقد التزمه فهو معروف آخر فيلزمه⁽³⁾.

وفي نوازل أصبغ من الدعوى في رجل مات فقامت امرأته بصداقها على زوجها⁽⁴⁾، فأنكر وارثه، غير أنه أشهد نفراً، فقال: إن قامت على ما تذكر بينة عدلة، فهو في مالي، فشهد على الصداق شاهد عدل فقال: قد قلت: إن قامت بينة، والواحد ليس بينة، وإنما أردت شاهدين.

(1) قوله: (فعل نفسه) يقابله في (ع): (نفس فعله).

(2) التهذيب: 20/4.

(3) المشدالي: سيأتي الكلام إن شاء الله تعالى على تحقيق النقل في مسألة: من التزم أن لا يرجع في وصيته، في الوصايا الأول عند قوله في المدونة: (وللموصي أن يغير وصيته). فانظره هناك.

(4) المشدالي: قد قدِّمْتُ هذه المسألة بكماها في كتاب الشهادات عند قوله: (وأتى بينة)، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا. والله أعلم.

قال: ذلك له، ويحلف ويبرأ حتى يقيم شاهدين.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه الظاهر من قوله؛ مع أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه، فإذا حلف برئ، ولم يلزمه في مالي شيء، وحلفت هي مع شاهدها أن ما شهد به حق، وأنها ما قبضت ولا وهبت، وأنه باق عليه إلى حين يمينها، وتستوجب حقها في تركته⁽¹⁾.

ومن قال لرجل: بايع فلاناً أو دأينه، فما بايعته به من شيء أو دأينته به، فأنا له ضامن؛ لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه. قال غيره: إنما يلزمه من ذلك ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به⁽²⁾.

قوله: (قال غيره: إنما يلزمه...) إلى آخره.

ابن رشد: قول الغير تفسير، لا اختلاف في ذلك عندي.

قلت: يؤخذ من تراجع الحملاء مسألة اللصوص، أنهم يتراجعون، وهو منصوص في سماع عيسى من الغصب.

قال مالك: لو أن رجلاً أقر بغصب عبد لرجل، وأنه غصبه هو ورجلان ساءهما، وصدقه صاحب العبد أنهم غصبوه ثلاثتهم.

قال: عليه غرم قيمته كله، ولم ينظر إلى من غصبه معه إلا أن يقرؤا كما أقر، أو تقوم عليهم بينة، فأما إذا لم يقرؤا أو لم تقم بينة عليهم؛ فهو ضامن لجميع العبد.

(1) قوله: (فأنكر وارثه غير أنه أشهد نفراً... في تركته) ساقط من (ش).

وانظر المسألة في: البيان والتحصيل: 223/14، 224.

(2) التهذيب: 20/4.

ولو أقر جميعهم أو قامت عليهم بينة، فوجد بعضهم معدمين وبعضهم أملياء؛ فإنه يأخذ جميع قيمة العبد من الملية، ويطلب هو أصحابه.

ابن رشد: هذا لا إشكال فيه؛ لأن القوم إذا اجتمعوا في الغصب أو السرقة أو الحراة؛ فكل واحد ضامن لجميع ما أخذوه⁽¹⁾؛ لأن بعضهم قَوِيٌّ ببعض، فهم كالقوم يجتمعون على قتل رجل⁽²⁾.

قلت: ظاهر كلام ابن رشد أن حكم هذه المسألة متفق عليه؛ لقوله: "هذه المسألة لا إشكال فيها، ولا موضع للقول"، وليس كذلك⁽³⁾.

وقد صرح بالخلاف ابنُ المناصف والمازري.

قال المازري في كتاب الإقرار في آخر الجواب العاشر ما نصّه: ولو قال: غصبته ثوباً أنا ورجل سماه فإن ابن⁽⁴⁾ عبد الحكم قال: "لا يلزمه إلا قيمة نصف الثوب"، بناء منه على مذهبه في اللصوص والغصاب إذا تشاركوا، أن كل إنسان منهم لا يطالب بما أخذه صاحبه.

وأشار هو إلى هذا فقال: بعض أصحابنا يرى أن المشتركين في الغصب يضمن كل واحد منهم ما على صاحبه⁽⁵⁾. اهـ.

(1) في (ع): (أخذوا).

(2) البيان والتحصيل: 240/11.

(3) المشدالي: قال ابن رشد في سماع أبي زيد من السرقة: كل واحد منهم ضامن لجميع ما سرقوه جميعاً ولا أعلم فيه خلافاً.

(4) قوله: (ابن) ساقط من (ع).

(5) انظر: شرح التلقين، للمازري: 70/2/3.

قلت: وما في الرسالة لأبي محمد واضح⁽¹⁾.

وظاهر مسألة الستة حملاء في المدونة من بيع أو قرض، وأحسن ابن الحاجب في فرضها في البيع.

المتيطي عن ابن الهندي: إن كان السلف على جماعة لم يصلح⁽²⁾ أن يعقد أن بعضهم حميل عن بعض؛ لأنه سلف جر نفعاً.

وقال ابن أبي زمنين: ذلك جائز إذا كان ما على كل واحد منهم من ذلك مثل ما على صاحبه، فإن اختلف ما عليهم في العدد أو الجنس لم تجز الحماله، وإن كان أحدهم موسراً [58/أ] والآخر معسراً لم يجز.

قال: ومن أهل العلم من يرى أن الحماله لا تلزم الذي عليه الحق إلا أن تكون بأمره، ولذلك يكتب كثير من الموثقين في عقودهم: تحمّل فلان عن فلان بأمره ورضاه؛ ليسلم العقد من هذه العلة.

قال ابن القاسم: ومن تكفل عن رجل بألف درهم، فأخذ الكفيل من الغريم سلعة على أن يدفع عنه الألف، ثم أغرمها الطالب للغريم؛ فللغريم الرجوع بالألف على الكفيل؛ لأنه باعه السلعة بها⁽³⁾.

(1) المشدالي: وفي النوادر: روى محمد إن تاب أحد المحاربين وقد أخذ كل واحد منهم نصيبه من المال ضمن هذا التائب جميع المال.

المشدالي: وقال الباجي: قال ابن عبد الحكم: "لا نرى على كل واحد إلا ما أخذ". والله أعلم.

(2) في (ش): (يصح).

(3) التهذيب: 27/4.

قوله: (فأخذ الكفيل من الغريم سلعةً على أن يدفع عنه الألف).

قال ابن عرفة: ظاهره؛ كان الطالب حاضراً، أو غائباً، ويجب تقييدها عندي بحضوره أو وكيله؛ لقوله بعده: (والطالب حاضرٌ)، وما في آخر الوكالات⁽¹⁾.

ومن تكفل لرجل بما أدركه من درك في جارية ابتاعها من رجل أو دار أو غيرها؛ جاز ذلك، ولزمه الثمن حين الدرك في غيبة البائع وعدمه، ولو شرط خلاص السلعة؛ لم تجز الكفالة ولم تلزم، وقال غيره: يلزمه⁽²⁾.

قوله: (لم تجز الكفالة ولم تلزم).

في سماع عيسى - في نصراني سلف نصرانياً خمرأً أو خنازير، وتحمل له به نصراني، فأسلم الحميل وأعدم المكفول - : لم يلزم الحميل شيء، ويتبع

(1) المشدالي: انظر عكس المسألة، وهو شراء المديان سلعة من الكفيل ليقضي منها دينه، قال في ثالثة من سماع أصبغ في المديان يقول للكفيل: بعني سلعتك أقضها فلاناً، أو أبيعها فأقضي منها فلاناً فتسقط عنك الحماله. قال: لا يجز؛ لأنني أخاف أن يكون من وجه الدين بالدين.

ابن رشد: هذا بَيِّنٌ؛ لأن المعنى أنه اشترى منه السلعة إلى أجل بأكثر من قيمتها نقداً على أن يقضيه غريمه فيما كان له عليه، فصار ما زاده على قيمة السلعة ثمناً لأدائه عنه ما تحمل به عنه إن كان قضي السلعة بعينها، وإن كان باعها فقضى ثمنها صار كأن الحميل قضى عنه عشرةً على أن يأخذ من المشتري خمسة عشر إلى أجل، وذلك رباً. ووجه الدين بالدين كما قال. والله أعلم.

(2) التهذيب: 28/4-29.

النصراني المكفول صاحبه.

ابن القاسم: كل حمالة كان أصل شرائها حراماً؛ لم يلزم الكفيل منها شيء⁽¹⁾.

لو بتل صدقة في مرضه لو ارث أو غير وارث ثم صح؛ لزمته الصدقة إذا لم تكن على وجه وصية⁽²⁾.

قوله: (ثم صح لزمته الصدقة).

المتيطي: وقيل: لا يلزمه، وهو قول شاذ ذكره ابن الهندي⁽³⁾.

ولا تجوز الحمالة بذلك العمل في حياة الصانع أو مماته، ولا كفيل به حتى يعمله، ولا بأس بأخذ حميل بالحمولة المضمونة، ولا تجوز في دابة بعينها، إلا أن يتكفل برد بقية الكراء عند موتها، فيجوز⁽⁴⁾.

قوله: (ولا تجوز في دابة بعينها).

(1) البيان والتحصيل: 334/11.

(2) التهذيب: 33/4.

(3) المشدالي: وأما لو رجع عن صدقته وهو مريض، ومات من مرضه ذلك، فاختلف قول مالك: هل يصح رجوعه فيها كالوصية فلا ينفذ بعد موته؟ أو لا يصح فيجب تنفيذها لمن هي له؟

المشدالي: واعلم أن مسألة التبتيل في المرض توافق الوصية في أنها تُخْرَج من الثلث، وتخالفها في أنها تدخل فيما علم وفيما لم يعلم، وأنها لا تبطل بموت المعطى قبل المعطى، وأنها لا يصح الرجوع فيها على أحد قولي مالك كما تقدم.

انظر رسم (أخذ يشرب خمرًا)، من سماع ابن القاسم، من كتاب الحبس.

(4) التهذيب: 35/4.

في نوازل سحنون من الحمالة - في رجل كان يدعي قبّل رجل دابةً، فقال له رجل آخر: أنا ضامن لك ما جاء في هذه الدابة، فحمل عنه، فخرجت الدابة للمدعي يوماً فماتت - قال: يضمنها إذا أثبتها المدعي عند القاضي، وقضى له بها.

ابن رشد: وقال أصبغ: لا يضمن في الموت، وهو أظهر؛ لأن المقصود في ضمانها ما يخشى من تغييبها المدعى عليه إذ هي بيده، أو يهرب بها، أو غير ذلك (1).

ولا يجوز لعبد أو مكاتب أو مدبر، أو أم ولد عتق ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك، مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد، فإن فعلوا ذلك بغير إذنه؛ لم يجز إن رده السيد، فإن رده؛ لم يلزم وإن عتقوا، وإن لم يرده حتى عتقوا؛ لزمهم ذلك، علم به السيد قبل عتقهم أو لم يعلم (2).

قوله: (لم يلزمهم وإن عتقوا).

عورض بقوله في النكاح الأول: (إن أعتقت فرد الزوج فعلها ثم مات...) المسألة (3).

والجامع بين المسألتين فعل مردودٌ لمانع زال.

الفرق أن الزوجة من أهل العتق في الجملة، فهي أقوى.

(1) البيان والتحصيل: 347/11.

(2) التهذيب: 35/4.

(3) التهذيب: 193/2.

ومن باع من عبده سلعةً بدين إلى أجل، أو تكفل عنه بدين، فأداه عنه، ثم باعه أو أعتقه؛ فإن ذلك باق في ذمته، إلا أن ذلك عيب في العبد إن لم يبينه، فالمبتاع مخيرٌ في الرضا بذلك أو رد البيع⁽¹⁾.

قوله: (إلا أن ذلك عيبٌ في العبد... المسألة).

في سماع ابن القاسم - فيمن أراد شراء عبد ليعتقه طوعاً، فأبى سيده أن ينقصه من خمسين، وأبى المشتري أن يعطيه أربعين، فقال العبد لسيده البائع بغير حضرة المشتري: بعني ولا تمنعني من العتق، وأنا أشهد لك أني أعطيك عشرة ديناً لك علي، فأشهد العبد بذلك، فباعه من الذي أعتقه بأربعين وأعتقه، ثم علم المشتري بذلك، فأنكر عليه - فقال: ما أرى ما صنع جائزاً. قلت له: فهل له أن يتبع العبد بالعشرة ديناً؟

قال: لا شيء له على العبد، وتسقط عنه، فإن كان ذلك بإذن المشتري وعلمه؛ لزمته العشرة.

ابن رشد: أوجب على العبد لسيده ما أشهد له به على نفسه ممن يعتقه، وجعل ذلك ديناً ثابتاً له عليه، يتبعه به إن علم ذلك المشتري، كدين ثبت له في ذمته قبل البيع⁽²⁾.

فقوله: "إنه تسقط عنه إن لم يعلم بها المشتري"، هو مثل ما في سماع عيسى.

وهو خلاف ما في حمالة المدونة فيمن (باع عبده وله عليه دين...) المسألة،

(1) التهذيب: 37/4.

(2) البيان والتحصيل: 430/14-431.

إذ لو سقطت لما جعله مخيراً.

وقد قال ابن القاسم في العشرة: تسقط عن الغلام؛ علم المشتري أو لا.

زاد في سماع عيسى: وعلى هذا الأصل كان الشيوخ يختلفون في الذي يبيع داره، ومطمر مرحاضها مملوء رحاضةً، ولا يتبرأ بذلك إلى المبتاع.

فمنهم من كان يقول: هو عيب في الدار؛ إن شاء المشتري أمسك، وإن شاء رد على حكم العيوب؛ قياساً على مسألة المدونة هذه⁽¹⁾.

ومنهم من كان يقول: ليس ذلك بعيب، ويلزم البائع أن يخلي له المطمر؛ قياساً على سائر المسائل المذكورة⁽²⁾.

وهو الأظهر له؛ بمنزلة أن لو كان له زبل في بيت من بيوت الدار⁽³⁾.

قلت: وفي نوازل أصبغ - فيمن له عرصة، وكان مجرى مائها إلى أسفل، فباع الأسفل، ولم يذكر المجرى وقت البيع، فبنى المشتري، وجعل كوة في جداره، وجرى عليه الماء شهراً فسد الكوة، وقال: ليس عليّ مجرى - له ذلك، إلا أن يكون من الأمور الظاهرة التي تُعرَف، ويعرفها المشتري الأبعد عنها، ولا محيص للماء عن ذلك المجرى، لزم المشتري ذلك؛ لأنه كالشرط عليه برضاه.

(1) انظر: البيان والتحصيل: 317/8.

وزاد المشدالي بعده: القائل بهذا القول هو أبو عمر الإشبيلي المعروف بابن المكوي.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 317/8.

وزاد المشدالي بعده: القائل بهذا القول هو القاضي ابن زُرْبٍ مع جماعة من الفقهاء، واحتج لقوله بمسألة نوازل أصبغ التي نذكرها الآن إن شاء الله تعالى.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 317/8.

ابن رشد: وقد قيل: إذا لم يشترط البائع على المشتري، ولا كان أمراً ظاهراً، فليس له أن يسدّه، وهو عليه فيما ابتاع، إن شاء ردّ أو تماسك، وهو على ما في المدونة في الكفالة في هذه المسألة⁽¹⁾.

قلتُ: ونزلت عندي مسألة من هذا المعنى في رجل تملك داراً وسطحها، ومجرى مائها لناحية، ولا مجرى لها إلا تلك الناحية، فباع صاحب الدار الناحية التي عليها المجرى، فمنعه المشتري من جري الماء عليه، ولا بيان حين التبائع، فحكمتُ فيها: أنه إن كان لا مصباً لها إلا تلك الناحية، والمشتري عالم بذلك قبل البيع؛ فلا مقال له، وإلا فله الرد؛ لأنه عيب، وسنده هذه الرواية.

وسئل ابن القاسم في باب آخر عن البكر التي عنست في بيت أهلها، أتجوز كفالتها؟ قال: قال مالك في هبتها وصدقته: لا تجوز، فكذلك كفالتها في هذا لا تجوز؛ لأن بضعها بيد أبيها⁽²⁾.

قوله: (وسئل).

سرُّ سياقها كذا ما تضمنه من الإشكال؛ وهو أن يقال: أجابه بالهبة والصدقة، وقاس عليها الكفالة، ولا يلزم من منعها منعها لمحض التبرع فيهما دونها؛ لأن الكفالة يأخذ في الزمن الثاني ما دفع أولاً.

(1) انظر: البيان والتحصيل: 62/8.

وزاد المشدالي بعده: قال أبو الأصبغ بن سهل: جواب القاضي ابن زرب ومن وافقه من الفقهاء أصح في النظر، وقياسه على مسألة أصبغ آيين في الاستدلال من الذي نظر الإشبيليُّ جوابه بها من مسألة العبد. والله أعلم.

(2) التهذيب: 40-39/4.

وقال المغيرة في ذات الزوج تزيد على ثلثها: إنه يجوز منه الثلث كالوصية، وقال غيره: ليس كالوصية، إذ قد تجوز وصية من لم يبلغ الحلم، ولا يجوز صنيعه في صحته في ثلث ماله ولا غيره⁽¹⁾.

قوله: (قال غيره: ليس كالوصية).

تصدى في هذا الكلام إلى الفرق؛ وهو إنما ينتج افتراق البابين في الأحكام من حيث الجملة، وهو لا يمس محل النزاع، والفرق الجيد أنه في الحياة يمكن التلاقي، وفي الموت لا.



(1) التهذيب: 41/4-42.



كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين، فرضيت باتباعه؛ برئت ذمة غريمك، ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه، ولو غرك من عدم يعلمه بغريمه أو تفليس؛ فلك طلب المحيل، وإن لم يغرك كانت الحوالة لازمة لك، وإن لم تقبض ما أحالك به حتى أفلس المحيل أو مات، فلا دخول لغرمائه معك في ذلك الدين؛ لأنه كبيع نفذ⁽¹⁾.

قوله: (ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه...) المسألة.

في سماع أبي زيد من المديان: قال ابن القاسم - في عبد مأذون له في التجارة فداين الناس، وقد كان على سيده لرجل مائة دينار، فأحاله بها على هذا العبد المأذون له، ثم فلس العبد - قال: حاصَّ المحالَّ غرماء العبد.

قيل له: قد حاصَّ فصار له في المحاصة نصف حقه.

قال: يرجع على السيد بنصف الحق، ويرجع⁽²⁾ غرماء العبد على السيد بما صار لغرمائه في المحاصة، وهو خمسون؛ لأنه هو الذي أدخله عليهم، وإن لم يكن عنده شيء باعوا من العبد ما كان لهم أن يرجعوا به على السيد.

ابن رشد: هذه مسألة فيها نظرٌ، ولا تصح إلا على معنى⁽³⁾ ما؛ وهو أن

(1) التهذيب: 43/4.

(2) زاد بعده من (ش) قوله: (على).

(3) قوله: (إلا على معنى) يقابله في (ش): (إلا معنى).

يكون السيد أحال غريمه على عبده، ولا دَيْن له عليه، فلما فلس العبد؛ لم يعلم إن كانت الحوالة قبل ديون الغرماء، فيكون من حق المحال أن يحاصَّ الغرماء، ولا يكون للغرماء رجوع على السيد بشيء، أو بعد ديون الغرماء⁽¹⁾، فلا يكون للمحال محاصة الغرماء، والسيد مُقَرَّرٌ أن الحوالة كانت بعد ديون الغرماء، والمحال منكر لذلك، [58/ب] ومدَّعٍ أن الديون إنما لحقت العبد بعد الإحالة، فعلى هذا التأويل تستقيم المسألة.

وقال ابن دحُون: إنها مسألة غير⁽²⁾ مستقيمة؛ لأنه إن كان أحال الغريم على دين له على العبد؛ فليس للمحال رجوع على السيد بما وقع في المحاصة، وإن كان أحاله على ماله الذي بيد العبد؛ فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يتداين العبد أو بعده؛ فإن كان قبل، فلم يقبض المحال حتى فلس العبد، فلا رجوع له⁽³⁾ ولا للغرماء على السيد بما يقع للمحال في المحاصة؛ لأنه أخذ دين العبد، وإن كان بعد أن تداين العبد لمال عليه؛ فذلك لا يجوز على الغرماء؛ لأنهم أولى بما في يد العبد من السيد ممن أحاله السيد.

وليس قوله بصحيح؛ لاحتمال المسألة سوى الوجوه التي قسم إليها المسألة، وفسرها على معنى ما في المدونة؛ إذ من الوجوه التي تحملها المسألة الوجه الذي ذكرناه⁽⁴⁾.

(1) قوله: (فيكون من حق المحال أن يحاصَّ الغرماء... الغرماء) ساقط من (ع).

(2) قوله: (غير) ساقط من (ع).

(3) قوله: (على السيد بما وقع في المحاصة،... له) ساقط من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 554/10، 555.

ولا بأس بأن تكتري من رجل عبده أو داره، بدين لك حال أو مؤجل على رجل آخر مقرّ حاضرٍ، وتحيله عليه إن شرعت في السكنى أو الخدمة(1).

قوله: (مقرّ حاضرٍ).

قلتُ: مفهومه: لو كان غائباً؛ لم تجز الحوالة.

قال في الطرر عن أبي زيد القرطبي: لا تجوز الحوالة على غائب، فإن وقع لم

تجز وفسخ؛ لأنه قد تكون للغائب من ذلك براءة.





كتاب الرهون

كتاب الرهون

قلتُ: لا خفاء في إشكال تعريف شيخنا في مختصره⁽¹⁾؛ لأنه مفرغ في إحدى القضيتين.

أما حاصله: قَبْضُ مالٍ للتوثق، فقد علمت أنه لا⁽²⁾ يشمل من الرهان إلا ما هو مقبوضٌ، ولا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن. وأما ما حاصله: مالٌ مقبوضٌ للتوثق، فقد علمت أيضاً أن هذا الحد إنما يصدق على المرهون، وحقيقة الرهن أمر آخر وراء ذلك.

وهي قولنا: عقدٌ لازم لا ينقل الملك؛ قصدَ به التوثق في الحقوق، أو ما يوجب⁽³⁾ هذا المعنى.

ومن ارتهن دابة أو داراً أو ثياباً، واستحق نصف ذلك من يد المرتهن؛ فباقيه رهن بجميع الحق، فإن شاء المستحق البيع؛ قيل للراهن وللمرتهن: بيعاً معه، وقيل للمرتهن: لا تسلم رهنك، ولكن يباع وهو بيدك، وتصير حصة الراهن من الثمن رهناً بيد المرتهن بجميع حقه، أو بيد من كان الرهن على يديه⁽⁴⁾.

قوله: (فاستحق نصف ذلك...) المسألة.

(1) انظر: مختصر ابن عرفة: 318/ب.

(2) في (ع): (ما).

(3) في (ع): (يؤدي).

(4) التهذيب: 48/4-49.

البحث فيه من وجهين:

أحدهما أن يقال: قد يؤخذ من هذا أن الرهن لا حصة له من الثمن؛ لأنه لو كان له حصة لكان للمرتهن مقالاً في استحقاق جُلِّ رهنه بإخلافه ضرورة⁽¹⁾ كونه من الثمن.

قلتُ: بل يقال: له حصة، وكل جزء⁽²⁾ رهنٌ بالكل.

ابن عبد السلام: قال الأكثرون: إنَّ كلَّ جزء من الرهن مرتهن بكل جزء من الدين⁽³⁾.

وظاهر كلام أهل المذهب أنه لا فرق في ذلك بين اتحاد الدين أو تعدُّده، وإن كان قد وقع خلاف في تعدد الدين.

الوجه الثاني: أنه يؤخذ من قولهم هنا: "إن الباقي رهنٌ بالجميع"، أنه لا يشترط مساواة الرهن للمرهون به، فعلى هذا لا يصح أن يكون شاهداً على ما في الذمة، ولا على نفسه، والمذهب أنه شاهداً على نفسه، لا على ما في الذمة، على المشهور.

أجر السقي على الراهن، كما أن عليه نفقة الدابة والعبد الرهن، وعليه كسوة العبد وكفنه إن مات ودفنه⁽⁴⁾.

قوله: (وكفنه إن مات ودفنه).

أخذ منه أنه لو ماتت دابة في السوق، أو في دار رجل؛ أن على صاحبها

(1) قوله: (بإخلافه ضرورة) يقابله في (ش): (بإخلافه ضرورته).

(2) زاد بعده من (ع) قوله: (جزء).

(3) انظر: التوضيح: 153/6.

(4) التهذيب: 50/4.

إخراجها؛ لأنه أحق بجلدها وجنينها؛ لأن موتها لا ينقل ملك ربها. وقول ابن رشد في سماع ابن القاسم من الصلاة: "إن الميتة لا ملك فيها لأحد"⁽¹⁾، يقتضي أنه لو استخرج أجنبي جينها، أو نزع جلدها؛ أنه لا مقال لربها معه.

ولا أعلم أحداً ذكر هذه المسألة غير صاحب الطرر. قال ما نصه عن الاستغناء: لو ماتت دابة رجل في دارٍ آخر؛ فعلى رب الدار إخراجها؛ لارتفاع ملك ربها عنها بالموت. وقيل: على ربها؛ لأنه ينتفع بها لكلايه. اهـ.

ومن باع نخلاً قد أُبرّ ثمرها؛ فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع⁽²⁾.

قوله: (ومن باع نخلاً قد أُبرّ... المسألة).
يرد عليه أن الدعوى عامة، والدليل خاص.

وإذا تعدى العدل في رهن في يديه، فدفعه إلى الراهن أو إلى المرتهن فضاع، وهو مما يغاب عليه، فإن دفعه إلى الراهن؛ ضمن للمرتهن، وإن دفعه للمرتهن؛ ضمنه للراهن، فإن كان الرهن كفاف الدين؛ سقط دين المرتهن لهلاكه بيده، فإن كان فيه فضل يضمن العدل الفضل للراهن⁽³⁾.

قوله: (وإذا تعدى العدل... المسألة).

قلتُ: أخذ من هنا بعض القضاة المالكية بالديار المصرية مسألة؛ وهي:

(1) انظر: البيان والتحصيل: 315/1.

(2) التهذيب: 51/4.

(3) التهذيب: 54/4.

لوقام رجل على مديانه؛ لأخذ دينه والمديان غائب، فرفع أمره للقاضي، فوقف له ماله الثابت له، وغاب رب الدين⁽¹⁾ بعد ذلك، وقدم المديان وادعى أنه مليء، ودفع له القاضي المال الذي أوقفه لأجل الغائب فهرب، ثم قدم رب الدين، فأراد الرجوع على القاضي، أنه يضمن؛ لقولها هنا: (يضمن العدل للمرتهن...) المسألة، بجامع أن القاضي والأمين دفعا ما لا تعلق به حق للغير تعلق استيفاء، فحكّم بذلك وأمضاه.

وقال مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها، وقد دارت في أيدي رجال، أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء⁽²⁾.

قوله: (وقاله مالك...) إلخ.

تأمله فإنه مخالف في الاستدلال؛ لأن ظاهر مسألة الدليل أنه لا يخير في إجازة البيع ورده؛ وإنما له الثمن فقط ممن شاء، وفي المستدل عليها له إجازته، هذا مصرح به وله رده، هذا في ضمنه لوضع (اللام) لذلك.

ومن ارتهن عبداً فجنى العبد جناية خَيْرَ السيد أَوْلاً، فإن فداه كان على رهنه، وإن أسلمه خير المرتهن أيضاً، فإن أسلمه؛ كان لأهل الجناية بماله، قل أو أكثر، وبقي دين المرتهن بحاله⁽³⁾.

قوله: (خَيْرَ السيد أَوْلاً).

تقرير معارضتها بجناياتها أن المرتهن، والمخدم تعلق حقهما بالرقبة تعلق

(1) في (ع): (الدار).

(2) التهذيب: 54/4-55.

(3) التهذيب: 58/4.

استيفاء، فقدم المخدم هناك دون المرتهن هنا.

الجواب من وجهين:

الأول: أن الاستيفاء هنا مخالف لما هناك، فإنه هنا من حيث اللزوم للبيع إن أعدم، وهناك من حيث المطابقة، وهو وجه ما قصد الموصي.

الثاني - وهو أصوب - أنه لو قدم صاحب الرقبة هناك؛ لبطل حق المخدم؛ لأن ما أوصى به الموصي مرتب، فلو عكس؛ لبطلت الوصية بخلاف ما هنا.

وللموصي أن يرهن من متاع اليتيم رهناً فيما يبتاع له من كسوة أو طعام، كما يتسلف لليتيم حتى يبيع له بعض متاعه، وذلك لازم لليتيم⁽¹⁾.

قوله: (من كسوة أو طعام).

قيل: ظاهر المدونة لا يجوز الشراء بالدين للمحجور إلا في ضرورياته، ولا تعمّر ذمته بما لا ضرورة إليه.

وقال بعضهم: بل تدل المدونة على جواز تعمير ذمة اليتيم بالدين، وجواز الشراء له بالدين، ألا ترى إلى قوله: (كما يتسلف...) المسألة.

وللموصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه، إلا أن يتجر لليتيم فيه، أو يقارض له به غيره⁽²⁾.

قوله: (وللموصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة).

(1) التهذيب: 61/4.

(2) التهذيب: 61/4.

قلتُ: يؤخذ من هنا جواز الصلح على المحجور فيما ادعي عليه، وخاف أن يثبت على المحجور، أو طلب هو - أعني المحجور - دعوى على الغير، فخاف الوصي ألا تثبت أنه يصالح على البعض يعطيه أو يأخذه. ونص عليه صاحب الطرر.

والجامع بينهما أنه جَوِّزٌ للوصي دفع المال مضاربة مع احتمال ذهابه، فضلاً عن حصول رأس المال فقط، فضلاً عن حصول الربح.

قلتُ: قال في نوازل أصبغ: سألت ابن القاسم عن الوصي، أيصالح على اليتامى؟

قال: نعم؛ إن رآه نَظَرًا.

ابن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه على اليتيم فيما يراه نَظَرًا فيما طلب له من حق أو طلب به، في أنه يأخذ حقه الذي يطلب له، ويضع بعضه إذا خشي أنه لا يصح له ما ادعاه، وبأن يعطيه من ماله بعض ما يطلب به إذا خشي أن يثبت عليه [59/أ] جميع ما يطلب به.

وهو له في النواذر مكشوفٌ، خلاف ما حكى (1) ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون من أنه يجوز فيما يطلب له، لا فيما طلب به، والصواب أنه لا فرق بينهما (2).

المتيطي: اختلف إذا تسلَّفَ الوصيُّ مال اليتيم فتجر به؟

(1) قوله: (ما حكى) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 224/14.

قيل: الربح له.

وقيل: لليتيم.

وقيل: إن كان ملياً فله، وإلا فلليتيم.

قلتُ: ولو تجر الوصي في مال المحجور وربح⁽¹⁾، فكبر المحجور ورشد، وتنازع مع الوصي؛ فقال المحجور: إنما تجرت بهالي على أن الربح لي، وأنكره الوصي؛ فقال ابن عبد السلام: القول قول الوصي مع يمينه.

قال: ولو أسلفه، ولليتيم في يده ناض لم يرجع عليه؛ لأن اليتيم غير محتاج إلى سلفه، وهو في نفقته على اليتيم حيثنذ متطوع.

الطرر: لو عمل الأب أو الوصي في أرض الصغير مغارسة بأنفسهما؛ كان لهما قيمة عملهما مقلوعاً.

ومن سلف يتيماً في عمارة منزله، فإن خيف خرابه وانهدامه؛ رجع عليه، وأما غير ذلك من شراء دابته أو سلعة يرجو ناءها؛ فلا يلزم اليتيم إلا أن يجد ذلك بعينه فله أخذه.

ولو دفع الوصي لليتيم أكثر من نفقته فأتلفه؛ ضمنه الوصي؛ لأنه عرضه للتلف، وكذلك السفية.

ولو دفع الوصي إلى من في ولايته مالاً يكفيه لنفقته، فتسلف اليتيم ما كمل به نفقته؛ ضمن الوصي ما تسلفه، ولو تسلف الوصي على الأيتام حتى يباع ما لهم، فأنفق ذلك عليهم، فتلف ما لهم؛ فلا ضمان عليه.

ولو كان الأيتام إخوة، فأنفق الوصي على بعضهم من مال الآخر؛ ضمن

(1) قوله: (وربح) ساقط من (ع).

الوصي لمن أنفق من ماله، ويرجع بذلك على المنفق عليه.

ومن قال: لله عليّ أن أصوم شهراً متتابعاً؛ أجزاءه التبييت لأول ليلة، ولا يحتاج أن يبيت الصوم كل ليلة⁽¹⁾.

قوله: (ومن قال: لله عليّ أن أصوم).

(قلت): وجدتُ حاشيةً حسنةً على هذا الموضع ونصّها:

قال بعض البغداديين: إنما أتى بهذه المسألة هنا في كتاب الرهن لشبهها بالتي قبلها.

وذلك أنه قال فيها: (ليس للوصي أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهنًا).
المسألة⁽²⁾.

فهو لما كان في يده أوّلاً فقد حازه، فيتم له الحوز في العروض كلها بأول مرة، فلا يكون حائزاً مرةً أخرى، ومسألة الصوم قد انعقد له التبييت أول ليلة⁽³⁾ وحازه، فلا يحتاج إلى تبييت ثانٍ؛ لأنه قد بيته أول مرة.

وأشار الصقلي إلى أنه إنما أتى بها على ما كانت عليه في المختلطة.

ومن لك عليه دين إلى أجل من بيع أو قرض؛ فرهنك به رهنًا على أنه إن لم يفتكه منك إلى الأجل، فالرهن لك بدينك؛ لم يجز ذلك، وينقض هذا الرهن، ولا ينتظر به الأجل⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 62/4.

(2) التهذيب: 61/4.

(3) في (ش): (مرة).

(4) التهذيب: 65/4.

قوله: (ومن كان⁽¹⁾ لك عليه دين إلى أجل من بيع أو قرض...)
المسألة.

قال في تعليقة القاسبي: غلط البراذعي في اختصار هذه المسألة؛ لأن ظاهر كلامه يقتضي أن الرهن بعد عقدة البيع والقرض، ولو كان كما قال، لكان الرهن في نفسه هو الفاسد وردَّ أبداً، ولم يكن رهناً؛ لأن من أصولهم أن الرهن إذا كان فاسداً خاصة، ولم يفسد لفساد البيع أنه لا يكون رهناً.

وقد أحسن الشيخ أبو محمد في اختصارها، ولم يغيرها عما في الأم.
فقال: ومن أقرضك قرضاً وأخذ به رهناً، فجعله رهناً في أصل عقد البيع والقرض، فمتى⁽²⁾ أدرك نقض وفسخ البيع، فإن فات؛ كانت فيه القيمة حالة، ويعجل القرض.

ومن استعار سلعة ليرهنها؛ جاز ذلك⁽³⁾.

قوله: (ومن استعار سلعة ليرهنها).

قلت: هذه تنقُض حدَّ ابن الحاجب للعارية⁽⁴⁾، فإن اللازم أحد أمرين:

إما أن يكون المعار الرقبة، فيكون الحد غير جامع.

وإما أن يكون المعار المنفعة، فيلزم بطلان قول مالك ببيعها؛ لأنه متعد في

غير معار، وقد قال: يبيعها المعار فيأخذ منه المعير الثمن.

(1) قوله: (كان) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (فها).

(3) التهذيب: 71/4.

(4) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب: 610/1.

ومن أعرته سلعة ليرهنها في دراهم مسماة، فرهنها في طعام؛ فقد خالف، وأراه ضامناً⁽¹⁾.

قوله: (أراه ضامناً).

الجواب عن معارضتها بما في عاريتها: أن المثلية هنا لا تنضب؛ لاختلاف الأسواق، فلم تتحقق مماثلة قيمة الطعام للدراهم. والمراد بكونها مسماة؛ أي: معدودة، بخلاف الماثلة في العارية، فإنها حاصلة في الحال، وهو لا يتغير. ورُدَّ بأن الماثلة نفرضها حالة التعدي؛ بأن تكون قيمة الطعام حينئذ مساوية للدراهم، وانتقالها في المال لا يعتبر، فلا ينهض الجواب.

ومن رهن رهناً على أنه إن مضت السنَّةُ خرج من الرهن؛ فلا أعرف هذا من رهون الناس، ولا يكون هذا رهناً⁽²⁾.

قوله: (إن مضت السنَّةُ خرج من الرهن).

عورض بقوله قبله: (على إن لم يفتكه).

وفي كلا المسألتين رهنٌ فاسدٌ، حكم له في إحداهما بحكم الصحيح دون الأخرى، والفرق بينهما أن الشرط هنا هو مناقض لمقتضى الرهن؛ لانتفاء ثمرته - وهي الاختصاص - وهناك الشرط غير رافع ولا مناقض لمقتضى الرهن بل هو موكد؛ لأن مقصود المرتهن فكه أو بيعه، فالشرط قرر أحدهما،

(1) التهذيب: 72/4.

(2) التهذيب: 72/4.

وهو تسليمه فافترقا.

وإذا ارتهن رجلان ثوباً فرضياً، ورضي الراهن كونه بيد أحدهما؛
جاز(1).

قوله: (وإذا ارتهن رجلان ثوباً فرضياً...) المسألة.

قال في تعليقة القاسبي: قوله: (ورضي الراهن) دليل على أن من باع من رجل يبعاً على أن يرهنه رهناً ثقة؛ من حقه أن الراهن لا يجبر على أن يدفع الرهن إلى المرتهن، وإنما يلزمه أن يُخرجه من يده؛ لتتم الحيازة.

قال شيخنا أبو عبد الله: ليس فيه دليل عندي؛ لأنه إنما قال: ورضي الراهن ليدفع الضمان عمن لم يكن بيده؛ ولكن لما تقرر أن من دعى منهما إلى كونه عند عدل فله ذلك؛ لأن الراهن يقول: إنما لك التوثق، وهو حاصل بيد عدل.

وإذا كان لرجلين على رجل دين مفترق، لهذا مال ولهذا طعام، أو لهذا قرض ولهذا سلم، فأخذا به رهنًا واحداً... قيل: فإن قضى أحدهما دينه هل له أخذ حصته من الرهن؟ قال: قال مالك في رجلين رهنًا داراً لهما في دين، فقضى أحدهما حصته من الدين، فإن له أخذ حصته من الدار، فكذلك مسألتك، إلا أن في مسألتك إن كتبا دينهما في كتاب واحد، وكان دينهما واحداً؛ فليس لأحدهما أن يقبض شيئاً دون صاحبه(2).

(1) التهذيب: 74/4.

(2) التهذيب: 75/4.

قوله: (قيل).

قلتُ: اختصرها لإشكال الجواب؛ إذ لا يلزم من عدم رهنه أجمع في تعدد الراهن، كونه كذلك في تعدد المرتهن؛ لاستلزام بطلان الحوز في الثاني دون الأول(1).



(1) قوله: (دون الأول) زيادة من (ع).

كتاب الغضب

كتاب الغضب

ومن تعدى على صحيفة، أو عصا لرجل بعينه فكسرها، أو خرق ثوباً، فإن أفسد ذلك فساداً كثيراً؛ خير ربه في أخذ قيمة جميعه، أو أخذه بعينه، وأخذ ما نقصه من المتعدي⁽¹⁾.

قوله: (فساداً كثيراً).

في سماع عيسى - فيمن كسر بقرة رجل أو شاته، فخاف صاحبها عليها الموت فذبَحها - قال: إن كان كسراً مُعْطِياً يجب من مثله على الكاسر جميع القيمة، فأراد ذبحها ربه راضاً بحبسها، ولا أرى على الكاسر شيئاً؛ لا قليلاً ولا كثيراً.

وإن كان غير مُعْطِياً؛ فعليه ما نقصها العيب من ثمنها.

ابن رشد: قوله هنا خلافُ المشهور من مذهبه في الذي (يفسد الثوب فساداً يجب به ضمانه أنه يُخَيَّر...)، إلى آخر ما في المدونة⁽²⁾.

من غصب أمة فزادت قيمتها عنده أو نقصت، ثم قتلها أو وهبها أو تصدق بها، ففانت بعنده، فإنما عليه قيمتها يوم الغصب فقط، ولو غصبها وقيمتها مائة، ثم باعها وقيمتها مائتان، بخمسين ومائة، ثم لم

(1) التهذيب: 79/4.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 163/16 و164.

يعلم للأمة موضع، وإنما لربها على الغاصب إن شاء الثمن الذي قبض فيها أو قيمتها يوم الغصب، ولو قتلها عند الغاصب أجنبي وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم الغصب، فلربها أخذ القاتل بقيمتها يوم القتل بخلاف الغاصب، فإن كانت قيمتها يومئذ أقل من قيمتها يوم الغصب، كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب. وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب قل أو كثير بأمر من الله تعالى، فربها مخير في أخذها معيبة، أو يضمه قيمتها يوم الغصب. وإن كانت جارية فأصابها عنده عور، أو عمى، أو ذهاب يد بأمر من الله تعالى بغير سببه، فليس لربها أن يأخذها، وما نقصها عند الغاصب إنما له أخذها ناقصة، أو قيمتها يوم الغصب. وليس للغاصب أن يلزم ربها أخذها، ويعطيه قيمة ما نقصها إذا اختار ربها أخذ قيمتها، ولو ماتت عند الغاصب ضمن قيمتها. ولو كان الغاصب هو الذي قطع يدها، فلربها أن يأخذها وما نقصها، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم الغصب. ولو قطع يدها أجنبي، ثم ذهب، فلم يقدر عليه؛ فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها، وله أن يضمه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها، وإن شاء ربها أخذها، وأتبع الجاني بما نقصها دون الغاصب⁽¹⁾.

قوله: (ولربها أخذ الغاصب...) المسألة.

قال بعضهم: في الأم: لم [59/ب] أجزت له أن يبيز بيع الغاصب؟ وهو

إنما ينعقد البيع الساعة حين يبيز، والجارية ميتة، وبيع الموتى لا يحل.

(1) التهذيب: 81/4.

قال: ليس هذا بيع الموتى؛ وإنما هو رجلٌ أخذ ثمن سلعته، فإذا رضي بأخذ الثمن، لم يلتفت إلى موتها ولا حياتها⁽¹⁾.

ولا يستقر من هذا جواز مفاداة الأسارى بنصراني ميت؛ لأنه إنما نظر هنا إلى يوم العقد، ولو نظر إلى يوم الإجازة، وأجاز لصلح الاستقراء والحكم فيه من غير هذا الموضوع أنه يجوز مفاداة الأسارى بنصراني ميت.

قلتُ: الذي نص عليه عياض أنه لا يجوز.

قال ما نصّه: وفي تحريم بيع الميتة حُجَّةٌ على منع بيع جثة الكافر إذا قتلناه من الكافر، وافتدائهم مِنَّا به، وقد امتنع من ذلك النبي ﷺ⁽²⁾. انظر تمامه⁽³⁾.

(1) انظر: المدونة (زايد): 315/9، و(السعادة/صادر): 343/14، و(العلمية): 170/4.

(2) الحديث بتمامه: «... أن المشركين أرادوا أن يشتروا جسد رجل من المشركين فأبى النبي ﷺ أن يبيعه» أخرجه الترمذي في سننه: 214/4، كتاب الجهاد، باب ما جاء لا تفادى جيفة الأسير، برقم: 1715. وقال الحافظ ابن حجر فتح الباري: 283/6، عند قول البخاري: (باب طرح جيف المشركين في البئر ولا يؤخذ لهم ثمن): (وذكر ابن إسحاق في المغازي أن المشركين سألوا النبي ﷺ أن يبيعهم جسد نوفل بن عبد الله بن المغيرة، وكان اقتحم الخندق، فقال النبي ﷺ: «لا حاجة لنا بثمنه ولا جسده» فقال ابن هشام: بلغنا عن الزهري أنهم بذلوا فيه عشرة آلاف وأخذه من حديث الباب من جهة أن العادة تشهد أن أهل قتلى بدر لو فهموا أنه يقبل منهم فداء أجسادهم لبذلوا فيها ما شاء الله).

(3) انظر: إكمال المعلم، لعياض: 134/5.

ابن العربي: إن رسول الله ﷺ أعطى له الكفار في جسد كافر استولى المسلمون على جسده عشرة آلاف، وقال: لا حاجة لنا بجسده ولا بثمنه (1).

ولو ولدت عند الغاصب ثم مات الولد؛ لم يُضْمَنَّهُمْ (2).

قوله: (ثم مات الولد لم يُضْمَنَّهُمْ).

تقرير الإشكال الوارد هنا أن يقال: سقوط الضمان مُشْكِلٌ؛ لأننا نقول في بيان الإشكال: لو لم يجب ضمانه ميتاً؛ لم يجب رده حياً. بيان الملازمة أن الولد؛ إما أن يصدق عليه أنه مغصوب؛ فيُضْمَنَ في الموت كالأم، إذ لا شيء من المغصوب غير غلة غير مضمون، وإن لم يصدق؛ لم يردّ معها، وقد اتفق ابن القاسم وأشهب على ردّه.

وإن أقيمتَ شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة، وشاهداً آخر على إقرار الغاصب أنه غصبكها؛ تمت الشهادة، ولو شهد أحدهما أنها لك، وشهد الآخر أنه غصبكها؛ فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها، فيقضى لك بها، ولم يجتمعا على إيجاب الغصب (3).

قوله: (قد اجتمعا على إيجاب ملكك).

قال في تعليقة القاسبي: غلط البرادعي في اختصار هذه المسألة؛ لأنه ليس

(1) انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 3/465 و466.

(2) التهذيب: 81/4-82.

(3) التهذيب: 83/4-84.

كذا في الأم؛ وإنما فيها: (أراها شهادة واحدة)، وكيف يصح قوله: (قد اجتمعا...) إلى آخره، مع أن شاهد الغصب لم يشهد بالملك، وإنما الحاكم هو الذي يملكها له.

وفي مسائل ابن زرب: لو شهد شهوداً لرجل بأن دار كذا مسكنه، استفسروا: ما معنى مسكنه؟ أتريدون به دار سكناه؟ أو ملكه؟

فإن قالوا: "نريد ملكاً"؛ قضي له بها، وإن قالوا: أردنا سكناه؛ لم يقض له بها، وإن ماتوا؛ قضي له بها⁽¹⁾ بقولهم: "مسكنه"، ولو قالوا: "هذه دار سكنى فلان"، وماتوا قبل أن يُستفسروا؛ لم يقض له بها، خلاف قولهم "مسكنه"⁽²⁾.

قلت: وفي العتبية في رجلين شهدا لرجل في مسكن له، شهد أحدهما أنه مسكنه، وشهد الآخر أنه حيزه، أتراها شهادة واحدة؟ قال: أراها واحدة لا تفرق.

ابن رشد: هذه منصوصة في غضبها⁽³⁾.

ابن سهل: هذه أصل مسألة ابن زرب⁽⁴⁾.

قلت: قال ابن⁽⁵⁾ مالك: إن شهد شهوداً في دار أنها في ملك فلان؛ لم تكن

(1) قوله: (وإن قالوا: أردناه سكناه؛ ... له بها) ساقط من (ع).

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 42.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 437/9.

(4) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 42.

(5) قوله: (ابن) ساقط من (ع).

شهادة.

قال: وقد شاهدتُ الحكمَ بإسقاط هذه الشهادة؛ ولهذا يكتب الموثقون أنهم يعرفونها له وفي ملكه؛ مالاً من ماله⁽¹⁾.

ابن عتَّابٍ: إن كان الشهود لهم نباهة، ومعرفة بالشهادة صحَّت.

وقال أبو المطرف عبد الرحمن بن مسلمة الطليطي: هذه شهادة تامة، ولا خلاف فيها⁽²⁾.

قلتُ: ولا خفاء⁽³⁾ في ظهور المعارضة لما هنا بما في السرقة، والفرق بينهما عسير⁽⁴⁾.

(1) المشدالي: قال ابن سهل: واحتج ابن مالك بأن الملك مجمل وأنشد:

أصبحتُ لأحمل السلاحَ ولا أملكُ رأسَ البعيرِ إن نفرا

فأملك هنا بمعنى القدرة والاستطاعة، لا بمعنى الكسب والقنية، انظره في الشهادات.

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 42، 43.

(3) في (ع): (خلاف).

(4) المشدالي: الذي في السرقة هو قوله هناك: (وإذا عاينت البيئَةَ إخراج المتاع من البيت، ولا يدرون لمن هو؛ فلا يشهدون بملكه لرب الدار، ولكن يؤدون ما عاينوا وعلموا، وتقطع يد السارق، ويقضى بالمتاع لرب الدار، وكذلك إن عاينوا أنه غصبه ثوباً، وكذلك يشهدون لبائع السلعة في فلس المتاع أنه باعها منه، ولا يقولون: إنها له حين باعها، ولا يشهدون في ذلك إلا بما عاينوا وعلموا). اهـ.

قال الشيخ أبو الحسن: وما قاله هنا أبين مما قال في الغصب: إذا شهد أحدهما أنه غصبها له، وشهد الآخر على إقرار الغاصب بالغصب، قال: ذلك تمليك لك، ثم قال بعد ذلك: فقد اجتمعا على إيجاب ملكك، ومعناه: اجتمعا على ما يوجب الملك لك،

وقد قال مالك في المكتري يتعدى في المسافة، فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد؛ فهي للمتعدى، ولا شيء لربها فيها، ولو شاء لم يَعْجَل (1).

قوله: (فيغرم قيمتها ثم توجد).

قلت: ظاهره سواء كان براض منها، أو بحكم حاكم.

وانظر! هل تقيّد بما قال ابن رشد في رسم طلق ابن حبيب - من سماع ابن القاسم من العيوب - قال ما نصّه - لما ذكر قولها وغيرها في العبد يهلك، فلا يدرى أفي العهدة أو بعدها -: قولها (2): (من البائع).

وعن أشهب: (من المبتاع).

قال: فإن عمّي أمره فترادًا الثمن، ثم أتى العبد كان للبائع، ولم يرد إلى المبتاع، ولو أتى قبل أن يترادًا الثمن كان للمبتاع.

حكى ذلك ابن المواز عن أشهب.

ومعنى ذلك عندي: إذا تراضيا على ذلك بغير حُكْم حاكم.

وأما لو حكم عليهما بذلك؛ لوجب أن يرد العبد للمبتاع؛ لانكشاف خطأ الحاكم في ذلك بما لا اختلاف فيه (3).

وهي اليد، فهذه تبين ما قال في الغصب.

المشدالي: فهذا تأويل قريب يندفع به ما ظهر من المعارضة بين الكتابين. والله أعلم.

(1) التهذيب: 84/4.

(2) في (ش): (قوله).

(3) البيان والتحصيل: 256-255/8.

وفي العتبية - فيمن ادّعى عليه أنه سرق غلاماً، فأنكر، فصالحه بهال غرمه المطلوب، ثم وجد العبد - فقال: هو للمدعى عليه والصلح لازم.

وكذلك لو وجد العبد بعد الصلح أعور أو أقطع؛ لنفذ الصلح⁽¹⁾.

ابن سهل وابن رشد وابن هشام: هذه كقولها هنا: ولو غرم الصانع قيمة المصنوع لدعواه الضياع، ثم وجد لكان له؛ لأنه حُكْمٌ مضى.

صرح بذلك ابن هشام عن الكافي، وغيره عن ابن وضاح.

قلت: ولو قتل المجنون رجلاً، وهو - حالة قتله له - صحيح، ثم جُنَّ فتهادى به الجنون، فعقلت العاقلة الدية، ثم أفاق إفاقةً بينة، فهل يرد العقل ويقتص منه؟ لأن من له الدم يقول: ما أخذت العقل طائعاً؛ بل أنا مجبور عليه! وتوقف في ذلك أبو عمران⁽²⁾.

وذكر مسألة العين بَبَيْضٌ، فيؤخذ عقلها، ثم يذهب البياض؛ أنه يرد العقل، ومسألة السن، ومسألة الدابة هذه، فيكون في القصاص قولان.

قلت: في العتبية من الأيمان بالطلاق من سماع عيسى - فيمن وقع بينه وبين أختانه مشاجرة، فقالوا له: طلق أختنا، فقال لهم: إن ارتحلت عني اليوم فهي طالق، فأتوا إليها وهي لا تعلم، فقالوا لها: قد طلقك زوجك فرحلوها، فبعد ذلك علمت بالذي كان من زوجها، فقالت: والله ما علمت، ولا انتقلت

(1) انظر: البيان والتحصيل: 210/14.

وزاد المشدالي بعده: وانظر ابن سهل في مسائل الاستحقاق في ترجمة رمكة استحقت بقرمونة. وانظر كتاب الصلح من النوادر.

(2) المشدالي: قال بعض الأصحاب في لزوم العقل للعاقلة هنا نظر، قال: والقياس أن يكون جنونه كموته. والله أعلم.

من هَوَاي - قال ابن القاسم: إن شهد على ما قالت⁽¹⁾؛ فلا طلاق عليه.

وقال سحنون: طالق.

ابن دحون: وهو أحسن.

ويلزم على قول ابن القاسم - فيمن قال: إن سألتُ امرأتِي الطلاق طلقتهَا، فأُتِي⁽²⁾ إليه، فقيل له: قد سألتَ فطلقها أَلَّا يلزمه، ولا خلاف أنه يلزمه، ولو ثبت أنه كذب عليه، فإن قيل: إنها لزمه؛ لأنه لو شاء تثبتت، قيل: وكذلك المرأة.

ابن رشد: الفرق أنه أخطأ على نفسه في تطليقه زوجته فلا يعذر⁽³⁾.

قلتُ: وقال ابن أبي زيد: إذا صالح من رمي متاعه من لم يرم له على شيء فأخذه؛ جاز.

ولو خرج من البحر؛ انتقض الصلح.

وقيل: لا. سنده قولها هنا.

وفُرقَ بينها بأن مسألة المدونة فيها تعدُّ يوجب تضمينها في الذمة، والرمي في البحر ليس بعداء؛ إنما هو شيء توجبه [60/أ] الضرورة، فإذا زالت؛ رجع إليه متاعه.

قلتُ: ووقعت مسألة⁽⁴⁾ أخذها بعض القاصرين من هنا؛ وهي أرض

(1) في (ش): (ما قالته).

(2) في (ش): (فأوتي).

(3) البيان والتحصيل: 199/6-200.

(4) في (ش): (المسألة).

كانت مقسومة بين رجلين، قد عَلِمْتُ حدودها(1)، ثم خفيت تلك الحدود، فتراضياً على ضرب حدود بينهما، ثم بعد ذلك ظهرت الحدود الأصلية(2)، فهل يكون حكماً مضي، ولا مقال لأحدهما على الآخر كمسألة الدابة هنا؟ أم لا؟

فقال هذا الفقيه القاصر: لا مقال لأحدهما على الآخر(3)؛ لقولها ههنا.

فقلت لشيخنا أبي عبد الله - وصوبته - : القول قول من دعى إلى التمسك بالحدود الأصلية؛ لقولها وغيرها: (إذا وجد البينة بعد الصلح)، فصار كحكم تبين خطؤه(4).

ومن غضب من رجل طعاماً أو إداماً، فاستهلكه؛ فعليه مثله بموضع غضبه، فإن لم يجد هناك مثلاً؛ لزمه أن يأتي بمثله، إلا أن يصطلحاً على أمر جائز، فإن لقيه ربُّه بغير البلد الذي غضبه فيه؛ لم يقض عليه هناك بمثله ولا بقيمته؛ وإنما له عليه مثله بموضع غضبه فيه(5).

قوله: (فإن لقيه ربه بغير البلد...) المسألة.

- (1) في (ش): (حدود)، وفي المعيار المعرب: (حدودهما).
- (2) قوله: (حدود بينهما ثم بعد ذلك ظهرت الحدود الأصلية) ساقط من (ش).
- (3) قوله: (كمسألة الدابة هنا أم لا... الآخر) ساقط من (ع).
- (4) المشدالي: هذا لو كان بحكم حاكم، وأما بتراضيهما فالذي قاله الفقيه المشار إليه قد يلوح للناظر على ما سبق في كلام ابن رشد قبل هذا.
- (5) التهذيب: 88/4.

قال شيخنا أبو عبد الله: وقعت بتونس - قَبْلَ هذا التاريخ - مسألةٌ في (1) رجل مات بالإسكندرية ووارثه بتونس، فخيف على بعض تركته من جهة السلطان ونحوه من الأمراء، فقام رجل فباعها على جهة الدلالة (2) ونَظَرَ المصلحة (3) للوارث الغائب، فقدم بها المشتري لتونس فقام عليه الوارث.

فأجبت فيها: إن للوارث أخذُ متاعه، وعليه الكراء، واستُدِلَّ بمسألة الغلط في الكراء في الحملان المذكورة في العتبية.

قال: لأن المشتري أخطأ على نفسه في الحكم، وسلط على نفسه سبب الانتزاع.

قلتُ: وفي ثامن مسألة من نوازل سحنون من الوصايا في نحو هذه النازلة بعينها، وقال (4): لا كراء على الورثة إذا أخذوا أعيان متاعهم (5).

(1) قوله: (في) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (الدالة).

(3) في المعيار المعرب: (ونظراً لمصلحة).

(4) في (ع): (وقالوا).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 232/13.

وزاد المشدالي بعده: قد يقال إن مسألة العتبية أقوى؛ لأن التعدي فيها متمحض لمخالفة البائع وصية الهالك، ولأنه اشتراه لنفسه فناسب سقوط الكراء عن الورثة، ولا كذلك النازلة المذكورة، فإن البائع إنما باع على وجه النظر الصلحي كما تقدم خوف السلطان، فلا يلزم من سقوط الكراء عن الورثة في مسألة العتبية سقوطه في النازلة المذكورة، فيتبين ذلك بجلب نص ما في العتبية قال: وسألته عن رجل من أهل الأندلس هلك بمصر، وأوصى لرجل بمتاعه وأمره أن يرد متاعه إلى ورثته ولا يحدث

قلتُ: وقعتْ عندي مسألة من هذا المعنى، وهي: رجلٌ اشترى قنطاراً من النيل بمكة شرفها الله ثم أودعه عند رجل من مكة، فلما قضى وطَّره أتاه فدفع له غيره غلطاً، فحمّله إلى إفريقية، ثم تبين له (1) أنه لغيره ممَّن أتى معه في الرفقة، فقام عليه صاحب النيل فأثبته، فهل يلزمه الكراء؟ أم لا؟

قلتُ: نعم، لقول شيخنا في نازلته، ودلالاتها على نازلتنا دلالة أحرورية؛ لأنه إذا كان الكراء متوجهاً للمشتري الذي لم يستند إلى شبهة شرعية؛ فأولى من استند إليها.

فيها بيعاً، فقام الوصي فباع ذلك المتاع من نفسه وضمنه نفسه على حال ما أعطي له، فوجه الوصي ذلك المتاع بعينه إلى أهله وأمرهم أن يبيعوه ويقضوا ورثة الميت بمصر، فعثر ورثة الميت على المتاع بعينه فأرادوا أخذه، وقال أهل الوصي: قد ضمن صاحبنا وتعدى فيه وأكرى عليه من أرض نائية فليس لكم علينا إلا الثمن الذي وقع به هذا المتاع على صاحبنا، قال: يخير الورثة بين أخذ المتاع بعينه من غير كراء يلزمهم وبين أخذ الثمن الذي أوجبه على نفسه أو القيمة إن كانت أكثر، وقال أبو زيد: مثله.

ابن رشد: قوله: ويقضوا ورثة الميت بمصر، غلط - والله أعلم -، وصوابه بالأندلس على ما ساق عليه المسألة.

المشدالي: هذا بناء على أن بمصر متعلق بيقضوا، أو حال من الورثة، وقد يقال: إنه متعلق بالميت، فيندفع حينئذ الإشكال والله أعلم.

ثم قال ابن رشد: فجواب سحنون بتخيير الورثة بين لا خلاف فيه؛ لأنه عين متاعهم فلهم أخذه أو أخذ الثمن الذي ألزمه نفسه.

وأما قوله: أو القيمة إن كانت أكثر، فخلافاً للمعلوم من مذهبه في أن من تعدى على متاع رجل فحمّله من بلد إلى بلد فليس له إلا أخذ متاعه إذ لم يفتُ بذلك عنده؛ لأنه يرى النقل كحوالة الأسواق مثل قول ابن القاسم وأشهب والله أعلم.

(1) قوله: (له) ساقط من (ش).

وبدليل قولهم فيمن استحق من يده عبد اشتراه، ثم استلحقه رجل؛ أنه يرجع عليه بما أنفق.

والجامع بينهما أن كلاً منهما⁽¹⁾ قد أنفق على ما يظنه ملكاً له، ثم ظهر خلافه.

وصوّب هذا غير واحد من المذاكرين.

وقد انتزع ذلك أبو بكر بن عبد الرحمن من قول صنّاعها: (ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه...). المسألة⁽²⁾.

وفيها خلاف ذكره ابن يونس.

ومن أقر أنه غصبك هذا الخاتم، ثم قال: وفصّه لي، أو أقر لك بجبة، ثم قال: وبطانتها لي، أو أقر لك بدار، ثم قال: وبنائوها لي؛ لم يصدق إلا أن يكون كلامه نسقاً⁽³⁾.

قوله: (وفصّه لي).

قلت: في سماع يحيى من الدعوى - فيمن أقر أنّ هذه البقعة بينه وبين فلان، وقال: بنائها لي؛ لا يصدّق في البنيان⁽⁴⁾ ولو نسقاً، ويكون تابعاً للبقعة بينهما.

(1) في (ش): (كلاهما).

(2) انظر: المدونة (زايد): 20/8، 21، و(السعادة/صادر): 396/11، و(العلمية): 408/3.

(3) التهذيب: 98/4.

(4) قوله: (في البنيان) زيادة من (ع).

ابن رشد: هذا خلافُ غضبها.

انظره مع ما قال إنه أشكل من هذه! (1)

(1) انظر: البيان والتحصيل: 187/14، 188.

وزاد المشدالي بعده: عَزُوهُ هذه المسألة لسماع يحيى لم أجده فيه بحال، وإنما هي في رسم (يدير) من سماع عيسى من الكتاب المذكور، قال ابن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية مثل قوله في رسم (الكراء و الأفضية) من سماع أصبغ من جامع البيوع، وفي نوازله من التفليس خلاف ما في كتاب الغصب من المدونة في هذه المسألة وما يشبهها أنه يُصدَّق إذا كان كلامه نَسَقًا، وهو قول أصبغ.

ومن هذه المسألة مسألة هي أشكل منها لمعنى زائد فيها، قد مضى الكلام عليها في رسم (كتب) من سماع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق، وهي قول الرجل لامرأته: "أنت طالق البتة، أنت طالق البتة، أنت طالق البتة إن أذنتُ لك إلى أهلك، وقد كانت سألته الإذن أو لم تسأله إياه..."

المشدالي: الذي وقع في الرواية المذكورة أنها سألته الإذن، فلما أجابها بما ذكّر، قيل له: قد طلقت عليك، فقال: "إنما أردت أن أسمعها وأررد اليمين عليها، ولم أقطع كلامي"، فقال مالك: "ما أظنها إلا بانة منه"، وقد ألبس، وفيه ما ترى من الإشكال، وما هو بالبين.

قال ابن القاسم: أرى أن يحلف ما أراد إلا الإسماع، ثم لا شيء عليه. ابن رشد: الواجب فيها على المشهور من رَعَى البِساط أن لا يلزمه طلاق ولا يمين؛ لأنها لما سألته الإذن إلى أهلها دل على أنه إنما أراد أن يحلف أن لا يأذن لها فيما سألت الإذن فيه، لا تبتيت الطلاق إذ لم تسأله ذلك، ولو سألته إياه فأجابها بما وقع في الرواية للزمته الثلاث اتفاقاً، ويُعدُّ نادماً، وإنما يصح هذا الخلاف على القول بعدم رعي البساط في الأيمان.

وقد وقعت هذه المسألة في رسم (سلف) من سماع عيسى معرفة عن البساط، وقال مالك فيها: (إن الطلاق قد لزمه؛ أذن لها أم لا).

ودينّه ابنُ القاسم مع يمينه، كقولها هنا.

وعلى مذهبه في المدونة؛ لا يمين عليه، فقد قال فيها: (مَنْ قال أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق إن دخلتِ الدار) أنه يُنَوَّى إن دخلتُ في أنه إنما أراد واحدةً؛ فلم ير عليه طلاقاً إلا إن دخلتِ الدار.

وذلك على أصله فيها فيمن أقر ببقعة وقال: البنيان لي، أو بالخاتم وقال: الفصُّ لي؛ أنه يصدق إن كان الكلام نَسَقاً.

وروى عنه أصبغ في التفليس - فيمن قال: لفلان عليّ ألف وعلى فلان وفلان - أنه تلزمه الألف.

وقال أصبغ: لا يلزمه إلا ثلث الألف إذا نسق كلامه.

فرواية أصبغ هذه عنه على قياس قول مالك في مسألة الطلاق، وقوله على قياس قول ابن القاسم في المدونة.

وإيجابُ ابن القاسم عليه اليمين استحساناً مراعاةً للخلاف، وهو أحسن الأقوال وأولاها بالصواب عند عدم البساط. والله أعلم.



كتاب الاستحقاق

كتاب الاستحقاق

قال ابن القاسم: وأما إن سكنها الوارث، أو زرع فيها لنفسه، ثم طرأ له أخ لم يعلم به؛ فالاستحسان أن لا رجوع لأخيه عليه بشيء، بخلاف الكراء، إلا أن يكون به عالماً؛ فيغرم له نصف كرائها⁽¹⁾.

قوله: (الاستحسان أن لا رجوع لأخيه).

المتيطي وغيره: إذا اغتلت الحبس بعض أهل الحبس، وهو يرى أنه منفرد به أو سكنه؟ فقيل: لا يرجع عليه؛ لا بالغلّة⁽²⁾، ولا بالسكنى؛ وهي رواية ابن القاسم.

وقيل: يرجع عليه؛ وهو القياس.

وقيل: يرجع في الغلّة، لا السكنى⁽³⁾.

(1) التهذيب للبراذعي: 105/4.

(2) في (ش): (فالغلة).

(3) المشدالي: الرواية التي أشار إليها المتيطي عن ابن القاسم هي ثالث مسألة من سماعه

من كتاب الهبات والصدقات، فلنأت بها مع كلام ابن رشد فإن فيها فوائد:

قال: قال مالك في الرجل يتصدق بصدقة من نخل أو غلة على ولده، فرأى الذكور أن النساء لا حق لهن فيه، فاقتسموها بينهم زماناً، ثم علم النساء أن لهن في ذلك حقاً فطلبن ذلك. قال: "يأخذن فيما يستقبلن، ولا يكون لهن فيما مضى من الغلة شيء".

قال ابن القاسم: وهو رأيي، ونزلت؛ فرأيت ذلك، وأنها بمنزلة ما قال لي مالك - في الدار يرثها الولد فيسكنون فيها الزمان ثم يردُّ ولد آخر لم يكن الساكنون علموا به -

أنه لا شيء له فيما سكنوا.

قال سحنون: أخبرني ابن زياد عن مالك أن الغائب يرجع على الحاضرين بكراء حصته لما سكنوا، علموا أن ثمَّ وارثاً، أو لم يعلموا، ومحمل الغلة عندي محمل السكنى.

ابن رشد: قول مالك - هنا - أن النساء يدخلن فيما يستقبلن، ولا شيء لهن في الماضي، معناه في الصدقة المحبسة لا في الصدقة المتولة على ولده بأعيانهم ذكورهم وإناثهم.

ووافق ابن القاسم على ما قاله في السكنى في غير الحبس، والغلة في غير الحبس، مخالفة عنده، وعند مالك للسكنى، يجب لمن جهل حقه فيها أن يأخذه فيما مضى وفيما يستقبل، وذلك نص قول ابن القاسم في المبسوطة.

وخالف رواية ابن زياد رواية ابن القاسم في السكنى في غير الحبس، فرآه في رواية علي؛ كالغلة في غير الحبس، ورآه في رواية ابن القاسم كالغلة في الحبس، فيتفق في الغلة في غير الحبس على أنه يأخذ حقه في الماضي والمستقبل، ويتفق في السكنى في الحبس أنه لا شيء له في الماضي، بل لا يأخذ فيما يستقبل إلا ما فضل عن الساكن؛ لأن حكم السكنى في الحبس أن لا يخرج أحد لأحد، ويختلف في الغلة في الحبس وفي السكنى في غير الحبس على قولين:

- أحدهما: أنه لا شيء له إلا فيما يستقبل؛ وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك.
- والثاني: أنه يأخذ حقه في الماضي والمستقبل، وهو الآتي على رواية ابن زياد في غلة الحبس.

ونص قوله في السكنى في غير الحبس: والفرق على قول ابن القاسم بين الحبس وغيره في الغلة أن الحبس إنما يقسم على المحبس عليهم بالاجتهاد ويفضل فيه فقيرهم على غنيهم، ومن مات منهم قبل طيب الثمر أو قبل القسم، وإن كان بعد الطيب - على الخلاف في ذلك - سقط حقه ورجع على بقيتهم؛ إذ ليس حقه فيه ثابتاً، بخلاف الملك الذي يعرف حق كل واحد من الإشارك ويورث عنه، طاب أو لم يطب، أُبرَّ أو لم يؤبَّر، والفرق عنده بين السكنى والغلة هو ما قاله في المدونة من أنه إنما سكن ولم

وفي مسائل ابن زرب: ومن ادعى ابتياع دارٍ من رجلٍ، وأنكره ربُّ الدار، ولم تقم للمدعي بينة، فإنه يؤخذ بكرائها⁽¹⁾ جبراً.

فقال له ابن دحّون: أليس الغلة بالضمان؟

فقال: ليس بمثل هذا هو⁽²⁾ مقر بأن الدار كانت للقائم، ويزعم أنه ابتاعها، ولم يثبت ذلك له، فربُّها مخيّرٌ يرجع عليه بالغلة.

ابن سهل: هذا الذي قاله القاضي قد سمعتُ بعضَ شيوخنا يقوله؛ وهو دليل ما في الشفعة من المختلطة⁽³⁾.

يعلم بأخيه، ولو علم لكان في حظّه ما يكفيه، فلم ينتفع بحظ أخيه بشيء أخذه، والغلة بخلاف ذلك.

(1) في الأعلام بنوازل الأحكام: (بخراجه).

(2) قوله: (هو) زيادة من (ع).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 317.

وزاد المشدالي بعده: وفي المدارك قال عياض: وقفتُ لابن أبي الهيثم من فقهاء مالقة وكبرائها على جواب في مسألة غائب عن ماله مدة من الزمان، فلما انصرف وجده عند أقوام ادّعوا ابتياعه، ولم يثبت لهم ذلك، وطلب ربُّ الأرض منهم الغلة؟ فقال: إذا ثبت الأصل للغائب ولا يعلم شهوده أنه فوته، ولم يعلم شراء من وجد بيده إلا بقوله، فاختلف فيه قول مالك وقول أصحابه، فمرة قالوا: يحمل على الشراء حتى يتبين خلافه، ومرة قالوا: هو كالغاصب تلزمه الغلة حتى يعلم الشراء، وخالفه أبو علي حسون؛ فقال: لا نعلم خلافاً فيمن استحق من يده شيءٌ أن لا رجوع عليه بغلة، وإنما يجب الرجوع بالغلة على الغاصب.

المشدالي: إن كان معنى المسألة أن المستحق من يده اعترف أن الملك لقائم، وزعم أنه اشتراه منه فهي مسألة ابن زرب المتقدمة، وإن لم يقر الحائز بذلك، وادعى أنه اشترى من سوق المسلمين فالصواب ما قاله أبو علي.

قلتُ: ويشهد لقول القاضي هنا، ما في أوائل القذف من المدونة إذا أقر بوطء أمة، وادعى أنه ابتاعها. المسألة(1).

قال ابن القاسم: والموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالاً من الوارث، ألا ترى أن من ابتاع قمحاً فأكله، أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها، أو شاة فذبحها وأكل لحمها، ثم استحق ذلك رجلٌ أن له على المبتاع مثل طعامه، أو قيمة ما لا مثلاً له من الثياب وغيرها(2).

قوله: (أو لا ترى أن من ابتاع قمحاً...) إلى آخره.

قال ابن عرفة: هذا القياس غير صحيح من وجهين:

الأول: أنه احتجاج برد الأعيان المغصوبة على الغلات من عند الموهوب، وقد اختلف فيها كثيراً، ولا خلاف(3) في رد الأعيان، فلا يلزم من ردها رد الغلات.

الثاني: أن المشتري لا ضرر عليه، إن ردها؛ رجع بالثمن بخلاف

الموهوب.

ومن ابتاع أمة فوطئها وهي ثيب، أو بكر فافتضها، ثم استحقت بملك أو حرية؛ فلا شيء عليه للوطء، ولا صداق، ولا ما نقصها(4).

وانظر المتيطي في سادس فصل من ترجمة ما جاء في الدار تُكرى بسكنى أخرى من

كتاب الأكرية فإنه أشار إلى مسألة ابن زرب وعقبه بكلام ابن سهل ولم يزد شيئاً.

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/11، و(السعادة/صادر): 203/16.

(2) التهذيب للبراذعي: 110-109/4.

(3) قوله: (ولا خلاف) يقابله في (ع): (وقد اختلف).

(4) التهذيب للبراذعي: 111/4.

قوله: (ثم استُحِقَّتْ بملكٍ أو حرية... المسألة).

أخذ ابن سهل من هنا أنَّ مَنْ ورث مالا، ثم استُحِقَّ بحبس؛ أنه لا يرد الغلة؛ لأنه لم يضمن شيئاً⁽¹⁾.

وردّه شيخنا في مختصره بقوله: يرد بأن الغلة أشد من الانتفاع، قاله ابن القاسم في الأخوين أوّل استحقاقها⁽²⁾.

قلتُ: قال في المقدمات في قولها: (إذا جحد العتق)؛ وعلى هذا اختلف فيمن ابتاع أرضاً فاستغلها، ثم استحقت بحبس؛ قيل: يرد الغلة، وقيل: لا⁽³⁾.

المتيطي: وبعدم الرد جرى العمل عندنا.

والرد هو ظاهر قول⁽⁴⁾ ابن القاسم في المدونة؛ لأنه علّق الغلة بالضمان⁽⁵⁾.

قلتُ: وسئل اللؤلؤي عن حُبْس عليه حبس⁽⁶⁾ فباعه، والمشتري عالم بأنه حبس أم لا، فاستغله مدة، ثم نقض البيع لما عثر عليه، فهل يرد الغلة؟ أم لا؟.

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 588.

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: 215/أ.

(3) انظر: المقدمات الممهّدات: 151/2 و152.

(4) في (ع): (مذهب).

(5) المقدمات الممهّدات: 507/2.

(6) قوله: (حبس) ساقط من (ش).

قال: لا⁽¹⁾؛ لأنه قد علم البائع؛ فهو هبة منه للغلة إلا أن يكون له شريك، أو يكون الحبس معقبا؛ فلشريكه⁽²⁾ نصيبه من الغلة. وانظر المتيطي⁽³⁾، والطرر⁽⁴⁾.

ولو اشترى صبرة القمح، وصبرة الشعير على الكيل، على أن كل قفيز بدينار؛ لم يجز البيع⁽⁵⁾.

قوله: (ولو اشترى صبرة قمح و صبرة شعير... المسألة).

قال ابن العطار: إذا باع أرضاً بيضاء على التكسير، وفيها الجيد والرديء؛ لا يجوز حتى يعرف قدر الجيد من الرديء. فتدبره؛ كقولها⁽⁶⁾ ههنا في مسألة الصبرتين⁽⁷⁾.

ومن ادعى شيئاً بيد رجل، ثم اصطلحا على الإقرار على عرض، فاستحق ما أخذ المدعي، فليرجع على صاحبه ويأخذ منه ما أقر له به

(1) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (فللشريك).

(3) المشدالي: انظره في ترجمة وثيقة تسجيل القاضي بحبس ثبت أصله في النصف الثاني منه.

(4) المشدالي: انظره نوازل ابن سهل فإنه أشار إلى مسألة اللؤلؤي، وأنها نزلت بقرطبة، وأن غيره خالفه.

(5) التهذيب للبراذعي: 115/4.

(6) في (ش): (كقولها).

(7) انظر: المدونة (زايد): 384، 383/9، و(السعادة/صادر): 388/14، و(العلمية):

إن لم يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن، وهو عرض أو حيوان أخذ قيمته، وإن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما بيد المدعى عليه، فليرجع بما دفع إن لم يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن، رجع بقيمته. ومن كان له على رجل مائتان، فصالحه على أن يترك له مائة، وعلى أن يأخذ منه بالمائة الباقية عبده ميموناً؛ فذلك جائز (1).

قوله: (عبده ميموناً).

المتيطي: قولنا: (ابتاع منه جميع الدار) أولى من إضافتها إلى البائع، فيقال: (جميع داره)، وكذا جميع ما يباع، لما وقع في ذلك من الخلاف؛ فقد ذكر بعضُ الموثقين أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع، ثم استُحق من يد المشتري أنه لا رجوع له على البائع؛ لأن في (2) إضافة ذلك إلى البائع إقراراً من المتباع بتحقيق تملك البائع لما باع؛ فهي مصيبةٌ بالمتباع، [60/ب] ورجع به المشتري على بائعه.

ابن الهندي: الذي تدل عليه الأصول (3): من (4) المتباع.

وقال غيره من الموثقين: الإضافة وغيرها استحقاقٌ رجع به المشتري على بائعه.

ابن الهندي: الذي تدل عليه الأصول أن قول الموثق: جميع الدار التي لا

(1) التهذيب للبراذعي: 4/116.

(2) قوله: (في) ساقط من (ش).

(3) قوله: (بالمبتاع، استحقاق، ورجع به المشتري على... الأصول) ساقط من (ع).

(4) قوله: (من) ساقط من (ش).

يمنع المبتاع⁽¹⁾ من الرجوع في الاستحقاق.

قال غير واحد: وهذا الصواب، ولو صرَّح المبتاعُ بملكية البائع لما باعه ثم استحق من يد المبتاع⁽²⁾ ففي رجوعه روايتان:

ابن العطار: وبالرجوع القضاء.

ابن عبد السلام: الأصحُّ من القولين عدمُ الرجوع.

المتيطي: الرجوع هو اختيار الشيوخ بالأندلس، وهو دليل المدونة في مسألة ميمون هذه بقوله في المدونة: (على أن أخذ منه عبده ميموناً)⁽³⁾؛ كقول الموثق: ابتاع منه داره.

انظر تمامه.

ولم تغادر ما للمازري في هذا المعنى، وابن رشد في نوازل سحنون؛ والقصد تنبيه المعتمي بأسرار العلم⁽⁴⁾.

(1) قوله: (وقال غيره من الموثقين الإضافة وغيرها سواء... المبتاع) ساقط من (ش).

(2) قوله: (بملكية البائع لما باعه ثم استحق من يد المبتاع) ساقط من (ش).

(3) انظر: المدونة (زايد): 285/9، و(السعادة/صادر): 324/14، و(العلمية): 155/4.

(4) المشدالي: قال ابن رشد: شراء الرجل الدار أو الأرض لا يخلو من أربعة أوجه:

- أحدها: أن يكون المبتاع مقرا للبائع باليد والملك.

- والثاني: لا يقر له بواحد منهما.

- والثالث: أن يقر له بالملك فقط.

- والرابع: عكسه.

فالأول لا يلزم البائع أن يجوزه وأن يسلمه وينزله فيه، وإن دفعه دافع عن النزول، أو استحق منه بعد النزول، فهي مصيبةٌ نزلت به على قول سحنون هذا.

قال ابن الهندي: إنما احتيج إلى إقرار المملوك - عند أصبغ - بالملك⁽¹⁾ والرق، من جهة الاستحقاق بالحرية، فقد ثبت حرته يوماً ما، والبائع عديم، والمملوك ذو مال، فإن المشتري يرجع عليه بالثمن؛ لأنه غرّه من نفسه⁽²⁾.



والصواب أنه يلزمه أن ينزله في المبيع وأن يسلمه إليه، كما إذا كان مقرراً له بالملك دون اليد، خوف أن ينهض لينزل فيه فيمنعه ويكبله أو أمينته عليه من النزول فيه، ويقول: لا أدري أصدق ما يدعيه من الشراء؟ أم لا؟
فإن نزل فيه وصار بيده على الوجهين فاستحقه منه مستحق كانت مصيبةً نزلت به على قول سحنون.

انظر تمامه في العاشرة من نوازل سحنون من جامع البيوع.

(1) قوله: (أصبغ بالملك) زيادة من (ع).

(2) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 256.

كتاب القسمة

كتاب القسمة

قال مالك: ومن باع من رجل مورثه من هذه الدار، فإن عرفا مبلغه؛ جاز، وإن لم يسمياه، وإن جهله أحدهما أو كلاهما؛ لم يجز، وإن تصدق بذلك أو وهبه؛ جاز، وإن لم يسمه⁽¹⁾.

قوله: (وإن جهله أحدهما... المسألة).

قلتُ - وصوّبه شيخنا أبو عبد الله وغيره - : زعم غير واحد من المغاربة أن القولين في جهل أحد المتبايعين، يقومان من المدونة، من مواضع منها ما هنا، ومسألة الصّبرة الواقعة في التجارة لأرض الحرب؛ وهو غير صحيح؛ لأنّ الجهل هناك مصحح؛ لأنه هو المطلوب في بيع الجزاف، وهنا لا، ألا ترى أن صحته هناك مع جهله⁽²⁾ وعدمه هنا!

وإن ورث رجلان دارين، فباع كل واحد منهما من صاحبه نصيبه في إحداهما بنصيب الآخر في الأخرى، فإن عرف كل واحد نصيبه ما هو من نصيب صاحبه؛ جاز وإن لم يسمياه، وكذلك إن رضيا بأن يأخذ أحدهما بمورثه نصف إحدى الدارين وثالث الأخرى، ويسلم بقيتهما لصاحبه، فإن جهل أحدهما مبلغ حقه منهما؛ لم يجز، كما لا يجوز صلح الزوجة على مورث لها في دار لا تعلم مبلغه⁽³⁾.

(1) التهذيب: 175/4.

(2) في (ش): (جهلهما).

(3) التهذيب: 175/4-176.

قوله: (كما لا يجوز صلح الزوجة).

القياس أحروي؛ لأنه إذا امتنع في الصلح الذي يغتفر فيه بعض ما امتنع في البيوع، فأحرى ما أصله المكايسة.

ومن اشترى من رجل ممرأً في داره من غير أن يشتري من رقبة البنيان شيئاً؛ جاز ذلك⁽¹⁾.

قوله: (ممرأً في داره... المسألة).

قلت: وههنا بحثٌ - يوجب إشكالاً في المسألة - تقريره أن يقال: المشتري إما عين، فالمصطلح عليه بيعٌ، وإما⁽²⁾ منافع، فالمصطلح عليه إجارةٌ أو كراء، وهو في مسألتنا منافع، وكل إجارة أو كراء لا بد فيها⁽³⁾ من الأجل، فيلزم على هذا فساد مسألة المدونة، وهذه ضرورة كون المنافع مشتراً غير مؤقتة.

أجاب شيخنا ابن عرفة: بأن بيع المنافع على قسمين:

منافع يبقى معها التصرف في أصل ما تستوفي منه للمكري.

ومنافع لا يبقى معها تصرفٌ ببيعٍ أو تحييسٍ أو هبة.

فالأول: هو الذي يشترط الأجل في منافعه.

والثاني: لا⁽⁴⁾؛ لأنه لما لم يبق له شيء؛ صار كأنه كالمشتري للأبد، فكان

(1) التهذيب: 176/4.

(2) في (ش): (أو).

(3) في (ش): (فيها).

(4) قوله: (لا) ساقط من (ع).

شبيهاً ببيع العين؛ فلذا صحّت، ولم تفتقر لضرب الأجل.

وأما الأشجار: فإن كانت مختلفة، مثل تفاح ورمان وأترج وغيرها، وكلها في جنان واحد؛ فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة، كالحائط يكون فيه البرني، والصيحاني، والجعرور، وأصناف التمر، فإنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع (1).

قوله: (وأما الأشجار) ثم قال: (كالحائط).

قلت: في هذا (2) القياس نظراً؛ لأنه قاس ضم الأجناس على الأنواع في البرني والصيحاني، وقد علمت أنه لا يلزم من ضم الأنواع ضم الأجناس.

قيل: فمن ادعى في دار بيد غائب أنه وارثها مع الغائب، أو أنها لأبيه؛ لا حق للغائب فيها، وأقام بينة؟ قال: سمعت من يذكر عن مالك أنه لا يقضى على الغائب في الدور (3).

قوله: (قيل: فمن ادعى في دار).

قلت: قد كفانا شيخنا في مختصره وجه اختصارها.

قال ما نصه: اختصرها أبو سعيد لعدم مطابقة الجواب للسؤال؛ وهذا لأن لفظ السؤال إنما دل على (4) سماع البينة على الغائب حال غيبته فيما ادعى

(1) التهذيب: 179/4.

(2) قوله: (هذا) ساقط من (ش).

(3) التهذيب: 181/4.

(4) في (ش): (عن).

عليه، فأجابه بعدم الحكم عليه.

وسماع البينة عليه ليست نفس الحكم عليه، ولا أعم منه، بحيث يستلزم نفيه نفيها؛ بل هي أخص منه مطلقاً، أو من وجهٍ باعتبار وجودهما، لا باعتبار صدق أحدهما على الآخر؛ لأنها⁽¹⁾ بهذا الاعتبار متباينان. اهـ⁽²⁾.

المتيطي: وفي أسئلة أبي عمران وابن عبد الرحمن أن الحكم على الغائب الذي هو في عمل غير عمالة الحاكم؛ جائزٌ إذا كان الغائب في موضع الحكم ما يحكم عليه فيه؛ لأنه إنما حَكَمَ في شيء تحت حكمه، وفي بلده الذي وَلِيَّ النظر فيه، وإنما الذي لا يجوز حكمه عليه: لو كان المحكوم عليه لا مال له ببلد الحاكم؛ لأنه يصير⁽³⁾ حينئذ حاكماً على من لم يولَّ عليه، ولا مال له بالمكان الذي وُلِّيَّ عليه.

المتيطي: والحكم على الغائب إذا دخل مصرًا من الأمصار واجبٌ إذا ظهر عليه حق، ولو كان - في أصله - من غير البلد الذي استُقضي عليه؛ لأنه لما دخل المصر الذي فيه القاضي صار من أهله، ومن⁽⁴⁾ تنفذ فيه أحكام قاضيه.

قال ابن القاسم: ... ولا يقسم شيء مما في رؤوس الشجر من الفواكه والثمار بالخرص، وإن اختلفت فيه الحاجة، إلا في النخل والعنب إذا

(1) في (ع): (أنهما).

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: 486/ب.

(3) قوله: (لأنه يصير) ساقط من (ش).

(4) في (ع): (ومن).

حل بيعهما، واختلفت حاجة أهلها كما ذكرنا؛ لأن أمر الناس إنما مضى على الخرص فيهما خاصة⁽¹⁾.

قوله: (لأن أمر الناس مضى على الخرص... المسألة).

قال في تعليقة القاسبي: قال البراذعي: انظر! لم يُجْز الخرص في الفواكه؛ لأنه لا يمكن فيها خرص، وهو يجيز شراء العرية⁽²⁾ من الفواكه بخرصها، فقد رأى أن الخرص فيها⁽³⁾ معلومٌ ليس بخاص بالنخل والكرم.

قال أبو عمران: العرايا فيها الرخصة، فكانت جائزة مطلقاً.

وقال أشهب: يجوز قسم الفواكه بالخرص⁽⁴⁾.

وفي العرايا من كتاب محمد: لا يجوز شراء العرية بخرصها إلا في النخل

والكرم.

قال أبو محمد: فالمسألان سواء، وفي هذا الأصل خلاف.

ولا يجوز قسم اللبن في الضروع؛ لأن هذا مخاطرة. وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بين - على المعروف - وكانا إن هلك ما بيد هذا من الغنم؛ رجع فيما بيد صاحبه؛ فذلك جائز؛ لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم⁽⁵⁾.

(1) التهذيب: 183/4.

(2) في (ع): (العارية).

(3) قوله: (فيها) ساقط من (ش).

(4) انظر: التبصرة، للخمّي، ص: 5893.

(5) التهذيب: 187/4-188.

قوله: (وكانا إن هلك ما بيد هذا من الغنم... المسألة).

قال شيخنا أبو عبد الله: هذه الزيادة توجب إشكالاً في المسألة؛ فإن الذي يقتضيه تجويزه لها على معنى الفضل؛ عدم رجوع أحدهما على الآخر في لبن من بقي؛ إذ لا يتحقق الفضل الكامل إلا⁽¹⁾ كذلك.

وإذا ادعى أحد الشركاء بعد القسم غلطاً، مضى القسم ويحلف المنكر، إلا أن تقوم للمدعي بينة، أو يتفاحش الغلط فينق⁽²⁾.

قوله: (وإذا ادعى أحد الشركاء غلطاً).

ابن قتيبة - ونحوه للمتيطي -: الغلط في الكلام، وإن كان في الحساب فهو غلت⁽³⁾.

ابن السيد في الاقتضاب: هذا الذي قاله هو الأشهر، وقد جاء الغلط في الحساب.

والوجه أن يقال: الغلط عام في كل شيء أخطأ الإنسان⁽⁴⁾ وجهه عن غير تعمد ولا قصد.

والغلت في الحساب وحده.

قلت: قال - في العين -: غَلِطَ يَغْلِطُ⁽⁵⁾ غَلَطاً إذا غني بالشيء فلم يصب.

(1) في (ش): (في).

(2) التهذيب: 191/4.

(3) انظر: أدب الكاتب، لابن قتيبة، ص: 202.

(4) قوله: (الإنسان) يقابله في (ش): (ألا ترى).

(5) قوله: (يغلط) ساقط من (ش).

فظاهره سواء كان في الكلام أو الحساب أو غيره، وقد⁽¹⁾ غلت في الحساب غلتاً، بمعنى غلط، ولا يقال إلا في الحساب.
وأما الغلث⁽²⁾ بالثاء المثلثة هو بمعنى الغلط.
يقال: غلثت الطعام خلطته.

وإذا انقلعت نخلة لك في أرض رجل من الرياح، أو قلعتها أنت؛ فلك أن تغرس مكانها نخلة أو شجرة من سائر الشجر، تعلم أنها لا تكون أكثر انتشاراً، ولا أكثر ضرراً في الأرض من النخلة الأولى⁽³⁾.

قوله: (أو قلعتها أنت).

قال شيخنا: من الشيوخ من يقول: هذا إذا [61/أ] قلعتها لمنفعة، وإلا فلا مقال له في مكانها ليغرس فيه أخرى، ولرب الأرض منعه.
ومن الشيوخ من يقول: ظاهره: مطلقاً⁽⁴⁾، وهو ظاهر المدونة.
قلت: يشهد للأوليين ما لعياض في كتاب الشفعة في دليل قولها: (لو هدمه المتباع لينيه أو يوسع...) المسألة⁽⁵⁾.

ومن هلك وعليه دين، وترك داراً؛ بيع منها بقدر الدين، ثم قسّم الورثة باقيها، إلا إذا أخرج الورثة الدين من أموالهم، فتبقى لهم الدار

(1) في (ع): (وقال).

(2) في (ع): (غلث).

(3) التهذيب: 192/4.

(4) قوله: (ليغرس فيه أخرى، ولرب... مطلقاً) ساقط من (ع).

(5) انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2408.

فيقتسمونها. وإن هلك وعليه دين، وترك دوراً ورقيقاً، وصاحب الدين غائب، فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة، أو لم يعلموا بالدين، فاقسموا ميراثه، ثم علموا بالدين؛ فالقسمة ترد حتى يُوفى الدين إن كان ما اقتصموا قائماً. وإذا جُني على الرقيق بعد القسم قبل لحوق الدين؛ فإن جميعهم يتبع الجاني؛ لانتقاض القسم بلحوق الدين. وإذا قسم القاضي بينهم؛ لم يأخذ منهم كفيلاً بما لحق من دين، فإن قسم القاضي بينهم، ثم طرأ دين؛ انتقض القسم، كقسمتهم بغير أمر القاضي وهم رجال⁽¹⁾.

قوله: (فالقسمة ترد...)، وقال بعده: (انتقض القسم).

يقيده ما قبلها⁽²⁾ من قوله: (إذا أخرج الورثة الدين)، فظاهر المدونة أن الحق للآدمي، فإذا أُدِّي؛ بقيت القسمة على حالها، ولو كان حقاً لله؛ لفسخت مطلقاً.

ومن هلك وترك متاعاً وحلياً؛ قسم المتاع بين الورثة بالقيمة، والحلي بالوزن⁽³⁾.

قوله: (وترك متاعاً وحلياً... المسألة).

يؤخذ منه ثلاثة أمور:

ما ذكره المغاربة من جواز القرعة في الزريعة إذا استوت الأسهم، وكذا في جميع المدخرات.

(1) التهذيب: 193/4-194.

(2) في (ش): (قبلها).

(3) التهذيب: 198/4.

ابن رشد: لا تجوز في المكيل والموزون⁽¹⁾.

الباجي: لا تكون في المكيل والموزون.

الثاني: كون الحلي مثلياً⁽²⁾.

الثالث: مثل مسألة الصرف فيما أخذ منها ابن عبد السلام من جواز رد

أحد الشريكين في الدينار.

ولا تجوز قسمة الأب على ابنه الكبير وإن غاب، ولا الأم على ابنها الصغير إلا أن تكون وصية، ولا الكافر على ابنته المسلمة البكر، كما لا يجوز له تزويجها. ويجوز قسم ملتقط اللقيط عليه⁽³⁾.

قوله: (وتجوز قسمة الملتقط).

أخذوا منه أن الحاضن كالوصي في جميع أموره، وهو قول عبد الملك.

المغربي: وهذه رواية جيدة لأهل البوادي.

لو وثب على تركة أخيه، وولده بغير إيصائه؛ فهو كالأجنبي⁽⁴⁾.

قوله: (على تركة أخيه...) المسألة.

قال في الطراز⁽⁵⁾: من هلك عن أطفال، ولهم أم غير وصية تبيع حقاً لهم

(1) انظر: المقدمات الممهدة، لابن رشد: 246/2.

(2) قوله: (مثلياً) ساقط من (ش).

(3) التهذيب: 203/4.

(4) التهذيب: 203-204/4.

(5) في (ع): (الطرر).

من رجل فيغْتَلُّه، فيبلغ الأولاد، فإن كانت الأم تقوِّم وتحوِّط وتنظر⁽¹⁾؛ فالغلة للمبتاع⁽²⁾.

ومن قول مالك فيمن ابتاع عبداً كاملاً، فاستحق أيسره؛ أن له رده كله لضرار الشركة، أو يحبس ما بقي من العبد بحصته من الثمن. قال ابن القاسم: والمستحق في مسألتك يأخذ الربع من جميع ما باع المبتاع ومما أبقى، ثم للمبتاع الثاني أن يرجع من ثمنه على بائعه بقدر ما استحق من العبد من حصته، أو يرد بقية صفقته إن شاء، ويخير المشتري الأول أيضاً كما وصفنا⁽³⁾.

قوله: (قال ابن القاسم: والمستحق في مسألتك...) إلى آخره.

قال ابن عرفة: لقائل أن يقول: القياس والاستدلال ليس بظاهر؛ لأنه لا

(1) قوله: (وتنظر) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: إنما كانت الغلة للمبتاع من أجل الشبهة التي أبعده عن أن يكون كالغاصب، كما قال سحنون فيمن باع سلعة تُعرف لرجلٍ، وزعم أنه وكيله على البيع، وغاب، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، فاشترى وهو يعلم أن الدار للغائب، ثم قدم الغائب فأنكر، فإن كان البائع يقوم في الدار وينظر ويعمل حتى تثبت له شبهة الوكالة؛ فالغلة للمبتاع، وإن لم تكن له شبهة - كما قلنا - فالمشتري كالغاصب.

انظر الطرر في ترجمة بيع الوكيل في السدس الأول من البيوع. وما حكاه عن سحنون حكاه عنه اللخمي أيضاً، وأشار الشيخ أبو الحسن إلى أنه قائم من كتاب الأيمان من المدونة، وذكره أيضاً أبو محمد في كتاب الاستحقاق من النوادر، ونَبَّه عليه ابن عرفة في كتاب الغصب من المختصر.

(3) التهذيب: 207/4.

يلزم من قبول حجة المستحق من يده في مسألة مالك، فيحل (1) عن نفسه لضرر الشركة التي لم يدخل عليها قبوله في المقيسة؛ لكونه - أعني المبتاع - دخل على الشركة، إلا أن يقال: لا يلزم من رضاه بشركة واحد شركته لأكثر.

ومن اشترى مائة إردب قمح، فاستحق منها خمسون؛ خيّر المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده (2).

قوله: (ومن اشترى مائة إردب... المسألة).

ابن عرفة: وعندي أنها تعارض ما في المراجعة.

تقرير (3) المعارضة أن يقال: شراء (4) الجملة إن كان مقصوداً للرجبة؛ فيلزم البيان في مسألة المراجعة، وإن لم يكن مقصوداً؛ فلا رد له هنا.

وقد قال مالك فيمن استحق أمة وقد ولدت من مبتاعها: إنه يأخذها بقيمة ولدها يوم الاستحقاق، وأخذ به ابن القاسم، ثم رجع مالك فقال: لا يأخذها، لأن في ذلك على المبتاع ضرراً لما يلحقه من العار ويلحق ولده إذا أخذت منه، ولكن يأخذ المستحق قيمتها بقيمة ولدها. قال ابن القاسم: ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها، لم يكن للذي

(1) في (ع): (يجل).

(2) التهذيب: 211/4.

(3) في (ش): (تقرر).

(4) في (ش): (شرط).

أولدها أن يأبى ذلك، ويجيز حينئذ في قولي مالك جميعاً على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق⁽¹⁾.

قوله هنا: (إذا رضي المستحق أخذ القيمة) جبر الآخر في قول⁽²⁾ مالك. تقرير معارضتها لما في الجنايات؛ أن يقال: لا شك أن أخذ القيمة في الأم⁽³⁾ فك لها من الرق، وأخذ الدية هناك فك له من القتل، والرق أضعف من القتل. وقد تقرر أن ما ثبت للأضعف؛ يثبت للأقوى، فيلزم من جبره هنا على القيمة جبره هناك على دفع الدية أخرى. وأيضاً الإجماع على حفظ النفس بقدر الإمكان، ودفع الدية ممكن، الفرق أن الحق هناك له؛ ولأنه يقول: أردتُ تطهيرَ نفسي، والحق هنا لغيره، وهو الولد والأم.

وإذا كان بين رجلين نقضٌ دون القاعة؛ جاز أن يقتسماه على تراض، أو بالقيمة والسهم، ويجبر من أباه منهم لمن أراه. فإن أراد هدم النقض، ورب العرصه غائب؛ رفعاً ذلك إلى الإمام. فإن رأى شراء ذلك للغائب بقيمة النقض منقوضاً؛ فعل، وإلا تركهم، ولزم الغائب ما فعل السلطان. قيل: فمن أين يدفع الإمام الثمن عن الغائب؟ قال: هو أعلم بذلك⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 213/4.

(2) في (ع): (قول).

(3) زاد بعده من (ع) قوله: (مثلاً).

(4) التهذيب: 214/4.

قوله: (فإن رأى شراء ذلك للغائب...) المسألة.

أخذوا من هنا أن الإمام يتعرض لما يُخافُ فسادُه من مال الغائب، ونحوه قوله في الوصايا الأولى: (وأجره له السلطان)(1).

ولا بأس أن يستأجر أهل مورث، أو مغنم قاسماً برضاهم، وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه، وكذلك أجر كاتب الوثيقة(2).

قوله: (كاتب الوثيقة).

ابن سهل: لو تشاح الطالب والمطلوب في القِرطاس الذي تكتب فيه النسخ للإعذار؛ ففيها(3) بين الشيوخ نزاع.
ابن عتّاب وابن دحّون: على الطالب.
ابن القطّان: على الذي يعذر له.
ابن سهل: هذا أحبُّ إلي(4).
المتيطي: هذا الصواب(5).

(1) انظر: التهذيب للبرازعي: 250/4.

وزاد المشدالي بعده: ابن عرفة - في كتاب الخيار - أشار إلى المناقضة مع هذه، ونبّه على أجوبة الشيوخ عنها.

(2) التهذيب: 220/4.

(3) في (ع): (فيها).

(4) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام: 73.

(5) المشدالي: زاد ابن سهل: والأول ليس ببعيد في النظر. انظره في آخر ترجمة الشهادة على الخط في (حبس) من الجزء الأول.

قلتُ: ومن هذا المعنى شراء الرق في الصداق.

في الطرر: على الذي يتوثق لنفسه، وهو ولي المرأة.

ولابن سهل خلفه.

قلتُ: ونسبةُ ابن هشام قوله هنا: (وقاله مالك في قوم...) إلى آخره لابن

بَطَّال، ونَقَلَهَا فِي الطرر عن حمديس قصورًا.



كتاب الشفاعة

كتاب الشفعة

قال شيخنا - في المختصر - في حدّها (1): استحقاقُ شريكٍ أخذَ مبيعَ شريكه بئمنه، وقولُ ابنِ الحاجب: أخذُ الشريكِ حصّةً جبراً شراءً (2)؛ إنما يتناول أخذها لا ماهيتها، وهي غير أخذها؛ لأنها معروضة له ولنقيضه - وهو تركها - والمعرض لشئئين متناقضين ليس عينَ أحدهما، وإلا اجتمع النقيضان (3).

قلتُ: البحث في هذا المقام من وجهين:

الأول: في صحة جعله الترك نقيضاً للأخذ في قوله: "وهو تركها"، وفيه نظرٌ؛ لأن نقيض الأخذ لا أخذ، ومفهوم "لا أخذ" أعمُّ من التَّرك، وهذا لا شك فيه عند ذوي العقول الصحيحة.

الثاني: ما ألزمه من اجتماع النقيضين على تقدير كون المعرض لشئئين متناقضين، لو كان عين أحدهما اجتماع النقيضان؛ غير واضح.

بل إنما يلزم لو كان المعرض لشئئين عينيَّهما معاً بقيد المعية والاجتماع. وإنما اللازم من كون "لو كان المعرض شئئين عين أحدهما لزم كون المعرض أعم" غير أعم؛ لأن عين أحدهما لا يصدق على غيره ولا يحتمله، والمعرض مساو له، فيلزم عدم تناوله لغيره، وقد فرضناه أعم، هذا خلف.

(1) قوله: (حدّها يقابله في (ش): (حدّها له).

(2) الجامع بين الأمهات، لابن الحاجب: 620/1.

(3) انظر ما تقدم من كلام في حدّ الشفعة في: مختصر ابن عرفة: 379/أ.

ألا ترى أن التصديق أعم من عارضيه اللذين هما الإيجاب والسلب،
واللون أعم من البياض والسواد!

ولا يلزم من كون التصديق عينَ الإيجاب، وكون اللون عين البياض؛
تناقضٌ.

وإنما يلزم ما قلناه؛ من كونه "أعم" غير أعم.

وإنما يلزم الاجتماع على ما قررناه بقيد الاجتماع، فتأمله بالإنصاف دون
الميل والاعتساف.

وإنما جرى في كلامنا البياض والسواد - وهما ضدان لا نقيضان - لأن
القصد تمهيد مثال؛ لكون المعروض لشيئين لو كان عين أحدهما؛ لزم الاجتماع،
حتى يتضح فيه الأمر أنه لا يلزم، فإذا فهمناه في المعروض للضدين أو
الأضداد؛ فكذا النقيضان كالإيجاب والسلب.

وهذا كله إنما يحتاج إليه إذا فهمنا صدق المصدر المضاف إلى الفاعل
بالفعل، كما هو مذهب الشيخ ابن سينا، وأما إذا فهمناه بالقوة؛ فلا يتوجه
اعتراض شيخنا من أصله، فافهم والله عَلَيْكُمْ واهب الفضائل.

وإذا كانت دارٌ بين مسلم وذمي، فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي؛
فلشريكه الذمي الشفعة كما لو كان مسلماً، ولو كانت بين ذميين فباع
أحدهما؛ لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا⁽¹⁾.

قوله: (فلشريكه الذمي).

(1) التهذيب: 125/4.

قالوا: هذا خلاف ما في عتقها، والجامع في كلا المسألتين ذميّان تخللها مسلمٌ حَكَمَ بحكم الإسلام في إحداهما دون الأخرى (1).

عبد الحق: الفرق أنه إنَّما لم يقوم؛ لأن المسلم رضي بنصيبه ناقصاً. وقال غيره: لأنه رجع فيه.

قوله: (إلا أن يتحاكما). [61/ب]

في الأم: (إلا أن يتراضيا، فأرى أن يحكم بينهم) (2).

وناقضها عيسى بما في العتق أن العبد لو كان جميعه، أو بعضه للنصراني فأعتقه، أو بعضه؛ لم يحكم عليه. ولم يقل: إلا أن يتحاكما.

ابن رشد: إذا كان الشفيع والمشتري مسلماً؛ قضي بالشفعة لكل منهما على صاحبه اتفاقاً؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي.

وإن كان الشفيع والمشتري نصرانيين فقط والبائع مسلم؛ فقليل: لا يُقضى بالشفعة ويردان لدينهما، وهو مثل ما في عتقها الثاني، أنه لا يقوم عليه، وقيل: يقضى بها (3).

قال شيخنا: ويؤخذ من هنا أنه ليس لشريك الذمي أن يجبس نصيبه الآخر في (4) الذمي بجامع الضرر فيهما.

(1) في (ع): (الآخر).

(2) انظر: المدونة (زايد): 403/9، و(السعادة/صادر): 399/14، و(العلمية): 213/4.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 80/12.

(4) قوله: (الآخر في) يقابله في (ت): (إلا برضى).

ومن هلك وترك ثلاثة بنين: اثنان شقيقان والآخر لأب، وترك بينهم داراً، فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسم فالشفعة بين الشقيقين والأخ للأب سواء، إذ بالبنوة ورثوا، ولا ينظر إلى الأعد بالباطع. ولو ولد لأحدهم أولاد ثم مات، فباع بعض ولده حصته، فبقية ولده أشفع من أعمامهم، لأنهم أهل مورث ثان، فإن سلّموا فالشفعة لأعمامهم. وإن باع أحد الأعمام، فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم لدخولهم مدخل أبيهم. وإن ترك ابنتين وعصبة، فباعت إحدى الابنتين، فأختها أحق من العصبة، لأنهما أهل سهم واحد، فإن سلّمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك. ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة والبنات، وكذلك الأخوات مع البنات [حكمن] حكم العصبة، لأن العصبة ليس لهم فرائض مسمّاة. ولو ترك داراً بينه وبين رجل وورثته عصبة، فباع أحدهم حصته قبل القسمة؛ فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي؛ لأنهم أهل مورثه، فإن سلّموا؛ فللشريك الآخذ⁽¹⁾.

قوله: (لأنهم أهل مورث ثان... المسألة).

وهنا في هذا المقام بحث تقريره أن يقال: القول بعدم شفعة الأعمام مع

الأولاد، ودخول الأولاد على الأعمام يلزم عليه أحد أمرين:

إما ترجيح أحد المتساويين بلا مرجح.

أو تقديم اللازم بوسط على اللازم بلا وسط، وهو تقديم للأضعف؛ لأن

الأعمام شركاء لأب الأولاد بلا وسط، والشفعة بينهما من الجانبين على السواء

(1) التهذيب: 126/4.

فيما باع أحدهما، والأولاد شركاء للأعمام بواسطة شركة أبيهم، فكما دخلوا على الأعمام بواسطة الأب؛ فكذا يدخل الأعمام عليهم بواسطة شركة الأخ. أو نقول: إن حلُّوا محلَّ أبيهم؛ لزم الترجيح بلا مرجح، وإلا لزم تقديم اللازم بوسط على اللازم بلا وسط.

وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم، ثم مات أحدهم، فأراد أحد ورثته بيع نصيبه من البناء؛ فلآخرين فيه الشفعة، واستحسنه مالك، وقال: ما سمعت فيه شيئاً⁽¹⁾.

قوله: (فأراد أحد ورثته بيع نصيبه من البناء).

أبو محمد: يريد على القلع، وكذا في⁽²⁾ بيع الرجلين في عَرَصَة الرجل، ولا يقال: باع على أن يحل في الحبس محله؛ لأنه بيع فاسد؛ لأنه اشترى على أن يسكن الدار أمد مقام البناء فيها، وهو غرر.

ومعنى شرائه أيضاً على النقض إذا كان النقض آجراً كله، أو حجراً، أو خشباً من جنس واحد، حتى يكون نصيبه معلوماً.

وإذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن؛ صدق المبتاع؛ لأنه مدعى عليه، إلا أن يأتي بما لا يشبه، مما لا يتغابن الناس بمثله؛ فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاصقة بداره فيثمنه، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه، وإن أقاما بينة، وتكافأت في

(1) التهذيب: 128/4.

(2) قوله: (في) ساقط من (ت).

العدالة؛ كانا كمن لا بينة لهما، ويصدق المبتاع؛ لأن الدار في يده،
وعهدة الشفيح على المشتري خاصة، وإليه يدفع الثمن؛ كان بائعه قد
قبض الثمن أم لا(1).

قوله: (صدق المبتاع).

يريد: يمينه.

وقوله: (فلا يصدق).

ابن رشد: يريد ويكون القول قول الشفيح(2).

قوله: (وعهدة الشفيح على المشتري).

ابن رشد: وقع في شفعتها ما يدل أنه مخير في كتب عهده على من شاء

منها(3).

ومن ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل؛ فللشفيح أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل
إن كان ملياً، أو أتى بضامن ثقة مليء(4).

قوله: (أو أتى بضامن ثقة مليء).

ظاهرة: ولو لم يساوا الشفيح في الملا. انظر: ابن رشد في سماع عيسى(5).

(1) التهذيب: 130/4.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 63/12.

(3) انظر: المقدمات الممهدة، لابن رشد: 228/2.

(4) التهذيب: 132/4.

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 76/12.

ومن اتباع شقْصاً من دار لها شفيعان، فسلم أحدهما؛ فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته إذا أبى عليه المبتاع، فإما أخذ الجميع أو ترك، وإن شاء هذا القائم أخذ الجميع، فليس للمبتاع أن يقول: لا تأخذ إلا بقدر حصتك⁽¹⁾.

قوله: (ومن اشترى شقْصاً من دار لها شفيعان) المسألة.

عورِصَتْ بما في الخيار؛ إذا اشترى رجلان سلعة بخيار⁽²⁾؛ وذلك أنه في كل واحد من المشتري هنا، والبائع هناك ملك عليه خيار متعدد دخل عليه كل منهما.

فإما أن يستلزم التجزؤ؛ فيلزم صحة أخذ أحد الشفيعين، أو لا يستلزمه؛ فيلزم بطلان تعليله هناك وحكمه.

أجيبَ بأن سبب مشروعية الشفعة؛ رفع الضرر، وهو غير مرتفع بأخذ أحد الشفيعين بخلاف مسألة الخيار.

ورُدَّ بأنه لو صح عدم تبعض ما شرع لرفع الضرر؛ لبطل في العرية. وأجيبَ بأن الخيار في الشفعة من قبل الشارع، وفي مسألة الخيار جُعِلَ، وما بالبينة أقوى، فلا يتبعص.

وحمله أبو إبراهيم على الخلاف، فيقال: وله في الخيار خلاف ما هنا.

قوله: (إذا أبى عليه المبتاع).

مفهومه: لو شاء لصح.

(1) التهذيب: 132/4.

(2) انظر: تهذيب البرذاعي: 181/3.

وظاهر كل ما يذكر في هذا الفصل؛ أنه لا يصح ولو رضي، وأنه لا يتبعض.

وقال: المعين إذا رضي صح، وقال: هذا المعروف.

ولو اشترى ثلاثة أشقاص من دار، أو من دور في بلد، أو في بلدان، من رجل أو رجال، وذلك في صفقة واحدة، وشفيع ذلك كله واحد؛ فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم⁽¹⁾.

قوله: (فليس له إلا أن يأخذ الجميع أو يسلم).
أخذ منها أن من له حضانة متعددٍ أنه ليس له أخذ البعض دون البعض، ونحوه ما تقدم في كتاب الخيار.

ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا؛ فلهم أن يدخلوا معه كلهم إن أحبوا، فيأخذوا بقدر ما كان لهم من شفعتهم⁽²⁾.

قوله: (ولو أخذ الحاضر الجميع).
أخذ منه أن الأبعد في الحضانة إذا كان حاضراً، وغاب الأقرب، وأخذ الحاضر، وقدم الغائب؛ أنه يأخذ؛ لأنه إذا جعل له الدخول هنا مع المساواة؛ فأحرى فيما لو حضر الغائب؛ سقط معه الحاضر.

(1) التهذيب: 132/4.

(2) التهذيب: 134/4.

وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسَلِّم، ثم ظهر أن الثمن دون ذلك؛ فله الأخذ بالشفعة، ويحلف ما سَلِّمَ إلا لكثرة الثمن⁽¹⁾.

قوله: (ثم ظهر أنه ابتاعه مع آخر).

قال شيخنا: لا يؤخذ منه أن مَنْ اشترى نصف دار من رجل يظن أنها له خاصة، ثم ظهر أن النصف الباقي لغيره أنه يكون للمشتري مقال؛ بل لا مقال له.

ولو قال للمبتاع قبل الشراء: اشتر فقد سلمت لك الشفعة، وأشهد بذلك؛ فله القيام بعد الشراء؛ لأنه سلم ما لم يجب له بعد⁽²⁾.

قوله: (اشتر فقد سلمت لك).

ابن رشد: وكذا لو قال: "إن اشترت"، ألا ترى أن رجلاً غنياً لو قال: "أشهدكم أي لو افتقرت لم آخذ من الصدقات شيئاً"؛ لم يلزمه.

ونحوها مسألة الأمة القائلة: "أشهدكم أي إن عتقت، فقد اخترت نفسي"؛ أنه لا ينفع، وفي الحرة؛ يلزم⁽³⁾.

قلتُ: وهي مسألة "أعرف دار⁽⁴⁾ قدامة"، وفي الفرق بينهما صعوبة.

قوله: (سلم ما لم يجب له بعد).

(1) التهذيب: 134/4-135.

(2) التهذيب: 135/4.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 240، 239/5.

(4) قوله: (دار) ساقط من (ت).

قال لي شيخنا أبو عبد الله: الفتوى عندنا فيمن خالع زوجته على أن تسقط هي وأمها الحضانة؛ أنها لا تسقط في الجدة؛ لأنها أسقطت ما لم يجب لها، كقولها هنا.

ومن اشترى شقصاً بألف درهم، ثم وضع عنه البائع تسع مائة درهم بعد أخذ الشفيع أو قبل، نظر، فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم، أو اشتروا بغير تغابن؛ وضع ذلك عن الشفيع⁽¹⁾.

قوله: (وضع ذلك عن الشفيع).

المتيطي: على الشفيع أجرة الدال، وكاتب عقد الشراء، وثمان ما كتب فيه، يدفع ذلك كله للمبتاع؛ لأنه بذلك توصل للشراء.

قلت: نحوه لابن عتّاب وابن القطان وابن مالك⁽²⁾.

ابن سهل: وسألت ابن مالك عن العلة في ذلك، فلم يأت بحجة غير قوله: "بذلك توصل إلى الشراء".

قال ابن مالك: رأيت ما أحدث في الشقص؛ أليس يلزم الشفيع غرمه؟

فقلت له: ليس مثله، رأيت أجر السمسار في المراجعة لا يحسب، ولا

يحسب لها ربح بخلاف نحو الصبغ، وماله عين قائمة، ولم يظهر لي في استناد أجوبتهم إلا العوائد الجارية بذلك عندهم⁽³⁾.

(1) التهذيب: 136/4.

(2) انظر: التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل: 605/6.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 529.

قلتُ: ولو أدَّى المبتاع أكثر من المعهود بين الناس في هذه الأشياء؛ لم يلزم الشفيع إلا المعهود. وبه أفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطان.
ابن سهل: ولا يخالف أعلمه لهم، وهو الحق إن شاء الله تعالى (1).

ومن ابتاع شقصاً من دار له شفيع غائب، فقاسم شريكه، ثم جاء الشفيع؛ فله نقض القسم وأخذه، إذ لو باعه المشتري؛ كان للشفيع رد بيعه، ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً؛ فللشفيع أخذه وهدم المسجد (2).

قوله: (إذ لو باعه المشتري).

قال شيخنا: وعندي سواء باع قبل القسم أو بعده؛ بخلاف ما أشار إليه الصقلي.

ومن ابتاع شقصاً من دار له شفيع غائب، فقاسم شريكه، ثم جاء الشفيع، فله نقض القسم وأخذه، إذ لو باعه المشتري كان للشفيع رد بيعه، ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً، فللشفيع أخذه، وهدم المسجد (3).

قوله: (ولو بنى فيه المشتري...) المسألة.

سئل ابن رشد؛ عمن طاع بالثنيا بعد البيع إلى أجل، فبنى قبل الأجل،

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 529.

(2) التهذيب: 137/4.

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 137/4.

فهل له قيمة البيان قائماً أو منقوضاً؟

وهل تشبه مسألة بيان الشفيح؟

الجواب: له قيمة بنائه [62/أ] منقوضاً؛ لأنه متعدد؛ لأجل الشرط الذي التزمه للبائع؛ إذ ليس له أن يفوته؛ كبنيان المشتري، أو البائع بالخيار لكل منهما.

ولا تشبه مسألة الشفعة؛ لأن المعنى فيها أن الشفيح غائب، فقاسم الشريك شركاءه، وقاسم السلطان عن الشفيح الغائب، وهو لا يعلم؛ فيبقى على حقه في الشفعة، ولم يتعد المشتري في البنيان؛ لأنه إنما بنى في حقه، وظن أن قسم السلطان على الغائب يقطع الشفعة⁽¹⁾.

قلتُ: ظاهر هذا الكلام أنه لو بنى وهو حاضر؛ لكان له قيمته منقوضاً.

ولو وهب المبتاع ما اشترى من الدار أو تصدق به؛ كان للشفيح إذا قدم نقض ذلك وأخذه، والثلث للموهوب له أو المتصدق عليه؛ لأن الواهب علم أن له شفيحاً، فكأنه وهبه الثلث⁽²⁾.

قوله: (لأن الواهب علم أن له شفيحاً).

ابن رشد: اختلِف؛ هل هو محمول على العلم أو على غيره، وفي الشفعة من المدونة دليل على القولين⁽³⁾.

(1) انظر: مسائل بن رشد: 2/1175.

(2) التهذيب: 4/137.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/153.

من ابتاع شيئاً من جميع الأشياء بيعاً فاسداً، ثم باعه بيعاً صحيحاً قبل أن يفوت عنده؛ نفذ البيع الثاني، ويتراذُّ الأوَّلان القيمة⁽¹⁾.

قوله: (من جميع الأشياء).

قلتُ: هنا بحث تقريره أن يقال: قد⁽²⁾ قرر في المدونة وغيرها - في الشَّقْص إذا بيع مراراً - الخيار للشفيع، وهنا إذا بيع فاسداً ثم صحيحاً؛ أن الشفعة بالثمن.

وتقرر أن البيع الصحيح مفيت، والقيمة بمنزلة الثمن؛ فصار بمنزلة عقدين حصلا في الشقص، فيلزم خيار الشفيع في الأخذ بالقيمة التي يؤديها المشتري؛ لأنها بمنزلة الثمن، أو الثمن في البيع الصحيح، واللازم باطل؛ فإنهم لم يخيروه، بل ألزموه الأخذ بالثمن في البيع الصحيح.

الجوابُ أن يقال: قد تقرر - أيضاً - في المعقولات أن كل ما أدى ثبوته إلى نفيه؛ فنفيه أولى.

بيانه أن ثبوت التخيير يؤدي إلى نفي التخيير، ويلزم منه رفع أسباب الشفعة؛ لأنه إذا اختار الأخذ بالقيمة؛ لزم رفع البيع الصحيح بعده.

وكلما ارتفع؛ ارتفع البيع الفاسد؛ لأنه قائم لم يفت، وكلما ارتفع البيع الفاسد؛ ارتفعت قيمته فارتفعت الشفعة، والفرض ثبوتها.

وقد أشار إلى هذا - هنا - في المدونة إشارةً لطيفةً.

(1) التهذيب: 143/4.

(2) قوله: (قد) زيادة من (ت).

ومن ابتاع شقصاً فيه فضل فقام غرماءه في فأسه أو موته، فللشفيع إن قام أخذ الشقص دونهم. وإن ترك من أحاط الدين بماله القيام بشفيعته، فليس لغرمائه أخذها ولا أن يجبروه على أخذها، وذلك إليه أخذ أو سلم⁽¹⁾.

قوله: (وإن ترك مَنْ أحاط الدين بماله...) المسألة.

قالوا: في المفلس إذا كان له دين بشاهد وأبى أن يحلف؛ قيل: يحلف الغرماء، فعلى هذا القول لهم أن يشفعوا.

قال فضلٌ: علقتُ من بعض الكتب لبعض أصحابنا: لو قُتِلَ رجلٌ خطأً، وشهد على قتله رجلٌ أو رجلان، وعليه دين محيط بماله، وأبى ورثته من القسامة؛ فلغرمائه أن يقسموا، وكذلك لو كان على الورثة دين، وأبوا من القسامة⁽²⁾؛ لكان لغرماء الورثة أن يحلفوا ويستحقوا ديته.

قال فضلٌ: هذا جيد على أصولهم.

وزاد بعض أصحابنا: لو وهب المقتول خطأ ديته لرجل؛ لكان المقدم في الحلف هو؛ لا ورثة الواهب؛ بمنزلة ما لو وهب ديناً له، وله به شاهد؛ لحلف الموهوب له مع شاهد الواهب، ويستحق الدين.

قال فضلٌ: وهذا أيضاً جيد⁽³⁾.

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 144/4.

(2) قوله: (فلغرمائه أن يقسموا، وكذلك لو كان... القسامة) ساقط من (ت).

(3) انظر: المعيار المعرب، للونشريسي: 403/10.

قال ابن القاسم: وعليه للمبتاع في ذلك قيمة ما سقى وعالج، ويرجع المبتاع بنصف الثمن على بائعه، فإن شاء المستحق الشفعة في النصف الباقي؛ فذلك له، ويكون له أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجذ أو تيبس، ويغرم قيمة العلاج أيضاً. وإن قام بعد اليبس أو الجذاذ، فلا شفعة له في الثمرة⁽¹⁾.

قوله: (ما لم تيبس الغلة للمشتري).

في أبواب: اختلف المشهور بما تكون له به، فاحفظها كما ضبطها بعضهم: (تجد عفازاً شسياً).

وفي هذا المعنى استفراق؛ وهو أن يقال: ما الفرق بين الشفعة في الثمار، وعدمها في السكنى؟ وكل منها غلة ما فيه الشفعة؟ قلت: الفرق أن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان، ونمو في الأبدان من الأشجار؛ صارت كالجزم منها - وإليه أشار ابن العربي - فأعطيت حكم الأصول، ولا كذلك السكنى، فلاجل ذلك صرَّح في المدونة بعدم الشفعة فيها.

وإن وهبه على عوض يرجوه لم يسمه؛ فلا قيام للشفيع إلا بعد العوض، ولا يجبر الموهوب على ثواب إذا لم تتغير الهبة في بدن... ولو أتابه بعد تغيرها أضعاف القيمة قبل قيام الشفيع، ثم قام، لم يأخذها الشفيع إلا بذلك، كالثمن الغالي؛ وإنما يهب الناس ليعاضوا أكثر⁽²⁾.

قوله: (وإنما يهب الناس...) المسألة.

(1) التهذيب: 150/4 - 153.

(2) التهذيب: 159/4.

ابن رشد في سماع عيسى، ونحوه للمتيطي: وقع في شفعة المدونة ما يدل أن الواهب أحق بهبته، وهو بالخيار فيما لم يرض منها حتى تفوت عند الموهوب له بزيادة أو نقص، وهو قولها هنا: (وإنما يهب الناس...) إلى آخره (1).

ومن وهب شقصاً من دار لابنه الصغير على عوض؛ جاز وفيه الشفعة (2).

قوله: (شقصاً من دار لابنه الصغير).

قلت: الأحسن تعليق (لابنه) بـ (وَهَب) كما صرح به بعض المشاركة، لا ما حمله عليه المغربي وعياض (3).

وهبة الوصي لشقص اليتيم، كالبيع لربعه، لا يجوز ذلك إلا لنظر؛ كضمن يرغبه (4).

قوله: (كالبيع لربعه).

قال شيخنا: ظاهر نصوصهم أعم من أن يكون الربيع موروثاً عن أبي المحجور، أو اشتراه له الوصي، ثم حدث موجب.

قال: وكان شيوخنا يقولون: إن الذي اشتراه بمنزلة السلع لا يشترط فيه من الوجوه في بيعه ما يشترط في الموروث؛ وإنما يحتاج إلى مطلق المصلحة،

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 477/13.

(2) التهذيب: 160/4.

(3) انظر: التنبهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 2410، 2411.

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 160/4.

كسائر عروض اليتيم، وعندني الفرق بين أن يشتريه بنية القنية للمحجور فكالمرورث، وإن كان للتجارة فكالعروض.

ومن أعمار عمرى على عوض؛ لم يجز، وزدّ ولا شفعة فيه؛ لأنه كراء فاسد، ويرد المعمر الدار الذي أعمارها، وإن استغلها رد غلتها، وعليه إجارة ما سكن؛ لأن ضمانها من ربها، ويأخذ عوضه⁽¹⁾.

قوله: (وإن استغلها رد الغلة).

قال في تعليقه القاسبي: قال محمد: لا يرد؛ بل عليه كراء المثل؛ لأنه كراء فاسد.

ووجدتُ معلقاً عن القاسبي على حاشية كتاب محمد: فيها كلامٌ، والذي يظهر لي أنا أن ابن القاسم لم يُرد ما قاله محمد؛ بل إنما أراد التفرقة بين العمرى على عوض، وبين البيع الفاسد، ورأى في البيع الفاسد أن الغلة للمشتري، والغلة في العمرى لرب الدار؛ يريد أنها مثل كراء المثل، وعرضته على شيخنا أبي عمران فاستحسنه.

وتورث الشفعة عن الميت⁽²⁾.

قوله: (وتورث الشفعة).

الميتي: هذا المشهور، وفي الاستغناء⁽³⁾ لابن عبد الغفور⁽⁴⁾: لا شفعة

(1) التهذيب: 165/4 و166.

(2) التهذيب: 165/4.

(3) في (ع): (الاستغنى).

(4) هو: أبو القاسم، خلف بن مسلمة بن عبد الغفور الأقيشي، فقيه، حافظ، المتوفى

للورثة ولا يرثونها.

وإن ادعت سدس دار بيد رجل فأنكر، فصالحك منه على شقص من دار له أخرى دفعه إليك؛ فالشفعة في الشقص الذي لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه؛ لأن قابضه مقر أنه اشتراه، ودفع في ثمنه السدس المدعى فيه⁽¹⁾.

قوله: (لأن قابضه مقر أنه اشتراه).

ابن عرفة: لقائل أن يقول: قدّم أنه لو أقر المشتري بالشراء؛ لا شفعة حتى يوافقه البائع، فينتج أن تحقق ركني البيع شرطاً في الشفعة، وهنا أخذ السدس لم يوافق على ماهية البيع حتى يكون السدس اشتراه؛ إذ لو كان اشتراه؛ لثبت فيه الشفعة، فينتج كون الشفعة ثابتة مشكلاً⁽²⁾.

الجواب أن الصلح لما كان عقداً تضمّن المعاوضة⁽³⁾ وأجري كالبيع؛ ثبتت الشفعة.

لكن يشكل عدم أخذ السدس بالشفعة؛ لأنه معوض.

نحو 440هـ، ولى قضاء بلده، وروى عن القاضي زكريا بن غالب وغيره، وألف "الاستغناء في آداب القضاء" عظيم الفائدة في نحو خمسين جزءاً.
انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 49/8، والديباج، لابن فرحون: 113/1، والصلة، لابن بشكوال: 268/1.

(1) التهذيب: 170/4.

(2) في (ت): (يشكل).

(3) في (ت): (المعاوضة).

قيل: فما وُهَبَ للقيط أو تُصدق به عليه، أيكون الذي هو في حجره قابضاً له، ولم يجعله له السلطان ناظراً ولا وصياً؟ قال: نعم⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فما وُهَبَ).

اختصرها لإشكال الجواب؛ لأن قوله: (قابضاً) يحتمل قبضه للتحويز، وعدمه.

وقال في مسألة مالك في التحويز للغائب: يجزئه، فكذا الأولى. ولا يلزم من إعمال القبض في التحويز إعماله في عدمه على إطلاق السؤال.

وإذا ادعى المبتاع أنه بنى في الدار بناءً، فأكذبه الشفيع؛ فالمبتاع مدع، وعليه البينة، والموهوب له الشقص، والمتصدق به عليه يقول له الشفيع: أخاف أنك ابتعته منه، أو عاوضته فيه سراً، وأردتما قطع الشفعة بما أظهرتما، فاحلف، فإن كان ممن يتهم؛ أحلفه وإلا لم يحلفه⁽²⁾.

قوله: (وأردتما قطع الشفعة).

المدارك: من نوادر فتاوى ابن المكوي أنه وقعت مسألة ببلدنا سبته، وهي إذ ذاك من عمل صاحب الأندلس، وذلك أن الفقيه يحيى - من أهلها - اشترى حصة من حمّام فيه شريك، وأشهد البائع للفقيه يحيى بن تمام في الظاهر

(1) التهذيب: 171/4.

(2) التهذيب: 171/4-172.

أنه تصدق به عليه؛ ليقطع بذلك الشفعة، فقام الشريك [62/ب] يطلب الشفعة.

فأفتى فقهاء سبته بعدم الشفعة.

وقال الشفيع للقاضي: لا أرضى إلا بفتوى فقهاء الحضرة.

فرفع إليهم السؤال على وجهه، وبدأ بأبي عمر بن المكوي، فوَقَعَ أسفلها⁽¹⁾: هذا من حيل الفجار، وأرى الشفعة واجبة.

فلما رأى ابن تمام جوابه هذا قال: هذا عِقَابٌ لا يطار تحت جناحه، والحق خير ما قيل. هات المال وخذ حمامك⁽²⁾.

قلتُ: ونحوه الصداق في السر.

وإذا كانت دار بين رجلين بنصفين، فباع أحدهما نصفاً منها بعينه قبل القسم بغير أمر شريكه، ثم قدم الشريك؛ فله نصف المبيع، فإما أجاز بيعه، وإلا أخذ منه حصته، وأخذ باقيه بشفعته إن شاء، ودفع نصف الثمن إلى المشتري، ويرجع المشتري بنصف الثمن الباقي إن شاء على البائع، ثم يقاسم الشفيع شريكه النصف الباقي إن شاء. قيل: فلم لا يقاسم هذا الذي لم يبع شريكه الذي باع، فإن وقع النصف المبيع في حصة بائعه مضى عليه؟ قال: لا، ولكن يفعل كما ذكرنا⁽³⁾.

قوله: (قيل: أفلا يقاسم).

(1) قوله: (فوقع أسفلها) يقابله في (ت): (فأجاب).

(2) انظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: 2/239.

(3) التهذيب: 4/172.

اختصرها لعدم مطابقة الجواب؛ لأن السؤال إنما هو عن الحكمة، فأجاب بالأوصاف الحكمية.

وقوله هنا: (باع أحدهما نصفاً منها).

انظر لو باعها كلها! فهل هو كقول المتيطي؟

ونحوه في العتبية: لو تصدق رجل بجميع ملك مشترك بينه وبين غيره، فإن كانت الصدقة على الشريك؛ لم يكن له إلا نصف المتصدق اتفاقاً، وإن كانت على أجنبي.

فقال ابن القاسم: إن الصدقة بالكل للمتصدق عليه، ويلزمه لشريكه قيمة حظه إن رضي الشريك أن يسلمه إليه بقيمته.

وقال مرة: لا يلزمه إلا نصيبه، فإن كان مما يقسم؛ فليل: يقسم، فإن صار للمتصدق في سهمه؛ كان للمتصدق عليه، وإن صار في سهم شريكه؛ لم يكن له شيء، وهو قول ابن القاسم. انظر تمامه⁽¹⁾.

وفي سماع ابن القاسم من الشفعة - في أخوين ورثا دارين، فباع أحدهما إحدى الدارين، فعلم أخوه، فقال: أنا أخذ هذه الدار التي بعث بشفتي، وأقاسمك الأخرى، فقال له الأخ البائع: ليس لك ذلك؛ ولكن أقاسمك الدارين، فإن وقعت الدار التي بعث لي؛ نفذ بيعي، وإن لم تقع لي بطل بيعي⁽²⁾ وتكون لك - قال مالك: ليس له ذلك، وأرى أن يأخذها أخوه بشفته فيها، ويقاسمه الآخر، وليس له أن يأبى من ذلك.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 430/13.

(2) قوله: (وإن لم تقع لي بطل بيعي) زيادة من (ت).

ابن رشد: هذا على ما في آخر شفعتها؛ في مسألة الدار هذه، ولا خلاف فيها عندي من أجل حق المشتري، بخلاف ما في سماع ابن القاسم من الاستحقاق في الأرض بين الرجلين يبني أحدهما فيها، وشريكه غائب أنهما يقتسمان؛ فإن كان بنيانه فيما صار له من الأرض؛ كان له، وعليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب صاحبه، فإن كان البنيان والغرس في نصيب غيره؛ خيراً من صار في نصيبه أن يعطيه قيمته منقوضاً، أو يسلم إليه نقضه ينقله. انظر تمامه (1).

وقال في سماع عيسى من العتق: ولو أعتق نصف عبده بإذن أحد الشريكين، فأبى (2) ذلك الشريك الآخر (3) لتخرج ذلك على قولين: أحدهما: أنه يعتق جميعه عليهما.

والثاني: أنه لا يعتق منه إلا النصف الذي أعتق على الذي أعتقه، على اختلافهم في الدار بين الرجلين يبيع أحدهما نصفها على الإشاعة؛ هل يقع على نصف حظه، ونصفه حظ شريكه، أو على النصف الذي له؟ (4)

وأشار المغربي في كتاب المساقاة إلى أن قوله هنا: (أفلا يقاسم) كالمعارض لما نقله ابن يونس، وهو في العتبية: "إذا وهب طائفة من أرض مشتركة أنها تقسم، فإن خرج نصيب الواهب فيها؛ صحت الهبة"، فهلاً قال كذلك في مسألة المدونة هنا!

(1) البيان والتحصيل: 57/12-58.

(2) البيان والتحصيل: (فأجاز).

(3) في (ش): (لآخر).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 509/14.

ابن رشد: قول ابن القاسم أنها إن خرجت في نصيب الواهب؛ كانت (1) للموهوب له، بناء على أن القسمة تميز حق، وعلى أنها بيع؛ لا شيء للموهوب له.

ومن تزوج امرأة على امرأة له أخرى، فحلف للأولى بطلاق الثانية إن أثار الثانية عليها، ثم طلق الأولى؛ فإن الثانية تطلق عليه؛ لأنه لما طلق الأولى؛ فقد أثار الثانية عليها (2).

قوله: (فحلف للأولى بطلاق الثانية).

قال شيخنا ابن عرفة: إن طلقها رجعية فواضح حثه، وفي حثه بثلاث نظر؛ لعدم صدق الأثرة حقيقة؛ لأن مقتضى يمينه تفضيلها، والأخرى في عصمته؛ إلا إذا قامت قرينة تدل على أنه إنما قصد إثارها بطلاق هذه؛ فنعم. ولو أثار المحلوف بطلاقها بعوض دفعه للأخرى على ذلك حث؛ لعدم (3) اليمين.

ولو صالحته؛ لكان فيها نظر.

وعندي أن المستأجرين كالمراةين؛ إذا استأجر رجلين، فحلف لأحدهما أنه لا يفضل صاحبه عنه فطرده؛ فإنه يحنث؛ لأنه لما طرده تبين أنه فضل صاحبه الذي هو الباقي.

وقوله: (طلَّق الأولى) زاد في الأم: (البتة).

(1) قوله: (إن خرجت في نصيب الواهب؛ كانت) يقابله في (ت): (بيع لا شيء).

(2) التهذيب: 173/4.

(3) في (ت): (لعموم).

وساقها المتيطي هكذا: "فطلق الأولى طلقة واحدة مَلَكَتْ بها أمر نفسها" (1).

قلتُ: وقد علمت ما للشيوخ في هذه اللفظة؛ فكأنَّ المتيطي ممن يرى أن مسمى الطلقة التي تملك بها أمر نفسها ثلاث - وهو المختار عندي في المدخول بها - وظاهر البراذعي: ولو واحدة.

وقال بعض المشاركة: هذا إذا طلقها باختياره، ولو مَلَكَهَا نفسها، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا أو حلف بطلاقها إن فعلت (2) كذا، فحشته بفعله؛ فلا إشار؛ لأن الطلاق (3) في المملَّكة من قبلها، فلا تطلق الأخرى.

قلتُ: يشهد له ما في باب المتعة، ويشهد عليه ما في باب طلاق المريض. قال بعضهم: ولو جعل أمر الثانية بيد الأولى إن آثر الثانية عليها، ثم طلق الأولى؛ فإن لها أن تطلق الثانية.

قلتُ: وفي سماع ابن القاسم من التخيير في رجل له امرأة غائبة، فتزوج امرأة، فقامت الغائبة عليه فجزعت من نكاحه عليها، فقال: لم تجزعين؟ يوم اختارها عليك، فطلاقها بيدك، فطلق الغائبة. قال مالك: ما أرى طلاق الأخرى إلا بيدها، وأرى أنه قد اختارها عليها حين طلقها.

ابن رشد: وكذلك لو حلف لها بطلاقها إن آثرها عليها، فطلق الأولى؛ لطلقت الثانية.

(1) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، للمتيطي: [65/أ].

(2) في (ت): (فعل).

(3) في (ت): (الطلقة).

قاله في أواخر شفعة المدونة في بعض الروايات (1).

قلتُ: وفي سماع أصبغ - فيمن اشترطت عليه في عقد صداقها أنه لا يسيء إليها، فإن فعل؛ فأمرها ببيدها، فتزوج عليها أو تسرر - قال أصبغ: ليس هذا من الإساءة إلا إذا اشترطوه (2).

وقال مالك في دار بين رجلين، حبس أحدهما نصيبه على رجل، وولده وولد ولده، فباع شريكه في الدار نصيبه؛ فليس للذي حبس، ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة، إلا أن يأخذه المحبس، فيجعله فيما جعل نصيبه الأول (3).

قوله: (إلا أن يأخذ فيجعل (4) فيما جعل نصيبه الأول).

سئل ابن زيد عمّن حبس حبساً على المساكين، أو على المساجد، فباع ما هو مشاع معه، فهل يؤخذ للمساكين والمساجد بالشفعة؟ فتوقف فيها، فقال: سئلت عنها قديماً، ولم يظهر لي فيها شيء.

أبو عمران: أما على ما ذهب إليه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الحبس المؤبد يبيع (5) أحدهم أن لشريكهم فيه الشفعة، ولن يأتي من المعقب (6)، فواضح الأخذ بالشفعة للمساكين والمسجد، ولا إشكال فيه، وأما

(1) في (ت): (الرواية)، انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 222/5.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 72/5.

(3) التهذيب: 173/4.

(4) في (ش): (فيجعله)، وهو الموافق لما في مطبوع التهذيب.

(5) في (ت): (فيبيع).

(6) لعلها: (العقب) كما في المعيار المعرب والجامع المغرب، للونشريسي: 114/8.

على ما عند ابن المواز فلا شفعة للمساكين والمساجد.

قلتُ: وفي العتبية - في [63/أ] حائط بين رجلين تصدق أحدهما بنصيبه على قوم، وعلى عقبهم ما عاشوا، ثم إن الشريك باع نصيبه، فأراد أهل الصدقة الأخذ بالشفعة - قال مالك: لا شفعة لهم؛ لا شفعة في الصدقة، إلا أن يلحقه بالحبس فله ذلك.

ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أن أهل الصدقة أرادوا أن يأخذوا بالشفعة لأنفسهم؛ فلذلك لم ير لهم شفعة، ولو أرادوا الأخذ بالشفعة ليلحقوها بالحبس لكان ذلك لهم⁽¹⁾.

قلتُ: والإجمال في جواب أبي محمد وأبي عمران: هل الأخذ لهم ملك، أو ليلحقوها بالحبس؟ فتأمله.



(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 60/12.

كتاب الوطايا الأول

كتاب الوصايا الأول

قال المغاربة: (الأوّل) نعتٌ للكتاب، ولو كان للوصايا لقال: (الأولى). قلتُ: ولعله كذلك، فإن هذا لا يفترق فيه كونه مفرداً أو جمعاً إلا برواية.

ومن أوصى بنسمة تشتري فتعتق، لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق؛ لأنه لو قتله رجل؛ أدى قيمته عبداً، وأحكامه في جميع أحواله أحكام عبد حتى يعتق (1).

قوله: (ومن أوصى بنسمة... المسألة).

قالوا: ولو اشترى الوصيُّ نصرانيةً فأعتقها؛ لم يجز، ولا يعذر بجهل، ويأتي إن شاء الله - في الوصايا الثاني - شيءٌ (2) من هذا.

ومن قال في وصيته: اشتروا عبد فلان لفلان، أو فأعتقوه، أو بيعوا عبدي من فلان، أو ممن أحب، أو ممن يعتقه، فامتنع المشتري أن يشتريه بمثل ثمنه، أو امتنع الذي يتباع منه أن يبيعه بمثل الثمن؛ فإنه يزداد في المشتري، وينقص في المبيع ما بينك وبين ثلث ثمنه لا ثلث الميث (3).

قوله: (أو ممن أحب).

(1) التهذيب: 229/4.

(2) قوله: (شيء) ساقط من (ش).

(3) التهذيب: 230/4.

هنا استفراقٌ، وذلك لأنه⁽¹⁾ قرر في المكاتب أنه لا يعجز نفسه ليكون رقيقاً، وهنا أعمل محبته، فيباع ممن أحب دون عتق ثلثه ترجيح لرقه؛ الفرق أن عقد الكتابة لما تضمن⁽²⁾ حرّيته ليس له نقضه، وهنا لو أعتقنا⁽³⁾ ثلثه؛ لزم عدم إعمال الوصية، فهو كقولها في المخير في حرّيته ورقه.

أما الموصى أن يشتري فيعتق، قال ابن القاسم: يستأنى بثمانه، فإن بيع وإلا رد ثمنه ميراثاً⁽⁴⁾.

قوله: (وإلا ردّ ميراثاً).

أبو إبراهيم: فيه حجة لمن أفتى من المتأخرين فيمن أوصى بفداء أسير معين من دار الحرب، فوجد ميتاً أنه يرد للورثة⁽⁵⁾.

(1) في (ع): (أنه).

(2) قوله: (لما تضمن زيادة من (ع)).

(3) في (ش): (أعتقت).

(4) التهذيب: 230/4-231.

(5) المشدالي: نحو هذا ما ذكره ابن سهل عن ابن زرب فيمن أخرج مالا لفداء أسرى معينين فأطلقوا بغيره، فقال: إن ذلك يرجع إلى مخرجه، وكان ابن زرب استشار من حضره، فقال بعضهم: يرجع في أسارى آخرين، كقول مالك فيمن أخرج كسرة لسائل وقف ببابه فوجده قد انصرف؛ أنه يعطيها لغيره، وليس ذلك بواجب عليه. فقال لهم ابن زرب: بل يرجع المال إلى مخرجه، وليست مثلها؛ لأن الأسرى معينون، والسائل غير معين.

قال ابن سهل: ويصح قول ابن زرب ما لابن القاسم في سماع أصبغ من الجنائز في ميت مات ولا وجد له مال يكفّن منه، فأخرج له قوم عشرين درهماً لكفنه، ثم كفنه رجل غيرهم؛ أنها ترجع إلى أربابها.

وإن أوصى أن تُباع جاريته ممن يعتقها فأبت، فإن كانت من جوارى الوطء؛ فذلك لها، وإلا بيعت ممن يعتقها، وقيل: لا يلتفت إلى قولها وتباع للعتق⁽¹⁾.

قوله: (فإن كانت من جوارى الوطء).

قلتُ: في سماع ابن القاسم - فيمن أوصى ببيع جاريته للعتق، وأرادت البيع لغير العتق - إن كانت رائعة؛ بيعت على غير شرط العتق، وإن كانت من أثمان خمسين ديناراً؛ بيعت للعتق.

ابن رشد: مثله في وصاياها الأول، إلا أنه⁽²⁾ لم يذكر في أثمانه حداً، وحده في عيوبها، فليس⁽³⁾ هو خلاف لما هنا إذا جعل أثمان ستين من المرتفعات التي تجب المواضعة فيهن، ولا يجوز التبري من حملهن، ولسن من المرتفعات اللاتي يكون لهن أن يُبعن⁽⁴⁾ على غير شرط العتق، فتبطل الوصية

المشدالي: وأقاموها أيضاً من الوصايا الثاني.

ونبه الشيخ أبو الحسن على ذلك، وأشار إلى قضية ابن زرب هذه، فانظره في ترجمة الوصية بالحج من الوصايا الثاني.
وأقيمت أيضاً من كتاب المكاتب من قوله فيه: (والمكاتب إذا أعانه قومٌ في كتابته ففضلت منه فضلة...) إلى آخره.

وانظر قضية التادلي هناك في الشيخ، وانظر الوصايا الثاني بعد هذا.

(1) التهذيب: 234/4.

(2) قوله: (إلا أنه) يقابله في (ع): (إذ أنه).

(3) قوله: (عيوبها، فليس) يقابله في (ع): (غيرها فقيل).

(4) في (ش): (يفعل).

فيهن، بدليل ما في سماع أبي زيد، وأثمان ستين ليست برائعة في هذا(1).

وقوله في المدونة: (إن كان للميت مالٌ يحمل الجارية...) (2)؛ مفسَّرٌ عندي

لقول ابن القاسم: لأن الرجل لو أوصى أن يباع عبده؛ لم يجز ذلك على الورثة، إذا لم يحمله الثلث.

وقد قال ابن لبابة - في قوله في المدونة (بيعوا عبدي من فلان) - : لَمَّا لم يأمر الموصي أن يعطاه (3) إلا بثمن لم يُقَلُّ أحدٌ: إنه ينظر إلى العبد إن كان يخرج من الثلث، أم لا يخرج منه.

وليس قوله بصحيح؛ إذ ليس للميت أن يحجر على وارثه إمساكاً عبد من عبده إذا كان أكثر من ثلث ماله (4).

(1) في (ش): (هذه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 128/10، و(السعادة/صادر): 9/15، و(العلمية): 327/4.

(3) في (ع): (يعطى).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 446/12.

وزاد المشدالي بعده: هكذا وجدت في النسخة الكلام الذي نقله عن ابن رشد، وفيه نقصان مغلٌّ، فلنأت بكلام ابن رشد على وجهه ليتضح لك معناه ويلوح لك ما ذكرناه.

قال في السماع المذكور في آخر رسم (حلف بطلاق امرأته): قيل: إن ما في العيوب مخالفٌ لما هنا؛ إذ جعل أثمان الستين من غير المرتفعات.

والصوابُ أن ذلك ليس باختلاف من القول، فأثمان الخمسين والستين من المرتفعات اللائي تجب فيهن المواضعة.

ولا يجوز التبريء من حملهن، ولسن من المرتفعات اللائي يكون لهن أن يعين على غير

وإن كتب وصيته عند سفره أو عند مرضه، ووضعها على يدي رجل أمين، ثم قدم من سفره أو برئ من مرضه، فقبضها ممن هي عنده، وأقرها بيده حتى مات؛ فهي باطل، وإن أشهد عليها؛ وإنما تنفذ إذا جعلها على يدي رجل أمين⁽¹⁾.

قوله: (وإن كتب وصيته).

قال شيخنا: ظاهره: كان أمياً أم لا.

والصواب عندي أنه إن كان لا يكتب فلا بد من مراجعة الشهود له، وإن علموا عين الكتاب وتقرره⁽²⁾ على ما كتب، وحيث يصح إنفاذها.

وإن كتبها بغير محضر البينة، ولا قرأها عليهم، فدفعها إليهم، وأشهدهم على ما فيها؛ فإن عرفوا الكتاب بعينه؛ فليشهدوا بما فيه. قال - عنه - ابن وهب: ولو طبعها، ثم دفعها إليهم، وأشهدهم أن ما فيها منه، وأمرهم أن لا يفضوا خاتمها حتى يموت؛ جاز أن يشهدوا بما فيها بعد موته⁽³⁾.

شرط العتق فتبطل الوصية فيهن؛ بدليل ما في سماع أبي زيد، وأثمان الستين ليست برائعة في هذا.

وقد قال في الوصايا الأول من المدونة: وقد قيل: (لا ينظر إلى قولها، وتباع للعتق إلا أن لا يوجد من يشتريها بوضيعة الثلث إن كان للميت مال يحمل الجارية).

(1) التهذيب: 235/4.

(2) في (ش): (ويقرره).

(3) التهذيب: 237/4-238.

قوله: (جاز أن يشهدوا بما فيها).

أبو إبراهيم: يؤخذ من هنا ما قال الباجي - في غير عقود الاسترعاء - أنه ليس على الشاهد قراءة العقد كله، بخلاف عقد الاسترعاء⁽¹⁾.

(1) المتقى، للباقي: 200/5. وزاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة في كتاب الشهادات

من المختصر، في نوازل سحنون: روى ابن وهب: من عرف خط يده في شهادة ذكر حق، ولم يثبت عدد المال؛ إن استيقن أنه خط يده، وكان لا يثبت عدد المال، فليشهد، عليه ويقضي به القاضي وإن لم يشهد عنده على عدة المال.

ابن رشد: قوله: "يشهد إن استيقن أنه خط يده وإن لم يثبت عدة المال" خلاف سماع أبي زيد؛ أنه لا يشهد وإن تيقن أنه خطه، وذكر أن فلاناً أشهده في أمر دارٍ حتى يذكر شهادته ويتيقنها حرفاً حرفاً.

وهذا الاختلاف إنما هو إن وضع شهادته على معرفته في عقد استرعاء، أو أشهده أحدٌ على نفسه بمالٍ أو شهادةٍ فيها مالٌ وحقٌّ غيرُ مالٍ، فقيّد شهادته بخط يده بما أشهد عليه واستحفظ، فلما دعي لأداء الشهادة عرف خط يده واستيقنه، ولم يذكر الشهادة لنسيانه لها بعد ذكره إياها.

فوجه القول بأنه يشهد؛ تيقنه صحة الشهادة لمعرفة خط يده وأنه لم يضع شهادته وقت وضعه إلا وهو عالم بها.

ووجه أنه لا يشهد؛ أنه غير ذاك لها وقت أدائها.

وأما ما شهد، عليه الشاهد من عقود البياعات والإقرارات فليس على الشاهد أن يقرأها ولا يحفظ ما فيها، وحسبه أن يتصفح منها عقد الإشهاد، فيجوز له أن يؤدي شهادته على ما أشهد عليه، وإن لم يعرف ما في الكتاب، ولا عدد المال، إذا عرف المشهدين له على أنفسهم.

قال ابن دحون: فإن عرف الشاهد عين المشهود عليه، ولم يعرف عين المشهود له؛ فلا يشهد إلا أن يبين، وإن لم يعرفها؛ فلا يشهد.

ابن رشد: وكذا إذا عرف المشهود له، ولم يعرف المشهود عليه؛ لا يشهد البتة.

قلت: قوله - مع الباجي وغيره - أنه لا يلزم الشاهد قراءة كل الوثيقة خلاف عمل محقق شيوخنا على لزوم قراءتها؛ خوف أن يكون فيها عقدٌ فاسدٌ، أو مشروط فيه ما يفسده، أو ما ظنه المشهد صحيحاً وهو غير تام؛ كهبته لابنه الصغير دار سكناه، ونحو ذلك، أو ما فيه تلبيس على حكام المسلمين.

قال بعض من لقيناه: إلا أن يعلم الشاهد بقرائن الأحوال أن ما يشهد به قد أبرمه والتزمه فلا يلزم قراءتها؛ لأنه أمر قد وقع فيشهد به لينفذ فيه حكم الله بفسخه وأدب مُلبِّسه.

وتقدم شيءٌ من هذا في آخر الأفضية.

المشدالي: فرغ: قال ابن سهل في باب مسائل أداء الشهادة ونقلها: قال ابن زرب: إذا كانت الوثيقة منعقدة على إشهاد المشهدين لهم كالابتياح والصدقة ونحو ذلك؛ فلا ينبغي أن يؤخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة، وحسبهم أن يقولوا إن شهادتهم فيها حقٌّ وأنهم يعرفون المشهدين لهم.

وإذا كانت الوثيقة مبنية على معرفة الشهود؛ كعقود الاسترعاء يشهد المسمون في هذا الكتاب من الشهداء أنهم يعرفون كذا وكذا، ورأى الحاكم ريباً توجب التثبت؛ فينبغي أن يقول لهم: ما تشهدون به؟ فإذا نصوا شهادتهم بألستهم على ما في الوثيقة نفذت، وإلا ردّها، وليس في كل موضع ينبغي له أن يفعل هذا ولا بكل الشهود، وإنما ينبغي أن يفعله بمن يخشى عليه الخديعة.

قال: وربما فعلته أنا.

المشدالي: وقال الشيخ أبو الحسن في كتاب الحدود: الاسترعاء هو الاستحفاظ، وهو أن يودع الشهادة لمن يحفظها له ويرعاها إلى وقت الحاجة إليها.

وقيل: الاسترعاء هو تحمل الشهادة دون أن يشهد عليها، وينبغي للشاهد أن ينظر في الوثيقة عند التاريخ، فإن وجد شهد عليهما من عرفهما، فلا بد أن يقرأ الوثيقة كلها، فإن عرف فصولها أوقع شهادته، وإن وجد عند التاريخ شهد عليهما من أشهداه، فلا تجب قراءة الوثيقة من أولها؛ لأنها أشهداه بما فيها، وليوقع شهادته حينئذ.

والحزم أن يقرأ الوثيقة في الوجهين؛ لأنها قد تنطوي على فساد فيكون قد شهد عليه.

قلتُ: وسئل ابن زَرْبٍ: من كتب وصيته، وأشهد عليها، ثم كتب أسفلها بخطه قد أبطلت هذه الوصية إلا كذا وكذا، فيخرج عني، وشهدت بينة أنه خطه؟

فقال: لا تنفذ، وهو كمن كتب وصيته، ولم يشهد عليها حتى مات، وشهد على خطه؛ فإنها لا تنفذ⁽¹⁾.

وللموصي أن يغير وصيته، ويرجع ويزيد وينقص، أوصى في صحة أو في مرض، بعق أو غيره⁽²⁾.

قوله: (وللموصي أن يغير وصيته...) المسألة.

ظاهره: ولو شرط ألا رجوع له فيها.

قال مالك: أنتم تقرأون العلم وتشهدون في مثل هذا. قاله في مولى عليه فعل شيئاً من المعروف فأجازته أمه، وشهد على ذلك شهود.

المشدالي: ولأجل هذا يشترط أن يكون الشاهد معه من النبل والفهم ما يميز به بين الصحيح والفساد، وعلى قدر قوته في العلم يكون أبعد عن الخطأ، وأقرب إلى الصواب.

وقد حكى ابن عرفة في كتاب الحجر من مختصره عن بعض شهود تونس أنهم شهدوا في بيع أم الولد، وتوهوا أن بيعها بغير إذن سيدها نافذ؛ كالمأذون له في التجارة. قال: لما تقرر من عدم إنصاف أكثر قضاة من تقديم من لا يحسن الطلب فضلاً عن الفقه لأهواء يعلمها الله، وكان سيدها غائباً، فبالغ في إنكار ذلك ونقص فعلها، ولو كانوا طلبة لقلت غرهم في ذلك لفظ أبي سعيد في كتاب الشفعة. انظر تمامه فيه.

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 71/1، والأحكام، لأبي المطرف الملقبي، ص: 503، 504.

(2) التهذيب: 238/4.

ابن مرزوق⁽¹⁾: ليس لمالك - فيها - ولا لقدماء أصحابه نصٌّ على ما يقتضيه كلام المتأخرين، وظاهرُ ما في الإكمال في كتاب الزكاة، والتونسي أول المدبر أنه اختيار منهم.

قال: وحكى بعض ثقة الطلبة عن التونسي⁽²⁾: أنه نقل قولاً في المذهب بالرجوع.

وقال ابن راشد في المذهب: للموصي الرجوع عن الوصية، ولو قال: لا رجعة لي فيها على ظاهر المذهب⁽³⁾.

(1) هو: أبو عبد الله، محمد بن محمد بن أحمد بن الخطيب محمد بن أحمد بن محمد بن أبي بكر ابن مرزوق، المتوفى سنة 901هـ، عرف والده بالحفيد أبي الفضل، وعرف هو بالكفيف، وجده ابن مرزوق من أجلة العلماء، أخذ عن أبيه، والإمام قاسم العقباني، وأحمد بن عيسى اللجائي الفاسي والثعالبي المفسر، وغيرهم، ومن أخذ عنه السنوسي صاحب العقيدة المشهورة، والونشريسي صاحب المعيار.
قال محمد الأمين (عرفات):

أبناء مرزوق الخطيب والحفيد ثم الكفيف بيئهم بيت مجيد
ثم محمد الكفيف ابن الحفيد قضي إذ التاسع واحدا يزيد
أطال في الشاعليه المقرري في نفيه وهو بذلك حري

انظر ترجمته في: توشيح الديباج، للقرافي، ص: 239، ونيل الابتهاج، للتنبكتي: 262/2، وشجرة النور، لمخلوف: 268/1، ودرة الحجال، لابن القاضي: 144/2، والطبقات، للحضيكى: 243/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 98، 123، 124، 125.

(2) قوله: (والتونسي أول المدبر أنه اختيار منهم... التونسي) ساقط من (ع).

(3) انظر: لباب اللباب، لابن راشد، ص: 368.

وقد يتخرج فيها قولٌ بعدم الرجوع من قولهم في: "أنت طالقٌ واحدةً"؛ لا رجعة فيها.

ومن شرط التصديق في القضاء - وهو خلاف قول ابن عرفة في اختصار الحوفية - فإن التزم عدم الرجوع؛ لزمه على الأصح، وفي بعض النسخ على المشهور.

قلتُ: وفي مختصره الفقهي: لو التزم عدم الرجوع، ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس.

ابن علوان: ثالثها: إن كانت بعثت ولم ينسبها، ثم خرَّج من تخييرها عدم لزوم التزام عدم الرجوع.

ولما حكى ابنُ سرور في شرحه للجلاب الخلفَ المعلوم فيمن قال: "أظهر الظهر لا للعصر" - مثلاً - قال: وهذا على الخلاف فيمن قال: "أوصي وصية لا رجوع لي فيها".

وللمتيطي نحو ما في الإكمال.

وللفقهاء المشاهير بإفريقية عليها أجوبة؛ منها جواب البرجوني، والبرقي، وابن البراء، وابن شعيب؛ قائلاً: المنقول لزوم الالتزام.

قال: ورأيت من العلماء من أجراها على حكم الوعد.

واتفق المقرئ⁽¹⁾ والشريف في فتواهما على أنه يرجع، ولا يلزمه التزام عدم الرجوع.

قال الشريف: وقد قالوا - فيمن أوصى بوصية وقال: هذه وصية لا

(1) في (ش): (المغربي).

تنسخها وصية تتأخر عنها - أنه إن أوصى بعدها بوصية، وقال: هذه ناسخة لكل وصية تقدمتها، لا تكون ناسخة للأولى إلا أن ينص عليها بعينها.

فأنت تراهم كيف جعلوا المتأخرة ناسخة لما تقدمها إن عينها. وإن كان قد قال أولاً: لا تنسخها وصية.

وهل قوله: لا تنسخها وصية إذ⁽¹⁾ الالتزام لعدم الرجوع؟

فتبين بهذا أن الشرط⁽²⁾ غير لازم؛ إذ لو لزم لم يكن له نسخها بالتعيين؛ وإنما لم تنسخ عند عدم التعيين؛ لاحتمال التخصيص.

وقد تقرر في الأصول أن الخاص أولى من العام، تقدّم أو تأخّر؛ لأن التخصيص أولى من النسخ، فإن عيّنها في الوصية الأخيرة؛ كان نسخاً لا تخصيصاً؛ لتحقق الإرادة حينئذ.

قال الفقيه المقرّي: الدليل على عدم اللزوم.

ويكون له الرجوع كالوصية الساذجة؛ إنه هو الفرق المشهور بينها وبين التدبير، حتى أن ابن الحاجب - على جلالته [63/ب] علمه بالفقه والأصول - حملها عن التدبير.

ابن الحاجب⁽³⁾: بقيد عدمي، فقال على غير الوصية ولا يخفى على مثله ما⁽⁴⁾ في تعريف الماهية بسلب غيرها من العيب.

(1) في (ش): (إلا).

(2) في (ش): (اشترط).

(3) قوله: (ابن الحاجب) ساقط من (ع).

(4) قوله: (ما) ساقط من (ع).

ومن قال: اشهدوا على أن فلاناً وصيي، ولم يزد على هذا، فهو وصيه في جميع الأشياء، وإنكاح صغار بنيه، ومن بلغ من أبكار بناته بإذنه، والشيب بإذنها⁽¹⁾.

قوله: (فهو وصية في جميع الأشياء).

تقدم معارضتها في الخيار.

وظاهره: دخول الإيضاء.

وفي الطرر: إذا قال وصيي⁽²⁾ مسجلاً، وكان إلى نظره محجور أجنبي، ولا

يدخل⁽³⁾ تحت هذا اللفظ⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 239/4.

(2) في (ع): (وصي).

(3) في (ش): (ولا يرتحل).

(4) المشدالي: ذكر ابن الهندي قولين:

أحدهما: ما ذكره صاحب الطرر؛ أنه لا يكون داخلاً تحت لفظه إلا إذا صرح بذلك.

والثاني: أنه يتناول الجميع إلا إذا خصص ذلك بهال نفسه وولده.

المشدالي: وهذا الخلاف إنما هو إذا أتى بلفظ عام كما تقدم، وأما إن صرح بالوصيتين معاً فلا إشكال ولا خلاف.

ثم يترتب على ذلك فرع؛ وهو إذا قال الوصي الثاني: أنا أقبل وصيتك ولا أقبل وصية الأول؛ لأن فيها ديوناً وتخليطاً؛ فقال ابن وهب - في سماع أصبغ - له ذلك. وقال أصبغ: ليس له ذلك؛ لأن وصية الأول من وصية الثاني، فإن قبل بعضها لزمه كلها. ابن رشد: قول ابن وهب أظهر.

وقال ابن يونس: الذي أرى أن يقول له الإمام: إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع؛ إلا أن يرى أن يقره على ما قيل، ويقوم من يلي وصية الأول.

قلتُ: لو حبس على ولده، وقال: "فلان وفلان وفلان"، ولم يسم الآخرين، فهل هذه المسألة كمسألة الشيوخ المشهورة⁽¹⁾ في أحكام ابن زياد فيمن أوصى وقال: "جعلت النظر على ولدي فلان وفلان وفلان إلى فلان"،

(1) المشدالي: مسألة الشيوخ المشهورةُ أشار إليها ابن سهل في أول الوصايا، فقال: قال أبو بكر بن زرب فيمن قال في وصيته - وله أولاد صغار - : قد جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان بن فلان، وله أولادٌ غير الذين سمى؛ أنهم يدخلون في الإيضاء - وإن لم يسمهم - لأنه لما قال: "ولدي" دخل جميعهم فيه.

قيل له: كيف وقد سمى من أراد أن يولى عليه؟

قال: لو أراد هذا لم يقل: "جعلت النظر لولدي لفلان وفلان إلى فلان"، وإنما كان يقول: "من ولدي"، كمن قال: "عبيدي أحرار فلان وفلان"، وسكت عن باقيهم فإنهم يعتقدون أجمعين؛ من سمى منهم ومن لم يسم.

قال له موسى: نزلت هذه المسألة فأفتى فيها بعض الشيوخ أنه لا يعتق إلا من سمى، وغلط فيها وأخذ بفتياه لشيخه وحكم به.

قال القاضي: أعرف وقت نزولها.

قال ابن سهل: في سماع أصبغ من الصدقات ما يشبه مسألة ابن زرب هذه؛ وهي من تصدق على رجل بميراثه، وقال: "أشهدكم أني قد تصدقت على فلان بجميع ميراثي، وهو كذا وكذا في العين والبقر والرمك والرقيق والثياب والدور والبور إلا الأرض البيضاء فإنها لي"، وفي تركة الميت جنان لم ينصها، أو غير ذلك،

قيل له: هل يكون ما نصّ وما لم ينصّ للمتصدق عليه إلا ما استثنى؟ أم ليس له إلا ما نصّ؟

قال أصبغ: له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه، والجنان داخلة في الصدقة إن كان يعرفها؛ لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان.

تدبر هذه الجملة؛ فلو لا استثناء المتصدق الأرض البيضاء لكانت كمسألة القاضي سواء.

وفي أولاده من لم يُسم، فهل الإيصاء قاصرٌ على المسمَّين؟ أو لا؟

فيه تنازعٌ⁽¹⁾ بين ابن زَرُب وغيره، فهل مسألة التحيس مثلها؟ أو لا؟

قال بعض الفضلاء من المشاركة: ليست مثلها، لا يدخل في الحبس، ويدخل في الإيصاء، والفرق بينهما أن الوصية بالأولاد قد علم المقصود بها؛ وهو القيام بهم، وهو⁽²⁾ مظنة التعميم، فالتسمية ليست للتخصيص، وأما في الوقف فالمقصود فيه صرف المنافع، ويجوز قصرها على بعض دون بعض، فيصح أن يقال للتسمية أثرٌ⁽³⁾.

قلت: وفي نوازل ابن رشد نحوه⁽⁴⁾.

وسئل سحنون عن قال: إن أصابني أجلي⁽⁵⁾ في شهر كذا؛ ففلان وكيلى، هل يكون وصياً إذا أصابه قدر؟

فقال: نعم يكون وصياً⁽⁶⁾ وإن لم يقل (وصيى)؛ هو عندنا واحد.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن الوصي وكيلٌ للميت، فسواء قال: وصيى أو وكيلى فكل وصيٌ وكيلٌ، وليس كل وكيلٍ وصياً⁽⁷⁾.

قلت: صدق (وصيى) و (وكيلى) هنا متساويان، فكل وكيلٍ وصيٌ،

(1) في (ع): (نزاع).

(2) في (ع): (وهي).

(3) المشدالي: هذا فرق لا بأس به.

(4) انظر: مسائل ابن رشد: 655/1.

(5) في (ع): (أجل).

(6) قوله: (إذا أصابه قدر؟). فقال: نعم يكون وصياً) ساقط من (ع).

(7) في (ش): (وصي)، انظر: البيان والتحصيل: 233/13.

كعكسه؛ وإنما تكون الوكالة أعمّ بحيث تصدق، ولا يصدق الإيصاء إذا كان متعلقها مطلوباً تنجيّزه في الحياة.

وإن مات الوصي فأوصى إلى غيره؛ جاز ذلك، وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره. قال يحيى بن سعيد: وإن كانا وصيّين أو ثلاثة، فأوصى أحدهم عند موته بما أوصى به إليه من تلك الوصية إلى غير شريكه في الوصية؛ جاز ذلك (1).

قوله: (يحيى بن سعيد...) المسألة.

ابن عبد السلام: انظر! هل يتنزل (2) المشرف على (3) الوصي في ذلك منزلة أحد الوصيين؟ (4).

وإذا قال الميت: قد كتبت وصيتي، وجعلتها عند فلان فأنفذوها وصدقوه؛ فإنه يصدق وينفذ ما فيها. وكذلك إن قال: قد أوصيته بثلث مالي فصدقوه، جاز ذلك، وأنفذ ما قال، فإن قال الوصي: إنما أوصى بالثلث لابني، فقال أشهب: يصدق. وقال ابن القاسم: لا يصدق؛ لأن

(1) التهذيب: 240/4.

(2) في (ع): (يتنزل).

(3) قوله: (المشرف على) ساقط من (ش).

(4) المشدالي: قال ابن سهل عن ابن عتاب - في بعض أجوبته - ما نصّه: وسبب المشاورة كسبب الوصي أو أقوى.

وانظر نوازل ابن رشد في النكاح، فإنه قال: إن المشرف ليس بولي ولا وصي وإنما له المشورة.

مالكاً قال فيمن أوصى فقال: اجعل فلان ثلثي حيث تراه: إنه إن أعطاه لولد نفسه، أو لقراة له؛ لم يجز إلا أن يكون لذلك وجه يظهر صوابه⁽¹⁾.

قلت: (قال ابن القاسم: لا يصدق؛ لأن مالكاً...) المسألة.

تقريرُ معارضتها لما في النكاح أن يقال: المناط في البابين التهمة، وهي قائمة في القراة، فأبطل شهادته في الوصية هنا؛ إذ صرفها لقراوته، وضح⁽²⁾ النكاح، ولم يجعل للقراة أثراً في التهمة، وفي كلا الصورتين الأمر⁽³⁾ مصروف لخيرته.

الجواب: إن قيام التهمة هنا أقوى؛ لأنه⁽⁴⁾ قد تعود إليه يوماً ما⁽⁵⁾، أو ينتفع بها، أو نحو ذلك، وهناك لا⁽⁶⁾ يزيدا إلا بعداً⁽⁷⁾ وهو حرمتها في الابن⁽⁸⁾.

(1) التهذيب: 243-244/4.

(2) في (ع): (ووضح).

(3) قوله: (الصورتين الأمر) يقابله في (ع): (المسألتين أمر).

(4) في (ع): (وأنه).

(5) قوله: (ما زيادة من (ع)).

(6) قوله: (وهناك لا) ساقط من (ع).

(7) في (ع): (بعد).

(8) المشدالي: لعله أشار إلى مسألة (إذا قالت زوجني ممن أحببت)، فإنه قال فيها: (وقال عبد الرحمن ابن القاسم: إن زوجها من غيره جاز)، فظاهره وإن كان من ابنه أو بعض أقاربه.

وقد قال اللخمي: ويختلف إذا وكلت المرأة من زوجها فزوجها من ولده أو يتيمة،

وإن شهد وارثان أن أباهما أوصى إلى فلان؛ جاز ذلك. قال غيره: إن لم يجزاً بذلك نفعاً إلى أنفسهما، وإن جَزَاً بذلك نفعاً إلى أنفسهما؛ لم يجز(1).

قوله: (أنَّ أباهما أوصى إلى فلان).

الظاهر: أن المراد الإيضاء؛ ولذا عدِّي بـ (إلى)، لا المال وإلا عداه(2) باللام، والنفع على الأمرين مختلف(3).

ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج؛ جاز، فإن تزوجت؛ عزلت، وكذلك لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج فأخذتها، فإن تزوجت؛ أخذت منها(4).

قوله: (على ألا تتزوج).

في العتبية - في رجل صالحته امرأته على أن يفارقها، وتعطيه شيئاً من مالها

هل يلزمها النكاح قياساً على من وكَّل رجلاً على سَلَمٍ فأسلم إلى ولده أو يتيمة؟ فمنع من ذلك ابن القاسم وإن لم يحاب، وأجازه سحنون؛ فكذا النكاح لا يمضي على قول ابن القاسم ويجوز على قول سحنون.

المشدالي: فكأن اللخمي أشار إلى تخصيص العموم الذي في مسألة النكاح بالقياس على مسألة الوكالة على السَلَم، وعلى هذا فلا معارضة. والله أعلم.

(1) التهذيب: 244/4.

(2) في (ع): (لعداه).

(3) المشدالي: أما على الأول: فهو الاحترام والجاه، وعلى الثاني: فبأن يكون لهما عليه دين. والله أعلم.

(4) التهذيب: 245/4.

على أن ألا ينكح أبداً، فإن فعل أُخِذَ مِنْهُ وَرُدَّ إِلَيْهَا - قال مالك: له ما أخذ منها، وما شرطته أنه لا يتزوج أبداً لا يلزمه (1).

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه (2) إذا لم يلزمه بالشرط ألا يتزوج عليها؛ فأحرى ألا يلزمه أن يرد إليها ما أخذ منها إن نكح (3).

ابن رشد - في موضع آخر - : وأما اشتراطه عليها ترك النكاح بعد الحولين بمدة قريبة أو بعيدة؛ فلا يلزمها اتفاقاً، كما لا يلزم الزوج اشتراط ذلك عليه (4).

قلت: ونقل هذا في الطرر عن أبي عبيد.

قال مالك: وَيُصَدَّقُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ إِنْ كَانُوا فِي حَجْرِهِ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِسَرَفٍ (5).

قوله: (قال مالك: وَيُصَدَّقُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ...) المسألة.

الميتي: إذا ذهب الوصيُّ إلى أخذ البراءة من القاضي بما أثبتته على اليتيم الحاضن لنفسه، فأثبت (6) عنده الإنفاق، ذكرت إعدار القاضي إلى اليتيم. وقال ابن الهندي: حضرتُ بعضَ القضاةِ يقضي بسقوط الإعدار إلى اليتيم

(1) المشدالي: مسألة العتبية هي أول رسم سعد من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتملك.

(2) قوله: (لأنه) ساقط من (ش).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 212/5.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 249/5.

(5) التهذيب: 245/4-246.

(6) في (ع): (وأثبت).

في النفقات التي ينفقها الوصي عليه من جهة الولاية التي لزمته.
ويقال: إن الولاية تُسقط الإعذار إليه؛ وإنما يعذر القاضي إلى من ملك
أمر نفسه.

ابن الهندي: والحزم في ذلك الإعذار إليه⁽¹⁾ إذا كانت النفقات اندفعت
إليه لحضانتها؛ لأن الإعذار إليه في نفقته وكسوته ومصالحه التي شهد عليها
بقبضها من الوصي؛ هو كإشهاده على نفسه أولاً بقبضها؛ لا فرق بينهما.

وقد أجاز بعض أهل العلم للمولى عليه أن يقبض من الوصي ما يُختبر به
في التجرة، وهو أعظم من قبضه لنفسه؛ ولذا أجازوا يمينه فيما يأخذه لنفسه إذا
قام له شاهد، وأجيز طلاقه وعتقه لأم ولده، ومن أجيز له مثل هذه الوجوه
فلا ينبغي سقوط الإعذار إليه.

قلت: سئل ابن رشد عن يتيمة عليها وصيٌّ أشهد لها عند موته بعشرين
ديناراً، ولم يدع هو أن له عليها شيئاً، فلما مات وطلبت ما أوصى لها به⁽²⁾، قام
ورثته وادعوا أن له عليها حضانة، وأثبتوا أنها كانت في حضانتها، فهل لهم
محاسبتها بما ادعوه؟ أم لا؟

الجواب: إشهاد الوصي⁽³⁾ يوجب لها ما أوصى لها به، ولا مقال لورثته
عليها، ولا يلتفت إلى ما أثبتوه⁽⁴⁾..

(1) انظر: الأحكام، لأبي المطرف المالقي، ص: 511.

(2) قوله: (به) ساقط من (ع).

(3) قوله: (إشهاد لوصي) يقابله في (ع): (شهادة الوصي).

(4) انظر: مسائل ابن رشد: 253/1.

قلتُ: سئل سعيد بن حسان عمن أوصى لرجل (1) بولده فلما كبر الولد ادعى علي الوصي أن لأبيه ديناً على الوصي، وأراد تحليفه.
قال: لا يمين عليه (2).

ونقل شيخنا - في مختصره - في الأب قولين.

وإن كان للعبد امرأة حرة، وولده منها أحرار، فأوصى سيد العبد لجميعهم بثلث ماله؛ عتق العبد في ذلك؛ لأن ولده ملكوا بعضه، وملك هو من نفسه البعض (3).

قوله: (لأن ولده ملكوا بعضه).

نحوه في سماع أبي زيد - فيمن أوصى فقال: "ثلث مالي إلى ابن عبيدي"، ولعبد ابن حر - قال: إن كان ابن عبده كبيراً، فقبل تلك الوصية؛ عتق عليه أبوه، وإن لم يقبلها؛ عتق ثلثه - يريد أباه - وإن كان صغيراً؛ عتق عليه ثلثه فقط، وإن كان الثلث أكثر من رقبة ابنه أعطيه الابن (4).

(1) في (ع): (إلى رجل).

(2) انظر: الأحكام، لأبي المطرف المالقي، ص: 497.

(3) التهذيب: 248/4.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 345/13، 346.

وزاد المشدالي بعده: ابن رشد: معناه في الكبير إذا قبل، وأما الصغير إذا عتق عليه ثلث أبيه فإنه يعطى سائر ثلث الموصى.

ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة؛ لم يجز للورثة بيعه على أن يقبضه المشتري إلى سنة، وإن أوصى له بخدمة عبده، أو سكنى داره سنة، جعل في ثلث قيمة الرقاب⁽¹⁾.

قوله: (لم يجز للورثة بيعه...) المسألة.

قلت: تقرير بحث كان الشيوخ يوردونه هنا على عدم صحة هذا البيع، وإن كان ببادي⁽²⁾ الفهم أنه ظاهر؛ لأنه تأخير قبض معين أن يقال - بعد مقدمة مسلمة وهي أن صفة المجهول مجهولة - لو لم يصح بيع العبد، ويقبض بعد سنة؛ لم يصح استئجاره سنتين أو ثلاثاً - مثلاً - والتالي [64/أ] باطل، فالمقدم مثله.

بيان الملازمة أنا قررنا أن⁽³⁾ صفة المجهول مجهولة، فصفة العبد في السنة الثانية والثالثة - مثلاً - في الإجارة مجهولة، فلا يصح استئجاره. فإن اعتبرت الجهالة قادحة؛ امتنع في الإجارة، وإلا لم تمتنع⁽⁴⁾ في البيع في مسألتنا.

الجواب: أنا نقول: صفة المجهول مجهولة، والجهالة قادحة؛ لكن الجهالة بصفة الشيء على وجهين:
جهالة لم يسبق قبض أمثال تلك الصفة.

(1) التهذيب: 248/4.

(2) في (ش): (بياد في).

(3) قوله: (أن) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (لم يمتنع).

وجهالةً بصفةٍ سبق قبض أمثالها، فتستصحب المماثلة في كل الزمان المعقود عليه.

والأولى قاذحةٌ؛ وهي الموجودة في صورة البيع.

والثانية غير قاذحة؛ وهي المفروضة في صورة الإجارة.

فحاصله أن الملازمة على الإطلاق ممنوعةٌ، ولقائل أن يقول: قد تقرر أن العرض لا يبقى زمانين، والجوهر يبقى أزمنةً - فضلاً عن زمانين⁽¹⁾ - والمنافع بمنزلة الأعراض.

والمنافع المشتراة في الأزمنة المستقبلية معدومةٌ مجهولةٌ، فالقدح فيها أظهر من القدح في الذوات⁽²⁾؛ فاللازم العكس.

قلتُ: قد أشرنا في الجواب إلى ما يزيل هذا التشكيك؛ وهو قولنا: "سبق قبض أمثالها"؛ هذا القدر محقق في المنافع، فصارت بمنزلة وجود الذات، والقبض معدوم في مسألة البيع، فكيف يحكم باستصحاب وجوده!

ومن وهب حمل أمته، أو تصدق به، أو أوصى به، ثم أعتقها هو أو ورثته؛ عتقت بما في بطنها، وبطلت الوصية والعطية، ألا ترى أنه لو وهب ما في بطنها لرجل، ثم فلس بيعت، وكان ما في بطنها لمن اشتراها⁽³⁾.

قوله: (وكان ما في بطنها لمن اشتراه).

(1) في (ش): (زمانين).

(2) قوله: (الذوات) زيادة من (ع).

(3) التهذيب: 249/4.

أبو إبراهيم: يؤخذ منه الرجوع في العطية.

وانظر مسألة العارية، ومذهبه: أنها تلزم بالعقد.

قلت: لا خفاء في ضعف هذا الأخذ؛ لأن البطلان لمانع لا يدل على

صحة الرجوع، ألا ترى إلى بطلان الحبس ونحوه من كل ما اشترط فيه الحوز بموته وفلسه ومرضه، مع عدم صحة الرجوع.

ومن قال في مرضه: يخدم عبدي فلاناً سنة، ثم هو حر؛ فلم يقبل فلان الخدمة، خدم العبد ورثة الميت سنة ثم يعتق، ولو وهبها للعبد، أو باعها منه؛ عتق مكانه(1).

قوله: (فلم يقبل فلان الخدمة).

يؤخذ منه أن الكسرة إن لم يقبلها الفقير؛ رجعت ملكاً.

وإن كان الموصى له غائباً ببلدٍ ناءٍ، أجره له السلطان وأعتق للأجل، إلا إن كان أريد به وجه الكفالة والحضانة(2).

قوله: (وأجره له السلطان).

يقوم من هذه المسألة أن الغائب إذا خلف رُبْعاً لا نائب له عليه؛ أن

القاضي يُكرهه.

ثم؛ هل يقبض الكراء ويوقفه؟ أو يتركه في ذمة المكتري خوف هلاكه إذا

قبضه؟

(1) التهذيب: 250/4.

(2) التهذيب: 250/4.

للشيخ في هذا المعنى كلام.

والصواب: إن كان المكتري مأموناً ترك، وإلا أخذ ووقف.

قالوا: ويحمل الغائب على القبول، ولو قديم ولم⁽¹⁾ يقبل؛ ردّ ميراثاً⁽²⁾.

والأمة الموصى بخدمتها لرجل حياته أو أجلاً مسمى، وبرقتها لآخر
بعد الخدمة إذا ولدت في الخدمة؛ فولدها يخدم معها. وكذلك ولد
العبد المخدم من أمته يولد في الخدمة، ونفقة الموصى بخدمته في
الخدمة على المخدم⁽³⁾.

قوله: (وكذلك ولد العبد المخدم).

قال بعضهم: ظاهره سواء حدث بعد عقد الكتابة أو قبلها.

وقيدَها للخمى بـ (بعُد)، وأما قبل فلا يدخل.

لكن في سماع ابن القاسم من الحبس أنه يخدم سواء كان سابقاً أو لاحقاً.

قلت: ونصّه: سمعت مالكا قال: من أعمار خادماً أو عبداً ولا مال له، ثم

أفاد مالاً، أو ولد له ولد.

قال مالك: ما ولد للأمة، أو كان للعبد من ولد من أمة يمكنها، فهو على

مثابتهما يخدمان المعمر حياته، وما كان من مال؛ فهو موقوف بأيديهما يأكلان

منه، ويكتسيان بالمعروف، وليس للمعمر ولا للمعمر⁽⁴⁾ انتزاعه ما عاشا، فإن

(1) قوله: (ولم) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: قد تقدم في العيوب ما ذكره ابن سهل في مسألة كراء الحبس فانظره.

(3) التهذيب: 250/4.

(4) في (ش): (للمعمر).

ماتا؛ ورثهما الذي يملك الرقبة.

ومرّ في مسألة⁽¹⁾ ابن رشد قوله: إن ما ولد للأمة أو⁽²⁾ للعبد؛ فهو بمنزلتها صحيح؛ لقوله عليه السلام: «كل ذات رحم...» الحديث⁽³⁾.
قلت: لم ينبه ابن رشد على هذا⁽⁴⁾. وقرره صدر السؤال في قوله: "ثم أفاد مالا أو ولده"؛ أنه سؤال عما يتجدد.

وقوله في الجواب: "ما ولد أو كان للعبد"، وقول ابن رشد في تقريره: "يتمل السابق واللاحق"⁽⁵⁾، فهو قابل للتقييد، فكيف نسب التصريح للعتبية.

وقول ابن رشد صحيح⁽⁶⁾؛ لأنه يلزم عليه كون الدعوى عامة والدليل خاص، لأن من مفروض الدعوى العبد وإلا يتناوله الحديث؛ لأنه ليس بذات رحم.

ابن رشد: وأما قوله: "فيما وهب لهما إنه موقوف" ففيه نظر؛ لأن نفقة الأمة المخدمة، وكسوتها على المخدم على المشهور من المذهب، فالقياس أن

(1) في (س): (المسألة).

(2) في (ع): (و).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 208/12 و209، والخبر من قول مالك رحمته، كما في الموطأ: 11182/5، كتاب المدبر، باب القضاء في المدبر، برقم: 3000.

(4) المشدالي: يعني ما أشار إليه اللخمي من التقييد بالبعدية.

(5) المشدالي: لأن الواقعة في الجواب إن كانت بمعنى حدث، فالمراد اللاحق وإلا فالسابق، والاحتمال في تقرير ابن رشد من جهة تقدير متعلق المجرور في كلامه وهو بين.

(6) في (ع): (غير صحيح).

يكون ما وُهِّبَ لهما لمالك الرقبة⁽¹⁾.

المتيطي: نفقة العبد المخدم وكسوته من عمله، وما فضل للموهوب. وإن كان العبد ممن لا أجر له؛ فعلى من له الإخداًم إلا أن يتحمّله الواهب، ويصرح به في الهبة.

ولو كان الإخداًم الأيام اليسيرة؛ كانت النفقة على رب العبد. قاله ابن الماجشون، وبه أخذ ابن العطار وغيره. ابن الفخار - عن مالك - : في نفقة المخدم ثلاثة أقوال:

- على ربه.

- على المخدم.

- على العبد.

ابن العطار: ما في وصاياها لا بيان فيه؛ لأنّ يحتمل كسر الدال وفتحها⁽²⁾، والذي تأوله⁽³⁾ ابن الفخار بالفتح.

المتيطي: وفي تأويل الفتح نظرٌ؛ لأنّ في زكاتها على مالك الرقبة في موضعين، فهو خلاف هذا.

قلتُ: ويؤخذ من هنا أنّ نفقة الفرس المعار على المستعير.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 209/12.

(2) المشدالي: هذا وجدته: (بكسر الحاء وفتحها)، والصواب: (بكسر الدال وفتحها).

انظر عياضاً والشيخ.

(3) في (ع): (يتأول).

وتجوز وصية صبي ابن عشر سنين وأقل - مما يقاربها - إذا أصاب وجه الوصية، وذلك إذا لم يكن فيها اختلاط⁽¹⁾.

قوله: (إذا أصاب وجه الوصية).

سئل ابن عبد السلام عن صبي سنه فوق عشر سنين أوصى بثلثه لنفر⁽²⁾ من⁽³⁾ الناس، فبعد وفاته قام عَصَبْتُهُ على الموصى لهم، وقالوا: الصبي لم يعقل القربة، ولم يميز بين الحسنات والسيئات؛ فوصيته باطلة، وقال الموصى لهم: بل يعقل ويميز؛ فعلى مَنْ ترى الإثبات؟

الجواب: يسأل شهود الوثيقة، فإن قالوا: نعلم أنه مميز، أو ثبت ذلك بغيرهم؛ صحت الوصية، فإذا عجز الموصى له عن إثبات ذلك؛ لم تُنفذ الوصية.

قلتُ: فحاصل هذا الجواب الظريف أنّ الموصى له مدع؛ لأن الأصل عدم التمييز.

ونحو هذا الجواب قول ابن زرب: لو قال الورثة: بعض⁽⁴⁾ المال لم يعلم به الموصى؛ لأنه ورثه ولا علم له به، وقال الموصى له: بل علمه، فأخذ ثلثه. فقال ابن زرب: على الموصى له إثبات أنه علمه، وإلا فليس له إلا ثلث ما أقر الوارث بعلمه⁽⁵⁾.

(1) التهذيب: 251/4.

(2) في (ع): (ليفرق).

(3) في (ع): (في).

(4) قوله: (الورثة: بعض) يقابله في (ع): (بعض الورثة).

(5) المشدالي: فتوى ابن زرب هذه نقلها صاحب الطرر في ترجمة تقييد عداوة لتكون عدة

في الربع الأخير منه، وزاد بعدها فقال: وانظر ما في الواضحة - فيمن قال: ثلث مالي صدقة على فلان عشت أو مت، ثم مات فادعى ورثة الموصي أنه أفاد الميت أموالاً بعد الصدقة، وقال الموصي له لم يفد شيئاً - ففي ذلك اختلاف.

قال ابن رشد: والأظهر أن يكون له ثلث جميع ماله يوم يموت إلا أن يعلم أنه أفاد شيئاً بعد الصدقة فلا يكون له منه شيء.

ولو قيل: إنه يكون له ثلث جميع ماله يوم مات على حكم الوصية، وإن علم أنه أفاده بعد ذلك لقوله: عشت أو مت؛ لكان قولاً؛ لأن من أوصى بثلث ماله لرجل فله ثلث ما أفاد بعد الوصية.

وأما الرجل يسوق نصف ماله لزوجته ثم يدعي أنه اكتسب ملكاً غيره، وأنكرت المرأة، ولا بينة لواحد منهما، فهنا تأخذ المرأة نصف ماله الآن حتى يثبت اكتسابه لذلك بعد ذلك اتفاقاً.

المشدالي: كلام ابن رشد هذا وقع له في النكاح من الأسولة، ومن هذا المعنى ما ذكر في النوادر في الجزء الثاني من الدعوى والبيئات عن أشهب في الموازية والمجموعة - فيمن أوصى إن مات من مرضه هذا ففلان حرّاً، ثم مات، فقال الورثة: مات بعد أن صحّ، وقال العبد: بل مات من مرضه ذلك - أن الورثة مصدقون مع يمينهم؛ لأن العبد يدعي الحرية، وإن أقام كلُّ بينة قُضي بأعدلهما.

المشدالي: وفي رسم (العتق) من سماع أشهب من كتاب العتق: قال أشهب - فيمن قال عند موته مسلموا رقيقي أحرار، فلما مات الرجل ادعى رقيقه كلهم أنهم مسلمون، وادعى ولد الميت أنهم كلهم نصارى ولا بينة لواحد منهم - إن الإثبات على الورثة أنهم نصارى إذا ادعى العبيد أنهم مسلمون.

ولو قال الميت: نصارى رقيقي أحرار وادعوا أنهم نصارى، وقال الورثة: أنهم مسلمون فعلى الورثة الإثبات أنهم مسلمون.

ابن رشد: هذا بين لأن من ادعى خلاف ما قال الميت فهو المدعي، وقد أحكمت السنة أن "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، إلا أنه لا يمين هنا على المنكر؛ لأن العتق قد وجب له بكونه على الدين الذي قال الميت أن يعتق من كان عليه، فعلى

وإن أوصى لعبد نفسه بمال، كان للعبد إن حملة الثلث، وليس للوارث انتزاعه، ويبيع بماله، ولمن اشتراه انتزاعه⁽¹⁾.

قوله: (ولمن اشتراه انتزاعه).

القاعدة أنه لا يملك المشتري إلا ما يملكه البائع، والانتزاع لا يملكه البائع؛ فيلزم ألا يكون للمشتري.

الجواب: إن الموصي لما قصد اختصاص العبد به لم يكن للوارث انتزاعه، ولو انتزعه؛ لبطل قصد الموصي، وذلك تغيير للوصية.

قلت: وفي فروعنا ما يشهد لهذا المعنى؛ وهو ما نص عليه الصقلي عن مالك وغيره - فيمن حبس على عبده - [64/ب] أنه يجوز ولا يستثنى في عتق ولا بيع، وليس للمشتري أخذه، وله انتزاع ما حصل من غلة الحبس.

فأما المريض يحل حول زكاته، أو يقدم عليه مال حلّ حوله، فما عرف من هذا فأخرجها في مرضه أو أمر بذلك ثم مات؛ فإنها فارغة من رأس ماله، فإن لم يأمر بها؛ لم يقض بها على الورثة، وأمروا بغير قضاء⁽²⁾.

قوله: (فارغة من رأس ماله).

كتب بعض الموثقين الأندلسيين وثيقة في المدبر، وذكر فيها (فارغاً من

من ادعى أن يرقه البينة، فإن عدمت لم يكن له على المدعى عليه الرق يمين؛ إذ لا يمين على من ادعى عليه أنه عبد.

(1) التهذيب: 252/4.

(2) التهذيب: 255/4.

رأس المال)، فدخل بها على بعض القضاة.

فقال له القاضي: هل عندك من شيء غريب؟

فأخرج الوثيقة، فطفق يقرأها حتى بلغ: (فارغاً من رأس المال).

فقال له القاضي: أعدها فأعادها.

فقال له القاضي: صحَّفت يا فقيه، فتأمل!

فقال له: كذا رويتها ووضبطتها عن أشياخي، وكذا هي في الأمهات.

فقال له القاضي: كلُّ كتابٍ وقَعْتُ فيه كذلك، أو شيخ رواها فقد أخطأ.

فخرج من عنده، ولم يفهمه جوابها، فتحرَّر الطالبُ الموثَّق.

ثم أخذ يوجِّه أسئلة فيها إلى قرطبة ونواحيها، فاضطربت أجوبتُهُم فيها؛

فقال له بعضهم: يصح فيه الوجهان.

وقال بعضهم: بالغين المعجمة.

وقال بعضهم: بالمهملة.

فلما انتهى ما وجَّه من الكتب رجع إلى القاضي.

فقال له القاضي: كلهم أخطأ، واللفظة بالعين المهملة، وأول من صدرت

منه مولانا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قلتُ: هذا الموثَّق إن كان بعد عياض؛ فهو قاصر.

وقد نصَّ عليها عياضٌ في كتاب العتق الأول، وكتاب العارية (1).

(1) المشدالي: الأمر كما ذكره عن عياض وعن الهروي، وأن اللفظة إنما هي بالعين المهملة.

وإن كان قبل عياض؛ فقد نص عليها صاحب الغريبين في باب الفاء، ونحوه لصاحب العين.

ومن أوصى بشيء في السبيل، بدئ بأهل الحاجة منهم، وإن قال: ثلث مالي لفلان وللمساكين، أو في السبيل والفقراء واليتامى؛ قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثاً ولا أنصافاً⁽¹⁾.

قوله: (لفلان وللمساكين).

تقرير معارضتها لصلح الموضحتين أن يقال: ضم المعلوم، وهو فلان هنا، وموضحة الخطأ في الصلح إلى المجهول؛ وهو المساكين، وموضحة العمد فيما يصرف لأجلهما إما أن يوجب إلغاء المعلوم كما في الوصية؛ فيلزم الشفعة بقيمة الشقص، أو لا يلزم قسم الثلث في الوصية نصفين.

الجواب: قصد الموصي سدَّ الخلة يناسبه كون الاجتهاد له مدخلاً في صرفها، بخلاف المعاوضة عن الموضحتين.



(1) التهذيب: 256/4.

كتاب الوطايا الثاني

كتاب الوصايا الثاني

وإذا شهد ولدان للميت أن أباهما أعتق هذا العبد، وشهد أجنبيان أنه أوصى بالثلث لرجل، والعبد هو الثلث، فإن كان عبداً يتهمان في جر ولائه، لم تجز شهادتهما وجازت الشهادة بالوصية، وإن لم يتهما، فهي جائزة، وهذا كشهادتهما بذلك ومعهما من الورثة نساء، فما يتهمان فيه مع النساء يتهمان فيه مع الموصى له. ابن القاسم: ومن قال في وصيته: يخدم عبدي فلاناً سنة ثم هو حر، ولم يدع سواه، فإن لم يجز الورثة، بُدئ بالعتق، فعتق ثلث العبد بتلاً وتسقط الخدمة. قال سحنون: وعلى هذا أكثر الرواة. قال مالك: ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة، أو سكنى داره سنة، وليس له مال غير ما أوصى فيه، أو له مال لا يخرج ما أوصى به من الثلث، خيّر الورثة في إجازة ذلك أو القطع بثلث الميت من كل شيء للموصى له. قال سحنون: وهذا قول الرواة كلهم لا أعلم بينهم فيه اختلافاً. قال مالك: وأما إن أوصى له برقبة عبد أو دار، والثلث لا يحمل ذلك، فإنه يقطع لذلك محمل الثلث في تلك الأعيان. قال سحنون: وهذا في الوصية بالخدمة والسكنى قول الرواة كلهم، لا أعلم بينهم فيه اختلافاً، وهو أصل من أصول قولهم. وكذلك قال ابن أبي سلمة إذا أوصى بسكنى داره ولا مال له غيرها: إن الورثة يخبرون في إجازة ذلك أو يقطعون له بثلاثها بتلاً⁽¹⁾.

حاصل ما تكلم فيه إلى أوائل الترجمة الرابعة ثلاث مراتب، إذا اتحد الموصى له بالخدمة، ثم الرقبة إما أن ترجع حرة أو لآخر، أو يتعدد الموصى له،

(1) التهذيب: 263/4-265.

أو مركبة من الخدمة والرقبة، ثم مرجعها إلى حرية أو لآخر.

وإن أخدمت عبدك رجلاً أجلاً مسمى، فمات الرجل قبل انقضاء الأجل؛ خدم العبد ورثته بقية الأجل إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة؛ وإنما هو من عبيد الخدمة⁽¹⁾.

قوله: (خدم العبد ورثته بقية الأجل).

قلت: في سماع ابن القاسم - فيمن قال: أنفقوا على فلان عشر سنين، فعزلته نفقة عشر سنين، ثم أنفق عليه، ثم مات بعد ستين أو ثلاث - لمن ترى ما بقي؟

قال: أراه لورثة الموصي؛ بمنزلة من يقول: أنفقوا على فلان ما عاش، فيعزل له مال، فيموت، فإنه يرجع لورثة الموصي.

ابن رشد: هذا كما قال، وذلك بخلاف لو أوصى بخدمة عبد عشر سنين، أو سكنى دار عشر سنين، هذا إن مات المُخْدَم أو المُسْكَن قبل تمام المدة كان لورثتها باقي⁽²⁾ الإخدام والإسكان، على ما قاله في المدونة، ولو أوصى أن يقام بإخدامه أو بإسكانه عشر سنين من غير تعيين لكان كالنفقة؛ يرجع ما بقي لورثة الموصي⁽³⁾.

(1) التهذيب: 267/4.

(2) في (ع): (ما بقي).

(3) البيان والتحصيل: 432/12، 433.

ومن قال: قد وهبت خدمة عبدي لفلان، ثم مات فلان؛ فإن لورثته خدمة العبد ما بقي، إلا أن يستدل من قوله: إنه إنما أراد حياة المخدم⁽¹⁾.

قوله: (ومن قال: قد وهبت).

أبو إبراهيم: أتى بها على وجه الدليل.

ويؤخذ منها ما قال ابن رشد: "من نحل ابنته غلة أملاكه".

اللخمي: قول أشهب: ترجع إليه بعد موت البنت.

ونقلها اللخمي في الهبة.

ويؤخذ من قوله: (إلا أن يستدل) صحة الشهادة على الفهم⁽²⁾.

ومن أوصى بعق عبداً، وهو لا يخرج مما حضر، وله مال غائب يخرج فيه؛ فإن العبد يوقف لاجتماع المال، فإذا اجتمع قوم حينئذ في ثلثه، وليس له أن يقول: أعتقوا مني ثلث الحاضر الساعة⁽³⁾.

قوله: (ومن أوصى بعق عبداً وهو لا يخرج مما حضر).

(1) التهذيب: 267/4.

(2) المشدالي: وفي إعمالها خلاف.

قال ابن رشد في السابعة من رسم (الطلاق) من سماع أشهب من كتاب التخيير والتملك: وفي إعمال شهادة الشهود بما يظهر لهم من قصد المشهود عليه وإرادته خلاف؛ أجازها هنا وفي سماع أصبغ من التدبير، وزاد أصبغ أن للشاهد أن يبت الشهادة بذلك، ولم يعملها في رسم (الكبش) من سماع يحيى من الأيمان بالطلاق.

(3) التهذيب: 271/4.

قال شيخنا أبو عبد الله: كذا في أكثر النسخ (عبد) بغير إضافة، والصواب: (عده) بالإضافة؛ لأنه معين، وكذلك يقع في بعض النسخ.

ولا يجزئ أن يحج عنه صبي، أو عبد، أو من فيه علقه رق، إذ لا حج عليهم، ويضمن الدافع إليهم، إلا أن يظن أن العبد حر، وقد اجتهد ولم يعلم؛ فإنه لا يضمن (1).

قوله: (إلا أن يظن أن العبد حر...) المسألة.

في سماع ابن القاسم - في الرجل يوصي بالرقبة - أترى أن يشتري أبوه أو (2) أخوه فيعتق عنه؟

قال: إن كان تطوعاً؛ فأرى (3) ذلك، وإن كان واجباً؛ فغيره أوجب.

ابن رشد: لا يجزئ عنه في الواجب، ويضمن الوصي إن فعل، وإذا لم يعلم الوصي العتق الذي أوصى به هل هو تطوع أو واجب، فلا ينبغي أن يعتق عنه أب أو أخ؛ مخافة أن يكون العتق واجباً ولا يجزئ، فإن فعل لم يضمن (4).

وفي سماع أبي زيد: فإن قال: أعتقوا عني رقبة فاعتقوها، ولم يسم من أي شيء، أهي على الواجبة حتى يعلم غير ذلك؟

قال: على غير الواجبة حتى يعلم الواجب.

(1) التهذيب: 275/4.

(2) في (ع): (و).

(3) في (ع): (فإن).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 441/12، 442.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن الأصل براءة الذمة⁽¹⁾.

قلت: وفي سماع أبي زيد - أيضاً - في وصيٍّ اشترى رقبةً فإذا هي نصرانية؛ إن كان من ظهار أو شيء واجب ضمّن؛ لأنه فرط حين لم يسأل، ولم يفحص⁽²⁾.

ابن رشد في موضع آخر: لا خلاف عندي أنه يضمن إذا تبين تفريطه؛ وإنما الخلاف إذا لم يتبين، فحمله في المدونة على غير التفريط فلم يضمنه، وحمله في سماع أشهب على التفريط فضمنه⁽³⁾.

قلت: قال صاحب النهاية: إذا كان في علم الشهود ملك البائع للمملوك المبيع للعتق؛ استغنيت عن إقرار العبد بالرق في وثيقة الابتاع، وتضمن عقد الإشهاد معرفة الشهود للمملوك، ولا عهدة في هذه الرقبة المشتراة للعتق لا ثلاث ولا سنة، وبيعها كبيع البراءة من العهدة.

ولا بد أن يشهد بملك المبيع للبائع، وبه يتم التنفيذ، ويكون ذلك براءة للمنفذ، وإن لم يثبت الملك، واستحق العبد؛ ضمن الوصي الثمن، ولزمه عتق رقبة أخرى يعرف ملك البائع لها.

وكذلك لا يبرئه القاضي إذا أراد الوصي براءة إلا بعد ثبوت الملك.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 340/13، 341.

(2) في (ع): (يفهم)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 430/13.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 78/13.

قال ابن القاسم: ومن قال في وصيته: أحجوا فلاناً، ولم يقل: عني؛ أعطى من الثلث قدر ما يحج به، فإن أبى أن يحج؛ لا شيء له، وإن أخذ شيئاً رده، إلا أن يحج به⁽¹⁾.

قوله: (إن أبى أن يحج لا شيء له).

قال شيخنا أبو عبد الله: كان بعض الشيوخ يأخذ من هذه المسألة: لو أوصى لرجلٍ بهال ليتزوج به، فلم يتزوج؛ أنه يرجع ميراثاً. والذي عندي أنه يُنظر إلى ما يُفهم بالقرائن من حال الموصي؛ إن كان أراد الإرفاق والتوسعة عليه فيكون له ولو لم يتزوج، وإن أراد خصوصية النكاح رجع ميراثاً، وإن جهل الأمر؛ فالأصل عدم تجاوز النكاح، فإن انعدم رجع ميراثاً.

قلت: والظاهر أنه يجري الأمر فيها على ما قاله بعض الشيوخ في كتاب المكاتب، فيمن أخذ مالاً ليغزو به فلم يغز أنه يرده.

وكذلك ابن السبيل إذا دُفع له مالٌ ليتحمل⁽²⁾ به فلم يسافر؛ أنه يرده.

ومن دفع [65/أ] له مال ليقراً عليه فلم يفعل؛ فإنه يرده.

وحكي أن الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة، دفع له أبوه مالاً ليقراً عليه، فرأى أن غرض أبيه لم يحصل، فرد المال لأبيه، وأخبره أنه لم يبلغ من القراءة غرضه، فأتى أبوه إلى أحد الصالحين، فشكا له أمره، فدعا له، وقال:

(1) التهذيب: 277/4.

(2) في (ع): (يتحمل).

اللهم افتح له (1) المدونة كما فتحت لسحنون (2).

أوصى لرجل بشيء بعينه من صنف، ذكر منه كيلاً، أو وزناً، أو عدداً من طعام، أو عرض، أو عين، أو غيره، أو بعدد بغير عينه من رقيق عنده، أو غنم، ثم أوصى له من ذلك الصنف بأكثر من تلك التسمية أو أقل؛ فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الآخرة، وإن كان أوصى له آخراً بنصف آخر؛ فله الوصيتان جميعاً (3).

قوله: (فله أكثر الوصيتين).

في سماع أبي زيد: - فيمن قال: لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولفلان ثلاثون، ثم قال في مرضه الذي مات فيه: لهم ثلث مالي، فمات - قال: يعطى

(1) في (ع): (عليه).

(2) المشدالي: والصالح الذي دعا له ذكر بعضهم أنه الشيخ أبو يعزى رحمته الله.

قاله الشيخ أبو الحسن في كتاب المكاتب.

وقال ابن رشد في أول نوازل عيسى من الوكالات: وإذا صالح الوكيل عن الغريم من ماله، فلم يجز الموكل الصلح؛ فله أن يرجع بما دفع من ماله؛ لأنه إنما دفعه على أن يحط عن الغريم ما صالح على حظه، فإذا لم ينحط كان له الرجوع.

ولها نظائر كثيرة؛ منها مسألة المكاتب في المدونة في قوم أعانوا مكاتباً ليفكوه فلا يكون فيما أعانوه به وفاءً لكتابته أن لهم أن يرجعوا فيما أعانوا، إلا أن يجعلوا المكاتب في حل.

ومن ذلك صلح من قتل رجلين فصالح أولياء أحدهما، وأبى أولياء الآخر؛ فإن له أن يرجع؛ لأنه إنما صالح على النجاة من القتل.

قاله في سماع يحيى من الدعوى.

(3) التهذيب: 284/4.

لكلِّ ما سمَّى له، ثم ينظر إلى ما فضل فيكون بينهم بالسوية.

وقال مرة: يكون بينهم على الحصص.

ابن رشد: قول ابن القاسم هذا على خلاف أصله فيمن أوصى لرجل

بوصيتين؛ لأنه يكون له الأكثر منهما؛ كانت الأولى أو الأخيرة(1).

وإن قال: العبد الذي أوصيت به لزيد هو وصية لعمرو؛ فذلك رجوع(2).

قوله: (وإن قال: العبد الذي أوصيت به لزيد...) المسألة.

في سماع أبي زيد: - فيمن قال: ميمون ومرزوق وجابر عبيدي لمحمد،

وجابر عبيدي لعبد الرحمن - قال: ميمون ومرزوق لمحمد، وجابر بين عبد

الرحمن ومحمد إذا حملهم الثلث، فإن كان لم يترك غيرهم كان ثلث ميمون

ومرزوق لمحمد، وثلث جابر بين محمد وعبد الرحمن.

ابن رشد: هذا صحيح على المشهور في المذهب، المنصوص عليه في

المدونة وغيرها، من أن الرجل إذا أوصى لرجلٍ بشيء بعينه ثم أوصى به لغيره،

لا تكون الوصية الأخيرة ناسخة للأولى، بل يقسمان ذلك بينهما(3).

وفي نوازل أصبغ من الوصايا - فيمن قال: غلامي مرزوق لمحمد،

ولسعيد مثله - قال: يُعطى مرزوق لمحمد ويشترى لسعيد مثله في قيمته

فيعطاه.

(1) البيان والتحصيل: 351/13، 352.

(2) التهذيب: 284/4.

(3) البيان والتحصيل: 321/13.

قلتُ له: فلو قال: عبدي مرزوق لمحمد، وسعيدٌ مثله؟

قال: هذا بخلاف الأول، وأراه بينهما نصفين؛ لأنه حين قال في الأولى: لسعيد فقد أخرج سعيداً من العبد وجعل له مثله آخر، وأما قوله: عبدي مرزوق لمحمد وسعيد مثله فكأنه قال: وسعيد مثل محمد في الوصية، فكان العبد بينهما.

قلتُ: وكذا لو قال: هذه المائة دينار لمحمد، وسعيد مثله؟

قال: أراها بينهما نصفين إذا كانت المائة بعينها.

قلتُ: فلو قال: هذه المائة لمحمد ولسعيد مثله، جعلت له مائة أخرى،

فيعطى كل واحد منهما مائة؟

قال: نعم على قياس ثمن العبد.

ابن رشد: يريد: إذا لم تكن المائة بعينها فسواء قال سعيد مثله أو لسعيد

مثله يعطى كل منهما مائة، وهي تفرقة صحيحة⁽¹⁾.

ومن أوصى لولد ولده بثلثه ولا يرثونه؛ فذلك جائز، قيل: فإن مات أحدهم، وولد غيرهم بعد موت الموصي قبل قسمة المال؟ قال: إن ذلك كقول مالك في الموصي لأخواله وأولادهم أو لمواليهم. قال ابن القاسم: أو لبني عمه، أو لبني فلان بثلثه، فذلك لمن حضر القسم، لا يحسب من مات بعد موت الموصي، ولا يحرم من ولد؛ لأنه لم يسم قوماً بأعيانهم⁽²⁾.

(1) البيان والتحصيل: 307/13.

(2) التهذيب: 285/4.

قوله: (قيل: فإن مات أحدهم).

اختصرها لوجهين:

أحدهما: إشكال الحكم في الجواب؛ لأنه لا يلزم من دخول من يتجدد وسقوط من مات في الأصل.

وهو مسألة الأخوال، دخول من يتجدد وسقوط من مات في الفرع، الذي هو مسألة الأولاد، لما أشار إليه في المسألتين⁽¹⁾ من كونهم في المقيس عليها غير معينين فيناسب دخول من يتجدد؛ لظهور قصد التعيين في الأولاد.

الثاني: ما اشتمل عليه كلامه من التنافي، حيث جعل الأصل أولاً في مسألة الأولاد مسألة الأخوال، وجعله آخرًا فرعاً.

وهذا هو النكتة التي أشار إليها البراذعي بقوله: (وقال في باب بعد هذا).

ابن رشد وغيره: أما الموصى له المعين فلا خلاف أنه يحلف مع شاهده ويستحق الوصية، وكذلك الجماعة المعينون.

وأما المساكين أو بني السبيل، أو بني تميم أو قريش أو الأنصار وشبه ذلك مما لا يحصى ولا يعرف بعينه، فلا خلاف أنه لا يمين في ذلك مع شاهد واحد.

ويختلف إذا وصى لمن يحصره العدد كآل فلان أو مساكين آل فلان، فقيل: يحلف جلهم، ويستحقون الوصية لأنفسهم ولمن غاب منهم.

وقيل: لا يمين في ذلك.

والقولان قائلان من وصايا المدونة من مسألة الأخوال وأولادهم⁽²⁾.

(1) في (ع): (المسألة).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 93/10.

ومن قال: ثلثي لفلان وفلان، وأحدهما غني والآخر فقير؛ فالثلث بينهما نصفين، فإن مات أحدهما بعد موت الموصي؛ ورث نصيبه ورثته، وإن مات قبله؛ فلباقى نصف الثلث، ولا شيء لورثة الآخر، ويرجع نصيبه إلى ورثة الموصي (1).

قوله: (وأحدهما غني والآخر فقير).

في سماع أصبغ في الذي يحبس داراً على فقراء بني فلان فيستغنوا، قال: تنزع منهم، وترجع إلى عصبة المحبس.

ابن رشد: قوله: "ترجع لعصبة المحبس" صحيح؛ لأنهم غير معينين، وإنما حبس على (2) قصد الفقر والحاجة؛ لكثرة الأجر في ذلك دون التعيين.

ولو عيّن المحبس عليهم، وسماهم، وقال: "هذه الدار حبس على فلان وفلان وفلان الفقراء من بني فلان" فاستغنوا؛ لم ينزع منهم، وكانوا أحق بها طول حياتهم وإن استغنوا؛ لأن قوله: (الفقراء) إذا سماهم إنما هو زيادة في بيان التعيين لهم بما وصفهم به، كما لو قال (3): (الجهال)، أو (العلماء)، أو (الحكماء)، لم يسقط حقهم بانتقالهم من تلك الصفة إلى غيرها (4).

وإن أوصى لفلان بعشرة، ولفلان بعشرة، والثلث عشرة، فمات أحدهما قبل موت الموصي؛ فكان مالك يقول: إن علم الموصي بموته؛

(1) التهذيب: 289/4.

(2) قوله: (حبس على) ساقط من (ع)، غير موجود في النسخ.

(3) في (ش): (كان).

(4) البيان والتحصيل: 314/12.

فالعشرة للباقي، وإن لم يعلم حوصص بينهما، فيصير للحي خمسة، وترجع الخمسة التي وقعت للميت لورثة الموصي ميراثاً، وعليه أكثر الرواة⁽¹⁾.

قوله: (وإن أوصى لفلان بعشرة ولفلان بعشرة... المسألة).

في رسم (نقدها) من سماع عيسى - فيمن أوصى، وقال: "لفلان عشرة ولفلان ما بقي من ثلثي"، فمات صاحب العشرة قبل الموصي - فقال: يحاص بالعشرة، سواء مات الموصى له قبل الموصي أو بعده؛ علم الموصي أو لم يعلم، وهو بمنزلة ما لو أوصى ببعير أو بعبد لرجل، وأوصى ببقية الثلث لرجل، فمات البعير أو العبد قبل الموصي أو بعده، فإنَّ الموصى له ببقية الثلث يحاص بالبعير وبالعبد⁽²⁾ الميت، علم الموصي بموته أو لم يعلم.

ابن رشد: هذه مسألةٌ صحيحةٌ، ولا يدخلها اختلاف قول مالك في المدونة في مسألة العشرة؛ لأن هذا إنما أوصى له بما بقي من الثلث بعد العشرة، أو بعد البعير وبعد العبد، فلا يكون له أكثر من ذلك صحَّت الوصية بالعشرة وبالعبد والبعير، أو لم تصحَّ.

ومسألة المدونة إنما أوصى لكل واحد منهما بعشرة ولم يُبدَّ⁽³⁾ أحدهما على الآخر، فمرة رأى للباقي العشرة كلها؛ لأن الثلث يحملها، ومرة لم ير له إلا نصفها؛ لأن الورثة تنزَّلوا منزلة الموصى له الآخر إذا مات قبل الموصي أو لم

(1) التهذيب: 289/4-290.

(2) في (ع): (والعبد).

(3) في البيان والتحصيل: (يبدأ).

يقبل الوصية.

وقد قال ابن دحّون: كل ما ذكر فيه بقية الثلث فإن الموصى له (1) به يحتسب عليه الورثة ما مات من مدبر أو معتق كان في الوصية، مات قبل الموصي أو بعده، فإن بقي له بعد ذلك شيء أخذه، وإلا فلا شيء له، فإن كان معه أهل وصايا مسماة؛ كانت لهم وصاياهم من الثلث كاملاً، ولا يحاسبوا بما مات من المعتقين والمدبرين؛ ماتوا قبل الموصي أو بعده، يأخذون وصاياهم من الثلث كاملاً، ثم يحتسب (2) على من أوصى له ببقية الثلث من مات من مدبر أو معتق، ويأخذ ما بقي بعد ذلك إن بقي شيء.

وقول ابن دحّون صحيح (3).

فمن أوصى في مرضه بأكثر من ثلثه، فأجاز ورثته ذلك قبل موته من غير أن يطلبهم الميث بذلك، أو طلبهم فأجازوا، ثم رجعوا بعد موته، قال: قال مالك رحمته الله: إذا استأذنتهم في مرضه فأذنوا له، ثم رجعوا بعد موته، فمن كان عنه بائناً من ولد، أو أخ، أو ابن عم؛ فليس ذلك لهم. ومن كان في عياله من ولد قد احتلم، أو بناته، أو زوجاته؛ فذلك لهم (4).

قوله: (ومن [65/ب] كان في عياله).

أبو إبراهيم: انظر هل يعارض هذا (5) ما في المكاتب؛ لأنه قال: فيمن

(1) قوله: (له) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (يحتسبوا).

(3) البيان والتحصيل: 86/13، 87.

(4) التهذيب: 291/4.

(5) قوله: (هذا) ساقط من (ع).

كاتب عبده في مرضه، وقيمته أكثر من ثلثه، وللميت ورثة كبارٌ فأجازوا في مرض الميت، ثم رجعوا بعد الموت، إن ذلك لازم لهم ولا يقبل رجوعهم ولم يفرّق كما هنا.

وكذلك نقلها الجلاب مطلقاً أيضاً⁽¹⁾.

قلت: وفي سماع عيسى - فيمن سأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها، أو تتصدق عليه بشيء من مالها فتفعل، ثم تريد الرجوع بعد موته أو بعد أن صحَّ من مرضه - هل ترى لها ذلك بمنزلة الميراث؟ قال: لا.

ابن رشد: لا خلاف أن ذلك يلزمها إلا أن يثبت⁽²⁾ أنه أكرهها، على ما في سماع ابن القاسم؛ لأن إكراه الرجل امرأته إكراهٌ على ما قاله في المدونة.

وأما إذا سألتها في مرضه أن تهب له ميراثها منه أو بعضه؛ فلا يلزمها، ولها الرجوع فيه⁽³⁾ إذا مات، قضى فيه بشيء أو لم يقض، بخلاف الابن البائن عن أبيه يسأله أبوه في مرضه أن يهب له ميراثه، فهذا إن قضى فيه بشيء لزمه، ولا رجوع له، على ما في المدونة هنا⁽⁴⁾.

(1) التفريع: 323/2، 324.

وزاد المشدالي بعده: قد تقدم في كتاب الشفعة، عند الكلام على إسقاط الشفعة قبل وجوبها إشارة المتيطي إلى إقامة القولين من المدونة، ونبه على ما في المكاتب. فانظره.

(2) في (ع): (تثبت).

(3) قوله: (فيه) ساقط من (ع).

(4) البيان والتحصيل: 464/13، 465.

وإن أقر الولد... بدين على أبيه، أو بوديعة عند أبيه، وإقراره بعد قيام الغرماء عليه، لا يقبل إلا بينة، وإقراره قبل أن يقام عليه جائز، فإن كان المقر له حاضراً؛ حلف واستحق⁽¹⁾.

قوله: (حلف واستحق).

ابن رشد: لا خلاف أنه لا يقبل قول المفلس بعد التفليس فيما يقربه من دين في ذمته، وأما قبل أن يفلس ويقام عليه فيجوز ما أقربه لمن لا يتهم عليه من دين دون يمين، ومن قراض أو ودیعة أو شيء بعينه، أو ما أشبه ذلك من دين على أبيه مع يمين المقر لهم.

قاله في وصاياها الثاني.

وقد كان بعض الشيوخ لا يفرّق في اليمين بين الدّين والشّيء المعين، فيوجب اليمين في الوجهين.

ومنهم من يرى ذلك اختلافاً من القول في الوجهين.

والصواب الفرق بينهما، إلا أنه⁽²⁾ إذا أقرّ بشيء بعينه فقد خص به المقر له دون الغرماء، فوجب أن يحلف، وإذا أقرّ بدين فلم يخصه دونهم؛ لأنه أسوة معهم، فلم يجب عليه يمين⁽³⁾.



(1) التهذيب: 292/4.

(2) في البيان والتحصيل: (لأنه).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 217/4.



كتاب الحبس

كتاب الحبس

ومن قال: هذه الدار حبس على فلان وعقبه، أو عليه وعلى ولده وولد ولده، أو قال: حبس على ولدي، ولم يجعل لها مرجعاً؛ فهي موقوفة لا تباع ولا توهب، وترجع بعد انقراضهم حبساً على أولى الناس بالذي حبس يوم المرجع وإن كان حياً⁽¹⁾.

قوله: (ولم يجعل لها مخرجاً).

الباجي: نحوه عن محمد عن مالك.

ولو قال: داري عمري لم يلزمه شيء حتى يعين المعمر.

والفرق: أن لفظ الحبس أكثر ما يستعمل على وجه القربة، ولفظ العُمري

لا تستعمل في القربة⁽²⁾.

وإن قال في المعينين حبساً صدقة، أو قال: لا تباع، فانقضوا، فلم يختلف قوله أنها لا تباع، وترجع إلى أولى الناس به يوم المرجع حبساً، ولا ترجع إليه وإن كان حياً⁽³⁾.

قوله: (فلم يختلف قوله).

(1) التهذيب: 322/4.

(2) المتقى، للباجي: 121/6.

(3) التهذيب: 325/4.

ابن رشد: بل قد⁽¹⁾ اختلف؛ قد روى ابن عبد الحكم عن مالك أنها ترجع إليه ملكاً مطلقاً بعد موت المحبّس عليه.

وإن قال: (حسباً صدقة) إذا كان على معين لاحتمال قوله: (لا تباع ولا توهب)؛ أي حياة المحبّس عليه.
كما يحتمل قوله: (صدقة) صدقة الغلة عليه في حياته⁽²⁾.

قال مالك: ولا شيء لولد البنات؛ للإجماع أنهم لم يدخلوا في قول الله ﷻ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾ [سورة النساء آية: 11]⁽³⁾.

قوله: (لا شيء لولد البنات).

ابن الهندي: حجة مالك بيّنة إذا قال المحبّس: (ولدي) ولم يزد، وأما إذا زاد وقال: (ولدي وولد ولدي)، فولد البنات يدخلون.

وقضى به محمد بن السليم.

قلت: وفي سماع عيسى فيمن قال: ثلثي لولد عبد الله بن وهب، أيدخل ذكور ولد عبد الله؟

قال: "نعم"، ولا يدخل بنات عبد الله، قال: لأنه إنما أراد بذلك الذكور فقط.

ابن رشد: إنما قال في هذه الرواية: لا يدخل بنات عبد الله - وإن كان

(1) قوله: (قد) زيادة من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 190/12 و191.

(3) التهذيب: 326/4.

الولد ينطلق عليهن في اللسان العربي - لأن الولد قد يكون خاصاً في عرف عامة الناس بالذكر، فإذا سئل من له البنات يقول: لا ولدي (1).

وقد قال ابن لبابة: هذه الرواية خلاف القرآن في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾ الآية. انظر تمامه (2).

ومن حبس في مرضه داراً على ولده وولد ولده، والثلاث يحملها، ثم مات وترك أمماً وزوجة؛ فإنها تقسم على عدد الولد وولد الولد، فما صار لولد الولد؛ نفذ لهم في الحبس، وما صار للأعيان؛ كان بينهم وبين الأم، والزوجة على الفرائض موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان (3).

قوله: (فإنها تقسم على عدد الولد...) المسألة.

قلت: قال ابن لبابة: اختلف ابن أيمن وابن الأغبس في قسمة الحبس، فجوزه ابن أيمن، ومنعه الآخر مستدلاً بقوله في الهبة: (لأن الحبس لا يقسم) (4).

وقال ابن لبابة: معنى مسألة سماع عيسى وما في المدونة في مسألة ولد الأعيان إنما هو (5) قسمة انتفاع، لا قسمٌ يلزم من يأتي (1).

(1) قوله: (لا ولدي) يقابله في (ع): (الأولادي).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 291/13، 292.

(3) التهذيب: 326/4.

(4) جامع مسائل الأحكام: 368/5.

(5) في (ع): (هي).

المتيطي: اختلف الفقهاء في اقتسام الحبس قسمة اغتلال وانتفاع، فكرهه قوم وأجازه آخرون، وجرى العمل بقسمة لما في الإشاعة من التعطيل والتضييع.

الباجي في وثائقه: يريد قسمة الغلة والانتفاع لا قسمة الأصول، وبذلك أجبني ابن المكوي حين خاطبته في قسمة دار محبسة على قوم معينين (2).

ومن حبس داراً على رجل وعلى ولده وولد ولده، واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رث منها من ماله، لم يجز، وهو كراء مجهول، ولكن يمضي ذلك (3).

قوله: (واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رث من ماله).

قال بعضهم: من هذه المسألة ونظيرها تعلقت من منع من الشيوخ تحبب الأَرْضَ الموظفة، وذكر ابن الهندي فيها قولين.

قلت: قال صاحب النهاية: إذا تصدق بأملك له في قرية على بنيه جاز، ومما تعقد في ذلك، وتولى احتيازها من نفسه لهم إلى (4) أن يبلغوا، فإن كانت

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 583/1.

(2) المشدالي: قال في كتاب الحبس من جامع الأحكام: سئل ابن عرفة عن حائط محبس على رجلين فأراد أن يقتسماه للاغتلال هل يجوز ذلك؟ أم لا؟ فقال: لا يجوز قسم الحبس للاغتلال ولا لغيره.

المشدالي: انظر كتاب القسم منه فإنه ذكر الخلاف الذي أشار إليه المتيطي فوق هذا، وحكي عن ابن رشد الخلاف أيضاً في الجبر على القسمة فانظره.

(3) التهذيب: 328/4.

(4) قوله: (إلى) ساقط من (ع).

الأملاك حرة؟

قلت: وعلى الحرية من جميع الوظائف وضروب المغارم كلها، وإن لم تكن حرة سكتت⁽¹⁾، فإذا بلغوا خيراً وبين قبول الصدقة بوظائفها أو ردّها.

وكذلك إذا تصدّق على مساكين، أو مسجد بملك موظف؛ نظر القاضي في ذلك، فإن رأى قبوله بوظيفته نظراً للمساكين والمسجد قبله؛ أمضى الحبس والصدقة، وإن لم يره نظراً ردّ ذلك على صاحبه.

وكذا الأب إذا تصدق على ولده الصغير بملك موظف؛ كالقاضي إن رأى الأب قبوله نظراً قبله، وإلا رده.

ولو انعقدت الصدقة، واشترط فيها الوظيف على المتصدق عليه وهو ابنه - أما المالك لأمره فجائز أن يتبرأ إليه المتصدق من المغارم - وأما الصغير ففيها خلاف؛ منعه بعضهم للغرر؛ لأنه يصير كمن أعطى ملكاً على أن يرفع⁽²⁾ بوظيفة مدة مجهولة.

ونزلت بقرطبة ففضى فيها بعض القضاة بفسخ الصدقة لهذا الشرط، وردها ميراثاً.

وقال الباجي في وثائقه: وأجاز ذلك بعضهم، ومن أجازته يذكر في العقد أنه ألزم ابنه الصغير مغرمها، وهو كذا وكذا كل عام.

(1) في (ع): (سكت).

(2) في (ع): (يدفع).

وإذا بنى بعض أهل الحبس فيه، أو أدخل خشبة، أو أصلح، ثم مات، ولم يذكر لما أدخل في ذلك ذكراً؛ فلا شيء لورثته فيه (1).

قوله: (وإذا بنى بعض أهل الحبس... المسألة).

قلت: في سماع محمد (2) بن خالد: سألت ابن القاسم عن حبس فرساً في سبيل الله، فحمل عليه رجلاً يغزو عليه، فغزا، فلما دخل الجيش أرض العدو جعل الإمام لكل من عقر له فرسه أخلفه له، ثم إن ذلك الرجل المحمول على الفرس (3) عقر الفرس تحته، فأخلف له الإمام غيره.

فقال ابن القاسم: أراه حبساً على حال ما كان عليه الآخر.

وكذا لو كان الأول عارية [66/أ] للغزو يُعقر فأخلف مكانه؛ أنه يكون

للمعير.

ابن رشد: لا أذكر في هذا خلافاً (4).

قلت: والجامع بينهما (5) وبين مسألة المدونة هذه، أنه في كلا المسألتين وضع للشيء في محل هو حبس أو عارية، فوجب أن يلزمه، أصله من التزم معروفاً لزمه.

(1) التهذيب: 332/4.

(2) في (ش): (يحيى).

(3) قوله: (الفرس) ساقط من (ش).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 307/12.

(5) في (ع): (بينها).

ومن حبس نخل حائط على المساكين في مرضه، والثالث يحمله، فلم يخرج من يده حتى مات؛ فذلك نافذ، لأنها وصية⁽¹⁾.

قوله: (فذلك نافذ؛ لأنها وصية).

المتيطي: إذا انقضى المحبس عليه والمحبس حيٌّ رجع إليه، فإن مات والأصل في يده، ولم يفوته، ولا نسخ وصيته فيما جعل مرجعه إليه إلى أن مات، خرج الحبس من ثلثه؛ لأن كل شيء يشترط المحبس⁽²⁾ رجوعه إليه، ويشترط فيه أن يرجع بعد وفاته إلى أمر⁽³⁾ ما فإنه كالوصية سواء.

وإن جعله المحبس لأعقابهم وأعقاب أعقابهم، ثم إلى مرجع ما، وشرط بعد رجوعه إليه إن انقضىوا في حياته أن يكون حبساً بعد وفاته على وجه من الوجوه.

وإن انقضىوا في حياته ورجع إليه ثم توفي وهو باق بيده فالمسألة بحالها على ما تقدم أنه يخرج من ثلثه، وليس تعقبه ما يوجب أن يكون من رأس المال؛ لأنه قد شرط رجوعه إليه، وأوصى فيه بعد موته كما يوصي في ماله، ولو لم يشترط رجوعها إليه لكان التعقيب يمنعه من رجوعه إليه.

قال ابن الهندي: وقد نزلت هذه المسألة في أيام منذر بن سعيد، وحضرت، وقد شاور فيها يومئذ عبد الله بن إدريس، وأحمد بن عبد الله اللؤلؤي، وإسحاق بن إبراهيم التجيبي، وكان الحبس معقياً غير أنه كان المحبس قد

(1) التهذيب: 333/4.

(2) قوله: (المحبس) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (أمد).

شرط رجوعه إليه، وأن يكون بعد وفاته في وجه كذا.

فرجع إليه وكان في يده إلى أن مات، فشاورهم فيها القاضي منذر بن سعيد؛ لأنه كان قاضي الجماعة، فأفتاه ابن إدريس واللؤلئي بأنه من ثلثه، وقال إسحاق: من رأس ماله، واحتج بالتعقيب⁽¹⁾ والحوز عنه.

واحتجا عليه مع القاضي بما شرط من رجوعه إليه بعد انقراض المحبس عليه وأعقابهم في حياة المحبس، وبعده فيها عند رجوعه إليها أن يكون بعد وفاته في وجه كذا.

وقالوا أيضاً: إنها قد رجعت إليه في يده إلى أن مات، فهي كماله، وهي وصية أوصى بها بعد موته، فهي من ثلثه.

واستمر إسحاق، وقال: إنها من رأس ماله.

فذكر اللؤلؤي يومئذ أنه يدل عليه ما في أول صلح حبس العتبية في سماع ابن القاسم، ثم أعاد منذر بن سعيد الشورى فيها ثانية، واحتفل في إحضار⁽²⁾ من بقي من الفقهاء في ذلك الوقت، فأجمعوا على أنها من الثلث فنفذ القضاء به.

المتيطي: وبما أجمع عليه هؤلاء الشيوخ أفتى السيوري⁽³⁾ والتونسي وغيرهم⁽⁴⁾.

(1) في (ع): (بالتعقب).

(2) في (ع): (إحضاره).

(3) في (ع): (السويدي).

(4) المشدالي: ومسألة تحبب الأمير عبد الرحمن ابن الحكم التي ذكرها ابن سهل في كتاب الحبس، ورجوع من كتبها من الفقهاء إلى قول عبد الملك بن حبيب فيها كله يدل على

قلت: وكذا اختلافهم في قبض المولى عليه لنفسه ما حبس عليه، أو تصدق به عليه، أو وهب له، ثم مات المحبس أو الواهب.

قال ابن الهندي: ينبغي أن يكون قبضه حيازة، واستدل على ذلك بوجوه. قال: ونزلت في أيام قضاء منذر بن سعيد وشاور فيها فأجمعوا⁽¹⁾ على أن ذلك قبض، وحيازة تامة، وخالفهم إسحاق بن إبراهيم التجيبي، وقال: قبض المولى عليه كلاب قبض، ويرجع ميراثاً⁽²⁾، فنفذ القاضي يومئذ الحكم بما أجمع عليه الشيوخ.

المتيطي: وهو الصواب.

الباجي: لا يصح قبضه، خلافاً لَطَرْفَ وابن المواز وسحنون⁽³⁾.

ومن حبس ثمرة حائطه على رجل بعينه حياته، فكان يغتلبها، ثم مات المعطي، وفيه ثمرة قد طابت؛ فهي لورثته، وإن لم تطب؛ فهي لرب الحائط⁽⁴⁾.

قوله: (ومن حبس ثمرة حائطه على رجل بعينه حياته).

صححة ما أجمع عليه الشيوخ المشار إليهم فوق هذا، ولولا الإطالة لجلبتها هنا. والله الموفق.

(1) في (ش): (فاجتمعوا).

(2) انظر: التوضيح، لخليل: 290/7.

(3) المشدالي: ولا فرق في المولى عليه بين أن يكون بالغاً أو صغيراً، ففي الطرر قال ابن زرب: ومن تصدق على صغير من أب أو غيره ثم أسلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها في صححة المتصدق لها فإنها حيازة تامة، وإن كان الحائز صغيراً وتنفذ الوصية إلا أنه يكره ذلك ابتداءً أن يحوز الصغير، فإن وقع نفذ، انظره في ترجمة وثيقة تجيبس على مولى عليه.

(4) التهذيب: 334/4.

انظر: لو لم يذكر حياته، فهل لا يكون له إلا ثمرة سنة فقط؟ أو لا؟

ففي نوازل سحنون - في الرجل يقول ثمر حائطي حبس على فلان، ولا يقول حياته، ولا يجعل لذلك وقتاً - قال: إن كان فيها ثمر يوم قال هذه المقالة فله ثمرة (1) تلك السنة.

ابن رشد: فإن لم تكن فله ثمرة ذلك الحائط ما دام حياً. قاله ابن القاسم وسحنون (2).

ولا يجوز من فعل الصحيح إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت أو يفلس (3).

قوله: (لا يجوز من فعل الصحيح).

أبو إبراهيم: ذكر في الكفالة أن ما أعطاه الصحيح، ولم (4) يقبض عنه في الصحة حتى مرض أنه يبطل إلا الكفالة والعتق.

وانظر ما (5) في العتق الأول فيمن أعتق نصيباً فقيم عليه في المرض أنه يقوم عليه في الثلث، فهو خلاف لما هنا.

فيلزم في هذه المسائل أن يكون في الثلث.

(1) في (ع): (ثمرته).

(2) البيان والتحصيل: 306/12.

(3) التهذيب: 333/4.

(4) في (ع): (فلم).

(5) قوله: (ما) ساقط من (ع).

قاله اللخمي (1).

والجامع بينهما أنها فعلان من صحيح لم ينفذ إلا بعد المرض، فأبطلها هنا،

ولم يجعلها في الثلث.



(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3789.

كتاب الصدقة

كتاب الصدقة

وكل صدقة أو حبس أو هبة أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين، فلم تخرج من يده حتى مات؛ فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه⁽¹⁾.

قوله: (وكل صدقة أو هبة أو عطية بتلها مريض... المسألة).

قلت: في سماع عيسى - في مريض وهب هبةً لمريض، ولا مال له غيرها، فقبضها وهو مريض، فوهبها للواهب ولا مال له أيضاً غيرها - قال: يجوز للموهوب الأول ثلاثة من تسعة، وللواهب الأول واحد من ثلاثة.

ابن رشد: جوابه في هذه المسألة على القول بأن هبة البتل في المرض وإن كانت من الثلث؛ فهي بخلاف الوصية، يدخل فيها ما علم الواهب به من ماله، وما لم يعلم، ولا تبطل بموت الموهوب له قبل الواهب؛ إذ لو بطلت على حكم الوصية في بطلانها بموت الموصى له لوجب إذا مات الأول قبل الثاني أن يبطل ما وهبه الثاني، وإذا مات الثاني قبل الأول أن يبطل ما وهبه الأول⁽²⁾.

والمعنى في المسألة أن كلا منهما مات من مرضه⁽³⁾.

(1) التهذيب: 338/4.

(2) قوله: (قبل الثاني أن يبطل ما وهبه الثاني... الأول) ساقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 478/13، 479.

وزاد المشدالي بعده: وإنما قال في الرواية: إنَّ للموهوب له الأول ثلاثة من تسعة؛ لأنَّ

ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه؛ فلا بأس إن قومها على نفسه، ويشهد ويستقضى للابن (1).

قوله: (قومها على نفسه ويشهد).

المتيطي: وتضمّن (2) عقد الإشهاد معرفة الشهود لأصل الهبة، وإنما احتيج إليه ليكون ذلك أقوى للابن؛ لئلا يدّعي الورثة يوماً ما (3) أنه ولّج إليه بالثمن وجعل الهبة حيلة لذلك.

المقدمات: تفارق الهبة الصدقة في أمرين:

الهبة يصح استرجاعها ببيع أو غيره وتعتصر، والصدقة لا (4)، إلا في صدقته (5) على ولده ففيها عن مالك خلاف، قيل: لا يجوز إلا لضرورة، كما إذا تعلّقت نفسه بالأمة التي تصدق بها على ولده، وهو ظاهر المدونة هنا (6).

ذلك هو ثلث ماله الذي يجب تنفيذه، ثم هذه الثلاثة لما ملكها الموهوب له الأول ولم يكن عنده سواها، وقد وهب ماله أيضاً للواهب الأول، فوجب أن لا يمضي من ذلك إلا الثلث، وهو الواحد من الثلاثة الذي أشار إليه في الرواية.

(1) التهذيب: 338/4.

(2) في (ع): (فتضمن).

(3) قوله: (ما) ساقط من (ع).

(4) قوله: (لا) ساقط من (ع)، و(ش)، والمثبت أقرب لما في المقدمات، والسياق يقتضيه.

(5) في (ع): (صدقته).

(6) انظر: المقدمات الممهّدات، لابن رشد: 95/2.

انظر تمامه(1).

قلت: وفي العتبية: العبد كالجارية، وهو في الجارية أعذر، ولو تصدَّق بها على أجنبي وتبعته نفسه، [66/ب] ما بُعد أن يجوز شراؤها بخلاف العبد(2).

وإن بعث رجل بهدية أو صلة لرجل غائب، ثم مات المعطي أو المعطى قبل وصولها، فإن كان أشهد؛ فهي للمعطي أو لورثته، وإن لم يشهد؛ فهي للذي أعطى أو لورثته(3).

قوله: (فإن كان أشهد فهي للمعطي).

قال في تعليقة القاسبي: قال البراذعي: معنى (أشهد)؛ أي: قال: "اشهدوا أني جعلت هذا المال للمساكين"، وأخرجه من يده إلى يد من يُفرِّقه، أو قال: "اشهدوا أني جعلت هذه الهبة لزيد وأمرتُ هذا أن يوصلها إليه"، فهذا هو الذي ينفع فيه الإشهاد؛ لأنه يصير وهب وحوز.

وأما إن لم يكن إلا مجرد الإشهاد، فمات المبعوث إليه؛ فإنه لا يلزم بذلك الواهب.

(1) المشدالي: قال بإثر ما سبق: وقيل: يجوز الرجوع فيها بالبيع والهبة والاعتصار، وهو قول مالك في سماع عيسى من كتاب الصدقات؛ لأنه أجاز أن يأكل مما تصدق على ابنه الصغير، وذلك لا يكون إلا على معنى الاعتصار؛ لأن الصغير لا يصح منه إذن، وهو ظاهر ما في سماع ابن القاسم، ولم يفرِّق في الرواية بين صغير ولا كبير.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 362/13.

(3) التهذيب: 340-339/4

قلت: وفي سماع ابن القاسم - فيمن أبيض مع رجل بضاعة إلى رجل، ولا يدري المبعوث معه لم بعث بها، فألقى الرجل المبعوث إليه قدمات، فقال خليفته: ادفعها إليّ - قال مالك: أرى أن يردّها لباعثها.

ابن رشد: هذا بين؛ إذ لا يدري لعله إنما بعثها لتكون وديعة عند المبعوث إليه، أو يشتري له بها شيئاً، ولو علم أنه بعث به إليه صلة أو هدية، فإن أشهد على إنفاذها حين أرسلها؛ فهي لورثة المبعوث إليه.
هذا نص ما في صدقة المدونة.

ومعنى ذلك: إن كان الموصل إليه أو المهدى له يوم الصلة حياً، ولو كان ميتاً لم يكن لورثته منها شيء. هذا معنى ما في المدونة عندي⁽¹⁾.

قلت: ونزلت عندي عام ثلاثة وثمانمائة مسألة من هذا المعنى، وهي رجل بعث بثوب من المهديّة إلى أخيه بالحمة، فلما وصل المبعوث معه الثوب، وجد الأخ المبعوث إليه قدمات، ولا يدري المبعوث معه لأي شيء بعثه الباعث، فقام الأب - وقد كان ساكناً بالحمة - وأراد أخذ الثوب، وقال: هذا قد بعث لابني، وأنا وارثه، وترافع المبعوث معه إلى مجلس الأحكام عندي، فحكمت بينهما بأنه لا مقال للأب، وأمرتُ برد الثوب إلى صاحبه.
وأخذتها من مسألة العتبية هذه، ومن كلام ابن رشد.
وبالله التوفيق.

(1) البيان والتحصيل: 128/8، 129.

كتاب الهبة

كتاب الهبة

وإن وهبت رجلاً عشرة أقساط زيت من زيت جلجلانك هذا؛ جاز ذلك - كهبتك له ثمرة نخلك قابلاً - ويلزمك عصره⁽¹⁾.

قوله: (ويلزمك عصره).

ابن محرز: ينبغي أن يختلف في أجر القرض والهبة والإقالة والتولية على من يكون، على اختلافهم هنا في العصر.

من وهب من مال ابنه الصغير شيئاً، لم يجز، فإن تلفت الهبة ضمنها الأب. ومن تصدق على رجل أو وهبه شقصاً له في دار أو عبد؛ فذلك جائز، ويحل المعطى فيه محله، فيكون ذلك حوزاً⁽²⁾.

قوله: (نصفاً له في دار أو عبد...). المسألة.

أبو إبراهيم وغيره: إذا كان يد الواهب مع يد الموهوب له، هل ذلك حوزاً؟ أم لا؟ والقولان قائلان من آخر رهونها وأولها.

قلت: الذي نسبه ابن رشد لابن القاسم الصحة، خلافاً لأصبيغ.

قلت: قال ابن سهل عن ابن زرب: من وهب نصف دار ثم سكنها الواهب والموهوب على الشيع، لم ينفذ شيء من الهبة، إلا أن يقتسما سكنها

(1) التهذيب: 343/4.

(2) التهذيب: 343/4.

شطرين على المراضاة⁽¹⁾.

وإن وهبه مورثه من فلان، وهو لا يدري كم هو ربع أو سدس، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، ولا يدري كم ذلك؛ فهو جائز⁽²⁾.

قوله: (وإن وهبه مورثه من فلان).

قلت: معنى المسألة أن فلاناً مات حين الهبة أو مرض، أما لو كان

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 553/1.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن سهل يآثر ما سبق ما نصه: وإن لم تكن قسمة صحيحة في الأصل فإن الهبة تنفذ في اقتسامها بتراض إذا كان سكنها إياها على اقتسام، انظره في باب الصدقات والهبات.

ونسب ابن سهل صحة حوز الموهوب له مع الواهب إلى مالك، نبه عليه في ترجمة رجل صير لامرأته في كالتها نصف دار سكنها، وقال ابن عرفة: في صحته قولاً ابن القاسم في تفسير ابن مزين وأصبع وقال ابن سهل في ترجمة شهادات في هبة نصف دار: وإن وهب جزءاً من داره لأجنبي أو لابنه الصغير في حجره واستبقى باقيها لنفسه وجاز لابنه ما وهب له وجاز الأجنبي ما وهب له في صحة الواهب، فالهبة جائزة في قول مالك وأكثر أصحابه، وهو في المدونة والواضحة والعتبية خلاف لأصبع.

المشدالي: وهذا كقتل ابن رشد، وقال ابن عرفة أيضاً قبيل ترجمة العطية في شرط رفع يد المعطي وصحته بتصرفه مع المعطي كشريكه، ولا يضر استقلال معطيه به في أيام قسمه، قولان للخمى عن سحنون، ومحمد مع عياض عن ابن مزين قائلاً: هو قول ابن القاسم وعيسى.

المشدالي: وهذا فيما باقيه للواهب، وأما ما باقيه لشريك الواهب فلا خلاف في صحته فيه، قاله ابن رشد في ثالثة سماع أبي زيد من الهبات.

(2) التهذيب: 344/4.

صحيحاً فلا يلزم الواهب ما وهبه.

قال ابن القاسم - فيمن تصدق بميراثه من أبيه إذا مات والأب باق -
أيجوز هذا؟ قال: لا أرى أن يجوز هذا، ولا يقضى به عليه.

ابن رشد: قوله: "لا يجوز" معناه: لا يلزمه، وله أن يرجع عنه، ولا نص
خلاف في ذلك.

ولو وهب ميراثه في مرض الموهوب الذي مات منه لزمه، ولم يكن له أن
يرجع عنه إلا إذا ظنه يسيراً ثم ينكشف أنه كثير فيحلف على ذلك ولا يلزمه،
ولا نص خلاف في ذلك. انظر تمامه (1).

قلت: قد أوماً في قوله: "لا نص خلاف"، إلى أنه لا يبعد أن يتخرج (2) فيه
اللزوم وإن كثر.

وما أحسن قولها: (إذ لو شاء لم يعجل) (3)، وقوله في العتبية: "إذ لو شاء
لاستبثت" (4)، وقول وصاياها في دخول المدبر في الصحة فيما علم (5)، وغير ما
مسألة في هذا المعنى، وكيف وقد صرح به في موضع آخر عن ابن عبد
الحكم (6).

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 421/13، 422.

(2) في (ش): (يتأخر).

(3) انظر: المدونة (زايد): 419/7، و(السعادة/صادر): 374/11، و(العلمية):
387/3.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 315/7.

(5) انظر: المدونة (زايد): 174/10، و(السعادة/صادر): 37/15، و(العلمية):
349/4.

(6) المشدالي: الموضع الذي صرح فيه باللزوم عن ابن عبد الحكم هو أول سماع عيسى

ويقضى بين المسلم والذمي في هبة أحدهما للآخر بحكم المسلمين⁽¹⁾.

قوله: (ويُقضى بين المسلم والذمي).

قال شيخنا أبو عبد الله: هذه المسألة يؤخذ منها عندي الحكم بالمكروه؛ لأن قبول هبة الذمي مكروه.

قلت: فيه نظر؛ لأنه لم يتصدَّ هنا للكلام على حكم قبولها ابتداءً، وإنما تكلم بعد الوقوع، وبعد الوقوع لا مكروه⁽²⁾.

ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض، وشهدت عليه بإقراره بينة، ثم مات؛ لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تُعاین البينة الحوز⁽³⁾.

قوله: (حتى تُعاین البينة الحوز).

من كتاب الهبات والصدقات، والموضع الآخر الذي سكت فيه عن ذكر ابن عبد الحكم هو رسم (العتق) من سماع عيسى من كتاب الشهادات.

(1) التهذيب: 346/4.

(2) المشدالي: قال ابن سهل - بعد أن ذكر كلاماً رسمه بعض المقومين للنفقات - : كتبت هذا الفرض على نص ما أفتى به المفتي؛ ليقف متأمله على نقصانه وما زخرفه من هذيانه، وعلى جهله، وقصر علمه وعقله، كذكره الحجام والحمام وكييلة خز، ومالك يكره دخول الحمام ولباس الخبز والفضة، وأدخل في الصرف - بعد أن حده - الفران ومعلم القرآن، ولعل ذلك مما يستغرق المسمى للصرف، فيبقى المفروض له دون صرف، وغير ذلك مما هو لغو، وهو أدخل في الهديان منه في التفسير والبيان، والله المستعان، وليس كل من يفتي يدري أيفتي أم يهذي، وما كل من أجرى يقال له مجري.

(3) التهذيب: 347/4.

قال ابن زَرْب - فيمن تصدق على ابنه الصغير بدنانير له عند رجل، وقال ذلك الرجل: أشهدكم أنها عندي وأنا حزمتها للصغير، فمات الأب -: فذلك نافذ للولد إذا علم أن الدنانير كانت عند الرجل قبل الصدقة، أو عاين الشهود قبضها وقت الصدقة، وإلا بطلت، ولا ينفع⁽¹⁾ إقراره بقبضها، وترجع ميراثاً⁽²⁾.

وإذا قلت في الأرض الغائبة: قد قبلت وقبضت؛ لم يكن ذلك حوزاً، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز، إلا أن يكون له في يدك أرض، أو دار، أو رقيق بكرة، أو عارية، أو ودیعة وذلك ببلد آخر، فوهبك ذلك، فإن قولك: قبلت، حوز، وإن لم تقل: قبلت، حتى مات الواهب؛ فذلك لورثته⁽³⁾.

قوله: (إلا أن يكون في يدك أرض...). المسألة.

قلت: هذا ينقض قول شيخنا في مختصره راداً على ابن الحاجب بأن حفظ الرِّبْع ونحوه مما لا ينقل يبطل طرد حد ابن الحاجب⁽⁴⁾.
ودعوى اللف والنشر في هذا المقام بعيدة⁽⁵⁾.

(1) في (ع): (ينفعه).

(2) انظر: الأحكام، لأبي المطرف المالقي، ص: 139، 140.

(3) التهذيب: 349/4.

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 365/أ.

(5) المشدالي: أشار إلى حد الوديعة، وتبين لك مراده بنقل الحدّين معاً.

فأما حد ابن عرفة فقال: هي نقلٌ مطلقٌ حفظٍ ملكٍ ينقل، فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيضاء والوكالة؛ لأنها لأزيد منه، وحفظ الرِّبْع.

ومن وهب لرجل ديناً له على آخر لغير ثواب؛ جاز، ولا رجوع له فيه، وإن وهبه إياه لثواب؛ لم يجز أن يثيبه إلا يداً بيد⁽¹⁾.

قوله: (ومن وهب لرجل ديناً لغير ثواب...) المسألة.

في رسم (الشجرة) من سماع ابن القاسم فيمن أسكن رجلاً بيتاً له ولعقبه ما عاشوا، أترى له أن يرجع فيه؟ قال: لا.

ابن رشد: هذه مسألةٌ صحيحةٌ، لا خلاف في المذهب أن من حبس أو وهب أو تصدق ليس له أن يرجع عن ذلك، ويحكم عليه به، وإن لم يقبض منه إن كان لمعين اتفاقاً، ولغير معين باختلاف.

والقولان في المدونة.

وقول ابن الحاجب كابن شاس تابعين للغزالي: (استنابة في حفظ المال) كحروفه، ويبطل عكسه ما دخل وطرده ما خرج.

المشدالي: وأما وجه النقض على ابن عرفة بمسألة المدونة هذه فلأن ظاهر قوله: "ووديعة"، رجوعه إلى الأرض وما ذكر معها، فصح كون الربع عنده مما يصح إيداعه، فبطل اشتراط كون المودع مما ينقل، فيكون إذا ذاك مراد (الدخول) في الحد كتعريف ابن الحاجب، لا مراد (الخروج) كما أشار إليه ابن عرفة.

وأما قول الوانوغوي: ودعوى اللف والنشر هنا في هذا المقام بعيدة، فهو استبعاد لدفع مقدر، وتقديره أن يقال: لا نسلم صحة النقض بلفظ المدونة.

قولكم: إن قوله: (أو وديعة) راجع للجميع ممنوع، بل الكلام فيه لف ونشر، فقوله: (عارية)، راجع إلى الأرض والدار، وقوله: (أو وديعة)، راجع إلى قوله: (أو رقيق).

المشدالي: هذا وإن كان ممكناً إلا أنه بعيد كما قال؛ لكونه على خلاف الظاهر، ولا دليل يصرف عنه، فوجب الوقوف عنده. والله أعلم.

(1) التهذيب: 352/4.

والإسكان في هذه المسألة لمعيّن، فلا(1) خلاف فيه(2).

قلت: هذه المسألة مركبة من معيّن وغيره؛ لأجل العقب، ولو أقام المسكين شاهداً واحداً على الإسكان إذا أنكره رب البيت، فهل يخلف مع شاهده ويستحق الإسكان هو وعقبه؟ أم لا؟

الظاهر عندي أنها تجري على ما لابن رشد والمازري والنوادر وغير واحد في هذا المعنى، وإليه أشار ابن الحاجب بقوله: "فلو كانت اليمين ممكنة من بعض، ممتنعة من بعض..."(3) إلى آخره(4).

وفي رسم (الجواب) من سماع عيسى - فيمن سأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها، أو تتصدق عليه بشيء من مالها فتفعل، ثم أرادت بعد موته أو بعد أن صحَّ أن ترجع. قال: لا رجوع لها.

ابن رشد: اتفاقاً إلا إذا أكرهها(5).

(1) في (ع): (بلا).

(2) البيان والتحصيل: 228/12 - 229.

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 704.

(4) المشدالي: انظر ابن عرفة على كلام ابن الحاجب المشار إليه، وانظر أيضاً كلام ابن رشد في مختصر البيان.

(5) البيان والتحصيل: 464/13 و465.

وأما إن وهب لحاضر غير صغير ولا سفيه ولا عبد، وجعل من يحوز له، وأمره أن لا يدفعها إليه؛ لم تكن هذه حيازة إن لم يقبضها الموهوب حتى مات الواهب؛ لأن الموهوب له جائز الأمر وهو حاضر، فلم يسلمها إليه، فعلى أي وجه حازها هذا له، وإلى أي أجل يدفعها إليه؟ وهذا بخلاف الصغير؛ لأنه أراد في الصغير ارتقاب بلوغ رشده، أو لئلا يأكله الأب، ولا يرتقب في كبير حاضر شيئاً⁽¹⁾.

قوله: (أو لئلا يأكله الأب).

أخذوا منه أن من زوج ابنته، فدفعت له الزوج الجهاز، فخاف من الأب أن يأكله؛ أنه ينزع منه⁽²⁾.

(1) التهذيب: 352/4-353.

(2) المشدالي: قال صاحب الطرر في ترجمة (إجهاز الوصي لتييمته): سئل ابن رشد عن وقع بينه وبين زوج ابنته نزاع بعد نحو العام من البناء بها، وقد كان أبرزها بشورة أكثر من النقد، فيريد الأب أو الوصي أو الكافل المربي لها والعاقد لنكاحها تثقيف ما كان أبرزه، وإخراجه عن بيت بنائها إلا قدر نقدها، ولم يظهر من الزوج تغيير من حال الزوجة في شيء من ثيابها ولا هو ممن يتهم على ذلك، وكيف إن كان ممن يخاف من قبله أو ظهر عليه ما يوجب الاسترابة منه؟

فأجاب: للأب أن يتقف من شورة ابنته التي إلى نظره ما تستغني عنه منها إذا خاف عليه عندها، وكذلك الوصي، وليس ذلك للولي غير الوصي، ولا للحاضن المربي، فإن دعي إلى ذلك علي وجه الحسبة نظر القاضي في ذلك بالاجتهاد.

وقد رأيت لابي عبد الله بن عتاب في ذلك جواباً قال فيه: إن كان الأب مأموناً على الثياب، له ذمة، فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم إلى ابنته منها بقدر نقدها، وزائد عليه ما تتجمل به مع زوجها - على التوسط في ذلك - ويشهد الأب بما يوقف لابنته

ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب؛ لم يجز، إلا أن يكون سفيهاً أو صغيراً، فيشترط ذلك عليه ما دام في ولاية؛ فيجوز⁽¹⁾.

قوله: (إلا أن يكون سفيهاً أو صغيراً).

في تعليقة القابسي عن أبي عمران: انظر ما معنى: (سفيهاً أو صغيراً)، وهما لا يجوز بيعهما وهبتها بشرط؟ أم لا؟
أبو عمران: لعله إنما أراد: لا تباع⁽²⁾ عليه [67/أ] إذا احتاج إلى النفقة؛ لأن لوليه بيع عروضه في النفقة فشرط هذا أن لا تباع ويباع غيرها إن وجد.
قال القابسي: الهبة جائزة، وهي كالحبس المعين، لو وهب هبة لسفيه أو يتيم وشرط أن تكون يده مطلقة عليها، وأنه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط.

عنده، وإن كانت أحواله غير مرضية وضعها الحاكم بيد من يرتضيه بإشهاد. ورأيت نحو هذا الجواب لابن جواهر الطليطي - وهو جواب حسن في النظر - وقد شاهدتُ أقواماً وُضعتْ عندهم ثياب بناتهم خيفة عليها - بزعمهم - فباعوها وأكلوا أثمانها، وتعدّر الانتصاف منهم؛ لقلّة ذات أيديهم.
وانظر جواب ابن عتاب في ابن سهل عند قوله: "فإن كانت الثياب التي أبرزها الوصي زائداً..."
المشدالي: وقال ابن عرفة بعد أن حكى ما تقدم من الطرر باختصار: وقد شاهدتُ شيخنا ابن عبد السلام حَكَمَ بِمَنْعِ أَبِي قَبْضِ إِرْثِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ، فَكَلِمَتِهِ فِيهِ! فَقَالَ لِي: إنه فقير.

وكان الفقيه أبو إسحاق بن عبد الرفيع يحكم بهذا، وما تقدم حجة لهما.

(1) التهذيب: 353/4.

(2) قوله: (لا تباع) يقابله في (ع): (الابتاع).

ولا يكون واهب حائزاً للموهوب إلا والد، أو وصي، أو من يجوز أمره عليه (1).

قوله: (ولا يكون واهب حائزاً إلا والد أو وصي...) المسألة.

ابن رشد: في المدونة ما يدل ظاهره أن السيد يجوز لأم ولده وعبد الكبير ما وهبه هو لهما، أو تصدق به عليهما، كما يجوز لابنه الصغير ما وهب (2) له، وهو قوله: (أو من يجوز أمره عليه)؛ إذ لا أحد أجوز أمراً على أحد من السيد علي عبده وأم ولده؛ إذ له أن يحجر عليهما، وأن يتنزع مالهما، فتحجيره عليهما أقوى من تحجير الأب على ابنه الصغير، والوصي في يتيمة، فوجب أن تكون حيازته لهما أجوز من حيازته (3) لما وهبه لابنه ویتيمه، فهذا وجه ما يدل عليه ظاهر المدونة (4).

ولا يعتصر الأبوان ما تصدقا به على ولدهما، صغيراً كان أو كبيراً، وأما الهبة، والعطية، والعمر، والنحل؛ فلهما الاعتصار في ذلك (5).

[قوله]: (ولا يعتصر الأبوان ما تصدقا به).

قلت: ظاهره ولو شرط الاعتصار.

المتيطي: إذا شرط الأب في صدقته الاعتصار، ففي وثائق ابن الهندي أن

(1) التهذيب: 355/4.

(2) في (ع): (وهبه).

(3) قوله: (لهما أجوز من حيازته) ساقط من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/14، 9.

(5) التهذيب: 356/4.

ذلك له، وحكاه أيضاً الباجي في وثائقه.

قال: وقال غيره: شرطه لا يجوز.

ابن الهندي: فإن قيل: كيف يجوز له أن يشترط في الصدقة الاعتصار

والصدقة لا تعتصر؟

قيل له: سنة الحبس لا يباع، وإذا شرطه (1) المحبس في نفس الحبس كان له

شرطه.

ابن رشد: والاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط (2).

وليس لغير الأبوين أن يعتصر هبة، لا جد، ولا جدة، ولا غيرهما، إلا الأبوان من الولد (3).

قوله: (لا جد ولا جدة...) المسألة.

قلت: ظاهر المدونة: لا اعتصار للأجداد ولو شرطاه.

ونص عليه أبو مروان.

انظر: ابن سهل.

قلت: في تعليقة القابسي قال البراذعي: احتج في المدونة على جواز

اعتصار الأم بقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» (4)، فدرأ الحد عن الأم في

(1) في (ع): (اشترطه).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 475/13.

(3) التهذيب: 357/4.

(4) صحيح، أخرجه أبو داود، 311/2، في باب الرجل يأكل من مال ولده، من كتاب

الإجارة، برقم: 3530، وابن ماجه: 769/2، في باب ما للرجل من مال ولده، من

السرقه⁽¹⁾ بهذا الحديث، فلهذا جعل لها الاعتصار.

ويلزمه على هذا صحة اعتصار الجد؛ لأنه يدرأ عنه الحد في السرقه كالأب. وقد قال: إن كل من لا يُقَطَع يعتصر.

وما وهبت لقرابتك أو ذوي رحمك، وعلم أنك أردت ثواباً، فذلك لك، إن أثابوك، وإلا رجعت فيها⁽²⁾.

قوله: (إن أثابوك وإلا رجعت في هبتك).

قلت: وعلى هبة الثواب خرّج ابن المناصف ما تمالأ عليه الموثقون في زماننا، في كونهم لا يُعَيَّنون أجره معلومة يقع عليها الاتفاق؛ حياءً ومروءةً أن ينزلوا أنفسهم منزلة أهل الصنائع. انظره⁽³⁾.



كتاب التجارات، برقم: 2292، من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وأخرجه ابن ماجه: 769/2، في باب ما للرجل من مال ولده، من كتاب التجارات، برقم: 2291، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه. قال البوصيري: هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري. انظر: مصباح الزجاجة: 37/3. وأخرجه ابن حبان: 142/2، في باب حق الوالدين، من كتاب البر والإحسان، برقم: 410، من حديث عائشة رضي الله عنها. قال ابن الملقن: وهو أصح طرقة الثانية. انظر: تحفة المحتاج: 377/2.

(1) قوله: (في السرقه) يقابله في (ع): (بالسرقه).

(2) التهذيب: 358/4.

(3) المشدالي: انظر ابن عرفة فإنه أتى بكلام ابن المناصف كاملاً، وزاد عليه.

كتاب الهبات

كتاب الهبات

وإن كان دينك دنانير، فعجله لك رجل على أن أحلته عليه؛ لم يجز، كان النفع ههنا له أو لك دونه؛ لأنه بيع الذهب بالذهب إلى أجل. قال سحنون: وقد قال ابن القاسم: لا بأس بهذا إذا كانت المنفعة لقابض الدنانير، وهو أسهل إن شاء الله⁽¹⁾.

قوله: (وهو أسهل إن شاء الله).

في سماع ابن القاسم - فيمن له على رجل عشرة دنانير من بيع أو سلفٍ إلى أجل، فيحل الأجل، فيلزمه صاحبها بحقه فيعسر به، فيعرض له رجل آخر على الذي له الحق أن يُنظره على أن يسلفه عشرة دنانير - قال مالك: "إن كان الذي يعطي يكون له على الذي له الحق؛ فلا خير فيه، وإن كان قضاء على الذي عليه الحق سلفاً منه له؛ فلا بأس به".

ابن رشد: هذا بيّن - على ما قال - أنه لا يجوز إذا لم يكن ذلك قضاءً عن الذي عليه الحق؛ لأنه سلفٌ جرّ نفعاً⁽²⁾.

وللأب أن يهب من مال ابنه الصغير للشواب، ويعوض عنه واهبه للشواب⁽³⁾.

(1) التهذيب: 364/4.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 107/7، 108.

(3) التهذيب: 365/4.

قوله: (وللأب أن يهب من مال ابنه...) المسألة.

قلت: قال شيخنا أبو عبد الله: ظاهر المدونة عندي أنه لا يهب جميع مال ولده إلا إذا ظهر له في ذلك مصلحة كرجاء أكثر منه.

قلت: قال المتيطي: لا يجوز للأب أن يهب مال ولده إلا على وجه المكافأة، فظاهر هذه العبارة جواز هبة الكل.

قلت: مفهوم قوله في المدونة: (وللأب)؛ أن الوصي: لا.

وصرح به عبد الحق، وتبعه عليه الصقلي والمنيطي في أبواب التصيرات والهبات، وصاحب الطرر، وشيخنا في مختصره في باب الحجر، وغير واحد، وكأنه خلاف لقوله في المدونة في كتاب الشفعة: (وهبة الوصي لشقص اليتيم كبيع رُبْعِه...) المسألة (1).

فإن قلت: هذا المفهوم من باب مفهوم اللقب؛ وهو باطل.

قلت: لا؛ بل مفهوم الصفة (2)..

ومن لزمه دين لرجل، أو ضمان عارية يغاب عليها، فحلف بالطلاق ثلاثاً ليؤدين ذلك، وحلف الطالب بالطلاق ثلاثاً أن قبله، فأما الدين فيجبر الطالب على قبضه ويحنت، ولا يجبر في أخذ قيمة العارية (3).

(1) التهذيب: 160/4.

(2) المشدالي: أو مفهوم الشرط، وكلاهما معتبر إلا أن يقال: يجب إلغاؤه هنا؛ لمعارضته المنطوق المشار إليه، وإلغاؤه لأجل فقدان شرطه لا يدل على إلغائه مطلقاً. والله أعلم.

(3) التهذيب: 366/4.

قوله: (ومن لزمه دين لرجل...) المسألة.

قلت: في سماع يحيى من الأيمان بالطلاق - في الرجل يأمر غريباً له أن يدفع ما له عليه إلى وكيل له، ثم سأله بعد أيام، فقال: قد دفعتُ إلى وكيلك ما أمرتني، فقال: قد كتب إلي وكيلي أنه لم يقبض منك شيئاً، فقال الغريم: امرأتي طالق البتة إن كنتُ لم أدفع إليه حقك، وقال الطالب: امرأتي (1) طالق إن كنت دفعت إليه شيئاً - قال: أما (2) المطلوب فينوي في يمينه، ولا يبرأ من الحق إلا بيينة على الدفع، وأما الطالب فحانث من عاجل أمره؛ لأنه حلف على غيب لا علم له به، ولا يجوز للإمام أن يُقرَّ امرأته عنده وقد تبين أنه قد حلف على غير علم (3).

قلت: وسئل القاسبي عن الذي يهب للشواب فيثيبه الموهوب بأكثر من قيمتها، فيقول الواهب: لا أقبل إلا القيمة، ولا أرضى أن يكون لك عليّ فضلٌ، ويقول الموهوب: أنا لا أثيبك إلا أكثر، ولهذا وهبت لي؟ فقال القاسبي: يجبر الواهب على أخذ الفضل.

قيل له: فلو حلف كلُّ منهما بالطلاق؟

قال: يحنث الواهب؛ لأن هبات (4) الناس على ذلك.

قلت: سئل ابن عبد السلام عن رجل له ابنة ذات منصب، عقد عليها النكاح من ذي منصب، فلما كان ليلة الزفاف حمل الأب ابنته في قبة، على جري

(1) في (ش)، و(ع): (امراته)، والمثبت موافق لما في البيان والتحصيل.

(2) قوله: (أما) ساقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 261/6.

(4) في (ع): (هبة).

العادة عندهم في ذلك، وامتنع الزوج من الإتيان لأخذ العنان، فحلف الأب بالطلاق أنه لا يُسيّر ابنته إليه حتى يأتيَ فيأخذ العنان، فبلغ ذلك الزوج، فحلف أيضاً بالطلاق أنه لا يأخذه إلا إذا أوجبه الشرع والعرف المستقر أخذ الأزواج بعنان مركوب الزوجات، فماذا يقع به (1) العمل بينهما؟

الجواب: إن كان صحب الابنة شيء من المزامر والملاهي التي لا تحل؛ لم يجز للزوج الخروج، ويحنت الأب.

وإن لم يكن شيء من ذلك فإن لم تكن العادة (2) مطردة عندهم في جميع الناس ذوي المناصب وغيرهم؛ فكذلك يحنت الأب.

وإن اطردت، وكان ترك (3) ذلك عاراً على المرأة، فأستحسن أن يقضى على الزوج بالخروج.

ولا يبعد أن يوجد في فروع المسائل ما يُستقرأ منه الخلاف في ذلك.

وفي طرر ابن عات عن بعضهم: المنع من الخروج لأخذ العنان إن كان هناك هُوًّا أو مزامير. اهـ. [67/ب]

قلتُ: استحسن الشيخ أصله ما ذكره اللخمي في حق الزوجة في باب الوليمة.

وقول بعض الناس بتركه الجمعة لحقها.

ومما يستقرأ منه الخلاف ما ذكره المازري من اختلاف الشيوخ فيمن

(1) قوله: (به) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (عادة).

(3) قوله: (ترك) ساقط من (ع).

حلف بالطلاق ليدخلن الليلة بزوجته ولم تتجهز⁽¹⁾ بشيء.

قيل: يحنث؛ لأنه يلحقها وَصْمٌ بذلك.

وقيل: لا، وهذا الذي صرح به صاحب الطرر في آخر ترجمة صداق عقده

الأبوان لصغيرين.

قلت: والذي أستحسنُ أنا في هذه النازلة أنه لا يقضى على الزوج بأخذ

العنان؛ لأن إيجاب الشرع ذلك عليه عزيز.

وفي سماع عيسى: قيل لمالك فيمن حلف ليقضين رجلاً حقه فيأبى أن

يقبله، أترأه في سعة من ذلك؟

قال: هذا يأتي السلطان.

قيل له: أفيجبره السلطان على أخذه؟

قال: نعم.

ابن رشد: لا يخلو أمر الحالف من ثلاثة أوجه:

إن أراد بـ (ليقضينه): ليرئن ذمته؛ فهذا لا يبر فيه إلا أن يقضيه حقه.

وإن أراد أنه لا يحبس عنه حقه و يمطله به؛ فهذا يبر فيه بأن يأتيه بحقه؛

قبله أو لم يقبله، فإن كان يمينه بطلاقٍ أو عتقٍ أو ما أشبهه مما يقضي به عليه

القاضي، فأتاه بحقه فأبى أن يقبله أشهد عليه بذلك، ولم يلزمه شيء، وإن لم

يكن ليمينه بساط يحمل عليه ولا نية ولا إرادة تخرج فيه قولان⁽²⁾.

قلت: وفي سماع عيسى - فيمن اشترى عبداً بعشرة وله على البائع دينار،

(1) في (ش): (يتجهز).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 415، 414/9.

فدفع له تسعة وقال: لي عليك دينار فالجميع عشرة، فقال البائع: عليّ المشي، لا⁽¹⁾ قاصصتك به، وقال المشتري: هو حر إن لم أقاصصك به - فإنه يحنث البائع على المشهور من وجوب الحكم بالمقاصة⁽²⁾.

ولو وهبه عبدين، فأثابه من أحدهما، ورد عليه الآخر؛ فللواهب أن يأخذ العبدين، إلا أن يشبه منهما جميعاً؛ لأنها صفقة واحدة⁽³⁾.

قوله: (ولو وهبه عبدين...) المسألة.

في نوازل أصبغ - فيمن وهب عبدين لرجل للثواب، فأراد الموهوب له أن يأخذ أحدهما بقيمته ويرد الآخر، وأبى ذلك الواهب - قال: ذلك للموهوب له.

ابن رشد: هذا خلاف نصها: (القول قول الواهب)⁽⁴⁾.

قلت: وقول ابن القاسم في هذا النمط: (إذا أثابه أحد العبدین المساوي

(1) في البيان والتحصيل: (إن).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 197/3، 198.

وزاد المشدالي بعده: وفي رسم (العتق الثاني) من سماع أشهب من العتق، وعن ذات زوج قالت: «كل مملوك لي حر إن خرجت من هذا المنزل»، فقال زوجها: «كل مملوك لي حر إن لم تخرجي» وريقها نصف مالها.

قال: تبيع رقيقها في السوق، ولا ترجع إليهم، ولا تبعهم من أهلها.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن له أن يخرجها ويحنثها؛ إذ من حقه أن يسكن بها حيث شاء، فإذا أخرجها بعد أن باعت رقيقها، لم يلزمها شيء. اهـ. انظر تمامه.

(3) التهذيب: 368/4-369.

(4) البيان والتحصيل: 119/14.

لقيمتهما ألا يجبر الواهب) مشكّل؛ لأن قاعدة المذهب أن الموهوب إذا أثابه القيمة فأكثر جُبر الواهب.

قال شيخنا: الجواب أن الغالب من الثواب رجوع⁽¹⁾ غير الخارج من يده؛ لأن الأغراض تختلف في ذلك⁽²⁾.

(1) في (ع): (وجوب).

(2) المشدالي: أشار إلى قول ابن القاسم في أول رسم العتق من سباع عيسى من الهبات: فيمن وهب لرجل عبيدين أو ثوبين فأقاما عنده أياماً فزادت سوقهما، فأثابه الموهوب أحد العبيدين أو أحد الثوبين، قال: ليس له أن يعطيه أحد عبديه أو أحد ثوبيه ثوباً وإن ارتفعت قيمة أحدهما حتى يكون مثل قيمتهما يوم الهبة إلا إن رضي الواهب. ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه لو أراد أن يرد أحدهما ويثيبه عن الآخر. كان الأدنى أو الأرفع - لم يكن له ذلك على مذهبه في الكتاب، وهو الصحيح في القياس والنظر، خلاف قول أصبغ في نوازل؛ لأنه قادر على أخذهما معاً أو ردهما معاً فليس له أن يبعث ذلك، كما لو بيعا على الخيار، وكسلف استُحققت من يد المشتري وأراد المستحق أخذ البعض دون البعض، بخلاف استحقاق أحد الثوبين، أو أحد العبيدين أن الباقي لازم للمشتري؛ إذ لا قدرة للمستحق إلا على ما استحق خاصة، فإذا لم يكن له أن يثيب من أحدهما ويرد الآخر فأحرى أن لا يكون له أن يرد أحدهما ولا يثيبه من الآخر.

المشدالي: أما على مذهب ابن القاسم في المدونة فالأحرورية واضحة، وأما على قول أصبغ في نوازل فيحتمل أن يجري في هذه على أصله هناك، ويحتمل أن يوافق ابن القاسم في هذه، ويفرق بأن الزيادة هناك حسية منفصلة بخلافها هنا، فكانت تلك أقوى في الاعتبار فلا يلزم من إعمالها إعمال هذه التي هي أضعف. والله أعلم بالصواب.

وكذلك قول مالك في الذي حبس على ولد له صغار حبساً، ومات
وعليه دين لا يدري أقبل الحبس أو بعده؟ فقال البنون: قد خزنه بحوز
الأب علينا، فإن أقاموا البينة أن الحبس كان قبل الدين، فالحبس لهم،
وإلا بيع للغرماء، فكذلك الهبة لغير ثواب⁽¹⁾.

قوله: (كقول مالك فيمن حبس...) إلى آخره.

القياس جلي؛ لأنه إذا بطل الحبس ممن صح حوزة الذي هو الأب،
فأحرى الواهب الذي لا يصح منه.

ابن رشد والباجي وغير واحد: اختلف في الرهن إذا وجد بيد المرتهن بعد
قيام الغرماء، فادعى المرتهن أنه حازه قبل، وكذبه الغرماء على قولين:

ابن رشد: هما قائمان من كتاب الهبة والصدقة من المدونة⁽²⁾.

قلت: وفي سماع أبي زيد - فيمن تصدق على أجنبي بدينار، ثم اذآن وحاز
المتصدق عليه صدقته، فلم يدر هل الدين قبل الصدقة أو بعدها - قال:
الصدقة أولى⁽³⁾ حتى يعلم أن الدين قبل.

قال: ولو أن رجلاً تصدق على ولد له صغير، فحاز له ثم اذآن ديناً
ولا يدري أيهما أول. قال: الدين أولى، إلا أن يعلم أن الصدقة كانت
قبل⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 369/4.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 176/10، 177.

(3) في (ش): (أولاً).

(4) البيان والتحصيل: 126/14.

قلت: وفي سماع أصبغ - فيمن مات وشهد عليه أنه حلف بعق رقيقه وحنث، فادعت امرأته أنها أخذتهم في حقها، وأقامت على ذلك بينةً، ولا يدري الشهود متى أعطاهما، ولا يدري الذين شهدوا بالحنث متى كان ذلك - فقال: إن حازتهم المرأة كانت أحق حتى تقوم بينة أنهم عتقوا قبل أخذها لهم، وإن لم تحزهم؛ فالعتق أولى إلا أن تقيم بينة أنها أخذتهم قبل العتق (1).

وإن قال: كل مال أملكه صدقة على المساكين؛ لم أجبره على صدقة ثلث ماله، وأمره بإخراج ثلثه من عين وعرض ودين، ولا شيء عليه في أم ولده ومدبريه، وأما المكاتبون فيخرج ثلث قيمة كتابتهم، فإن رقوا يوماً؛ نظر إلى قيمة رقابهم، فإن كان ذلك أكثر من قيمة كتابتهم،

وزاد المشدالي بعده: ابن رشد في أول رسم (الجواب) من سماع عيسى: أما الأولى فلا خلاف فيها، وأن الصدقة لا تزال من يد حائزها بدين لم يتحقق أنه قبلها. وأما الثانية فقال ابن القاسم فيها: إن الدَّين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبل. وقال أصبغ والأخوان: الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل. ووجهه أن الأب لما أشهد أنه قد تصدق على ابنه بهذه الصدقة وحازها له، وجب قبول قوله، وإعمال حيازته، ولا ترد صدقته إلا بيقين أن الدين الذي ظهر كان قبلها. وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن حيازة الأب للصغير لا تعلم إلا من قوله، فإذا قال: قد حزت لابني قَبْلَ قوله مع السلامة من الدين، فإذا لم يتحقق أنه كان يوم أشهد أنه حازها لابنه سالماً من الدين الذي ظهر عليه بعد ذلك؛ وجب أن لا يقبل قوله، وأن يقضى للغرماء بهذا المال الذي علم ملكه له، حتى يعلم خروجه من ملكه قبل ديونهم، فلا تبطل ديونهم إلا بيقين.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 120/15.

يوم أخرج ذلك؛ فليخرج ثلث الفضل، قال: وإن لم يخرج ثلث ماله حتى ضاع ماله كله؛ فلا شيء عليه، فَرَطَ أو لم يفرط⁽¹⁾.

قوله: (فَرَطَ أو لم يفرط).

ابن رشد: الذي يوجبه النظر أن يخرج ثلث ما تلف؛ قياساً على رب المال يفرط في إخراج الزكاة حتى يضيع المال⁽²⁾.

ومن أوصى لرجل بدار وثلثه يحملها، فقال الورثة: نعطيك ثلث جميع ماله، ولا نعطيك الدار؛ فليس ذلك لهم⁽³⁾.

قوله: (ومن أوصى لرجل بدار... المسألة).

سئل ابن عتّاب عن من أوصى ببيع داره ودفع ثمنها لزيد، فلما مات وأراد الوصي بيعها ودفع ثمنها لزيد قام زيد الذي أوصى له فقال: أنا آخذ الدار؛ لأنه قد أوصى لي بثنمها. فقال: الصواب تنفيذ ما عهد به الموصي، ولو أعطيت له الدار لكان تغييراً للوصية.

وقال مثله ابن القَطَّان، فقيل له: أجب فيها بعضهم بغير هذا!

فقال: الرواية كما قلت لك، وأشار بذلك إلى قول أصبغ في مسائله فيمن قال: بيعوا عبدي وأعطوا ثمنه فلاناً⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 369/4-370.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 221/3.

(3) التهذيب: 371/4، 372.

(4) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 128/1.

وزاد المشدالي بعده: هذه المسألة وقعت لأصبغ في نوازله من كتاب المكاتب، فلنأت بها على

وجها كما فعل ابن سهل؛ لتتم الفائدة بذلك. قال: وسئل عن الرجل يوصي فيقول: بيعوا عبدي فلاناً واعطوا ثمنه لابنه فلان، فقبل ذلك الابن، أترى أن يعتق عليه؟ قال: لا، والوصية جائزة، وبيع ويدفع له ثمنه.

قلت: فإن أوصى بكتابة الأب لابنه فقبل ذلك، قال: يعتق عليه، قيل له: فما الفرق بين الكتابة والتمن؟

قال: لأنه إذا أوصى للابن بكتابة أبيه فقد نزل منزلة مَنْ كاتبه، إن أدى عتق، وإن عجز رِق لمن يعتق عليه إن ملكه، فملك الكتابة كملك الرقبة.

وأما إن قال: أعطوا الابن ثمن أبيه فإنه يصير له الثمن بعد بيعه، ليس بيعه في يد ابنه ولا رقبة وإنما له ثمنه إذا بيع.

ابن رشد: تفرقة أصبغ بينة صحيحة وبالله التوفيق.

المشدالي: زاد ابن سهل وقال ابن المواز: فيمن أوصى في أمة له أن يعطى ثمنها لابن لها حر فليس ذلك بملك ولا عتق، وهي وصية بال، وهي مثل ما تقدم.

المشدالي: فإذا وجب تنفيذ الوصية على وجهها مع تعيين الموصى له وطلبه أن يأخذ ما أوصى ببيعه ليأخذ ثمنه فأحرى إذا أهبهم ذلك، وقال: بيعوا عبدي أو ثوبي وتصدقوا بثمانه فإنه ليس لي، وقد كنت اغتصبته ونحو ذلك، وهو نص قول ابن القاسم في آخر سماع أبي زيد من كتاب الوصايا الرابع. وأما لو قال: بيعوا داري أو عبدي ولم يزد، فذكر ابن رشد في صدر الوصايا من المقدمات أن هذا مما اختلف في وجوب تنفيذ الوصية به على قولين.

وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: إذا قال: بيعوا عبدي ولم يزد، فقال أشهب: لا تنفذ وصيته، وهمل قوله إنه لغير فائدة وأن تنفذ أحسن، ولا يوصي الميت بذلك إلا لفائدة وهو أعلم بتلك الفائدة، وقد يريد صرف الأذى عن العبد؛ لأن كثيراً ما يجري بين العبد وأولاد سيده لما يريدون منه من مال سيده، أو يكون عبد سوء يخشى على ولده منه.

قال الشيخ أبو محمد صالح: وكذلك إذا قال: اشتروا عبداً، وذكر اللخمي إذا قال: اشتروا عبداً ولم يزد لم تنفذ وصيته؛ لأن ذلك لا فائدة فيه؛ لما عسى أن يتعلق به حق

لله وحق لأدمي.

المشدالي: وكلام ابن رشد نصُّ في أن الخلاف في البيع والشراء، فإنه قال: وأما ما يختلف في وجوب تنفيذه فنوعان:

أحدهما: كالوصية بالحج. والثاني: أن يوصي بما لا قرابة في فعله ولا في تركه من الأمور الجائزة، كالوصية ببيع ملك من أملاكه أو بيع عبد من عبيده وهو لا يرغب في ذلك، أو شراء عبد آخر من الثلث للورثة وما أشبه ذلك.

المشدالي: وأشار ابن رشد بقوله: وهو لا يرغب، إلى أنه لو رغِب في ذلك لكانت قرابة فيجب تنفيذها بلا خلاف

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة

ومن أودعته مالا، فدفعه إلى زوجته أو خادمه؛ لترفعه له في بيته، ومن شأنه أن ترفع له؛ لم يضمن ما هلك من ذلك، وهذا ما لا بد منه⁽¹⁾.

قوله: (دفعه لزوجته).

انظر العكس.

قال عياض: كان أبو جعفر يفتي بعدم ضمانها إذا ضاعت عنده، كما لا يُضَمَّنُها ما ضاع عندها مما أودعه، وقال غيره: تضمن ولا يضمن هو⁽²⁾، وهو ظاهر المدونة⁽³⁾.

وإن أراد سفراً، أو خاف عورة منزل، ولم يكن صاحبها حاضراً، فيردها عليه؛ فليودعها ثقةً ولا يُعَرِّضْها للتلف، ثم لا يضمن⁽⁴⁾.

قوله: (أو خاف عورة منزل).

في سماع سحنون - فيمن أبيض مع رجل مالا، فخرج عليه اللصوص،

(1) التهذيب: 293/4.

(2) قوله: (هو) ساقط من (ع).

(3) المشدالي: ما حكاه عن عياض ذكره في المدارك وأبو جعفر المشار إليه هو: أحمد بن

داود الصوّاف من علماء إفريقية، فانظره.

(4) التهذيب: 293-294/4.

فلما أرقه قوه ألقى البضاعة في شجرة ليحرزها⁽¹⁾ على صاحبها فذهبت - : قال:
لا ضمان عليه.

قيل له: فلو دفعها⁽²⁾ المستودع لفارس ينجو بها حين رأى اللصوص، هل
يضمن؟

قال: إذا كان هكذا لا ضمان عليه.

ابن رشد: هذا بين؛ لأن خروج اللصوص في السفر، كخراب منزل له في
الحضر⁽³⁾.

ومن أودعته دراهم أو حنطة، أو ما يكال أو يوزن، فاستهلك بعضها،
ثم هلك بقيتها؛ لم يضمن إلا ما استهلك أولاً، ولو كان قد ردّ ما
استهلك؛ لم يضمن شيئاً، وهو مصدق أنه رد فيها ما أخذ، كما يصدق
في ردها إليك وفي تلفها⁽⁴⁾.

قوله: (وهو مصدق أنه رد فيها⁽⁵⁾ ما أخذ).

الباجي: ظاهره بلا يمين.

وفي الموازية وأشهب: يمين.

الباجي: وهذا إذا تسلفها بغير إذن ربها، وأما بإذنه فلا يبرأ إلا بردها

(1) في (ع): (يجوزها).

(2) قوله: (دفعها) ساقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 222/8.

(4) التهذيب: 295/4.

(5) قوله: (رد فيها) يقابله في (ع): (دفع).

لربها. قاله ابن شعبان.

وعندي أنه يبرأ بردها على حسب ما كانت عليه⁽¹⁾.

ومن أودعته وديعة فجدك إياها، وأقمت عليه بينة؛ فإنه يضمن⁽²⁾.

قوله: (فجدك إياها...) المسألة.

وفي السليمانية - فيمن ملكها أمرها فاختارت الفراق ثلاثاً، فقال الزوج: لم أرد بذلك الطلاق، ثم قال بعد ذلك: إني أردت الطلاق ولكن نويت واحدة - قال مالك: يحلف ويصدق⁽³⁾.

أصبع وغيره: لا يصدق⁽⁴⁾.

(1) انظر: المتقى، للباجي: 316/7.

(2) التهذيب: 297/4.

(3) المشدالي: الرواية التي نقل عن السليمانية قد وقعت في كتاب التخيير والتمليك من

العتبية أيضاً في رسم (كتب) من سماع ابن القاسم.

وقال بإثرها: قال أصبغ: هذا وهم من السامع، ولا تقبل نيته.

ابن رشد: توهم أصبغ ما في الرواية فاسد، بل هي ثابتة عن مالك، وقع ذلك له في الطلاق من سماع أشهب، وفي رسم (الكبش) من سماع يحيى هنا، وفي الأيمان بالطلاق، فلا ينكر ثبوته؛ لأنه جارٍ على أصل اختلف فيه قول مالك، من ذلك الذي يدعى عليه الوديعة فينكرها فتقوم بينة بها فيدعي تلفها أو ردها، والقولان قائلان من المدونة في اللعان والعتق.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 227/5.

وزاد المشدالي بعده عن ابن رشد: وقول أصبغ يأتي على أحد قولي مالك، ولو أقام على قوله أنه لم يرد طلاقاً، وقال: أردت أن أمرها بيدها لشيء يذكره، لنظر في ذلك، فإن كذبه بساط يدل على أنه أراد الطلاق لم يقبل، وإن بان صدقه ببساط شهد له، حلف

المازري: قالوا: هذا الذي وقع لمالك هنا وهمّ.

عبد الحميد: هذا أصل مختلف [68/أ] فيه، وهو الإقرار بعد الإنكار

فذكر قولها هنا.

المتيطي: المعمول به عدم قبول قوله.

ابن الحاجب: هو المشهور.

ابن رشد: قولان قائلان من لعانها وغيره⁽¹⁾.

ابن الهندي: الأصح لا يقبل قوله؛ لأن في القبول فتح باب الشغب

والتعنت.

اللخمي: الأحسن قبوله⁽²⁾.

ابن عات: لو ادعى أنه أودع رجلاً ثياباً، فأنكره فأقام عليه بينة أنه أودعه

أعكاماً لا يعلمون ما فيها، ويظنونها ثياباً، فإنه يسجن ويهدد عليه، فإن أقر

بشيء حلف عليه، وإن تمادى على إنكاره حلف رب الودعة على ما يشبه أنه

يملك مثله ويأخذه بذلك والظالم أحق أن يحمل عليه.

وقيل: يحلف بعد أن يضيق عليه إذا لم تعين البينة شيئاً، وتمادى على

إنكاره، ولا شيء عليه⁽³⁾.....

ولم يلزمه طلاق، وإن لم يبين أمره حلف على دعواه وكانت واحدة؛ إذ لا يصدق في

إبطال أقل ما يلزمه بالتملك الظاهر وإنما له أن يسقط بيمينه ما زاد.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 227/5.

(2) المشدالي: قد ذكرنا في كتاب الودعة من مختصر البيان كلام ابن رشد على تحصيل

الخلاف الذي في هذا الأصل مستوعباً، فأغنى ذلك عن إعادته ههنا. وبالله التوفيق.

(3) قوله: (ولا شيء عليه) ساقط من (ش).

وبالأول القضاء (1).

ومن أودع وديعة بيده لغير عذر، ثم استردها، فهلكت عنده؛ لم يضمن،
كرده لما تسلف منها (2).

قوله: (ثم استردها فهلكت).

قد يقال: في هذا القياس نظر؛ لأنه لا يلزم من نفي الضمان في الأصل نفيه
في الفرع؛ لقيام الفارق بينهما، وذلك أن إيداعه لها يستلزم إشهارها والإشلاء
عليها، لاسيما إن كان لها بال، وهذا المعنى مفقود في الأصل.

وقد يقال: قياس أحروي؛ لأنه إذا انتفى الضمان عمن تصرف فيها
وأذهب عينها فأحرى من (3) لم يذهب عينها، ولم تزل قائمة.

ومن أخذ من رجل مالا، فقال الدافع: إنما قضيتك من دينك الذي لك
علي، أو رددته إليك من القراض الذي لك عندي، وقال الآخر: بل
أودعتني، فضاع عندي؛ صدق الدافع مع يمينه (4).

قوله: (وقال الدافع: قضيتك من دين لك).

قلت: أخذ منه بعض المشاركة أنه لو كان لا بته عليه دين فجهزها ثم مات،
فقلت: هو من ماله، وقال الورثة: هو دينك، إن القول قول الورثة (5).

(1) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون: 15/2.

(2) التهذيب: 297/4.

(3) في (ع): (من).

(4) التهذيب: 298/4.

(5) المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن الصغير: هذه المسألة عندي أشبه شيء بمسألة (الابن

ومن أودعته بقرأً أو أتناً أو نوقاً، فأنزى عليهن، فحملن فمتن من الولادة، أو كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة؛ فهو ضامن (1).

قوله: (فمتن بالولادة).

في تعليقة القاسبي ما نصّه: انظر ما يقول ابن القاسم فيمن غصب حرّة فأحبّلها، فماتت من نفاسها، هل الدية على العاقلة؟ وما أراه يقوله. أو لا؟ فيكون مناقضاً لما (2) هنا.

يكون له على أبيه دين، فينفق عليه، ثم يموت، ثم يقول الابن: إنما أنفق عليّ من ماله تطوعاً، على ما مر في تضمين الصناع.

قال: ونزلت من هذا المعنى مسألة؛ وهي أن رجلاً شوّر ابنته، وكان لها عليه دين، فمات الابن وطلبت دينها، فقال الورثة: قد شوّر بك به، وقالت: إنما شوّرني من ماله، فكان الجواب أن القول قول الورثة.

ف قيل للشيخ: وهل كذلك لو أخرج تلك الأسباب من عنده؟ قال: نعم، ويحمل على أنه عاوضها.

المشدالي: قال ابن عات - في ترجمة إيراد الأب أو الوصي جهاز المرأة - ما نصه: ولو ادعى الأب أنه أجهز ابنته بما لها قبله من ميراث أمها وغير ذلك، وأنكرت لما كان القول قوله في ذلك، ويكلف إقامة البينة على ذلك لقول الله ﷻ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾.

المشدالي: وهذا عندي يحتمل الوفاق والخلاف؛ لأن قوله: "وأنكرت"؛ إن أراد أنها أنكرت أن يكون جهّزها فهو وفاق، وإن أراد أنكرت أن يكون جهّزها مما لها قبله، وزعمت أنه جهّزها من ماله تطوعاً فهو خلاف. والله أعلم.

(1) التهذيب: 301/4-302.

(2) في (ع): (لقوله).

ومن أودعته أمةً، فزوجها بغير إذنك؛ فهو ضامن لما نقصها التزويج، وإن ولدت، وكان في الولد ما يجبر به نقص النكاح؛ لم يغرم لنقص النكاح شيئاً، وربها مخير إن شاء أخذها وولدها، وإن شاء ضمّنه قيمتها بلا ولد⁽¹⁾.

قوله: (لما نقصه التزويج).

قال شيخنا: الأظهر أن اللام للتعدي لا للتعليل، وقياس ابن القاسم الجبر بالولد على العيوب ليس بحسن؛ لأنه لا جامع بين ما يجوز له فعله، وما لا، فلا يلزم من جبره في الأول جبره في الثاني.

ومن أودعك وديعة، ثم غاب، فلم تدر أين موضعه، أحي هو أم ميت، ولا مَنْ ورثته، فإنك تستأني بها، فإن طال الزمان، ويئست منه؛ فينبغي أن تتصدق بها عنه⁽²⁾.

قوله: (فينبغي أن تتصدق بها عنه).

قلت: يؤخذ منه أحد القولين في المال المجهول الأرباب⁽³⁾، هل يسلك به مسلك الفيء أو مسلك الصدقة؟ وهو ظاهر المدونة. وذكر فيه الداوديُّ قولين.

قال: والذي يصلح للنظر أنه يجري مجرى الفيء؛ لإجماعهم أن من لم

(1) التهذيب: 303/4.

(2) التهذيب: 305/4.

(3) قوله: (الأرباب) ساقط من (ع).

يعرف له وارث بالنسب أنه يورث بالولاء، فقد صرف إلى سبيل من سبيل
الفيء فانظره (1).

قلت: وفي سماع ابن القاسم: سئل مالك عن أوصى لرجل بدين، فطلب
فلم يوجد ولا يعرف موضعه؟

قال: يتصدق به عنه. قال مالك: ويقول: اللهم هذا عن فلان (2).

قلت: وفي موضع آخر، سئل مالك عن خالط رجلاً بمال، فكان
لأحدهما قبيل صاحبه فضل، فغاب الذي له الفضل، ولا يعرف موضعه ولا
يعرف له نسب إلا اسمه فقط.

قال: يتصدق عنه؛ يقول: اللهم هذا عن فلان مكان الذي له عندي، فإن
جاء بعد ذلك دفع إليه حقه.

ابن رشد: قوله: "يتصدق به"؛ معناه: إن شاء؛ إذ لا يلزمه خوف غرمه

(1) المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن في كتاب الولاء عند قوله: (وكل بلدة افتتحت

عنة...) المسألة. ما نصه: قال أشهب في مال من لم يعرف له وارث معين: يوقف

حتى يعرف بعينه، أو يؤيس منه فيتصدق به عن ربه، ولا يكون فيئاً.

وقال إسماعيل: يجعل في بيت المال.

ابن الكاتب: وهو أصح؛ لأنه يلزم على الأول أن من مات وترك موالى أن لا يرثوه؛ إذ
لا يخلو من أن يكون له وارث نسب.

خ: وفي الداودي: إذا قامت بينة أن الميراث لا يخرج عن هؤلاء وهم عدد محصورون
إلا أنهم لا يعرفون قُعدُدهم، أنه يوقف حتى يصطلحوا.

خ: والذي ارتضاه الداودي: أنه يكون فيئاً في كل مال جهل مالكه.

(2) البيان والتحصيل: 461/12.

ثانية إن جاء؛ إذ هو ثابت في ذمته؛ إذ⁽¹⁾ لا يبرأ منه إلا برده لربه، أو بدفعه إلى الإمام فيوقفه له.

قوله: "يغرم إن جاء صاحبه بعد ذلك" صحيح، لا يدخله الخلاف الذي فيمن تصدق باللقطة بعد التعريف، هل يضمنها لصاحبها⁽²⁾ إن جاء؟ لأنها ليست في ذمته بخلاف هذا، وفي الحديث⁽³⁾: «... شأنك بها»⁽⁴⁾، والله الموفق⁽⁵⁾.

(1) قوله: (إذ) زيادة من (ع).

(2) قوله: (يضمنها لصاحبها) يقابله في (ش): (يحملها صاحبها).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 836/2، في باب شرب الناس وسقي الدواب من الأنهار، من كتاب المساقاة، برقم (2243)، ومسلم: 1346/2، في أول كتاب اللقطة، برقم (1722)، ومالك في الموطأ: 757/2، في باب القضاء في اللقطة، من كتاب الأفضية، برقم (1444).

(4) البيان والتحصيل: 393/10.

وزاد المشدالي بعده: وفي الخامسة عشر من سماع أبي زيد من الوصايا: وسئل عن نصراني هلك وأوصى بجميع ماله في الكنيسة ولا وارث له؟ قال: يدفع إلى أسقفتهم ثلث ماله يجعله حيث أوصى ويكون ثلثاه للمسلمين.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن النصراني إذا لم يكن له وارث من أهل دينه فليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه؛ لأن ورثته المسلمون، وقوله: "يدفع ثلث ماله لأسقفتهم..." إلى آخره؛ معناه: إن شاء، فإنها يدفع إليه ثلث ماله ليفعل فيه ما شاء علي حكم دينه. وقوله: "وثلثاه للمسلمين"؛ معناه: يصرفه الوالي في وجوه منافعهم على حكم الفيء. حكى ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه أنه قال في الذي يموت ولا وارث له قال: يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرج في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه.

(5) قوله: (والله الموفق) ساقط من (ع).



كتاب العارية

كتاب العارية

ومن استعار دابة ليركبها حيث شاء، وهو في الفسطاق، فركبها إلى الشام أو إفريقية، فإن كان وجه عاريتها إلى مثل ذلك؛ فلا شيء عليه، وإلا ضمن، والذي يسأل رجلاً يسرح له دابته ليركبها في حاجة له، فيقول له ربها: اركبها حيث أحببت، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرحها له إلى الشام ولا إلى إفريقية⁽¹⁾.

قوله: (فهذا يعلم الناس).

يؤخذ منه أن العبد أو المرأة إذا سألا حاجةً في السيد والزوج فحلفا ليعطيانهما⁽²⁾ لهما، فقالا: حاجتنا العتق والطلاق؛ أنهما لا يجثنان؛ لأن هذا ليس من الحوائج التي تسأل في العرف⁽³⁾.

(1) التهذيب: 307/4.

(2) قوله: (فحلفا ليعطيانهما) يقابله في (ع): (فحلف ليعطيانهما).

(3) المشدالي: وفي أواخر النذور من النوادر روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فيمن قال لزوج ابنته: احلف بطلاقها لتقضييني حاجة أسألك فيها، فحلف له فقال طلق ابنتي فطلقها واحدة فقال الأب: أردتُ البتة، فذلك للأب إن كان كلامه واحداً على المراجعة والنسق، فأما إن لم يقل ذلك حتى افترقا ثم تداعيا فقال الزوج: سألتني في طلبة وقال الأب: في ثلاث فالزوج مصدق وعلى الأب البينة.

وقال سحنون في كتاب ابنه: لا يلزم الزوج طلاق إن قال: لم أظن أن تسألني في مثل هذا، قال سحنون: لأن هذا ليس من الحوائج التي تعارف الناس سؤالها، ولا جري

ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها حجارة، فكل ما حمل عليها مما هو أضر بها مما استعارها له فعطبت به؛ فهو ضامن⁽¹⁾.

قوله: (ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة).

قد تقدم في الرهون ما يعارضها.

وإن أمرت من يضرب عبدك عشرة أسواط ففعل، فمات العبد منها؛ فلا شيء لك عليه، واستحب له أن يكفر كفارة الخطأ، وإن ضربه أحد عشر سوطاً، أو عشرين سوطاً، فمات من ذلك، فإن زاد زيادة أعانت على قتله؛ ضمن⁽²⁾.

قوله: (وإن أمرت من يضرب عبدك).

قلت: كان شيخنا أبو عبد الله يقرر هذه المسألة بأن يقول: معنى المسألة عندي أنه فعل بغير حضور السيد، وأما لو كان بحضوره فالحادي عشر مأذون فيه؛ لسكوته عنه.

من الكلام ما يدل أنه أراد بحاجته الطلاق، ومن العتبية وكتاب ابن سحنون قال سحنون: في العبد يقول لسيدة: أسألك حاجة فاحلف لي فيها بالطلاق فيفعل فيقول له: اعتقني قال: لا يلزمه؛ لأن هذا ليس من الحوائج المتعارفة، ولو قال لسيدة فتقول ما أقول فحلف السيد بالطلاق ليفعلن، فقال له: قل أنت حر، قال: هذا يحنث ويلزمه أن يقول كما قال العبد إلا أن يستثنى السيد فيقول: إلا أن تقول: أنت حر فذلك له، ثم رجع سحنون في كتاب ابنه فقال: هي مثل الأولى ولا شيء عليه.

(1) التهذيب: 308/4.

(2) التهذيب: 310/4.

قلت: ويشهد له قولها في مسألة الضرس في أواخر جُعلها: (لأنه علم حين قلعه)⁽¹⁾، وقول الغير فيما إذا زاد على مدة الإجارة، وظاهر المدونة هنا الإطلاق.

وقيدَها أبو حفص وعبد الحق عن القاسبي في كتاب العتق بما إذا كان سبب الضرب جائزاً، وأمّا إذا كان لغير موجب، فالعشرة كلها لا تجوز⁽²⁾.

قلت: وفي العتبية: قيل لسحنون: إنَّ أصبغ يقول: من أمر رجلاً بقتل عبده فقتله إنَّ على القاتل قيمته. فقال: ليس هذا القول بشيء، لا قيمة على القاتل؛ لأن صاحب العبد هو الذي عرّض به للتلف، ويضرب قاتل العبد ويسجن سنةً، ويؤدّب السيد الأمر⁽³⁾.

قلت: ومسألة الأطراف والنفس، والصرّة تلقى في البحر من هذا المعنى⁽⁴⁾، ولسنا لبيانها؛ لأنه مشهور في المحفوظات العلمية⁽⁵⁾.

(1) التهذيب: 386/3.

(2) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 317.

(3) البيان والتحصيل: 169/16.

(4) قوله: (المعنى) زيادة من (ع).

(5) المشدالي: أما مسألة الأطراف والنفس، فكلام ابن الحاجب فيها كافٍ وهو من أجلّ المحفوظات العلمية، وذلك قوله: ولو قال للقاتل: إن قتلتي فقد وهبت لك دمي، إلى آخر المسألة.

وأما مسألة الصرة فقال صاحب الطرر في ترجمة وثيقة في ودعة المحتج: إن قال المودع ألقها في البحر ففعل، ضمنها في قول بعضهم؛ لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال كمن قال: اقتلني أو ولدي فيفعل. من الاستغناء.

وإن أعرته أرضك بيني فيها، ويسكن عشر سنين، ثم يخرج ويدع البناء، فإن بين صفة البناء ومبلغه، وضرب لذلك أجلاً؛ فهو جائز، وهي إجارة، وإن لم يصفه؛ لم يجز (1).

قوله: (عشر سنين ثم يخرج...) المسألة.

ابن رشد والمتيطي: يقوم من هنا مثل قول ابن شهاب في المدونة أنه يصح بيع الدار واستثناء سكنها عشر سنين (2).

قلت: وفي سماع أشهب - فيمن حبس داره على أقاربه اثنتي عشرة (3) سنة فمات بعد شهرين، فجاء آتٍ إلى الورثة فقال: بيعوني مرجع هذه الدار - فقال: لا يعجبني؛ إذ لا يدري كيف ترجع.

ابن رشد: إنما لم نجز أن يبتاع مرجع الدار (4) بعد اثنتي عشرة سنة؛ لأن الأشياء (5) تتغير، فلا فرق بين أن ينقد أو لا.

وكذلك على هذا؛ لا يجوز لمن باع داره أن يستثنى سكنها اثنتي عشرة سنة؛ إذ لا فرق بين أن يستثنى البائع السكنى، أو يكون (6) لغيره فيشرطه على المبتاع.

(1) التهذيب: 311/4.

(2) انظر: المدونة (زايد): 247/7، و(العلمية): 291/3، و(السعادة/صادر): 266/4.

(3) قوله: (اثنتي عشرة) يقابله في (ع): (اثني عشر).

(4) قوله: (فقال: لا يعجبني؛ إذ لا يدري... مرجع الدار) ساقط من (ع).

(5) في (ع): (البناء).

(6) في (ع): (ليكون).

وقد اختلف في ذلك، وتقوم إجازته من المدونة من كتاب العارية من هنا على ما قاله بعض أهل النظر.

والصواب أن مسألة المدونة صحيحة خارجة عن الاختلاف؛ لأن كل ما بنى المستعير [ب/68] فقد وجب لصاحب العرصة، فلا غرر في ذلك وإن (1) طالت المدة (2).

وسألته عن العبد بينهما يحبسانه على أن من مات أولاً؛ فنصبيته يخدم آخرهما موتاً حياتاً، ثم يكون العبد حراً بعده، فلم يُجزه مالك (3).

قوله: (وسألته عن العبد...) المسألة.

قال شيخنا أبو عبد الله: كان شيوخنأ يأخذون من هنا - فيمن اشترط في الوصية عدم الرجوع القول الثالث الذي يذكره الشيخ ابن علوان - أن (4) الفرق بين العتق - فيلزم (5) - وغيره.

بيأنه أنه فرّق هنا فقال في الدار: تبطل، ولم يردّها للوصية، وفي العبد رده للوصية فأخرجه من الثلث وألزمها (6) العتق بكل حال.

والوصية من عوارضها صحّة الرجوع، فإذا ألزمه عدم الرجوع في غير

(1) في (ع): (ولو).

(2) البيان والتحصيل: 250/12.

(3) التهذيب: 313/4.

(4) في (ش): (وهو).

(5) قوله: (فيلزم) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (وألزمها).

المشترط فيه عدم الرجوع⁽¹⁾، فأحرى ما شرط فيه عدم الرجوع⁽²⁾.

وقال في امرأة حبست دنانير على ابنة ابنتها على أن تنفق منها إذا أرادت الحج أو نفست؛ فذلك نافذ فيما شرطت، وليس للابنة أن تتعجلها قبل ذلك على أن تضمنها⁽³⁾.

قوله: (وقال في امرأة حبست دنانير... المسألة).

في تعليقة القاسبي: انظر على من زكاة هذه الدنانير زمن الإيقاف؛ هل على بنت البنت لأنها قبلت؟ أم كيف الأمر فيها؟

والذي ينبغي أن لا زكاة فيها أصلاً زمن الإيقاف⁽⁴⁾؛ لأنه مال خرج عن ملك الموصي، ولم يملكه الموصى له؛ لأنه فائدة، وشرطه⁽⁵⁾ مرور الحول بعد القبض⁽⁶⁾.

(1) قوله: (في غير المشترط فيه عدم الرجوع) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: قد تقدم تفصيل الخلاف فيمن التزم عدم الرجوع في وصيته في كتاب الوصايا الثاني فاعلمه.

(3) التهذيب: 314/4.

(4) قوله: (زمن الإيقاف) زيادة من (ع).

(5) في (ش): (وشرطها).

(6) المشدالي: وهذا هو الذي ذهب إليه أبو عمران، قال: لا زكاة فيه حتى يُقبض ويُستقبل به حول.

ومن استعار دابة إلى مسافة، فجاوزها بميل ونحوه، ثم رجع بها إلى الموضوع الذي استعارها إليه، ثم رجع بها ليردها إلى ربها، فعطبت في الطريق، وقد رجع إلى الطريق الذي أذن له فيه، هل يضمن؟ قال: قال مالك: هو ضامن إلا أن يكون مثل منازل الناس؛ فلا شيء عليه⁽¹⁾.

قوله: (ومن استعار دابة).

وفي بعض النسخ وقعت مختصرةً.

ووجه اختصارها أن يقال: إنَّ البراذعي استشعر فيها إشكالاً تقريره أن يقال: قد قدّم في الوديعة إذا تسلفها ثم ردها لم يضمن، وهنا إذا هلكت بعد ردها من بعد الميلين ضمن، وفي كلا الصورتين ردُّ لحالةٍ مأذونٍ فيها عن حالةٍ غير مأذونٍ فيها.

الجواب أن⁽²⁾ هذه إنها تشبه مسألة تسلف العروض، وما كان من ذوات القيم، وقد قال فيه في المدونة أنه (إذا استهلك عرضاً ورد مثله ثم ضاع ضمن)⁽³⁾.

(1) التهذيب: 316/4.

(2) في (ش): (عن).

(3) انظر: المدونة (زايد): 362/10، و(السعادة/صادر): 147/15، و(العلمية): 436/4.

وزاد المشدالي بعده: وهذا الجواب هو معنى ما فرّق به الشيخ أبو الحسن، فإنه قال: ويفرق بأن مجاوزة المسافة ممنوعة اتفاقاً، فإذا جاوزها تعلق الضمان بذمته، كمن كانت بيده ثياب وديعة، فلبسها حتى بليت، ثم ردّها مثلها؛ أنه لا يبرأ؛ لأن القيمة لزمته، وأمّا تسلف الوديعة فقد اختلف فيه بالجواز والكراهة والمنع؛ فافترقا.

المشدالي: وهذا الفرق إنما يحتاج إليه على مذهب ابن القاسم، وأما على ما حكاه في

قال ابن القاسم: ومن بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة إلى برقة، فقال له الرسول: يسألك فلان أن تعيره إياها إلى فلسطين فأعاره، فركبها المستعير ولا يدري فعطبت، فإن أقر الرسول بالكذب؛ ضمنها، وإن قال: بذلك أمرتني، وأكذبه المستعير؛ فلا يكون الرسول ههنا شاهداً؛ لأنه خصم، والمستعير ضامن إلا أن يأتي بينة أنه أمره إلى برقة⁽¹⁾.

قوله: (لأنه خصم).

قلت: في سماع عيسى - فيمن وكّل رجلاً يبيع له غلة، وقال لِحَتْنٍ له: احفظ عليه ما يبيع فكتب جميع ما باع، فلما فرغ من البيع أتى حَتْنَه بكتاب ما باع وكيله، فقال صاحب الحق للوكيل: هات كتابك بما بعث. فقال: ذهب مني ولكن انظر ما رفع إليك حَتْنُكَ فهو حق، وأشهد عليه بإقراره ثم نزع - فقال: لا يلزمه شيء؛ لأنه يقول: كنت أرجو أن يصدق وقد كذب، قلت: أفلا تقبل شهادته إن كان عدلاً؟ قال: لا؛ لأنه خصم⁽²⁾.

الواضحة عبد الملك ابن الماجشون من أنه لا ضمان عليه فهو عنده والوديعة سواء.
والله أعلم

(1) التهذيب: 316/4.

(2) المشدالي: ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه إذا وكل حَتْنَه ليحفظ عليه ما يبيع صار بمنزلة الخصومة؛ لأن يد الوكيل كيد موكله، فوجب أن لا تجوز شهادته عليه، ولا خلاف أنه يجوز له أن يرجع عما رضي به من تصديق حَتْنَه ما لم يشهد عليه بذلك، فإذا شهد عليه به فاختلف هل له أن يرجع أو لا، حسب ما حصلناه في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من الشهادة.

المشدالي: وقد ذكرناه مستوفى في كتاب الإقرار من مختصر البيان. وبالله التوفيق.

كتاب اللقطة

كتاب اللقطة

قيل: هل لمن وجد أبقاً خارج المصر أو داخله جعل إن طلبه؟ قال: قال مالك فيه، ولم يذكر خارج المصر أو داخله: إن كان ذلك شأنه يطلب الضوال لذلك ويردها، فله الجعل بقدر بعد الموضع الذي أخذه فيه أو قربه، وإن لم يكن ذلك شأنه، وإنما وجده فأخذه، فلا جعل له وله نفقته(1).

قوله: (قيل: هل لمن وجد أبقاً).

اختصرها لما ذكر في المختصر(2).

ويحتمل أن يقال: كأنه لم يرتض قياسها على الضوال.

ويحتمل أن يكون لأن السؤال محتمل لما هو أكثر من الجواب؛ لأن قوله:

(وجدَه) وقوله: (إن طلبه) يحتمل وجدَه بعد ما سمي لمن يأتي به فله كذا،

(1) التهذيب: 377/4.

(2) المشدالي: قال في كتاب الجعل منه: اختصرها أبو سعيد؛ لأنه أوجب الجعل بمجرد

كون الآتي به شأنه ذلك، ولم يعتبر هل ربه ممن يلي طلبه بنفسه، أو بأعوانه، أو لا، كما تقدم اعتبار ذلك فيمن حرث أرض رجل.

واعتبر ذلك اللخمي، قاله في مسألة: من جوعل على أبق فاستحق من يده.

المشدالي: وقال بعض المتأخرين: اختصرها لكونه لم يسأل عمّن شأنه يطلب ذلك،

ولا عمّن وجد ذلك بغير طلب.

والجواب متردد بين الأمرين.

وسمع هذا فطلبه ورده فوجده؛ لأنه يصلح رجوع الضمير في طلبه إلى الآبق
لا إلى الجُّعل، ويحتمل أن يكون وجده اتفاقياً.

ومن فتح باب دار فيها دواب فذهبت، فإن كانت الدار مسكونةً فيها
أهلها لم يضمن، وإن لم يكن فيها أربابها ضمن، ولو كان فيها ربها
نائماً، لم يضمن (1).

قوله: (ومن فتح باب دار...) المسألة.

قال شيخنا أبو عبد الله: يصحُّ عندي لمن له مشاركة في العلوم وترجيحٌ
مستقيمٌ مخالفة المدونة إذا ظهر إشكالها، كهذه المسألة.

ومن حل عبداً من قَيْدٍ قَيْدٍ به لخوف إياقه، فذهب العبد، ضمن (2).

قوله: (ومن حلَّ قيد عبداً...) المسألة.

أخذَ منها شيخنا أبو عبد الله وغيره أن من وجد دابة لرجل على بئر
فسقاها، فذهبت؛ أنه يضمنها.

قلت: هذا ظاهرٌ إذا كان إن تركها وقفت على البئر تنتظر من يسقيها، ولا
يُتَّقَى عليها ضررُ العَطَشِ، وأما إذا تركها ماتت فسقاها ففي ضمانه نظرٌ.

قلت: وأخذ ابن هشام من هذه المسألة ومن مسألة القفص: أن من أخفى
مطلوباً عن غريمه، وهو يعلم بما عليه، ثم أطلقه فذهب ولم يجده طالبه؛ لزمه
غرم الدين، وكذا السجَّان والعوين إذا أطلقا الغريم.

(1) التهذيب: 379/4.

(2) التهذيب: 379/4.

ومن اعترفت من يده دابة وقضي عليه، فادعى أنه اشتراها من بعض البلدان وأراد أن لا يذهب حقه فله وضع قيمتها بيد عدل ويمكنه القاضي من الدابة ليخرج بها إلى بلد البائع منه لتشهد البينة على عينها(1).

قوله: (ليخرج إلى بلد البائع).

ظاهرة قَرُب البلد أو بُعد، ومعناه إذا قَرُب أو تَوَسَّطَ، ولا يمكن في البعيد جداً.

وتقرير معارضتها لمسألة العبد قبلها أن الصفة إما أن تكون كافية في إسناد الحكم إليها فيلزم أن لا يذهب بالدابة هنا بل بصفتها، وإما أن تكون غير كافية فيلزم أن لا تصح في مسألة العبد! الجواب: إنما اكتفى بالصفة في مسألة العبد لكونه لا منازع له، وهناك منازع وهو المستحق.

قيل: فإذا وصل كتاب القاضي إلى القاضي وثبت عنده بشاهدين، هل يكلف الذي جاء بالبغل أن يقيم بينة أن هذا البغل هو الذي حكم به عليه؟ قال: إن كان البغل موافقاً لما في كتاب القاضي من صفته وخاتم القاضي في عنقه، لم يكلف ذلك(2).

قوله: (قيل).

(1) التهذيب: 383/4-384.

(2) التهذيب: 384/4.

اختصرها لوجهين:

أحدهما: إجمال قوله: (بشاهدين)؛ هل معناه بشاهدين يصحبان الكتاب؟
أو بشاهدين على الخط؟

وعلى الاحتمال الأول فظاهره تصح شهادتهما ولو لم يُشهِدْهُمَا الْقَاضِي عَلَى
مَا فِي بَاطِنِهِ.

وقد عَلِمَتْ هَذِهِ الْجُمْلَةُ مِنْ أَحْكَامِ ابْنِ سَهْلٍ (1)، وَغَيْرِهِ.

الوجه الثاني: إشكال الجواب؛ لأن ظاهره يقتضي اشتراط مجموع أمرين؛
موافقة الصفة، والطبع، وقد قَدَّمَ قَبْلَ ذَلِكَ - فِي مَسْأَلَةِ الْعَبْدِ وَغَيْرِ هَذَا
الموضع - اعتبار الصفة فقط.

وإن شهد قوم على حق، فعُدَّ لَهُمْ قَوْمٌ غَيْرٌ مَعْرُوفِينَ، فَعُدَّ الْمَعْدِلِينَ
آخَرُونَ، فَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ غُرَبَاءَ، جَازَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ، لَمْ
يَجْزِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَقْبَلُ عَدَالَتهُ عَلَى عَدَالَةِ إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ
الْبَلَدِ، حَتَّى تَكُونَ الْعَدَالَةُ عَلَى الشُّهُودِ أَنْفُسَهُمْ عِنْدَ الْقَاضِي (2).

قوله: (لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة).

ابن عرفة: وعندي أن هذا من تعليل الشيء بنفسه، وانظر نوازل سحنون.
قلت: ووَاقَعَتْ عِنْدِي مَسْأَلَةٌ عَامٌ أَرْبَعَةٌ، وَأَنَا أَثْبَتُهَا هُنَا (3) وَهِيَ: رَجُلٌ
اسْتَظْهَرَ بِعَقْدِ حَبْسٍ مَعْقَبٍ بِشَاهِدِينَ عَدِلِينَ أَعْذَرَتْ لَغْرِيْمِهِ فَقَدَحَ فِي أَحَدٍ

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 66.

(2) التهذيب: 384/4-385.

(3) في (ش): (هل هنا).

الشاهدين بما سقطت به شهادته، فلما بقي⁽¹⁾ شاهد واحد ضعف الرسم، فقلت لصاحبه: هل عندك من تحييه به وتقويه؟ فقال: نعم، فأجلته أياماً ثم أتى بشاهد يشهد بالتحيس الموصوف فافتقر إلى تزكيته، فأتاني بالعدل الباقي له في رسمه ليزكي هذا الثاني، فهل تصح تزكيته له، ويتم الرسم؟ أم لا؟

فقلت: في هذه المسألة لا تصح.

ثم أتاني بعدول آخرين زكوه فصح الرسم بعد الإعذار والتسليم. وأخذتُ ما⁽²⁾ قلنا من قول سحنون في العتبية، ونصّه: سئل عمن يأتي بشاهدين بحق على رجل، ثم يأتي بعدلين يشهدان له - أيضاً - بذلك الحق على الرجل الذي شهد عليه الشاهدان الأولان، فيزكي الشاهدان الأخيران الأولين؟

قال: شهادتهما جائزة وتزكيتهما، وقد ثبت الحق على من شهدوا عليه.

قيل له: ولم؟

قال: مِنْ قَبْلِ أَنْ الشاهدين قد ثبتا⁽³⁾ لا محالة؛ لأن الشاهدين الآخرین⁽⁴⁾ زاد[69/أ] صاحب الحق خيراً، أرايت لو جاؤوا مجيء مزكّين ألم تثبت تزكيتهم؟

فلما قالوا: شهدنا أن هؤلاء شهدوا بحق، وأن الحق لهذا، فقد زادوه قوةً وتثبيتاً لحقه.

(1) في (ع): (أبقي).

(2) في (ش): (بها).

(3) في (ع): (ثبت).

(4) في (ع): (الأخيرين).

قيل له: فلو شهد هذان الرجلان وهذان الرجلان لرجل (1) بحقّين مختلفين (2) وزكى هؤلاء وهؤلاء (3)؟

فقال: تزكيتهم وشهادتهم جائزة (4).

وجه الأخذ أنه علل صحة تزكية الأخيرين (5) للأوليين بتقرر الحق بالأولين - يريد في العدد - ولهذا قال: لو فرض إسقاط عدد (6) الأخيرين بالنسبة إلى شهادتهم، وأتوا بمجرد التزكية صحت، فمفهومه: لو لم يكمل الحق الأول لم تصح التزكية؛ لأنه جار بشهادته نفعاً.

وأخذت ذلك أيضاً من جوابِ نُسب لابن عبد السلام في عين هذه النازلة، وقويته من مسائل (7) في هذا المعنى، والله تعالى يلهمنا الصواب، إنّه كريمٌ وهابٌ.



(1) في (ع): (رجلين).

(2) قوله: (مختلفين) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (هؤلاء).

(4) البيان والتحصيل: 134-133/10.

(5) في (ع): (الأخريين).

(6) قوله: (عدد) زيادة من (ع).

(7) قوله: (من مسائل) يقابله في (ع): (بمسائل).



كتاب حریم البئر

كتاب حريم البئر

وإذا حرث جارك على غير أصل ماء؛ فلك أن تمنعه أن يسقي بفضل ماء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت، وأما إن حرث، ولأرضه بئر فانهارت، فخاف على زرعه؛ فإنه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن، وإن لم يكن في مائك فضل؛ فلا شيء له⁽¹⁾.

قوله: (فخاف على زرعه).

قلت: في المدونة شرطان: أن يكون على أصل ماء، ويخاف⁽²⁾.

زاد الباجي شرطاً ثالثاً؛ وهو: أن يشرع من انهارت بئرُهُ أو غارت عينه في إصلاحها على حسب العرف والإمكان، فإن ترك واعتمد على سقي فضل جاره.

ففي المجموعة عن مالك: لا سقي له.

وقال مطرف: له⁽³⁾.

ومن أرسل في أرضه ماءً أو ناراً، فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل ذلك إليها، فتحاملت النار

(1) التهذيب: 4/391.

(2) انظر: المدونة (زايد): 10/433، و(السعادة/صادر): 15/191، و(العلمية):

469/4.

(3) المتقى للباقي: 6/39-40.

بريح أو غيرها فأحرقته؛ فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن وصول ذلك لقربها؛ فهو ضامن⁽¹⁾.

قوله: (فأفسد زرعه...) المسألة.

المتيطي: إذا أوقد رجل ناراً لعمل يعمله فأحرق زرع غيره، عقدت في ذلك: يشهد من يتسمى بعد أنهم يعرفون فلاناً بن فلان⁽²⁾ معرفة صحيحة تامة بعينه واسمه، قد أحرق حطباً لرماد بقرب زرع فلان، وأنه غرر في ذلك، وأنه كان في الزرع أو في⁽³⁾ الأندر على الحزر والتقدير، منهم كذا وكذا قفيزاً لا يشكون في ذلك... إلى آخر العقد.

وحكم الحاكم بعد الموجبات أن يلزم فلان ضمان مكيلة ما أحرقته ناره، بعد أن يلحف صاحب الزرع على عدد الأقفزة؛ لأن البينة على عدد معلوم.

قال الباجي في سجلاته: وما تقدم في التسجيل من الحكم فلزوم⁽⁴⁾ المكيلة، ليس بصحيح على مذهب المدونة وغيرها.

والمعروف من قول مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن من استهلك طعاماً لا يُعرفُ كيله فعليه قيمته دراهم⁽⁵⁾.

ولا يجوز أن يأخذ منه إذا كان الزرع يابساً طعاماً لأجل؛ لأنه قد وجبت

(1) التهذيب: 394/4-395.

(2) قوله: (بن فلان) ساقط من (ع).

(3) قوله: (في) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (بلزوم).

(5) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون: 10/2.

له قيمةٌ حالَّةٌ، فأخذ الطعام إلى أجلٍ فيفسخ (1) دين في دين.
 فإن نقده شعيراً أو سُلتاً أو قمحاً فكان أقل أو (2) أكثر مما يتحرى من
 الزرع لم ينفع (3)؛ لأنه يصير مثل ما كره من اقتضاء من ثمن الطعام. والله
 أعلم (4).

قيل: فإن كانت له أرض، وإلى جانبها أرض لغيره، وله عينٌ خلف
 أرض جاره، وليس له ممر إلا في أرض جاره، فمنعه من الممر إلى
 العين؟ قال: سئل مالك عن رجل له أرض وحواليها زرع للناس في
 أرضهم، فأراد أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، فقال: إن كان
 ذلك يفسد زرعهم؛ فلهم منعه (5).

قوله: (قيل: فإن كان له أرض...) المسألة.

اختصرها لأن لقائل أن يقول: لا يلزم من تفصيل الجواب في المستدل بها
 وما رتب عليه من الحكم أن يكون كذلك في المسئول عنها؛ لوجهين:
 أحدهما: لا يلزم من ضرره بمروره مع غيره من ماشية، ضرره بنفسه في
 الأولى.

الثاني: أنه قد يقال: الفرق بينهما أنه لا يلزم من ضرره في مسألة الزرع

(1) في (ع): (ففسخ).

(2) في (ع): (و).

(3) في (ع): (ينفع).

(4) المشدالي: انظر أواخر النصف الأول من كتاب الدعاوى من جامع الأحكام.

(5) التهذيب: 395/4.

ضرره في الأولى؛ لأن الزرع إبانَه محصورٌ، والممر (1) دائم.

وكذلك من ارتهن داراً؛ فليس لرب الدار أن يكرهها، ولكن يتولى المرتهن كراها بأمره، ويكون الكراء لرب الدار، ولا يكون رهناً إلا أن يشترطه، وإن اشترط أن يكرهها، ويأخذ كراها في حقه، فإن كان دينه من قرض؛ جاز، وإن كان من بيع؛ لم يجز إلا أن يكون ذلك الشرط بعد عقد البيع، فجائز، وإن عقد البيع على هذا؛ لم يجز، إذ لا يدري ما يقتضي أقل أم أكثر، إذ لعل الدار تنهدم قبل أن يقتضي (2).

قوله: (بعد عقد البيع فذلك جائز).

ابن رشد: وقد أجاز في حريمها أن يأذن راهن الدار لمرتهنها بعد عقد البيع أن يكرهها ويأخذ حقه من كرائها، ومعنى ذلك إذا كان الدين حالاً، أو لم يكن (3) في ذلك عناء (4).

(1) في (ع): (والم). .

(2) التهذيب: 4/399-400.

(3) قوله: (يكن) ساقط من (ع).

(4) البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/11.



كتاب القطع في السرقة

[كتاب القطع في] السرقة

الفاء في الترجمة كفاء في «هرة»⁽¹⁾.

وإنما يقوم غير الذهب والفضة من سائر الأشياء، فمن سرق عرضاً قيمته ثلاثة دراهم قطع، وإن لم يساو من الذهب ربع دينار، ولو ساوى ربع دينار، ولم يساو ثلاثة دراهم؛ لم يُقطع، وإنما تُقوم الأشياء بالدراهم⁽²⁾.

قوله: (الأشياء كلها بالدراهم).

ظاهره ولو دَيْنُ غير المدير⁽³⁾، فيؤخذ منه تقويم العين بالعين.

ونحوه في القراض.

وسئل أبو عمران عن اختلاف الدنانير من كون بعضها اثني عشر

وبعضها عشرة؟

(1) المشدالي: يعنى أنها للتعليل، وأشار إلى قوله عليه السلام: عُدَّت امرأة في هرة الحديث.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَدَا لِكُنَّ الَّذِي لُمْتُنِّي فِيهِ﴾.

وتعبير الوانوغى بالفاء ليس بالوجه، وإنما الصواب أن يقول: في الترجمة مثل في الواقعة في الحديث، على ما عُرِفَ في محله، انظر الباب السابع من: مغني اللبيب لابن هشام.

(2) التهذيب: 425/4.

(3) في (ع): (المدين).

فقال: لما قَوْمَ عمر رضي الله عنه الدية على أهلها، كان الصرف في ذلك الوقت في دينار الدية اثني عشر، فبقي سنةً لمن بعده.

ومن قام من الناس بسارق أو زان إلى الإمام، أقام عليه الحد إذا ثبت ذلك عنده، بخلاف القاذف يرفعه غير المقدوف، هذا لا يحده حتى يحضر الطالب (1).

قوله: (بخلاف القاذف يرفعه غير المقدوف).

ذكر ابن العربي في المعرفة بالقضاء أن أبا حنيفة جاءه رجل فقال له: إن ابن أبي ليلى جلد امرأة مجنونةً قالت لرجل: يا ابن الزانيين حدّين في المسجد وهي قائمة، فقال له: أخطأ من ستة أوجه:

الأول: أن المجنون لا حد عليه إن كان زمن قذفه مجنوناً، وكذا يؤخر حتى يصحو.

الثاني: حدّين بناء على مذهبه في كونه حقاً لله فتتداخل الحدود، فالواجب حدٌ واحدٌ، وخطؤه على مذهبه (2).

وأما على مذهب مالك والشافعي، فهو حق لأدمي فيتعدد بتعدد المقدوف.

الثالث: أنه جلد من غير مطالبة المقدوف، ولا تجوز إقامة حد القذف بالإجماع إلا بعد المطالبة بإقامته من يقول إنه حق لله أو للأدمي، وهو من أقوى الأدلة على كونه للأدمي.

(1) التهذيب: 428/4.

(2) قوله: (في كونه حقاً لله فتتداخل الحدود... مذهبه) ساقط من (ع).

الرابع: أنه والى بَيْنَ الحدين، ومن وجب عليه حدّان فإنه لا يوالى بينهما، بل يترك الثاني حتى يطيقه.

الخامس: حدّها قائمة، بل جالسة هو الشأن.

السادس: كونه في المسجد، ولا تقام الحدود في المساجد إجماعاً. واختلف في القصاص والتعزير.

وقد كان ابن أبي ليلى قاضياً بالكوفة⁽¹⁾.

وإذا عاينت البيئة إخراج المتاع من البيت، ولا يدرون لمن هو؛ فلا يشهدوا بملكه لرب البيت، ولكن يؤدّون ما عاينوا وعلموا، وتقطع يد السارق، ويقضى بالمتاع لرب الدار، وكذلك إن عاينوا أنه غصبه ثوباً⁽²⁾.

قوله: (غصبه ثوباً).

ظاهره أن شهادة الغصب⁽³⁾ لا تستلزم الملك، وهذا ظاهر في التعقل، لكنه خلاف لما في كتاب الغصب.

وإذا جمع السارق المتاع وحمله، فأدرك في الحرز قبل أن يخرج؛ لم يقطع، قيل: فإن أخرجه من البيت إلى الدار، والدار مشتركة مأذون فيها، والبيت محجور عن الناس؟ قال: قال مالك: يقطع إذا أخرجه من البيت إلى الدار والدار مشتركة؛ لأنه قد صيره إلى غير حرزه⁽⁴⁾.

(1) أحكام القرآن، لابن العربي: 41/4، 42

(2) التهذيب: 430/4.

(3) في (ع): (الخصم).

(4) التهذيب: 430/4.

قوله: (قيل).

حُق لها أن تختصر؛ لاختلاف الشيوخ في فهمها.
 وعدم المطابقة بين السؤال والجواب ظاهراً؛ لأنه سأل عن دارٍ موصوفةٍ
 بوصف الاشتراك والإذن، فأجاب بأحدهما.
 مع ما في السؤال والجواب من إبهام الشركة؛ أهي عموماً أو خصوصاً،
 مع الإبهام في التابوت من كونه مما يُنقل لصغره فلا يكون حرزاً، أو كبيراً.
 ثم استدل بمسألة الضيف، والإذن فيها خاص، والإذن الخاص ليس
 كالعام.

وإن ناول أحدهما المتاع لصاحبه وهما في الدار؛ لم يقطع إلا من
 خرج به، ولو قربه أحدهما إلى باب الحرز أو النقب، فتناوله الخارج؛
 قُطع الخارج وحده، إذ هو أخرجه، ولا يقطع الداخل، ولو التقت
 أيديهما في المناولة في وسط النقب؛ قُطعا جميعاً⁽¹⁾.

قوله: (وسط النقب).

تقرير الإشكال الوارد هنا⁽²⁾ واضحٌ.

قال في تعليقه القابسي: انظر إن كان يريد أن الداخل سلّمه من
 يده للخارج في وسط النقب، ولم يخرج يده معه حتى كأنها جميعاً أخرجاه،
 وهو ظاهر الكلام؛ لأنه قال: (ناوله)؛ فظاهره أن يده لم تتبع الثوب حتى
 [69/ب] خرج.

(1) التهذيب: 432/4-433.

(2) قوله: (هنا) يقابله في (ع): (في هذا المقام).

وينبغي إن كان النقب في نفسه من الحرز أن لا يقطع الداخل؛ لأنه
كمناول له في الحرز.

وإن كان وسط النقب عنده ليس بحرز فيلزم ألا قطع على الخارج.
قال أبو محمد: لا يصلح أبداً أن يكون المعنى إلا أن يد الداخلِ صَحِبَتْ
يد الخارج حتى أخرجه إلى خارج.

وإذا سرق أحد الأبوين من مال الولد؛ لم يُقطع، وكذلك الأجداد من
قبل الأب والأم، أحب إلي أن لا يُقطعوا؛ لأنهم آباء؛ ولأن الدية تغلظ
على أب الأب إذا قتل ابن ابنه ولا يقتل، فإن قيل: إن الجد يقطع؛ لأن
نفقة ولد ولده لا تلزمه، قيل له: فالأب لا تلزمه نفقة ابنه الكبير، ولا
ابنته الثيب، وهو لا يقطع فيما سرق من أموالهما، ولا يحد فيما وطئ
من جواريهما، فكذلك الجد لا حد عليه، ولا قطع ولا نفقة⁽¹⁾.

قوله: (فإن قيل: الجد يقطع).

إن قلت: لا موضع لهذا السؤال؛ لأن العلة الأبوة.

قلت: موضع السؤال أن يقال: السائل استشكل إحقاق الجدّ بالأب في
عدم القطع لأننا نقول: الأبوة المانعة من القطع هي الأبوة الموجبة للنفقة، أو
الأبوة⁽²⁾ مطلقاً.

الأول: مسلمٌ. والثاني: ممنوعٌ.

وما أجاب به في المدونة ضعيفٌ؛ للفرق القائم، وهو ثبوتها في الأب

(1) التهذيب: 435/4-436.

(2) قوله: (الأبوة) ساقط من (ع).

بالأصالة وعدم أصالتها في الجد.

وإذا سرق المكاتب من مال سيده، أو سرق السيد من مال مكاتبه، أو من مال مكاتب ابنه أو من عبده؛ لم يقطع (1).

قوله: (وإذا سرق المكاتب من مال سيده).

قلت: بخلاف لو وطئ المكاتب أمة سيده، والفرق واضح.

ومن سرق كلباً صائداً أو غير صائد؛ لم يقطع؛ لأن النبي ﷺ حرّم ثمنه (2).

قوله: (حرّم ثمنه (3)).

العلة منقوضة بالحرّ.

ومن سرق ثوباً لا يساوي ثلاثة دراهم، فيه دراهم أو دنانير مصرورة، ولم يعلم أن ذلك فيه، قال مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أما الثوب وشبهه مما يعلم الناس أنه يرفع ذلك في مثله؛ فإنه يقطع، وإن لم يدر ما فيه (4).

(1) التهذيب: 437/4.

(2) التهذيب: 438/4.

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 779/2، في باب ثمن الكلب، من كتاب البيوع، برقم (2122)، ومسلم: 1198/3، في باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي، من كتاب المساقاة برقم (1567)، ومالك: 656/2، في باب بيع اللحم باللحم، من كتاب البيوع، برقم (1338).

(4) التهذيب: 440/4.

قوله: (ولو لم يدر ما فيه).

هذه من المسائل التي لا يعذر فيها بجهل، صرح بذلك ابن رشد⁽¹⁾، وغيره⁽²⁾.

وفي سماع عيسى فيمن أوصى لرجل بإناء فوجد مملوءاً دنائير أو⁽³⁾ دراهم، فإن كان يعلم الناس أنه مما يرفع فيه ذلك أعطي بما فيه، وإلا أعطي الإناء وحده⁽⁴⁾.

وإن سرق فضة فصاغها حلياً أو ضربها دراهم، ثم قطع ولا مال له غيرها؛ فليس لربها إلا وزن فضته؛ لأنني إن أجزت له أخذها بلا شيء، ظلمت السارق، وإن أمرته بأخذها، ودفع أجره الصياغة، كانت فضة بفضة وزيادة؛ فهذا ربا⁽⁵⁾.

قوله: (لأنني إن⁽⁶⁾ أجزت له أخذه بلا شيء ظلمت السارق) وقد يلزم⁽⁷⁾ الخصم الأمر الأول من هذين الأمرين اللذين ردد بينهما وهو أنه يأخذه بلا شيء.

(1) انظر: البيان والتحصيل: 261/5، والمقدمات والممهّدات، لابن رشد: 231/2.

(2) المشدالي: قد استوعبها صاحب التوضيح فانظره في كتاب النكاح، وانظر الثاني من ابن سهل.

(3) قوله: (دنائير أو) زيادة من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 444/10.

(5) التهذيب: 448/4.

(6) قوله: (إن) ساقط من (ع).

(7) في (ع): (يلتزم).

قوله: (ظلمت السارق) (1).

قلنا: لا ظلم؛ لسبق ظلمه، وهو أحق أن يحمل عليه.

ومن سرق من بيت المال أو من المغنم، وهو من أهل ذلك المغنم؛
قُطِع، قيل: أليس له في المغنم حصة؟ قال: قال مالك: وكم تلك
الحصة؟! (2).

قوله: (ومن سرق من بيت المال).

هي طرفان وواسطة:

- الشريك؛ لا قطع.

- بيت المال؛ يقطع.

- المغنم؛ فيه خلاف.

ابن عبد السلام: من ادعي عليه أنه رجع رجوعاً يسقط به سهمه من
المغنم فأنكر الرجوع، فإن كان المدعي لذلك من أهل الجيش لم يقبل قوله؛
لأنه جارٍ لنفسه.

انظر قولهم في رد الشهادة في هذا الفصل واتهامهم الشاهد بأنه جار
لنفسه، مع قولهم - في المشهور - : إذا سرق واحدٌ في الجيش؛ إنه يقطع.

قوله: (قيل لمالك: إن له في الغنيمة سهماً، قال: وكم ذلك السهم؟!).

قلت: استدل بعضهم من قولها: (وكم تلك الحصة) أن الدين المجهول

(1) قوله: (قد يلتزم الخصم... السارق) زيادة من (ع).

(2) التهذيب: 454/4.

قدره تصحُّ المحاصَّةُ به؛ لأنَّ الجهل غير قادح هنا في درء الحد فكذا في عدم المحاصَّة.

قلت: والمنصوص عدم المحاصَّة،

قاله الداوودي، ونقله عنه أيضاً في طرر ابن عات ونقله في نوازل الشعبي.

ونص كلام الداوودي: ومن كان له دين على من استغرقت التبعات (1) والظلمات ذمته، ولا يكاد يحصى أهل التبعات (2)، ولا يفي ما بيده بما عليه ولا يقاربه، ولا يعلم منتهى ما عليه؛ لم يجز لأحد أن يقتضي منه شيئاً مما له عليه؛ لأنَّ الحصص تقرر في الذمة، و (3) يجب عليه في ماله، فلا يجوز له أخذ شيء لا يدرى هل يجب له أم لا.

ولا بأس إن باع منه شيئاً أو كان له عليه دينٌ أن يحيله على من له هو عليه دين، ويسوغ ذلك لأخذه؛ لأنه لم يأخذ ما يضرُّ بغير مائه.

قلت: أما البيع (4) فقد أخذ (5) فقد يرجو له سوقاً، وأما في الحوالة فالمحال (6) قد أضرَّ بغير مائه؛ لاختصاصه دونهم بأكثر مما له.

(1) في (ع): (التبعات).

(2) في (ع): (التبعات).

(3) قوله: (تقرر في الذمة و) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (في السيد).

(5) في (ع): (أجر).

(6) في (ع): (فالحال).



كتاب المحارفين

كتاب المحاربين

والمحاربون إذا أخذوا ومعهم أموال، فادعاهم قوم لا بينة لهم؛ فلتدفع إليهم بعد الاستثناء في استبراء ذلك من غير طول، فإن لم يأت من يدعيها، دفعت إليهم بعد أيمانهم بغير حميل؛ ولكن يُضَمَّنَهُم الإمام إياها إن جاء لذلك طالب ويُشْهِد عليهم⁽¹⁾.

قوله: (فلتدفع إليهم بعد⁽²⁾ الاستثناء).

نحوه في الولاة.

ومن قال لرجل: يا لوطي، أو: يا عامل عمل قوم لوط، فعليه حد الفرية. وإن قذفه بهيمة أدباً موحجاً ولم يحد، إذ لا يحد من أتى بهيمة. وكل ما لا يقام فيه الحد، فليس على من رمى رجلاً بذلك حد الفرية. ومن قذف رجلاً بالزنى، فعليه الحد، وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزنان، وإن علم المقذوف من نفسه أنه كان قد زنى، فحلال له أن يحده⁽³⁾.

من قال لرجل: يابن العبد، هل يحد أم لا؟⁽⁴⁾

(1) التهذيب: 462/4.

(2) في (ع): (قبل)، وهو خطأ.

(3) التهذيب: 477/4.

(4) قوله: (من قال لرجل: يابن العبد؛ هل يحد أم لا؟) ساقط من (ع).

المازريُّ: وقع سؤالٌ بسُّوسة أفتى فيه شيخنا، وأخذه من هذه المسألة، وهو أخذٌ خفيٌّ دقيقٌ، ونص السؤال: فيمن قال لرجل: يا بن العبد، هل يجد أم لا؟ فأقام القاذف بينة تشهد على السماع أنهم سمعوا أن جد هذا⁽¹⁾ المقذوف كان عبداً.

فقال شيخنا: إنها⁽²⁾ تجري على الخلاف بين ابن القاسم وأشهب، فعلى رأي أشهب لا حدٌّ عليه؛ لأنه عند أشهب يثبت الولاء بهذه الشهادة، وإذا ثبت بها الولاء فلا حدٌّ عليه؛ لأنه قد أقام البينة على صدق ما قال.
وأما على رأي ابن القاسم الذي لا يُثبِتُ بهذه الشهادة الولاء، فقد راعى فيها الخلاف، ولا يحده، ويكون الخلاف شبهةً يُدرأُ بها الحدُّ.
ووقع سهوٌ من القلم في تأخير هذه المسألة إلى هنا، والأنسب بها محلها من كتاب الولاء.



(1) قوله: (هذا) زيادة من (ع).

(2) قوله: (إنها) زيادة من (ع).

كتاب الرجم

كتاب الرجم

من تزوج امرأة، وتقدم مكثه معها بعد الدخول بها، فشهد عليه بالزنا فقال: ما جامعتها مذ دخلت عليها، فإن لم يعلم وطؤه بولد يظهر أو بإقرار؛ لم يرجم، وإن علم منه إقرار بالوطء قبل ذلك؛ رُجم⁽¹⁾.

قوله: (وإن علم منه إقرار بالوطء).

قلت: تقرير معارضتها لما في أواخر الاستبراء واضح للنبيه⁽²⁾.

ومن خاصم في قذف، فمات قبل إيقاع البينة، فلورثته القيام بذلك، ويحدّ لهم القاذف إن أتوا ببينة، ولو لم يقم المقذوف بقذفه حتى مضت سنة، أو أقل أو أكثر، ولم يسمع منه عفو ثم مات، فقام بذلك وارثه، فإن لم يمض من طول الزمان ما يعدّ به المقذوف تاركاً؛ فلورثته القيام، وإن مضى من طول الزمان ما يرى أنه تارك؛ فلا قيام لهم، فأما لو قام المقذوف نفسه بعد طول الزمان؛ لَحَلَفَ بالله ما كان تاركاً

(1) التهذيب: 402/4.

(2) المشدالي: أشار - والله أعلم - إلى قوله في الرائعة: (أقر البائع بوطئها أو لم يقر، ولم يجحد... المسألة).

فيقال: إما أن يكون العقد المقتضي للفراش يوجب أن يحمل على الوطء فيلزم أن يرجم هنا وإن لم يعلم منه إقرار، أو يحمل على عدم الوطء فيلزم أن لا مواضعة في مسألة الاستبراء إلا إذا أقر بوطئها، والفرق درء الحد بالشبهة.

لذلك، ولا كان وقوفه إلا أن يقوم بحقه إن بدا له؛ حُدَّ له بخلاف ورثته(1).

قوله: (وأما لو قام المقذوف نفسه...) المسألة.

ابن هشام: طول الزمان كالثلاثين أو الأربعين سنة يبطل الديون وإن كان أصلها معروفاً، إذا كان من هي له ومن هي عليه حاضرين لا تبطله(2) هذه المدة، ثم يقوم بعد هذه المدة فيقول من هي عليه: قد قضيتك ومات شهودي قبل قوله، وكذلك العقود المشهود فيها يمر عليها هذا الزمان.

وانظر مثله في سماع أشهب في الوصي إذا ادعى الدفع للأيتام بعد البلوغ والرشد لم يصدق، إلا إذا مضى زمنٌ طويل بحيث تموت فيه بينة الموصي بالدفع فلا يمين عليه(3).

ثم قال - كالمشير إلى المعارضة(4) بقوله في المدونة: (إن طول الزمان في القذف بالنسبة إلى المقذوف لا يسقطه). قال: انظر مسألة القذف هذه.

ثم قال: انظر إذا كان الدين كالع الصدق(5) ومرت به هذه المدة، وادعى الزوج الدفع، وقال: مات شهودي؛ لم ينفعه، إلا أن يقيم(6) بينة على الدفع، وإلا غرم بخلاف سائر الديون.

(1) التهذيب: 403/4.

(2) في (ش): (يطلبه).

(3) البيان والتحصيل: 49/13-50.

(4) في (ع): (معارضة هذا).

(5) في (ع): (صدق).

(6) قوله: (أن يقيم) ساقط من (ع).

ابن العطار: الذي به سائر (1) القضاء أن (2) لا يبرأ إلا بيينة (3).

وإذا حكم القاضي بشاهدين في مال، ثم تبين أن أحدهما عبد، أو ممن لا تجوز شهادته؛ حلف الطالب مع شاهده الباقي و نفذ الحكم، فإن نكل؛ حلف المطلوب واسترجع المال، وإن شهدا عليه بقطع يد أو رجل عمداً، فاقتص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد، أو ممن لا تجوز شهادته؛ لم يكن على متولي القطع شيء، وهذا من خطأ الإمام (4).

قوله: (ثم تبين أن أحدهما عبد).

في نوازل سحنون - في حر وعبد شهدا على شيء، فحكم القاضي بشهادتهما، وجهل العبد، ثم لم يعلم حتى عتق العبد و جازت شهادته، فهل يفسخ حكمه؟ أم يعيد العبد شهادته؟ فيمضي (5) الحكم بشهادته - قال: نعم؛ لأن شهادته أولاً لم ترد فستوجب الرد اليوم، ولكنها كانت جائزة.

ابن رشد: [70/أ] هذا خلاف ما في سماع أبي زيد أن الحق يرد، ولا يقطع به (6).

(1) قوله: (سائر) ساقط من (ع).

(2) قوله: (أن) زيادة من (ع).

(3) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار، ص: 346.

(4) التهذيب: 405/4.

(5) في (ع): (ويمضي).

(6) البيان والتحصيل: 187/10، 230/10.

وزاد المشدالي بعده: هكذا وجدت هذا الكلام في الأصل، وهو ناقص كما ترى، والذي في أصل البيان: "هذا خلاف ما في سماع أبي زيد من الحق يرد ولا يقطع".

وإذا قالت امرأة: زنيت مع هذا الرجل، وقال الرجل: هي زوجتي، وقد وطئها، أو وجدا في بيت فأقرا بالوطء وادعيا النكاح، فإن لم يأتيا ببينة؛ حُدًّا (1).

قوله: (زوجتي وقد وطئتها).

عورض بمسألة الخاتم، والفرق ظاهر (2).

ومن اشترى حُرَّةً، وهو يعلم بها، فأقر أنه وطئها؛ حُدًّا (3).

قوله: (ومن اشترى حرة... المسألة).

نحوه في عتقها الثاني.

ابن الحاجب: "ونحوه في غصبها، يحد الواطئ العالم، والولد رقيق، ولا

نسب له" (4).

ابن عبد السلام: قيّد أهل المذهب هذه المسألة بأن تقوم البينة قبل الوطاء

ثم قال ابن رشد: ووجه قول سحنون أن شهادة العبد لما لم تُردَّ أولاً لم يتهمه في إعادتها، وما في سماع أبي زيد أظهر؛ لأن الحكم بشهادة العبد مردود، فإن أعاد العبد شهادته بعد عتقه اتهم في أنه يريد إجازة شهادته التي قد وجب ردُّها ونقض الحكم الواقع بها. والله أعلم.

(1) التهذيب: 408/4.

(2) المشدالي: وهو أن الحق هنا هو الله ﷻ، فكان أقوى من مسألة الخاتم التي الحق فيها إنما هو لآدمي.

(3) التهذيب: 409/4.

(4) جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 618.

على أن الواطئ أقرَّ بعلمه أن الأمة مغصوبة، أو تشهد الآن بينة أنه أقر عندهم قبل الوطاء بعلمه.

وأما إن لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأنه وطئ عالماً؛ فقالوا: يُجَدُّ لأجل إقراره بالزنا، ويلحق به الولد، ولا يقبل منه نفيه؛ لأنه تعلق به حقُّ الله تعالى في قطع النسب.

قلت: وهذا التقييد يصلح ما في مسألة المدونة هذه.

قيل لمالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فمن شهد بين رجلين في حق، فنسي بعض الشهادة وذكر بعضها؟ فقال: إن لم يذكرها كلها؛ فلا يشهد. قيل له: فرجلان تنازعا في أمر، فأدخلا بينهما رجلين على ألا يشهدا بما سمعا منهما فيتقارران، ثم يفترقان فيتجاحدان؟ قال: فليعذر الشاهدان إليهما ولا يعجلا، فإن تماديا على الجحد؛ فليشهدا عليهما⁽¹⁾.

قوله: (قيل لمالك).

اختصرها لعدم المطابقة بين الجواب والسؤال، لأنه سئل عن واقع، فأجاب⁽²⁾ بأنه لا يفعل، وأنت قد⁽³⁾ علمت أنه لا يلزم من كونه لا يشهد أن تبطل إذا شهد.

قال شيخنا أبو عبد الله: واختصر الثانية لعدم صحة عموم الجواب، فإن ظاهره سواء كان المشهود عليها والشاهدان بينهما ما يوجب الحشمة أم لا.

(1) التهذيب: 412/4-413.

(2) في (ع): (وأجاب).

(3) قوله: (قد) ساقط من (ع).

ولهذا قيدها بعض شيوخنا بما إذا لم يكن بين الشاهدين والرجلين المتقاربين مداخلة توجب الحشمة والاستحياء، وأما إذا علم⁽¹⁾ ما يوجب ذلك فالصواب للرجلين⁽²⁾ أن لا يشهدا بينهما؛ لأنها كالمكرهين في المعنى.

وإن وطئها المولي فيما دون الفرج ولا نية له؛ فعليه الكفارة، ويسقط عنه الإيلاء إذا كفر؛ لأنه لو كفر قبل أن يطأ؛ لسقط عنه الإيلاء، فكيف إذا كفر للإيلاء⁽³⁾.

قوله: (ويسقط عنه الإيلاء إذا كفر...) إلى آخره.

عورض بقوله في الإيلاء: (إذا حلف بالله واستثنى...) المسألة.

تقريره أن الإيلاء ملزوم للكفارة فيسقط لسقوطها؛ إعمالاً لانتفاء الملزوم لانتفاء لازمه؛ لأن الاستثناء إما رافع للكفارة أو حل لليمين، وعلى كل تقدير يلزم عدم الإيلاء⁽⁴⁾.

(1) في (ع): (كان).

(2) قوله: (للرجلين) زيادة من (ع).

(3) التهذيب: 420/4.

(4) المشدالي: أشار إلى قوله في الإيلاء: (وإن حلف بالله أن لا يطأ واستثنى، فراءه مالك مولى، وقال غيره: لا يكون مولى).

المشدالي: قال بعض المتأخرين: أقيم من ههنا فائدة كون الاستثناء حلاً لليمين أو رفعاً للكفارة.

المشدالي: يريد بأن قول مالك: (إنه مولى) مبني على أن الاستثناء رفع للكفارة، وقول الغير مبني على أنه حل لليمين.

فقول الوانوغوي: وعلى التقديرين يلزم عدم الإيلاء ظاهر؛ لما ذكر من أن نفي اللازم يستلزم نفي الملزوم، لكن هذا مع تحقق اللازم، أما مع الاحتمال فلا، وهو في مسألة

قيل: فإن شهد أربعة على رجل بالزنا، فقالوا: تعمدنا النظر إليهما لتثبت الشهادة؟ فقال: وكيف يشهد الشهود إلا كذا⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فإن شهد أربعة).

الإيلاء يحتمل أن يكون قصد الاستثناء المقتضي حل اليمين أو رفع الكفارة، ويحتمل أن يكون قصد به التبرك على مقتضى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَايٍ﴾ الآية. وعلى هذا الاحتمال الثاني يكون مولياً قطعاً؛ إذ اللازم غير منتف، وحق المرأة قد ظهر ثبوته فلا يسقط إلا بالأمر البين لا بأمر محتمل، لا يقال: يلزم مثله فيما إذا كفر لاحتمال أن يكون كفر عن يمين أخرى سبقت منه؛ لأننا نقول: الكفارة تُحل اليمين حقيقةً بخلاف الإستثناء، فإنه محتمل - كما تقدم - والأصل عدم يمين أخرى فبعد الاحتمال هنا، فكان مرجوحاً، فوجب طرحه والعمل بمقتضى الظاهر، وتصديق الحالف في ذلك.

وما قرناه هنا مستفاد من كلام ابن محرز وابن يونس وغيرهما. فانظره.

المشدالي: وعورضت أيضاً بمسألة المولي إذا وطىء بين الفخذين، فإنه قال في المدونة: (تجب عليه الكفارة ولم يزل مولياً).

فيقال أيضاً في تقرير المعارضة: يجب أن لا يكون مولياً؛ لانحلال اليمين عنه بحثه بالوطء بين الفخذين، ولذلك أوجب عليه الكفارة.

والجواب - أيضاً - أن يقال: يحتمل أن يكون عقد يمينه على الوطء في الفرج، فيكون وطؤه بين الفخذين لا يحل يمينه، فلم يزل مولياً على هذا التقدير، فلا يسقط ما ثبت من حق المرأة بحسب الظاهر بأمر فيه احتمال، إلا إذا كفر، فحينئذ ينحل عنه الإيلاء على ما أشار إليه أبو الحسن من أن ما في هذا الكتاب يبين مسألة الوطء الواقعة في كتاب الإيلاء.

انظر ابن يونس.

(1) التهذيب: 420/4.

اختصرها لاشتغالها على إشكال، وهو أن يقال: قد قرر تقي الدين في شرح العمدة، وتبعه القرافي؛ أن وسيلة المحرم محرمة، فالنظر لتحصيل الشهادة حرام والتعمد كذلك، ولا جرحة أكبر من هذا، فلا تصح هذه الشهادة⁽¹⁾. فأشار في المدونة إلى تسليم هذا الاعتراض، وأجاب بما يصح أن يقرر بوجهين:

أحدهما أن تحمّل هذه الشهادة على هذا الوصف دعت إليه ضرورة، فصار كنظر الطبيب ونحوه.

الثاني أن يُقال: إن هذا من باب ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به؛ فاعتفر لذلك.

فإن قلت: قوله: (كيف يشهد الشهود إلا هكذا)، كأنه أخذ قضية ضرورية؛ أي أن التعمد ذاتي⁽²⁾ لتحمل الشهود، فأين الاتفاقية؟ قلت: الفجائية لا تحصّل⁽³⁾ حقيقة الصفة وكذا الاتفاقية، ولو حصل ابتداء الرؤية على سبيل الاتفاق أو الفجاءة فلا بد من تحقيق صفة الفعل، فاضطر حينئذ إلى العمل، فصدق⁽⁴⁾ ما قال في المدونة من الاحتياج إلى التعمد. وقد علمت ما في شهادات المختصر⁽⁵⁾.

(1) الذخيرة: 153/1-154.

(2) قوله: (أن التعمد ذاتي) يقابله في (ش): (العدد أتى).

(3) قوله (تحصّل) يقابله في (ع): (يحصل منها).

(4) في (ش): (بصدق).

(5) المشدالي: لعله أراد قضية المغيرة؛ فلنأت بها ثم نردفها بالسؤال والجواب اللذين أشار إليهما في المختصر عقب قضية المغيرة.

قال ابن عرفة: قال الطبري ما حصل المحتاج لذكره: إن المغيرة كان على البصرة والياً، وله مشرفة تقابل مشرفة لأبي بكرة لكل منهما كوة تقابل كوة الآخر، فكان مع أبي بكرة في مشرفته نافع بن كلدة وشبل بن معبد وزياد أخوا أبي بكرة لأمه يتحدثون، فصفقت الريح باب كوته، فقام ليصفقها فبصر بالمغيرة بين رجلي امرأة توسطها، فقال للنفر: "قوموا انظروا واشهدوا"، فنظروا فقالوا: من هذه؟ قال: أم جميل بنت الأقمم كانت تغشى المغيرة وأشرف الأمراء، فلما تقدم المغيرة للصلاة منعه أبو بكرة، وبلغ الأمر عمر، فأشخصهم، وبعث أبا موسى والياً على البصرة، فلما حضره قال المغيرة: "يا أمير المؤمنين سل هؤلاء الأعبد كيف رأوني؟ وهل عرفوا المرأة؟ فإن كانوا مستقبلياً فكيف لم أستتر؟ وإن كانوا مستدبري فبأي شيء استحلوا النظر إليّ على امرأتي، وو الله ما كانت إلا زوجتي، وهي تشبهها".

فبدأ عمر بأبي بكرة فشهد أنه رآه بين رجلي أم جميل، وهو يدخله ويخرجه كالميل في المكحلة، قال: كيف رأيتهما؟

قال: مستدبرهما، قال: كيف استبنت رأسها؟ قال: تحاملت حتى رأيتهما.

ثم شهد شبل ونافع كذلك، وشهد زياد بأن قال: رأيته بين رجلي امرأة وقداها مخضوبتان يخفقان واستين مكشوفتين وسمعت حفزاناً شديداً. قال: هل رأيت كالميل في المكحلة؟

قال: لا. قال: هل تعرف المرأة؟ قال: لا ولكن أشبهها. قال له: تنح وأمر بالثلاثة فجلدوا، وتلا قوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ﴾ الآية [النور: 13].

فقال المغيرة: "اشفني من الأعبد يا أمير المؤمنين"، فقال له: "اسكُتْ أسكُتَ اللهُ نأمتك، والله لو تمت الشهادة لرميتك بأحجارك"، وردّ عمر شهادتهم، ثم استتابهم فتاب نافع وشبل - فقبل شهادتهما - وأبى أبو بكرة؛ روي أنه قال له: "تُب! وأقبل شهادتك"، فأبى وكرّر شهادته.

وإلى هذه الإبابة أشار الفهري في مسألة الإجماع السكوتي في شرح المعالم بقوله: كقول علي لعمر لما رأى جلد أبي بكرة: "إن جلدته فارجم صاحبك".

فكان شيخنا ابن عبد السلام يستشكل صحة الملازمة في قول علي مع قبوله عمر،

ويحكي استشكالها عن شيخه أبي الحسن البوذري، وكانت له مشاركة حسنة في الأصلين، ولم يجيبا بشيء.

وكان يجري لنا جوابه بأن يقال: القذف الموجب للحد قسمان:

قذفٌ صدر على وجه التنقيص للمقذوف، وقذفٌ صدر على وجه شهادة لم تتم، وهو الواقع في الثلاثة، فلما كرّر أبو بكره شهادته أراد عمر جلده للقذف بقوله هذا، فقال له علي: "إن جلدته فارجم صاحبك"، أي "إن أردتَ جلده لزم إرادتك ذلك رجم صاحبك؛ لأن إرادة جلده إما أن يكون لسابق شهادته من حيث كونه أحد الثلاثة، أو لشهادته لا من حيث كونه أحدهم، فإن كان الأول لم يحد؛ لأنه قد حُدَّ لها، وإن كان الثاني لزم كونه زائداً على الثلاثة، وكل ما كان زائداً عليها كان رابعاً، وكل ما كان رابعاً لزم تمام النصاب فيجب حد المغيرة.

وهذا التقرير يدل على صحة قول ابن الماجشون بصحة افتراق بينة الزنا في الأداء، وأن تمام النصاب بمن يجب قبوله ولو بعد حد من لم يكمل النصاب به، يوجب حد المشهود عليه، وتقدم ذكر الخلاف فيه.

كتاب القذف

كتاب (1) القذف

وإن حملت والواطيء مليء؛ فلا بد أن تقوم عليه يوم حملت، ولا شيء عليه من قيمة ولده، وتكون له أم ولد(2).

قوله: (والواطيء مليء).

فيه إشكال؛ وذلك أن الولد إما أن يكون نشأ على ملكه، فيلزم أن لا يلزمه فيه قيمة نصفه في العسر، أو لا فيلزم أن يؤدي قيمته إذا كان مليئاً. ونحوه في أمهات الأولاد.

ومن أسلم، ثم أقر أنه زنى في حال كفره؛ لم يحد؛ لأن ذلك زنا لا حد فيه(3).

قوله: (ومن أسلم ثم أقر أنه زنى في كفره).

ظاهراً: ولو مضى من وقت إسلامه إلى إقراره ما يمكن فيه صدور الزنا منه.

وهو كذلك؛ لأن قصاره ثبوته بإقراره فيه، فيعد رجوعاً، ورجوعه

عامل.

(1) قوله: (كتاب) زيادة من (ع).

(2) التهذيب: 468/4.

(3) التهذيب: 474/4.

وكل حدّ لله، أو قصاص اجتمع مع قتل، فالقتل يأتي على ذلك كله، إلا حد القذف؛ فإنه يقام عليه قبل القتل، وذلك لحجة المقذوف من لحوق عار القذف به إن لم يحد له⁽¹⁾.

قوله: (وكل حدّ لله تعالى).

هذه الكلية منقوضة بقوله بعده: (إذا قذف حربياً مسلماً فأسلم أو أسر لا يحدُّ للقذف)⁽²⁾، وعلّله بسقوط القتل.

فلو لم يندرج فيه لما سقط بسقوطه، وفي هذه الكلية لم يسقط فلم يندرج، فأدرجه هناك، بخلاف هنا، وهما حدّان.

قوله: (إلا حد القذف).

ابن عرفة: وكذا عندي حدُّ الخمر؛ لقياس الصحابة له على القذف.

قوله: (في لحوق العار).

منقوض بقوله بعده في قذف الجماعة: (ولو افتقرت أمكنتهم يكفي حدُّ واحدٍ، ولحوق المعرة قائم إذا قام به أحدهم والآخر غائب وقدم).

وكل ما لا يقام فيه الحد؛ فليس على من رمى رجلاً بذلك حدُّ الفرية⁽³⁾.

قوله: (وكل ما لا يقام فيه الحد).

(1) التهذيب: 475/4.

(2) التهذيب: 485/4.

(3) التهذيب: 477/4.

نوقض بالجنون؛ فإنه لا يقام فيه حد، ومن رمى رجلاً به حُدَّ.

وأجيب بجوابين:

إما أن يقال: المجنون الذي لا يسقط عنه الحد هو الجامع⁽¹⁾، ومن لا يعتبر⁽²⁾ الأوقات⁽³⁾.

أو يقال: المراد ما لا يقام، أي لا يثبت أصلاً، وهو الجواب في قذف الصبيّة؛ فإنه يحدُّ ويدراً عنها.

وأجيب عما في قذف جماعة بأن حدّه لواحد يوضح كذبه ويظهر معرفته، وذلك محصول قُصد كل واحد، فلم تتكرر المعرفة.

ومن قذف جماعة في مجلس، أو مفترقين في مجالس شتى؛ فعليه حدُّ واحد⁽⁴⁾.

قوله: (ومن قذف جماعة).

انظر ما خرّج الأبهري، وابن رشد في المقدمات، وابن عبد السلام من قذف زوجاته الأربعة على ما هنا⁽⁵⁾.

(1) في (ع): (العاصم)، وكتب في الهامش: (الطافح)، وأشار إلى أنها نسخة.

(2) في (ع): (فيعتبر).

(3) المشدالي: هو معنى قول ابن عرفة، ويجاب: بحمل قولها في الرجم على الذي يُفبق أحياناً.

(4) التهذيب: 479/4.

(5) انظر: المقدمات والمهدات، لابن رشد: 341/1.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة: في كتاب اللعان ما نصه: ابن عبد السلام: انظر لو قذف زوجاته الأربع، أو نفى أولادهن، هل يلعن لعاناً واحداً لجميعهن كحدّه

ومن عفا عن قاذفه قبل بلوغ الإمام، ولم يكتب عليه بذلك كتاباً؛ فلا قيام له بعد ذلك⁽¹⁾.

قوله: (ولم يكتب بذلك كتاباً).

المغربي: يحتمل لم يكتب على القاذف على أنه متى شاء قام⁽²⁾ بحقه، فيكون مفهومه مثل ما في الرجم⁽³⁾.

للأجنبيات في القذف حداً واحداً؟

قلت: في المقدمات: اختلف فيمن قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة. فقال أبو بكر الأبهري: لا أعرفها منصوصة، ومقتضى مذهبنا أن يلاعن لكل واحدة؛ لأن اللعان بمنزلة الشهادة، ولو أتى بالشهود لزم أن يقيم الشهادة على كل واحدة منهن منفردة، ويحتمل أن يجزئه لعانٌ واحدٌ كقذفه جماعة في كلمة واحدة، ولو ظاهرَ منهن بكلمة واحدة تجزئه كفارة واحدة.

ثم قال: حكى الاصطخري عن إسماعيل أن جماعة ادعت على رجل ديناً فحلفه لهم يميناً واحدة، فعليه يُكتفى بلعانٍ واحدٍ لهن.

قلت: في قوله: "لزم أن يقيم الشهادة على كل واحدة" نظراً؛ لأن ظاهر المذهب أن البينة إذا قالت: نشهد برؤية زنا فلانة وفلانة - ووصفت كما يجب - فإنها تامة، وهذا هو معنى لعان واحد، أن يقول الزوج: "أشهد بالله الذي لا إله إلا هو لقد رأيت فلانة وفلانة تزنيان"، ويصف كما يجب.

وتتخرج المسألة على الخلاف في تعداد الصيعان في تعدد المصبرات.

ويأتي لابن القاسم فيمن قذف زوجته فقامت إحدهما، ما ظاهره أن لعاناً واحداً يكفي.

المشدالي: وحكى في المدارك عن أحمد بن داود الصواف أنه قال: لعان واحد يجزيه.

(1) التهذيب: 479/4.

(2) في (ش): (قال).

(3) المشدالي: والذي في كتاب الرجم هو قوله فيه: فإن عفي عنه على أنه متى شاء قام

أو معناه: لم يكتب القاذف على المقدوف كتاباً بالعفو، فيكون مفهومه لو كتب لكان أحرى ألا يقوم⁽¹⁾.

الشيخ: وهذا هو الظاهر؛ لأنه إن عفا فسواء كتب قبل ذلك كتاباً أم لا قد أسقط حقه، ولو كتب على أنه يقوم متى شاء، فليس بعفو حقيقةً، وإنما هو تأخير⁽²⁾، والظاهر من نقل ابن يونس الأول.

وإذا شهد رجل على رجل بشرب الخمر أو بالزنا، وقال للقاضي: أنا آتيك بشهود على ذلك، فإن ادعى أمراً قريباً في الحضر؛ حُبس هو والمشهود عليه، ولا يؤخذ في هذا كفيلاً، وقيل له: ابعث إلى من يشهد معك، فإن أتى بمن يشهد معه؛ أقيم على المشهود عليه الحد في الخمر، وإن لم يأت به، أو ادعى شهادة بعيدة؛ لم ينتظر ونُكِّل⁽³⁾.

قوله: (أنا آتيك بالشهود).

ظاهره بالنصاب.

وقوله بعده: (يشهد معه)، ظاهره عدم النصاب.

الشيخ: فيحتمل الأول من كلام السائل؛ لأنه توهم أنه يجب عليه نصابٌ

بحده وكتب عليه بذلك كتاباً وأشهد على ذلك فذلك له متى قام به فإن مات كان لولده أن يقوم عليه بذلك الكتاب. انتهى.

(1) في (ع): (قيام).

وزاد المشدالي بعده: فيكون من باب مفهوم الموافقة، وعلى الاحتمال الأول يكون من مفهوم المخالفة.

(2) في (ع): (تأخر).

(3) التهذيب: 480/4-481.

سواه، ففسر له السؤال بـ "إن أتيت بمن يشهد معك"، وإن كان السائل [70/ب] ممن لا يتوهم فيحمل قوله: (الشهود) يعنى في صورة الزنا وفي صورة الخمر؛ أي: بمن تكمل به الشهادة معه.

ومن قال لأجنبية: زنيّت وأنت صبيّة، أو زنيّت وأنت نصرانيّة، أو قال ذلك لرجل؛ فعليه الحد؛ لأنه لا يخلو أن يكون قاذفاً أو معرّضاً، وكذلك لو قال لهما: رأيتهما تزنيان في حال الصبا، أو في حال كفر تقدم، أو قذفهما بالزنا قذفاً، ثم أقام بينة أنهما زنيا في حال الصبا، أو في حال كفر تقدم منهما؛ لم ينفعه ذلك ويحد؛ لأن هذا لا يقع عليه اسم زنا⁽¹⁾.

قوله: (لا يخلو...) إلى آخره.

أي: قاذف باللفظ الأول، ومعرّض بقوله: (وأنت صبيّة)، يحتمل أن يريد رفع ما أثبتته من⁽²⁾ الحد.

قوله: (رأيتهما تزنيان في حال الصبا...) إلى آخره.

عارضه بعضهم بقوله بعده: (وأنت مكرهة)؛ لأن قوله أوّلاً: (لأن هذا لا يقع عليه اسم الزنا) يلزم على مقتضى هذه العلة في الثانية؛ لأن وصف الإكراه لا يقع معه اسم الزنا.

وأشار في المدونة إلى الفرق بينهما بما حاصله أن أحدهما لما استحالت⁽³⁾

(1) التهذيب: 482/4.

(2) في (ع): (في).

(3) قوله: (لما استحالت) يقابله في (ع): (كما استحالت).

فيه الخبرية صرفت فيه إلى الإنشائية، بخلاف الآخر.

وإذا قذف حربِّي في دار الحرب مسلماً، ثم أسلم الحربي بعد ذلك أو أسر فصار عبداً؛ لم يحد للقذف، ألا ترى أن القتل موضوع عنه⁽¹⁾.

قوله: (ألا ترى أن القتل موضوعٌ).

مقتضى هذا التعليل: لو لم يكن القتل موضوعاً، واجتهد فيه؛ لرأى قتله لما أتى به من بلد الحرب أن يحد للقذف.
وظاهر نصوصهم: "لا حد عليه"؛ إذ لا شيء من الحربي بمكلف، والحد تكليف، ولذا سقط عمن لم يبلغ.

ومن قال لرجل: ما أنا بزنان، أو قال: قد أخبرت أنك زان حُدُّ؛ لأن في التعريض الحدَّ كاملاً⁽²⁾.

قوله: (لأن في التعريض الحد).

قلتُ: قال ابن رشد في سماع عيسى: ومن حمل إلى رجل كتاباً من عند رجل، وفيه يا ابن الفاعلة، فدفعه إليه، فإن كان يَعْرِف ما فيه حد، وهو أشد من التعريض⁽³⁾. انظره⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 485/4.

(2) التهذيب: 488/4.

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 305/16.

(4) المشدالي: قال في أول السماع: من قال لعبده أو لأجنبي: اذهب لفلان فقل له: إن فلاناً يقول لك: يابن الفاعلة، فذهب فقال له.

قال: إن قامت البينة على أنه أمره بذلك حُد الأمر دون المأمور، وإلا حُد المبلِّغ.

قلتُ: وفيه نظر.

وإن قال لرجل: لست ابن فلان - لجده - وقال: أردت أنك لست ابنه لصلبه؛ لأن دونه لك أب؛ لم يصدق وعليه الحد، كان جده مسلماً أو كافراً⁽¹⁾.

قوله: (لست ابن فلان ل- جده - وقال: أردت أنك لست ابنه لصلبه...) المسألة.

عورض بقوله في الرجم: (أردتُ جدةً من جداته...) المسألة⁽²⁾.

تقرير الاعتراض أن يقال: تخصيص بعض ما يتناوله⁽³⁾ اللفظ؛ إما أن يقبل تفسيره فيلزم أن لا يجد هنا، أو لا فيلزم الحد هناك⁽⁴⁾.

ابن رشد: إن لم تقم بينة على أنه أمره فلا خلاف في أن المأمور يجد، وأما إن أقر الأمر، أو قامت عليه بينة بالأمر، فاختلف في حد المأمور؛ فقال هنا: لا يجد، وقال الأخوان: يجد؛ لأنه قد قاله له، وذلك أشد من التعريض، وكذلك إن جاء من عنده بكتاب وهو يعرف ما فيه.

ومثله في الموازية، قال: ومَن حمل إلى رجل كتاباً من رجلٍ وفيه "يا ابن الفاعلة"، فدفعه إليه، فإن كان يعرف ما فيه حُدَّ وهو أشد من التعريض، وأما إن قال لرجل: إن فلاناً يزعم أنك زانٍ، فإن قالها في مشامةٍ أو مخاصمةٍ حُدَّ، وإن أقام بينة على قول فلان، وإن قاله مخبراً فلا حد عليه إن أتى ببينة على قول فلان، قاله ابن الماجشون. ولا خلاف في هذا.

(1) التهذيب: 489/4.

(2) التهذيب: 404/4.

(3) في (ع): (تناوله).

(4) في (ع): (هنا).

ولا يصح الجواب بكون النكرة في سياق النفي؛ لأن (فلاناً) معرفة أضيف إليها (ابن)(1).

وفي العتبية: سئل مالك عن الرجل يجحد نسب رجل أنه أخوه؟

فقال: ينبغي للقاضي أن يسأله، فإن أنكر وجحد، ثم ثبت ذلك بينة؛ أخذ له بحقه، ولا عقوبة على هذا في إنكاره.

ابن رشد: رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها: إنها يسقط الحد عن الأخ المنكر؛ لأنه لم يقصد قصد القذف، وإنما دفعه عن مال، فكأنه قال: ليس لك معي (2) في هذا المال حق، وليس هذا بصحيح.

وإنما معنى المسألة أنه قال ذلك في أخ طراً عليه، لم يكن مقراً به قبل ذلك، فلذلك قال: "إنه (3) لا عقوبة عليه في إنكاره".

وأما لو جحد نسب أخ كان مقراً به قبل ذلك لحد - وكذا قال محمد - وقد قال في الكتاب (4): (من قال لرجل: لست أعرف أباك، وهو يعرفه؛ فعليه الحد)(5).

(1) المشدالي: لكنه في قوة قوله: "لا بنوة لك عند فلان"، فهو في حكم النكرة في سياق النفي، وهي ظاهرة في العموم، فلم يصدق فيما ادّعاه من التخصيص؛ لخروجه بدعواه عن الظاهر المقتضي وجوب الحد عليه لغيره، بخلاف مسألة الرجم فيما ذكر، فلذلك صدّق فيها على الشريطة المذكورة. والله أعلم.

(2) قوله: (معي) زيادة من (ع).

(3) قوله: (إنه) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (المدونة إن).

(5) البيان والتحصيل، لابن رشد: 234/9.

قلتُ: لا أعرف هذه بعينها في البراذعي.

وفي سماع أبي زيد: ومن قال لرجل في مشاتمة: "لا أعرف أباك" وهو يعرفه ضرب الحدّ ثمانين.

هذا واضح؛ لأنه نفى أباه فقد قطع نسبه.

وكذا لو قالت امرأة لابنها: "لست ابن أبيك"، حُدّت.

وإذا قالته في غير مشاتمة أشبه قول رجل لولده⁽¹⁾: "ما أنت لي بابن" في عصيانه إياه⁽²⁾.

ابن محرز: لو عرّض لولده بقذف لم يُحدّ؛ لبُعد التهمة في ولده⁽³⁾.
ونقله عنه أيضاً صاحب الطرر. ولم يتعقبه.

وإذا نظرت امرأة إلى رجل فقالت: ابني، ومثله يولد لمثلها، فصدّقها؛
لم يثبت نسبه منها، إذ ليس ههنا أبٌ يلحق به⁽⁴⁾.

قوله: (أن ليس ههنا أبٌ يلحق به... المسألة⁽⁵⁾).

يصح تقريره بوجهين:

أحدهما أن يقال: من لوازم الأمومة الأبوة، فلا أب ههنا، ولا⁽⁶⁾ أم.

(1) قوله: (رجل لولده) يقابله في (ع): (الرجل في ولده).

(2) في (ع): (إياها)، البيان والتحصيل: 344-345.

(3) نقل المسألة ابن شاس في: عقد الجواهر: 568/2.

(4) التهذيب: 495/4.

(5) قوله: (المسألة) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (فلا).

واعترض باللعان والسفاح.

فأجيب بمنع انتفائه في اللعان؛ ولذا صح استلحاقه، ولو لم يكن هناك أبٌ شرعي لما صح الاستلحاق.

وردَّ بأنَّ صحة الأبوة متأخرة عن الاستلحاق.

الوجه الثاني: أن الاستلحاق إنما يصح من الأب، ولا أب هنا فلا استلحاق لها.

ومن قال لرجل: يا ابن الأقطع، أو المقعد، أو الأعمى، أو الأحمر، أو الأزرق، أو الأصهب، أو الآدم، فإن لم يكن أحد من آباءه كذلك؛ جلد الحَدِّ (1).

قوله: (يا ابن الأقطع...) المسألة.

قلتُ: أثبت هنا جوابين رأيتهما لشيخنا أبي عبد الله بن عرفة، يتأسى بهما اللبيب الفاضل:

الجواب الأول: سئل عن رجلٍ من طلبة العلم تزوج شريفةً من جهة الأب مشهورة النسب بالشرف، فوقع بينه وبينها منازعة، ف قيل له على جهة النصح: تفعل هذا بشريفة من أهل رسول الله ﷺ! فقال له الزوج: هي شريفة النسب وأنا شريف الحسب، أنا أحسن منها، وأبي أحسن من أبيها، وجدي أحسن من جدّها، وبلدي أحسن من بلدها.

فقام عليه وكيل المرأة، وأقام عليه (2) بينة بمقالته، واعترف في مجلس

(1) التهذيب: 495/4.

(2) قوله: (عليه) زيادة من (ع).

الحكم بذلك، وقال: نعم "أنا قلت"، فسئل عما أراد بقوله، فقال: "إن أبي كان خطيباً، وجدي كذلك، وأبوها وجدها ليسا كذلك"، فهل يقبل منه هذا التفسير؟ أم لا؟ وما يلزمه؟

أجاب بما نصّه: لا أعرف هذه النازلة منصوصةً، ومقتضى المذهب عندي أدبُ القائل بقدر جرأته، أو كون ذلك منه لتعوده، ولا يجب قتله.

ودليل عدم وجوبه قائمٌ من المدونة، من قوله في كتاب القذف: (... يا ابن الأقطع؛ حدًّا إلا أن يكون في آبائه أقطع).

وتقرير القياس في هذه المسألة أن قوله⁽¹⁾: (يا ابن الأقطع) موجبٌ - ظاهراً⁽²⁾ - حدًّا قائله؛ لاشتتاله على قطع نسب المقول له ذلك.

فألغى مالك رحمته إيجابه ذلك باحتمال صدق اللفظ على أبي لا يوجب صدقهُ عليه تلك العقوبة.

فكذا قول القائل المذكور: "جدي أحسن من جدك"، موجبٌ⁽³⁾ ظاهره قتل قائله؛ لاشتتاله على التنقيص⁽⁴⁾ الموجب ذلك، فيجب إلغاء إيجابه ذلك؛ لاحتمال صدق لفظه على جد⁽⁵⁾ لا يوجب صدقه عليه قتله⁽⁶⁾.

والاحتمال في النازلة المذكورة ظاهرٌ بما بيّنه من خطابة جدّه دون جدّها،

(1) قوله: (أن قوله) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (ظاهر).

(3) في (ع): (يوجب).

(4) في (ش): (النقص).

(5) في (ش): (حد).

(6) في (ع): (قبله).

إن كان في قوله ذلك صادقاً.

ودليل أدبه واضح، فلا نطوّل به. والله أعلم. اهـ.

الجواب الثاني: سئل عن رجلين وقعت بينهما مشاجرة، ثم أتى أحدهما مجلس قاضي الموضوع أعزه الله، فادعى أن غريمه المذكور سبّ أباه، فرغب في ذلك، فصفح عن غريمه المذكور، ثم قال كلاماً نصه: إنما عزّ عليّ سبه لوالدي وإلا أسابوا الأنبياء. هذا نص قوله، ثم أنكر مقالته، ولم يحضر المجلس المذكور غير القاضي [71/أ] المشار إليه وشاهد آخر عدل، فاستوعب مقالته المذكورة، فما ترونه في المسألة يقع به العمل إن شاء الله؟

فأجاب: الحمد لله وحده، الواجب في ذلك (1) تأديب القائل المذكور بحسب اجتهاد القاضي، بمقتضى كثرة (2) جرأة القائل وقلة جرأته؛ إن كان ذا جرأة فليضرب نحو أربعين سوطاً، وإن لم يكن من أهل الجرأة فيكفي فيه سجن شهرين، ونحوهما، وهذا كله استحسان، والمقدم في ذلك هو ما يظهر لحاكم الموضوع. اهـ (3).

ومن قذف رجلاً ثم ارتد القاذف، أو قذف وهو مرتد؛ فإنه يُحدُّ؛ أقام على رده، أو رجع إلى الإسلام (4).

قوله: (ومن قذف رجلاً ثم ارتد القاذف...) إلى آخره.

(1) قوله: (في ذلك) زيادة من (ع).

(2) قوله: (كثرة) زيادة من (ع).

(3) انظر المسألة في: المعيار العربي، للونشريسي: 379/2.

(4) التهذيب: 498/4.

تقرير معارضتها لمسألة (1) الحربي المتقدمة أن يقال: الكافر قذف مسلماً، فسقط القتل، فيسقط ما اندرج فيه - وهو القذف هنا - كما سقط هناك، والجامع بينهما أنه قذفٌ صدر من كافرٍ، وهو الآن مسلم.

والفرق لحُوق المعرة هنا وضعفها هناك؛ لكونها انضاف إليها عداوة الدين، فلا يغير ما صدر عنه، بخلاف هذه؛ فإنه في قوة المسلم.

مسألة: في تعليقة القابسي ما نصُّه: رأيتُ على ظهر كتاب المحاضر والسجلات تأليف الطبري، قال أبو جعفر الطبري: سئل ابن أبي ليلى عن قذف الحور العين؟

فقال: حدُّه ضربٌ بالسيف.



(1) قوله: (معارضتها لمسألة) يقابله في (ع): (معارضة هذه المسألة مسألة).



كتاب الأشربة

كتاب الأشربة

ولا بأس بأكل الخبز بالبيد؛ لأن الخبز ليس بشراب. قيل: فهل ينقع في نبيذه الخبز، ويدعه يوماً أو يومين، ثم يشربه قبل أن يسكر؟ قال: هذا مثل ما أعلمتك من الجديزة، وشبه ذلك أن مالكا كرهه في قوله الآخر (1).

قوله: (فهل ينقع).

اختصرها لإشكال الجواب؛ لأنه أحال (2) على ما لم يتقدم له ذكر، ولا عُلِمَ حكمه.

ولا يتبذ في الدباء والمزفت، قيل: أليس نهى النبي ﷺ عن الظروف، ثم وسع فيها؟ قال: قال مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: قد ثبت نهى النبي ﷺ عن الدباء (3).

قوله: (قيل: أليس).

(1) التهذيب: 502/4.

(2) في (ع): (إحالة).

(3) التهذيب: 502/4.

والحديث متفق عليه: أخرجه البخاري، كتاب الخمس، باب أداء الخمس من الدين: 1128/3، برقم (2928)، ومسلم، في كتاب الإيثار، باب الأمر بالإيمان بالله تعالى ورسوله ﷺ وشرائع الدين: 46/1، برقم (25).

اختصرها لعدم مطابقة السؤال الجواب؛ لأن السؤال قرّر فيه السائل الإباحة والتوسعة بعد الحظر، والإباحة والتوسعة⁽¹⁾ في ظاهر الحديث عموماً في الأواني، فأجاب بالبعض.

ابن الهندي: والفرق بين ما فيه الحيتان كرهه مالك، والخمر المخللة؛ أنه في الأولى أن⁽²⁾ الحيتان وعاء للخمر كأنه قائم فيها فحرم، والثاني: انقلّب لحالة فقد منها علّة التحريم، وهي الإسكار.



(1) قوله: (بعد الحظر والإباحة والتوسعة) زيادة من (ع).

(2) قوله: (أن) زيادة من (ع).

كتاب الجنائيات

كتاب الجنائيات

قال شيخنا أبو عبد الله: الجناية تطلق بإزاء مفهوم عام وخاص.
 فالعام: كل من أتلف شيئاً؛ سواء كان الجاني والمجني عليه حرّين
 مسلمين بالغين عاقلين ذكّرين (1) أو لا، أو مختلفين.
 والخاص: وهو المقصود بأكثر أحكام هذا الكتاب.
 ورسمها بعض شيوخنا: بإتلاف ذي رُقٍّ دماً أو مالاً بغير إذن.
 والقسم الثاني من تقسيم عياض ليس بجارٍ على القياس، والمشهور من
 المذهب من عدم عذر الجاهل بالحكم.
 قلت - وصوّبه -: تقرير إشكال قول ابن القاسم في صدر هذا الباب أن
 يقال: الجناية إن كانت في رقبة العبد فيلزم قول الغير بالجبر في الاشتراك في
 العبد؛ لعدم صحة فعل السيد مع العافي، وإن كانت في ذمة السيد لزم جبره
 على دفع نصيب الغير العافي.

وإذا قتل عبد رجلاً له وليان، فعفا أحدهما، ثم قال: عفوت ليكون لي
 نصف العبد؛ لم يصدق إلا أن يأتي بدليل (2).

قوله: (ليكون لي نصف العبد).

(1) قوله: (ذكّرين) ساقط من (ع).

(2) التهذيب: 507/4.

عورض بمسألة العارِيَّة⁽¹⁾؛ وفي كليهما ادعي عليه المعروف وهو ينكره.

والفرق أن الحق هنا بالأصالة القصاص، ولما أسقطه وهو ليس بمتمول؛ فمدعي العفو على غير مال ادعى ما يشبه من إرسال ما ليس بمتمول على غير مال.

قلت: ولقائل أن يقول: هذا الفرق إنما يصح لو كانت المسألة في العمد نصاً، وظاهر المدونة: (عمداً أو خطأ)⁽²⁾، وقد تقرر أن الخطأ مال، فمدعي المعاوضة فيه مدع للأصل.

ومن جنى عبده جناية، فقال: أبيع، وأدفع الأرش من ثمنه؛ فليس له ذلك إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون، أو يأتي بضامن ثقة فيؤخر اليومين ونحوهما، وإلا فداه أو أسلمه، فإن باعه، ودفع إلى المجني عليه دية الجرح؛ جاز بيعه، وإلا لم يجز⁽³⁾.

قوله: (إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون).

قلت: الذي - قاله المغاربة - هنا أنه في سماع أبي زيد؛ نصه: فيمن عليه دين وله مالٌ غائبٌ يعلم غرماؤه ذلك، فقالوا له: اعطنا حميلاً حتى يقدم

(1) المشدالي: مسألة العارِيَّة التي عورض بها هي - والله أعلم - قوله في آخر كتاب العارِيَّة: (ومن ركب دابة رجلٍ إلى بلدٍ، وادعى أنه أعاره إياها، وقال ربه: بل أكريتها منه، فالقول قول ربه إلا أن يكون مثله لا يكرى الدواب؛ لشرفه وقدره).

(2) المشدالي: فيما زعمه من أن ظاهر المدونة عمداً أو خطأً نظرٌ بين فتأمله.

(3) التهذيب: 507/4 - 508.

مالك، قال: ليس لهم ذلك إلا أن يخافوا عليه أن يهرب أو يغيب عنهم.
ابن رشد: كان ابنُ عَتَّابٍ يضعّف هذه الرواية، وأنها خارجةٌ عن
الأصول، وأنَّ الصواب أن يلزمه حميل بالمال إذا سأل أن يؤخر بما عليه حتى
يأتي به إذا رأى القاضي ذلك نظراً، وكان الفقهاء بطليطلة يفتون فيمن عليه
دين فسأل أن يؤخر به حتى ينظر فيه، وهو وافر الحال⁽¹⁾ معلوم بالمال
المأمون، أنه لا يلزمه إلا حميل بوجهه بدليل هذه الرواية، وهو دليلٌ ظاهر،
وإلى هذا نحا ابنُ مالك.

ابن رشد: ما أفتى به أهل طليطلة هو قول سحنون، كتب إليه فيمن بعث
معه بهال فتعدى فيه فأنفقه، فاعترف به عند الحاكم، وقال: هذا رَبِّي أبيعهُ،
فيعرضه ولا يجد من يشتريه، فيطلب منه الطالب حميلاً بوجهه، فهل ذلك
عليه؟ وهل يجبس إن لم يجد حميلاً؟

فكتب: لا حميل على هذا ولا حَبْس إذا بذل من نفسه ولم يتهم، وإنما يُجَبَس
المفلس يُتَّهَم أن يخفي مالاً⁽²⁾.

(1) قوله: (الحال) ساقط من (ع).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 364/11.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن رشد في السماع المذكور: فقول ابن مالك هو الصحيح،
وتضعيف ابن عتاب الرواية صواب؛ لأن مال المطلوب غائبٌ، فوجب أن يؤخذ منه
حميل بالمال، بخلاف إذا كان ماله حاضراً ووفره ظاهراً من الأصول وغيرها، فها هنا
يحسن قول ابن مالك وما كان يفتي به فقهاء طليطلة، وهو قول سحنون.

انظره في ثمانية السماع من كتاب الكفالة.

وانظرها أيضاً في ابن سهل في ترجمة (كتبت إلى شيوخنا بقرطبة سنة ست وخمسين
وأربعمئة).

ابن عبد السلام: لو اشترى رجلُ سلعةً ولم يدفع ثمنها وهو مليء، فهل يجوز له بيعها بغير رضی البائع أو لا بد من رضاه خوف فُلَس المشتري؟
يجري الأمر فيها على هذه المسألة؛ إن كان مليئاً جاز.

ابن عرفة: لا تجري عندي؛ لاختلاف المتعلقين؛ لأن الجناية تعلقت بعين العبد، ولذا⁽¹⁾ سقطت بموته، والثلث بالذمة.

قوله في مسألة (مَنْ عَتَّقَ نَصْفَهُ ثُمَّ جَنَى رُقًّا بَاقِيَهُ)، لم يجعله هنا تؤدى الجناية من مال العبد، كقوله قبل: (إن كان للعبد مالٌ أو وجد معيناً أدى وتم عتقه)، وكل⁽²⁾ منها أداء يحصل العتق، فيحتمل أن تقييد هذه بتلك، فيكون معناها: لا مال للعبد ولا معين.

ويحتمل أن الفرق بينهما سبقية⁽³⁾ الجناية هناك وتأخر ههنا في معتق بعضه، فضعف أمره.

المتيطى: لو بيعت الأنقاص في أرض غير البائع جاز عند ابن القاسم، ويقوم⁽⁴⁾ رب الأرض على المشتري⁽⁵⁾ فيعطيه الأقل من قيمة نقضه أو الثمن⁽⁶⁾ الذي [71/ب] اشترى به.
ومنه أشهب وسحنون.

(1) في (ع): (وإن).

(2) في (ع): (وفي كل).

(3) في (ع): (بسبق).

(4) في (ع): (ويغرم).

(5) قوله: (على المشتري) زيادة من (ع).

(6) قوله: (نقضه أو الثمن) يقابله في (ش): (نقضها والثلث).

قال فضل: وقولها أشبه بأصولهم؛ ألا ترى إلى قولها فيمن أعتق شقْصاً من عبد بينه وبين شريكه فأراد شريكه بيع نصيبه: (لم يجوز)؛ لما علل به في المدونة.

ولو بتله في المرض ولا مال له، أو له مال غير مأمون، فجنى العبد جناية؛ فلم ينظر فيها حتى أفاد السيد في مرضه مالاً مأموناً، فإن أبتل عتق العبد، ويتبع بالجناية في الذمة، ولا تحملها العاقلة؛ لأنه يوم جنى كان ممن لا تحمل العاقلة جريرته، والعاقلة لا تحمل جريرته حتى يحمل هو معها ما لزمها من الجرائر⁽¹⁾.

قوله: (ولو بتله في المرض...) المسألة.

في سماع أصبغ يعقل السفية والمولى.

ابن رشد: اختلف؛ هل يعقل المولى⁽²⁾ الأسفل مع القبيلة التي مواليه

منها، ما جناه مواليه وسائر القبيلة؟ أم لا؟

قال هنا: يعقل، خلافاً لسحنون.

ابن المَوَّاز: وهو معنى قول ابن القاسم.

ابن رشد: ليس بصحيح، بل يعقلون على مذهب ابن القاسم، وله مثله في

جناياتها في المبتل في المرض. المسألة⁽³⁾.

(1) التهذيب: 512/4.

(2) في (ع): (مولى).

(3) البيان والتحصيل: 69-68/16.

ومن أخدم عبده رجلاً سنين معلومةً، أو حياة الرجل، فجنى العبد، خيّر مالك رقبتة، فإن فداه؛ بقي في خدمته، وإن أسلمه؛ خير المخدم بين أن يفديه، أو يسلمه للمجني عليه، فإن فداه خدمه، فإذا تمت خدمته، فإن دفع إليه السيد ما فداه به؛ أخذه، وإلا أسلمه للمخدم رقياً، وأما الموصى بخدمته لرجل سنة وبرقبتة لآخر، والثالث يحمله إذا جنى، فإن صاحب الخدمة يبدأ، فإن فداه؛ خدمه، ثم أسلمه بعد الأجل للموصى له بالرقبة، ولا يتبع بشيء مما أدى، وإن أسلمه؛ خير صاحب الرقبة، فإن فداه أخذه وسقطت الخدمة⁽¹⁾.

قوله: (ومن أخدم رجلاً عبده سنين معلومة)، مع قوله بعده: (وأما الموصى... المسألة).

خرّج ابن رشد تخيير ذي الرقبة من الثانية في الأولى، وخرّج تقديم ذي الرقبة في الثانية من الأولى⁽²⁾.

ورُدَّ بقيام الفارق، وهو أن يقال: لا يلزم من تقديم ذي الرقبة في الأولى كونه كذلك في الثانية؛ لسبقية سبب حقه، وهو أصالة ملكه له، وهو سابق عن الخدمة، وصاحب الرقبة في الثانية سبب حقه متأخراً.

ورُدَّ هذا الفرق بكون ابن القاسم قاس الملك اللاحق بالملك السابق في زكاة الفطر.

(1) التهذيب: 514/4-515.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 354/14.

قال ابن القاسم: إذا جنى المدبر في حياة سيده، وعلى سيده دين يغترق قيمة المدبر أو لا يغترقه؛ فأهل الجناية أحق بخدمته، إلا أن يدفع إليهم الغرماء الأرش فيأخذوه، ويؤاجروه حتى يستوفوا دينهم، فإن لم يأخذه الغرماء، وأسلم للمجني عليه يخدمه، ثم مات السيد وعليه دين، وفي رقبة المدبر كفاف للدين والجناية وفضلة؛ بيع منه لذلك، ويدئ بالبيع للجناية ثم للدين، ثم عتق ثلث ما بقي، وإن كان لا فضل في قيمته عنهما، أو قيمته أقل منها، قيل للغرماء: أهل الجناية أحق به منكم إلا أن تزيدوا على قيمة الجناية فيأخذوه، ويحط عن الميت بقدر الذي زدتم؛ فذلك لكم (1).

قوله: (إلا أن تزيدوا على قيمة الجناية).

قال بعضهم: جعل (2) هنا على تفسير محمد وعبد الحق إذا كان نقص لا يلزم السيد إذا افتكوه بالأرش فقط وبيع بأقل. ويناقض آخر عيوبها.

وفي كلٍّ منها (3) فداء رقبة تعلق حقَّ الغير بها فيهما، فجعل (4) النقصان هناك عليه وهنا عليهم.

والفرق (5) بينهما أنهم في العيوب أدوا عنه ما لزمه، وهنا لم يؤدوا عنه

(1) التهذيب: 517/4.

(2) في (ع): (جعلهم).

(3) في (ش): (منها).

(4) في (ع): (فجل).

(5) في (ع): (الفرق).

شيئاً (1) لزمه؛ لأنها (2) متعلقة برقبة العبد (3).

ثم قوله: (إلا أن تزيدوا).

قلتُ (4): تقرير ما كان الشيخ الجليل الفاضل أبو عبد الله محمد بن عبد السلام يبحث به هنا مع ما في باب (5) التفليس فيما إذا باع سلعةً وفلس مشتريها أن البائع أحقُّ بها، إلا أن يؤدي (6) الغرماء الثمن أن الغرماء في كلا المسألتين استلزم (7) دفعهم فكَّ ما تعلق به حق لغيرهم، فلم يجعل لهم هنا مقالاً إلا بزيادة، وهناك لم يشترط الزيادة علي الثمن.

قال (8) شيخنا ابن عرفة: فأجبتَه عن هذا بأن الجناية تعلَّقت بعين الرقبة، ولذا (9) لم يخير المجني عليه، والثمن في مسألة التفليس تعلق بالذمة، ولذا لو اختار صاحب السلعة المحاصة لكان مختاراً لما دخل عليه بالأصالة.

وردَّ الشيخ ابن عبد السلام هذا الجواب بأن الدينار هنا يتتفع به المدبر، فيكون التعلق بالعين وصفاً طردياً؛ فالمدبر هنا بمنزلة المشتري،

(1) قوله: (شيئاً) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (لأن).

(3) المشدالي: مسألة العيوب التي أشار إليها هي قوله في أواخر العيوب: قال ابن القاسم: وإذا باع السلطان عبداً لمفلس وقد كان أعتقه المسألة.

(4) قوله: (قلت) ساقط من (ع).

(5) قوله: (باب) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (يؤدي).

(7) في (ع): (الترزم).

(8) قوله: (قال) ساقط من (ع).

(9) في (ع): (فلذا).

والاستخلاص جرَّ لهما معاً النفع.

قال شيخنا ابن عرفة: فأجبتة عن هذا بأن المشتري لما خرج من يده ثمن لم يكن ضرر في دفعه له من غير زيادة عليه، ولم تحصل هنا معارضة بين المدبر والمجنبي عليه، فلا بد من زيادة على أرش جنائته يترجح به الذي زاد عليه.

قال ابن يونس - عن محمد - في فروع المسألة: لو أسقط الغرماء دينهم كان كمن لم يكن عليه دين، ويعتق ثلث المدبر. المسألة.

وقال - عن ابن المواز - : قاله ابن القاسم (1).

قال شيخنا أبو عبد الله: هذا من قول ابن القاسم يناقض أصله في الزكاة، لا زكاة على الموهوب حتى يتم له حولٌ من يوم الهبة، فلم يجعله كاشفاً لملكه أوّل الحول، وجعله هنا كأنه لم يكن، وفي كلا الفرعين إسقاطُ حقِّ مالي تقرر (2) وجوبه.

قال ابن القاسم: وإن جنى المدبر على سيده وعلى أجنبي، اختدماه بقدر جنائتهما (3).

قوله: (وإن جنى المدبر على سيده وأجنبي).

في سماع أصبغ عن ابن القاسم - في العبد يجني على سيده وأجنبي - أنَّ السيد مخير بين أن يفتكه كله بدية جناية الأجنبي، وبين إسلامه كله في دية الأجنبي، ولا يقاصه بجنائته.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 377/13.

(2) في (ع): (تعذر).

(3) التهذيب: 519/4.

أصبغ: ومثله لو ضرب عبدٌ بطن سيده فألقت جنيئاً ميتاً خُيرت المرأةُ بين أن تدفع لزوجها ما يصيبه من دية الجنين وتحبس العبد، وبين أن تدفع جميع العبد إليه.

قيل له: ولم ودية الجنين بين أبيه وأمه، فلم لا يكون لها ثلث العبد، وتخير في افتكاك ثلثيه⁽¹⁾ من زوجها بثلثي دية الجنين؟ أو تسلم ثلثه إن أرادت؟ قال: لا، وقد قال ابن القاسم في العبد يجني على سيده وأجنبي، فمسألتك مثلها⁽²⁾.

قال غيره: هذا إذا قاموا على السيد وهو حي، وأما إن مات السيد قبل قيامهم؛ فلا شيء عليه، وذلك عليها؛ لأنها هي الجانية، وما جني على أم الولد، فعقله لسيدها، وكذلك المدبرة⁽³⁾.

قوله: (قال غيره: وهذا إذا قاموا على السيد).

تأمل اسم الإشارة على ماذا يعود!

فإن ظاهره يعود إلى كون أم الولد لا شيء عليها إن لم يكن مالاً، وليس كذلك، بل يرجع إلى تقييد مطلق مفهوم قوله: (لا مال له) فإن⁽⁴⁾ مفهومه لو كان له مال لكان عليه، وظاهر هذا المفهوم سواء قاموا على السيد وهو حي أم لا، فقال الغير: هذا المفهوم يقيّد بما إذا قاموا، وإلا فلا.

(1) في (ع): (ثله)، والمثبت موافق لنص العتبية.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 70/16.

(3) التهذيب: 526/4.

(4) قوله: (فإن) ساقط من (ع).

قلت: وكلام عياض في هذا الباب خلاف ما صرح به الباجي، وما زعم أن عبد الملك بيّنه.

الصواب أنه⁽¹⁾ على أصله كما صرح به الباجي⁽²⁾.

وإذا جنت أم ولد الذمي؛ فله أن يفديها بالأقل، وله إسلامها رقاً للمجني عليه، إذ لا أمنعه من بيعها، ويحل وطؤها لمن أسلمت إليه أو لمبتاعها⁽³⁾.

قوله: (إذ لا أمنعه بيعها...) المسألة.

قلت: جواز بيعها يفيد⁽⁴⁾ بما صرح به ابن رشد في سماع يحيى من كتاب الاستبراء.

قال يحيى: سألت ابن القاسم عن النصراني يبيع أم ولده النصرانية للمسلم، أيجوز للمسلم شراؤها؟

قال: لا بأس إذا كانوا يجيزون بيع أمهات الأولاد في دينهم.

ابن رشد: ينبغي أن يحمل هذا على التفسير، لما في جنایات المدونة من أن الذمي لا يمنع من بيع أم ولده⁽⁵⁾.

(1) قوله: (أنه) زيادة من (ع).

(2) انظر: التنبهات المستنبطة، لعياض، ص: 2750، والمتقى، للباجي: 374/7.

(3) التهذيب: 527/4.

(4) في (ع): (قلت جواز بيعها يفيد) يقابله في (ش): يفيد جواز بيعها.

(5) البيان والتحصيل: 117-116/4.

وإذا جنى العبد جنائية، فسيده مخير فيها بين إسلامه أو فدائه، فإن مات العبد قبل أن يختار السيد؛ بطلت الجنائية، وإن كان للعبد مال؛ كانت رقبته وماله في جنائته⁽¹⁾.

قوله: (كانت رقبته وماله في جنائته).

لم يتكلم هنا على ما إذا مات العبد وترك مالاً، فهل يقال: المال تبع فلا تتعلق به؛ لسقوطها بموت العبد إعمالاً لعدم التابع عند عدم⁽²⁾ المتبوع؟

قال شيخنا أبو عبد الله: جعلوا مال العبد في هذا الباب مستقلاً بنفسه، فتعلق به الجنائية كما تتعلق بالرقبة؛ لقوله قبل هذا: (إذا جنى العبد [72/أ] وعليه دين فالجنائية في الرقبة، والدين في المال)، ولو كان تعلق الجنائية بهاله على وجه التبع لما تعلق به الدين.

قلت: هذا حسن، لكن كمال الحفظ ذكّره منصوصاً في⁽³⁾ المدونة، وقد نص عليه بعد هذا، وأشار إليه إشارة خفية في قوله في جنائية المكاتب: (والعبد مثله)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب: 529/4.

(2) قوله: (عند عدم) يقابله في (ع): (لعدم).

(3) في (ع): (من).

(4) انظر: التهذيب: 534/4.

وزاد المشدالي بعده: قاله بعد قوله: (وإن مات ولا دين عليه فأهل الجنائية أولى بهاله من سيده، إلا أن يدفع إليهم السيد الأرش)، ثم قال: (والعبد مثله).

قال مالك: ومن باع عبداً سارقاً دلس به، فسرق من المبتاع، فرده على سيده بالعيب؛ فذلك في ذمته إن عتق يوماً ما⁽¹⁾.

قوله: (ومن باع عبداً سارقاً... المسألة).

قلت: قاس محمد بن عبد الملك الخولاني في نوازل الشعبي مسألة مَنْ باع جرةً وهي مكسورة، وهو عالم، فصَبَّ فيها المشتري زيتاً فهلك، فلا ضمان؛ لأنه غرور بالقول، على مسألة المدونة هذه، بخلاف الكراء.

الخولاني: لأنه في الكراء غرَّ من نفسه ولم يزد على هذا شيئاً.

والصواب أن يقال في الفرق: إنه في مسألة الكراء المشتري هو المنافع، ولم يحصل، بخلاف الشراء فإنه في الذوات، والجناية في أمرٍ خارجٍ عنها، فقصاراه غرَّ بالقول، ومذهبه لا يوجب تضميناً⁽²⁾.

قيل: فإن عجز المكاتب عن أداء العقل وأداه عنه سيده، هل يبقى علة كتابته؟ قال مالك: إذا لم يقو على أداء الجناية؛ رِق مكانه، وخير سيده بين أن يدفعه أو يفتيده⁽³⁾.

قوله: (قيل: فإن عجز المكاتب).

اختصرها لإشكال عموم الجواب، فإن ظاهره يرق سواء كان السيد أدى عنه ليرجع به عليه أم لا.

(1) التهذيب: 532/4.

(2) انظر المسألة في: المعيار المعرب، للونشريسي: 57/6.

(3) التهذيب: 534/4.

والصواب بقاؤه على الكتابة إذا كان لا يرجع عليه؛ لأنه قادر؛ ضرورة أن ما دفعه السيد عنه كمالٍ وُهب له فأدى منه العقل (1).

وإذا مات مكاتب وترك مالا، وعليه دين وجناية خطأ؛ فأهل الدين أولى بماله؛ لأن الجناية في رقبته، والدين في ماله، فإن فضل من ماله شيء؛ كان لأهل الجناية حتى يستوفوا الجناية (2).

قوله: (وإذا مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وجناية خطأ...) المسألة.

قلت: تقرير الإشكال الوارد هنا أن يقال: الجناية إما أن يكون لها تعلق بماله أم لا؛ فإن كان الأول فيلزم أن تكون قبل الدين أو (3) المحاصصة، وإن كان الثاني لزم ألا تكون لهم الفضلة ولا المال إن لم يكن عليه دين ومات، واللازم باطل؛ لتصريحه في المدونة بنقيضه.

ابن عرفة: الجواب أن يقال: نلتزم الأول، ولنا سؤال الاستفسار؛ بأن نقول: التعلق على قسمين؛ تعلق بوسط، وبدونه.

فالأول هو المراد، فإن تعلق حق ذي الجناية بالمال بواسطة الرقبة، فإن عدت تعين المال.

وردَّ بأن مثله في الدين، بأن يقال: تعلق بالمال بواسطة الذمة (4).

(1) قوله: (العقل) زيادة من (ع).

(2) التهذيب: 536/4.

(3) في (ع): (و).

(4) المشدالي: في هذا الردّ نظر.

ومن كاتب عبيدين له في كتابة، فقتل أحدهما الآخر عمداً أو خطأ - وهما أخوان أو أجنبيان - فللسيد أخذ القيمة في الخطأ، ويُخَيَّر في العمد بين أن يقتص، أو يعفو على أخذ القيمة، فإن أخذها في عمد أو خطأ، وفيها وفاء للكتابة؛ عتق بها الجاني، وأتبعه السيد بحصة ما عتق به منها في عمد أو خطأ، كان أخاً أو أجنبياً، ولا أتهم الجاني أن يكون أراد تعجيل العتق بالقيمة التي أدى، إذا كان على أدائها قادراً قبل العتق، ويعتق بها⁽¹⁾.

قوله: (عتق بها الجاني وأتبعه السيد بحصة ما عتق).

تقرير البحث في هذا المقام من وجهين:

الأول: أن يقال: القياس عدم اتباع السيد إياه بحصته بما أعتق؛ لأنه أدى عمن⁽²⁾ لا يرجع عليه لو ملكه، وهو الأخ المقتول.

أجاب شيخنا أبو عبد الله بأن قال: القيمة تنزلت منزلة الدية، والدية لا يرث منها القاتل عمداً ولا خطأً، فلو لم يتبع بحصته لصدق عليه أنه ورثه، إذ لا موجب لعدم متابعتة إلا الإرث.

الثاني: في قوله: (ولا أتهم الجاني)، يعارضه ما في المكاتب يقر بقبض الكتابة في مرضه، حيث جعل إقراره في المرض سبباً لتطرق التهمة، ولم يجعل هنا القتل سبباً لتطرق التهمة في تعجيل عتق القاتل.

ثم ما علل به هنا من قوله: (إذا كان قادراً...) إلى آخره، قائمٌ في مسألة

(1) التهذيب: 541/4.

(2) قوله: (أدى عمن) يقابله في (ع): (إذا ضمن).

المكاتب؛ لأنه قادر على الإقرار في الصحة.
والجواب أن شناعة القتل تُبَعِدُ الاتهام؛ كالارتداد في المرض
والاستلحاق.





كتاب الجراح

كتاب الجراح

وليس العمل عند مالك على ما قيل: إن في كل نافذة في عضو ثلث دية ذلك العضو، وليس كالموضحة تبرأ على غير عثل، وينبت الشعر في موضع الشجة فيكون فيها ديتها، وذلك نصف عشر الدية⁽¹⁾.

قوله⁽²⁾: (وليس كالموضحة تبرأ على غير عثل).

عورض بكسر الصُّلب، وفي كل منها بقدر ديته، فجعل في الصلب إذا عاد لهيأته لا شيء عليه مع أنه مقدرٌ، وفي الموضحة إذا برأت على غير عثل لا تسقط الدية.

وإن طلب المقطوع الحشفة تعجيل فرض الدية، إذ لا بد له منها، مات أو عاش؛ لم يكن له ذلك، ولعل أنثيه أو غيرها تذهبان من ذلك، وكذلك إن أوضحه، فأراد تعجيل دية الموضحة؛ فلا يعجل له شيء؛ إذ لعله يموت؛ فتكون فيه القسامة، وكذلك إن ضرب مأمومة خطأ، فالعاقلة تحملها مات أو عاش؛ ولكن لا يعجل له شيء حتى يبرأ؛ لأنه لو مات منها؛ لم تجب الدية إلا بقسامة، فإن أبى ورثته أن يقسموا؛ كان على العاقلة ثلث الدية لمأمومته؛ وإنما في هذا الإتياع⁽³⁾.

(1) التهذيب للبراذعي: 550/4.

(2) قوله: (قوله) ساقط من (ع).

(3) التهذيب للبراذعي: 553/4.

قوله: (مات أو عاش) مع قوله: (إلا بقسامة).

كالمتناقض؛ لأنه صرح أن العاقلة تحمل المأمومة مات أو عاش، وقال: إذا مات الدية فظاهره لا تُلْتَمَسُ تُحْمَلُهُ العاقلة.

وفي الأنثيين إذا أخرجهما أو رَضَّهما؛ الدية كاملة، قيل: فإن أخرجهما أو رَضَّهما عمداً؟ قال: قال مالك رَضَّ: في الأنثيين القصاص، ولا أدري ما قول مالك في الرض، إلا أنني أخاف أن يكون رَضُّهما متلفاً؛ فلا قود فيها، وكذلك كل ما علم أنه متلف؛ فلا قود فيه⁽¹⁾.

قوله: (قيل فإن أخرجهما أو رَضَّهما...) المسألة.

اختصرها لعدم الجواب؛ لأنه سأل عن أمرين فعدل عن أحدهما وشك في الآخر.

ثم قوله في الأنثيين؛ إن كان مطلقاً على أي حالة حصل زوالها بطل ترديده في الرض.

وإن قطع لها ثلاثة أصابع من يد، وأصبع من الأخرى في ضربة؛ أخذت خمساً خمساً، ثم إن قطع من اليد المقطوع منها الثلاثة أصابع، أصبع رابع، ومن اليد الأخرى أصبع أو أصبعان؛ أخذت في الرابع من إحدى اليدين خمسة أبعرة⁽²⁾.

قوله: (ثم إن قطع من اليد المقطوع منها ثلاثة أصابع، أصبع رابع أخذت

(1) التهذيب للبراذعي: 558/4-559.

(2) التهذيب للبراذعي: 563/4.

له خمسة أبعرة)

الشيخ: أخذوا منه أن خليط الخليط ليس كالخليط؛ لأن الأصبع الرابع ساوى كل واحد من الأصابع قبل الإبانة في العقل، وافترقا بعده، ولو كان كالخليط لساوى الأصابع الثلاثة.

في السن السوداء إذا أصيبت العقل تاماً⁽¹⁾.

قوله: (في السن السوداء...) المسألة.

استدل بعضهم بهذه المسألة على من أطعم فاسودَّ جسده أن عليه الدية؛ لأن جمال السن أضعف من جمال البدن، وما ثبت بالأضعف يثبت بالأقوى أخرى.

قلت: ونص ما اختصره بعض المختصرين للمدارك: اختلف فقهاء القيروان⁽²⁾ في امرأة أطعمت زوجها فأجذمته.

فقال أحمد بن نصر: المسألة في المدونة، فذكر مسألة السنّ هذه.

قلت: قال ابن عات - في امرأة سقت⁽³⁾ زوجها سماً فتغير منه لونه وتجذم - : عليها الدية، وهو بمنزلة مَنْ ضَرَبَ سِنَّ رَجُلٍ فاسودَّتْ ولو بقيت منفعتها.

قلت: قال المازري في كتاب الولاء: وقد كان أبو حفص العطار يحفظ المدونة حفظاً جيداً، ولم ير كتاب محمد ولم يقرأه، وكان يقول: ألقوا عليّ كل

(1) التهذيب للبراذعي: 565/4.

(2) في (ع): (القرويين).

(3) في (ع): (سمت)، والمثبت موافق لمطبوع المعيار المعرب.

سؤال فأنا أخرجُه من المدونة، فقيل: إذا شُقَّتْ أمعاء رجلٍ ثم قتلَه آخر من أين يؤخذ من المدونة؟

فقال: من مسألة السنِّ هذه.

ابن عبد السلام على قول ابن الحاجب: "ولو ضرب صلبه فبطل ذلك جماعة فديتان(1).

ومما أوجبوا فيه الدية مما لم يذكره المؤلف إذا سقي ما كان(2) عنه البرص أو الجذام أو سواد اللون(3).

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 750.

(2) في (ش): (نشأ).

(3) أكثر ما جاء به المصنف رحمته الله في هذه المسألة واردٌ بنصه في: المعيار المعرب، للونشريسي: 323/2.

وقد زاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة ما نصه: اللخمي: وتجب الدية إذا أجزمه وأبرصه أو سقاه ما سود به جسمه.

المشدالي: وقال قبل ذلك في ترجمة الأسنان: وسئل القرويون عمن أطعمته زوجته ما اسودَّ به لونه، فوقفوا. فقال أحمد بن نصر: هي في المدونة، وأوجب عليها الدية من مسألة السنِّ، وقد يفرَّق بلزوم البياض للسن، وكثيرٌ من الأدميين أسود.

المشدالي: وأحمد بن نصر المشار إليه، هو أحمد بن نصر بن زياد الهوَّاري، أخذ عن ابن عبدوس وابن سحنون ومن في طبقتها، ذكره عياض في الطبقة الرابعة من علماء أفريقية. قال: وفي المالكيين من القرويين من يشته به وهو أحمد بن نصر الداودي، متأخرٌ.

ومن أقران أحمد بن نصر الأول أحمد بن نصر ثالث، أبو جعفر من أهل باجة أفريقية أيضاً، كان من المتكلمين على مذهب أهل السنة، نظراً.

وإن كانت السن سوداء أو حمراء أو صفراء، فأسقطها رجل؛ ففيها العقل كاملاً، والسوداء أشد. قيل: فإن ضربه فاسودت أو احمرت أو اصفرت أو اخضرت؟ قال: إذا اسودت؛ فقد تم عقلها، وإذا كان سائر ذلك كالسواد؛ تم عقلها، وإلا فعلى حساب ما نقص⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فإن ضربه).

اختصرها لتقصان الجواب على اختصار البراذعي؛ لأنه قال: إذا اسودت تم عقلها، وأما الخضرة فإن كان ذلك كالسواد فقد تم عقلها، وسكت عن الحمرة والصفرة.

واختصرها الصقلي، فإن كان ذلك، فظاهره أن الإشارة بذلك راجعة⁽²⁾ إلى الألوان المتقدمة حاشا [ب/72] السواد.

وانظر قول ابن الحاجب هنا: "والمشهور خلافه"⁽³⁾، ففيه نظر.

قلت: وفي سماع ابن القاسم في السن إذا أصيبت فاصفرت فإنها تعقل بقدر شينها وليس فيها العقل كاملاً حتى تسود، وكذا إذا تغيرت فليس فيها العقل حتى تسود.

ابن رشد: هذا من قول⁽⁴⁾ ابن القاسم؛ بين مذهبه في المدونة إذ لم يعط في هذا في المدونة جواباً مبيناً، ورد الأمر فيه⁽⁵⁾ إلى النظر، فقال: (ما سمعنا من

(1) التهذيب للبراذعي: 566/4.

(2) قوله: (بذلك راجعة) يقابله في (ش): (عائدة).

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 746.

(4) قوله: (قول) ساقط من (ع).

(5) في (ع): (فيها).

مالك إلا إذا اسودت فقد تم عقلها) والحمرة والخضرة والصفرة إن كان ذلك
مثل السواد فقد تم عقلها، وإلا بحساب ما نقص (1).



(1) البيان والتحصيل: 459/15-460.



كتاب الحيات



كتاب الديات

قال مالك: والحرمان من الرقيق أحب إلي من السودان، فإن قل الحرمان بتلك البلدة؛ فليؤخذ من السودان، والقيمة في ذلك خمسون ديناراً، أو ست مئة درهم، وليست القيمة بسنة مجمع عليها، وإنا لنرى ذلك حسناً، فإذا بذل الجاني عبداً أو وليدة؛ أُجبروا على أخذها إن ساوى ما بذل خمسين ديناراً أو ستمائة درهم، وإن كان قيمة ما بذل أقل من ذلك؛ لم يجبروا على أخذه إلا أن يشاؤوا⁽¹⁾.

قوله: (وليست القيمة كسنة مجمع عليها) مع قوله: (إن كان قيمة ما بذل أقل من خمسين لم يجبروا) بينها تناف؛ لأن هذه القيمة إن كانت غير مجمع عليها فينبغي أن لا يعتبر⁽²⁾ ضربه، فبأي قيمة أتى بها أجزاءه، وإن تعينت لزم عدم صحة قوله: وليست بمجمع عليها.

وإذا ضربت المرأة عمداً أو خطأ، فألقت جنيناً ميتاً، فإن علم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة، أو مصوراً ذكراً أو أنثى؛ ففيه الغرة بغير قسامة في مال الجاني، ولا تحملها العاقلة، ولا شيء فيه حتى يزابل بطنها، وتورث الغرة على فرائض الله ﷻ. قيل: فهل على الضارب كفارة؟ قال: قال مالك: إنما الكفارة في كتاب الله ﷻ في قتل الحر خطأ،

(1) التهذيب: 574/4-575.

(2) في (ع): (تعتبر).

واستحسن مالك الكفارة في الجنين، وكذلك العبد والذمي إذا قتل؛ ففيهما الكفارة⁽¹⁾.

قوله: (قيل: فهل على الضارب كفارة... المسألة).

اختصرها لتنافي الجواب في نفسه؛ لأنه أجاب أولاً بأن الكفارة في الحر بـ (إنما) الدالة على الحصر في القرآن في الحر، ثم نقضها بثبوتها في العبد، فحاصله: منحصرة بدليل الكتاب في الحر غير⁽²⁾ منحصرة.

ومن ثبت عليه أنه قتل رجلاً عمداً بيينة، أو بإقراره، أو بقسامه، فعفي عنه، أو سقط عنه القتل؛ لأن الدم لا يتكافأ؛ فإنه يضرب مائة ويحبس عاماً، كان القاتل رجلاً أو امرأة، مسلماً أو ذمياً، حراً، أو عبداً لمسلم أو لذمي، والمقتول مسلم أو ذمي، حر أو عبد، لمسلم أو لذمي، وكذلك العبد يقتل وليك عمداً، فتعفو عنه على أن تأخذه؛ فإنه يضرب مائة ويحبس عاماً، وإذا قتل عبد وليك فعفوت عنه، ولم تشترط شيئاً؛ فذلك كما لو عفوت عن الحر، ولا تشترط الدية ثم تطلب الدية⁽³⁾.

قوله: (فإنه يضرب مائة ويحبس سنة).

سوى بين الحر والعبد ولم يشتر⁽⁴⁾؛ لأن هذه عقوبة وهما مستويان فيها.

أبو عمران: سألت أبا محمد عن من أقر بقتل عمد فعفي عنه ثم رجع عن

(1) التهذيب: 575/4.

(2) في (ع): (بمن).

(3) التهذيب: 578/4.

(4) في (ع): (تشطر).

إقراره، فهل يسقط الضرب والحبس عنه؟

وكيف بهذا في المقر بالزنا لو رجع بعد تمام الضرب⁽¹⁾ هل يسقط عنه

التغريب؟

فترجح فيها⁽²⁾ ونحا إلى أنه يسقط؛ لأنه حقُّ لله تعالى⁽³⁾.

ثم قوله: (أو بإقراره أو بقسامة) ثم قال: (والمقتول...) إلى آخره، مع قوله

بعُدْ: (لا قسامة في العبيد)، وقد قرر هنا في تنويع المسألة كونَ القاتل والمقتول

عبيدين، وفرض ثبوت القتل بقسامة. تأمَّله.

قال مالك: لا شيء لك إلا أن يتبين أنك أردتها، فتحلف بالله إنك ما عفوت على ترك الدية إلا لأخذها، ثم ذلك لك، وكذلك في العبد لا شيء لك إلا أن يعرف أنك عفوت لتسترقه؛ فذلك لك، ثم يخير سيده⁽⁴⁾.

قوله: (وكذلك في العبد لا شيء لك).

أما قياسه العبد على الحرِّ في طرف سقوط القصاص فواضح، وأما في

طرف الأخذ فلا يلزم من قبول قوله: (عفوت لتسترقه) قبول قول الحر في

الدية؛ لأن العبد مال والدية لا؛ لأنها ليست بثابتة في الأصل.

(1) في (ش): (الحد)، والمثبت موافق لمطبوع المعيار المعرب.

(2) أي: تذبذب فيها، قال ابن منظور: التَّرَجُّحُ التَّدْبِذُ بين شيئين. انظر: لسان العرب،

ص: 364.

(3) انظر: المعيار المعرب، للونشريسي: 324/2.

(4) التهذيب: 579/4.

وإذا قتل عشرة رجال رجلاً خطأ، وهم من قبائل شتى؛ فعلى قبيلة كل رجل عُشر الدية في ثلاث سنين، ولو جنوا قدر ثلث الدية، حملته عواقلهم أيضاً في سنة، وما كان دون الثلث؛ ففي أموالهم، ولا تحمله عواقلهم⁽¹⁾.

قوله: (فعلى قبيلة كل رجل عُشر الدية في ثلاث سنين).

قلت: لا امتراء في خفاء السؤال الوارد في هذا المقام، وقد قررناه في الحاشية، وأشرنا إلى بعضه في غير هذا الموضوع من كتاب الزكاة⁽²⁾.

وما أصاب النائم من شيء يبلغ ثلث الدية؛ فهو على عاقلته⁽³⁾.

قوله: (وما أصاب النائم... المسألة).

أبو عمران: نزلت بالقيروان مسألة؛ وهي رجلان كانا يحرسان بالليل فقام أحدهما عن الآخر، وأتاه لما رجع إليه في صورة السارق علي وجه اللعب، وأشار إليه بالسيف فطعنه صاحبه لاعتقاده أنه سارق، فقتله. فأجاب فيها بعضهم: بأن دمه هدر، وأجبت أنا أنه على العاقلة كالخطأ. انظر تمامه.

قلت: قال عياض - عن ابن الحارث -: كان رجل واقفاً على جدار فرماه رجل بشيء فحَادَ عن الرمية فسقط فاعتلّ فمات، فخاصم ورثته الرامي إلى

(1) التهذيب: 580/4.

(2) المشدالي: قد قدمنا بيانه في كتاب الزكاة.

(3) التهذيب: 584/4.

عيسى بن مسكين⁽¹⁾، وأثبتوا الرمية، ففضى لهم عيسى بالقتل، وقال لهم: تحلفون بالله خمسين يمينا لما رميته حاد، ومن حيدته سقط، ومن سقطته مات⁽²⁾.

قلت: وذكر لي شيخنا أبو عبد الله أنه جرى بتونس نحو هذا، وذلك أن الشيخ ابن علوان سئل عن صاحب برجل فالتفت إليه المنادى بأعلى الحائط فسقط فمات؟

إنَّ دمه هدر، وليس مثل هذا من باب جنابة الخطأ.

قلت: وسئل ابن أبي زيد عمَّن وضع حجراً على حائط ليصنع به شيئاً من حبس شيء يستره، أو ما أشبه ذلك، فقعد قوم تحت الحائط⁽³⁾، فهبت ريح فأسقطت الحجر على أحد القاعدين فمات؟

فقال: إن كان الحائط على الطريق وممر الناس فالدية على عاقلة واضع الحجر، وإن كان بعيداً من الطريق والطريق فاسحة لا يمر الناس تحت الحائط لضيقه، ولم يكن فاعل ذلك فعل ما لا يجوز له فلا ضمان عليه.

(1) هو: أبو موسى، عيسى بن مسكين بن منظور الإفريقي، المتوفى سنة 295 هـ، أصله من العجم من أهل الساحل، سمع من سحنون، وابنه جميع كتبه، كان فقيهاً، عالماً، فصيحاً، ورعاً، مهيباً، وقوراً، ثقة مأموناً، صالحاً، متفتناً في كل العلوم. انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 331/4، والديباج، لابن فرحون: 66/2، وشجرة النور، لمخلوف: 108/1، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 159 وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 573/13.

(2) ترتيب المدارك: 343/4.

(3) قوله: (ليصنع به شيئاً من... تحت الحائط) يقابله في (ع): (له).

ونحو هذا لأبي العباس الإيباني.

وحُكِيَ عن الإيباني⁽¹⁾ أيضاً أنه قال: الجناية في مال واضح الحجر.

وإذا حسنت حال المحدود في القذف؛ جازت شهادته في الدم وغيره⁽²⁾.

قوله: (وإذا حسنت حالة المحدود...) المسألة

ابن رشد وغيره: ظاهر المدونة كقول ابن عبد الحكم، وابن نافع، وابن

(1) هو: أبو العباس، عبد الله بن أحمد بن إبراهيم بن إسحاق التونسي، المعروف بالإيباني، الإمام الثقة العمدة، المتوفى سنة 352هـ، تفقه ببيحيى بن عمر، وأحمد بن سليمان، وحمديس، ويحيى بن عبد العزيز، وابن حارث، وأحمد بن حزم، وحماس بن مروان، وجماعة، روى عنه الأصيلي، وأبو الحسن اللواتي، وسعيد بن ميمون، والقابسي، وابن أبي زيد، وجماعة كان عالم إفريقية غير مدافع من شيوخ أهل العلم وحفاظ مذهب مالك من أهل الخير والوجاهة.
قال محمد الأمين (عرفات):

ثُمَّ عَلَى الْمَذْهَبِ غَيْرَ وَإِنْ قَدْ قَامَ مَنْ يُعْرَفُ بِالْإِيبَانِيِّ

وَقَدْ تَفَقَّهَ بِيَحْيَى بْنِ عَمْرٍو وَسَمِعَ الشَّيْخَانَ ذَا الشَّيْخِ الْأَبْرُ

وَهُوَ عَبْدُ اللَّهِ عَاشٍ حِينَا فِي رَابِعِ لِاثْنَيْنِ مَعَ خَمْسِينَا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 10/6، والديباج، لابن فرحون: 425/1، وشجرة النور، لمخلف: 1/85، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 160، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 73/26، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 17، 18.

(2) التهذيب: 585/4.

كثانة؛ أنها تقبل ولو فيما⁽¹⁾ حد فيه.

والمشهور غيره.

قال مالك: إذا نكل مُدَّعُو الدم عن اليمين؛ ردوا الأيمان على المدعى عليهم، ثم إن أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا؛ لم يكن لهم ذلك⁽²⁾.

قوله: (ثم أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا...) المسألة.

قلت: هذه المسألة هي التي أشار إليها ابن سهل⁽³⁾ وابن رشد بأنها في ديات المختلطة، فيما أجاب به⁽⁴⁾ ابن عات، ونحوه في رسم (الجواب)⁽⁵⁾.

ولا يقسم النساء في دم العمد، ويقسمن في دم الخطأ؛ وإنما يحلف ولاة الدم في الخطأ على قدر مواريتهم من الميت، فإن لم يدع الميت إلا ابنة بغير عصبه؛ حلف خمسين يمينا، وأخذت نصف الدية، وإن جاءت مع العصبه؛ حلفت خمسا وعشرين يمينا، والعصبه مثلها⁽⁶⁾.

قوله: (حلفت خمسا وعشرين يمينا، والعصبه مثلها).

قلت: ظاهر المدونة أن التحالف في أيان القسامه، جملة بعد جملة.

(1) في (ع): (في مثل ما).

(2) التهذيب: 586/4.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 78.

(4) قوله: (به) زيادة من (ع).

(5) المشدالي: يعني من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

(6) التهذيب: 590/4.

وقال ابن زرب: اختلف ابن العطار والأصيلي (1) في ذلك.

انظره (2).

وإذا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَرْيَةٍ قَوْمٌ أَوْ دَارَهُمْ، وَلَا يُدْرَى مَنْ قَتَلَهُ؛ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ أَحَدٌ، وَتَبْطَلُ دَيْتُهُ، وَلَا يَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَا غَيْرِهِ (3).

قوله: (ولا يدرى من قتله، لم يؤخذ به أحد).

سئل ابن عبد السلام عن نام مع زوجته في فراشٍ واحدٍ فأصبح الولد بينهما ميتاً؛ لا يُدْرَى أَيُّهُمَا رَقَدَ عَلَيْهِ؟

فقال: لم أر فيها نصاً، وعندى أنه هدر.

قلتُ لشيخنا أبي عبد الله: فما رأيكم فيها؟

فقال: رأيي فيها ك رأي ابن عبد السلام، ويؤخذ من قولها هنا.

(1) هو: أبو محمد، عبد الله بن إبراهيم الأصيلي، المتوفى سنة 392هـ، رحل به أبوه إلى أصيل فسكنها ونشأ بها، وتفقه بقرطبة باللؤلؤي، وأبي إبراهيم، وسمع من ابن الشاط، وأبان بن عيسى ونظرائهم، ورحل إلى المشرق، فحج، ولقي جملة من الأعلام، وكتب عنه ابن أبي زيد، أَلَّفَ كتاباً على الموطأ سماه "الدليل"، وأَلَّفَ "النوادر".

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 135/7-145، والدياج، لابن فرحون، ص: 224، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 266/27، 267، والوافي بالوفيات، للصفدي: 6/17، وشجرة النور، لمخلوف: 100/1، 101.

(2) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 353.

(3) التهذيب: 591/4.

وإذا قال المقتول: دمي عند فلان، فذكر رجلاً أروع أهل زمانه؛ أقسم مع قوله، وإن رمى بذلك صبيّاً؛ أقسم مع قوله، وكانت الدية على عاقلة الصبي⁽¹⁾.

قوله: (فذكر رجلاً أروع أهل زمانه).

المتيطي: الذي جرى به العمل عند الشيوخ، وقاله غير واحد من المؤثّقين في الدعوى في الدماء، أن ينظر حال المدعي والمدعى عليه؛ إن كان المدعي لا يتهم أن يفعل ذلك بنفسه، والمدعى عليه معروف بالفسق، [73/أ] وليس بالمدعي جراح مخوفة؛ اجتهد الإمام في ذلك، فما ظهر له من الأمر فعله من تعزير وسجن وشبهه.

وإن كان المدعي ممن يتهم أن يفعل تلك الجراح به فعليه البينة أن المدعى عليه هو الذي فعل ذلك به، ثم يعذر للمدعى عليه، فإن لم يكن عنده⁽²⁾ مدفع في البينة عزّره الإمام بالسجن ونحوه، فإن كانت الجراح مخوفة سجنه حتى يبرأ ويتبين له وجه يطلق به.

وهذا كله قول ابن لبابة، ومحمد بن غالب، ومحمد بن وليد، وسعيد بن معاذ، ويحيى بن سليمان، وأحمد بن يحيى، ويحيى بن عبد العزيز، وعبد الله بن يحيى، وأيوب بن سليمان، وغير واحد من المشاورين بالأندلس.

قال: وإذا لم يكن بالمدعى أثر جرح أو ضرب أو لم يعرف ضرب⁽³⁾ فلان

(1) التهذيب: 592/4.

(2) في (ش): (له).

(3) قوله: (ضرب) زيادة من (ع).

له قبل هذا ففي العتبية من رواية عيسى: لا يقبل قوله (1).

قال غير واحد من الموثّقين: لا يجب على المدمى عليه بهذه التدمية سجن ولا شيء إذا لم يكن بالمدى أثر ضرب ولا غيره، إلا أن يموت المدمى بعد أن يظهر بُرؤه؛ فليسجن حينئذ المدمى عليه.

قال ابن عبد البر في تاريخه: وقد كان يحيى بن يحيى يرى السجن على من دمي عليه، ويفتي به حتى نزل ذلك به، فرجع عن قوله.

الباجي في وثائقه: وقد روي أن العدل يسجن ثلاثة أيام، وليس به عمل ولا قضاء (2).

وإذا اضطرب قول الجريح فرمى رجلاً ثم برأه، ثم رمى آخر لم يقبل قوله عند ابن القاسم وأشهب وأصبغ (3).

قلت: قال ابن رشد في سماع أشهب من طلاق السنة في الرجل يدمى على رجل، فيشهد عليه أنه قال: لا أدري من جرحني؛ أن قوله يبطل (4).

المتيطي: ولو قال: ضربني فلان يوم كذا، وشهدت البينة أن فلاناً كان في

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 524/15.

(2) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص: 435.

(3) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص: 438.

وزاد المشدالي بعده: انظر مسألة التدمية البيضاء في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الديات، وفي سماع أبي زيد أيضاً منه، وانظر مسألة المدمى يدمى على رجل ثم يدمى على آخر بعد أن برأ الأول أو لم يبرئه، في ثانياً رسم أول عبد من سماع يحيى من الكتاب المذكور.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 386/5.

ذلك اليوم في موضع بعيدٍ يعلم أنه لا يصل في تلك المدة إلى موضع المدمى؛ سقطت التدمية، وبان كذبه، وإذا رجع المدمى عن قوله وأكذب نفسه ثم مات بعدُ فلا قيام لورثته، ولو عاش لكان الواجب أدبه وسجنه، ولو صح المدمى صحةً (1) بينةً ومشى وتصرف سقطت التدمية عن المدمى عليه.

قلت: كقولها: (إن صحَّ صح)، و (إذا صح المريض المطلق في المرض صحةً بينة ثم مات بعدُ، انقطع ميراثها).

قلت: قال ابن مُزِين - في المرأة تدمي على زوجها - أنه لا يقام عليه بذلك القود؛ لأن له أن يضربها للأدب، وقد يتولد منه موتٌ فالذي تريد أن تدمي به عليه قد يكون أصله الضرب المأذون فيه، ولا حد مع شبهة (2).

وإن قتل مسلم كافراً عمداً؛ ضرب مئة وحُبس عاماً (3).

قوله: (ضرب مئة وحُبس عاماً).

قلت: في سماع عيسى إذا حُبس الرجل في القتل فعفي عنه بعد الثبت بينة أو بقسامة؛ جلد مائة واستقبل به حبس سنة من يوم يجلد، ولا يحسب في السنة ما حُبس قبل ذلك.

(1) قوله: (صحة) ساقط من (ع).

(2) المشدالي: ابن عرفة: ظاهر المذهب أن الزوجة في تدميتها على زوجها كالأجنبية، ولا بن هشام وابن عات عن ابن أبي زمنين عن المغامي عن ابن مُزِين إن أدمت على زوجها لم يكن عليه قودٌ؛ لإذن الله له في ضربها، وقال عليه الصلاة والسلام: «ادرءوا الحدود بالشبهات».

ابن مُزِين: هذا الذي تعلمناه من شيوخنا.

(3) التهذيب: 598/4.

ابن رشد: هذا واضح لأن الحبس الأول الذي قبل العفو حق للولي، والذي بعده لله؛ فلا يدخل أحدهما في الآخر (1).

ابن عبد السلام: ظاهر العتبية أنه يجلد.

قال ابن القاسم: ويكون ابتداءً عام الحبس من يوم الجلد (2).

وقال أشهب: ذلك واسع؛ إن شاء بدأ بالجلد أو بالحبس.

وإذا أفلست امرأة، ثم تزوجت، وأخذت مهراً؛ فليس لغرمائها فيه قيام بدينهم، ولا تقتضي منه ديناً، ويبقى زوجها بلا جهاز، إلا أن يكون الشيء الخفيف؛ كالدينار ونحوه (3).

قوله: (كالدينار ونحوه).

ابن وهب: لها ولو كان أضعاف الصداق.

المتيطي: وهو أصح.

قلت: ولو كان الصداق أصولاً أو طعاماً فهل يلزمها بيعها لتجهز به؟

في ذلك كلام لابن زرب وغيره لم نغادره (4).

(1) البيان والتحصيل: 496/15-497.

(2) المشدالي: خلاف ما سبق أنه ظاهر.

وقال أشهب: ذلك واسع، إن شاء بدأ بالجلد أو بالحبس.

(3) التهذيب: 611/4.

(4) المشدالي: قال ابن سهل في ترجمه الصدقات والكوالع ما نصّه: ولا بن زرب في

مسائله في المرأة يكون نقدها أصلاً، لا يلزمها أن تبيعه و تتجهز به إليه، وكذلك إن

نقدها عبداً لها أن تخرج به إلى زوجها، ولا يلزمها بيعه والتجهيز بثمانه.

الراكب على الدابة لا يضمن ما كدمت أو نفحت، إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها، ويضمن ما وطئت بيديها أو رجليها؛ لأنه هو يسيرها(1).

قوله: (ويضمن ما وطئت بيدها أو رجليها...) المسألة.

قلت: سئل ابن زُرْبٍ عن دابةٍ تحت راكبٍ مشى بها في سوق العطارين، فطارت صخرة من تحت حافرها فكسرت أنية لها قيمة؟

قيل له: فلو أصدقها ثوباً قيمته مئة دينار، هل يلزمها بيعه والتجهيز به؟
فقال: لا يلزمها بيعه، وعليها أن تخرج به وتزين به.

قيل له: فلو أصدقها طعاماً أو عروضاً لا يشاكلها الخروج بها؟
فقال: لا يلزمها بيع ذلك والتجهيز بثمنه.

قيل له: فإذا حل كالثها على زوجها بعد بنائه بها وأخذته، هل يلزمها أن تشتري به شُورَةً؟

قال: لا؛ إنما الشُّورَةُ عند البناء وقد مضى.

قيل: فإن تأخر بناؤها حتى حلَّ كالثها فأخذته، هل يلزمها التجهيز به مع النقد؟
فقال: نعم.

قيل: فلو حلَّ قبل البناء فدعاها الزوج إلى قبضه والتجهيز به مع النقد، فأبت من قبضه حتى يبتني بها؛ لثلا يلزمها التجهيز به؟
قال: تجبر على أخذه والتجهيز به.

المشدالي: وفي كتاب النكاح من جامع الأحكام: ذكر أبو الوليد بن خيرة في تأليفه أنَّ للوصيَّ أن يجهز اليتيمة من مالها الذي بيده، واختلف إذا كان أصلاً فباعه وجهزها به على قولين، وكذا الأب.

انظره في كتابه.

(1) التهذيب: 612/4.

فقال: لاضمان على الراكب.

وسئل عنها الإشبيلي فأفتى بالضمان (1).

قلت: وفي النوادر كثير (2) من هذا المعنى (3).

(1) المشدالي: زاد ابن عرفة في كتاب الغصب بعد أن حكى القولين: وقال بعضهم بالأول

إن طارت من تحت الحافر، وبالثاني إن طارت بطرد الحافر إياها.

المشدالي: ما حكاه ابن عرفة عن بعضهم، وقع في النوادر لأشهب، وتممه محمد فقال في النوادر ما نصّه: وقال أشهب: ومن ركب دابة فطارت حصاة ففقأت عين رجل؛ فلا شيء عليه.

قال ابن المؤاز: هذا إن طارت من تحت الحافر لشدة وقع الحافر من غير أن تدفعها بحافرها، فأما لو دفعتها بحافرها فضرها حتى اندفعت فطارت بضرها إياها؛ ففي ذلك الدية.

(2) ههنا انتهت النسخة المرموز لها بالرمز (ع)، والتي يحفظ أصلها في الخزانة العامة

بالرباط تحت رقم: (832)، وقد نقلت إليها من مكتبة الشيخ محمد بن عبد الحي الكتاني رحمته.

قال محققه أبو الهيثم الشهبائي كان الله له: وفي آخر نصف صفحة منها طمس لم نشر إليه أثناء المقابلة؛ جرياً على عادتنا في عدم الإشارة إلى ما غُمَّ على القارئ - لطمس في النسخة - إن قام المعنى بما في غيرها من النسخ. والله الموفق.

(3) المشدالي: انظره في ترجمة ضمان السائق والقائد والراكب من الجزء الثاني من أحكام الدماء.

والسائق والقائد ضامنان لما وطئت الدابة بيديها أو برجليها، وإن اجتمع قائد وسائق وراكب، فما أوطئت الدابة؛ فعلى القائد والسائق، إلا أن يكون فعلها بسبب الراكب؛ فذلك عليه، خاصة إذا لم يكن فيه عون من القائد أو السائق⁽¹⁾.

قوله: (والسائق والقائد ضامنان...) المسألة.

قلت: في سماع ابن القاسم من السداد والأنهار - في خليج لرجل يجري تحت جدار لرجل فجرى السيل فيه فهدمه، فقال له صاحب الحائط: ابن لي حائطي - قال مالك: يُقضى على صاحب الخليج ببناء الحائط؛ لأنه هو الذي ساق الماء فيه، فأشبهه سائق الدابة في وجوب ضمان ما وطئت عليه، ولو كان رب الحائط يسقي أيضاً لسقط الضمان عن صاحب الخليج؛ لأن رب الحائط قد ساق الماء فيه معه، فلم يتعدَّ على صاحب الحائط فيما صنعه. انظره⁽²⁾.

وإن حفر حفيراً في داره، أو جعل حباله ليعطب بها سارقاً، فعطب فيها السارق أو غيره؛ فهو ضامن لذلك⁽³⁾.

قوله: (فعطب بها السارق أو غيره).

قلت: قال في المنتقى: إذا كانت الدواب تعثر في الزرع فتفسده، فحفر رب الزرع حول الزرع حفيراً لمكان الدواب فوقه فيه بعضها فمات، فروى أصبغ عن ابن القاسم: لا ضمان عليه، وهو قول مالك.

(1) التهذيب: 613/4.

(2) البيان والتحصيل: 249-247/10.

(3) التهذيب: 614/4.

الباجي: انظره مع قوله: عطب به السارق وغيره، ضمن⁽¹⁾، ولم يذكر جواباً.

قلت: وقد انتهى ما علّقته على المدونة مما عندي من المباحث والنوازل، وتركتُ مما علّفته في المستودعات، أو مما حوته أفكارنا؛ طلباً للاختصار، والله عَلَّمَ يلهمنا رشدنا، ويسد لنا لصالح العمل، إنه كريم وهاب.

ووافق تاريخه أو آخر ربيع الأول من عام أربعة وثمانمائة⁽²⁾.

والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا سيد الأولين محمد عبد الله النبي المصطفى الأكرم الأمين وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذريته المنتخبين وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين والحمد لله رب العالمين.



(1) المتقى، للباجي: 446/7.

(2) ختم المشدالي تكميله ههنا بقوله: وهذا منتهى ما قصدته من تكملة هذا التعليق، والله سبحانه ولي الهداية والتوفيق، والمرشد بفضله وكرمه إلى سواء الطريق، وإياه أسأل أن يعم النفع به لديه، وأن يجعله من صالح الأعمال المقربة إليه، إنه جواد كريم رءوف رحيم، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، ووافق تاريخه أوائل صفر من عام ستة وثلاثين وثمان مائة، والصلاة والتسليم على سيدنا ومولانا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، والحمد لله رب العالمين.



مصادر التحقيق ومراجع التوثيق

مصادر التحقيق ومراجع التوثيق

* إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لأبي الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري ابن دقيق العيد، بتحقيق مصطفى شيخ مصطفى ومدثر سندس (ط:1، مؤسسة الرسالة، بيروت: 2005م).

* أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، بتحقيق علي محمد البجاوي (ط:1، دار إحياء التراث العربي، بيروت).

* أحكام الوقف، ليحيى بن محمد بن محمد الخطاب المالكي (دار ابن حزم، بيروت: 2009م).

* أخبار النحويين، لابن أبي هاشم السيرافي، بتحقيق مجدي فتحي السيد (ط:1، دار الصحابة للتراث، طنطا: 1410هـ).

* اختصار مجموع ما ألفته المالكية في الفقه = المختصر الفقهي الكبير

* اختصار مجموع ما ألفته المالكية في الفقه، لمحمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي (مخطوط يحفظ أصله تحت رقم 4732 في الخزانة الحسنية بالرباط).

* أزهار الرياض في أخبار عيَّاض، للممَّقَرِّي، بتحقيق مصطفى السقا، وآخرين (مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة: 1939م).

* اصطلاح المذهب عند المالكية، لمحمد إبراهيم علي (ط:2، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي: 1423هـ).

* آكام المرجان في أحكام الجان، لبدر الدين أبي عبد الله بن تقي الدين محمد ابن عبد الله الشبلي الدمشقي الحنفي، بتحقيق إبراهيم محمد الجمل (مكتبة

القرآن، القاهرة).

* إكمال المعلم بفوائد مسلم، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، بتحقيق د. يحيى إسماعيل (ط: 1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة: 1998م).

* الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام = شرح ميارة

* الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي (دار المعرفة، بيروت).

* الأحكام، لأبي المطرف عبد الرحمن بن قاسم الشعبي المالقي، بتحقيق د. الصادق الحلوي (ط: 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1992م).

* الأحكام، لعبد الملك بن حبيب، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط: 1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2011).

* الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، بتحقيق سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض (دار الكتب العلمية، بيروت: 2000م).

* الأعلام، لخير الدين الزركلي (ط: 7، دار العلم للملايين، بيروت: 1986م).

* الإعلام بمن حل مراكز وأغصان من الأعلام، للعباس بن إبراهيم السملالي (المطبعة الملكية، الرباط: 1974م).

* الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام (ديوان الأحكام الكبرى)، لعيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي، بتحقيق د. يحيى مراد (دار الحديث، القاهرة: 2007م).

* الإكمال في رفع الارتفاع عن المؤلف والمختلف في الأسماء والكنى، لعلي

ابن هبة الله بن أبي نصر بن ماکولا (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1411هـ).

* الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (دار الكتب العلمية، بيروت).

* الأنساب، لأبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني، بتحقيق عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني (ط:2، مكتبة ابن تيمية، القاهرة: 1980م).

* الأنساب، لأبي سعيد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني، بتحقيق عبد الله عمر البارودي (ط:1، دار الفكر، بيروت: 1998م).

* البداية والنهاية، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، بتحقيق علي شيري (ط:1، دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1988م).

* البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي الشوكاني (ط:2، دار الكتب العلمية، بيروت: 2007م).

* البهجة في شرح التحفة (شرح على تحفة الحُكام لابن عاصم)، لعلي بن عبد السلام التسولي، بضبط وتصحيح محمد عبد القادر شاهين (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة (العُتيبة)، لمحمد بن أحمد بن رشد (الجد) القرطبي، بتحقيق محمد حجي وآخرين (ط:2، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1988م).

* التاريخ الكبير، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري الجعفي، بتحقيق السيد هاشم الندوي (ط:1، دار الفكر، بيروت).

* التبصرة، لأبي الحسن علي بن محمد اللخمي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2010م).

* التبصرة، لأبي الحسن علي بن محمد اللخمي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية القطرية، الدوحة: 1432هـ).

* التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، بتحقيق سيد كسروري حسن (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2007م).

* التكملة لكتاب الصلوة، لمحمد بن عبد الله بن أبي بكر ابن الأبار القضاعي البلنسي، بتحقيق عبد السلام الهراس (دار الفكر، بيروت: 1995م).

* التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1989م).

* التلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، بتحقيق أبي أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2004م).

* التنبيه على مبادئ التوجيه (قسم العبادات)، لأبي الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير، بتحقيق د. محمد بلحسان (ط:1، مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث، الجزائر، ودار ابن حزم، بيروت: 2007م).

* التنبهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض السبتي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1،

- مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2012م).
- * التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم محمد القيرواني البراذعي، بتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ (ط: 1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي: 1999م).
- * التوضيح في شرح الجامع بين الأمهات، لخليل بن إسحاق الجندي، بعناية وتصحيح د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط: 1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2008م).
- * الثقات، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد البستي (مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت: 1973م) عن طبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند.
- * الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، بتحقيق د. مصطفى ديب البغا (ط: 3، دار ابن كثير، بيروت: 1987م).
- * الجامع الصحيح = صحيح البخاري
- * الجامع المختصر من السنن عن رسول الله ﷺ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذيّ السلمي، بتحقيق أحمد شاکر، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ط: 2، عيسى البابي الحلبي، القاهرة: 1978م).
- * الجامع بين الأمهات، لأبي عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الكردي ابن الحاجب (ومعه القصد الواجب بمعرفة اصطلاح ابن الحاجب، للونشريسي، وكتابا: تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، والتعريف بالأعلام والمبهمات المذكورين في الجامع بين الأمهات، وهما لابن عبد السلام المصري)، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط: 1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2010م).

* الجامع لمسائل المدونة والمختلطة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط: 1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2012م).

* الجرح والتعديل، لعبد الرحمن بن محمد بن إدريس ابن أبي حاتم الرازي التميمي (ط: 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1952م).

* الجمع بين رجال الصحيحين، لابن طاهر المقدسي (دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1323) (أعدت نشره مصورا مؤسسة دار الكتب العلمية، بيروت: 1405 هـ).

* الحلة السيرة، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي بكر بن الأبار القضاعي، بتحقيق د. حسني مؤنس (دار المعارف، القاهرة: 1985م).

* الحلل السندسية في الأخبار التونسية، لمحمد بن محمد بن مصطفى الأندلسي السراج، المعروف بالوزير، بتحقيق محمد الهيلة (دار الكتب الشرقية، تونس: 1973م).

* الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن فرحون المالكي، بتحقيق مأمون بن محيي الدين الجنان (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1996م).

* الذخيرة، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، بتحقيق محمد حجي، وآخرين (ط: 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1994م).

* الرسالة، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني (دار الفكر، بيروت).

* الروض المعطار في خبر الأقطار، لمحمد بن عبد المنعم الحميري، بتحقيق

إحسان عباس (ط: 2)، مؤسسة ناصر للثقافة، بيروت: 1980م).

* السُّنَنُ الصُّغْرَى = سُنَنُ النِّسَائِيِّ = المَجْتَبَى مِنَ السُّنَنِ.

* السُّنَنُ الكُبْرَى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي (دار

المعرفة، بيروت: 1973م) عن طبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند.

* السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، بتحقيق د. عبد

الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن (ط: 1، دار الكتب العلمية،

بيروت: 1991م).

* السُّنَنُ، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، بتحقيق عزت

عييد، وعادل الرشيد (دار الحديث، حمص: 1969م).

* الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، لإسماعيل بن حماد الجوهري،

بتحقيق أحمد عبد الغفور عطار (ط: 4، دار العلم للملايين، بيروت:

1987م).

* الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، لأبي القاسم خلف بن عبد الملك بن

بشكوال، بتحقيق إبراهيم الإيباري (ط: 1، دار الكتاب المصري، ودار

الكتاب اللبناني، القاهرة، بيروت: 1989م).

* الضوء اللامع لأهل القرن السابع، لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن

السخاوي (ط: 2، دار الجيل، بيروت: 1992م).

* الطالع السعيد الجامع لأسماء الفضلاء والرواة بأعلى الصعيد، لجعفر بن

ثعلب ابن جعفر الإدفوي، بتحقيق سعد محمد حسن (ط: 1، مطبعة

الجمالية، القاهرة: 1339هـ).

* الطبقات الكبرى (القسم المتمم لتابعي أهل المدينة ومن بعدهم)، لأبي عبد

الله محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري، بتحقيق زياد محمد منصور

(مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة: 1408هـ).

* الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري (دار صادر، بيروت).

* العبر في خبر من غير، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، بتحقيق د. صلاح الدين المنجد (مطبعة حكومة الكويت، الكويت: 1984م).

* العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين، لتقي الدين محمد بن أحمد الحسيني الفاسي المكي، بتحقيق محمد حامد الفقي (ط: 2، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1986م).

* العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، بتحقيق خليل الميس (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1403هـ).

* العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، بتحقيق خليل الميس (دار الكتب العلمية، بيروت: 1403هـ).

* الغنية (فهرست شيوخ القاضي عياض)، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض ابن عمرو اليحصبي السبتي (دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1982م).

* الفتاوى = فتاوى العز بن عبد السلام

* الفتاوى، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الشافعي، بتحقيق عبد الرحمن بن عبد الفتاح (ط: 1، دار المعرفة، بيروت: 1986م).

* الفرق بين الفرق، لعبد القاهر بن طاهر بن محمد البغدادي الإسفرائيني التميمي، بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد (ط: 1، المكتبة العصرية، بيروت: 1995م).

* الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1995م).

* الفهرست، لأبي الفرج محمد بن إسحاق ابن النديم (دار المعرفة، بيروت: 1978م).

* الفهرست، لمحمد بن خير بن عمر بن خليفة الأموي الإشبيلي، بتحقيق محمد فؤاد منصور (دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* الكامل في التاريخ، لعز الدين أبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد ابن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني ابن الأثير الجزري، بتحقيق عمر عبد السلام تدمري (ط: 1، دار الكتاب العربي، بيروت: 1997م).

* اللباب في تهذيب الأنساب، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري (دار صادر، بيروت: 1980م).

* المجتبى من السنن، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، بتحقيق عبد الفتاح أبي غدة (ط: 2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب: 1986م).

* المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (دار الفكر، بيروت).

* المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي الغرناطي، بتحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1993م).

- * المدونة الكبرى، لمالك بن أنس الأصبحي، رواية سَحْنُون عن ابن القاسم، بتحقيق السيد علي بن السيد عبد الرحمن الهاشمي (طبع على نفقة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان، الإمارات: 1422هـ).
- * المدونة الكبرى، لمالك بن أنس الأصبحي، رواية سَحْنُون عن ابن القاسم، بتحقيق زكريا عميرات (دار الكتب العلمية، بيروت).
- * المدونة الكبرى، لمالك بن أنس الأصبحي، رواية سَحْنُون عن ابن القاسم (مطبعة السعادة/ دار صادر، بيروت).
- * المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، بتحقيق يوسف الشيخ محمد (ط: 2، المكتبة العصرية، بيروت: 1997م).
- * المعرفة والتاريخ، لأبي يوسف يعقوب بن سفيان الفسوي، بتحقيق د. أكرم العُمري (ط: 1، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1981م).
- * المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، بتحقيق د. محمد حجي (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط: 1981م).
- * المقدمات الممهّدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد بن محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بتحقيق زكريا عميرات (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2002م).
- * الملل والنحل، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، بتعليق أحمد فهمي محمد (ط: 2، دار الكتب العلمية، بيروت: 1992م).
- * المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي، بتحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا (ط: 1، دار الكتب

العلمية، بيروت: 1992م).

* المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، بتحقيق محمد عبد القادر عطا (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1999م).

* الموطأ، لمالك بن أنس، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء التراث العربي، القاهرة).

* الموطأ، لمالك بن أنس، بتحقيق محمد مصطفى الأعظمي (ط: 1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان: 2004م).

* النكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة، لأبي محمد عبد الحق بن هارون الصقلي، بتحقيق أحمد بن علي (ط: 1، مركز التراث الثقافي المغربي، ودار ابن حزم، بيروت: 2009م).

* النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، لأبي الحسن علي بن عبد الله المتيطي المالكي (مخطوط مصوّر من مكتبة دير الإسكوريال في أسبانيا).

* النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني، بتحقيق عبد الفتاح محمد حلو وآخرين (ط: 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1999م).

* الوثائق والسجلات = وثائق ابن العطار

* الوثائق والسجلات، لمحمد بن أحمد الأموي، المعروف بابن العطار، بتحقيق ب. شالميتا، وف. كورينطي (مجمع الموثقين المجريطي، المعهد الأسباني العربي للثقافة، مدريد: 1983م).

* الوفيات، لأبي العباس أحمد بن حسن بن علي بن الخطيب المعروف بابن قُنْفُذ، بتحقيق عادل نويهض (ط: 4، دار الآفاق الجديدة، بيروت: 1983م).

* إنباء الغمر بأبناء العمر في التاريخ، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بتحقيق د. محمد عبد المعيد خان (ط: 2)، دار الكتب العلمية، بيروت: 1986م).

* أنوار البروق في أنواع الفروق = الفروق

* أنوار البروق في أنواع الفروق الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، بتحقيق خليل المنصور (دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس، لأحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة الضبي، بتحقيق إبراهيم الإياري (ط: 1)، دار الكتاب اللبناني، بيروت: 1989م).

* بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، بتحقيق محمد أبي الفضل إبراهيم (المكتبة العصرية، صيدا).

* تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزبيدي (دار الهداية، الكويت).

* تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، بتحقيق عمر عبد السلام التدمري (ط: 2)، دار الكتاب العربي، بيروت: 1993م).

* تاريخ الذهبي = تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام.

* تاريخ بغداد (وذيلوله)، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، بتحقيق مصطفى عبد القادر عطا (ط: 1)، دار الكتب العلمية، بيروت: 1417هـ).

* تاريخ قضاة الأندلس (المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا)، لأبي

الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي (ط: 5، دار الآفاق الجديدة، بيروت: 1983م).

* تاريخ قضاة الأندلس = المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا

* تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي اليعمري (ط: 1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة: 1986م).

* تتممة المختصر في أخبار البشر (تاريخ ابن الوردي)، لعمر بن مظفر بن عمر ابن محمد بن أبي الفوارس ابن الوردي (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1996م).

* تتممة المختصر في أخبار البشر = تاريخ ابن الوردي

* تذكرة الحفاظ، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض السبتي، بتحقيق محمد سالم هاشم (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* تعريف الخلف برجال السلف، لأبي قاسم محمد الحفناوي (بيروفونانة الشرقية، الجزائر: 1906م).

* تنزيه الشريعة المرفوعة عن الأحاديث الشنيعة الموضوعة، لأبي الحسن علي بن محمد بن العراق الكناني، بتحقيق عبد الله بن محمد بن الصديق الغماري، (ط: 2، دار الكتب العلمية، بيروت: 1981م).

* تهذيب الكمال في أسماء الرجال لأبي الحجاج يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، لجمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبلي المزي، بتحقيق

بشار عواد معروف (ط:1، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1980م).

* توشيح الديباج وحلية الابتهاج، لبدر الدين محمد بن يحيى بن عمر القرافي، بتحقيق د. علي عمر (ط:1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة: 2004م).

* جامع الشروح والخواشي معجم شامل لأسماء الكتب المشروحة في التراث الإسلامي وبيان شروحها، للسيد عبد الله بن محمد الحبشي (المجمع الثقافي، أبو ظبي: 2004م).

* جذوة الاقتباس في ذكر من حل من أعلام مدينة فاس، لأحمد ابن القاضي المكناسي (دار المنصور، الرباط: 1974).

* جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس، لأبي عبد الله محمد بن فتوح بن عبد الله الأزدي الميورقي الحميدي (الدار المصرية للتأليف والنشر، القاهرة: 1966م).

* جمهرة أنساب العرب، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ط:3، دار الكتب العلمية، بيروت: 2003م).

* درة الحجال في أسماء الرجال، لأبي العباس أحمد بن محمد ابن القاضي المكناسي، بتحقيق محمد الأحدي أبو النور (ط:1، دار التراث، القاهرة، والمكتبة العتيقة، تونس: 1971م).

* رشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات) بن فتى العلوي (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2012م).

* روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (المكتب الإسلامي، بيروت: 1405هـ).

* رياض النفوس في طبقات علماء القيروان وإفريقية وزهادهم ونساکهم

وسير من أخبارهم وفضائلهم وأوصافهم، لأبي بكر بن عبد الله بن محمد المالكي، بتحقيق بشير البكوش، ومراجعة محمد العروسي المطوي (ط: 2)، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1994م).

* سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصالحين بفاس، لمحمد بن جعفر بن إدريس الكتاني، بتحقيق عبد الله الكامل الكتاني، وآخرين (ط: 1، دار الثقافة، الدار البيضاء: 2004م).

* سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (دار الفكر، بيروت).

* سنن الترمذي = الجامع المختصر من السنن

* سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، بتحقيق مجموعة من المحققين تحت إشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط (ط: 3، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1985م).

* شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف (دار الفكر، بيروت).

* شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لشهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري ابن العماد الحنبلي، بتحقيق عبد القادر الأرنؤوط ومحمود الأرنؤوط (ط: 1، دار ابن كثير، دمشق: 1986م).

* شرح ابن ناجي التنوخي على متن رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي، بتحقيق أحمد فريد المزيدي (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2007م).

* شرح التلقين، لأبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، بتحقيق محمد المختار السلامي (ط: 2، دار الغرب الإسلامي، تونس: 2008م).

- * شرح السنة، للحسين بن مسعود البغوي بتحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد زهير الشاويش (ط:2، المكتب الإسلامي، دمشق-بيروت: 1983م).
- * شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المصري القراني المالكي (دار الفكر، بيروت: 2004م).
- * شفاء الغليل في حل مقفل خليل (مطبوع مع مختصر الشيخ خليل)، لمحمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن غازي العثماني المكناسي، بتحقيق د. أحمد عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2009م).
- * صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (ط:2، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة: 1978م).
- * طبقات الشافعية، لأبي بكر بن هداية الله الحسيني، بتحقيق عادل نويهض (ط:3، دار الآفاق الجديدة، بيروت: 1982م).
- * طبقات الشافعية، لعبد الرحيم الإسنوي، بتحقيق كمال يوسف الحوت (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1987م).
- * طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، بتهديب محمد بن مكرم ابن منظور، وتحقيق إحسان عباس (ط:1، دار الرائد العربي، بيروت: 1970م).
- * طبقات المفسرين، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، بتحقيق الدكتور علي محمد عمر (ط:1، مكتبة وهبة، القاهرة: 1976م).
- * طبقات المفسرين، لشمس الدين محمد بن علي بن أحمد الداوودي، بتحقيق

- علي محمد عمر (ط: 1، مكتبة وهبة، القاهرة: 1972م).
- * طبقات النحاة واللغويين، لتقي الدين ابن قاضي شهبة الأسدي الشافعي، بتحقيق د. محسن غياص (مطبعة النعمان، النجف).
- * طبقات علماء إفريقية، لمحمد بن عبد السلام بن ثعلبة القرطبي الخشني، بتحقيق وتعليق محمد زينهم محمد عزب (ط: 1، مكتبة مدبولي، القاهرة: 1993م).
- * عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأنصار، لأبي الحسن علي بن عمر أحمد البغدادي ابن القصار المالكي، بتحقيق د. عبد الحميد بن سعد بن ناصر (ط: 1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض: 2006م).
- * غاية النهاية في طبقات القراء، لشمس الدين أبي الخير محمد بن محمد بن يوسف ابن الجزري، نُشر بعناية ج. برجستراسر (ط: 1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة: 1351هـ).
- * غريب الحديث، لعبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، بتحقيق د. عبد الله الجبوري (ط: 1، مطبعة العاني، بغداد: 1397 هـ).
- * فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عَلِيْش المالكي (دار المعرفة، بيروت).
- * فوات الوفيات، لمحمد بن شاكر بن أحمد بن عبد الرحمن بن شاكر بن هارون ابن شاكر الكتبي، بتحقيق إحسان عباس (دار صادر، بيروت: 1973م).
- * كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الدياج، لأحمد بابا بن أحمد بن أحمد بن عمر التكروري التنبكتي السوداني، بتحقيق أبي يحيى عبد الله الكندري

(ط:1، دار ابن حزم، بيروت: 2002م).

* لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ط:1، دار صادر، بيروت).

* لسان الميزان، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ط:2، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت: 1971م) عن طبعة دائرة المعارف النظامية، الهند.

* مجلة قطر الندى (مجلة علمية فصلية محكمة يصدرها مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن).

* مجموع الفتاوى = فتاوى ابن تيمية

* مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، بتحقيق أنور الباز وعامر الجزار (ط:3، دار الوفاء، جدة: 2005م).

* مختصر ابن عرفة = اختصار ما ألفته المالكية في الفقه.

* مسائل ابن رشد = فتاوى ابن رشد

* مَسَائِلُ أَبِي الْوَلِيدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ رِشْدِ الْجَدِّ الْقُرْطُبِيِّ، بتحقيق محمد الحبيب التجكاني (ط:2، دار الجيل، بيروت، ودار الآفاق الجديدة، الرباط: 1993م).

* مصادر الفقه المالكي أصولاً وفروعاً في المشرق والمغرب قديماً وحديثاً، لأبي عاصم بشير ضيف بن أبي بكر بن البشير بن عمر العربي الجزائري (دار ابن حزم، بيروت).

* معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان، لابن الدباغ، بتحقيق د. عبد المجيد خيالي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت).

- * معجم الأدباء أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، لأبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1991م).
- * معجم العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، بتحقيق د. مهدي المخزومي، ود. إبراهيم السامرائي (دار ومكتبة الهلال).
- * معجم المطبوعات العربية والمعربة، ليوسف بن إيلان بن موسى سركيس (مطبعة سركيس، القاهرة: 1928م).
- * معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة (دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1957م).
- * مغني اللبيب عن كتب الأعراب، لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف بن هشام، بتحقيق د. مازن المبارك، ومحمد علي حمد الله (ط:6، دار الفكر، دمشق: 1985م).
- * مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، لأبي الحسن علي بن إسماعيل الأشعري، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد (ط:1، المكتبة العصرية، بيروت: 1990م).
- * منتخب الأحكام، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن إبراهيم المريني الأندلسي ابن أبي زمنين، بتحقيق د. محمد حماد (ط:1، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط: 2009م).
- * مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الرعيني، المعروف بالحطاب، بتحقيق زكريا عميرات (عالم الكتب، القاهرة: 2003م).
- * ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، بتحقيق علي محمد البجاوي (دار المعرفة، بيروت).

* نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، لشهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني، بتحقيق إحسان عباس (ط: 1، دار صادر، بيروت: 1968).

* نوازل ابن سهل = الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام = ديوان الأحكام الكبرى

* نيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأحمد بابا بن أحمد بن أحمد بن عمر التكروري التنبكتي السوداني، بتحقيق د. علي عمر (ط: 1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة: 2004م).

* وفيات الأعيان وأنباء الزمان، لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، بتحقيق إحسان عباس (دار صادر، بيروت).





فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

7	كتاب الرواحل
33	كتاب الدور
57	كتاب المساقاة
73	كتاب القراض
91	كتاب الشركة
105	كتاب الأفضية
119	كتاب الشهادات
157	كتاب المديان
183	كتاب التفليس
191	كتاب المأذون له
205	كتاب الحماله
223	كتاب الحوالة
229	كتاب الرهون
243	كتاب الغصب
261	كتاب الاستحقاق
273	كتاب القسمة
289	كتاب الشفعة
317	كتاب الوصايا الأول

- 351 كتاب الوصايا الثاني
- 369 كتاب الحبس
- 383 كتاب الصدقة
- 389 كتاب الهبة
- 403 كتاب الهبات
- 417 كتاب الوديعة
- 429 كتاب العارية
- 439 كتاب اللقطة
- 447 كتاب حریم البئر
- 453 كتاب القطع في السرقة
- 465 كتاب المحارین
- 469 كتاب الرجم
- 481 كتاب القذف
- 497 كتاب الأشربة
- 501 كتاب الجنایات
- 519 كتاب الجراح
- 543 مصادر التحقيق ومراجع التوثيق
- 565 فهرس الموضوعات