

نص خليل
وَلَمْ يُخْرِجْ سَاكِنٌ لغيرِهِ إِلَّا بِشَرْطٍ أَوْ سَفَرٍ انْقِطَاعٍ أَوْ بَعِيدٍ.
باب الهبة تَمْلِيكٌ بِلَا عَوْضٍ وَلِثَوَابِ الآخِرَةِ صَدَقَةٌ وَصَحَّتْ فِي كُلِّ مَمْلُوكٍ يُنْقَلُ.

متن الخطاب ص: ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرطش: قال ابن عرفة: قال ابن الحاجب: ولا يخرج الساكن لغيره وإن غنيا. ابن عبد السلام: لما تكلم على حكم المساواة والترجيح قبل السكنى [تحدث على¹⁰¹⁵] ما إذا سكن أحدهم لموجب الفقر ثم استغنى، فإن ذلك الحكم لا يرتفع بارتفاع سببه وهو الفقر، ولعل ذلك لأن عودته لا تؤمن، وإلا فالأصل أن يخرج، وهذا في الوقف على غير معين. قال ابن عرفة: قلت: في لفظه ولفظ ابن الحاجب إجمال لأن ظاهر لفظهما، سواء كان الحبس على [عقب¹⁰¹⁶] ونحوه أو على الفقراء فسكن بعضهم لاتصافه بالفقر ثم استغنى أنه لا يخرج لغيره، وليس الأمر كذلك. قال ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم: من استحق مسكنا من حبس هو على الفقراء لفقره أخرج منه إن استغنى، وفي رسم أدرك من سماع ابن القاسم من استحق مسكنا من حبس هو على العقب وهو غني لانقطاع غيبة المحتاج ثم قدم أنه لا يخرج؛ لأنه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه، وروى الباجي لو سافر مستحق السكنى لبعض ما يعرض للناس كان له كراء مسكنه إلى أن يعود، ولو انتقل إليه أحد من أهل الحبس رد لمنزله، وأخرج منه من دخل فيه. انتهى من آخر كتاب الحبس منه. وقال الفاكهاني في شرح قوله في الرسالة: "ومن سكن فلا يخرج لغيره" ما نصه: إلا أن يرى الناظر إخراج وإسكان غيره مصلحة للحبس فله ذلك، لا سيما إن خاف من سكنه ضرا ومثل هذا جعل الناظر. انتهى من الشيخ زروق ناقلا له عن الفاكهاني. وهو ظاهر فتأمله. والله أعلم.

باب

ص: الهبة تملك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة ش: قال ابن عرفة: الهبة أحد أنواع العطية، وهي أي العطية تملك متمول بغير عوض إنشاء، فيخرج الإنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه، وتدخل العارية والحبس والعمري والهبة والصدقة. ثم قال: والهبة لا لثواب تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطى، وفي الهبة لكونها كذلك مع إرادة الثواب من الله صدقة أو لا قولاً الأكثر ومطرف حسبما يأتي ذكره في الاعتصار، وتخرج العارية والبيع، فقول المصنف: "الهبة تملك بلا عوض" يريد ولم تتمحض لثواب الآخرة، وذلك أعم من أن تكون لوجه المعطى فقط أو لذلك مع قصد ثواب الآخرة، فإن تمحضت لثواب الآخرة، فهي الصدقة، وهذا معنى قوله: "ولثواب الآخرة صدقة"

فائدة: ورد في الحديث: {داووا مرضاكم بالصدقة¹} سئل ابن رشد عن هذا الحديث ومعناه؟ فأجاب بأني لست أجد في نص من المصنفات الصحيحة، ولو صح/ فمعناه الحث على عيادة المرضى؛ لأن ذلك من المعروف وكل معروف صدقة فيحصل له السرور والدعاء له، ولا شك في رجاء الإجابة له والشفاء

50

الحديث 1- عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم داووا مرضاكم بالصدقة وحصنوا أموالكم بالزكاة وأعدوا للبلاء الدعاء، البيهقي في سننه، الكبرى، كتاب الجنائز، ج3 ص382، دار الفكر.

¹⁰¹⁵ * - في المطبوع فحث على وما بين المعقوفين من ابن عرفة مخطوط مكتبة أحمد سالك بن ابوه ص361.

¹⁰¹⁶ * - في المطبوع معقب وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ابن عرفة ص361.

متن الحطاب
 فينفعه في الدواء. قال البرزلي: وحمله بعض شيوخنا على ظاهره، وأنه إذا تصدق عنه ويطلب له الدعاء من المتصدق عليه [يرجى¹⁰¹⁷] له الشفاء. ذكره البرزلي في آخر مسائل الوصايا والمحجور، وهو في النوازل في باب الجامع، والحديث أخرجه الطبراني والبيهقي، وقال العراقي في تخريج [أحاديث¹⁰¹⁸] الإحياء حديث: {الصدقة تسد سبعين بابا من سوء¹}. ابن المبارك: في البر من حديث أنس بسند ضعيف: {إن الله ليدرأ بالصدقة سبعين بابا من ميتة سوء²}. والله أعلم. فرغ: قال في أثناء كتاب الهبة من المدونة: ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب لم يجز، إلا أن يكون سفيها أو صغيرا فيشترط ذلك عليه ما دام في ولاية فيجوز، وإن شرط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز كان ولدا للواهب أو أجنبيا. المشذلي: قال القاسبي عن [أبي¹⁰¹⁹] عمران: انظر ما معنى سفيها أو صغيرا وهما لا يجوز بيعهما شرطه أم لا؟ أبو عمران: لعله أراد أن لا تباع عليه إذا احتاج إلى النفقة؛ لأن لوليه بيع عروضه في النفقة فشرط أن لا تباع ويباع غيرها إن وجد. قال القاسبي: الهبة جائزة، وهي كالحبس المعين، [و¹⁰²⁰] لو وهب هبة لسفيه أو يتيم [وشرط¹⁰²¹] أن تكون يده مطلقة عليها، وأنه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط. انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن: حصل ابن رشد فيها في رسم إن خرجت من سماع عيسى خمسة أقوال: الأول: أن الصدقة والهبة لا تجوز إلا أن يشاء الواهب أن يبطل الشرط، فإن مات أحدهما بطلت، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية ومثل قول ابن القاسم في رواية سحنون. الثاني: أن الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته، وورثته بعده [مثله¹⁰²²] ما لم ينتقض أمره بموت الموهوب، وهذا القول يأتي على ما في مسألة الفرس. الثالث: أن الشرط باطل والهبة جائزة، وهذا يأتي على ما في المدونة في مسألة تحبب دار واشترط ترميمها على المحبس عليه.

الرابع: أن الشرط عامل والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة [بيد¹⁰²³] المتصدق عليه كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث، وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية وقول مطرف في الواضحة، وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن الرجل له أن يفعل في ملكه ما شاء. الخامس: أن يكون ذلك حبسا فإذا مات المتصدق عليه أو الموهوب له رجع إلى المتصدق أو ورثته أو أقرب الناس بالمحبس على اختلاف قول مالك. انتهى. والأقوال مبسوسة في كلام ابن رشد بأكثر من هذا، فراجعها في الرسم المذكور من السماع المذكور من كتاب الصدقات والهبات. والله أعلم.

الحديث

1- الاتحاف، ج 4 ص 167، دار الفكر.

2- الاتحاف، ج 4 ص 167، دار الفكر.

1017 في المطبوع ويرجى وما بين المعقوفين من ن عدود 50 وميأبى 36 ويم 50 وم 17 ويحيى 367.

1018 - سقط من المطبوع وميأبى 36 و م ص 17 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 50 ويحيى ص 21 ويم ص 22

1019 - في المطبوع و م ص 17 عن ابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص 21 ويم ص 22

وميايى 36.

1020 - سقط من المطبوع وميأبى 36 وم ص 17 ويم ص 22 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص 21.

1021 - في المطبوع أو شرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص 21 ويم ص 22 م ص 17 وميأبى 36.

1022 - سقط من المطبوع ويم ص 22 م ص 17 ويحيى ص 22 وميأبى 36 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50.

1023 - في المطبوع بين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 ويحيى ص 22 وم ص 18 ويم ص 22 وميأبى 36.

متن الخطاب
 فرع: قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن قال في وصيته أحجوا فلانا ولم يقل عني أعطي من الثلث بقدر ما يحج به، فإن أبي الحج فلا شيء له وإن أخذ شيئاً رده إلا أن يحج به. قال المشذالي: قال ابن عرفة: كان بعضهم يأخذ من هنا أن من أوصى لرجل بمال ليتزوج به فلم يفعل أنه يرجع ميراثاً، والذي عندي أنه ينظر إلى ما يفهم بالقرائن عن الموصي إن أراد الإرفاق والتوسعة عليه فيكون له وإن لم يتزوج، وإن أراد خصوصية النكاح رجع ميراثاً، وإن جهل الأمر فالأصل عدم تجاوز النكاح فإن انعدم رجع ميراثاً.

قلت: الظاهر أنها تجري على ما قال بعض الشيوخ في كتاب المكاتب فيمن أخذ مالا ليغزو به فلم يغز أنه يرد، وكذا ابن السبيل إذا دفع له مال ليتحمل به فلم يسافر أنه يرده، ومن دفع له مال ليقرأ فلم يفعل أنه يرده، وحكي أن الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة دفع له أبوه مالا ليقرأ عليه، فرأى أن غرض أبيه لم يحصل فرد له المال، وأخبره أنه لم يبلغ من القراءة غرضه، فأتى أبوه إلى بعض

الصالحين فشكا له أمره فدعا له، وقال اللهم افتح له المدونة كما فتحتها لسحنون. / المشذالي: والصالح الذي دعا له ذكر بعضهم أنه الشيخ أبو يعزى رحمه الله. قاله الشيخ أبو الحسن في كتاب المكاتب. وقال ابن رشد في أول نوازل [عيسى¹⁰²⁴] من الوكالات: وإذا صالح الوكيل عن الغريم من ماله فلم يجز الموكل الصلح فله أن يرجع بما دفع من ماله؛ لأنه إنما دفعه على أن يحط عن الغريم ما صالح على حطه، فإذا لم يحط كان له الرجوع، ولها نظائر كثيرة منها مسألة المكاتب في المدونة في قوم أعانوا مكاتباً ليفكوه، فلم يكن فيما أعانوه كفافاً أن لهم أن يرجعوا فيه إلا أن يجعلوا المكاتب في حل، ومن ذلك صلح من قتل رجلين أولياء أحدهما وأبى أولياء الآخر فإن له أن يرجع؛ لأنه إنما صالح على النجاة. قاله في سماع يحيى من الدعوى. انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن في مسألة الوصايا: يقوم منه أن من أعطى مالا لاشتغاله بطلب العلم أنه لا ينفقه في غير ذلك، وكذلك من توهم فيه صلاح أو غيره من وجوه الخير وهو يعلم أنه ليس كذلك أنه لا يجوز له أخذه، وانظر مسألة الحافظ التادلي، ويشير لما حكاه المشذالي عنه كما تقدم، وقال في النوادر في كتاب الهبات: ومن أعطي نفقة فقيل له تقو بها في السبيل فليشتر من ذلك القمح والزيت والخل وكل ما ينتفع به في السبيل، ولا يشتري به الدجاج ونحوه، وما فضل فرقه في السبيل أو رده إلى ربه إلا أن يقال اصنع به ما شئت هي لك فهذا إذا بلغ في غزوه صنع به ما يصنع في ماله، وأما إن قال له ذلك الوصي فلا يجوز ما قاله الوصي أن يفرقه في غير السبيل إلا أن يوصي إليه بمثل هذا. انتهى.

مسألة: إذا قال تصدقت بجميع ميراثي أو بميراثي على فلان، وهو كذا وكذا في الغنم والبقر والرمك والثياب والدور والأرضين إلا الأرض البيضاء فإنها لي، وفي تركته جنان لم ينص عليه قال أصبغ له كل شيء إلا ما استثناه إذا كان يعرفه، وأرى الجنان إن كان يعرفه داخلًا في الصدقة؛ لأنه إنما استثني الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان، إلا أن تكون الأرض هي الجنان عند الناس. قاله في رسم القضاء المحض من كتاب الصدقات من سماع أصبغ. قال ابن رشد: وهذا كما قال؛ لأنه قد تصدق عليه

مِمَّنْ لَهُ تَبَرُّعٌ بِهَا وَإِنْ مَجْهُولًا أَوْ كَلْبًا وَدَيْنًا وَهُوَ إِبرَاءٌ إِنْ وَهَبَ لِمَنْ عَلَيْهِ.

متن الخطاب بجميع ميراثه إلا الأرض البيضاء كما قال، فوجب أن يكون الجنان داخلا في الصدقة إلا أن يكون عند الناس من الأرض البيضاء كما قال. انتهى.

ص: ممن له تبرع بها ش: قال ابن عرفة: قال ابن شأس وابن الحاجب الواهب من له التبرع. قلت: ليس التبرع بأعرف من الهبة لأن العامي يعرفها دونه والأولى هو من لا حجر عليه بوجه. انتهى. قوله: "لا حجر عليه بوجه" يريد في القدر الذي [تصح¹⁰²⁵] له منه الهبة لقوله بعده: وتصح من المريض في ثلثه إذ لا حجر عليه فيه فتأمله. والله أعلم.

فرع: قال في أول كتاب الصدقة من المدونة: وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم [تخرج¹⁰²⁶] من يده حتى مات فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه؛ لأن حكم ذلك [وحكم¹⁰²⁷] ما أعتق الإيقاف ليصح المريض فيتم ذلك أو يموت فيكون في الثلث، ولا يتم فيه لقباض في المرض قبض ولو قبضه كان للورثة إيقافه، وليس لمن قبضه أكل غلته إن كانت له غلة ولا أكله إن كان مما يؤكل ولا رجوع للمريض فيه لأنه بتل خلاف الوصية، ولا يتعجل قبضه إلا على أحد قولي مالك في المريض له مال مأمون فينفذ ما بتل من عتق وغيره. انتهى.

ص: وإن مجهولاً ش: قال في المدونة: والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز [لا¹⁰²⁸] في البيع، ومن وهب لرجل موروثه من فلان، وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز. انتهى. ونقله في النوادر في كتاب الهبات والصدقات عن كتاب ابن المواز، وقال قبله: قال أبو محمد: وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة، وقال ابن عبد الحكم تجوز هبة المجهول ولو ظهر له أنها كثير¹⁰²⁹ بعد ذلك. انتهى.

فرع: قال في النوادر عن كتاب ابن المواز: وإن تصدق عليه ببيت/ من داره، ولم يسم له مرفقا فليس له منعه من مدخل ومخرج ومرفق بئر ومرحاض إن لم يسمه في الصدقة، وليس له أن يقول افتح بابا حيث شئت، وكذلك في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا وهب له [حائطا¹⁰³⁰] وله ثمر وزعم أنه إنما وهبه الأصل دون الثمرة، فإن كانت لم تؤبر فهي للموهوب له، وإن كانت مؤبرة فهي للواهب ويقبل قوله ولا يمين عليه. انتهى. قاله في كتاب الصدقة. وانظر كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الصدقات والبرزلي في كتاب الهبات فإنهما أطلا في ذلك، وذكرنا فروعا مناسبة. والله أعلم.

ص: وهو إبراء إن وهب لمن هو عليه ش: قال في المدونة: ومن وهبك ديناً له عليك فقولك قد قبلت قبض وإذا قبلت سقط، وإن قلت لا أقبل بقي الدين بحاله. أبو الحسن: وإن سكت فقولان، ويؤخذ

52

الحديث

1025 - * في المطبوع يصح وما بين المعقوفين من يم 50 ويحيى 368.

1026 - * في المطبوع يخرج وما بين المعقوفين من من يحيى 51.

1027 - * في المطبوع حكم وما بين المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 338.

1028 - في المطبوع إلا وما يابى 37 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 وم 18.

1029 - * في يم 51 له أنه كثير.

1030 - في المطبوع ويحيى ص 22 وم ص 18 حائط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 52 ويم ص 23 وما يابى 38

(حائطه).

نص خليل وَإِلَّا فَكَالرَّهْنِ وَرَهْنًا لَمْ يُقْبَضْ وَأَيْسَرَ رَاهِنُهُ.

متن الخطاب القولان من مسألة الأرض التي بعد هذا إذا افترقا ولم يقل قبلت فقال ابن القاسم الهبة ساقطة، وقال أشهب الدين لمن هو عليه وإن لم يقل ذلك حتى مات الواهب. انتهى. وقال في الشامل: وإن وهب الدين لمن هو عليه والوديعة لمن هي تحت يده فقبل مضى، وإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت الهبة على الأصح؛ كأن قال لا أقبل. انتهى. وقال البرزلي في مسائل الصدقة: وسئل أبو محمد عن من كان عليه دين فتركه صاحبه له، ولم يقل الذي عليه قبلت إلا أنه سمعه، ثم قام صاحب الدين يطلبه وقال إذا لم يقل قبلت فليس له شيء، فأجاب إذا قال المطلوب إنما سكت قبولا لذلك فالقول قوله. قال البرزلي: قلت: جعل السكوت هنا قبولا ويتعارض فيها مفهوم المدونة، ونقل كلامها المتقدم.

فرع: قال ابن عرفة ناقلا له عن الباغي: دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا. قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين. انتهى. وسيأتي كلامه برمته إن شاء الله.

ص: وإلا فكالرهن ش: أحال على الرهن ولم يتقدم له فيه شيء، وقال ابن الحاجب في باب الرهن وقبض الدين بالإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن، وقبله في التوضيح. ثم قال ابن الحاجب هنا في باب الهبة: وتصح هبة الدين وقبضه كقبضه في الرهن مع إعلام المدين بالهبة. قال في التوضيح هنا: قوله مع إعلام إلى آخره زيادة بيان؛ لأن قوله كقبض الرهن يغني عنه، ألا ترى أنه قال في كتاب الرهن وقبض الدين إلى آخره، ثم إن إعلام المدين إنما هو مع حضوره، وأما إن كان غائبا ففي المدونة يصح القبض إذا أشهد لك وقبضت ذكر الحق وهكذا تقبض الديون ولم يتعرض المصنف - يعني ابن الحاجب - لقبض الوثيقة.

قال في الهبة من المدونة: وإن كان دينه على غيرك فوهبه لك فإن أشهد لك، وجمع بينك وبين غريمه ودفع لك ذكر الحق إن كان عنده فهذا قبض، فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق وأشهد لك وأحالك كان ذلك قبضا، وحمله صاحب النكت على ظاهره من أنه إن لم يدفع ذكر الحق لا تصح الهبة بموت الواهب، كالدائر المغلقة إذا لم يعطه مفاتيحها حتى مات الواهب أنه لا يصح للموهوب شيء وإن أشهد له، وجعل دفع الوثيقة في وثائق ابن العطار من شروط الكمال، وظاهر قول المصنف: "مع إعلام المدين"، وقوله في المدونة: وجمع بينك وبين غريمه أن ذلك شرط، ويجب أن يحمل على أنه شرط كمال؛ لأنه قد حكى في البيان في الجزء الثاني من الصدقات الاتفاق على عدم اشتراطه فقال: ولا خلاف في أن الذي عليه الدين حائر لمن تصدق عليه به وإن لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو [حاضرا. انتهى¹⁰³¹] كلام التوضيح. فتأمل مع كلامه هنا، وقوله في التوضيح في آخر كلامه: وإن لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو حاضرا كذا هو في التوضيح، والذي في البيان إن كان المتصدق عليه غائبا أو حاضرا فقبل ذكره في رسم العشور من سماع عيسى فقف عليه.

فرع: فإن دفع الدين بعد علمه بالصدقة للمتصدق غرمه/ للمتصدق عليه. قال ابن رشد: ويرجع به

53

الحديث

نص خليل أو رَضِيَ مُرْتَهِنُهُ وَإِلَّا قُضِيَ بِفَكَهِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُعَجَّلُ وَإِلَّا بَقِيَ لِبَعْدِ الْأَجَلِ بِصِيغَةٍ أَوْ مُفْهِمَهَا وَإِنْ يَفْعَلُ كَتَحْلِيَّةٍ وَلَدِهِ لَا يَأْبُنْ مَعَ قَوْلِهِ دَارَهُ.

متن الخطاب على المتصدق به الذي دفعه إليه، وإن لم يعلم فلا غرم عليه، ورجع المتصدق عليه فأخذه من المتصدق. قاله في رسم العشور من سماع عيسى من الصدقات والهبات. فرع: فإن وهب ديناً وله عليه شاهد واحد فهل يحلف رب الدين أو الموهوب له؟ قال المشذالي في حاشيته على المدونة في الشفعة: لو وهب له ديناً وله به شاهد حلف الموهوب له مع شاهد الواهب واستحق الدين، وتقدم في السلم الثالث مسألة المرأة تهب كالثأب بعد موت زوجها مع ما يناسبها. انتهى. ويشير لما قاله في كتاب السلم الثالث في قوله: وإن ابتعت طعاماً فلم تقبضه حتى أسلفته، ومما يشبه هذا ما قاله فيمن اشترى سلعة من رجل ثم أنكر البائع ولم يجد المشتري؛ على الشراء إلا شاهداً واحداً، وكان قد تصدق بما اشتراه أن اليمين على المتصدق عليه لا على المشتري لأنه يقول لا أحلف ويأخذ غيري. حكاه الشيخ أبو الحسن في كتاب الولاء، وذلك خلاف ما أشار إليه صاحب الطراز عن الأبهري في امرأة تصدقت بكالء صداقها وقد أثبتته على زوجها الميت قال: لا يقبضه المتصدق عليه إلا بعد يمين المرأة أنها لم تقبضه ولا وهبته ولا أحالت به ولا تصدقت به خوفاً أن تكون إنما فعلت لتدفع اليمين عنها، وقال البرزلي في كتاب الهبات: رأيت معلقاً على فتوى ابن رشد في الهبة يحلف الواهب، وقد تقدم عن ابن عات إذا وهب الدين بشاهد واحد من [الحالف¹⁰³²]. انتهى. وما ذكره عن الشيخ أبي الحسن هو في شرح قوله في المدونة: ومن أقام بينة في دار أنها لأبيه، وقد ترك أبوه ورثة سواه. الشيخ: نزلت مسألة وهي أن رجلاً اشترى شيئاً ولم يقر على الشراء إلا شاهداً واحداً وتصدق بذلك الشيء، ثم قام البائع عليه فإن اليمين هنا على المتصدق عليه؛ لأن المشتري يقول لا أحلف وينتفع غيري، وهذا يظهر من مسألة الغرماء. انتهى. وانظر لو كان المشتري باعه ثم قام البائع على المشتري الثاني فهل اليمين عليه أو على المشتري الأول؟ وقد نزلت هذه المسألة فانظر ذلك. والله أعلم.

ص: أو رضي مرتتهنه ش: يريد وقبضه فأحرى إن لم يقبضه. والله أعلم.

ص: وإلا قضي عليه بفكه إن كان الدين يعجل ش: أي وإن لم يرض المرتهن بإمضاء الهبة بعد قبض الرهن قضي عليه بفكه إلى آخره، وظاهره سواء كان الواهب يجهل أن الهبة لا تتم إلا بتعجيل الدين أم لا. وقال في التوضيح: نص للحمي وابن شاس على أنه إذا كان ممن يجهل ذلك يحلف على ذلك، ولا يجبر على تعجيل الدين اتفاقاً. انتهى./

ص: بصيغة أو مفهمها ش: قال في الذخيرة: الركن الرابع السبب الناقل، وفي الجواهر هو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التملك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل. انتهى. وفي جعله الركن سبباً تأمل. ثم قال في الذخيرة: تنبيه: مذهب الشافعي [القبول على الفور¹⁰³³]، وظاهر مذهبنا يجوز على التراخي لما يأتي بعد من إرسال الهبة للموهوب قبل القبول

54

الحديث

¹⁰³² - في المطبوع الحلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 53 ويحيى ص 23 ويم ص 23 م ص 19 ومايأبى 39.

¹⁰³³ * - في المطبوع القبول فوراً على الفور وما بين المعقوفين من م 19 ويحيى 370 وسيد 9.

متن الخطاب والشافعي يقول لا بد من توكيل الرسول في أن يهب عنه ولم يشترط ذلك مالك، وقد وقع لأصحابنا أن للموهوب له التروي في القبول. انتهى. وانظر التوضيح في شرح مسألة هبة الوديعة للمودع. والله أعلم. تنبيه: تقدم في باب الحجر ويأتي في الوصايا أن الرقيق لا يحتاج إلى إذن سيده في القبول في الهبة والصدقة والوصية، وأن المصنف قال: لو قيل بمنعه من القبول للمنة التي [تترتب¹⁰³⁴] على السيد بسبب ذلك ما بعد، وانظر على هذا إذا وهب للصغير [أو تصدق عليه¹⁰³⁵] أو أوصي له هل لوليه رد ذلك أم لا؟ لم أقف على نص في ذلك، والظاهر أن للأب والوصي النظر في ذلك؛ لأن المال قد يكون حراما وقد يكون فيه منة على الوالد أو ولده ولا يجب ذلك، ولا كلام أن له الرد إذا كان يطلب عوضا عن ذلك من مال الولد، ثم رأيت في كتاب الأيمان من ابن يونس في شرح قوله: وإن حلف أن لا يأكل لرجل طعاما فدخل ابن الحالف على المحلوف عليه فأعطاه خبزا، فخرج الصبي بالخبز لأبيه فأكل منه الأب ولم يعلم حنث.

قال سحنون: أما أنا فتبين عندي [أنه¹⁰³⁶] لا حنث؛ لأن الابن قد ملك الطعام [دون¹⁰³⁷] الأب. قال أبو إسحاق: لم يجعل ملك ابنه [تقرر¹⁰³⁸] على ما أعطاه فيصير الأب قد أكل مال ابنه لا مال المحلوف عليه، ولعله أراد أن ذلك يسير للأب رده، فلما كان له رده لم يتقرر للابن عليه ملك إلا برضا الأب، فلهذا حنث الأب، وأما لو وهبه هبة كثيرة لها بال لا يقدر الأب على ردها فأكل منها الأب لا ينبغي أن لا يحنث؛ لأنه مال لا يقدر الأب على رده على الواهب، وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا إن كان الأب موسرا حتى يكون له رد ما وهب لابنه من طعام [ولا ينتفع به¹⁰³⁹] إلا بأكله في الوقت كالكسرة والتمر وشبه هذا مما يناوله الإنسان لمن يدخل؛ لأن الأب يقول نفقة ابني علي فليس لأحد أن يحمل عني منها شيئا بغير إذني، فهذا إذا أكل مما أعطاه الصبي حنث، ويعد ذلك قبولا منه [لخبز¹⁰⁴⁰] المحلوف عليه، وإن كان الأب معدما حتى لا يلزمه نفقة ولده، وكان عيش الابن من عند غير الأب من الصدقات ونحوها فأعطاه ذلك الرجل هذا فأكل منه الأب لم يحنث.

قال: وهذا معنى قول مالك. والله أعلم. قال وعبداه وابنه في هذا سواء؛ لأن له رد ما وهب لعبداه قل أو كثر إلا أن يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له من مال. انتهى. وما ذكره عن بعض أصحابنا ذكره في النكث عن بعض القرويين، ونقل ذلك في الذخيرة، وقال

- 1034 * - في المطبوع ترتبت وما بين المعقوفين من يم52 ويحيى370 وم19.
 1035 * - في المطبوع أو تصدق به عليه وما بين المعقوفين من يحيى370 ويم52 وسيد9 وم19 ومايأبى39.
 1036 - سقط من المطبوع و م ص19 لا يحنث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ومايأبى39 ويحيى أنه لا يحنث ص24 ويم أنه لا يحنث ص24.
 1037 - في المطبوع من الاب ومايأبى39 ويحيى ص24 ويم ص24 و م ص19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص54.
 1038 - في المطبوع ويحيى ص24 و يم ص24 تقررا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ومايأبى39.
 1039 * - في يحيى370 ويم52 وسيد9 وم19 ومايأبى40 من طعام لا ينتفع به.
 1040 - في المطبوع الخبز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ويحيى ص24 ويم ص24 م ص19 ومايأبى40.

نص خليل وَحَيْزَ وَإِنْ بَلَإَ إِذْنٍ وَأَجْبَرَ عَلَيْهِ.

متن الخطاب القرافي في الفرق الخامس والثلاثين [بين¹⁰⁴¹] [قاعدة¹⁰⁴²] الأسباب الفعلية: تصح من المحجور دون القولية، فلو صاد ملك الصيد أو احتش ملك الحشيش، بخلاف ما لو اشترى أو قبل الهبة أو الصدقة أو قارض أو غير ذلك من الأسباب القولية لا يترتب له عليها ملك. انتهى. ولم يذكر المصنف الركن الرابع وهو الموهوب له، وشرطه قبول الملك. والله أعلم.

ص: وحيز وإن بلا إذن وأجبر وليه عليه ش: والحائز هو الموهوب له إن كان رشيدا فإن كان سفيها فوليه، وفي صحة حوز السفية قولان ذكرهما ابن عرفة في كتاب الهبة، وكلام المصنف في التوضيح والمختصر في كتاب الوقف يقتضي ترجيح القول بصحة حوزة، وتقدم الكلام عليه عند قوله في باب الوقف: "ولو سفيها". وقوله: "وأجبر عليه" أي على أن يحوزه، وهذا على المشهور من أن الهبة تلزم بالقول. قال ابن عرفة: والمعروف لزوم العطية بعقدها. ابن زرقون: قال المازري للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة وفي قوله/ شاذة عندنا، وحكاها الطحاوي عن مالك وحكاها ابن خويز منداد عن مالك.

قلت: تقدم في الحبس نقل ابن رشد الاتفاق وهي لمعين دون يمين ولا تعليق يقضى بها. ابن رشد: اتفاقا. قال: وعلى غير معين كذلك فيها لا يقضى بها. ابن رشد: في القضاء بها قولان على [اختلاف الرواية¹⁰⁴³] فيها وعلى معين في يمين أو تعليق فيها لا يقضى بها. ابن رشد: هذا هو المشهور. ولمحمد بن دينار من تسرى على امرأته وقد شرط لها أنه إن تسرى عليها فالسرية لها صدقة تامة [وأعتقها¹⁰⁴⁴] بطل عتقه وكانت لها، وهو خلاف المشهور، وقول ابن نافع من شرط لمبتاع سلعة إن خاصمه فهي صدقة عليه فخاصمه لزمته الصدقة إن حمل اللزوم على القضاء بها فهو مثله. ابن زرقون: لابن نافع من قال إن تزوجت عليك فأمتي صدقة عليك قضي عليه بذلك، وقاله ابن دينار. قلت: هذا خلاف عزو ابن رشد مسألة الأمة لابن دينار، ومسألة السلعة لابن نافع وجزمه به خلاف جعله ابن رشد محتملا، وفي القضاء بالملق باليمين لغير معين نقل ابن زرقون عن أصبغ والمعروف، وفي إيجاب دعوى هبة معين يمين الواهب قول الجلاب، ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قائلا دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا.

قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين. انتهى. وقال في الذخيرة في آخر كتاب الهبة: قال صاحب المنتقى: الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين لمعين أم لا لا يقضى بها اتفاقا، لأنه لم يقصد البر بل اللجاج ودفع المحلوف عليه وعلى غير اليمين يقضى بها. قاله ابن القاسم، وقال أشهب إلا أن يكون على معين فإن الحق له حتى يطلبه. انتهى. وانظر الكلام في ذلك

الحديث

1041 - سقط من المطبوع وما يابى 40 ويحيى ص 24 و م ص 19 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 54.

1042 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الفروق ص 343.

1043 - في المطبوع اختلاف في الرواية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24 ويم ص 24 و م ص 19

وما يابى 40.

1044 - في المطبوع وإن أعتقها ويم ص 24 و مك ص 19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24

وما يابى 40.

في باب النذر، وأفتى ابن رشد في نوازله في سؤال سأله القاضي عياض عنه، ونص السؤال والجواب: رجل أخرج مالا بصدقة فعزل منه شيئاً سماه بلسانه وميزه لمسكين بعينه ثم بعد ذلك بدا له صرفه لمسكين آخر فهل يباح له ذلك أم لا يباح له ذلك؟ لتمييزه إياه لمسكين بقوله، بخلاف مسألة من أخرج لمسكين كسرة فلم يجده؛ لأن ذلك لم يعطها للمسكين بقول ولا فعل، وفي مسألتنا هذه أعطها بالقول ووجب طلبها للمسكين وتميزت له عنده فلا يجوز له صرفها إلى غيره، وهل صار قوله هذا لفلان وقد أخرج المال مخرج الصدقة كقوله تصدقت بهذا على فلان؟ وهل يستوي في هذا ما أخرج الإنسان على هذا الوجه من ماله، وما ميزه لمعين مما يجري من صدقة غيره على يديه؛ إذ ظهر لي بين الوجهين فرق كما ظهر لي بين المسألتين الأوليين للعلّة التي ذكرت من معنى الصدقة والعطية، وهي مخصوصة بما يملك. الجواب: تصفحت السؤال، فإن كان هذا الرجل الذي عزل من المال الذي أخرجه للصدقة شيئاً سماه لمسكين بعينه سماه له ونوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية فيكره له أن يصرفه إلى غيره، وإن كان بتله له بقول أو نية فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره، وهو ضامن له إن فعل، وكذلك ما جعل إليه تنفيذه مما أخرجه غيره للصدقة سواء، ومثله في المعنى الذي يأمر للسائل بشيء أو يخرج به إليه فلا يجده يكره له أن يصرفه إلى ماله، ولا يحرم ذلك عليه إن كان إنما نوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية. وبالله التوفيق. انتهى من الأجوبة من باب الصدقات.

[وهذا¹⁰⁴⁵] الذي ذكره فيما إذا بتله له بالنية يأتي على أحد المشهورين في لزوم الطلاق بالكلام النفسي، والفرق بين التبتيل بالنية ونية الإعطاء أنه لو عبر عن الأول عبر عنه بقوله أعطيته لفلان، ولو عبر عن الثاني عبر عنه بقوله أعطي أو نيتي أعطي، ونحوه في آخر مسائل الهبة. والله أعلم. قال في المسائل الملقوطة: فرع: قال في الذخيرة في باب الهبة والصدقة: قال ابن يونس قال مالك إذا خرجت للسائل بالكسرة أو بالدرهم فلم تجده أرى أن يعطى لغيره تكميلاً للمعروف، وإن وجدته ولم يقبل فهو أولى من الأول لتأكد العزم بالدفع، واختلف هل/ له أكلها أم لا، فقيل يجوز له أكلها، وقيل لا، وقيل إن كان معيناً أكلها، وإن كان غير معين لم يأكلها. انتهى. وقال فيها أيضاً: فرع: قال مالك: ولا بأس بشراء كسر السائل لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة: {هو لها صدقة ولنا هدية¹} انتهى.

56

فرع: قال في رسم الوصايا والحج من سماع أشهب من كتاب العارية: إذا قال له [بعد البيع¹⁰⁴⁶] بع ولا نقصان عليك يلزمه؛ لأن معنى قوله بع والنقصان علي فهو أمر قد أوجبه على نفسه والمعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يحكم به عليه ما لم يمت أو يفلس، وسواء قال له ذلك بعد أن انتقد أو قبل أن ينتقد. انتهى.

¹ - عن قتادة عن أنس بن مالك رضي الله قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بلحم فقيل تصدق على بريرة قال هو لها صدقة ولنا هدية، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها، دار الفجر للتراث، القاهرة، 2005، رقم الحديث 2577، ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1075 ج2 ص755.

¹⁰⁴⁵ - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24 ويم ص 25 و م ص 20 ومايأبى 41.

¹⁰⁴⁶ - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 56 ويحيى 24 ويم ص 25 و م ص 20 ومايأبى 41.

نص خليل وَبَطَلَتْ إِنْ تَأَخَّرَ لِدَيْنٍ مُحِيطٍ أَوْ وَهَبَ لِثَانٍ وَحَارَ أَوْ أَعْتَقَ الْوَاهِبُ أَوْ اسْتَوْلَدَ وَلَا قِيَمَةَ أَوْ اسْتَصْحَبَ هَدِيَّةً أَوْ أَرْسَلَهَا ثُمَّ مَاتَ أَوْ الْمُعَيَّنَةُ لَهُ إِنْ لَمْ يُشْهَدْ كَأَنْ دَفَعْتَ لِمَنْ يَتَصَدَّقُ عَنْكَ بِمَالٍ وَلَمْ تُشْهَدْ لِأ.

متن الخطاب فرع: تقدم في باب الرهن عند قول المصنف: "وهل تكفي [بينة¹⁰⁴⁷] على الحوز" أنه قال في كتاب الهبة من المدونة: ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة بيينة لحوزه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة، ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهد عليه بإقراره بيينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعين البيينة الحوز. اهـ.

فرع: إذا قال لولده أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتي فلانة، ففعل الولد ثم مات أبوه قبل والقريبة بيده قبل أن يبلغ الولد الحوز فقال ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب الصدقات: لا تكون له القرية إلا أن يعرف تحقيق ذلك بإشهاد الأب على ذلك. ابن رشد: لأن قوله لك قريتي ليس بنص في تمليكه إياها، بل الظاهر منه ذلك لاحتمال أن يريد تسكنها أو ترتفق بها. قال ابن القاسم: ويكون أراد التحريض، ولم يجعل ما أوجب له القرية به من إصلاحه نفسه وتعلمه عوضا لها فتمضي دون حيازة في ذلك اختلاف، فحكى ابن حبيب عن مطرف أنه قال من أعطى امرأته النصرانية دارا ساكنا بها على أن تسلم، فأسلمت فلا أراها من العطية؛ لأنه ثمن إسلامها والإشهاد يجرئها عن الحيازة وإن مات بها وبه أقول، وقال أصبغ لا أراها إلا عطية وفي المدونة لابن أبي حازم وابن القاسم من رواية عيسى مثل قول مطرف واختيار ابن حبيب. قال ابن أبي حازم في رجل قال لابنه إن تزوجت فلك جاريتي: هي له إذا تزوج، وإن مات الأب أخذها من رأس المال، وإن كان دين حاص بها الغرماء، وقال ابن القاسم هي له دون الغرماء إن فلس، وإن مات أخذها من رأس المال ولم يكن لأهل الدين فيها شيء، ولو قال بدل الجارية مائة دينار [كان¹⁰⁴⁸] أسوة الغرماء في الفلس والموت؛ لأنه ليس شيئا بعينه. ابن رشد: وقول ابن القاسم هو الصحيح لا قول ابن أبي حازم، ومعناه إذا وجبت له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب. انتهى باختصار.

ص: وبطلت إن تأخر لدين محيط ش: يعني أن الهبة تبطل إذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب وظاهره ولو كان الدين حادثا بعد الهبة وهو أحد القولين، وعليه اقتصر ابن الحاجب. / ص: أو أرسلها ش: تصوره ظاهر.

تنبيه: من بعث مالا [يشترى¹⁰⁴⁹] به ثوبا لزوجته فإن لم يبتله لها [بالنية¹⁰⁵⁰] أو يشهد لها فهي عدة له أن يرجع فيها. قاله ابن رشد في آخر سماع أصبغ من كتاب الزكاة الأول.

مسألة: من تصدق على رجل بمائة دينار وكتب له كتابا لو كيله ليدفعها إليه، فقدم على الوكيل بالكتاب، ودفع إليه منها خمسين، وقال اذهب سادفع إليك الخمسين الباقية اليوم أو غدا، فمات

57

الحديث

1047 * - في المطبوع نية والمثبت من يوم 53 وميأبى 41 ويحيى 371 وفي م 20 نيته.

1048 - في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من يوم 53 ويحيى 371 وم 20 وسيدو ومايأبى 42.

1049 - في ن ذي ص 57 ويوم 25 ومايأبى 42 ليشترى.

1050 - في المطبوع البيينة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 57 ويحيى 25 ويم ص 25 وم ص 20 ومايأبى 42.

نص خليل

إِنْ بَاعَ وَاهَبُ قَبْلَ عِلْمِ الْمُوهُوبِ وَإِلَّا فَالْثَمَنُ لِلْمُعْطِي رُوِيَتْ بِفَتْحِ الطَّاءِ وَكَسْرِهَا أَوْ جُنَّ أَوْ مَرِضَ وَأَتَصَلَآ بِمَوْتِهِ أَوْ وَهَبَ لِمُودِعٍ وَلَمْ يَقْبَلْ لِمَوْتِهِ وَصَحَّ إِنْ قَبِضَ لِيَتَرَوَى أَوْ جَدَّ فِيهِ أَوْ فِي تَرْكِيَةِ شَاهِدِهِ أَوْ أَعْتَقَ أَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ إِذَا أَشْهَدَ وَأَعْلَنَ أَوْ لَمْ يُعْلَمَ بِهَا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ وَحَوَظُ مُخْذَمٍ وَمُسْتَعِيرٍ مُطْلَقًا وَمُودِعٍ إِنْ عِلِمَ لَا غَاصِبٍ وَمُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأْجِرٍ إِلَّا أَنْ يَهَبَ الْإِجَارَةَ وَلَا إِنْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ بَعْدَهُ بِقُرْبٍ بَأَنْ أَجْرَهَا أَوْ أَرْفَقَ بِهَا بِخِلَافِ سَنَةٍ أَوْ رَجَعَ مُخْتَفِيًا أَوْ ضَيْفًا فَمَاتَ وَهَبَةً أَحَدِ الزُّوجَيْنِ لِلْآخَرِ مَتَاعًا.

المتصدق قبل أن يقبض المتصدق عليه الخمسين الباقية من الوكيل قال: لا شيء له منها إذا لم يقبضها حتى مات المتصدق وليس له أكثر من الخمسين [التي¹⁰⁵¹] قبض؛ لأن [الوكيل¹⁰⁵²]

متن الخطاب

58

بمنزله. ابن رشد: هذا بين لأن يد الوكيل كيد موكله. /
ص: أو باع واهب قبل علم الموهوب ش: صوابه كما قال ابن غازي لا إن باع واهب حتى يوافق ما في المدونة. والله أعلم. وحكم الصدقة كالهبة، فإذا باع المتصدق ما تصدق به قبل علم المتصدق عليه لم تبطل الصدقة، ويخير المتصدق عليه في نقض البيع وإجازته لأنه يبيع فضولي، كما أن للموهوب له إذا باع الواهب ما وهبه قبل علم الموهوب له لم تبطل الهبة، ويخير الموهوب له في رده وإجازته، وأما إن باع الواهب أو المتصدق بعد علم الموهوب له أو المتصدق عليه فالبيع ماض، والثلث للمعطي رويت بفتح الطاء وكسرهما، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: "وإلا فالثلث للمعطي رويت بفتح الطاء وكسرهما" والمسألة مفروضة في المدونة في الصدقة، وفرضها ابن الحاجب في الهبة فدل على أنه لا فرق بينهما. تنبيهه: إذا علم الموهوب له بالهبة ولم يفرط حتى عاجله الواهب بالبيع فله رده. نقله في التوضيح عن ابن يونس. /

59

ص: ولا إن رجعت إليه بعده الخ ش: يعني أن الرقبة الموهوبة إذا رجعت إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له، وكان رجوعها إلى الواهب عن قرب، ورجوعها إلى الواهب بأن يكون أجرها من الموهوب له أي استأجرها منه، أو بأن يكون الواهب أرفق بها أي أرفق الموهوب الواهب بالرقبة الموهوبة يريد أو أمره إياها فإن ذلك كله يبطل الهبة. قال في التوضيح: باتفاق لما دلت عليه القرينة أن ذلك [تحليل لإسقاط¹⁰⁵³] الحيضة، وهكذا صرح الباجي وغيره بالاتفاق. انتهى. وقوله بخلاف سنة؛ يعني أن رجوع الرقبة الموهوبة إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له سنة لا يبطل¹⁰⁵⁴ الهبة؛ لأن السنة طول، وقيل الطول سنتان. قاله في التوضيح. وما مشى عليه المؤلف من أنها إذا عادت إليه بعد الطول الذي جعله سنة لا يبطل الهبة هو أحد [قولين¹⁰⁵⁵] ذكرهما ابن الحاجب من غير ترجيح،

الحديث

1051 - في المطبوع ومايأبى 42 يحيى ص 25 و م ص 20 و يم ص 25 الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 57.
1052 - في المطبوع يحيى ص 25 و يم ص 25 لأن التوكيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 57 و م ص 20 ومايأبى 42.
1053 - في المطبوع تحمیل إسقاط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 ويحيى 25 و يم ص 25 و م ص 20 ومايأبى 42.
1054 - في المطبوع تبطل وما بين المعقوفين من سيد 9 وم 21.
1055 * - في المطبوع القولين و يم 53 والمثبت من يحيى 371 وم 21 ومايأبى 42

وَهَبَةٌ زَوْجَةٍ دَارَ سُكْنَاهَا لِرُؤُوجِهَا لَا الْعَكْسَ وَلَا إِنْ بَقِيَتْ عِنْدَهُ إِلَّا لِمَحْجُورِهِ.

لكن قال في التوضيح عن ابن عبد السلام إن أقرب القولين أن ذلك لا يضر. قال: وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال ابن سهل في كتاب الصدقات والهبات: سأل ابن دحون القاضي ابن زرب عن وهبت له دار ثم أعرها الواهب بعد أشهر يسيرة لا يكون مثلها حيازة، ثم علم أن ذلك مما يبطل هبته، فأراد إبطال العمرى وقبض الدار فأطرق القاضي فيها حيناً. ثم قال: إن كان الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العمرى إبطال [للهبية¹⁰⁵⁶] فقد لزمه ما صنع وبطلت هبته، وإن كان ممن يرى أنه لا يعلم أن العمرى إبطال للهبية في ذلك انفسخت العمرى، ورجع الموهوب له إلى الدار وقبضها من الواهب. انتهى.

الثاني: ما ذكره المؤلف محله ما إذا كان الموهوب له يحوز لنفسه يدل على ذلك قول المؤلف آجرها أو أرفق بها. قال في التوضيح: وأما إن كان صغيراً فحاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهي باطلة. محمد: لا يختلف في ذلك مالك وأصحابه، والفرق بين الصغير والكبير أن الكبير يتصور منه منع الأب من الرجوع في الهبة فلا يعد رجوعه رجوعاً في الهبة والصغير لا يقدر على ذلك فيعد رجوعه رجوعاً في الهبة. انتهى.

الثالث: ما تقدم من الاتفاق على بطلانها إذا رجع إليها الواهب. قال في التوضيح: فذلك إذا سكنها الأب وحده، وأما إن سكن فيها مع الولد فظاهر قول مالك أيضاً البطلان، وحكى أبو محمد في كتاب الاختلاف عن ابن حبيب أنها لا تبطل؛ لأنه إنما سكن بحضانتهم لهم. انتهى.

الرابع: قوله: "أو أرفق بها" هو ماض مبني للمفعول من باب الإفعال. والله أعلم.

ص: وهبة زوجة دار سكنها لزوجها لا العكس ش: قال ابن عرفة: ابن سهل خاض أهل/ مجلس ابن زرب في صحة حوز الزوجة داراً تصدق بها زوجها عليها لسكنها معه. قال جلهم حوز، وأنكره ابن زرب لسكنى الزوج قالوا فما تقول قال هي مشتبهة وتوقف. قال ابن سهل فيه: دليل عدم الاجتهاد لعزوب هذه [عنهم¹⁰⁵⁷] مع نصها في سماع عيسى، فينبغي أن لا يغفل عن درس المسائل فآفة العلم النسيان، وحكى عن أبي عمر الأشبيلي أنه [قال¹⁰⁵⁸] لا يبقى مع الحافظ آخر عمره إلا معرفة [مواضع¹⁰⁵⁹] المسائل، وما هي [إلا¹⁰⁶⁰] منزلة كبيرة لمن كان بهذه المنزلة في العلم ولم يكن كما ذكر عن بعض من اتسم بالفتيا أنه طلب باب الحضانة في باب طلاق السنة فلم يجده فرمى بالكتاب في محرابه، وهذا هو الموجود في وقتنا. انتهى. وقال قبله عن ابن سهل: لو تركت الدرس عامين لنسيت ما هو أظهر من هذا، يشير إلى مسألة ذكرها. قال ابن عرفة: يؤخذ منه أنه ينبغي لمن

- 1056 - في المطبوع الهبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 ويحيى 25 ويم ص 26 و م ص 21 ومايأبي 43.
 1057 - في المطبوع عندهم ومايأبي 43 ويحيى 26 ويم ص 26 و م ص 21 وما بين المعقوفين من ن عدود.
 1058 - سقط من المطبوع ومايأبي 43 ويم ص 26 و م ص 21 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60.
 1059 - في المطبوع ويم ص 26 موضع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60 ويحيى 26 و م ص 21 ومايأبي 43.
 1060 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60 ويحيى 26 ويم ص 26 و م ص 21 ومايأبي 43.

نص خليل
إِلَّا مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ وَلَوْ خَتَمَ عَلَيْهِ وَدَارَ سُكْنَاهُ إِلَّا أَنْ يَسْكُنَ أَقْلَهَا وَيُكْرِي لَهُ الْأَكْثَرَ وَإِنْ سَكَنَ النُّصْفَ بَطَلَ فَقَطُّ
وَالْأَكْثَرَ بَطَلَ الْجَوِيعُ وَجَازَتْ الْعُمْرَى كَأَعْمَرْتِكَ أَوْ وَارِثِكَ وَرَجَعَتْ لِلْمُعْمِرِ أَوْ وَارِثِهِ كَحُبْسٍ عَلَيْكُمَا وَهُوَ لِأَخْرِكُمَا
مِلْكَاً لَا الرُّقْبَى كَذَوِي دَارَيْنِ قَالَا إِنْ مِتُّ قَبْلِي فَهَمَا لِي وَإِلَّا فَلَكَ كَهَبَةِ نَحْلٍ وَاسْتِثْنَاءِ ثَمَرَتِهَا سِنِينَ وَالسَّقْيُ عَلَى
الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوْ فَرَسٍ لِمَنْ يَغْزُو سِنِينَ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ الْمُدْفُوعُ لَهُ وَلَا يَبِيعُهُ لِبَعْدِ الْأَجَلِ.

متن الخطاب
ابتلي بالفتوى أن لا يترك ختم التهذيب مرة في العام، وكذا كنت أفهم مما ذكر عن بعض شيوخنا،
وذكر القاضي تقي الدين الفاسي في ترجمة الوانوعي عن الوانوعي أنه كان يقول: كان ابن عبد السلام
يقول: من لا يختم المدونة في كل سنة لا يحل له الفتوى منها. انتهى.
ص: إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم ش: هذا قول ابن القاسم ورواية المصريين عنه. قال المتيطي:
وبه الحكم وعليه العمل، وعليه اقتصر في الإرشاد، وقال في الشامل إنه الأصح. وقال الشيخ داود في
شرح الرسالة إنه المشهور، وبه أفتى ابن رشد ذكره في نوازله من مسائل الهبات، وقال الرجرجاني في
القول الثاني إنه الأظهر. قال ابن رشد في الأجوبة في مسائل الهبات والصدقة بالعين على الصغير: لا
تصح إلا أن يخرجها المتصدق من ماله، ويضعها على يد من يحوزها له بمعاينة الشهود لذلك، فإذا لم
يكن إلا إقرار الأب أن الأم تصدقت على ابنتها بمائة/ دينار وتسلفها الأب منها وتصديق الأم له على
ذلك اتهم الأب في أن يكون أراد أن يولج إليها ذلك من ماله بعد وفاته فلا يصح ذلك إلا بمعاينة
الشهود على الصدقة بدفع المال إلى الأب ليحوزه للابنة عن الأم. انتهى. وأما لو دفعتموها لغير الأب
فإنه يكون شاهداً.

ص: وجازت العمرى كأعمرتك ش: قال ابن عرفة: العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض
إنشاء فيخرج الحكم باستحقاقها ويصدق عليها قبل حوزها لأنه قبله عمرى وكذا بقية الأنواع،
وحكمها النذب لذاتها، ويتعذر [عروض وجوبها¹⁰⁶¹] لا كراهتها أو تحريمها. الصيغة الباجي: ما
دل على هبة المنفعة دون الرقبة كأسكنتك هذه الدار عمرى، أو وهبتك سكنها عمرى. انتهى. قال في
أواخر كتاب الهبات من المدونة: ومن قال قد أعمرتك هذه الدار حياتك، أو قال هذه الدابة أو هذا
العبد جاز ذلك وترجع بعد موته إلى الذي أعمارها أو إلى ورثته. ثم قال: ومن قال داري هذه لك صدقة
سكنى فإنما له السكنى دون رقبته، وإن قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك، أو قال هذه
الدار لك ولعقبك سكنى فإنها ترجع إليه ملكاً بعد انقراضهم، فإن مات فإلى أولى الناس به يوم مات،
أو إلى ورثتهم لأنهم هم ورثته. انتهى. وقال ابن عرفة بعد ذلك: قال الباجي: في المجموعة والموازية
ابن القاسم وأشهب من قيل له هي لك صدقة سكنى فليس له إلا سكنها دون رقبته. محمد: حياته.
انتهى.

تنبيه: إذا قال أعمرتك ولم يقل حياتك أو حياتي ولم يضرب لها أجلاً فهي عمرى وكذلك أسكنتك.
قال اللخمي في أواخر العارية: فصل وقد أتت هبات متقاربة اللفظ مختلفة الأحكام حمل بعضها على

متن الخطاب 62 هبة الرقاب وبعضها على هبة المنافع، وهو أن يقول كسوتك هذا الثوب وأخدمتك هذا العبد وحملتك على هذا البعير، وأسكنتك هذه الدار وأعمرتك، فحمل قوله أعمرتك وأسكنتك وأخدمتك على أنها هبة منافع حياة المخدم والمسكن والمعمر، وقوله كسوتك هذا/ الثوب أو حملتك على هذا البعير أو الفرس على هبة الرقاب. ثم قال: والعمري ثلاثة مقيدة بأجل أو حياة المعمر، ومطلقة ومعقبة، فإن كانت مقيدة بأجل فقال أعمرتك هذه الدار سنة أو عشرين أو حياتي أو حياتك كانت على ما أعطى، وإن أطلق ولم يقيد كان محمله على عمر المعطى حتى يقول عمري أو حياتي وإن عقبها فقال أعمرتكها أنت وعقبك لم ترجع إليه إلا أن ينقرض العقب. انتهى.

وقال ابن جزى في القوانين: العمري جائزة إجماعاً، وهي أن يقول أعمرتك داري وضيعتي أو أسكنتك أو وهبت لك سكنها أو استغلالها، فهو قد وهب له منفعتها فينتفع بها حياته، فإذا مات رجعت إلى ربها، وإن قال لك ولعقبك فإذا انقرض عقبه رجعت إلى ربها أو إلى ورثته. انتهى. وقال اللخمي قبل كلامه المتقدم: وإن قال أذنت لك أن تسكن داري أو تزرع أرضي أو تركب دابتي أو تلبس ثوبي كان عارية وتجري على ما تقدم من العارية إذا ضرب لها أجلاً أو لم يضرب. انتهى. وقال ابن عرفة في آخر كتاب العارية: المخدم نورق وهب مالك خدمته إياها لغيره، فيدخل المدبر، والجزء من العبد لا المكاتب وأم الولد، وهو أحد أنواع العارية إن لم يخرج ربه عن ملك رقبته بعق أو ملك، ثم تكلم على نفقته، وقال في النوادر في كتاب الخدمة من كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم ومن وهب خدمة عبده لرجل ولم يوقت فأما في الوصية فله خدمة العبد حياة المخدم لأنه أوصى له بخدمته ولم يتركها لورثته، وأما في الصحة فأسأله وأصدقه فإن مات ولم يبين فلا شيء للمخدم فيه. قال أصبغ: له خدمته حياة المخدم. قال محمد: قول ابن القاسم أحب إلي أن لا شيء له، بخلاف من قال لرجل وهبت لك خدمة عبدي أو أخدمتك عبدي ومسألتك إنما هي أخدم فلانا. انتهى.

فرع: سئل ابن رشد عن أميرت أبويها داراً فمات أحدهما، فقامت المعمرة تطلب نصف الدار، وهل الأبوان والأجنبيان سواء أم لا؟ فأجاب: إذا كانت المعمرة حية فهي مصدقة فيما تزعم من أنها أرادت أن يرجع إليها حظ من مات منهما لا إلى صاحبه، وإن ادعى الباقي منهما أنها نصت على أن الدار تبقى للآخر منهما لزمها اليمين، ولو ماتت ولم يدر ما أرادت [فيخرج¹⁰⁶²] ذلك على الاختلاف في الذي يحبس على معينين فيموت بعضهم هل يرجع إلى المحبس، أو إلى من بقي منهم حتى يموتوا كلهم؟ ولا فرق في هذا بين الأبوين وغيرهم. انتهى من مسائل العمري. وقال ابن بطال في أحكامه: قال ابن المواز: قال مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس داراً أو حائطاً على قوم فمات بعضهم فإن ما كان للميت من ذلك يرجع على بقية أصحابه، وكذلك في جميع الأحياس من غلة أو سكنى أو خدمة أو دنائير محبسة، كان مرجع ذلك الحبس إلى صاحب ذلك الأصل أو إلى غيره أو إلى السبيل أو إلى الحرية، وهذا إذا كان مشاعاً، فأما إن كان لكل واحد منهم يوم على حدة أو كيل مسمى

نص خليل ولِلأَبِ اعْتَصَارُهَا مِنْ وَلَدِهِ.

متن الخطاب

أو سكنى معروف لكل واحد من أيام بعينها أو سكنى بعينه لكل واحد منهم سماه فهذا من مات منهم يرجع نصيبه إلى صاحب الحبس إن جعل مرجع الحبس إليه أو إلى من جعل مرجعه إليه. قاله كله مالك، وقد قال أيضا خلافه إن لم يكن حبسا عليهم مشاعا. انظر بقية كلامه، وقال ابن رشد في نوازله فيمن نحل ابنه عند عقد نكاحه ثلث مستغل أملاكه حيثما كانت، ولم يذكر حياة الناحل ولا المنحول له، ثم توفي الناحل بعد عشرة أعوام، وكان المنحول له يستغلها، فقام سائر الورثة وقالوا ليس لك بعد حياة أبيك شيء، وقال [بل¹⁰⁶³] ذلك لي حياتي. فأجاب الذي أقول به في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم أن للمنحول ثلث غلة الأملاك ما بقيت، وكان [لها غلة¹⁰⁶⁴] طول حياته ولورثته بعد وفاته قياسا على قوله فيمن وهب لرجل خدمة عبده ولم يقل حياة المخدم ولا حياة العبد إن لورثة المخدم خدمة هذا العبد ما بقي إلا أن يستدل من مقالته على أنه أراد حياة المخدم، ويأتي على قول غيره/ أنه إنما للمخدم خدمة العبد حياة المخدم لا حياة العبد أن يكون للمنحول في مسألتك ثلث غلة الأملاك ما دام حيا، وأما أن يسقط حقه بموت الناحل فذلك ما لا يصح على قول قائل من أهل العلم. وبالله التوفيق. انتهى من باب النحلة والسياسة من كتاب النكاح.

63

ص: وللأب اعتصارها من ولد ش: قال أبو الحسن: قال عياض: معنى الاعتصار الحبس والمنع، وقيل الارتجاع. قاله ابن الأعرابي، وكلاهما في ارتجاع الهبة [صحيح¹⁰⁶⁵]. انتهى. وقال ابن عرفة: والاعتصار ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي. [وصيغته¹⁰⁶⁶]: ما دل عليه لفظا، وفي لغو الدلالة عليه التزاما نقلا ابن عات عن بعض فقهاء الشورى وابن ورد. قال بعض فقهاء الشورى من شرط في هبة ابنه الصغير الاعتصار، ثم باعها باسم نفسه ومات فقيمتها لابنه في ماله وليس ذلك اعتصارا إلا أن يشهد عند بيعه أو قبله أن يبيعه اعتصارا، ولا يجوز اعتصارها بعد بيعها ولا يكون اعتصارها إلا بالإشهاد، وفي الاستغناء: رأيت لابن ورد ما ظاهره خلاف هذا قال إن باع الأب مال ابنه، ونسبه لنفسه وأفصح بذلك، والمبيع لم يصير للابن إلا من قبل أبيه بهبة يجوز اعتصارها فيختلف في ذلك، والأظهر أنه بيع عدا يتعقبه حكم الاستحقاق.

قلت: بالأول أفتى ابن الحاج في نوازله. انتهى كلام ابن عرفة. وقال ابن راشد في اللباب: الصيغة ما يدل على ذلك نحو اعتصرت ورددت، ثم ذكر بعض ما تقدم وهو أن يبيعه لا يكون اعتصارا قال: ولا يجوز اعتصارها بعد البيع، والثلث للولد، ولا يكون اعتصار الأبوين إلا بالإشهاد. انتهى. انظر البرزلي في مسائل الهبة فقد أطال في ذلك. والله أعلم.

تنبية: تكلم في أوائل سماع ابن القاسم من الصدقات والهبات على حكم ما إذا باع الأب ما تصدق به على ولده، وقال في شرح المسألة الرابعة منه: فإذا وهب لابنه الصغير ديننا على رجل ثم اقتضاه منه بعد ذلك فهو كما قال بمنزلة العرض يتصدق به عليه ثم يبيعه بعد ذلك أن الثمن يكون للابن في ماله

الحديث

1063 - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 62 ويحيى ص 27 ويم ص 27 و م ص 22 ومايأبى 45.
 1064 - في المطبوع غلته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 373 ويم 55 ومايأبى 45 وم 22.
 1065 - في المطبوع صحيحا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63 (وفي يحيى 27 ويم 27 و م 22 ومايأبى 45 صحيحان).
 1066 - في المطبوع الصيغة وما بين المعقوفين من عيش، ج 8 ص 205.

كَأَمْ فَقَطَّ وَهَبْتُ ذَا أَبٍ وَإِنْ مُجْتُونًا وَلَوْ تَيَّمْتُمْ عَلَيَّ الْمُخْتَارَ إِلَّا فِيمَا أُرِيدَ بِهِ الْآخِرَةَ كَصَدَقَةٍ بِلَا شَرْطٍ.

متن الخطاب وبعد وفاته؛ لأن تنصيب العرض المتصدق به بالبيع كقبض الدين، وسواء باع العرض لابنه باسمه أو جهل ذلك فلم يعلم إن كان باع لنفسه أو لابنه، وأما إن باع ذلك لنفسه نصا على سبيل الرجوع فيها والأكل لها فالبيع مردود، والصدقة جائزة، ويتبع المشتري الأب بالثمن في حياته وبعد وفاته وجده أو لم يجده؛ لأن الصدقة قد كانت حيزت للابن، ولو كانت الصدقة دارا يسكنها الأب فباعها قبل أن يرحل عنها لنفسه استرجاعا لصدقته واستخلاصا لنفسه بطل البيع إن عثر عليه في حياته، ومضت الصدقة للابن، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة، ولم يكن للابن فيها حق ولا في الثمن وصح البيع للمشتري. والله أعلم. انتهى. وانظر المتيطية في كتاب الصدقة، وقال في مفيد الحكام في كتاب العتق: ومن وهب عبدا لولده الصغير ثم أعتقه لم ينفذ عتقه فيه إلا أن يكون أبو الولد موسرا، فيعطى الولد قيمة العبد وينفذ العتق وإلا فلا، وقد قيل إن ذلك رجوع فيما وهب من العبد وليس عليه شيء، وهذا في الموضع الذي يجوز له فيه الرجوع في هبته. انتهى.

وقال في الذخيرة في كتاب الهبة: قال الأبهري: وإذا تصدق على ولده بعبد فأعتقه وعوضه غيره مثله أو أدنى جاز إن كان في ولايته لشبهة [الولاية¹⁰⁶⁷] وشبهته في ماله، فإن كان كبيرا امتنع ويمتنع ذلك من الوصي لعدم الشبهة بالمال. انتهى. وسئلت عن رجل ملك ولده بئرا أو أرضا ثم بعد أربع سنين أوقف جميع أملاكه على أولاده، وأدخل في ذلك الأرض والبئر التي [أوقفها على ولده¹⁰⁶⁸] أولا فأجبت بأنه إن كان الولد كبيرا وحاز ما ملكه أبوه، أو صغيرا وأشهد أبوه أنه حاز له فالتمليك صحيح ولا يبطله الوقف الذي بعده إلا أن يشهد الأب أنه رجع فيما ملكه لولده قبل الوقفية إن كان الولد كبيرا ولم يحز أو صغيرا ولم يحز الأب له حتى أوقفه، فالوقف صحيح، والتملك باطل إلا أن يحكم به حاكم لا يشترط الحياة، وهو على القول الراجح أن الاعتصار لا يكون إلا بالقول ولا يكون بالعتق، وبذلك أفتى القاضي أبو القاسم المالكي الأنصاري. والله أعلم.

64

ص: كَأَمْ [فقط¹⁰⁶⁹] وهبت ذَا أَبٍ ش: يعني أن الأم إذا وهبت لولدها فإن كان له أب فلها أن تعتصر منه وإن لم يكن له أب فلا تعتصر منه، وهذا إذا كان الولد صغيرا، وأما إن كان كبيرا فلها أن تعتصر منه كان له أب أو لم يكن. قال في المدونة: وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلته لولدها الصغير في حياة أبيه أو ولدها الكبير إلا أن ينكحها أو يتداينا، فإن لم يكن للصغير أب حين وهبته أو نحلته فليس لها أن تعتصر؛ لأنه يتيم، ولا يعتصر من اليتيم ويعد كالصدقة، وإن وهبتهم وهم صغار لا أب لهم ثم بلغوا ولم يحدثوا في الهبة شيئا فليس لها أن تعتصر؛ لأنها وهبت في حال اليتيم، وإن وهبتهم وهم صغار والأب مجنون جنونا مطبقا فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها. انتهى. وإلى هذا الأخير أشار المصنف بقوله وإن مجنونا./

65

الحديث

1067 - في المطبوع الولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 ويحيى ص27 ويم ص27 و م ص22 ومايأبى46.

1068 * - في المطبوع ويحيى373 ومايأبى46 وم22 (أوقفها على ولده) وفي يم55 (ملكها على ولده) وصوبه الشيخ محمد سالم ب ملكها ولده.

1069 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى373 ويم55.

نص خليل

إِنْ لَمْ تَفُتْ لَّا بِحَوَالَةِ سُوْقٍ بَلْ بَرِيْدٍ أَوْ تَقْصٍ وَلَمْ يُنْكَحْ أَوْ يُدَايِنَ لَهَا أَوْ يَطَأَ ثِيْبًا أَوْ يَمْرَضَ كَوَاهِبٍ إِلَّا أَنْ يَهَبَ عَلَى هَذِهِ الْأَحْوَالِ أَوْ يَزُولَ الْمَرَضُ عَلَى الْمُخْتَارِ وَكِرِهَ تَمْلِكُ صَدَقَةَ بَغَيْرِ مِيرَاثٍ وَلَا يَرْكَبُهَا أَوْ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّتْهَا وَهَلْ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْإِبْنَ الْكَبِيْرُ بِشَرْبِ اللَّبَنِ تَأْوِيلَانَ وَيُنْفِقُ عَلَى أَبِي افْتَقَرَ مِنْهَا وَتَقْوِيمُ جَارِيَةٍ أَوْ عَبْدٍ لِلضَّرُوْرَةِ وَيُسْتَقْصَى.

متن الخطاب

ص: إن لم يفت بحوالة سوق ش: قال الشارح: ظاهره أن الهبة يفوت اعتصارها بحوالة السوق، والذي حكاه الباجي عن مطرف وعبد الملك وأصبح أن ذلك غير مفيت. ابن راشد: ولا خلاف فيه. انتهى.

قلت: حكى في معين الحكام قولين في فوات الاعتصار بحوالة الأسواق، فيحتمل أن يكون المصنف اعتمد القول بالإفاته فتأمله. والله أعلم.

ص: وكره تملك صدقة بغير مبراث ش: يريد بوجه من وجوه التملك إلا بإراث وإن تداولتها الأملاك ولا يشتريها من فقير، واحترز بالصدقة من الهبة فإنه يجوز له أن يملكها على المشهور. قاله في التوضيح.

ص: ولا يركبها أو يأكل غلتها ش: انظر هل النهي على المنع أو الكراهة؟ وظاهر المدونة المنع. قال في كتاب الصدقة: ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها إن كانت دابة ولا ينتفع بشيء منها. انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: ولا يأكل من ثمرتها ولا يركبها يعني إذا تصدق بحائط فلا يأكل ثمرته، وإذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها، وفي ذلك قولان أشهرهما الجواز لحديث العرايا¹، وقال عبد الملك لا ينتفع بذلك. خليل: وفيه نظر لأن الجواز خلاف ظاهر المدونة. انتهى.

قلت: إن حمل الجواز على أن المراد به المباح فهو مشكل كما ذكره؛ لأن لفظ المدونة لا أقل أن يحمل على الكراهة ولا حجة في حديث العرايا؛ لأنهم قد صرحوا بأنه مستثنى من شراء ما تصدق به للضرورة، وإن أريد بالجواز ما يعم المكروه فلا إشكال وكأن مقابله أعني قول عبد الملك يقول بالمنع كما هو ظاهر لفظه.

تنبيهه: قال في التوضيح: قوله ولا يأكل من ثمرتها ظاهره لا ينتفع بها مطلقاً، وفي الرسالة: "لا بأس أن يشرب من/ لبن ما تصدق به. أبو الحسن: ظاهره خلاف المدونة، وفي المعونة: إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذي جعله في السبيل وما أشبه ذلك مما يقل خطره، وقيل معنى ما في الرسالة إذا كان بحيث لا ثمن له، وقيل [يحمل¹⁰⁷⁰] ما في الرسالة على ما ذكره ابن المواز، وقد تقدم. انتهى. يشير إلى قوله: قال ابن المواز: للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه

66

1- عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخص لصاحب العرية أن يبيعه بخرصها الموطأ، كتاب البيوع، رقم الحديث 1307، دار الفكر 1994.

الحديث

1070 - في المطبوع محل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 66 وم 23 ويم 28 وما يابى 47 (وفي يحيى 28 يحمل أي الرسالة).

نص خليل وَجَارَ شَرْطُ الثَّوَابِ وَلَزِمَ بَتَّعِيْنِهِ وَصَدَّقَ وَأَهْبُ فِيهِ إِنْ لَمْ يَشْهَدْ عُرْفُ بَضِدِهِ وَإِنْ لِعُرْسٍ وَهَلْ يَحْلِفَ أَوْ إِنْ أَشْكَلَ تَأْوِيلَانَ فِي غَيْرِ الْمَسْكُوكِ إِلَّا لَشَرْطٍ وَهَبَةَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ.

متن الخطاب ويشرب من لبنها ويكتسي من صوفها¹⁰⁷¹ إذا رضي الولد، وكذلك الأم. محمد: وهذا في الولد الكبير، وأما الصغير فلا يفعل. قاله مالك. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: "وهل إلا أن يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان" إلا أن ظاهر كلام المصنف تخصيصه باللبن، وقد علمت أنه غير خاص به. والله أعلم.

ص: وجار شرط الثواب ش: يعني أن الهبة تجوز بشرط الثواب، وسواء عين الواهب الثواب الذي يريد أم لا، أما إذا عينه فقالوا إنها جائزة وهي حينئذ من البيوع. قال في التوضيح: كما لو قال أهبها لك بمائة دينار ويشترط في ذلك شروط البيع. انتهى. ولم يذكروا في ذلك خلافاً، وأما إن شرط الواهب الثواب ولم يعينه فأجاز ذلك ابن القاسم في المدونة، وقاله أصبغ ومنعه ابن الماجشون لأنه كبيع سلعة بقيمتها الباجي والأول أولى. انتهى. وقال ابن عرفة: وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي، وفي شرطها بغير لفظ البيع قولان ذكرنا في فصل شرط العوض فيها. انتهى.

قلت: كذا في النسخ التي رأيتها قولان ذكرنا، والذي يظهر أن حق العبارة أن يقول قولان يذکران فإن فصل العوض متأخر عن كلامه هذا، والذي رأيت في كلامه بعد البحث عنه في مظانه من البيوع وغيرها قوله في فصل شرط العوض في هبة الثواب في أواخر كتاب الهبة وفي ترجمة بيع الغرر من المنتقى: لو قال بعتك السلعة بما شئت ثم سخط ما أعطاه قال ابن القاسم إن أعطاه القيمة لزمه. محمد: معناه إن فاتت، فحملة ابن القاسم على المكارمة كهبة الثواب، واعتبر محمد لفظ البيع. انتهى.

ص: ولزم بتعيينه ش: يعني أن الموهوب له إذا عين الثواب لزمه تسليمه للواهب وليس له الرجوع فيه ولو لم يقبضه الواهب. قاله ابن شاس وابن الحاجب. قال في التوضيح: لأنه التزمه بتعيينه، ونقله ابن عرفة عن ابن شاس، وقال بعده: هذا ضروري [كبت¹⁰⁷²] عقد الخيار. انتهى.

ص: في غير المسكوك ش: أي فلا ثواب فيه. قال في المدونة: ولو رأى أنه وهبه للثواب إلا بشرط وثنابه عرض أو طعام. نقله في التوضيح. ومثل المسكوك السبائك والحلي [المكسر¹⁰⁷³] على الأصح، بخلاف الحلي الصحيح على الأصح.

ص: وهبة أحد الزوجين للآخر ش: وكذا الأب وولده. قال في المدونة: إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم. انتهى. فمسألة الزوجين والأقارب ليست كمسألة المسكوك ومسألة السبائك والحلي فإنه لا ثواب [فيهما،¹⁰⁷⁴] ولو فهم ذلك بخلاف مسألة الزوجين فإنه إذا دلت القرينة على إرادة الثواب

67

الحديث

1071 * - في المطبوع في وما بين المعقوفين من يم56 ويحيى374 وسيد10 وم23 ومايأبي47.

1072 * - في المطبوع كتب وما بين المعقوفين من ن ذي ص67. ومايأبي48 ويم56.

1073 - في المطبوع والمسكوك وما بين المعقوفين من م23 ومايأبي48.

1074 - في المطبوع فهما وما بين المعقوفين من ن ذي وم23 ويحيى374 ويم56.

وَلَقَادِمٍ عِنْدَ قُدُومِهِ وَإِنْ فَقِيرًا لِعِنِّيَّ وَلَا يَأْخُذُ هِبَتَهُ وَإِنْ قَائِمَةً وَلَزِمَ وَاهِبَهَا لَا الْمَوْهُوبَ لَهُ الْقِيَمَةَ إِلَّا لِقَوْتِ بَزِيدٍ أَوْ نَقْصٍ وَلَهُ مَنْعُهَا حَتَّى يَقْبِضَهُ وَأَثِيبَ مَا يُقْضَى عَنْهُ بِبَيْعٍ.

حكم به ، فهي إنما تخالف هبة الثواب بين الأجنبي في كونها لا يحكم فيها بالثواب إلا بقريضة ، وهبة الأجنبي يحكم فيها بالثواب إلا إذا قامت القرينة على عدم الثواب .
ص : ولقادم ش : أطلق فيه رحمه الله وهو مقيد في المدونة وغيرها بما يهدى له من الطعام والفاكهة ونحو ذلك . والله أعلم .

مسألة في حكم هبة الطعام للثواب : قال في المدخل في آخر فصل آداب الأكل : وينبغي له أن يتحفظ من هذه العادة المذمومة التي أحدثت وهي أن يهدي أحد الأقارب أو الجيران طعاما فلا يمكن المهدي إليه أن يرد الوعاء فارغا حتى يرده بطعام ، وكذلك المهدي إن رجع إليه الوعاء فارغا وجد على فاعل ذلك وكان سببا لترك المهاداة بينهما ، ولسان العلم يمنع من ذلك كله لأنه يدخله بيع الطعام بالطعام [غير يد بيد ، ¹⁰⁷⁵] ويدخله أيضا بيع الطعام بالطعام متفاضلا ويدخله الجهالة ، فإن قيل ليس هذا من باب البياعات ، وإنما هو من باب الهدايا وقد سُمح فيها ، فالجواب هو مسلم لو مشوا فيه على مقتضى الهدايا الشرعية ، لكنهم يفعلون ضد ذلك لطلبهم العوض ، فإن الدافع [يتشوف له ¹⁰⁷⁶] والمدفوع إليه يحرص على المكافأة ، فخرج بالمشاحة من باب الهدايا إلى باب البياعات ، وإذا كان كذلك فيعتبر

فيه ما تقدم ذكره . انتهى . وانظر الأبي في كتاب الهبات . والله أعلم .
ص : ولزم واهبها لا الموهوب له القيمة إلا لفوت بزيد أو نقص ش : يعني أن الواهب يلزمه قبول القيمة إذا دفعها الموهوب له ، ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة إلا أن تفوت الهبة عنده بزيادة أو نقصان .

تنبيهه : لم يذكر المصنف بما يلزم الواهب قبول القيمة هل بمجرد الهبة ، أو القبض ؟ بل قد يتبادر أنه يلزمه قبول القيمة بمجرد عقد الهبة ، وهو أحد الأقوال ، والمشهور أنه يلزمه ذلك بقبض الموهوب . قاله في التوضيح ، وقاله ابن عرفة .

فرع : إذا أثناب الموهوب له في هبة الثواب أكثر من القيمة ، وامتنع الواهب أن يقبل إلا القيمة فليس له ذلك ، ويجبر على أخذ ما أعطاه الموهوب . انظر المشدالي في آخر كتاب الهبات .
فائدة : قال في آخر مسائل الصدقة والهبة من البرزلي قبل آخرها بنحو الخمس ورقات : ابن عات عن الاستغناء : ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس ، ولا أن يضيفوا أحدا ولا أن يكافؤا عن الهدايا ، وحكى ذلك عن مالك ، وكذا السلطان لا يكافىء ولا يكافأ ، وقد ذكر المتيطي هذا عن سعد المعافري عن مالك في أول كتاب الشهادات . قال : ليس على الفقيه من مكافأة ولا ضيافة أحد ولا شهادة بين اثنين . انتهى . وقال ابن فرحون في الديباج المذهب فيمن اسمه سعيد وسعيد بن عبد الله بن سعد المعافري : أبو عمر : وقيل أبو محمد ، وقيل أبو عثمان من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن

1075 * - في المطبوع يد ليد وما بين المعقوفين من يم 56 وسيد 10 وما يابى 48 وم 23.

1076 * - في المطبوع يتشوق وما بين المعقوفين من ما يابى 48 ويحيى 374 ويم 56.

وَأَنْ مَعِيْبًا إِلَّا كَحَطَبٍ فَلَا يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ وَلِلْمَأْدُونِ وَلِلْأَبِ فِي مَالٍ وَلَدِهِ الْهَبَّةُ لِلتُّوَابِ وَإِنْ قَالَ دَارِي
صَدَقَةٌ بِيَمِينٍ مُطْلَقًا أَوْ بغيرِهَا وَلَمْ يُعَيِّنْ لَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِّ وَفِي مَسْجِدٍ مُعَيَّنٍ قَوْلَانِ وَقُضِيَ
بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ فِيهَا بِحُكْمَيْنَا.

نص خليل

القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم، وبه تفقه ابن وهب وابن القاسم، وهو ثقة فاضل مأمون توفي
بالإسكندرية سنة ثلاث وسبعين ومائة.

متن الخطاب

مسألة: ذكر سعد هذا عن مالك قال ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة؛ يريد عن هدية ولا شهادة
بين اثنين. انتهى. والظاهر أن ذكره فيمن اسمه سعيد سهو، فإن كلام المتيطي المتقدم وكلام أبي
الحسن وكلام المدارك أنه سعد، بل في آخر كلام ابن فرحون المذكور أنه سعد حيث قال: مسألة ذكر
سعد، ونص كلام أبي الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق جنينا في بطن أمه لما
ذكر قول مالك أنها تباع في الدين، سواء كان الدين قبل العتق أو بعده ما نصه: وخالف سعد المعافري
شيخه فقال لا تباع حتى تضع إذا كان الدين لاحقاً. انتهى. وقال في المدارك في ترجمته: أبو محمد،
وقيل أبو عثمان سعد بن عبد الله المعافري من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن القاسم وأشهب وابن
وهب وابن بكير، وهو الرابع عشر من الطبقة الأولى من أصحاب مالك المصريين، وقال في آخر
ترجمته: قال سعد عن مالك ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة؛ يريد عن هدية ولا شهادة بين
اثنين. انتهى. وفي بعض نسخ المدارك إسقاط المعافري، واستفيد من النصوص المذكورة أنه معافري،
والمعافري بفتح الميم وكسر الفاء نسبة إلى المعافر بن يعفر بن مالك. قال ابن الأثير في كتاب الأنساب:
ينسب إليه أكثر عامتهم بمصر. انتهى. وقد أنشدني بعض أصحابنا عن الشيخ العلامة ابن غازي عن
شيخه الإمام القدوة أبي عبد الله محمد القوري أنه أنشده لما تكلم معه في هذه المسألة ما نصه:

ليس على الفقيه من [ضيافات¹⁰⁷⁷] ولا شهادة ولا [مكافات¹⁰⁷⁸]

ذكر ذا نصا عن المدارك عن سعد المعافري عن مالك

والله تعالى أعلم.

فائدة: قال في تخريج أحاديث الإحياء حديث: {من أهدي له هدية وعنده قوم فهم شركاؤه فيها}
العقيلي وابن حبان في الضعفاء والطبراني في الأوسط والبيهقي¹ من حديث ابن عباس. قال العقيلي:
لا يصح في هذا المتن حديث./

69

ص: وإن معيباً ش: هو من العيب كما قال ابن غازي وعكسه في المدونة أيضاً. قال في كتاب الهبات
منها: وإذا وجد الموهوب له بالهبة عيباً فله [ردها¹⁰⁷⁹] وأخذ العوض، ثم قال: وإن وجد الواهب

1- البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الهبات، ص183، بلفظ من أهديت له هدية وعنده ناس فهم شركاء فيها.

الحديث

1077 - في المطبوع ضيافته وما يابى 49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63.

1078 - في المطبوع ومكافه وما يابى 49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 68. وعلق عليه الشيخ محمد سالم
عدود - الأصل أن تكتب بالهاء ولوقوعها رويها حسن خطها بالتاء كما في قوله: الله انجاك بكفي مسلمت.

1079 - في المطبوع رده وما يابى 49 ويم 57 وم 23 والمثبت من يحيى 375.

باب اللقطة مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً وفرساً وحماراً. نص خليل

متن الحطاب إلى آخر ما ذكره ابن غازي، وانظر أبا الحسن الصغير، وانظر المنتقى في الكلام على الرد بالعيب فإنه ذكر فيه حكم ما إذا اطلع في هبة الثواب على عيب هل يرده؟ والله أعلم.

ص: [كتاب اللقطة ش: 1080] كلام الشارح في ضبطها فيه خلل وهي بضم اللام وفتح القاف. هكذا ضبطها الأكثر، وعليه استعمال الفقهاء، وهو خلاف القياس، وبعضهم أنكروا فتح القاف، وزعم أنها بالسكون على الأصل، وبعضهم رواها بالوجهين منهم ابن الأثير وقال الفتح أصح، ومنهم ابن العربي وقال السكون أولى. والله أعلم.

ص: مال معصوم عرض للضياع ش: الظاهر أن ضالة الإبل داخلة في هذا التعريف وهي ليست لقطعة، وكذلك الآبق، وقال في الذخيرة: لا يسمى لقطعة ولا تجري عليه أحكام اللقطة، ولذا حددها ابن عرفة بأنها مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً، فيخرج الركاز وما بأرض الحرب، وتدخل الدجاجة وحمام الدور لا السمكة تقع في السفينة وهي لمن وقعت إليه. قاله ابن عات عن الشعباني، والأظهر في السمكة إن كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليه نجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها في ماء البحر فهو كما قال ابن شعبان في زاهيه، وإلا فهي لرب السفينة، وأعلم أن حده غير مانع لدخول التمر المعلق فيه وليس لقطعة، فقول الجماعة معرض للضياع أحسن فتأمل. والله أعلم. وحد الالتقاط قال ابن عرفة: هو أخذ مال ضائع ليعرفه سنة ثم يتصدق به أو يملكه إن لم يظهر مالكة بشرط الضمان إذا ظهر المالك. انتهى.

ص: وفرسا وحماراً ش: يريد وغير ذلك مما [تصح 1081] لقطته. قال في لقطتها: ومن التقط دنانير أو دراهم أو حليا مصوغاً أو عروضاً أو شيئاً من متاع أهل الإسلام فليعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا لم أمره بأكلها، كثرت أو قلت، درهما فصاعداً إلا أن يحب [بعد السنة 1082] أن يتصدق بها، ويخير صاحبها إن جاء أن يكون له ثوابها أو يغرمها له فعل. وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه. انتهى. وقوله: "وليعرفها سنة" يأتي الكلام عليه في محله، وكذا لم أمره بأكلها، وفي كتاب الضحايا من المدونة: ولا يصاد حمام الأبرجة، ومن صاد منها شيئاً رده أو عرف به إن لم يعرف ربه ولا يأكله،

وإن دخل حمام برج لرجل في برج لآخر ردها إلى ربه إن قدر، وإلا فلا شيء عليه، ومن وضع أجباحاً في جبل فله ما دخلها من النحل، ومن صاد طائراً في رجلية سباقان أو ظبياً في أذنيه قرطان أو في عنقه قلادة عرف بذلك، ثم ينظر فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع ولا توحش رده وما وجد عليه لربه، وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده دون ما عليه، فإن قال ربه ندمني منذ يومين، وقال الصائد لا أدري متى ند منك، فعلى ربه البينة والصائد مصدق. انتهى. وانظر قوله فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع إلى آخره فهل يجب تعريفه في هذه الصورة كاللقطة؟ وهو الظاهر فتأمل. وقال في آخر كتاب الجامع من البيان: ما أوى إلى برج الرجل من حمام برج غيره فلم يعرفه بعينه أو عرفه ولم يقدر على أخذه فلا بأس عليه فيه وإن عرف صاحبه. هذا ما لا اختلاف

70

الحديث

1080 - علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا ترجمة في مطبوعة المواق والحطاب كتاب اللقط وأصل لفظ المتن باب اللقطة.

1081 - في المطبوع يصح وما بين المعقوفين من م24.

1082 - ساقطة من المطبوع والمخطوطات وما بين المعقوفين من التهذيب، ج4 ص373.

نص خليل
 وَرُدَّ بِمَعْرِفَةٍ مَشْدُودٍ فِيهِ وَبِهِ وَعَدَدِهِ بِلَا يَمِينٍ وَقُضِيَ لَهُ عَلَى ذِي الْعَدَدِ وَالْوَزْنِ وَإِنْ وَصَفَ ثَانٍ وَصَفَ
 أَوَّلَ وَلَمْ يَبَيِّنْ بِهَا حَلْفًا وَقَسِمَتْ كَبَيِّنَتَيْنِ لَمْ يُؤْرَخَا وَإِلَّا فَلِلْأَقْدَمِ وَلَا ضَمَانَ عَلَى دَافِعٍ يَوْصَفُ وَإِنْ قَامَتْ
 بَيِّنَةٌ لِغَيْرِهِ وَاسْتَوْنِي بِالْوَاحِدَةِ إِنْ جَهَلَ غَيْرَهَا لَا غِلْطَ عَلَى الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَضُرَّ جَهْلُهُ بِقَدْرِهِ.

متن الخطاب
 فيه أعلمه، واختلف إذا علمه وقدر على أخذه ولم يعرف صاحبه، وظاهر قوله في هذه الرواية أنه لا شيء عليه فيه، وهو دليل قول ابن كنانة، ونص قول ابن حبيب في الواضحة: وقد قيل إنه يعرفه كاللقطة ولا يأكله، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم، حكى فضل عنه أنه قال لا ينصب لشيء من حمام الأبرجة ولا يرمى، ومن صاد منه شيئاً فعليه أن يرده أو يعرفه ولا يأكله، وحكم أفرأخها إذا عرف عشها حكم ما عرفه وقدر على أخذه، فإن عرف صاحبه رده إليه، وإن لم يعرفه فعلى ما تقدم من الاختلاف. انتهى. وانظر ما حكاه عن فضل فإنه نص المدونة، وهذا ما تيسر جمعه الآن. والله أعلم.

ص: ورد بمعرفة مشدود فيه وبه ش: قال ابن الحاجب: ويجب ردها بالبينة أو بالإخبار بصفتها من نحو عفاصها ووكائها وهما المشدود فيه وبه. قال في التوضيح: أما ردها بالبينة فلا خلاف فيه، ويجب أيضاً ردها عندنا بالإخبار بصفتها من نحو العفاص والوكاء للحديث¹، ثم فسرها بقوله: "وهما المشدود فيه وبه" فالأول للأول، والثاني للثاني، وهذا هو المعلوم في اللغة، وعليه أكثر الفقهاء، بل نقل صاحب الاستذكار الإجماع عليه، ونقل الباجي عن أشهب عكسه والوكاء ممدود، وقيل مقصور؛ قيل وهو غلط، وأشار بقوله: "نحو عفاصها" إلى أن ما لا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالإخبار بصفاته الخاصة المحصلة للظن. انتهى. ثم قال ابن الحاجب: وفي اعتبار عدد الدنانير والدرهم قولان.

قال في التوضيح: القول الأول باعتباره لابن القاسم، والأخير لأصبع، والأول أظهر. ثم قال ابن الحاجب: ويكتفي ببعض الصفات المغلبة للظن على الأصح، ويُسْتَأْنَى في الواحدة. قال في التوضيح: أي يكتفي ببعض الصفات [اثنتين¹⁰⁸³] فصاعداً دل على ذلك قوله: "ويُسْتَأْنَى في الواحدة" والأصح لأشهب قال: إن عرف وصفين ولم يعرف الثالث دفع له، ومقابله لابن عبد الحكم قال: لو وصف تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها إلا في معنى واحد أن يذكر عدداً فيصاب أقل منه لاحتمال أن يكون قد اغتيل فيه. انتهى. / وهذا أيضاً يستفاد من قول المصنف بعد: "واستؤني في الواحدة" إن جهل غيرها لا غلط على الأظهر، وفي الشامل: ودفع لمن عرف وصفين دون ثالث، وقيل إن أخطأ واحداً من عشرة لم يعطه إلا في عدد يوجد أقل، ولو عرف واحداً من عفاص ووكاء فثالثها الأظهر لا شيء له إن غلط في الآخر، واستؤني به في الجهل ولو أخطأ في وصفه ثم أصاب لم يعطه، ولا يضره الغلط في زيادة العدد إن عرف العفاص والوكاء، وفي نقضه قولان. انتهى.

مسألة: قال في النوادر باب في الصبي الصغير تدعي أمه أنه التقط دنانير: ومن كتاب سحنون وكتب شجرة إلى سحنون في امرأة أتت بابن لها صغير معه أربعة دنانير، فزعمت أنه التقطها من الطريق في

71

الحديث
 1 - عن زيد بن خالد رضي الله عنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها قال فضالة الغنم قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الإبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها. البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 2429، ط. دار إحياء التراث العربي، ومسلم في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 1722.

وَوَجِبَ أَخْذُهُ لِحَوْفِ خَائِنٍ لَا إِنْ عَلِمَ خِيَانَتَهُ هُوَ فَيَحْرُمُ وَإِلَّا كُرِهَ عَلَى الْأَحْسَنِ.

متن الخطاب
غير صرة فرفعتها على أيدي أناس، فأتى من ادعاها ووصف سكة بعض الدنانير ولم يصف البعض فكتب إليه: الأم مقرة بأن الصبي أصابها فليس لها أن تقر على غيرها فأرى الدنانير للصبي، وما كان من لقطة معروفة فوصف المدعي لها بعضا ولم يصف بعضا فلا شيء له.
ص: ووجب أخذه لخوف خائن إلى قوله على الأحسن ش: حاصل ما ذكره المؤلف أنه إن خاف عليها أن يأخذها خائن وجب عليه الالتقاط إلا أن يعلم من نفسه هو الخيانة فيحرم، سواء خشي عليها أن يأخذها خائن أو لم يخش، وإلا كره؛ أي وإن لم يخف عليها خائنا ولا علم من نفسه الخيانة فيكره له الالتقاط على الأحسن. هذا حل كلامه وفيه أبحاث الأول كلامه يقتضي أنه إذا لم يتحقق من نفسه الأمانة ولا الخيانة وخاف عليها الخونة وجب عليه الالتقاط، وهو مخالف لما قاله ابن الحاجب، وقرره المصنف في التوضيح من أن الذي لا يتحقق من نفسه يكره له الالتقاط، وإنما جعل وجوب الالتقاط إذا تحقق من نفسه الأمانة وخاف عليها الخونة فتأمل ذلك. الثاني: نقل في التوضيح في القسم المكروه في كلام المؤلف الذي فيه الأحسن، ومقابله وهو ما إذا لم يخف عليها الخيانة وعلم من نفسه الأمانة أن ابن رشد قيد الخلاف بأن يكون الإمام عدلا، فإن كان غير عدل فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا، وكذا قيد قسم الوجوب؛ وهي ما إذا كانت بين قوم غير مأمونين بكون الإمام عدلا لا يخشى أن يأخذها إذا علم بها بتعريفه إياها. قاله في المقدمات. أما إذا كان غير عدل فقال يخير بين أخذها وتركها بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الطرفين فتأمله. ونص كلام التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: والالتقاط حرام على من يعلم خيانة نفسه ومكروه للخائف، وفي المأمون الكراهة، والاستحباب فيما له بال، والوجوب إذا خاف عليها الخونة؛ يعني أن حكم اللقطة يختلف بحسب حال الملتقط، وجعل -يعني ابن الحاجب- الأقسام ثلاثة:
أولها أن يعلم من نفسه الخيانة فيكون التقاطها عليه حراما، وثانيها أن يخاف أن يستفزه الشيطان ولا يتحقق فيكون مكروها، وثالثها أن يثق بأمانة نفسه وقسم هذا إلى قسمين:
الأول: أن يكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليها الخونة، والثاني أن يخافهم فإن خافهم وجب الالتقاط وحكى عليه الاتفاق وإن لم يخف فثلاثة أقوال لمالك الاستحباب والكراهة والاستحباب فيما له بال، وقيد ابن رشد هذا الخلاف بأن يكون الإمام عدلا، وإن كان غير عدل وكانت بين قوم مأمونين فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا، وإن كانت بين قوم غير مأمونين/ فيخير بين أخذها وتركها. انتهى. وزاد في المقدمات وذلك بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الخوفين. انتهى. فهذا الأخير تقييد لما أطلقه المصنف في نقل قسم الوجوب، بل نقل القرافي عن اللخمي أنه يحرم أخذها إذا كان الإمام غير مأمون إذا أنشدت أخذها. انتهى. الثالث قوله على الأحسن فيه ترجيح القول بالكراهة، وهو الذي اقتصر عليه في الشامل.
تنبيهات: الأول: قال في المقدمات بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة: وما قيدها به وهو أيضا أعني هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها¹، ومعنى نهيه عنها مخافة أن لا يجدها ربها لتفرق الحاج في بلدانهم المختلفة فتبقى في ضمانه، فلا ينبغي لأحد أن يلتقط لقطة

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعضد عضاهاها ولا يُنفر صيدها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ولا يخلى خلاها فقال عباس يا رسول الله إلا الإذخر فقال إلا الإذخر، البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 2433.

نص خليل وَتَعْرِيفُهُ سَنَةً وَلَوْ كَدَلُوا لَا تَأْفِيهَا بِمَظَانٍ طَلَبَهَا.

الحاج للنهي الوارد في ذلك عن النبي عليه السلام¹، فإن التقطها وجب عليه من تعريفها ما يجب في سواها. انتهى. وهذا -والله أعلم- في غير المحل الذي يجب فيه الالتقاط بل صريح كلامه أنه في غير محل الوجوب؛ لأنه تقييد للثلاثة الأقوال؛ وهي إنما هي في غير قسم الوجوب فهي داخلة في قول المؤلف: "والأكره" إلا أن الكراهة فيها أقوى. فتأمل. والله أعلم.

التنبيه الثاني: قال ابن عبد السلام بعد أن حكى الأقوال الثلاثة: والأظهر إن كان مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط، ولا يعد علمه بخيانة نفسه مانعاً وأحرى خوفه ذلك؛ لأنه يجب عليه ترك الخيانة والحفظ للمال المعصوم، وقصارى الأمر أن من يأمن على نفسه الخيانة فقد توجه عليه الخطاب بالحفظ وحده، ومن يعلم من نفسه الخيانة وجب عليه أمران الحفظ وترك الخيانة، وبعد تسليم هذا فالأظهر من الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب، لو قيل به لوجوب إعانة المسلم عند الحاجة والقدرة على الإعانة. انتهى وكلامه حسن رحمه الله.

التنبيه الثالث: قال في الذخيرة: كل فعل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره كإنقاذ الغريق أو إزاحة الأذى عن الطريق فهو على الكفاية، وما تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الأعيان كالصلاة والصوم، وقد تقدم بسط هذه القاعدة في مقدمة هذا الديوان، فعلى هذا يتجه الأخذ ووجوبه عند تعيين هلاك المال وعند تعيين الهلاك بين الأمان يكون فرضاً على الكفاية إذا خافوا غيرهم على اللقطة، ومندوباً في حق هذا المعين بخصوصه كما قلت في صلاة الجنازة وغيرها أصلها فرض على الكفاية، وفعل هذا المصلي المخصوص يندب ابتداءً، فإذا شرع اتصف بالوجوب. انتهى فتأمل.

ص: وتعريفه سنة الخ ش: تصوره واضح.

تنبيهات: الأول: يجب التعريف عقب الالتقاط. قال ابن الحاجب: ويجب تعريفها سنة عقبيه. قال في التوضيح: أي عقب الالتقاط، وظاهره لو أخرج التعريف يضمن، وفي اللخمي إن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها فهلكت ضمنها. انتهى. وينبغي أن لا يتقيد بالسنة. اهـ. وقال ابن عبد السلام: والضهير من قوله عقبيه راجع إلى الالتقاط المفهوم من السياق، ولا يؤخر التعريف؛ فإن ذلك داعية إلى إياس ربها فلا يتعرض إلى طلبها، فإن ترك تعريفها حتى طال ضمنها، كذا قال بعض الشيوخ نقلت كلامه على ما فهمت. انتهى. وفي معين الحكام: / فرع: وإذا أمسك الملتقط اللقطة سنة ولم يعرفها، ثم عرفها في الثانية فهلكت ضمنها، وكذلك إن هلكت في السنة الأولى ضمنها إذا تبين أن صاحبها من الموضع الذي وجدت فيه، وإن كان من غيره فغاب بقرب ضياعها ولم يقدم في الوقت الذي ضاعت فيه لم يضمن. انتهى.

الثاني: قوله: "لا تأفها" مقابل لقوله: تعريفه لا بقيد السنة، ويعني أن التأف لا يعرف ولم يقل له أكله لأن إباحة الأكل لا تنافي [سقوط¹⁰⁸⁴] الضمان كالكثير بعد السنة بخلاف عدم التعريف فإنه مناف للضمان، ونحوه لابن عبد السلام.

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعضد عضاها ولا ينفر صيدها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ولا يختلى خلاها، البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 2433، دار الفجر للتراث 2005.

نص خليل
بِكَابِ مَسْجِدٍ فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَنْ يَثِقُ بِهِ أَوْ بِأَجْرَةٍ مِنْهَا إِنْ لَمْ يُعْرِفْ مِثْلَهُ
وَبِالْبَلَدَيْنِ إِنْ وُجِدَتْ بَيْنَهُمَا وَلَا يَذْكُرُ جِنْسَهَا عَلَى الْمُخْتَارِ وَدُفِعَتْ لِحَبْرٍ إِنْ وُجِدَتْ بِقَرْيَةٍ ذِمَّةٍ وَلَهُ
حَبْسُهَا بَعْدَهُ.

متن الخطاب الثالث: جزم المؤلف بأن الكثير وما دونه من فوق التافه يعرف لسنة أما الكثير فلا خلاف فيه، وأما ما دون الكثير وفوق التافه، وهو المشار إليه بقوله: "كدلو" فحكى ابن الحاجب فيه قولين تعريفه سنة وتعريفه أياما مظنة طلبه، ورجح في التوضيح [الثاني،¹⁰⁸⁵] ونصه: قال ابن الحاجب: وأما ما فوقه من نحو [مخلاة¹⁰⁸⁶] ودلو فقليل يعرف أياما مظنة طلبه، وقيل سنة كالكثير. قوله فوقه أي فوق التافه ودون الكثير مما يشح به صاحبه ويطلبه. ابن رشد: ولا خلاف في وجوب تعريفه إلا أنه يختلف في حده فقليل سنة كالذي له بال، وهو ظاهر رواية ابن القاسم في المدونة، وقيل لا يبلغ به الحول وهو قول ابن القاسم من رأيه في المدونة أيضا ورواية عيسى عن ابن وهب في العتبية في مثل الدريهمات و [الدينار¹⁰⁸⁷] أنه يعرف ذلك أياما. ابن عبد السلام: وتأول المدونة بعضهم على القول الأول من كلام المصنف وهو الذي عليه الأكثر من أهل المذهب وغيرهم. انتهى. فترك المؤلف القول الذي عليه الأكثر.

ص: بكباب مسجد ش: قال في المدونة: وتعرف اللفظة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد وحيث يظن أن ربها هناك أو خبره. انتهى. وفي سماع أشهب من كتاب اللفظة وسألته يعني مالكا عن تعريف اللفظة في المساجد فقال لا أحب رفع الصوت في المساجد، وقد بلغني أن عمر بن الخطاب أمر أن تعرف اللفظة على أبواب المساجد وأحب إلي أن لا تعرف في المساجد ولو مشى هذا إلى الخلق في المساجد يخبرهم بالذي وجد ولا يرفع صوته لم أر بذلك بأسا. انتهى. وقال ابن الحاجب في الجوامع والمساجد: قال في التوضيح: ظاهره أن التعريف يكون فيها، ولعل ذلك مع خفض الصوت، ويحتمل أن يكون على حذف مضاف أي في باب الجوامع والمساجد وهو أحسن؛ لأنه كذلك في المدونة وغيرها وللحديث. انتهى. وفي التمهيد: التعريف عند جماعة الفقهاء فيما علمت لا يكون إلا في الأسواق وأبواب المساجد ومواضع العامة واجتماع الناس. انتهى.

ص: أو بمن يثق به ش: ابن عبد السلام: ولا ضمان عليه إن ضاعت إذا دفعها إلى مثله في الأمانة انتهى. قاله في شرح قول ابن الحاجب وهي أمانة.

تنبيه: ويخير في دفعها إلى الإمام إن كان عدلا. قاله في المدونة ونقله في التوضيح.

ص: ودفعت لحبر إن وجدت بقريّة ذمة ش: هذه المهألة في سماع موسى من كتاب اللفظة، ونصه: /وسئل مالك عن اللفظة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة فقال تدفع إلى أحبارهم. قال ابن رشد: هذا قول فيه نظر؛ إذ في الإمكان أن تكون لمسلم، وإن كانت وجدت بين أهل الذمة فكان

1085 - سقط من المطبوع ويم ص31 وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 ويحيى ص31 و م ص24 ومايأبى52.

1086 * - في المطبوع محلات وما بين المعقوفين من سيدا 11 ومايأبى52.

1087 - في المطبوع والذنانير ويم ص31 وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 ويحيى ص31 و م ص25 ومايأبى52.

نص خليل أو التصدق أو التملك ولو بمكة ضامناً فيهما.

متن الخطاب الاحتياط أن لا تدفع إلى أحبارهم إلا بعد التعريف بها استحساناً لغلبة الظن أنها لهم على غير قياس، فإذا دفعت إليهم بعد التعريف لها، ثم جاء صاحبها غرموها له، وإنما كان يلزم أن تدفع ابتداءً إلى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع أنهم يقولون إن من ديننا أن يكون حكم لقطة أهل ملتنا مصروفاً إلينا، وأما إذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع إلى أحبارهم وتكون موقوفة أبداً. وبالله التوفيق. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

ص: أو التصدق ش: قال في الطراز في باب إخراج زكاة الفطر في السفر في تعليل المسألة: ولأننا نجوز للملتقط أن يتصدق باللقطة عن ربها ثم إنه إذا علم بها بعد ذلك ورضي جاز. انتهى. فهذا هو المراد بالتصدق أن يتصدق بها عن ربها، وأما تصدقه بها عن نفسه فهو داخل في تملكه إياها. والله أعلم. تنبيه: قال في المدونة: وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه. انتهى. قال أبو الحسن: الكراهة هنا على المنع لأن الشرع لم يأذن له. انتهى.

ص: أو التملك ولو بمكة ش: تصوره واضح. وعبارة ابن رشد قوية؛ إذ قال بعد أن حكى الخلاف في تملك اللقطة: وهذا الاختلاف إنما هو فيما عدا لقطة مكة، فأما مكة فقد ورد النص فيها أنها لا تحل لقطتها إلا لمنشد، فلا يحل له استنفاقها بإجماع، وعليه أن يعرفها أبداً وإن طال زمانها. انتهى. فتأمل فإنه مشكل. والله أعلم. وفي الإكمال عن المازري عن مالك أن حكم اللقطة في سائر البلاد حكم واحد وعند الشافعي أن لقطة مكة بخلاف غيرها. انتهى من كتاب الحج.

تنبيه: قال النووي في شرح مسلم: وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن التقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر إلى حكم حاكم ولا إذن سلطان، وهذا مجمع عليه وفيها أنه لا فرق بين الغني والفقير وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور. والله أعلم. انتهى. وفي التمهيد: أجمعوا على أن للفقير أن يأكلها بعد الحول وعليه الضمان، واختلفوا في الغني فقال مالك أحب أن يتصدق بها بعد الحول ويضمنها، وقال ابن وهب: قلت [لمالك ما شأنه بها؟ قال: ¹⁰⁸⁸] إن شاء أمسكها وإن شاء تصدق بها وإن شاء استنفقها وإن [جاء ¹⁰⁸⁹] صاحبها أداها إليه، وقال الشافعي يأكل اللقطة الغني والفقير بعد حول، وهذا تحصيل مذهب مالك وقوله. انتهى.

مسألة: قال في سماع ابن القاسم من كتاب اللقطة: وسئل مالك عن اللقطة يجدها الرجل فيعرفها سنة فلا يجد صاحبها فيستنفقها ثم يحضره الوفاة فيوصي بها ويترك ديناً عليه ولا وفاء له كيف ترى؟ قال: أرى أن يحاص الغرماء بها أهل الدين بقدر ما يصيبها. ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن إقرار المديان بالدين عند مالك جائز لمن لا يتهم عليه كان إقراره في صحته أو مرضه، وإنما يفترق عند الصحة من المرض في رهنه وقضاء بعض غرمائه/ دون بعض وفي إقراره بالدين لمن يتهم عليه فلا يجوز شيء من ذلك في المرض، واختلف قوله في جواز ذلك في الصحة فمرة أجاز ذلك، ومرة لم يجزه، ومرة فرق فأجاز الرهن والقضاء ولم يجز الإقرار ومرة أجاز القضاء خاصة ولم يجز الرهن ولا الإقرار، وأما إن أقر

75

الحديث

¹⁰⁸⁸ * - في المطبوع لمالك وما بين المعقوفين من يحيى 378 وسيد 11 وم 25 ومايبي 53.

¹⁰⁸⁹ - في المطبوع شاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 74 ويحيى ص 32 و م ص 25 ويم ص 31 ومايبي 53.

متن الخطاب

أنه استنفق اللقطة ولا دين عليه ولم يقم بذلك عليه حتى مات فإن كان إقراره بذلك في صحته جاز ذلك من رأس ماله على ورثته، وإن كان إقراره في مرضه فإن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس [المال أوصى¹⁰⁹⁰] أن يتصدق بها عن صاحبها أو توقف له، واختلف إن كان يورث بكلالة فقبيل إنه إن أوصى أن توقف وتحبس حتى يأتي صاحبها جازت من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق بها عنه لم يقبل قوله ولم تخرج من رأس المال ولا من الثلث، وقيل إنه يكون من الثلث، وقيل إنه إن كانت سيرة جازت من رأس المال، وإن كانت كثيرة لم تكن في رأس المال ولا ثلث. انتهى. وفي سماع عبد الملك من ابن وهب: قال عبد الملك سألت ابن وهب عن اللقطة يجدها الرجل فيستنفقها بعد السنة [يقوم¹⁰⁹¹] عليه الغرماء ولم يأت صاحبها أترى أن يحاص بها الغرماء؟ قال: نعم أرى للسلطان أن يحاص بها الغرماء، وسألت أشهب فقال لي مثله إلا أنه لم يذكر السلطان. ابن رشد: ليس سكوت أشهب عن ذكر السلطان في هذا مخالفا لما قاله ابن وهب؛ لأن السلطان هو الناظر فيها لصاحب اللقطة لكونه في منزلة الغائب إذ لا يعرف، ومعنى ذلك إذا علم إقراره باستنفاقه قبل أن يقوم عليه الغرماء؛ [إذ¹⁰⁹²] لا يجوز إقرار المفلس بعد التفليس لمعين معلوم فكيف لغائب مجهول. انتهى.

مسألة من كتاب اللقطة في سماع ابن القاسم: وسئل مالك عن رجل دخل حانوت رجل بزاز ليشتري منه ثوبا ثم خرج منه، فاتبعه صاحب الحانوت فقال يا أبا عبد الله هذا دينار وجدته في حانوتي ولم يدخل علي اليوم أحد غيرك، [فعد¹⁰⁹³] الرجل فافتقد دينارا منها أترى أن يأخذه؟ فقال مالك: لا أدري، هو أعلم بيقينه إن استيقن أنه ديناره فليأخذه. قيل له التاجر يقول لم يدخل علي اليوم غيرك وقد افتقد الرجل من نفقته دينارا قال: إن استيقن أنه له فليأخذه. قال ابن رشد: في قوله إن استيقن فليأخذه دليل على أنه لا يأخذه إلا إن استيقن أنه له بزيادة على ما ذكره يحصل له بها اليقين أنه له وهذا على سبيل التورع والنهائية فيه أنه إذا لم يعترضه شك في أنه له فأخذه له سائح حلال؛ لأن الغالب على ظنه أنه له؛ إذ قد افتقد دينارا، ولو لم يعلم عدد نفقته لساغ له عندي أن يأخذه؛ لقول صاحب الحانوت إنه لم يدخل علي اليوم أحد غيرك، وإن كان التورع من أخذه أولى وأحسن، وكذلك لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك، ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت فعد الرجل نفقته فافتقد دينارا، وأما لو قال له هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك، ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت، والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له أن يأخذه بالشك. وبالله التوفيق.

ص: كنية أخذها قبلها ش: قال الشارح بهرام في الوسط: يعني أن الملتقط إذا نوى قبل السنة أكل اللقطة فإنه يضمنها يريد إذا ضاعت عنده، وظاهره أنه يضمن بمجرد النية وفيه نظر، فإن أبا الحسن الصغير قال المشهور أن النية بمجردها لا توجب شيئا إلا أن يقارنها فعل. انتهى. وما نقله عن أبي

الحديث

1090 - في المطبوع ويم ص31 و م ص26 وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص75 ويحيى ص32 وميايى ص54.

1091 - في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من م ص26.

1092 - في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص75 ويحيى ص32 و م ص26 ويم31 وميايى ص54.

1093 - * في المطبوع فعد والمثبت يحيى378 وم26 وميايى54 وم60.

الحسن فليس هو في هذه المسألة إنما قاله في شرح قوله في المدونة: ومن التقط لقطه فبعد أن حازها وبان بها ردها بموضعها أو بغيره ضمنها، فأما إن ردها في موضعها مكانه ساعته كمن مر في أثر رجل فوجد شيئاً فأخذه وصاح به أهذا لك؟ فيقول لا فتركه فلا شيء عليه، وقاله مالك في واجد الكساء بإثر رفقة فأخذه وصاح أهذا لكم فقالوا لا فرده قال: قد أحسن في رده ولا يضمن.

متن الخطاب

قال أبو الحسن: قوله ليعرفها انظر هل تعريفاً عاماً الذي هو السنة أو تعريفاً خاصاً/ كواجد الكساء؟ عياض: اختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم فقيل إن الثانية بخلاف الأولى، وإنه ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها، والثانية لم يأخذها بنية التعريف فالقرب والبعد سواء في ذلك، وحكى ذلك عبد الوهاب، وتأول آخرون أن مذهب ابن القاسم أنه لا يضمن إذا ردها بالقرب؛ يعني إذا أخذها بنية التعريف، وإليه نحا اللخمي، فحاصله أن قوله من أخذ لقطه المسألة، وقوله فأما إن ردها في موضعها مكانه اختلف في تأويله فذهب بعض الشيوخ إلى أنه إنما ضمنها¹⁰⁹⁴

76

في الأولى إذا لم يردّها بالقرب؛ لقولها: فبعد أن حازها وبان بها ولم يضمنه في الثانية لأنه ردها بالقرب، وهذا تأويل اللخمي، وذهب غيره إلى أنه إنما ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها فلا فرق في ذلك بين القرب والبعد، وفي الثانية لم يأخذها بنية تعريف العام، وهذا تأويل ابن رشد. الشيخ: وهل توجب النية بمجرد شئ أم لا؟ فالمشهور أنها لا توجب شيئاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: {ما لم تعمل أو تتكلم¹} فمن نوى قرابة فلا تلزمه بمجرد النية إلا أن يقارنها قول كالنذر أو الشروع في العمل، ثم هذا العمل إما أن يكون مما لا يتجزأ كصوم يوم أو صلاة فهذا يلزم إتمامه بالشروع، وإن كان مما يتجزأ كالجوار وقراءة أحزاب أو نوى إطالة القيام في الركوع [ثم بدا له [فما¹⁰⁹⁵ 1096] شرع فيه لزم، وما لم يأت فيه إلا مجرد النية فلا يلزمه، والتعريف مما يتجزأ فليس فيما يأتي إلا مجرد النية فانظر. انتهى. فتأمل.

وقال البساطي: أي وكذلك يضمن الرجل إذا نوى لما وجد اللقطة أن يأخذها تملكا وكانت هذه النية قبل وضع اليد عليها فإنه يضمن بهذه النية كالغاصب. انتهى. وإن قلت حملت اللفظ على ما لا يحتمل. قلت بل [يحمل¹⁰⁹⁷، وغاية ما يورد أنني غيرت الأخذ حتى يصح المعنى المنصوص وقدرت مضافاً محذوفاً بعد قبل أي قبل قبضها لأجل ذلك، وما حملة عليه الشارح أولاً لا يصح معنى ولا نقلاً. انتهى. فما قاله الشيخ بهرام هو ظاهر كلام المؤلف، وقد علمت ما في قوله، وظاهره إلى آخره واحتجاجه بكلام أبي الحسن، وأن ذلك ليس في هذه المسألة، وسيأتي كلام ابن عرفة بأنه يجب الضمان في هذه المسألة اتفاقاً، فيبقى كلام المصنف على ظاهره. والله أعلم. وأما البساطي فأول كلام المصنف ليوافق ما قاله ابن رشد في المقدمات، فإنه إنما ذكر

1- عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 127، ط. دار إحياء التراث العربي.
- أخرجه البخاري بهذا اللفظ، كتاب الطلاق، رقم الحديث 5269، ولفظه إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم.

الحديث

1094 * - في م 26 و 60 وسيد 12 ومايأبي 55 إنما ضمنه.

1095 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايأبي 55 و 60.

1096 * - في المطبوع فيما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 60 ومايأبي 55.

1097 * - في م 60 ويحيى 379 وسيد 12 ومايأبي 55 وم 26 بل يحتمل.

الضمان إذا أخذها بنية تملكها، وقال ابن الحاجب: وهي أمانة ما لم ينو [اختزالها]¹⁰⁹⁸ فتصير كالمنصوب. قال الشيخ في التوضيح: هو ظاهر تصورا وتصديقا، وقال ابن عبد السلام: يعني أن اللقطة بيد ملتقطها على حكم الأمانة بمقتضى حكم الشرع، وإن قبضها بغير إذن مالكها ما لم ينو اغتيالها، وغصبا فإن نوى ذلك ضمنها كما يضمن الغاصب، وهذا بين إذا كانت هذه نيته حين التقطها، وإن حدثت له هذه النية بعد الالتقاط جرى ذلك على تبدل النية مع بقاء اليد. انتهى. قال ابن عرفة بعد نقل كلام ابن عبد السلام: قلت: يرد بأن القول بلغو أثر النية إنما هو مع بقاء اليد كما كانت، لا مع تغيير بقائها عما كانت بوصف مناسب لتأثير النية ويد الملتقط السابقة عن نية الاغتيال كانت مقرونة بالتعريف أو العزم عليه وهي بعدها مقرونة بنقيض ذلك، فصار ذلك كالفعل، فيجب الضمان اتفاقا. انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: الأظهر أنه ينظر لحال المدعى عليه كالغصب. انتهى. وكذلك هو صريح في عبارة الشامل ونصه ولو نوى أكله قبل العام ضمنه إن تلف. انتهى. وهو ظاهر عبارة ابن الحاجب أيضا فكلام المؤلف على ظاهره ولا يحتاج لتأويل على ما قاله البساطي.

فرع: قال في كتاب الزكاة من التوضيح: وأما ملتقط اللقطة فلا زكاة عليه إن لم ينو إمساكها لنفسه وإن نوى ذلك ولم يتصرف ففي ضمانه قولان، والقول بعدم ضمانه لابن القاسم المجموعة¹⁰⁹⁹ وإن تصرف فيه ضمنه بلا خلاف. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، / ونصه: وفي صيرورتها ديننا على ملتقطها لإرادة أكلها أو بتحريكه [لها]¹¹⁰⁰ نقلنا الشيخ عن سحنون مع المغيرة وعن ابن القاسم في المجموعة، وعزا ابن رشد الأول لروايتي ابن القاسم وابن وهب عن مالك. انتهى. والمسألة في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب الزكاة والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام: قال أشهب ولو ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها فالقول قول الملتقط أنه التقطها ليعرف بها بغير يمين. انتهى. وما عزاه لأشهب هو في المدونة، ونصها: وإن ضاعت اللقطة من الملتقط لم يضمن. ابن يونس: قال أشهب وابن نافع وعليه اليمين ومذهب الكتاب في هذا لا يمين عليه إلا أن يتهم. وقاله ابن رشد. انتهى من أبي الحسن، ونحوه في التوضيح. ثم قال في المدونة: وإن قال له ربها أخذتها لتذهب بها وقال هو بل لأعرفها صدق الملتقط. ابن يونس: قال أشهب بلا يمين. انتهى.

وقال ابن رشد في المقدمات: ولا يعرف الوجه الذي التقطها عليه إلا من قبله، فإن تلفت عنده أو ادعى تلفها وادعى أنه أخذها ليحرزها على صاحبها فهو مصدق دون يمين إلا أن يتهم، وسواء أشهد حين التقطها أو لم يشهد على مذهب مالك؛ لأن الإشهاد مستحب. انتهى. وقال في التوضيح: ولا يلزم الإشهاد عليها حال التقاطها خلافا لبعض الحنفية. انتهى.

1098 * - في يحيى 379 ما لم ينو اغتيالها.

1099 * - في يم 60 ويحيى 379 وم 26 وسيد 12 ابن القاسم في المجموعة.

1100 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 77 ويحيى ص 33 و م ص 26 ويم ص 32 وما يابى 56.

نص خليل وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ إِلَّا بِقُرْبِ فَتَاوِيلَانَ وَذُو الرِّقِ كَذَلِكَ وَقَبْلَ السَّنَةِ فِي رَقَبَتِهِ.

متن الخطاب ص: وردها بعد أخذها للحفظ إلا بقرب فتاويلان ش: تصوره واضح. قال ابن الحاجب: فإن أخذها ليحفظها ثم ردها ضمنها. قال ابن عبد السلام: ولا شك أن هذه المسألة إنما تتفرع على القسم المختلف فيه. انتهى. يعني من أقسام الالتقاط، وما قاله ظاهر لأن القسم الذي يحرم فيه الالتقاط هو مأمور بالرد، والقسم الذي يجب يضمن بمجرد تركها، وقد علمت كلام المدونة والتأويلين عليه فيما سبق فلا حاجة إلى الإعادة، وقول المؤلف: "بعد أخذها للحفظ" احتراز مما إذا أخذها لا بنية الحفظ ولا بنية اغتيالها فإنه لا يضمن إذا ردها بالقرب بلا خلاف، ويضمن إذا ردها بعد البعد. قال أبو الحسن: قال عياض: لا خلاف إذا أخذها بغير نية التعريف [كأخذ¹¹⁰¹] الكساء أنه غير ضامن إذا ردها لموضعها في الحين. انتهى. وقال في المقدمات: واجد اللقطة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يأخذها ولا يريد التقاطها ولا اغتيالها، والثاني أن يأخذها ملتقطا لها، والثالث أن يأخذها مغتالا لها فأما الأول فهو مثل أن يجد ثوبا وهو يظنه لقوم بين يديه يسألهم عنه فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده، ولا ضمان عليه فيه. قاله ابن القاسم في المدونة، ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصر في يده ولا تعدى عليه، وإنما أعلم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة، وهذا إذا ردها بالقرب، وأما إن ردها بعد طول فهو ضامن. انتهى. والقسمان الباقيان تقدا في كلام المؤلف. والله أعلم

ص: وذو الرق كذلك وقبل السنة في رقبتة ش: يعني ذو الرق إذا التقط لقطة فعليه أن يعرفها سنة، فبعد السنة إن أكلها أو تصدق بها ضمنها في ذمته، وهذا معنى قوله كذلك وقوله: "وقبل السنة في رقبتة" واضح. قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي وليس لسيدة منعه من التعريف؛ لأن التعريف يصح حين تصرفه لسيدة، ولا يقطعه ذلك عن بيعه لسيدة، ولسيدة أن ينتزعها ويوقفها على يدي عدل لثلا يخاف عليها أن تتلف أو يتصرف فيها العبد، وإن كان غير مأمون كان أبين أن توقف على يدي عدل. انتهى. وإذا كانت في ذمته فليس لسيدة أن يسقطها. قاله اللخمي أيضا. قال في النوادر: قال مالك في العبد يستهلك اللقطة قبل السنة إنها في رقبتة. قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ: سواء أكلها أو أكل ثمنها أو تصدق بها أو وهبها، قال أشهب وابن المغيرة: وكذلك المدبر، فإن أسلم سيده خدمته فيها أخدمه فيها ثم عاد إلى ربه، فإن مات ربه قبل استيفاء ربه قيمتها من خدمته عتق في ثلث سيده واتبع بما بقي. قال أشهب: وإن كان مكاتبا فهي في رقبتة إما أن يؤدي قيمتها، وإلا عجز ثم خير ربه في إسلامه بها عبدا أو افتدائه ويبقى له عبدا، وإن استهلكها بعد السنة فهي في ذمته، وكذلك المدبر وأم الولد، وإن استهلك أم الولد قبل السنة فكالجناية يضمن سيدها الأقل من قيمتها أو قيمة اللقطة. انتهى.

78

نص خليل وَ لَهُ أَكْلُ مَا يَفْسُدُ وَلَوْ بِقَرِيَّةٍ وَشَاةٍ بِقِيْفَاءٍ كَبَقَرٍ بِمَحَلِّ خَوْفٍ وَإِلَّا تُرِكَتْ كَابِلٍ وَإِنْ أُخِذَتْ عُرِفَتْ ثُمَّ تُرِكَتْ بِمَحَلِّهَا وَكِرَاءٌ بِقَرٍ وَنَحْوَهَا فِي عِلْفِهَا كِرَاءً مَضْمُونًا وَرُكُوبٌ دَابَّةٌ لِمَوْضِعِهِ وَإِلَّا ضَمِنَ.

متن الحطاب ص: وله أكل ما يفسد ش: ظاهره من غير تعريف أصلا، وهو ظاهر كلام ابن رشد وابن الحاجب، وفي المدونة ما يدل على التعريف، ونصه: ومن التقط ما لا يبقى من الطعام فأحب [إلي] ¹¹⁰² أن يتصدق به كثر أو قل، ولم يؤقت مالك في التعريف به وقتا، فإن أكله أو تصدق به لم يضمنه لربه. انتهى. وقال في الشامل: والتصدق به أولى، ولا ضمان على الأصح، وثالثها إن تصدق به لا أكله. انتهى. وظاهر كلام المؤلف كان له ثمن أم لا وليس كذلك، فقد صرح ابن رشد بأنه إذا كان له ثمن بيع ووقف ثمنه ذكره في أول سماع عيسى من كتاب الضحايا، وتقدم كلامه برمته في الضحايا فراجعه. والله أعلم.

ص: وشاة بغير شاة على ما يفسد ولم يشبه الشاة به كما فعل ابن الحاجب ولا شبهه بالشاة كما فعل في المدونة؛ لأن كل واحد منهما أصل ورد فيه حديث، أما الشاة فالحديث المشهور هي لك أو لأخيك أو للذئب¹، وأما ما يفسد فجرى ذكره في حديث الثمرة² وغيره. والله أعلم. وقوله: "بغيراء" يعني لا عمارة فيه لكونه يخشى عليها فيه السباع، وترك المؤلف شرطا آخر ذكره ابن الحاجب وهو كونه يعسر حملها، وأقره في التوضيح فقال ابن عبد السلام: والثاني لم يذكره في المدونة، وظاهر كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- أنه لو لم يعسر حملها للزمه حملها ولم يجز له أن يأكلها. انتهى. وإذا أكلها بالغيراء فلا ضمان عليه فيها. قاله في المدونة. وقوله: "بغيراء" احتراز به مما لو وجدها في القرية أو بقرب العمران فإن عليه أن يعرفها. قال في المدونة: ومن وجد ضالة غنم بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى إليها ولا يأكلها، وإن كانت في فلوات الأرض والمهامه أكلها ولا يعرف بها ولا يضمن لربها شيئا. انتهى.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغيره فهي كاللقطة يتصدق بها أو بثمنها يريد بعد السنة فإن جاء ربهها ضمنها له. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: فلو ذبحها في الفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنيا كان أو فقيرا. أصبغ: ويصير لحمها وجلدها مالا من ماله، ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يأتي ربهها وهي في يديه فيكون أحق بها، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة يعرفها، وإن أتى ربهها أخذها. اللخمي: يريد ويعطيه أجرة نقلها. انتهى.

ص: كابل ش: ظاهره أن هذا في جميع الأزمان. قال في المقدمات: وهو ظاهر قول مالك في المدونة وفي سماع أشهب من العتبية، وقيل هو خاص بزمن العدل وصلاح الناس، وأما في الزمن الذي فسد فيه الناس فالحكم أن تؤخذ فتعرف، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها، فإن أيس منه تصدق به

79

1 - أن أعرابيا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة فإن جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكائها وإلا فاستفق بها وسأله عن ضالة الإبل فتمعر وجهه فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتاكل الشجر دعها حتى يجدها ربهها وسأله عن ضالة الغنم فقال هي لك أو لأخيك أو للذئب، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب اللقطة، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2438.

2- لعله حديث التمرة: مر النبي صلى الله عليه وسلم بتمر في الطريق قال لو لا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها. البخاري، رقم الحديث 2431.

نص خليل

وَعَلَاتُهَا دُونَ نَسْلِهَا وَخَيْرُ رَبِّهَا بَيْنَ فَكْهًا بِالنَّفَقَةِ أَوْ إِسْلَابِهَا وَإِنْ بَاعَهَا بَعْدَهَا فَمَا لِرَبِّهَا إِلَّا الشُّنُّ بِخِلَافِ مَا لَوْ
وَجَدَهَا بِيَدِ الْمُسْكِينِ أَوْ مُبْتَاعٍ مِنْهُ فَلَهُ أَخْذُهَا وَلِلْمُلْتَقِطِ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ إِنْ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا إِلَّا أَنْ يَتَّصِقَ بِهَا عَنْ
نَفْسِهِ وَإِنْ نَقَصَتْ بَعْدَ نِيَّةٍ تَمَلُّكُهَا فَلِرَبِّهَا أَخْذُهَا أَوْ قِيمَتِهَا وَوَجِبَ لِقَطِّ طِفْلِ نُبْذٍ كِفَايَةً وَحَضَانَتُهُ وَنَفَقَتُهُ إِنْ لَمْ يُعْطَ
مِنَ الْفِيءِ إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ كَهَبَةً أَوْ يُوجَدَ مَعَهُ أَوْ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ إِنْ كَانَتْ مَعَهُ رُقْعَةً.

متن الخطاب

على ما فعله عثمان لما [دخل¹¹⁰³] الناس في زمنه الفساد، وقد روي ذلك عن مالك. انتهى. قال في
التوضيح: قال ابن عبد السلام: وصحيح مذهب مالك عدم التقاطها مطلقا. انتهى. وظهره أيضا سواء
كانت بموضع يخاف عليها السباع أم لا؛ لأنها لا تؤخذ، وقال في المقدمات: واختلف إن كانت الإبل
بعيدة من العمران بحيث يخاف عليها السباع فقبل إنها في حكم الغنم لواجدها أكلها، وقيل إنها
تؤخذ فتعرف إذ لا مشقة في جلبها. انتهى. وقال ابن عبد السلام: واختلف هل تلتقط حيث لا يؤمن
عليها السباع. انتهى. ونقله عنه في التوضيح ولم ينقله عن المقدمات. والله أعلم. وظهره أيضا سواء
كانت في العمران أو في الصحراء لإطلاقه، وقال ابن الحاجب: ولا تلتقط الإبل في الصحراء. قال في
التوضيح: قوله في الصحراء نحوه في المدونة، فيحتمل أن لا يكون له مفهوم؛ لأنه خرج مخرج
الغالب، ويحتمل أن يكون له مفهوم، ثم هو محتمل للموافقة لأنه إذا امتنع التقاطها حيث يتوهم
ضياعا فامتناعه حيث لا يتوهم أولى، ومحتمل للمخالفة فيكون معناه أنها تلتقط في العمران لسهولة
وجدان ربها لها بخلاف ما إذا نقلها من الصحراء إلى العمارة فلا تتأتى معرفة ربها، ولأنها في
العمران لا تجد ما تأكل فتهلك. ابن عبد السلام: والأول أسعد بظاهر المذهب، والثاني أقرب إلى
لفظه. انتهى. قوله في الحديث: {مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها¹}، حذاؤها أخفافها لما فيها من
الصلابة، وسقاؤها كرشها لكثرة ما تشرب فيه من الماء وتكتفي به الأيام، وكلاهما من مجاز التشبيه.
والله أعلم./

80

ص: وغلقتها دون نسلها ش: قال في المسائل الملقطة: وأما منافع اللقطة وغلقتها ولبنها فقال مالك
للملتقط، ولا يتبع بذلك ويتبع بها وبنسلها خاصة، وقيل يتبع بالجميع إن كان له ثمن، وله أن
يكري البقر وغيره في علفها كراء مأمونا وله الركوب وله بيع ما يخاف ضياعه وتلفه. انتهى.
ص: ووجب لقط طفل نبذ كفاية ش: قال ابن الحاجب: اللقيط طفل ضائع لا كافل له ابن عبد
السلام وسواء علم نسبه أو لم يعلم، والكافل المنفي هو القريب، وإلا فالملتقط كافل. انتهى. وقوله
كفاية قال في الجواهر وكل صبي ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية، فمن وجده وخاف
عليه الهلاك إن تركه لزمه أخذه ولم يحل له تركه. انتهى.
ص: ونفقته إن لم يعط من الفيء الخ ش: لم يتعرض المصنف لنتهي النفقة، وقال ابن الحاجب:

1 - أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم أعرف وكاءها وعفاصها ثم استفق بها
فإن جاء ربها فأدها إليه فقال يا رسول الله فضالة الغنم قال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال يا رسول الله
فضالة الإبل قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه (أو احمر وجهه) ثم قال مالك ولها معها
حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها، مسلم في صحيحه، دار إحياء التراث العربي، 1972، رقم الحديث 1722.

الحديث

وَرَجُوعُهُ عَلَى أَبِيهِ إِنْ طَرَحَهُ عَمَدًا وَالْقَوْلُ لَهُ إِنَّهُ لَمْ يُنْفِقْ حِسْبَةً وَهُوَ حُرٌّ.

فإن تعذر فعلى ملتقطه حتى يبلغ أو يستغني. قال ابن عبد السلام: يعني فإن تعذر الإنفاق عليه من شيء من الوجوه المتقدمة وجبت نفقته على ملتقطه، إما بمقتضى العادة لأن العادة تدل على مثل هذا، وإما لأنه أولى الناس به ويستمر إنفاقه عليه إلى البلوغ، أو يستغني قبل ذلك، على أن الباجي وغيره ممن نقل هذا الفرع عن كتاب محمد إنما عطف يستغني على ما قبله بالواو، وذلك يوهم أن يكون حكمه في النفقة حينئذ كحكم الولد تستمر النفقة عليه إلى أن يبلغ الذكر صحيحاً أو تتزوج الأنثى ويدخل بها زوجها، وما أظنه يريد مثل هذا. انتهى. وقال في التوضيح: نفقته على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني. هكذا نقل الباجي وغيره هذه الرواية بالواو خلاف قول المصنف: "أو يستغني". انتهى.

فتأمله. وفي الشامل: حتى يبلغ ويستغني بالواو كنقل الباجي. /
ص: ورجوعه على أبيه إن طرحه عمداً ش: تصوره [واضح].¹¹⁰⁴ قال ابن الحاجب: فإن ثبت له أب بالبينة قال في التوضيح: قوله ثبت لا مفهوم له؛ لأنه لو أقر بأنه ولده كان الحكم كذلك صرح به الباجي، وإنما تشترط البينة أو ما يقوم مقامها في التصديق في الاستلحاق. انتهى. وعبارة التهذيب نحو عبارة ابن الحاجب، فنبه عليها أبو الحسن الصغير، وقول المؤلف: "إن طرحه عمداً" كقول ابن الحاجب فإن ثبت له أب بالبينة طرحه عمداً لزمته، ويفهم من كلامه وكلام المؤلف أنه لو لم يطرحه أو طرحه بلا عمد لا رجوع عليه، ولكن إنما تكلم ابن عبد السلام والمؤلف على المفهوم الأول وهو كونه لم يطرحه، وكذا الشارح بهرام في كلام المؤلف، وقال في المدونة: ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه، فأتى رجل أقام البينة أنه ابنه فله أن يتبعه بما أنفق، إن كان الأب موسراً في حين النفقة؛ لأنه ممن تلزمه نفقته، هذا إن تعمد الأب طرحه، وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه، وقال مالك في صبي ضل عن والده فأنفق عليه رجل فلا يتبع أباه بشيء. قال أبو الحسن: هذا دليل على قوله لم يتعمد طرحه كأنه يقول فكذلك مسألتك في الذي لم يتعمد الأب طرحه. انتهى. وقال البساطي في شرح قول المؤلف: "ورجوعه على أبيه إلى آخره" أي ووجب للمنفق الرجوع على أبي اللقيط إذا طرحه عمداً أما إنه يرجع عليه فلأن النفقة بالأصالة على الأب وطرحه لا يسقطها، وأما إنه إذا لم يطرحه أو طرحه بوجه كمن زعم أنه سمع أن من طرح ابنه يعيش له الذي هو مفهوم كلام المؤلف؛ فلأن أخذ الملتقط له والحالة هذه منع من إنفاق الأب عليه، وهو ظاهر فيما إذا طرحه بوجه. انتهى. فتأمل مع كلام المدونة. والله أعلم.

ويبقى على المؤلف قيذان في المسألة الأولى: أن يكون الأب حين الإنفاق موسراً، وقد ذكره في المدونة، ونبه عليه في التوضيح، وتركه المصنف اعتماداً على ما قدمه في فصل النفقة من أن نفقة الولد إنما تجب على الموسر. القيد الثاني: أن لا يكون المنفق أنفق حسبة وهذا يدل عليه قوله بعد: "والقول قوله إنه لم ينفق حسبة" فتأمل. والله أعلم.

ص: والقول قوله إنه لم ينفق حسبة ش: يعني إذا طرحه أبوه عمداً ولزمته نفقته فادعى على المنفق أنه إنما أنفق حسبة وادعى المنفق عدم الحسبة، فالقول قوله. قال في الجواهر: مع يمينه، وقال

وَوَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَحُكْمَ بِإِسْلَامِهِ فِي قُرَى الْمُسْلِمِينَ كَانَ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا بَيْتَانِ إِنْ التَّقَطُّهُ مُسْلِمٌ وَإِنْ فِي قُرَى الشَّرِكِ فَمُشْرِكٌ وَلَمْ يُلْحَقْ بِمُلْتَقَطِهِ وَلَا غَيْرِهِ إِلَّا بَيِّنَةٌ أَوْ بَوَاجِهُ وَلَا يَرُدُّهُ بَعْدَ أَخْذِهِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ لِيَرْفَعَهُ لِلْحَاكِمِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ وَالْمَوْضِعُ مَطْرُوقٌ وَقَدَّمَ الْأَسْبِقُ ثُمَّ الْأُولَى وَإِلَّا فَالْقُرْعَةُ وَيَنْبَغِي الْإِشْهَادُ.

نص خليل

ابن عبد السلام فيقبل قوله في أنه أنفق ليرجع، وينبغي أن يكون بيمين. انتهى. يظهر أنه بحث من عنده، وقد صرح به ابن شاس كما علمت، ونبه عليه في التوضيح. تنبيهه: انظر لو اختلفا في طرحه فادعى الملتقط أن أباه طرحه عمدا وأنكره الأب فالقول قول من أشبه منهما، وكذلك لو اختلفا في عسر الأب وقت الإنفاق أو يسره. والله أعلم. ص: وولأؤه للمسلمين ش: قال في الجواهر: ولا يختص به الملتقط إلا بتخصيص الإمام انتهى. وقال فيها أيضا: وأرش خطئه على بيت [المال،¹¹⁰⁵] وإن جنى عليه فالأرش له. انتهى. ص: كأن لم يكن فيها إلا بيتان إن التقطه مسلم ش: قال في تضمين الصانع من المدونة: إلا البيتين والثلاثة، ونقله في الجواهر، فمفهومه أن لو كانوا أكثر من ذلك حكم بإسلامه مطلقا، سواء التقطه مسلم أو كافر، وقال في التوضيح: ويفهم من تعيين المصنف -يعني ابن الحاجب- هذه الصورة للخلاف أنه لو كان المسلمون مساوين أو أكثر أو قريبا من التساوي أن يحمل اللقيط على الإسلام ولو التقطه مشرك. انتهى. ومفهوم المدونة أنه إذا كانوا أكثر من ثلاثة ولو لم يكونوا قريبا من التساوي لحكم بإسلامه مطلقا كما تقدم، وانظر قولهم البيتين والثلاثة لو لم يكن فيهما إلا واحد، والظاهر أن الحكم متحد. والله أعلم. /

متن الخطاب

82

ص: وفي قرى الشرك مشرك ش: نحوه في المدونة. قال أبو الحسن: وسواء التقطه مسلم أو كافر. انتهى. وفي الذخيرة: وفي قرى الكفر وموضعهم فهو كافر، ولا يعرض له إلا أن يلتقطه مسلم فيجعله على دينه. انتهى. فتأمل.

ص: وقدم الأسبق الخ ش: قال في التوضيح: وهذا مقيد بما إذا لم يؤد إلى ضياعه عند الأول انتهى. ونقله في الجواهر، ونصه: ولو ازدحم اثنان كل منهما أهل قدم السابق، فإن استويا قدم الإمام من هو أصلح للصبي، فإن استويا في ذلك أقرع بينهما. انتهى. وقال في تضمين الصانع من المدونة: ومن التقط لقيطا، فكابره عليه رجل فنزعه منه، فرافعه إلى الإمام نظر الإمام للصبي فأيهما كان أقوى على مؤنته وكفالتة وكان مأمونا دفعه إليه. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال أبو إسحاق هو للأول إلا أن يكون الثاني أكفا منه وأحرز. الشيخ: وهو معنى الكتاب، وقوله: مأمونا أي أن يبيعه. انتهى. فتأمل كلام المدونة وشارحها، فإنه يقتضي تقديم الأكفا ثم الأول. فتأمل مع كلام التوضيح. وانظر هل يرجح هنا بالصلاح وعدمه فيقدم غير الفاسق على الفاسق؟ وقد يتلمح ذلك من قول المدونة: وكان مأمونا. فتأمل. والله أعلم.

الحديث

وَلَيْسَ لِمُكَاتِبٍ وَنَحْوِهِ التَّقَاطُ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ وَتُرْعَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَتُدِبَ أَخْذُ آبِقٍ لِمَنْ يَعْرِفُ وَإِلَّا فَلَا يَأْخُذُهُ فَإِنْ أَخَذَهُ رَفَعَهُ لِلْإِمَامِ وَوُقِفَ سَنَةٌ ثُمَّ بِيَعَ وَلَا يُهْمَلُ.

ص: وليس لمكاتب ونحوه التقاط بغير إذن السيد ش: قال في التوضيح: تبعا لابن عبد السلام لأنه يشتغل بتربيته ونفقتة عن سيده، وإنما نص على المكاتب؛ [لأنه قد¹¹⁰⁶] يتوهم أنه [لما¹¹⁰⁷] أحرز نفسه وماله أن له ذلك، ووجه أنه ليس له ذلك بأن اللقيط يحتاج إلى حضانة والحضانة تبرع وليس من أهله، وانظر المرأة هل يصح التقاطها بغير إذن زوجها؟ فتأمل. والله أعلم./

ص: وندب أخذ آبق لمن يعرف وإلا فلا يأخذه ش: قال في التنبيهات: الإباق بكسر الهمزة اسم للذهاب في استتار وهو الهروب، والأبق بالفتح وسكون الباء وفتحها أيضا اسم الفعل والمصدر، والأباق بضم الهمزة وتشديد الباء جمع آبق. انتهى. وعبارة المؤلف هي كقوله في المدونة ومن وجد آبقا فلا يأخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه، فأحب إلي أن يأخذه وهو من أخذه في سعة. انتهى. وقول المؤلف: "فلا يأخذه" هو لفظ المدونة وهو على الاستحباب. قال الرجراجي: أما أخذ الآبق فقد قال مالك في المدونة: تركه خير من أخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه، فأحب إلي أن يأخذه. انتهى. أبو الحسن: قوله: أو لمن يعرفه هو الضابط، ولا يقال إن ذلك للقرابة. انتهى. ولهذا اقتصر عليه المؤلف، وقيد البساطي هذا بما إذا كان في موضع لا يخشى عليه فيه الهلاك، ولم أره لغيره، إلا أن الشيخ أبا الحسن قال في قوله في المدونة: وهو من أخذه في سعة. قال اللخمي: أما إذا كان على الأميال اليسيرة من الموضع الذي أبق منه فلا سعة في تركه إذا لم يخف منه. الشيخ: لأن تركه تلف له. انتهى.

ص: فإن أخذه رفعه للإمام ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل ش: قال في المدونة: ومن أخذ آبقا رفعه إلى الإمام ويوقفه سنة، وينفق عليه، ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال، وأمر مالك ببيع الأبق بعد السنة، ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون، ولم يجعلهم كضوال الإبل لأنهم يأبقون ثانية. انتهى. فقول المؤلف: "رفع إلى الإمام" كقوله في المدونة: رفعه إلى الإمام. أبو الحسن: ظاهره أنه مطلوب بذلك، وإن كان لا يجب عليه فالرفع إلى الإمام أولى، وله أن يفعل هو ما يفعله الإمام. انتهى. وقال: قوله ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي يظهر منه أن الأجنبي يفعل فيه ما يفعله الإمام، ولا يجب عليه الرفع. انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن أخذه فلا يخلو السلطان من أن يكون عدلا أو جائرا، فإن كان عدلا فهو مخير إن شاء رفعه إلى الإمام وإن شاء عرف به، ثم قال: وإن كان السلطان جائرا فلا ينبغي له أن يرفعه إليه ويعرفه سنة وينفق عليه، ويكون حكمه في النفقة حكم السلطان. انتهى. وقول المؤلف: "ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل" مثل قوله في المدونة: ويوقفه سنة إلى قوله ولم يأمر

1106 - في المطبوع المكاتب وإنما صح لأنه يتوهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 ويحيى 35 وم28 ومايأبي60.

1107 - في المطبوع إنما وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 ويحيى ص35 وم ص28.

متن الخطاب بإطلاقهم وفيه أمران: أحدهما أنه يحبس سنة، والثاني أنه يباع بعد السنة ولا [يهمل،¹¹⁰⁸] أما الأول فقال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: قال سحنون: لا أرى أن يوقفه سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع، ويكتب الحاكم صفاته عنده حتى يأتي له طالب. ابن يونس: وهو الصواب لأن النفقة عليه سنة ربما ذهبت بثمانه. انتهى. وفي سماع عيسى: قال ابن القاسم: الشأن والسنة في الأبق أن يحبس سنة إلا أن يخاف الضيعة فيبيع. قلت: رأيت إذا انقضت السنة ولم يخف ضيعة أبيع؟ قال: نعم ولا يحبس بعد السنة. ابن رشد: قوله إن الأبق يحبس هو مثل ما في المدونة، وقوله إنه إذا خشيت الضيعة عليه بيع قبل السنة هو تفسير لما في المدونة، وقد مضى في أول رسم من سماع أشهب أنه إذا خشيت عليه الضيعة خلي سبيله ولم يبيع، وقد مضى القول هنالك فلا معنى لإعادته انتهى فما في سماع عيسى تفسير لما في المدونة، وأما كلام سحنون [فإنه¹¹⁰⁹] خلاف للمدونة فإنه لا يرى حبسه سنة أصلاً.

قال الرجراجي: قال مالك في المدونة ولم أزل أسمع أن الأبق يحبس سنة، وذلك يختلف باختلاف الأحوال، وتحصيله أن العبد لا يخلو من أن يخشى عليه الضيعة في هذا الأمد أم لا، فإن خيف بيع قبل السنة، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وهو تفسير لقول مالك وإن لم يخش عليه هل ينتظر به سنة، وهو مذهب المدونة وهو المشهور، والثاني أنه لا يوقف سنة وإنما يوقف بقدر ما يتبين ضرره وهو قول سحنون. انتهى.

وأما الأمر الثاني وهو كونه يباع بعد السنة ولا يهمل فقال في سماع/ أشهب إنه إذا عرفه فلم يجد من يعرفه أنه يخليه خير له من أن يبيعه فيهلك ثمنه ويؤكل أو يطرح في السجن فيقيم ولا يجد من يطعمه. قال ابن رشد: أما الأباق فسوى في هذه الرواية بينهم وبين ضوال الإبل في أنهم يرسلون إذا عرفوا فلم يعرفوا، وقال في المدونة إنهم يحبسون ثم يباعون، فتحبس أثمانهم لأربابهم ولا يرسلون، فالظاهر أن ذلك اختلاف من القول، وعلى ذلك يحمله الشيوخ، والأولى أن لا يحمل ذلك على الخلاف فيكون الوجه في ذلك أنه إن خشي عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة وأن يتلف ثمنه إن بيع كان إرساله أولى من حبسه على ما قاله في هذه الرواية، وإن لم يخش عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة، ولا يتلف ثمنه إن بيع كان حبسه سنة ثم يبيعه بعد السنة وإمساك ثمنه أولى من إرساله، وموضع الخلاف عند من حملة على الخلاف إنما هو إذا خشي عليه أن يضيع في السجن وأن يتلف ثمنه إذا بيع؛ فمرة رأى أن إرساله أولى لئلا يضيع أو يتلف ثمنه، ومرة رأى أن حبسه وبيعه وإمساك ثمنه أولى لئلا يابق ثانية، والاختلاف إنما هو بحسب الاجتهاد أي الخوفين أشد، وأما إن لم يخش عليه أن يضيع في السجن ولا أن يتلف ثمنه إذا بيع فلا يرسل لئلا يابق قولاً واحداً، ولو لم يخش عليه أن يضيع في السجن وخشي على ثمنه أن يضيع لوجب أن يسجن سنة يعرف فيها ثم يسرح، ولا يحبس أكثر منها التي هي حد تعريف اللقطة، ولو لم يخش على ثمنه ضياع وخشي عليه إن سجن لوجب عليه أن يباع ويوقف ثمنه ولا يسجن. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

84

¹¹⁰⁸ * - في المطبوع يهمل وم 29 والمثبت مياي 60 ويحيى 382 ويم 63.

¹¹⁰⁹ * - في المطبوع فاتمه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 83.

نص خليل وَأَخَذَ نَفَقَتَهُ وَمَضَى بَيْعَهُ وَإِنْ قَالَ رَبُّهُ كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ وَلَهُ عِتْقُهُ وَهَبْتُهُ لِغَيْرِ ثَوَابٍ وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ وَضَمِنَهُ إِنْ أُرْسِلَهُ.

متن الحطاب ص: وأخذ نفقته ش: فاعل أخذ ضمير عائد على المنفق المفهوم من السياق سواء كان الإمام أو غيره. والله أعلم.

ص: ومضى بيعه وإن قال ربه كنت أعتقته ش: قال في المدونة: وإذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام بعد السنة، والعبد قائم فليس له إلا الثمن ولا يرد البيع، ولو قال ربه كنت أعتقته أو دبرته بعد ما أبق أو قبل أن يأبق لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة. انتهى. أبو الحسن: قوله بعد السنة. الشيخ: وكذلك إذا باعه قبل السنة لما رأى من وجه المصلحة، وأما على قول سحنون الذي يقول لا يوقف سنة فلا إشكال. انتهى. وقال الرجراجي: أما العتق والتدبير وسائر عقود العتق غير الإيلاء فلا يقبل قوله في نقض العتق إلا ببينة عادلة. انتهى.

تذبيبه: قال في المدونة إثر الكلام السابق: ولو كانت أمة فباعها الإمام بعد السنة، ثم جاء سيدها فقال قد كانت ولدت مني، وولدها قائم، فإنها ترد إليه إن كان ممن لا يتهم، وقاله مالك فيمن باع جارية له وولدها ثم استلحق الولد أنه إذا كان ممن لا يتهم على مثلها ردت إليه، ولو قال كنت أعتقتها لم يصدق ولم ترد إليه إلا ببينة؛ قيل فإن لم يكن معها ولد فقال بعد ما باعها كانت ولدت مني. قال: أرى أن ترد إليه إن لم يتهم فيها. انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن ادعى أنها ولدت منه فلا يخلو من أن يكون معها ولد أم لا، فإن كان معها ولد فهل ترد إليه أم لا؟ على قولين منصوصين في المدونة أحدهما أنها ترد إليه، سواء اتهم أو لم يتهم، وهو قول أشهب، والثاني أنها ترد إليه إن لم يتهم، وإن اتهم فيها لم ترد إليه، وهو قول ابن القاسم، فإن لم يكن معها ولد فإن اتهم فيها لم ترد إليه قولاً واحداً، وإن لم يتهم فهل ترد إليه أم لا؟ المذهب على قولين قائمين من المدونة أحدهما أنها لا ترد إليه، وهي رواية أكثر القرويين، وعليه اقتصر الشيخ أبو محمد وابن أبي زمنين والبرادعي، وحكاها ابن حبيب عن ابن القاسم. انتهى.

فائدة: قال عبد الحق: إنما قال في العتق لا يصدق، وفي الاستيلاء يصدق إن لم يتهم فيها من أجل أن العتق سبيله أن يتوثق فيه ويشهد هذه عادة الناس، فلما لم يثبت ذلك اتهم، وولادة الأمة ليس شأن الناس فيه الإشهاد¹¹¹⁰ والاشتهار له،¹¹¹¹ فإذا انتفت التهمة صدق. انتهى. وقوله في المدونة: "يتهم" قال عياض: يعني بصبابة إليها. انتهى من أبي الحسن. والله أعلم. /

ص: وله عتقه وهبته لغير ثواب ش: أبو الحسن وجميع المعروف فيه جائز. ابن يونس: وهو لازم وكذلك عتقه إلى أجل، فإن جعل الأجل من يوم أبق ثم لم يقدر عليه حتى انقضى الأجل كان حراً. انتهى.

¹¹¹⁰ * - في سيد 13 فيها الإشهاد.
¹¹¹¹ * - في يم 63 ومايأبى 62 والإشهار له.

إِلَّا لِحَوْفٍ مِنْهُ كَمَنْ اسْتَأْجَرَهُ فِيمَا يَعْطَبُ فِيهِ لَا إِنْ أَبَقَ مِنْهُ وَإِنْ مُرْتَهِنًا وَحَلَفَ وَاسْتَحَقَّهُ سَيِّدُهُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَأَخَذَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا دَعْوَاهُ إِنْ صَدَّقَهُ وَلِيُرْفَعَ لِلْإِمَامِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ مُسْتَحِقَّهُ إِنْ لَمْ يُخَفْ ظَلْمَهُ وَإِنْ أَتَى رَجُلٌ بِكِتَابٍ قَاضٍ أَنَّهُ قَدْ شَهِدَ عِنْدِي أَنَّ صَاحِبَ كِتَابِي هَذَا فَلَانَ هَرَبَ مِنْهُ عَبْدٌ وَوَصَفَهُ فَلْيُدْفَعْ إِلَيْهِ بِذَلِكَ.

نص خليل

ص: إلا لخوف منه ش: قال الرجراجي: فإن أرسله لعذر كما إذا خاف منه أن يقتله أو يضربه أو يذهب بحوائج بيته ونحو ذلك فقد قال ابن عبد الحكم لا ضمان عليه، وينبغي أن لا يختلف فيما قاله إذا غلب على الظن الخوف بما ظهر من ظواهر حال العبد. ثم قال: وليس شدة النفقة بعذر مسقط عنه الضمان. قاله ابن عبد الحكم. انتهى. والظاهر أن هذا إذا لم يكن رفعه إلى الإمام وإلا فلا يرسله وليرفعه إلى الإمام فتأمله.

متن الخطاب

ص: لا إن أبق منه وإن مرتهنا وحلف ش: يعني أن العبد إذا أبق من الذي هو في يده فلا ضمان عليه، ثم بالغ فقال وإن كان الذي هو في يده أخذه من ربه على جهة الرهن لكن يحلف، فقوله: "وحلف" راجع إلى مسألة الرهن لأنه إذا أبق منه. -قال الرجراجي-: فلا يخلو من أن يهرب من الدار أو يرسله إلى بعض حوائجه، فإن أبق من داره فإن ظهر ذلك واشتهر قبل قوله بلا يمين قولاً واحداً كان ممن يتهم أم لا، فإن لم يكن إلا دعواه هل يحلف أم لا؟ المذهب على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يمين عليه، وهو ظاهر المدونة، والثاني أنه يحلف لقد انفلت منه من غير تفريط، وهو قول ابن الماجشون، والثالث إن كان من أهل التهمة حلف وإلا فلا، وإن أرسله في حاجة خفيفة فلا ضمان عليه، وإن أرسله في حاجة يأبق في مثلها فهو ضامن، وهو قول أشهب في كتابه. انتهى. واقتصر ابن يونس على الثاني، فانظره فيه.

ص: وأخذه إن لم يكن إلا دعواه إن صدقه ش: نحو هذا قوله في المدونة: وإن ادعى أن هذا الآبق عبده ولم يقم بينة فإن صدقه العبد دفع إليه. ابن يونس: يريد بعد التلوم ويضمنه إياه. قال أشهب في كتابه بعد أن يحلف مدعيه، ثم إن جاء له طالب لم يأخذه إلا ببينة عادلة وإن أقر له العبد بمثل ما أقر للأول من الرق. انتهى.

تغيبه: قال الرجراجي: فإن ادعاه يعني الآبق أحد بغير بينة يقيمها فلا يخلو العبد من أن يقر له أم لا فإن أقر له أخذه بعد الاستيناء قولاً واحداً، وإن لم يقر له بالملك فعلى قولين: أحدهما أن يدفع إليه بعد الاستيناء كما لو اعترف به ويضمنه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها، والثاني لا يدفع له، وهو قول أشهب. انتهى. واعلم أن ابن القاسم إنما قال يدفع إليه وإن لم يقر له إذا وصفه ولم يعترف لغيره بالرق، ونصه بعد مسألة كتاب القاضي إلى القاضي: فإن ادعى العبد ووصفه ولم يقم البينة عليه فأرى أنه مثل المتاع ينظر فيه الإمام ويتلوم له، فإن جاء أحد يطلبه وإلا دفعه إليه وضمنه إياه، قيل ولا يلتفت ها هنا إلى العبد إن أنكر أن هذا مولاه إلا أنه مقر أنه عبد لفلان ببلد آخر. قال: يكتب/ السلطان إلى ذلك الموضع وينظر في قول العبد فإن كان كما قال، وإلا ضمنه هذا وسلمه إليه كالأمتعة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي إن اعترف الآبق لأحد بالرق كان لمن اعترف

86

الحديث

باب أهل القضاء عدلٌ إن وُجد.

نص خليل

متن الحطاب له دون من وصفه قولاً واحداً فإن اعترف لغائب كتب إليه فإن ادعاه كان أحق به، واختلف إذا أنكر العبد هذا المدعي ولم يقر لغيره وهو مقر بالعبودية أو قال أنا حر وهو معروف بالرق هل يكون لمن ادعاه فأما بالصفة؟ فأرى أن يدفع إليه إذا وصفه صفة تخفى وليست ظاهرة. انتهى.

قلت: فمفهوم الشرط في قول المؤلف إن صدقه ليس على إطلاقه، بل وكذلك يدفع إليه وإن لم يصدقه إذا وصفه ولم يقر لغيره أو أقر وأكذبه الغير فتأمل. والله أعلم.

ص: باب القضاء أهل القضاء عدلٌ ش: هذا الباب يترجم بكتاب القضاء وكتاب الأفضية والأفضية جمع قضاء بالمد. قال في القاموس: ويقصر يطلق في اللغة على الحكم ومنه قوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾ أي حكم ويطلق على الأمر والإيجاب. قال النووي: قال الواحدي قال عامة المفسرين وأهل اللغة قضى هنا بمعنى أمر، وقال غيره بمعنى أوجب، وقيل وصى وبها قرأ علي وابن مسعود، وروي عن ابن عباس أنه قال التصقت إحدى الواوين بالصاد فصارت قافاً. انتهى. ويطلق على الإلزام كما في قوله تعالى: ﴿فلما قضينا عليه الموت﴾ أي حتمناه وألزمناه به، وهذه المعاني متقاربة، ويطلق القضاء على الفراغ من الشيء كقولهم قضيت حاجتي، وضربه فقضى عليه أي قتله؛ كأنه فرغ منه وسِم قاض أي قاتل، وقضى نحبه أي مات وفرغ من الدنيا، وأصل النحب النذر واستعير للموت لأنه كندر لازم في رقبة كل حيوان.

قال في الصحاح: وقد يكون القضاء بمعنى الأداء والإنهاء تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى: ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾ وقوله تعالى: ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾ أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك، وقال القرافي في قوله تعالى: ﴿ثم اقضوا إلي﴾ أي امضوا إلي، وقد يكون القضاء بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله سبحانه: ﴿فقضاهن سبع سماوات في يومين﴾ ومنه القضاء والقدر، ويقال استقضى فلان إذا صير قاضياً وقضى الأمير قاضياً كما تقول أمر أميراً وانقضى الشيء وتقضى بمعنى، واقتضى [1112] دينه وتقاضاه بمعنى. انتهى. وقال الأزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشيء وتامه. انتهى. هذا معناه من حيث اللغة، وأما معناه عند أهل الشرع فقال ابن رشد وتبعه ابن فرحون حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، وقال ابن عرفة: القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين. فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة، وقول بعضهم هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره. انتهى.

قلت: وأعلم أن القضاء في اصطلاح الفقهاء يطلق على الصفة المذكورة كما في قولهم ولي القضاء أي حصلت له الصفة المذكورة، ويطلق على الإخبار المذكور كما في قولهم قضى القاضي بكذا، وقولهم قضاء القاضي حق أو باطل غير أن في تعريف ابن رشد مسامحة من وجوه: الأول ذكر لفظ الإخبار فإنه يوهم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء، وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به أمر

الحدیث

متن الخطاب 87 القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام. الثاني أنه يدخل فيه حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجين وحكم المحكم في التحكيم، ومنها أنه يدخل فيه حكم المحتسب والوالي وغيرهما من أهل الولايات الشرعية إذا حكموا بالوجه الشرعي، / وقول ابن عرفة إن التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لي وجه خروجه، فإن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها وما في معناها مما لا يتعلق بغير الحكمين، ولا يحكم في القصاص واللعان والطلاق والعتاق لتعلق الحق في ذلك بغيرهما. قالوا: فإن حكم فيها بغير جور نفذ حكمه، والظاهر أن التعديل والتجريح كذلك فتأمله. والله أعلم. فائدة: قال ابن عرفة: حال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط، وحال القاضي والمفتي كحال عالم [بها¹¹¹³] مع علمه بصغراه، ولا خفاء أن العلم بهما أشق [وأخص¹¹¹⁴] من العلم بالكبرى فقط، وأيضا فإن فقه القضاء والفتيا مبنيان على أعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغى [طريدها¹¹¹⁵] ويعمل معتبرها. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، ونقله في التوضيح.

قال ابن عبد السلام: وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه ولكنه متميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفا بفصل القضاء وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه كما أن علم الفرائض كذلك، وكما أن علم التصريف من علم العربية وأكثر أهل زماننا لا يحسنونه وقد يحسنه من هو دونهم في بقية العربية، ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس، وهو عسير على كثير من الناس، فتجد الرجل يحفظ كثيرا من العلم ويفهم ويعلم غيره، فإذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الصلاة أو من مسائل الإيمان لا يحسن الجواب، بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر، وللشيوخ في ذلك حكايات نبه ابن سهل في أول كتابه على بعضها. انتهى. ومنها ما قال البساطي في شرح قول المؤلف: "فطن" وبعصرنا الآن شخص يتعاطى الدقة في العلم وينهى عن جزئية فيتجنبها بشخصها، ثم يقع في أخرى مثلها، فإذا قيل له هذه مثل تلك تجنبها ويقع في الثالثة وعلى ذلك. انتهى. واعلم أن صفات القاضي المطلوبة فيه على ثلاثة أقسام: الأول شرط في صحة التولية وعدمه يوجب الفسخ، والثاني ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطا في صحة التولية. الثالث مستحب وليس بشرط، فأشار المؤلف إلى الأول بقوله:

أهل القضاء عدل إلى قوله وإلا فأمثل مقلد وإلى الثاني بقوله ونفذ حكم أعمى إلى قوله ووجب عزله وإلى الثالث بقوله كورع إلى آخره والله أعلم وشمل قوله: "عدل" الحر المسلم العاقل البالغ بلا فسق كما سيذكره في باب الشهادة. قال القرطبي في شرح مسلم في كتاب الإمارة: وقد

1113 - في المطبوع بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 87 ويحيى ص 38 و م ص 30 وما يابى 63.

1114 - في المطبوع أخصر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 87 ويحيى ص 38 و م ص 30 ويم ص 36 وما يابى 63.

1115 - في المطبوع طردها وما يابى 64 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 87 و م 30.

متن الخطاب

نص أصحاب مالك على أن القاضي لا بد أن يكون حراً، وأمير الجيش والحرب في معناه، فإنها مناصب دينية يتعلق بها تنفيذ أحكام شرعية فلا يصلح لها العبد؛ لأنه ناقص بالرق محجور عليه لا يستقل بنفسه ومسلوب أهلية الشهادة والتنفيذ، ولا يصلح للقضاء ولا للإمارة، وأظن جمهور علماء المسلمين على ذلك. انتهى. والظاهر من كلام المؤلف جواز ولاية المعتق. قال ابن عرفة: وهو المعروف، وعزاه ابن عبد السلام للجمهور قالوا: ومنعه سحنون خوفاً من استحقاقه، فيجب رده إلى الرق ويفضي ذلك إلى رد أحكامه. والله أعلم. وظاهر كلامه أيضاً أن ولاية الفاسق لا تصح، ولا ينفذ حكمه، وافق الحق أم لم يوافق، وهو المشهور كما صرح به في توضيحه، وقاله في التنبهات، ونقله ابن فرحون وغيره، وقال أصبغ: الفسق موجب للعزل، ولا يجوز أن يولى الفاسق، ويمضي من أحكامه ما وافق الحق. انتهى من التوضيح بالمعنى. وقال في العمدة: وهل ينزل بفسقه أم يجب عزله؟ قولان. انتهى. ص: ذكر ش: قال في التوضيح: وروى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة. قال ابن عرفة: قال ابن زرقون أظنه فيما تجوز فيه شهادتها. قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل لاحتمال أن يكون ابن القاسم/ قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها القضاء مطلقاً.

88

قلت: الأظهر قول ابن زرقون؛ لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين وقال الفسق لا ينافي القضاء ما نصه: وهذا ضعيف جداً لأن العدالة شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها. قلت: فجعل ما هو مناف للشهادة [منافياً¹¹¹⁶] للقضاء، فكما أن النكاح والطلاق والعقود والحدود لا تقبل فيها شهادتها فكذلك لا يصح فيها قضاؤها. انتهى.

ص: فظن ش: قال ابن عبد السلام: والمراد من الفطنة بحيث لا يستزل في رأيه ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم. انتهى. قال في التوضيح: وهذا الشرط لم يقع في كل نسخ ابن الحاجب وكلام الطرطوشي يدل على اشتراطه. انتهى. وجعل ابن رشد في المقدمات الفطنة من الصفات المستحبة فقال: وأن يكون فطنا غير مخدوع لعقله. انتهى. وكذا جعله ابن فرحون من الصفات المستحبة، وقال ابن عرفة: وعد ابن الحاجب كونه فطنا من القسم الأول، وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفي بالعقل التكليفي، بل لا بد أن يكون بين الفطنة بعيداً من الغفلة، وعده ابن رشد وابن شاس من الصفات المستحبة غير الواجبة، والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الأول، والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة، فعلى هذا طريقة ابن رشد أنسب؛ لأن فطنا من أبنية المبالغة كحذر، والمبالغة فيها مستحبة. انتهى. فلو قال المؤلف: "ذا فطنة" لكان أحسن. والله أعلم.

لطيفة: قال المشذالي في حاشية المدونة: روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالبصرة عدي بن أرطاة أن اجتمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فول القضاء أنفذهما، فجمع عدي بينهما وقال لهما ما عهد به عمر إليه، فقال له إياس سل عني وعن القاسم فقيهي البصرة الحسن وابن سيرين،

الحديث

1116 * - علق عليها الشيخ محمد سالم ب في جميع النسخ (مناف) والصواب منافياً وهو الذي في ابن عرفة ص 400 مخطوط بمكتبة أحمد سالك بن أبوه.

مُجْتَهِدٌ إِنْ وُجِدَ وَإِلَّا فَاُمْتَلَّ مُقْلِدٌ وَزَيْدٌ لِلْإِمَامِ الْأَعْظَمِ قُرْشِيُّ.

نص خليل

وكان القاسم يأتي الحسن وابن سيرين، وإياس لا يأتيهما، فعلم القاسم أنه إن سألهما أشارا به، فقال له القاسم: لا تسأل عني ولا عنه، فوالله الذي لا إله إلا هو إن إياسا أفتقه مني وأعلم بالقضاء، فإن كنت كاذبا فما عليك أن توليني وأنا كاذب، وإن كنت صادقا فينبغي لك أن تقبل قولتي، فقال له إياس إنك جئت برجل وأوقفته على شفا جهنم فنجى نفسه منها بيمين كاذبة فيستغفر الله منها وينجو مما يخاف، فقال له عدي: أما إنك إذ فهمتها فأنت لها فاستقضاه. انتهى.

متن الخطاب

ص: مجتهد إن وجد وإلا فأمثل مقلد ش: يشير إلى أن القاضي يشترط فيه أن يكون عالما، وجعل ابن رشد العلم من الصفات المستحبة، وقال ابن عبد السلام والمشهور أنه من القسم الأول. انتهى. وكذا عده صاحب الجواهر والقرافي من القسم الأول، وعليه عامة أهل المذهب، وعليه/ فلا تصح تولية الجاهل ويجب عزله وأحكامه مردودة ما وافق الحق منها وما لم يوافقها وسيصرح المؤلف بأنها مردودة ما لم يشاور. والله أعلم. ثم إنه إذا وجد مجتهد وجب توليته، ولا يجوز لغيره أن يتولى. قال في الذخيرة عن ابن العربي: ونقله ابن فرحون فإن تقلد مع وجود المجتهد فهو متعدد جائز. انتهى. فظاهر كلام ابن العربي أن الاجتهاد إذا وجد ليس بشرط، لا كما تعطيه عبارة المؤلف من أنه شرط يقتضي عدم صحة التولية، بل الشرط العلم، وأما الاجتهاد إذا وجد فلا يجوز العدول عن صاحبه فقط فتأمله.

89

وقال ابن عرفة: وجعل ابن مرزوق كونه عالما من القسم المستحب، وكذا ابن رشد إلا أنه عبر عنه بأن يكون عالما يسوغ له الاجتهاد، وقال عياض وابن العربي والمازري يشترط كونه عالما مجتهدا أو مقلدا إن فقد المجتهد كشرط كونه مسلما حرا. ثم قال ابن العربي: قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد، ومع عدم المجتهد جائز. ثم قال: ففي صحة تولية المقلد مع وجود المجتهد قولان لابن زرقون مع ابن رشد وعياض مع ابن العربي والمازري قائلا هو محكي أثمتنا عن المذهب ومع فقدته جائز ومع وجود المجتهد أولا اتفاقا¹¹¹⁷ فيهما. انتهى. وانظر كيف عزا لابن العربي عدم صحة ولاية المقلد مع وجود المجتهد، مع أنه نقل قبل هذا قوله قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد إلا أن يكون فهم من قوله: "جور وتعد" أنها لا تصح فيصح كلامه، إلا أن الذي يتبادر للفهم من قوله: "جور وتعد" أنها تصح إلا أنه متعدد فقط، وعلى ما فهمه ابن عرفة فيسقط الاعتراض السابق على المؤلف، ولعل المؤلف فهمه على ذلك، فعلم من هذا أن كلام المؤلف ماش على ما عزاه ابن عرفة لعياض والمازري وابن العربي. والله أعلم. وقول المؤلف: "أمثل مقلد" يشير به إلى قول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد، إلا أنه ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه، ويعلم منه ما هو أجرى على أصل امامه مما ليس كذلك، وأما إن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم هل يجوز توليته القضاء أو لا؟ وهذه المسألة مفرعة على جواز تقليد الميت. انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا: قلت: قوله اختلاف في جواز توليته إن أراد مع وجود ذي الرتبة الأولى فصحيح،

الحديث

وإن أراد مع فقدته فظاهر أقوالهم صحة توليته خوف تعطيل الحكم بين الناس دون خلاف في ذلك. انتهى. وقال ابن عبد السلام: على جواز تقليد الميت نقل ابن عرفة عن أهل الأصول انعقاد الإجماع على جواز تقليد الميت، وسيأتي بعد هذا وكلام القراني في أول الباب الثاني من كتاب القضاء يؤذن بصحة ولاية هذا الذي قال ابن عبد السلام: إن فيه اختلافاً فراجع. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قول المؤلف: "مجتهد ان وجد" قال البساطي: يقتضى أنه ممكن، فإن عنى به أنه مجتهد في مذهب مالك فقد يدعي أنه ممكن، وإن أراد المجتهد في الأدلة فهذا غير ممكن وقول بعض الناس إن المازري وصل إلى رتبة الاجتهاد كلام غير محقق لأن الاجتهاد مبدؤه صحة الحديث عنده، وهو غير ممكن ولا بد فيه من التقليد، وقول الشيخ محي الدين النووي إنه ممكن كالقلام المتقدم. انتهى. وتأمل كلامه هذا فإنه يقتضي أن الاجتهاد غير ممكن، والخلاف بين علماء الأصول إنما هو هل يمكن خلو الزمان عن مجتهد أم لا؟ وكلام ابن عبد السلام يشهد لإمكانه لقوله وما أظنه انقطع بجهة المشرق فقد كان منهم من ينسب إلى ذلك ممن هو في حياة أشياخنا وأشياخ أشياخنا ومواد الاجتهاد في زماننا أيسر منها في زمان المتقدمين لو أراد الله بنا الهداية، ولكن لا بد من قبض العلم بقبض العلماء كما أخبر به الصادق صلوات الله عليه¹. انتهى. ونحوه في التوضيح، وزاد لأن الأحاديث والتفاسير قد دونت وكان الرجل يرحل في سماع الحديث الواحد، فإن قيل يحتاج المجتهد إلى أن يكون عالماً بمواضع الإجماع والخلاف، وهو متعذر في زماننا لكثرة المذاهب وتشعبها؟ قيل يكفي أن يعلم أن المسألة ليست مجمعة عليها؛ لأن المقصود أن يحترز من مخالفة الإجماع وذلك ممكن انتهى. وقول البساطي لا بد في صحة الحديث من التقليد لا يلزم منه عدم إمكان المجتهد؛ لأن التقليد في صحة الحديث لا يقدح في الاجتهاد فتأمل. والله أعلم.

وقال ابن عرفة: وما أشار إليه ابن عبد السلام من يسر الاجتهاد هو ما سمعته يحكيه عن بعض الأشياخ أن قراءة مثل هذه الجزولية والمعالق الفقهية والاطلاع على أحاديث الأحكام الكبرى لعبد الحق ونحو ذلك يكفي في تحصيل أدلة الاجتهاد؛ يريد مع يسر الاطلاع على فهم مشكل اللغة بمختصر العين والصحاح للجوهري ونحو ذلك من غريب الحديث، ولا سيما مع نظر ابن القطان وتحقيقه أحاديث الأحكام وبلوغ درجة الإمامة أو ما قاربها في العلوم المذكورة غير مشروط [في¹¹¹⁸] الاجتهاد إجماعاً، وقال الفخر في المحصول، وتبعه السراج في تحصيله والتاج في حاصله في كتاب الإجماع ما نصه: ولو بقي من المجتهدين والعياذ بالله واحد كان قوله حجة فاستعازتهم تدل على بقاء الاجتهاد في [عصرهم¹¹¹⁹] والفخر توفي سنة ست وستمائة، [ولكن في الاستغناء¹¹²⁰] انعقد الإجماع في زماننا على تقليد الميت إذ لا مجتهد فيه. انتهى.

1- عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ينتزعه من العباد ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى إذا لم يبق عالماً اتخذ الناس رؤوساً جهالاً فسئلوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا. البخاري، رقم الحديث 100، ومسلم، رقم الحديث 2673.

1118 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 ويحيى ص 40 و م ص 31 ويم ص 40 وما يابى 66.

1119 - في المطبوع و م ص 31 عصرهما وما يابى 66 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 ويحيى ص 40.

1120 * - في المطبوع ولكن قالوا في كتاب الاستغناء وما بين المعقوفين من علبش على خليل ج 8 ص 262.

الثاني: بقي على المؤلف شرط آخر وهو أن يكون القاضي واحدا نص عليه في المقدمات، ونصه: فأما الخصال المشتركة في صحة الولاية فهي أن يكون حرا مسلما عاقلا بالغاً ذكراً واحداً، فهذه الست الخصال لا يصلح أن يولى القضاء على مذهبنا إلا من اجتمعت فيه، فإن ولي من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية، وإن انخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية. انتهى. ثم ذكر العدالة، وقال [إنها¹¹²¹] من هذا القسم على المشهور، وإنما أخرها لأن فيه خلافاً،¹¹²² وأما العلم والفطنة فعدهما من الصفات المستحبة كما تقدم، وممن نقل هذا الشرط ابن شاس والقراقي واستوفى ابن غازي الكلام عليه عند قول المؤلف وجاز تعدد مستقل. والله أعلم.

الثالث: قال في المقدمات: يجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه وإن اجتمعت فيه شرائط القضاء، مخافة أن يوكل إليه فلا يقوم به. انتهى. ويريد إلا أن يتعين عليه فيجب عليه حينئذ السؤال وهذا في السؤال بغير بذل مال فكيف مع بذل المال؟ نسأل الله العافية والسلامة، والظاهر أنه إذا طلب فولي لا يجب عزله إذا كان جامعاً لشروط القضاء. والله أعلم. فهذه المسألة مع مسألة تولية المقلد مع وجود المجتهد قسم رابع، فإنه لا تجوز التولية أولاً، فإذا ولي لا ينعزل، وقال القرطبي في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {لا تسأل الإمارة¹} هو نهى وظاهره التحريم وعليه يدل قوله بعد {إننا لا نولي على عملنا من أراده²} انتهى. والله أعلم.

الرابع: قال البرزلي في مسائل الأفضية عن السيوري: إذا [تخرج¹¹²³] الناس لعدم القضاة أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في جميع ما وصفته، وفي جميع الأشياء، فيجتمع أهل الدين والفضل فيقومون مقام القاضي مع فقده في ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك. قلت: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي مع فقده إلا في مسائل تقدم شيء منها. انتهى. انظر المشدالي في كتاب الاجتهاد فإنه ذكر أن الجماعة تقوم مقام القاضي في مسائل، وذكر ذلك أيضاً في كتاب الصلح، وذكره البرزلي في كتاب السلم، وقد ذكرت كلام المشدالي في باب النفقات في الطلاق على الغائب بالنفقة. والله أعلم.

الحديث 1 - مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، رقم الحديث 1652، ط. دار إحياء التراث العربي، ولفظه يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها وإذا خلقت على يمين فأبى غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك وأنت الذي هو خير، وأخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، رقم الحديث 7146.

2 - البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، ط دار الفجر، ولفظه عن أبي موسى رضي الله عنه قال دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلان من قومي فقال أحد الرجلين أمرنا يا رسول الله وقال الآخر مثله فقال إننا لا نولي هذا من سألته ولا من حرص عليه رقم الحديث 7149.

- مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، رقم الحديث 1824، ط دار إحياء التراث العربي، ولفظه عن أبي موسى قال دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلان من بني عمي فقال أحد الرجلين يا رسول الله أمرنا على بعض ما ولاك الله عز وجل وقال الآخر مثل ذلك فقال إننا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سألته ولا أحداً حرص عليه.

1121 * - في المطبوع إنه وميأبى 67 وم 66 وم 31 والمثبت يحيى 386.

1122 * - في يحيى 386 لان فيها خلافاً.

1123 - في المطبوع تجرح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 ويحيى ص 40 و يم ص 40 وميأبى 67.

نص خليل
فَحَكَمَ يَقُولُ مُقْلِدِهِ.

متن الحطاب
الخامس: قال في الذخيرة في الباب الثالث من كتاب الأقضية في الكلام على ولاية الظالم: نص ابن أبي زيد في النوادر على أن إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لثلا تضييع المصالح، وما أظنه يخالفه أحد في هذا، لأن التكليف مشروط بالإمكان/ وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في أحكام المظالم.¹¹²⁴ انتهى.

91

ص: فحکم بقول مقلده ش: قال ابن فرحون: فصل يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه، وذكر عن المازري رحمه الله أنه بلغ درجة الاجتهاد، وما أفتى قط بغير المشهور، وعاش ثلاثا وثمانين سنة وكفى به قدوة في هذا، فإن لم يقف على المشهور من القولين أو الروايتين فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر وترجيح، فقد قال [أبو عمر¹¹²⁵] ابن الصلاح رحمه الله [تعالى¹¹²⁶] في كتاب أدب المفتي والمستفتي: اعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو علمه موافقا لقول أو وجه في المسألة أو يعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح فقد جهل وخرق الإجماع وسبيله سبيل الذي حكى [عنه¹¹²⁷] أبو الوليد الباجي [المالكي من¹¹²⁸] فقهاء أصحابه أنه كان يقول: [إن¹¹²⁹] الذي لصديقي علي إذا وقعت له حكومة أن أفتيه بالرواية التي توافقه، وحكى الباجي عن يثق به أنه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب [جماعة¹¹³⁰] من فقهاءهم يعني [فقهاء¹¹³¹] المالكية من أهل الصلاح بما يضره، فلما عاد سألهم فقالوا ما علمنا أنها لك وأفتوه بالرواية الأخرى التي [توافق قصده¹¹³²] قال الباجي: وهذا [مما¹¹³³] لا خلاف فيه بين

الحديث

1124 * - في يم 66 ويحيى 386 في إحكام الظالم.

1125 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 هذا ما وجد في ابن الصلاح في كتاب أدب المفتي والمستفتي ج 1 ص 63.

1126 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1127 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1128 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1129 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 406 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1130 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1131 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1132 - في المطبوع توافقه ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1133 - سقط من المطبوع ومايابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

المسلمين ممن يعتقد به في الإجماع أنه لا يجوز، وقال ابن الصلاح: فإذا وجد من ليس أهلا للتخريج والترجيح اختلافا بين أئمة المذهب في الأصح من القولين أو الوجهين، فينبغي أن يفزع في الترجيح إلى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بأرائهم فيعمل بقول [الأكبر¹¹³⁴] والأورع والأعلم، فإذا اختص أحدهم بصفة أخرى قدم الذي هو أخرى منهما بالإصابة، فالأعلم الورع مقدم على الأورع العالم، وكذا إذا وجد قولين أو وجهين لم يبلغه عن أحد من أئمة المذهب بيان الأصح منهما اعتبر أوصاف ناقليهما أو قائلتهما.

متن الخطاب

قال ابن فرحون: وهذا الحكم جار في أصحاب المذاهب الأربعة ومقلديهم، وقال بعده بأسطر يسيرة: وهذه الأنواع من الترجيح معتبرة أيضا بالنسبة إلى أئمة المذهب. قال ابن أبي زيد في أول النوار إن كتابه اشتمل على كثير من اختلاف المالكيين قال: ولا ينبغي الاختيار من الاختلاف للمتعم ولا للمقصر، ومن لم يكن فيه محل لاختيار القول فله في اختيار [المتعصبين¹¹³⁵] من أصحابنا من نقادهم مقنع مثل سحنون وأصبغ وعيسى بن دينار، ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون، وابن المواز أكثرهم تكلفا للاختيارات، وابن حبيب لا يبلغ في اختياراته وقوة رواياته مبلغ من ذكرنا. انتهى كلام ابن فرحون. ثم نقل عن القرافي في كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ما نصه: الحاكم إن كان مجتهدا لم يجز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلدا جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه، وأن يحكم به وإن لم يكن راجحا عنده مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه.

وأما اتباع الهوى في القضاء والفتيا فحرام إجماعا، نعم اختلف العلماء إذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح هل يتساقطان، أو يختار أحدهما يفتي به؟ قولان للعلماء، فعلى أنه يختار للفتيا فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس براجح عنده وهذا مقتضى الفقه والقواعد، وعلى هذا التقدير فيتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعا للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوي، أما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلاف الإجماع، وقال أيضا في أول هذا الكتاب إن للحاكم أن يحكم بأحد القولين المتساويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلة القولين إجماعا. فتأمل هذا مع ما سبق من كلامه في قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح. انتهى كلام ابن فرحون. فتحصل منه أنه إذا تساوى القولان من كل وجه أو عجز عن الاطلاع على أوجه الترجيح فله أن يحكم أو يفتي بأحد القولين، ومن ابن فرحون أيضا: واعلم أنه لا يجوز للمفتي أن يتساهل في الفتوى، ومن عرف بذلك لم يجز أن يستفتي، والتساهل قد يكون بأن لا يثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قيل استيفاء حقه من النظر والفكر، وربما يحمله على ذلك توهمه أن الإسراع براعة والإبطاء عجز، ولأن يبطن ولا يخطئ أجمل به من أن يعجل فيضل ويضل، وقد يكون تساهله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحذورة أو المكروهة بالتمسك بالشبه

1134 - في المطبوع وما يابى 67 الأكثر ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1135 - في المطبوع المفتين وما بين المعقوفين من ن عدود وأصل الكلام في النوار ج 1 ص 11 ووردت فيه المتعصبين.

متن الخطاب طلباً للحرص على من يروم نفعه، أو التخليط على من يروم ضرره. قال ابن الصلاح: ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه. قال: وأما إذا صح قصد المفتي واحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليخلص بها [المستفتي¹¹³⁶] من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل، وقال القراني: إذا كان في المسألة قولان أحدهما فيه تشديد والآخر فيه تسهيل، فلا ينبغي للمفتي أن يفتي العامة بالتشديد والخواص وولاية الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق نعوذ بالله من صفات الغافلين والحاكم كالمفتي في هذا. انتهى.

فروع: الأول: ما تقدم عن القراني إنما هو إذا وجد في النازلة نصاً، فأما إن لم يجد فنقل في التوضيح عند قول ابن الحاجب: فيلزمه المصير إلى قول مقلده عن ابن العربي ما نصه: ويقضي حينئذ بفتوى مقلده بنص النازلة فإن قاس على قوله أو قال يجيء من كذا كذا فهو متعد. خليل: وفيه نظر، والأقرب جوازُه للمطلع على مدارك إمامه. انتهى.

وقال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن العربي: قلت: يرد كلامه بأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام؛ لأن الفرض عدم المجتهد؛ لامتناع تولية المقلد مع وجوده، فإذا كان حكم النازلة غير منصوص عليه ولم يجز للمقلد المولى القياس على قول مقلده في نازلة أخرى تعطلت الأحكام، وبأنه خلاف عمل متقدمي أهل المذهب كابن القاسم في المدونة في قياسه على أقوال مالك، ومتأخريهم كاللخمي وابن رشد والتونسي والباجي وغير واحد من أهل المذهب، بل من تأمل كلام ابن رشد وجده يعد اختياراته بتخريجاته في تحصيله الأقوال أقوالاً. انتهى.

وقد عد هو - أعني ابن عرفة - فتوى ابن عبد الرؤوف وابن السباق وابن دحون ونحوهم أقوالاً ذكر ذلك في السلم في شرط كونه يتعلق بالذم، ونقل لابن الطلاع قولاً في المذهب نقله في غسل الوجه في الوضوء وجعله مقابلاً لقول ابن القصار، وكان الشيخ [خليلاً¹¹³⁷] وابن عرفة لم يقفا على كلام القراني في الذخيرة وبحثه مع ابن العربي، ونصه بعد أن ذكر كلام ابن العربي: تنبيه: قوله فإن قاس على قوله فهو متعد قال العلماء المقلد قسماً؛ محيط بأصول مذهب مقلده وقواعده بحيث تكون نسبته إلى مذهبه كنسبة المجتهد المطلق إلى أصول الشريعة وقواعدها فهذا يجوز له التخريج والقياس بشرائطه كما جاز للمجتهد المطلق، وغير محيط فلا يجوز له التخريج؛ لأنه كالعامي بالنسبة إلى حملة الشريعة فينبغي أن يحمل قوله على القسم الثاني فيتجه وإلا فمشكل. انتهى من الباب الثاني.

وقال في الباب الخامس: المقلد له حالان تارة يحيط بقواعد مذهبه فيجوز له تخريج غير المنصوص على المنصوص بشرط تعذر الفرق ومع إمكانه يمتنع؛ لأن نسبته إلى إمامه وقواعده كنسبة المجتهد المطلق إلى صاحب الشريعة وشريعته حكماً، فكما للمجتهد المطلق التخريج عند عدم الفارق ويمتنع عند الفارق فكذلك هذا المقلد، وتارة لا يحيط بقواعد مذهبه فلا يجوز له التخريج، وإن بعد الفارق لاحتمال أنه لو اطلع على قواعد مذهبه لأوجب له الاطلاع الفرق، ونسبته إلى مذهبه كنسبة من دون المجتهد المطلق إلى [جملة¹¹³⁸] الشريعة، فكما يحرم على

1136 - في المطبوع المفتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 92 ويحيى ص 41 ويم ص 41 و م ص 32 وما يابى 68.

1137 - في المطبوع ويم 67 ويحيى 387 وم خليل وما بين المعقوفين من ن ز. ص 92

1138 - في المطبوع حملة وما بين المعقوفين من م 32 ويم 67 وما يابى 69.

المقلد التخريج فيما ليس مذهب العلماء ويحرم عليه اتباع الأدلة ويجب عليه أن لا يعمل إلا بقول عالم، وإن/ لم يظهر له دليله لقصوره عن رتبة الاجتهاد فكذا هذا، وهو المراد بما تقدم في شروط القضاء أنه لا يخرج ولا يحكم إلا بالمنصوص فافهم هذا [التحرير¹¹³⁹] فإنه يطرد في الفتيا أيضا. انتهى.

وقال ابن رشد في أجوبته في جواب سؤال سئل عنه: والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزما للمذهب المالكي وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول؛ لأنه لا يكون للمذهب المالكي إلا بما بان له من صحة أصوله، فسيبيل هذا القاضي فيما يمر به من نوازل الأحكام التي لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه [الذي¹¹⁴⁰] قد بان له [صحته¹¹⁴¹] أن لا يقضي فيها إلا بفتوى من يسوغ له الاجتهاد ويعرف وجه القياس إن وجدته في بلده وإلا طلبه في غير بلده، فإن قضى فيه برأيه ولا رأي له أو برأي من لا رأي له كان حكمه موقوفا على النظر، ويأمر الإمام القاضي إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولا كان في بلده من يسوغ له الاجتهاد [أن¹¹⁴²] لا يقضي فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد. انتهى.

وسياتي كلامه على الطائفة التي أحال عليها في الكلام على المفتي، وقال ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد فيلزمه المصير إلى قول مقلده، وقيل لا يلزمه، وقيل لا يجوز له إلا باجتهاده. قال ابن عبد السلام: يعني إن ولي مقلد لعدم المجتهد فهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه أو لا يلزمه ذلك، والأصل عدم اللزوم، وهو الأقرب إلى عادة المتقدمين فإنهم ما كانوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد ولا يأمرهم من سأل أحدهم عن مسألة أن لا يسأل غيره، لكن الأولى عندي في حق القاضي لزوم طريقة واحدة، وأنه إذا قلد إماما لا يعدل عنه لغيره لأن ذلك يؤدي إلى اتهامه بالميل مع أحد الخصمين ولما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين. انتهى.

قال ابن عرفة إثر نقله له: قلت: حملة كلام المؤلف على أن في لزوم المقلد اتباع قول إمامه وجواز انتقاله عنه إلى قول غيره قولين فيه نظر؛ لأن القولين على هذا الوجه ليسا بموجودين في المذهب فيما أدركت، والصواب تفسير القولين بما قدمناه من قول ابن العربي بنص قول مقلده، فإن قاس عليه أو قال يجيء من كذا فهو متعدد بقول التونسي واللخمي وابن رشد والباجي وأكثر الشيوخ بالتخريج من قول مالك وابن القاسم وغيرهما حسبما قدمناه عنهم. انتهى. بل في نظره نظر ولا أرجحية لحملة؛ لأن القولين اللذين فسر ابن عبد السلام بهما كلام ابن الحاجب موجودان، أما الأول فبقول ابن العربي يحكم بفتوى مقلده بنص النازلة، والثاني حكاها في الجواهر عن الطرطوشي، ونصه: ولا يلزم أحدا من

1139 - في المطبوع التخريج (ومايأبى 69 التجريد) و(م33 التحذير) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 ويحيى 41.

1140* - في المطبوع التي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1141 - في المطبوع ومايأبى 69 صحة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 93 ويحيى ص 41 ويم ص 41.

1142 - في المطبوع ومايأبى 69 لا يقضي ويحيى ص 41 ويم ص 41 و م ص 33 لا يقضي وما بين المعقوفين من ن

الزائد ص 93.

المسلمين أن يقلد في النوازل والأحكام من يعتزى إلى مذهبه فمن كان مالكيًا لم يلزمه المصير في أحكامه إلى قول مالك، وهكذا القول في سائر المذاهب بل أينما أداه اجتهاده من الأحكام صار إليه، فإن شرط على القاضي أن يحكم بمذهب إمام معين فالعقد صحيح والشرط باطل كان موافقا لمذهب المشتري أو مخالفا له. انتهى من التوضيح. وانظر هذا مع ما نقله ابن فرحون في تبصرته في الباب الرابع من القسم الأول فإنه نقل عن الطرطوشي أن العقد باطل والشرط باطل. انتهى. فتأمل. ثم قال ابن عبد السلام: وقوله وقيل لا يجوز إلا باجتهاده؛ يعني أنه لا يجوز تولية المقلد ألبتة ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد موجودة لزمن انقطاع العلم كما أخبر به صلى الله عليه وسلم، وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ.

متن الخطاب

قال ابن عرفة: حمله على عدم تولية المقلد مطلقا هو ظاهر لفظه، وقبوله إياه يقتضي وجوده في المذهب، ولا أعرفه في المذهب إلا ما حكاه المازري عن الباجي في تعليقه منع تولية قاضيين لا ينفذ حكم أحدهما دون الآخر، فإن ذلك يوجب التعطيل؛ لأن غالب المجتهدين الخلاف، والمقلدان توليتهما ممنوعة. كذا نقل المازري عن الباجي، ولم أجده له في المنتقى ولا في كتاب ابن زرقون. انتهى. ثم ذكر ما نقلناه عنه أولا وهو قوله وما أشار إليه من يسر الاجتهاد إلى آخره. ثم قال: والأظهر تفسير كلام ابن الحاجب بجعل الضمير المخفوض في قوله: "باجتهاده" عائدا على "مقلده" بفتح اللام، ومعناه أنه يجوز للقاضي المقلد لمالك مثلا في المسألة التي لا نص فيها أن يجتهد فيها باجتهاد إمامه؛ أي بقواعده المعروفة له في طرق الأحكام الكلية كقاعده في تقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد العدل وعلى القياس، وكقوله بسد الذرائع إلى غير ذلك من قواعده المخصوصة به في أصول الفقه، ولا يجوز له أن يجتهد في القياس على قوله اجتهادا مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به، فيتحصل من نقل ابن الحاجب في اجتهاد المقلد فيما لا نص لمقلده فيه ثلاثة أقوال: المنع مطلقا، وهو نص ابن العربي، وهو ظاهر ما تقدم من نقل الباجي، ولا يفتي إلا من هذه صفته إلا أن يخبر بشيء سمعه.

94

والثاني جواز القياس مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به وهو قول اللخمي وفعله، ولذا قال عياض في مداركه [اختيارات خرج¹¹⁴³] بكثير منها عن المذهب. الثالث جواز اجتهاده بعد مراعاة قواعد إمامه الخاصة به، وهذا هو مسلك ابن رشد والمازري والتونسي وأكثر الإفريقيين الأندلسيين، وأما الملازمة في قوله: "وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ" ففي صدقها نظر؛ لأن تقديرها إن خلا الزمان عن مجتهد اجتمعت الأمة على الخطأ، وهذه صادرة؛ لأنه لا يلزم كونها مخطئة إلا إذا ثبت عدم الاكتفاء بالتقليد، وأما إذا كان جائزا فلا، والمسألة مشهورة في أصول الفقه. قال ابن الحاجب: يجوز خلو الزمان عن مجتهد خلافا للحنبلة زاد الأمدي وغيره وجوزه آخرون وهو المختار. انتهى. وقال المشذالي في حاشيته: ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقر إلى حفظ واسع وإطلاع بارع وإدراك جيد نافع وخصوصا المدونة فإن فيها [رزمة¹¹⁴⁴]

الحديث

1143 - في المطبوع اختيارات له خرج وما بين المعقوفين من ن ذي وم 33 وم 68.

1144 - في المطبوع أزمة وما بين المعقوفين من م 33 ويحيى 42 وما يابى 71.

متن الخطاب وافرة فيما يرجع إلى اقتناص الأحكام، ومن كتب الأحكام المتيضية فإن فيها جملة صالحة والتوفيق بيد الله. [انتهى].¹¹⁴⁵

الثاني: وأما شرط الفتوى فقال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في الفتوى وصفة المفتي فقال: الذي أقول به في ذلك أن الجماعة التي تنسب إلى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاث طوائف؛ طائفة منهم اعتقدت صحة مذهب مالك تقليداً بغير دليل فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه دون التفقه في معانيها بتمييز [الصحيح]¹¹⁴⁶ منها والسقيم، وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها من صحة أصوله التي بناه عليها فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه وتفقهت في معانيها فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول.

وطائفة اعتقدت صحة [مذهبه]¹¹⁴⁷ بما بان لها أيضاً من صحة أصوله، [فأخذت أنفسها لحفظ أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، ثم تفقهت في¹¹⁴⁸ معانيها، فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها، وبلغت درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول¹¹⁴⁹]؛ لكونها عالمة بأحكام القرآن عارفة بالناسخ والمنسوخ والمفصل والمجمل والخاص من العام عالمة بالسنن الواردة في الأحكام مميزة بين صحيحها من معلولها عالمة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه عالمة من علم اللسان بما يفهم به معاني الكلام عالمة بوضع الأدلة في مواضعها، فأما الطائفة الأولى فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك وقول أحد من أصحابه؛ إذ لا علم عندها بصحة شيء من ذلك؛ إذ لا يصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم ويصح لها في خاصتها إن لم تجد من يصح لها أن تستفتيه [أن¹¹⁵⁰ تقلد مالكا أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم، وإن لم يعلم من نزلت به نازلة [بما حفظته¹¹⁵¹ فيها من قول مالك/ وأصحابه، فيجوز للذي نزلت به النازلة أن يقلده فيما حكاها له من قول مالك في نازلته ويقلد مالكا في الأخذ بقوله فيها، وذلك أيضاً إذا لم يجد في عصره من يستفتيه في نازلته فيقلده فيها، وإن كانت النازلة قد علم فيها اختلافاً من قول مالك وغيره فأعلمه بذلك كان حكمه في ذلك حكم العامي إذا استفتى العلماء في نازلته فاختلفوا عليه فيها، وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يأخذ بما شاء من ذلك، والثاني أنه يجتهد في ذلك فيأخذ في ذلك بقول أعلمهم، والثالث أنه يأخذ بأغلب الأقوال، وأما الطائفة الثانية فيصلح لها إذا استفتيت أن تفتي بما علمته من قول مالك وقول

- 1145 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى 42 ويم 42 وم 33 ومايأبى 71.
 1146 - في المطبوع الصحيح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايأبى 71.
 1147 - في المطبوع مذهب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايأبى 71.
 1148 - * ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1149 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ومايأبى 71.
 1150 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايأبى 71.
 1151 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايأبى 71.

غيره من أصحابه إذا كانت قد بانث لها صحته، كما يجوز لها في خاصتها الأخذ بقوله إذا بانث لها صحته ولا يجوز لها أن تفتي بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه نصا من قول مالك أو قول غيره من أصحابه، وإن كانت قد بانث لها صحته؛ إذ ليست ممن كمل لها آلات الاجتهاد [التي¹¹⁵²] يصح لها بها قياس الفروع على الأصول، وأما الطائفة الثالثة فهي التي يصح لها الفتوى عموما بالاجتهاد والقياس على الأصول التي هي الكتاب والسنة وإجماع الأئمة بالمعنى الجامع بينها وبين النازلة، [أو¹¹⁵³] على ما قيس عليها إن [عدم¹¹⁵⁴] القياس عليها، ومن القياس جلي وخفي لأن المعنى الذي يجمع بين الأصل والفرع قد يعلم قطعاً بدليل قاطع لا يحتمل التأويل.

وقد يعلم بالاستدلال فلا يوجب إلا غلبة الظن، ولا يرجع إلى القياس الخفي إلا بعد القياس الجلي، وهذا كله يتفاوت العلماء في التحقيق بالمعرفة به تفاوتاً بعيداً وتفتقر أحوالهم أيضاً في جودة الفهم لذلك وجودة الذهن فيه افتراقاً بعيداً؛ إذ ليس العلم الذي هو الفقه في الدين بكثرة الرواية والحفظ وإنما هو نور يضعه الله حيث يشاء، فمن اعتقد في نفسه أنه ممن تصح له الفتوى بما آتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له إن استفتي أن يفتي، وإذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز له أن يفتي فمن الحق للرجل أن لا يفتي حتى يرى نفسه أهلاً لذلك ويراه الناس أهلاً له على ما حكى مالك [من¹¹⁵⁵] أن ابن هرمز أشار بذلك على من استشاره السلطان فاستشاره في ذلك، وقد أتى ما ذكرناه على ما سألت عنه من بيان صفات المفتي التي ينبغي أن يكون عليها في هذا العصر؛ إذ لا تختلف صفات المفتي التي [يلزم¹¹⁵⁶] أن يكون عليها باختلاف الأعصار.

وأما السؤال عن بيان ما يلزم في مذهب مالك لمن أراد في هذا الوقت أن يكون مفتياً على مذهب مالك فإنه سؤال فاسد؛ إذ ليس أحد بالخيار في أن يفتي على مذهب مالك ولا على مذهب غيره من العلماء، بل يلزمه ذلك إذا قام عنده الدليل على صحته، ولا يصح له إن لم يبق عنده الدليل على صحته، والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزماً للمذهب المالكي وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك، ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول، وذكر بقية كلامه المتقدم في الفرع الذي قبل هذا، وقال ابن عرفة: وأما شرط الفتوى ففيها لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أهلاً للفتوى، وقال سحنون الناس هنا العلماء. قال ابن هرمز: ويرى هو نفسه أهلاً لذلك. قال القرافي إثر هذا الكلام: وما أفتى مالك حتى أجازه أربعون محنكاً؛ لأن [التحنك¹¹⁵⁷] وهو اللثام تحت الحنك من شعار العلماء حتى إن مالكا سئل عن الصلاة بغير حنك فقال لا بأس بذلك، وهذه إشارة إلى تأكيد التحنيك وهذا

1152 - في المطبوع الذي ومايأبى 71 ويحيى 389 وم 34.

1153 - في المطبوع يم ص 42 مك ص 33 وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ومايأبى 72.

1154 - في المطبوع يحيى ص 43 ويم ص 42 و م ص 34. قدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 95 ومايأبى 72.

1155 - في المطبوع عن والمثبت من يم 63 وم 34 ومايأبى 72 ويحيى 389.

1156 - في المطبوع تلمزم ويحيى 389 وم 34 والمثبت من يم 69 ومايأبى 72.

1157 - في المطبوع الحنك وما بين المعقوفين من فروق القرافي ج 2 ص 546.

شأن الفتيا في الزمن المتقدم، وأما اليوم فقد خرق هذا السياج، وهان على الناس أمر دينهم، فتحدثوا فيه بما يصلح وما لا يصلح، وعسر عليهم اعترافهم بجهلهم، وأن يقول أحدهم لا أدري فلا جرم آل الحال بالناس إلى هذه الغاية بالافتداء بالجهال والمتجرئين على دين الله تعالى. انتهى. /

قلت: وقع هذا في رسم الشجرة من جامع العتبية لابن هرمز فيما ذكره مالك عنه، وليس فيه ويرى نفسه أهلاً لذلك، فقال ابن رشد زاد في هذه الحكاية في كتاب الأفضية من المدونة ويرى نفسه أهلاً لذلك وهي زيادة حسنة؛ لأنه أعرف بنفسه، وذلك أن يعلم [من¹¹⁵⁸] نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد وذلك علمه بالقرآن وناسخه ومنسوخه ومفصله من مجمله وعامه من خاصه وبالسنة مميّزا بين صحيحها وسقيمها عالما بأقوال العلماء وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه عالما بوجوه القياس ووضع الأدلة مواضعها وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام، وفي نوازل ابن رشد أنه سئل عن قرأ الكتب المستعملة مثل المدونة والعتبية دون رواية أو الكتب المتأخرة التي لا توجد فيها رواية هل يستفتى وإن أفتى وقد قرأها دون رواية هل تجوز شهادته أم لا؟ فأجاب من قرأ هذه الكتب وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معناها وأصول مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع، وذكر ما نقلناه عنه في البيان في كلامه السابق. ثم قال: فهذا يجوز له أن يفتي فيما ينزل ولا نص فيه باجتهاده. قال: ومن لم يلحق هذه الدرجة لم يصلح أن يستفتى في المجتهدات التي لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتي في شيء منها إلا أن يعلم برواية عن عالم فيقلده فيما يخبر به وإن كان فيها اختلاف أخبر بالذي ترجح عنده إن كان ممن له فهم ومعرفة بالترجيح.

قلت: وهذا حال كثير ممن أدركناه وأخبرنا عنهم أنهم كانوا يفتون ولا قراءة لهم في العربية فضلا عما سواها من أصول الفقه، وقد ولي خطتي قضاء الأنكحة والجماعة بتونس من قال ما فتحت كتابا في العربية على أحد، ومثله ولي القضاء في أوائل هذا القرن ببجاية، وقد رأيت بعض هؤلاء يقرؤون التفسير، وأخبرت أن بعضهم كان منعه قاضي وقته فلما مات أقرأه، وأفتى ابن عبد السلام بوجوب منع من لم يكن له مشاركة في علم العربية من إلقاء التفسير ثم كان في حضرته من يقرئه بل ولاه محل إقرائه وهو ممن لم يقرأ في العربية كتابا، والله أعلم بحال ذلك كله، وفي المقدمات: ينبغي للقاضي أن يكون عالما بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات لاختلاف المعاني باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات، وقال القرافي ما حاصله يجوز لمن حفظ رواية المذهب وعلم مطلقها ومقيدتها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه منها، وما ليس محفوظا له منها لا يجوز له تخريجه على ما هو محفوظ له منها إلا إن حصل علم أصول الفقه وكتاب القياس وأحكامه وترجيحاته وشرائطه وموانعه وإلا حرم عليه التخريج قال: وكثير من الناس يقدمون على التخريج دون هذه الشرائط بل صار يفتي من لم يحط بالتقييدات ولا التخصيصات من منقول إمامه وذلك فسق ولعب، وشرط التخريج على قول إمامه أن يكون القول المخرج عليه ليس مخالفا للإجماع ولا لنص ولا لقياس

متن الخطاب جلي؛ لأن القياس عليه حينئذ معصية وقول إمامه ذلك غير معصية لأنه باجتهاد أخطأ فيه فلا يأثم، وتحصيل حفظ القواعد الشرعية إنما هو بالمبالغة في تحصيل مسائل الفقه بأصولها وأصول الفقه لا تفيد ذلك ولذا ألفت هذا الكتاب المسمى بالقواعد.

قلت: قوله ليس مخالفا للإجماع ولا لنص، أما الإجماع فمسلم، وأما النص فليس كذلك لنص مالك في كتاب الجامع من العتبية وغيره على مخالفة نص الحديث الصحيح إذا كان العمل بخلافه. انتهى. وكلام القرافي هذا في الفرق الثامن [والسبعين¹¹⁵⁹] وقول ابن عرفة في أول الكلام، وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه. عبارة القرافي: فهذا يجوز له أن يفتي بجميع ما يحفظه وينقله من مذهبه اتباعا لمشهور ذلك المذهب بشروط الفتيا. انتهى. واختصر ابن عرفة كلامه فيه جدا قال القرافي في الفرق المذكور: وكل شيء أفتى به المجتهد فوقع فتياه فيه على خلاف الأصل

والقواعد والإجماع والنص والقياس الجلي/ السالم عن المعارض الراجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه، وما لا نقره شرعا بعد تفرقه بحكم الحاكم أولى أن لا نقره إذا لم يتأكد، وهذا لم يتأكد فلا نقره، والفتيا بغير شرع حرام فالفتيا بهذا حرام، وإن كان الإمام المجتهد غير عاص فعلى أهل العصر تفقد مذاهبهم، فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به ولا يعرى مذهب من المذاهب عنه، لكنه قد يقل وقد يكثر غير أنه لا يقدر أن يعرف هذا من مذهبه إلا إن عرف القواعد والقياس الجلي والنص الصريح وعلّة المعارض لذلك، وذلك يعتمد تحصيل الفقه والتبحر في الفقه، فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفقه، والفتوى لا توجد في كتب أصول الفقه أصلا، وذلك هو الباعث لي على تصنيف هذا الكتاب لضبط تلك القواعد بحسب طاقتي وباعتبار هذا الشرط يحرم على أكثر الناس الفتيا. فتأمل ذلك فإنه أمر لازم، ولذلك كان السلف رضي الله عنهم يتوقفون في الفتيا توقفا شديدا. انتهى.

قلت: والظاهر أن قول القرافي وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها يعني غلب على ظنه أن هذه الرواية مطلقة وهذه مقيدة، وأما القطع بأن هذه الرواية ليست مقيدة فبعيد، ويكفي الآن في ذلك وجود المسألة في التوضيح أو في ابن عبد السلام. قال ابن فرحون: قال المازري في كتاب الأقضية: الذي [يفتي في هذا¹¹⁶⁰] الزمان أقل مراتبه في نقل المذهب أن يكون قد استبحر في الاطلاع على روايات المذهب وتأويل الشيوخ لها وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب، وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق إلى النفس تباعدها وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع في النفس تقاربها وتشابهها إلى غير ذلك مما بسطه المتأخرون في كتبهم، وأشار إليه المتقدمون من أصحاب مالك في كثير من رواياتهم فهذا لعدم النظر يقتصر على نقله عن المذهب. انتهى. وفي آخر خطبة البيان والتحصيل لابن رشد قال: إذا جمع الطالب المقدمات إلى هذا الكتاب -يعني البيان والتحصيل- حصل على

1159 * - في المطبوع والتسعين وما بين المعقوفين من م4 وسيد15 ومايأبى73 ويم ويحيى390.

1160 * - في المطبوع يفتي به في هذا وما بين المعقوفين من يم70 وم34 ويحيى390.

معرفة ما لا يسع جهله من أصول الديانات وأصول الفقه وعرف العلم من طريقه وأخذه من بابه وسبيله وأحكم رد الفرع إلى الأصل واستغنى بمعرفة ذلك كله عن الشيوخ في المشكلات وحصل في درجة من يجب تقليده في النوازل المعضلات ودخل في زمرة العلماء الذين أثنى الله عليهم في غير ما آية من كتابه ووعدهم فيه بترفيح الدرجات. انتهى. وقد تقدم في أول المختصر عند قول المصنف: "مبيناً لما به الفتوى" في الكلام على الديباجة بعض هذه النصوص وشيء من هذا المعنى. والله أعلم.

الثالث: لم يتعرض المؤلف لما تنعقد به الولاية، وقال ابن بشير في التحرير: لانعقاد الولاية ثلاثة شروط: العلم بشرائط الولاية في المولى، فإن لم يعلمها إلا بعد التقليد استأنفه. الثاني: ذكر المولى له كالقضاء أو الإمارة فإن جهل ذلك فسدت. الثالث: ذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية ليمتاز عن غيره. انتهى. ونقله القرافي، ونقله ابن فرحون عن ابن الأمين.

الرابع: قال ابن فرحون: قال الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن يحيى بن الأمين القرطبي: الألفاظ التي تنعقد بها الولايات أربعة صريح وكناية، فالصريح أربعة ألفاظ وهي وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك، والكناية ثمانية ألفاظ؛ وهي اعتمدت عليك وعولت عليك ورددت إليك وجعلت إليك وفوضت إليك ووكلت إليك وأسندت إليك. قال غيره وعهدت إليك، وتحتاج الكناية إلى أن يقترن بها ما ينفي الاحتمال مثل احكم فيما اعتمدت عليك فيه وشبه ذلك. انتهى. ونقله ابن بشير في التحرير.

الخامس: قال ابن عرفة: وتولية الإمام قاضيه تثبت بإشهاده بها نصاً، والأصح ثبوتها بالاستفاضة الدالة على توليته والقرائن/ على علم ذلك ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ على الإمام إن لم ينظر الشهود في الكتاب المقروء لجواز أن يقرأ القارىء ما ليس في الكتاب، ولو قرأه الإمام صحت.

قلت: سماع الإمام المقروء عليه مع سماعه وسكوته يحصل العلم بضرورة بتوليته إياه، ونقل المتيطي وغيره عن المذهب ثبوت ولايته بشهادة السماع. انتهى. وقوله: "يقرأ على الإمام" كذا في النسخة التي رأيت منه، وهو الذي يقتضيه بحثه، والذي في تبصرة ابن فرحون عن الإمام وهو الظاهر. والله أعلم. وانظر نوازل ابن رشد في مسائل الأقضية.

السادس: قال ابن فرحون: إذا كان القاضي المولى غائباً وقت الولاية فإنه يجوز أن يكون قبوله على التراخي عند بلوغ التقليد إليه وعلامة القبول شروعه في العمل، وبهذا جرى عمل الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم إلى وقتنا هذا. انتهى. وقال في الذخيرة: فرع: قال الشافعية يجوز انعقاد ولاية القاضي بالمكاتبة والمراسلة كالوكالة وقواعدنا تقتضيه، قالوا فإن كان التقليد باللفظ مشافهة فالقبول على الفور لفظاً كالإيجاب، وفي المراسلة يجوز على التراخي بالقول. قالوا وفي القبول بالشروع في النظر خلاف، وقواعدنا تقتضي الجواز؛ لأن المقصود هو الدلالة على ما في النفس. انتهى.

السابع: قال في الذخيرة: قال الشافعية إذا انعقدت الولاية لا يجب على المتولي النظر حتى تشيع ولايته في عمله ليدعونا له، وهو شرط أيضاً في وجوب الطاعة وقواعد الشريعة تقتضي ما قالوه فإن التمكن والعلم شرطان في التكليف عندنا وعند غيرنا، فالشيعاء يوجب له المكنة والعلم لهم. انتهى.

الثامن: قال ابن الحاجب: وللإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه في الاجتهاد أو التقليد، ولو شرط الحكم بما يراه كان الشرط باطلا والتولية صحيحة. قال الباجي: كان في سجلات قرطبة ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته. قال في التوضيح: للإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه كالمالكي يولي شافعيًا أو حنفيًا ولو شرط أي الإمام على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلا وصح العقد، وهكذا نقله في الجواهر عن الطروشني، وقال غيره العقد غير جائز وينبغي فسحه ورده، وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهدًا، وهكذا فرض المازري المسألة فيه، قال: وإن كان الإمام مقلدا وكان متبعا لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد لم يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك، ويأمره أن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي هذا القاضي منه ولي عليهم، وقد ولي سحنون رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة، وقوله: قال الباجي: كان في سجلات قرطبة، ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته. هكذا نقله الطروشني عن الباجي [الطروشني¹¹⁶¹] وهو جهل عظيم منهم يريد لأن الحق ليس في شيء معين. قال ابن رشد: وما نقل عن سحنون من ولاية ذلك الشخص على أن لا يخرج عن أقوال أهل المدينة يريد قولهم. انتهى.

وقال ابن عرفة في أثناء الكلام على استخلاف القاضي ناثبا: وشرط المستخلف على مستخلفه الحكم بمذهب معين وإن خالف معتقد المستخلف اجتهادا أو تقليدا، [مخرج¹¹⁶²] على شرط ذلك الإمام في توليته قاضيه عليه في صحته وبطلان توليته بذلك، ثالثها يبطل الشرط فقط لظاهر نقلهم عن سحنون أنه ولي رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وشرط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة. المازري: مع احتمال كون الرجل مجتهدا مع نقل. الباجي: كان الولاية عندنا بقرطبة يشترطون على من ولوه القضاء في سجله أن لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ما وجدته، والطروشني لقوله فيما حكاها الباجي: هذا جهل عظيم، ونقل المازري عن بعض الناس مع تخريجه على أحد الأقوال بإبطال فاسد الشرط في عقد البيع مع صحة/ البيع. قال: وقال بعض الناس إن كان القاضي على مذهب مشهور وعليه عمل أهل بلده نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أداه اجتهاده إلى الخروج عنه لتهمته أن يكون خروجه حيفا أو هوى، وهذا القول عمل بمقتضى السياسة، ومقتضى الأصول خلافه، والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده. اهـ.

التاسع: قال ابن فرحون في تبصرته: اختلف في قبول ولاية القضاء من الأمير غير العادل، ففي رياض النفوس في طبقات علماء إفريقية لأبي محمد عبد الله بن محمد المالكي: قال سحنون: اختلف أبو محمد عبد الله بن فروخ وابن غانم قاضي إفريقية وهما [من¹¹⁶³] رواية مالك رحمهم الله، فقال ابن فروخ لا ينبغي لقاض إذا ولاه أمير غير عدل أن يلي القضاء، وقال ابن غانم يجوز أن يلي وإن كان

1161 * - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من 70 وسيد 15 وما يابى 75.

1162 * - في المطبوع فخرج وما بين المعقوفين من م 36.

1163 - ساقطة من المطبوع وما يابى 76 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 99 وأصل الكلام في تبصرة ابن فرحون ج 1

نص خليل وَنَفَذَ حُكْمَ أَعْمَى وَأَبْكُمْ وَأَصَمَّ وَوَجِبَ عَزْلُهُ.

متن الخطاب الأمير غير عدل، فكتب بها إلى مالك، فقال مالك: أصاب الفارسي؛ يعني ابن فروخ، وأخطأ الذي يزعم أنه عربي؛ يعني ابن غانم.

العاشر: قال في الذخيرة في الكلام على الولاية الخامسة التي هي وظيفة القضاء: قال للحمي: إقامة الحكم للناس واجب لأنه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، فعلى ولي الأمر أن ينظر في أحكام المسلمين إن كان أهلاً أو يقيم للناس من ينظر، فإن لم يكن للموضع ولي أمر كان ذلك لذوي الرأي والثقة، فما اجتمع رأيهم عليه أن يصلح أقاموه. انتهى. وقال المازري في شرح التلقين: القضاء ينعقد بأحد وجهين: أحدهما عقد أمير المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد في مثل ذلك. الثاني عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الإمام في ذلك ولا أن يستدعوا منه ولايته ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الإمام الأعظم أو نيابة عن جعل الإمام له ذلك للضرورة الداعية إلى ذلك. انتهى من تبصرة ابن فرحون. وتقدم في التنبيه الرابع عند قول المؤلف: "مجتهد" شيء من هذا المعنى. والله أعلم.

فائدة: قال ابن عرفة: ابن سهل: قال بعض الناس خطة القضاء من أعظم الخطط قدراً وأجلها خطراً لا سيما إذا اجتمعت إليها الصلاة.

قلت: يريد إمامة الصلاة، ومقتضاه حسن اجتماعهما، والمعروف ببلدنا قديماً وحديثاً منع إقامة قاضي الجماعة بها أو الأنكحة إمامة الجامع الأعظم بها، وسمعت بعض شيوخنا يعللون ذلك بأن القاضي مظنة لعدم طيب نفس المحكوم عليه به مع تكرار ذلك في الآحاد فيؤدي إلى إمامة الإمام من هو له كاره، وقد خرج الترمذي عن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم العبد الأبى حتى يرجع وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط وإمام قوم وهم له كارهون¹} انتهى.

فائدة: قال في الذخيرة: قال في النوادر: قال مالك: أول من استقضى معاوية، ولم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لأبي بكر ولا لعثمان قاض، بل الولاية يقضون وأنكر قول أهل العراق [أن¹¹⁶⁴] عمر استقضى شريحا، وقال كيف يستقضي بالعراق دون الشام واليمن وغيره؟ فليس كما قالوا. انتهى.

ص: ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله ش: هذا هو القسم الثاني، وهو ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطاً في صحة الولاية، ويجب أن يكون القاضي متصفاً بها. قال في التوضيح: الصفة الثانية غير شرط في صحة الولاية ولكنه يجب أن يكون متصفاً بها وعدمها موجب للعزل، وينفذ ما مضى من أحكامه. انتهى. فقول الشيخ بهرام: هذه الأوصاف توجب العزل وليس عدمها من شروط الصحة، بل وجودها من باب الاستحباب مخالف لما تقدم من كلام التوضيح. وقال ابن عبد السلام: فإن قلت: لم خصت الصفة الأولى بالشرطية؟ قلت: لأن الولاية تنعدم بانعدامها والصفة الثانية ليست كذلك وإن وجب العزل إذا انعدمت، وهذا كما يفرقون في مسائل الصلاة بين الواجب

1 - جامع الترمذي، كتاب الصلاة، دار الفكر 1995، رقم الحديث 360.

الحديث

نص خليل
وَلَزِمَ الْمُتَعَيِّنَ أَوْ الْخَائِفَ فِتْنَةً إِنْ لَمْ يَتَوَلَّ أَوْ ضِيَاعَ الْحَقِّ الْقَبُولُ وَالطَّلَبُ وَأَجْبِرَ وَإِنْ بَضْرَبَ وَإِلَّا فَلَهُ
الْهَرَبُ وَإِنْ عُنِيَ.

متن الحطاب
100 الذي [هو/1165] شرط في صحة الصلاة وبين الواجب الذي ليس شرطاً في صحتها. انتهى.
وانظر كلام المقدمات بعد هذا، وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: "الثاني السمع والبصر"
والكلام يعني أن النوع الثاني من صفات القاضي وهو الموجب للعزل إذا عدم أو عدم بعض أجزائه، إلا
أن وحدة النوع الأول وجعل ما تحته من القيود كالأجزاء صحيح؛ لأن كل واحد من تلك الأجزاء إذا
عدم منع الولاية، ولأن جزء الشرط ينعقد بالعدم، وأما وحدة هذا النوع بحيث يكون كل
واحد من السمع والبصر والكلام جزءاً له فغير صحيح، وذلك أن المؤلف جعل أثر هذا النوع إنما هو في
وجوب العزل لا في انعقاد الولاية، وإنما يظهر هذا إذا انعدم واحد من تلك الأجزاء بقيد الوحدة، وأما
إذا انعدم اثنان منها فأكثر فلا تنعقد الولاية أصلاً. انتهى. فتأمله.

سؤال: قال البساطي: فإن قلت إما أن يجعل العمى مثلاً مانعاً من تولية القضاء أو لا، فعلى الأول لا
ينفذ حكمه، وعلى الثاني لا يجب عزله؛ قلت: كل من الشقين ممنوع وسند الأول أن المانع إذا كان
في الابتداء ترتب عليه الحكم الذي ذكرت؛ أعني أنه لا ينفذ حكمه، ولا يلزم من هذا أنه إذا طرأ
وقد كان ولي على غير هذه الصفة أنه لا تنفذ أحكامه، فمن ولي صحيحاً وطرأ عليه هذا المانع هو
الذي ينفذ حكمه، والكلام فيه، وسند الثاني أن ما ليس بمانع من نفوذ الحكم لا يلزم معه دوام
التولية؛ لأن النفوذ مستند إلى التولية الصحيحة ووجوب العزل مستند إلى الطارئ. انتهى. وفي جوابه
نظر لاقتضائه أن نفوذ حكم القاضي الأعمى إنما هو إذا ولي صحيحاً ثم طرأ عليه. قال في المقدمات:
وأما الخصال التي ليست مشروطة في صحة الولاية إلا أن عدمها يوجب فسخ الولاية؛ فهي أن يكون
سميعاً بصيراً متكلماً عدلاً، فهذه الأربع خصال لا يجوز أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه، فإن
ولي من لم تجتمع فيه وجب أن يعزل متى عثر عليه، ويكون ما مضى من أحكامه جائزاً إلا الفاسق
فاختلف فيما مضى من أحكامه، فقال أصبغ إنها جائزة، والمشهور في المذهب أنها مردودة، وعليه
فالعادلة مشروطة في صحة الولاية كالإسلام والحرية. انتهى. وقال في التوضيح تنفذ أحكامه، سواء
ولي كذلك أو طرأ عليه ذلك. انتهى. والجواب عن سؤاله أن يقال قولك العمى مثلاً مانع ما تعني به
مانع من صحة التولية أو من جوازها فالأول ليس مراداً لنا وعليه يلزم ما ذكرت، والثاني مرادنا، ولا
يلزم عليه ما ذكرت. والله أعلم.

تنبيه: ترك المؤلف الكلام على الكتابة. قال في التوضيح: قال الباجي وابن رشد إنه لا نص هل
يشترط في القاضي أن يكتب؟ وعن الشافعية قولان. انتهى. قال ابن عبد السلام: ورجح الباجي وابن
رشد صحة الولاية مع ظهور القول بالمنع، وظاهر كلام بعض الأندلسيين المنع. انتهى.
ص: ولزم المتعين أو الخائف فتنة أو ضياع الحق إن لم يتول القبول والطلب ش: كأنه سقط

101 عند الشارح/ بهرام لفظ والطلب في الشرح الكبير فقال: ولم يتعرض للطلب، وظاهر كلامه أنه لا يجب؛ لأن قوله يلزمه القبول يدل على أن اللزوم مشروط بعرض الولاية عليه، وقد ذكر بعض أصحابنا أن القضاء يجب طلبه إذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة ولا يكون هناك قاض أو يكون، ولكن تحرم ولايته أو يعلم أنه إذا لم يتول تضيع الحقوق ويكثر الهرج فقد قالوا إنه إذا خاف ضياع الحقوق يجب عليه الطلب. انتهى. وأما في الوسط والصغير فظاهر كلامه ثبوتها، وانظر إذا قيل يلزمه الطلب فطلب فمنع من التولية إلا ببذل مال فهل يجوز له بذله؟ الظاهر أنه لا يجوز له بذله؛ لأنهم قالوا كما سيأتي إنما يلزمه القبول إذا تعين إذا كان يعان على الحقوق، وبذل المال في القضاء من أول الباطل الذي لم يعن على تركه فيحرم عليه حينئذ، وقد يفهم ذلك من الفرع الآتي لابن فرحون. والله أعلم.

قال ابن الحاجب: وهو أي القضاء فرض كفاية، فإذا انفرد [بشرائطه¹¹⁶⁶] تعين. قال ابن عبد السلام: قيل إن علم القضاء يرجع إلى تعيين المدعي من المدعى عليه، فإذا كان هذا علم القضاء أو لازما له فلا بد من نصب إنسان يرفع النزاع الواقع بين الناس وينصف المظلوم من الظالم، ولما كان هذا المعنى يحصل في البلد من واحد ومن عدد قليل كان هذا الفرض فيه على الكفاية إذا تعدد من فيه أهلية ذلك، فإن اتحد تعين. ثم قال: وهذه مرتبة القاضي في الدين حين كان القاضي يعان على ما وليه، حتى ربما كان بعضهم يحكم على من ولاه ولا يقبل شهادته إن شهد عنده لعدم أهلية الشهادة منه، وأما إذا صار القاضي لا يعان بل من ولاه ربما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على أي حال كان فإن ذلك الواجب ينقلب محرما نسأل الله السلامة، وبالجملة إن أكثر الخطط الشرعية في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيصة. انتهى. ونقله في التوضيح.

قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا: قلت: وحدثني من أثق به وبصحة خبره أنه لما مات القاضي بتونس الشيخ أبو علي بن قداح تكلم أهل مجلس السلطان في ولاية قاض فذكر بعض أهل المجلس ابن عبد السلام، فقال بعض كبار أهل المجلس: إنه شديد الأمر ولا تطيقونه، فقال بعضهم نستخبر أمره فدرسوا عليه رجلا من الموحدین كان جارا له يعرف بابن إبراهيم فقال له: هؤلاء امتنعوا من توليتك لأنك شديد في الحكم. فقال: أنا أعرف العوائد وأمشيها فحينئذ ولوه من عام أربعة وثلاثين إلى أن توفي رحمه الله عام تسع وأربعين وسبعمائة. انتهى.

قلت: ينبغي أن يحمل هذا من ابن عبد السلام رحمه الله على أنه خاف أن يولى من لا يصلح للولاية فتسبب في ذلك لدفع مضرة ذلك كما ذكره ابن عرفة عن بعض شيوخه في تسببه بولايته لقضاء الأنكحة تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد. قال: وكان ممن يشار إليه بالصلاح والأعمال بالنيات، وقد أشار ابن غازي إلى هذا في تكميل التقييد، فإذا كان هذا حكم القسم الواجب صار محرما فكيف ببقية الأقسام؟ وقال في المقدمات: الهرب من القضاء واجب وطلب السلامة منه، لا سيما في هذا الوقت واجب لازم، وقد روي أن عمر رضي الله عنه دعا رجلا ليوليه فأبى فجعل يديره

متن الخطاب
 102
 على الرضا فأبى. ثم قال له: أنشدك الله يا أمير المؤمنين أي ذلك تعلم خيرا لي؟ قال: أن لا تلي.
 قال: فأعفتني. قال: قد فعلت. ثم قال: وطلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة،
 وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: {ستحرصون على الإمارة وتكون حسرة وندامة يوم
 القيامة فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة¹} فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل إليه وخيف
 عليه فيه الهلاك، ومن لم يسأله وامتنح به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه، روي
 عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: {من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه، ومن لم يطلبه
 ولا/ استعان عليه أنزل الله ملكا يسدده²} وقال صلى الله عليه وسلم: {لا تسأل الإمارة، فإنك إن
 تؤتها من غير مسألة تعن عليها وإن تؤتها عن مسألة توكل إليها³} انتهى. وقال الجزيري في
 وثائقه: القضاء محنة وبليّة، ومن دخل فيه فقد عرض نفسه للهلاك؛ لأن التخلص منه عسر،
 فالهروب منه واجب لا سيما في هذا الوقت، وطلبه نوك وإن كان حسبة. قاله الشعبي، ورخص فيه
 بعض الشافعية إذا خلصت نيته للحسبة؛ بأن يكون قد وليه من لا يرضى حاله، والأول أصح؛ لقوله
 عليه السلام: {إنا لا نستعمل على عملنا من أراده⁴} انتهى. والنوك بالضم الحمق. قاله في الصحاح
 قال قيس بن الخطيم:

وداء النوك ليس له دواء

والنواكة الحماقة. قال ابن عرفة إثر نقله كلام المقدمات المذكور: قلت: ظاهره مطلقا، وزعم بعضهم
 أنه إن خاف من فيه أهلية أن يولى من لا أهلية فيه أن له طلبه، وقد تحققت بالخبر الصادق أن
 بعض شيوخنا - وكان ممن يشار إليه بالصلاح - لما وقع النظر بتونس في ولاية قاضي الأنكحة تسبب
 في ولايتها تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد، وما أظنه فعل ذلك إلا لما نقل المازري، والأعمال
 بالنيات. قال المازري: يجب على من هو من أهل الاجتهاد والعدالة السعي في طلبه إن علم أنه إن لم
 يله ضاعت الحقوق، أو وليه من لا يحل أن يولى، وكذلك إن وليه من [لا تحل توليته¹¹⁶⁷] ولا
 سبيل لعزله إلا بطلبه. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون: وأما تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة، وقال أبو العباس من تلامذة ابن
 شريح الشافعي في كتابه أدب القضاء: من تقبل القضاء بقبالة وأعطى عليه الرشوة فولايته باطلة

- الحديث
- 1 - إنكم ستحرصون على الإمارة وستكون ندامة يوم القيامة فنعم المرضعة وبئست الفاطمة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 7148.
 - 2 - من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكا يسدده، سنن أبي داود، كتاب القضاء، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 3578.
 - 3 - لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإذا خلقت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب كفارات الأيمان، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 6722.
 - 4 - لن - أولا - نستعمل على عملنا من أراده، البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، رقم الحديث 2261، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، رقم الحديث 1733.

وَحَرْمَ لِجَاهِلٍ وَطَالِبٍ دُنْيَاً وَتُدْبَ لِيُشْهَرَ عِلْمُهُ. نص خليل

متن الخطاب وقضاؤه مردود وإن كان قد حكم بحق. قال: وإن أعطى رشوة على عزل قاض ليولى هو مكانه فكذلك أيضا، وإن أعطاه على عزله دون ولاية فعزل الأول برشوة ثم استقضى هو مكانه بغير رشوة نظر في المعزول، فإن كان عدلا فأعطاء الرشوة على عزله حرام، والمعزول باق على ولايته إلا أن يكون من عزله تاب فرد الرشوة قبل عزله، وقضاء المستخلف أيضا باطل، إلا أن يكون تاب قبل الولاية فيصح قضاؤه، فإن كان المعزول جائرا لم يبطل قضاء المستخلف. قال المؤلف أبو العباس: قلت: هذا [تخريج¹¹⁶⁸] على مذهب الشافعي والحنفي. انتهى.

ص: وحرم لجاهل وطالب دنيا ش: لو قال عوض قوله: "لجاهل" لغير أهله كما قال ابن عرفة ويحرم طلبه على فاقد أهليته. انتهى. لكان أتم فائدة، ويحرم السعي على من قصد بالسعي الانتقام من أعدائه. قاله ابن فرحون.

ص: وندب ليشهر علمه ش: نقله ابن عرفة عن المازري عن بعض العلماء، وزاد معه أو أن يكون فقيرا وله عيال، ويسعى في تحصيله لسد خلته، ونصه: قال بعض العلماء يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره بولايته القضاء أو لعاجز عن قوته وقوت عياله إلا برزق القضاء. المازري: ولا يقتصر بالاستحباب على هذين، بل يستحب للأولى به من غيره لأنه أعلم منه. انتهى. وعبر ابن فرحون عن هذا الأخير بقوله: قال المازري: وقد يستحب لمن لم يتعين عليه، ولكن يرى أنه أنهض به وأنفع للمسلمين من آخر يولاه وهو ممن يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا. انتهى. وإن كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فعده ابن فرحون في القسم المباح. قال: ونقله المازري في الوجه المستحب، وكذلك عد ابن فرحون في القسم المباح ما نقل المازري عن بعضهم من أنه إذا كان فقيرا وطلبه لسد خلته أنه مستحب، وعكس ما ذكره المؤلف؛ وهو ما إذا كان عدلا مشهورا ينفع الناس بعلمه وخاف إن تولى القضاء أن لا يقدر على ذلك يكره له السعي. قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة عن المازري: وفي كونه في حق المشهور علمه الغني مكروها أو مباحا نظرا. قال: وأصول الشرع تدل على الإبعاد منه. انتهى.

قال ابن فرحون: / ومن المكروه أن يكون سعيه في طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس فهذا يكره له السعي، ولو قيل إنه يحرم لكان وجهه ظاهرا؛ لقوله تعالى: ﴿تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الأرض ولا فسادا والعاقبة للمتقين﴾ انتهى. وأما إباحة السعي فقال في التوضيح: قال المازري: ويبعد عندي تصور الإباحة إلا عند تقابل أدلة الأحكام وقرائن الأحوال، ولا يقدر على ترجيح بعضها على بعض [الفهم¹¹⁶⁹]، وقد تقدم أن ابن فرحون جعل منه مسألة من سعى فيه لسد خلته، وتقدم كلام ابن عرفة أيضا. والله أعلم. قال ابن عرفة بعد ذكره هذه الأقسام: قلت: هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديمه من لا يحل تقديمه للشهادة وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به، ولا فائدة في كتبه هنا. انتهى. والله أعلم.

103

الحديث

1168 - في المطبوع ورم 46 وم 37 وما يابى 79 تخريجا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 102 ويحيى 48.

1169 * - كذا في النسخ وهي ساقطة من التوضيح، ج 7 ص 387.

كَوْرَعٍ غَنِيٍّ حَلِيمٍ نَزَهٍ نَسِيْبٍ مُسْتَشِيْرٍ يَلَا دِيْنَ وَحَدٍّ.

متن الخطاب
ص: [كورع ش: الفرق¹¹⁷⁰] بين الورع والنزه أن الورع هو التارك للشبهات. قاله في التوضيح. قال ابن عبد السلام: وفائدة كونه ورعا ظاهرة، وهو أولى الناس بذلك، والنزه هو الذي لا يطمع فيما عند الناس. قال في المقدمات: روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في صفات القاضي أن يكون عالما بالكتاب والسنة ذا نزاهة عن الطمع. انتهى. وفي الذخيرة: قال ابن محرز: لا يأتي بما نصب له حتى يكون ذا نزاهة ونصيحة ورحمة وصلابة ليفارق بالنزاهة التشوف لما في أيدي الناس، وبالنصيحة [يفارق¹¹⁷¹] حال من يريد الظلم ولا يبالي بوقوع الغش والغلط والخطأ، وبالرحمة حال القاضي الذي لا يرحم الصغير واليتيم والمظلوم، وبالصلابة حال من يضعف عن استخراج الحقوق. انتهى.

ص: غني ش: قال ابن عبد السلام: الظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين، فإن وجود الدين مع الغنى [بما¹¹⁷²] يزيد على مقدار الدين لا أثر له. انتهى. قال في التوضيح: خليل: وفيه نظر، والظاهر خلافه ولا يخفى عليك. انتهى. وقال سحنون في كتاب ابنه: وإذا كان الرجل فقيرا وهو أعلم من في البلد وأرضاهم استحق القضاء، ولكن ينبغي أن لا يجلس حتى يغنى ويقضي دينه. قال المازري: وهذا من المصلحة؛ لأنه ربما دعاه فقره إلى استمالة الأغنياء والضراعة لهم وتمييزهم على الفقراء بالإكبار إذا تخاصموا مع الفقراء، فإذا كان غنيا بعد ذلك. انتهى من تبصرة ابن فرحون، ونقله غيره. والله أعلم.

تنبيه: زاد ابن الحاجب أن يكون بلديا ولا يخاف في الله لومة لائم، والمصنف إنما ترك الأول لأن ابن رشد وابن عبد السلام قالا إن الولاية اليوم يرجحون غير البلدي على البلدي، وترك الثاني لأنه قال في التوضيح تبعا لابن عبد السلام: الظاهر أنه راجع إلى النوع الأول؛ لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق. انتهى.

ص: نسيب ش: قال ابن عرفة: قال سحنون: ولا بأس بولاية ولد الزنا، ولا يحكم في حد. قال الباجي: الأظهر منعه؛ لأن القضاء موضع رفعة فلا يليها ولد الزنا كالإمامة، الصقلي عن أصبغ لا بأس أن [يُستقضى¹¹⁷³] من حد في الزنا إذا تاب ورضيت حاله أو كان عالما، ويجوز حكمه في الزنا وإن لم تجز شهادته فيه؛ لأن المسخوط يجوز حكمه ما لم يحكم بجور أو خطا، ولا تجوز شهادته، وعزاه الباجي لأصبغ. انتهى.

ص: بلا دين وحد ش: قال في التوضيح: وجوز أصبغ حكمه فيما حد فيه، ومنعه سحنون قياسا على الشهادة. انتهى.

1170 - في المطبوع كورع نزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ويحيى ص 49 ويم ص 47 و م ص 37 ومايأبى 79.

1171 * - في المطبوع ليفارق وما بين المعقوفين من يم 73 ويحيى 394 وسيد 16 وم 37 ومايأبى 79.

1172 - في المطبوع ربما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ومايأبى 80 ويم 47 وم 37.

1173 - في المطبوع ويم ص 47 و م ص 37 يستقضى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ومايأبى 80 (ويحيى ص 49 يقضي).

نص خليل وزَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ وَبَطَانَةِ سُوءٍ وَمَنْعُ الرَّاكِبِينَ مَعَهُ وَالْمُصَاحِبِينَ لَهُ وَتَخْفِيفُ الأَعْوَانِ وَاتِّخَاذُ مَنْ يُخْبِرُهُ بِمَا يُقَالُ فِي سِيرَتِهِ وَحُكْمِهِ وَشُهُودِهِ وَتَأْدِيبُ مَنْ أَسَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا فِي مِثْلِ اتَّقِ اللّٰهَ فِي أَمْرِي فَلْيَرْفُقْ بِهِ.

متن الخطاب 104 ص: وزائد في الدهاء ش: الدهاء بفتح الدال والمد. كذا ضبطه ابن قتيبة في أدب الكتاب كالذكاء والعطاء، وكذا في ضياء الحلوم. والله أعلم./

ص: وتخفيف الأعوان ش: قال في التوضيح: مطرف وابن الماجشون ولو استغنى عن الأعوان أصلا لكان أحب إلينا. انتهى.

ص: وتأديب من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري فليرفق به ش: قال ابن الحاجب: ويجب عليه أن يؤدب أحد الخصمين إذا أساء على الآخر، وينبغي ذلك أيضا إذا أساء على الحاكم. ابن عبد السلام: ظاهر مغايرة المؤلف للفظين في هذه المسألة والتي فوقها أن إساءة أحد الخصمين للآخر في مجلس القاضي أشد من إساءته على القاضي، وظاهر كلام مالك أن هذه المسألة مثل التي قبلها في الوجوب.

قال عنه ابن القاسم: وأما إن قال له ظلمتني فذلك يختلف ووجه ذلك [أنه إذا أراد¹¹⁷⁴] أذى القاضي وكان القاضي من أهل الفضل فليعاقبه، وقد أشار مطرف وابن الماجشون إلى الفرق بين المسألتين كما قال المؤلف وذلك أنهما قالا إذا شتم أحد الخصمين صاحبه بقوله يا فاجر يا ظالم فليزجره وليضربه على مثل هذا ما لم يكن قائله ذا مروءة فليتجاف عن ضربه، وقال إن لمز أحد الخصمين القاضي بما يكره أدبه، والأدب في مثل هذا أمثل من العفو، ويمكن أن يقال إنما جعل الأدب في مثل هذا أمثل من العفو لأن الخصم لم يصرح بإيذاء القاضي وشتمه، وإنما لمزه بذلك فلذلك سوغ له حكم العفو ورجح عدمه، وصرح لخصمه بالشتم فألزمه العقوبة ولم يسوغ العفو فيها، وهذا الذي قلناه في لفظة ينبغي هو مصطلح الفقهاء، وقد أنكر بعض الناس عليهم، وقال إن قول القائل ينبغي لك أن تفعل مثل قوله يجب عليك أن تفعل. انتهى. ففي كلامه ميل إلى أن تأديبه يجب، وفي كلام المصنف في التوضيح ميل إلى عدم الوجوب، فمن راعى أن في ذلك انتصارا للشرع قال بالوجوب، ومن رأى أنه كالمنتقم لنفسه قال بعدمه. فتأمل. والله أعلم. وقال ابن عرفة: وسمع ابن القاسم رأيت من يقول للقاضي ظلمتني.

قال مالك: يختلف ولم [يحد¹¹⁷⁵] فيه تفسيرا، إلا أن وجه ما قاله إن أراد أذاه والقاضي من أهل الفضل عاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد. ابن رشد: للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وآذاه بأن ينسب إليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب عنه؛ لأن مواجهته بذلك من قبيل الإقرار، وله الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، وإذا كان له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله كالحكم به لغيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره لما في ذلك من الحق لله؛ لأن الاجترار على الحاكم بمثل هذا توهين لهم فالمعاقبة فيه أولى من التجافي. انتهى. وهذه المسألة في رسم تأخير صلاة العشاء من كتاب الأفضية، وقال فيه بعد قوله: وله

1174 * - في المطبوع ووجه ذلك إن أراد وما بين المعقوفين من يم73.

1175 * - في المطبوع يجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مبابي80.

وَلَمْ يَسْتَخْلَفْ إِلَّا لِيُوسِعَ عَمَلِهِ فِي جِهَةٍ بَعُدَتْ مَنْ عِلِمَ مَا اسْتَخْلَفَ فِيهِ.

متن الخطاب الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، فيعاقبه به أي بالإقرار ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة، والأصل فيه قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته. انتهى. فراجعه فإنه مفيد، وقوله في السماع: "وما ترك ذلك" إلى آخره هو كذلك في البيان ولم أفهم معناه. والله أعلم. وسيأتي لفظه عند قوله: "ولا يحكم لمن يشهد له"، وسيأتي أيضا شيء يتعلق بهذا المعنى عند قوله: "ومن أساء على خصمه"، وقوله: "إلا في مثل اتق الله في أمري" مثل اذكر وقوفك للحساب، والذي عملته معي مكتوب عليك ونحوه مما هو وعظ، وفيه إشارة فيعرض القاضي عن الإشارة ويرفق به، وقوله: "فليرفق به" الرفق به مثل أن يقول له رزقني الله تقواه، أو يقول ما أمرت إلا بخير وعلينا وعليك أن نتقي الله، أو ذكرني، وإياك الوقوف للحساب، والأعمال كلها مكتوبة. والله أعلم.

ص: ولم يستخلف إلا لوسع عمله في جهة بعدت ش: قال في التوضيح: [إن أذن¹¹⁷⁶ له في/ الاستخلاف أو نص له على عدمه عمل على ذلك. اهـ. وقال ابن عبد السلام: إذا نهي عن الاستخلاف فيتفق على منع الاستخلاف ويتفق أيضا على جواز الاستخلاف إذا أذن له في ذلك من ولاه. انتهى.

105

وقال ابن فرحون: إذا أذن له في الاستخلاف استخلف على مقتضى الإذن. انتهى. وقال في المتيضية: وإذا كان الاستخلاف بإذن الخليفة فلا [تباي¹¹⁷⁷] كان القاضي حاضرا أو غائبا، وكان الإمام ولي قاضيين أحدهما فوق صاحبه. انتهى. وأصله [في النوادر، وإن¹¹⁷⁸] تجرد العقد عن الإذن وعدمه فقال سحنون ليس له الاستخلاف وإن مرض أو سافر، وقال مطرف وابن الماجشون له ذلك إذا مرض أو سافر. قال في التوضيح: ومقتضى كلام ابن الحاجب أن الأول هو المذهب عنده. انتهى. لكونه صدر به وهو ظاهر إطلاق المصنف. والله أعلم. وظاهره أنه يتفق مع عدم المرض والسفر على منع الاستخلاف، ثم قال في التوضيح عن ابن راشد إن هذا إذا استخلف في البلد الذي هو فيه، أما إن كان عمل القاضي واسعا فيريد أن يقدم في الجهات البعيدة فالمشهور الجواز، وقال ابن عبد الحكم لا يجوز إلا بإذن الخليفة. انتهى.

فرع: قال المازري: وعلى قول سحنون بأنه لا يستخلف وإن مرض أو سافر [قال: ¹¹⁷⁹ فإن فعل قضاء المستخلف لا ينفذ إلا إذا أنفذه القاضي الذي استخلفه. انتهى من التبصرة لابن فرحون. فرع منها: قال في وثائق ابن العطار: ولا يسجل نائب القاضي بما ثبت عنده، فإن فعل فلا يجوز تسجيله ويبطل، ولا [تقوم به للقائم¹¹⁸⁰] حجة إلا أن يجيزه القاضي الذي استخلفه قبل أن يعزل أو يموت، وإن كان استنابة القاضي لنائبه عن إذن الإمام ورأيه وكان ذلك مستفيضا معروفا مشهورا كاشتهار ولاية القاضي فللنائب على هذا الوجه أن يسجل وينفذ تسجيله دون إجازة القاضي وليس

1176 - في المطبوع إن أن أذن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 105.

1177 - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب فلا نبال بالنون.

1178 - في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عود ص 105 ويحيى ص 50 ويم ص 47 و م ص 38 ومايأبى 81.

1179 - * في المطبوع قالوا وما بين المعقوفين من سيد 17 ويحيى 395 ويم 73 وم 38 ومايأبى 81.

1180 - * في المطبوع ولا يقوم به القائم وما بين المعقوفين من تبصرة ابن فرحون ص 49 ج 2.

لأحد رده ولا الاعتراض فيه بوجه من الوجوه، وإذا قلنا النائب لا يسجل فله أن يسمع البيعة ويشهد عنده الشهود فيما فيه التنازع وله قبول من عرف منهم بعدالة [ويعقد¹¹⁸¹] عنده المقالات ثم يرفع ذلك كله إلى القاضي الذي استخلفه ويخبره به بحضرة شاهدين ليثبت [بهما¹¹⁸²] عند القاضي إخباره له ويلزم القاضي أن يجيز حينئذ فعل نائبه وينفذ ما ثبت عنده ويسجل به للمحكوم له. انتهى. وانظر قوله: "عن إذن الإمام" هل مراده الإذن العام في التولية أو إذن خاص في عين المستخلف، والظاهر أن مراده الأول إلا أن المتيطي ذكر هذه المسألة إثر ذكره صفة الوثيقة والوثيقة فيها استئذان الأمير فتأمل. والله أعلم.

متن الخطاب

فرع: فإن رفع هذا المستخلف إلى وظيفة القضاء فهل يستأنف ما كان بين يديه من الأحكام ثم يكملها بعد بالتسجيل فيها أم يصل نظره فيها بما تقدم منه في ذلك إلى تمام الحكم فاختلف في ذلك، فقال ابن [عتاب¹¹⁸³] بل يبني على ما قد مضى من الحكومة ولا يبتدئها من أولها. قال: وبذلك أفتيت أبا علي حسن بن ذكوان حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق إلى أحكام القضاء ووافقني أبو المطرف بن فرج وغيره على جوابي، وقال غيره بل يبتدئ/ النظر فيما كان جرى بعضه بين يديه ولم يكن كمل نظره فيه. انتهى من المتيطية.

106

فرع: قال ابن بطال في مقنعه: قال محمد القاضي: من روايته إذا عزل القاضي ثم ولي بعد ما عزل فهو كالمحدث لا يقبل شهادة من شهد عنده قبل أن يعزل فيما لم يتم الحكم فيه حتى يشهدوا به عنده، وقال ابن سحنون وكان شجرة ولي قضاء بلده قبل ولاية سحنون ثم عزل ثم ولاه سحنون فكتب إليه ما ترى فيما وقع عندي من البيئات في المرة الأولى وما كنت عقلته يومئذ فكتب إليه طال الزمان جدا، وأخاف حوالة البيئات فما لم تخف من هذا وصح عندك ما كنت عقلته ولم تسترب منه أمرا فأمضه. انتهى. وقول سحنون جار على مذهب المدونة خلاف القول الذي قدمه.

قال في أوائل كتاب الأقضية من المدونة: وإذا مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البيئات وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده، ولم يجزه إلا أن تقوم بيعة عليه، وإن قال المعزول ما في ديواني قد شهدت عليه البيعة عندي لم يقبل قوله ولا أراه شاهدا، فإن لم تقم بيعة على ذلك أمرهم القاضي المحدث بإعادة البيعة وللطالب أن يحلف المطلوب بالله أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد بها أحد عليه فإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة ثم نظر فيها الذي ولي بما كان ينظر المعزول. قال أبو الحسن: عياض: أفادت هذه المسألة بناء القاضي على حكم من قبله، وأنه لا يلزمه الاستئناف [وابتداء¹¹⁸⁴] النظر، وكذلك إذا انتقل من خطة حكم إلى خطة حكم وقد كان نظر في صدر الخصومة في الخطة الأولى وبهذا

الحديث

1181 - في المطبوع ويعدل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 ويحيى ص 50 ويم ص 48 و م ص 38 ومايأبى 81.

1182 - في المطبوع به ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 ومايأبى 81 (ويم ص 48 يثبت بينهما فهما) و (م

ص 38 بما).

1183 - في المطبوع عات وما بين المعقوفين من ن ذي ص 105.

1184 - في المطبوع الابتداء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص 50 ويم ص 48 و م ص 38

ومايأبى 82.

أفتى ابن عتاب وغيره من القرطبيين، ورأى غيرهم استئناف النظر، ولا وجه له. انتهى. وقاله ابن رشد في أول مسألة من كتاب الأفضية ولم يذكر فيه خلافاً، ونصه إثر قول العتبية: سئل مالك عن الرجل 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 ويقضى له بما فيه، أرأيت لو أن قاضياً قضى لرجل ثم هلك فجاء آخر بعده أكان ينقض ما قضى ذلك.

متن الخطاب

قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة جارية على الأصول مثل ما في المدونة والواضحة وغيرهما لا اختلاف فيها، ولا إشكال في معناها لأنه لما كان الأصل أن للقاضي أن ينفذ ما ثبت عنده من قضاء حكام البلد، وإن [كانوا قد¹¹⁸⁵] ماتوا أو عزلوا كما [ينفذ¹¹⁸⁶] ما ثبت عنده من قضاء الحاكم قبله ببلد الميت أو المعزول وجب أن تنفذ كتبهم، وإن كانوا قد ماتوا أو عزلوا قبل وصول كتبهم إليه وقبل انفصالها عن ذلك البلد فيصل حكمه بحكمهم ويبنيه عليه، كما ينفذ ما ثبت عنده أنه مضى من عمل الحاكم قبله المعزول أو الميت فيصل حكمه بحكمه ويبنيه عليه ولا يأمر الخصمين باستئناف الخصام عنده إن كان الشهود قد شهدوا عند الميت أو المعزول [فما¹¹⁸⁷] شهد على ذلك أو كتب به إلى حاكم بلد آخر ثم مات أو عزل نظر الذي ولي بعده أو المكتوب إليه بما شهدوا به كما ينظر في ذلك الميت أو المعزول ولم يأمر بإعادة الشهادة عنده، وإن كانوا قد شهدوا عنده فقبلهم أعذر إلى المشهود عليه فيما شهدوا به دون أن ينظر إلى شهادتهم، وإن كانوا قد شهدوا عنده فأعذر في شهادتهم إلى المشهود عليه فعجز عن الدفع فيها أمضى الحكم عليه دون أن يستأنف الإعدار عليه مرة أخرى، وهذا بين. انتهى. وعلى ذلك اقتصر المؤلف في آخر الباب حيث قال: فينفذه الثاني وبني كأن نقل لخطبة أخرى. والله أعلم.

فرع: يتضمن الكلام على حكم قضاة الكور. قال ابن رشد في نوازله في مسائل الأفضية ما نصه: وأما السؤال العاشر فهو في قضاة الكور كغدة وجيان وواد آش وأشباهها يغيبون عنها أو يمرضون أو يشتغلون هل يستنبيون من يحكم بين الناس بغير إذن من ولاهم من قضاة/ القواعد؟ وكيف إن فعلوا ذلك من غير مرض ولا مغيب إلا تخفيفاً عن شعوب الناس؟ فهل تجوز أحكامهم ومخاطبتهم غيرهم من قضاة البلد؟ وهل يجوز لهم ضرب الآجال أو التعجيز في المطالب؟ وهل يقيمون الحد في الخمر وفي الزنا على البكر أم لا؟ وكيف إن كان ذلك بإذن قضاة القواعد؟ فإن كان ذلك جائزاً فكيف يعرف الإذن في ذلك [بقول¹¹⁸⁸] قاضي الكورة أم بإعلام الذي ولاه، وهذا قد تتعذر معرفته؟ بين لنا ذلك كله بيانا شافياً. الجواب عليه: لا يجوز أن يستنيب غيره على شيء من الأحكام وهو حاضر غير

107

الحديث

1185 - في المطبوع ويم ص48 قد كانوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص50 و م ص38 ومايأبى82.

1186 - في المطبوع يعتقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص50 ويم ص48 و م ص38 ومايأبى82.

1187 - في المطبوع بما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 106 وصوبه الشيخ محمد سالم ب فأشهد وهو الذي في يم48.

1188 - في المطبوع بإذن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 ومايأبى83 ويحيى ص51 القول و يم ص74 و م ص39.

متن الخطاب مريض، وأما إن غاب أو مرض فيجوز له ذلك إن كان الذي قدمه قد فوض إليه ذلك وجعله له في تقديمه إياه و[كان¹¹⁸⁹] ذلك معلوماً من سيرة أحكامه في الكور، وينزل مستخلفه في مرضه أو غيبته منزله في جميع الأمور وإن لم يتضمن ذلك كتاب تقديمه إياه ولا كان ذلك معروفاً من سيرة أحكامه في الكور فلا يصح له الاستخلاف، فإن استخلف في مرضه أو سفره وقال إنه أذن له في ذلك صدق في قوله وجازت أحكام مستخلفه؛ إذ قد قيل إنه يستخلف في مرضه وسفره دون إذن الذي قدمه ما لم يحجر عليه ذلك. وبالله التوفيق. انتهى كلام ابن رشد بلفظه، ونقله البرزلي في مسائل الأفضية وقبله.

قلت: قضاة الكور هم النواب الذين يستخلفهم قضاة القواعد في القرى، وقوله في الجواب: "لا يجوز له أن يستنيب غيره وهو حاضر غير مريض" يريد ما لم يأذن له القاضي الذي قدمه في الاستنابة مطلقاً، فإن أذن له في الاستنابة مطلقاً ولم يسافر جازت له الاستنابة مطلقاً بدليل أنه عول في جواز الاستنابة ومنعها على إذن القاضي الذي قدمه دون ضرورة المرض والسفر، فأجاز له أن يستنيب مع المرض أو السفر إذا أذن له في ذلك من ولاه، ومنع من الاستنابة إذا لم يأذن له ولو مرض أو سافر على القول الراجح، فدل على أن المعول في ذلك على الإذن، وعلى هذا فيكون حكم النواب مع من استنابهم حكم القضاة مع السلطان، فإن منعهم الذي قدمهم من الاستنابة فلا يجوز لهم الاستنابة اتفاقاً، وإن أجاز لهم الاستنابة جاز أن يستنيبوا على مقتضى الإذن، فإن كان الإذن مطلقاً جازت الاستنابة مطلقاً وإن كان مقيداً بمرض أو سفر جازت الاستنابة في المرض والسفر، وإن عري عقد التولية عن الإذن وعدمه فالأصح أنه لا يجوز لهم الاستنابة مطلقاً، وقيل تجوز الاستنابة عند المرض والسفر هذا ما ظهر لي. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الأفضية: لفظ الاستنابة والاستخلاف يقتضي النظر في جميع الأشياء إلا ما نص العلماء عليه في الوصايا والأحباس والطلاق والتحجير والقسم والمواريث إلا أن يقصره القاضي على نوع فلا يعدوه إلى غيره. انتهى. ووقعت مسألة وهي شخص ولاه السلطان بلداً وأعمالها، وصرح له بالإذن في الاستخلاف فعرض للقاضي [المشار¹¹⁹⁰] إليه سفر إلى بلد السلطان ففوض جميع ما فوضه له السلطان لإنسان وأسند إليه جميع ما هو داخل في ولايته ومشمول بعمومها، وصرح له بالتفويض ونصب النواب والعزل فأقام ذلك الإنسان المفوض إليه قاضياً بمقتضى الإذن المشروح فهل استنابة الإنسان المذكور المفوض له لهذا القاضي صحيحة أم لا؟ وإذا كانت صحيحة فهل يجوز التعرض لنقض أحكام هذا القاضي المشار إليه أم لا؟ فأجاب الشيخ العلامة ناصر الدين اللقاني بما نصه: قد نص علماءنا على أن القاضي إذا فوض إليه الإمام الأعظم القضاء وأذن له في الاستخلاف جاز ذلك وعمل به، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: "ولو تجرد عقد التولية عن إذن الاستخلاف لم يكن له استخلاف" فقال شارحه الشيخ خليل في توضيحه: إن أذن له في الاستخلاف

1189 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 ويحيى ص 51 ويم ص 48 و م ص 39 وميأبى 83.

1190 * - في المطبوع المشار وم 39 وميأبى 83 والمثبت من يحيى 396 يم 75.

أو نص له على عدمه عمل على ذلك، وقال ابن عرفة: والقاضي إن أذن له في استخلافه جاز استخلافه ومن المعلوم أن الاستخلاف في هذه النصوص/ لفظ عام يتناول كل استخلاف، سواء كان استخلافًا على نفس القضاء والحكم، أو استخلافًا على تولية وظيفة القضاء والحكم، وإن كان الأول هو الغالب في الفعل عرفًا وكونه هو الغالب في الفعل عرفًا لا يخص العام؛ لأن المخصص للعام هو القول لا الفعل كما تقرر في محله من أصول الفقه، وإذا تقرر عمومته فحيث فوض الإمام إلى القاضي القضاء وأذن له في الاستخلاف كان الإذن المذكور إذنًا له في استخلاف من يباشر القضاء والحكم، [واستخلاف من يولى وظيفة القضاء والحكم¹¹⁹¹] لمن يصلح شرعًا، فإذا فوض القاضي المذكور لإنسان ما فوضه له السلطان من القضاء، ومن الاستخلاف المذكور كان هذا التفويض من القاضي المذكور لذلك الإنسان في القضاء والاستخلاف صحيحًا مآذونا له فيه من السلطان، فإذا استخلف هذا الإنسان في وظيفة القضاء من هو أهل لذلك شرعًا كان هذا الاستخلاف صحيحًا معتبرًا معمولًا به لاستناده إلى إذن السلطان، فأقضية هذا المستخلف الأخير الذي استخلفه ذلك الإنسان صحيحة، وأحكامه نافذة لا يجوز التعرض لها بنقض ولا تعقب. والله سبحانه أعلم بالصواب. انتهى جوابه، وما قاله ظاهر.

فرع: في استنابة القاضي بغير عمله قال البرزلي: سألت شيخنا الإمام عن مسألة نصها: جوابكم في قاضي عمالة سافر إلى غيرها، وقد كان المقام العالي أسماه الله أذن له في النيابة عنه في عمالته بخلاف ما يرجع إليها فسافر القاضي المذكور ولم يستنب، وقد كان بدأ الحكم في قضية تدمية بشهادة عدول ولم يكملها [فرغبه¹¹⁹²] بعد سفره المذكور أهل القضية المذكورة في الاستنابة فيها حتى يكمل، فهل يسوغ له ذلك في القضية المذكورة وهو بغير عمالته لاستناده إلى ما سبق له فيها من إذن الإمام، أم لا يسوغ له ذلك لكونه كحكمه في غير عمله؟ وكيف إن سوغتم له الإذن فهل يكفي خطه لمن استنابه وعينه لذلك، أم لا بد من الإشهاد عليه في الاستنابة المذكورة بغير عمالته؟ فإن استناب على أحد الوجهين وقد كان شهد عنده العدول في التدمية المذكورة ومن فصولها أنهم لا يعلمون الميت المذكور برئ من الجرح المذكور إلى أن مات، فشهد عند النائب عنه شهود استرعاء زكاهم عدول بأن الميت المذكور مات عن صحة بيينة ليس من جرح بحال، فهل يعمل على هذه الثانية لكونها أثبتت غير ما ذكرته الأولى وإن كانت الأولى أعدل أم لا؟ فإن عمل على الثانية فهل يلزم المدعى عليه أدب، أو يسرح؟ وإن حكم بأدبه فهل يكفي ما مضى من سجنه، وله اليوم قريب من ثلاثة أشهر مسجون مصفد في الحديد أم لا؟ أفتنا بالجواب في ذلك.

فأجاب: الاستنابة المذكورة صحيحة عاملة ولا يدخلها الخلاف الحاصل من نقل ابن سهل لأن سماع البيينة أقرب للحكم من مجرد الاستنابة، ويقوم جوازها من مسألة العريش من المدونة وثبوت البيينة للحكم بالصحة المذكورة ويسقط حد الضرب والسجن، وتقدم حبسه المذكور يسقط استئناف أدبه ويكفي فيه. والله أعلم. انتهى جوابه. وما ذكره من أن الاستنابة أخف من سماع البيينة يشهد له ما تقدم لابن رشد أنه يكفي فيها خط القاضي وقبول قوله إن وقع، وما ذكره من أنه يقوم

1191 ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 ويحيى ص 51 ويم ص 49 و م ص 39 ومايأبى 84.

1192 * - كذا في النسخ وفي مطبوعة البرزلي، ج 4 ص 267 فرغب.

جوازها من مسألة العريش هي من اكرتري دابة من رجل ليحمل عليها دهنًا من مصر إلى فلسطين فغره منها فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش، وقال غيره قيمته بمصر إن أراد لأنه منها تعدى. قلت: فإذا اعتبر على قول الغير محل الإذن فهل محل القاضي هنا فلا [يستنيب¹¹⁹³] لأنه في غير محله ومن اعتبر ما آل إليه الأمر وهو وقوع العثور فينظر تحصيله، فمتى ما حصل رتب الحكم عليه فيتخرج على هذا خلافاً في هذه المسألة، وما ذكره من إعمال شهادة الصحة هو أحد الأقوال من مسائل منها شهادة الصحة والمرض، ويليهما الحكم للأعدل، وما ذكره من أن ما مضى يكفي في أدبه هو اختيار ابن الحاج على ما يأتي إذا سقط الدم بأي وجه سقط فيؤدب بحسب الاجتهاد ولا يبلغ به السنة، خلاف اختيار ابن رشد إذا قوي طلب الدم، ثم سقط الموجب، فلا بد من استثناء ضرب مائة وحبس سنة. انتهى كلام البرزلي. وما ذكره من أنه تقدم لابن رشد هو ما نصه: وسئل عن يستنيبه القاضي في المسألة هل يكتفي المستناب بخطه إلى أمير المصّر أو جماعته كما يكتفي بخط السلطان في التقليدات كلها حسبما نص عليه أهل العلم إذ هي استنابة، أم لا بد من إثبات ذلك بشاهدين كسائر الأحكام؟ فأجاب بأنه يكتفي فيه بأيسر الأشياء من معرفة الخط وشبهه؛ إذ لم يقتض حكماً يلزم ثبوته، ولو نهض المستناب لما أمر به من غير كتاب لمضى الأمر كما لو كان الكتاب.

متن الخطاب

109

قلت: شبه ما لو حكما رجلين بينهما. انتهى. ويقع في نسخ البرزلي كما يكتفي بخط السلطان في الشهادات، والذي في كتاب الأقضية من نوازل ابن رشد في التقليدات كما تقدم، وهو الصواب، ومسألة العريش في كتاب كراء الدواب والرواحل من المدونة في أواخره وفلسطين بكسر الفاء والعريش بفتح العين المهملة موضع. قاله في التنبيهات. والله أعلم.

فرع: قال في الإرشاد: وله الاستعانة بمن يخفف عنه النظر في الأحباس والوصايا وأموال اليتامى. قال الشيخ زروق في شرحه: قال في الجواهر: ينبغي له أن يستبطن أهل الخير والأمانة والعدالة ليستعين بهم على ما هو بسبيله، ويقوى بهم على التوصل إلى ما ينويه، ويخففوا عنه ما يحتاج فيه إلى الاستنابة فيه كالنظر في الأحباس والوصايا والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك. قال: والأقرب عندي أنه إن كان عاجزاً عن ذلك إلا بهم فهو واجب، وإلا فمستحب. انتهى. وقال المتيطي: للقاضي أن يقدم على المناكح ناظراً ينظر فيها ويتولى عقد فصولها ومعانيها، ويجوز للمقدم النظر فيما قدم من ذلك عليه دون مطالعة من ولاه ومشاورته، ونقله عنه ابن عرفة. ثم قال المتيطي: قال بعض الموثقين ولا مدخل لهذا المقدم عندي في العقد على من لها ولي حاضر يعضلها عن النكاح لأن ذلك يحتاج إلى ثبوت عضلها والحكم بالنكاح عليه إلا أن يكون لعضله وجه يعرف، وليس ذلك لصاحب هذه الخطة إلا أن ينص على ذلك في تقديمه نصاً. ومنه: للقاضي أن يقدم على الحسبة ناظراً ينظر فيها، وللقاضي تقديم صاحب الأحباس لينظر في حسابات جامع حضرته ومساجدها وإصلاح ما [وهي¹¹⁹⁴] منها وكرائها وقبض

1193 - في المطبوع يستنيبها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 108 وم 39 ويحيى 371 ويم 75 ومايأبى 84.

1194 - في المطبوع وم 40 هي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 109 ويحيى 52 ويم 50 ومايأبى 85.

غلاتها، ويصرفه في مصالحها، وذلك من الأمور التي لا بد منها ولا غنى عنها، وهي من أهم ما ينظر فيه ويقدم له، وتجاوز أفعال المقدم بذلك ما وافق السداد ولم يخرج عن طريق الاجتهاد. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ابن محرز: ولم يختلفوا أن القاضي ليس له أن يوصي بالقضاء عند موته لغيره بخلاف الوصي والإمام الأكبر، وضابط ذلك أن كل من ملك حقا على وجه لا يملك معه عزله فله أن يوصي به ويستخلف عليه، كالخليفة والوصي والمجبر يعني في النكاح على ما ذهب إليه ابن القاسم وإمام الصلاة، وكل من ملك حقا على وجه يملك معه عزله عنه فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو كان مفوضا إليه أو خليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك. انتهى.

متن الخطاب

وقال ابن عرفة: وفي النوادر عن الواضحة، وظهره أنه لابن الماجشون: ليس للقاضي أن يستخلف بعد موته. انتهى. وانظر قوله في التوضيح عن ابن محرز: وإمام الصلاة، ظاهره أنه لا يملك الإمام عزله، وقال في الذخيرة في الباب العاشر في العزل ما نصه: الفرع السابع: قال بعض العلماء من التصرفات ما تتوقف صحته على الولاية كالقضاء والوكالة والخلافة، ومنها ما يصح بغير ولاية كالخطابة والإمامة، فالقسم الأول يقبل العزل من جهة المولي والمتولي، والقسم الثاني لا يقبل العزل من جهة المتولي، بل من جهة المولي؛ لأن [صحة¹¹⁹⁵] الخطابة لا تنفك عن المتصف بها حتى تذهب أهليته، فلا يتمكن من عزل نفسه لأن صحة تصرفه لا تكفي فيه الأهلية فلعزله نفسه أثر فكان [ممكنا¹¹⁹⁶] وأما ما يطلق للخطيب فتركه إياه/ ليس عزلا، وعلى هذا ليس للخليفة في نصب الخطيب إلا تسويغه المطلق للخطابة، إلا أنه يفيد أهلية التصرف ومنع المزاحمة للخطيب والإمام بعد الولاية فليس ذلك ولاية، إنما هو من صون الأئمة عن أسباب الفتن والفساد، ويظهر لهذا البحث أن صحة التصرف في الخطيب سبب الولاية، وفي القاضي ونحوه الولاية سببه، فبين البابين فرق عظيم فلذلك يقبل أحدهما العزل مطلقا دون الآخر. انتهى. وفي أسئلة الشيخ عز الدين بن عبد السلام ما تقول في الائتمام بالمستخلف في الإمامة إذا لم يأذن الناظر في ذلك هل يجوز؟ فأجاب الائتمام بالمستخلف صحيح؛ لأن الائتمام لا يتوقف إلا على صحة الصلاة وصلاته صحيحة مسقطه للقضاء فجاز الائتمام به. انتهى.

110

فرع: علم من قوله في التوضيح بخلاف الوصي أن [للوصي¹¹⁹⁷] أن يوصي بما إليه وأن يوكل غيره في حياته. قال في المتبعية: ولا يجوز لمقدم القاضي على النظر لليتيم أن يوكل [بما جعل¹¹⁹⁸] إليه أحدا غيره [حتى لو¹¹⁹⁹] مات، ولا أن يوصي به إلى أحد وهو خلاف وصي الأب، وقاله ابن أبي زمنين وابن الهندي وغيرهما من الموثقين، وحكى بعض الموثقين أن الذي مضى عليه الحكم أن حكم مقدم القاضي على من قدم عليه كحكم الوصي من قبل الأب في جميع أموره؛ لأن القاضي أقامه مقام الوصي. قاله

الحديث

1195 - ساقطة من من المطبوع ويم 75 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 109 ويحيى 397.

1196 - * في المطبوع متمكنا وما بين المعقوفين من يحيى 397 م 40 ويم 76 والذخيرة ج 8 ص 22.

1197 - * في المطبوع للموصي وما بين المعقوفين من يم 76 ويحيى 397 وسيد 17 وما يابى 86 وم 40.

1198 - * في المطبوع ما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 40 ويحيى 397 ويم 50 وسيد 18 وما يابى 86.

1199 - في المطبوع حي أو وما بين المعقوفين من م 40.

وَأَعَزَلَ بِمَوْتِهِ لَا هُوَ بِمَوْتِ الْأَمِيرِ وَلَوْ الْخَلِيفَةَ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَهُ أَنَّهُ قَضَى بِكَذَا وَجَازَ تَعَدُّهُ مُسْتَقِيلٌ
أَوْ خَاصٌّ بِنَاحِيَةٍ أَوْ نَوْعٍ وَالْقَوْلُ لِلطَّلَابِ ثُمَّ مَن سَبَقَ رَسُولُهُ وَإِلَّا أُقْرِعَ كَالْإِدْعَاءِ.

نص خليل

بعض الشيوخ فعلى هذا يكون لمقدم القاضي أن يوكل في حياته من يقوم على المحجور مقامه. انتهى.
ص: وانعزل بموته ش: قال ابن الحاجب: وإذا مات المستخلف لم ينعزل مستخلفه ولو كان
الخليفة قال في التوضيح المستخلف بكسر اللام [ومستخلفه¹²⁰⁰] / بفتحها وظاهره الإطلاق فيتناول
الإمام والأمير والقاضي وهو مقيد بما عدا القاضي ونائبه فإن نائب القاضي ينعزل بموت القاضي. نص
عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب. ابن رشد: ولا أعلمهم اختلفوا فيه، قيل ولعله أراد المتقدمين، وإلا
فقد نقل ابن العطار الخلاف عن فقهاء زمانه في موت الإمام وجعلوا مثله مقدم القاضي للنظر على
الآيتام. انتهى. وانظر هذا الذي ذكره المؤلف مع ما نقله ابن عرفة عن المتيطي، ونصه: المتيطي: ولا
ينعزل مقدم القاضي عن يتيم بموته أو عزله ولا خلاف فيه. ابن العطار: اختلف فيها فقهاؤنا، ولذا
استحسنوا ذكر إمضاء الثاني تقديمه. انتهى.

متن الخطاب

111

ونص المتيطية لما أن تكلم على تقديم القاضي ناظر الأحباس: وإذا مات القاضي المقدم له أو عزل
فتقديمه تام حتى ينقضه الوالي الذي بعده لعله ما، إما [لاستعفاء¹²⁰¹] أو لريبة تظهر من المقدم،
وليس يحتاج أن يقول فيما يدفعه من النفقات وغيرها قبل أن يعزل الوالي الثاني أن الوالي أمضاه؛
إذ ليس يفسخ تقديم قاض بموته ولا عزله حتى ينقضه الوالي بعده و[يصرح بفسخه¹²⁰²] وعزله؛
لأن القاضي [المتوفى¹²⁰³] أو المعزول قدمه في وقت يجوز له فيه التقديم، فذلك على التمام حتى
ينقضه الوالي بعده لعله ما كما قدمناه، وتقديمه من نظر أحكامه التي لا تنقض بموته ولا بعزله،
وكذلك إذا مات الإمام الذي تؤدي إليه الطاعة؛ وقد قدم قضاة وحكاما فأقضيتهم نافذة، وأحكامهم
جائزة فيما بين موت الأول وقيام الثاني، وكذا بعد قيامه وقبل أن ينفذ لهم الولاية، وهم بمنزلة ولاية
الآيتام يقدمهم القاضي ثم يموت أو يعزل، فتقديمه لهم ماض، وفعلهم جائز، ولا يحتاج أن يمضيه
القاضي الذي ولي بعده.

قال ابن العطار: ونزلت عندنا، واختلف فيها فقهاؤنا، وفيها اختلاف قد قيل إن أحكامهم في الفترة
غير نافذة، وينقض ما حكموا به قبل أن يمضي الإمام القائم بتقديمهم وولايتهم. قال: وتنعقد عنده
على هذا المذهب في أمر المتقدمين للآيتام أن يذكر إمضاء القاضي الثاني للتقديم للخروج من الخلاف،
ويوجد هذا العقد في الوثائق القديمة، ولم يلتزم الشيوخ قديما عقده إلا للاختلاف الواقع فيه فيخرج
بذكره من الخلاف. قال: والقول الأول في أن أحكام الحكام نافذة قبل إمضاء الإمام الوالي لولايتهم
أحسن. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

قال ابن عبد السلام: وعندي أن ما قالوه من انعزال نائب القاضي بموت القاضي صحيح إن كان القاضي

الحديث

1200 - في المطبوع ويم ص50 و م ص40 مستخلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 ويحيى ص52

ومايبي86.

1201 - في المطبوع الاستغناء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 ويحيى ص53 و م ص40 ويم ص76

ومايبي86.

1202 - في المطبوع وبه صرح عن وما بين المعقوفين من عدود ص11 وأقره الشيخ محمد سالم.

1203 - في المطبوع المفتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 ويحيى ص53 و م ص40 ويم ص50 ومايبي86.

نص خليل وَتَحْكِيمٍ غَيْرِ حُصْمٍ وَجَاهِلٍ وَكَافِرٍ وَغَيْرِ مُمَيِّزٍ فِي مَالٍ وَجَرَحٍ لَا حَدَّ وَلِعَانٍ وَقَتْلٍ وَوَلَاءٍ وَنَسَبٍ وَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ.

متن الخطاب استنابه بمقتضى الولاية، على القول بأن له ذلك، وأما إن استناب رجلا معيناً بإذن الإمام الأمير أو الخليفة فينبغي أن لا ينعزل ذلك النائب بموت القاضي، ولو أذن له في النيابة إذنا مطلقاً فاختار القاضي رجلاً ففي انعزاله بموت القاضي نظر. انتهى. قال في التوضيح: وانظر ما الفرق بين نائب القاضي في انعزاله وبين نائب الأمير في عدم انعزاله، وقد استشكله فضل وغيره. انتهى. وقال البرزلي في أوائل النكاح: وسئل ابن رشد عن أمير مدينة كتب إلى الأمير الأعلى في تقديم قاض وعين رجلاً، فكتب إليه بتوليته، ففعل، وكتب له صكا بتقديمه على أمر الأمير الأعلى فحكم بذلك ثم ولي صاحب مناكح فحكم بطول حياة القاضي، وهو يعلم الأمير فمات القاضي وبقي صاحب المناكح على خطته وطريقته من شهادة الفقهاء عنده والأعلام بذلك فيما يرجع للنكاح والطلاق، فهل تحترم أحكامه بعد موت القاضي، أو تفسخ؟ فأجاب لا تنقض أحكامه بموت القاضي، وهو على خطته حتى يعزله من ولي بعد الأول، وفعله جائز صحيح.

قلت: لأن من ولي القاضي الأول مطلع على تقديم، هذا فكأنه قدمه، ومثله مقدم القاضي على محجوره إذا عزل القاضي فالمقدم على حاله لا يغير لأن ما فعله القاضي في غيره وتقرر حكمه فيه فإنه ماض لا يغيره عزله ولا موته. انتهى. وفي مسائل الأقضية من نوازل ابن رشد: ومن حق الوصي إذا عزله غير الذي قدمه أن يبين له القاضي الذي عزله الوجه/ الذي من أجله عزله، وأن يعذر إليه فيمن شهد عليه بالمعنى الذي أوجب عزله؛ إذ ليس له أن يعزله إلا بأمر يثبت عليه عنده، وأما إن عزله الذي ولاه، فإن كان عزله بأمر رآه باجتهاده فليس عليه أن يعلمه به، وإن كان عزله لجرحة ثبتت عنده عليه فمن حقه أن يعذر إليه في ذلك، وإن عزل الوصي نفسه عن النظر لليتيم فليس له ذلك إلا من عذر؛ لأنه حق لليتيم أوجبه على نفسه. انتهى. وذكر فيه في أوائل الأقضية عزل القاضي من قدمه غيره من قاض أو وصي أو غيره وعزل نفسه.

ص: وتحكيم غير خصم ش: قال ابن الحاجب: فلو حكم خصمه فثالثها يمضي ما لم يكن المحكم القاضي. قال ابن عبد السلام: هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد، وأشار بعضهم أو صرح بنفي الخلاف في أن حكمه غير ماض، وحكى بعضهم أنه يمضي لكنه لم يتعرض إلى نفي الخلاف. انتهى. ونقله في التوضيح، وجزم ابن فرحون في تبصرته بالجواز فقال: مسألة: وإذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جوراً بينا وليس تحكيم الشخص خصمه كتحكيم خصم القاضي [القاضي]¹²⁰⁴ قال أصبغ: لا أحب ذلك، فإن وقع مضى، وليذكر في حكمه رضاه بالتحاكم إليه، وقيل لا يجوز حكمه لنفسه، وقيل يجوز. انتهى فتأمل. وظاهر كلامهم أن هذا بعد الوقوع، وانظر هل يجوز ابتداء، وانظر قول ابن فرحون: "جاز ومضى" هل معناه جاز ابتداء، أو بعد الوقوع والنزول؟ فتأمل.

ص: وجاهل ش: قال في التوضيح: قال ابن راشد: وأشار المازري واللخمي إلى أن الجاهل يتفق على

نص خليل وَمَضَىٰ إِنَّ حَكْمَ صَوَابًا وَأَدَبَ وَصَبِيٍّ وَعَبْدٍ وَأَمْرًا وَفَاسِقٍ ثَالِثًا إِلَّا الصَّبِيَّ وَرَابِعًا إِلَّا وَفَاسِقٍ.

متن الخطاب بطلان حكمه لأن تحكيمه خطر وغرر. ثم قال في التوضيح: ونص اللخمي على أنه لا يلزم حكم المحكم إذا كان مالكيًا -والخصمان كذلك- إذا خرج عن قول مالك وأصحابه وإن لم يخرج باجتهاده عن ذلك لزم. انتهى. وفي التبصرة لابن فرحون: إذا حكم الحاكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم، وقال اللخمي: إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا، واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل؛ لأن ذلك تخاطر منهما.

وقال المازري: لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء. قال: فإذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكيًا ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج لم يلزم إذا كان الخصمان مالكيين لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه، وكذلك إذا كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك. انتهى. فتأمل آخر كلامه مع أوله، والظاهر أن الأخير مقيد للأول، وظاهر قوله إذا كان مالكيًا ولم يخرج عن مذهب مالك لزم حكمه، سواء كان الخصمان كذلك أم لا، ومفهوم قوله: إذا كان الخصمان مالكيين أنهما لو كانا شافعيين وحكم/ بينهما بمذهبهما وترك مذهبه لزم حكمه. فتأمل. والله أعلم. وقال في الذخيرة بعد ما نقل كلام اللخمي: وهذا الكلام يقتضي أن مراده بالاجتهاد الاجتهاد في مذهب معين، لا الاجتهاد على الإطلاق. انتهى. وفي العمدة وإذا حكما رجلا ورضيا بحكمه لزمهما حكمه إذا كان جائزا شرعا وإن خالف حكم البلد، بخلاف التحكيم في الشهادة فله الرجوع عنه. انتهى. يعني -والله أعلم- إذا قال ما شهد به علي فلان فهو حق.

ص: ومضى إن حكم صوابا وأدب ش: ظاهر كلام المؤلف أنه يؤدب، سواء أنفذ الحكم أم لم ينفذه بنفسه، ولكنه حكم به ورفع إلى القاضي ينفذه [والذي نقله¹²⁰⁵] في التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة وفي الذخيرة وابن يونس وابن فرحون أن الأدب إنما يكون إذا أنفذ الحكم بنفسه، أما إذا حكم ولم ينفذ فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة، ونص ما في التوضيح: قال أصبغ: إذا حكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة زاد ابن عبد السلام: ويقوم الحد وغيره. انتهى. ثم قال في التوضيح: وإن فعل المحكم ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو حد ثم رفع ذلك إلى الإمام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صوابا من حكمه. انتهى. ونقله القرافي وغيره عن سحنون، وزاد القرافي وابن فرحون بعد هذا الكلام الأخير: وبقي المحدود محدودا [والتلاعن¹²⁰⁶] ماضيا. اهـ. فتأمل ذلك، فإنه ينبغي أن يقيد به كلام المؤلف. والله أعلم.

ص: وفي صبي وعبد الخ ش: تصوره واضح. وأدخل معهم ابن رشد المولى عليه. نقله عنه الشيخ أبو الحسن في كتاب الأقضية عند قوله: ولو أن رجلين حكما رجلا، والمستثنى في القول الثالث والرابع هو ما ذكره المصنف على حاله. فتأمل. والله أعلم.

الحديث

1205 - في المطبوع حكم به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 ويحيى ص 54 و م ص 41 ويم ص 51 ومايأبى 88.

1206 - في المطبوع التداعي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 ويحيى ص 54 و م ص 41 ويم ص 51 ومايأبى 88.

نص خليل
وَضَرَبُ خَصْمٍ لَدَّ وَعَزْلُهُ لِمَصْلَحَةٍ وَلَمْ يَنْبَغِ أَنْ شَهَرَ عَدْلًا بِمُجَرَّدِ شَكِيَّةٍ وَلَيْبَرَأَ عَنْ غَيْرِ سُخْطٍ وَخَفِيفٍ
تَعْزِيرٍ بِمَسْجِدٍ لَا حَدًّا.

متن الخطاب
ص: وضرب خصم لد ش: قال في أول كتاب الأقضية من المدونة: ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لده. أبو الحسن: قوله إذا تبين لده معناه إذا ثبت ببينة، إذ لا يقضى بعلمه إلا في التعديل والتجريح. انتهى. وفي رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: سئل مالك عن الرجلين إذا اختصما وألد أحدهما فعرف ذلك منه القاضي أترى أن يعاقبه؟ فقال: نعم، إذا تبين ذلك منه ونهاه، فأرى أن يعاقبه. قال ابن رشد: هذا كما قال لأن [إلداد¹²⁰⁷] أحد الخصمين بصاحبه إذاية له وإضرار به، وواجب على الإمام أن يكف أذى بعض الناس عن بعض ويعاقب عليه بما يؤدي إليه اجتهاده. انتهى. ومثله في سماع أصبغ، فتأمل كلام ابن رشد فإنه يدل على أنه واجب، وقال ابن فرحون في الأمور التي ينبغي للقاضي منع الخصوم منها أن الغريم إذا دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه إن كان عدلا، فإن تغيب شدد القاضي عليه في الطلب، وأجرة الرسول على الطالب، فإن تغيب المطلوب وتبين لده فالأجرة عليه، ونحو ذلك للحمي، وقال ابن الفخار: ولا يلزم المدعى عليه شيء، والمرجح عندهم الأول، وانظر أحكام ابن سهل والمسألة مبسوطه في باب القضاء بالنكول عن مجلس القاضي، وفي مفيد الحكام لابن هشام: من استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين. ثم قال: ومنها أنه ينبغي له أن يمنع من رفع الصوت عنده، فإن ذلك مما يبرمه ويضره ويحيره. انتهى.

ص: وعزله لمصلحة ش: ابن عرفة: ويجب تفقد الإمام حال قضاة فيعزل من في بقائه مفسدة وجوبا فورا، ومن يخشى مفسدته استحبابا، ومن غيره أولى منه عزله راجح. انتهى. ثم قال: المازري إذا كان في العزل مصلحة للعامة لأمر الإمام بالمناداة إليه، وإن وجد الإمام أفضل ممن ولي فله عزله لتولية الأفضل وإن لم يجد إلا من هو دونه فلا يعزله، فإن عزله فلا ينفذ عزله. قلت: في عدم نفوذ عزله نظر، لأنه يؤدي إلى لغو توليته غيره فيؤدي ذلك إلى تعطيل أحكام المسلمين انتهى. / 114

ص: ولم ينبغ إن شهر عدلا بمجرد شكية ش: مفهوم قوله: "إن شهر عدلا" أن غير المشهور عدالته يعزل بمجرد الشكية، وحكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال، ونصه: وعزله بالشكاية به إن لم يكن مشهورا بالعدالة في وجوبه بها أو الكتب إلى صالحه بلده ليكشفوا عن حاله فإن كان على ما يجب وإلا عزل، ثالثها إن وجد بدله، وإلا فالثاني للشيخ عن أصبغ وغيره ومطرف. انتهى.

ص: وخفيف تعزير بمسجد ش: قال في التوضيح: قال مالك: كالخمسة الأسواط والعشرة. انتهى. ص: لا حد ش: قال في المدونة: ولا يقيم في المسجد الحدود وشبهها. أبو الحسن: لأن في ذلك إهانة له والله يقول: ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ وقوله وشبهها يعني التعزيرات الكثيرة انتهى وقال

نص خليل
وَجَلَسَ بِهِ بِغَيْرِ عِيدٍ وَقُدُومِ حَاجٍ وَخُرُوجِهِ وَمَطَرٍ وَتَحْوِهِ وَاتِّخَاذُ حَاجِبٍ وَبَوَابٍ وَبُدْئِ بِمَحْبُوسٍ ثُمَّ
وَصِيٍّ وَمَالٍ طِفْلٍ وَمُقَامٍ ثُمَّ ضَالَ.

متن الخطاب
ابن الحاجب ولا تقام الحدود في المسجد. قال في التوضيح: هو محتمل للمنع لأنه ذريعة إلى أن يخرج
منه ما ينجس المسجد والكراهة تنزيها له. انتهى.

ص: وجلوس به ش: قال ابن عبد السلام: الأقرب في زماننا اليوم الكراهة، وتبعه في التوضيح،
وقال في الذخيرة: قال اللخمي: الرحاب أحسن؛ لأن المسجد ينزه عن الخصومات. قال صاحب
المنتقى: المستحب الرحاب الخارجة عن المسجد ثم ذكر الخلاف. ثم قال: قال صاحب المقدمات
يستحب جلوسه في الرحاب، الخارجة عنه، فوافق الباجي واللخمي ولم يحك خلافا، وكلام الباجي
وابن رشد هذا يدل على أنهم فهموا أن المشهور ما قالوه، ويعضده قوله كل من أدركته من القضاة لا
يجلسون إلا في الرحاب فدل على أن العمل على ذلك، والعمل عنده مقدم. انتهى.

فرع: يستحب للقاضي أن يستقبل القبلة في جلوسه. قاله ابن عرفة في كلامه على مجلس القاضي، ثم
قال بعده بنحو الورقتين: وينبغي له أن لا يتضاحك مع الناس. انتهى.

ص: بغير عيد إلى آخره ش: عدم جلوسه على جهة الأولى. قال ابن الحاجب وغيره لا ينبغي،
وقال ابن فرحون: وكذلك يوم شهود المهرجان، وحدث ما يعم من سرور أو ضرر. وقال في المتيضية:
ولا بأس أن يترك النظر يوم الجمعة. انتهى. ونقله ابن فرحون. والله أعلم.

ص: وبدء بمحبوس الخ ش: كذا ذكره في التوضيح. وقال ابن فرحون في تبصرته: ويلزمه أن
يكون أول ما يبتدئ به الكشف عن الشهود والموثقين، فيعرف حال من لا يعرف حاله/ منهم
ويفحص عن عدالتهم فمن كان عدلا أثبته ومن كان فيه جرحة أسقطه وأراح المسلمين من إذايته، ولا
يحل له أن يترك غير المرضي ينصبه للناس فإنها خديعة للمسلمين ووصمة في شعائر الدين، وعليه أن
يصرح بعزل هؤلاء ويسجل على شاهد الزور كتابا مخلدا بعد عقوبته، وكذلك يجب عليه الكشف عن
المحبوسين. انتهى. فتأمل كيف جعل أول ما يبدأ به الشهود وهو الظاهر؛ لأن مدار الأمر كله
عليهم، وإذا ولي قضاء غير بلده فنقل في التوضيح عن المازري أنه يسأل عن عدول البلد قبل خروجه.
قال: وينادي مناد يشعر الناس باجتماعهم لقراءة سجله المكتوب بولايته، فإذا فرغ نظر في مكانه
الذي يجلس فيه والعدل أن يكون في وسط البلد. انتهى. وقال ابن عرفة: المازري إذا ولي قضاء غير
بلده ينبغي له قبل خروجه بحته عن عدول البلد الذي يقدم عليه، إن كان بمكانه من يعرف حالهم
ليكون على بصيرة من حالهم، وقد يفتقر في حال قدومه للاستعانة بأحدهم.

قلت: ولهذا المعنى كنت أفهم من بعض من لقيت ممن يقتدى به أنه قال ينبغي لمن هو بحيثية ولاية
القضاء أو الشورى فيما يعرض من الولايات الشرعية أن يسمع ما يذكر في بعض أبناء الزمان ممن
يعتبر قوله وحده أو مع غيره بنية البناء عليه أحكام التعديل والتجريح لا بنية التفكه وليس ذلك من
سماع الغيبة، ومنع ذلك يوجب تعطيل الأحكام أو تولية من لا تحل توليته، ولولا هذا ما صح ثبوت
تجريح في راو ولا شاهد ولا غيره. انتهى.

نص خليل وَنَادَى بِمَنْعِ مُعَامَلَةِ يَتِيمٍ وَسَفِيهِ وَرَفَعِ أَمْرَهُمَا إِلَيْهِ ثُمَّ فِي الْخُصُومِ وَرَتَّبَ كَاتِبًا عَدْلًا شَرْطًا.

متن الخطاب ص: ونادى بمنع معاملة يتيم الخ ش: حقه أن يذكر مع قوله ثم وصي وما معه، وكذا ذكره ابن فرحون وأبو الحسن وغيرهما. قال في التبصرة لابن فرحون: تنبيه: وهذا النداء في حق السفيه إنما يكون على مذهب من يرى أن أفعال السفيه جائزة ما لم يول عليه أو يضرب على يديه وهو مروى عن مالك وعليه أكثر أصحابه، وأما على مذهب من يرى أن أفعاله مردودة وهو قول ابن القاسم ومطرف فلا يحتاج إليه. انتهى.

ص: ورتب كاتباً عدلاً شرطاً ش: اعلم أن ترتيبه للكاتب وللمزكي والمترجم على جهة الأولوية هذا ظاهر عباراتهم فإن أبا الحسن الصغير والقرافي جعلاه من [أدب] ¹²⁰⁸ القضاء، وقوله عدلاً قال ابن فرحون ذكر بعضهم في صفاته أربعة: العدل والعقل والرأي والعفة وقوله: شرطاً كذا في بعض النسخ، وفي بعضها مرضياً، وهي الأولى لأن العدالة ليست شرطاً. قال ابن فرحون في تبصرته: قال ابن شاس: ولا تشتط العدالة في الكاتب، ولعله يريد أن القاضي يقف على ما يكتب. انتهى. إلا أنني لم أر في الجواهر ما عزاه لابن شاس.

قال ابن عبد السلام: وظاهر نصوصهم أنه لا يستعين مع القدرة إلا بالعدول، فإن لم يجدهم جاز الاستعانة بغيرهم. ثم قال: وقول ابن القاسم في المدونة: ولا يستكتب القاضي أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين ولا يتخذ قاسماً من أهل الذمة، ولا عبداً ولا مكاتباً، ولا يستكتب من المسلمين إلا العدول المرضيين فلعل هذا مع الاختيار. انتهى. وقال أبو الحسن إثر كلام المدونة: هذا إذا وجد وإلا الأمثل فالأمثل. انتهى.

وقال في التوضيح: ظاهر ما حكاه المتيطي عن ابن المواز أن عدالة الكاتب من باب الأولى؛ لكن قال اللخمي: لا يبعد حمل قول محمد على الوجوب. انتهى. هذا كلامه فتأمل. وأما نظر القاضي فيما يكتبه فنقل في التوضيح عن المازري ما نصه: إن كان غير ثقة فلا بد من إطلاع القاضي على ما يكتبه، فيجلس قريباً منه بحيث يشاهد ما يكتبه عنه، وإن كان عدلاً فالذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب، وقد رجح بعض أشياخي وجوب ذلك على القاضي إذا كان عدلاً؛ لأنه إذا شاهد ما يكتب أشهد على نفسه بأمر تيقنه، وإذا عول على الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع القدرة على المحقق. انتهى كلام التوضيح. فظاهر قول المازري: فالذهب أنه مأمور؛ أي على جهة الاستحباب؛ لقوله: / ورجح بعض أشياخي وجوب ذلك، وكذا في ابن عبد السلام: إن كان غير عدل فلا بد من نظره، وإن كان عدلاً نظر أيضاً، وظاهر كلام المتقدمين أن ذلك على الاستحباب، وتردد بعض الشيوخ في ذلك ومال إلى الوجوب. انتهى كلام ابن عبد السلام. ووظيفة الكاتب أن يكتب ما وقع في مجلسه من الخصوم.

مسألة: قال في المسائل الملقوطة: وللحاكم إذا وجد [عقد الوثيقة خطأ] ¹²⁰⁹ أن يقطعه ويؤدب الكاتب على ذلك. انتهى من فوائد الشيخ جمال الدين الأقفهسي. انتهى كلام المسائل الملقوطة. فائدة: ما يكتب فيه يسمى القمطر. قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: والقمطر بكسر القاف وفتح

116

الحديث

1208 * - في آداب وما بين المعقوفين من م42 ويحيى400 وسيد18.
1209 * - كذا في المطبوع والذي في مطبوعة المسائل الملقوطة: وللحاكم إذا وجد عقد الوثيقة غلق لا يقرأ أن يقطعه ويأدب الكاتب على ذلك من فوائد القاضي جمال الدين الأقفهسي ص246

كَمْزُكَ وَآخْتَارَهُمَا وَالْمُتْرَجِمُ مُخْبِرٌ كَالْمُحْلَفِ وَأَحْضَرَ الْعُلَمَاءَ أَوْ شَاوَرَهُمْ.

نص خليل

الميم وسكون الطاء ثم الراء المهملتين الزمام الذي يكتب فيه التذكار، وقد يسمى زمام القاضي. انتهى. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: كمزك ش: أي وكذا يرتب مزكيا عدلا ولا كلام في اشتراط العدالة هنا، وقول ابن غازي رحمه الله أي في كونه عدلا رضا فهو كقول الرسالة: "ولا يقبل في التزكية إلا من يقول عدل رضا" أول كلامه واضح، وآخر كلامه بعيد من لفظ المؤلف ومن أول كلامه هو. فتأمله. وقال البساطي: فإن قلت إن حملت كلامه في [الكاتب¹²¹⁰] والمزكي على الجنس حتى يدخل فيه العدد [خالف¹²¹¹] الأكثر في اشتراط العدد في الكاتب فإن الأكثر على أنه يكفي الواحد وإن حملت كلامه على الأفراد خالفت الأكثر في المزكي فإنه لا بد من العدد عندهم فيه. انتهى.

قلت: يحمل كلامه على الأول والجنس يحتمل الأفراد كما يحتمل غيره ويلزمه [الإبهام¹²¹²] وهو قريب. انتهى. وحمله على هذا عبارة ابن شاس لأن فيها ويشترط العدد في المزكي والمترجم دون الكاتب، وفي التوضيح في قول ابن الحاجب: واختار الكاتب والمزكي قوله والمزكي ظاهره الاكتفاء بالواحد. أشهب: ينبغي للقاضي أن يتخذ رجلا صالحا مأمونا منتبها أو رجلين بهذه الصفة يسألان له عن الناس إلى آخر كلام أشهب. ثم قال ابن الماجشون: وكل ما يبتدئ القاضي السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد [وما لم¹²¹³] يبتدئه هو وإنما يبتدأ به في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه، ثم ذكر كلام الجواهر. انتهى. فصدر بما تقدم، وقال الشيخ أبو الحسن في التقييد الكبير في أول كتاب القضاء: ابن رشد: وتعديل السر يفترق من تعديل العلانية من وجهين: أحدهما لا إعذار في تعديل السر، والثاني أنه يجتزئ فيه بالواحد وإن كان الاختيار الاثنين، بخلاف تعديل العلانية في الوجهين لا يجوز فيه إلا شاهدان، ويلزم الإعذار فيه إلى المشهود عليه، هذا معنى ما في المدونة صح من البيان. انتهى كلام الشيخ أبي الحسن. فإذا حمل كلام المصنف على هذا فلا يرد ما قاله أصلا فتأمله. والله الموفق.

ص: والمترجم مخبر ش: فيقبل الواحد والاثنان أحسن. انظر قواعد القراني في أول فرق منها فإنه ذكر فيه الفرق بين الشهادة والخبر فتأمله. والله أعلم. وقال في العمدة: وإذا لم يعرف لغة الخصم فإن كان الحكم لا يتضمن [مالا¹²¹⁴] لم يقبل في الترجمة إلا الرجال، والمذهب أنه لا يجزيء واحد وإن تضمن مالا فهل يقبل رجل وامرأتان؟ قولان. انتهى. والله أعلم.

117

ص: وأحضر العلماء [أو شاورهم¹²¹⁵] ش: عطف رحمه الله أحد القولين على الآخر فإن أشهب ومحمدا يقولان يحضرهم، مطرف وابن الماجشون يقولان لا ينبغي أن يحضرهم ولكن يشاورهم. كذا قال

الحديث

1210 - في المطبوع المكاتب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 ويحيى ص 55 و م ص 42 ويم ص 52 ومايأبى 90.

1211 - في المطبوع ويحيى ص 55 خلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 و م ص 42 ويم ص 52 ومايأبى 90.

1212 - في المطبوع الإيهام وما بين المعقوفين من م 42.

1213 * - في المطبوع ما لم وما بين المعقوفين من م 42 ويحيى 400 وسيد 81.

1214 - في المطبوع ما لو لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 ويحيى ص 55 ويم ص 53 وم ص 42 ومايأبى 91.

1215 - في المطبوع ويم ص 53 شاورهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 55 و م ص 42 ومايأبى 91.

ابن الحاجب. فقال في التوضيح: قيد للحمي قول مطرف وابن الماجشون [فقال: إلا¹²¹⁶] أن يكون مقلدا فلا يسعه القضاء إلا بمحضهم. قال المازري: وقول مطرف وغيره إنما هو إذا كان فكر القاضي في حال حضورهم كحالته في عدم حضورهم، وأما لو كان حضورهم يكسبه [ضجرا¹²¹⁷] حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه فإنه يرتفع الخلاف، وكذلك إذا كان القاضي من البلادة على حال لا يمكنه ضبط قول الخصمين [وتصور¹²¹⁸] مقاصدهما حتى يستفتى عنه فإنه يرتفع أيضا الخلاف، ولا يختلف في وجوب حضورهم. انتهى.

وقال في تبصرة ابن فرحون: تنبيه: إطلاقهم المشاورة ظاهره عالما كان بالحكم أو جاهلا، وفي الطرر لابن عات لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه إذا كان جاهلا لا يميز الحق من الباطل، لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل لم يعلم أحكم بحق أم بباطل ولا يجوز له أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق، ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليدا حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه. انتهى. وهذا الأخير. والله أعلم في المجتهد، وفي التبصرة أيضا: قال المازري في شرح التلقين: القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالما لأن ما [ذاكر فيه¹²¹⁹] الفقهاء وبحثوا فيه تثق به النفس ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه، ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه [مقتضى¹²²⁰] أصول المذهب. انتهى. وفي التوضيح: قال ابن عطية في تفسيره: ومن لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب، هذا مما لا خلاف فيه. انتهى. ونقله القرطبي في تفسير سورة آل عمران، وفي ابن عبد السلام، وبالجملة فإن أحوال الخلفاء دلت على اتفاهم على المشاورة لا سيما في المشكلات. انتهى.

تنبيه: قول المؤلف: "وأحضر العلماء أو شاورهم" هل على الوجوب أو على الاستحباب؟ ظاهر قوله في التوضيح: "ولا يختلف في وجوب حضورهم" وما نقله عن ابن عطية، وظاهر ما تقدم للمازري أن حضورهم واجب، وكذا ابن فرحون في تبصرته فإنه عده في الأمور التي تلزم القاضي في سيرته في الأحكام، واللزم إنما يستعمل [في الغالب¹²²¹] في الوجوب، وظاهر قول ابن الحاجب: ولا ينبغي للقاضي أن يثق برأيه ويترك المشاورة أن المشاورة مستحبة أو أولى، فتأمل، فإنني لم أر نصا يشفي الغليل.

فرع: قال سحنون: [و¹²²²] لا يستشير من شهد عنده فيما شهد فيه حكاه ابن يونس، وقال غير

- 1216 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56 و م ص 42 ويم ص 53 ومايأبي 91.
 1217 - في المطبوع حجرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56 و م ص 42 ومايأبي 91.
 1218 - في المطبوع ويتصور وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 وم 42 (ويحيى 56 مقصودهما) (ويم 54 مقاصدهما) (ومايأبي 91 ويتصور مقاصدهما).
 1219 * - في المطبوع ما ذكره فيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يم 54.
 1220 * - في المطبوع يقتضي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 401.
 1221 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56 و م ص 43 ويم ص 54 ومايأبي 91.
 1222 - ساقطة من المطبوع ومايأبي 91 ويم ص 54 و م ص 43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56.

متن الخطاب سحنون لا بأس بذلك. حكاه ابن رشد. انتهى مختصراً من التبصرة. واقتصر في التوضيح على قول سحنون.

فرع: قال في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية: رأيت مالكا كتب إلى عامل في قضاء كان أمضاه عاملان قبله فينظر فيه فجاء رجل يستعين بالكتب إليه فيه فكتب إليه إن كان من قبلك أمضاه بحق فأنفذه لصاحبه، ابن رشد: هذا يدل على أن للفقهاء المقبول القول أن يكتب للحكام¹²²³ بالفتوى ويعلمهم¹²²⁴ 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. انتهى.

مسألة: إذا دعا القاضي العدول إلى قضية ينظرون فيها من فرض نفقة أو إقامة حدود ونحوه وجب عليهم. انظر البرزلي في مسائل القضاء.

118

ص: وشهوداً ش: قال في التوضيح: وإذا كان المشهور أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان فيكون إحضار الشهود واجبا، وإلا فلا فائدة في جلوسه. انتهى. وفي المدونة: ولو أقر أحد الخصمين عنده بشيء وليس عنده أحد ثم يعود إليه المقر فيجحد ذلك الإقرار فإنه لا يقضى عليه به إلا ببينة سواه، فإن لم يكن عنده بينة شهد هو بذلك إلى من فوقه. انتهى.

وقال في النوادر: ومن المجموعة قال مالك وابن القاسم وأشهب: الإقرار عند القاضي في سلطانه وقبل سلطانه سواء، وكذلك في إقرار الخصمين عنده لا يحكم بشيء من ذلك. قال أشهب: ولا بما وجد في ديوانه مكتوبا من إقرار الخصم عنده، فإن قامت على ذلك بينة أنفذها، فإن لم يكن إلا هو وكتابه شهدا بذلك عند من هو فوقه فأجازه، وإن كان وحده قضى بشهادته مع يمين الطالب. انتهى. ومقابل المشهور أنه إذا سمع إقرار الخصم حكم عليه بما سمع منه وإن لم يحضره شاهدان، وهو قول ابن الماجشون.

قال في النوادر إثر كلامه المتقدم: أما ما أقر به الخصوم عنده في خصومتهم فليقض به، وقاله سحنون وهو أحب إلي من قول ابن القاسم وأشهب، ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبدا يشهدان على الناس. انتهى. وقال في التوضيح قبل كلامه المتقدم: مذهب مالك وابن القاسم أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما إليه، وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبع وسحنون إلى أنه يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك. ابن الماجشون: والذي عليه قضاة المدينة - ولا أعلم مالكا قال غيره - أنه يقضى بما سمع منه وأقر به عنده، وكانهم رأوا أن الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما أقر به ولذلك قعدا، والأول المشهور. انتهى.

تنبيهه: قولهم رفع إلى من فوقه قال أبو الحسن في أواخر كتاب الأقضية: مسألة: إذا رأى القاضي حدا رفع إلى من فوقه، وهل يرفع إلى من دونه؟ قولان. قال عياض: مذهب الكتاب أن أحدا لا يرفع إلى من

* 1223 - في يحيى 401 والبيان ج 9 ص 171 أن يكتب للحاكم وسيد 18 ص 117.

* 1224 - في يحيى 401 والبيان ج 9 ص 171 ويعلمه ص 117.

وَلَمْ يُفْتِ فِي حُصُومَةٍ وَلَمْ يَشْتَرِ بِمَجْلِسِ قَضَائِهِ.

دونه وتحت يده إلا السلطان الأعظم للضرورة إلى ذلك، وقال في السلطان الأعظم: لا يرفع إلى من دونه ويكون هدرا. انتهى مختصرا. وفي النوادر في ترجمة القاضي يحكم لنفسه أو لولده: وقد يحكم للخليفة وهو فوّه وهو يتهم فيه لتوليته إياه، وحكمه له جائز. انتهى. ونقل الخلاف في الذخيرة.

ص: ولم يفت في خصومة ش: انظر هل على الكراهة أو على المنع؟ قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: "ولا يفتي الحاكم في الخصومات": وقال ابن/ عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة يريد أنه يجوز له الفتيا فيما عدا مسائل الخصام، وهل له الفتيا في مسائل الخصام؟ قولان: أحدهما: ليس له ذلك لأنه من إعانة الخصوم على الفجور، والثاني إجازة فتياه في مسائل الخصام، وأما تعليم القاضي العلم وتعلمه له فجائز. انتهى. فقرة عبارته تعطي أنه لا يجوز له الفتيا على القول الأول. فتأمله. وعده ابن فرحون في الأمور اللازمة له في سيرته في الأحكام، وفي أوائل مسائل الأفضية من البرزلي ما نصه: ابن الحاج عن ابن المنذر يكره للقاضي الفتوى في الأحكام، وكان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي.

119

قلت: يريد إذا كانت [الفتوى يمكن¹²²⁵] أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يد عماله فليجبهم عنها، ثم ذكر كلام ابن الحاجب، وذكر عن ابن المناصف أنه ذكر القولين. ثم قال: الكلام الأول النهي فيه عن فتوى القاضي في الخصومات لأحد الخصمين، والثاني فتواه في جملة الأشياء لا في خصومة بعينها. انتهى.

ص: ولم يشتر بمجلس قضاؤه ش: مفهوم قوله: "مجلس قضاؤه" أنه لا ينهي عنه في غير مجلس قضاؤه وهو الذي حصله في التوضيح إلا أنه ينبغي له التنزه عنه مطلقا، وانظر قول المؤلف: "ولم يشتر" هل على المنع أو على الكراهة؟ قال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولا يشترى بنفسه ولا بوكيل معروف" ظاهره في مجلس قضاؤه وفي غيره، ونحوه ذكره ابن شاس، ومعناه عن محمد بن عبد الحكم ابن عبد السلام ولا تبعد صحته، إلا أن المازري وغيره ذكروا عن المذهب ما يدل على جواز بيعه ابتداء، وحكى المازري عن الشافعي مثل ما حكاه المؤلف هنا. انتهى. أي لأن المازري نقل عن أصحاب مالك أنهم أجازوا للقاضي الشراء إذا لم يكن في مجلس قضاؤه، ولم يجوزوا له ذلك في مجلس قضاؤه لما فيه من شغل باله. مطرف وابن الماجشون: ولا يشتغل في مجلس قضاؤه بالبيع والابتياح لنفسه. أشهب: أو لغيره على وجه العناية منه إلا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه. سحنون: وتركه أفضل. قال: ولا بأس بذلك في غير مجلس قضاؤه [له أو لغيره، وما باع أو ابتاع في مجلس قضاؤه¹²²⁶] فنافذ إلا أن يكون أكره غيره أو هضمه، فليس هذا بعدل، وهو مردود كان في مجلس قضاؤه أو غيره، والذي ذكره المازري هو الذي في النوادر وغيرها. مطرف وابن الماجشون: ويتنزه عن المبايع في غير مجلس قضاؤه. انتهى كلام التوضيح. وفي ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب بعد هذه المسألة:

¹²²⁵ * - في المطبوع ويحيى 59 ميايى 92 الفتوى ممن يمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

¹²²⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 119 ويحيى ص 59 و م ص 43 ويم ص 80 ومايى 93.

نص خليل
كَسَلَفٍ وَقِرَاضٍ وَإِبْضَاعٍ وَحُضُورٍ وَوَلِيمَةٍ إِلَّا النُّكَاحَ وَقَبُولُ هَدِيَّةٍ وَلَوْ كَافَأَ عَلَيْهَا إِلَّا مِنْ قَرِيبٍ وَهَدِيَّةٌ مَنْ اِعْتَادَهَا قَبْلَ
الْوَلَايَةِ وَكَرَاهَةِ حُكْمِهِ فِي مَشْيِهِ أَوْ مُتَكِنًا وَالزَّامِ يَهُودِيٌّ حُكْمًا بِسَبَبِهِ وَتَحْدِيثُهُ بِمَجْلِسِهِ لِضَجَرٍ وَدَوَامِ الرُّضَا فِي
التَّحْكِيمِ لِلْحُكْمِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب
ويتورع عن العارية إلى آخره، قد يقال تغيير المؤلف العبارة بين هذه المسألة والتي فوقها يؤذن بأن
المنع في الأولى أشد منه في هذه، لأنه أطلق المنع في الأولى وجعله في هذه من باب الورع، فيقال العكس
أولى، فكلام التوضيح يؤذن بالمنع على التحريم، وأما كلام ابن عبد السلام فلا دلالة فيه على أن المنع
على التحريم لأنه أطلق المنع على المسألة الثانية مع أنه لا شك أنه على سبيل التورع، وفي تبصرة ابن
فرحون من الأمور التي تلزم القاضي أنه يكره له البيع والابتياح بمجلس حكمه وبقائه، ولا يرد منه
شيء إلا أن يكون على وجه الإكراه أو فيه نقيصة على البائع فيرد البيع والابتياح كان بمجلس قضاة
أو غيره. قال أشهب: إن عزل والبائع والمبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد فلا
حجة له والبيع ماض، ولا ينبغي أن يكون له وكيل معروف على البيع والشراء لأنه يفعل مع وكيله
من المسامحة ما يفعل معه. انتهى. فصرح رحمه الله بالكراهة، وأن حكم البيع والابتياح واحد، وهو
الظاهر، وينبغي أن ينظر فيه مع ما في التوضيح ويرد أحدهما للآخر. والله أعلم.

ص: كسلف وقراض وإبضاع وحضور ووليمة إلا لنكاح ش: تصوره واضح، ولا شك أن النهي عن
هذه على سبيل التورع، قال ابن/ الحاجب: ويتنزه عن العارية والسلف والقراض والإبضاع. وقال ابن
فرحون في الأمور التي تلزم القاضي: منها أن يتجنب العارية والسلف والقراض والإبضاع إلا أن يكون لا
يجد بدا من ذلك، فهو خفيف إلا من عند الخصوم أو ممن هو في جهتهم فلا يفعل. انتهى. وقوله إلا
لنكاح. قال في التوضيح: ثم إن شاء أكل أو ترك. قال في التبصرة: والأولى له اليوم ترك الأكل. انتهى.
فرعان: الأول: في التوضيح: كره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم.
الثاني: ولا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعبادة المرضى وتسليمه على أهل المجالس ورده على من
سلم عليه لا ينبغي إلا ذلك. انتهى.

ص: وقبول هدية ولو كافأ عليها إلا من قريب ش: قال في التوضيح: ظاهر قول ابن الحاجب
المنع، وعليه ينبغي أن يحمل قول ابن حبيب: لم يختلف العلماء في كراهة قبول الإمام الأكبر وقضاته
وجباته الهدايا. قال: وهو مذهب مالك وأهل السنة. انتهى. ويمنع من قبول الهدية، سواء كانت في
حال الخصام أو قبله. قاله ابن الحاجب. وقوله: "إلا من قريب" يريد الخاص من الولد والوالد
والخالدة والعمة وبنات الأخت. قاله ابن فرحون ونحوه في التوضيح.

فروع: الأول: قال ابن فرحون في تبصرته: قال المازري: أما الارتزاق من بيت المال فإن من تعين
عليه القضاء وهو غني عن الارتزاق فإنه ينهى عن أخذ العوض على القضاء؛ لأن ذلك أبلغ في المهابة
وأدعى [للفوس إلى اعتقاد¹²²⁷] التعظيم والجلالة، وإن كان القضاء لم يتعين عليه وهو محتاج إلى
طلب الرزق من بيت المال ساغ له أخذ ذلك.

الثاني: قال في معين الحكام: قال أصبغ: ولا ينبغي له أن يأخذ رزقه إلا من الخمس والجزية وعشور أهل الذمة. انتهى من ابن فرحون. وقال ابن رشد في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات: وأما القضاة والحكام والأجناد فلهم أن يأخذوا أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم أعني العمال الذين فوض إليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك من إعطاء مال الله لمن يروونه بوجه اجتهادهم. وأطال الكلام في ذلك فراجع، وسيأتي من كلامه¹²²⁸ في باب الشهادات عند قول المصنف: "ولا إن أخذ من العمال". والله أعلم.

الثالث: قال في التوضيح: قال ابن حبيب: ويأخذ الإمام من قضاة وعماله ما وجده في أيديهم زائدا على ما ارتزقوه من بيت المال، ويحصي ما عند القاضي حين ولايته ويأخذ ما اكتسبه زائدا على رزقه، وقدّر أن هذا المكتسب إنما اكتسبه بجاه القضاء، وتأول أن مقاسمة عمر رضي الله عنه ومشاطرته لعماله كأبي موسى وأبي هريرة وغيرهما إنما فعل ذلك لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبه من القضاء والعمالة. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، ونصه: ابن حبيب للإمام أخذ ما أفاده العمال ويضمه/ إلى ما جبهه. قال: وكل ما أفاده الوالي من مال سوى رزقه في عمله أو قاض في قضاة أو متول أمر المسلمين فلإمام أخذه للمسلمين، وكان عمر إذا ولي أحدا أحصى ماله لينظر ما يزيد، ولذا شاطر العمال أموالهم حيث كثرت وعجز عن تمييز ما زادوه بعد الولاية. قاله مالك، وشاطر أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما. انتهى. ونقله في الذخيرة. ثم قال إثره: تمهيد الزائد قد يكون من التجارة والزراعة لا من الهدية ولا تظن الهدايا بأبي هريرة وغيره من الصحابة إلا ما لا يقتضي أخذا، ومع ذلك فالتشطير حسن لأن التجارة لا بد أن ينميها جاه العمل فيصير جاه المسلمين كالعامل والقاضي [أو¹²²⁹] غيره رب المال فأعطى العامل النصف عدلا بين الفريقين، ولذلك لما انتفع عبد الله وعبيد الله بالمال الذي أخذه من الكوفة سلفا في القصة المشهورة قال عبد الرحمن بن عوف لعمر رضي الله عنهما: اجعله قراضا يا أمير المؤمنين، فجعله قراضا، ولولا هذه القاعدة كيف يصير القرض قراضا. انتهى. فتأمل ذلك وتقدم الكلام على قصتهما في أول باب القراض فراجع. والله أعلم.

الرابع: قال ابن فرحون: قال في معين الحكام: وكذلك الشهود لا يجوز لهم قبول الهدية من أحد الخصمين ما دامت الحكومة بينهما.

الخامس: قال ابن فرحون: قال ابن عبد الغفور: ما أهدي إلى الفقيه من غير حاجة فجاز له قبوله وما أهدي إليه رجاء [الفوز¹²³⁰] على خصمه أو في مسألة تعرض عنده رجاء قضاء حاجته على خلاف المعمول به فلا يحل قبولها، وهي رشوة يأخذها، وكذلك إذا تنازع عنده خصمان فأهديا إليه جميعا أو أحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه في حجته أو عند حاكم إذا كان ممن يسمع منه ويوقف عنده فلا يحل له الأخذ منهما ولا من أحدهما. انتهى. وقال ابن عرفة: قال بعض المتأخرين

¹²²⁸ - في سيد 19 ويحيى 403 ومايأبى 94 وم 44 ويم 80 وسيأتي شيء من كلامه.

¹²²⁹ - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 و م ص 44 ويم ص 55 ومايأبى 94.

¹²³⁰ - في المطبوع العون وما بين المعقوفين من م 44 ويم 80 ومايأبى 94 وسيد 19 ويحيى 403.

متن الخطاب ما أهدي للمفتي إن كان ينشط للفتيا أهدي له أم لا، فلا بأس [به¹²³¹] وإن كان إنما ينشط إذا أهدي له فلا يأخذها، وهذا ما لم تكن خصومة، والأحسن أن لا يقبل من صاحب الفتيا، وهو قول ابن عيشون وكان يجعل ذلك رشوة.

قلت: قد يخف قبولها لمن كان محتاجا ولا سيما إن كان اشتغاله بأصولها يقطعه عن التسبب ولا رزق له عليها من بيت المال، وعليه يحمل ما أخبرني به غير واحد عن الشيخ الفقيه أبي علي بن علوان أنه كان يقبل الهدية ويطلبها ممن يفتيه، [وفي الطرر¹²³²] -وظاهره لابن عيشون-: ومن هذا [إعطاء¹²³³] الرعية للعلماء والمتعلقين بالسلطنة لدفع الظلم عنهم فيما يهدونه لهم ويخدمونهم هو باب من أبواب الرشوة؛ لأن دفع الظلم واجب على كل من قدر على دفعه عن أخيه المسلم وعن الذمي. انتهى.

السادس: قال القرافي في آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة: فرع: قال بعض العلماء إذا عجزت عن إقامة الحجة الشرعية، فإن استعنت على ذلك بوال يحكم بغير الحجة الشرعية أثم دونك إن كان الحق جارية يستباح فرجها، بل يجب ذلك عليك لأن مفسدة الوالي أخف من مفسدة الزنا والغصب، وكذلك الزوجة، وكذلك استعانتك بالأجناد يأثمون ولا تأثم، وكذلك في غصب الدابة وغيرها [أو جحد¹²³⁴] ذلك؛ لأن الصادر من المعين عصيان لا مفسدة فيه والجحد والغصب عصيان [و¹²³⁵] مفسدة، وقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة أنها مفسدة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير، فإن أخذ الكفار لمالنا حرام عليهم وفيه مفسدة إضاعة المال فما لا مفسدة فيه أولى أن يجوز، فإن كان الحق يسيرا نحو كسرة أو تمرة حرمت الاستعانة على تحصيله بغير حجة شرعية؛ لأن الحكم بغير ما أمر الله أمر عظيم لا يباح باليسير. انتهى كلامه بلفظه. ولم يذكر غيره فتوجيهه إياه واقتضاه عليه يقتضي أنه ارتضاه. والله أعلم.

السابع: قال ابن فرحون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان الظلم محققا. انتهى. وقال ابن عرفة إثر نقله كلام بعضهم: / ويقوم هذا من قولها وإن طلب السلابة طعاما أو ثوبا أو شيئا خفيفا رأيت أن يعطوه. انتهى. وقال البرزلي قبل مسائل الطهارة بنحو صفحة: وفي الطرر: قال ابن عيشون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان [محققا¹²³⁶]. وقال

1231 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 121 وما يابى 94 ويم 80.

1232 * - في المطبوع في الطراز وما بين المعقوفين انظر له البرزلي ج 1 ص 130.

1233 - هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع انقطاع وهو الذي في ميايى 94 ويحيى 59 ويم 55 و م 50 والبرزلي ج 1 ص 130.

1234 * - في المطبوع وحجة ذلك وما بين المعقوفين من الذخيرة ج 8 ص 466.

1235 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 121 ويحيى 59 وم ص 44 ويم ص 55 وما يابى 95.

1236 - في المطبوع محقا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 122 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب الظاهر ابقاء ما في المطبوعة ولم يرد هذا القيد في مطبوعة البرزلي ج 1 ص 130.

نص خليل
وَلَا يُحْكَمُ مَعَ مَا يُدْهِشُ عَنِ الْفِكْرِ وَمَضَى وَعَزَّرَ شَاهِدَ زُورٍ فِي الْمَلِإِ بِنْدَاءٍ وَلَا يَحْلِقُ رَأْسَهُ أَوْ لِحْيَتَهُ وَلَا يُسَخِّمُهُ ثُمَّ فِي قَبُولِهِ تَرَدُّدٌ وَإِنْ أَدَّبَ الثَّائِبَ فَأَهْلٌ وَمَنْ أَسَاءَ عَلَى خَصْمِهِ أَوْ مُفْتٍ أَوْ شَاهِدٍ لَا بِشَهَدَتٍ بَبَاطِلٍ.

متن الخطاب
قبله: قال أبو بكر [بن يونس: 1237] يحرم على القاضي أخذ الرشوة في الأحكام يدفع بها حقا أو [يشد 1238] بها باطلا، وأما أن يدفع بها عن [ملك 1239] فلا بأس. ابن عيشون: وإن تبين له الحق فيمتنع من إنفاذه رجاء أن يعطيه صاحبه شيئا ثم ينفذه له، فإن حكمه مردود غير جائز، ويتخرج على أحكام القاضي [الفاسق 1240] إذا صادف الحق هل يمضي أم لا؟ انتهى.
ص: ولا يحكم مع ما يدهش عن الفكر ومضى ش: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: كالغضب والهمل والجوع والعطش والضجر والحنق، وكذلك إذا أخذ من الطعام فوق ما يكفيه، فإن حكم وهو بحال ما ذكر مضى. انتهى. والنهي على المنع. انظر أبا الحسن الصغير في أول كتاب الأقضية والبساطي. والله أعلم.

ص: وعزر شاهدا بزور في الملاش: قال ابن عرفة: شاهد الزور هو الشاهد بغير ما يعلم عمدا ولو طابق الواقع كمن شهد بأن زيدا قتل عمرا وهو لا يعلم قتله إياه، وقد كان قتله، ولو كان لشبهة لم يكنه، وقول الباجي من ثبت عليه أنه شهد بزور، فإن كان لنسيان أو غفلة فلا شيء عليه، ومن كثر ذلك منه ردت شهادته ولم يحكم بفسقه يقتضي أن غير العامد شاهد زور، ويرد بما في استحقاقها إن شهدوا بموت رجل ثم قدم حيا، فإن ذكروا عذرا كرؤيتهم إياه صريعا في قتلى أو قد طعن فظنوا أنه قد مات [فليست 1241] شهادتهم زورا، وإلا فهم شهداء [زور. 1242] اهـ. وسئلت عن رجل شهد عند القاضي أن هذه المرأة ليس لها ولي فزوجها القاضي، ثم ظهر أن لها ولدا ولم يكن الشاهد علم أن لها ولدا فهل تكون شهادته هذه شهادة زور، ويقال فيه إنه شاهد زور فيكون ذلك قادحا في شهادته، أو لا يقدر ذلك في شهادته، ولا يجوز أن ينسب إلى الزور، وإذا نسبه أحد إلى الزور فهل يحرم عليه [ذلك 1243] ويستحق التعزير، وهل يجب على الزوج أن يطلق المرأة أم لا؟ فأجبت: إذا كان الشاهد لا يعلم أن للمرأة ولدا فليس بشاهد زور، ولا يقدر ذلك في شهادته بعد ذلك، ولا يجوز لأحد أن يقول إنه شاهد زور، ومن قال إنه شاهد زور، فإن القاضي يزرجه على ذلك بحسب ما يراه والنكاح الذي عقده القاضي مع وجود ولد المرأة صحيح، وليس بفساد، ولا يجب على الزوج أن يطلق

123

الحدِيث

- 1237* - في المطبوع بن أويس وما بين المعقوفين من البرزلي ج 1 ص 130.
1238 - في المطبوع يشهد (ويحیی ص 59 شبيها باطلا) (ويم ص 55 يشردها باطلا) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ومايابی 95.
1239 - في المطبوع مالك ويحیی ص 59 ويم 55 و م ص 44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ومايابی 95.
1240 - في المطبوع الفاسدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ويحیی ص 59 ويم ص 55 و م ص 44 ومايابی 95.
1241* - في المطبوع فليس وما بين المعقوفين من يحيی 404 وسيد 19 ومايابی 95 ويم 80.
1242* - في المطبوع الزور وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابی 95.
1243 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ويحیی ص 59 ويم ص 56 و م ص 44 ومايابی 95.

نص خليل كَلِخْصِيهِ كَذَّبْتَ وَلَيْسَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ وَإِنْ مُسْلِمًا وَكَافِرًا وَقَدَّمَ الْمُسَافِرُ وَمَا يُخْشَى فَوَائِهِ ثُمَّ السَّابِقُ قَالَ وَإِنْ بِحَقِّقَيْنِ بِلَا طَوْلٍ ثُمَّ أَقْرَعَ.

متن الخطاب

الزوجة. نعم لا يجوز الإقدام عليه إذا علم أن لها ولدا، فإذا وقع ونزل صح النكاح. والله أعلم. ص: كَلِخْصِيهِ كَذَّبْتَ ش: انظر رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه إذا قال رجل لرجل من سراة الناس كذبت وأثمت فإنه يعزر بالسوط إذا كان في مشاتمة، لأنه بمنزلة قوله كذاب، وأما إن نازعه في شيء فقال له أنت في هذا كاذب آثم فلا يجب عليه في ذلك أدب، وينهى عنه ويزجر إن كان لا يتعلق به حق فيما نازعه فيه، ويجري قول الرجل للرجل يا كذاب على التفصيل الذي في قوله يا كلب. انتهى. ونقله في النوادر وصاحب التبصرة في الفصل الحادي عشر في التعزيرات الشرعية من القسم الثالث، وتقدم له شيء من ذلك في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم، ومسألة قول الرجل للرجل يا كلب ذكرها قبل هذه المسألة بمسألتين، وكذلك في النوادر وكذلك في التبصرة قبل مسألة كذبت وأثمت بيسير، وفي التبصرة في هذا الفصل وفي البيان في مسألة يا كلب معنى [ذي¹²⁴⁴] الهيئة ورفيع القدر. والله أعلم.

وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح حديث الحضرمي والكندي من كتاب الإيمان في قوله: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ولا يتورع عن شيء¹: فيه أن الرجل إذا رمى خصمه حال الخصومة بجرحه أو خلة سوء [لمنفعة¹²⁴⁵] يستخرجها في خصامه وإن كان في ذلك أذى خصمه لم يعاقب إذا عرف صدقه في ذلك، بخلاف لو قاله على سبيل المشاتمة والأذى المجرد، وذلك إذا كان ما رماه به من نوع دعواه، ولينبه بها على حال المدعى عليه لقول الحضرمي إنه فاجر إلى آخره، ولم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم ولا زجره، ولو رمى خصمه بالغصب وهو ممن لا يليق به أدب عندنا، ولم تعلق به الدعوى. اهـ. ونقله الأبي، ثم نقل عن القرطبي ما نصه: الجمهور على أدب من صدر منه شيء من ذلك بعموم تحريم السباب، وأجابوا عن الحديث بأن الكندي علم منه ذلك، وأنه لم يقم بحقه وأنه لم يقصد إذايته وإنما قصد استخراج حقه. انتهى. وقال في المدونة في كتاب القذف: ومن آذى مسلما أدب. قال ابن ناجي: ظاهره وإن لم يحضر المؤذى فإن القاضي يؤديه إذا كان ذلك بحضرتة، وهو كذلك، وكون القاضي لا يحكم بعلمه فيما كان بمجلسه إنما هو في الأموال، وأما هذا فيحكم. انتهى.

ص: وإن [بحققين¹²⁴⁶] ش: قال ابن عرفة بعد ذكره ما عزاه المؤلف للمازري: قلت: ظاهره أن هذا غير منصوص لأصحابنا، وفي النوادر لأصبع إذا قضى بين الخصمين في أمر اختصا فيه ثم أخذنا

الحديث

1 - عن علقمة بن وائل عن أبيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء فقال ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدير أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض. مسلم كتاب الإيمان رقم الحديث 139

1244 - في المطبوع دنى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 ويحيى ص 59 ويم ص 56 و م ص 45 ومايأبى 96.

1245 - في المطبوع بمنفعة وما بين المعقوفين من يحيى 404 وم 45 ويم 81 ومايأبى 96 وسيد 19.

1246 - في المطبوع بيقين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 ويحيى ص 59 ويم ص 56 و م ص 45 ومايأبى 96.

نص خليل وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرَدَ وَقْتًا أَوْ يَوْمًا لِلنِّسَاءِ كَالْمُفْتِي وَالْمُدْرَسِ وَأَمْرَ مُدْعٍ تَجَرَّدَ قَوْلُهُ عَنْ مُصَدِّقٍ بِالْكَلامِ وَإِلَّا فَالْجَالِبُ وَإِلَّا أَقْرِعَ فَيُدْعِي بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ قَالَ وَكَذَا شَيْءٌ وَإِلَّا لَمْ تُسْمَعْ كَأَظْنُ وَكَفَاهُ بَعْتُ وَتَزَوَّجْتُ وَحُمِلَ عَلَى الصَّحِيحِ وَإِلَّا فَلْيَسْأَلْهُ الْحَاكِمُ عَنِ السَّبَبِ.

متن الحطاب في حجة أخرى، فإن كان بين يديه غيرهما لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه إلا أن يكون شيء لا ضرر فيه لمن حضره، فلا بأس أن يسمع منهما. انتهى.

ص: وينبغي أن يفرد وقتاً أو يوماً للنساء ش: قال القرطبي في شرح قوله عليه/ الصلاة والسلام للنساء: {اجتمعن يوم كذا¹} يدل على أن الإمام ينبغي له أن يعلم النساء ما يحتجن إليه من أمر أديانهن، وأن يخصهن بيوم مخصوص لذلك، لكن في المسجد أو ما كان في معناه لتؤمن الخلوة بهن، فإن تمكن من ذلك بنفسه فعل، وإلا استنهض الإمام شيخاً يوثق بعلمه ودينه لذلك حتى يقوم بهذه الوظيفة. انتهى.

ص: وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام ش: قال ابن عرفة: المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة والمدعى عليه من اقترنت دعواه به أي بالمرجح، فقول ابن الحاجب: المدعي من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعي ومعه بيعة، ونحوه لابن شاس. انتهى. ولا يرد ما قاله لأن الكلام في معرفة المدعي والبيعة إنما يأتي بها بعد معرفة كونه مدعياً فتأمل. والله أعلم.

ص: فيدعي بمعلوم محقق قال وكذا شيء ش: قال ابن فرحون في تبصرته: الشرط الأول أن تكون معلومة، فلو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة. قاله ابن شاس. ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه، وقد قال المازري في هذه الدعوى: وعندي أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى على

وجه التفصيل، وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب، أما لو قال لي عليه شيء من فضلة/ حساب لا أعلم قدره وقامت له بيعة أنهما تحاسبا وبقية له عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة، وكذلك لو ادعى حقا له في هذه الدار أو الأرض وقامت له بيعة أن له فيها حقا لا يعلمون قدره فهي دعوى مسموعة، وسيأتي كثير من هذا المعنى في باب القضاء بالشهادة الناقصة. انتهى. فقلوه: "أما إلى آخره" يدل على أن هذا يسمع بلا خلاف، فهو [مخصص¹²⁴⁷] لقول المؤلف: "معلوم"، وقوله: "بمعلوم محقق" نحوه لابن الحاجب، فأورد عليه ابن عرفة توجيه يمين التهمة على القول بها. فتأمل. والله أعلم.

الحديث 1 - عن أبي سعيد الخدري قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ذهب الرجال بحديثك فاجعل لنا من نفسك يوماً نأتيك فيه تعلمنا مما علمك الله قال اجتمعن يوم كذا وكذا فاجتمعن فأتاهن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلمهن مما علمه الله ثم قال ما منكن من امرأة تقدم بين يديها من ولدها ثلاثة إلا كانوا لها حجاباً من النار فقالت امرأة واثنين واثنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم واثنين واثنين واثنين، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والأدب، رقم الحديث 2633.

1247 - في المطبوع مخصوص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحیی ص 60 وبم ص 56 و م ص 45 وما يابى 97.

قلت: ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول إذا كان لا يعلم قدره. قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: ومن ادعى حقا في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعا جاز ذلك، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه، فإن لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه. انتهى. وقال المتطي في كتاب الصلح: لو شهد الشهود للقائم في الدار المقوم فيها بحصة لا يعرفون مبلغها ففي كتاب ابن حبيب في رواية مطرف عن مالك أنه يقال للمشهود عليه أقر بما شئت منها واحلف عليه، فإن أبي قيل للمشهود له سم ما شئت منها واحلف عليه وخذه، فإن أبي أخرجت الدار من المطلوب ووقفت حتى يقر بشيء.

قال مطرف: وقد كنا نقول وأكثر أصحابنا إنه إذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم، ولا يلزم المطلوب شيء حتى قال ذلك مالك، فرجعنا إلى قوله واستمرت الأحكام به. انتهى.

مسألة: ليس من تمام صحة الدعوى أن يذكر السبب، يؤخذ ذلك من قول المصنف بعد هذا: "ولدعى عليه السؤال عن السبب" وإذا لم يلزم ذلك فأحرى [أن يكون¹²⁴⁸] من شرط صحتها ذكر تسليم المبيع إذا كان مثليا، وهو واضح، وهذا بخلاف الشهادة على ما ذكره ابن فرحون في الفصل الثامن فيما ينبغي للقاضي أن يتنبه له في أداء الشهادة. والله أعلم. ثم قال ابن فرحون: الشرط الثاني من شروط الدعوى أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته، كمن ادعى على رجل هبة وقلنا الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه الجواب بإقرار أو إنكار، وإن قلت بقول المخالف والقول الشاذ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول فذهب بعض الناس إلى أن الجواب فيه لا يلزم، وكذلك العدة على القول بعدم اللزوم، وكذا الوصية، وذكر شروطا أخرى فانظرها فيه. وانظر أيضا الباب الثامن والعشرين من القسم الثاني في القضاء بالاتهام وأيمان التهم. قال فيه. قال أبو الحسن الصغير: المشهور أن اليمين تجب بمجرد الاتهام [وإن لم¹²⁴⁹] يحقق الدعوى، والظاهر أنه يريد بعد إثبات أن المدعى عليه ممن تلحقه التهمة فيما ادعى عليه به. انظر بقيته.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: فصل في تصحيح الدعوى: والمدعى به أنواع، فإن كانت الدعوى في شيء من الأعيان وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعي به ويذكر أنه في يد المذكور؛ يعني المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الإجارة أو المساقاة أو غير ذلك، ولا يشترط في الدعوى أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجب الشرع. انتهى. قوله: "أو غير ذلك" يدخل فيه أن يقول ضاع مني أو سرق مني، ولا أدري بماذا وصل إلى هذا الذي هو في يديه وهذا مستفاد من نصوص أهل المذهب. قال للخمي في كتاب الشهادات: فصل: وإن ادعى عبدا في يد رجل وقال أبق مني، فإن كانا من بلد واحد كلف أن يأتي ببلطخ أنه ملكه؛ لأن ملك ذلك لا يخفى على جيرانه وأهل سوقه، وإن كان أحدهما طارئا لم يحلف أحدهما الآخر [لأنه¹²⁵⁰] إن ادعى

1248 * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب (فأحرى أن لا يكون).

1249 * - في المطبوع ولم وما بين المعقوفين من مايبأى 97 ويم 81 ويحيى 405 وسيد 20 وم 45.

1250 - في المطبوع كأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحيى ص 60 ويم ص 56 و م ص 45 ومايبأى 98.

نص خليل ثم مُدْعَى عَلَيْهِ تَرَجَّحَ قَوْلُهُ بِمَعْهُودٍ أَوْ أَصْلٍ بِجَوَابِهِ.

متن الخطاب الطارئ على المقيم قال المدعى عليه أنت لا تدعي على معرفة ذلك لأنني لست من بلدك [ويجوز¹²⁵¹ أن يكون صادقا، وكذلك إن ادعى المقيم عبدا أتى به الطارئ لم يحلفه لأنه لا علم عنده هل هو ملكه أم لا؟ فإن أقام شاهدا أنه عبده حلف معه، وإن نكل لم يرد اليمين لأن الآخر لا علم عنده فلا يحلف/ على تكذيب الشاهد. انتهى؟ انظر بقية كلامه وكلام المدونة وشروحيها، وانظر ابن فرحون في فصل توقيف الشيء المدعى فيه، فإن كلامه أصرح من هذا. والله أعلم. ص: ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل ش: المعهود هو شهادة العرف ونحوه، والأصل استصحاب الحال. قاله ابن عبد السلام. والله أعلم. مسألة: قال ابن فرحون في الكلام على القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى ما نصه: مسألة: إذا ادعى رجل قبل رجل حقوقا وكشفه عن بعضها، وسأله الجواب عما كشفه عنه، فقال له المطلوب اجمع [مطالبك¹²⁵²] حتى أجيبك لم يكن له ذلك، وله أن يطلب من حقوقه ما شاء ويترك ما شاء، وإن كان إنما قال له هل لك في هذه القرية شيء غير الابتیاع الذي قمت به علي، فقال له خصمه جاوبني عن الابتیاع أولا، فليس له ذلك حتى يقول له ليس لي دعوى غير الابتیاع، وحينئذ يلزم المطلوب الجواب بالإقرار أو الإنكار.

قال المتيطي: وهذا خلاف ما حكاه ابن أبي زمنين في التفرقة بين المواريث وغيرها؛ لأن المواريث لا يحاط بها فيلزم المدعى عليه الجواب على ما ادعى عليه فيها، بخلاف غير المواريث لا يلزم المدعى عليه الجواب حتى يجمع المدعي دعاويه كلها. انتهى. وذكرها بعد هذا في فصل مسائل تتعلق بحكم اليمين، ونصه: مسألة: قال ابن أبي زمنين في المقرب: ومن وجبت له على رجل يمين لبعض ما جرى بينهما من المعاملات في الأخذ والإعطاء، فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك إن كنت تزعم أن لك عندي مطلبا غير هذا الذي تريد إحلافي عليه لأحلف في جميع ذلك يميننا واحدة فهو من حق المدعى عليه بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك قبلي في هذا الميراث لأحلف لك على هذا كله يميننا واحدة لم يكن له ذلك؛ لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وقد تقدم في فصل الجواب عن الدعوى حكم هذه المسألة، وفيها من الخلاف غير هذا. انتهى. وفي الفصل الثاني من مفيد الحكام ابن أبي زمنين: ومن لزمك له يمين بلا بينة إلا بمجرد الدعوى في قول من يرى ذلك فلك أن تقول له اجمع دعاويك كلها قبلي لأدخلها في يميني ولو لزمك له بسبب ميراث لم يكن لك أن تقول اجمع دعاويك كلها [قبلي¹²⁵³] لأدخلها في يميني؛ لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وهذا الذي أخذنا عن مشيختنا. انتهى. ولم يحك فيه خلافا، وبهذا جرى العمل في هذا الزمان، وذكر في التبصرة بعد هذه المسألة في الموضوع الثاني مسألة من الوثائق المجموعة تشهد لهذا؛ وهي من ادعى بحقوق وزعم أنه لا

الحديث

1251 - في المطبوع ولا يجوز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحيى ص 60 ويم ص 56 و م ص 45 ومايأبي 98.

1252 * - في المطبوع مطالبك وما بين المعقوفين من يحيى 406 وم 45 ويم 82.

1253 ساقطة من المطبوع ومايأبي 98 ويحيى ص 60 ويم ص 57 و م ص 46 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126.

بينة له على بعضها وله بينة على بعضها وأراد استحلافه فيما لا بينة له فيه ويبقى على إقامة البينة فيما له فيه بينة فإنه إن التزم أنه إن لم تقم له بينة فيما زعم أن له فيه بينة لم تكن له يمين على المدعى عليه فإنه يحلفه الآن، فإن أقام البينة والا فلا يمين له عليه، وإن لم يلتزم ذلك لم يستعمل يمينه حتى يقيم البينة، فإن أقامها والا جمع دعاويه وحلف له على الجميع. انتهى.

فرع: وإذا قلنا إن [الدعاوي تجمع¹²⁵⁴] في يمين واحدة فإذا كان بعضها مما تغلظ فيه اليمين وبعضها لا تغلظ فيه اليمين، فإن من وجبت عليه اليمين يخير بين أن يحلف يميناً واحدة في المسجد وبين أن يحلف على ما لا تغلظ فيه في غير المسجد، ثم يحلف أخرى في المسجد، ذكره ابن سهل في ترجمة جمع دعاوي في يمين واحدة.

متن الخطاب

تنبيه: قوله ثم مدعى عليه هذا إذا كان المدعى عليه ممن يصح إقراره، فإن كان ممن لا يصح إقراره فقال ابن فرحون في تبصرته: ليس للحاكم أن يسمع الدعوى على المحجور على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يدعى عليه بما لا يلزمه ولو قامت به البينة كالبيع والشراء والسلف والإبراء، فهذا لا يسمع القاضي الدعوى به ولا البينة، والقسم الثاني ما يلزمه في ماله إذا قامت به البينة ولا يلزمه بإقراره/ كالغصب والاستهلاك والإتلاف واستحقاق شيء من ماله ونحو ذلك من الجراح التي لا توجب القصاص، وإنما توجب المال، فهذا يسمع القاضي الدعوى به، ويكلف المدعي إثبات ما ادعاه، ويحكم به في مال المحجور، ولا يكلف المحجور إقراراً ولا إنكاراً. القسم الثالث ما يلزم المحجور إذا أقر به كالطلاق والجراح التي توجب القصاص إذا كان المحجور بالغاً فهذا تسمع الدعوى فيه ويكلف الإقرار والإنكار، وهذا التقسيم مأخوذ من كلام ابن فرحون المشار إليه، وما ذكره في باب الحجر من أنه يلزمه الطلاق والحدود ونحو ذلك فتأمله. والله أعلم. وأما عكس هذا وهو دعوى المحجور على غيره فقال في معين الحكام: يجوز للمحجور طلب حقوقه كلها عند قاض أو غيره ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته. قال ابن بكير: وله أن يوكل على ذلك ليعلم ما يتوجه إليه، وخالفه غيره في ذلك. انتهى.

127

وقال في المتبعية في الوصايا في فصل تقديم الوصي: قال غير واحد من الموثقين: وللسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه وفي مغيبه، والخصام فيها وليس له أن يوكل على طلبها، وقال ابن بقي وغيره له أن يوكل، كما له أن يطلب، وعلى هذا مضى العمل. انتهى. وقال ابن رشد في نوازله للمحجور أن يطلب وصيه وغيره بما له قبله من حق ليظهره وليبينه، فإن ظهر من وصيه إنكار لحقه ووجد عزل عنه. انتهى. وانظر القلشاني عند قول الرسالة: "ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه".

فرع: قال في معين الحكام: ولو طلب يتيم ولا وصي له ولا مقدم حقا له فسأل المطلوب أن يقدم عليه لأجل الخصام فلا يمكن من ذلك، وإذا استحق اليتيم حقه قدم القاضي من يقبضه له، ويجوز الاحتساب للأيتام إن لم يكن لهم ولي إلا أن يخاف ضعفه. انتهى.

نص خليل
 إِنَّ خَالَطَهُ بَدِينٍ أَوْ تَكَرَّرَ بَيْعٌ وَإِنْ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ لَا بَيِّنَةَ جُرِحَتْ إِلَّا الصَّانِعَ وَالْمُنْتَهَمُ وَالضَّيْفَ وَفِي
 مُعَيِّنٍ وَالْوُدَيْعَةَ عَلَى أَهْلِهَا وَالْمُسَافِرَ عَلَى رُفْقَتِهِ وَدَعْوَى مَرِيضٍ أَوْ بَائِعٍ عَلَى حَاضِرٍ الْمُرَايَدَةَ فَإِنْ أَقْرَ فَلَهُ
 الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ وَلِلْحَاكِمِ تَنْبِيهُهُ عَلَيْهِ.

متن الخطاب ص: إن خالطه بدين أو تكرر بيع وإن بشهادة امرأة ش: ما قاله الشارح وابن غازي كاف في ذلك، وظهره أن المرة الواحدة في الدين تكفي وهو كذلك كما سيأتي في الفرع الآتي، ونصه: فرع: قال في التوضيح: وفي سماع يحيى عن ابن القاسم من كتاب الشهادات فيمن يأتي قوما بذكر حق كتبه على نفسه لرجل غائب فيشهد بما فيه لا أرى أن يكتب [فيه لأنني أخاف¹²⁵⁵] [أن يكتب¹²⁵⁶] على نفسه لرجل غائب ليستوجب بذلك مخالطته فيحلفه إن ادعى عليه بعض الشيوخ فظاهره أن المرة الواحدة مخالطة. انتهى كلام التوضيح في كلامه على الخلطة، وقال الشيخ أبو الحسن في كلامه على نفقة الزوجة من كتاب النكاح الثاني عن أبي محمد صالح: ينبغي لمن أتاه رجل بكتاب فيه دين فقال له اشهد علي بما فيه أن لا يشهد إلا بحضور من له الدين خوفاً من هذا.

قال الشيخ: وذكر الشيخ ابن رشد في سماع يحيى أن الموثق إذا أراد أن يتحرز من هذا يكتب أقر فلان لفلان بدين من غير محضر من المقر له. قال الشيخ: وهذا أبين مما قاله أبو محمد صالح فيكتب إقراره كما ذكر، ثم لا يحكم له بذلك حتى/ يقدم فإن ادعاه أنفذ، والعمل اليوم على إيجاب اليمين من غير خلطة فلا يحتاج إلى التحرز مما ذكر. انتهى. والله اعلم.

ص: والضيف ش: قال ابن غازي: الثالث الغريب ينزل بمدينة فيدعي على رجل منها أنه استودعه مالا فكأنه عبر بالضيف عن الغريب الطارئ على البلد، سواء ضيفه المدعى عليه أم لم يضيفه، وبهذا يساعد نص المتيطي ويتبادر من عبارة المصنف غير هذا، ولكن لم أر من ذكره. انتهى. وقد ذكره ابن فرحون في تبصرته، ونصه: ومنها الرجل يتضيف عند الرجل فيدعي عليه. انتهى. ومن المواضع التي لا [تحتاج¹²⁵⁷] إلى اثبات الخلطة. قال ابن فرحون: لو لقي رجل رجلاً فادعى عليه ببقية كرائه حلف المدعى عليه أنه ما اكترى منه شيئاً، وكذلك إن كان المدعى عليه هو صاحب الدابة حلف إن كان منكراً. انتهى.

ص: وفي معين ش: انظر الإكمال في حديث الحضرمي والكندي من كتاب الإيمان [فإنه أطال¹²⁵⁸] الكلام عليه وذكر الفوائد المستنبطة من هذا الحديث [والله أعلم].

ص: وللحاكم تنبيهه عليه ش: هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال في التوضيح: وظهره التخيير وفي النوادر عن ابن عبد الحكم، وإذا أقر المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه لئلا ينكر. انتهى. وفي تبصرة ابن فرحون: من الأمور التي تنبغي للحاكم مع الخصوم أنه لا بأس أن يلحق أحدهما حجة عجز عنها، وإنما أكره له أن يلحقه حجة الفجور، وصورة ذلك أن يقول لخصمه يلزمك على قولك كذا وكذا فيفهم خصمه حجته، ولا يقول لمن له المنفعة قل له [كذا¹²⁵⁹]، وقال أشهب للقاضي أن يشد عضد أحدهما إذا رأى

الحديث 1- سبق تخريجه، ص337.

1255 * - في المطبوع فيه إذا خاف وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد20.

1256 * - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص127 ويحيى61 وم46 ويم57.

1257 - في المطبوع نحتاج وما بين المعقوفين من م46.

1258 - في المطبوع فإن طال وما بين المعقوفين من م46.

1259 - في المطبوع كما وما بين المعقوفين من م46.

منه ضعفاً أو يراه يخافه؛ لينشط وينبسط أمله في الإنصاف، وقال ابن عبد الحكم لا بأس أن يلقنه حجة لا يعرفها، وخالف سحنون أشهب وابن عبد الحكم فيما قالاه، وقال ابن الماجشون: ينبغي للقاضي تنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصمه إن غفل، ولا ينبه بعضاً دون بعض من معين الحكام، وإذا أقر أحد الخصمين فليقل لخصمه هات قرطاساً أكتب لك قوله، ولا ينبغي له ترك ذلك وليفعل ذلك بجميع الخصوم. انتهى. وهذه المسألة ذكرها في مختصر الواضحة، وترجم عليها بما نصه: ما ينهى عنه من تلقين القاضي أحد الخصمين وتضفيهما/ بينهما حججاً لا ينتقلان منها، [وما يومر¹²⁶⁰] به من ذلك، ثم ذكر هذه المسألة التي ذكرها ابن فرحون [في هذه الترجمة،¹²⁶¹] وذكر قوله: "وتضفيهما" بلفظ [ولا يضفهما¹²⁶²] حججاً لا ينتقلان منها إلى غيرها. انتهى. فتأمله. والله أعلم. وفي عبارة بعضهم ولا يصفهما بصاد مهملة ثم فاء ثم راء مهملة مضارع صفر، وفي بعضها يصفها بتقديم الراء على الفاء من الصرف، وذلك كله غير صحيح، بل الكلمة بصاد معجمة ثم فاء ثم زاي معجمة مضارع صفز.

قال في القاموس في فصل الضاد المعجمة من باب الزاي: الضفز [لقم¹²⁶³] البعير أو مع كراهته ذلك والدفع والجماع [والعدو¹²⁶⁴] والوثب [والقفز¹²⁶⁵] والضرب باليد والرجل وإدخال اللجام [في¹²⁶⁶] في الفرس، [والضفيز الغطيط وبهاء اللقمة العظيمة واضطره¹²⁶⁷] التقمه كارها. انتهى. وفي المحكم: الضفز والضفيز شعير [يجش¹²⁶⁸] ثم يبيل ويعلفه البعير، وقد ضفزت البعير أضفره فاضطرز، وقيل الضفز أن تلقمه لقماً كباراً، وقيل هو أن يكرهه على اللقم، وضفزت الفرس اللجام إذا أدخلته في فيه، وضفره بيده ورجله ضربه، وضفرها أكثر لها من الجماع. قاله ابن الأعرابي. انتهى. والمعنى لا يدخلها عليهم أو لا يلزمهم إياها حججاً. والله أعلم. وقال في مختصر الواضحة في الترجمة المذكورة: وإذا تواضع الخصمان عند القاضي الحجج معنى قوله تواضع الخصمان. والله أعلم. وضع كل واحد حجته وكتبها وقيدها. والله أعلم.

- 1260 - في المطبوع و لا بأس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 61 ويم ص 57 و م ص 46 ومايأبى 100.
 1261 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 61 ويم ص 57 و م ص 46 ومايأبى 100.
 1262 * - في المطبوع يصفزهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1263 - في المطبوع لغم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 (وم ص 46 لثم) ومايأبى 100.
 1264 - في المطبوع والعدد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 و م ص 46 ومايأبى 100.
 1265 - في المطبوع و م ص 46 والعقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 ومايأبى 100 والعقر.
 1266 - ساقطة من المطبوع ومايأبى 100 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 و م ص 46.
 1267 - في المطبوع والضفز الغليظ ومنها اللقمة الغليظة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 وم ص 46 (ومايأبى 100 والضفز الغطيط وبها اللقمة الغليظة).
 1268 * - في المطبوع يحش وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل وَإِنْ أَنْكَرَ قَالَ أَلْكَ بَيِّنَةٌ.

متن الحطاب ص: وإن أنكر قال ألك بينة ش: ظاهر هذا أن القاضي لا يسمع من بينة المدعي حتى يسأل المدعي عليه، ولا شك أن هذا هو الأكمل فإن سمع البينة قبل ذلك لم يكن خطأ. قال في المتيضية في آخر كتاب حريم البئر: واستحسن أهل العلم أن لا يسمع القاضي من البينة إلا بعد ثبوت المقالة وعلى ذلك بنيت الأحكام، ومن حجتهم في ذلك أنه قد يمكن أن يقر المدعي عليه بدعوى المدعي فيستغني عن الإثبات، ولكنه إن سمع البينة قبل انعقاد المقالة لم يكن ذلك من الخطأ الذي يوجب نقض الحكم. انتهى.

تذبيه: للقاضي أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم، خلافا لعبد الملك. قال في المدونة في باب المفقود من كتاب طلاق السنة: وإن أقام رجل البينة أنه أي المفقود أوصى له بشيء أو أسند إليه الوصية سمعت بينته، فإذا قضى بموته بحقيقة أو بتعمير جعلت الوصي وصيا وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حيا وحملها الثلث، ولا أعيد البينة وكذلك إن أقامت امرأة بينة أنه زوجها قضيت لها كقضيتي على الغائب. انتهى. وقال ابن فرحون في التبصرة في الفصل السادس من الركن الأول من الباب الخامس من القسم الأول: مسألة: قال ابن الماجشون: العمل عندنا أن يسمع القاضي من بينة الخصم ويوقع شهادتهم، حضر الخصم أم لم يحضر، فإذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم، فإن كان عنده في شهادتهم مدفع أو في عدالتهم مجرح كلفه إثباته، وإلا لزمه القضاء، وإن سأله أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بمحضره فليس له ذلك، وقال بعض العراقيين لا يكون إيقاع الشهود إلا بمحضر الخصم المشهود عليه.

قال ابن حبيب: وقال لي مطرف وأصبع مثله، وقال فضل وسحنون مثله إلا أن يكون الخصم غائبا غيبة بعيدة. انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع عيسى من كتاب الأفضية: قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل ادعى وكالة ولم يثبتها بعد وشهود الحق الذي وكل فيه حضور أيقبل القاضي شهادتهم؟ قال: إن خاف أن يخرجوا إلى موضع وكان لذلك وجه قبل القاضي شهادتهم ثم يثبت الوكالة بعد، وإلا فلا حتى تثبت الوكالة.

قال ابن رشد: هذا صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها من قول ابن القاسم، وروايته عن مالك أن القاضي يسمع من البينة قبل وقت [وجوب الحكم] ¹²⁶⁹ بها من ذلك قوله في كتاب طلاق السنة منها أن القاضي يسمع البينة على المفقود بأنه أوصى بوصية/ أو أوصى إلى رجل قبل الحكم بتمويلته، ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون أن القاضي لا يقبل من أحد بينة ولا يسمعها إلا في حال يحكم بها للطالب أو يدفع بها عن المطلوب أنه لا يسمع من بينته حتى تثبت وكالته، وإن خشي مغيب بينته أشهد على شهادتهم. انتهى. وقال في النوادر في كتاب أدب القضاء في إنصاف الخصمين والعدل بينهما: قال مطرف وابن الماجشون: ولا يسمع من أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه إلا أن يعرف من المتخلف لدا في تخلفه فيشكو إليه فيسمع منه، ثم ذكر عن المجموعة عن أشهب كلاما، ثم قال: ومن العدل بين الخصمين أن لا يجيب أحدهما في غيبة الآخر

130

الحديث

متن الخطاب
إلا أن يعرف لددا من المتخلف أو لم [يكن¹²⁷⁰] يعرف وجه خصومة المدعي فلا بأس أن يسمع منه حتى يعلم أمره، وإذا جاء أحدهما ولم يحضر الآخر فلا يسمع منه حجته، وليأمره بإحضار خصمه، أو يعطيه طينه أو يكتب بجلبه إلا أن يكون لم يعلم ما خصومتهما فلا بأس أن يسمع منه. انتهى. ونقله ابن بطال في أوائل مقنعه، وقال في الباب: الذي قبله قال محمد بن عبد الحكم وإذا استعدى رجل على رجل بدعوى عند الحاكم فإن كان في المصر أو قريبا منه أعطاه طابعا في جلبه أو رسولا وإن كان بعيدا من المصر لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهدان أو شاهد، فإذا ثبت عنده كتب إلى من يثق به من أمثاله إما أنصفه، وإلا فليرتفع معه، وأما القريب من المدينة مثل أن يأتي ثم يرجع ويبيت في منزله والطريق مأمونة فهذا [يرفع¹²⁷¹] بالدعوى كالذي في المصر. انتهى. ونقله ابن فرحون في الفصل المتقدم ذكره، وأطال الكلام فيه فراجع. والله أعلم.

ص: فَإِنْ نَفَاهاَ وَاسْتَحْلَفَهُ إِلَى آخِرِهِ ش: قوله: "واستحلفه" يشير إلى أن القاضي لا يستحلف الخصم حتى يطلب ذلك خصمه. قال ابن فرحون في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم: ومنها أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه إذا أنكر إلا بإذن المدعي إلا أن يكون من شاهد ذلك ما يدل على أنه أراد ذلك من القاضي، وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلا ادعى على آخر ثلاثين دينارا فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي فقال الطالب لم [آذن¹²⁷²] في هذه اليمين ولم أرض بها ولا بد أن تعاد اليمين فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين دينارا كراهة أن يكلفه إعادة اليمين التي قضى عليه بها، وإذا استحلفه له فلا بد من حضور المحلوف له أو وكيله فإن تغيب وثبت تغيبه عند القاضي أقام القاضي من [يقتضيها¹²⁷³]. انتهى. وما ذكره فيما إذا تغيب عن اليمين ذكره البرزلي في مسائل التفليس، ونصه: من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها فالقاضي يوكل من يتقاضى عنه اليمين إذا ثبت مغيب من وجبت له اليمين وشهد على ذلك من نظره، وقال في أوائل الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين: مسألة: وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم تجزه اليمين، وكذلك إذا بادر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فإن لم يرض [بها لم¹²⁷⁴] تجزه. انظر المنتقى للباجي وأحكام ابن سهل. انتهى. وعكس هذا أن يطلب الطالب اليمين من المطلوب بغير محضر الحاكم وأمره فيحلف له، فإن ذلك يكفيه كما سيأتي عند الكلام على النكول، ويحمل قول المؤلف: "وله يمينه" أنه لم يحلفه عند حاكم أو دون حاكم. والله أعلم.

- 1270 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص 62 ويم ص 58 و م ص 47 ومايأبى 101.
- 1271 - في المطبوع يم ص 58 يرجع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 130 ويحيى ص 62 و م ص 47 ومايأبى 101.
- 1272 - في المطبوع أخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص 63 ويم ص 58 و م ص 47 ومايأبى 101.
- 1273 * - في المطبوع يقضيها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 20 ومايأبى 101 ويحيى 409.
- 1274 - في المطبوع قبل أن يسأله لم تجزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص 63 ويم ص 58 و م ص 47 ومايأبى 101.

نص خليل
فَلَا بَيِّنَةٌ إِلَّا لِعُدْرِ كَنَسِيَانٍ أَوْ وَجَدَ ثَانِيًا أَوْ مَعَ يَمِينٍ لَمْ يَرَهُ الْأَوَّلُ وَلَهُ يَمِينُهُ أَنَّهُ لَمْ يُحْلَفْهُ أَوْلًا قَالَ وَكَذَا
أَنَّهُ عَالِمٌ بِفَسْقِ شُهُودِهِ وَأَعْدَرَ إِلَيْهِ بِأَبْقِيَتِ لِكَ حُجَّةٍ.

متن الخطاب
فرع: قال ابن فرحون في آخر الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين: مسألة: وإذا وجبت
يمين على رجل فأراد الطالب تأخيرها وأراد المطلوب تعجيلها أو بالعكس، فتعجيلها أوجب لمن طلب
ذلك منهما ولا تؤخر. نقله ابن عبد السلام في بعض تعاليقه عن أبي الفرج. انتهى كلام ابن فرحون.
فرع: فإذا كانت الدعوى على امرأة وطلب الخصم أن تحلف بمحضره فقال البرزلي في كتاب
الشهادات: قال عبد الوهاب: إذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز للحاكم أن يبعث إليها/
131
من يحلفها لأنه صيانة ولا مقال للخصم؛ لأن من له إحلافها فليس له ابتذالها. قال البرزلي: يؤخذ
من هذه المسألة أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي، ونزلت وحكم بأنه يقف
بحيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها؛ لأنه قابض لليمين، وعلى ما ذكر هنا يكون على وجه
النيابة. انتهى.

ص: فلا بيينة إلا لعذر كنسيان ش: قال ابن فرحون في الباب الثالث عشر من التبصرة: تنبيه:
قال في المتبوية: ومن الحزم للمدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه أن يلزم المدعي أنه قد أسقط
[بينته¹²⁷⁵] ما علم منها وما لم يعلم، فإذا عقد على نفسه مثل هذا لم يكن له أن يقدم عليه بعد
يمينه بالبينة. انتهى.

فرع: قال الشيخ زروق في شرح الرسالة: ولو حلفه على أنه متى وجد بيينة قام بها فني أعمال شرطه
قولان فانظره. انتهى.

ص: قال وكذا أنه عالم بفسق شهوده ش: انظر إذا ادعى المشهود عليه أن بينه وبين الشهود
عداوة وادعى أن خصمه يعلم بذلك فهل له أن يحلفه على ذلك أم لا؟ لم أر الآن فيها نصا، وقد
سئلت عنه مرارا فأجبت: الظاهر أن اليمين تلزمه قياسا على هذه المسألة فتأمل. والله أعلم.
ص: وأعذر بأبقيت لك حجة ش: تصوره واضح.

تذبيهان: الأول: كأن المصنف هرب بإفراد الضمير في قوله: "لك" مما في المدونة من تثنيته؛ لأن
فيها وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن
يقول لهما أبقيت لكما حجة، فإن قال لا حكم بينهما، ثم لا تقبل منه حجة بعد إنفاذه. انتهى.
ف قيل الحجة إنما تطلب ممن يتوجه عليه الحكم وهو المدعى عليه، ولهذا اختصرها أبو محمد بإفراد
الضمير، لكن أجيب عنها بأن الحكم تارة يتوجه على الطالب، وتارة على المطلوب لأنه قد تقوى
حجة المدعى عليه فتضعف حجة المدعي فيتوجه الحكم عليه بالإبراء وغيره، فلا بد من الإعذار فلما
كان يعذر تارة إلى هذا، وتارة إلى هذا اختصر وأتى بذلك في لفظ واحد. كذا قال عياض وغيره. انتهى
من التوضيح.

الثاني: اختلف في وقت الإعذار إلى المحكوم عليه فقيل قبل الحكم وبه جرى العمل، وقيل بعده.

نص خليل
وَتُدْبَرُ تَوْجِيهٌ مُتَعَدِّدٌ فِيهِ إِلَّا الشَّاهِدَ بِمَا فِي الْمَجْلِسِ وَمُوجَّهَةٌ وَمُزَكِّيَّةٌ السَّرِّ وَالْمُبَرِّزُ يَغْيِرُ عَدَاوَةَ وَمَنْ
يُخْشَى مِنْهُ وَأَنْظَرُهُ لَهَا بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ حَكَمَ كَنْفِيهَا وَلِيُجِبَ عَنِ الْمُجْرَحِ وَيُعْجِزُهُ إِلَّا فِي دَمٍ وَحُبْسٍ وَعِتْقٍ
وَتَسْبٍ وَطَلَاقٍ وَكَتَبَهُ وَإِنْ لَمْ يُجِبْ حُبْسَ وَأَدَبَ ثُمَّ حَكَمَ بِلاَ يَمِينٍ وَلَمُدَّعَى عَلَيْهِ السُّؤَالُ عَنِ السَّبَبِ
وَقَبِلَ نِسْيَانُهُ بِلاَ يَمِينٍ.

متن الخطاب
132
ذكره في مفيد الحكام، ونقله ابن فرحون في تبصرته، وفي مسائل ابن زرب ولا تتم قضية القاضي إلا
بعد الإعذار. انتهى. وفي آخر وثائق/ الجزيري في تسجيل بنقض حكم قضاء قاض [ونظر¹²⁷⁶] فيه
فتبين له من خطئه وجهله بالسنة ما أوجب فسخ قضائه عند فلان إذا كان لم يعذر إليه أو لم يصرح
بأسماء الشهود الذين حكم بهم إذ ليس ذلك جائزا؛ إذ ليس بمشهور بالعدل في الحكم. انتهى. فعلم
منه أن الحكم قبل الإعذار لا يجوز، وفي البرزلي في مسائل الأقضية: وحكى ابن فرحون¹²⁷⁷ مسألة
طول فيها من ابتياع وخصومة فيها فذكر فيها أن حكما وقع بغير إعذار فاختلف فيه، فذهب منذر
بن إسحاق إلى أن الحكم بغير إعذار غير صواب ولا هو من وجه الحق؛ لأنه من قبيل من لا يجب
قبوله وليس نظره بحجة، قال: وفيه ضعف، وقال مطرف وابن الماجشون إذا لم يكتب الإعذار في
الحكم، وزعم المكتوب عليه بعد موت الحاكم أو عزله أنه لم يمكنه من جرح الشاهد فلا يسمع منه،
والحكم ماض عليه، وقال غيرهما إن دعي إلى الإعذار فإنه يعذر إليه وذلك من حقه، فإن أتى بمدفع
نظر له، وإن لم يأت بمدفع مضى الحكم بالإعذار إليه، ولا يستأنف النظر فيما تقدم من الحكم لغفلة
من غفل عن تتبع حقه. انتهى. ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك بن الحسن من
الاستحقاق أن الغائب على حجته، وله نقض الحكم إذا ظهر ما ينقضه ولو لم ترج له الحجة؛ لأنه
في المسألة المذكورة لم ترج له الحجة، وفي أثناء شرح المسألة الأخيرة من رسم طلق من سماع ابن القاسم
من طلاق السنة في تعليل المسألة؛ لأن الشهادة لا يجب الحكم بها إلا بعد الإعذار إلى المشهود عليه.
انتهى. وانظر مختصر الواضحة في باب ما يفسخ فيه حكم القاضي. والله أعلم.

ص: وتُدْبَرُ تَوْجِيهٌ مُتَعَدِّدٌ فِيهِ ش: الضمير المجرور بفي يعود على الإعذار المدلول عليه بقوله
وأعذر؛ يعني أنه يستحب للقاضي إذا وجه من يعذر إلى أحد فليوجه إليه متعددا. قال في معين
الحكام: ينبغي للقاضي أن لا يحكم على أحد حتى يعذر برجل أو رجلين وإذا أعذر بواحد أجزاءه.
انتهى.

ص: ومُوجَّهَةٌ ش: وكذا لا إعذار فيمن يوجهه القاضي في الإعذار إلى شخص أو غيره. قال في تبصرة
ابن فرحون: مسألة: قال أبو إبراهيم: ولا يعذر القاضي فيمن أعذر به إلى مشهود عليه من امرأة أو
مريض لا يخرجان.

مسألة: ولا يعذر في الشاهدين اللذين يوجههما لحضور حيازة الشهود لما شهدوا فيه من دار أو عقار،

1276 - في المطبوع فنظر وما بين المعقوفين من ما يابى 102.

1277 * - في يحيى 410 وفتاوى البرزلي ج 4 ص 96 وحكى ابن حدير ص 132.

نص خليل
وَأَنْ أَنْكَرَ مَطْلُوبُ الْمَعَامَلَةِ فَالْبَيِّنَةُ ثُمَّ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةٌ بِالْقَضَاءِ بِخِلَافٍ لَا حَقَّ لَكَ عَلَيَّ وَكُلُّ دَعْوَى لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِعَدَلَيْنِ فَلَا يَمِينَنَ بِمُجْرَدِهَا وَلَا تُرَدُّ كِنِكَاحٍ وَأَمَرَ بِالصُّلْحِ ذَوِي الْفَضْلِ وَالرَّحِمِ كَأَنْ حَشِيَّ تَفَاقَمَ الْأَمْرَ وَلَا يَحْكُمُ لِمَنْ لَا يَشْهَدُ لَهُ عَلَى الْمُخْتَارِ.

متن الخطاب
وقال ابن سري: سألت ابن عتاب عن ذلك فقال لا إعدار فيمن وجه للإعدار، وأما الموجهان للحيازة فيعذر فيهما وقد اختلف فيهما.

مسألة: وكذلك الشاهدان الموجهان لحضور اليمين لا يحتاج إلى تسميتهما؛ لأنه لا إعدار فيهما على المشهور من القول؛ لأن القاضي أقامهما مقام نفسه، وقيل لا بد من الإعدار فيهما.

مسألة: وكذلك الشهود الذين يحضرون تطليق المرأة وأخذها بشرطها في مسائل الشروط في النكاح لا يحتاج إلى تسميتهم؛ لأنه لا إعدار فيهم. انتهى. قال والدي حفظه الله: ولعل المؤلف أشار إلى جميع ذلك وما أشبهه/ بقوله: "وموجهه". والله أعلم.

ص: وإن أنكر مطلوب المعاملة إلى قوله لا حق لك علي ش: تقدم الكلام على هذه المسألة في باب الوكالات عند قول المصنف: "أو أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف" وانظر الباب السادس والخمسين في القضاء بموجب الجحود من القسم الثاني من التبصرة، وانظر رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

فرع: قال في أول رسم من سماع عيسى من كتاب المديان فيمن ادعى على رجل بحق، فقال المدعى عليه لا أعرفك، ولا كانت بيني وبينك خلطة قط، ثم ادعى بعد ذلك المدعى عليه قبل المدعي بحق وأتى عليه ببينة. قال: لا أرى أن تنفعه بيئته إلا أن تكون بعد ذلك خلطة. ابن رشد: إن أقام بينة عليه من معاملة قائمة قبل إنكاره لم ينتفع بها، وأما إن أقام البينة بحق له من معاملة حديثة بعد إنكاره قضي له بها وإن لم تكن بينهما خلطة، وإن قالت البينة لا ندري هل كانت المعاملة قبل الإقرار أو بعده، فالقول قول الطالب مع يمينه أنها بعد الإقرار. انتهى./

ص: وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردهما ش: قال في المسائل الملقوطة: وفي أحكام ابن سهل: وإن ادعى عليه أنه قذفه لم تجب عليه اليمين، إلا إن شهدت بينة بمنازعة وتشاجر كان بينهما، فتجب اليمين حينئذ. انتهى. وقال الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار: وإذا ادعى رجل على رجل أنه عبده وأنكر الآخر ذلك فلا قول للمدعي إلا ببينة، ولا يمين على المدعى عليه وهو حر، وإذا كان عبد بيد رجل مقر له بالملك ثم ادعى بعد ذلك الحرية فعليه البينة. انتهى. وانظر بقية فروع المسألة فيها. والله أعلم.

ص: ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار ش:

تنبيه: قال ابن فرحون في تبصرته في الركن الثالث المقضي له: مسألة: وفي ابن يونس لا ينبغي للقاضي أن يحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه وإن رضي الخصم، بخلاف رجلين رضيا بحكم رجل. انتهى.

133

134

فرع: قال ابن الحاجب: ولا يحكم على عدوه قال في التوضيح: هو متفق عليه، واتفاقهم هنا واختلافهم في الأولى يعني الحكم للقرابة يدل على أن مانع العداوة أقوى من مانع المحبة. انتهى. وسيقول المصنف: "إن مما ينتقض فيه حكم القاضي حكمه على عدوه، وهو كذلك، وصرح به في النوادر، وقال فيها أيضا: قال سحنون: أصله أن من لا تجوز شهادته عليه فلا يجوز أن يقضي عليه، ولا أن يحكم برد شهادته، ولينفذ شهادته غيره إذا ولي في ذلك الشيء وفي غيره، وقاله ابن المواز إذا ثبت أن بينه وبين القاضي الذي رد شهادته عداوة. انتهى. وممن تجوز شهادته عليه يتيم عدوه على الأصح فيصح حكمه عليه. والله أعلم.

متن الخطاب

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ لأشهب في المجموعة وكتاب ابن سحنون: لا يجوز أن يقضي القاضي لنفسه، ولابن رشد في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، فيعاقبه ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، ودليله قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة هذه الرواية الصحيحة. انتهى. يعني بقوله هذه الرواية الصحيحة قطعه باعترافه فإنه روي أنه قطعه بالبينة، والأول أصح. قاله ابن رشد في الرسم المذكور من كتاب الأفضية، ولم يذكر ابن رشد ما تقدم إلا على أنه المذهب، ونصه: قيل لمالك رأيت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول له قد ظلمتني؟

قال إن ذلك ليختلف ولم يجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قاله إذا أراد بذلك أذاه وكان القاضي من أهل الفضل أن يعاقبه. ابن رشد: وهذا كما قال لأن للقاضي الفاضل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب إليه الظلم والجور مواجهة أهل مجلسه بخلاف ما يشهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب؛ لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار، وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به أي بإقراره ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة، والأصل في ذلك قطع أبي بكر رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة، وإن كان في حديث¹ الموطأ فاعترف به [الأقطع¹²⁷⁸] أو شهد عليه على الشك فالصواب ما في غير الموطأ أنه اعترف به من غير شك؛ إذ لو لم يعترف 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 رضي الله عنه لعبد الله بن الحضرمي لما جاءه بغلامه فقال إن هذا سرق [مرأة لامرأتي¹²⁷⁹] لا قطع عليه هذا خادمكم سرق متاعكم، ألا ترى أن الرجل لا يجوز أن يشهد لنفسه فإن كان يحكم بالإقرار في [ماله¹²⁸⁰] كما يحكم به في مال غيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه، كما

الحديث

1 - مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلاً من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق فشكا إليه أن عامل اليمن قد ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر وأبيك ما ليك بليل سارق ثم إنهم فقدوا عقداً لاسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلبي عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به فاعترف به الاقطع أو شوهد عليه به فأمر به أبو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر والله لدعاؤه على نفسه أشد عندي عليه من سرقة، مالك في الموطأ، كتاب الحدود، ط. دار الفكر، رقم الحديث 1581.

1278 - في المطبوع لاقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 ويحيى ص 66 وبم ص 59 و م ص 48

وما يابى 104.

1279 - في المطبوع مرة لامرأتي وما بين المعقوفين من الموطأ، كتاب الحدود، ص 755.

1280 - في المطبوع مال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 ويحيى ص 66 وبم ص 60 و م ص 48 وما يابى 104.

وُنَبِّدَ حُكْمَ جَائِرٍ وَجَاهِلٍ لَمْ يُشَاوِرْ وَإِلَّا تُعَقَّبَ وَمَضَى غَيْرُ الْجَوْرِ وَلَا يُتَعَقَّبُ حُكْمُ الْعَدْلِ وَالْعَالِمِ وَتُقَضَّ وَبَيِّنَ السَّبَبُ مُطْلَقًا مَا خَالَفَ قَاطِعًا أَوْ جَلِيًّا قِيَاسَ كَاسْتِسْعَاءٍ مُعْتَقٍ وَشَفْعَةَ جَارٍ وَحُكْمَ عَلَى عَدُوٍّ أَوْ بِشَهَادَةِ كَافِرٍ أَوْ بِيَرَاثِ ذِي رَحِمٍ أَوْ مَوْلَى أَسْفَلَ أَوْ يَعْلَمُ سَبْقَ مَجْلِسِهِ أَوْ جَعَلَ بَتَّةً وَاحِدَةً أَوْ أَنَّهُ قَصَدَ كَذًّا فَأَخْطَأَ بَيِّنَةً أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُ قَضَى بَعْبِدَيْنٍ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ كَأَحَدِهِمَا إِلَّا بِمَالٍ فَلَا يُرَدُّ إِنْ حَلَفَ وَإِلَّا أَخِذَ مِنْهُ إِنْ حَلَفَ وَحَلَفَ فِي الْقِصَاصِ خَمْسِينَ مَعَ عَاصِيهِ وَإِنْ نُكِّلَ رُدَّتْ وَغَرِمَ شُهُودٌ عَلِمُوا وَإِلَّا فَعَلَى عَاقِلَةِ الْإِمَامِ.

متن الحطاب يحكم به في عرض غيره لما يتعلق في ذلك من الحق لله؛ لأن الجراءة على القضاة والحكام بمثل هذا توهين لأمرهم وداعية إلى الضعف عن استيفاء الحقائق في الأحكام، فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجاوز والعفو، وقاله في الواضحة. انتهى.

135 فرع: قال ابن عرفة: قال اللخمي: وما اجتمع فيه حق له ولله في جواز / حكمه فيما هو لله كمن شهد عنده عدلان بأنه سرق من ماله ما يقطع فيه، في حكمه بقطعه قولاً ابن المواز وابن عبد الحكم. قلت: هذا يوهم أن قول محمد إنما هو فيما شهد به عدلان، وفي النوادر ما نصه: قال أشهب في المجموعة إن أخذ القاضي [من سرقه¹²⁸¹] فله قطعه ولا يحكم عليه بالمال، وكذا في الموازية وفي المجموعة، وكذا في محارب قطع عليه الطريق فليحكم عليه بحكم المحارب ولو جاء تائباً. فرع: مما يجري مجرى القاضي في المنع من الحكم لمن يتهم عليه المفتي؛ يعني لمن يتهم عليه ممن لا تجوز شهادته له، وينبغي للمفتي الهروب من مثل هذا. انتهى من الركن الثالث المقضي له. فرع: قال الأقفهسي في شرح المختصر في آخر باب الأقضية: وسئل ابن أبي زيد هل يجوز الحكم للمغترقي الذم بالغصوب المتنعين باليد القاهرة على أحد أو لا يجوز الحكم لا لهم ولا عليهم، وما لم يعلم له مالك بعينه ولا هو عين المغصوب مما بأيديهم فهل يحكم له بحكم الفيء أم لا؟ فأجاب: من كان مغترق الذمة فلا يحكم له [بما ليس له ولو كان عين الغصب، وما بأيديهم¹²⁸²] إذا لم يعلم له مالك معروف، ولا يعرف وارث مالكة، ولا من يستحقه على حال من الأحوال، ولا يمكن أن يتحاصص في ماله [بتحرر¹²⁸³] ولا غيره؛ إذ لا يحصل ما غصب ولا [قربه¹²⁸⁴] ولا يمكن تحريه فإن كان [فيمن¹²⁸⁵] غصبه فقراء فيفرق [بينهم¹²⁸⁶]، ويعطى منهم من كان صغيراً قدر ما يرى وإن كان لا يوجد فيمن غصبه مستحق للصدقة كان حكمه حكم الفيء، وذلك حكم ما في بيت المال ينظر ما هو أنفع يعمل به إما الصدقة أو بناء القناطر أو جميع ما يصرف فيه متاع بيت المال، وقد وقع في هذا قولان أحدهما يوضع ذلك في بيت المال والآخر في الفقراء، وهي ترجع إلى قول واحد. انتهى. ص: ونبذ حكم جائر الخ ش: هذا كما قال القضاة ثلاثة الأول الجائر فتنبذ أحكامه كلها أي تطرح

- 1281 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويحيى ص 66 ويم ص 60 و م ص 48 وما يابى 105.
1282 - في المطبوع وما يابى 105 ويم 60 وم 49 ولو كان عين الغصب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 135 ويحيى 66.
1283 - في المطبوع وما يابى 105 بتجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويحيى ص 66 ويم ص 60 و م ص 49.
1284 - في المطبوع ويحيى قرينة ص 66 أقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويم ص 60 و م ص 49 وما يابى 105.
1285 - في المطبوع وما يابى 105 ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135.
1286 - في المطبوع ويحيى ص 66 ويم ص 60 و م ص 49 فيهم وما يابى 105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135.

136 وترد، سواء/ كان عالما أو جاهلا، وظاهره ولو علم أن ما حكم به حق، والثاني الجاهل فإن كان لم يشاور العلماء نبذ حكمه مطلقا أيضا؛ لأن أحكامه كلها باطلة؛ لأنها بالتخمين وإن كان يشاور العلماء تعقبت أحكامه وأمضى منها ما ليس فيه جور، ونبذ الآخر، والثالث العدل العالم فلا تتعقب أحكامه ولا ينظر فيها، إلا أن يرفع أحد قضيته ويذكر أنه حكم فيها بغير الصواب فينظر في تلك القضية وتنقض إن خالفت نصا قاطعا أو جلي قياس. قال في العمدة: وإذا حكم بحكم لم يكن له ولا لغيره نقضه إلا أن يحكم بجهل أو يخالف قاطعا أو يكون جورا بينا. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: وفي مختصر الواضحة: وعلى القاضي إذا أقر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبيننة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح، ولا تجوز ولايته أبدا ولا شهادته وإن أحدث توبة وصلحت حالته بما إجتزم في حكم الله تعالى. انتهى./

متن الخطاب

137

فرع: اختلف في أحكام العمال فظاهر قول مالك في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية أنها محمولة على الرد حتى يتبين أنها كانت أمضيت بحق فتجوز، وهو خلاف ما وقع من قوله في المدونة فيما قضت فيه ولاية المياه أن ذلك جائز، إلا أن يكون جورا بينا؛ لأن هذا يقتضي أنها على الإجازة فلا ينظر فيها ولا تتعقب ما لم يتبين فيها الجور البين، وهذا الاختلاف إنما يصح في غير العدل من الولاية فمرة رأها جائزة ما لم يتبين الجور، وهو مذهب أصبغ، ومرة رأها مردودة ما لم يتبين فيها الحق، وهذا هو اختيار ابن حبيب، وأما العدول منهم فلا اختلاف أن أحكامهم محمولة على الجواز، وأنها لا يرد منها إلا ما تبين فيه الجور، ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على العدل وما في سماع ابن القاسم على غيره، فلا يكون اختلاف من قول مالك.

فرع: قال ابن رشد: وإن جهل حاله فالذي أقول به أنه ينظر إلى الذي ولاه، فإن كان عدلا فهو محمول على العدالة، وإن كان جائرا يولي غير العدول، فهو محمول على غير العدالة وإن كان غير عدل، إلا أنه لا يعرف بالجور في أحكامه وتوليته غير العدول جرى ذلك على الاختلاف في جواز أحكامه. انتهى. وفي شرح مسلم للقرطبي في كتاب الإمارة في بعث معاذ وأبي موسى رضي الله عنهما إلى اليمن وقتل المرتد قال: وفيه -يعني الحديث¹- حجة على أن لولاية الأمصار إقامة الحدود في القتل والزنا وغير ذلك، وهو مذهب كافة العلماء مالك والشافعي وأبي حنيفة وغيرهم، واختلف في إقامة ولاية المياه وأشباههم لذلك، فرأى ذلك أشهب لهم إذا جعل ذلك الإمام لهم، وقال ابن القاسم نحوه، وقال الكوفيون لا يقيم إلا فقهاء الأمصار ولا يقيمهم عامل السواد، واختلف في القضاة إذا كانت ولايتهم مطلقة غير مقيدة بنوع من الأحكام، فالجمهور على أن جميع ذلك لهم من إقامة الحدود وإثبات الحقوق وتغيير المنكر والنظر في المصالح، قام بذلك قائم أو اختص بحق الله، وحكمه عندهم حكم الوصي المطلق في كل شيء إلا ما يختص بضبطه بيضة الإسلام من إعداد الجيوش وجباية الخراج. انتهى. ونحوه لعياض في الإكمال.

فرع: قال ابن رشد أيضا: واختلف الشيوخ عندنا في أحكام ولاية الكور فأماها أبو إبراهيم، ولم

نص خليل وفي القطع حلف المقتوع أنها باطلة ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب أو خرّج عن رأيه أو رأي مقلّده.

متن الخطاب يجزها للؤلئي حتى يجعل إليه مع القيادة والنظر في أمور الكورة النظر في الأحكام، واستحسن ابن أبي زمنين إذا كان للكورة قاض قد أفرد للنظر في الأحكام أن لا يجوز حكم الولاية، وإن لم يكن لها قاض أن يجوز حكمهم؛ لما للناس في ذلك من الرفق، وهذا أحسن الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأنه إذا ولي مع القائد حاكم فقد بان أنه حجر عليه الحكم في الأحكام، وإذا لم يول معه وجب أن يجوز حكمه كما قال مالك في ولاية المياه. انتهى من الرسم المذكور وولاية المياه. قال في التنبيهات: وولاية المياه البوادي الذين يسكنون على المياه خلاف أهل الأمصار. انتهى.

ص: وفي القطع حلف المقتوع أنها باطلة ش: يعني فإن كانت الشهادة في قطع فإن شهدا أن هذا قطع يد هذا عمدا ثم تبين أن أحدهما عبد أو كافر أو صبي أو فاسق فإنه يحلف المحكوم له بالقصاص، فإن نكل حلف المقتوع يده على رد شهادة الشاهد واستحق دية يده. قال ابن عبد السلام: وحكمها حكم الدية في المسألة الأولى - يعني مسألة القصاص - فيكون الحكم على ما قال المصنف أن الغرم على الشهود إن علموا، وإلا فعلى عاقلة الإمام، وفي كتاب الحدود من المدونة: وإن شهدا عليه بقطع يد رجل عمدا فاقصص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد أو من لا تجوز شهادته لم يكن على متولي القطع شيء. قال: وهذا من خطب الإمام. قال أبو الحسن في المهمات: قلت: فهل للمقتص منه على الذي اقتص له [شيء؟ قال: ¹²⁸⁷] لم اسمع عن مالك فيه شيئا [ولا أرى له شيئا. ¹²⁸⁸] قلت: فهل على الذي اقتص شيء؟ قال: لا. وهذا من خطب الإمام اللخمي يريد إذا لم

يعلم الحر أن الذي معه عبد. انتهى. / 138

ص: ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب الخ ش: هذا ما دام على ولايته التي حكم فيها بذلك الحكم. قال في وثائق الجزيري: وللقاضي الرجوع عن حكمه فيما فيه الاختلاف ما دام على خطته، وليس لمن ولي بعده نقض ذلك الحكم إذا وافق منه قول قائل، وإن كان ضعيفا، وكذلك ليس له هو نقضه إن عاد إلى الحكم بعد العزل وللقاضي فسخ حكم قاض حكم على من بينه وبينه عداوة أو بين أبويهما أو بين الحاكم وأبي المحكوم عليه، ولا ينفذ حكمه عليه، وكذلك حكم الشهادة عليه وإن كان عدل خلق الله، وقد قال ابن القاسم لا تجوز شهادته عليه ولو كان مثل سليمان. ابن القاسم: وكان سليمان هذا في غاية من الزهد والورع، ولو كانت العداوة في الله لجازت أحكامه وشهادته. انتهى. وقال في المتطية في كتاب الأفضية للقاضي: الرجوع عما حكم به وقضى فيه مما فيه اختلاف بين أهل العلم وفيما تبين له فيه الوهم ما دام على قضائه، فإن عزل أو مات نفذ حكمه ولم يكن لغيره فسخه ما لم يتبين فيه جورا ويكون قد قضى بخطأ لا اختلاف فيه بين أهل العلم وما حكم فيه مما

1287 - في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 137 ويحيى ص 67 ويم ص 61 و م ص 49 وما يابى 106.

1288 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 137 ويحيى ص 67 ويم ص 61 و م ص 49

وَرَفَعَ الْخِلَافَ لَا أَحَلَ حَرَامًا وَنَقَلَ مَلِكٌ وَفَسَخُ عَقْدٍ وَتَقَرَّرُ نِكَاحٌ بِلَا وِلِيِّ حُكْمٍ لَا أُجْبِزُهُ أَوْ أُفْتَى وَلَمْ يَتَّعَدَّ لِمُمَاثِلٍ بَلْ إِنْ تَجَدَّدَ فَالْإِجْتِهَادُ.

متن الخطاب فيه اختلاف، وإن كان وجهها ضعيفا فلا يحل لأحد سواه فسخه. قال ابن القاسم: وكذلك إن عزل القاضي ثم صرف إلى خطة فليس له أن ينقض ما حكم به إلا ما يكون له من نقض قضاء غيره وعزله وتوليته كعزله وتوليته غيره، ثم نقل عن ابن عبد الحكم أنه ليس له رجوع عما حكم به ثم ذكر أن الخلاف إنما هو إذا حكم بذلك وهو يراه باجتهاده، وأما إن قضى بذلك وهلا أو نسيانا أو جهلا فلا ينبغي الخلاف في أنه يجب عليه أن يرجع عنه إلى ما رأى؛ إذ قد تبين له الخطأ. انتهى. وقال البرزلي في أوائل مسائل القضاء: ابن يونس في المجموعة عن أشهب: إذا اشتكى رجل القاضي أنه جار عليه وحكم عليه بغير الحق فيكشف عن ذلك، فإن أخطأ في رأيه وتبين للعلماء نهاه عن إنفاذه، وإن خف على الإمام جمعهم عنده فعل، وإلا أقعد معه رجالا من أهل العلم والصلاح ويأمرهم بالنظر فيه، ولا ينفرد دونهم، ولا ينفعه قوله كنت حكمت قبل قعودهم؛ لأنه مدع إلا أن يقيم بينة أنه كان حكم فينظر في ذلك الإمام، فإن كان صوابا أو فيه خلاف مضى وإلا فسخ. انتهى.

ص: ورفع الخلاف لا أحل حراما ش: قال في النوادر في كتاب الأقضية في ترجمة ما يحل بحكم

الحاكم: ولو طلق امرأته ألبتة فخاصته إلى من يراها واحدة، والزوجة مذهبها أنها ثلاث، والزوج أيضا ممن يرى أن ألبتة ثلاث/ فلا يحل للزوج أن يقربها حتى تنكح زوجا غيره، ولا يبيح له الحاكم أن تمكنه من نفسها حتى تنكح زوجا غيره من قبل أن الحكم لا يحل لهما ما هو عليهما حرام، وكذلك لو قال لعبد أسقني الماء، يريد بذلك عتقه والسيد يرى أنه لا يلزمه في مثل هذا عتق وإن نواه والعبد يراه عتقا، فللعبد في هذا أن يذهب حيث شاء بما حكم له، ولو قال لزوجه اختاري فقلت قد اخترت نفسي وهي تذهب إلى أن الخيار ثلاث، والزوج يراه واحدة فإن الحكم لا يبيح للمرأة أن تمكن الزوج منها ولتمنعه جهدها، ولو رفعها إلى قاض يرى الخيار طلقة فارتجعها الزوج فلا يبيح لها الحكم ما هو عندها حرام، ولا يحل لها أن يأتيها الزوج إلا وهي كارهة. انتهى.

ص: ونقل ملك وفسخ عقد وتقرر نكاح بلا ولي حكم ش: تصوره واضح. قال في تبصرة ابن فرحون في الفصل الثاني من القسم الأول من الركن السادس في كيفية القضاء ما نصه: اعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ، وذلك في مسألة مختلف فيها، ومثار الخلاف [فيها]¹²⁸⁹ [اجتهادي؛ أي ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ، وأما ما يتبع ذلك من الأحكام والعوارض فذلك القاضي بالنسبة إليها كالمفتي، وكذلك لو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ في ولاية ذلك القاضي ولم ترفع إليه، أو رفعت إليه ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات، فإنها تحتاج إلى إنشأ نظر آخر من القاضي الأول أو من القاضي الثاني، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات لا بالكليات. انتهى.

كَفَسَخِ بَرَضِ كَبِيرٍ وَتَأْبِيدِ مَنْكُوحَةٍ عِدَّةٍ وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَلَا يَدْعُو لِصَلْحٍ إِنْ ظَهَرَ وَجْهُهُ وَلَا يَسْتَنْدُ لِعَلْمِهِ إِلَّا فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرَحِ كَالشُّهْرَةِ بِذَلِكَ.

فرع: إذا باع الحاكم على مفلس أو يتيم أو فعل عقدا من العقود فهل ذلك حكم منه بذلك الفعل أم لا؟ الظاهر أنه ليس بحكم، وقد نقل في التوضيح في بيع البراءة عن المازري ما يقتضى ذلك. والله أعلم. وانظر تبصرة ابن فرحون، فإنه نقل عن القرافي أن ما تولاه من العقود من بيع أو نكاح من في ولايته ليس بحكم.

فرع: قال ابن رشد في نوازله: إشهاد القاضي على نفسه بثبوت العقد عنده حكم بعدالة البينة عنده، فلا يلزم أن يعيد الشهود شهادتهم عند غيره؛ لأن ذلك يوجب أن لا يحكم بشهادتهم إلا بعد علمه بعدالتهم، أو بعد تزكيته عنده، وإذا ثبت عنده أن القاضي الأول أشهد بثبوت العقد عنده قضى بشهادتهم بعد الإعذار دون تزكية وإن لم يعرف عدالة. انتهى. ووقع في كلامه بعد ذكره مسألة تخالف ما ذكره في هذه المسألة.

مسألة: سئلت عن مسألة وهي ما إذا أسند شخص وصيته على أولاده إلى شخص، وأثبت ذلك حاكم مالكي وحكم به فهل للحاكم الحنفي أو غيره أن يثبت رشد/ ذلك المحجور ويفك عنه الحجر؟ فأجبت بأنه إذا حكم المالكي بصحة الوصية فلا ينافي ذلك حكم الحنفي أو غيره بفك الحجر عنده بما يوجب ذلك، وأما إذا حكم المالكي بموجب الوصية للحنفي إذا آتس منه الرشد وثبت ذلك عنده أن يحكم بفك الحجر لثبوت الرشد عنده، وأما إذا أراد أن يفك الحجر بغير ذلك كما يذكر عن الحنفية أن الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة انفك عنه الحجر، وإن لم يؤنس رشده فليس له ذلك لأن ذلك مناف لحكم المالكي بموجب الوصية لأن من موجبها أنه لا ينفك عنه الحجر إلا بایناس الرشد فتأمله. والله أعلم.

فرع: قال القرافي في الفرق الثالث بعد المائتين: الإقطاع حكم من أحكام الأئمة لا ينقض، وذكره في الذخيرة في باب إحياء الموات. والله أعلم.

ص: كفسخ برضاع كبير وتأبيد منكوحة عدة ش: ما ذكره ابن عرفة من البحث مع ابن شاس وتفريقه بين المثالين ظاهر لأن حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح مستلزم لحكمه [بتحريم¹²⁹⁰] رضاع الكبير إذ لا موجب للفسخ سواه، فحكم الثاني بصحة النكاح الثاني رافع لحكم الأول بتحريم رضاع الكبير، فلا يصح حكمه بذلك، بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة فإنه لا يستلزم الحكم بتأبيد حرمتها؛ لأن الفسخ لكون النكاح في العدة فاسدا وتأبيد التحريم أمر وراء ذلك اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح في العدة أم لا؟ وأما الفسخ فلا تعلق له به. نعم وقع في عبارة ابن شاس التي نقلها الجماعة عنه، [ومنهم ابن عرفة¹²⁹¹] أن للقاضي فسخ نكاح المعتدة وحرمتها، فإن كان مرادهم بقولهم حرمتها أنه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر، وإن كان مرادهم أن

* 1290 - في المطبوع لتحريم وما بين المعقوفين من يحيى 413 ويم 86 ومايأبي 108.

* 1291 - في المطبوع منهم ابن عرفة وما بين المعقوفين من يحيى 414 ويم 86 ومايأبي 108 وم 50 وسيد 21.

نص خليل أو إقرار الخصم بالعدالة وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعده لم يفده وإن شهدا بحكم نسيه أو أنكره أمضاه وأنهى لغيره بمشافهة إن كان كل بولايته.

متن الخطاب القاضي حكم بتأبيد تحريمها فكيف يصح حكم القاضي الثاني بصحة النكاح الثاني؟ ولعلمهم فهموا المعنى الأول، وأما على المعنى الثاني فلا يجوز للقاضي الثاني أن يحكم بصحة النكاح الثاني. تنبيهه: لو رفع نكاح النكاح في العدة لقاض ففسخ ثم تزوجها ذلك الزوج بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه فرفع ذلك لقاض يرى تأبيد تحريمها ففسخ النكاح [فلا يصح حينئذ¹²⁹²] لقاض آخر أن يحكم بصحة نكاحها بعد ذلك؛ لأن فسخ هذا النكاح الثاني مستلزم للحكم بتأبيد تحريمها على النكاح في العدة؛ إذ لا مقتضى للفسخ سواه فتأمله. والله أعلم.

ص: أو أقر الخصم بالعدالة ش: انظر ابن عرفة ورسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم من الشهادات، وتقدم كلام ابن رشد على مسألة الرسم المذكور، وما حصله في ذلك في باب الإقرار عند قول المصنف: "لو شهد فلان غير العدل".

ص: وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعده لم يفده ش: تقدم كلام التوضيح عند قول المصنف: "وشهودا" أن الخصم إذا أقر عند الحاكم فالمشهور أنه لا يحكم عليه ابتداء بما أقرب به عنده في مجلسه، حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان، ومقابله أن له ذلك، وكلام المصنف هذا بعد الوقوع والنزول وهو فيما إذا أقر عنده، وحكم عليه قبل أن يشهد على إقراره فأنكر الخصم الإقرار، والمعنى أن الحاكم إذا حكم مستندا لإقرار المحكوم عليه في مجلسه من غير أن يشهد على إقراره مقلدا للقول بجواز ذلك فإن حكمه بذلك لا ينقض كما تقدم، فإذا قال الحاكم حكمت عليه بمقتضى إقراره عندي، فقال المحكوم عليه لم أقر عنده فلا يفده ذلك، والقول قول الحاكم. هكذا فرض المسألة في التوضيح وغيره. قال في النوادر: فإن جهل وأنفذ عليه هو حكمه بما أقر به عنده في مجلس الحكم ولم يشهد عليه بذلك غيره فلينقض هو ذلك ما لم يعزل، فأما غيره من القضاة فلا أحب له نقضه في الإقرار خاصة في مجلس القضاء، وأما ما كان قبل أن يستقضى، أو رآه وهو قاض، أو سمعه من طلاق أو زنا أو غصب أو أخذ مال فلا ينفذ منه شيء، فإن نفذ منه شيء فلا ينفذه أحد غيره من الحكام ولينقضه. انتهى.

فرع: فإذا أنكرت البينة أن تكون شهدت عند القاضي بما حكم به وهو يقول شهدتم وحكمت بشهادتكم فاختلف في ذلك. قال في النوادر في كتاب أدب القضاة في ترجمة القاضي يقول حكمت لفلان ما نصه: قال ابن القاسم في المجموعة في القاضي يقول لرجل قضيت عليك بكذا بشهادة عدول فأنكر وقال ما شهدوا علي، وسئل الشهود فأنكروا، فقال القاضي قد نزعوا قال يرفع ذلك إلى سلطان غيره فإن كان القاضي ممن يعرف بالعدل لم ينقض قضاؤه أنكر الشهود أو ماتوا، وإن لم يعرف بالعدالة لم ينفذ ذلك، وابتدأ السلطان النظر في ذلك، وقاله سحنون. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء. انتهى. وقال اللخمي: إن أنكرت البينة أن تكون شهدت عليه بتلك الشهادة كان فيها قولان هل يقبل قولهما وينقض الحكم أو يمضي ويعد ذلك منهما رجوعا، وقال ابن القاسم يرفع

نص خليل

وَبَشَاهِدَيْنِ مُطْلَقًا وَعَاتَمَدَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ خَالَفَا كِتَابَهُ وَوُدِبَ حَتْمُهُ وَلَمْ يُفِدْ وَحَدَّهُ وَأَدْيَا وَإِنْ عِنْدَ غَيْرِهِ وَأَفَادَ
 إِنْ أَشْهَدَهُمَا أَنَّ مَا فِيهِ حُكْمُهُ أَوْ خَطُّهُ كَالْإِقْرَارِ وَمَيَّزَ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنْ اسْمٍ وَحِرْفَةٍ وَغَيْرِهِمَا فَتَنْفِذُهُ
 الثَّانِي وَبَنَى كَأَنَّ نُقْلَ لِحْطَةِ أُخْرَى وَإِنْ حَدًّا إِنْ كَانَ أَهْلًا أَوْ قَاضِي مِصْرٍ وَإِلَّا فَلَا.

متن الخطاب ذلك الأمر إلى السلطان، فإن كان القاضي عدلا لم ينقض قضاؤه. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء، وقال ابن المواز في كتاب الرجوع عن الشهادة: إذا حكم القاضي بشهادة رجلين على رجل بمائة دينار، ثم أنكر الشاهدان، وقالوا إنما شهدنا بالمائة للآخر المحكوم عليه والقاضي على يقين أن الشهادة كانت على ما حكم قال: فعلى القاضي أن يغرم المائة للمحكوم عليه؛ لأن الشهود شهدوا بخلاف قوله، ولا يجوز للقاضي أن يرجع على المشهود له؛ لأنه يقول حكمت بحق، وهذا خلاف قول ابن القاسم؛ لأنه نقض الحكم فيما بين الحاكم والمحكوم عليه وأغرم المال برجوع البيئنة، وينبغي على أصله إذا كان/ الحاكم فقيرا أن ينتزع المال من المحكوم له ويرد، إلى المحكوم عليه إذا رفع ذلك إلى حاكم غير الأول. انتهى.

142

قلت: وهذا القول غير ظاهر. والله أعلم. ثم قال اللخمي: وإن قال القاضي أنا أشك أو وهمت نقض الحكم فيما بين المحكوم له والمحكوم عليه، ويرجع الأمر إلى ما تقوله البيئنة الآن، ويكون على المحكوم له أن يغرم مائتين، المائة التي قبض والمائة التي شهدت بها البيئنة. انتهى.
 ص: وشاهدين مطلقا ش: قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: 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 قاضيا لم يعزل. انتهى.

تنبيهه: قوله مطلقا يقتضي أنه لا يثبت حكم الحاكم إلا بشاهدين ولو كان المحكوم به مالا وهو مخالف لما سيقوله في الشهادة، فينبغي أن يقيد بذلك، ونقل الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر النكاح الثاني عن ابن رشد أنه قال: المشهور أن حكم الحاكم في المال يثبت بالشاهد واليمين. والله أعلم.

143

ص: ولم يفده وحده ش: يعني أن كتاب القاضي لا يفيد وحده دون إشهاده أن ما فيه حكمه/ أو أنه خطه. قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: ولا يكتفي 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 مكة إلى المدينة، وأما إذا جاء من أعراض المدينة إلى قاضيها كتاب بغير بيئنة فإنه يقبله بمعرفة الخط والختم وبالشاهد الواحد إذا لم يكن هو صاحب القضية؛ لقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدي. قاله ابن حبيب. وقال ابن كنانة وابن نافع في الحقوق اليسيرة خلاف ظاهر قول ابن حبيب وقد كان يعمل فيما مضى بمعرفة الخط والختم دون بيئنة حتى حدث اتهام الناس. قال في رسم الأقضية من سماع أشهب من الوصايا أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته: وفي البخاري أول من سأل البيئنة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى وسوار بن عبد الله العبدى، ذكره في الكلام على فرض القاضي للزوجة نفقتها ثم يموت في كتاب النفقات من المدونة، والمسألة تكلم عليها ابن رشد في أول

نص خليل كَأَنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ وَإِنْ مَيِّتًا وَإِنْ لَمْ يُمَيِّزْ فِيهِ إِعْدَائِهِ أَوْ لَا حَتَّى يُثَبَّتَ أَحَدِيَّتُهُ قَوْلَانِ وَالْقَرِيبُ كَالْحَاضِرِ وَالْبَعِيدَةُ كَالْفَرِيقَةِ قُضِيَ عَلَيْهِ بَيِّينِ الْقَضَاءِ وَسَمَى الشُّهُودَ وَإِلَّا نُقِضَ وَالْعَشْرَةَ أَوْ الْيَوْمَانَ مَعَ الْخَوْفِ يُقْضَى عَلَيْهِ مَعَهَا فِي غَيْرِ اسْتِحْقَاقِ الْعَقَارِ وَحَكَمَ بِمَا يَتَمَيِّزُ غَائِبًا بِالصِّفَةِ كَدَيْنٍ.

متن الخطاب مسألة من رسم جاع فباع من كتاب عيسى من سماع الشهادة. والله أعلم. انتهى. ثم قال: وإذا كتب إليه يسأله عن الشاهد الذي شهد عنده اكتفي في جوابه بمعرفة الخط، دون الشهادة على الكتاب. قاله ابن حبيب. ما لم يكن فيما سأله عنه، فكتب إليه فيه قضية قاطعة، والقياس أنه لا يكتفي بشيء [من ذلك بمعرفة الخط¹²⁹³] إلا فيما قرب من أعراض المدينة على ما تقدم. انتهى.

ص: كَأَنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ ش: قال البرزلي في مسائل النكاح: من شهد عليه بحق فأنكر أن يكون هو المشهود عليه، فذكر ابن رشد أن الأصل أنه هو إذا كان موافقا لما في الوثيقة حتى يثبت أن ثم غيره على صفته ونسبه، فيكون حينئذ الإثبات على الطالب في تعيينه دون غيره، وأحفظ في بعض نوازل ابن الحاج أن الحق يلزم جميع من كان على تلك الصفة اتحد أو تعدد. انتهى. وقوله فيكون حينئذ الإثبات/ على الطالب؛ يعني فإذا أثبت أن ثم غيره على الصفة المذكورة فيكون الإثبات حينئذ على الطالب.

ص: وَالْبَعِيدُ جَدِّ الْخ ش: هذه تسمى يمين الاستبراء ويمين القضاء، وهي تتوجه في الحكم على الغائب والميت، وقد عقد لها في التبصرة فصلا، وذكر ابن سهل في أحكامه أنها إنما تتوجه فيما إذا كان الحق في ذمة الميت، وأما إذا شهدت بينة بأن الميت أقر بهذا الشيء لشخص فإنه يأخذه ولا يمين، وسيأتي مزيد كلام لذلك في باب الشهادة عند قول المصنف: "وإن قال أبرأني موكلك الغائب".

مسألة: قال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب المناقب في شرح قوله: {من ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار¹} وفي رواية مسلم والإسماعيلي {من ادعى ما ليس له فليس منا وليتبوأ مقعده من النار²} وهو أعم مما تدل عليه رواية البخاري، ويؤخذ من رواية مسلم تحريم الدعوى بشيء ليس هو للمدعي، فيدخل فيه الدعوى الباطلة كلها، واستدل به ابن دقيق العيد للمالكية في تصحيح الدعوى على الغائب بغير مسخر؛ لدخول المسخر في دعوى ما ليس له وهو يعلم أنه ليس له، والقاضي الذي يقيمه أيضا يعلم أن دعواه باطلة. قال: وليس هذا القانون منصوصا في الشرع حتى يخص به عموم هذا الوعيد، وإنما المقصود إيصال الحق لمستحقه فترك مراعاة هذا القدر وتحصيل المقصود من إيصال الحق لمستحقه أولى من الدخول تحت هذا الوعيد العظيم. انتهى. وكلام ابن دقيق العيد المذكور رأيته في شرح العمدة له في كتاب اللعان فليُنظر فيه. والله أعلم./

الحديث 1 - عن أبي ذر رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر، ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار، البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2508.

2- مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، رقم الحديث، 61، ط. دار إحياء التراث العربي.

¹²⁹³ - في المطبوع من ذلك إلا بمعرفة الخط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 143 وما يابى 109 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51.

نص خليل وَجَلَبَ الْخَصْمَ بِخَاتَمٍ أَوْ رَسُولٍ إِنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةِ الْعُدْوَى لَا أَكْثَرَ كَسْتَيْنَ مِيلاً إِلَّا بِشَاهِدٍ.

متن الخطاب ص: وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة العدو ش: قال القرافي في الفرق الخامس والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما تجب [1294] إجابة الحاكم فيه إذا دعاه إليه وبين قاعدة ما لا تجب إجابته فيه: إن دعي من مسافة العدو فما دونها وجبت الإجابة؛ لأنه لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك، ومن [أبعد] 1295 من المسافة لا تجب الإجابة، وإن لم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة، أو له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم لا تجب الإجابة، فإن كان قادراً على أدائه لزمه أدائه ولا يذهب إليه، ومتى علم خصمه إيساره حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم، وإن دعاه وعلم أنه يحكم عليه [بجور] 1296 لم تجب الإجابة، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية، وإن كان الحق موقوفاً على الحاكم كتأجيل العنين يخير الزوج بين الطلاق فلا تجب الإجابة، وبين الإجابة فليس له الامتناع منها، وكذلك القسمة المتوقفة على الحكم يخير بين تمليك [حصته] 1297 لغريمه وبين الإجابة فليس له الامتناع، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحكام.

وإن دعي إلى حق يختلف في ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته وجب؛ لأنها دعوى حق، أو يعتقد عدم ثبوته لم تجب لأنه مبطل، وإن دعاه الحاكم وجبت له؛ لأن المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد ومتى طُلب بحق وجب عليه على الفور كرد المغصوب وجب أدائه في الحال، ولا يحل له أن يقول لا أدفعه إلا بالحكم؛ لأن المطل [ظلم] 1298 ووقوف الناس عند الحاكم صعب، وأما النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها إن كانت للأقارب، وإن كانت للزوجة أو الرقيق يخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الإجابة. انتهى.

ونقله في الذخيرة في أول كتاب الدعاوي، وصدده بقوله إذا دعي خصم من مسافة العدو فما دونها وجبت الإجابة إلى آخره، وذكر ما تقدم فدل على أن مسافة العدو هي مسافة القصر، وفي المسائل الملقوطة اختلف العلماء هل يحضر الحاكم المطلوب بمجرد الدعوى أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب، والذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضر حتى يبين [المدعي] 1299 أن للدعوى أصلاً، وهي رواية عن أحمد، ونقل عن الشافعي وأبي حنيفة، وعن أحمد في رواية أنه يحضر بمجرد الدعوى، والأول أولى لأن الدعوى قد لا تتوجه، فيبعث إليه من مسافة العدو ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليه كثير من مصالحه، وربما كان حضور بعض الناس والدعوى عليه بمجلس

الحديث

1294 - في المطبوع ويم ص 66 و م ص 51 تجب فيه إجابة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 415 وما يابى 110.

1295 * - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من يحيى ص 415 ويم 87 وما يابى 110 وم 51 وسيد 22 والفرق ج 4 ص 1220.

1296 - في المطبوع بجبروما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51 وما يابى 110.

1297 - في المطبوع صحته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51 وما يابى 110.

1298 - في المطبوع ظلماً وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51 وما يابى 110.

1299 - في المطبوع للمدعى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 67 و م ص 51 وما يابى 111.

وَلَا يُزَوِّجُ امْرَأَةً لَيْسَتْ بَوْلَايَتِهِ وَهَلْ يُدْعَى حَيْثُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَبِهِ عُمَلٍ أَوْ الْمُدْعَى وَأَقِيمَ مِنْهَا وَفِي تَمْكِينِ الدَّعْوَى لِغَائِبٍ بِلَا وَكَالَةٍ تَرَدُّدٌ.

الحكام [مزرية¹³⁰⁰] به، فيقصد من له غرض فاسد أذى من يريد بذلك من التبصرة. انتهى.
ص: ولا يزوج امرأة ليست بولايته ش: مسألة: وقعت وهي امرأة في/ بلاد الشحر من اليمن تزوجها رجل مغربي، ثم سافر عنها إلى جهة مصر ولم يترك لها نفقة ولا ما [ينفق عليها¹³⁰¹] وكتب إليه فلم يطلق ولم يرسل بنفقة وليس ببلدها من يطلق عليه، لكونها بنت قاضي ذلك البلد، فهل لقاضي مكة أن يطلق عليه؟ فأجاب القاضي أبو القاسم بن أبي السعادات الأنصاري المالكي بأن [لن¹³⁰²] يرى الحكم على الغائب أن يحكم بالفسخ وتمكن المرأة من إيقاع طلاقه بعد إثبات الفصول المعتبرة في ذلك شرعا إذا حضرت المرأة المذكورة أو وكيلها، ويكتب الحاكم لعدول بلدها بما ثبت عنده ويأمرهم بتحليفها وتمكينها من إيقاع طلاقه عليها. والله أعلم.

ص: وهل [يداعى¹³⁰³] حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعى وأقيم منها ش: هذا نحو ما ذكره في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الحكم على الغائب، وقال ابن عبد الحكم إن كان له بالبلد مال أو حميل إلى آخره، وعليه شرحه الشراح، والذي في تبصرة ابن فرحون إنما هو إذا كان الشيء المدعى فيه في غير بلد المدعى عليه، فقال ابن الماجشون إنما الخصومة حيث المدعى فيه، وقال مطرف وأصبغ حيث المدعى عليه. والله أعلم. وقال أبو الحسن لما ذكر بعض الكلام في هذه المسألة في أوائل كتاب الشفعة في مسألة ما إذا كانت الدار غائبة والشفيع والمشتري حاضرا قال: وهذا كله في الأصول وأما ما يتعلق بالذم فحيث لقي الطالب المطلوب. انظر نوازل سحنون. انتهى.
وانظر أحكام ابن سهل في الجزء الثاني من الأقضية. والله أعلم.

ص: وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد ش: أشار بالتردد إلى الخلاف في الطرق التي ذكرها في التوضيح وذكرها ابن عرفة وغيره. اهـ.

تنبيه: هذا الخلاف في الدعوى ممن لا تعلق له بالشيء المدعى فيه، [وأما¹³⁰⁴] من له فيه تعلق لاستيفاء حقه منه فهل له المطالبة بذلك أم لا؟ لم أر في ذلك كلاما شافيا، والذي تقتضيه نصوص المذهب الآتي ذكرها أن تلخص قاعدة من ذلك، وتجعل المسألة على ثلاثة أوجه؛ وهي أن هذا المدعى إن تعلق به الشيء المدعى فيه، ودخل في ضمانه وهو مطالب به فله المخاصمة فيه والدعوى وإثبات ملك الغائب وتسلمه، وإن لم يكن في ضمانه فإما أن يريد أن يستوفي من ذلك المدعى فيه شيئا له في

1300 * - في المطبوع مزر ويحيى 415 ومايبي 111 مزرى.

1301 * - في المطبوع تتفق عليه وما بين المعقوفين من يحيى 415.

1302 * - في المطبوع لم وفي يحيى 415 وم 51 ومايبي 111 بان لم ير.

1303 - في المطبوع يراعى ويحيى ص 72 و ذي وم ص 51 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ومايبي 111.

1304 - في المطبوع بإذن من صاحبه أو بغير إذنه أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ويحيى ص 72 ويم

ص 67 و م ص 51 ومايبي 111.

ذمة المالك الغائب أم لا، فإن كان الأول جاز له أن يدعي ويثبت ملك الغائب أيضا، وإلا لم يمكن من الدعوى، فمن القسم الأول الغاصب إذا غصبه غاصب آخر، والمستعير إذا كان الشيء مما يغاب عليه والمرتهن كذلك والحميل [ونحو¹³⁰⁵] ذلك. قال في نوازل سحنون من كتاب الغصب: سئل سحنون عن رجل من العمال أكره رجلا أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعه يدفعه إليه، فأخرج له ما أمره به فدفعه إليه، ثم عزل ذلك/ العامل الغاصب، ثم أتى المغصوب منه المتاع، فطلب ما غصب، فهل يكون له أن يأخذ بماله من شاء منهما إن [شاء الأمر¹³⁰⁶] وإن شاء المأمور؟ فقال: نعم له أن يأخذ بماله من شاء منهما، قيل له: فإن أخذ ماله من الذي أكره على الدخول هل يرجع هذا الذي غرم على العامل الذي أكرهه على الدخول؟ فقال: نعم، قيل له: فإن عزل الأمير الغاصب، وغاب المغصوب منه المتاع فقام هذا المكره على الدخول في بيت الرجل على الأمير الغاصب لهذا المتاع ليغرمه إياه ويقول أنا المأخوذ به إذا جاء صاحبه هل يعدى عليه؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالقتل والغصب لا يصح بإجماع، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حق لمخلوق من الأقوال باتفاق، ومن الأفعال على اختلاف، وقد مضى تحصيل القول في هذا في رسم حمل صبي من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وأما قوله بأنه يقضى للمكره على الدخول في بيت [الرجل على العامل¹³⁰⁷] بالمال؛ لأنه هو المأخوذ به ففيه نظر والذي يوجبه النظر أن يقضى له بتغريمه إياه ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه انتهى. ونقله في التوضيح وقبله، وكذلك ابن عرفة، لكن قال أثره: قلت: الأظهر تمكينه منه؛ لأنه لو هلك في الوقت لضمنه؛ لأنه على حكم الغصب باق. انتهى. وأما قوله إن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالغصب والقتل لا يصح بإجماع فليس كذلك بل فيه الخلاف حسبما نقله في التوضيح وابن عرفة وغيره، وقالوا أيضا في باب الحماله إذا أراد الحميل أخذ الحق بعد محله والطالب غائب وقال أخاف أن يفلس وهو ممن يخاف عدمه قبل قدوم الطالب أو لا يخاف إلا أنه كثير اللدد والمطل، مكن من ذلك، فإن كان الحميل أمينا أقر عنده، وإلا [أودع¹³⁰⁸] لبراءة الحميل والغريم. انتهى من الذخيرة.

وذكره أبو الحسن عن عبد الحق وغيره، ومن القسم الثاني المرتهن يثبت ملك الراهن لبيعه ويستوفي منه حقه، وزوجة الغائب وغرماؤه يثبتون ماله لبيع لهم ويستوفون حقهم. قال ابن رشد: الذي جرى به العمل أن القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الدين والرهن وملك الراهن له، ويحلفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به، وإنه لباق عليه إلى حين قيامه. انتهى. وقال في التوضيح في باب النفقات: وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك، ولها أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه أن لزوجها عليهم ديناً، ويقضى عليهم بنفقتها. ثم قال: واعلم أن الحاكم لا يبيع

1305 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ويحيى ص 72 ويم ص 67 و م ص 52

ومايأبى 111.

1306 * - في المطبوع إن شاء من الأمر وما بين المعقوفين من يحيى 416 ومايأبى 111 وم 52 ويم 88.

1307 * - في المطبوع الرجل العامل وما بين المعقوفين من مايأبى 112 والبيان ج 11 ص 278.

1308 - في المطبوع أردع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 147 ويحيى ص 72 ويم ص 67 و م ص 52 ومايأبى 112.

الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لها، وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم. انتهى. وقال في التوضيح في شرح مسألة من ادعى عليه في شيء بيده، فقال هو لفلان الغائب عن المازري ما نصه: فإن زعم المدعى عليه أن الدار رهن في يديه فالتحقيق يقتضي أن يمكن من إقامة البينة أنها للغائب حينئذ. انتهى. وقال في كتاب الرهون من المدونة: وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إلا أن يقيم بيينة على هلاكه من غير سببه، وإنما هو بأمر من الله أو بتعدي أجنبي، فذلك من الرهن وله طلب الجاني.

وقال أبو الحسن: وإنما لم يقل لهما؛ لأن الرهن أرجح؛ لأن الملك له وأما المرتهن فليس له إلا الوثيقة، فإذا لم يطلبه الرهن كان للمرتهن طلبه بحق وثيقة. انتهى. وقال في أواخر باب الإجارة من الجواهر فيما إذا غصبت الدار المستأجرة: ولو أقر المكري للغاصب بالرقبة قبل إقراره في الرقبة ولا يفوت حق المنفعة تبعاً على المستأجر، بل له مخاصمة الغاصب لأجل حقه في المنفعة. انتهى. ومن القسم الثالث المودع والوكيل على شيء مخصوص، ونحو ذلك.

قال في الذخيرة في كتاب الوديعة: الفرع الثامن: قال صاحب [الإشراف¹³⁰⁹] إذا سرقت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل منك، وقال أبو حنيفة له ذلك؛ بناء على أن الخصومة في الأملاك للملاك، ومن ليس مالكا فلا خصومة له. انتهى. وفي نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات في شرح المسألة الثانية.

قال محمد بن رشد: إذا وكل الوكيل على طلب آبق فأدركه في يد مشتر أنه لا يمكن من إيقاع البينة على أنه للذي وكله حتى يقيم البينة أنه وكله على الخصومة فيه، وهو صحيح على ما تقدم في المسألة التي قبلها أنه ليس للوكيل أن يتعدى ما وكل عليه ويتجاوزه إلى غيره. انتهى. وقال في التوضيح في شرح المسألة المتقدمة، وهي مسألة من ادعى عليه رجل في شيء بيده فقال هو لفلان الغائب فنقل الكلام المتقدم عن المازري، ونصه: ولو أراد من بيده الدار أن يقيم بيينة بملك الغائب يعارض بها بيينة المدعي ولم تثبت له وكالة تبيح المدافعة ففي تمكينه من ذلك خلاف للعلماء. انتهى. وقال في كتاب الغصب من المدونة: ومن بيده وديعة أو عارية [أو بإجارة¹³¹⁰] وربها غائب، فادعها رجل وأقام البينة أنها له فليقض له بها؛ لأن الغائب يقضى عليه بعد الاستيناء إلا أن يكون ربها بموضع قريب فيتلوم له القاضي ويأمر أن يكتب إليه حتى يقدم. انتهى. فلم يجعل لمن بيده الوديعة والعارية ولا المستأجر المخاصمة بل قضى بذلك على الغائب الذي أقام البينة أن ذلك له، وقال في أكرية الدور من تبصرة اللخمي: وإن هدم الدار أجنبي سقط مقال المكثري في ذلك الكراء؛ لأن المنافع في ضمان المكري حتى يقبضها المكثري ويكون صاحب الدار بالخيار بين أن يغرم الهادم قيمتها على أن لا كراء فيها أو يغرمه قيمتها مستثناة المنافع سنة ويأخذ بالمسمي الذي أكرى به؛ لأنه دين كان له على المكثري أبطله له بهدمه لتلك الدار. انتهى. فجعل المتكلم¹³¹¹ في ذلك لملك الدار، ولم يجعله لملك المنافع - وهو المكثري - لأنه ليس له شيء في ذمة المكري يستوفيه منها؛ لسقوط ذلك عنه بالهدم، لكون المنافع في ضمان المكري حتى يستوفيه المكثري، وقال في نوازل ابن رشد في مسائل البيع: سئل عن أصحاب

1309 * - في المطبوع الإشراف وما بين المعقوفين من الذخيرة ج 7 ص 352.

1310 * - في المطبوع أو إجازة وما بين المعقوفين من ماياي 113 وم 52 وسيد 22 والتهذيب ج 4 ص 95.

1311 * - في سيد 22 وماياي 113 ويم 89 وم 52 التكلم.

المواريث إذا باعوا شيئاً على أنه لبيت المال، فقام من أثبت عند القاضي أن هذا المبيع لقريب منه غائب، وهو حي، وحازه عند القاضي هل يفسخ القاضي البيع ويوقفه للغائب، أو يبقى بيد المبتاع حتى يقدم الغائب؟ فأجاب: لا يمكن القاضي القريب من المخاصمة عن قريبه الغائب فيما باعه صاحب المواريث دون وكالة وإنما يمكنه من إثبات حقه في ذلك، والتحصين له بالإشهاد عليه مخافة أن تغيب البينة أو تتغير، وقال في رسم الأفضية من سماع أشهب [من كتاب الأفضية الأول: 1312] وسألته عن عشيرة رجل ذكروا أن رجلاً منهم بالأندلس، وفي يد رجل منهم له دار، وأنه ادعاها لنفسه وأنكر أن يكون لصاحبهم في يديه حق، وسألوه أن يأذن لهم في المخاصمة وإثبات البينة عليه بحق الغائب قبل هلاك من يعلم ذلك ويشهد عليه، هل ترى أن يأذن لهم في ذلك؟ قال: لا أرى ذلك إلا بوكالة أو أمر يعرفه.

متن الخطاب

قال ابن رشد: مثل هذا 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، وقال ابن نافع مثله، وقد مضى القول على هذه المسألة محصلاً مستوفى في الرسم الذي قبل هذا، ويشير بذلك إلى ما في رسم الأفضية الثالث من السماع المذكور، ونصه: وسألته عن الرجل يموت ويترك زوجة وبيدها ماله ورباعه ودوابه وكل كثير له وقليل، وللهاك أخ غائب فيقوم ابن الأخ الغائب فيقول أنا أثبت أن هذا المال الذي بيدها كله لعمي، وليس لها منه شيء وأبي وارثه، فإذا قضى به لعمي فضعوه بيد عدل، ولا تدفعوه إلي، أو يقوم في ذلك رجل غير ابنه فيقول مثل مقالته. فقال: أما الابن فأرى أن يمكن من ذلك، فإذا ثبت ما قال وضع على يد عدل، فأما الرجل غير ذلك فلا أدري ما هذا؟

قال ابن رشد: أجاز في هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباعه وحيوانه وجميع ماله دون توكيل، وكذلك الأب فيما ادعاه 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 سيأتي له في الرسم الذي بعد هذا وفي رسم الكبش من سماع يحيى غير أنه [زاد فيه أنه يمكن 1313] من إيقاع البينة وإثبات الحق لا أكثر، وليس ما في رسم الكبش بمخالف لما في هذه الرواية وقد حملها بعض أهل النظر على الخلاف، وليس ذاك بصحيح، وقد اختلف في هذا على أربعة أقوال: الأول ما حملت عليه هذه الرواية، وما في رسم الكبش من سماع يحيى من التفرقة بين الأب والابن، وبين سائر القرابة والأجنبيين، والثاني أنه يمكن من قام عن غائب يطلب حقا له من المخاصمة عنه في ذلك دون توكيل وإن كان أجنبياً، ذهب إلى هذا سحنون وإلى أن القاضي يوكل من يقوم بحقه، [وتأول 1314] ما روي عن مالك من أنه لا يمكن أحد إلا بوكالة فقال معناه فيما طال من الزمان ودرس فيه العلم، وهو أحد قولي ابن الماجشون، وروي ذلك عن

149

1312 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 148 ويحيى ص 73 ويم ص 68 و م ص 52 وما يابى 113.

1313 - في المطبوع في هذه الرواية أراد المالك في الحال أن يمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 9 ص 193.

1314 * - في المطبوع تأول وما بين المعقوفين من يحيى 117 وسيد 22 وما يابى 114 ويم 89 وم 52.

متن الخطاب أصيغ، [والثالث¹³¹⁵] يمكن من إقامة البينة، ولا يمكن من الخصومة، [والرابع¹³¹⁶] 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 وابن الماجشون، وهو قول خامس في المسألة، واختلف إذا مكن القائم عن الغائب في المخاصمة عنه فيما يدعيه له دون توكيل على القول به، فقيل ذلك في قريب الغيبة وبعيدها سواء، وهو الظاهر من رواية أشهب هذه إذ لم يفرق فيها بين قريب الغيبة من بعيدها، وكذلك حكاه أبو زيد عن ابن الماجشون في الحيوان يدعيه ابن الغائب أو أجنبي، وقيل إن ذلك في القريب الغيبة دون البعيد، وإلى هذا ذهب سحنون وابن حبيب فيما حكى عن مطرف، ثم ذكر مسائل استدل بها لهذا القول وأطال في ذلك. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: إذا كان للمدعي حصة في الشيء المدعى به، وباقيه للغائب، فله الدعوى في ذلك، ويأخذ حصته ويترك الباقي في يد من هو في يده حتى يأتي من يدعيه. قال في أواخر الشهادات من المدونة: وإن شهدوا أن هذا وارث أبيه أو جده مع ورثة آخرين لم يعط هذا منها إلا مقدار حصته، ويترك القاضي باقيها في يد المدعى عليه حتى يأتي من يستحقه، وقد كان يقول غير هذا؛ يعني بالمقول ما روي عن مالك بعده وهو أنه ينزع من يد المطلوب ويوقف، وفي كتاب الولاء أتم مما هنا. قال بعض القرويين: ينبغي على قول ابن القاسم إذا قامت غرماء بدين على الغائب أن يباع لهم الحظ الموقوف بيد المدعى عليه؛ لأن الغائب لو كان حاضرا ونكل عن اليمين لكان للغرماء أخذها وبيعها في دينهم. ابن يونس: يريد بعد يمينهم التي كان يحلفها الغائب. انظر تمامها. انتهى. وانظر التبصرة لابن فرحون في تقسيم المدعى لهم.

الثاني: إذا ثبت حق لغائب، فهل يوقف حتى يحلف يمين الاستظهار، أو يسلم لوكيله وتؤخر اليمين حتى يقدم فيحلف أو يموت فتحلف ورثته، وإن نكل أو نكلوا رجع عليه ذكر البرزلي في ذلك قولين في مسائل الغصب والاستحقاق، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى في باب الشهادات عند قول المصنف وإن قال أبرأني موكلك الغائب.

الثالث: إذا ردت اليمين على الموكل وهو غائب، فقال ابن رشد في آخر مسائل الوكالات من نوازله في رجل غائب وكل وكيفا على القيام بعيب في سلعة اشتراها من رجل، فأنكر الرجل أن يكون باع من موكله وإنما باعها من رجل آخر، فلزمه اليمين لعدم البينة فرد اليمين على الغائب الجواب: الذي أرى في هذا إذا لم يسم المقوم عليه من باع السلعة منه، أو سمى رجلا بعيد الغيبة فتبين بذلك لدهه أن/ يؤخذ منه حميل بالثمن إلى أن يكتب للغائب في الموضع الذي هو به فيحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في وكيل الغائب على قبض الدين يقر به ويدعي

1315 - في المطبوع الثالث وما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 149 ويم 89 وم 53 ويحيى 417.

1316 - في المطبوع الرابع وم 53 وما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 149 ويم 89 ويحيى 417.