

كتاب الأفضية الأول

من سماع ابن القاسم من مالك من كتاب أوله حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان

أخبرني محمد بن عمر قال: أخبرنا محمد بن أحمد العتبي عن سحنون عن ابن القاسم قال: سئل مالك عن رجل يأتي بكتاب من والي مكة إلى والي المدينة مثل القاضي والأمير وما أشبهه فلا يصل إلى المدينة حتى يموت الذي كتب له الكتاب وقضى له بالحق، قال مالك فأرى لصاحب المدينة أن ينفذ ذلك الكتاب، ويقضي له بما فيه، أرأيت لو أن قاضياً قضى لرجل ثم هلك فجاء آخر بعده أكان ينقض مم قضى ذلك^(١)؟

قال محمد بن رشد^(٢): هذه مسألة صحيحة بينة جارية على الأصول مثل ما في المدونة^(٣) والواضحة وغيرهما لا اختلاف فيها ولا إشكال في معناها، لأنه لما كان الأصل أن القاضي ينفذ ما يثبت عنده من قضاء حكام البلاد وإن كانوا قد ماتوا أو عزلوا كما يُنفذ ما ثبت عنده من

(١) في ق ٣: به الأول

(٢) في ق ٣ وق ٢: الامام القاضي.

(٣) انظر م، المجلد: ٤ ص ٧٧.

قضاء الحاكم قبله ببلدة الميت أو المعزول، وجب أن تنفذ كتبهم وإن كانوا قد ماتوا أو عزلوا قبل وصول كتبهم إليه وقبل انفصالها عن ذلك البلاد، فيصل حكمه بحكمهم وبينه عليه، كما ينفذ ما ثبت عنده أنه مضى من عمل الحاكم قبله الميت أو المعزول فيصل حكمه بحكمه وبينه عليه، ولا يأمر الخصمين باستئناف الخصام عنده إن كان الشهود قد شهدوا عند الميت أو المعزول^(٤) فأشهد على ذلك أو كتب به إلى حاكم بلد آخر ثم مات أو عزل، نظر الذي ولي بعده أو المكتوب إليه فيما شهدوا به، كما كان ينظر في ذلك الميت أو المعزول، ولم يأمر باعادة الشهادة عنده، وإن كانوا قد شهدوا عنده قبلهم أعذر إلى المشهود عليه فيما شهدوا به دون أن ينظر في عدالتهم، وإن كانوا قد شهدوا عنده فأعذر في شهادتهم إلى المشهود عليه فعجز عن الدفع فيما أمضى الحكم عليه بها^(٥) دون أن يستأنف الإعذار إليه مرة أخرى وهذا بين، إذ لا فرق إذا ثبت عند القاضي حق لرجل على رجل بين أن يشهد شهوداً أنه قد ثبت عندي لفلان على فلان كذا وكذا، بشهادة فلان وفلان فشهد أولئك الشهود بما أشهدهم به من ثبوت ذلك الحق عنده عند قاضي بلد آخر بعد موته أو عزله، وبين أن يكتب بذلك إلى قاضي بلد آخر، فلا يصل إليه الكتاب إلا بعد موته أو عزله، فيما يجب من إعمال الأمرين إذا كان الكتاب قد ثبت عنده بشهادة شاهدين أنه كتابه. قاله ابن القاسم وابن الماجشون، وقال أشهب: لا تجوز شهادتهما أنه كتابه حتى يشهدا أنه قد أشهدهما عليه، ولا يكفي في ذلك بالشاهد الواحد، ولا بالشهادة على أن الكتاب بخط القاضي، ولا أن الختم ختمه. وهذا في الكتب التي تأتي من كورة إلى كورة، ومن مثل المدينة إلى مكة، ومثل مكة إلى المدينة. وأما إذا جاء من أعراض المدينة إلى قاضي المدينة كتاب بغير بينة فإنه يقبله بمعرفة الخط وبمعرفة الختم، وبالشاهد الواحد إذا لم يكن هو صاحب القضية، لقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدي. قاله ابن حبيب في الواضحة، وقال ذلك أيضاً ابن

(٤) في الأصل: والمعزول، والصواب ما أثبتته.

(٥) في ق ٣ وت: عليه الحكم بها.

كثانة وابن نافع في الحقوق اليسيرة خلاف ظاهر قول ابن حبيب، وقد كان يعمل فيما مضى كتاب القاضي بمعرفة الخط والختم دون بينة حتى حدث ما حدث من اتهام الناس فأحدثت الشهادة على كتاب القاضي، قال في رسم الأفضية من سماع أشهب من كتاب الوصايا أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته. وفي البخاري أن أول من سأل البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى، وسوار بن عبد الله العنبري. والأصل في هذا أن قول القاضي مقبول فيما أخبر أنه ثبت عنده أو قضى به، ينفذ ما أشهد به من ذلك على نفسه ما دام قاضياً لم يعزل، فإذا كتب بذلك إلى قاض غيره وجب على المكتوب إليه أن ينفذه ويصل نظره به إذا كتب إليه بذلك، لأنه في كتابه إليه به في معنى المخبر لا في معنى الشاهد، ولو خاصم الرجل عند القاضي فكلفه إثبات الشيء من الأشياء فأتاه بكتاب قاضٍ أنه قد ثبت عنده ذلك الشيء، أو أنه قد قضى له به لم يجز ذلك، لأنه هاهنا شاهد، وشهادته لا تجوز فيما حكم به إلا أن يشهد على حكمه به عنده شاهدان سواء وذلك بين من قول ابن القاسم وأصبغ في رسم محض القضاء من سماع أصبغ بعد هذا، وهو معنى ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأصبغ من أن القاضي لا يمكن المشهود له من أن يعدل شهوده عند قاضي بلد من البلدان، فيكتب إليه بِعَدَالَتِهِمْ، إلا أن يكتب هو إلى ذلك القاضي يسأله عنهم. وقد ذكر أيضاً في أول ذلك الباب أن القاضي إذا كتب بعدالة شاهد من أهل عمله إلى القاضي الذي شهد عنده شاهد^(٦) جاز، وإن كان المشهود له سأله^(٧) ذلك فكتب له به ابتداءً دون أن يكتب إليه القاضي الذي شهد عنده الشاهد يسأله عنه، وحكى ذلك أيضاً عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ووبعيد. وإذا كتب إليه يسأله عن الشاهد الذي شهد عنده اكتفى في جوابه إليه بمعرفة الخط دون الشهادة على الكتاب، قاله ابن حبيب في الواضحة، ما لم يكن فيما سأله عنه فكتبه إليه فيه قضية قاطعه، والقياس لا يكتفي في شيء من ذلك

(٦) في ق ٣ وت: الشاهد

(٧) في ق ٣ زيادة: هو

بمعرفة الخط إلا فيما قرب من أعراض المدينة على ما تقدم، وسيأتي من معنى هذه المسألة في آخر سماع عيسى وبالله التوفيق^(٨).

مسألة

وسئل عن فناء قوم كانوا يرمون فيه، وفيه عرض لهم، ثم إنهم غابوا عن ذلك فاتخذ مقبرة ثم جاءوا فقالوا نريد أن نسوي هذه المقابر ونرمي على حال ما كنا نرمي فيه، قال مالك أما ما قدم منها فأرى ذلك لهم، وأما كل شيء جديد فلا أحب لهم درس ذلك.

قال محمد بن رشد: أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملك المحوزة التي لأربابها تحجيرها عن الناس لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذ ضاق الطريق عنهم بالأحمال وشبهها، إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرمي وغيره، فمن حقهم إذا اتخذت مقبرة في مغيهم أن يعودوا إلى الانتفاع بها بالرمي فيها إذا قدموا، إلا أنه يكره^(٩) لهم درسها إذا كانت جدداً مسنمة لم تدرس ولا عفت، لما جاء في درس القبور، روي عن رسول الله ﷺ قال: «لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه»^(١٠). وقال: إن الميت يؤذيه في قبره ما يؤذيه في بيته».

وقال ابن أبي زيد: إنما كره درسها لأنها من الأفنية، ولو كانت من الأملك المحوزة لم يكره ذلك، وكان لهم الانتفاع بظاهرها. وروي عن

(٨) عبارة (وبالله التوفيق) ساقطة في الأصل وثابتة في ق ٣ وت وق ٢.

(٩) في ق ٣ وت: كره

(١٠) رواه الجماعة، إلا البخاري، والترمذي، انظر متقى الأخبار، بشرح نيل الأوطار.

علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: واروا في بطنها وانتفعوا بظاها. قال الإمام ولو كانت من الأملاك المحوزة فدفن فيها بغير إذنه كان من حقهم نبشهم منها وتحويلهم إلى مقابر المسلمين، وقد فعل ذلك بقتلى أحد لما أراد معاوية إجراء العين التي إلى جانب أحد. روي عن جابر بن عبد الله قال: لما أراد معاوية إجراء العين التي إلى جانب أحد أمر منادياً فنادى في المدينة، من كان له قتيل فليخرج إليه ولينبشه وليحوه، قال جابر فأتيناها فأخرجناهم من قبورهم رطاباً بيتسمون، يعني شهداء أحد وبالله التوفيق اللهم عونك يا معين.

ومن كتاب أوله حديث طلق بن حبيب

وسئل مالك عن رجل كانت له شجرة في أرض رجل فسقطت فنبتت لها خلوف أتراها لصاحبها؟ قال: نعم، قيل له: أفترى لصاحبها أن يغرس مكانها شجرة أخرى؟ قال: نعم، أرى ذلك له.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الخلوف التي نبتت من الشجرة التي سقطت لصاحب الشجرة صحيح، ومعناه إذا نبتت في موضع الشجرة، لأن من كانت له شجرة في أرض رجل فله موضعها من الأرض، وليس لقدر ذلك حد معروف مؤقت عند مالك، وهو بقدر ما يحتاج^(١١) إليه الشجرة في شربها، وما روي أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في حريم نخلة ففقطع منها جريدة ثم ذرعها فإذا هي خمسة أذرع. قال أبو طوالة أحد رواة الحديث أو سبعة أذرع فجعلها حريمها^(١٢)، معناه عند من أخذ بالحديث

(١١) في ق ٣: تحتاج، بالتاء المثناة فوق، وهو الأنسب للسياق.

(١٢) أخرجه ابن ماجه، وأبو داود انظر عون المعبود شرح سنن أبي داود م: ١٠. ص

(من) (١٣) أهل العلم في النخلة التي يفرسها الرجل في الموات الذي يجوز له استحياؤه، فيستحق بذلك منه القدر المذكور في الحديث، وهو ما تحتاج إليه النخلة من الأرض، وحمل الحديث على عمومه في الموات وغير الموات أولى والله أعلم. وأما إن نبتت الخلوف خارجة عن قدر حق صاحب الشجرة من الأرض، فإن كان لصاحب الشجرة فيها منفعة ليفرسها في حقه كان له أن يقلعها، وإن لم تكن له فيها منفعة لفرسها لم يكن له أن يقلعها، وكانت لرب الأرض بقيمتها حطباً إن كانت لها قيمة، أو باطلاً بغير شيء إن لم تكن لها قيمة، إلا أن يكون إقرارها مضرراً بأهل الشجرة فيكون له أن يقلعها على كل حال، إلا أن يشاء الذي ظهرت في أرضه أن يقطع العروق المتصلة بالشجرة حتى لا يضرها فيفعل ذلك ويعطيه قيمتها حطباً إن كانت لها قيمة، وهذا معنى قول ابن القاسم في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار، وفي المجموعة. وقوله: إن له أن يفرس مكانها شجرة أخرى صحيح، ومعناه شجرة لا تكون أكثر انتشاراً وأضرراً بالأرض من التي سقطت على ما قال في القسمة من المدونة (١٤) وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن العبد يكون نصفه حرّاً ونصفه مملوكاً فيريد الذي له فيه الرق أن يسافر به ويأبى الغلام ذلك، ويقول تقطعني على (١٥) عملي، قال: إن كان سفرّاً قريباً رأيت ذلك له، وإن كان سفرّاً بعيداً رأيت أن يكتب له بذلك القاضي كتاباً يكون معه إن خاف في ذلك أن يباع أو يركب بظلم يكون معه وثيقة له، وقد أشرت بذلك على قاض كان عندنا استشارني فيه فأمرته أن يكتب

(١٣) لفظ (من) ساقط في الأصل، والمعنى لا يستقيم إلا باثباته.

(١٤) انظر م، المجلد ٤ ص ٢٥١.

(١٥) في ق ٣ وت: عن.

لهم بذلك كتاباً وهو عثمان بن طلحة. قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن قول مالك في العبد يكون نصفه حراً ونصفه مملوكاً، قال: إذا أراد به سيده سافراً سافر به، فإن كان بعيداً كتب له كتاباً لثلاثين سنة. قلت: ولأي شيء أُلزمه ذلك؟ قال: لأن مالكا يقول ويرى^(١٦) الحرية تبعاً للرق وهذا عنده من الأصول.

قال محمد بن رشد: قوله رأيت أن يكتب له بذلك القاضي كتاباً يكون معه وثيقة له، كلام ليس على ظاهره، لأن العبد لا ينتفع في المكان الذي يذهب إليه بكتاب يكون بيده لا بينة عليه، إذ لا يحكم له بكتاب القاضي دون بينة تنقله إليه وتشهد عليه، فالمعنى في ذلك أن يكتب له الكتاب إلى قاضي البلد الذي يسافران إليه مع شاهدين ممن يسافر مع العبد، فيشهدهما على الكتاب وعلى عين العبد. وفي سماع أشهب عن مالك من كتاب الشركة، أن السيد إذا لم يكن مأموناً لم يكن له أن يخرج به، وإذا قضي له بالخروج به كانت عليه النفقة والكراء في سفره حتى يقر قراره في موضع يكون له فيه عمل ومكتسب، فتكون له أيام وللسيد أيام، وروى البرقي عن أشهب أنه ليس له أن يخرج به وإن كان مأموناً وكان العبد متعدياً، لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك، فصار شريكاً في نفسه، ولا ينكحه إلا برضاه كالشريك، وحكى ذلك أيضاً عنه ابن المواز وابن حبيب، قال ابن حبيب وأما لو أراد الانتقال به إلى قرية يسكنها فإن كانت من الحواضر فذلك له وإن كره العبد. ففي سفره به إلى غير الانتقال ثلاثة أقوال: أحدها أنه ليس له أن يسافر به وإن كان مأموناً، وهو قول أشهب ومحض القياس. والثاني أن له أن يسافر به ويكتب له كتاباً إن لم يكن مأموناً، وهو قول مالك في هذه الرواية. ووجه ما استدل به من أن الحرية تبع للرق، بدليل إجماعهم أن أحكامه أحكام الرق ما كانت فيه شعبة من الرق. والثالث أنه إذا كان مأموناً كان له أن يسافر به، وإن لم

(١٦) في ق ٣ وت زيادة: إن

يكن مأموناً لم يكن له أن يسافر به، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه استحسان على غير حقيقة قياس والله الموفق.

ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء في الحرس

وسئل مالك عن الرجلين إذا اختصما وألَّد أحدهما بصاحبه فعرف ذلك القاضي منه أترى أن يعاقبه؟ قال: نعم إذا تبين ذلك منه ونهاه فأرى أن يعاقبه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن إلداد أحد الخصمين بصاحبه إذابة له وإضرار به، وواجب على الإمام أن يكف أذى بعض الناس بعضاً ويعاقب عليه بما يؤذيه إليه اجتهاده، ومثله في آخر أول رسم من سماع أشهب وفي سماع أصبغ وبالله التوفيق.

مسألة

ف قيل له: أرأيت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول: لقد ظلمني، فقال: إن ذلك^(١٧) يختلف ولم يجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قال إذا أراد بذلك أذاه وكان القاضي من أهل الفضل أن يعاقبه، وماترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إن للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من^(١٨) يتناوله بالقول وأذاه بأن نسبه^(١٩) إلى الجور والظلم مواجهة بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنه أذاه به وهو غائب عنه، لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار، وله

(١٧) في الأصل زيادة «لا»، وهو سبق قلم.

(١٨) في الأصل: ما.

(١٩) في ق ٣ وت: نسب إليه.

أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به ويتحول المال بإقراره، ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة. والأصل في ذلك قطع أبي بكر الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة، وإن كان في حديث الموطأ فاعترف به الأقطع أو شهد عليه على الشك^(٢٠) فالصواب ما في غير^(٢١) الموطأ أنه اعترف من غير شك، إذ لو لم يعترف ويقر على نفسه لما قطعه بالبينة، كما لو كان المسروق له، إذ لا فرق بين كونه له أو لزوجته في هذا، لأن متاعها كمتاعه، والدليل على ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لعبد الله ابن عمرو الحضرمي لما جاء بغلامه، فقال: إن هذا سرق مرآة لامرأتي. فقال له: لا قطع عليه، خادمكم سرق متاعكم. ألا ترى أن الرجل لا يجوز له^(٢٢) أن يشهد لزوجته كما لا يجوز أن يشهد لنفسه، فإذا كان يحكم بالإقرار في ماله كما يحكم به في مال غيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره، لما يتعلق في ذلك من الحق لله، لأن الاجتراء على القضاة والحكام بمثل هذا توهين لأمرهم، وداعية إلى الضعف عن استيفاء الحقائق في الأحكام، فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجافي عنه والعفو فيه، وهو دليل قوله: وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد، وكذلك قال ابن حبيب في الواضحة: إن العقوبة في هذا أولى من العفو فيه وبالله التوفيق.

مسألة

وكان بين رجلين خصومة من أصحاب رسول الله ﷺ قريباً من المدينة في أرض لهما حتى ارتفع الشأن بينهما فركب عثمان

(٢٠) انظر الموطأ، بشرح الزرقاني. م: ٤ ص: ١٥٩ ط: دار الفكر

(٢١) انظر النسائي.

(٢٢) لفظ (له) ساقط في الأصل، والمعنى يقتضيه.

في ذلك وكانت خصومتها في زمن عثمان وركب معه رجال فلما ساروا قال رجل: إن عمر قد قضى فيها. فقال عثمان: لا أنظر في أمر قد قضى فيه عمر ورجع.

قال القاضي: وقعت هذه الحكاية في آخر الزكاة الأول من المدونة^(٢٣) وفائدتها والذي فيها من الفقه أن القاضي يستحسن له أن يركب ويقف على الحقوق بنفسه وبمن معه من أهل العلم فيما التبس وأشكل، وقد يكون هذا كثيراً في الضرر وشبهه، ولو أمكنه أن يقف على جميع الأمور بنفسه لكان أحسن، ولكن هذا لا يمكنه فيستتبع من يوجهه مكانه لذلك في الحيازات وشبهها، والواحد في ذلك يجزىء كما قال في المدونة^(٢٤) في الذي يرسله لتحليف المرأة، والاثنان أحسن. وإنما رجع عثمان وترك ذلك لأن المحكوم عليه كان يريد فسخ قضاء عمر فيه، وذلك ما لا يجوز. ففي الحديث من الفقه أن القاضي إذا بلغه أن قاضياً قضى في أمر لم يكن له أن ينظر فيه، وهذا ما لا اختلاف فيه إذا كان القاضي الذي قضى في ذلك الأمر عدلاً، والذي قال ذلك لعثمان هو معاوية، وكانت الخصومة بين علي بن أبي طالب، وطلحة بن عبيد الله في ضفير بين ضيعتهما كان علي يحب أن يثبت، وطلحة يحب أن يزال، فوكل علي^(٢٥) عبد الله بن جعفر فتنازعا الخصومة في ذلك بين يدي عثمان وهو خليفة، فقال لهما: إذا كان غداً ركبت في الناس معكما حتى أفق علي الضفير فأقضي فيه بينكما معاينة، فركب في المهاجرين والأنصار، وجاء معهم معاوية، فقال وهما يتنازعا الخصومة في الطريق: لو كان منكراً لأزاله عمر، فكان قوله سبب توجه الحكم لعبد الله على طلحة، فوقف عثمان رضي الله عنه والناس معه على الضفير فقال: يا هؤلاء أخبرونا أكان هذا أيام عمر؟ فقالوا: نعم، قال: فدعوه كما كان أيام عمر وانصرف. قال

(٢٣) انظر م: ١ ص ٢٦٢.

(٢٤) انظر م ٤ ص ١٠٣.

(٢٥) لفظ (على) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

عبد الله فجئت من فوري إلى علي رضي الله عنه فقصصت عليه القصة حتى بلغت إلى كلام معاوية فضحك ثم قال: أتدري لما أعانك معاوية؟ قال: قلت: لا. قال: أعانك بالمنافسة، قم الآن إلى طلحة، فقل له: إن الضفير لك فاصنع به ما بدا لك، فأتيته فأخبرته فسر بذلك، ثم دَعَا بردائه ونعليه وقام معي حتى دخلنا على علي رضي الله عنه فرحب به، وقال: الضفير لك أصنع به ما شئت، فقال: قد قبلت، وإنما جئت شاكرًا ولي حاجة ولا بد من قضائها، فقال له علي رضي الله عنه: سل حتى أقضيها لك، فقال طلحة: أحب أن تقبل الضيعة مع من فيها من الغلمان والآلة والدواب، فقال علي: قد قبلت، ففرح طلحة وتعانقا وتفرقا. قال عبد الله: فوالله ما أدري أيهما أكرم في ذلك المجلس، أعلي إذ جاد بالضفيرة؟ أم طلحة إذ جاد بالضيعة بعد ضنه بمسقاة؟ روى الشعبي أنه قال: أول من جرى جرياً أي وكل وكلياً من الصحابة علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وكل عبد الله بن جعفر، فقيل له: لم وكلت عبد الله بن جعفر وأنت سيد من سادات الناطقين؟ فقال: إن للخصومات فحماً. قال عبد الله: فنازعني طلحة في ضفير كان بين ضيعة لعلي وضيعة لطلحة، ثم ساق بقية الحكاية وإن كان فيها بعض الخلاف^(٢٦) لحكاية مالك، فالمعنى المقصود منها وهو استحسان ركوب القاضي فيما أشكل، ووجوب إمضاء أحكام من قبله لا خلاف فيه وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل هلك وله ورثة وولد وترك أرضاً فخاصم ولده قوم فيها فأقاموا البينة أنها أرضهم، ولم يشهدوا على الحدود، وشهد قوم على حدود تلك الأرض ولم يشهدوا على

(٢٦) في ت: الاختلاف.

أنها لهم، وقالوا: لا علم لنا لمن هي. قال مالك: إذا شهدوا على الحدود ثبتت شهادة الذين شهدوا أنها لهم ورأيتها لهم.

قال القاضي: هذا كما قال من أن الشهادة في الأرض على الملك تلتق إلى الشهادة فيها على الحد، لأن المعنى في ذلك إنما هو في الأرض المشهورة المعلومة المسماة المنسوبة التي تتميز بالنسبة والتسمية عن سواها عند من عرف حدودها، فإذا قال الشهود: نعلم الأرض الفلانية لفلان ولا نحدها. وقال غيرهم: نحن نعلم حدودها ولا ندري لمن هي وجب أن تلتق الشهادة في ذلك، إذ لا يقدر في علم من شهد أنها لفلان جهله بحدودها، ولا يقدر في علم من شهد بمعرفة حدودها جهله بمالكها، وهذا في التمثيل كالحرم الذي يعلم الفقهاء تحريمه والحكم بما يلزم فيه مما لا يلزم، ويجهلون حدوده، ويعلم غير الفقهاء من أهل الحرم حدوده، ويجهلون أحكامه، فيصح امتثال أمر الله تعالى فيه بتلفيق شهادتهم، إذ لا يقدر في معرفة من علم أحكامه الجهل بحدوده، ولا في معرفة من علم حدوده الجهل بأحكامه، فكذلك سألتنا في الأرض يصح الحكم بها لمن شهد بملكها بتلفيق الشهادة على الملك إلى الشهادة على الحدود، وهذا بين لاختفاء به وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله حلف الا يبيع رجلاً سلعة سماها

قال مالك وقد كان قاضٍ في زمن أبان بن عثمان بن عفان (٢٧) رفع إليه كتب قد تقادم أمرها والتبس الشأن فيها، فأخذها فأحرقها بالنار، فقيل لمالك أيحسن ذلك؟ قال: نعم، إني لأراه حسناً، هذه أمور لا أدري ما هي.

قال محمد بن رشد: معنى هذه الكتب أنها كتب في الخصومة طالت المحاضر فيها والدعاوي، وطالت الخصومة حتى التبس أمرها على الحاكم، فإذا أحرقت قيل لهم: بينوا الآن ما تدعون، ودعوا ما تلبسون به من طول خصوماتكم واستأنفوا العمل، وهو حسن من الحكم على ما استحسنته مالك وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله سلف في المتاع والحيوان

وسئل عن رجلين ورثا داراً أو حائطاً، ثم إن أحد الرجلين تزوج امرأة وهلك عنها، فقال أخوه الباقي: إنما له من الدار كذا وكذا، فقالت له امرأته: لأي شيء كان لك سائرهما؟ أنحلك إياها أبوك؟ فقال: هي لي وليس لزوجك منها إلا كذا وكذا، قال: لا يقبل قوله في ذلك.

قال القاضي: هذا بين علي ما قال، لأن ذلك محمول على أنه بينهما على حسب ما ورثاه، فلا يقبل قول الذي ادعى أن له من ذلك أكثر من أخيه الهالك، إلا بيئته تقوم له على تحقيق ما يدعي، لقول النبي عليه السلام: «البيئَةُ على من ادَّعى»^(٢٨) وبالله التوفيق.

مسألة

قال ورأيته كتب إلى عامل في قضاء كان قد أمضاه عاملان قبله، فنظر فيه العامل الثالث، فجاءه رجل يستعين بالكتاب إليه فيه، فكتب إليه إن كان من قبلك أمضاه بحق فأنفذه لصاحبه.

قال محمد بن رشد: هذا يدل على أن للفقهاء المقبول القول أن

(٢٨) أخرجه البخاري، وابن ماجه والترمذي بلفظ فالبيئَةُ على المدعي واليمين على المدعى عليه. انظر: فتح الباري: ٧٠/٦ ومتقى الأخبار ٢١٩/٩.

يكتب إلى الحاكم بالفتوى ويعلمه ما يصنع وإن لم يسأله الحاكم، وهذا في غير القضاة، وأما القضاة فلا ينبغي أن يكتب إليهم بما يفعلون إلا أن يسألوه، لأن ذلك قد يؤدي إلى أنفة تؤذي، وفي كتابه إليه أن ينفذ ما أمضاه من قبله إن كان ما أمضاه بحق دليل على أنه أمران ينظر فيما أمضاه من قبله، فإن كان أمضاه بحق أنفذه، فحمل على هذا أحكام العمال على الرد حتى يتبين أنها كانت أمضيت بحق فتجاز. وهذا خلاف ما وقع من قوله في المدونة^(٢٩) فيما قضت به ولاة المياه أن ذلك جائز، إلا أن يكون جوراً بيناً لأن ذلك من قوله يقتضي أن تكون أحكامهم على الإجازة فلا ينظر فيها ولا تتعقب وتجاز ما لم يتبين فيها الجور البين. وهذا الاختلاف إنما يصح في غير العدل من الولاة، فمرة رأى أحكامهم جائزة ما لم يتبين فيها الجور وهو مذهب أصبغ، وتارة رآها مردودة ما لم يتبين فيها الحق وهو اختبار ابن حبيب قياساً على الشهادة، وأما العدل منهم فلا اختلاف في أن أحكامهم محمولة على الجواز، وأنه لا يرد منها إلا ما يتبين فيه الجور، ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على العدل، وما في هذه الرواية على غير العدل، فلا يكون في هذا اختلاف من قول مالك، وإن جهل حاله. فالذي أقول به أن ينظر إلى الأمير الذي ولاة، فإن كان عدلاً فهو محمول على العدالة، وإن كان جائراً يولي غير العدل فهو محمول على غير العدالة، وإن كان غير عدل إلا^(٣٠) أنه لا يعرف بالجور في أحكامه ولا بتوليته غير العدل جرى ذلك على الاختلاف في جواز أحكامه، واختلف الشيوخ عندنا في أحكام ولاة الكور مثل القواد، وتنازعوا في ذلك، فأمضاها أبو ابراهيم ولم يجزها للؤلؤي حتى يجعل إليه مع القيادة والنظر في أمور الكورة النظر في الأحكام، واستحسن ابن أبي زمنين إذا كان للكورة قاضٍ قد أفرد للنظر في الأحكام ألا يجوز حكم الولاة، وإن لم يكن لها قاضٍ أن يجوز حكمهم لما في^(٣١) ذلك للناس من الرفق والانتصاف، وهو أحسن الأقوال وأولاها

(٢٩) انظر م: ٤ ص ٧٧.

(٣٠) في الأصل؛ إلى، وهو تحريف.

(٣١) في ق ٣ وت لما للناس في ذلك.

بالصواب، لأنه إذا ولى مع القائد حكم في الكورة فقد بان بذلك أنه قد حَجَّرَ عليه الحكم في الأحكام، وإذا لم يول معه فيها حكم وجب أن يجوز حكمه كما قال مالك في ولاة المياه، وسيأتي من معنى هذه المسألة في رسم أسلم من سماع عيسى وفي رسم الصبرة ورسم المكاتب من سماع يحيى، وفي رسم الكراء والأفضية من سماع أصبغ وبالله التوفيق.

مسألة

وقال عن النبي عليه السلام: «إذا قال أحدكم لأخيه كافراً فقد باء بها أحدهما» (٣٢).

قال محمد بن رشد: هذا حديث يحتاج (٣٣) وجوهاً من التأويل: أحدها أن يكون معناه أن (٣٤) من قال لصاحبه يا كافر معتقداً أن الذي هو عليه هو (٣٥) الكفر، فأحدهما على كل حال كافر، إما المقول له إن كان كافراً، وإما القائل إن كان المقول له مؤمناً، لأنه إذا قال للمؤمن يا كافر معتقداً أن الإيمان الذي هو عليه كفرٌ فقد حصل هو كافر باعتقاده إيمان صاحبه كفاً، والدليل على ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ﴾ (٣٦) وأما إن قال لمؤمن يا كافر وهو يظنه كافراً ولا يعلم أنه مؤمن فليس بكافر، وإنما هو غلط. والثاني أن يكون معناه النهي عن أن يكفر الرجل صاحبه باعتقاد ما لا يتحقق أنه باعتقاده كافر، لأنه إن لم يكن باعتقاده ذلك كافراً كان القائل له قد باء بإثم ما رماه به من الكفر. والثالث أن يكون معناه النهي عن أن يظن المسلم بأخيه المسلم أنه يعتقد الكفر ويظهر

(٣٢) أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي ومالك وأحمد. انظر فتح الباري بشرح البخاري ج ١٣ ص ١٢٩.

(٣٣) في ق ٣ وت: يحتمل.

(٣٤) لفظ (أن) ساقط في الأصل، والمعنى يقتضيه.

(٣٥) لفظ (هو) ساقط في الأصل، والصواب إثباته.

(٣٦) الآية ٥ من سورة المائدة.

الإسلام فيقول له يا كافر ، لأنه إن لم يكن كذلك باء بإثم تكفيره، وهذا التأويل أشبه بمراد مالك، لأن الظاهر أنه احتج بالحديث على كتابه إلى العامل أن ينظر فيما أمضاه من قبله، إذ لم يرَ أن يكتب إليه برد ذلك من فعله مخافة أن يبوء بإثم حمله حكمه على الجور دون بغي وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله صَلَّى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل مالك^(٣٧) عن رجل كانت بينه وبين أبيه خصومة فأراد أن يحلفه فكره ذلك .

قال محمد بن رشد: هذا من قول مالك يدل على أن له أن يحلفه، ولا يكون عاقاً له بتحليفه إياه، إذ لا إثم في فعل المكروه، وإنما يستحب تركه، وهو قول ابن الماجشون في الثمانية أن تحليفه إياه في حقه ليس بعقوق له، وهو ظاهر قول ابن القاسم وأصبع في المبسوطة أنه يقضى له بتحليفه إياه، ولا يكون عاقاً بذلك، وقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وسحنون: إنه لا يقضى له بتحليفه إياه، ولا يمكن من ذلك إن دعا إليه، ولا من أن يحده في حد يقع له عليه، لأنه من العقوق وهو مذهب مالك في المدونة^(٣٨) في اليمين في كتاب المديان، وفي الحد في كتاب القذف وهو أظهر الأقوال، لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا، وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾^(٣٩). ولما جاء من أنه ما برَّ والديه من شد النظر إليهما أو إلى أحدهما. وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَمِينَ لِلْوَالِدِ عَلَى وَالِدِهِ، وَلَا لِلْمَمْلُوكِ عَلَى سَيِّدِهِ» ويشهد لصحته قوله عليه السلام: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»^(٤٠). قد روى أصبع عن ابن القاسم في كتاب الشهادات أنه

(٣٧) لفظ (مالك) ساقط في الأصل، والمعنى يقتضيه، وثابت في ق ٣ وت.

(٣٨) انظر م ٤ ص ١٠٦ . ٣٨٦.

(٣٩) الآية ٢٤ من سورة الاسراء.

(٤٠) رواه أحمد وابن ماجه، انظر مسند أحمد، م ٢ ص ١٧٩ - ٢٠٤ . ٢١٤.

يقضى له أن يحلفه في حق يدعيه عليه، وأن يحده في حد يقع له عليه، ويكون عاقباً بذلك ولا يعذر فيه بجهل وهو بعيد، لأن العقوق من الكبائر، فلا ينبغي أن يمكن أحد من ذلك، وهذا فيما يدعيه الولد عليه، وأما إن ادعى الوالد عليه دعوى فنكل عن اليمين وردّها عليه، أو كان له شاهد على حقه عليه، فلا اختلاف في أنه لا يقضي له عليه في الوجهين إلا بعد يمينه، وكذلك إن تعلق بيمينه حق لغير ابنه فإنه يلزمه اليمين باتفاق، كالأب يدعي تلف صداق ابنته والزوج يطلبه بالجهاز أو كالرجل يدعي على أب زوجته نحلة انعقد عليها نكاحه وهو منكر، وانظر إذا قام الأب طالباً لابنه بالنفقة عليه وأثبت العدم هل يقضي له بالنفقة عليه دون يمين من أجل أنه لا يمين للولد على والده؟ أو لا يقضي له^(٤١) عليه بها إلا بعد يمينه، لأنها يمين الحكم، وهي يمين يأخذ بها؟ والأمر في ذلك محتمل، وأحسب أنني قد رأيت الخلاف في ذلك، والأظهر في ذلك عندي وجوب الحكم عليه باليمين^(٤٢) وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل كانت له خشب في حائط رجل أدخلها بإذن منه، ثم إن الذي له الحائط وقع بينه وبين الذي له الخشب شحنة، فقال: أخرج خشبك من حائطي. قال مالك: ليس ذلك له، على مثل هذا يخرجها على وجه الضرر، ولكن ينظر في ذلك، فإن كان احتاج إلى حائطه ليهدمه أو ليتنفع به فهو أولى به.

قال محمد بن رشد: لم ير مالك في هذه الرواية لمن أذن لجاره أن يضع خشبة على جداره أن يرجع فيما أذن له من ذلك ويأمره برفع خشبته عن جداره إلا أن يحتاج إلى حائطه ليهدمه أو ليتنفع به، ومثله في سماع

(٤١) لفظ (له) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

(٤٢) لفظ (عليه) ساقط في الأصل...».

أشهب من كتاب العارية، وقال في المدونة^(٤٣) وغيرها إن من أذن لرجل أن يبني في أرضه أو يغرس فيها فلما بنى وغرس فيها أراد أن يخرجها إن ذلك له ويعطيه قيمة ما أنفق في بنيانه وغرسه. فذهب ابن لبابة وابن أيمن وغيرهما من الشيوخ إلى أن ذلك اختلاف من القول، إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى. وحكى العتبي عن سحنون أنه قال: إنما فرق بين المسألتين لحديث النبي عليها السلام: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ خَشْبَةً يَغْرِزُهَا فِي جِدَارِهِ»^(٤٤). يريد أن من أهل العلم من يرى القضاء بالحديث، ويحمله على ظاهره في الوجوب، وهو قول ابن كنانة من أصحاب مالك، وإن لم يأذن صاحب الجدار، فكيف إذا أذن؟ وحكى ابن حبيب عن مالك وغيره من رواية مطرف وابن الماجشون أنه إذا أرفق جاره بوضع خشبة على جداره فليس له إلى رفعها ولا إلى هدم الحائط سبيل، طال الزمان أو قصر، احتاج إليه أو استغنى عنه، لا هو ولا ورثته بعده، ولا أحد ممن اشترى منهم إلا أن يهدم الجدار ثم يعيده صاحبه لهيئته فليس لصاحبه أن يعيد خشبة عليه إلا بإذن مستأنف، قالوا وكذلك كل ما أذن فيه مما يقع فيه العمل والإِنفاق من البنيان في حق الإِذن والغرس والإِرفاق بالماء من العيون أو البيار لمن ينشئ عليه غرساً وبيئديء عليه عملاً فلا رجوع فيه، عاش أو مات، باع أو ورث احتاج أو استغنى، وهو كالعطية. ولو اشترط أن يرجع في ذلك متى شاء لبطل الإِذن على هذا الشرط قبل العمل، ولبطل الشرط بعد العمل، لما فيه من الضرر بالعامل. قالوا وما كان لا يتكلف فيه عمل ولا كبير إنفاق، مثل فتح باب أو فتح طريق إلى مختلف في فناء الإِذن، أو أرضه، أو إِرفاق بماء لشفه أو لسقي شجر قد أنشئت وغرست قبل ذلك فنضب ماؤها، أو غارت آبارها، فهذا مما للإِذن فيه الرجوع إذا شاء، إلا أن يكون يوم أذن له بهذه الأشياء قد حد له حداً، ووقت^(٤٥) له وقتاً من

(٤٣) انظر المجلد ٤ ص ٤٣٢.

(٤٤) أخرجه البخاري وابن ماجه، والترمذي وأبو داود ومالك وأحمد. انظر فتح الباري،

بشرح البخاري ج ٦ ص ٣٤-٣٥.

(٤٥) في ت: أو.

الأجل فيلزمه إلى مدته، أو يكون المأذون له قد باع واشترط للمشتري فيما أذن له فيه بعلم الآذن فيكون ذلك لازماً له، إلا أنهم قالوا فيمن أذن لرجل أن يسوق على أرضه ماءه أو ماءً من النهر، أو من ماء الآذن إلى أرض المأذون له، فليس له أن يرجع في ذلك وإن كان المأذون له لم يتكلف في ذلك كبير نفقة، مراعاة للإلزام ذلك عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة لعبد الرحمان بن عوف بغير إذنه وعلى غير طوعه، وإن كان العمل ليس عليه، واختار هذا ابن حبيب، وحكى عن أصبغ أن ذلك كله عنده سواء ما تكلف فيه عمل وإنفاق، وما لم يتكلف فيه ذلك، للآذن أن يرجع فيه إذا أتى عليه من الزمان ما يكون إلى مثله عارية مثل هذا، إلا في الذي أذن لرجل أن يغرس غرساً على مائة، فلما غرسه أراد أن يقطع الماء عنه فلا يكون ذلك له، قال: وهو على مذهب ابن القاسم. فيتحصل في هذه المسألة ستة أقوال: أحدها أنه ليس للآذن في شيء من ذلك كله أن يرجع فيه إلا أن يحتاج، وهو الذي يأتي على ما حكيناه على ابن لبابة وابن أيمن في تأويل الرواية. والثاني أنه ليس له أن يرجع في شيء من ذلك وإن احتاج. والثالث أن له أن يرجع في ذلك وإن لم يحتج ويدفع إلى المأذون له فيما كان له من ذلك عمل قيمة نفقته. والرابع أن للآذن أن يرجع في ذلك إذا مضى له ما يعار إلى مثله. والخامس الفرق بين الإذن في وضع الخشب على الجدار وبين سائر ذلك للحديث الوارد بالنهي عن المنع من ذلك. والسادس الفرق بين ما تكلف المأذون له فيه نفقة، وبين ما لم يتكلف فيه نفقة، وهذا الاختلاف كله إنما هو في الإذن المبهم الذي لم يصرح فيه بذكر هبة ولا عارية، فمنهم من حملة على الهبة فلم ير فيه رجوعاً، ومنهم من حملة على العارية فرأى فيه الرجوع إذا مضى من الأمد ما يكون عارية ذلك الشيء إلى مثله^(٤٦)، ومنهم من جعله من ناحية العدة التي لا تلزم، فرأى الرجوع فيه متى شاء، ومنهم من حملة فيما فيه نفقة على الهبة، وفيما لا نفقة فيه على العارية، على اختلافهم في العارية إذا لم يسم لها

(٤٦) في ت: التي إلى مثلها يعار

أجلاً، هل تلزم أو لا تلزم؟ ومنهم من فرق بين الإذن في وضع الخشب على الجدار، وبين سائر الأشياء للحديث. ويختلف إذا غرس على مائه وهو ساكت، ثم أراد أن يقطع عنه الماء. قيل ذلك له بعد أن يحلف أن سكوته لم يكن رضى، وقيل إن سكوته كالإذن ويجري الأمر في ذلك على ما ذكرناه من الاختلاف في الإذن المبهم وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجلين يكون بينهما المنزل، لأحدهما الأسفل وللآخر العلو، فينكسر السقف الأدنى الذي هو سقف البيت الأسفل، على من ترى إصلاحه؟ قال: على الأسفل. فقلت له: الخشب تريد؟ قال: نعم، قيل له: إن الأسفل يحتج فيقول: هو أرضك للأعلى، وأنت الذي تمشي عليها. قال: بل هو سقفه، وعليه أن يبنيه وهو مثل جداره الأسفل، وكذلك لو انهدم كان^(٤٧) عليه أن يبنيه من أسفله حتى يسقفه يكون ذلك عليه كله. فقيل له: والحجر عليه؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة مثل ما في المدونة وغيرها ولا اختلاف أعلمه فيها، والدليل على صحتها قول الله عز وجل: ﴿وَلَوْلَا أَنْ يَكُونَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ لِيُوتِيَهُمْ سُقْفًا مِنْ فِصَّةٍ﴾^(٤٨). فلما أضاف عز وجل السقف إلى بيوتها وجب أن يحكم بالسقف لصاحب البيت إذا اختلف فيه مع صاحب الأعلى فادعاه كل واحد منها لنفسه، وأن يحكم عليه أنه له، فيلزم بنيانه إذا نفاه كل واحد منها عن نفسه وادعى أنه لصاحبه ليجب عليه بنيانه، فإما أن يبني وإما أن

(٤٧) في ت: وكان

(٤٨) الآية ٣٣ من سورة الزخرف.

يبيع ممن يبني على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك. وقال سحنون: يجبر على أن يبني ولا يجوز أن يبيع ممن يبني إلا أن يعجز عن بنيانه لأن في البيع على هذا الشرط عنده غرراً فلا يجوز إلا عند الضرورة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله نذر سنة يصومها

وسئل مالك عن الرجلين يختصمان في الدار ويحضرهما رجال، فيقول القاضي لأحدهما قد نظرت في أمرك فلا أرى لك حقاً، فانصرفاً وأقاما حتى مات، أترى ذلك قضاء؟ ثم قام بعد ذلك أولادهما يختصمون في ذلك، فأقام ولد الذي خصمه البينة أنه قال له القاضي: لا أرى لك حقاً. قال مالك إن مما يبين ذلك عندي أن يكون ذلك في يد الميت حتى مات. فقلت له: لم يزل ذلك في يده حتى مات. قال: فأرى ذلك قضاء ولا أرى لهم شيئاً.

قال محمد بن رشد: لا يفتقر حكم القاضي إلى حيازة على ما يأتي في رسم أسلم من سماع عيسى، وفي رسم المكاتب من سماع يحيى، إلا أنه لما لم يكن قول القاضي لأحد الخصمين قد نظرت في أمرك فلا أرى لك^(٤٩) حقاً إفصاحاً منه بالقضاء عليه بالتعجيز، استدل على ذلك بكون الدار في يد خصمه إلى أن توفي، فأمضى عليه الحكم بالتعجيز، ولم ير لورثته بعد ذلك قياماً. وقد اختلف فيمن أتى بيينة بعد الحكم عليه بالتعجيز هل تقبل منه أم لا؟ على ثلاثة أقوال: - أحدها أنها لا تقبل منه كان الطالب أو المطلوب، وهو قول ابن القاسم في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح في تعجيز الطالب، وإذا قاله في الطالب فأحرى أن يقوله في المطلوب، ودليله قول مالك في هذه الرواية. والقول الثاني أنها تقبل منه كان الطالب أو المطلوب إذا كان لذلك وجه،

(٤٩) في ت: عليه

وهو ظاهر ما في المدونة^(٥٠) إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب والمطلوب، وقال: إن القاضي يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز إذا كان لذلك وجه. والقول الثالث أن ذلك يقبل من الطالب ولا يقبل من المطلوب، وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات، لأنه إنما قال ذلك في الطالب، والمطلوب بخلافه، إذ المشهور فيه أنه إذ عجز فعجز وقضى عليه مضى الحكم، ولم يسمع منه ما أتى به بعد ذلك، وإلى هذا ذهب ابن الماجشون في المطلوب، وفرق في الطالب بين أن يعجز في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل، وبين أن يعجز بعد أن وجب على المطلوب عمل، ثم رجع عليه، ففي تعجيز المطلوب قولان، وفي تعجيز الطالب ثلاثة أقوال قيل هذا في القاضي الحاكم دون من بعده من الحكام. وقيل ذلك فيه وفيمن بعده من الحكام، وهذا الاختلاف إنما هو إذ أعجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وأما إذا عجزه السلطان بعد التلوم والإعذار وهو يدعي أن له حجة فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة، لأن ذلك قد رد من قوله قبل نفوذ الحكم عليه، فلا يسع بعد نفوذه عليه وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله سن رسول الله ﷺ

وسئل مالك عن الرجل الغائب هل يقضى عليه؟ فقال مالك: أما الدين فإنه يقضى عليه، وأما كل شيء كانت فيه حجج فإنه لا يقضى عليه. قال سحنون: والدين مثله يكون فيه الحجج.

قال القاضي^(٥١) الغائب في مذهب مالك على ثلاثة أقسام: أحدها غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة، فهذا يكتب إليه وبعذر إليه في كل حق. فإما وكل وإمّا قدم، فإن لم يفعل

(٥٠) انظر م، ٤ ص ٦٩.

(٥١) في ق ٣ وت زيادة رضي الله عنه.

حكم عليه في الدين، ويبيع فيه ماله من أصل وغيره، وفي استحقاق العروض والحيوان والأصول وجميع الأشياء من الطلاق والعتاق^(٥٢) وغير ذلك، ولم يرج له حجة في شيء من ذلك. والثاني غائب بعيد الغيبة على مسيرة العشرة الأيام وشبهها، فهذا يحكم عليه فيما عدا استحقاق الرباع والأصول من الديون والحيوان والعروض، وترجى له الحجة في ذلك. والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من إفريقية والمدينة من الأندلس وخراسان، فهذا يحكم عليه في كل شيء من الديون والعروض والحيوان والرباع والأصول، وترجى له الحجة في ذلك، فالغائب الذي تكلم عليه في المدونة^(٥٣) هو الغائب على مسيرة العشرة الأيام وشبهها، لأن هذه الغيبة هي التي يقضى عليه فيها عند مالك في الديون والحيوان والعروض، ولا يقضى عليه فيها في الرباع والأصول التي تكون فيها الحجج، ولم يتكلم في الرواية على الحيوان والعروض، وإرادته أنه يحكم عليه فيها كالديون، وهو نص قول ابن القاسم في رسم الكراء والأفضية من سماع أصبغ، وترجى له الحجة عند مالك فيما يقضى به عليه من ذلك، فإن جرح البينة التي حكم عليه بها بإسفاه أو عداوة رجع فيما حكم به عليه من الحيوان والعروض، وفيما قضى عنه من الديون، ولم يرد ما بيع عليه فيها، لأنه بيع بوجه شبهة. وذهب سحنون إلى مذهب ابن الماجشون في أنه يقضى عليه في هذه الغيبة في الرباع وغيرها، وإلى مذهبه هذا نحا بقوله: والدين مثله يكون فيه الحجج. يقول: إنه يقضى عليه في الرباع وإن كانت فيها الحجج كما يقضى في الدين، إذ قد يكون فيه الحجج ولا يرجع في شيء من ذلك عندهما بتجريح البينة التي حكم عليه بها بعداوة أو إسفاه، إلا أن ينكشف أنهم عبيد، أو على غير

(٥٢) في ق ٣ وت والعتق.

(٥٣) في ق ٣ وت: الرواية، ولعلها الأصح.

الإسلام، أو مولى عليهم، فإن انكشف أنهم على شيء من هذه الأحوال، رجع فيما قضى به عليه من الأصول والعروض والحيوان، وفيما قضى عنه من الديون، ولم يرد ما بيع عليه فيها من ماله، لأنه يبيع بوجه شبهة، فعلى قولهما يوكل للغائب وكيل يحتج عنه، ويعذر إليه، فلا يرجى له حجة، وعلى مذهب ابن القاسم لا يوكل له وكيل، وترجى له الحجة. وأهل العراق لا يرون أن يقضى على الغائب في شيء من الأشياء، وسيأتي في نوازل سحنون الحجة عليهم في ذلك وبالله التوفيق.

مسألة

قال: مالك: إذا كان على القوم ربع دينار بذكر حق واحد لم أر أن يحلفوا عند المنبر.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على معنى ما في المدونة^(٥٤) وغيرها من أنه لا يحلف عند المنبر إلا في ربع دينار فصاعداً، وهذا ما لا إشكال فيه ولا اختلاف، لأن يمين كل واحد منهم إنما هي^(٥٥) على ما يصير عليه من ربع الدينار، وهذا إذا لم يكونوا شركاء، ولا كان بعضهم حميلاً ببعض، وأما لو كان ربع الدينار لقوم على رجل واحد من ذكر حق واحد لوجب إن قاموا عليه جميعاً أن يحلفوه يميناً واحدة عند المنبر، وإن افرقوا حلف لكل من قام عليه منهم فيما ينوبه من ربع الدينار حيث ما قضى عليه لا عند المنبر، هذا معنى قول ابن المواز عندي في مساواته بين أن يكون ربع الدينار لرجلين أو لرجل على رجلين في أن اليمين في ذلك لا يكون في المسجد الجامع ولا عند المنبر، وذهب أبو اسحق التونسي إلى أنه لا

(٥٤) انظر م: ٤ ص ٧١.

(٥٥) عبارة (إنما هي) ساقطة في الأصل، والإصلاح من ق ٣ وت.

يحلف عند المنبر وإن قاموا عليه جميعاً فحلفوه يميناً واحدة، وهو ظاهر قول ابن المواز، والذي يوجبه النظر أن يحلف يميناً واحدة عند المنبر، قاموا عليه معاً أو مفترقين على قياس ما قالوا في الرجل يدعي عليه ورثة الرجل أنه غاب لهم من تركة الميت على شيء أنه يحلف لجميعهم يميناً واحدة، وأنه إن قام أحدهم عليه فحلفه كانت اليمين لجميعهم، ولم يكن لمن بقي منهم أن يحلفه ثانية، لأن اليمين إذا كانت بأمر حكم^(٥٦) فهو حكم ماضٍ وفصل، وممن نص على ذلك ابن الهندي في وثائقه. وقوله: عند المنبر يريد منبر النبي عليه السلام، لأنه لا يرى الاستحلاف عند المنبر إلا في منبر النبي عليه السلام لقوله: «مَنْ حَلَفَ عَلَيَّ مِنْبِرِي إِثْمًا تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»^(٥٧) وأما في غير المدينة فإنما يحلف في المسجد الجامع عند المنبر، لحرمة موضعه من المسجد لا لحرمة في نفسه، إذ لو نقل عن موضعه إلى موضع سواه من المسجد أو غيره لم تنقل^(٥٨) اليمين عن موضعها إلى حيث المنبر، بخلاف منبر النبي عليه السلام في ذلك، فاليمين في المدينة^(٥٩) عند منبره عليه السلام حيث ما كان من المسجد، وليس هو عند محرابه، لأنه زيد في قبلته فبقي المنبر في موضعه، وفي غير المدينة من جوامع الأمصار عند المحراب، وفي مكة ما بين الركن والمقام. والشافعي لا يرى اليمين عند المنبر بالمدينة ولا بين الركن والمقام بمكة إلا في عشرين ديناراً فصاعداً، وحجته ما روي أن عبد الرحمن بن عوف أبصر يوماً يحلفون بين الركن والمقام، فقال: أعلى دم؟ قيل: لا، قال: أفعلی أمر عظیم؟ قيل: لا، قال: لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام. وفي بعض الروايات أن يهات الناس بهذا المقام أي يأنس الناس به، يقال يهات به إذا أنست به. وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أنه لا يجب

(٥٦) في ت: حاكم

(٥٧) رواه مالك وأحمد وابن ماجه. انظر متقى الأخبار بشرح نيل الأوطار. ج ٩ ص

. ٢٢٤

(٥٨) لي ق ٣ ون: ينتقل، بالياء المثناة تحت.

(٥٩) في ق ٣ وت: بالمدينة.

الاستحلاف عند منبر النبي عليه السلام ولا فيما بين الركن والمقام على أحد في قليل الأشياء ولا كثيرها، ولا في الدماء ولا في غيرها. قالوا: وإنما يحلف الحكام من وجبت عليه اليمين في مجالسهم. قالوا: وقد أبى زيد بن ثابت أن يحلف على المنبر، فالأخذ بمذهبه أولى من اتباع مروان على رأيه. وليس قولهم بصحيح، لأن زيدا علم أن ما حكم به مروان عليه هو الحق، وكره أنه يصير يمينه عند المنبر، ولو كانت اليمين عنده لا تجب عند المنبر لأنكر على مروان قضاءه عليه بذلك، كما أنكروا عليه غير ذلك من الأشياء والله أعلم وبه التوفيق.

ومن كتاب القبلة

قال ابن القاسم سمعت مالكا يقول: يحلف في المسجد الجامع في الأيمان إذا كان ذلك يبلغ ربع دينار فصاعداً. وأما الشيء التافه فإنه يحلف في مقامه، وحيث ما قضى عليه باليمين. قال مالك: ويحلفون قياماً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة وقعت في بعض الروايات، وقوله فيها إنه يحلف في المسجد الجامع إذا كان ربع دينار فصاعداً خلاف ظاهر ما في المدونة^(٦٠). لأنه إنما ذكر فيها ربع الدينار في الحلف عند منبر النبي عليه السلام، وقال: إنه يحلف في المسجد الجامع فيما له بال، معناه وإن كان أقل من ربع دينار على تأويل الشيوخ فيه. وقوله ويحلفون قياماً يحتمل أن يحمل على ما في التفسير^(٦١) لما في المدونة^(٦٢)، لأنه إنما قال فيها إن الحالف لا يستقبل به القبلة. وفي المبسوطة لمالك أنه يحلف قائماً دبر الصلاة. وقد قيل: إنه يحلف قائماً مستقبلاً القبلة، وهو مذهب ابن الماجشون، وقيل ليس عليه أن يحلف قائماً. وهو قول ابن كنانة، وفي صفة اليمين أيضاً اختلاف كثير، والمشهور ما في المدونة^(٦٢) أنه يحلف

(٦٠) انظر م ٤ ص ٧١.

(٦١) في الأصل: التعبير، ولعل الصواب ما أثبتته.

(٦٢) انظر م ٤ ص ٧٠ . ٧١ . ١٠٣.

بالله الذي لا إله إلا هو، لا يزيد على ذلك. وقد قيل إنه يزيد في يمينه عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. وهو قول ابن كنانة في المدونة. وفي مختصر ابن شعبان أن من حلف عند المنبر فليقل ورب هذا المنبر، وقد روي عن مالك وابن القاسم أن الحالف في القسامة يقول أقسم بالله الذي أحبي وأمات. وقع ذلك في النوادر، وقاله ابن حبيب، ولو حلف والذي لا إله إلا هو وحده^(٦٣) لم يجز، قال أشهب في كتاب ابن المواز^(٦٤).

من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب البيوع

قال سحنون: قال أشهب وابن نافع: سئل مالك عن الرجل تكون معه السفينة فيشتري القمح الأسمر المتغير ويشترى القمح الأبيض فيصب بعضه على بعض. قال: ما أحب ذلك، قال: كل واحد منهما على حدته أحب إليّ.

قال القاضي: هذا ما لا اختلاف فيه أنه لا يجوز خلط الجيد بالردىء من الطعام كله، ولا مما يكال أو يوزن من غير الطعام، وإن سن ذلك عند البيع، لأنه من الغش، وقد قال النبي عليه السلام: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»^(٦٥). قال مالك في كتاب ابن المواز: ويعاقب فاعله، وكذلك البرُّ والشعير، والسمن والعسل، فإن خلط ذلك لقوته كره له بيع ما فضل منه وإن قل. وقال ابن القاسم: إذا لم يتعمد خلطه للبيع. فأرجو أن يكون خفيفاً. وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة. فقوله في هذه الرواية: ما أحب ذلك، كل واحد منهما على حدته أحب إليّ

(٦٣) لفظ (هو) ساقط في الأصل وثابت في ق ٣ وت.

(٦٤) عبارة (وبالله التوفيق). ساقطة في الأصل وثابتة في اللنسختين هنا.

(٦٥) رواه مسلم، وابن ماجه، والترمذي، وأبو داود، وأحمد. أنظر عون المعبود شرح سنن أبي داود م ٩. ص ٣٢١. ٣٢٢. والسراج المنير، شرح الجامع الصغير، للعزيمي، ج ٣ ص ٣٤٥.

هو على عادته في أن يقول في الحرام الذي لا يحل ولا يجوز، أكره ذلك ولا أحبه، لأنه كان يكره أن يقول حرام إلا على ما نص على تحريمه في الكتاب والسنة. وستأتي المسألة في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب السلطان وتكلم عليها بأوعب من هذا الكلام إن شاء الله عز وجل وبه التوفيق.

مسألة

وسئل عن فريقين اختصمرا فقُضي على أحد الفريقين فخرج المقضى عليهم يحدثون الناس علانية أنه قد قضي عليهم، ثم احتج إلى قضاء ذلك القاضي فلم يوجد عند أحد منهم علم إلا الذين كان المقضي عليهم يقولون عندهم قد قضي علينا فيسألوا الشهادة بذلك، فقالوا أما (٦٦) أنه لا يشهد بها. قال أرى أن يشهدوا بذلك على وجه يقولون سمعناهم يذكرون ذلك، فلا ندري أكان ذلك أم لا؟ قال ولربما قال المرء قد قضي علي وما قضي عليه، وإني لأرى هذه الشهادة ضعيفة.

قال محمد بن رشد: وقع في هذه المسألة في بعض الروايات أمانة لا يشهد بها، وفي بعضها أم أنه لا يشهد بها وهو أظهر في المعنى. وقوله فيها إنهم يشهدون بما سمعوا منهم على وجه ما سمعوه منهم صحيح، لا يجوز لهم سوى ذلك وهي ضعيفة على ما قال، لا يصح الحكم بها، إذ ليس بإقرار صريح منهم على تنفيذ الحكم عليهم، إذ قد يقول المرء قضي عليّ لما يرى من أسباب وجوه تنفيذ القضاء عليه وقرب ذلك عنده وإن لم يكن بعد، على عادة العرب في تسمية الشيء باسم ما قرب منه (٦٧). ألا

(٦٦) في ت: إذ.

(٦٧) في ق ٣ وت زيادة: فقال.

ترى أنه قد سمي المأمور بذبحه من ابني ابراهيم دبيراً ولما يذبح لقربه من الذبح، وهو في اللسان أشهر من أن يخفى. ووجه قوله: إنهم يشهدون بها وإن كانت ضعيفة لا يحكم بها عنده، هو أنه قد يكون الحاكم ممن يرى إجازتها. وهذا مثل قوله في المدونة^(٦٨) في الذي يرى خطه ولا يذكر الشهادة أنه يُؤديها كما علم ولا ينتفع، وهو يدل من مذهبه على تصويب المجتهدين، وللقول على هذا موضع غير هذا وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وقال عمر بن حسين: ما أدركت قاضياً استقضي بالمدينة إلا كآبة القضاء وكراهيته في وجهه إلا قاضيين سماهما.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه الحكاية بين، لأن القضاء محنة ومن دخل فيه فقد ابتلى بعظيم، لأنه قد عرّض نفسه للهلاك إذ التخلص منه على من ابتلى به عسير، روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «وددت أني أنجو من هذا الأمر كفافاً لا لي، ولا علي»^(٦٩) وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: من وُلِّي القضاء فقد ذُبِحَ بغير سكين»^(٧٠). وقال أبو قلابة: مثل القاضي العالم كالسباح في البحر، فكم عسى أن يسبح حتى يغرق، وأحق ما اغتمَّ به المسلم وبدت الكراهة والكتابة فيه عليه ما علم أنه مرتهن به، ومسؤول عنه، ومشدد عليه المسألة فيه. روى أنه «ما من قاض يأتي يوم القيامة إلا ويداه مغلولتان إلى عنقه فلا

(٦٨) انظر م ٤ ص ٧٦.

(٦٩) رواه البخاري ومسلم... انظر فتح الباري بشرح البخاري ج ٨/٦٦.

(٧٠) أخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد. انظر عون المعبود شرح سنن أبي داود

م ٩ ٤٨٥ . ٤٨٦ .

وانظر نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار: ج ٥ ص ١٦٢ . ١٦٣ .

يحلها إلا عدله»^(٧١). وقال رسول الله: «كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته، فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته» الحديث^(٧٢) وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن له ممر في حائط رجل إلى مال له وراء ذلك الحائط، ولم يكن الحائط محظراً، فأراد صاحب الحائط أن يحظر^(٧٣) حائطه ويجعل عليه باباً. فقال: ما أرى ذلك له إلا أن يرضى بذلك الذي له الممر في الحائط، لأنه إذا كان محظراً مبوباً لم يكن يدخل الذي له الممر في الحائط متى شاء، ويوشك أن يأتي ليلاً فلا يفتح له، ويقال له: مثل هذه الساعة لا نفتح لأحد، وإذا كان المطر لم يقعد صاحبه الثاني^(٧٤) حتى يأتي، فما رأى ذلك إلا أن يرضى صاحب الممر. قيل له أرأيت إن حظر ولم يجعل على الحائط باباً يغلق؟ قال^(٧٥): إذا حظر ولم يجعل له باباً يغلق، كيف يدخل منه ويخرج ولا يغلق، فيوشك أن يأتي من يريد الممر إلى حائط هذا الذي له الممر ممن كان يمر فيه ويأتيه منه، فإذا رأى الحائط قد حظر لم يمر، ويوشك أن يطول هذا فينسى حق هذا، ويجعل على ذلك الباب باباً (ويقال)^(٧٦)

(٧١) رواه أحمد. انظر نفس المرجع.

(٧٢) رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود. انظر فتح الباري بشرح البخاري ج ٣

ص ٣١ . ٣٢.

(٧٣) من حظر الشيء يحظر إذا وضع سياجاً للحظيرة أو البستان من قصب، أو خشب أو جدار. ومن هذا القبيل حديث مالك: يشترط صاحب الأرض على المساقى سد

الحظار. انظر لسان العرب، وتاج العروس، مادة (حظر).

(٧٤) في الأصل: الشيء، وهو تحريف.

(٧٥) في ق ٣ وت: فقال

(٧٦) لفظ (يقال) ساقط في الأصل والمعنى لا يستقيم بدونه

للذي له الممر هل تعلم^(٧٧) أحداً يشهد على أن ذلك علينا ممراً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة المعنى، قد أوضح مالك رحمه الله وجه قوله فيها أيضاً ارتفع به منها الإشكال، واستغنى به فيها عن الشرح والكلام. وفي قوله في آخر المسألة فيوشك أن يأتي من يريد الممر إلى حائط هذا^(٧٨) الذي له الممر إلى آخر قوله دليل على أن من أحدث باباً أو ممراً أو أضلاعاً فوجب قطع ذلك أنه لا يترك لشيء من ذلك أثر دليل على شيء منه، ولا يجزىء في ذلك قطع الضرر إذا بقيت آثاره، وفي هذا اختلاف، لأن ما اعتل به من الطول يقدر على رفعه بالإشهاد على ما قاله في رسم الأفضية الرابع من سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن نافع: قال مالك: أخبرني رجل صالح قديم، قال: أدركت الناس وإذا خاصم الرجل الظالم الرجل الملد جلد.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة تقدمت والقول فيها في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب الأفضية الثالث

قال: وسئل مالك عن القاضي إذا اختصم إليه الخصمان، أترى أن يقضي بينهما بما حضر ساعتئذ من الفهم؟ فقال: ذلك يختلف، أما الأمر الذي عرفه ومر عليه وقضى به فذلك يقضي فيه

(٧٧) لفظ (هل) ساقط في الأصل والاصلاح من ت.

(٧٨) لفظ (هذا) ساقط في الأصل مع انه مذكور في النص المحكي اعلاه

بما رأى، وأما الأمر^(٧٩) الذي لا يدري ما هو ولم يقبله بفهمه فلا أرى ذلك حتى يثبت فيه وينظر. وقال عمر بن عبد العزيز: لا ينبغي للقاضي أن يقضي إلا أن يكون عالماً بما مضى من أقضية الناس مستشيراً لأولي الأمر.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إن الأمر الذي قد مر عليه، وقضى به وعرف وجه الحكم فيه يقضى بما قد تقرر عنده من نص كتاب أو سنة أو إجماع أو اجتهاد، وليس عليه فيما^(٨٠) علم الحكم فيه من طريق النظر والاجتهاد إعادة النظر، والاجتهاد كلما تكررت عليه النازلة بعينها، وأما ما نزل به مما لم يمر عليه فالواجب عليه أن يطلب وجه الحكم فيه في محكم كتاب الله، فإن لم يجده ففي ما جاء عن رسول الله ﷺ إذا صحبته الأعمال، فإذا كان خيراً صحبت غيره الأعمال قضى بما صحبته الأعمال، وهذا معلوم من أصول مذهب^(٨١) مالك رحمه الله أن العمل مقدم على أخبار الأحاد العدول، وكذلك القياس مقدم عنده على أخبار الأحاد العدول^(٨٢)؛ على ما ذهب إليه أبو بكر الأبهري، فإن لم يجد في السنة في ذلك شيئاً نظر في أقوال الصحابة فقضى بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال من ذلك، فإن لم يصح عنده أيضاً اتصال العمل بقول بعضهم تخير من أقوالهم ولم يخالفهم جميعاً. وقد قيل: إن له أن يجتهد وإن خالفهم جميعاً، وكذلك الحكم في إجماع التابعين بعد الصحابة، وفي كل إجماع ينعقد في كل عصر من الأعصار إلى يوم القيامة، فإن لم يجد في النازلة إجماعاً قضى فيها بما يؤديه إليه النظر والاجتهاد في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم، فإن اجتمعوا على شيء أخذ به، وإن

(٧٩) لفظ (الأمر) ساقط في الأصل والاصلاح من ق ٣ وت.

(٨٠) في ق ٣ وت: زيادة قد

(٨١) لفظ مذهب، ساقط في ق ٣ وت.

(٨٢) لفظ: العدول ساقط في ق ٣

اختلفوا نظر إلى أصح أقوالهم عنده، وإن رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى إذا كان نظيراً لهم، وإن لم يكن من نظرائهم فليس ذلك له. قاله ابن حبيب، والصواب له أن يقضي بما رأى وإن كانوا أعلم منه إذا (٨٣) كان من أهل الاجتهاد، لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع، وإنما يصح له التقليد عند من يرى التقليد ما لم يتبين له في النازلة حكم، ولا خلاف في هذا، وإنما الخلاف هل للمجتهد أن يترك النظر والاجتهاد ويقلد من قد نظر واجتهد أم ليس ذلك له؟ فقيل: إن ذلك له، وقيل: إن ذلك ليس له إلا أن يخاف فوات النازلة. وأما إن لم يكن من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد، فإن اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم. وقيل: بقول أكثرهم على ما وقع في المدونة (٨٤) من اختلاف الرواية في الحكاية عن الفقهاء السبعة، والأول أصح. وقيل: إن له أن يحكم بقول من شاء منهم إذا تحرى الصواب بذلك ولم يقصد الهوى (٨٥)، أو له أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء، فإن فعل ذلك فالاختيار أن يشاور أعلمهم، فإن شاور من دونه في العلم وأخذ بقوله فذلك جائز إذا كان المشاور من أهل النظر والاجتهاد وبالله التوفيق.

مسألة

قال سحنون أخبرنا أشهب. قال: كتب ابن غانم إلى مالك بن أنس سأله عن الخصمين يختصمان إليه في الأرض فيقيم أحدهما على الآخر بينة بأنها له، فإذا علم بذلك الذي قامت عليه البينة هرب وتغيب فطلب فلم يوجد، أيقضي عليه وهو غائب؟ فقال مالك: اكتب إليه إذا ثبتت عندك الحجة وسألته عن كل

(٨٣) في الأصل: إذ، وهو تحريف.

(٨٤) انظر م، المجلد ٤ ص ٧٨.

(٨٥) في ق ٣ وت: وله

ماتريد^(٨٦) أن تسأله عنه واستقر علم كل ما تريد أن تسأله عنه عندك فلم ينض له حجة فتغيب فاقض^(٨٧) عليه وهو غائب.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إنه إذا تغيب بعد أن استوفى جميع حججه وهرب فراراً من القضاء عليه أنه يقضي عليه ويعجزه، ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته، بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر، إلا على القول بأن المحكوم عليه إذا أتى بحجة لها وجه بعد الحكم عليه يسمع منه. وقد مضى تحصيل القول في هذا في رسم نذر سنة يصومها من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وأما إن هرب وتغيب^(٨٨) قبل أن يستوفى جميع حججه، فالواجب في ذلك أن يتلوم له، فإن لم يخرج وتمادى على مغيبه واختفائه قضى عليه من غير أن يقطع حجته وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن الرجل يموت ويترك زوجته فيكون بيديها ماله ورباعه ودوابه وكل قليل له وكثير، وللهالك أخ غائب فيقوم ابن الأخ الغائب فيقول: أنا أثبت أن هذا المال الذي بيدها كله لعمي ليس لها منه شيء، وإني وارثه، فأنا أريد خصومتها، فيقول له: أقم وكالة، فيقول: أنا أثبت ذلك لعمي، فإذا قضى له به وثبت، فضعوه على يدي عدل ولا تدفعوه إلي، أو يقوم في ذلك الرجل بمنزلة ابنه، فيقول مثل مقالته، فقال: أما الابن فإنني أرى أن يمكن من ذلك، فإذا ثبت ما قال لم يدفع إليه، ووضع على يدي عدل إن كان أبوه حياً يوم مات عمه، فأما الرجل غير ذلك

(٨٦) في الأصل: يريد، بالياء المتناة تحت، والأنسب للسياق ما أثبتته.

(٨٧) كذا في ق ٣ و ت: وفي الأصل: فامض، وهو تصحيف.

(٨٨) لفظ (وتغيب) ساقط في الأصل والاصلاح من ق ٣ و ت

فلا أدري ما هذا، ولكنني أرى ذلك للابن إن كان أبوه حياً يوم مات عمه، فما ثبت لم يدفع إليه ووضع على يدي عدل.

قال محمد بن رشد: أجاز في هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباعه وحيوانه وجميع ما له دون توكيل، وكذلك الأب فيما ادعي لابنه وقع ذلك في الجدار. وقال في الواضحة: إن ذلك في الأب أبين منه في الابن، ولم يجز ذلك لمن سوى الأب والابن من القرابة والعشيرة على ما يأتي له في الرسم الذي بعد هذا، وفي رسم الكبش من سماع يحيى، غير أنه زاد فيه أنه يمكن من إيقاع البينة وإثبات الحق لا أكثر، فليس ما في رسم الكبش مخالفاً لهذه الرواية، وقد حملها بعض أهل النظر على الخلاف، وليس ذلك بصحيح، فإذا أثبت ذلك لأبيه أو لابنه ووضع له على يدي عدل، فجاء فادعاه أخذه بلا يمين، ولا فرق في هذا بين الربع والحيوان وغيره، كما لو كان حاضراً فنازعت زوجته فيه وأقام البينة عليه أنه له، بخلاف ما يدعيه وهو بيد غيره، ذلك لا يتم له استحقاقه إلا بعد يمينه أنه ما باع ولا وهب حاشى الأصول على اختلاف في ذلك، وإن جاء فأقر أنه لا حق له في شيء من ذلك رد إلى المرأة، إلا أن يكون عليه دين يغترق ماله، فلا يجوز إقراره أنه لا حق له فيه، وإن مات قبل قدومه ورث ذلك عنه ورثته، وإن قام عليه غرماًؤه قبل قدومه قضي لهم به وأعدوا فيه، وكذا يجب في أحد الورثة يدعي داراً لموروثه وسائر الورثة غيب، فيثبتها (٨٩) على القول بأنه يقضي له بحصته ويوقف حصص الغيب، وهو قول مالك في الرسم الذي يعد هذا، ورواية ابن غانم عنه في الشهادات من المدونة (٩٠) وكتاب الولاء والمواريث منها، خلاف قول ابن القاسم فيهما أنه لا يقضي له إلا بحصته خاصة، ولا يوقف للغيب شيء، وقد اختلف في هذا على أربعة أقوال: أحدها ما حملنا عليه هذه الرواية،

(٨٩) في ق ٣ وت زيادة: له

(٩٠) انظر المجلد: ٣ ص ٨٦ والمجلد ٤ ص ١٠٠.

وما في رسم الكيش من سماع يحى من التفرقة بين الأب والابن، وبين سائر القرابة والأجنيين. والثاني أنه يمكن من قام عن غائب يطلب حقاً له من المخاصمة عنه في ذلك دون توكيل وإن كان أجنياً، ذهب إلى هذا سحنون، وإلى أن القاضي يوكل من يقوم للغائب بحقه، وتأول ما روي عن مالك من أنه لا يمكن من ذلك أحد إلا بوكالة، فقال: معناه فيما طال من الزمن ودرس فيه العلم، وهو أحد قولي ابن الماجشون، وروي ذلك عن أصبغ. والثالث أنه يمكن من إقامة البينة، ولا يمكن من الخصومة. والرابع أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة، وهو قول ابن الماجشون في الواضحة ومطرف، وقد قيل: إن القريب والأجنبي يمكن من المخاصمة في العبد والدابة والثوب دون توكيل، لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب، ولا يمكن من المخاصمة فيما سوى ذلك من الدين وغيره إلا الأب والابن. حكى هذا ابن حبيب في الواضحة عن مطرف، وهو قول خامس في المسألة. واختلف إذا أمكن القائم عن الغائب من المخاصمة عنه فيما يدعيه له دون توكيل على القول بأنه يمكن من ذلك. هل ذلك في القريب الغيبة دون البعيد؟ أو في القريب والبعيد؟ فقيل: إن ذلك في القريب والبعيد سواء، وهو الظاهر من رواية أشهب هذه، إذ لم يفرق فيها بين قرب الغيبة من بعدها، وكذلك حكى أبو زيد عن ابن الماجشون في الحيوان يدعيه للغائب ابنه أو أجنبي، ويقيم عليه^(٩١) البينة أن السلطان يوقفه له على يدي عدل ويكتب إليه، قال: لا لأن السلطان^(٩٢) ينظر للناس حاضرهم وبادبهم ولم يميز قريباً من بعيد. وقيل: إن ذلك في القريب الغيبة دون البعيد، وإلى هذا ذهب سحنون وابن حبيب فيما حكى عن مطرف، وذلك أنه روي عن مالك أن الابن^(٩٣) يمكن من طلب دين أبيه دون توكيل. فقال: وذلك إذا كان المدعي له قريباً، فإذا أتى بالبينة أعدى

(٩١) في ق ٣ وت: البينة عليه، أي بتقديم وتأخير.

(٩٢) في الأصل زيادة (لا)، والصواب ما أثبتته.

(٩٣) في الأصل زيادة (لا) أيضاً، والصواب ما أثبتته.

السلطان عليه بالمال فأتى به ووقفه للغائب، وضرب له أجلاً. فإن جاء وطلبه أخذه، وإن قال: قد كنت تقاضيته، أو لم يأت إلى الأجل رد إلى الغريم، وإن كان بعيداً لم يوقف له شيء ولم يعوض^(٩٤) للغريم إلا بتوكيل. قال: ولو كان حين جرده الغريم فأمكن من إقامة البينة عليه أقام شاهداً واحداً وعجز عن آخر حلف الغريم وبرىء إلى قدوم الغائب، فإن قدم حلف مع شاهده وأخذ حقه، وإن نكل لم يكن له شيء، وإن نكل الغريم أولاً أخذ منه الحق معجلاً ووقف للغائب^(٩٥) فإذا قدم أخذه بلا يمين، كالصغير والسفيه يقوم له على حقه شاهد واحد، وكذلك قال في الحيوان والعروض إنه لا يمكن أحد من طلب ذلك للغائب دون توكيل إلا فيما قربت غيبته. قال ولو كان المطلوب بالدين مقراً به ترك، ولم يعرض له كانت غيبة الأب قريبة أو بعيدة إلا بتوكيل. وقول مطرف هذا في الدين هو نحوه ما حكى ابن عبدوس عن سحنون أن من غاب في سفره وترك ماله أو عقاره بيد أحد أن السلطان لا يعرض له، قال: ولو كان لم يتركه بيد أحد فقام عليه رجل فأخذه، فإن القاضي ينتزعه منه ويوكل عليه، ولا يمكن أهل العدا من عدائهم، وقال ابن كنانة: ذلك إلى اجتهاد السلطان.

قال محمد بن رشد: وإنما لا يعرض السلطان لمن غاب وترك مالاً له بيد رجل أو ديناً له قبله إذا سافر كما يسافر الناس، وأما إذا طالت غيبته وانقطع خبره فالسلطان ينظر له ويحرز عليه ماله، على ما وقع في كتاب طلاق السنة من المدونة^(٩٦). وأما قول سحنون: إذا لم يكن المال في يديه بخلافه أن السلطان ينتزعه منه ويوكل عليه فهو على أصله في أن الأجنبي يمكن من الخصومة^(٩٧) عن الغائب دون توكيل. وقد مضى القول في تحصيل الاختلاف في ذلك وبالله التوفيق.

(٩٤) في ت: يعرض، ولعل ما فيها هو الصواب.

(٩٥) في الأصل: الغريم، والاصلاح من ق ٣ وت.

(٩٦) انظر المجلد ٢ ص ٩٧.

(٩٧) في ق ٣ وت: المخاصمة.

مسألة

وسألته عن القاضي يأتيه القوم بينهم الخصومة في قسم شيء بينهم فيولي رجلاً حساب ذلك بينهم وهو عنده عدل رضى ثقة فيأتيه فيخبره بما صار لكل واحد منهم، أفيجوز له أن يقسم بينهم بقوله؟ أو لا يجوز ذلك حتى يعلم مثل ما علم الحاسب؟ فإن ذلك قد كان عندنا ولم أقبل إلى أن كتبت إليك بأن أكون دفعت شيئاً من ذلك بقول أحد من القسام حتى أعلم منه مثل الذي علموا، فإن كان ذلك شيئاً لا بد منه صبرت عليه، وإن كان شيئاً لي منه سعة فإن ذلك أرفق بي، فقال: اكتب إليه، إنه ليس على القضاة تفتيش مثل هذا ولا علمه، فأرجو أن يكون من مثل هذا في سعة إذا كان الرجل عدلاً، وليكن من شأنك أن تدعو الورثة فتأمرهم يرتضون رجلاً، فإذا ارتضوه وليته أمرهم يحسب بينهم، فإني قد رأيت بعض من عندنا يفعل ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إن القاضي يقبل قول القاسم الذي قدمه للحساب والقسمة بين القوم فيما أخبره أنه صار لكل واحد منهم، فيمضي ذلك ويقضي به ويشهد عليه، وإن لم يعلم^(٩٨) صحته إلا بما أخبره به ولا حضر ذلك ولا شاهده، إذ ليس ذلك عليه ولعله ليس من أهل الحساب، فلو حضر وشاهد لم ينتفع بحضوره، وكذلك كل ما لا يباشره القاضي من الأمور بنفسه، فقول مأموره في ذلك مقبول عنده، لأن يده في ذلك كيده، وفعله كفعله، ولو اختلف الورثة في القسمة وتنازعوا في حدودها بعد أن قضى القاضي بها ونفذها بينهم على ما أخبره به القاسم الذي قدمه للقسمة فدعاهم القاضي بأصل القسمة التي أشهد عليها وقضى بها فلم توجد، أو وجدت وشهودها قد بادوا أو لم يتبين منها ما

(٩٨) في الأصل: تعلم، بالتاء المثناة فوق، والأنسب للسياق بالياء المثناة تحت

تنازعوا فيه، والقاسم حي لقبل قوله، وأمضى شهادته وحده، لأنه بمنزلة في ذلك لو كان هو الذي ولي القسمة [التي أشهد عليها وقضى بها] (٩٩) بينهم بنفسه، ولو كان القاضي الذي أمره بالقسمة (١٠٠) بالقسمة قد مات أو عزل فشهد عند غيره على ما قسم لم تجز شهادته في ذلك وحده ولا مع غيره، كما لا تجوز شهادة القاضي بعد عزله على ما مضى من حكمه. وهذا معنى ما وقع في الأفضية من المدونة (١٠١)، من أنه لا تجوز شهادة القسام فيما قسموا. وقوله: وليكن من شأنك أن تدعو الورثة فتأمرهم يرتضون رجلاً، فإذا ارتضوه وليته أمرهم، هو أمر يستحب له أن يفعله، وليس ذلك بواجب عليه وجوباً يكون شرطاً في صحة قضائه بالقسمة، إذ قد (١٠٢) لا يجتمعون على الرضى بأحد، فإذا قدم القاضي من يرضاه جاز، وإن لم يرتضوا به كلهم أو بعضهم، وإنما يقدم القاضي قاسماً يقسم بين القوم إذا تنازعوا في القسمة فدعى إليها بعضهم وأباها بعضهم، أو كان فيهم صغير أو غائب. وأما إن كانوا كباراً حضوراً راضين بالقسمة فليس على القاضي أن يقدم لهم قاسماً إن دعوا إلى ذلك، وليقدموا لأنفسهم من يقسم بينهم محتسباً أو بإجارة، وإذا قدم القاضي قاسماً يقسم بين القوم لإبائة بعضهم، أو لصغره أو لمغيبه فقسم (١٠٣) فلا ينبغي للقاضي أن يشهد على امضاء فعله حتى يعرضه على الكبار منهم، وعلى من قدمه للصغير، أو للغائب إن (١٠٤) كان فيهم صغير أو غائب فيسلموه ولا يعترضوا فيه، ويراه هو صواباً في (١٠٥) ظاهره وإن لم يقف على صحة باطنه، فإن اعترضوا فيه جميعاً، أو أحدهم نظر في ذلك،

(٩٩) عبارة (التي أشهد عليها وقضى بها) ساقطة في الأصل، والاصلاح من ق ٣ وت

(١٠٠) في الأصل: أمرهم، والسياق يقتضي ما أثبتته

(١٠١) انظر المجلد ٤ ص ٧٦ . ٧٧.

(١٠٢) لفظ (قد) ساقط في الأصل والاصلاح من ق ٣ وت

(١٠٣) لفظ (فقسم) ساقط في الأصل والاصلاح من ق ٣ وت.

(١٠٤) حرف (إن) ساقط في الأصل والاصلاح من ق ٣ وت.

(١٠٥) حرف (في) ساقط في الأصل

وكذلك إنما يقدم من يحسب لهم إذا كانوا لا يقومون بالحساب، أو كان بعضهم لا يقوم به، أو كان فيهم الصغير أو الغائب. وأما إن كانوا كباراً يقومون به فإنهم يؤمرون أن يجتمعوا على الحساب ولا يقدم لهم حاسباً إلا أن يختلفوا في الحساب ويتنازعوا فيه مع اتفاقهم على أصول المواريث وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأفضية لابن غانم

قال ابن القاسم وسأل ابن كنانة مالكا عن الرجلين يختصمان إلى القاضي في الأرض فيقيم هذا بينة من أهل قراه معروفين فيعدلوا على أنها له، ويقيم هذا بينة من أهل قرى وجبال حولها منتحية عنها ولا يأتي لهم بتعديل فيقول هم معروفون في مواضعهم بالعدالة، وهم عندنا غرباء ليس أحد يعرفهم. فقال: إن كانت مواضعهم من عمله فليكتب إليهم فيهم. قال له ابن كنانة: ألا يقضي لهذا الذي جاء بالبينة العادلة؟ فقال: وهذا أيضاً قد جاء ببينة. فقال له ابن كنانة: ولكنهم^(١٠٦) لم يعدلوا. فقال مالك: يقول الخصم هم عدول حيث يعرفون، أكتب إليه^(١٠٧) إن كان هؤلاء في عمله عليهم وال، فليكتب إليه في أمرهم، وإن كان غير ذلك فليدعهم ولا يقضي بينهم بشيء. فقال له ابن كنانة: إن هؤلاء قد عدلوا ولم يعدل هؤلاء. فقال: إن الأحب^(١٠٨) إلى أن يدعهم ولا يقضي بشيء.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن الأرض ليست

(١٠٦) في الأصل: ولكن، والصواب ما أثبتته.

(١٠٧) في الأصل: إليهم، ولعل الأنسب ما أثبتته.

(١٠٨) في ق ٣ وت: أحب.

في (١٠٩) يد واحد منهما، ولو كانت في يد أحدهما لكان هو المدعى عليه، ولوجب أن تبقى الأرض في يديه مع تكافؤ البيتين، أو إلى أجل يضرب له في تعديل بينته إذا عدلت بينة صاحبه. وقيل: إنها توقف إذا عدلت بينة صاحبه حتى يُعدّل هو بينته. وقوله فليدعمهم ولا يقضي بينهم بشيء، يريد ما لم يطل على ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ أنه قال: وهذا أحسن، لأن خصومتهم في ربع، ولا أرى أن يدعهم هملاً أبداً، وليكشف وليستان، فإذا طال ذلك ولم يأت صاحب البينة المجهولين بشيء قضى لصاحب البينة المعروفين المعدلين. ولو كان الاختصاص في غير ربع لم أر أن يبلغ به هذا الاستثناء، ورأيت أن يقضي لصاحب البينة المعروفين بعد تلوم ليس بطويل، وفي قوله: إن كانت مواضعهم من عمله فليكتب إليه فيهم، دليل على (١١٠) أنه إن لم تكن مواضعهم من عمله لم يلزمه أن يكتب إلى قاضي موضعهم في تعديلهم، ومثله في رسم الأفضية من سماع يحى من كتاب الشهادات نصاً، وهو عندي ظاهر ما وقع في رسم الكبش منه، وفي سماع زونان (١١١) من كتاب الشهادات المذكور، وقد حمل بعض أهل النظر ما في رسم الكبش وما في سماع زونان على أنه يلزمه أن يكتب في تعديلهم إلى قاضي موضعهم، وإن لم يكن من عمله كما لو كان من عمله، وهو من التأويل البعيد، لأنه إنما يلزمه أن يكتب إلى قاضي موضعهم في تعديلهم إذا كان المطلب في حق هو الله، من طلاق أو

(١٠٩) في ق ٣ وت: بيد.

(١١٠) حرف (على) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

(١١١) اضطربت النسخ في كتابة هذا الاسم، فمرة تكتبه بالزاي المعجمة، ومرة بالراء المهملة، والصحيح بالزاي المعجمة المضمومة، وهو: أبو مروان عبد الملك - المعروف بزونان - بن محمد بن زريق بن عبيد الله بن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ من الطبقة الأولى ممن لم ير مالكا من أهل الأندلس (ت سنة ٢٣٢ هـ). انظر ترجمته عند: ابن الفرضي «تاريخ علماء الأندلس»، ج ٢٦٩/١ وجزءة المقتبس، للحميدي ص ٢٦٣، والقاضي عياض، ترتيب المدارك. ١١٠/٤. ١١١ وفيها انه توفي سنة ٣٣٢ هـ ولعله خطأ مطبعي. وانظر ابن فرحون ج ٢ ص ١٩.

عتاق وشبهه، لأنه يلزمه أن يحتاط في الفروج بما يجد إليه السبيل من الكتاب إلى من يعلم عدالته من القضاة. وأماما لم يكن فيه حق لله فلا يلزمه السؤال عن الشاهد إلا في موضعه، ويستحب له أن يكتب فيه إلى أهل عمله على ما جاء في هذه الرواية وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل ورثه أربعة ولد له فخاصم رجل منهم في دار حتى استحقها هو، وإخوته غيب، أخرج (١١٢) من يد المقضي عليه، وتدفع إلى الذي قضي له بها؟ فقال: لا تدفع إلى الذي قضي له بها، إلا بوكالة، فقيل له (١١٣) إنهم إخوته، فقال: لا تدفع لأحد إلا بالوكالة، ولكن تنزع (١١٤) من يد الذي قضي عليه فتوضع على يدي عدل اكتب إليه بذلك.

قال محمد بن رشد: قوله إنه ينزع من يد الذي قضي عليه حظ إخوته الغيب فيوقف لهم على يدي عدل هو مثل رواية ابن غانم عنه في الشهادات والولاء والمواريث من المدونة (١١٥) وهو على قياس القول بأن الحكم يتم في استحقاق الأصول دون يمين، وقول ابن القاسم في المدونة إنه لا يوقف للغيب شيء، يأتي على قياس القول بأن الاستحقاق لا يتم في ذلك للمستحق إلا بعد يمينه ما باع ولا وهب كالعروض والحيوان، فإذا وقفت لهم حظوظهم على هذه الرواية أعدي فيها غرماؤهم، وكانت لهم إن جاءوا فادعوا وورثت عنهم إن ماتوا، وإن جاءوا فأقروا أنه لا حق لهم فيها ردت إلى الذي كانت بيديه إلا أن يكون عليهم من الديون

(١١٢) في الأصل: أخرج، بالياء المثناة تحت، والأنسب للسياق ما أثبتته.

(١١٣) لفظ (له) ساقط في الأصل وثابت في ق ٣ وت.

(١١٤) في ت: تنزع.

(١١٥) انظر المجلد ٣ ص ٨٦ والمجلد ٤ ص ١٠٠.

ما يغرقها فلا يجوز إقرارهم، لأن ذلك من ناحية الهبة. وأما على القول بأنه لا يقضي للقائم إلا بحقه^(١١٦) ويترك حظ الغيب بيد المدعى عليه يبيع ويقتل ويفعل فيه^(١١٧) ما شاء، وهو مذهب ابن القاسم، فلا يعدى فيه غرماؤهم، ولا يورث عنهم إن ماتوا قبل أن يعلم ادعائهم له، واختلف على قياس هذا القول إن جاءوا فادعوه أو ماتوا فادعاه ورثتهم على ثلاثة أقوال: أحدها أن يكون ذلك لهم ولورثتهم بالحكم المتقدم دون بينة ولا استيناف خصومة، وهو قول ابن الماجشون، والثاني أنه يكون ذلك لهم بالحكم المتقدم دون بينة ولا استيناف خصومة، ولا يكون ذلك لورثتهم إلا باستيناف الحكم بعد الخصومة، وهو ظاهر ما في كتاب الولاء والموارث من المدونة^(١١٨). وقول أصبغ فيما حكى عنه ابن حبيب. والثالث أنه لا يكون ذلك لهم، ولا لورثتهم بعدهم بالحكم المتقدم دون استيناف الخصام وإعادة البينة وهو القياس، إلا في إعادة البينة، فإنه لا وجه له. وقد أنكر ذلك سحنون في كتاب ابنه. وإن جاءوا فقالوا: لا حق لنا في ذلك، فقد قال ابن الماجشون: إن ذلك يترك بيد المطلوب، إلا أن يكون أحدهم مفلساً قام عليه غرماؤه، فلا ينظر إلى قوله، بخلاف ما يوجب للمفلس، والذي يوجهه القياس والنظر أن يترك حظ الغائب بيد المطلوب، إذا أقر أنه لا حق له فيه وإن كان إقراره بذلك بعد التفليس، إلا أن يدعي الغرماء ذلك له فيستأنف به الحكم لهم وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل توفي عن أرض كانت عفاء براحاً: لا ماء فيها ولا غراس فاقسمها الورثة فباعوا من غير واحد وخرجت من أيديهم على ذلك، فاغترس المشترون، ومنهم من اشترى ماء

(١١٦) في الأصل: بحقوقه، ولعل الأنسب ما أثبتته كما هو في ق ٣ و ت

(١١٧) لفظ (فيه) ساقط في الأصل وثابت في ق ٣ و ت.

(١١٨) انظر م ص ٨٦.

فساقه، ومنهم من اكرى، فأقاموا بذلك نحواً من أربعين سنة أو أكثر حتى حيي ذلك وبلغت النخيل، ثم إن بعضهم باع حظه، فقال المشتري حيث اشترى لمن يمر منهم عليه بمائه: لا أدعك تمر به عليّ، وقال الذي يمر به عليه: هذا الماء لم يزل هكذا منذ أربعين سنة، لا نعرف إلا ذلك. فهل للمالك يمر بمائة في أرضه؟ فقال: نعم، فقال مالك: أرى أن يدعوهم القاضي بأصل قسم ما قاسموا عليه، فإن أتوا به حملهم عليه، وإن لم يكن إلا ما هم عليه أقروا على ذلك، ولم يكن له أن يمنعه. رأيت الذي باعه لو جاء الآن يمنعه؟ ما أرى شيئاً الآن أمثل أن يقرأوا على حالهم إذا لم يكن قسم معروف.

قال محمد بن رشد: قوله أرى^(١١٩) أن يدعوهم القاضي بأصل قسم ما قاسموا عليه، فإن أتوا به حملهم عليه، يريد أنه إن كان في أصل ما اقتسموا عليه مرور الماء على البائع لزمه، ولم يكن للمشتري في ذلك كلام، إلا أن يكون لم يعلم بذلك فيكون عيباً فيما اشترى، إن شاء أن يمسك وإن شاء أن يرد به؛ وإن لم يكن في أصل ما اقتسموا أن يمر الماء^(١٢٠) عليه لم يلزمه ذلك، وكان للمشتري أن يمنع منه، فلم ير على هذا في هذه الرواية مرور الماء على البائع في أرضه أربعين سنة حيازة عليه، وهذا على القول بأن الضرر لا يحاز، وقد مضى الاختلاف في ذلك في نوازل أصبغ من جامع البيوع في مسألة المجرى في العرصّة، ولا جعل بيعه للأرض رضى منه بترك القيام على المار بمائه فيها، وذلك خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في أن من أحدث عليه ضرر فلم يتكلم فيه حتى باع لزم المشتري، ولم يكن له فيه قيام، فأحل المشتري محل البائع في القيام عليه بما كان للبائع أن يقوم

(١١٩) لفظ (أرى) ساقط في الأصل والاصلاح من ق ٣ و

(١٢٠) لفظ (الماء) ساقط في الأصل والمعنى لا يتم باسقاطه

به عليه، إذ قال إن القاضي ينظر له بما كان ينظر به للبائع من أن يدعو بأصل القسم فيحملهم عليه. ويدخل في هذا اختلاف بالمعنى، لأنه إذا لم يجعل يبيعه رضى بترك القيام فهو بمنزلة ما إذا باع ولم يعلم بما أحدث عليه، أو باع بعد أن علم في حال الخصام قبل أن يقضى له، وقد قال في كتاب النكاح الأول من المدونة^(١٢١) في الذي يتزوج عبده بغير إذنه فيبيعه قبل أن يعلم، إن المشتري بالخيار بين أن يمسك أو يرد، ولا يكون له من الخيار في التفرقة ما كان للبائع، وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أنه إذا باع في حال الطلب والخصام قبل أن يتم له القضاء أن المشتري ينزل منزلة البائع، ويكون له من الطلب ما كان له. فما في كتاب النكاح الأول معارض لهذه الرواية ولما في الواضحة. ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن يبيعه بعد العلم رضى بترك القيام. والثاني أنه ليس برضى، ويقوم المشتري بما كان للبائع أن يقوم به. والثالث أنه ليس برضى من البائع، ولا قيام للمشتري، وإنما له الرد على البائع بالعيب، إن لم يعلم به، فإن ردَّ عليه كان للبائع القيام، وكذلك إن باع السيد العبد الذي تزوج بغير إذنه بعد أن علم بتزويجه يدخل في ذلك الثلاثة الأقوال وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن عشيرة^(١٢٢) رجل أتوك فذكروا لك أن رجلاً منهم بالأندلس، وأن في يد رجل منهم لصاحبهم منزلاً وداراً. وأنه قد ادَّعى ذلك لنفسه لطول غيبة صاحبهم، وينكر الذي في يده الدار والمنزل الذي ادَّعوا من ذلك أن يكون لصاحبهم في يده حق، ويسألك عشيرة الرجل الغائب أن تأذن لهم لمخاصمته وإثبات البينة

(١٢١) انظر المجلد ٢ ص ١٥٦.

(١٢٢) في بعض المخطوطات عشرة، وهو تصحيف.

عليه بحق الغائب قبل هلاك من يعلم ذلك ويشهد عليه، وليست في أيديهم منه خلافة. قال: هل ترى أن يأذن لهم في ذلك؟ فقال: أرى ألا يأذن لهم في ذلك، وألاً يخليهم إلاً بوكالة أو أمر يعرفه.

قال القاضي: هذا مثل ما حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية ابن غانم عن مالك، ومن رواية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك. وزاد عن ابن القاسم أنه قال: فإن جهل القاضي فأمره بالمخاصمة فحكم عليه أولاً لم يجز ذلك عليه ولا له. قال: وقال ابن نافع مثله. وقد مضى القول على هذه المسألة محصلاً مستوفىً في الرسم الذي قبل هذا، فلا معنى لإعادة شيء منه، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الرجل يدعي المنزل في يد الرجل ويأتيه بيئته على ما يستحقه به فيما يحضرنا، فسأل الذي المنزل في يديه عن حجته فذكر حجة لو جاء عليها بالبيئته كان أولى بالمنزل من المدعي، وسألنا أن نضرب له أجلاً يجلب بيئته على ما احتج به فأؤجله الأجل الواسع الشهر والشهرين والثلاثة، فيمضي الأجل ولا يحضرنا شيئاً، ويذكر غيبة شهوده وتفرقهم، هل ترى أن يضرب له أجل آخر أم يُقضى عليه؟ قال: أما الرجل المصدق المؤمن^(١٢٣) الذي لا يُتهم على أن يدعي باطلاً ولا يتقوله فإنني أرى أن تزيده^(١٢٤) في الأجل، ويستأنى له. وأما الرجل الملدّد الذي يرى أنه إنما يريد الإضرار بخضمه وتأخير حقه عنه، فلا

(١٢٣) في ق ٣ وت: المأمون.

(١٢٤) في ق ٣ وت: بالياء المثناة تحت، وهو الأنسب.

أرى له أن يمكنه من ذلك إلا أن يذكر أمداً تقارب (١٢٥) شأنه، ثم يختبر كذبه في مثله فيستبرئ ذلك الأمر، القريب، ثم يقضي عليه بما يرى.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن ضرب الأجل للمحكوم عليه فيما يدعى من إقامة البيّنة على حجته مصروف إلى اجتهاد القضاة (١٢٦) بحسب ما يظهر إليه من حال المضروب له الأجل وصدقه فيما يدعى، والأصل في ذلك ما في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري من قوله: واجعل لمن ادعى حقاً غائباً، أو بيّنةً أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بيّنة أخذت له بحقه، وإلا استحلت عليه القضية فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى (١٢٧). والذي مضى عليه عمل الحكام في التأجيل في الأصول ثلاثون يوماً، يضرب له عشرة أيام، ثم عشرة، ثم يتلوم له بعشرة؛ أو ثمانية، ثم ثمانية، ثم عشرة أيام، ثم عشرة، ثم يتلوم له بعشرة؛ أو ثمانية ثم أربعة، ثم يتلوم له بثلاثة تتم ثلاثين يوماً، أو يضرب له أجلاً قاطعاً من ثلاثين يوماً يدخل فيه التلوم، والآجال. كل ذلك قد مضى من فعل القضاة والحكام، وهذا مع حضور بيّنة في البلد. وأما إذا كانت غائبة عن البلد فأكثر من ذلك على ما تضمنته هذه الرواية من اجتهاد الحكام وبالله التوفيق.

مسألة

(وقال) (١٢٨) إذا احتكم إلى القاضي خصوم يتكلمون بغير

(١٢٥) في ق ٣ وت زيادة: قد

(١٢٦) في ق ٣ وت زيادة: والحكام

(١٢٧) في الأصل: واجعل للعمال، وكتب فوقها كذا، والصحيح ما أثبتته، انظر التودي،

ج ١ ص ٥٤.

(١٢٨) لفظ (وقال) ساقط في الأصل وثابت في ق ٣ وت.

العربية ولا يفقه كلامهم فإنه ينبغي له أن يترجم عنهم رجل ثقة مأمون مسلم، واثان أحب إليّ في ذلك من الواحد، والواحد يجزىء، ولا تقبل ترجمة أحد عنهم من أهل الكفر ولا العبيد ولا المسخوطين^(١٢٩)، ولا بأس أن تقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدل، وكان الحق مما يقبل فيه شهادة النساء، وامرأتان ورجل أحب إليّ، لأن هذا موضع شهادة، لأن القاضي إذا لم يفهم كلام الخصوم كان بمنزلة من لم يسمعه.

قال محمد بن رشد: (١٣٠) هو (١٣١) كما قال، لأن كل ما يتبدى به القاضي فيه بالبحث والسؤال كقياس الجراحات والنظر إلى العيوب والاستحلاف والقسم بين الورثة واستنكاه من أنكر سكره وما أشبه ذلك من الأمور يجزىء فيه الواحد كذا قال في المدونة^(١٣٢) في الذي يحلف المرأة أنه يجزىء فيه رسول واحد، وكذلك قال في سماع أصبغ من كتاب الحدود في الاستنكاه وهو ممّا لا اختلاف فيه، والاختيار في ذلك كله اثنان عدلان ويجزىء فيه الواحد العدل. وقوله إنه لا يقبل ترجمة أحد من أهل الكفر ولا العبيد ولا المسخوطين^(١٣٣) معناه مع وجود العدول المرضيين. ولو اضطر إلى ترجمة الكافر أو المسخوط أو العبد لأعمل قوله وحكم به، كما يحكم بقول الطبيب النصراني وغير العدل فيما يضطر فيه إلى قوله من جهة معرفته بالطب، وقد حكى فضل عن سحنون أنه قال: لا تقبل ترجمة الرجل الواحد، واحتجّ بقول مالك: القاضي إذا لم يفقه لسانه^(١٣٤) كان

(١٢٩) في الأصل: المسخوطون، وهو تحريف ظاهر.

(١٣٠) في ق ٣ وت: القاضي رضي الله عنه

(١٣١) في ت: هذا.

(١٣٢) انظر - ج - ٤ ص: ٧١

(١٣٣) في الأصل: المسخوطون: وهو تصحيف.

(١٣٤) في ق ٣ وت: لسانهم.

بمنزلة من لم يسمع، ومعناه أنه لا ينبغي له أن يكتفي بترجمة الرجل الواحد ابتداءً، لا أنه^(١٣٥) إن فعل ذلك لم يجز، وكان حكمه بترجمة الواحد مردوداً هذا ما لا يصلح أن يكون إرادته والله أعلم به .

مسألة

قال مالك: قال رسول الله ﷺ: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ وَلَا يُكَلَّفُ الْعَبْدُ مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا يُطِيقُ»^(١٣٦). قيل: لمالك أفترى أن يقضى على سيده ألا يكلفه من العمل إلا ما يطيق؟ قال^(١٣٧): أرى أن يقضى بذلك عليهم ألا يكلفوا من العمل إلا ما يطيقون .

قال محمد بن رشد:^(١٣٨) قول النبي عليه السلام للملوك طعامه وكسوته بالمعروف الحديث، هو حديث الموطأ من رواية أبي هريرة، ومعنى قوله فيه بالمعروف أي^(١٣٩) غير إسراف ولا إقتار، وعلى قدر سعة مال السيد وما يشبه حال العبد أيضاً. فليس الوغد الأسود الذي هو للخدمة والحرث كالنبيل التاجر الفاره فيما يجب لهما على سيدهما من الكسوة سواء، وفي هذا دليل ظاهر على أنه لا يلزم الرجل أن يساوي بين عبده ونفسه في المطعم والملبس على ما ذهب إليه بعض أهل العلم لقول النبي عليه السلام «أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَاكْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ»^(١٤٠). وقد روي

(١٣٥) في بعضها: لأنه، وهو تصحيف .

(١٣٦) أخرجه أيضاً أحمد ومسلم ومالك، انظر مسند أحمد، ٢ ص ٢٤٧ .

(١٣٧) في ق ٣ وت زيادة (نعم)، وهو سبق قلم .

(١٣٨) في ق ٣ وت القاضي رضي الله عنه .

(١٣٩) لفظ (أي) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه .

(١٤٠) أخرجه البخاري ومسلم، وابن ماجه، وأحمد، انظر فتح الباري ج ٦/٩٩ .

عن أبي اليسر^(١٤١) الأنصاري، وأبي ذر من أصحاب رسول الله ﷺ أنهما كانا يفعلان ذلك، وهو محمول منهما على الرغبة في فعل الخير، لا على أن ذلك واجب عليهما، إذ لم يقل ﷺ أطعموهم مثل ما تأكلون، واكسوهم مثل ما تلبسون، وإنما قال: مما تأكلون ومما تلبسون، فإن أطعمه وكساه بالمعروف من بعض ما يأكل من الخبز والإدام ويلبس من الصوف والقطن والكتان، فقد شاركه في مطعمه وملبسه، وامتل ذلك قول النبي عليه السلام، وإن تفضل عليه في ذلك فلم يكن ملبسه مثل ملبسه، ومطعمه مثل مطعمه سواء. فعلى هذا تحمل الآثار ولا يكون بينها تعارض. وقد سئل مالك في سماع أشهب من كتاب الجامع أيصلح أن يأكل الرجل من طعام لا يأكل منه عياله ورفيقه، ويلبس ثياباً لا يكسوهم مثلها؟ قال: إي والله، إني^(١٤٢) لأراه من ذلك في سعة. فقيل له: أرايت ما جاء من حديث أبي الدرداء؟ قال كان الناس يومئذ ليس لهم ذلك القوت. ويقضى للعبد على سيده إن قصر عما يجب له عليه بالمعروف في مطعمه وملبسه، بخلاف ما يملكه من البهائم، فإنه يؤمر بتقوى الله في ترك إجاعتها، ولا يقضى عليه بعلفها. وقد روي عن أبي يوسف أنه يقضى على الرجل بعلف دابته، كما يقضى عليه بنفقة عبده، لما جاء من أن رسول الله ﷺ دخل حائط رجل من الأنصار فإذا فيه جمل فلما رأى النبي عليه السلام رقاً له وذرفت عيناه فمسح رسول الله ﷺ صدره وذفراه حتى سكن، ثم قال: من رب هذا الجمل؟ فجاء فتى من الأنصار، فقال: هو لي يا رسول الله. فقال له رسول الله ﷺ: «أفلا تتقي الله في البهيمة التي ملكك إياها؟ فإنه شكا إلي أنك

(١٤١) في ت: البصر، بالياء الموحدة تحت، وفي الأصل: الايصاري، بالياء المثناة تحت والصواب اليسر، بالياء المثناة تحت، (الأنصاري)، بالنون الموحدة فوق، وهو كعب بن عمرو بن سواد السلمي الأنصاري المعروف بهذه الكنية، صحابي جليل شهد العقبة، ثم بدرأ وهو ابن عشرين سنة، توفي بالمدينة المنورة سنة ٥٥ هـ. انظر ترجمته في: الاستيعاب. ج ٣ ص ١٣٢٢. وتقريب التهذيب ١٣٥/٢.

(١٤٢) هذا في ق ٣ و ت. وفي الأصل: لأنني، وهو تصحيف.

تُجِئُهُ»^(١٤٣). والفرق بين العبد والدابة، أن العبد مكلف تجب عليه الحقوق من الجنائيات وغيرها، فكما يقضى عليه يقضى له، والدابة ليست^(١٤٤) بمكلفة، لا يجب عليها حق ولا يلزمها جنائية؛ فكما لا يقضى عليها لا يقضى لها. وكذلك، يقضى للعبد على سيده ألا يكلفه من العمل إلا ما يطيق، على ما جاء في الحديث. والأصل في ذلك ما ثبت (من)^(١٤٥) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «كان يذهب إلى العوالي كل يوم سبت، فإذا وجد العبد في عمل ثقيل لا يطيقه وضع منه عنه^(١٤٦) على ما وقع في الجامع من الموطأ وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك فقيل له: أليس أمر المرأة المتزوجة جائزاً في ثلث مالها؟ قال: بلى لذلك وجوه إلا أن تكون ضارة.

قال محمد بن رشد: ظاهر قول مالك هذا أنها إذا قصدت بما فعلت الضرر لم يجز، وإن كان أقل من الثلث، ومثله حكى ابن حبيب في الواضحة عن مالك واختاره، وقد قيل إن الثلث فما دونه جائز وإن قصدت الضرر، وهو قول سحنون ورواية يحيى عن ابن القاسم، ورواية يحيى عن غير ابن القاسم، وسحنون عن ابن القاسم أنها إذا قصدت بالثلث الضرر لم يجز، بخلاف ما دون الثلث، فلا اختلاف في المذهب أن فعلها في أكثر من ثلث مالها لا يجوز دون إذن زوجها، وإن لم تقصد بذلك ضرراً. واختلف إن قصدت بالثلث فما دونه ضرراً على ثلاثة أقوال: أحدها

(١٤٣) أخرجه أبو داود وأحمد، ومسلم، وابن ماجه، انظر عون المعبود شرح سنن أبي داود م ٧ ص ٢٢١ . ٢٢٢ . ومسنده أحمد م ١ / ٢٠٤ . ٢٠٥ .

(١٤٤) في ق ٣ وت غير

(١٤٥) حرف (من) ساقط في الأصل والاصلاح من ق ٣ وت

(١٤٦) رواه الامام مالك في الموطأ، انظر شرح الزرقاني على موطأ مالك ج ٤ ص

أن ذلك لا يجوز. والثاني أن ذلك جائز. والثالث أنه يجوز فيما دون الثلث، ولا يجوز في الثلث. فهذا تحصيل الاختلاف في هذه المسألة. واختلف هل فعلها محمول على الجواز حتى يرد الزوج؟ أو على الرد حتى يجيزه؟ فحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه محمول على الرد حتى يجيزه الزوج، لقول النبي عليه السلام: «لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ قَضَاءٌ فِي ذِي بَالٍ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»^(١٤٧). وهو ظاهر قول مالك في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العتق، فعلى قياس هذا إذا تصدقت أو أعتقت أكثر من الثلث فلم يعلم بذلك زوجها حتى مات عنها أو طلقها لم يلزمها ذلك، وقد روى ذلك عن بعض أصحاب مالك، وإن ادّعت أنه الثلث أو أقل من الثلث كان عليها إقامة البيّنة، وحكى عن ابن القاسم أنه محمول على الإجازة حتى يرد الزوج، وهو قول سحنون في سماع ابن القاسم، فعلى قياس هذا إذا لم يرد الزوج حتى مات عنها أو طلقها لزمها، وإن ادّعى الزوج أنه أكثر من الثلث كان عليه إقامة البيّنة. ومن أهل العلم من لا يجيز للمرأة قضاء في شيء من مالها قل أو كثر بغير إذن زوجها، لما روى أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَمْرٌ فِي مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»^(١٤٨). ومنهم من يجيز لها القضاء في جميع مالها بغير إذن زوجها استدلالاً بظواهر آثار مروية في هذا المعنى، تركت ذكرها اختصاراً، فما ذهب إليه مالك في مراعاة الثلث عدل بين القولين وبالله التوفيق.

مسألة

وستل عمّا أفسدت المواشي بالليل والنهار من الحوائط التي يحرسها أهلها بالليل أو قد عطلوها لا تحرس أذلك عندك سواء؟

(١٤٧) رواه الطبراني من حديث وائلة بن الاسقع بلفظ «ليس للمرأة أن تنتهك شيئاً من

مالها إلا بإذن زوجها» انظر: الجامع الصغير، بشرح فيض الغدير، ٣٧٨/٥.

(١٤٨) أخرجه: أبو داود، والنسائي وابن ماجه، انظر عون المعبود، شرح سنن أبي داود

المجلد ٩، ص ٤٦٢ . ٤٦٣.

فقال: نعم، هو سواء، ما أفسدت المواشي من الحوائط ومن الزرع محظوراً عليه أو غير محظور، تحرس أو لا تحرس، فعلى أهل المواشي ما أفسدت بالليل، وما أفسدت بالنهار فليس عليهم فيه شيء، وما أفسدت المواشي أو الدواب بالليل فهو ضمان على أهلها وإن كان ذلك أكثر من قيمة المواشي يغرم له قيمة ما أفسدت بالغاً ما بلغ. قيل: أرأيت إن كانت لم يبد صلاحها؟ قال: يغرم قيمتها يوم أصيبت وأفسدت لا يوم تصلح. قيل له: أرأيت الدابة لو أفلتت فوطئت على رجل نائم بليل أيغرم صاحبها؟ قال: لا، إنما أريد بهذا الحديث الحوائط والزرع والحرث.

قال محمد بن رشد: هذا كله كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب، والأصل فيه ما جاء من أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ على أهل (١٤٩) الحوائط حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل ضمان (١٥٠) على أهلها (١٥١)، وإنما يسقط على رب الماشية ضمان ما أفسدت ماشيته بالنهار من الزرع والحوائط إذا أخرج ماشيته عن جملة الزرع والحوائط بذائد يذودها إلى مراعيها فشد منها شيء ورجع إلى الزرع أو الحائط فأفسد فيها أو رمى بها فيما بين الزرع والحائط بذائد يذودها عنها فوقع منها شيء في الزرع أو الحوائط دون تفریط ولا تضييع من ذائدها. وأما إن أهملها بين الزرع والحوائط دون راع أو براع فضييع أو فرط حتى أفسدت فهو ضمان لما أفسدت، والضمان في ذلك على الراعي المضيع المفرط لا على رب

(١٤٩) حرف (أن) ساقط في الأصل وثابت في نص الحديث وفي ق ٣ وت.

(١٥٠) هكذا ورد في الحديث، وقال الباجي: أي مضمون على أهلها، زاد الرفاعي

كقولهم سر كاتم أي مكتوم، وعيشة راضية أي مرضية.

(١٥١) رواه مالك، وأحمد، وعبد الرزاق، انظر شرح الزرقاني على موطأ مالك. م:

الماشية، إذ ليس على رب الماشية أكثر مما صنع. وقضاء رسول الله ﷺ أن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها ليس على عمومها في جميع ما أفسدت أو قتلت بالليل، وإنما المراد به الحوائط والزرع والحرث، كما قال مالك رحمه الله. إما لأنه رأى الحديث مقصوراً على سببه، وإما بدليل الإجماع أنها لو هدمت حائطاً أو قتلت رجلاً لم يضمن صاحبها شيئاً، لأن الإجماع يخصّص العموم، وما بقي من عموم هذا الحديث بعد التخصيص وهو ما أفسدت المتفلته بالليل بالرعي من الحوائط والزرع والحرث مخصص من عموم قوله ﷺ: «جَرَحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»^(١٥٢). فهذا تحصيل القول على مذهب مالك في ترتيب هذين الأثرين. وأهل العراق لا يرون على أهل المواشي ضمان ما أصابت ماشيتهم المنفلتة بالليل والنهار في شيء من الأشياء، ويجعلون قول النبي ﷺ جَرَحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ ناسخاً لقضائه أن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها. والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله، لأن النسخ إنما يكون بما يتعارض، ولا يمكن الجمع بينه بتخصيص بعضه ببعض وبيانه له. وقضاء رسول الله ﷺ بأن ما أفسدت المواشي ضامن على أهلها على ما قصّه الله علينا في محكم كتابه من شرع داود وسليمان في قوله: «وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ»^(١٥٣) لأن النفس بالليل والهمل بالنهار لأنهما حكما جميعاً بالتضمنين، فإنما خالف شرعنا شرعهما في صفة التضمنين، كما اختلف اجتهادهما صلى الله عليهما وسلم في ذلك، فقضى داود والغنم لصاحب الحرث، وقضى سليمان لصاحب الحرث بأن يأخذ الغنم فيستغلها حتى يستوفي من غلتها ما كان يخرج له ما أفسد من حرثه، فقضاء سليمان الذي أثنى الله تعالى عليه بقوله: ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ﴾ مخالف لشرعنا بعيد منه، لا يحتمل أن يصرف بالتأويل إليه. وأما قضاء داود فيحتمل أن يكون ذلك موافقاً لشرعنا، بأن

(١٥٢) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي... أنظر فتح الباري،

بشرح البخاري. ج ١٥ ص ٢٧٨ وما بعدها وعون المعبود. م ٣٣٩/١٣.

(١٥٣) الآية ٧٨ من سورة الأنبياء.

يكون ما أفسدت مستغرقاً لقيمة الغنم ولا يكون له مال سواها. وقوله: إن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها وإن كان ذلك أكثر من قيمتها، يريد وليس له أن يسلم المواشي بقيمة ما أفسدت، بخلاف العبيد فيما جنوا؛ والفرق بين المسألتين أن العبد هو الجاني، لأنه مخاطب مكلف مأمور منهي، فلا يلزم السيد من جنائته أكثر من أن يسلمه، والماشية ليست هي الجانية، إذ ليست بمخاطبة، وإنما الجاني هو، إذ لم^(١٥٤) يتوثق منها حتى لا يمكنها الانفلات، وإن أفسدت الزرع وهو صغير أخضر فيكون على ربها^(١٥٥) قيمته لو كان يحل بيعه على الرجاء والخوف، قاله في رسم نقدها بعد هذا من سماع عيسى، وهذا ممّا لا اختلاف فيه، إذ كان لا يرجي أن يعود إلى هيئته. وأما إن كان رعيه صغيراً يرجى أن يعود إلى هيئته، فحكى ابن حبيب عن مطرف أن القيمة تكون في ذلك، ولا يستأنى به إن نبت كما يصنع بسن الصغير، ويأتي على مذهب سُنحون أنه لا يستأنى به، لأنه قال في كتاب ابنه في الذي يقطع شجرة الرجل من فوق أصلها أنه لا يقضى عليه الساعة، ولكن ينتظر الشجرة فإن عادت لهيئتها كما كانت أولاً فلا شيء على القاطع، وإن هي عادت ولم تتم على حالها^(١٥٦) الأول غرم ما نقص.. قال: ولا يرجع عليه بأجر السقي والعلاج كالجرح الخطأ إذا عاد على غير عثم فلا شيء على الجارح، ولا يغرم أجر المداوي، خلاف قول الفقهاء السبعة أن عليه أجر المداوي (قال مطرف)^(١٥٧): فإن عاد الزرع لهيئته بعد الحكم مضت القيمة لصاحب الزرع ولم يرد، وهو الذي يأتي على قول أشهب في سماع أصبغ من كتاب الديّات في الذي يضرب فيذهب عقله فيقضى له بالديّة بعد الاستيناء ثم يعود عليه عقله أنه حكم قد مضى، وقد قيل: إن القيمة ترد، وهو الذي يأتي على

(١٥٤) في الاصل: لا، ولعل الصواب ما أثبتته.

(١٥٥) في الأصل: ربتها، وهو سبق قلم.

(١٥٦) لفظ (حالتها) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

(١٥٧) عبارة (قال مطرف) ساقطة في الأصل والأصلح من (ق ٣ وت).

ما في الجراحات من المدونة^(١٥٨) في الذي يعود إليه بصره بعد أن قضي له بالدية إنه^(١٥٩) يردها. قال مطرف: فإن تأخر الحكم حتى عاد الزرع إلى هيئته سقطت القيمة، ولم يكن على المفسد إلا الأدب، إلا أن يكون ما أفسد من ذلك يرعى ويتنفع به فيكون عليه قيمته ناجزاً علي ما يتنفع به، وليس على الرجاء والخوف، وقال أصبغ يقوم على الرجاء والخوف نبت أو لم ينبت، كان ذلك قبل الحكم أو بعده وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من كتاب أوله نقدًا نقدًا

قال عيسى: وسئل عيسى ابن القاسم عن رجل ادعى وكالة ولم يثبتها بعد، وشهود الحق الذي وكل فيه حضوراً، أيقبل القاضي شهادتهم؟ قال: إن خاف أن يخرجوا إلى موضع وكان لذلك وجه قبل القاضي شهادتهم ثم ثبتت الوكالة بعد، وإلا فلا حتى تثبت الوكالة.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على معنى ما في المدونة^(١٦٠) وغيرها من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن القاضي يسمع من البيّنة قبل وقت وجوب الحكم بها. من ذلك قوله في كتاب طلاق السنة منها: إن القاضي يسمع البيّنة على المفقود بأنه أوصى بوصية أو أوصى إلى رجل قبل الحكم بتمويلته. ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون أن القاضي لا يقبل من أحد بيّنة ولا يسمعها إلا في حال يحكم^(١٦١) بها للطالب أو يدفع بها عن المطلوب أنه لا يسمع من بيّنته حتى تثبت وكالته، وإن خشي مغيب بيّنته أشهد على شهادتهم وبالله التوفيق.

(١٥٨) انظر المجلد، ٤ ص ٤٣٦.

(١٥٩) في ت: فإنه.

(١٦٠) انظر المجلد ٢ ص ٩٨.

(١٦١) في ت: الحكم.

مسألة

وعن رجل أتى إلى القاضي فقال: إن الحاكم قبلك حكم بدار كذا لي على فلان، وأثبت ذلك بشهيدين، والدار في أيدي قوم غير المسمّى الذي حكم عليه، فقالوا: لا علم عندنا بما يقول، وهذه الدار في أيدينا منذ كذا وكذا قبل الحكم وهي لنا. قال: أرى أن يخرجها القاضي من أيديهم ويدفعها إلى الذي قامت له البيّنة إذا كان الشهيدان عدلين، وأرى أن ينفذ قضاء الحاكم الذي قبله إذا كان قد شهد على ذلك شهيدان عدلان.

قال محمد بن رشد: إنما يدفعها إلى من أثبت الحكم فيها بعد الإعذار إلى من هي في يديه، وهذا إذا كان الحكم الأول بغير إقرار من الذي حكم عليه، وأما إن كان بإقرار من المحكوم عليه أولاً فلا تخرج من يدي مَنْ هي الآن في يديه إلاّ بحكم موثق، وهذا بين قائم من المسألة التي تحتها وبالله التوفيق.

مسألة

وعن الحاكم يأتيه الرجلان فيدّعي كل واحد منهما أرضاً بالصحراء، ثم يقر أحدهما أنها لصاحبه من غير بيّنة، كيف ينبغي للحاكم أن يشهد؟ أيشهد أنه حكم بهذه الأرض لفلان وهو لا يدري أهى في يديه أم لا؟ قال: بل يشهد له أن فلاناً أقرّ لفلان بهذه الأرض، ولا يشهد أنه قضى له بها، وإنما يشهد على إقراره بما أقرّ له به، ولا يحكم فيها بشيء إلاّ أن يقيم البيّنة له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بيّنة المعنى، إذ قد يقرّ الرجل للرجل بمال غيره، فإن قضى له عليه بإقراره وأشهد أنه قضى له ولم يذكر أنه إنما قضى له عليه بإقراره اقتضى إشهاده أنه قضى له بيّنة تُثبت عنده أن

ذلك الشيء له، فأدى ذلك إلى أن يؤخذ من الرجل ماله باطلاً بغير حق وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الزرع الصغير الأخضر تفسده البهائم كيف غرمه؟ قال: يغرم قيمته لو كان يحل بيعه على الرجاء فيه والخوف.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في آخر رسم من سماع أشهب قبل هذا، فلا معنى لإعادة شيء منه والله التوفيق.

ومن كتاب أوله استاذن سيده في تدبير جاريته

وسئل عن رجل وجد جباً في أرضه، وباب الجب في أرض غيره، قال: الجب لمن الباب في أرضه، لأن منفعته له كانت وهي خطته، وكذلك العليُّ يكون للرجل، والسُّفل لآخر، وباب ذلك إلى ناحية [وباب ذا إلى ناحية] (١٦٢) أخرى، فليس بالعلی يستحق السفلى، فالجب لصاحب الباب، وما عليه لصاحب الأرض، وهذا بين إن شاء الله. وقال في غير هذا الكتاب من سماع عيسى بن دينار وهو في كتاب العتق: إن لكل واحد أن يأخذه من أرضه وينتفع به ويسدّه فيما بينه وبين صاحبه ولا يستحقه بالباب.

قال محمد بن رشد: اختلاف قول ابن القاسم في هذه المسألة جارٍ على اختلافهم فيمن اشترى أرضاً أو داراً فوجد فيها شيئاً لم يعلم

(١٦٢) ما بين معقوفتين ساقط من الأصل.

به هو ولا البائع من صخرٍ أو رخام أو عمد وما أشبه ذلك، هل يكون له أم لا؟ فالمعلوم من مذهب ابن القاسم أنه لا حق في ذلك للمبتاع، وهو للبائع إن ادَّعاه وأشبه أن يكون له بميراث، وإلا كان سبيله سبيل اللقطة، وذهب سحنون وابن حبيب وابن دينار إلى أنه للمبتاع، فقول ابن القاسم في هذه المسألة إن الجب لصاحب الباب ولا حق فيه لصاحب الأرض وهو على مذهبه المعلوم في أن المبتاع لا حق له فيما وجد في الأرض الذي ابتاع، وأنه للبائع إذا أشبه أن يكون له، وإذا حكم بالجب لصاحب الباب بدليل كون الباب في أرضه وجب أن يكون الذي الجب في أرضه مخيراً في رد الدار على من اشتراها منه إن كانت في يديه بشراء، لأنه عيب فيها، وإن شاء حبسها ورجع بقيمة ما استحق من أرضه، وهو موضع الجب منها، وإن كان الذي حكم له بالجب بدليل كون الباب في أرضه ابتاع الأرض ولم يعلم بالجب الذي وجد بابه فيها كان للبائع أن يرجع في البيع، لأنه يقول: لو علمت بالجب لم أبعها بهذا الثمن. وقوله الثاني إن له أن يأخذ الجب من أرضه ويتنفع به ويسده فيما بينه وبين صاحبه هو على مذهب سحنون وابن حبيب وابن دينار، وإذا حكم له بما قابل أرضه من الجب على هذا القول لم يكن له على البائع منه رجوع إن كان الجب يعيب أرضه ولا للبائع عليه رجوع إن كان الجب يزيد في ثمن الدار، ولو تقاسم رجلان أرضاً فوجد تحت حظ أحدهما جب بابه في حظ صاحبه انتقضت^(١٦٣) القسمة على القول بأن الجب لصاحب الباب، كما لو وجد الجب ببابه في أرض أحدهما، وعلى القول الآخر^(١٦٤) تنبت القسمة بينهما ويكون الجب للذي وجد في حظه، وإن كان بابه في حظ صاحبه. هذا الذي أقول به في معنى هذه المسألة، وقد مضى في آخر مسألة من جامع البيوع بيانه. وقد رأيت لابن دحون أنه قال: إذا اقتسم رجلان أرضاً فوجد تحت حظ أحدهما جب بابه في حظ صاحبه، فقيل: إن القسمة

(١٦٣) في بعضها: تنتقض.

(١٦٤) هكذا في الأصل.

تنتقض على القول بأن الجب لمن الباب في أرضه، وعلى القول بأن لكل واحد منهما ما تحت أرضه، وقيل: إنها لا تنتقض (١٦٥) على القولين جميعاً. والصحيح ما ذهبنا إليه من أنها تنتقض على القول بأن الجب لصاحب الباب، ولا تنتقض على القول بأن لكل واحد منهما ما تحت أرضه منه، لأنه لا يكون لكل واحد منهما ما تحت أرضه منه إلا على القول بأنه لو وجد احدهما في حظه جباً أو بيراً أو صخراً أو عمداً أو ما أشبه ذلك (١٦٦) كان له، ولم يكن لصاحبه نقض القسمة وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل يدعي جارية في يد رجل فيقول: اشتريتها من سوق المسلمين ويقيم البيّنة المدعى أنها له، ويقر الذي هي في يديه بوطئها ويزعم أنه اشتراها في سوق المسلمين ولا بيّنة له، هل يحد؟ قال: يدرأ عنه الحد، قيل له: فلو قال: اشتريتها منك ولا بيّنة له، قال: أرى أن يدرأ عنه الحد إذا كان ممن لا يتهم.

قال محمد بن رشد: (١٦٧) أما الذي يدعي الجارية في يد رجل ويقيم البيّنة أنها له ويقر الذي هي في يديه بوطئها، أو تقوم عليه بيّنة بوطئها ويزعم أنه اشتراها في (١٦٨) سوق المسلمين فلا اختلاف في أن الحد يدرأ عنه في الوجهين، وإن عجز عن إقامة البيّنة على ما ادّعى من شرائها في سوق المسلمين، وقضى لمدعيها بها بالبيّنة التي أقامها أنها له. وأما الذي يقر بوطء أمة الرجل ويدّعي أنه اشتراها من سيدها ولا بيّنة له على ذلك،

(١٦٥) في ت؛ تنقض.

(١٦٦) في ق ٣ وت: لكان.

(١٦٧) في ق ٣ وت: القاضي.

(١٦٨) في ت: من

والسيد منكر فإنه يحلف ما باعها منه، ويحد عند ابن القاسم، هذا قوله في المدونة^(١٦٩) وغيرها - وقال أشهب: يدرأ عنه الحد، لأنه لم يقر بزنى وإنما أقر بوطء حلال، وهو على أصله في أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقربه على نفسه، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه يرد ذلك في الذي أقر بوطء جارية امرأته، وأدعى أنها وهبتها له فقال: لتأتينني بالبينة أو لأرمينك بأحجارك، فاعترفت المرأة بذلك فحلف سبيله، إذ لا يحتاج على هذه الرواية وعلى قول أشهب إلى اعتراف المرأة. وأما إن أقر له سيدها بما ادّعاء من اشترائها أو نكل عن اليمين فحلف هو أو استحقتها فلا اختلاف في أنه يدرأ عنه الحد فيها. وأما إن شهد عليه بوطئها فادّعى أنه اشتراها من سيدها، وسيدها منكر، فلا اختلاف في أنه يحد إذا حلف سيدها أنه ما باعها منه، واختلف إن صدقه فيما ادّعى من شرائه إياها منه، أو نكل عن اليمين، يحلف هو واستحقها. فقال ابن القاسم: إنه يدرأ عنه الحد، لأن الوطاء مما يستخفى به، بخلاف الذي تقوم عليه البينة بالسرقه فيدعى أن المتاع متاعه فيصدقه رب المتاع، أو ينكل عن اليمين فيحلف هو ويستحق المتاع، إذ لا يأخذ أحد متاعه سراً على وجه السرقة، وفي ذلك اختلاف، وقال أشهب: يحد إن لم تقم بينة^(١٧٠) على ما ادّعى من الشراء ولا يسقط عنه الحد بتصديق السيد على الشراء ولا بنكوله على اليمين وحلفه هو، ولا بشاهد على الشراء مع يمينه، ولا يلحق به الولد، وتكون الأمة أم ولد إن استوجبها بشيء من ذلك لإقراره لها بذلك: واستحسن أشهب إن أقام رجلاً وامرأتين أن يلحق به الولد ويحد عنه الحد وليس بالقياس وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أوصى

وسئل عن أجر المعازف واللهو إذا اختصم فيه أيقضى به؟

(١٦٩) انظر م: ٤ ص ٣٨٠.

(١٧٠) في الأصل: بيته، ولعل الأفضل ما أثبتته

قال: أما للهو الذي يجوز ورخص فيه مثل الدف، فأرى أن يقضى به، وأما مثل المزمار والعود فلا أرى الإجارة به^(١٧١) يقضى به.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال إن ما يجوز من اللهو ورخص فيه يقضى فيه بالإجارة، وإن ما لا يجوز منه لا يقضى فيه بإجارة، وقوله: إنه لا يقضى فيه بإجارة، كلام فيه إجمال يفتقر إلى تفصيل وشرح وبيان. أما إذا عثر على ذلك قبل استيفاء الإجارة بالعمل، فلا اختلاف في أن الإجارة تفسخ وتبطل الأجرة عن المستأجر، ولا يكون عليه منها شيء إن كان لم يدفع، ويتخرج الأمر إن كان قد دفع على وجهين^(١٧٢): أحدهما أنها ترد عليه، والثاني أنها تؤخذ من الأجير فيتصدق بها على المساكين أدباً له، وأما إن لم يعثر على ذلك حتى فاتت الإجارة بالعمل فيؤدبان جميعاً ويتصدق بالإجارة على المساكين على كل حال، قبضت أو لم تقبض، إذ لا يحل للأجير ولا ينبغي أن يترك للمستأجر إن كان لم يدفعها، ولا أن ترد إليه إن كان دفعها، إذ قد قبض عوضها. هذا وجه القول في هذه المسألة على أصولهم في المسلم يشتري الخمر والخنزير من المسلم، وقد مضى القول على ذلك في رسم نقدها نقدها من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع وغيره وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله إن خرجت من هذه الدار

قال ابن القاسم: وإذا كان حائط^(١٧٣) لرجل سترة لرجل آخر فليس له أن يهدمه إلا لوجه يرى أن لهدمه وجهاً لم يلتمس به ضرره، فإن انهدم من أمر من السماء فقال له صاحب الدار: ابن

(١٧١) في ق ٣ وت: فيه، وهو الأنسب.

(١٧٢) في ق ٣ وت: قولين.

(١٧٣) في ق ٣ وت: الحائط

حائطك واستر عليّ فإنه إن شاء بنى وإن شاء ترك، ولا يجبر على ذلك، وقيل للذي يطلب السترة إن شئت فاستر على نفسك، وإن شئت فدع، قال عيسى: وإن هدمه للضرورة وترك أن يبنيه رأيت للسلطان أن يجبره على إعادته كما كان، لا يسوغه الضرر، وقد قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(١٧٤) فإن هدمه لوجه منفعة أو لتجديده، ثم عجز عن ذلك فاستغنى عنه فليس بجبر على إعادته، ويقال لجاره إن شئت فاستر على نفسك في أرضك، وإن شئت فدع، قال سحنون يجبر على كل حال.

قال محمد بن رشد: قول عيسى بن دينار: وإن هدمه للضرورة رأيت للسلطان أن يجبره على إعادته، يريد كان له مال أو لم يكن له مال، كالحائط بين الشريكين. إما أن يبنى، وإما أن يبيع ممن يبنى، وهو مفسر لقول ابن القاسم. فتحصيل قوله في هذه الرواية، أنه إن انهدم من أمر من^(١٧٥) السماء أو هدمه خوف سقوطه، لم تلزمه إعادته وإن كان له مال، وقيل لجاره: أستر على نفسك في حظك أودع، وإن هدمه ليجدده أو لوجه منفعة أجبر على إعادته إن كان له مال، ولم يلزمه شيء إن لم يكن له مال، وإن هدمه للمضرة بجاره أجبر على إعادته كان له مال أو لم يكن له مال كالحائط بين الشريكين. إما أن يبنى أو يبيع ممن يبنى، وهذا أمثل ما في سماع يحيى من كتاب السلطان، وسوى في رسم الصلاة من سماع يحيى من هذا الكتاب بين أن ينهدم أو يهدمه^(١٧٦) لوجه منفعة في أنه إنما يجبر على إعادته إن كان له مال. وحكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون أنه كالحائط بين الشريكين، سواء هدمه أو انهدم يجبر على أن يبنيه أو يبيعه ممن يبنيه إن لم يكن له مال، وهو ظاهر قول

(١٧٤) سبقت الإشارة إلى من أخرجه انظر التعليق رقم ٢٠٩.

(١٧٥) حرف (من) ساقط في الأصل، والاصلاح من ق ٣ وت.

(١٧٦) في ت زيادة: له

سحنون: يجبر على كل حال. قال ابن الماجشون في الثمانية: فإن لم يكن له مال يبيع عليه من داره ما يقيمه به، وإن لم تكن الدار ملكاً له، وكانت صدقة. أو عمرى كان لصاحبه أن يبينه من ماله، ويتبعه به ديناً في ذمته.

قال ابن رشد: ومعنى ذلك عندي إذا أبى أن يسلم إليه ماله في الدار من سكنها حياته. وأما إن رضى^(١٧٧) بذلك فلا^(١٧٨) يلزمه أكثر من ذلك، فإذا استوفى من كرائها نفقته رجعت الدار إليه^(١٧٩) على ما كانت. وقال أصبغ: لا يجبر صاحب الجدار أن يبينه على حال، وله أن يهدمه إن شاء ويجعلها عرصة، وإن شاء صاحبه ستر، وإن شاء ترك. قال وهو قول مالك.

قال محمد بن رشد: والقياس قول أصبغ، وتفرقة ابن القاسم استحسان، وقول ابن الماجشون إغراق وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن الرجل يبني بنياناً مستعلياً فيعوجه في العلو ويميله على هواء غيره، فيبني الذي له الهواء في أرضه، فإذا انتهى إلى^(١٨٠) العوج منه ولم يستطيع أن يقوم حائطه إلاّ بهدم العوج هل ترى أن يهدم ذلك؟ قال: نعم يهدم وليس له أن يدخل في هواء غيره. قيل له: إن الهدم يكون فيه تلف نفقة

(١٧٧) في الأصل: أوصى. ولعل الصواب ما أثبتته.

(١٧٨) في ت زيادة يجوز أن.

(١٧٩) لفظ (إليه) ساقط في الأصل، وثابت في ق ٣ و ت.

(١٨٠) حرف (إلى) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

عظيمة قد أنفق على ذلك البنيان. قال: نعم يهدم كانت النفقة^(١٨١) ما شاءت أن تكون.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بيّنة، لا اختلاف فيها ولا إشكال في شيء من معانيها، لأن من مَلَك بقعة من الأرض فهو يملك ما فوقها من الهواء وما تحتها من الثرى، فليس لأحد أن يدخل عليه في شيء من ذلك بغير رضاه، لقول النبي عليه السلام: «لَا يَحِلُّ مَالُ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَن طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(١٨٢) وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أسلم وله بنون صغار

وسئل عن القاضي يقضي لرجل فلا يحوز المقضي له ما قضي له به حتى يموت القاضي أو يعزل، هل يستأنف الخصومة في ذلك الأمر أم لا ينفعه ما كان قضي له به؟ وإن لم يكن حازه أو إن قضى له به، ثم أقام سنة أو أكثر من ذلك حتى يموت القاضي أيضاً أو يعزل؟ قال ابن القاسم: يمضى القضاء الذي قضى به القاضي الأول، ولا ينظر فيه القاضي الثاني، إلا أن يكون جوراً بيناً فينقضه، وهذا أمر قد بلغنا أنه كانت منكم فيه زلة عظيمة، فالقضاء ماض ولا يستأنف فيه قضاء، وهذا أمر لا اختلاف فيه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال من أن حكم القاضي لا يفتقر إلى حيازة، وهو مما لا اختلاف فيه، وقد مضى نحوه والقول فيه في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم، ويأتي أيضاً في رسم المكاتب من سماع

(١٨١) في الأصل وق ٣: البقعة، والصواب ما أثبتته.

(١٨٢) أخرجه البخاري، ومسلم وأحمد، م ٥ ص ٧٢. ٧٣.

يحيى، وفي رسم الصبرة منه القول على ما يفسخ القاضي من أفضية من قبله من القضاة مما لا يفسخ مستوفى إه شاء الله تعالى.

ومن كتاب أوله يُدِيرُ ماله

قال ابن القاسم في قاض شهد عنده رجل وهو يعلم منه الجرحه وغير العدالة أيامه أن يأتي بمن يعدله؟ قال: لا ينبغي له أن يقبل ذلك ولا يلتفت إلى شيء من ذلك إذا كان يعلم منه غير العدالة. قال: وتفسير ذلك عندي أن ذلك إذا شهد عنده بحدّثان ما علم منه فلا يسأله تعديلاً، ولا يقبل له شهادة. فأما إذا كان زمان ذلك قد طال أو تقادم ولا يدري حالته في اليوم الذي شهد عنده فيه، فلا أرى أن تطرح شهادته بما علم منه إذا كان على ما وصفت، وأنا أرى أن يسأل عنه، فلعله قد تاب وظهرت توبته، وعرف منه التزید في البر واحجتهاد في الخير والتزید فيه.

قال محمد بن رشد: هو كما قال، لأن أمر الشهود في عدالتهم وجرحتهم إلى القاضي هو يعمل في أمرهم بعلمه فيهم، لقول الله عز وجل: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ (١٨٣) فالرضى في هذا إنما هو إلى الحاكم، فإذا كان الحاكم عالماً بعدالة الشاهد حتى لو لم يكن حاكماً لزمه أن يعدله وجب عليه قبول شهادته، ولا يستعده سراً ولا علانية، وإن سأله ذلك المشهود عليه، وإن جرح عنده لم يقبل التجريح فيه إلا بعداوة، قاله محمد. وإنما يقبل التجريح فيمن لم يعرفه بعدالة حتى عدل عنده، وإذا كان عالماً بجرحه الشاهد لم يقبل فيه التعديل، إلا أن يكون الأمر الذي علمه من الجرحه به قد طال، فيسأل عنه، ويقبل فيه التعديل كما قال في التفسير، ومعنى ذلك إذا ثبت عنده توبته من الجرحه التي علمه بها بشهادة

شاهدين عدلين، وإخبار ممن يوثق^(١٨٤) بقوله، وقال بن كنانة: إذا عرفه القاضي بجرحة ووجد من يعدله فليرفع ذلك ألى الإمام يكون هو الناظر فيه، لأنه يستشنع من القاضي أن يرد شهادته وهو يجد من يعدله. وقال عيسى ابن دينار لا يرفع شهادته ويردها كما قال ابن القاسم، ولا يحكم بشهادة الشاهدين، وإن علم أنهما شهدا بحق، إذا علم بجرحتهما، لأنه إذا فعل ذلك كان قد حكم بعلمه لا بشهادة الشاهدين وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجواب

وسئل عن الحمل بأي شيء يعلم أن لحملها ستة أشهر حتى تحجب عن القضاء في مالها بمنزلة المريض، وفي غير ذلك، أبقولها أم بماذا؟ قال ابن القاسم: نعم بقولها، ولا يرى ذلك النساء، ولا يسألن عنه، ولا يلتفت^(١٨٥) إلى قولهن فيه، القول قولها، وهي بنفسها أعلم، قال أصبغ: ويأثقالها إذا أثقلت، قال عز وجل: ﴿فَلَمَّا أَثَقَلَتْ دَعَا اللَّهُ رَبَّهُمَا لَئِن آتَيْنَا صَالِحًا﴾^(١٨٦). فهو مرض.

قال محمد بن رشد: هذا مثل قول مالك في موطنه إن الحامل إذا مضى لحملها ستة أشهر لم يجز لها قضاء إلا في ثلث مالها، وإنما تصدق في الإثقال إذا أقرت به على نفسها قبل الصدقة وما أشبهها مما لا يجوز للمريض فعله. وأما إذا ادعت ذلك بعد، فلا تصدق إلا أن يعلم صدق قولها، وقد مضى في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب التخيير والتملك زيادة في معنى هذه المسألة وبالله التوفيق.

(١٨٤) في ق ٣ وت: يثق.

(١٨٥) في الأصل: يلتفتن، وهو تحريف.

(١٨٦) الآية ١٨٩ من سورة الأعراف.

مسألة

قال عيسى: وسألت ابن القاسم عن رجل ابتاع جارية فولدت منه أولاداً. وقد كان الرجل يخبر الناس أنها امرأته تزوجها، وقد كان يحلف بطلاقها ثم مرض الرجل فأشهد لها أن لها قبله خمسين ديناراً بقیةً من مهرها، وتصديق عليها بأشياء في مرضه، ثم صحَّ الرجل فعاش بعد ذلك نحواً من سنة، ولا يذكر من ذلك شيئاً، ثم مرض فمات. قال ابن القاسم: لها ثمنها في ماله، وهي امرأته، يرثها وترثه، ولها ما كان أقرَّ لها به في مرضه الأول من بقیة مهرها، تأخذه من ماله إذا (١٨٧) كان قد صحَّ من مرضه الأول كما ذكرت، وأما ما كان تصدق به عليها في مرضه الأول فليس لها منه قليل ولا كثير، إلا أن تكون قد قبضته منه في صحته وحازته فهو لها. قال: وإن مات في مرضه الأول الذي أقرَّ لها فيه بما أقرَّ، وتصدق عليها به بما تصدق، فلا مهر لها ولا صدقة. إلا أن يجيزهما الورثة، ولها الميراث بما كان شهد لها عليه من إقراره قبل ذلك في صحته أنها امرأته، وأنه قد كان يحلف بطلاقها.

قال محمد بن رشد: في قول ابن القاسم في هذه المسألة لها ثمنها في ماله، وهي امرأته يرثها وترثه، نص جلي على أنه رأهما زوجين يتوارثان بإقراره في صحته بنكاحها إلى ما كان يحلف به (١٨٨) من طلاقها مع كونها في ملكه وتحت حجابها، وأنها قد ولدت له أولاداً بعد إقراره بنكاحها وإن لم يعلم منها في حياته إقراره له بالنكاح. وقد قيل: إن

(١٨٧) في ت: إذ.

(١٨٨) في ت، بطلاقها.

الميراث إنما وجب لظهور الولد بينهما بعد إقراره بنكاحها، لا لكونها في ملكه وتحت حجابها لكونها على ذلك في الأصل لحق الملك وهو صحيح من التأويل، ولو كانت بائنة عنه في مسكنها لم يرث واحد منهما صاحبه إذا لم تقم بينة على أصل النكاح إلا أن يكونا متقاررين جميعاً على النكاح في صحتهما مع طول الأمر واشتهاره. قاله ابن القاسم في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب النكاح، وفي ذلك اختلاف قد ذكرناه هناك (١٨٩) وسيأتي تحصيله في رسم الأفضية من سماع يحيى من كتاب الشهادات إذا مررنا به إن شاء الله. وقوله: إن لها الخمسين ديناراً التي أقر لها بها في مرضه من بقية مهرها إذا لم يمت من ذلك المرض صحيح، إذ لا فرق بين أن يقر لها به وهو صحيح، وبين أن يقر لها به وهو مريض ثم يصح بعد ذلك وقوله: إنها لا شيء لها مما تصدق به عليها وهو مريض، وإن صح بعد ذلك إلا أن تقبض ذلك في صحته صحيح، لأن الصدقة تفتقر إلى الحيازة في صحة المتصدق، كانت على وارث أو أجنبي، بخلاف الإقرار بالدين، ذلك ينفذ في الصحة للوارث وغير الوارث، وفي المرض إلا لمن يتهم عليه من الورثة، ففي قوله وإن مات من مرضه الأول الذي أقر لها فيه بما أقر وتصدق عليها به بما تصدق فلا مهر لها نظر، لما في المسألة من أنه قد ولد له منها أولاد، وإن لها الثمن، والولد يرفع التهمة عنه في إقراره لها ببقية الصداق إذا لم يتهم فيها بصباة وميل إليها، إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً، أو جميعهم صغار منها وهن إناث، ويبعد (١٩٠) أن يكون أراد ذلك، فمعنى ما تكلم عليه والله أعلم، إذا كان الولد الذي ولد له (١٩١) منها قد مات (١٩٢) فورث بغير ولد وبالله التوفيق.

(١٨٩) في ق ٣ و ت: هنالك.

(١٩٠) في ت: وبعيد.

(١٩١) لفظ (له) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

(١٩٢) في الأصل: ماتوا، والصواب ما أثبت.

مسألة

وسألته عن القاضي يقر عنده الرجل فيكتب إقراره، ثم ينكر الرجل أن يكون أقر عنده بشيء، وهل يقضي عليه بإقراره عنده؟ أو هل يختلف إن قال القاضي أقر عندي من قبل أن استقضى؟ قال ابن القاسم: رأبي والذي آخذ به في ذلك وهو الذي سمعت، أنه لا يقضي عليه حتى يشهد على إقراره عنده شاهدان عدلان سوى القاضي، وإلا لم يقض عليه بشيء، وإنما هو بمنزلة ما اطلع فيه عليه من الحدود يعلمها، فهو لا يقيمها عليه إلا أن يكون معه شاهدان عدلان سواه، فإن لم يكن كذلك رفعه إلى من هو فوقه، وكان هو شاهداً، وسواء في هذا أقر عنده فيما زعم القاضي وهو قاضٍ، أو قبل أن يستقضي، وإن عزل القاضي فشهد عليه بإقراره عنده، فهي شهادة يعمل بها (١٩٣)، كما يعمل بها (١٩٤) لو شهد بها عليه عنده غيره قبل أن يعزل، إن كان معه أحد سواه ثمت، وإن لم يكن غيره سقطت، إلا أن يكون من الأشياء التي تكون فيها اليمين مع الشاهد، فيحلف المشهود له مع شهادته أن حقه حق، ثم يستحق حقه، وهو بمنزلة شاهد من الشهود، وإن جهل القاضي فقضى عليه بإقراره عنده، فإني أرى له أن يرد ذلك ما كان على القضاء بحاله ويرجع فيه، فإن عزل لم أر أن يرد ذلك من يكون بعده ولا يفسخ قضيته، كان جهل ذلك أو تعمده، لأنه مما يختلف إلا أن يكون إقراره عنده إنما هو من قبل أن يستقضي، فلما استقضى حكم عليه بذلك الإقرار،

(١٩٣) في ق ٣: فيها، ولعلها تحريف.

(١٩٤) في ق ٣: فيها، ولعلها تحريف.

فإن هذا يرد ويفسخ على كل حال، وهو في غير هذا يختلف، لأن إقراره عنده وهو قاضٍ قد اختلف الناس فيه، والآخر لم يختلف الناس فيه، إنه ليس بشيء ولا يقطع به.

قال محمد بن رشد: حكم القاضي على الرجل بما أقر به عنده دون بينة تشهد عليه بإقراره عنده، ينقسم على ثلاثة أقسام: أحدها أن يقر عنده قبل أن يستقضي. والثاني أن يقر عنده في غير مجلس الحكم بعد أن استقضى. والثالث أن يقر بين يديه لخصمه في مجلس حكمه، فأما إذا أقر عنده قبل أن يستقضي فلا اختلاف بين أحد من أهل العلم في أنه لا يجوز له أن يحكم عليه بذلك الإقرار، فإن فعل رد ذلك الحكم وفسخه هو ومن بعده من القضاة والحكام، وأما ما أقر به عنده بعد أن يستقضي في غير مجلس القضاء فلا اختلاف في المذهب في أنه لا يجوز له أن يحكم عليه بذلك الإقرار دون بينة تشهد^(١٩٥) به عليه. وأهل العراق يقولون إنه يقضي عليه بذلك الإقرار دون بينة، بخلاف الحدود على ما قال في المدونة^(١٩٦) من أن أهل العراق فرقوا بين الإقرار والحدود، فقالوا ينفذ الإقرار في ولايته، ولا ينفذ الحدود، وقد حكى عنهم أنه يقضي بعلمه في الحدود وهو بعيد، فإن قضى عليه بذلك الإقرار نقض حكمه بذلك ما لم يعزل على المشهور في المذهب، ولم يرد من بعده من القضاة والحكام مراعاة لقول أهل العراق. وأما ما أقر به عنده أحد الخصمين في مجلس قضائه ثم جحد ولا بينة عليه فالاختلاف فيه موجود في المذهب، وإن كان ابن المواز قد ذكر أنه لا اختلاف في ذلك بين أصحاب مالك. قال ابن الماجشون: الذي عليه قضائنا بالمدينة، وقاله علماؤنا، ولا أعلم مالكا رحمه الله قال غيره، أنه يقضي عليه بما سمع منه وأقر به عنده، وإليه ذهب مطرف وأصبغ وسحنون.

(١٩٥) في الأصل: يشهد بالياء المثناة تحت، والأنسب بالتاء المثناة فوق.

(١٩٦) انظر م: ٤ ص ٧٨.

قال محمد بن رشد: وهو بدليل قول النبي عليه السلام في الحديث الصحيح «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ». الحديث إلى قوله: فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ» (١٩٧) لأنه قال: على نحو ما أسمع منه، ولم يقل على ما يثبت عندي من قوله. والمشهور في المذهب أنه لا يقضي عليه إذا جحد، وهو قوله في هذه الرواية، إلا أن يشهد عليه عنده من حضر مجلسه فيحكم عليه بالشهادة دون إعدار، قاله ابن العطار (وفي ذلك اختلاف) (١٩٨). وقوله: فإن جهل القاضي فقضى عليه بإقراره عنده فإني أرى له أن يرد ذلك ما كان على القضاء بحاله، معناه إن ظن (١٩٩) ذلك هو الصواب لجهله بالنظر، فقضى بذلك دون اجتهاد (٢٠٠) إذ ليس من أهل الاجتهاد، ودون تقليد أيضاً، إذ لا يقال فيمن قضى باجتهاده وهو من أهل الاجتهاد فيما سبيله الاجتهاد إنه جهل وإن خالفه في ذلك مخالف، وإنما يقال لمن خالفه إنه أخطأ لتقصيره في الاجتهاد، كما لا يقال أيضاً فيمن لم يكن من أهل الاجتهاد فقضى بتقليد إنه أخطأ إذ لم يكن منه الخطأ، وإنما كان من الذي قلده، واختلف إذ رأى (٢٠١) ذلك باجتهاده فقضى به ثم رأى خلافه، فالمشهور في المذهب أن القاضي إذا قضى بقضاء، ثم رأى ما هو أحسن منه فإنه ينقضه ويرجع إلى ما رأى ما دام على ولايته وإن كان الذي قضى به أولاً مما اختلف الناس فيه. وقال ابن عبد الحكم: لم أسمع أحداً من أصحابنا اختلف في ذلك، وأنا لا أراه، وأرى قضاءه وقضاء غيره سواء، لا يرجع عما اختلف فيه إلى ما هو أحسن منه حتى يكون الأول خطأً بيناً صراحاً. واستحسن ابن حبيب ما أجمع عليه أصحاب مالك، ولم يعجبه ما انفرد به ابن عبد الحكم، وقد اختلف في تأويل ما وقع (في) (٢٠٢)

(١٩٧) رواه الستة وأحمد.

(١٩٨) عبارة (وفي ذلك اختلاف) ساقطة في الأصل والإصلاح من ق ٣ و ت.

(١٩٩) في ق ٣ و ت زيادة أن.

(٢٠٠) في الأصل: إسهاد، ولعل الصواب ما أثبتته.

(٢٠١) في الأصل: أراد، والصواب ما أثبتته.

(٢٠٢) حرف (في) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

المدونة (٢٠٣) من قول ابن القاسم، وإنما لا يرجع فيما قضت فيه (٢٠٤) القضاة مما اختلف الناس فيه، هل هو مثل الذي قال ابن عبد الحكم؟ أو مثل ما أجمع عليه أصحاب مالك سواء؟ فذهب الفضل إلى أنه ملائم لقول ابن عبد الحكم، وقال غيره: إنه مخالف له مثل ما أجمع عليه أصحاب مالك سواء، والأمر محتمل على رواية من روى وإنما لا يرجع - بفتح الياء - وأما على رواية من روى يرجع بضم الياء على ما لم يُسَمَّ فاعله، فلا يحتمل أن يكون مثل قول ابن عبد الحكم. قال (٢٠٥) سحنون: إنما يرجع في قضائه بما اختلف فيه إذا قضى به وهماً أو نسياناً وهو يرى خلافه. وأما إن (٢٠٦) كان ذلك رأيه يوم قضائه فلا يرجع فيه ويقضى في المستقبل بما رأى.

قال القاضي رضي الله عنه: والذي أقول به إن الخلاف في رجوعه عنه ما دام على القضاء بحاله إنما هو إذا قضى به وهو يراه باجتهاده يوم قضى به، وإن الخلاف في هذا جار على اختلافهم في تصويب المجتهدين، وأما إذا قضى بذلك وهلاً أو جهلاً أو نسياناً فلا يقع الخلاف في أنه يجب عليه أن يرجع عنه إلى ما رأى إذ قد تبين له خطؤه أولاً، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد وقضى بذلك بتقليد فلا يسع الخلاف في أنه لا يصح له الرجوع عنه إلى تقليد آخر، فقف على أنها ثلاثة أوجه: وجه يرجع فيه، ووجه لا يرجع فيه، ووجه يختلف رجوعه فيه. ولا اختلاف في أنه يرجع ما دام على قضائه فيما قضى به مما لم يختلف فيه على أي وجه، كان من اجتهاد أو جهل، أو وهل أو نسيان، وكذلك لا اختلاف في أنه يرجع فيما قضى به من قبله من القضاة إذا كان الذي قضى به خطأ لم يختلف فيه، فإن كان الذي قضى به مما قد اختلف فيه لم يردده من بعده.

(٢٠٣) انظر، م: ٤ ص ٧٦.

(٢٠٤) في ق ٣ وت: به.

(٢٠٥) في ق ٣ وت: وقال.

(٢٠٦) في ق ٣ وت: إذ.

وقيل: إنه يرده إن كان الخلاف فيه شاذاً. وذهب ابن الماجشون إلى أنه يرده وإن كان الخلاف فيه قوياً مشهوراً إذا كان ذلك خلاف سنة قائمة، واختلف في الحكم بترك الأمر وتجويزه، هل هو كالحكم في أنه لا يكون لمن بعده من الحكام أن يعرض فيه إلا أن يكون خطأ صراحاً لم يختلف فيه أم لا؟ فذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة^(٢٠٧) أنه كالحكم، لا يكون لمن بعده من القضاة أن يرده إلا أن يكون خطأ بيناً لم يختلف فيه. وقع ذلك في النكاح الأول منها، وذهب ابن حبيب إلى أنه ليس كالحكم، ولمن بعده أن يرده، وإن كان قد اختلف فيه. وقد روى عن أشهب أن القاضي إذا قضى على الرجل بإقراره عنده بعد أن يستقضي فهو بمنزلة قضاؤه عليه بإقراره عنده قبل أن يستقضي في أنه حكم مفسوخ يرده هو ومن بعده من القضاة وهو بعيد، لا سيما ولم يفرق بين أن يكون إقراره عنده بعد أن استقضى في مجلس القضاء، أو في غير مجلس القضاء. وقال في هذه الرواية: إن القاضي يكون شاهداً عليه عند غيره بما أقر به^(٢٠٨) عنده على نفسه لخصمه، وفي ذلك اختلاف. ذكر محمد بن المواز في كتابه أن قول ابن القاسم اختلف في ذلك، فقال لا يجوز، وقال يجوز، والأول أحب إلينا لأنه كأنه يثبت حكم نفسه. وأما شهادته عليه بإقراره عنده في غير المخاصمة فلم يختلف في إجازتها.

قال القاضي رضي الله عنه: يريد أن قول ابن القاسم لم يختلف في إجازتها. وقد اختلف قول مالك في ذلك، روى عنه ابن الماجشون أن الرجل لا يشهد على الرجل بما سمح من إقراره على نفسه وإن استوعبه إلا أن يشهده على نفسه، وإلى هذا الاختلاف أشار في المدونة^(٢٠٩) بقوله: وأما قول مالك الأول. فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال: أحدها لا يشهد بما أقر به عنده في المخاصمة ولا في غير المخاصمة.

(٢٠٧) انظر م: ص ١٥٣. ١٥٥.

(٢٠٨) لفظ (به) ساقط في الأصل وثابت في ق ٣ و ت.

(٢٠٩) انظر م ٤ ص ٧٠.

والثاني أنه يشهد عليه في الوجهين. والثالث أنه يشهد (عليه) (٢١٠) بما أقر عنده في غير المخاصمة، ولا يشهد عليه فيما أقر به عنده في المخاصمة، وهو اختيار محمد بن المواز وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

قال عيسى: وسألت ابن القاسم عما رفع إلى القضاة من أموال اليتامى، هل يستودعها لهم أم يضمنها لهم؟ فقال: إن الضمان الذي يصنع بعض الناس وأهل العراق أن يضمنوه أقواماً يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها حرام لا يحل، والسنة فيها أن يستودعها من يثق به إذا لم يكن لهم أوصياء، فإن كان (لهم) وصي (٢١١) لم تخرج من يده إن كان ثقة، وإن كان غير ثقة أخذها القاضي واستودعها من يثق به، وأرى أن يدفعها إلى من يتجر لهم بها، ويكون ذلك نظراً لهم، إذا لم يكن لهم وصي والقاضي وصي من لا وصي له.

قال القاضي: هذا بين علي ما قال إن الوجه في أموال اليتامى أن ينظر لهم فيها بأن تدفع إلى من يتجر لهم فيها تطوعاً ابتغاء الأجر والثواب، أو على سبيل القراض إن لم يوجد من يتطوع بذلك لهم، لقول عمر بن الخطاب: «اتجروا بأموال اليتامى لا تأكلها الزكاة» (٢١٢) فإن لم يكن ذلك أودعت عند من يوثق به، فإن تعدى عليها المودع فتسلفها ضمنها، وسقطت عن اليتامى زكاتها، ولم يحل أن يضمن أحداً على أن يكون للذي يضمنها ربحها، لأن ذلك سلف لغير الله، لم يبتغ به المقرض إلا منفعة لنفسه لا

(٢١٠) لفظ (عليه) ساقط في الأصل والمعنى يقتضيه.

(٢١١) في الأصل: أوصياء، مع إسقاط لهم. والإصلاح من ق ٣ و ت.

(٢١٢) رواه مالك في باب الزكاة. انظر شرح الزرقاني على الموطأ ج ٢ ص ١٠٣.

منفعة المقرض، فحرم ذلك لنهي النبي عليه السلام عن سلف جر منفعة...» (٢١٣) إذ هو في معنى الربا المحرم بنص التنزيل، وهو أن يكون للرجل على الرجل الدين فإذا حل قال له: إما أن تقضي، وإما أن تربني، فإذا لم يحل أن يؤخره بدينه على أن يزيده فيه، لأنه سلف قصد به منفعة نفسه، فكذلك لا يحل أن يسلف الرجل الرجل الذهب ليحرزه في ضمانه، ومن فعل ذلك فهو مرب آثم.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يجحد نسب رجل أنه أخوه، فقال: ينبغي للقاضي أن يسأله، فإن أنكر وجحد ثم ثبت له ذلك قبله ببينة أخذ له بحقه، ولا عقوبة على هذا في إنكاره.

قال محمد بن رشد: رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها: إنما سقط الحد عن الأخ المنكر له، لأنه لم يقصد قصد القذف، وإنما دفعه عن مال، فكان معنى جحوده إياه أي ليس لك معي في هذا المال حق، وليس ذلك بصحيح، وإنما معنى المسألة أنه قال ذلك في أخ طراً عليه، لم يكن مقراً به قبل، ولذلك قال: إنه لا عقوبة على هذا في إنكاره، ولو جحد نسب أخ كان مقراً به قبل لوجب عليه الحد، ولم يكن له عذر في أنه لم يقصد القذف، وإنما دفعه عن مال، وكذلك (٢١٤) قد قال محمد وهو بين، فقد قال في المدونة: إن من قال لرجل: لست أعرف أباك وهو يعرفه فعليه الحد، وهذا بين منه، وقد أوجبوا في التعريض الحد، فكيف بهذا وهو تصريح وبالله التوفيق.

(٢١٣) وفي رواية الحارث بن أبي أسامة من حديث علي (رض) أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر منفعة «انظر نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار، ج ٥، ص ٣٥١.

(٢١٤) حرف (قد) ساقط في ق ٣ و ت.

مسألة

وسئل عن الشريكين يدعيان قبل رجل شيئاً فأمرهما القاضي أن يستخلفا أو يخاصمه أحدهما يوصيان بذلك فيقولان من حضر منا فهو خليفة الغائب أينما حضر، فهو يخاصم عن صاحبه، قال لا يمكنهما من ذلك، لأنني سمعت مالكا، وسئل عن رجل خاصم رجلاً في حق له، وقاعده عند السلطان ثم أراد أن يوكل، قال: ليس ذلك له إلا من علة؛ وسئل عن ورثة رجل ادعوا منزلاً بيد رجل وهم جماعة، أيخاصمه كل واحد منهم لنفسه؟ قال: بل يرتضون جميعاً بمن يخاصمه، ويدلوا إليه بحججهم يخاصم عنهم، وليس يخاصمه هذا وهذا، لأنه أمر واحد، أو يحضرون إليه جميعاً فيدلون بحججهم، فأرى ذلك لهم، فأما أن يتعاوروه، هذا يوم وهذا يوم، فليس ذلك لهم.

قال القاضي (٢١٥): هذا بين علي ما قال، لأن الورثة فيما يطلبون عن موروثهم، والشركاء فيما يطلبون عن أنفسهم بمنزلة الرجل الواحد، فكما لا يجوز للرجل الواحد أن يوكل وكيلين على الخصام يتعاوران خصمه إذا غاب أحدهما حضر الآخر، ولا أن يوكل وكيلاً يخاصم معه إذا غاب حضر وكيله وإذا غاب وكيله حضر هو، فكذلك لا يجوز للشركاء (ولا للورثة) (٢١٦) أن يتعاوروا خصمهم بالخصام، لما في ذلك من الإضرار به، لأنه يخاصم أحدهم حتى إذا انتفى عليه ويوجه له القضاء غاب عنه، وأتى صاحبه بحجة يستحدثها. ولهذا المعنى لم يكن لمن ناشب خصمه الخصام وقاعده عند السلطان أن يوكل من يخاصم عنه، ولا أن يعزل وكيلاً قد وكله فيوكل غيره، أو يتولى هو الخصام بنفسه، إلا أن يكون له عذر من

(٢١٥) في ت: محمد بن رشد.

(٢١٦) عبارة (ولا الورثة) ساقطة في الأصل وثابت في ق ٣ و ت.

سفر حضر، أو مرض حدث، أو يكون خصمه قد أسرع إليه واستطال عليه، فيحلف ألا يخاصمه فيكون له أن يؤكل، أو يكون قد ظهر إليه من وكيله ميل مع خصمه ومسامحة في حقه، فيكون له أن يعزله ويولي غيره، أو يخاصم لنفسه. وهذا ما لا اختلاف فيه أعلمه، ومعنى قوله: وقاعده عند السلطان، يريد المرات الثلاث ونحوها أو يكون قد انتفى عليه فيما دونها. هذا معنى قوله الذي حمله عليه كل من ألف في الأحكام من المتأخرين وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن القاضي يكتب إلى القاضي في الحقوق والأنساب والمواريث وما أشبه ذلك، فيكتب أتاني فلان بشهود عدلوا عندي، وقبلت شهادتهم، ولا يسميهم في كتابه، أيجوز؟ قال: نعم يجوز، وهذا قضاء القضاة. أرأيت إن سماهم له ليعرفهم؟ أم يبتغي عدالة أخرى ويسأل عنهم؟ أم يستأنف فيهم حكماً غير ما قد حكم فيه وفرغ منه؟ ليس ذلك كذلك. قال العتبي: قد قيل إنه ينبغي له أن يسمي البينة في الحكم على الغائب ليجد سبيلاً إلى دفع شهادتهم عنه، وهو عندي بين إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قوله، إنه ليس على القاضي إذا كتب إلى القاضي بما ثبت عنده من الحقوق والأنساب والمواريث أن يسمي له في كتابه الشهود الذين ثبت بهم ذلك عنده صحيح، إذ لا ينظر القاضي المكتوب إليه في عدالتهم، وإنما يمضي ما أخبره به في كتابه من ثبوت ذلك عنده فيقضي به على المحكوم عليه عنده، إلا أنه يجب عليه إذا خاطب بذلك أن ينفذه عند نفسه بتسمية الشهود، ويضع ذلك في ديوانه، لأن من حق المحكوم عليه إذا قضى عليه القاضي المكتوب إليه أن يذهب

إلى القاضي الكاتب فيعذر إليه في الشهود الذين ثبت عنده بهم ذلك الحق الذي خاطب به، فإن جرحهم وأبطل شهادتهم رجع فيما حكم به عليه، هذا الذي ينبغي له أن يعمل إن كان لم يثبت عنده ما خاطب به في عقد. وأما إن ثبت ذلك عنده في عقد، فوجه الحكم أن يدرج إليه ذلك العقد أي كتابه، وبذلك جرى العمل، فيأخذ المحكوم عليه ذلك العقد، أو نسخته، فيذهب به إلى القاضي الكاتب ليطلع عنده البيينة عن نفسه فيرجع بما حكم به عليه إذا (٢١٧) أراد ذلك وقدر عليه. وقول العتيبي قد قيل إنه ينبغي أن يسمي البيينة في الحكم على الغائب إلى آخر قوله، وقع في بعض الروايات، ويسمى فيه في هذا الموضع على المسألة المتقدمة غلط، إذ ليس فيها أن البيينة لا تسمى في الحكم على الغائب، لأن كتاب القاضي إلى القاضي بما يثبت عنده على رجل في بلد المكتوب إليه ليس بحكم على غائب، فهي مسألة أخرى، والحكم فيها ما قد ذكرته بلا خلاف. وأما الحكم على الغائب فلا بد من تسمية البيينة فيه على القول بأن الحجة ترجى له، ليجد سبيلاً على رد القضية على نفسه بتجريح البيينة وهو المشهور في المذهب المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، فإن لم يسم البيينة في الحكم عليه فالقضية مردودة تفسخ ويستأنف الخصام فيها، قال ذلك أصبغ في الواضحة وغيرها، وهو صحيح على قولهم (٢١٨) أن الحجة ترجى له. وأما الحكم على الحاضر فلا يحتاج إلى تسمية الشهود فيه، إذ قد أعذر فيهم إلى المحكوم عليه إلا أن تسميتهم أحسن. قاله أصبغ، وبذلك مضى العمل. قال ابن أبي زمنين: الذي عليه الحكام تسمية الشهود، وهذا في الحاضر، وأما الغائب والصغير فلا بد من تسميتهم. وقد روي عن سحنون في المجموعة أن تسميتهم أيضاً في الحكم على الغائب لا يلزم، وإن كان ذلك أحسن، وهذا من قوله إنما يأتي على مذهب ابن الماجشون في أن (٢١٩) الغائب إذا حكم عليه لا

(٢١٧) في ق ٣ وت: إن.

(٢١٨) في ق ٣ وت: زيادة في.

(٢١٩) في الأصل: زيادة الحاكم.

ترجى له حجة، ولا مخرج له مما حكم به عليه بجرحة الشهود، إلا أن يكونوا نصارى أو عبيداً أو مولى عليهم. وقد مضى ذلك في رسم سن من سماع ابن القاسم، وقد روى عن سحنون أن ترك تسمية الشهود في الحكم على الغائب أفضل، قال: لأنه قد يحكم القاضي بشهادتهم وهم عدول، ثم يحدث منهم أحوال قبيحة يعودون معها إلى الجرحه، فإذا عزل ذلك القاضي أو مات ادعى المحكوم عليه أن القاضي جار عليه وقبل غير عدول، وهذا على الأصل في أن الغائب المحكوم عليه لا ترجى له حجته، واستحسان صيغ الذي جرى به العمل من تسمية الشهود في الحكم على الحاضر، معناه على القول بأنه يعجز، ولا تسمع له (٢٢٠) بينة بعد الحكم إن أتى بها مراعاة لقول من يقول لا يعجز ويسمع له (٢٢١) إن أتى بينة لم يعلم بها، وهذا من نحو قول مالك في الذي يرى خطه في الكتاب ولا يذكر الشهادة أنه يؤديها ولا تنفع، وأما على القول بأن بينته تسمع منه بعد الحكم عليه فلا بد من تسمية البينة وبالله التوفيق.

مسألة

قال عيسى: وسئل ابن القاسم فقيل: لأي شيء وضعوا تسمية من يجرح من الشهود في كتابه، قال: لا أعرف من قضاء أحد أن قضياً كتب إلى قاضٍ بتسمية من يجرح عنده ولا سمعت به.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن القاضي ليس عليه أن يكتب في حكمه على الغائب إذا خاطب بذلك إلى قاضي موضع (٢٢٢) وكان قد شهدت له بينة فجرحت، وذلك مثل أن يثبت رجل

(٢٢٠) في ق ٣ وت: يسمع منه.

(٢٢١) في ق ٣ وت: منه.

(٢٢٢) موضعه.

ديناً على ميت وأحد ورثته غائب فيدعى الحاضر أن الميت قد قضاه ويقيم على ذلك بينه فيجرحها المدعي فيقضي له القاضي بحقه بعد اليمين أنه ما قضاه ويكتب له إلى موضع الوارث الغائب بتسمية من يجرح عنده من الشهود إن كانوا قد جرحوا عنده لأن الشهود إذا جرحوا لا يعمل فيهم التعديل، لأن شهادة المجرحين أعمل من شهادة المعدلين، فلم يكن للمحكوم عليه في تسميتهم وجه منفعة، وإذا عدل الشهود عمل فيهم التجريح، فلذلك يجب أن يكتب أسماء الذين عدلوا ولا تكتب أسماء الذين جرحوا، وجب عليه أن يكتب أسماء المجرحين لهم، لأنه إذا سماهم في الحكم عليه وجد سبيلاً إلى تجريحهم فسقطت الجرحة بذلك على شهوده وبقوا على أصل العدالة، وهذا في الحكم على الغائب، وفي كتابه إلى القاضي بذلك. وأما في الحكم على الحاضر فقد مضى في المسألة التي قبل هذه أن تسميه الشهود الذين عدلوا لا تجب في ذلك، إذ لم يحكم عليه إلا بعد الإعذار إليه، فكيف في تسمية الذين جرحوا، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن القاضي يكتب إلى القاضي في رجل بصفته واسمه ونسبه في حق عليه، فيجد القاضي رجلين أو ثلاثة في ذلك البلد أسماؤهم وصفاتهم متفقة، أ يختار صاحب الكتاب ويأخذ من ذكر أنه منهم أم ماذا يصنع فيه؟ فقال: لا يختار صاحب الكتاب أحداً منهم، ولا يكون له شيء حتى يثبت أنه أحدهم، أو لا يكون في ذلك البلد أحد غيره كذلك، فحينئذ يستوجه عليه حقه، إلا أن تكون له حجة.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أنه إذا وجد بالبلد رجلين أو ثلاثة على تلك الصفة أنه لا يصدق في الذي يدعى منهم إلا أن يثبت ذلك؛ واختلف إن سأل من الذي يدعى عليه منهم أنه هو حميلاً حتى يأتي بالبينة. فقيل: إنه لا يعدي عليه بحميل. وهو قول ابن

القاسم في المدونة. وقيل إنه يعدي عليه إن لم يؤمن^(٢٢٣) غيبته، ولم يكن من أهل الوفر والملا، وهو قول مطرف وابن الماجشون وأصبع، وإذا وجد بالبلد رجل واحد على تلك الصفة كشف القاضي على^(٢٢٤) الأمر، فإن لم يوجد بالبلد على تلك الصفة غيره أعداه عليه، وإن وجد به سواه لم يكن له على واحد منهما سبيل إلا أن يثبت على أحدهما أنه هو، وإن ترك القاضي ما يومر به من الكشف عن ذلك، فقيل: إنه لا يؤخذ بالحق حتى يثبت الطالب أنه ليس بالبلد من هو على تلك الصفة سواه، وهو دليل قول ابن وهب في سماع زونان، والشهادة في هذا لا تكون إلا على العلم، وقيل: إنه يؤخذ به إلا أن يثبت هو أن بالبلد من هو على تلك الصفة، وهو ظاهر قول أشهب في سماع زونان بعد هذا، ورواية عيسى عن ابن القاسم في المدونة^(٢٢٥) وسيأتي هناك بقية الكلام على المسألة إن شاء الله.

مسألة

وسئل عن الرجل يثبت حقاله عند القاضي على رجل غائب ويريد الخروج في ذلك أو يؤكل، أيستحلفه؟ قال: يستحلفه في الوجهين جميعاً خرج أو وكل أنه ما اقتضى ولا أحال ولا قبضة بوجه من الوجوه، ثم يكتب له بوكالته إن وكل ويثبت عنده. وقاله أصبع بن الفرغ عن ابن القاسم.

(٢٢٣) في ق ٣ وت: تؤمن، بالتاء المثناة فوق.

(٢٢٤) في ق ٣ وت: عن.

(٢٢٥) في ق ٣ وت: المدنية، ولعل ما فيها هو الصواب، لأن بحثت عن هذا النص في

مظانه في المدونة فلم أعثر عليه. والمدنية: كتاب نفيس لعبد الرحمان بن دينار، وقد

عرضه على ابن القاسم، وفيه أشياء من رأي هذا الأخير. انظر: ترتيب المدارك

للقاضي عياض ج ٤ ص ١٠٤. ١٠٥.

قال القاضي (٢٢٦) رحمه الله قد قيل: إنه ليس على الإمام أن يستحلفه في الوجهين جميعاً، خرج أو وكل، ويكتب له دون يمين، لأنه يقول للإمام لا تحلفني فلعله لا يدعي علي أنه قضى لي منه شيئاً، وهو ظاهر ما في رسم حمل صبيّاً من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات، وما في نوازل أصبغ منه، فإن كتب لوكيله على هذا القول دون أن يستحلفه فقدم عليه، فادعى أنه قد دفع إليه جميع الدين أو بعضه، فإن كانت غيبته قريية على مسيرة اليومين ونحوهما أحر حتى يكتب إليه فيحلف، وإن كانت غيبته بعيدة لم يؤخر، وقضى عليه بالدين، ولم يؤخر إلى لقاء صاحبه، وهو نص قول محمد ابن عبد الحكم، ومعنى قول ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات، وقول أصبغ في نوازل منه، وعلى ما في نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات في الذي يوكل الرجل على طلب عبد له في بلدة أخرى (٢٢٧) فيقيم عليه البينة أنه للذي وكله أن الإمام لا يقضي له به حتى يحلف الموكل أنه ما باع، ولا وهب، فإن كان قريباً أمر أن يأتي به حتى يحلف، وإن كان بعيداً كتب إلى إمام بلده الذي ثبت عنده توكيله، وأمره أن يحلفه، فإذا أتاه جواب كتابه بأنه قد حلفه قضى به لوكيله، لا يقضي للوكيل بالدين حتى يكتب إليه فيحلف في موضعه الذي هو فيه. وقد ذهب بعض المتأخرين إلى التفرقة بين المسألتين بأن قال: إن اليمين في مسألة العبد من تمام الشهادة فهي يمين يوجبها الحكم فلا يقضى له بالعبد إلا بعد اليمين، وفي مسألة الدين ليس اليمين من تمام الشهادة ولا مما يوجبها الحكم، وإنما تجب بدعوى الغريم القضاء، فيقال له: أدّ الدين إلى الوكيل واستحلف صاحبك، إذ الغيبة بدعواك. وذهب ابن أبي زيد إلى حمل المسألتين بعضهما على بعض، وهو بين من مذهب أصبغ، لأن ابن حبيب حكى عنه في الواضحة في مسألة العبد أنه يقضى به للوكيل في غيبة الموكل إذا كانت بعيدة، ولا

(٢٢٦) في ت: محمد بن رشد.

(٢٢٧) في ق ٣ و ت: ببلد آخر.

يحبس عنه من أجل اليمين. فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أنه يقضى للوكيل في المسألتين جميعاً ولا يؤخر القضاء له بسبب اليمين. والثاني أنه لا يقضى له في المسألتين جميعاً حتى يكتب إليه فيحلف. والثالث الفرق بين مسألة العبد، ومسألة الدين؛ وفي المسألة قول رابع أن الوكيل يحلف على العلم وحيث يقضى له، قاله ابن كنانة في المجموعة، وابن القاسم في المدونة^(٢٢٨) وهذا كله في الغيبة البعيدة، وأما الغيبة القريبة فلا اختلاف في أنه لا يقضى له إلا بعد يمينه في المسألتين جميعاً^(٢٢٩) هذا تحصيل القول عندي في هذه المسألة وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل يثبت حقه عند القاضي، أيعطيه كتاباً إلى أي قضاة الآفاق كان ولا يسمى فيه أحداً، لا قاضياً بعينه ولا بلداً بعينه؟ قال: نعم، وأرى ذلك يجوز إذا أثبت^(٢٣٠) البينة عند القاضي الذي دفع إليه الكتاب أنه كتاب القاضي الذي بعث به وكتبه، مثل الرجل يطالب غريمه ولا يدري بأي الآفاق هو أو أين يلقاه، أو العبد الأبق وما أشبه ذلك، وقاله أصبغ عن ابن القاسم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أنه إذا لم يدر حيث هو غريمه الذي أثبت دينه قبله، أو حيث يجد عبده الأبق فإن الإمام يكتب له دون تسمية، يقول في كتابه: كتابي إلى من ورد عليه كتابي هذا من القضاة والحكام بأي بلد كان من البلدان، فيكون حقاً على كل من ورد عليه ذلك الكتاب من القضاة أن يقضى به ويعمله دون خلاف، كما لا

(٢٢٨) في ق ٣ و ت: المدنية، ولعل هذا هو الصواب.

(٢٢٩) في ق ٣ و ت: في المسألتين جميعاً إلا... بتقديم وتأخير.

(٢٣٠) في ت: ثبت.

اختلاف أيضاً (أنه) (٢٣١) إذا كتب له إلى قاضي موضع فوجد ذلك القاضي قد مات أو عزل وولى غيره مكانه أنه يجب له إنفاذ ذلك الكتاب والعمل به. واختلف إذا كتب له إلى قاضي بلد بعينه وهو يظن غريمه بذلك البلد فألفاه بغير ذلك البلد، ورفع ذلك الكتاب إلى قاضي ذلك البلد، وهو غير القاضي المكتوب إليه. فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه لا ينظر له فيه، وقال أصبغ إنما معنى ذلك أنه لا يعرف بذلك البلد، ولو أثبت المدعي بيته في ذلك البلد أنه الرجل الذي حكم عليه القاضي الكاتب أنفذه هذا.

قال محمد بن رشد: والمعنى الذي ذهب إليه أصبغ أن من تمام الصفة أن يقول فيه الساكن ببلد كذا، أو الملتزم في صناعته كذا، فلا يوجد بذلك البلد، وفي (٢٣٢) تلك الصناعة بتلك الصفة والنسبة والتسمية سواء فيلزمه، فإذا رفع الكتاب إلى قاضٍ بغير ذلك البلد لم يدر لعل صاحبه في بلد المكتوب إليه، فوجب ألا يحكم له على من وافقت صفته من أهل بلده الصفة المذكورة في الكتاب حتى يثبت عنده أنه هو بعينه، وهو معنى صحيح، والظاهر من مذهب ابن القاسم أنه لا ينظر (له) (٢٣٣) بحال، لأن الذي كتب إليه الكتاب حتى يثبته عنده ويخاطبه به وبالله التوفيق.

(٢٣١) لفظ (أنه) ساقط في الأصل وثابت في ق ٣ و ت.

(٢٣٢) في ق ٣ و ت: وعلى.

(٢٣٣) لفظ (له) ساقط في الأصل وثابت في ق ٣ و ت.