

نص خليل باب الزنا وطه مكلف مسلم فرج آدمي.

متن الخطاب قلت: قوله: وأما قولهم [محمد مكرم¹⁷⁷³] معظم يعني من غير تكرير للاسم الشريف، وما قاله ظاهر، ومثل هذا قول كثير من العامة صلوا على محمد.

فصل في بيان حد الزنا وما يتعلق به

ص: الزنا وطه مسلم مكلف الخ ش: قال أبو الحسن: قال القاضي عياض: الزنا يمد ويقصر، فمن مده ذهب إلى أنه فعل من اثنين كالمقاتلة والمضاربة [فمصدره¹⁷⁷⁴] [قتال،¹⁷⁷⁵] ومن قصره جعله اسم الشيء بنفسه، وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق. اهـ. وانظر هذا الكلام فإني لم أجده في التنبيهات؛ لأنني لم أجده في نسختي من كتاب الحدود وفي الزنا المترجم له في بعض النسخ [بكتاب¹⁷⁷⁶] [الرجم كما قاله أبو الحسن، فما أدري سقط هذا الكلام من نسختي أو من جميع النسخ، ولعل هذا الكلام من الإكمال أو من المشارق. قال النووي: وإذا مد كتب بالألف، وإذا قصر كتب بالياء. قاله في كتاب بيان لغات المهذب، والقصر لغة الحجاز، وبها جاء القرآن، والمدلغة تميم. قاله في المحكم وغيره. قال الجزولي في شرح الرسالة بعد ذكر الكلام السابق عن عياض: وهل ضيق المحل أو ضيق الحكم فيه يحتمل.

قال الجزولي: وحضرت خصمين تحاكما قال أحدهما: قال لي يا ابن المقصور والمدود فجلده القاضي لأن هذا تعريض. انتهى. وقال الزناتي: وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق؛ لأن الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته إخراجا لا ينسب إليه، ولأنه ضيق على نفسه في الفعل إذ لا يتصور في كل موضع؛ فلا بد من التماس خلوة وتحفظ وضيق على نفسه فيما اكتسبه من إثم تلك الفعلة. قال ابن القوطية: زنى الرجل على غيره زنوا و زناء ضيق عليه، وزنا الشيء ضاق أو قصر، وزنى [الحبل¹⁷⁷⁷] ضعف، وزنى إلى الشيء نحا، وزنى الرجل بوله زنوا حقه، وزنى البول احتقن، وفي الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة والمصلي زناء. انتهى.

تنبيهات: الأول: لا يرد على المصنف أنه لا يصدق ما ذكره من الحد إلا على الرجل فقط فلا يشمل الزانية بل هو شامل لها لأنه قال وطه، والوطه مصدر لا يمكن وقوعه إلا بين اثنين، فيدل على أن كل واحد منهما يشترك له من الوصف فيقال زان وزانية. والله أعلم.

الثاني: الذي يظهر أن مراد المؤلف أن يحد [الزنى¹⁷⁷⁸] الموجب للحد في الشرع، لا كل ما يصدق

291

الحديث

1773 - في المطبوع محمد محمد ومايابی 204 (محمد بمحمد مكرم) (وم ص 93) وأما قولهم محمد محمد معظم) وما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 290.

1774 - في المطبوع فمصدره وم ص 110 (ويحيى ص 128 ممدوده) وما بين المعقوفين من ن عود ص 290 وم ص 93 ومايابی 205.

1775 * - في المطبوع قتالا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1776 - في المطبوع باب وما بين المعقوفين من ن عود ص 290 وم ص 93 ويحيى ص 129 وم ص 110 ومايابی 205.

1777 - في المطبوع الجبل (ويحيى ص 129 الجبل ضعف) (ويم ص 110 وم ص 93 زنى في الجبل) وما بين المعقوفين

من ن عود ص 290 ومايابی 205.

1778 * - في المطبوع للزنا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل
لَا مَلِكَ لَهُ فِيهِ بِاتِّفَاقٍ تَعَمُّدًا وَإِنْ لَوَاطًا أَوْ إِتْيَانَ أَجْنَبِيَّةٍ بَدُّرٍ أَوْ إِتْيَانَ مَيْتَةٍ غَيْرِ زَوْجٍ أَوْ صَغِيرَةٍ يُمَكِّنُ
وَطُؤَهَا أَوْ مُسْتَأْجِرَةَ لَوَاطٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ مَمْلُوكَةٍ تَعْتِقُ أَوْ يَعْلَمُ حُرِّيَّتَهَا أَوْ مُحْرَمَةٍ بِصَهْرٍ مُؤَبَّدٍ أَوْ حَامِسَةٍ.

متن الخطاب
عليه زنا في اللغة وإن كان كذلك، فيرد عليه أنه ليس بجامع لخروج تمكين المرأة من نفسها
مجنونا، فإنها زانية كما سيأتي، ولا يصدق عليها التعريف المذكور، وكذا تمكينها كافرا من نفسها،
وانظر البساطي فإنه قد أشار إلى ذلك، ويرد عليه أنه غير مانع أيضا لدخول وطء الرجل الصغيرة التي
لا يمكن وطؤها فتأمله. والله أعلم.

الثالث: قال مطرف كان مالك يرى فيمن [ابتز¹⁷⁷⁹] جارية [أو غلاما¹⁷⁸⁰] من دار والناس ينظرون
حتى تغيب عليها أو عليه فلا يدري ما فعل أن يضرب الثلاثمائة والأربعمائة، بكرًا كان أو ثيبًا،
وكان الحكام يحكمون بذلك عندنا بمشورة مالك.

ص: لا ملك له فيه ش: هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال في التوضيح: المراد بالملك التملك الشرعي
أو شبهه. اهـ. فيدخل فرج مملوكه الذكر لأنه لا تسلط له على فرجه في الشرع، ويخرج منه وطء
الرجل جارية ابنه لأن له شبهة الملك، ونحوه قول ابن عرفة: الزنا الشامل للواط مغيب حشفة آدمي
في فرج آخر دون شبهة حليلة عمدا. فتخرج المحللة ووطء الأب أمة ابنه لا زوجته. اهـ.
ص: تعمدا ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر.

فرع: قال ابن الفرس في سورة النور: واختلفوا في المرأة إذا استدخلت ذكر نائم فقال مالك عليها
الحد، وقال أبو حنيفة لا حد عليها، وحجة مالك أن هذا زنى فهو داخل تحت العموم. انتهى.
ص: باتفاق ش: مخرج للأنكحة الفاسدة ولوطئه زوجته أو أمته في دبرها فإنه ليس بزنى ولا حد
عليه في ذلك، لأنه قد قيل بإباحته، وإن كان القول بذلك شاذًا أو ضعيفا ويجب عليه الأدب على
المعروف.

ص: أو محرمة بصهر ش: ظاهر كلامه أنه إذا وطئ مملوكته المحرمة عليه بالصهر يحد وليس كذلك،
فيحمل كلامه على ما إذا تزوج المحرمة عليه بالصهر. قال ابن الحاجب: لا ملك له فيه يخرج الحلال
والحائض والمحرمة والصائمة والمملوكة المحرمة بنسب لا [يعتق¹⁷⁸¹] أو صهر أو رضاع أو شركة أو عدة أو
تزويج [والمتزوجها¹⁷⁸²] هو في عدتها على الأصح. ثم قال: أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه أو نكح
محرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد [ووطئها¹⁷⁸³] فإنه يحد. قال في التوضيح: وهذه المسائل كلها مقيدة
بما إذا كان عالما بالتحريم. اهـ. وقال في التوضيح فيما إذا وطئ مملوكته المحرمة بنسب لا [يعتق¹⁷⁸⁴] أو
بصهر أو رضاع إنه لا يحد ولو كان عالما بالتحريم؛ نعم

الحديث

1779 * - في المطبوع استخرج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في النوار ج 14 ص 314.

1780 - في المطبوع وغلما وما بين المعقوفين من ن ز ص 291 ويحيى 472 وم 131.

1781 * - في المطبوع بعنق وما بين المعقوفين من م 93 وسيد 39 ويم 131.

1782 - في المطبوع ولتمزوجها (يم ص 110 ويمزوجها) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 290 ويحيى ص 129 وم
ص 93 وما يابى 206.

1783 - في المطبوع ووطنها ويم ص 110 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 291 ويحيى ص 129 وم ص 93
وما يابى 206.

1784 * - في المطبوع بعنق وما بين المعقوفين من م 93 وسيد 39 ويم 131.

نص خليل
أَوْ مَرْهُونَةٍ أَوْ ذَاتِ مَعْنَمٍ أَوْ حَرْبِيَّةٍ أَوْ مَبْتُوتَةٍ وَإِنْ بَعْدَهُ وَهَلَ وَإِنْ أَبَتَّ فِي مَرَّةٍ تَأْوِيلَانَ.

متن الخطاب
يؤدب وإذا حملت منه من هي محرمة عليه عتقت عليه، وفي سماع عيسى لا تعتق، وأما إن لم تحمل فروي عن ابن القاسم أنها تباع خوفاً من أن يعاود. زاد في المدونة في كتاب القذف: ويلحق به الولد.

ص: أو مرهونة ش: أطلق هنا في وجوب الحد ومراده إن وطئ بغير إذن الراهن اعتماداً على ما قدمه في الرهن وعلى ما ذكره هنا في الأمة المحللة؛ لأنه إذا أذن الراهن في ذلك صارت محللة. والله أعلم.

292

ص: أو مبتوتة وإن بعدة وهل وإن بت في مرة تأويلان ش: يعني أن الإنسان إذا طلق زوجته البتة أو طلقها ثلاثاً ثم وطئها دون عقد أو عقد عليها قبل أن تتزوج زوجها بغيره ووطئها فإنه يحد، سواء وقع ذلك وهي في عدة أو بعد فراغ العدة يريد إذا كان عالماً بالتحريم، وأما إن كان يجهل التحريم فإنه لا حد عليه إذا كان مثله يجهل ذلك كما سيقوله المصنف بعد في قوله: "أو الحكم إن جهل مثله" فإنه راجع إلى جميع ما ذكر أنه يحد فيه كما صرح به المصنف في التوضيح وغيره؛ أعني رجوعه لجميع ما تقدم، وأما قول المصنف بعد هذا: "بلا عقد" فإنما هو راجع إلى قوله: "أو مطلقة قبل البناء أو معتقة" كما صرح به الشارح ولا يرجع لمسألة المبتوتة.

قال ابن الحاجب: أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه، أو نكح المحرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد ووطئها أو طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة، أو تزوجها قبل زوج ووطئها، أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها بغير تزويج أو أعتق أمة ثم وطئها فإنه يحد. قال في التوضيح: قوله أو طلق امرأته ثلاثاً، ظاهره سواء كان بلفظ الثلاث أو البتة، وسواء كان الثلاث مجتمعات أو متفرقات، وهو ظاهر المدونة، وقال أصبغ في البتة لا يحد عالماً كان أو جاهلاً، لقوة الخلاف في البتة هل هي واحدة أم لا؟ وقال في المطلقة ثلاثاً مثل ما في المدونة، إلا أنه قال في الجاهل [إنه¹⁷⁸⁵] لا يحد استحساناً، وتأول صاحب تهذيب الطالب قوله في الثلاث على أنها مفترقات قال: وأما إن كانت في لفظ واحد فلا حد عالماً كان أو جاهلاً للاختلاف فيها.

وقال غيره إن هذا التأويل على أصبغ ظاهر المدونة خلافه، وأنه لا فرق في الثلاث بين أن تكون مفترقات أو مجتمعات، لضعف قول من قال بإلزامه الواحدة في الثلاث، وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالماً بالتحريم، وأما الجاهل بالحكم فلا كما سيأتي من كلام المصنف. اهـ كلام التوضيح. وتحصل منه أنه إذا طلقها ثلاثاً مفترقات ثم وطئها دون عقد، [أو عقد¹⁷⁸⁶] عليها قبل زوج ووطئها فإنه يحد، وأما إن كانت التطبيقات مجتمعات في كلمة واحدة فتأويل عبد الحق على قول أصبغ أنه لا يحد، وأن قوله مثل ما في المدونة مراعاة لقول من يقول إنها واحدة إذا كانت في كلمة فتكون كالمطلقة الواحدة الرجعية فلا يحد، كما لو طلق الرجل مطلقة رجعية ثم وطئها في العدة فإنه لا يحد،

الحديث

1785 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص292 ويحيى ص129 ويم ص110 وم ص94 وما يابى 206.

1786 - في المطبوع وعقد ويحيى ص129 ويم ص110 وم ص94 وما بين المعقوفين من ن عدود ص292 وما يابى 206.

نص خليل

أَوْ مُطَلِّقَةً قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ مُعْتَقَةً بِلَا عَقْدٍ كَأَنْ يَطَّأَهَا مَمْلُوكُهَا أَوْ مَجْنُونٌ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يَجْهَلَ الْعَيْنَ أَوْ الْحُكْمَ إِنْ جَهَلَ مِثْلَهُ إِلَّا الْوَاضِحَ لَا مُسَاحَقَةً وَأَدَبَ اجْتِهَادًا كَبْهِيمَةٍ وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الدَّبْحِ وَالْأَكْلِ وَمَنْ حَرَّمَ لِعَارِضٍ كَحَائِضٍ أَوْ مُشْتَرَكَةٍ أَوْ مَمْلُوكَةٍ لَا تَعْتَقُ أَوْ مُعْتَدَّةٍ أَوْ بِنْتٍ عَلَيَّ أَمْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ أُخْتٍ عَلَيَّ أُخْتِهَا وَهَلْ إِلَّا أُخْتِ النَّسَبِ لِتَحْرِيمِهَا بِالْكِتَابِ تَأْوِيلَانِ وَكَامَةً مُحَلَّلَةٍ وَقَوْمَتِ وَإِنْ أَبَيَا.

متن الخطاب

وهو أحد التأويلين اللذين أشار إليهما المؤلف، وتأويل غيره أنه يحد، وهو ظاهر المدونة كما سيأتي، فكان ينبغي للمؤلف أن يقتصر عليه، هذا إذا تلفظ بالثلاث، وأما إن تلفظ بالبتة فظاهر المدونة لزوم الحد كما تقدم، وقال أصبغ لا يحد، ووجهه ما تقدم في توجيه الثلاث في كلمة واحدة. قال في أوائل كتاب القذف من المدونة: ومن تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثا أو البتة قبل أن تنكح زوجها غيره أو أخته من الرضاع أو النسب أو من ذوات محارمه عامدا عارفا بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد؛ إذ لا يجتمع الحد وثبوت النسب. انتهى. ثم قال بعده: ومن طلق امرأته قبل البناء طليقة واحدة ثم وطئها بعد الطليقة وقال ظننت أنه لا [بيئتها¹⁷⁸⁷] [مني¹⁷⁸⁸] إلا الثلاث فلها صداق واحد ولا حد عليه إذا عذر بجهل، ولو طلقها بعد البناء ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال ظننت ذلك يحل لي فإن عذر بالجهالة لم يحد، وكذلك من تزوج خامسة أو أخته من الرضاة وعذر بالجهالة في التحريم لم يحد. انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من هذا أن قول المصنف في النكاح: "أو مبتوتة قبل زوج" إنما تكلم فيه على تأييد التحريم وعدمه فذكر أنه لا يتأبد تحريمها، وأما الحد وعدمه فلم يتعرض له فيفصل فيه بين العالم والجاهل.

الثاني: قوله في المدونة: البتة بعد الثلاث زائد. قاله أبو الحسن.

الثالث: تقدم في باب الاستلحاق المسائل التي يجتمع فيها الحد ولحوق الولد. والله أعلم./

ص: أو مطلقة قبل البناء أو معتقة بلا عقد ش: يعني أن من طلق زوجته قبل البناء ثم وطئها دون تجديد عقد فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل ويكون مثله يجهل ذلك، وكذلك من أعتق أمة ثم وطئها دون عقد عليها فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل، وقد تقدم نص المدونة في ذلك، ونصها أيضا في اختصار ابن أبي زيد: ومن تزوج خامسة أو أخته من الرضاة. قال ابن حبيب عن أصبغ أو أخته من النسب: قال ابن القاسم: أو غير الأخت من ذوات المحارم أو طلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها في العدة أو أعتق أم ولده ثم وطئها في العدة منه فإن ادعى في جميع هؤلاء الجهالة بالتحريم ومثله يجهل ذلك. قال أشهب: مثل الأعجمي وشبهه فلا حد عليه وإن كان عالما ولم يعذر بجهل حد ولم يلحق به الولد. قال ابن القاسم: وما درأت فيه الحد ألحقت فيه الولد وليس عليه للتي وطئ بعد الطلاق البائن أو العتق المبتل صداق مؤتلف وذلك داخل في الملك الأول كمن وطئ بعد حنثه منها ناسيا ليمينه أو لم يعلم بحنثه. انتهى من كتاب الرجم. وانظر النوادر في ترجمة من تخالغ على أنها إن طلبت ما أعطته عادت زوجة. والله أعلم.

ص: أو معتدة ش: سواء وطئها بالملك أو بالنكاح على المشهور.

293

الحدث

1787 - في المطبوع ومايأبى 207 بينها وما بين المعقوفين من يحيى 130 ويم 111 وم 94 وأقره الشيخ محمد سالم.

1788 * - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في 94.

أَوْ مُكْرَهَةٍ أَوْ مَبِيعَةٍ بَعْلَاءٍ وَالْأَظْهَرُ وَالْأَصَحُّ كَأَنِ ادَّعَى شِرَاءَ أَمَةٍ وَتَكَلَّ الْبَائِعُ وَحَلَفَ الْوَاطِئُ وَالْمُخْتَارُ
أَنَّ الْمُكْرَهَةَ كَذَلِكَ وَالْأَكْثَرُ عَلَى خِلَافِهِ وَيَثْبُتُ بِإِقْرَارِ مَرَّةٍ إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ مُطْلَقًا أَوْ يَهْرُبَ وَإِنْ فِي الْحَدِّ
وَبِالْبَيِّنَةِ فَلَا يَسْقُطُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ بِبِكَارَتِهَا وَيَحْمَلُ فِي غَيْرِ مُتَزَوِّجَةٍ وَذَاتِ سَيِّدٍ مُقَرَّبٍ بِهِ وَلَمْ يُقْبَلْ
دَعْوَاهَا الْغَضَبَ بِلَا قَرِينَةٍ يُرْجَمُ الْمَكْلَفُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ إِنْ أَصَابَ بَعْدَهُنَّ بِنِكَاحٍ لِأَزْمِ صَحِّحٍ بِحِجَارَةٍ
مُعْتَدِلَةٍ وَلَمْ يَعْرِفْ بُدْءَةَ الْبَيِّنَةِ ثُمَّ الْإِمَامُ.

نص خليل

متن الخطاب 294 ص: أو مكرهة ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في الطراز في أواخر الجزء الثالث في ترجمة تفسير الطلاق وما يلزم من ألفاظه: قال ابن عبد
الغفور: ويقال إن عبد الله بن عيسى سئل عن جارية بكر زوجها [أبوها¹⁷⁸⁹] فابتنى بها زوجها
فأنتت بولد لأربعة أشهر فذكر ذلك لها فقالت إنني كنت نائمة فانتبعت لبلى بين فخذي، وذكر الزوج
أنه وجدها عذراء، فأجاب فيها إنه لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ
النكاح، ولها المهر كاملا، إلا أن تكون علمت بالحمل وغرت فلها قدر ما استحلت منها. انتهى من
الاستغناء. اهـ كلام الطراز.

ص: وثبت بإقراره [وإن¹⁷⁹⁰] مرة إلا أن يرجع مطلقا ش: أي سواء رجع إلى ما يعذر به أو
أكذب نفسه من غير أن يبدي عذرا. قال الشارح: وإليه أشار بالإطلاق، فإن أنكر الإقرار فإن إنكاره
كتكذيب نفسه على قول ابن القاسم الذي مشى عليه المؤلف إنه يقبل رجوعه ولو كان لغير شبهة.

295

قاله في التوضيح في باب الزنى وفي باب الشهادات. والله أعلم.

ص: [يرجم¹⁷⁹¹] المكلف الحر المسلم إن أصاب بعدهن بنكاح لازم صحيح ش: هذه شروط
الرجم، ويعني أن الرجم إنما يكون بشرط كون الزاني مكلفا أي عاقلا بالغا حرا مسلما أصاب أي
وطئ بعدهن أي بعد حصول هذه الصفات له بنكاح أي في نكاح لازم صحيح؛ يريد إصابة صحيحة
فلا رجم على مجنون ولا على غير بالغ ولا على عبد ولا على كافر ولا على من لم يتزوج أو تزوج
[ولم يظأ أو تزوج¹⁷⁹²] ووطئ في نكاح غير لازم كالنكاح الذي فيه خيار كنكاح العبد ذي العيب أو
تزوج ووطئ في نكاح فاسد يفسخ قبل البناء وبعده أو تزوج ووطئ وطئا غير صحيح، وهو الوطئ
المنوع كالوطئ في الحيض والنفاس والإحرام والاعتكاف. والله أعلم.

تنبيه: قال في النوادر: قال محمد: وإن تأيمت المرأة بعد إحصانها أو الرجل أو كانا على نكاحهما
فقد وجب عليهما الإحصان، وصرح بذلك أيضا في مختصر الوقار.
ص: ولم يعرف بداءة البيينة ثم الإمام ش: انظر لم لم يتعرض المصنف إلى حضور جماعة للحد،

الحديث

1789 - ساقط من المطبوع ومايأبى 207 ويحيى ص 130 ويم ص 111 وم ص 94 وما بين المعقوفين من ن عدود
ص 292.

1790 - ساقط من المطبوع ومايأبى 207 (ويحيى ص 130 بإقراره) (ويم ص 111 بإقراره) وما بين المعقوفين من ن عدود
ص 294 (وم ص 94 بإقراره).

1791* - في المطبوع ويرجم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1792 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 ويحيى ص 130 ويم ص 111 وم ص 94
ومايأبى 208.

وقد قال الله تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ وقال ابن عرفة في باب اللعان: وفيها بمحضر من الناس. ابن محرز: لأنه حكم إمام بما فيه حقوق كثيرة فوجب أن [يحضره¹⁷⁹³] من يشهد عليه؛ لقوله تعالى في الزانيين: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ وأقلها عند مالك أربعة. انتهى. وقال ابن العربي في آية النور: المراد بالآية توبيخ الزناة والتغليظ عليهم ليرتدعوا؛ لأنه كلما كثرت الطائفة [في حضورهم¹⁷⁹⁴] كان أغلظ، واختلف في أقل ما يجزى فقال الحسن عشرة، وقال ربيعة ما زاد على الأربعة، وقيل أربعة. ذكره جماعة عن المذهب، وهو قول أبي زيد، ورأى أن هذا كشهادة الزنا، وقال عطاء والزهري ثلاثة، وقيل [اثنان،¹⁷⁹⁵] وحكى بعضهم ذلك عن عطاء، وهذا قول مالك المشهور وقيل يجزى الواحد. اهـ.

وقال ابن بكير في أحكامه التي رواها عن مالك: قال مالك: الطائفة هاهنا أربعة يحضرون جلد الزاني البكر ليعلم أنه محدود في الزنى، فإن قذفه قاذف لم يحد لأنه ثبت أنه محدود في زنى ولا يجزي في ذلك دون أربعة شهداء، وقال في الجواهر في باب اللعان: يحضر أربعة فأكثر لقوله تعالى في الزنى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ فيحضرون هنا بجامع التغليظ ولأن قطع الأنساب وفساد الأعراس أمر عظيم فيغلظ في سببه. انتهى. ونقله في الذخيرة.

وقال القاضي عبد الوهاب في المعونة: وينبغي للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول لقوله تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾، وكذلك السيد في إقامة الحد على عبده وأتمته، والطائفة أربعة فصاعداً، والفائدة في ذلك أنه إن قذفه [قاذف¹⁷⁹⁶] [وطالب¹⁷⁹⁷] بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك [بإحضار¹⁷⁹⁸] من شهد حده. انتهى. وقال في التلقين: وينبغي للإمام إحضار طائفة من المؤمنين للحد وأقلهم أربعة ممن تقبل شهادتهم. اهـ. ونحوه في الجلاب، وقال في مختصر عيون المجالس: يستحب للإمام أن يحضر في إقامة الحد في الزنى طائفة من المؤمنين كما قال تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ والطائفة عندنا وعند أبي حنيفة والشافعي أربعة فصاعداً، وروي عن ابن عباس واحد فما فوقه، وذهب عطاء وأحمد بن حنبل إلى أن [الطائفة¹⁷⁹⁹] هنا اثنان فصاعداً، وذهب الزهري إلى أنها ثلاثة، وذهب الحسن إلى أنها عشرة. انتهى. وقال القرطبي في قوله تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾: قيل لا يشهد التعذيب إلا من لا يستحق التأديب قال مجاهد رجل فما فوقه إلى الألف، وقال ابن أبي زيد لا بد من حضور أربعة

- 1793 - في المطبوع يحضر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 ويحيى ص 130 ويم ص 111 وم ص 94 وما يابى 208.
- 1794 - في المطبوع وما يابى خصومهم وما بين المعقوفين من يم ويحيى وم 95.
- 1795 * - في المطبوع اثنان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
- 1796 * - في المطبوع قاذفه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 474.
- 1797 * - في المطبوع وطالبه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 474.
- 1798 - في المطبوع وباحضار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 ويحيى ص 131 ويم ص 111 وم ص 95 وما يابى 208.
- 1799 - في المطبوع الطائفتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 ويحيى ص 131 ويم ص 111 وم ص 95.

كَلَايِطٍ مُطْلَقًا وَإِنْ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ وَجِلْدَ الْبِكْرِ الْحُرِّ مِائَةً وَتَشَطَّرَ بِالرَّقِّ وَإِنْ قَلَّ وَتَحَصَّنَ كُلُّ دُونَ صَاحِبِهِ بِالْعِتْقِ وَالْوَطْءِ بَعْدَهُ وَغَرَبَ الْحُرُّ الذَّكَرُ فَقَطَّ عَامًا وَأَجْرُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ كَفْدَالِكِ وَخَيْبَرٍ مِنَ الْمَدِينَةِ فَيُسْجَنُ سَنَةً وَإِنْ عَادَ أُخْرِجَ ثَانِيَةً وَتَوَخَّرَ الْمُتَزَوِّجَةُ لِحَيْضَةٍ وَبِالْجَلْدِ اعْتِدَالُ الْهَوَاءِ وَأَقَامَةُ الْحَاكِمِ وَالسَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِغَيْرِ مَلِكِهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ وَإِنْ أَنْكَرَتِ الْوَطْءَ بَعْدَ عِشْرِينَ سَنَةً وَخَالَفَهَا الزَّوْجُ فَالْحَدُّ وَعَنْهُ فِي الرَّجُلِ يَسْقُطُ مَا لَمْ يُقَرِّ بِهِ أَوْ يُولَدَ لَهُ وَأَوْلَا عَلَى الْخِلَافِ أَوْ لِحِلَافِ الزَّوْجِ فِي الْأُولَى فَقَطَّ أَوْ لَأَنَّهُ يَسْكُتُ أَوْ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ لَمْ تَبْلُغْ عِشْرِينَ تَأْوِيلَاتٌ.

نص خليل

قياسا على الشهادة على الزنا، وأن هذا باب منه، وهو قول مالك والليث والشافعي وقال عكرمة وعطاء لا بد من اثنين، وهذا مشهور قول مالك فرآها موضع شهادة، وقال الزهري: ثلاثة لأنه أقل الجمع. ثم قال: واختلف في المراد بحضور الجماعة هل المقصود بها الإغلاظ على الزناة والتوبيخ والردع، أو الدعاء لهما بالتوبة والرحمة؟ قولان للعلماء. انتهى. ويفهم من كلام القرطبي/ هذا ومن كلام ابن بكير أن الجماعة إنما يطلب حضورها في الجلد لا في الرجم. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: كَلَايِطٍ مُطْلَقًا ش: يعني أن اللائط حكمه الرجم مطلقا، سواء كان محصنا أو غير محصن، فإن كانا بالغين رجما معا، وإن كانا غير بالغين فلا رجم عليهما، وإن كان الفاعل بالغا والمفعول به غير بالغ فليرجم الفاعل، وإن كان الفاعل غير بالغ والمفعول به بالغا فلا يرجم الفاعل، وانظر حكم المفعول به فلم أر فيه نصا صريحا. وقال الجزولي: انظر ذلك، والظاهر أنه لا يرجم؛ لأن وطء غير البالغ كلا وطء، ألا ترى أن الكبيرة إذا وطئها صغير لا تحد كما صرح به المصنف في باب الزنا في التوضيح فكذلك هنا. والله أعلم.

296

فرع: يحد اللائط مطلقا، سواء فعل ذلك بملكه أو بغير ملكه. قاله الجزولي وهو ظاهر. فرع: قال ابن الفرس في سورة الأعراف: وأما إن لاط الرجل بنفسه فأولج في دبره فعندنا أنه لا حد فيه، وأنه يعزر، وقيل يقتل كما لو لاط بغيره وهو أحد أقوال الشافعي، وقيل هو كالزاني في الإحصان [وغير الإحصان، ¹⁸⁰⁰] وهو أيضا أحد أقوال الشافعي، والحجة لمالك أن الآية نزلت في قوم يفعل بعضهم ببعض فينبغي أن يقتصر في العقوبة والنازلة في ذلك على موضعها، ولا يتعدى إلى غيرها إلا أن يدل دليل. انتهى.

ص: وتوخر المتزوجة لحیضة ش: قال ابن الحاجب: وينتظر وضع حملها والاستبراء في ذات الزوج. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وانظر هل هو حيضة وهو الأقرب، أو ثلاث حيض؟ خليل بل القاعدة أن الحرة لا تستبرأ إلا بثلاث حيض. انتهى.

قلت: قد تقدم في باب الردة أن مالكا نص في الموازية على أنها تستبرأ بحيضة وحكم البابين واحد، ولعل المصنف إنما جزم بذلك لما ذكرناه. والله أعلم. /

297

ص: وأقامه الحاكم والسيد ش: قال ابن الحاجب: والسيد في رقيقه في حد الزنا والخمر والقذف. قال في التوضيح: احترز من السرقة وغيرها فلا يقيمها إلا الوالي. قال في المدونة: لأن ذلك ذريعة إلى

الحديث

نص خليل
وَأَنَّ قَالَتْ زَنَيْتُ مَعَهُ فَادَّعَى الْوَطْءَ وَالزَّوْجِيَّةَ أَوْ وُجِدَا بَبَيْتٍ وَأَقْرَأَ بِهِ وَادَّعَى النُّكَاحَ أَوْ ادَّعَاهُ فَصَدَّقَتْهُ هِيَ وَوَلِيَّهَا وَقَالَ لَمْ تُشْهَدْ حُدًّا.

متن الخطاب
أن يمثل بعبده ويدعي أنه سرق. انتهى. وقال في المدونة: ولا بأس أن يقيم السيد على مملوكه حد الزنا والقذف وحد الخمر. أبو الحسن: في الحديث: {أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم¹} وهو محمول على الوجوب، وقال أبو محمد ويقيم الرجل على عبده وأمه حد الزنا، وهذه العبارة أصرح لأنه وإن كان لفظها لفظ الخبر فمعناها الأمر وقوله في الكتاب: لا بأس لما يتوهم أن به البأس وأن الحدود [لا¹⁸⁰¹] يقيمها إلا الإمام، وقد قال فيمن اشترى جارية وقد زنت عند البائع ليس بواجب على المبتاع أن يحدها مفهومه لو زنت عنده [كان عليه واجبا¹⁸⁰²] أن يحدها. انتهى. وقوله: [والسيد¹⁸⁰³] سواء كان رجلا أو امرأة. قاله الجزولي في شرح الرسالة وغيره، وذكر البرزلي عن التونسي فيمن زنت أمته أن عليه أن يقيم عليها الحد. قال البرزلي: وظاهر المدونة والرسالة جواز إقامة السيد الحد على عبده لا وجوبه. والله أعلم.

فرع: وإذا أقام الحد فيحضر في الزنا أربعة نفر وفي الخمر والقذف رجلين. قال مالك: لأنه عسى أن يعتق ويشهد بين الناس [فيجد من يشهد عليه ما¹⁸⁰⁴] ترد به شهادته. نقله أبو الحسن وغيره. فرع: قال أبو الحسن: قوله والقذف ظاهره، ولا مقال للمقذوف إن قال السيد لا أرضى إلا بإقامة الإمام الحد، [وتردد¹⁸⁰⁵] فيه الشيخ. انتهى. وقال ابن عسك في العمدة: ولا يقيم الحد على الأحرار إلا السلطان ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ انتهى.

ص: وإن قالت زنيته معه وادعى الوطء والزوجية أو وجدنا بببيت وأقرأ به وادعى النكاح أو ادعاه فصدقته ووليها وقالا لم نشهد حداش: جواب الشرط قوله: "حدا" وهذا راجع إلى المسائل الثلاث، والمسألان الأوليان في كتاب الحدود من المدونة، ونصه: وإذا قالت المرأة زنيته مع هذا الرجل وقال الرجل هي زوجتي قد وطئتها، أو وجدنا بببيت فأقرأ بالوطء وادعى النكاح، فإن لم يأتيا ببينة حدا. انتهى. أبو الحسن: معنى المسألة الثانية إذا لم يكونا طارئين، وأما الأولى فسواء كانا طارئين أم لا. انتهى. وقال أشهب في الأولى لا حد عليه؛ لأنه لم يعترف بوطء إلا في نكاح، وتحد هي، بخلاف المسألة الثانية إذا وجد مع امرأة وادعى نكاحها؛ لأنه [أخذ¹⁸⁰⁶] فهو يدفع عن نفسه وسوى بينهما ابن القاسم. قاله في الذخيرة، وقاله أيضا أبو الحسن، وأما [الثالثة¹⁸⁰⁷] فهي في

298

الحديث
1 - أبو داود في سننه، كتاب الحدود، رقم الحديث 4473.

1801 - في المطبوع ألا يقيمها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 297 ويحيى ص 131 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 209.

1802 - في المطبوع عنده عليه كان عليه واجبا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 297 ويحيى ص 131 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 209.

1803 * - في المطبوع السيد وما بين المعقوفين من يحيى 474.

1804 - في المطبوع فيحد من يشهد عليه بما وما بين المعقوفين من سيد 40 ويم 133 ويحيى 474.

1805 * - في المطبوع وترجم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 474.

1806 - في المطبوع أقر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويحيى ص 131 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 210.

1807 - في المطبوع الثانية ويم ص 133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويحيى ص 131 وم ص 95 وما يابى 210.

باب قَذْفُ الْمُكَلَّفِ حُرًّا مُسْلِمًا يَنْفِي نَسَبٍ عَنِّ أَبِي أَوْ جَدِّ لَأُمٍّ.

نص خليل

كتاب القذف، ونصها: ومن وطئ امرأة وادعى نكاحها وصدقته هي ووليها، وقالوا عقدنا النكاح ولم نشهد ونحن نريد أن نشهد الآن فعلى الرجل والمرأة الحد إلا أن يقيما بينة غير الولي، وإن حددتهما وهما بكران [فأرادا¹⁸⁰⁸] أن يحدثا إشهدا على ذلك النكاح، وقيما عليه لم يجز حتى تستبرأ من ذلك الماء. انتهى. ويريد المؤلف ويجددا نكاحا، فإن النكاح يفسخ بطلاق كما تقدم في النكاح، ويريد المؤلف إذا لم يحصل فشو، أما إذا حصل فإنه يسقط الحد كما قال في باب النكاح، وقال الشارح هنا في المسألة الثالثة بعد قوله: إلا أن يقيما بينة غير الولي للتهمة، وإن جلدا انتفى النكاح بلا استبراء. انتهى. ولا أدري ما معنى هذا الكلام مع قوله بعده. ابن القاسم: ويأتنفا نكاحا جديدا بعد الاستبراء. والله أعلم.

متن الحطاب

ص: باب قذف المكلف حرا مسلما بنفي نسب عن أب أو جد ش: قال ابن عرفة: القذف الأعم نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص بإيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم، فيخرج قذف الرجل نفسه. انتهى. قلت: حده الأخص غير مانع لدخول قذف المجنون فيه، وقال في التوضيح: لا حد على من قذف مجنونا إذا كان جنونه من حين بلوغه إلى حين قذفه ولا يتخلله إفاقة. اللخمي: لأنه لا معرفة عليه لو صح فعل ذلك منه، وأما إن بلغ صحيحا ثم جن، أو كان يجن ويفيق فإن قاذفه يحد، وكذلك المجبوب إذا كان جبه قبل بلوغه [لأنه¹⁸⁰⁹] يعلم كذب قاذفه فلم تلحقه معرفة، وإن كان جبه بعد بلوغه حد، وكذلك الحصور الذي ليس معه آلة النساء. انتهى. وقال ابن عرفة: وفيها في أوائل الرجم ويحد قاذف المجنون وكان يجري لنا مناقضتها بقولها في القذف كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى [به¹⁸¹⁰] رجلا حد الفرية، ويجاب بحمل قولها في الرجم على المجنون الذي يفيق أحيانا. انتهى.

وقال أبو الحسن: قوله في المدونة ويحد قاذف المجنون معناه أنه بلغ صحيحا ثم جن. انظر بقية كلامه. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله يقتضي أن من نفى عبدا عن [نسبه¹⁸¹¹] لا حد عليه ولو كان أبواه حرين وليس كذلك. قال فيها: ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان لست لأبيك ضرب سيده الحد فإن كان أبوا العبد ماتا ولا وارث لهما أو لهما فللعبد أن يحد سيده، وفي الاكتفاء بإسلام أبيه دون أمه خلاف فيها أن من قال لعبده لست لأبيك، وأبوه مسلم وأمّه كافرة أو أمة فتوقف فيها مالك. قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يحد لأنه حمل [أباه¹⁸¹²] على غير أمه.

الحديث

1808 - في المطبوع فأراد ويحيى ص 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 210.

1809 - في المطبوع ويحيى ص 132 لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 210.

1810 * - في المطبوع ربه وما بين المعقوفين من م 95 وما يابى 210 ويم 133 وسيد 40.

1811 - في المطبوع نفسه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 298 وما يابى 210 ويم 133 ويحيى 475 وم 96.

1812 * - في المطبوع أبوه والمثبت من ن عدود ص 298 يحيى 476 ويم 133 وم 96 وما يابى 210.

متن الخطاب
 فرع: قال في المسائل الملقوطة: إذا قذف [حر عبدا¹⁸¹³] أو نصرانيا فطلب العبد تعزير قاذفه فليس للبعد في مثل هذا تعزير، وينهى قاذفه [أن يؤذيه،¹⁸¹⁴] فإن كان رجلا فاحشا معروفا بالأذى عزز وأدب عن أذى العبد وغيره. انتهى. وقال في النوادر: يؤدب قاذف العبد والكافر لإذايته له.

مسألة: إذا قال الشخص لولده لست بولدي فإن أراد أنه في قلة طاعته له ليس كالأولاد حلف على ذلك وأنه لم يرد النفي عن النسب ولا شيء عليه، وإن نكل [أو أراد¹⁸¹⁵] نفي نسبه كان في كلامه قطع نسب الولد وقذف لأمه، فأما قطع نسب الولد فالراجح أنه لا يحد لولده، ويظهر ذلك من مسألة كتاب القذف من المدونة فيمن قال لبنيه ليسوا [بولدي،¹⁸¹⁶] ويدل له أيضا أنه لم يجعل على الأب حدا فيما إذا انتفى من حمل أمته ثم استلحقه، وسيأتي في الكلام على قول المصنف في آخر الباب:

299
 "وله حد أبيه وفسق" أنه مشى على القول/الضعيف، وعلى القول بأنه يحد لقذف ولده ويفسق [فإنه¹⁸¹⁷] يجوز عفو عنه وإن بلغ الإمام. قال اللخمي: ولا خلاف في ذلك كما سيأتي بيانه، وأما قذف الأم فإن كانت حية كان لها القيام بذلك، وإن كانت ميتة كان لولدها القيام به فإذا قام به الولد لم يجز عفو بعد بلوغ الإمام، وتأمل كلام اللخمي وغيره فيمن نفي عبدا عن نسبه وأبواه حران أو أحدهما أو أبواه عبدان أو أحدهما.

فرع: فإذا كانت الأم حية لم يكن للولد القيام إلا بطلب من الأم، وكذلك كل من وجب له حد من قذف، وهذا بخلاف الأب. انظر كلام ابن ناجي في شرح قول المدونة: ومن آذى مسلما أدب.

ص: وَلَا إِنْ نُبِذَ ش: قال في أواخر كتاب العتق الثاني من التنبيهات: اللقيط هو الملتقط حيث وجد وعلى أي صفة وجد في صغره، والمنبوذ الذي وجد منبوذا لأول ما يولد، وقيل اللقيط هو ما التقط من الصغار في الشدائد والغلاء ولا يعلم له أب، وعلى هذا القول ابن القاسم فيمن قذف اللقيط بأبيه حد، ومن قذف بذلك المنبوذ لم يحد، وقال مالك: ما نعلم منبوذا إلا ولد الزنى، وعلى قائلها لغيره الحد، وأراد بعض المشايخ أن يخرج من المدونة خلاف هذا من قوله في الذي استحلقت لقيطا أنه لا يلحق به إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد، وسمع الناس يقولون إذا طرح عاش، وهذا لا حجة فيه؛ لأن هذا في النادر، وإنما تكلم على ما جرت به العادة أولا، [و¹⁸¹⁸] في هذه على نازلة وقعت شهدت لها دلائل، وإلا فالغالب ما قاله أولا. انتهى. وقوله: "وعلى قائلها لغيره الحد" يعني أن من قال لغيره يا منبوذ فعليه الحد، ولعل بعض المشايخ الذي أشار إليه هو اللخمي، فإنه قال في كتاب العتق الثاني لما

1813 - في المطبوع حر ان عبدا وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايأبى210.

1814 * - في المطبوع أن لا يؤذيه وما بين المعقوفين من مايأبى211 وسيد40 ويم133 وم96 ويحيى47.

1815 - في المطبوع وأراد وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايأبى211.

1816 - في المطبوع ويحيى ص132 بولد وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 ومايأبى211.

1817 - في المطبوع بأنه وما بين المعقوفين من يحيى475 وسيد40 ويم133 ومايأبى211 وم96.

1818 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص299 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايأبى211.

نص خليل
أَوْ زَنًا إِنْ كَلَفَ.

متن الخطاب تكلم على اللقيط: وأما نسبه فإن محمله على أنه ذو نسب وأنه لرشدة إلا أنه غير معروف، فإن قال له رجل لا أب لك أو يا ولد الزنى حد له، واختلف إذا استلحقه رجل، فقال في كتاب أمهات الأولاد: لا يقبل قوله ولا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه، ثم ذكر الخلاف في ذلك. ثم قال: حكم المنبوذ [حكم اللقيط¹⁸¹⁹] في الحرية والدين واختلف في النسب فجعله ابن حبيب للزنية لا نسب له، وقال: من قذف المنبوذ بأبيه وأمه لم يحد، وقد قيل المنبوذ من نبذ عندما ولد، والشأن إنما يفعل ذلك بمن ولد عن زنى، واللقيط ما طرح عند الشدائد والجذب وليس عندما يولد، ومالك في المبسوط مثل ذلك فيمن قال لرجل يا منبوذ قال ما نعلم منبوزًا إلا ولد الزنى، وأرى على من قال ذلك الحد، وكل هذا خلاف لقول ابن القاسم لأنه قال فيمن استلحق لقيطًا لا يقبل قوله إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد، وسمع الناس يقولون إنه إذا طرح عاش وهذا إنما يفعل عند الولادة. انتهى.

وقال ابن عرفة في آخر باب اللقطة لما تكلم على اللقيط: وأطلق عليه ابن شعبان لفظ منبوذ وترجم على أحكامه في الموطأ بالقضاء في المنبوذ، وفي صحاح الجوهري: المنبوذ اللقيط، ثم ذكر كلام اللخمي. فتحصل من هذا أن المنبوذ هو من طرح عند ولادته وأن اللقيط من طرح بعد ذلك، وأنه قد يطلق على اللقيط أنه منبوذ إذا علم ذلك، فقول المصنف: "ولا إن نبذ" الذي يظهر من معناه أن من [نفس¹⁸²⁰] منبوزًا عن أب أو جد لا حد عليه، ولا إشكال في ذلك؛ لأنه لا أب له ولا جد إذ لا نسب له هذا إن كان معناه أنه قال لست ابن فلان، وأما إن كان معناه أنه قال لا أب لك أو يا ولد زنى فهذا يأتي على ما ذكره اللخمي عن مالك في المبسوط وعن ابن حبيب، وما حكاه عياض عن ابن القاسم وإن كان خلاف ما ذكره ابن رشد في البيان، وحكاه عنه ابن غازي، وأما ما ذكره الشارح والمحشي في تفسير كلام المصنف، وأن معناه إذا قال للمنبوذ يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية فبعيد؛ لأن كلام المصنف في النفي عن النسب، لا في قذف أبي المنبوذ أو أمه فتأمله. ولا شك أنه إذا قلنا لا حد على من قال للمنبوذ ليس لك أب، أو يا ولد الزنى فلا حد على من قال له يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية؛ والعلة/

في ذلك كونه ولد زانية [لا أن¹⁸²¹] أباه وأمه غير معروفين؛ لأن هذه العلة موجودة في اللقيط، وقد نص ابن رشد على أن من قال له يا ابن الزاني ويا ابن الزانية أن عليه الحد فتأمله. تنبيهه: ما نقله ابن غازي عن ابن عرفة في المحمولين لم أقف عليه في كلام ابن عرفة في كتاب القذف ولا في اللقيط ولا غيره فانظره.

ص: أو زنى ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.
فرع: لو قذفه بالزنى ثم أثبت أنه زنى في حال الصبا أو في حال الكفر لم ينفعه ذلك؛ لأن هذا [لا يثبت¹⁸²²] عليه اسم زنى، بخلاف ما إذا ثبت عليه أنه زنى في حال رقه، فإن اسم الزنى لازم له.

300

الحديث

1819 - في المطبوع حكم الملقوط اللقيط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 ويم ص 112 وم ص 96 ويحيى ص 132 وما يابى 211.

1820 - في المطبوع بقي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 ويم ص 113 وم ص 96 ويحيى ص 132 وما يابى 212.

1821 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1822 - في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويم ص 113 وم ص 96 ويحيى ص 133 وما يابى 212.

وَعَفَّ عَنْ وَطئه يُوجِبُ الْحَدَّ بِآلَةٍ وَيَبْلُغَ كَأَن بَلَغَتْ الْوَطءُ أَوْ مَحْمُولًا وَإِنْ مُلَاعِنَةً وَأَبْتَهَا أَوْ عَرَضَ غَيْرُ
أَبٍ إِنْ أَفْهَمَ يُوجِبُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَإِنْ كَرَّرَ لِوَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ إِلَّا بَعْدَهُ وَنِصْفَهُ عَلَى الْعَبْدِ كَلَسَتْ بِزَانٍ أَوْ
زَنَّتْ عَيْنُكَ أَوْ مُكْرَهَةً أَوْ عَفِيفُ الْفَرْجِ أَوْ لِعَرَبِيٍّ مَا أَنْتَ بِحُرٍّ أَوْ يَا رُومِيٍّ كَأَن نَسَبَهُ لِعَمِّهِ بِخِلَافِ جَدِّهِ
وَكَأَن قَالَ أَنَا نَعْلٌ أَوْ وَلَدُ زَنًّا.

نص خليل

نقله ابن عرفة، وهذا مستفاد من قول المصنف: "وعف عن وطئه يوجب الحد" ويخرج به ما إذا ثبت
عليه أنه وطئ بهيمة.

متن الخطاب

فرع: فلو قذف رجلا فارتد المقذوف لم يحد قاذفه ولو رجع إلى الإسلام، كمن قذف رجلا بالزنى فلم
يحد له حتى زنى المقذوف فلا يحد قاذفه. نقله ابن عرفة عن المدونة. ومنه يعلم أنه إذا ثبت على
المقذوف زنى فلا حد على قاذفه ولو قذفه بزنى غير الزنى الذي ثبت عليه.
ص: وعف ش: أي يشترط في وجوب حد القذف أن يكون المقذوف عفيفا، ولم يفسر الشارح
العفاف، وقال ابن الحاجب: العفاف أن لا يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى بخلاف
السارق والشارب. قال في التوضيح: هكذا نقل في الجواهر عن الأستاذ فقال: ومعنى العفاف أن لا
يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى، فلو قذف معروفا بالظلم والغصب والسرقه وشرب الخمر
وأكل الربا والقذف يحد له إذا كان غير معروف بما ذكرنا، ولم يثبت عليه ما رمى به، فإن ثبت أو
كان معروفا بذلك لم يحد قاذفه.

قال ابن عبد السلام وغيره: ومقتضى مسائل المذهب خلافه وأنه لا يخرج من الحد إلا أن يكون ممن
حد في الزنى أو ثبت عليه وإن لم يحد له، واختلف إذا أقام شاهدين على إقراره بالزنى بناء على أنه
هل يثبت الإقرار بشاهدين أم لا؟ انتهى كلام التوضيح. وقال ابن عرفة: وعفاف المقذوف الموجب حد
[قاذفه مسائل 1823] المدونة وغيرها واضحة [بأنه 1824] السلامة من فعل الزنى قبل قذفه وبعده ومن
ثبوت حده لاستلزامه إياه. ثم قال: قال ابن شاس: قال الأستاذ أبو بكر ثم ذكر كلامه المتقدم. ثم
قال: قلت: وظاهر نصوص المذهب خلافه. انتهى. وما قاله ابن عرفة والشيخ خليل وابن عبد السلام
هو الظاهر، وقد قال ابن الحاجب ويسقط الإحصان بثبوت كل وطئه يوجب الحد قبل القذف وبعده
ولو كان عدلا.

قال في التوضيح: قوله ويسقط الإحصان المشترط هنا لا في الرجم بثبوت كل وطئه يوجب الحد، فيخرج
وطئه البهيمة ووطئه الشبهة قبل القذف وبعده؛ أي قبل الحد أو بعده ولا يعود إليه الإحصان. ثم قال:
ولا يعود العفاف أبدا ولو تاب وحسنت حاله، وقوله: "بثبوت" يقتضي أنه لا يسقط إلا بذلك، وهو
خلاف ما فسر به العفاف فانظره. انتهى. وعليه فلا شك أن الشخص محمول على العفاف حتى يثبت
عليه القاذف أنه غير عفيف. والله أعلم.

تنبيه: يفهم من الكلام السابق في تعريف العفاف ما تقدم التنبيه عليه من أن المقذوف إذا حد في زنى
أو ثبت عليه زنى لا حد على قاذفه ولو قذفه بغير الزنى الذي ثبت عليه. والله أعلم. قال في النوادر
في باب المقذوف يرد الجواب على القاذف: وقال مالك: ومن قذف من جلد في زنى لم يحد. قاله ابن
القاسم ويؤدب بإذابة المسلمين. انتهى. وقال أيضا: من قذف إنسانا ثم أثبت أنه حد فسقط الحد عن
القاذف فلا بد من أدبه لإذابته للمقذوف. انتهى. /

301

ص: وإن ملأه ش: قال في مختصر الوقار: ومن قال لابن ملاءنة لست لأبيك الذي لاعن أمك

الحديث

1823 - في المطبوع قاذفه في مسائل ويحیی ص 133 وما بين المعقوفين من ن عود ص 300 ويم ص 113 وم ص 96
وما يابی 212.

1824 - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من ن عود ص 300 ويم ص 113 وم ص 96 ويحیی ص 133 وما يابی 212.

أَوْ كَيَّا قَحْبَةً أَوْ قَرْنَانُ أَوْ يَا ابْنَ مُنْزَلَةَ الرُّكْبَانَ أَوْ ذَاتِ الرَّيَاةِ أَوْ فَعَلْتُ بِهَا فِي عُنُقَيْهَا لَا إِنْ نَسَبَ
جِنْسًا لِغَيْرِهِ وَلَوْ أَبْيَضَ لِأَسْوَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْعَرَبِ أَوْ قَالَ مَوْلَى لِغَيْرِهِ أَنَا خَيْرٌ أَوْ مَا لَكَ أَصْلٌ وَلَا
فَصْلٌ أَوْ قَالَ لِجَمَاعَةٍ أَحَدَكُمْ زَانٍ وَحُدٌّ فِي مَأْبُونٍ إِنْ كَانَ لَا يَتَأَنَّثُ.

نص خليل

فعلية الحد، وإن قال يا منفي يا ابن ملاءنة يا ابن من لوعنت فلا حد عليه في جميع ذلك. انتهى.
وقاله في كتاب اللعان من النوادر، وقال إنه يعزر. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: أو كيا قحبة ش: قال في القاموس: القحب المسن والعجوز قحبة، والذي يأخذه السعال، وقد
قحب يقحب كنصر قحبا [وقحابا¹⁸²⁵] وقحب تقحيبا، وسعال قاحب شديد، والقحبة الفاسدة
الجوف من داء والفاجرة لأنها تسعل وتنحج أي ترمز به، وبه قحبة أي سعال. انتهى. وفي
الصحاح: القحاب سعال الخيل والإبل وربما جعل للناس، والقحبة كلمة مولدة. انتهى. وفي كتاب
الأفعال لأبي مروان عبد الملك عن طريف القرطبي المشهور قحب الشيء قحبا سعل، ومنه سعال
قاحب وقحب الكلب والبعير سعلا، وأصل القحاب فساد الجوف فقد يكون اشتقاق القحبة من
القحاب الذي هو فساد الجوف، وقد يكون أيضا من القحاب الذي هو السعال؛ كأنها تستعمل
السعال علامة بينها وبين الذي يسافحها، وأهل اليمن يسمون المرأة المسنة قحبة. انتهى.
ص: أو مالك أصل ولا فصل ش: تصوره ظاهر.

302

فرع: قال في سماع أبي زيد من كتاب القذف: وقال: يعني ابن القاسم من قال لرجل في مشاتمة ما
أعرف أباك وهو يعرفه ضرب الحد ثمانين. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأنه قد [نفى
أن¹⁸²⁶] يكون أبوه هو الذي يعرفه، فقد قطع نسبه ونفاه عنه. انتهى. وذكره في النوادر، وقال
بعده: ومن كتاب ابن المواز قال مالك فيمن قال لرجل ما أعرف أباك، فما أنكرا ما قال فليرفعه إلى
السلطان. قال محمد: ولو قال ما يعرف أبوك لحد. انتهى. وانظر ما معنى قوله فما أنكرا ما قال،
ولعله يعني أنه قال ما أردت بذلك قذفا ولكني لا أعرف أباه حقيقة.

سئلت عن رجل قال لشريف ما أنت شريف، وأنا سمعت جدك يقول ما أنا شريف فأظهر المدعي
[مثبوتا بالشرف¹⁸²⁷] فأجبت بأني لا أعرف فيها نصا، والذي يظهر أنه إذا لم يكن الرجل معروفا
بالشرف ولم يكن علم بثبوت شرفه وقال ما قال معتمدا على ما سمع من جده فإنه لا حد عليه،
ويحلف بالله أنه لم يعلم بذلك، وكان الجواب في مجلس القاضي باللسان، ووافق على ذلك من حضر
وأسقط المدعي حقه من اليمين واصطلحوا. والله الموفق. وهذا يشبه ما ذكر ابن ناجي في شرح المدونة في
كتاب القذف في رجل تزوج شريفة مشهورة بالشرف فوقع بينهما منازعة فقبل له على وجه النصح
تفعل هذا بشريفة من أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال: الزوج هي شريفة بالنسب وأنا شريف
بالحسب، وأنا أحسن منها وأبي أحسن من أبيها وجدي أحسن من جدها وبلدي أحسن من بلدها

الحدیث

1825 - في المطبوع أو قحبا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 ويم ص 113 وم ص 97 ويحيى ص 133
ومايبي 213.

1826 - ساقط من الأصل ويم ص 113 (أنه قد نفى أن) قد يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 وم ص 97
ويحيى ص 133 ومايبي 213.

1827 * - في يحيى 476 ثبوت الشرف.

وَفِي يَا ابْنَ النَّصْرَانِيِّ أَوْ الْأَزْرَقِ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي آبَائِهِ كَذَلِكَ وَفِي مُخَنَّثٍ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ. نص خليل

وقامت البينة عليه بمقالته واعترف في مجلس الحكم بذلك، فسئل عما أراد بقوله، فقال إن أبي كان خطيبا وجدي كان خطيبا وأبوها وجدها ليسا كذلك إنه لا يقتل ويؤدب، وموجب القياس أن قوله جدي أحسن من جدك يوجب ظاهره قتل قائله؛ لاشتماله على التنقيص الموجب لذلك، لكن يوجب إلغاء إيجابه لذلك لاحتمال صدق لفظه على جد لا يوجب صدقه عليه مثله، والاحتمال في النازلة المذكورة فيما بينه من خطابة جده دون جدتها إن كان في قوله ذلك صادقا فدليل أدبه واضح فلا يحتاج إلى بيان. انتهى.

فائدة: أول ما حدث تمييز الأشراف بالشطبة الخضراء في سنة ثلاث وسبعين وستمائة أمر بذلك السلطان الأشرف شعبان. ذكر ذلك ابن حجر في الإنباء، ونقله عنه السخاوي في مسألة الأشراف له قال: وأنشد في ذلك أبو عبد الله بن جابر:

جعلوا لأبناء الرسول علامة إن العلامة شأن من لم يشهر
نور النبوة في كريم وجوههم يغني الشريف عن الطراز الأخضر

وقال غيره:

أطراف تيجان أتت من سندس خضر بإعلام على الأشراف
والأشرف السلطان خصهم بها شرفا لتعرفهم من الأطراف

وذكر ابن حجر أنها كانت علامة بني العباس شطبة سوداء ثم تركت. والله أعلم.
ص: وفي يا ابن النصراني أو الأزرق إن لم يكن في آبائه كذلك ش: يعني أن من قال لرجل مسلم يا ابن النصراني، أو يا ابن اليهودي، أو يا ابن المجوسي فإنه يحد إلا أن يكون في آبائه أحد كذلك فإنه لا حد عليه ولكن ينكل. قاله في المدونة في آخر كتاب القذف، ولم يذكر الشارح ولا المصنف في التوضيح أنه ينكل إذا كان في آبائه أحد كذلك وذلك لوضوحه، ولكن يتعين ذكره لئلا يتوهم أنه لا أدب عليه، وقد قال في المدونة: ومن قذف عبدا أو أم ولد أدب، ومن قذف ذميا زجر عن أذى الناس كلهم ومن قذف نصرانية ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم نكل بإذاية المسلمين. قال/ أبو الحسن: انظر هل راعى حق النصرانية أو إنما راعى إذاية المسلمين فيزاد في النكال لحق المسلمين. انتهى.
وانظر كلامه في باب اللعان فإنه جزم بأنه إذا كان لها ولد مسلم ينكل نكالا أشد من نكال من لا ولد لها ولا [زوج].¹⁸²⁸ ثم قال في المدونة: والنكال [على¹⁸²⁹] قدر ما يرى الإمام، وحالات الناس في ذلك مختلفة، وتقدم عن النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على قاذفه قول مالك فيمن قذف من جلد في زنى لم يحد. قال ابن القاسم: ويؤدب بإذاية المسلمين. انتهى. وقال في المدونة: ومن آذى مسلما أدب. قاله بعد قوله ومن قال لرجل يا ابن الأقطع.

303

الحديث

1828 - في المطبوع ولا زوجة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1829 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 135 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

وَأَدَّبَ فِي يَأِ ابْنِ الْفَاسِقَةِ أَوْ الْفَاجِرَةِ أَوْ يَأِ حِمَارُ ابْنِ الْحِمَارِ أَوْ أَنَا عَفِيفٌ أَوْ إِنَّكَ عَفِيفَةٌ أَوْ يَأِ فَاسِقٌ أَوْ يَأِ فَاجِرٌ.

نص خليل

متن الخطاب ص: وأدب في يا ابن الفاسقة إلى آخره ش: ومثل ذلك يا خائن يا ثور يا آكل الربا يا شارب الخمر يا يهودي يا نصراني يا مجوسي أو يا سارق يا مرثي. قاله في المسائل الملقوطة، وقال في النوادر: إذا قال له يا آكل الربا أو يا شارب الخمر ونحوه فإنه يؤدب وإن كان صادقا، ولا حد عليه في ذلك وإن كان كاذبا. انتهى.

فائدة: تتضمن بيان مقدار الأدب في ألفاظ وأفعال موجبة للأدب. قال في المسائل الملقوطة: قال في المفيد: ومن قال لرجل يا مجرم ضرب خمسة وعشرين، [وكذلك إن قال له يا ظالم ولم يكن كذلك ضرب أربعين، ولو قال له يا سارق ضرب خمسة وعشرين،¹⁸³⁰] ومن تكلم في عالم بما لا يجب فيه حد ضرب أربعين سوطا، ومن تكلم في أحد بما [لم يكن¹⁸³¹] فيه ولم يأت ببينة [أدب،¹⁸³²] وكل من آذى مسلما [بلسانه¹⁸³³] بلفظ يضره ويقصد به أذاه فعليه في ذلك الأدب البالغ الرادع له ولمثله يقنع رأسه بالسوط أو يضرب بالدرة ظهره، وذلك على قدر القائل [و¹⁸³⁴] سفاهته وقدر المقول فيه ومن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم. انتهى. ثم قال: وإذا قال الرجل لصاحبه الله أكبر عليك فإنه يعزر إلا أن يعفو عنه خصمه. قاله في الدرر الملتقطة للدميري. [اهـ.¹⁸³⁵] وهذا من الشافعية. ثم قال: وإذا شتم الأخ أخاه فإن كان الأخ كبيرا وكان شتمه لأخيه على وجه الأدب لم يحد من الطرر.

قال: ورأيت في بعض الكتب سئل بعضهم عن شاتم عمه أو خاله فقال لا أرى عليه في ذلك شيئا، وذلك إذا كان على وجه الأدب. انتهى. والمسألة في سماع ابن القاسم، ونقلها ابن عرفة فراجعها في كتاب القذف، وقال في المسائل الملقوطة عن المفيد أيضا: ومن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ويسجن شهرا، ومن خالف ما حكم به القاضي ولم يرض بالحكم عوقب، إلا أن يتبين الجور، ومن خالف أميرا أو كسر دعوته لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الإمام، ومن استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين، وإذا ارتفع الكلام بين الخصمين في مجلس القاضي ضرب كل واحد عشرة أسواط، ومن سرق من الغنيمة دون النصاب ضرب خمسين، ومن تغامر

الحديث

1830 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1831 - في المطبوع لا يمكن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1832 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1833 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1834 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن ذي ص 303 ويم 135 ويحيى 477 وم 97

1835 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

وَأَنَّ قَالَتْ بِكَ جَوَابًا لَزْنَيْتِ حَدَّتْ لِلزَّنَا وَالْقَذْفِ. نص خليل

متن الخطاب مع أجنبية أو تضاحك معها ضربا عشرين عشرين؛ [يريد¹⁸³⁶] إذا كانت طائعة، فإن قبلها طائعة ضربا خمسين [خمسين،¹⁸³⁷] وإن لم تطعه ضرب وحده خمسين، ومن حبس امرأة ضرب أربعين فإن طوعته ضربت مثله، ومن أتى بهيمة ضرب مائة، ومن سل سيفاً على وجه القتال ضرب أربعين وكان السيف فيئا، وقيل يقتل إن سله على وجه الحاربة، ومن سل سكيناً في جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط. ثم قال: ومن سل سيفاً على وجه المزاح في جماعة يهددهم به فقد [جفا¹⁸³⁸] ويضرب عشرين سوطاً. انتهى. وانظر هل هو مخالف لما قاله في السكين أم لا [وهو¹⁸³⁹] الظاهر، وانظر البيان فيمن قال لرجل/ يا كلب في رسم الأشربة من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه بيان ذي الهيئة، وفي الرسم الذي بعده مسألة قوله كذبت وأثمت، وذكر ذلك في النوادر في كتاب القذف وابن فرحون في الفصل الحادي والعشرين من القسم الثالث. والله أعلم. وانظر شتم المؤدب والقاضي والشيخ في كتاب الإجارة لابن عرفة والبرزلي في الكلام على [تعليم¹⁸⁴⁰] الأولاد.

ص: وإن قالت بك جواباً لزنييت حدثت للزنا والقذف ش: قال في المدونة: ومن قال لا امرأة يا زانية فقالت بك [زنييت¹⁸⁴¹] حدثت للزنا والقذف، إلا أن ترجع عن الزنا فتحد للقذف فقط، ولا يحد الرجل لأنها صدقته. انتهى. قال أبو الحسن: معناه أن المرأة أجنبية، وقد ذكر ابن رشد المسألة في سماع عيسى في رسم حلف من كتاب القذف وحرر القول فيها، وأن قول ابن القاسم إنه من الأجنبية إقرار بالزنا فتحد له إلا أن ترجع، وقذف للرجل فتحد له، ولا يقبل قولها إنها لم تقصد القذف وإنما قصدت المجاورة خلافاً لأشهب، وأما الزوجة فلا يكون إقراراً منها بالزنا ولا قذفاً للزوج؛ لاحتمال أن تريد بذلك إصابة النكاح، وذكر في كل منهما خلافاً، قال: وقول ابن القاسم أظهر. والله أعلم. ونسب الشارح في الكبير مسألة الزوجة للمدونة وليست فيها، ولعل في نسخته لامرأته بزيادة الهاء، وليس كذلك في النسخ الصحيحة، وهو الذي يفهم من كلام أبي الحسن، وعلى ما في نسخته مشى في شامله فجعل الأصح أن الزوجة كغيرها وليس كذلك.

فرع: قال في المدونة: ومن قال عند الإمام أو عند غيره زنييت بفلانة فإن أقام على قوله حد للزنا والقذف، وإن رجع عن ذلك حد للقذف، وسقط عنه حد الزنا، وسيأتي عند قول المصنف: "والعفو قبل الإمام" في حد الإمام له للقذف هل هو إذا طلبه المقذوف، أو ولو لم يطلبه؟

304

الحديث

- 1836 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 98 ويحيى ص 134 وما يابى 215.
- 1837 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 134 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 98 وما يابى 215.
- 1838 - في المطبوع أجفا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 وم 98 ويم 135 ويحيى 477 وما يابى 215
- 1839 - في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن ز ص 303 ويحيى 134 ويم 114 وم 98.
- 1840 - في المطبوع تقسيم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 98 ويحيى ص 134 وما يابى 215.
- 1841 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 ويم ص 114 وم ص 98 ويحيى ص 135 وما يابى 215.

نص خليل وَلَهُ حَدُّ أَبِيهِ وَفُسْقَ وَالْقِيَامُ بِهِ وَإِنْ عَلِمَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

متن الخطاب

مسألة: قال القرطبي في سورة النور: قال ابن القصار: إذا قالت امرأة لزوجها أو لأجنبي يا زانية بالهاء، وكذلك الأجنبي للأجنبي فليست أعرف فيه نصا لأصحابنا، ولكنه عندي يكون قذفا، وعلى قائله الحد وقد زاد حرفا، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يكون قذفا، واتفقوا على أنه إذا قال لامرأة يا زان أنه قذف، والدليل على أنه يكون في الرجل هو أن الخطاب إذا فهم منه معناه ثبت حكمه، سواء كان بلفظ أعجمي أو عربي، ألا ترى أنه لو قال لامرأة زنيته بفتح التاء كان قذفا لأن معناه يفهم منه، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لما جاز أن يخاطب المؤنث بخطاب الذكر كقوله تعالى: ﴿وَقَالَ نِسْوَةٌ﴾ صلح أن يكون قوله يا زان للمؤنث قذفا، ولما لم يجر أن يؤنث فعل الذكر إذا تقدم عليه لم يكن لخطابه بالمؤنث حكم. والله أعلم. انتهى. وهي المسألة الثامنة عشر من تفسير ﴿والذين يرمون المحصنات﴾

ص: وله حد أبيه وفسق ش: هذا القول عزاه ابن رشد في رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من الأقضية لرواية أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات، ونصه: وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات أنه يقضى له أن يحلفه وأن يحده ويكون عاقا بذلك، ولا يعذر بجهل وهو بعيد؛ لأن العقوق من الكبائر، ولا ينبغي أن يمكن أحد من ذلك. وقال قبل هذا الكلام: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وسحنون: إنه لا يقضى له بتحليفه أيضا، ولا يمكن من ذلك ولا من أن يحده في حد يقع له عليه لأنه من العقوق، وهو مذهب مالك في المدونة في اليمين في كتاب [المديان¹⁸⁴²] وفي الحد في كتاب القذف، وهو أظهر الأقوال.

وقال في هذا الرسم إن مالكا كره لمن بينه وبين أبيه خصومة أن يحلفه، فقال ابن رشد: هذا يدل من قوله على أن له [أن يحلفه ولا يكون¹⁸⁴³] عاقا له بتحليفه؛ إذ لا مآثم في فعل المكروه، وإنما يستحب تركه، وهو قول ابن الماجشون في [الثمانية¹⁸⁴⁴] وظاهر قول أصبغ في المبسوط. انتهى. فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال.

وقد ذكر الشيخ في باب التفليس أنه ليس له أن يحلف أباه إلا المنقلبة [والمتعلق¹⁸⁴⁵] / بها حق لغيره فمشى هناك على مذهب المدونة، ومشى هنا على القول الضعيف، وقد استثنى ابن رشد أيضا المنقلبة [والمتعلق¹⁸⁴⁶] بها حق للغير [وأخرجها¹⁸⁴⁷] من الخلاف. والله أعلم. ص: والقِيَامُ بِهِ وَإِنْ عَلِمَهُ مِنْ نَفْسِهِ ش: يعني أن الإنسان يجوز له أن يقوم بالقذف على من قذفه وإن علم من نفسه أن ما قذفه به صحيح، وأنه فعله صونا لعرضه وسترا على نفسه قال في المدونة في

305

الحديث

1842 * - في المطبوع الديات وما بين المعقوفين من يحيى 477 وم 98 ويم 135 وسيد 41 ومايأبي 215.
1843 - في المطبوع أن يكون له عاقا بتحليفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 (وسيد ولا يكون عاقا له ومايأبي 215).
1844 - في المطبوع في اليمانية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وسيد ومايأبي 215.
1845 - في المطبوع والمتعلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305.
1846 - في المطبوع والمتعلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 ومايأبي 215.
1847 * - في المطبوع وإخراجها وما بين المعقوفين من ذي ومايأبي 215 وصوبه الشيخ محمد سالم ب وأخرجها وهو الذي في م 98.

كَوَارِثِهِ وَإِنْ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ وَلَدٍ وَوَلَدِهِ وَأَبٍ وَأَبِيهِ وَلِكُلِّ الْقِيَامِ وَإِنْ حَصَلَ مِنْهُ هُوَ أَقْرَبُ وَالْعَفْوُ قَبْلَ الْإِمَامِ أَوْ بَعْدَهُ إِنْ أَرَادَ سَتْرًا وَإِنْ حَصَلَ فِي الْحَدِّ ابْتَدَىٰ لَهُمَا إِلَّا أَنْ يَبْقَىٰ يَسِيرٌ فَيُكَمَّلُ الْأَوَّلُ.
باب تَقْطَعُ الْيَمْنَىٰ وَتُحْسَمُ بِالنَّارِ.

نص خليل

كتاب القذف: وإن علم المقذوف من نفسه أنه قد زنى فحلال له أن يحده. انتهى.

متن الخطاب

فرع: قال في المدونة قبل الكلام السابق: ومن قذف رجلا بالزنا فعليه الحد وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزان. انتهى. وخالف في ذلك الشافعية وقالوا له أن يحلفه فإن نكل سقط الحد عن القاذف ولم يلزم المقذوف شيء، ووافقونا على أنه لا تلزمه اليمين إذا ادعى عليه بالزنا. والله أعلم.
ص: كوارثه ش:

فرع: لو لم يعلم المقذوف بقاذفه حتى مات قام بذلك وارثه إلا أن يمضي من الزمان ما يرى أنه تارك، فلا قيام للوارث فيه. قاله في كتاب الرجم من المدونة.

ص: والعفو قبل الإمام ش: وهذا بخلاف التعازير فإنه يجوز فيها الشفاعة والعفو وإن بلغ الإمام كما تقدم في كلام صاحب الإكمال. والله أعلم.

فروع: الأول: لا خلاف في جواز عفو الابن عن [أبيه¹⁸⁴⁸] بعد بلوغ الإمام، وكذلك عن جده لأبيه. انظر اللخمي والتوضيح.

الثاني: قال في كتاب الرجم من المدونة: ومن عفا عن قاذفه لم يكن لغيره أن يقوم بحده، وإن رفع القاذف إلى الإمام أجنبي غير المقذوف لم يمكن من ذلك، ولا يحده به؛ لأن هذا لا يقوم به عند الإمام إلا صاحبه انتهى وقال في كتاب القذف: ولا يقوم بالحد إلا المقذوف، وإن شهد قوم على رجل أنه قذف فلانا وفلان يكذبهم ويقول ما قذفني لم تجز شهادتهم إلا أن يكون المقذوف هو الذي أتى بهم وادعى ذلك ثم أكذبهم بعد أن شهدوا عند السلطان، وقال ما قذفني فإنه حد وجب لا يزيله هذا بمنزلة عفو عنه ويضرب القاذف الحد. انتهى. ثم قال في المدونة: وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بزور درأ الحد. انتهى.

الثالث: إن قذف رجل رجلا غائبا بحضرة الإمام ومعه شهود قال في كتاب القذف من المدونة: أقام الإمام عليه الحد فتأوله ابن المواز على أنه يقيمه بعد طلب المقذوف، وتأوله ابن حبيب على أنه يقيمه في غيبته. انظر المقدمات وابن عرفة وأبا الحسن الصغير في كتاب القذف في مسألة سماع الإمام القذف قال: وتأويل ابن المواز أحسن. والله أعلم.

الرابع: قال في المدونة: ومن صالح [عن¹⁸⁴⁹] قذف على شقص أو مال لم يجرز ورد، ولا شفعة فيه، بلغ الإمام أم لا. انظر أبا الحسن، وجعله من باب الأخذ على العرض مالا.
ص: باب تقطع اليمنى وتحسم بالنار ش: هذا يسمى باب السرقة.

قال في التوضيح: والسرقة أخذ/ المال خفية من غير أن يؤتمن عليه، ولا خفاء في أنه غير جامع لخروج

306

الحديث

1848 - في المطبوع أبيه ويم ص115 وم98 وما بين المعقوفين من ن عدود ص305 ويحيى ص135 وسيد

ومايأبى216.

1849 - في المطبوع ومايأبى217 ويم ص115 وم98 ويحيى ص135 من، وما بين المعقوفين من ن عدود ص305.

إِلَّا لِشَلَلٍ أَوْ نَقْصٍ أَكْثَرَ الْأَصَابِعِ فَرَجْلُهُ الْيُسْرَى وَمُحْيَى لِيَدِهِ الْيُسْرَى ثُمَّ يَدُهُ ثُمَّ رِجْلُهُ ثُمَّ عِزْرٌ وَحُبْسٌ وَإِنْ تَعَمَّدَ إِمَامٌ أَوْ غَيْرُهُ يُسْرَاهُ أَوْلًا فَالْقَوْدُ وَالْحَدُّ بَاقٌ وَخَطَأٌ أَجْزَأُ فَرَجْلُهُ الْيُمْنَى بِسَرَقَةِ طِفْلِ مَنْ حِرْزٌ مِثْلُهُ أَوْ رُبْعٌ دِينَارٍ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ خَالِصَةٍ أَوْ مَا يُسَاوِيهَا بِالْبَلَدِ شَرَعًا وَإِنْ كَمَاءٌ أَوْ جَارِحٌ لَتَعْلِيمِهِ أَوْ جِلْدِهِ بَعْدَ ذَبْحِهِ أَوْ جِلْدٍ مَيْتَةٍ إِنْ زَادَ دَبْعُهُ نِصَابًا أَوْ ظَنًّا فَلَوْسًا أَوْ الثُّوبُ فَارِعًا أَوْ شَرِكَةَ صَبِيٍّ لَا أَبٍ وَلَا طَيْرٍ لِإِجَابَتِهِ.

متن الخطاب سرقة غير المال، وقال ابن عرفة: السرقة أخذ مكلف [حرا صغيرا¹⁸⁵⁰] لا يعقل لصغره، أو مالا محترما لغيره نصابا أخرجه من [حرزه بقصد واحد¹⁸⁵¹] خفية لا شبهة له فيه، فيخرج أخذ غير الأسير مال حربي، وما اجتمع بتعدد إخراج وقصد و[أخذ¹⁸⁵²] الأب مال ولده والمضطر في المجاعة. انتهى. وقوله: "وتحسم بالنار" انظر هل الحسم بالنار واجب على الإمام، أو المقطوعة يده؟ والظاهر أنه يجب عليهما، وقد صرح الأبى عن ابن عرفة أنه يجب على المقطوعة يده بحق المداواة، ونصه في شرح مسلم في شرح حديث: {من قتل نفسه¹} من كتاب الإيمان قال ابن عرفة: من قطعت يده بحق لا يجوز له ترك المداواة، وإن تركها حتى مات فهو من معنى قتل النفس، بخلاف من قطعت يده ظلما فله ترك المداواة حتى يموت وإثمه على قاطعه. انتهى. وانظر لو ترك الإمام الحسم [حتى مات¹⁸⁵³] حيث يجب عليه، والظاهر أنه آثم إن تعمد. والله أعلم.

ص: إلا لشلل ش: ظاهره ولو كان ينتفع بها، وهو كذلك لابن وهب كما نقله في التوضيح، لكن ينبغي أن يقيد ذلك بأن يكون شللا بينا، وأما لو كان شللا خفيفا فإنه لا يمنع القطع. قال ابن عرفة: الباجي: إن كانت يمناه شلاء ففي الموازية إن كان الشلل بينا لا يقتص منه لم يقطع. اللخمي: قال ابن وهب في مختصر ما ليس في المختصر: تقطع إن كان ينتفع بها. انتهى. تنبيهه: انظر قول اللخمي: ولو كان أعسر قطعت يده اليسرى مع وجود اليمنى؛ لأنها التي/ سرقت فإنه غريب، ولم أقف عليه لغيره، ونقله ابن غازي، ولم يتعقبه ابن عرفة ولا المصنف في التوضيح. ص: أو جارحا لتعليمه ش: يريد غير الكلب لأن الكلب؛ لا يقطع سارقه ولو كان مأذونا في اتخاذه كما سيصرح بذلك المصنف.

الحديث 1 - من قتل نفسه بحديدة فحديده في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 109، دار إحياء التراث العربي.

1850 - في المطبوع ومايأبى 217 (حرا لا يعقل) ويم ص 115 ويحيى ص 135 وم ص 99 حر لا يعقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306.

1851 - في المطبوع حرز بقصد وأخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 ويحيى ص 135 ويم ص 115 وم ص 99 (ومايأبى 217 حرزه بقصد وأخذ).

1852 - ساقط من المطبوع ومايأبى 217 ويحيى ص 135 ويم ص 115 وم ص 99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 والرصاص ج 2 ص 649.

1853 - ساقطة من المطبوع وم ص 99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 ويحيى ص 135 ويم ص 115 ومايأبى 217.

وَلَا إِنْ تَكَمَّلَ بِمَرَارٍ فِي لَيْلَةٍ أَوْ اشْتَرَكَ فِي حَمَلٍ إِنْ اسْتَقَلَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَالِهِ غَيْرَ وَلَوْ كَذَّبَهُ رَبُّهُ
أَوْ أَخَذَ لَيْلًا وَادَّعَى الْإِرْسَالَ وَصَدَّقَ إِنْ أَشْبَهَ لَّا مَلِكِيهِ مِنْ مُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأْجِرٍ كَمَلِكِهِ قَبْلَ خُرُوجِهِ مُحْتَرَمٍ
لَّا حَمْرٍ وَطَبُورٍ إِلَّا أَنْ يُسَاوِيَ بَعْدَ كَسْرِهِ نِصَابًا وَلَا كَلْبٍ مُطْلَقًا وَأُضْحِيَّةٍ بَعْدَ ذَبْحِهَا بِخِلَافِ لَحْمِهَا مِنْ
فَقِيرٍ تَامَ الْمَلِكُ لَا شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ وَإِنْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَوْ الْعَيْنِمَةِ أَوْ مَالِ شَرِكَةٍ إِنْ حُجِبَ عَنْهُ وَسَرَقَ فَوْقَ
حَقِّهِ نِصَابًا لَا الْجَدَّ وَلَوْ لَأَمٍّ وَلَا مِنْ جَاحِدٍ أَوْ مُمَاطِلٍ لِحَقِّهِ مُخْرَجٍ مِنْ حِرْزِ بَأْنٍ لَا يُعَدُّ الْوَاضِعُ فِيهِ
مُضِيْعًا وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ هُوَ أَوْ ابْتَلَعَ دُرًّا أَوْ ادَّهَنَ بِمَا يَحْصُلُ مِنْهُ نِصَابٌ أَوْ أَشَارَ إِلَى شَاةٍ بِالْعَلْفِ
فَخَرَجَتْ أَوْ اللَّحْدِ أَوْ الْخَبَاءِ أَوْ مَا فِيهِ أَوْ حَائُوتٍ أَوْ فَنَائِهِمَا أَوْ مَحْمِلٍ أَوْ ظَهَرَ دَابَّةً وَإِنْ غَيْبَ عَنْهُنَّ
أَوْ بَجْرِينَ أَوْ سَاحَةَ دَارٍ لِأَجْنَبِيٍّ إِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ كَالسَّفِينَةِ أَوْ خَانَ لِلْإِثْقَالِ أَوْ زَوَّجَ فِيمَا حُجِرَ عَنْهُ أَوْ
مَوْقِفٍ دَابَّةً لِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ قَبْرِ أَوْ بَحْرِ لِمَنْ رَمِيَ بِهِ لِكْفَنِ أَوْ سَفِينَةٍ بِمَرْسَاةٍ أَوْ كُلِّ شَيْءٍ بِحَضْرَةِ
صَاحِبِهِ أَوْ مِنْ مَطْمَرٍ قَرَبٍ أَوْ قِطَارٍ وَنَحْوِهِ.

نص خليل

308 ص: لا إن تكمل بمرار في ليلة ش: هذا قول ابن القاسم/ في سماع أبي زيد في السارق

متن الخطاب

يدخل البيت في ليلة عشر مرات، يخرج في كل مرة بقيمة درهم أو درهمين أنه لا قطع عليه حتى
يخرج في مرة واحدة بقيمة ثلاثة دراهم خلافا لسحنون فإنه قال: / يقطع إذا اجتمع مما خرج به ما
يجب فيه القتع إذا كان ذلك في فور واحد. قال ابن رشد: فلم يصدقه سحنون في أنها سرقات
مفترقات إذا كانت في فور واحد، وصدقه ابن القاسم، وقوله أولى؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات. قال:
وهذا فيما يحتمل أن يكون عاد فيه لسرقة أخرى، وأما مثل القمح وشبهه من المتاع الذي يجده
مجتمعا ولا يقدر أن يخرج في مرة واحدة فينقله شيئا فشيئا فهذه سرقة واحدة؛ لأنه إنما خرج بنية
العود فلا يصدق أنها¹⁸⁵⁴ سرقة أخرى بنية كما¹⁸⁵⁵ قاله في سماع أشهب، فلا ينبغي أن يختلف
فيه. انتهى بالمعنى.

309

فرع: من سرق نصابا من مال مشترك بين جماعة، وحصه كل واحد منهم دون النصاب فإنه يقطع.
قال في المقدمات: يجب القتع في النصاب بإخراجه من الحرز سرقة واحد من واحد أو جماعة من
جماعة أو جماعة من واحد أو واحد من جماعة إذا تعاونوا في إخراجه لحاجتهم إلى التعاون في ذلك،
وأطال في ذلك إلى أن قال: ولا اختلاف أحفظه في سرقة الواحد ما يجب فيه القتع من الجماعة
المشركين أنه يقطع. انتهى.

قلت: وهذا فيما يكون مشتركا، وأما إذا سرق من حرزين قدر نصاب فلا قطع عليه. قال في النوادر:
ومن كتاب ابن المواز ومن سرق من حرزين قدر ربع دينار. قال عبد الملك: لا يقطع حتى يسرق من
حرز واحد وإن كان ذلك لرجلين. انتهى. ثم قال: وروي عن مالك في غرائر بالسوق مجتمعة للبيع
فسرق رجل من كل غرارة شيئا حتى اجتمع له [ما يقطع في مثله¹⁸⁵⁶] أنه لا يقطع حتى يسرق من
كل غرارة ما يجب فيه القتع؛ لأن كل غرارة حرز لما فيها وشاور الأمير فيها من حضر من العلماء

الحديث

1854 * - في م 99 ورم 136 وسيد 41 ومايبي 217 فلا يصدق في أنها.

1855 * - في م 99 ورم 136 وسيد 41 سرقة أخرى بنية ثانية كما.

1856 * - في المطبوع يقطع فيه في وما بين المعقوفين من م 99 ورم 136 ومايبي 218 ويحيى 479.

نص خليل
أَوْ أزالَ بابَ المَسْجِدِ أَوْ سَقَفَهُ أَوْ أَخْرَجَ قَنادِيلَهُ أَوْ حَصَرَهُ أَوْ بَسَطَهُ إِنْ تُرَكَّتْ بِهِ أَوْ حَمَّامٌ إِنْ دَخَلَ
لِلسَّرِقَةِ أَوْ نَقَبَ أَوْ تَسَوَّرَ أَوْ بَحَارَسَ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي تَقْلِيلِ وَصِدْقٍ مُدْعِيِ الخَطَا أَوْ حَمَلَ عَبْدًا لَمْ يُمَيِّزْ
أَوْ خَدَعَهُ أَوْ أَخْرَجَهُ فِي ذِي الإِذْنِ العَامِّ لِمَحَلِّهِ لَا إِذْنِ خَاصِّ كَضَيْفٍ مِمَّا حُجِرَ عَلَيْهِ وَلَوْ خَرَجَ بِهِ مِنْ
جَمِيعِهِ.

متن الخطاب
فأفتوا أن عليه القطع، وأفتى مالك بما ذكرنا فرجعوا إليه، وكان أول من رجع إليه ربيعة. انتهى.
وذكر القصة في المدارك وقال [إن¹⁸⁵⁷] هذه المسألة مما [عرف به¹⁸⁵⁸] فضل مالك.

ص: أو أزال باب المسجد أو سقفه [أو أخرج¹⁸⁵⁹] قناديله أو حصره أو بسطه إن تركت فيه
ش: يعني أن من أزال باب المسجد عن موضعه/ خفية على وجه السرقة فإنه يقطع، وسواء خرج
[به¹⁸⁶⁰] من المسجد أم لا، وكذلك إذا أزال خشبة من سقفه عن موضعها خفية على وجه السرقة

310
فإنه يقطع، سواء خرج بها من المسجد أم لا، وكذلك كل شيء ثابت في المسجد [ومتشبهت¹⁸⁶¹] به
ومسمر فيه كحصره [المسمر¹⁸⁶²] فيه [والمخيط¹⁸⁶³] بعضها إلى بعض، وكذلك بلاطه المبنية
وسلاسل قناديله المسمره فيه فإنه يقطع إذا أزال شيئاً من ذلك عن موضعه، ولا خلاف في ذلك، وأما
ما ليس بمتشبهت به ولا مسمر فيه كقناديله المعلقة فيه وحصره التي لم تسمر فيه ولم [يخط¹⁸⁶⁴]

311
بعضها إلى/ بعض فاختلف فيمن سرق شيئاً من ذلك هل يقطع أم لا؟ فالذي مشى عليه المصنف وهو
قول مالك أنه يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج به من المسجد، وأما بسط المسجد فإنها إن كانت متروكة
فيه ليلاً ونهاراً فهي كالحصر، وأما إن كانت تحمل وترد فلا قطع فيها.

قال في أول كتاب السرقة من البيان: من سرق من المسجد الحرام أو غيره من المساجد شيئاً مما هو
متشبهت به كجائزة من جوائزه أو باب من أبوابه أو [ثرية من ثرياته¹⁸⁶⁵] المعلقة به المتشبهت به أو
حصير قد سمر في حائط من حيطانه أو خيط إلى ما سواه من الحصر على ما روي عن سحنون فلا
اختلاف في وجوب القطع على من سرق شيئاً من ذلك من موضعه وهو متشبهت به، وأما ما سرقه من
ذلك وهو غير متشبهت به كقناديل موضوعة في [ثرياته¹⁸⁶⁶] أو حصر موضوعة في مواضعها فقبل إن
موضعها حرز لها يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج بها من المسجد، وقيل إنه لا قطع في شيء من ذلك
كله وإن خرج به من المسجد اختلف في ذلك قول ابن القاسم على ما يأتي في رسم نقدها من سماع

الحدِيث

1857 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 99 ويحيى 479 ويم 136 وسيد 41 ومايaby 218.
1858 * - في المطبوع يعرف بها وما بين المعقوفين من م 99 ويحيى 479 ويم 136 وسيد 41 ومايaby 218.
1859 * - في المطبوع وأخرج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
1860 * - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من يم 136 ومايaby 218 وم 99 وسيد 41.
1861 * - في المطبوع ويمثبت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
1862 - في المطبوع المستتره وما بين المعقوفين من يحيى 479 وسيد 41 في م 99 ويم 136 ومايaby 218 كحصره المستمره
فيه ص 310.

1863 * - في المطبوع المخيط وما بين المعقوفين من يحيى 479 ومايaby 218 وسيد 41.

1864 * - في المطبوع يخيظ وما بين المعقوفين من يم 137 وسيد 41.

1865 * - في المطبوع أو ثرية من ثرياته وما بين المعقوفين من سيد 41 وم 99 ومايaby 219 والبيان ج 16 ص 206.

1866 * - في المطبوع ثرياتها وما بين المعقوفين من مايaby 218 والبيان ج 16 ص 206.

متن الخطاب عيسى. انتهى. ثم قال في رسم نقدها من سماع عيسى: قال ابن القاسم: من سرق حصر المسجد قطع وإن كان من المسجد الحرام الذي لا أبواب له، وليست الأبواب بالتي تحرز، ومن سرق الأبواب أيضا قطع ومن سرق القناديل فإني أرى أن يقطع سرق ذلك ليلا أو نهارا، وقد قال ابن القاسم في كتاب [أسلم¹⁸⁶⁷] وله بنون صغار في الذي يسرق من حصر المسجد إن كانت سرقة نهارا لم أر عليه قطعا، وإن كان تسور عليها ليلا بعد أن أغلق فأخرج منها ما يكون فيه القطع قطع، وقال فيه أيضا في الذي يسرق من المسجد الحرام أو مسجد لا يغلق عليه إنه لا يقطع. انتهى. وقال في التوضيح: القول بأنه يقطع في القناديل وفي الحصر، كان على المسجد غلق أم لا مالك، وسوى بين الليل والنهار. قال: وقاله ابن الماجشون وأصبع، ولذلك اقتصر عليه المصنف.

تنبيهات: الأول: إذا قلنا يقطع إذا سرق قناديل المسجد أو حصره أو بسطه ولو لم تكن مسمرة ولا مخيطة فلا يشترط أن يخرج بذلك من المسجد كما يتبادر ذلك من لفظ المصنف؛ أعني قوله أو أخرج قناديله أو حصره، وقد تقدم التصريح بذلك في كلام ابن رشد. وقال في التوضيح لما اعترض على ابن الحاجب في أن عبارته توهم أنه لا يقطع في سقف المسجد وبابه حتى يخرج به من المسجد. قال: وليس كذلك، والصواب لو قال وموضع الباب والسقف حرز؛ لأنه يجب القطع وإن لم يخرج به من المسجد نص عليه صاحب البيان وغيره ونص عليه مالك في الواضحة في البلاط والحصر والقناديل. انتهى. وقال في الجواهر بعد أن ذكر الخلاف في القطع في قناديله وحصره: ويقطع في القناديل والحصر والبلاط: وإن أخذ في المسجد كان في ليل أو نهار وحرزها مواضعها، وكذلك الطنفسة ببسطها الرجل في المسجد لجلوسه إذا كانت تترك فيه ليلا ونهارا كالحصير، وقاله مالك، وأما الطنافس تحمل وترد فربما نسيها صاحبها وتركها فلا يقطع فيها، وإن كان على المسجد غلق؛ لأن الغلق لم يجعل من أجلها.

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن سرق من بسط المسجد التي تطرح فيه في رمضان فإن كان عنده صاحبه قطع وإلا فلا. انتهى. وقوله إنه لا يقطع إذا سرق البسط التي لا تترك في المسجد ولو كان عليه غلق، يريد إذا لم يسرقها بعد أن أغلق عليها، وأما إذا سرقها بعد أن أغلق عليها فإنه يقطع إذا أخرجها من المسجد إلا على قول أشهب السابق فيحمل قول المصنف: "أو أخرج قناديله أو حصره" على أن المراد إذا أخرجها من موضعها لا على أن المراد إذا أخرجها من المسجد، وحمل البساطي كلام المصنف على ظاهره، وأنه لا يقطع حتى يخرج القناديل والحصر والبسط من المسجد، وهذا مخالف لما تقدم من نصوص المذهب، وليس ثم قول يفرق بين سقف المسجد وحصره وقناديله إذا قلنا بوجود القطع في ذلك فتأمله./

312

الثاني: ما ذكره المصنف عن صاحب البيان في سقف المسجد وبابه، وأنه لا يشترط أن يخرج به من المسجد هو ظاهر من كلامه السابق؛ لأنه لما صرح بذلك فيما ليس متشبثا بالمسجد ولا مسمرا فيه فالمتشبث به والمسمر فيه أخرى بذلك، وكلامه في المتشبث لا يقتضي أنه لا يقطع حتى يخرج به، بل

نص خليل

وَلَا إِنْ نَقَلَهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ وَلَا فِيمَا عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَعَهُ وَلَا عَلَى دَاخِلٍ تَنَاوَلَ مِنْهُ الْخَارِجُ وَلَا إِنْ اِحْتَلَسَ أَوْ كَابَرَ أَوْ هَرَبَ بَعْدَ أَخْذِهِ فِي الْحِرْزِ وَلَوْ لِيَأْتِي بِمَنْ يَشْهَدُ عَلَيْهِ أَوْ أَخَذَ دَابَّةً بَبَابِ مَسْجِدٍ أَوْ سُوقٍ أَوْ ثَوْبًا بَعْضُهُ بِالطَّرِيقِ أَوْ ثَمْرًا مُعَلَّقًا إِلَّا بَعْلَقَ فَقَوْلَانِ وَإِلَّا بَعْدَ حَصْدِهِ فَتَالِثَهَا إِنْ كُدِّسَ وَلَا إِنْ نُقِبَ فَقَطَّ وَإِنْ التَّقْيَا وَسَطَ النَّقْبِ أَوْ رَبَطَهُ فَجَذَبَهُ الْخَارِجُ قُطْعًا وَشَرَطَهُ التَّكْلِيفُ فَيُقَطَّعُ الْحَرُّ وَالْعَبْدُ وَالْمُعَاهَدُ وَإِنْ لِمِثْلِهِمْ إِلَّا الرَّقِيقَ لِسَيِّدِهِ وَتَبَتَّتْ بِإِقْرَارٍ إِنْ طَاعَ وَإِلَّا فَلَا وَلَوْ أُخْرِجَ السَّرِقَةَ أَوْ عَيَّنَ الْقَتِيلَ وَقَبِلَ رُجُوعَهُ وَلَوْ بِلَا شُبْهَةٍ.

متن الخطاب فيه أيضا ما يفهم منه أنه يقطع بمجرد سرقة من موضعه فتأمله. وإنما نبهت على هذا لأن بعض الناس توقف فيما ذكره المصنف في التوضيح عن صاحب البيان، وذلك مما لا ينبغي أن يتوقف فيه. والله أعلم.

الثالث: هذا الكلام كله إنما هو فيما سرق من المسجد، وأما ما سرق من بيت مغلق في المسجد كبيت للقناديل ونحوه فإنه لا يقطع حتى يخرج بالشيء المسروق من البيت المغلق، فيقطع حينئذ ولو أخذ في المسجد، وهذا إذا لم يؤذن له في دخول ذلك البيت، وأما إن أذن له في دخوله فلا قطع عليه، وكذلك من سرق من [حلي¹⁸⁶⁸] الكعبة الداخل فيها المغلق عليه بابها فإنه إن كان سرق في الوقت الذي أذن له في دخولها فلا قطع عليه، وإن سرق في غير الوقت الذي أذن له في دخولها فإنه لا قطع عليه حتى يخرج به من الكعبة، [إذا خرج به من الكعبة¹⁸⁶⁹] إلى محل الطواف قطع وإن لم يخرج به من المسجد. قاله في أول كتاب السرقة من البيان قال: لأن حكم البيت الحرام الذي لا يدخل إلا بإذن فيما سرق منه حكم البيت يكون في المسجد يخترن فيه ما يحتاج إليه في المسجد من زيتته وقناديله وحصره لا قطع على من دخله بإذن فسرق منه ما يجب فيه القطع.

الرابع: أما حلي الكعبة الذي في بابها وفي جدارها من خارج كالحلي الذي على الحجر الأسود فحكمه حكم ما كان مسمرا في المسجد. قال في التوضيح: نقل ابن الماجشون عن مالك القطع في حلي باب الكعبة. انتهى. وكذلك حكم الرصاص الذي في أرض المطاف والذي في أساطين المسجد، وكذلك حكم كسوة الكعبة الظاهرة حكم ما هو مسمر في المسجد ومتشبه به، وأما الكسوة الداخلة فحكمها حكم حليها المغلق عليه بابها، وكذلك حكم كسوة المقام والقناديل المعلقة فيه في الموضع الذي يعلق عليه وهذا كله ظاهر، ولم أره منصوصا. والله أعلم.

الخامس: علم من كلام الجواهر المتقدم أنه لا يشترط في البسط أن تكون للمسجد موقوفة عليه، وإنما لو كانت ملكا لشخص ولكنها متروكة في المسجد ليلا ونهارا كان ذلك حكمها، والظاهر أن الحصر كذلك، وكذلك القناديل بالإضافة للمسجد في ذلك كله إنما هي لكون المسجد ظرفا لها، بالإضافة يكتفي فيها بأدنى ملابسة فتأمله. والله أعلم.

الحديث

1868 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 ويحيى ص 137 ويم ص 116 وم ص 100

وما يابى 219.

1869 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 100 وسيد 41 ويحيى 480 وما يابى 219.

نص خليل

وَأَنْ رَدَّ الْيَمِينِ فَحَلَفَ الطَّالِبُ أَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ أَوْ وَاحِدٌ وَحَلَفَ أَوْ أَقْرَبَ السَّيِّدُ فَالْغَرْمُ بِلَا قَطْعٍ
وَأَنْ أَقْرَبَ الْعَبْدُ فَالْعَكْسُ وَوَجِبَ رَدُّ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُقَطَّعْ مُطْلَقًا أَوْ قُطِعَ إِنْ أَيْسَرَ إِلَيْهِ مِنَ الْأَخْذِ وَسَقَطَ الْحَدُّ
إِنْ سَقَطَ الْعَضْوُ بِسَمَاوِي لَا بِنُوبَةٍ وَعَدَالَةٍ وَإِنْ طَالَ زَمَانُهُمَا وَتَدَاخَلَتْ إِنْ اتَّحَدَ الْمُوجِبُ كَقَذْفٍ وَشُرْبِ.

متن الخطاب

ص: ولا إن نقب ش: ما ذكره ابن غازي ظاهر، وقد أشار في التوضيح إلى بعضه، ومسائل المذهب تدل على أن المساعدة في الحرز لا توجب القطع. نعم قد يؤخذ ذلك من مسألة ما إذا التقيما وسط النقب، ومسألة ما إذا ربطه الداخل وجذبه الخارج، لكنه في الحقيقة عند التأمل لا يدل على ذلك، فأشبهه ما إذا حملا شيئا لا يقدر كل واحد على حمله فإنهما يقطعان.
ص: إلا الرقيق لسيده ش: فإنه لا يقطع لأنه لا يجتمع عليه غرامتان زهاب ملكه وإتلاف عبده، ولو رضي السيد بذلك لم يقطع؛ لأنه لا يوافق على إتلاف المال إلا حيث أمر الشرع به.
ص: وإن رد اليمين ش: حيث تتوجه اليمين على المدعى عليه بالسرقة بأن يكون متهما، وفي المتوسط على القول بتوجهها عليه.

313

ص: وسقط الحد ان سقط العضو بسماوي ش: قال الشارح في الوسط: ابن شاس: ولو سرق ولا يمين له سقط الحد. انتهى. وما ذكره عن ابن شاس ليس هو كذلك، والذي في الجواهر: ولو سرق فسقطت يمينه بأفة سقط الحد. انتهى. وأما مسألة من لا يمين له فقال فيها: ولو كان لا يمين له فسرق [قطعت¹⁸⁷⁰] يده اليسرى في الرواية الأخيرة، وفي الأولى تقطع رجله اليسرى. انتهى. وإلى ذلك أشار المؤلف في أول الباب بقوله: "فرجله اليسرى ومحي ليداه اليسرى"، وفي الشرح الصغير نحو ما في الوسط، وأما في الشرح الكبير فذكر [عبارة ابن¹⁸⁷¹] شاس التي ذكرناها. والله أعلم.
ص: وتداخلت إن اتحد الموجب كقذف وشرب وإلا تكررت ش: قال في المدونة: ومن قذف وشرب خمرا سكر منها أو لم يسكر جلد حدا واحدا. قال أبو الحسن: انظر لو جلد في أحدهما ثم علم أن الآخر قبله فذكر ابن يونس عن ابن المواز أن شرب الخمر وضرب الحد له، ثم ثبت بعد ذلك أنه افتري على رجل قبل شربه فإن ضربه للخمر يجزى، وكذلك لو افتري على رجل فضرب له الحد ثم ثبت أنه قد شرب الخمر قبل ذلك فإنه لا يضرب له ثانية، وقاله أصبغ، وقال هو الصواب والسنة والمجمع عليه. انتهى كلام المدونة من كتاب الشرب وكلام ابن يونس الذي نقله أبو الحسن من القذف.

فرع: قال في كتاب القذف من المدونة: وكل [حد¹⁸⁷²] لله أو قصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتي على ذلك كله إلا حد القذف. قال أبو الحسن: ظاهره وإن كان المقذوف هو المقتول وأنه يحد ثم يقتل كغيره، وقال أبو عمران: قال وللورثة أن يقوموا بحد المقذوف فيحد ثم يقتل [للقصاص¹⁸⁷³]. اهـ.

الحدیث

1870 - في المطبوع وقطعت وما بين المعقوفين من يحيى 480 وم 100 ويم 137 وسيد 42.

1871 * - في المطبوع عبارة عن ابن والمثبت من ن عدود ص 313 ويحيى 480 ويم 137 وم 100.

1872 - في المطبوع حر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 ويحيى ص 137 ويم ص 116 وم ص 100 وما يابى 220.

1873 - في المطبوع لاقصاص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 ويحيى ص 137 ويم ص 116 وم ص 100 وما يابى 220.

أَوْ تَكَرَّرَتْ. بَابُ الْمُحَارَبِ قَاطِعِ الطَّرِيقِ لِمَنْعِ سُلُوكِ أَوْ أَخْذِ مَالِ مُسْلِمٍ أَوْ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ
الْغَوْثُ وَإِنْ انْفَرَدَ بِمَدِينَةٍ كَمُسْقِي السَّيْكَرَانَ لِذَلِكَ وَمَخَادِعِ الصَّبِيِّ أَوْ غَيْرِهِ لِيَأْخُذَ مَا مَعَهُ وَالِدَاخِلِ فِي
لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ فِي زُقَاقٍ أَوْ دَارٍ قَاتِلٍ لِيَأْخُذَ الْمَالَ.

متن الخطاب 314
فعلم منه أن القتل يدخل فيه حد غير القذف ولو كان قصاصا، وهذا هو الظاهر من نصوصهم، وقال
الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "من لزمته حدود وقتل فالقتل يجزىء عن ذلك إلا في القذف
فليحد قبل أن يقتل" ما نصه: ظاهره / ولو كان القتل قودا ولم أقف عليه. انتهى فتأمله مع ما تقدم.
والله أعلم.

ص: وإلا تكررت ش: كالزنى والشرب وكالزنى والقذف، وقيل يكتب بالأكثر. والله أعلم.
ص: باب المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك أو أخذ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه
الغوث ش: قال ابن عرفة: الحرابة الخروج لإخافة سبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو
ذهاب عقل أو قتل خفية، أو لمجرد قطع الطريق لآ لأمرة ولا لنائرة ولا عداوة فيدخل قولها:
والخناقون والذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون. انتهى. ومعنى كلام المصنف أن
المحارب هو من قطع الطريق على الناس، ومنعهم من السلوك فيها وإن لم يقصد أخذ المال، [ومن
أخذ المال¹⁸⁷⁴] على وجه يتعذر معه الغوث فينبغي أن يقرأ قوله: "أو أخذ المال" بمد الهمزة وكسر
الخاء على أنه اسم فاعل، وأما إذا قرئ بسكون من غير مد بصيغة المصدر فلا يكون جامعا؛ لأنه
يكون معطوفا على قوله: "لمنع سلوك" فيقتضي أن المحارب هو من قطع الطريق لمنع السلوك أو من
قطعها لأخذ المال، ويخرج منه من قاتل لأخذ المال من غير قطع الطريق، ويخرج من ذلك من دخل
دارا أو زقاقا أو قاتل ليأخذ المال ومسقى السيكران ومخادع الصبي أو غيره ليأخذ ما معه، ولهذا قال
ابن الحاجب: الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه [تتعذر معه¹⁸⁷⁵] الاستغاثة عادة من
رجل أو امرأة أو حر أو عبد أو مسلم أو ذمي أو مستأمن، إلا أن قوله على وجه يتعذر معه الغوث
أحسن من قول ابن الحاجب: تتعذر معه الاستغاثة، فإن المسلوب يستغيث وجد مغيثا أم لا، فهو لا
تتعذر عليه الاستغاثة.

تنبيهان: الأول: ينبغي أن يؤتى في حد الحرابة بما يشعر بخروج قطع الطريق على الحربي وأخذ
ماله، فيقال مثلا المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك غير حربي أو أخذ مال محترم أو معصوم كما
أشار إلى ذلك ابن عرفة وصاحب الشامل، وكأنهم سكتوا عن ذلك لوضوحه. والله أعلم.
الثاني: انظر هل يشترط في المحارب التكليف؟ لم يتعرض له المصنف، وقال ابن عرفة الصبي إن
حارب ولم يحتلم ولا أنبت عوقب ولم يقيم عليه حد الحرابة. قال: والمجنون يعاقب لينزجر إلا أن
يكون الذي به الأمر الخفيف فيقام عليه الحد. انتهى. وذكر مسألة الصبيان في المدونة، ونصها: وأما
الصبيان فلا يكونون محاربين حتى يحتلموا، وقال أبو الحسن حتى يبلغوا. ثم قال في المدونة عقب

1874 - ساقط من المطبوع ويحيى ص 137 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 ويم ص 117 وم ص 100
وما يابى 220.

1875 * - في المطبوع يتعذر وما بين المعقوفين من يم 138 وما يابى 221 ويحيى 480.

فَيَقَاتِلُ بَعْدَ الْمُنَاشِدَةِ إِنْ أَمَكَنَ ثُمَّ يُصَلِّبُ فَيُقْتَلُ أَوْ يُنْفَى الْحُرُّ كَالزَّنَا وَالْقَتْلُ أَوْ تُقَطَّعُ يَمِينُهُ وَرِجْلُهُ الْيُسْرَى وَلَاءً.

نص خليل

كلامه السابق: وإن قطعوا الطريق إلى مدينتهم التي خرجوا منها فهم محاربون، وقال أبو الحسن: هذا راجع إلى أهل الذمة لا إلى الصبيان. انتهى.

متن الخطاب

ص: فيقاتل بعد المناشدة ش: أي على وجه الاستحباب. قال ابن رشد في رسم نذر من سماع/ عيسى من كتاب المحاربين: واستحب مالك أن يدعوا إلى التقوى والكف فإن أبوا قوتلوا، وإن عاجلوا قوتلوا وأن يعطوا الشيء اليسير إن طلبوه كالثوب والطعام وما خف ولم يقاتلوا، ولم ير سحنون أن يعطوا شيئاً ولو قل، ولا أن يدعوا، وقال: هذا وهن يدخل عليهم وليظهر لهم الصبر والجلد والقتال بالسيف فهو أكسر لهم وأقطع لطمعهم، ذهب في ذلك مذهب ابن الماجشون، وقول مالك أحسن. والله أعلم.

315

ص: ثم يصلب ش: هذا خاص بالرجل قال اللخمي: وأما المرأة فحدها صنغان القطع من خلاف والقتل، ويسقط عنها [ثالث¹⁸⁷⁶] وهو الصلب، ويختلف في رابع وهو النفي. انظر بقية كلامه ونقله في الشامل وغيره.

ص: أو ينفى الحر ش: لم يذكر هنا مع النفي ضرباً، وذكره بعد ذلك، [وذكر¹⁸⁷⁷] المصنف في التوضيح تبعاً لابن عبد السلام أن مذهب المدونة أنه لا بد مع النفي من الضرب، ونصه في شرح قول ابن الحاجب: ولغيرهما ولن وقعت منه فلتة [النفي¹⁸⁷⁸] ويضربهما إن شاء. قوله: "إن شاء" ظاهر المدونة أنه لا بد من ضربه لقوله: والذي يؤخذ بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل ولم يأخذ المال فهذا يؤخذ فيه [بأيسر¹⁸⁷⁹] الحكم لم أر به بأساً؛ وذلك الضرب والنفي، [و¹⁸⁸⁰] ما ذكره أنسب بمذهب أشهب، فإنه قال إن جلده مع النفي لضعيف، وإنما استحسنت لما خفف عنه من غيره، ولو قاله قائل لم أعبه، وقوله: وإنما استحسنت؛ أي لأنه زيادة على النص. انتهى. وذكر ابن عرفة كلام ابن الحاجب. ثم قال بعده: تقدم الخلاف في لزوم الضرب والنفي. ثم قال اللخمي: ضربه قبل النفي استحسان كما قال أشهب. ثم ذكر كلام ابن عبد السلام. ثم قال في الرجم منها: ولا ينفى الرجل [ولا ينفى الرجل الحر¹⁸⁸¹] إلا في الزنى [أو في¹⁸⁸²] حرابة فيسجنان جميعاً في الموضع الذي ينفى إليه، يسجن الزاني سنة والمحارب حتى تعرف توبته. قال ابن عرفة: فظاهاه عدم الضرب، وفي كتاب المحاربين: وليس للإمام أن يعفو عن أحد من المحاربين ولكن يجتهد في نفيه وضربه فظاهاه أو نصه ثبوت الضرب. انتهى.

الحديث

1876 * - في المطبوع ثالثاً والمثبت من يحيى 481 وم 101 ويم 138 وميايى 221.

1877 - في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من ماييى 221 ويحيى 481.

1878 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وميايى 221.

1879 - في المطبوع بأسير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وم 101 وميايى 221.

1880 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 315.

1881 * - في المطبوع ومنها لا ينفى الرجل وما بين المعقوفين من م 101 ويم 138 وميايى 221 وسيد 42.

1882 * - في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ماييى 221 ويم 138.

نص خليل وَيَالْقَتْلُ يَجِبُ قَتْلُهُ وَلَوْ بِكَافِرٍ أَوْ بِإِعَانَةٍ.

متن الخطاب تنبيهات: الأول: قدر الضرب موكول إلى اجتهاد الإمام كما في نص المدونة الذي ذكره ابن عرفة، وقال أبو الحسن في شرح قوله: ولكن يجتهد الإمام في ضربه ونفيه، أما في ضربه فعلى قدر جرمه وكثرة مقامه في فساده، وأما في نفيه فإن كان كثير الفساد نفاه إلى بلد بعيد، وإن كان قليل الفساد فإلى بلد قريب، وأقله ما تقصر فيه الصلاة، وهو يوم وليلة. انتهى. وقال في التوضيح قال ابن القاسم في الموازية وليس لجلده حد إلا الاجتهاد من الإمام. انتهى.

الثاني: نصوص المذهب صريحة في أن المحارب إذا نفي سجن في البلد الذي [ينفى¹⁸⁸³] إليه، سواء كان يخشى هروبه أم لا، وما حكاه الشيخ عبد الرحمن الثعالبي في تفسيره لما تكلم على آية المائدة من التفصيل بين من يخاف هروبه أو لا يخاف هروبه خلاف المعروف من المذهب. والله أعلم.

الثالث: وهل يجعل في عنقه الحديد؟ انظر تبصرة ابن فرحون.

ص: وبالقتل يجب قتله ش: يريد أو الصلب. قال في المقدمات: وأما إن قتل فلا بد من قتله ولا تخيير للإمام في قطعه ولا في نفيه، وإنما له التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف. اهـ. انظر آخر كلامه فإنه يناقض أوله، ونقله أبو الحسن ولم ينبه عليه، وله نحو ذلك في سماع عيسى من كتاب المحاربين، وقد قال في كتاب المحاربين من المدونة: وإذا أخذ الإمام وقد قتل، وأخذ المال، وأخاف السبيل فليقتله ولا يقطع يده ورجله والقتل يأتي على ذلك كله، فأما الصلب مع القتل فذلك إلى الإمام بأشنع ما يراه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله: ولا يقطع يده ورجله خلافاً لأبي مصعب والقتل يأتي على ذلك كله كما إذا كان [عليه¹⁸⁸⁴] حدان: أحدهما القتل فيكون الآخر داخلًا في القتل، فعله أشار إلى أبي حنيفة في قوله إن قتل وأخذ المال فالإمام مخير إن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم قتله، وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم صلبه، / وإن شاء قتله من غير صلب ولا قطع. انتهى. ووقع في عبارة الرجراجي نحو ما وقع في عبارة ابن رشد فقال إن قتل فلا بد من قتله وليس للإمام في ذلك تخيير لا في قطعه ولا في نفيه، وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو نفيه. انتهى. فأول كلامه يناقض آخره فتأمل. ولا شك أنه سهو وتصحيف.

وأما كلام ابن رشد فإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير في قتله وفي قطع يده ورجله من خلاف من غير قتل فلا شك أنه سهو؛ لأنه قد نفى ذلك، وإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير بين قتله من غير صلب ولا قطع، وبين صلبه مع قتله وبين قطع يده ورجله ثم قتله فهو خلاف ما تقدم عن المدونة، ولا يقال قوله في المدونة: "ولا يقطع يده ورجله" يعني به من غير قتل؛ لأن قوله بعد والقتل يأتي على ذلك [يرده،¹⁸⁸⁵] وكذلك قوله: "فأما الصلب مع القتل الخ" وكلام الشيخ أبي الحسن

316

الحديث

1883 * - في المطبوع ينتقى وما بين المعقوفين من يحيى 481.

1884 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 315 وم 101 وم 138 ويحيى 481.

1885 - في المطبوع يرد به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 316 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وم ص 101

وما يابى 222.

نص خليل

وَلَوْ جَاءَ تَائِبًا وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ وَتُدْبَ لِيذِي التَّدْبِيرِ الْقَتْلُ وَالْبَطْشُ الْقَطْعُ وَلِغَيْرِهِمَا وَلِمَنْ وَقَعَتْ مِنْهُ فَلْتَةُ النَّفْيِ وَالضَّرْبُ وَالتَّعْيِينُ لِلْإِمَامِ لَا لِمَنْ قَطَعَتْ يَدُهُ وَنَحْوَهَا وَغَرَمَ كُلُّ عَنِ الْجَمِيعِ مُطْلَقًا وَاتَّبَعَ كَالسَّارِقِ وَدَفِعَ مَا بَأْيَدِيهِمْ لِمَنْ طَلَبَهُ بَعْدَ الْإِسْتِيْنَاءِ وَالْيَمِينِ أَوْ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ مِنَ الرَّفْقَةِ لَا لِأَنْفُسِهِمَا وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ الْمُشْتَهَرُ بِهَا ثَبَّتَتْ وَإِنْ لَمْ يُعَايِنَاهَا وَسَقَطَ حَدُّهَا بِإِتْيَانِ الْإِمَامِ طَائِعًا أَوْ تَرَكَ مَا هُوَ عَلَيْهِ.

باب بِشْرِبِ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ مَا يُسْكِرُ جِنْسُهُ طَوْعًا يَلَا عُدْرَ وَضُرُورَةً وَظَنَّهُ غَيْرًا وَإِنْ قَلَّ أَوْ جَهَلَ وَجُوبَ الْحَدِّ أَوْ الْحُرْمَةِ لِقُرْبِ عَهْدٍ وَلَوْ حَنْفِيًّا يَشْرَبُ النَّبِيدَ وَصَحَّ نَفْيُهُ ثَمَانُونَ بَعْدَ صَحْوِهِ وَتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ وَإِنْ قَلَّ إِنْ أَقْرَأَ أَوْ شَهِدَا بِشْرِبِ.

الصغير يدل على أن مراده في المدونة [أنه¹⁸⁸⁶] لا يقطع يده ورجله مع قتله، ونقل ابن يونس كلام المدونة بما هو كالصريح في ذلك فإنه قال: ولا تقطع يده ولا رجله، فهذا صريح في أن مراده أنه لا يجمع مع القتل قطع يد ولا رجل؛ إذ لم يقل أحد أن قطع اليد الواحدة أو الرجل الواحدة حد للمحارب فتأمله.

متن الخطاب

فرع: من اعترف أنه قتل غيلة ثم رجع فإنه يقبل رجوعه. انظر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب السرقة، وكذلك إذا اعترف بالحرابة. قاله في المدونة.

ص: ولو جاء تائبًا وليس للولي العفو ش: ظاهره أنه إذا جاء تائبًا يتعين قتله، وليس لوليه العفو، وليس كذلك. قال في المدونة: وإذا أتى المحارب تائبًا قبل أن يقدر [عليه¹⁸⁸⁷] سقط عنه ما يجب عليه من حدود الحرابة، وثبت للناس ما عليه من نفس أو جرح أو مال، ثم للأولياء العفو فيمن قتل، وكذلك المجرور في القصاص، وإن كانوا جماعة قتلوا رجلا، ولي أحدهم قتله وباقيهم عون له فيؤخذون على تلك الحال قتلوا كلهم، وإن تابوا قبل أن يؤخذوا دفعوا إلى أولياء المقتول فيقتلون من شاؤوا منهم، ويعفون عمن شاؤوا وأخذوا الدية ممن شاؤوا. انتهى. ونقله ابن عرفة وابن الحاجب وغيرهما.

ص: وغرم كل عن الجميع مطلقا ش: قال ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الغصب: إذا اجتمع القوم في الغصب أو السرقة أو الحرابة فكل واحد منهم/ ضامن لجميع ما أخذوه؛ لأن بعضهم قوي ببعض، كالقوم يجتمعون على قتل رجل فيقتل جميعهم به وإن ولي القتل أحدهم، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعا¹. انتهى. قال الدماميني في حاشية البخاري في قوله لتجشمت لقاءه² وحكم الرد في جميع أحوال الإسلام حكم المقاتل، وكذلك رد المحاربين عند مالك والكوفيين.

317

ص: وسقط حدها بإتيان الإمام طائعا ش: تصوره واضح. وإذا سقط حد الحرابة بالتوبة لم يسقط حد الآدميين من قتل أو جرح أو مال على المعروف كما تقدم. والله أعلم.

ص: باب بشرب المسلم المكلف إلى قوله ثمانون بعد صحوه ش: تصوره واضح.

1- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن غلاما قتل غيلة فقال عمر لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات، رقم الحديث 6896.

2- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدء الوحي، رقم الحديث 7.

الحديث

1886 - في المطبوع وأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 316 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وم ص 101 وما يابى 222.

1887 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وم ص 101 وما يابى 222.

نص خليل
أَوْ شَمٌّ وَإِنْ خُولِفًا وَجَارَ لِإِكْرَاهٍ وَإِسَاغَةٍ لَا دَوَاءَ وَلَوْ طِلَاءً وَالْحُدُودُ بِسَوِّطٍ وَضَرْبٍ مُعْتَدِلَيْنِ قَاعِدًا بِلَا رِبْطٍ وَشَدِيدٍ.

متن الحطاب
فرع: قال في المسائل الملقوطة: قال مطرف: وكان مالك يرى إذا أخذ السكران في الأسواق والجماعات قد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس أو روعهم بسيف شهره أو حجارة رماها وإن لم يضرب أحداً أن تعظم عقوبته بضرب حد السكر، ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه، وقد [حكى مطرف¹⁸⁸⁸] عن مالك في الواضحة أنه يضرب الخمسين ومائة والمائتين ونحو ذلك ويكون الحد [مبهما فيهما¹⁸⁸⁹] انتهى.

318
ص: أو شم ش: انظر قول من قال: لا بد أن يكون الشاهد بالشم ممن شربها في حال كفره/ أو حال عصيانه، وقد قالوا: إن من حد في حد لا تجوز فيه شهادته.

ص: أو إساعة ش: يعني أنه يجوز شربها لإساعة غصة، وقد تقدم للمصنف نحو هذا في فصل المباح طعام طاهر، وهذا هو الظاهر، وجزم ابن عرفة بحرمتها للإساعة غير ظاهر، ونصه: [الشرب¹⁸⁹⁰] الموجب للحد شرب مسلم مكلف ما يسكر كثيره مختاراً لا لضرورة ولا عذر فلا حد على مكره ولا ذي غصة وإن حرمت ولا غلط. ثم قال: [والمكره¹⁸⁹¹] لا يحد لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه، وهو الأظهر لعموم اعتباره في الطلاق ونحوه، ولا المضطر للإساعة لوضوح الشبهة. الشيخ: قال مالك في المختصر: لا يشرب المضطر الخمر الباجي في النوادر عن ابن حبيب من غص بطعام وخاف على نفسه أن له أن [يجوز¹⁸⁹²] بالخمير. قاله أبو الفرج.

ص: والحدود بسوط وضرب معتدلين ش: قال ابن عرفة: ولا يجوز الضرب في الحدود بقضيب ولا شراك ولا درة ولكن السوط، وإنما كانت درة عمر للأدب فإذا وقعت الحدود قرب السوط. ثم قال بعد كلام لا يتعلق بالسوط: ولأبي زيد عن ابن القاسم [إن¹⁸⁹³] ضرب على ظهره بالدرة أجزاءه، وما هو بالبين. انتهى. ونص سماع أبي زيد المذكور: وقال ابن القاسم في رجل ضرب عبده الحد في الزنى بالدرة أجزاءه قال: إن كان ضربه في الظهر أجزاءه وما هو بالبين. قال ابن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم العتق من سماع عيسى. انتهى. ونص ما في سماع عيسى المشار إليه وسألت ابن القاسم عن رجل زنى عبده فضربه خمسين ضربة بغير سوط هل يجزئه ذلك من الحد قال: قال مالك لا يضرب الحد إلا بالسوط. قال ابن رشد: سأله في هذه الرواية هل يجزئه ذلك من الحد؟ فلم يجب

الحديث

- 1888 - في المطبوع حكى عن ويحيى ص 139 وم 102 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 317 ويم ص 139 وما يابى 223.
1889 - في المطبوع منهما ويحيى ص 139 وم 101 ويم ص 118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 317 وما يابى 223.
1890 - في المطبوع أشهب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 318 ويحيى ص 139 ويم ص 118 وم 101 وما يابى 223 (الشرب).
1891 - في المطبوع والمكروه ويم ص 118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 318 ويحيى ص 139 وم 101 وما يابى 223.
1892 * - في المطبوع يحوزه وما بين المعقوفين من يحيى 482 وسيد 42 وم 101 ويم 139 وما يابى 223.
1893 * - في المطبوع أو والمثبت من يحيى 482 ويم 139 وم 102 وما يابى 223

متن الخطاب

على ذلك، وحكى له ما قال مالك من أن الحدود لا تضرب إلا بالسوط، وقال في سماع أبي زيد بعد هذا إنه إن ضربه في الزنى بالدرّة في ظهره أجزأه. قال: وما هو بالبين، فيحمل قوله في سماع أبي زيد على التفسير لقوله في هذه الرواية؛ لأنه وإن كان الواجب أن يضرب الحدود بالسياط كما قاله مالك فلا يجب أن يعاد عليه الضرب بالسياط إذا ضرب بالدرّة؛ إذ قد يكون من الدرر ما هو أوجع من كثير من السياط فلا يجمع عليه حدين إلا أن تكون الدرّة التي ضرب بها لطيفة لا تؤلم ولا توجع، فلا بد من إعادة الحد بالسوط. انتهى من كتاب الحدود في القذف. وقوله: "معتدلين" قال في الموطأ إنه عليه السلام [أتى¹⁸⁹⁴] بسوط مكسور فقال: {فوق هذا} فأتى بسوط [جديد¹⁸⁹⁵] فقال: {دون هذا} فأتى بسوط قد ركب به ولان فأمر به¹ أي بالشخص المحدود فحد.

قال الباجي في شرحه: قال عيسى بن دينار الثمرة الطرف، يريد أن طرفه محدود لم تنكسر حدته، فقال دون هذا فأتى بسوط قد ركب به، [ولان¹⁸⁹⁶] يريد أنه قد انكسرت حدته ولم يخلق، ولم يبلغ مبلغا لا يألم من ضرب به فاقتضى ذلك أنه يحد بسوط بين سوطين، والضرب في الحدود كلها سواء. انتهى. وقال الجزولي: وإنما يضرب بالسوط، وصفته أن يكون من جلد واحد ولا يكون له رأسان، وأن يكون رأسه لينا ويقبض عليه بالخنصر والبنصر والوسطى، ولا يقبض عليه بالسبابة والإبهام، ويعقد عليه عقدة التسعين، ويقدم رجله اليمنى ويؤخر اليسرى. انتهى.

ص: بظهره وكتفيه ش: قال في رسم الأفضية الثالث من سماع أشهب من كتاب المحاربيين والمرتدين: وسئل مالك عن عذاب اللصوص [بالدهن¹⁸⁹⁷] وبهذه الخنافس التي تحمل على بطونهم؟ فقال: لا يحل هذا إنما هو السوط أو السجن إن لم يجد في ظهره مضربا بالسجن. قيل له رأيت إن لم يجد في ظهره مضربا أترى أن يسطح فيضرب في أليتيه؟ قال: لا والله لا أرى ذلك إنما عليك ما عليك إنما هو / الضرب بالسوط والسجن.

319

قال: فقيل رأيت إن مات أيضا بالسوط؟ قال: إنما عليك ما عليك. قال ابن رشد: هذا بين علي ما قاله لأنه لا يصح أن يعاقب أحد فيما تلزمه فيه العقوبة إلا بالجلد أو السجن الذي جاء به القرآن، وأما تعذيب أحد بما سوى ذلك من العذاب فلا يحل ولا يجوز، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الله ليعذب في الآخرة الذين يعذبون الناس في الدنيا²}. انتهى بلفظه. والحديث رواه مسلم. وفي مختصر الوقار: والأدب أن يقنع بالسوط على رأسه، أو يضرب بالدرّة على ظهره أو على قدميه ولا يبسط¹⁸⁹⁸ [أحد على بطنه في أدب ولا غيره. انتهى من باب القذف.

الحديث

1 - حدثني مالك عن زيد بن اسلم أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط فأتى بسوط مكسور فقال لا فوق هذا فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال دون هذا فأتى بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ثم قال يا أيها الناس قد أن لكم أن تنتهوا عن حدود الله من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإنه من يبذ لنا صفحته نقم عليه كتاب الله، الموطأ، كتاب الحدود، رقم الحديث 1562، ط. دار الفكر.

2 - إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا، مسلم في صحيحه، كتاب البر والآداب، رقم الحديث 2613، دار إحياء التراث العربي.

1894 - في المطبوع أوتى ويحيى ص139 وما بين المعقوفين من ن ذي ص318 ويم ص118 وم ص102 ومايأبى 224.

1895 - في المطبوع حديث وما بين المعقوفين من ن عدود ص318 ويحيى ص139 ويم ص118 وم ص102 ومايأبى 224.

1896 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من يحيى 482 وسيد 42 وم 102 ويم 139 ومايأبى 224.

1897 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص139 وما بين المعقوفين من ن عدود ص318 ويم ص118 ومايأبى 224.

1898 * - في المطبوع يسطح وما بين المعقوفين من يحيى 482 وسيد 42 ومايأبى 224 ويم 139.

نص خليل
وَجُرِدَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِمَّا يَبْقَى الضَّرْبِ وَتُدْبَ جَعْلُهَا فِي قَفَّةٍ وَعَزَّرَ الْإِمَامُ لِمَعْصِيَةِ اللَّهِ أَوْ لِحَقِّ آدَمِيٍّ
حَبْسًا وَلَوْ مَا وَبِالإِقَامَةِ وَتَزَعُ الْعِمَامَةَ وَضَرَبَ بِسَوْطٍ أَوْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْحَدِّ أَوْ أَتَى عَلَى النَّفْسِ.

متن الخطاب ص: وجرّد الرجل والمرأة مما بقي الضرب ش: ينبغي أن يكون قوله مما بقي الضرب راجعا إلى المرأة فقط وهو ظاهر فتأمل. والله أعلم. قال ابن عرفة: وسمع أبو زيد ابن القاسم في المرأة يكون عليها ثوبان في الحد قال: لا بأس بهما وينزع ما سوى ذلك. انتهى.

320 ص: وعزّر الإمام لمعصية الله ش: قال ابن/ ناجي في شرح المدونة في كتاب القذف: الأدب يتغلظ بالزمان والمكان، فمن عصى الله في الكعبة أخص ممن عصاه في الحرم، ومن عصاه في مكة أخص ممن عصاه خارجها. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: يلزم التعزير لمن سرق ما لا قطع فيه، والخلوة بالأجنبية، ووطه المكاتبه ونحو ذلك من الاستمناء وإتيان البهيمة واليمين الغموس والغش في الأسواق والعمل بالربا وشهادة الزور والتحليل والشهادة على نكاح السر، وكذلك الزوجان والولي إلا أن يعذروا بجهل فيجب على هؤلاء التعزير فقط، وتلزم [العقوبة من حمى الظلمة¹⁸⁹⁹] وذب عنهم، ومن دفع [عن¹⁹⁰⁰] شخص وجب عليه حق، ومن يحمي قاطع الطريق أو سارقا ونحو ذلك، فإن من يحميه ويمنعه عاص لله وتجب عقوبته حتى يحضره إن كان عنده وينزجر عن ذلك، إلا أن يكون إحضاره إلى من يظلمه يأخذ ماله أو يتجاوز فيه ما أمر به شرعا فهذا لا يحضره، ولكن يتخلى عنه ويرتدع عن حمايته والدفع عنه. انتهى. ومنه ويؤدب من حلق شاربه ومن طلق ثلاثا في كلمة واحدة ومن نكح بين الفخذين، ومن قام بشكية باطل فينبغي أن يؤدب وأقل ذلك الحبس ليندفع بذلك أهل الباطل واللدن [انتهى¹⁹⁰¹] من أحكام ابن سهل. قاله في شهادة السماع والأحباس. والله أعلم.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن المكروه لا أدب فيه، وصرح بذلك في باب الأيمان من التوضيح. قال في الحلف بغير أسماء الله تعالى: ويدخل في كلام ابن الحاجب الحلف بالطلاق والعتاق، وقد نصوا على تأديب الحالف بهما ولا يكون الأدب في المكروه. انتهى. وقال في المدخل في فصل اللباس: وقد قال علماؤنا في تارك شيء من السنن [والآداب¹⁹⁰²] أن الواجب أن يقيح له فعله وأن يذم على ذلك، فإن أبى أن يرجع وإلا هجر من أجل ما أتى به من خلاف السنة. انتهى. وقد نقل في رسم الجنائز والصيد من سماع أشهب من كتاب الذبائح عن سيدنا عمر التأديب في المكروه. اهـ. وذلك أنه مر بشخص أضجع شاة يذبحها وجعل يحد الشفرة فعلاه بالدرة وقال: هلا حددتها أولا أو كما قال. وقد قال أصبغ: من ترك الوتر يؤدب، وقال سحنون يجرح، والظاهر أنه لا يعارضه، وأن من واظب على

الحديث

1899 - في المطبوع ويحيى ص 139 العقوبة على من حمى الظلمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 ويم 118 وم 102 وما يابى 224.

1900 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 ويحيى ص 139 ويم ص 118 وم ص 102 وما يابى 224.

1901 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 102.

1902 * - في المطبوع والأدب وما بين المعقوفين من يحيى 483 وسيد 42 وم 102 وما يابى 225 ويم 139.

نص خليل وَضَوْنَ مَا سَرَى كَطَبِيبٍ جَهْلٍ أَوْ قَصَرَ أَوْ بَلَإَ إِذْنٍ مُعْتَبَرٍ وَلَوْ إِذْنٌ عَبْدٍ بِفَصْدٍ أَوْ حِجَامَةٍ أَوْ خِتَانٍ وَكَتَأَجِيجِ نَارٍ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ وَكَسُقُوطِ جِدَارٍ مَالٍ وَأَنْذَرَ صَاحِبَهُ وَأَمَكَّنَ تَدَارُكُهُ.

متن الخطاب ترك المسنون أو على فعل المكروه فهو الذي يؤدب ويجرح، ومن كان منه ذلك مرة لم يؤدب. والله أعلم.

مسألة: قال في المسائل الملقوطة: قال القرافي: الحدود واجبة الإقامة على الأئمة، واختلفوا في التعزير فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله إن كان الحق لله وجب كالحدود إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام، وقال الشافعي غير واجب على الإمام. انتهى. ثم قال: مسألة ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة [فيه¹⁹⁰³] إذا كان الحق لآدمي، فإن تجرد عن حق الآدمي، وانفرد به حق السلطنة كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصلح في العفو والتعزير وله التشفيق فيه. انتهى. وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح قوله: {لتشفعوا ولتؤجروا¹} والشفاعة لأصحاب الحوائج والرغبات عند السلطان وغيره مشروعة محمودة مأجور عليها صاحبها بشهادة هذا الحديث وشهادة كتاب الله بقوله: ﴿من يشفع شفاعة حسنة﴾ الآية على أحد التأويلين، وفيه أن معونة المسلم في كل حال [بفعل¹⁹⁰⁴] أو قول فيها أجر، وفي عمومها الشفاعة للمذنبين، وهي جائزة فيما لا حد فيه، عند السلطان وغيره، وله قبول الشفاعة فيه والعفو إذا رأى ذلك، كما له العفو عنه ابتداءً، وهذا فيمن كانت منه الفلته والزلة وفي أهل الستر والعفاف أو من طمع بوقوعه عند السلطان والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة، وأما المصرون على فسادهم المشتهرون في باطلهم فلا تجوز الشفاعة لأمثالهم، ولا ترك السلطان عقوبتهم لينزجروا عن ذلك وليرتدع غيرهم بما يفعل بهم، وقد جاء الوعيد في الشفاعة في الحدود. انتهى.

321

ص: وضمن ما سري ش: قال في الجواهر: والتعزير جائز بشرط سلامة العاقبة فإن سري ضمننت عاقلة المعزر بخلاف الحد. انتهى.

ص: وكسقوط جدار مال وأنذر صاحبه وأمکن تدارك ش: قال في كتاب الديات من المدونة: والحائط المخوف إذا أشهد على ربه، ثم عذب به أحد فربه ضامن، وإن لم يشهد به عليه لم يضمن وإن كان مخوفاً. اهـ. ولم يبين عند من يكون الإشهاد. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ومعناه عند القاضي أو من له النظر في ذلك ولا ينفع الإشهاد إذا لم يكن كذلك إذا كان رب الحائط منكراً لميلانه بحيث يخشى عليه السقوط، وأما إن كان مقراً فإنه يكتفى بالإشهاد وإن لم يكن عند حاكم. قاله بعض القرويين، وقال ابن الماجشون لا يضمن إلا إذا قضى عليه السلطان [بالهد¹⁹⁰⁵] فلم

الحديث 1 - عن أبي موسى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتاه طالب حاجة أقبل على جلسائه فقال اشفعوا فلتؤجروا وليقض الله على لسان نبيه ما أحب، مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والادب، رقم الحديث 2627، ط دار إحياء التراث العربي، والبخاري في صحيحه، كتاب التوحيد 7476 ولفظ البخاري قريب منه.

1903 - في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من يحيى 483 وم 102 ومايأبى 225 وبم 139.

1904 - في المطبوع لفعل وما بين المعقوفين من يحيى 483 وم 102 ومايأبى 225 وبم 139.

1905 - هكذا في ن عدود ص 321 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع بالهدم وهو الذي في يحيى 140 وبم 140 وم 103. وفي نسخة قلمية من التوضيح ص 591 بهدمه.

متن الخطاب يفعل، وقال أشهب إذا بلغ الحائط ما لا يجوز لصاحبه تركه لشدة ميلانه فهو متعدد ضامن أشهد عليه أم لا. انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع يحيى من كتاب السلطان: قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن جدار رجل بين داره ودار جاره مال ميلا شديدا حتى خيف انهدامه أترى السلطان إذا [شكا¹⁹⁰⁶] ذلك جاره ومن يخاف من إذايته وضرره أن يأمر صاحبه بهدمه؟ فقال: نعم ذلك واجب عليه أن يأمر بهدمه. قلت له: فإن [شكا¹⁹⁰⁷] إليه ما يخاف [من¹⁹⁰⁸] انهدام الجدار فلم يهدمه حتى انهدم على إنسان أو دابة أو بيت لصق به فقتل أو هدم ما سقط عليه أيضمن ذلك صاحب الجدار قال: نعم يضمن كل ما أصاب الجدار بعد الشكية إليه والبيان له. قال يحيى: وإن لم يكن ذلك بسلطان فإنه ضامن إذا انهدم وأشهد عليه.

قال ابن رشد: قول يحيى إنه ضامن لما أفسد الحائط إذا انهدم بعد التقدم إليه والإشهاد عليه وإن لم يكن ذلك بسلطان مفسر لقول ابن القاسم، ومثل ما في المدونة. اهـ. وقد قيل إنه لا ضمان عليه إلا فيما أفسد بانهدامه بعد أن قضى عليه السلطان بهدمه ففرط في ذلك، وهو قول عبد الملك وقول ابن وهب في سماع زونان، وقد قيل إنه ضامن لما أصاب إذا تركه بعد أن بلغ حدا كان يجب عليه هدمه وإن لم يتقدم إليه ولا أشهد عليه، وهو قول أشهب وسحنون. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا كانت الدار مرهونة أو مكتراة لم ينفعهم الإشهاد إلا على ربها، فإن غاب رفع أمره إلى الإمام، ولا ينفعهم الإشهاد على الساكن؛ إذ ليس [له¹⁹⁰⁹] هدم الدار. انتهى. وقال في النوادر في ترجمة الكلب العقور والجمال الصؤول من كتاب الديات الثاني عن سماع أشهب إنه لا ضمان على ربها، ولا على من هي بأيديهم [بكراء أو رهن إذا لم يكن مخوفا بحضرة ربها ثم غاب، فإن كان هكذا فهو ضامن دون من هي بأيديهم،¹⁹¹⁰] ولو أمرهم السلطان بالهدم والبناء فلا شيء عليهم. قال محمد ابن عبد الحكم: وينبغي للقاضي إذا كان الحائط مخوفا [أن¹⁹¹¹] لا يمهل أصحابه [إن حضروا¹⁹¹²] حتى يهدم [علا¹⁹¹³] المكان، فإن لم يحضروا أمر بهدمه، وأنفق على ذلك من نقضه إن لم يجد لهم مالا، فإن كان [لصبي¹⁹¹⁴] في ولاية أب أو وصي فإليهما يتقدم السلطان، فإن لم يفعل

- 1906 * - في المطبوع شكى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1907 * - في المطبوع شكى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1908 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 483 وم 103 ويم 140.
 1909 * - في المطبوع لهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم يحيى 438.
 1910 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 321 ويحيى 141 ويم 119 وم 103 وما يابى 226 علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ وصواب العبارة مخوفا.
 1911 - ساقطة من المطبوع وما يابى 226 ويحيى ص 141 ويم ص 119 وم ص 103 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 321.
 1912 * - في المطبوع أن يحضروا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1913 * - في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من النوادر ج 13 ص 513.
 1914 * - في المطبوع الصبي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل أو عَضُهُ فَسَلَّ يَدَهُ فَقَلَعَ أَسْنَانَهُ.

متن الخطاب 322 من [قدم¹⁹¹⁵] ذلك إليه حتى سقط فما أفسد أو قتل كان/ ذلك في ماله من أب أو وصي دون مال الصبي إذا [أمكنهما¹⁹¹⁶] الهدم [فتركاه¹⁹¹⁷]. انتهى.

تنبيه: إذا كان رب الحائض غائباً وكان له وكيل وتقدم إليه فلم يفعل حتى سقط الحائض فهل يضمن ذلك في ماله؟ لم أر فيه نصاً صريحاً، والظاهر أنه يضمن قياساً على الأب والوصي فتأمله. والله أعلم. تنبيه: قال ابن رشد في أول سماع يحيى من كتاب السلطان إثر كلامه المتقدم: والضمان في ذلك لا يتعدى المال إلى العاقلة عند ابن القاسم. كذا روى عيسى عنه في رسم لم يدرك من كتاب الديات، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية، وروى زونان في سماعه عن ابن وهب أن العاقلة تحمل من ذلك الثلث فصاعداً، وهو قول مالك رواه عنه أشهب وابن عبد الحكم. انتهى.

ص: أو عَضُهُ فَسَلَّ يَدَهُ فَقَلَعَ أَسْنَانَهُ ش: هذا معطوف على ما فيه الضمان، ولم يعين ما الذي يضمنه هل دية الأسنان أو القود؟ وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولو عَضُهُ فَسَلَّ يَدَهُ ضَمَنَ أَسْنَانَهُ عَلَى الْأَصْح" يعني دية الأسنان، والأصح عبر عنه المازري وغيره بالمشهور، ونقل مقابله عن بعض الأصحاب، وهو أظهر لما في الصحيحين عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً عض يد رجل فنزع يده من فيه، فوقعت ثناياه فاخصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: {يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك¹} زاد أبو داود {إن شئت أن تمكنه من يدك فيعضها ثم تنزعها من فيه²} وقال ابن المواز: الحديث لم يروه مالك ولو ثبت عنده لم يخالفه، وتأوله بعض شيوخ المازري على أن المعضوض لا يمكنه النزع إلا بذلك.

وحمل تضمين بعض الأصحاب على أنه يمكنه النزع برفق بحيث لا تنقلع أسنان العاض فصار متعدياً بالزيادة فلذلك ضمنوه. اهـ. وقال القرطبي في شرح مسلم قوله صلى الله عليه وسلم: {لا دية لك³} وفي رواية {فأبطله⁴}، وقوله: فأبطله هذا نص صريح في إسقاط القصاص والدية في ذلك، ولم يقل أحد بالقصاص فيما [علمت، وإنما¹⁹¹⁸] الخلاف في الضمان فأسقطه أبو حنيفة وبعض أصحابنا، وضمنه الشافعي، وهو مشهور مذهب مالك، ونزل بعض أصحابنا القول بالضمان على ما إذا أمكنه النزع برفق فنزعها بعنف، وحمل بعض أصحابنا الحديث على أنه كان متحرك الثنايا، وهذا يحتاج إلى [خطم¹⁹¹⁹] وأزمة، ولا ينبغي أن يعدل عن صريح الحديث. انتهى. وما ذكره عن مذهب الشافعي خلاف ما ذكره النووي من موافقة أبي حنيفة وهو أعرف بمذهبه، وفي مسلم {ادفع يدك حتى يعضها ثم انتزعها⁵} قال القرطبي: هو أمر على جهة الإنكار كما قال صلى الله عليه وسلم في الرواية

- الحديث 1 - أن رجلاً عض يد رجل فنزع يده من فمه فوقعت ثناياه فاخصمنا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 6892. ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، رقم الحديث 1673.
- 2 - أبو داود في سننه، كتاب الديات، ط. دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 4585.
- 3 - الحديث السابق 1، في صحيح مسلم وصحيح البخاري رقم 1.
- 4 - الحديث السابق رقم 1 في صحيح مسلم.
- 5 - الحديث السابق في صحيح مسلم رقم 1.

1915 * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب تقدم إليه ذلك وعبارة مطبوعة النوادر من قدم ذلك إليه ج 13 ص 513.

1916 * - في المطبوع أمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1917 * - في المطبوع وتركاه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1918 * - في المطبوع علمت انتهى وإنما وما بين المعقوفين من يحيى 484 وم 103 ويم 140 وسيد 43 وما يابى 226.

1919 * - في المطبوع حطم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل أَوْ نَظَرَ لَهُ مِنْ كَوَّةٍ فَقَصَدَ عَيْنَهُ وَإِلَّا فَلَا كَسْفُوطٍ مِيزَابٍ أَوْ بَغْتِ رِيحٍ لِنَارٍ كَحَرَقِهَا قَائِمًا لِطَفِّهَا.

متن الخطاب الأخرى: {بم تأمرني تأمرني أن أمره أن يدع يده في فيك [تَقْضُمَهَا¹⁹²⁰] كما يقضم الفحل¹} فمعناه أنك لا تدع يدك في فيه يقضمها ولا يمكن أن يؤمر بذلك. انتهى. زاد النووي {فكيف تنكر عليه أن ينزع يده من فيك وتطلبه بما جنى في جذبه} كذلك قاله القاضي. انتهى. ويقضمها بفتح الضاد مضارع قضم بكسرهما؛ يقال قضمت الدابة شعيرها إذا أكلته بأطراف أسنانها، وخضمت بالخاء المعجمة إذا أكلت بفيها كله، ويقال الخضم أكل الرطب، والقضم أكل اليباس، ومنه قول الحسن: تخضمون ويقضم والموعود القيامة. انتهى من القرطبي. والفحل ذكر الإبل.

ص: أو نظر له من كوة فقصد [عينه وإلا¹⁹²¹] فلاش: هذا أيضا معطوف على ما فيه الضمان، ولم يبين المضمون أيضا هل هو القود أو الدية؟ واعلم أن الذي يقتضيه كلام المازري وغيره من الأشياخ أن هذه المسألة كالتي قبلها. قال المازري في المعلم في شرح الحديث الأول: ومن هذا المعنى لورمي إنسان أحدا ينظر إليه في بيته فأصاب عينه فاختلف أصحابنا أيضا في ذلك فالأكثر منهم على إثبات الضمان، والأقل منهم على نفي الضمان، وبالأول قال أبو حنيفة، وبالثاني قال الشافعي، فأما

[نفي¹⁹²²] الضمان فلقوله صلى الله عليه وسلم: {لو أن أحدا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح²} وأما إثبات الضمان فلأنه لو نظر إنسان إلى عورة إنسان بغير/ إذنه لم يستبح فقه عينه، فالنظر إلى الإنسان في بيته [أولى¹⁹²³] أن لا يستباح به، ومحمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبئه على أنه فطن به، أو ليدافعه عن ذلك غير قاصد فقه عينه فانفقت عينه خطأ فالجناح منتف، وهو الذي نفي في الحديث، وأما الدية فلا ذكر لها. انتهى.

وذكر القرطبي في شرح مسلم نحوه، فدل هذا الكلام على أن القائلين بالضمان يقولون به، سواء قصد فقه عينه أو لا، إلا أنه إن لم يقصد فقه عينه ففعله جائز وإنما يضمن الدية، وإن قصد فقه عينه فلا يجوز فعله ويضمن، والظاهر أن المراد حينئذ بالضمان القود، وصرح به ابن شاس والقرافي وابن الحاجب. قال في الجواهر: ولو نظر إلى حريم إنسان من كوة [أو صيرباب¹⁹²⁴] لم يجز أن يقصد عينه بإبرة أو غيرها، وفيه القود إن فعل ويجب تقدم الإنذار في كل دفع، وإن كان الباب مفتوحا فأولى أن لا يجوز قصد عينه. انتهى. ونحوه في الذخيرة، وعلى هذا فيكون الضمان الذي أثبته المصنف بقوله: "أو نظر من كوة فقصد عينه" هو القود، والذي نفاه بقوله: "وإلا فلا" هو القود أيضا دون الدية. والله أعلم. قال في التوضيح: [والصير¹⁹²⁵] بكسر الصاد شق الباب. قاله الجوهرى. انتهى.

الحديث 1 - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تأمرني تأمرني أن أمره أن يدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل ادفع يدك حتى يعضها ثم انتزعا، صحيح مسلم، كتاب القسامة، دار الغرب الإسلامي 1972، رقم الحديث 1673.
2 - البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 6902.

1920 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من صحيح مسلم حديث 1673.
1921 * - النسخة التي شرح عليها المواق عينه ففقاها وإلا.
1922 - في المطبوع ففي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 322 ويحيى ص 141 ويم ص 119 وم ص 103 وما يابى 227.
1923 - في المطبوع أولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 وم 103 ويحيى 484 وم 140.
1924 * - في المطبوع أو صر باب وما بين المعقوفين من م 103 ويم وصحاح الجوهرى.
1925 - في المطبوع والصر وما بين المعقوفين من يم وصحاح الجوهرى.

وَجَازَ دَفْعُ صَائِلٍ بَعْدَ الْإِنذَارِ لِلْفَاهِمِ وَإِنْ عَنِ مَالٍ وَقَصْدُ قَتْلِهِ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِهِ لَا جُرْحٌ إِنْ قَدَّرَ عَلَى الْهَرَبِ مِنْهُ بِلَا مَشَقَّةٍ وَمَا أَتْلَفْتَهُ الْبِهَائِمَ لَيْلًا فَعَلَى رَبِّهَا وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيَمَتِهَا بِقِيَمَتِهِ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ لَا نَهَارًا إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا رَاعٍ وَسَرَّحَتْ بَعْدَ الْمَزَارِعِ وَإِلَّا فَعَلَى الرَّاعِي.

نص خليل

ص: انظر هل مراده بالجواز المستوي الطرفين كما هو اصطلاحه هو وغيره من المتأخرين، أو مراده بالجواز جواز الإقدام حتى يشمل الوجوب، وظاهر كلام ابن العربي فيما نقل عنه في الذخيرة في هذا المحل، وفي الفروق في الفرق السابع والأربعين بعد المائتين أن الحكم في دفع الصائل الجواز المستوي الطرفين، وذكر القرطبي وابن الفرس في الوجوب قولين قالوا: والأصح الوجوب فانظر ذلك، وانظر الأبى في شرح قوله عليه السلام: {من مات دون ماله فهو شهيد¹} وفي منع فضل الماء حتى مات المنوع في كتاب الإيمان من مسلم، وانظر مسألة من وجد مع امرأته رجلا فقتله في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب القذف، وفي الجزء الرابع من كتاب الديات من النوادر، وفي كتاب الحدود في الزنا منها، وفي الفصل السابع من القسم الثالث من التبصرة /

متن الخطاب

324

كتاب العتق. قال في الصحاح: العتق الكرم؛ يقال ما أبين العتق في وجه فلان يعني الكرم، والعتق الجمال، والعتق الحرية، وكذلك العتاق بالفتح والعتاقة؛ يقال منه عتق العبد يعتق بالكسر عتقا وعتاقا وعتاقه فهو عتيق وعاتق وأعتقته أنا. انتهى. ثم قال: وعتق الشيء بالضم عتاقه أي قدم وصار عتيقا، وكذلك عتق يعتق مثل دخل يدخل فهو عاتق.¹⁹²⁶ انتهى. ثم قال: وعتاق الطير الجوارح منها، والأرحبيات العتاق النجائب منها. انتهى. يعني أنه بكسر العين والأرحبيات الإبل. قال في الصحاح: وأرحب قبيلة من [همدان¹⁹²⁷] ينسب إليها الأرحبيات من الإبل. انتهى. وقال القاضي عياض في المشارق: يقال عتق المملوك يعتق عتقا وعتاقه بالفتح فيهما. قال الخليل: وعتاقا بالفتح أيضا. قال غيره: والاسم منه العتق بالكسر والعتاق بالفتح، ولا يقال عتق إنما هو أعتق إذا أعتقه سيده. انتهى.

وقال في التنبهات: العتق والعتاق بالفتح فيهما، وعتق الغلام وأعتقه سيده فهو عتيق، وعبيد عتقاء وأمة عتيقة، ولا يقال عاتق ولا عواتق إلا أن يراد مستقبل أمره فهو عاتق غدا، ولا يقال عتق الغلام بضم العين ولكن أعتق، ومعنى العتق ارتفاع الملك. انتهى. وقوله في التنبهات: ولا يقال عاتق مخالف لما تقدم في الصحاح، وقال في القاموس: العتق بالكسر الكرم والجمال والنجابة والشرف والحرية، وبالضم جمع عتيق وعاتق المنكب،¹⁹²⁸ والحرية عتق العبد يعتق عتقا ويفتح [أو بالفتح¹⁹²⁹] المصدر وبالكسر الاسم، وعتاقا وعتاقه [بفتحهما¹⁹³⁰] خرج عن الرق فهو عتيق وعاتق الجمع

1 - من قتل دون ماله فهو شهيد، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 141، دار إحياء التراث العربي، ص125.

الحديث

1926 - في م 104 فيقال عاتق.

1927 - في المطبوع همدان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1928 - في يحيى 485 وم 104 ويم 141 ومايأبى 228 وعاتق للمنكب.

1929 - في المطبوع وبالفتح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويم ص 120 وم ص 104 ومايأبى 228.

1930 - في المطبوع بفتحها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى ص 142 ويم ص 120 وم ص 104 ومايأبى 228.

متن الحطاب [عتقاء. 1931] ثم قال: والعتق بالكسر ويضم للموات كالخمر والتمر وككتاب من الطير الجوارح ومن الخيل النجائب. انتهى. وقال ابن حجر في فتح الباري في باب ما يستحب من العتاقة في الكسوف من كتاب العتق: العتاقة بفتح العين ووهم من كسرهما، يقال عتق يعتق عتاقا وعتاقة، والمراد الإعتاق وهو ملزوم العتاقة. ثم قال بعد ذلك: وإلا فقد عتق [منه 1932] ما عتق. قال الداودي: هو بفتح العين من الأول، ويجوز الفتح والضم في الثاني، وتعبه ابن التين بأنه لم يقله غيره، وإنما يقال عتق بالفتح وأعتق بضم الهمزة؛ لأن الفعل لازم غير متعد.

وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قال صاحب المحكم: العتق خلاف الرق عتق يعتق عتقا وعتقا وعتاقا وعتاقا فهو عتيق، وحلف بالعتاق أي بالإعتاق. انتهى. فتحصل من هذا أنه يقال العتق بكسر العين وفتحها والعتاق والعتاقة [بفتحهما 1933] فقط، وأنه يقال عتق يعتق كضرب يضرب، ولا يقال عتق بضم العين. والله أعلم. وقال في الذخيرة: والعتق في اللغة الخلوص، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي [خوالصها، 1934] والبيت الحرام عتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة، وفي الشرع خلوص الرقبة من الرق. انتهى. وقيل سمي البيت عتيقا لأنه أول بيت وضع للناس، وقيل لخلوصه من الطوفان، وقيل لخلوصه من أيدي الجبابرة. والله أعلم.

وأما في الشرع فقال ابن عبد السلام: استغنى ابن الحاجب عن تعريف حقيقته لشهرتها عند العامة والخاصة فقال ابن عرفة: يرد قوله بأن ذلك من حيث وجودها لا من حيث إدراك حقيقتها، بل كثير من المدرسين لو قيل له ما حقيقة العتق لم يجب بشيء، ومن تأمل وأنصف أدرك ما قلناه. والله أعلم بمن اهتدى. انتهى. وعرفه في التنبيهات وابن رشد كالقرافي بأنه ارتفاع الملك عن الرقيق، وليس بمانع كما سيأتي في كلام ابن عرفة فإنه قال: العتق رفع ملك حقيقي لا بسبأ محرم عن آدمي حي. فخرج: "بحقيقي" استحقاق عبد بحرية، وخرج: "بسبأ محرم" فداء المسلم من حربي سباه أو ممن صار له منه، وخرج بقوله: "عن آدمي حي" رفعه عنه بموته. انتهى. وقوله: "ملك" يصدق/ برفع ملك وانتقاله إلى ملك آخر. فتأمل. فيكون غير مانع، وكذلك يصدق على عبد الحربي إذا أسلم وبقي عند سيده حتى غنمه المسلمون فإنه حر على المشهور، وليس هذا عتقا اصطلاحا، وكذلك يصدق حده على وقف الرقيق على مقابل المشهور القائل بأن ملك الواقف ارتفع عن الموقوف فتأمل ذلك، ولو قال رفع الملك الحقيقي الكائن لمسلم عن آدمي حي من غير تحجير منفعته لسلم فيما يظهر من جميع ما يرد عليه ويكون اللام في الملك للحقيقة. والله أعلم. وقوله: "عن آدمي حي" يؤخذ منه صحة عتق من

1931 - في المطبوع ومايأبى 228 يحيى ص 142 وم 104 ويم ص 120 عتائق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324.

1932 - ساقط من المطبوع ويم ص 120 وم 104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى ص 142 ومايأبى 228.

1933 - في المطبوع بفتحها وما بين المعقوفين من ن ز ص 324 ويحيى ص 142 ويم ص 120 وم 104 ومايأبى 228.

1934 - هكذا في ن عدود ص 324 وفي المطبوع خالصها ومثله في مطبوعة الذخيرة ج 9 ص 1 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب الصواب عربيا خلصها أو خوالصها.

متن الخطاب في السياق. قال في المسائل الملقوطة: لو أعتق من في سياق الموت الظاهر صحة العتق؛ لأنه لو عاش لم يعد رقيقاً فترتب عليه أحكام الحرية ويصلى عليه في صف الرجال الأحرار [ويجر¹⁹³⁵] ولاؤه لمعتقه، ولو قذفه أحد في تلك الحال بعد العتق حد له على أنه حر، وكذلك لو أجهز عليه أحد فقتله وهو في السياق فحكمه حكم الحر لا حكم العبد، ففي النظر هل يحصل له من الثواب في [عتقه¹⁹³⁶] ثواب من أعتق صحيحاً، ولا شك أنه خلصه من الرق، ولأنه قابل لأن يهبه لرجل بغير ثواب فكذلك تنجيز عتقه لله تعالى من تسهيل المهمات في قوله: "ولا يباع من في السياق" انتهى. وحكمه النذب، وهو من أفضل الأعمال وأعظم القربات، ويدل على عظيم قدره ما في الصحيح من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه¹} قال في التوضيح: وكان الوالد لما كان سبباً لوجود الولد وذلك من أعظم النعم [فالذي¹⁹³⁷] يشبه ذلك إخراج الولد لوالده من عدم الرق إلى وجود الحرية؛ لأن الرقيق كالمعدوم وربما كان العدم خيراً منه. انتهى. ونحوه للقاضي أبي بكر بن العربي في قوله تعالى: ﴿وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾ وقال في الذخيرة: وفي الصحيحين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أعتق رقبة مؤمنة أعتق² الله} [بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج²] ثم قال: قال اللخمي: ظاهر الحديث يقتضي أنه إذا أعتق ناقص عضو لا تحجب النار عن الذي يقابله وهو ممكن؛ لأن الألم يخلقه الله في أي عضو شاء كما في الصحيح: {إن الله حرم على النار أن تأكل موضع السجود³}. انتهى. والإرب العضو. قال في التوضيح: روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة {من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه حتى فرجه بفرجه⁴} وفي الترمذي⁵، وصححه أنه عليه الصلاة والسلام قال: {أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلماً كان فكاكه من النار يجزىء كل عضو منه عضواً منه، وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين [كانتا¹⁹³⁹]

الحديث

- 1 - مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 1510، ط. دار إحياء التراث العربي.
- 2 - البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، رقم الحديث 6715 ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1509.
- 3 - جزء من حديث طويل أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، رقم الحديث 6573. ولفظه وحرم الله على النار أن تأكل من ابن آدم أثر السجود.
- 4 - مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم 1509، ط. دار إحياء التراث العربي.
- 5 - الترمذي، كتاب النذور والإيمان، رقم الحديث 1546.

- 1935 - في المطبوع ويحد ويم ص 120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 (وما يابى 229 وتجر).
- 1936 - في المطبوع عتق ويحيى ص 142 وم ص 104 ويم ص 120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 وما يابى 229.
- 1937 * - كذا في النسخ وفي منح الجليل لمحمد عlish، ج 9 ص 372 كان الذي يشبه ذلك.
- 1938 - ساقط من المطبوع وما يابى 229 وم ص 104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 ويم ص 120.
- 1939 - في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 ويم ص 104.

فكاكه من النار يجزىء كل عضو منهما عضوا منه، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة [كانت¹⁹⁴⁰] فكاكها من النار يجزي كل عضو منها عضوا منها، { قيل ولعل هذا لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل. انتهى. والعتق وإن كان مندوبا فقد يجب. قال في اللباب: ولوجوبه عشرة أسباب إصدار الصيغة والكتابة والتدبير والإيلاد والمثلة والسراية والقراية، ويضاف إلى ذلك اليمين بالعتق والنذر به وقتل الخطأ والظهار وكفارة اليمين إن اختار العتق، فتكون اثني عشر. انتهى. وذكر في التنبيهات أن أسبابه عشرة، وعد ثلاثة عشر، ثم ألحق [بها¹⁹⁴¹] وجهين آخرين. قال: والعتق مندوب إليه في الجملة، ويجب أحيانا بعشرة أسباب بإلزام الرجل ذلك نفسه، وتبتيله عتق مملوكه ابتداء وبنذره ذلك لأمر كان أو يكون، وبالحنث في يمين بذلك، أو بحمل مملوكته منه أو بعتقه بعضه فيبتل عليه باقيه، أو بالتمثيل به، أو بشرائه من يعتق عليه أو بقتل النفس خطأ، أو بوطه المظاهر أو بكتابة العبد أو مقاطعته على مال أو خدمته بذلك، ويلحق بذلك وجهان آخران وهما كفارة اليمين بالله، وكفارة الفطر في رمضان عمدا، إلا أن الفرض في هذين/ [موضع¹⁹⁴²] للتخيير بينه وبين غيره وإنما يتعين بتعيين المكفر. انتهى. إلا أن يكون قوله: "بالإلزام الرجل ذلك نفسه وتبتيله عتق مملوكه" سببا واحدا، وهو ظاهر، وكذلك قوله: "أو بمكاتبة العبد الخ" فيكون حينئذ عشرة أسباب فقط وهو الظاهر.

وقال في اللباب عقب ذكره الأسباب المتقدمة: ويجب أن يعلم أن ما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب، ألا ترى أنه [جل وعلا¹⁹⁴³] قد وعد بالمغفرة على أسباب كثيرة تكاد تخرج عن الحصر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية، وصوم يوم عاشوراء يكفر الماضية، ورمضان إلى رمضان يكفر ما بينهما، والصلوات الخمس يكفرن ما بينهن؛ وإذا توضأ خرجت الخطايا من بين أشفار عينيه¹} وقد قلت لشيخنا شهاب الدين رحمه الله: إذا كان يوم عرفة يكفر الماضية والآتية فأى شيء يكفر يوم عاشوراء وكذلك ما ذكرناه، فقال لي: ذلك دليل على أنه تعالى مرید للمغفرة لعباده، فإن العبد إذا أخطأه سبب لا يخطئه غيره، وما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب فتنبه لذلك. انتهى. وحكمة مشروعيتها قال في اللباب: هي التنبيه على شرف آدمي وتكرمته، فإن الرق إذلال له، والترغيب في مكارم الأخلاق وتعاطي أسباب النجاة من النار. انتهى. فرع: قال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في عتق الإماء والعبيد أيهما أفضل؟ فقال: اختلف العلماء في ذلك فمنهم من قال إن عتق الأكثر ثمنا منهم [أعلى¹⁹⁴⁴] في الأجر ذكرا كان أو أنثى؛

1- مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، رقم الحديث 233، ط. دار إحياء التراث العربي.

1940 - في المطبوع كانتا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 وما يابى 229.

1941 - في المطبوع بهم وما بين المعقوفين من يحيى 486.

1942 - في المطبوع موضوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 326 ويحيى ص 143 ويم ص 120 وم ص 104

وما يابى 229.

1943 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى ص 143 وم ص 104 ويم ص 120

وما يابى 229.

1944 * - في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325.

باب إِنَّمَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ مُكَلَّفٍ بِلَا حَجْرٍ وَإِحَاطَةِ دَيْنٍ.

متن الحطاب

لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أي الرقاب أفضل؟ فقال: {أعلاها ثمنا¹⁹⁴⁵ وأنفسها عند أهلها¹} ولم يخص ذكرا من أنثى، وأما إذا استوى الذكر والأنثى فعنت الذكر أفضل، كما أن عتق الأفضل في الدين من العبدین والأمتین أفضل، وهذا لا اختلاف فيه، وإنما اختلف في الأفضل من عتق الكافر أو المسلم إذا كان الكافر أكثر ثمنا، فقليل إن عتق الأكثر ثمنا أفضل وإن كان كافرا؛ لعموم الحديث، وقيل إن عتق المسلم أفضل، وإن الحديث إنما معناه مع استواء الرقاب، وكذلك الأفضل من عتق الكافر من كان منهم أكثر ثمنا. قال: وإن [استووا¹⁹⁴⁶] في الأثمان فالذي أقول به أن عتق الأنثى منهم أفضل؛ لأن عتقها يحل للمسلمين نكاحها ولا منفعة في عتق الكافر الذكر. اهـ.

ص: باب إنما يصح إعتاق مكلف ش: أخرج به الصبي، فلا يصح عتق الصبي ولو علقه بيمين فحنث فيها بعد البلوغ كان بإذن وليه أو بغير إذنه. قاله في المقدمات وغيرها. وقال في العتق الثاني من المدونة: ولا يجوز عتق المعتوه إذا كان مطبقا ولا الصبي، وإن قال صبي كل مملوك لي حر إذا احتملت، فاحتمل فلا شيء عليه، وكذا المجنون. قال في عتقها الثاني: ومن حلف بعتق عبده إن فعل كذا فجن، ثم فعل ذلك في حال جنونه فلا شيء عليه. قال أبو الحسن: قال أصبغ ومن حلف ليفعلن فعلا إلى أجل كذا ثم جن، فمضى الأجل وهو مجنون فإنه حانث، وقال غيره لا يحنث لأنه مضى الأجل وهو في حال لا تنعقد اليمين فيه انتهى. ويدخل السكران. قال في عتقها الثاني: وعتق السكران وتدبيره جائز إذا كان غير مولى عليه. قال أبو الحسن: أما الطافح فكالبهيمة لا خلاف أنه لا يلزمه شيء. اهـ كلامه بالمعنى.

ص: بلا حجرش: هذا قيد ثان وهو عدم التحجير فيخرج السفية المولى عليه. قال في كتاب المديان منها: ولا يجوز للمولى عليه عتق ولا صدقة ولا هبة ولا بيع، ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه الآن، وأستحب له إمضاه ولا أجبره عليه. انتهى. قال في المقدمات كان الولي رده أم لم يرده، واختلف إذا كان بيمين فحنث فيها بعد ولاية نفسه، واختلف أيضا إن لم يعلم بذلك حتى مات هل للورثة رد ذلك؟/ على قولين حكاهما ابن حبيب في الواضحة. انتهى. والقول بلزوم الحنث لأشهب، والقول بعدمه لابن القاسم. كذا عزاه أبو الحسن في العتق الثاني في شرح قولها، وإن قال صبي كل مملوك لي حر المتقدم. والله أعلم.

فرع: قال في رسم قطع الشجرة وهو أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق الثاني: لو قال لمملوك من ممالك أبيه إن ملكتك فأنت حر فمات أبوه وملكه فإن كان يوم قاله سفية فلا يلزمه العتق، وإن كان رشيدا عتق عليه. قال ابن رشد: واختلف هل هو محمول في حياة أبيه على الرشد، أو على السفه؟ والمشهور أنه محمول على السفه. انتهى. ونقله أبو الحسن.

تنبيهات: الأول: قوله في المدونة: "أستحب إلى آخره" قال أبو الحسن: وفي الأمهات لا يجوز له في ماله بيع ولا عتق ولا شراء ولا هبة ولا صدقة، والهبة والصدقة لغير ثواب كالعتق، وأستحب له أن

1 - البخاري في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 2518.

الحديث

1945 * - في سيد 43 أغلاها ثمنا.

1946 - في المطبوع استوى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى ص 143 وم ص 105 ويم ص 121 وما يابى 230.

متن الخطاب يَمْضِيهَا، فظاھرہ أنه راجع إلى العتق وما أشبهه من الهبة والصدقة لغير الثواب. انتهى. وقال أبو الحسن: قال عياض: ظاهر التهذيب أنه راجع إلى الجميع، وعليه اختصرها المختصرون وأنه يستحب له إمضاء جميع ما فعله وفيه نظر، والصحيح سواه وأنه لا يستحب له أن يمضي إلا ما كان لله قرابة، وأما ما بينه وبين العباد فأبي استحباب في هذا، وكذا جاء منصوصاً في سماع أشهب على ما تأولناه. قال الشيخ أبو الحسن: وقد يكون أيضاً فيه قرابة بإسعاف أخيه المسلم بإمضاء صفقته لغبطته بها كأن يكون قرابة في الإقالة والتولية. انتهى. وهو ظاهر فتأمل. والله أعلم.

الثاني: ظاهر كلام المؤلف أن السفية لا يصح عتقه في جميع ما يصح فيه العتق، وليس على عمومه فقد قدم في باب الحجر أنه يجوز عتقه لمستولدته، وقال في المدونة إثر الكلام السابق: وما ليس له فيه إلا المنفعة ففعله فيه جائز ويجوز طلاقه لزوجته وعتقه لأم ولده. انتهى. وهل يتبعها مالها؟ نقل في التوضيح في باب الحجر في ذلك ثلاثة أقوال؛ يفرق في الثالث بين اليسير والكثير، ونقلها غيره، وعزا للخمي الثالث لابن القاسم، وقال إنه الأشبه. ذكره في الحجر. والقول الثاني أنه لا يتبعها مالها وإن لم يستثنه. قال ابن رشد في رسم العتق من سماع أشهب: هو أظهر الأقوال، وأولها بالصواب. انتهى من العتق. وتقدم في باب الحجر الكلام على جميع ما تقدم بأبسط من هذا.

الثالث: يؤخذ من كلام المؤلف أن السفية المهمل عتقه جائز؛ لأنه إلى الآن لم يحجر عليه، وأنه إذا حجر عليه ثم ظهر رشده ولم يطلقه الحاكم فعتقه غير جائز لأنه محجور عليه، وهذا يأتي في قول ابن القاسم وقول مالك على العكس. قال في اللباب: هنا ولو كان السفية غير مولى عليه فعتقه جائز. قال ابن القاسم: إلا البين السفه. انتهى. وكلام اللباب يفهم منه أن قول ابن القاسم تقييد وليس كذلك. والله أعلم. ويخرج بقول المؤلف: "بلا حجر" أيضاً العبد. قال في الولاة منها: ولا يجوز عتق المكاتب ولا العبد بغير إذن سيده، فإن أعتق أو دبر أو تصدق بغير إذن سيده فللسيد رد ذلك، فإن رده بطل، ولا يلزم العبد والمكاتب ذلك إن عتقا، وإن لم يعلم بذلك السيد حتى عتقا مضى ذلك، وما أعتقا بإذن السيد جاز، وعتق أم الولد لعبيدها كما وصفنا في عتق العبد عبده. انتهى. وقد علم أن أم الولد والمكاتب بمنزلة القن، وكذا من بعضه حر صرح به في أول رسم من سماع عيسى من كتاب العتق، والظاهر أن المدبر والمعنى إلى أجل كذلك، وأظن أن اللخمي صرح بذلك. والله أعلم. وفي المقدمات في كتاب المأذون:

وأما العبد فما أعتق أو وهب فإذا لم يعلم السيد بذلك أو علم ولم يقض برد ولا إجازة حتى عتق العبد والمال بيده فإن ذلك لازم له، ولا أعلم في ذلك نص خلاف، وهو دليل على أن فعله على الإجازة، فإن فوت العبد المال من يده قبل أن يعتق ببيع أو هبة بطلت الصدقة والعتق. قاله في الصدقة في كتاب الاعتكاف. والعتق مقيس عليها إلا أن يفرق بينهما مفرق لحرمة العتق وهو بعيد، فإن رد السيد ذلك وبقي بيده حتى عتق ولم يفوته/ لم يلزمه شيء. قاله في المدونة في الصدقة والهبة. والعتق مقيس على ذلك. انتهى. ويخرج أيضاً بقول المؤلف: "بلا حجر" الزوجة فيما زاد على الثلث، فإذا أعتقت عبداً فإن حملة الثلث جاز، وإن حمل بعضه فالمشهور أن للزوج رد الجميع، فإن أعتقت ثلث عبد لا

متن الخطاب تملك غيره فهل له رده أو يمضي؟ فيه قولان ذكرهما في التوضيح في باب الحجر، وانظرها في رسم سن من سماع ابن القاسم من العتق، ويخرج أيضا المريض فيما زاد على الثلث، فإذا أعتق عبدا لا يملك غيره مضي منه الثلث. والله أعلم. وخرج أيضا المرتد. قال في الشامل في باب الحجر: وحجر لردة فلا [ينفذ¹⁹⁴⁷] تصرف [من قد حجر¹⁹⁴⁸] عليه، وظاهره ولو أسلم بعد ذلك. والله أعلم. وتقدم في باب الحجر الكلام على الحجر بالردة، ويخرج أيضا المدين إذا فلسه الإمام، وأما من أحاط الدين بماله فيخرج بقوله: "إحاطة دين".

قال ابن عبد السلام: فإن قلت لا شك أن أحد أسباب الحجر إحاطة الدين بماله فإذا انتفى الحجر عموما انتفى كون الدين محيطا؟ قلت: السبب الحقيقي هو الفلاس وهو متأخر عن إحاطة الدين وقد علم أن من الأفعال ما يصح فعله من الذي أحاط الدين بماله، ولا يصح من المفلس المحجور عليه، وعلى هذا فالحجر لأجل الفلاس أخص من إحاطة الدين، ونفى الأخص الذي هو الحجر للفلاس نفي للأعم الذي هو إحاطة الدين. انتهى. وفيه نظر لأنه قد سلم أن إحاطة الدين مما يقع به الحجر ولو في بعض الأشياء، والمقصود في قول المؤلف وابن الحاجب: "بلا حجر" نفي مطلق الحجر لا نفي الحجر من الوجود، وإلا لخرج حجر الزوجة والمريض.

تنبیهات: الأول: قول المؤلف: "إنما يصح" هل مراده إنما يصح ويلزم، أو مراده مطلق الصحة وإن لم يلزم؟ فإن أراد الأول فليس في كلامه ما يدل عليه، ومع ذلك فيرد عليه الكافر، فإنه إذا أعتق عبده الكافر لا يلزمه عتق، مع أنه يصدق عليه أنه مكلف لا حجر عليه؛ لأن الصحيح أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة.

قال في العتق الثاني منها في ترجمة من أعتق من الغنيمة قبل قسمها: وإذا أسلم عبد النصراني ثم أعتقه قضي عليه بعتقه؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي، ولو دخل إلينا حربي بأمان وكاتب عبدا له أو أعتقه أو دبره ثم أراد بيعه فذلك له، وكذلك النصراني إذا أعتق عبدا له نصرانيا ثم أراد أن يرده في الرق أو يبيعه فذلك له إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام. قوله: "فذلك له" قال ابن يونس: ولا يحال بينه وبين ذلك إلا أن يكون أبانه عنه، ونحوه في الجنائيات. انتهى. وكذلك ورد في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى مطلقا فقال ابن رشد: ظاهر الرواية أن للنصراني أن يرجع في عتق عبده النصراني ما دام على النصرانية لا يمنع من ذلك، وإن كان لما أعتقه [كان¹⁹⁴⁹] قد خلى سبيله وخرج عن خدمته مثل قول ابن القاسم في المكاتب منها خلاف [دليل قول مالك في جنائياتها¹⁹⁵⁰]

1947 - في المطبوع يعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 328 ويحيى ص 144 وم ص 105 ويم ص 121 وما يابى 232.

1948 - في المطبوع (مرتد حجرا) يم ص 121 ويحيى ص 144 وم ص 105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 328 وما يابى 232.

1949 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 328 ويحيى ص 144 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 232.

1950 * - في المطبوع خلاف ما في جنائياتها وما بين المعقوفين من م 106 ويحيى 487 وسيد 44 وما يابى 232.

أن ذلك له ما لم يخرج من يده؛ لأن قوله: "إذا لم يخرج من يده" يدل على أن له أن يرجع في عتقه بعد إسلامه إذا لم يخرج من يده خلاف ما في كتاب المكاتب، فتحصيل المسألة أنه إذا أعتقه وخلق سبيله وأخرجه من خدمته، ثم أراد أن يرجع في عتقه قبل إسلامه كان له على ظاهر هذه الرواية ولم يكن له على ما في [جناياتها، 1951] وإن أراد أن يرجع في عتقه بعد أن أسلم ولم يكن خرج عن خدمته كان ذلك له على ما في هذه الرواية خلاف ما في كتاب المكاتب منها. انتهى. ثم قال في المدونة: وكذلك لو كاتبه أو دبره ثم أراد بيعه لم يمنع إلا أن يسلم العبد وهو في يده، فيؤاجر المدبر وتباع كتابة المكاتب. قيل له فإن بتل النصراني عتق عبده النصراني أو دبره أو حلف بذلك ثم أسلم فحنت؟ قال: إن حنت بيمينه في نصرانيته أو بعد إسلامه لا شيء عليه، وكذلك جميع أيمانه. انتهى. فيخرج من قوله: "وكذلك لو كاتبه إلى آخره" أنه لو أعتقه ثم أسلم العبد وهو في يد سيده وأراد الرجوع له ليس له ذلك.

متن الخطاب

329

وقال الشيخ أبو الحسن: قال ابن يونس: وظاهر كلام ابن القاسم أنه [خالف 1952] بين إسلام العبد وإسلام السيد، وهذا إذا لم يبين العبد عن نفسه. انتهى. وقد حصل اللخمي جميع ذلك فقال: وإذا [أعتق 1953] النصراني عبده المسلم لزمه ذلك لأنه حكم بين مسلم ونصراني فيجري على حكم الإسلام، وإن أعتق عبده النصراني ثم أسلم العبد فإن أسلم بعد أن رجع عن عتقه واسترقه لم يلزمه ذلك العتق، وإن أسلم بعد أن حاز نفسه لم يكن ذلك للسيد، وإن أسلم قبل أن يحوز نفسه وقبل أن يرجع عن العتق فقولان، والقياس أنه لا شيء عليه؛ لأنه لو رجع قبل إسلام العبد كان ذلك له ولم يؤخذ بما عقد، وإسلام العبد لا يوجب عليه ذلك العقد. انتهى. وقد علمت من قول المدونة المتقدم: "وكذلك لو كاتب عبده أو دبره" أن الجاري عليه أنه لا يرجع. ثم قال اللخمي: وكذلك إن أسلم السيد وحده أو أسلم السيد ثم العبد فإن كان الإسلام [بعد 1954] أن رجع في العتق لم يلزمه، وإن كان بعد أن حاز نفسه لزمه، وإن كان بقرب العتق قبل أن يرجع وقيل أن يحوز نفسه كان على الخلاف، وإن حلف بعتق عبده ثم حنت لم يلزمه، وسواء حنت قبل الإسلام أو بعده؛ لأن عقد الكفر غير لازم، وإذا أعتق النصراني عبده النصراني ثم امتنع من إنفاذ العتق لم يجبر عليه، ولو حوزه نفسه لم يكن له أن يرجع فيه. انتهى. إلا أن يقال إن المؤلف مشى على القول بأنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فقد صح، فيخرج الكافر بقوله: "مكلف" ويكون مراده إنما يصح ويلزم، وإن أراد المؤلف بقوله: "إنما يصح" مطلق الصحة وإن لم يلزم فيرد عليه أن غالب

الحديث

1951 * - في المطبوع جنايتها وما بين المعقوفين من م 106 ويحيى 497.

1952 - في المطبوع خلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 329 ويحيى ص 144 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 233.

1953 - في المطبوع اغتق وما بين المعقوفين من عدود ص 329 وم 106 ويحيى 487 ويم 143.

1954 - في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 329 ويحيى ص 145 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 233.

نص خليل

وَلْغَرِيمِهِ رَدُّهُ أَوْ بَعْضِهِ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَوْ يَطُولَ أَوْ يُفِيدَ مَالًا وَلَوْ قَبْلَ نُفُوزِ الْبَيْعِ رَقِيقًا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لِأَرْزَمٍ بِهِ وَبِفَكِّ الرَّقِيبَةِ وَالتَّحْرِيرِ وَإِنْ فِي هَذَا الْيَوْمِ يَلَا قَرِينَةَ مَدْحٍ أَوْ حُخْلَفٍ أَوْ دَفْعِ مَكْسٍ وَيَلَا مِلْكَ أَوْ لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ إِلَّا لِجَوَابٍ وَبِكَوْهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ وَبِكَاسَقْنِي أَوْ أَذْهَبَ أَوْ اعْزُبْ بِالنِّيَّةِ وَعَتَّقَ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ عَلَّقَ هُوَ وَالْمُشْتَرِي عَلَى الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَبِالِاشْتِرَاءِ الْفَاسِدِ فِي إِنْ اشْتَرَيْتُكَ.

متن الخطاب

ما احترز عنه صحيح، ويتوقف لزومه على إجازة الغير كعتق المريض والمرأة والعبد والمدبر فتأمله. والله أعلم.

الثاني: قوله: "بلا حجر" يغني عن قوله: "مكلف" والله أعلم. وكلام الجواهر نحو كلام المصنف فإنه قال: المعتق كل مكلف بلا حجر. انتهى.

الثالث: قال ابن عرفة: وقول ابن شاس وابن الحاجب [وقبوله¹⁹⁵⁵] شارحاه، وله أركان الأول المعتق يقتضي أن المعتق جزء من العتق وليس كذلك، إلا أن يريد: وأركانه الحسية المتوقف وجوده حسا عليها كاللحم والعظم والدم للإنسان لا أركانه المحمولة [عليه¹⁹⁵⁶] كالحيوان والناطق للإنسان. انتهى. ومن المعلوم أنهم لم يريدوا إلا الأركان الحسية المتوقف وجوده عليها حسا، وانظر لم آخر الاعتراض إلى هنا؟ وهلا أورده من أول الذكاة والصيد؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: وَلْغَرِيمِهِ رَدُّهُ أَوْ بَعْضِهِ ش: أي ولغريم المدين رد عتقه إن أحاط الدين بماله وإن لم يحط الدين/ بماله فللغريم رد بعض العبد حتى يستوفي حقه.

330

تنبيهات: الأول: تقدم في باب التفليس أنه محمول على الجواز حتى يتحقق أنه وقت العتق عليه دين يستغرق ما بيده فانظره.

الثاني: ظاهر قول المصنف: "ولغريمه رده" أن ذلك للغريم دون أمر الإمام، والذي في المدونة، ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة أن العتق لا يرد إلا الإمام. قال ابن عبد السلام: واختلف في عتق المديان هل هو موقوف على إجازة الغرماء، وهو مذهب مالك وأكثر أهل المدينة، أو هو جائز ما لم يفلس ويحجر عليه الحاكم، وهو مذهب جماعة خارج المذهب؟ وعلى الأول لا [يرده¹⁹⁵⁷] الغرماء إن أرادوا ذلك حتى يرفعوا إلى الحاكم فهو الذي يحكم بالرد بعد إثبات موجب ذلك عنده، فإن رده وباعوه فإن الإمام يرد بيعهم وينظر في أمرهم، فإن ثبت عنده موجب بيعه باعه وإلا [تمم¹⁹⁵⁸] عتقه. انتهى. وقال في المدونة في أواخر العتق الأول: ومن رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الإمام، فإن فعل أو فعلوه ثم رفع إلى الإمام بعد أن أيسر رد البيع ونفذ العتق. انتهى. ونقله ابن عرفة في أول العتق.

الحديث

1955 - في المطبوع قبله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 329 ويحيى ص 145 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 233.

1956 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 329 ويحيى ص 145 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 233.

1957 - في المطبوع يرد (ويحيى ص 145 حتى يرفع الحاكم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 وم ص 106 ويم ص 122.

1958 - في المطبوع تم ويحيى ص 145 (ويم ص 122 وإلا مضى عتقه) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 330 وم ص 106 وما يابى 233.

الثالث: ظاهر كلامه أن للغريم رد العتق ولو طال. قال ابن رشد في الأجوبة: وأما عتق من أحاط الدين بماله فلا اختلاف أنه لا يجوز إلا أن يجيزه الغرماء، واختلف إن لم يعلموا حتى طال الأمر وجازت شهادته وورث الأحرار فقبل لهم أن يردوه، وقيل ليس لهم أن يردوه لاحتمال أن يكون قد أفاد في خلال المدة مالا [لم¹⁹⁵⁹] يعلم به ثم ذهب مع حرمة العتق، فإن كانت الديون التي عليه قد استغرقت من تبعات لا تعلم أربابها نفذ عتقه على كل حال ولم يردده وكان الأجر لأرباب التبعات والولاء للمسلمين. انتهى من مسائل الشركة.

الرابع: قال في المدونة: وإذا باعهم الإمام عليه في دينه ثم اشتراهم بعد يسره كانوا [له¹⁹⁶⁰] أرقاء ولا يعتقون. انتهى.

الخامس: قوله: "أو بعضه" قال في التوضيح: فإن لم يوجد من يشتريه إلا كاملا يبيع جميعه، واختلف فيما يبقى قال ابن حبيب: يصنع [به¹⁹⁶¹] ما شاء، وقيل يستحب أن يجعله في عتق، وإليه ذهب للحمي، أما لو أعتق عبيدين لا مال له غيرهما وقيمتها أكثر من الدين، ونحن إن بعنا منهما بالحصص لم يفيا بالدين فقال ابن عبد الحكم يقرع بينهما على أيهما يباع للدين، وهو ظاهر. السادس: إذا بعض العتق وأراد مالك بعضه سفرا وامتنع هو ففي ذلك ثلاثة أقوال، فقال مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأفضية إنه يسافر [به¹⁹⁶²]، ويكتب له القاضي كتابا إن لم يكن مأمونا، واستدل بأن الحرية تبع للرق بدليل إجماعهم أن أحكامه أحكام الرق ما بقيت فيه شائبة، وقال أيضا في سماع أشهب من الشركة: إن السيد إن كان مأمونا سافر به وإلا فلا، والثالث رواه البرقي عن أشهب أنه ليس له السفر به مطلقا، وإن كان مأمونا والعبد مستعربا لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك فصار شريكا في نفسه. ابن رشد: وهو محض القياس، وحكاه أيضا عن أشهب ابن المواز وابن حبيب. قال ابن حبيب: ولو أراد الانتقال به إلى قرية يسكنها من الحواضر كان له ذلك ولو كره العبد.

فرع: قال ابن رشد: وإذا قضي له بالخروج كانت نفقته وكراؤه عليه في سفره حتى يقرر قراره في موضع يكون له فيه عمل ومكتسب فيكون له أيام وللسيد أيام. انتهى من الرسم المذكور. تنبيه: قال فيه أيضا: معنى قوله يكتب له كتابا أي إلى قاضي البلد الذي يسافر [إليه¹⁹⁶³]

1959 - ساقطة من المطبوع ومايأبى 234 ويحيى ص 145 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 وم ص 106 ويم ص 122.

1960 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 ويحيى 145 وم ص 106 ويم ص 122 ومايأبى 234.

1961 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 ويحيى 145 وم ص 106 ويم ص 122 ومايأبى 234.

1962 - ساقطة من المطبوع (ويم ص 122 يسافر فيه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 ويحيى 145 وم ص 106 ومايأبى 234.

1963 * - في المطبوع يسافر لها ما بين المعقوفين من يحيى 488 وسيد 44 وم 107 ويم 143 ومايأبى 234.

كَأَن اشْتَرَى نَفْسَهُ فَاسِدًا وَالشَّقْصُ وَالْمُدْبِرُّ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَوَلَدُ عَبْدِهِ مِنْ أُمَّتِهِ وَإِنْ بَعْدَ يَمِينِهِ وَالْإِنْشَاءَ فِيمَنْ يَمْلِكُهُ أَوْ لِي أَوْ رَقِيبِي أَوْ عَيْبِي أَوْ مَمَالِيكِي لَا عَيْبُ عَيْبِهِ كَامْلِكُهُ أَبَدًا أَوْ وَجَبَ بِالنَّذْرِ وَلَمْ يُقْضَ إِلَّا بَبْتٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ فِي حُصُوصِهِ وَعُمُومِهِ وَمَنْعٍ مِنْ وَطْئِهِ وَبَيْعٍ فِي صِيغَةِ حِنْثٍ وَعَتَقَ عُضْوً وَتَمْلِيكِهِ الْعَبْدَ وَجَوَابِهِ كَالطَّلَاقِ إِلَّا لِأَجْلِ وَإِحْدَاكُمَا فَلَهُ الْأَخْتِيَارُ وَإِنْ حَمَلَتْ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَلَهُ وَطُؤُهَا فِي كُلِّ طَهْرٍ مَرَّةً وَإِنْ جَعَلَ عَتَقَهُ لِاثْنَيْنِ لَمْ يَسْتَقِلَّ أَحَدُهُمَا إِنْ لَمْ يَكُونَا رَسُولَيْنِ وَإِنْ قَالَ إِنْ دَخَلْتُمَا فَدَخَلْتُ وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهِمَا.

نص خليل

ويشهد له شاهدين ممن يسافر معه فيشهدهما على الكتاب وعلى عين العبد، وليس على ظاهره؛ لأن العبد لا ينتفع به في المكان الذي يذهب إليه بكتاب يكون بيده إلا ببينة عليه؛ إذ لا يحكم بكتاب القاضي دون بينة تنقله وتشهد عليه. انتهى. وانظر منتخب الأحكام قبل أبواب النكاح وفي آخره أيضا، وانظر اللخمي في كتاب العتق الثاني، / وانظر رسم العتق من سماع أشهب ورسم شك ورسم البز ورسم نذر سنة الجميع في سماع ابن القاسم من كتاب العتق [فإن¹⁹⁶⁴] في هذه المواضع مسائل تتعلق بالمعتق بعضه. والله أعلم.

متن الخطاب

331

ص: كأن اشترى نفسه فاسدا ش: قال في كتاب العتق الثاني من المدونة: وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسدا فقد تم بيعه ولا يرد ولا يتبعه السيد بقيمة ولا غيرها. ابن يونس: يريد ويكون للسيد ما باعه به غررا كان أو غيره، وكأنه انتزعه منه وأعتقه. ثم قال في المدونة: بخلاف شراء غيره إياه إلا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته، وقال غيره هو حر ولا شيء عليه. قال ابن يونس: وقال أحمد ابن ميسر إن أعتقه على خمر في يديه فهو حر ويكسر عليه وإن كان يتبعه به فهو بيع فاسد وعليه قيمة رقبته. ابن يونس: وقول ابن ميسر وفاق للمدونة ومسألة المدونة إنما هي على أنه اشتراه بخمر مضمون. انتهى.

ص: والشقص إلى آخره ش: نزلت مسألة وهي رجل له ممالك بمكة/ مثلا وله ممالك غيرها فشكا إليه إنسان ممالكه الذين بمكة فقال عبيدي أحرار وقال إنه أراد من بمكة فهل يقبل قوله؟ انظر رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب العتق.

332

ص: وهو في خصوصه وعمومه إلى قوله إلا [لأجل¹⁹⁶⁵] ش: يعني أن العتق مثل الطلاق فيما ذكر إلا في الأجل فإنه إذا أعتق لأجل فإنه يلزمه / مسألة من أوصى في جوار له أن يحبس سبعين سنة ثم يعتق قال مالك: هو غير جائز وينظر السلطان فإن رأى يبيعه بعن وإن رأى عتقهن عتقن. قال ابن رشد: وجه نظر الإمام في ذلك أن من كانت [يعلم¹⁹⁶⁶] أنها لا تعيش سبعين سنة مثل بنت الأربعين فأكثر فإنها تباع؛ لأن العتق لا يدركها، فهو كمن أوصى بعتقها بعد موتها، ومن كانت يمكن أن تعيش ذلك كبنت العشرين فأقل عجل عتقها؛ إذ لا يجوز أن تباع، ولعل العتق يدركها،

333

الحديث

1964 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 331 وم ص 107 ويم ص 122 وما يابى 234.

1965 - في المطبوع وما يابى 234 إلا الأجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 332 ويحيى 145 (وم ص 106 إلى الأجل) ويم ص 123.

1966 - في المطبوع وما يابى 235 تعلم وم ص 107 ويم ص 123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 333 ويحيى ص 146.

نص خليل وَعَتَقَ بِنَفْسِ الْمَلِكِ الْأَبَوَانَ وَإِنْ عَلَوْا وَالْوَلَدُ وَإِنْ سَفَلَ كَبَنْتِ وَأَخْ وَأَخْتِ مُطْلَقًا وَإِنْ بَهَبَةً أَوْ صَدَقَةً أَوْ وَصِيَّةً إِنْ عَلِمَ الْمُعْطِي وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ وَوَلَاؤُهُ لَهُ وَلَا يُكْمَلُ فِي جُزْءٍ لَمْ يَقْبَلْهُ كَبِيرٌ أَوْ قَبِيلَةٌ وَلِيٌّ صَغِيرٌ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ لَا يَبَارِثُ أَوْ شِرَاءٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيَبَاعُ.

متن الحطاب ولا أن تحبس سبعين سنة لما في ذلك من الضرر عليها لقصد السيد إلى ذلك في ظاهر أمره فهذا معنى قول مالك لا أن السلطان يعمل بهواه. انتهى من رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق. فرع: قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة: ومن أوصى بعتق أمته إلى أجل والثالث يحملها فعجل الوارث عتقها قبل الأجل جاز، ولا رجوع [له وهو¹⁹⁶⁷] وضع خدمة والولاء للميت، وإن كانا وارثين فأعتقها أحدهما فعتقها ها هنا وضع خدمة فيوضع حق هذا من الخدمة ويكون نصيبه منها حرا، ولا يضمن لصاحبه قيمة خدمته منها وتخدم هي الآخر نصف خدمتها إلى تمام الأجل ثم تخرج حرة. انتهى. قال أبو الحسن: هذه مثل مسألة الشريكين في العبد يكتابانه ثم يعتق أحدهما حصته إنما هو وضع مال، وأما العتق فبعقد الكتابة، وكذلك هذه إنما المعتق الموصي لا الورثة. انتهى. ص: وعتق بنفس الملك الأبوان ش: تصوره واضح.

فرع: قال في رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق: قال وسمعتة يسأل أيملك الرجل أمه أو أخته من الرضاعة؟ فقال: نعم في [رأبي¹⁹⁶⁸] وغير [ذلك خير¹⁹⁶⁹]. قيل له: ولا يعتقان عليه قال نعم. قال ابن رشد: هذا صحيح بين لا اختلاف فيه. انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: أما الأب والأخ من الرضاعة فالمشهور عندنا أنه لا يعتق. انتهى ويفهم منه أنه يعتق على القول الشاذ، فانظره مع ما حكى ابن رشد من الاتفاق.

فرع منه أيضا: الخنثى المشكل إذا كان عبدا وولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه فهل يعتق عليه؟ لم أر فيه نقلا فليتنظر. انتهى.

ص: وإن سفل ش: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب في النكاح في تقديم الأولياء: سفل بفتح الفاء. وقال الجزولي في شرح الرسالة في الفرائض: زعم بعضهم أنه لا يقال سفل بالضم. وقال في القاموس: وقد سفل ككرم/ وعلم ونصر. انتهى. فجعله مثلثا. والله أعلم.

ص: وإن بهبة أو صدقة أو وصية إن علم المعطي ولو لم يقبل ش: يعني أن من ملك أحدا من قرابته المذكورين يعتق عليه وإن كان ملكه بهبة بأن وهب له، سواء كانت هبة ثواب أو غيرها [أو بصدقة بأن¹⁹⁷⁰] تصدق به عليه أو بوصية بأن أوصى له به وحمله الثلث فإنه يعتق عليه، قبله أم لا، [بشرط¹⁹⁷¹] أن يعلم المعطي -بكسر الطاء- أنه ممن يعتق على المعطي -بفتح الطاء-. هذا

الحديث

1967 - في المطبوع له عليها وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص333 ويحيى ص146 وم ص107 ويم ص123 ومايأبى235.

1968 * - في المطبوع رأي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1969 - في المطبوع ذلك في خير وما بين المعقوفين من ن عدود ص333 وم ص107 ويم ص123 ومايأبى235.

1970 - في المطبوع أو صدقة وإن ويحيى ص146 وما بين المعقوفين من ن عدود ص334 وم ص107 ويم ص123 ومايأبى235.

1971 - في المطبوع ولا يشترط (ويحيى ص146 أم لا ويشترط أن) وما بين المعقوفين من ن عدود ص334 وم

ص107 ويم ص123 ومايأبى235.

نص خليل وَيَا الْحَكْمَ إِنَّ عَمَدَ لَشَيْنٍ بَرَقِيْقِهِ.

معنى كلامه وكلام ابن الحاجب وابن عبد السلام والتوضيح وابن عرفة والشامل، وليس في المدونة تعرض لهذا القيد، وإنما ذكره في التوضيح وغيره فيما إذا وهب له أبوه وعليه دين ولم يعلم الواهب أنه أبوه فهل يباع؟ تردد في ذلك ابن رشد، وجزم ابن يونس والمازري أنه يباع في الدين لأنه لم يقصد به العتق. قاله في باب التفليس. قال في باب الولاء منها: ومن أوصى له بمن يعتق عليه والثالث يحمله عتق عليه، قبله أم لا، وله ولاؤه ويبدأ على الوصايا، ثم إنني وقفت على كلام ابن رشد في البيان فرأيته صرح بهذا القيد في رسم القطعان من سماع عيسى من العتق وفي رسم المكاتب من سماع عيسى من الصدقات.

وأما مفهوم هذا القيد فلم أر من صرح به لا ابن رشد ولا غيره، ونص ما في سماع عيسى: قوله إنه إذا وهب له من يعتق عليه أو تصدق به عليه أو أوصى له به فحملة الثلث أن الولاء له قبله أم لم يقبله، وأنه إذا وهب له شقص منه، أو أوصى له به فلم يحمله الثلث أنه إن قبل قوم عليه الباقي، وإن لم يقبل عتق منه ما وهب له أو ما حملة الثلث وكان الولاء له على كل حال هو قوله في المدونة: ووجهه أنه لما وهبه له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وقد علم أنه يعتق عليه إذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله إياه حمل على أنه أراد عتقه عنه فكان الولاء له، قبله أم لا. انتهى. ونحوه في الموضع الثاني من الصدقات فمن وقف على غير هذا فليفده. والله الموفق.

ص: وبالحكم إن عمدة لشين برقيقه ش: هذا هو المشهور، وقيل يعتق بنفس المثلة. قال الشيخ يوسف بن عمر: وعلى الأول فله أن ينتزع ماله قبل الحكم وعلى الثاني يتبعه ماله. انتهى. وقوله: "برقيقه" دخل فيه القن ومن فيه شائبة حرية وهو كذلك. قال في المدونة: ومن مثل بعبده أو بأم ولده أو بعبد لعبده أو لمديره أو لأم ولده عتقوا عليه. ثم قال: وإن مثل بمكاتبه عتق عليه وينظر في جرحه لمكاتبه أو قطع جارحة منه فيكون عليه من ذلك ما على الأجنبي ويقاص بالأرث في الكتابة، فإن ساواها عتق عليه، وإن نافت عليه الكتابة عتق ولا يتبع ببقيتها، وإن ناف الأرث عليها اتبع المكاتب [سيده¹⁹⁷²] بالفضل وعتق عليه. انتهى.

فرع: قال ابن أبي زيد في مختصره: محمد بن المواز: قال أشهب إذا مثل بعبده وعليه دين يحيط بماله أنه يعتق بماله وإن أحاط الدين به؛ لأنه عتق جنانية حدها العتق، وكذلك في العبد يمثل بعبده، وكذلك قال في المولى عليه يمثل بعبده، وقيل لا يعتق بالمثلة على العبد والمديان والسفيه، وهو الذي رجع إليه ابن القاسم في السفيه وكان يقول/ يعتق ولا يتبعه ماله، وقال ابن وهب: يعتق ويتبعه ماله. انتهى.

فرع: قال في المدونة: قال يحيى بن سعيد: ويعاقب من مثل بعبده ويعتق عليه. انتهى.

335

الحديث

أَوْ رَقِيقٍ رَقِيقِهِ أَوْ لَوْلِيٍّ صَغِيرٍ غَيْرِ سَفِيهِهِ وَعَبْدٍ وَذِمِّيٍّ بِمِثْلِهِ وَرَوْجَةٍ وَمَرِيضٍ فِي زَائِدِ الثَّلَاثِ وَمَدِينٍ كَقَلْعِ ظَفَرٍ وَقَطْعِ بَعْضِ أُذُنٍ أَوْ جَسَدٍ أَوْ سِنٍ أَوْ سَحْلِهَا أَوْ حَرَمِ أَنْفٍ أَوْ حَلْقِ شَعْرِ أُمَةٍ رَفِيعَةٍ أَوْ لِحْيَةٍ تَاجِرٍ أَوْ وَسْمٍ وَجَهٍ بِنَارٍ لَا غَيْرِهِ وَفِي غَيْرِهَا فِيهِ قَوْلَانِ وَالْقَوْلُ لِلْسَّيِّدِ فِي نَفْيِ الْعَمْدِ لَا فِي عِتْقِ بِمَالٍ.

نص خليل

ص: أو برقيق رقيقه ش: شمل الرقيق المكاتب وليس كذلك. قال في المدونة: وإن مثل بعبد مكاتبه لم يعتق عليه [وكان عليه ما نقصه إلا أن يكون مثله¹⁹⁷³] مفسدة فإنه يضمنه ويعتق عليه، وكذا في عبد زوجته مع العقوبة في تعمه. انتهى.

متن الخطاب

ص: أو لولد صغير ش: يعني وكذا يعتق عليه رقيق ولده الصغير إذا مثل به، ومثل الصغير المولى عليه الكبير. قال في العتق الثاني من المدونة إثر كلامه المتقدم: وكذلك إن مثل بعبد لابنه الصغير فإنه يعتق عليه إن كان مليا ويغرم قيمته. انتهى. قال للخصي في كتاب العتق الثاني: فصل ومثله بعبد ولده الصغير كمثله بعبد نفسه إن كان موسرا بقيمته، وإن كان معسرا لم يقوم عليه. قال: وهو بمنزلة ما لو أعتقه وليس بالبين لأنه إنما ألزم القيمة إذا أعتقه لأنه [الزم¹⁹⁷⁴] ذلك رضي أن يأخذه لنفسه بقيمته وليس تعديه بالمثلثة رضا بعته وتمثيله بعبد ولده الكبير بمنزلة مثله بعبد غيره من الأجانبين إلا أن يكون الولد سفيها في ولاية أبيه فيعتق على قول ابن القاسم. انتهى. ونقله ابن عرفة، ونقله في التوضيح، وزاد بعد قوله من الأجانبين ما نصه: لا يعتق عليه إلا أن تبطل منافعه. انتهى.

وفي الفصل الرابع من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون: مسألة لو جنى رجل على عبد رجل جنائية مفسدة غرم قيمته وعتق عليه وإن كره سيده على الأصح، وقيل إن اختار أخذه فله ذلك. انتهى. وقد تقدم للمصنف في فصل التعدي حيث قال: "واعتق عليه إن قوم ولا منع لصاحبه في الفاحش على الأرجح". انتهى. والله أعلم.

تنبيه: قال في المقرب: ومن مثل بعبيد امرأته عوقب وضمن ما نقص إلا أن تكون [مثلة مفسدة¹⁹⁷⁵] فيضمن قيمتهم ويعتقون عليه. انتهى. وتقدم لفظ المدونة في ذلك في القولة التي قبلها.

ص: [كقتل¹⁹⁷⁶] ظفر إلى آخره ش: هذه أمثلة المثلة، وكذلك إذا خصاه قال في عتقها الثاني: وإن قطع أنملة من أصبع عبده عمدا أو أحرق شيئا من عبيده بالنار على وجه العذاب أو خصاه قال ربعة: أو قطع حاجبيه. قال مالك: أو سحل أسنان أمته بالمبرد أو قلعها على وجه العذاب فهي مثلة يعتق عليه بها. انتهى. ونقله ابن أبي زنين في المقرب والمنتخب، ولفظه: قال مالك ومن خصى عبده عتق عليه. انتهى.

وقال ابن زيد في مختصر المدونة: / والمثلة التي يعتق بها العبد على سيده قطع وكذلك إن قطع

336

الحديث

1973 - في المطبوع وكان إلا أن يكون ما نقصه مثله وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى ص490 وم ص107 ويم ص123 ومايأبى 236 (وكان عليه ما نقصه إلا أن يكون مثله).

1974 - مرض عليها عدود.

1975 - في المطبوع ومايأبى 236 مثلة فاسدة ويم123 وم108 وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى 490.

1976 - في المطبوع كقطع وم ص108 ويم ص123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى ص147 ومايأبى 236.

متن الخطاب أنملة العبد أو خصاه قال ربعة: أو قطع حاجبيه. قال ابن القاسم: أو قلع أسنانه على وجه العذاب وكذلك أفتى مالك وغيره في التي سحلت أسنان جاريتها، ولو أحرقه بالنار على وجه العذاب عتق، وإن كواه تداويا لم يعتق. انتهى. وانظر اللخمي والزناتي وكلام التوضيح في أواخر الجهاد عند قول ابن الحاجب: ولو سرقوا في معاهدتهم نص ما في التوضيح مالك وغيره وإن [خصى¹⁹⁷⁷] المستأمن أو المعاهد عبده لا يعتق عليه وكأنه خصاه ببلده. انتهى.

وكلام اللخمي والزناتي هو أنهما جعلتا العتق بالمثلثة على أربعة أوجه يعتق في واحد ولا يعتق في ثلاثة، فالذي يعتق فيه أن يكون عمدا على وجه العذاب، والتي لا يعتق فيها أن يكون خطأ أو عمدا على وجه المداواة والعلاج أو شبيهة بالعمد وليست بصريحة مثل أن يحذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك [عضوا¹⁹⁷⁸].

قال ابن دينار في شرح ابن مزين: لا يكون مثلة بضربة أو رمية وإن كان عامدا لذلك إلا أن يكون عامدا للمثلة [يضجعه¹⁹⁷⁹] فيمثل به وفي مثل ما يستقاد للابن من أبيه وهذا صحيح؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تهديده ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق عن المثلة، وقد يريد المثلة حقيقة، فإذا احتمل فعله الوجهين حلف أنه لم يقصد ذلك وترك، وقال سحنون في كتاب ابنه إذا ضرب رأسه فنزل الماء في عينيه لم يعتق عليه لأنه يحتمل أن يكون قصد ضرب الرأس دون ما أحدث. انتهى من اللخمي. ونقله الزناتي وغيره. فانظر علي هذا إذا خصى الإنسان عبده فإن كان قاصدا لتعذيبه فإنه يعتق عليه كما لو غار السيد منه [بأن¹⁹⁸⁰] رآه يتعرض لحريمه أو ما أشبه ذلك فقصد بخصائه تنكيله بذلك كما ورد عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه قال كان لزنباع عبد يسمى [سندر أو ابن سندر¹⁹⁸¹] فوجده يقبل جارية له فجبه [وجدع¹⁹⁸²] أنفه [فأعتقه¹⁹⁸³] رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: {من مثل بعبده [أو أحرقه¹⁹⁸⁴] بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله¹}. ذكره اللخمي وغيره. وإن حصل للعبد في ذلك الموضع مرض فأدى علاجه ومداواته إلى خصائه لم يعتق عليه، وأما إذا خصاه لا لتعذيبه ولا لقصد المداواة بل ليزيد ثمنه

الحديث 1 - مسند الإمام أحمد، ج2 ص182، دار الفكر 1978، وأبو داود في سننه، كتاب الديات، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 4519، وابن ماجه، رقم الحديث 2680، كتاب الديات، دار إحياء التراث العربي بيروت 1975.

1977 - في المطبوع خصاء ويحيى ص147 (ويم ص124 وم ص108 وإن اخصى) ومايأبى 237 (أخصا) وما بين المعقوفين من ن ذي ص336.

1978 - في المطبوع ومايأبى 237 وم ص108 عضو وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 ويحيى ص147 ويم ص124.

1979 * - في المطبوع بضجعة وما بين المعقوفين من م 108 ويم 145 ومايأبى 237 ويحيى 490 وسيد 45.

1980 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 وم ص108 ويم ص124 ومايأبى 237.

1981 * - في المطبوع سندر بن سندر وما بين المعقوفين من يحيى 490 ومايأبى 239 ويم 145 وم 108.

1982 - في المطبوع ومايأبى 237 وجدع ويحيى ص147 وم ص108 ويم ص124 وما بين المعقوفين من ن عدود ص336.

1983 - في المطبوع ومايأبى 237 فعتقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص336.

1984 - في المطبوع وأحرقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 ويحيى ص147 وم ص108 ويم ص124 ومايأبى 235.

نص خليل وَيَالْحُكْمَ جَمِيعُهُ إِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا وَالْبَاقِي لَهُ كَأَنْ بَقِيَ لِغَيْرِهِ.

متن الخطاب [فمفهوم كلام¹⁹⁸⁵] اللخمي أنه لا يعتق عليه وإن كان ذلك لا يجوز بالإجماع، كما نقله الجزولي وغيره، وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَأَضْلَنَهُمْ﴾: ولم يختلفوا أن خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز وأنه مثله وتغيير لخلق الله، وكذلك قطع سائر أعضائه من غير حد ولا قود. قاله أبو عمران. انتهى.

وقال في تفسير قوله تعالى: ﴿فليغيرن خلق الله﴾: واعلم أن الوسم والإشعار مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان ومن نهيه عن تعذيب الحيوان بالنار¹، والوسم الكي بالنار، وأصله العلامة، وثبت في صحيح مسلم عن أنس أنه قال: رأيت في يد رسول الله صلى الله عليه وسلم الميسم وهو يسم إبل الصدقة والفيء² وغير ذلك حتى يعرف كل مال فيؤدي حقه ولا يتجاوز به إلى غيره. انتهى. وفي المسائل الملقوطة: مسألة: ولا يجوز بيع الخصي والمجبوب لأنه بمجرد الفعل عتق على مالكة، وقيل يجوز بيعه إذا كان سيده كافرا. انتهى.

ص: وبالحكم جميعه إن أعتق جزءا ش: قال ابن رشد: سألني سائل أن أوضح له معنى قول القاضي أبي محمد في التلقين ولا يجوز تبويض العتق ابتداء ومن بعض العتق باختيار له أو بسببه لزمه تكميله كان البعض له أو لغيره بشرطين أحدهما وجود ثمنه والآخر بقاء ملكه، وقيل في هذا يلزم في ثلثه، وسواء كان أحد الثلاثة مسلما أو ذميا فقلت: أما قوله: "ولا يجوز تبويض العتق" فهو كلام ليس على [حقيقة¹⁹⁸⁶] ظاهره لأن تبويض العتق هو أن يعتق الرجل بعض عبده أو شقصا له في عبد، ومن فعل ذلك لزمه العتق ومضى بلا خلاف، ولزمه فيه حكم وهو التتميم؛ لأن النبي/

صلى الله عليه وسلم إنما قال: {من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل³} ولم يقل من أعتق شركا له في عبد لم يجز، ولو قال ذلك لوجب أن يرد عتق من أعتق بعض عبده أو شقصا له، ولا يصح أن يطلق في العتق أنه غير جائز إلا فيما يجب رده كعتق عبد غيره فمراده رضي الله عنه بقوله: "ولا يجوز" أي لا يجوز إقرار العتق مبعضا إلا أن يمنع من تتميمه مانع، وهذا مفهوم لا إشكال فيه، وإنما ذكرنا وجه مراده لنبين أنه ليس على حقيقة مقتضى كلامه وأن فيه تجاوزا، وللمخاطب أن يجاوز في [اللفظ¹⁹⁸⁷] إذا أمن إشكال المعنى. انتهى.

فرع: إذا أعتق أحد الورثة نصيبه من عبد من عبيد الميت فإنه يقوم عليه ويعتق جميعه، ويفهم ذلك

337

- الحديث 1 - مسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث 2117. ومسنده أحمد ج 3 ص 297، ومسلم 2116،
2 - البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، رقم الحديث 1502، ط. دار الفجر، ومسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث 2119، ط. دار إحياء التراث العربي.
3 - مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 1501، دار إحياء التراث العربي.

1985 - في المطبوع ومايأبى 237 مفهوم أول كلام ويم ص 124 ويحيى ص 147 وم ص 108 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336.

1986 * - في المطبوع حقيقته وما بين المعقوفين من يحيى 491 وسيد 45 ويم 145 ومايأبى 238 وم 108.

1987 - في المطبوع اللقطة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ويحيى ص 148 وم ص 108 ويم ص 124 ومايأبى 238.

إِنْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ يَوْمَهُ وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُسْلِمًا أَوْ الْعَبْدُ وَإِنْ أُيْسِرَ بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا فَمَقَابِلُهَا وَفَضَلَتْ عَنْ مَثْرُوكِ الْمُفْلَسِ وَإِنْ حَصَلَ عِتْقُهُ بِاخْتِيَارِهِ لَا يَارِثُ وَإِنْ ابْتَدَأَ الْعِتْقَ لَا إِنْ كَانَ حُرًّا الْبَعْضُ وَقَوْمَ عَلَى الْأَوَّلِ وَإِلَّا فَعَلَى حِصَصِهِمَا إِنْ أُيْسِرَا وَإِلَّا فَعَلَى الْمُؤَسِّرِ وَعَجَّلَ فِي ثُلْثِ مَرِيضٍ أَمِنْ وَلَمْ يَقُومَ عَلَى مَيْتٍ لَمْ يُوصَ وَقَوْمٌ كَامِلًا بِمَالِهِ بَعْدَ امْتِنَاعِ شَرِيكِهِ مِنَ الْعِتْقِ وَنُقِضَ لَهُ بَيْعٌ مِنْهُ وَتَأْجِيلُ الثَّانِي أَوْ تَدْبِيرُهُ وَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ اخْتِيَارِهِ أَحَدَهُمَا وَإِذَا حُكِمَ بِبَيْعِهِ لِعَسْرِهَ مَضَى.

[1988] المدونة.

ص: إن دفع القيمة يومه ش: أي يوم الحكم. قال ابن الحاجب: وعلى الأظهر يقوم يوم الحكم لا يوم العتق. قال في التوضيح: هذا إذا أعتق نصيبه خاصة، وأما إن عم العتق في يوم العتق كما ذكرناه من كلامه في الجواهر.

ص: وعجل في ثلث مريض أمن ش: هكذا قال في كتاب العتق الثاني من المدونة. فرع: قال ابن عرفة: قال ابن رشد في ثاني مسألة من رسم العتق من سماع أشهب من أعتق شقصا من عبده أو عبد بينه وبين شريكه في المدونة لا خلاف أن ذلك من الثلث ما أعتق منه وما بقي إن مات من ذلك المرض ولم يصح منه، واختلف في تعجيل التقويم في المرض على قولين: أحدهما أنه لا يعجل ولا ينظر فيه إلا بعد الموت، / وهو نص المدونة، والثاني أنه يعجل التقويم في المرض وهو قائم من المدونة وعليه فلا ينفذ العتق حتى يصح فيكون من رأس المال أو يموت فتكون القيمة من الثلث ينفذ فيه ما حمل منها ورق الباقي للورثة أو الشريك، وسواء كان له مال مأمون أو لم يكن، وقيل إن هذا إنما يكون إن لم يكن له مال مأمون، وأما إن كان له مال مأمون عتق في المرض جميعه إن كان له مال وقوم عليه فيه حظ شريكه إن كان له شريك وهو أحد قولي مالك في المدونة. انتهى.

ص: وتأجيل الثاني أو تدبيره ش: يريد إذا كان الأول موسرا، وأما إن كان معسرا [فإنه] [1989] لا اعتراض على الثاني فيما فعل. نقله في التوضيح.

ص: وإذا حكم ببيعه لعسر مضى ش: قد تقدم أن من أعتق حصته في عبد وكان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وأنه لا يجوز لشريكه بيعه ويفسخ بيعه إن فعل، فإن كان معتق الحصة معسرا بقي سهم شريكه رقيقا يجوز له بيعه فقال المؤلف رحمه الله هنا: وإذا حكم ببيعه لعسر؛ أي إذا حكم بجواز بيع البعض الباقي من العبد المعتق بعضه لعسر المعتق مضى الحكم بذلك ولا ينقض ليسره ثانية.

قال في أواخر العتق الأول منها: وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فرفع إلى الإمام فلم يقوم عليه لعسره ثم أيسر بعد ذلك فاشتري حصة شريكه لم يعتق، ولو رفع ذلك إلى الإمام فلم يقوم عليه ولا نظر في أمره حتى أيسر لقوم عليه. انتهى. وفرض المسألة في المدونة فيما إذا أعتق وهو معسر، وكلام المؤلف وابن الحاجب شامل لذلك، وأما إذا أعتق في حال يسره ولم يرفع أمره إلا بعد عسره فحكم

1988 * - في المطبوع في وما بين المعقوفين من يحيى 491 وسيد 45 ويم 145 ومايأبي 238 وم 108.

1989 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 338 ويحيى ص 148 وم ص 108 ويم ص 124

ومايأبي 238.

كَقَبْلَهُ ثُمَّ أَيْسَرَ إِنْ كَانَ بَيْنَ الْعُسْرِ وَحَضَرَ الْعَبْدُ وَأَحْكَامُهُ قَبْلَهُ كَالْقَنْ وَلَا يَلْزَمُ اسْتِسْعَاءُ الْعَبْدِ وَلَا قَبُولُ مَالِ الْغَيْرِ وَلَا تَخْلِيدُ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّةِ الْمُعْسِرِ بِرِضَا الشَّرِيكِ وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ لِأَجْلِ قَوْمٍ عَلَيْهِ لِيَعْتِقَ جَمِيعُهُ عِنْدَهُ إِلَّا أَنْ يَبُتَّ الثَّانِي فَنَصِيبُ الْأَوَّلِ عَلَى حَالِهِ وَإِنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ تَقَاوِيَاهُ لِيُرَقَّ كُلُّهُ أَوْ يُدَبَّرَ وَإِنْ ادَّعَى الْمُعْتَقُ عَيْبَهُ فَلَهُ اسْتِحْلَافُهُ وَإِنْ أُذِنَ السَّيِّدُ أَوْ أَجَازَ عَتَقَ عَبْدَهُ جُزْءًا قَوْمٍ فِي مَالِ السَّيِّدِ وَإِنْ احْتَبَجَّ لِيَبِيعَ الْمُعْتَقُ بِيَعٍ وَإِنْ أَعْتَقَ أَوْلَادَهُ لَمْ يَعْتِقِ الثَّانِي وَلَوْ مَاتَ وَإِنْ أَعْتَقَ جَنِينًا أَوْ دَبَّرَهُ فَحُرٌّ وَإِنْ لِأَكْثَرِ الْحَمْلِ إِلَّا لِزَوْجٍ مُرْسَلٍ عَلَيْهَا فَلِأَقْلِهِ وَيَبِيعَتُ إِنْ سَبَقَ الْعَتَقَ دَيْنٌ وَرُقٌّ وَلَا يُسْتَتْنَى بِبَيْعٍ أَوْ عَتَقَ وَلَمْ يَجُزْ اشْتِرَاءً وَوَلِيٍّ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى وَدِّ صَغِيرٍ بِمَالِهِ وَلَا عَبْدٌ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ وَإِنْ دَفَعَ عَبْدٌ مَالًا لِمَنْ يَشْتَرِيهِ بِهِ فَإِنْ قَالَ اشْتَرِنِي لِنَفْسِكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنْ اسْتَتْنَى مَالَهُ وَإِلَّا غَرِمَهُ وَيَبِيعَ فِيهِ وَلَا رَجُوعَ لَهُ عَلَى الْعَبْدِ وَالْوَلَاءِ لَهُ كَلْتَعْتَقَنِي وَإِنْ قَالَ لِنَفْسِي فَحُرٌّ وَوَلَاؤُهُ لِبَائِعِهِ إِنْ اسْتَتْنَى مَالَهُ وَإِلَّا رُقٌّ وَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيدًا فِي مَرَضِهِ أَوْ أَوْصَى بِعَتَقِهِمْ وَلَوْ سَمَّاهُمْ وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ الثَّلَاثُ أَوْ أَوْصَى بِعَتَقِ ثُلُثِهِمْ أَوْ بَعْدِي سَمَاءَهُ مِنْ أَكْثَرِ أَقْرَعٍ كَالْقِسْمَةِ إِلَّا أَنْ يُرْتَبَ فَيَتَّبَعُ أَوْ يَقُولُ ثُلْثُ كُلِّ أَوْ أَنْصَافَهُمْ أَوْ أَثْلَاثَهُمْ وَتَبِعَ سَيِّدَهُ بِدَيْنٍ إِنْ لَمْ يَسْتَتْنِ مَالَهُ وَرُقٌّ إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِرَقِّهِ أَوْ تَقَدَّمَ دَيْنٌ وَحَلَفَ وَاسْتَوْنَى بِالْمَالِ إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْوَلَاءِ أَوْ اثْنَانِ أَتَاهُمَا لَمْ يَزَالَا يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلَاهُ أَوْ وَارِثُهُ وَحَلَفَ وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُ الْوَرِثَةِ أَوْ أَقْرَأَنَّ أَبَاهُ أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَجُزْ وَلَمْ يَقَوْمَ عَلَيْهِ وَإِنْ شَهِدَ عَلَى شَرِيكِهِ بِعَتَقِ نَصِيبِهِ فَنَصِيبُ الشَّاهِدِ حُرٌّ إِنْ أَيْسَرَ شَرِيكُهُ وَالْأَكْثَرُ عَلَى نَفْيِهِ كَعُسْرِهِ.

القاضي بعدم التقويم عليه فالظاهر أنهما سواء، وقد قال في المدونة قبله بيسير: وإن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره فلا شك أنه لا يقوم عليه. انتهى. ويريد في المدونة بقوله المتقدم: ولو رفع ذلك إلى الإمام إلى آخره ما لم يكن بين العسر كما سيأتي في المسألة الآتية فإنه ذكرها في المدونة قبلها. ص: كقبله ثم أيسر إن كان بين العسر ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإن أعتق معسر شقصا له في عبد فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر فقال مالك قديما إنه يقوم عليه، ثم قال: إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك، وأما لو كان العبد غائبا فلم يقوم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوم عليه بخلاف الحاضر، وإن أعتق في يسره فلم يطالب حتى أعسر ثم أيسر فقام شريكه حينئذ قوم عليه. انتهى.

متن الخطاب

ص: إلا أن يبت الثاني فنصيب الأول على حاله ش: / ظاهر كلامه أنه لا يمنع التقويم إلا إذا بت الثاني وأنه لو أعتق الثاني نصيبه إلى ذلك الأجل لم يمنع [التقويم] 1990 وليس كذلك، بل الحكم كذلك إذا أعتق الثاني حصته إلى الأجل الذي أعتق الأول إليه. قاله ابن رشد في رسم أوصى وفي رسم جاع من سماع عيسى من كتاب العتق، ونقله ابن عرفة، ونقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم في العتبية.

339

ص: وإن أعتق عبيدا في مرضه إلى قوله أقرع ش: انظر هذا مع قوله في التوضيح: قال في الوصايا: إن المدبرين في الصحة إذا تعاقبوا قدم الأول فالأول، وإلا فالمشهور أنه يعتق منهم بالحصص، وقيل يقرع بينهم. انتهى. إلا أن يقال ما في الصحة لا قرعة فيه، وقد صرح هنا في التوضيح بأن العتق في الصحة لا قرعة فيه فتأمل. والله أعلم. ص: أو أثلاثهم ش: يعني فيعتق من كل واحد ثلثه.

340

الحديث

باب التّدبيرُ تعليقُ مكلّفٍ رشيدٍ وإنّ زوجةً في زائدِ الثلثِ العتقُ بموته لا على وصيةٍ كان مُتُّ من مَرَضِيٍّ أو سَفَرِيٍّ هَذَا أو حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي مَا لَمْ يَرُدَّهُ وَلَمْ يُعَلِّقْهُ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ يَدْبُرْتُكَ وَأَنْتَ مُدَبِّرٌ أَوْ حُرٌّ عَنِّ دُبْرٍ مِثِّي وَنَفَذَ تَدْبِيرُ نَصْرَانِي لِمُسْلِمٍ وَأَوْجِرَ لَهُ وَتَنَاوَلَ الْحَمْلَ مَعَهَا كَوَلَدٍ لِمُدَبِّرٍ مِنْ أُمَّتِهِ بَعْدَهُ وَصَارَتْ بِهِ أُمٌّ وَلَدٍ إِنْ عَتَقَ وَقَدَّمَ الْأَبُ عَلَيْهِ فِي الضِّيقِ وَلِلسَّيِّدِ نَزْعُ مَالِهِ إِنْ لَمْ يَمْرَضْ وَرَهْنُهُ وَكِتَابَتُهُ لَا إِخْرَاجُهُ بِغَيْرِ حُرِّيَّةٍ.

نص خليل

قال أبو الحسن في أول كتاب الوصايا: قال عبد الحق: لو قال أثلث رقيقي فلان فإن فلان ثلثهم بالقرعة بخلاف ما لو قال أثلث رقيقي أحرار؛ لأنه في الوصية يكون شريكا في كل واحد، ومن له شرك في رقيق جمع نصيبه في شيء بعينه عند ابن القاسم فليس كالعق الذي لا بد أن يكون في جميعهم؛ إذ لا يستبد به بعضهم دون بعض، والوصية لهم واحدة. انتهى. وقال في المدونة: ومن قال عند موته أثلث رقيقي أو أنصافهم أحرار أو ثلث كل رأس أو نصف كل رأس أعتق من كل واحد منهم ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض. انتهى.

متن الخطاب

فرع: وإذا قال عبيدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فهل يعتق جميعهم، أو من سمى؟ انظر أحكام ابن سهل في الوصايا والمشذالي في الوصايا الأول.

341

ص: باب التّدبيرُ تعليقُ مكلّفٍ رشيدٍ وإنّ زوجةً في زائدِ الثلثِ العتقُ بموته لا على وصية ش: هذا نحو قول ابن الحاجب عتق معلق على الموت على غير وصية. قال ابن عرفة: رده ابن عبد السلام بأنه تعريف بالإضافيات، وذكروا أنه يجتنب في التعريفات لإجماله. ابن عرفة: ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه حسبما تقرر في موضعه وليست الإضافة ملزومة للإجمال، ولذا وقعت في/ تعريفاتهم كثيرا كقول القاضي القياس حمل معلوم بإضافة حمل إلى معلوم وقولهم في التناقض هو اختلاف قضيتين، ولو اعترضه بالتركيب وهو وقف معرفة المعرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه ليست أعم ولا أخص كان صوابا. انتهى. يعني بالحقيقة الأخرى الوصية.

342

ص: وقدم الأب [عليه¹⁹⁹¹] في الضيق ش: هذا الذي مشى عليه المؤلف هو الذي استظهره ابن عبد السلام من عند نفسه بعد أن قال: إن المنقول خلافه، واختصر المصنف كلامه في التوضيح، ونصه: وإذا كان الابن بمنزلة أبيه فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور في المدبرين في كلمة واحدة خلافا لابن ناجي الذي يقول يعتق منهم محمل الثلث بالقرعة أو يكون الأب مقدا في الثلث لأنه تقدم تدبيره على تدبير ولده كالمدبرين أحدهما بعد الآخر. ابن عبد السلام: والثاني هو الظاهر، والأول هو المنقول في المدونة وغيرها. انتهى. فكلامه صريح في أن الذي استظهره خلاف المنقول، ونص المدونة ما ولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده بمنزلةتهما والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قوله والمحاصة إلى آخره الشيخ لثلا يتوهم أنه يؤثر الآباء على الأبناء كما في الحبس وفي مسألة الحبس خلاف. انتهى.

الحديث

وَفُسِّخَ بَيْعُهُ إِنْ لَمْ يَعْتَقَ وَالْوَلَاءُ لَهُ كَالْمُكَاتَبِ وَإِنْ جَنَى فَإِنْ فَدَاهُ وَإِلَّا أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ تَقَاضِيًا وَحَاصَّهُ مَجْنِيًّا عَلَيْهِ ثَانِيًا وَرَجَعَ إِنْ وَفَى وَإِنْ عَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ أَتْبَعَ بِالْبَاقِي أَوْ بَعْضَهُ بِحِصَّتِهِ وَخَيْرَ الْوَارِثِ فِي إِسْلَامٍ مَا رُقَّ أَوْ فَكَّهُ وَقَوْمٌ بِمَالِهِ وَإِذَا لَمْ يَحْمِلِ الثَّلَاثُ إِلَّا بَعْضُهُ عَتَقَ وَيَقْبِي مَالَهُ بِيَدِهِ وَإِنْ كَانَ لِسَيِّدِهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ عَلَى حَاضِرٍ مَلِيٍّ يَبْعُ بِالنَّقْدِ وَإِنْ قَرَّبَتْ غَيْبَتُهُ اسْتَوْنِي قَبْضَهُ وَإِلَّا يَبْعُ فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ أَوْ أَيْسَرَ الْمَعْدُمُ بَعْدَ بَيْعِهِ عَتَقَ مِنْهُ حَيْثُ كَانَ وَأَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِسَنَةِ إِنْ كَانَ السَّيِّدُ مَلِيًّا لَمْ يُوقَفْ فَإِنْ مَاتَ نَظَرَ فَإِنْ صَحَّ أَتْبَعَ بِالْخِدْمَةِ وَعَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِلَّا فَمِنَ الثَّلَاثِ وَلَمْ يَتَّبِعْ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَلِيٍّ يُوقَفَ حَرَجٌ سَنَةً ثُمَّ يُعْطَى السَّيِّدُ مِمَّا وَقَفَ مَا خَدَّمَ نَظِيرَهُ.

متن الخطاب ص: وفسخ بيعه إن لم يعتق ش: أي فإن أعتقه المشتري فإن عتقه ينفذ، ولا يفسخ البيع ويكون الولاء للمشتري ويكون جميع الثمن سائغا للبائع ولا يرجع عليه المتباع بشيء، وقاله جميعه في المدونة.

فرع: قال أبو الحسن في كتاب التدبير من شرح المدونة: لو غاب المدبر يعني المبيع فعمي خبره قال أصبغ القياس عندي إذا استعفى أمره فأيس منه أن ينزل منزلة الموت كما تعتد امرأة المفقود عدة الميت دون الحي. قال ابن المواز: هذا غلط، وقد طلب عمر رضي الله عنه رد المدبرة التي باعت عائشة رضي الله عنها فلم يجدها فأخذ الثمن فجعله في جارية يدبرها، وقال ابن المواز عن ابن القاسم [يجعل¹⁹⁹²] ثمنه كله في مدبر. قال أصبغ: هذا استحسان. انتهى. انظر البيان في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب المدبر.

ص: وقوم بماله في الثلث ش: هذا هو المشهور في المذهب.

فرع: فإن دبره السيد في صحته واستثنى ماله بعد موته يعني بعد موت السيد جاز ذلك، / فإذا مات السيد قوم المدبر ببذنه بغير ماله وبصير ماله من أموال السيد، وكذلك إذا دبره في مرضه واستثنى ماله، ومنع من ذلك ابن كنانة، وقال: ليس مما جاءت به السنة ويتبعه ماله. قاله في أول سماع ابن القاسم من كتاب المدبر.

ص: فإن لم يحمل إلا بعضه عتق وأقر ماله بيده ش: أي أقر ماله كله بيده، وقاله في المدونة، ونقله ابن عرفة وغيره وقوله في التوضيح أقر بيده نصف ماله سهو. والله أعلم.

ص: وأنت حر قبل موتي بسنة إلى آخره ش: هذه المسألة في رسم يوصي من سماع عيسى من ابن القاسم من كتاب العتق. قال ابن رشد فيها بعد ذكره قول ابن القاسم: قال الموثقون: وعلى قياس هذه الرواية أن من أراد أن يستخدم عبدا طول حياته ويكون حرا من رأس ماله بعد وفاته فيعتقه الآن قبل السبب الذي يكون منه وفاته بأجل يسميه وذلك لا يصح؛ إذ ليس للرجل بعد وفاته أكثر من ثلث ماله، والواجب إذا فعل ذلك أن يعجل عتقه باتفاق؛ لأن العتق قد حصل له بيقين؛ إما بقوله وإما بموته فلا يصح أن يمكن من اختداهم بشك؛ إذ لا يدري لعله حر من الآن. انتهى. ونقله ابن عرفة وقبله.

وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِقَتْلِ سَيِّدِهِ عَمَدًا وَيَا سْتَعْرَاقَ الدِّينِ لَهُ وَلِلتَّرَكَةِ وَبَعْضُهُ بِمُجَاوِزَةِ الثَّلَاثِ وَلَهُ حُكْمُ الرِّقِّ وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ حَتَّى يُعْتَقَ فِيمَا وَجِدَ حَيِّئًا وَأَنْتَ حَرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَمَوْتِ فُلَانٍ عَتَقَ مِنْ الثَّلَاثِ أَيْضًا وَلَا رُجُوعَ لَهُ وَإِنْ قَالَ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ فَمُعْتَقٌ لِأَجَلٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

باب نُدْبِ مَكَاتِبَةِ أَهْلِ التَّبَرُّعِ وَحَطِّ جُزْءٍ آخِرًا وَلَمْ يُجَبَّرِ الْعَبْدُ عَلَيْهَا وَالْمَأْخُودُ مِنْهَا الْجَبْرُ.

نص خليل

فرع: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: وإذا قال لعبده أنت حر قبل موتك بكذا وكذا فيعجل عتقه على مذهب ابن القاسم، ولا عتق له على مذهب أشهب. انتهى.

متن الخطاب

ص: وبطل التدبير بقتل سيده عمدا ش: قال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم إن قتل المدبر سيده خطأ/ عتق في ماله ولم يعتق في دينه وكانت الدية عليه دينا ليس على العاقلة منها شيء؛ لأنه إنما صنعه وهو مملوك، وإن قتله عمدا قتل به فإن استحياه الورثة بطل تدبيره وكان رقا لهم. ابن رشد: قوله وتكون الدية عليه دينا صحيح على ما في المدونة وغيرها. قال أصبغ: في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات، وهذا إذا حملة الثلث، فإن لم يحمله عتق منه محمله وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه يؤخذ من ماله إن كان له مال، ويتبع به دينا إن لم يكن له، ولا يدخل فيما يؤخذ منه من الدية، ولا يعتق فيها منه شيء وقوله صحيح، وقوله إنه يبطل إن كان قتله عمدا هو على قياس ما [اجمعوا¹⁹⁹³] عليه من أن [القاتل¹⁹⁹⁴] عمدا لا يرث له ممن قتله. قال ابن عرفة: قلت: وقتل أم الولد سيدها عمدا. قال الشيخ في الموازية عن ابن القاسم: تعتق لأنه عتق لازم من رأس المال، وتقتل به إلا أن يعفو عنها، ولا تتبع بعقل في الخطأ بخلاف المدبر، وقال عبد الملك تتبع بمثله وعتقها من رأس المال. انتهى.

344

فرع: نقل الشيخ أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق عبده إن قدم أبوه أن من قال لعبده اعمل على هذه الدابة فإذا ماتت فأنت حر فإنه إن قتلها عمدا فإنه يعتق. قاله سحنون. قال كأم الولد تقتل سيدها عمدا فإنه لا يبطل ما جنت ما عقد عليها من العتق. انتهى.

ص: باب ندب مكاتبة أهل التبضع ش: يقال كتابة ومكاتبة وكتاب. قال الله تعالى: ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا﴾ وهي مشتقة من الأجل المضروب لنجومها فإن الكتابة هي الأجل؛ قال عز من قائل: ﴿ولها كتاب معلوم﴾ أي أجل مقدر، ومنه قيل كاتب عبده أي وأجله على ذلك، وحدها في الشرع قال في التوضيح: عتق الرجل عبده على مال يؤديه منجما. انتهى. [وكذا¹⁹⁹⁵] قال ابن عرفة هي عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه فيخرج ما على مال معجل، ولذا قال فيها: لا تجوز كتابة أم الولد، ويجوز عتقها على مال، ويخرج عتق العبد على مال منجم على أجنبي. انتهى. وقول المؤلف: "ندب" يشير به إلى أن حكم الكتابة الندب. قال في التوضيح: وهو مذهب المدونة. قال ابن عرفة: وهو المعروف ومقابله قول بالإباحة

الحديث

1993 * - في المطبوع اجتمعوا وما بين المعقوفين من يحيى 492 وما يابى 241.

1994 - في المطبوع القتل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 344 ويحيى ص 149 وم ص 109 ويم ص 125

وما يابى 241.

1995 * - في المطبوع كذا وما بين المعقوفين من يحيى 492 ويم 146 وم 110.

بِكَاتِبَتِكَ وَنَحْوِهِ بِكَذَا.

نص خليل

متن الخطاب

في المذهب [وهو¹⁹⁹⁶] الذي رواه ابن القصار، وقاله مطرف، وحكاه ابن الجلاب عن مالك. قال ابن عرفة: قال اللخمي: قال مالك في الموطأ: سمعت بعض أهل العلم إذا سئل عن ذلك يتلو ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض ﴾ فجعلها على الإباحة انتهى وقال أهل الظاهر بوجوبها للأمر بها في قوله تعالى: ﴿ فكاتبواهم إن علمتم فيهم خيرا ﴾ قال في التوضيح: واختلف في الخير المذكور في الآية هل هو المال، أو القدرة على الكسب، أو الصلاح أو الدين أو الأمانة إلى غير ذلك من الأقوال؟ والمنقول عن مالك في الموازية أنه القوة على الأداء. انتهى.

وفصل اللخمي في حكمها فقال على ما نقل عنه ابن عرفة: إن كان العبد لا يعرف بسوء وسعايته من المباح وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير/ فهي مندوب إليها، وإن كان قدر الكتابة أكثر منه بكثير فمباحة، وإن عرف بالسوء والإذابة فمكروهة، [و¹⁹⁹⁷] إن كانت سعايته من حرام فهي محرمة. انتهى. وقوله: "أهل [التبرع]"¹⁹⁹⁸ هو فاعل المصدر، وهذا هو الركن الأول من أركانها فإن لها أربعة أركان المكاتب والمكاتب والصيغة والعوض، فالأول قال المؤلف: "هم أهل التبرع" فخرج الصبي والمجنون والسفيه المحجور عليه ويرد عليه العبد المكاتب فإنه ليس من أهل التبرع، وتصح كتابته على وجه النظر كما سيأتي، والمرضى والمرأة فيما زاد على الثلث إذا لم يحاييا. والله أعلم. ص: بكَاتِبَتِكَ وَنَحْوِهِ بِكَذَا ش: هذا هو الركن الثاني، وهو الصيغة.

345

قال في اللباب: هو لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على العتق على مال منجم. انتهى. وقال ابن الحاجب: الصيغة مثل كاتبتك على كذا في نجم أو نجمين فصاعدا. قال في التوضيح: قوله مثل كاتبتك؛ يعني وأنت مكاتب أو معتق على نجمين. ثم قال: وظاهر قول المصنف: "في نجم أو نجمين" أنه لا فرق بين ما قل من النجوم أو أكثر، وهكذا ذكر ابن شعبان قال: ومن أصحابنا من يختار جعلها في نجمين. انتهى. ونحوه في الذخيرة وابن شاس وابن جزى، ونقل الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة قولاً باشتراط كونها في نجمين. انتهى.

تنبيه: قال في المقدمات: مذهب الشافعي أن المكاتب لا يعتق وإن أدى جميع الكتابة، إلا أن يشترط ذلك لنفسه في عقد الكتابة وعند مالك وأبي حنيفة وأصحابهما وجمهور أهل العلم أن المكاتب يعتق إذا أدى جميع الكتابة وإن لم يشترط ذلك، ولا يضره أن لا يقول له مولاه إذا أدبت إلي جميع كاتبتك فأنت حر؛ لأن ذلك مفهوم من فعلهما وقصدتهما وإن لم يذكرها. انتهى. وقال ابن جزى: لأن لفظ الكتابة يتضمن الحرية. انتهى. وقال في الذخيرة: قال الشافعي: لفظ كاتبتك ليس صريحا فلا يعتق بالأداء إلا أن يقول نويت إن أدى فهو حر لدوران الكتابة بين المخارجة والكتابة بالقلم، فلا

الحديث

1996 - في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 344 ويحيى ص 150 وم ص 110 ويم ص 125 وما يابى 241.

1997 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 345 ويحيى ص 150 وم ص 110 ويم ص 125 وما يابى 241.

1998 * - في المطبوع تبرع وما بين المعقوفين من يحيى 493.

وظَاهِرُهَا اشْتِرَاطُ التَّنْجِيمِ وَصَحَّخَ خِلَافُهُ وَجَازَ بِغَرَرِ كَآبِقِ وَجَنِينِ وَعَبْدِ فُلَانٍ لَا لَوْلُو لَمْ يُوصَفْ أَوْ كَخَمْرِ
وَرُجْعِ لِكِتَابَةِ مِثْلِهِ وَفَسَخَ مَا عَلَيْهِ فِي مُؤَخَّرٍ أَوْ كَذَهَبٍ عَن وَرَقٍ وَعَكْسِهِ وَمَكَاتِبَةٍ وَلِي مَا لِمَحْجُورَةٍ
بِالْمُصْلِحَةِ وَمَكَاتِبَةٍ أَمَةٍ وَصَغِيرٍ وَإِنْ بَلَ مَالٍ وَكَسَبٍ وَبَيْعٍ كِتَابَةٍ أَوْ جُزْءٍ لَا نَجْمَ فَإِنْ وَفَى فَالْوَلَاءُ لِالْأَوَّلِ
وَإِلَّا رُقٌّ لِلْمَشْتَرِي وَإِقْرَارُ مَرِيضٍ بِقَبْضِهَا إِنْ وُثِرَتْ غَيْرَ كِلَالَةٍ وَمَكَاتِبَتُهُ بِلَا مُحَابَاةٍ وَإِلَّا فَبِي ثَلَاثِهِ وَمَكَاتِبَةُ
جَمَاعَةٍ لِمَالِكٍ فَتَنَوَّعَ عَلَى قُوَّتِهِمْ عَلَى الْإِدَاءِ يَوْمَ الْعَقْدِ وَهُمْ وَإِنْ زَمِنَ أَحَدُهُمْ حَمَلَاءُ مُطْلَقًا فَيُؤَخَذُ مِنْ
الْمَلِيءِ الْجَمِيعِ وَيَرْجَعُ إِنْ لَمْ يَعْتَقْ عَلَى الدَّافِعِ وَلَمْ يَكُنْ زَوْجًا وَلَا يَسْقُطُ عَنْهُمْ شَيْءٌ بِمَوْتِ وَاحِدٍ
وَلِلسَّيِّدِ عِتْقٌ قَوِي مِنْهُمْ إِنْ رَضِيَ الْجَمِيعُ وَقَوُوا فَإِنْ رُدُّوا ثُمَّ عَجَزُوا صَحَّ عِتْقُهُ وَالْخِيَارُ فِيهَا وَمَكَاتِبَةُ
شَرِيكَيْنِ بِمَالٍ وَاحِدٍ لَا أَحَدُهُمَا أَوْ بِمَالَيْنِ أَوْ بِمُتَّحِدٍ بِعَقْدَيْنِ فَيُفَسَخُ وَرَضًا أَحَدِهِمَا بِتَقْدِيمِ الْآخَرِ وَرَجَعَ
لِعَجْزِ بَحْصَتِهِ كَأَنْ قَاطَعَهُ بِإِذْنِهِ مِنْ عِشْرِينَ عَلَى عِشْرَةٍ فَإِنْ عَجَزَ خَيْرُ الْمُقَاتِعِ بَيْنَ رَدِّ مَا فَضَلَ بِهِ
شَرِيكَهُ وَبَيْنَ إِسْلَامِ حِصَّتِهِ رَفًا وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْآذِنِ وَإِنْ قَبِضَ الْأَكْثَرُ فَإِنْ مَاتَ أَخَذَ الْآذِنُ مَالَهُ بِلَا
نَقْصٍ إِنْ تَرَكَهُ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ وَعِتْقُ أَحَدِهِمَا وَضَعُ لِمَا لَهُ إِلَّا إِنْ قَصَدَ الْعِتْقُ كَأَنْ فَعَلْتَ فَنَصْفُكَ حُرٌّ
فَكَاتِبَةٌ ثُمَّ فَعَلَ وَضَعَ النِّصْفُ وَرُقٌّ كُلُّهُ إِنْ عَجَزَ وَلِلْمَكَاتِبِ بِلَا إِذْنِ بَيْعٍ وَاشْتِرَاءٍ وَمُشَارَكَةٍ وَمُقَارَضَةٍ
وَمَكَاتِبَةٌ وَأَسْتِخْلَافٌ عَاقِدٍ لِأَمْتِهِ وَإِسْلَامُهَا أَوْ فِدَاؤُهَا إِنْ جَنَّتْ بِالنَّظَرِ وَسَفَرٌ لَا يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ وَإِقْرَارٌ فِي
رَقْبَتِهِ وَإِسْقَاطُ شُفْعَتِهِ لَا عِتْقٌ وَإِنْ قَرِيبًا وَهَبَةً وَصَدَقَةً.

متن الحطاب ينصرف لأحدهما إلا بالنية، ووافقنا أبو حنيفة، والجواب أنه مشتهر في [العرف¹⁹⁹⁹] في الكتابة
المخصوصة فينصرف إليه من غير نية. انتهى. فالحاصل من هذه النصوص المتقدمة أن الكتابة تكون
باللفظ أو ما يقوم مقامه، وأنه لا يشترط أن يقول له مولاه إذا أديت فأنت حر، وأن التنجيم المشترط
عند من يقول به يكفي فيه أن يكون في نجم واحد. والله أعلم.

ص: وظاهرها اشتراط التنجيم وصحح خلافه ش: ظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب وغيرهما/ أن 346

الكتابة الحالة لا تصح على ظاهر المدونة. وقال ابن عرفة: قول الشيخ -يعني في الرسالة- وغيره لا
يدل على منعها حالة، بل على عدم صدق لفظ الكتابة عليها فقط فتأمل. انتهى. وقال في المقدمات: / 347

والكتابة جائزة على ما تراضى عليه العبد والسيد من قليل وكثير وتجوز على مذهب مالك حالة
ومؤجلة فإن وقعت مسكوتا عليها نجمت لأن العرف التنجيم. هذا قول متأخري أصحابنا، وقال ابن
أبي زيد في رسالته: "والكتابة جائزة على ما رضى العبد وسيد من المال منجما فظاهر قوله أن
الكتابة لا تكون إلا منجمة وليس ذلك بصحيح على مذهب مالك. انتهى. والكتابة الحالة تسمى
بالقطاعة. قاله ابن راشد في اللباب، ونصه:

قال الأستاذ أبو بكر: وظاهر قول مالك أن التأجيل شرط في الكتابة قال وعلمناؤنا النظارة يجيزون
الكتابة الحالة ويسمونها القطاعة. انتهى. وتطلق القطاعة أيضا على ما يفسخ السيد فيه كتابة العبد.
قال في التنبهات: والقطاعة بفتح القاف وكسرهما أيضا هي مقاطعة السيد عبده المكاتب على مال

نص خليل
وَتَزْوِيحٌ وَإِقْرَارٌ بِجِنَايَةِ حَطِّبٍ وَسَفَرٌ بَعْدَ إِلاَّ بِإِذْنٍ وَلَهُ تَعَجُّيزٌ نَفْسِيهِ إِنْ اتَّفَقَا وَلَمْ يَظْهَرَ لَهُ مَالٌ فَيُرْقُ وَلَوْ
ظَهَرَ لَهُ مَالٌ.

متن الحطاب
يتعجله من ذلك وأخذ العوض منه معجلاً أو مؤجلاً، [وكانها من قطع²⁰⁰⁰] طلبه عنه بما أعطاه
[والقطع²⁰⁰¹] له بتمام حرите بذلك أو قطع بعض ما كان له عنده من جملته، وهذا جائز عند مالك
وابن القاسم بكل ما كان وبما لا يجوز بين رب المال وغريمه عجل العتق لقبض جميعه أو أخره
لتأخير بعضه عجل قبض ما قاطع عليه أو أخره وسحنون لا يجيزها إلا بما يجوز بين الأجنبي
وغريمه. انتهى. وقال في الذخيرة: الفعالة بالفتح للسجيا الخلقية كالشجاعة وبكسرها للصنائع
كالتجارة والخيطة وبضمها لما يطرح كالنخالة والزبالة، وهذه الاستعمالات أكثرية غير مطردة،
والقطاعة هي بيع الكتابة بشيء آخر فهي نوع من التجارة والصناعة فالكسر فيها أنسب. انتهى.
تنبيه: وعلى القول باشتراط التنجيم وهو التأجيل فيكفي أن يجعل الكتابة كلها في نجم واحد كما
تقدم، وقوله: "وصحح خلفه" قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة: وهو المشهور. انتهى.
والله أعلم.

ص: وتزويج ش: يعني أنه ليس للمكاتب أن يتزوج قال في كتاب المكاتب منها: وليس للمكاتب
أن يتزوج وإن رآه من وجه النظر أو يسافر إلا بإذن سيده اشترط ذلك السيد عليه أم لا إلا ما قرب من
السفر مما لا ضرر فيه لحلول نجم أو غيره فذلك له. انتهى. قاله ابن الحاجب ويتزوج بإذنه. قال في
التوضيح: ظاهره أنه لا يفترق لإذن غيره وهو مقيد بما إذا لم يكن/ معه غيره أشهب وإن كان معه في
الكتابة غيره فليس لسيدة إجازة نكاحه إلا بإجازة من معه إلا أن يكونوا صغاراً فيفسخ على كل حال
ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم ولا تتبعه إن عتق بما بقي. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: إن تزوج بغير إذن سيده فأجازته جاز وإن رده فسخ ولها ثلاثة دراهم. انتهى.
وهذا في الذكر وأما الأنثى فيتخرج ذلك على أنه هل له الجبر أم لا؟
فرع: قال في المدونة: ولو شرط عليه السيد أنه إن نكح أو سافر بغير إذنه فمحو كتابته بيده لم يكن
له محوها إن فعل المكاتب شيئاً من ذلك وليرفع ذلك إلى السلطان. قال ربيعة: للسيد فسخ الكتابة في
بعيد السفر بحكم الإمام وإن نكح فرق بينهما وانتزع ما أعطى. انتهى.

ص: وسفر بعد إلا بإذن ش: قال اللخمي: اختلف في سفر المكاتب بغير إذن سيده فمنعه مالك
وقال: قد تحل نجومه وهو غائب، وأجازه ابن القاسم إذا كان قريباً قال: ولم يكن فيه كبير مؤنة
فيما يغيب [عن²⁰⁰²] سيده إذا حلت نجومه، واختار هو المنع منه إن كان صانعاً أو تاجراً قبل
الكتابة؛ لأن القصد سعائته في الحاضرة إلا أن تبور صناعته الجارية فله السفر بحميل بالأقل مما بقي
عليه من الكتابة أو من قيمته، وإن كان شأنه السفر ومنه سعائته لم يكن له منعه ولا عليه أن يأتي

الحديث

2000 - في المطبوع وكأنه ما انقطع (ويحیی ص 150 وكأنه من قطع) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم
ص 110 ويم ص 126 ومايابی 242.
2001 - في المطبوع وانقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 ويحیی ص 150 وم ص 110 ويم ص 126
ومايابی 242.
2002 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن ذي ص 348 ويحیی ص 151 وم ص 110 ويم ص 126 ومايابی 243.

نص خليل

كَأَنَّ عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ أَوْ غَابَ عِنْدَ الْمَجْلِ وَلَا مَالَ لَهُ وَفَسَخَ الْحَاكِمُ وَتَلَوَّمَ لِمَنْ يَرْجُوهُ كَالْقَطَاعَةِ وَلَوْ شَرَطَ خِلَافَهُ وَقَبِضَ إِنْ غَابَ سَيِّدُهُ وَإِنْ قَبَلَ مَحِلَّهَا وَفُسِخَتْ إِنْ مَاتَ وَإِنْ عَنَ مَالٍ إِلَّا لِوَلَدٍ أَوْ غَيْرِهِ دَخَلَ مَعَهُ بِشَرَطٍ أَوْ غَيْرِهِ فَتَوَدَّى حَالَهُ وَوَرَّثَهُ مَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَقَطَّ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَقَوِيٍّ وَلَدَهُ عَلَى السَّعْيِ سَعَوْا وَتَرَكَ مَتْرُوكُهُ لِلْوَلَدِ إِنْ أَمِنَ كَأَمٍّ وَلَدِهِ وَإِنْ وَجِدَ الْعَوْضَ مَعِيْبًا أَوْ اسْتَحَقَّ مَوْصُوفًا كَمُعِينٍ وَإِنْ بِشَبْهَةٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ وَمَضَتْ كِتَابَةُ كَافِرٍ لِمُسْلِمٍ وَبِيعَتْ كَأَنَّ أَسْلَمَ وَبِيعَ مَعَهُ مَنْ فِي عَقْدِهِ وَكَفَرَ بِالصَّوْمِ وَاشْتَرَا طَوَّءَ الْمُكَاتِبَةِ وَاسْتَبْتَنَاءَ حَمِلَهَا أَوْ مَا يُوَلَّدُ لَهَا وَمَا يُوَلَّدُ لِمُكَاتِبٍ مِنْ أُمَّتِهِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ.

متن الخطاب

بحميل، وإن كان النجم يحل قبل رجوعه منع منه وإن كان يعود قبل ذلك وكانت هناك تهمة أنه يبعد أو يتأخر منع إلا أن يأتي بحميل. انتهى. ونقله ابن عرفة، وقال بعده: قلت: الحماله خلاف المذهب. انتهى.

ص: فإن عجز عن شيء أو غاب عند المحل ولا مال له فسخ الحاكم ش: أي فسخ الحاكم الكتابة وعاد العبد لما كان عليه قبل الكتابة من رق أو تدبير أو غير ذلك فهو أحسن من قول ابن الحاجب رق. والله أعلم.

ص: وفسخت إن مات وإن عن [مال²⁰⁰³] ش: /

349

قال في المدونة: وإذا أدى المكاتب كتابته في مرضه جازت وصيته في ثلث ما بقي من ماله فإن مات [قبل²⁰⁰⁴] دفعها أو أمر بدفعها فلم تصل إلى السيد حتى مات وأوصى بوصايا فلا وصية له. انتهى. قال ابن يونس: قيل لأبي عمران فلو بعث كتابته في مرضه إلى سيده فلم يقبلها السيد حين وصولها إليه هل يكون حرا ويرثه ورثته؟ فقال: لا حتى يقضى عليه بذلك، إلا أن تكون بموضع لا حاكم فيه فليشهد عليه فيكون ذلك كالحكم. انتهى.

ص: وإن وجد العوض معيبا أو استحق [موصوفا²⁰⁰⁵] كمعِينٍ وَإِنْ بِشَبْهَةٍ لَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ش: هكذا في كثير من النسخ وهي مشكلة؛ لأنه لا وجه لها إلا أن تكون معطوفة على إن في قوله: وفسخت إن مات وذلك يقتضي أن الكتابة تنفسخ إذا وجد العوض معيبا أو استحق، ونصوص المذهب صريحة بخلاف ذلك كما بينه ابن مرزوق فيما نقله عنه ابن غازي، وأما قول ابن غازي أنه يتمشى على أن المعنى وفسخت العتاقة ولا يكون حينئذ مخالفا للمذهب لولا ما عارضه من كلام ابن رشد في استحقات العبد الموصوف فليس بظاهر؛ لأنه يقتضي أنه إذا وجد العوض معيبا تفسخ العتاقة، وهو مخالف لنص المدونة وغيرها كما سيأتي ويوجد في بعض النسخ، وإن وجد العوض معيبا فمثله أو

الحديث

2003 - في المطبوع ومايأبى 243 ولد (ويحيى ص 151 وإن على ولد) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 وم 111 ويم ص 126.

2004 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى ص 151 وم 111 ويم ص 147 ومايأبى 243.

2005 - في المطبوع ومايأبى 243 موصوف ويحيى ص 151 وم 111 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويم ص 126.

متن الخطاب استحق [موصوف²⁰⁰⁶] بقيمته كمعين [إن²⁰⁰⁷] بشبهة، وإن لم يكن له مال اتبع به دينا. قال ابن مرزوق: وهذا الكلام أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل، إلا أن قوله في المستحق إذا كان موصوفا يرجع فيه بالقيمة ليس كذلك إنما يرجع فيه بالمثل. انتهى. وقبله ابن غازي، وليس بظاهر كما سيأتي من كلام ابن رشد الذي نقل ابن غازي بعضه، ولا شك أن هذه النسخة أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل فلنشرحها ونبين موافقتها للنقل، فقوله وإن وجد العوض معيبا فمثله؛ يعني أنه إذا قبض السيد من المكاتب العوض؛ يعني الكتابة يريد أو بعضها فوجد ما قبضه أو بعضه معيبا فله رده والرجوع بمثله.

قال في التوضيح: وأصله لابن عبد السلام؛ لأن الكتابة إنما تكون/ بغير معين والأعراض غير المعينة إذا اطلع فيها على عيب قضى بمثلها. انتهى. يريد ولا يرد العتق ولو كان عديما. قال في أول كتاب المكاتب من المدونة: وإن كاتبه على عبد موصوف فعتق بأدائه ثم ألفاه السيد معيبا فله رده ويتبعه بمثله إن قدر وإلا كان عليه دينا ولا يرد العتق قال أبو الحسن: معنى المسألة أنه كاتبه على عبد مضمون ولو كان معينا لرجع بقيمته كالنكاح على عبد بعينه والخلع على عبد بعينه. انتهى. وقوله أو استحق موصوف بقيمته كمعين يعني به إذا استحق ما قبضه السيد من كتابة عبده أو قطاعته إذ لا فرق بينهما كما قاله في التوضيح، وصرح به اللخمي كما سيأتي وكان موصوفا فإنه يرجع عليه بقيمة ذلك الشيء الموصوف كما يرجع عليه إذا استحق وكان معينا [بقيمته،²⁰⁰⁸] أما المعين فلا إشكال أنه يرجع عليه بقيمته.

وأما الموصوف فتبع في ذلك ما قاله ابن رشد في أول سماع أشهب، ونصه: ولا اختلاف إذا قاطع سيده على عبد موصوف واستحق من يده أنه يرجع عليه بقيمته ولا يرده في الكتابة. انتهى. وقوله: "وإن بشبهة: شرط في مضي [العتق²⁰⁰⁹] والرجوع بالقيمة في استحقاق الموصوف [والمعين،²⁰¹⁰] يعني به [أن²⁰¹¹] ما ذكره من أن المكاتب إذا دفع لسيدته شيئا ثم استحق أنه يرجع عليه بقيمته إنما هو إذا كان له فيه شبهة، ومفهوم الشرط أنه إذا لم يكن له في العوض المستحق شبهة فإن عتقه لا يمضي ويعود العبد مكاتبا. قال في البيان إثر كلامه السابق: وأما إذا قاطع سيده على شيء بعينه ولا شبهة له في ملكه غر به مولاه كالحلي يستودعه والثياب يستودعها وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، ويرجع في الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدي قيمة ما قاطع به. انتهى.

2006 - في المطبوع ويحيى ص 151 ويم ص 126 موصوفا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 وم ص 111 ومايأبى 243.

2007 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ومايأبى 243 (ويحيى ص 151 وإن بشبهة) وم ص 111.

2008 - في المطبوع بقيمتها وما بين المعقوفين من يم 147 وم 111 ومايأبى 244 ويحيى 494 وسيد 46.

2009 - في المطبوع العقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى ص 151 وم ص 111 ويم ص 126 ومايأبى 244.

2010 - في المطبوع المعين وما بين المعقوفين من يم 174 وم 111 ومايأبى 244 وسيد 46.

2011 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم 147 وم 111 ومايأبى 244 وسيد 46 ويحيى 494.

متن الحطاب وقوله: "وإن لم يكن له مال اتبع به ديناً" فيعني به أنه إذا لم يكن للمكاتب الذي [دفع المعيب²⁰¹²] والمستحق الذي له فيه شبهة مال فإنه يتبع بالمثل والقيمة ديناً في ذمته ولا تعود مكاتبته. قال في المدونة: قال ابن القاسم وغيره إن [غر²⁰¹³] سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه وإن تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك ديناً. انتهى. قوله: "رد عتقه" قال ابن يونس: يريد ويرجع مكاتباً. انتهى. وقال في البيان في السماع المذكور: يتحصل في المكاتب يقاطع سيده من كتابته على شيء يعينه له فيه شبهة ثلاثة أقوال: أحدها أنه يرجع في الكتابة حتى يؤدي إلى سيده قيمة ذلك مليئاً كان أو معدماً، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في الذي يؤدي كتابته من أموال غرمائه، والثاني أنه لا يرجع في الكتابة إلا أن يكون معدماً، وهو قول ابن نافع في المدونة، والثالث أنه لا يرجع في الكتابة مليئاً كان أو معدماً ويتبع بذلك إن كان معدماً في ذمته وهو حر بالقطاعة، وهو قول أشهب في المدونة. انتهى.

قلت: وهو الذي يفهم من كلام ابن القاسم الذي نقلناه عن المدونة، وأما مسألة الغرماء فسيأتي أنها بمنزلة ما لا شبهة له فيه، وقال في المدونة: قال أشهب وابن نافع عن مالك في مكاتب قاطع سيده فيما بقي له عليه على عبد دفعه إليه فاعترف مسروقاً فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد. قال ابن نافع: هذا إذا كان له مال فإن لم يكن له مال عاد مكاتباً، وقال أشهب لا يرد عتقه إذا تمت حربته ويتبع بذلك قالاً عن مالك: وإن قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت رد عتقه. انتهى.

تغيبه: قال في المدونة: وإن أدى كتابته وعليه دين فأراد غرماًؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه، فإن علم أن ما دفع من أموالهم فلهم أخذه ويرجع رقا، وإن لم يعلم ذلك مضى عتقه. قال ابن يونس: قوله: "ويرجع رقا" يريد مكاتباً، وهذا من قوله يدل على أنه [إن²⁰¹⁴] دفع إلى سيده شيئاً تقدمت له فيه شبهة ملك أنه يرد عتقه ويرجع مكاتباً خلاف ماله بعد هذا. انتهى. يشير إلى كلام المدونة السابق.

قال الشيخ أبو الحسن الصغير: فجعل ابن يونس ما تقدم لهذا العبد من ملكه لهذا الذي دفع إلى السيد شبهة وإن كان أموال غرمائه، وجعله اللخمي ليس بشبهة لتسلط الغرماء على ذلك، فحمله ابن يونس على الخلاف، وحمله اللخمي على الوفاق. انتهى. ونص ما في تبصرة اللخمي: قال الشيخ: إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب أو عن المقاطعة، فإن كان المكاتب موسراً غرم مثل ما أخذ من السيد ومضى عتقه، وسواء كان له فيه شبهة أم لا، وإن كان معسراً افترق الجواب، فإن لم يكن له في ذلك شبهة وإنما قضى من أموال الغرماء أو من وديعة ولا شيء له [رد²⁰¹⁵] في الكتابة إن كان يرجي له مال، وإن كان لا يرجي رد في الرق وسقطت الكتابة، وإن كان له في ذلك

351

الحديث

2012 - في المطبوع دفع إلا المعيب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى ص 151 وم ص 111 ويم ص 148

وما يابى 244.

2013 - في المطبوع غره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى ص 151 وم ص 111 ويم ص 127

وما يابى 244.

2014 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم 147 وسيد 46 ويحيى 495 وما يابى 244 وم 111.

2015 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 ويحيى ص 152 وم ص 111 ويم ص 127

وما يابى 245.

متن الخطاب
شبهة اتبع بذلك في ذمته ولم يرد، وقاله ابن القاسم، ويحمل ذلك على أن السيد أعتقه عندما دفع ذلك إليه فلا يرد عتقه، وإن لم يعتقه وإنما أخذ منه المال وتشاهداً أنه لا ملك له عليه لدفع المال، وأنه قد استحق الحرية بالخروج عن ملك سيده بذلك كان له أن يردّه إلى الكتابة أو في الرق إذا كان لا يرجي له مال إلا أن يكون الاستحقاق بعد أن طال أمره وجازت شهادته وورث الأحرار فيستحسن أن لا يرد. انتهى.

وقال الرجراجي: إذا قاطعه سيده على مال ثم استحق فتحصيله إن كان المكاتب موسراً غرم للسيد مثل ما أخذ منه أو قيمته إن كان مما يرجع إلى القيمة ومضى عتقه، وسواء تقدمت [له 2016] فيه شبهة ملك أم لا، ولا خلاف في ذلك، وإن كان معسراً ففي ذلك أربعة أقوال: أحدها أن عتقه مردود جملة، وهو قول مالك في أول الباب إذا علم أن ذلك من أموالهم، والثاني أن عتقه ماض ولا يرد ويتبعه، وهو قول مالك وأشهب في الكتاب، والثالث التفصيل بين ما تقدمت [له 2017] فيه شبهة ملك فيمضي عتقه ويتبع بقيمة ذلك وما لم يتقدم له فيه شبهة فيرد السيد عتقه فيه، وهو قول الرواة في المدونة، وهو ظاهر قول أشهب في المكاتب يقاطع على ودیعة، والقول الرابع بالتفصيل بين أن يطول الزمان أو يقصر، فيمضي عتقه مع الطول، ويرد مع القرب، وعلى القول برد عتقه هل يرد إلى الرق أو إلى الحرية؟ المذهب على ثلاثة أقوال كلها مستقرّة من المدونة: أحدها أنه يرد إلى الرق لا إلى الكتابة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتابة، والثاني أنه يرد إلى كتابته وهو قول الرواة، والثالث التفصيل بين أن يرجي له مال فيرد إلى الكتابة أو لا يرجي له مال فيرد إلى الرق، وهو اختيار اللخمي. انتهى.

تنبيهه: قال ابن يونس: اختلف في معنى قوله في المدونة فإن علم أن ما دفعه من أموالهم هل يريد أموالهم بعينها أو دفع وقد استغرق الدين ما كان بيده؟ والذي أرى أنه إن دفع وهو مستغرق الذمة فلهم رده، وإن لم تكن أعيان أموالهم لأنها أموالهم أو ما تولد عنها وكما لهم منع الحر من العتق والصدقة إذا كان مستغرق الذمة فكذلك لهم منع هذا من أن يعتق نفسه بهذا، وقد قال مالك بعد هذا: إذا كان المكاتب مدياناً فليس له أن يقاطع سيده ويبقى لا شيء له؛ لأن غرماءه أحق بماله من سيده فإن فعل لم يجز، وكذلك أداؤه جميع كتابته، ولا فرق بين أعيان أموالهم وأثمان ذلك وما اعتاض المكاتب منها أن ذلك كأعيان أموالهم والغرماء أحق به. انتهى. وقوله: وإن لم يعلم أن ما دفعه إلى السيد من أموالهم هو ما دفع مما أفاده من عمل يده أو أرش خراجه أو دفعه مما بيده وليس بمستغرق الذمة وفيما بقي بيده وفاء لدينه، وإن أشكل ذلك قال بعض علمائنا لا سبيل إلى نقض العتق، فإن اعترف السيد بذلك فالقياس أن ينفذ العتق ويرد على الغرماء ما قبض لإقراره أنهم أولى به منه. انتهى. فتحصل من هذا أنه إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب عن كتابته أو عن قاطعته

2016 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ز ص 351 يحيى 495 مك 112 يم 148.

2017 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 ويحيى ص 152 وم ص 111 ويم ص 27.

وما يابى 245.

نص خليل وَقَلِيلِ كَخِدْمَةٍ إِنْ وَفَى لَعْوُ وَإِنْ عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ أَوْ عَنْ أَرْضٍ جِنَائِيَّةٍ وَإِنْ عَلَى سَيِّدِهِ.

متن الخطاب 352 فإنه إن كان موسرا أخذ منه مثل الذي استحق إن كان من ذوات [الأمثال²⁰¹⁸] وقيمته إن كان من ذوات القيم، سواء كان موصوفاً أو معيناً كما صرح به ابن رشد، وهو الذي يؤخذ من كلام الرجراجي وغيره خلافاً لما قال ابن مرزوق الموصوف²⁰¹⁹ يرجع فيه للمثل. والله أعلم. ولا يرد/ العتق، سواء كان له فيما دفعه شبهة أو لم يكن كما صرح به اللخمي والرجراجي خلاف ما قال ابن رشد في السماع المتقدم عن ابن القاسم فيما إذا كتبه بما له فيه شبهة ثم استحق أنه يرجع إلى الكتابة مليئاً كان أو معدماً وهو غير ظاهر، بل ظاهر المدونة أنه إذا كانت له فيه شبهة أنه لا يرد إلى الكتابة، وأما إذا لم يكن له فيه شبهة فظاهر كلام ابن رشد أو صريحه أنه يرجع إلى الكتابة بلا خلاف ولو كان موسراً، وهو ظاهر المدونة خلاف ما يفهم من كلام الرجراجي واللخمي، وأما إن كان معسراً فلا يخلو إما أن يكون له شبهة فيه أم لا، فإن لم تكن [له فيه²⁰²⁰] شبهة فالذي عليه أكثر الرواة أنه يرجع إلى الكتابة.

وقد قال ابن رشد في السماع المذكور: لا خلاف في ذلك، لكن نقل الرجراجي في ذلك خلافاً وهو بعيد، ولا يرجع إلى الرق إلا على القول الذي ذكره الرجراجي آخراً وهو بعيد أيضاً، وأما تفصيل اللخمي بين من يرجى له مال أو لا فلا ينبغي أن يعد خلافاً؛ لأن من لا يرجى له مال إذا رددناه للكتابة وعجز عنها رجع رقيقاً. والله أعلم. وأما إن كانت له فيه شبهة فاختلف في ذلك فالذي عليه أكثر الرواة أنه يتبع بذلك في ذمته ولا يعود إلى الكتابة، وقال ابن نافع يعود إلى الكتابة، وذكر الرجراجي قولاً بأنه يعود رقيقاً وهو بعيد، وما دفعه من أموال الغرماء فجعله في المدونة مما لا شبهة له فيه وهو ظاهر. والله أعلم.

تذبيبه: إن قيل لم قلتم إذا استحق ما قاطع به المكاتب يرجع بقيمته ولم تقولوا يرجع ببقية الكتابة التي قاطع عليها كمن أخذ من دينه عرضاً ثم استحق أنه يرجع بدينه؟ قيل الكتابة ليست بدين ثابت؛ لأنها تارة تصح، وتارة لا تصح فأشبهت ما لا عوض له معلوم من نكاح أو خلع بعوض يستحق فإنه يرجع بقيمته.

ص: وقليل كخدمة لغوش: تصوره واضح.

فرع: لو شرط على مكاتبه أنه إذا شرب خمراً عاد رقيقاً ففعل فليس له رده. قاله في النكت، ونقل هذا الفرع في التوضيح، وسقط من بعض نسخه لفظة: "ليس" ففسد الكلام، وكأنه وقع في نسخة الشارح كذلك قال في الكبير: إنه إذا فعل العبد ذلك رجع رقيقاً، وكذا في الشامل، وتبعه البساطي، وقد نقلت لفظ النكت في حاشية الشامل فتأمل. والله أعلم.

الحديث

2018 - في المطبوع الأموال وم ص112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص351 ويحيى ص152 ويم ص148 ومايأبى 246.

2019 * - في يم 148 وم 112 وسيد 46 ويحيى 495 ومايأبى 246 ابن مرزوق ان الموصوف.

2020 - ساقطة من المطبوع ومايأبى 246 (تكن له شبهة) وما بين المعقوفين من ن عدود ص352 ويحيى ص152 وم ص112 ويم ص127.

رُقُّ كَالْقِنِّ وَأَدَبَ إِنْ وَطِئَ بِلَا مَهْرٍ وَعَلَيْهِ نَقْصُ الْمَكْرَهَةِ وَإِنْ حَمَلَتْ خُيِّرَتْ فِي الْبَقَاءِ وَأُمُومَةَ الْوَالِدِ إِلَّا لِضَعْفَاءٍ مَعَهَا أَوْ أَقْوِيَاءَ لَمْ يَرْضُوا وَحُطَّ حِصَّتُهَا إِنْ اخْتَارَتِ الْأُمُومَةَ وَإِنْ قُتِلَ فَالْقِيَمَةُ لِلسَّيِّدِ وَهَلْ قِنَّا أَوْ مُكَاتِبًا تَأْوِيلَانِ وَإِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ وَعَتَقَ إِنْ عَجَزَ وَالْقَوْلُ لِلسَّيِّدِ فِي الْكِتَابَةِ وَالْأَدَاءِ لَا الْقَدْرَ وَالْجِنْسَ وَالْأَجَلَ وَإِنْ أَعَانَهُ جَمَاعَةٌ فَإِنْ لَمْ يَقْصِدُوا الصَّدَقَةَ رَجَعُوا بِالْفَضْلَةِ وَعَلَى السَّيِّدِ بِمَا قَبِضَهُ إِنْ عَجَزَ وَإِلَّا فَلَا وَإِنْ أَوْصَى بِمُكَاتِبَتِهِ فَكِتَابَةُ الْمِثْلِ إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَاثُ وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِنَجْمٍ فَإِنْ حَمَلَ الثَّلَاثُ قِيَمَتَهُ جَازَتْ وَإِلَّا فَعَلَى الْوَارِثِ الْإِجَازَةُ أَوْ عَتَقُ مَحْمُولِ الثَّلَاثِ وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمُكَاتِبَتِهِ أَوْ بِمَا عَلَيْهِ أَوْ يَعْتِقِهِ جَازَتْ إِنْ حَمَلَ الثَّلَاثُ قِيَمَةَ كِتَابَتِهِ أَوْ قِيَمَةَ الرَّقَبَةِ عَلَى أَنَّهُ مُكَاتِبٌ وَأَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفًا أَوْ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ لَزِمَ الْعِتْقُ وَالْمَالُ.

353 ص: رق كالقن ش: أي فيخير سيده حينئذ في فدائه بأرش الجناية أو إسلامه. / ص: [رجعوا²⁰²¹ بالفضلة] ش: قال الجزولي: فإن دفع إليه اثنان مالا ليؤديه في الكتابة فدفعت له مال أحدهما وخرج حرا فإنه يرد مال الآخر إليه، وإن لم يعلم مال من بقي فإنهما يتحصان فيه على قدر ما دفعا إليه.

فرع: قال الجزولي: وكذلك كل من دفع إليه مال لأمر ما إما لكونه عالما أو صالحا أو فقيرا ولم تكن فيه تلك الخصلة فإنه يرده ولا يأكله، فإن فعل فقد أكل حراما. انتهى. وانظر حاشية [المشذالي²⁰²²] على المدونة في هذا المحل، وتقدم الكلام على شيء من ذلك.

ص: وأنت حر على أن عليك ألفا أو عليك لزم العتق والمال ش: ذكر أهل المذهب هنا خمس صيغ وفي بعضها خلاف مخرج، وما ذكره المصنف في هاتين المسألتين هو قول مالك. قال في التنبيهات: الأولى قوله أنت حر عليك ألف والعبد غير راض فيها ثلاثة أقوال: الأول قول مالك وأشهد إلزام السيد العتق المعجل والعبد المال بكل حال معجلا إن كان موسرا أو دينيا إن كان معسرا. انتهى. وهو الذي اقتصر عليه المؤلف، ثم ذكر القولين، ثم قال: الثانية قوله أنت حر على أن عليك ألفا فيها أربعة أقوال قول مالك بإلزامه العتق والمال كما في الأولى. انتهى. ثم ذكر بقية الأقوال. والله أعلم.

تنبيهه: قال ابن الحاجب: وأنت حر على ألف عتق في [الحال والمال²⁰²³] في ذمته. قال ابن عبد السلام: قوله أنت حر على ألف من غير أن يقول تؤدي أو تدفع أو غير ذلك لا يفيد شيئا. انتهى. وقال في التوضيح: قوله عتق يريد إذا قبل العبد، وهذا الكلام راجع إلى قوله أنت حر على أن عليك كذا، وعلى هذه الصورة حمل ابن راشد كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- وقد ذكروا هاهنا صيغا إلى آخره. ثم قال: واختلف في الأولى وهي أنت حر على أن عليك ألفا على أربعة أقوال الأول لمالك

2021 - في المطبوع رجفوا بالعضلة وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 ويحيى ص152 وم ص112 ويم ص128

ومايايى246.

2022 - في المطبوع المشذالي وما بين المعقوفين من ن ذي ص353 علق عليه الشيخ محمد سالم ب توجد بالإعجام

والإهمال.

2023 - في المطبوع في المال والحال وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 ويحيى ص153 ويم ص128

ومايايى247.

نص خليل وَخَيْرَ الْعَبْدُ فِي الْإِلْتِزَامِ وَالرَّدِّ فِي أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَدْفَعَ أَوْ تُؤَدِّيَ أَوْ إِنْ أُعْطِيَتْ أَوْ نَحْوَهُ.

متن الخطاب 354 بإلزامه العتق وإلزام العبد المال، وسواء قال أنت حر الساعة مثلا أو لم يقل، وهو الذي اقتصر عليه/ المصنف. انتهى. فانظر أول كلامه وآخره كيف قال أولا يريد إذا قبل العبد، وقال آخرا: مراد المصنف قول مالك بإلزام السيد العتق والعبد المال ففي كلامه تدافع، وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام ابن عبد السلام المتقدم: قلت: ظاهر كلام ابن عبد السلام أن هذا اللفظ الذي ذكره ابن الحاجب لغو، وقال عياض: المسألة الأولى أنت حر وعليك كذا أو على أن عليك كذا هما سواء يعتق العبد وإن لم يرض.

قلت: فهذه المسألة والتي ذكرها ابن عبد السلام سواء. فتأمل. انتهى. وهو الذي حمله [ابن راشد²⁰²⁴] عليه فتحصل من كلام ابن الحاجب، وفهم ابن راشد وابن عرفة أنه لا فرق بين أن يقول أنت حر على ألف أو على أن عليك ألفا. والله أعلم.

تنبيه: ومثل قوله أنت حر وعليك ألف قوله أنت حر الساعة على أن تدفع إلي ألفا. قال أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني: قال ابن يونس: المحصول من قول مالك أنه إن قال أنت حر الساعة [بتلا²⁰²⁵] وعليك مائة دينار أو على أن عليك مائة دينار أو على أن تدفع إلي مائة دينار أنه حر ويتبع بالمائة أحب أم كره، وإن قال أنت حر ولم يقل الساعة [بتلا²⁰²⁶] ففي قوله أنت حر وعليك أو على أن عليك يعتق أيضا ويتبع مثل الأول، وإن قال على أن تدفع لا يعتق حتى يدفع لأنه لم يبتل عتقه إلا بعد دفع المال. انتهى. ومثله على أن تؤدي؛ إذ لا فرق بينهما كما صرح به ابن رشد في المقدمات وعياض في التنبيهات وغيرهما، وكذلك لو لم يقل الساعة ولكنه أراد أنه بمنزلة ما لو تلفظ به. قاله في العتق الثاني من المدونة في الموضع الذي هذا شرحه، وسيأتي لفظه. والله أعلم.

ص: وخير العبد في الالتزام والرد في حر على أن تدفع أو تؤدي أو إن أعطيت ونحوه ش: هذه هي المسائل [الثلاث²⁰²⁷] الباقية، وقوله ونحوه معطوف على المجرور بفي ونحوه على أن تدفع إلي أو تؤدي إلي أو تعطيني أو تجيئني بكذا. قاله في التنبيهات ونحوه إن أعطيت أو أديت أو جئتني أو إذا أو متى، وقاله في العتق الثاني من المدونة، وإذا خير العبد في الرد والقبول فإن رد فلا كلام، وإن قبل فلا يعتق إلا [بالأداء²⁰²⁸] صرح به في العتق الثاني منها.

تنبيهات: الأول: لا ينجم عليه في هذه الصورة. قاله في المدونة أيضا.

الثاني: قال فيها ليس للعبد أن يطول بسيدته ولا للسيد أن يعجل بيعه إلا بعد تلوم السلطان بقدر ما يرى، وسيأتي الخلاف فيه في كلام عياض.

الحديث

2024 - في المطبوع ويم ابن رشد وما بين المعقوفين من مايايى 247 ويحيى .
 2025 - في المطبوع مثلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 ويحيى ص153 (ويم ص149 تبلا) وم ص112.
 2026 - في المطبوع مثلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 2027 * - في المطبوع الثلاثة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في مايايى 247.
 2028 - في المطبوع بأداء وما بين المعقوفين من ن ذي ص354 ويحيى ص153 ويم ص128 وم ص113 ومايايى 247.

الثالث: قال فيها أيضا: وإن دفع الألف عن العبد أجنبي أجبر السيد على أخذها وعتق العبد ولو دفع العبد ذلك من مال كان بيد العبد فقال السيد ذلك المال لي فليس له ذلك لأن العبد ها هنا كالمكاتب يتبعه ماله ويمتنع السيد من كسبه أيضا. انتهى.

متن الخطاب

الرابع: قال في المدونة: لو قال أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار إلى سنة فقبل ذلك العبد فإن لم يقل حر الساعة أو يرد ذلك لم يعتق العبد إلا بالأداء عند مالك، ويتلوم له بعد محله فإن عجز رق، وقوله إن جئتني بكذا أو إلى أجل كذا فأنت حر من القطاعة ومن ناحية الكتابة، ويتلوم له كالمكاتب، وليس له بيعه. قال أبو الحسن: قال اللخمي: ويحال بين السيد ومال العبد وخراجه وله أن يسعى فيما لزم من المال ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى أنه يحضره فيه، وإن لم يأت به تلوم له، ولا يمكن العبد أن يطول على السيد، فإن لم يحضره كان رقيقا. انتهى.

الخامس: قال عياض في التنبيهات بعد ذكره الخلاف في المسألة الخامسة؛ وهي قوله إن أعطيتني: ولكن يختلف [هل هو تفويض²⁰²⁹] في إن وإذا ومتى وللعبد ذاك وإن طال الزمان، وهو قول مالك في المبسوط قال له ذلك ما دام في ملكه وإن طال زمانه ويلزم ذلك ورثته من بعده. قال ابن القاسم: ولا سبيل إلى بيعه في هذه الوجوه ولا هبته حتى يوقف عند الإمام ويتلوم له أو يعجزه، ومثله في المدونة على قياس قول مالك، وفي العتبية إن طال الزمان لم يلزم السيد ما جاء به ونحوه/ للمخزومي في المدونة والمبسوط ومذهب سحنون أنه متى قاما من المجلس فلا حرية للعبد وإن جاءه بالمال. انتهى. وقوله في هذه الوجوه؛ يعني به المسائل الثلاث وهي على أن تدفع أو على أن تؤدي أو إن أعطيت، وهذا كلام عياض الموعود به، واشتمل أوله على مسألة وآخره على مسألة أخرى.

355

السادس: إن قيل ما الفرق بين قوله أنت حر على أن عليك ألفا، وبين قوله على أن تدفع؟ قيل الفرق أنه إذا قال إن عليك ألفا فقد ألزمه ذلك ولم يجعله إليه، وللسيد أن يلزم عبده ويجبره على العتق على المال وعلى التزويج. قاله أبو الحسن. وليس في هذه مصادرة لأن الكلام مع من يسلم أن للسيد أن يجبر عبده ويلزمه، ولكنه يسأل لم جعل هذا اللفظ يدل على الإلزام وهذا لا يدل عليه، وإذا قال على [أن تدفع²⁰³⁰] فقد جعل الدفع إليه، فكأنه جعل للعبد في ذلك اختيارا ونظرا لصفه العمل إليه، وفي قوله على أن عليك كأنه ألزمه ولم يجعل له في ذلك رأيا ولا اختيارا، بل ظاهره الجبر على الدفع فتأمله. وهذا مأخوذ من المقدمات ومن الرجراجي، وتقدم في كلام أبي الحسن شيء من هذا في الكلام على القولة الأولى. والله أعلم.

السابع: إذا كانت المقول لها أمة فكل ما ولدت بعد ذلك فإنه يعتق إذا أدت الألف وخرجت حرة. قال مالك: كل شرط كان في أمة فما ولدت بعد الشرط من ولد أو كانت حاملا به يوم شرط لها ذلك فولدها في ذلك الشرط بمنزلتها. انتهى من عتقها الثاني.

2029 - في المطبوع هل تفويض وضرب عليها عدود وفي نسخة سيد 47 وهل هو تفويض وأقره الشيخ محمد سالم.

2030 * - في المطبوع ان يدفع وما بين المعقوفين من يم 149 وم 113 ويحيى 497 وسيد 47 وما يابى 248.

نص خليل باب إن أقر السيد بوطه ولا يمين إن أنكر كأن استبرأ بحيضة ونفاه وولدت لستة أشهر وإلا لحق به ولو أتت لأكثره إن ثبت إلقاء علقه ففوق ولو بإمرأتين كادعائها سقطاً رأيين أثره.

متن الخطاب الثامن: قال فيه: وإذا قال لعبده إن أدبت إلي اليوم مائة دينار فأنت حر فمضى اليوم ولم يؤد شيئاً فلا بد له من التلوم. انتهى. والله أعلم.

ص: باب إن أقر السيد بوطه ولا يمين إن أنكر كمان ادعى استبراء بحيضة ش: هذا الباب يسمى [كتاب²⁰³¹] أمهات الأولاد، والأم في اللغة أصل الشيء، والجمع أمات، وأصل الأم أمهة، ولذلك يجمع على أمهات، وقيل الأمهات للناس وأمات للنعم، وأم الولد في اللغة عبارة عن كل من ولد لها ولد، وهو خاص في استعمال الفقهاء بالأمة التي ولدت من سيدها، وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع، ولعل سبب ذلك تنوع الولد الذي تحصل به الحرية فقد يكون تام الخلقة وقد لا يكون كذلك من مضغة وغيرها. عياض: ولأم الولد حكم الحرائر في ستة أوجه؛ وهي أنه لا خلاف أنهن لا يبعن في دين ولا غيره، ولا يرهن، ولا يوهبن، ولا يؤاجرن، ولا يسلمن في جنانية، ولا يستسعين، وحكم العبيد في أربعة أوجه؛ انتزاع مالهن ما لم يمرض السيد، وإجبارهن على النكاح على القول به، واستخدامهن في الخفيف الذي لا يلزم الحرية، وكونهن [لسيدهن فيهن²⁰³²] الاستمتاع. انتهى من التوضيح.

تنبية: قال في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الجامع: قال ابن القاسم: بلغني أن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وسالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب وعلي بن الحسين بن علي بن أبي طالب كانوا بنو أمهات أولاد. قال ابن رشد: إنما ذكر هذا ليتبين أن هذا ليس مما يعاب به أحد وهو بين قال الله تعالى: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾. انتهى. وقوله ولا يمين إن أنكر كأن ادعى استبراء.

قال في تهذيب الطالب: وسألت الشيخ أبا بكر بن عبد الرحمن عن الأمة تأتي بولد فينكره السيد ويدعي الاستبراء فلا يلحق به هل تحد فوقف عن [الحد،²⁰³³] وذكر أن الشيخ أبا الحسن وقف في ذلك. قال الشيخ أبو بكر: وهي شبهة تدفع الحد والمرأة قد تهرق الدم على الحمل والحد يسقط عنها عندي، وكذلك قال غيره من شيوخنا القرويين أنها شبهة تدفع الحد قال: ألا ترى أن عبد الملك يحلفه على ما ادعى من الاستبراء؟ قال: وأما لو أنكر أن يكون وطنها أصلاً فهانئاً تحد؛ إذ لا أحد علمناه يقول إن عليه اليمين إذا كان يقول ما وطنها أصلاً. انتهى.

مسألة: قال في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب العتق في أمة أقرت بعد موت سيدها أنها أتت

356

الحدیث

2031 - في المطبوع باب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 355 ويحيى ص 154 ويم ص 128 وم ص 113 وما يابى 248.

2032 - في المطبوع لسيدتهن له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 355 ويحيى ص 154 وم ص 113 ويم ص 128 وما يابى 249.

2033 - في المطبوع الحدود وما بين المعقوفين من ن ذي ص 356 ويحيى ص 154 ويم ص 129 وم ص 113 وما يابى 249.

نص خليل

عَتَقْتُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَلَا يَرُدُّهُ دَيْنٌ سَبَقَ كَاشْتِرَاءِ زَوْجَتِهِ حَامِلًا لَا يُولَدِ سَبَقَ أَوْ وُلِدَ مِنْ وَطءِ شُبُهَةِ إِلَّا أُمَّةٌ مُكَاتَبَةٌ أَوْ وُلِدَ وَلَا يَدْفَعُهُ عَزْلٌ أَوْ وَطءِ بَدْبُرٍ أَوْ فَخْذَيْنِ إِنْ أَنْزَلَ وَجَارَتْهَا بِرِضَاهَا وَعَتَقْتُ عَلَى مَالٍ وَلَهُ قَلِيلٌ خِدْمَةٍ وَكَثِيرُهَا فِي وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَرَشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهِمَا وَإِنْ مَاتَ فَلِوَارِثِهِ وَالِاسْتِمْتَاعُ بِهَا وَإِنْتِزَاعُ مَالِهَا مَا لَمْ يَمْرُضْ وَكَرِهَ لَهُ تَرْوِيجُهَا وَإِنْ بِرِضَاهَا.

متن الخطاب بهذا الولد من فاحشة، وقامت بينة أن السيد كان أقر بوطئها فإن الولد يلحق به، وإقرارها بالزنى لا ينفيه عن والده ولا يوجب إقرارها ملكها، بل هي حرة من رأس المال. والله أعلم.
ص: عتقت من رأس ماله ش: قال الجزولي: انظر إذا تركها حاملا هل تعتق في الحال، أو تنتظر حتى تضع؛ إذ قد ينفس الحمل؟ قولان المشهور تعتق في الحال وعليه اختلف في نفقتها فقييل في التركة، وقييل على نفسها، وعلى القول الآخر نفقتها في التركة. انتهى. وانظر المسألة في أول سماع أشهب من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد، وفي رسم سعد من سماع ابن القاسم من طلاق السنة فإنه صرح فيه بأن المشهور أنها حرة بتبين الحمل وأنه لا نفقة لها ولا سكنى، وكذلك أم الولد إذا مات سيدها وهي حامل فلا نفقة لها ولا سكنى على المشهور فانظره.
ص: كاشتراء زوجته حاملا ش: هذا هو المشهور يريد إذا لم تكن ملكا لمن يعتق عليه ولدها كأبيه ونحوه فإن كانت لم تكن بذلك أم ولد بلا خلاف. قاله في التوضيح أما إن أعتق البائع ولدها ففي ذلك قولان، وانظر المسألة في ابن يونس، واقتصر في التوضيح على أنها تكون به أم ولد. قال: ومن تزوج أمة والده فمات فورثها وهي حامل؛ فإن كان حاملا ظاهرا أو لم يكن ظاهرا ووضعته لأقل من ستة أشهر لم تكن به أم ولد؛ لأنه عتق على [جده، 2034] وإن وضعته لسته أشهر فأكثر فهي به أم ولد. [انتهى./ 2035]

357

ص: ولا يدفعه عزل أو وطء بدبر أو فخذين إن أنزل ش: يعني أن الولد لا يندفع عنه بقوله كنت أعزل إذا أقر أنه كان ينزل ولا يندفع عنه بأنه كان يأتيها في دبرها إذا أقر بالإنزال، ولا يندفع بالوطء بين الفخذين [إذا أقر بالإنزال 2036] أيضا، فقوله: "إن أنزل" قيد في المسائل الثلاث. قال في سماع [موسى 2037] بن معاوية من ابن القاسم من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد: قال ابن القاسم من زعم أنه وطئ جاريتته وأنه يعزل فأتت بولد فإنها أم ولده إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن القاسم: ومن زعم أنه [كان 2038] يطأ جاريتته ولا ينزل فأتت بولد [فإنه لا 2039] يلحقه ولا

الحديث

- 2034 - في المطبوع حدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى ص 154 وم 113 ويم ص 129 وما يابى 249.
2035 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 وم 113 ويم 150 ويحيى 497.
2036 - في المطبوع وما يابى 249 أقر بالإنزال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم 113 ويم ص 129.
2037 - في المطبوع وما يابى 249 عيسى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم 113 ويم ص 129.
2038 - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم 113 ويم ص 129 وما يابى 249.
2039 - في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم 114 ويم ص 129 وما يابى 249.

تكون أم ولد [لأنه²⁰⁴⁰] إن زعم أنه كان يفضي وينزل ويعزل، فالعزل قد يخطيء ويصيب، ولذلك ألزمه الولد، وإذا قال كنت أماً ولا أنزل فإنه ليس هاهنا موضع خوف في أن يكون قد أفضى [فيها] فلذلك²⁰⁴¹ لم يلزمه الولد. ابن رشد: هذا بين لأن الولد إنما يكون من الماء الدافق قال الله عز وجل: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق﴾ فإذا لم ينزل أصلاً علم أنه لم يكن ما يكون عنه الولد فوجب أن لا يلزمه، وإذا وطئ وأنزل فعزل الماء عن الموطوءة وأنزل خارجاً منها احتمل أن يكون لم يعزله بجملته وسبقه شيء كان عنه الولد، فوجب أن يلزمه لأنها صارت فراشا له بوطئه إيها، فوجب أن يلحق به حتى يوقن أنه ليس منه وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث العزل: ﴿ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة¹﴾ إخبار أن الولد قد يكون مع العزل إذا شاء الله أن يكون.

متن الخطاب

وقال في آخر كتاب الاستبراء من المدونة: ومن قال كنت أماً أمتي ولا أنزل فيها فإن الولد يلحقه ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل [عنها²⁰⁴²] فذهب بعض الناس إلى أن ذلك خلاف رواية موسى هذه في قوله فيها إنه من قال كنت أماً ولا أنزل أن الولد لا يلحقه، ومنهم من قال كنت أعزل وليس شيء من ذلك كله بصحيح؛ لأن في قوله ولا أنزل فيها دليل على أنه كان ينزل خارجاً عنها، وهذا هو العزل بعينه فعنه سأله وعليه أجابه، فلا خلاف في رواية موسى لما في المدونة وهي مفسرة لها. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في أول كتاب أمهات الأولاد: ومن أقر بوطئه أمته ولم يدع الاستبراء لزمه ما أتت به من ولد لأقصى ما تلد النساء له إلا أن يدعي الاستبراء بحیضة.

قال: قوله ومن أقر بوطئه أمته يريد الوطء التام، وأما إن قال كنت لا أنزل كان القول قوله ويحلف وإن قال كنت أعزل لحق به. انتهى. وقال في التوضيح بعد أن نقل الكلام على العزل: قال ابن القاسم: ولو قال كنت أماً ولا أنزل لم ألزمه الولد. انتهى. وأما مسألة الوطء في الدبر فلا بد من اشتراط الإنزال فيها لأنه إذا اشترط في القبل فأحرى هو، وأما مسألة الوطء بين

1- ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب العتق، رقم الحديث 2542.

الحديث

2040 - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 114 ويم ص 129 ومايأبى 249.
2041 - في المطبوع فيها بالعزل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 114 ويم ص 129 ومايأبى 249.
2042 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 ومايأبى 250.

وَمُصِيبَتُهَا إِنْ بَاعَتْ مِنْ بَائِعِهَا وَرُدَّ عِنْتُهَا وَفُدِيَتْ إِنْ جَنَّتْ.

متن الخطاب الفخذين فنص [عليها²⁰⁴³] في آخر كتاب الاستبراء من المدونة، ونصه: إن قال البائع كنت أفخذ ولا أنزل وولدها ليس مني لم يلزمه. قال أبو الحسن: قال عياض: لأنه لو قدرنا هنا إنزالا بين الفخذين فهو يسير ولا يصل ليسارته للفرج، بخلاف لو [أنزل²⁰⁴⁴] هناك ماءه كله أو كثيرا منه فهذا يخشى أن يسري إلى الفرج. قال ابن المواز: كل وطء في موضع إن أنزل عنه وصل إلى الفرج لحق به الولد. قال الشيخ أبو الحسن: جعلها عياض على ثلاثة أوجه إن كان وطؤه وإنزاله في الأعكان وغير ذلك من جسدها مما يتحقق أنه لا يصل إلى الفرج منه فهذا لا يلحق به عندهم ولد. انتهى. الثاني أن يكون بين الفخذين وقد تقدم. الثالث أن يكون بين الشفرين فهذا لم يختلف فيه في لحوق الولد منه، وكذلك اختلف في إلحاقه من الوطء في الدبر. انتهى. ثم قال في مسألة العزل: وقد نزل هذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرجل كنت أعزل، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الوكء ينفلت} وألحق به الولد. قال عياض: الوكء بكسر الواو ممدود استعارة وتشبيهه بخروج الماء في الفرج قبل العزل، والوكء الخيط الذي يشد به فم القربة. انتهى.

ص: ومصيبتها إن [بيعت من بائعها²⁰⁴⁵] ورد عنتها ش: قال في التوضيح: وإذا صح رد العتق فأحرى/ الكتابة والتدبير، وكذلك لا يفيتها إيلاد المشتري، وإن كان عالما أنها أم ولد للبائع غرم قيمة الولد، واختلف إذا غره وكتمه أنها أم ولد فقال ابن الماجشون عليه قيمة الولد، وقال مطرف لا شيء عليه لأنه أباحه إياها. اللخمي: وهو أحسن. انتهى. وفي الشامل: فإن [أولدها²⁰⁴⁶] المبتاع لحقه الولد ولا قيمة فيه، بخلاف ما لو بيعت بغير رضا البائع، وهل يقوم عبدا أو على الترقب؟ قولان، ولو زوجها المبتاع لعبده ردت مع ولدها على الأصح. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: إذا فسخ البيع فظاهر المذهب لا شيء على البائع بما أنفقه المشتري ولا من قيمة خدمته، وقال سحنون يرجع عليه بالنفقة يريد ورجع هو بالخدمة. قاله اللخمي. وإذا نقض البيع تحفظ من البائع لثلا يعود ولا يمكن من السفر بها، وإن خيف عليها ولم [يمكن التحفظ²⁰⁴⁷] منه أعتقت عليه. انتهى.

فرع: وإن غاب المشتري ولم يعلم مكانه تصدق بالثمن. قاله في التوضيح.

فرع: قال في التوضيح: وهذا إذا باعها [لا بشرط²⁰⁴⁸] الحرية والعتق، فإن باعها على أنها حرة

- 2043 - في المطبوع عليهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 ومايأبى 250.
- 2044 * - وفي يم نزل عنه.
- 2045 - في المطبوع ومايأبى 250 ويحيى ص 155 وم ص 114 عتقت من بائعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويم ص 129.
- 2046 - في المطبوع ولدها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 ومايأبى 250.
- 2047 - في المطبوع يمكن من التحفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 ومايأبى 250.
- 2048 * - في المطبوع لا يشترط وما بين المعقوفين من سيد 47 ويحيى 498 ويم 150 وم 114 ومايأبى 251.

بأقل القيمة يوم الحكم والأرض وإن قال في مرضيه ولدت مني ولا ولد لها صدق إن ورثه ولد وإن أقر مريض بإيلاذ أو تعتق في صحته لم تعتق من ثلث ولا من رأس مال وإن وطئ شريكاً فحملت غرم نصيب الآخر فإن أعسر خير في اتباعه بالقيمة يوم الوطء أو بيعها لذلك وتبعه بما بقي وينصف قيمة الولد وإن وطئها بطهر فالقافة ولو كان ذميًا أو عبدًا.

نص خليل

فقال أصبغ لا ترد وولاؤها لسيدها ويسوغ له الثمن كما لو أخذ مالا على أن يعتقها ولو باعها على أن يعتقها المبتاع على أنها حرة ساعتئذ فهذه ترد ما لم تفت بالعتق فيمضي عتقها والولاء للبائع ويسوغ له الثمن؛ لأن المبتاع علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق فكأنه فكاكه ولو لم يعلم أنها أم ولد لرجع بالثمن. انتهى.

متن الخطاب

ص: بأقل القيمة يوم الحكم والأرض ش: أي قيمتها على أنها أمة. قاله [في التوضيح. وهو 2049 في] المدونة في كتاب الجنائيات، ونصه: قال مالك: أحسن ما سمعت في جنائية أم الولد أن يلزم السيد الأقل من أرش جنائيتها أو من قيمتها أمة يوم الحكم زادت قيمتها أو نقصت وذلك عوض من إسلامها لما لم يكن سبيل إلى رقتها، وكذلك ما استهلكت وأفسدت بيدها أو دابتها أو بحفر [حفرة²⁰⁵⁰] حيث لا ينبغي لها أو اغتصبت أو اختلست؛ لأن هذه كلها جنائيات وعلى السيد فيها الأقل كما ذكرنا. انتهى. وقاله في التوضيح.

ص: وإن [وطئها²⁰⁵¹] بطهر فالقافة ش: هذا إذا [وطئ²⁰⁵²] الأمة بملك اليمين فإن كان بملك اليمين وبالنكاح فلا يخلو إما أن يكون النكاح سابقا أو ملك اليمين سابقا، فإن كان ملك اليمين سابقا كما إذا وطئ أمته ثم زوجها قبل أن يدعي الاستبراء، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطئ الزوج فإن الولد لا يلحق به ويلحق بالسيد إلا أن يدعي الاستبراء أي وينفي الولد، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر فاختلف في ذلك فقبل تدعى له القافة. قال اللخمي: وهو قول مالك، وروي عن ابن القاسم، وقال مالك هو للزوج، وقال محمد بن مسلمة هو لأول؛ لأن وطأه صحيح، والثاني فاسد، وقال الرجرجي إن الأول هو المشهور، وأما إن تقدم الوطء بالنكاح على الوطء بالملك فالولد للزوج ولا ينفيه إلا بلعان. قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال اللخمي: وكذلك لو تقدم الوطء بالملك وكان النكاح بعد الاستبراء فالولد للزوج. انظره.

فرع: قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال مالك في رجل زوج أمته عبده أو أجنبيًا ثم وطئها السيد فأتت بولد فالولد للزوج إلا أن يكون الزوج معزولا عنها مدة في مثلها براءة للرحم فإنه يلحق

الحديث

2049 - ساقطة من المطبوع ويم 150 ويحيى 498 وم 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 وما يابى 251.

2050 - في المطبوع حفره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129

وما يابى 251.

2051 - في المطبوع وما يابى 251 ووطئها ويحيى ص 155 وم ص 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويم

ص 129.

2052 * - في المطبوع وطئ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في سيد 47.

نص خليل
فَإِنْ أَشْرَكَتَهُمَا فَمُسْلِمٌ وَوَالِي إِذَا بَلَغَ أَحَدَهُمَا كَأَنْ لَمْ تُوجَدْ وَوَرِثَاهُ إِنْ مَاتَ أَوْلَاً وَحَرَمْتُ عَلَيَّ مُرْتَدًّا أُمَّ
وَلَدِهِ حَتَّى يُسْلِمَ وَوَقَفْتُ كَمُدْبِرِهِ إِنْ فَرَّ لِدَارِ الْحَرْبِ وَلَا تَجُوزُ كِتَابَتُهَا وَعَتَقْتُ إِنْ أَدَّتْ.

متن الخطاب 359
بالسيد لأنها أمته ولا يحد، وكذلك الجواب إن أتت بولد لسته أشهر من يوم زوجها فأكثر فادعاه
السيد، / أو أتت به لأقل من ستة أشهر وقد دخل بها زوجها فسد نكاحه ولحق الولد بالسيد إن أقر
بالوطء إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن يونس: قوله معزولا عنها في مدة في مثلها براءة للرحم. قال
أصبيغ: وذلك حيضة أو قدرها. قال ابن المواز: ولقد نزلت فأفتى فيها وأنا حاضر إن كان زوجها
معزولا عنها قدر الشهر ونحوه فإنه يلحق بالسيد ولا يحد، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، وترد المرأة إلى
زوجها إذا وضعت، فإذا مات سيدها عتقت. انتهى.

ص: فَإِنْ أَشْرَكَتَهُمَا فَمُسْلِمٌ وَوَالِي إِذَا بَلَغَ أَحَدَهُمَا كَأَنْ لَمْ تَوْجَدْ وَوَرِثَاهُ إِنْ مَاتَ أَوْلَاً ش: قوله
فمسلم أي يحكم للولد بحكم الإسلام حتى يبلغ فيوالي أيهما شاء فأى من والاه لحق به ولكنه لا
يكون إلا مسلما. انظر اللخمي والمدونة وأبا الحسن الصغير، وتقدم في باب الاستلحاق عن البرزلي في
مسائل النكاح أنه إذا فرض عدم القافة فإنه إذا كبر الولد والى أيهما شاء فمن والاه لحق به ولا يكون
إلا مسلما بمنزلة ما إذا أشكل الأمر، فإن مات قبل ذلك ورثاه وإن ماتا ورثهما معا. اهـ. وهو معنى
قول المصنف: "كأن لم توجد وورثاه إن مات أولا. والله أعلم. وقال ابن عرفة: الصقلي إن لم توجد
القافة بعد الاجتهاد في طلبها ترك الولد إلى بلوغه يوالي من شاء كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو
ليس هو لأحد منهما، وقال بعض علمائنا وهو أولى من قول من قال يبقى موقوفا حتى توجد القافة.
سحنون: إن قالت القافة ليس لواحد منهما دعي له آخرون ثم آخرون كذا أبدا؛ لأن القافة إنما
دعيت لتلحق لا لتنفى. انتهى.

ص: وَلَا تَجُوزُ كِتَابَتُهَا وَعَتَقْتُ إِنْ أَدَّتْ ش: يعني أنه لا يجوز لسيد أم الولد أن يكتبها قال في
كتاب أمهات الأولاد من المدونة: وليس للرجل أن يكتب أم ولده، وإنما يجوز له أن يعتقها على
مال يتعجله منها، فإن كاتبها فسخت الكتابة إلا أن تفوت بالأداء [فتعتق²⁰⁵³] ولا ترجع فيما أدت
[إذ²⁰⁵⁴] كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض. انتهى. فظاهر المدونة أنه لا تجوز كتابتها مطلقا
برضاها أو بغير رضاها. قال أبو الحسن الصغير: وعليه حملها عبد الحق فقال إن قيل لم لا تجوز
كتابة أم الولد برضاها وهي طائعة بما ل إن أدت في حياة سيدها عتقت، وإن لم تؤد كانت على حالها
أم ولد تعتق بالموت؟ قال: لأنها معاوضة بينها وبين سيدها فيها غرر. انتهى. وحملها اللخمي على
أن المنع إذا لم يكن برضاها، وأما برضاها فيجوز، وعلى ذلك مشى صاحب اللباب، وجعله كأنه
المذهب، وانظر كلام اللخمي في تبصرته، وقال في التوضيح: ومنع في المدونة كتابتها، لكن ذلك
محمول عند الأشياخ على ما إذا لم ترض، أما لو رضيت فيجوز كالإجارة. انتهى.

نص خليل فصل الْوَلَاءِ لِمُعْتَقٍ وَإِنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ عَتَقَ غَيْرَ عَنْهُ بِلَا إِذْنٍ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهُ بِعِتْقِهِ حَتَّى عَتَقَ إِلَّا كَافِرًا أَعْتَقَ مُسْلِمًا وَرَقِيْقًا إِنْ كَانَ يُنْتَزَعُ مَالُهُ.

متن الخطاب ص: باب الولاة لمعتق ش: الولاة بفتح الواو ومدود من الولاية بالفتح بمعنى القرب، وأصله من الولي، وأما من الولاية والتقديم فبكسر الواو، وقيل بالوجهين فيهما.

ص: إن لم يعلم السيد بعنقه حتى عتق ش: يعني أن العبد إذا أعتق في حال رقه ولم يعلم بذلك سيده حتى عتق العبد فإن الولاة للعبد؛ يريد إذا لم يستثن السيد ماله حين العتق؛ لأن عتق العبد حين رقه موقوف والعبد [المعتق²⁰⁵⁵] من جملة ماله، فإذا لم يستثن السيد ماله تبعه ولزم العتق

الذي فعله في حال رقه، فإن استثنى السيد ماله/ فالعبد من جملة المال وهو رق للسيد، وكذلك لو علم السيد بعنقه قبل أن يعتقه فرده بطل عتقه وصار العبد رقيقاً، فإن استثنى السيد ماله فهو له، وإن لم يستثن ماله كان رقيقاً للعبد ولا يلزمه عتقه في حال الرق إذا أبطله السيد، وإن علم السيد بالعتق وأجازه مضى وكان الولاة للسيد، فإن علم فلم يرد ولم يمض حتى عتق العبد فقال ابن المواز مضى ذلك وكان الولاة للعبد. ابن المواز: لأن العبد عند مالك أفعاله على الجواز حتى يردها السيد فلا يبطلها إلا رده إفصاحاً، وليس سكوته في ذلك إذنا ولا رداً فحين أعتقه تبعه ماله فجاز عتقه وكان الولاة له. انتهى. وقال في الشامل: ولو علم به فلم يرد حتى أعتقه فالولاة له، وقيل للسيد. انتهى. ونقل القولين في التوضيح، وعزا الأول لابن المواز، والثاني لابن الماجشون. انتهى.

فرع: قال في أول كتاب الولاة من المدونة: فإن أعتقت عبدك عن عبد رجل فالولاة للرجل ولا يجره عبده إن أعتق، كعبد أعتق عبده بإذن سيده ثم أعتقه سيده بعد ذلك أنه لا يجزى الولاة، وقال أشهب يرجع إليه الولاة لأنه يوم عقد عتقه لا إذن للسيد فيه ولا [رد²⁰⁵⁶]. ابن يونس: وهو أحسن. انتهى.

ص: إلا كافرًا أعتق مسلماً ش: أي فإنه لا ولاء عليه ولو أسلم السيد بعد ذلك، واحتترز بقوله: "أعتق مسلماً" مما لو أعتق كافراً فإن الولاة له عليه، فإن أسلم العبد المعتق لم يرثه سيده وكان الولاة لعصبة سيده من المسلمين إن كان له عصابة، وإلا فلبيت المال، فإن أسلم سيده بعد ذلك عاد الولاة له، [وقاله²⁰⁵⁷] في المدونة وغيرها، وهو معنى قول المصنف: "وإن أسلم العبد عاد الولاة بإسلام السيد" أي وإن أسلم العبد الكافر الذي أعتقه الكافر في حال كفره فإن سيده لا يرثه؛ لأن الكافر لا يرث المسلم، فإن أسلم السيد عاد إليه الولاة.

ص: ورقيقاً إن كان ينتزع ماله ش: يعني أن الرقيق إذا أعتق لا يكون عتقه سبباً للولاة إذا كان الرقيق ممن ينتزع ماله كالتن والمدبر وأم الولد إذا لم يمرض السيد والمعتق إلى أجل إذا لم يقرب الأجل ويريد إذا كان العتق بإذن السيد أو علم به وأجازه، وأما إذا لم يعلم بذلك حتى عتق العبد المعتق أو علم ولم يرد ولم يمض حتى عتق العبد المعتق فإن الولاة له كما تقدم، واحتترز بذلك من المكاتب والمعتق بعضه وأم الولد والمدبر إذا [أعتقوا²⁰⁵⁸] في مرض السيد والمعتق إلى أجل إذا أعتق قرب الأجل فإن

2055 * - في المطبوع المعتوق وما بين المعقوفين من يحيى 499 وسيد 48.

2056 - في المطبوع يرد وما بين المعقوفين من يم 151 ومايأبى 252 والتهديب، ج 2 ص 616.

2057 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من سيد 48.

2058 * - في مايأبى 253 وسيد 42 أعتقا.

وَعَنِ الْمُسْلِمِينَ الْوَلَاءُ لَهُمْ كَسَائِبَةٍ وَكَرِهَ وَإِنْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ عَادَ الْوَلَاءُ بِإِسْلَامِ السَّيِّدِ وَجَرٌّ وَلَدَ الْمُعْتَقِ كَأَوْلَادِ الْمُعْتَقَةِ.

نص خليل

هؤلاء إذا أعتقوا بإذن السيد [أو²⁰⁵⁹] علم السيد بذلك وأجازه ثم أعتقوا فإن الولاء لهم، فإن لم يعلم بذلك حتى أعتقوا أو علم ولم يرد ولم يمض فالولاء لهم من باب أولى. ابن يونس: قال ابن المواز: أصل مالك وابن القاسم أن كل من للرجل انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذنه له وأما من ليس له انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذن السيد راجع إليه إن عتق. انتهى. وحكى في [المدير وأم الولد²⁰⁶⁰] يعتقان في مرض السيد ثلاثة أقوال: الأول لأصبع الولاء لهما وإن صح السيد لأنهما أعتقا في وقت ليس للسيد انتزاع مالهما فيه، والثاني الولاء للسيد، وإن مات من مرضه ذلك، واختاره ابن عبد الحكم قال: وكذلك المعتق بعضه. ابن المواز: وقاله أشهب في المعتق بعضه فقيل له ألا تراهم كالمكاتب؛ لأنه ممن لا ينتزع ماله؟ فقال له للمكاتب سنة وللعبد سنة. قال ابن المواز: فلم [تبق²⁰⁶¹] له حجة أكثر من هذا. قال ابن القاسم: ولاء من أعتقه المعتق بعضه للعبد وهو الصواب، وما روي عن ابن القاسم غير هذا فغلط، وإنما هو عن أشهب. انتهى. والقول الثالث في المدير وأم الولد إذا أعتقا في مرض السيد لابن المواز أنه يوقف، فإن مات السيد كان الولاء لهما، وإن صح فله. انتهى.

متن الحطاب

ص: وعن المسلمين الولاء لهم ش: مسألة: قال الفاكهاني في شرح العمدة في كتاب الشروط في البيوع: لو قال أنت حر ولا ولاء لي عليك فقال ابن القصار الولاء للمسلمين ونزل منزلة قوله أنت/ حر عن المسلمين. قال الإمام: وكان بعض شيوخنا يخالفه في هذا ويرى أن بقوله أنت حر استقر الولاء له واستثناه بعد ذلك جملة ثانية في قوله لا ولاء لي عليك لا يغير حكم الجملة الأولى لأنه إخبار عن حكم الجملة الأولى المستقرة بالشرع على خلاف ما حكم الله به فيكون إخباره كذباً وفتواه باطلة، والكذب والباطل لا يلتفت إليه، ولا يعول في مثل هذه الأحكام عليه. انتهى.

361

ص: وجر ولد المعتق ش: يعني أن من أعتق عبداً فإن ذلك العتق يجر ولاء ولد ذلك العبد المعتق للمعتق بكسر التاء، وسواء كانت أمهم حرة أو معتقة، قال في كتاب الولاء من المدونة: وكل حرة من العرب أو معتقة تزوجها حر عليه ولاء فإنه يجر ولاء ولده منها إلى مواليه، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات. انتهى من ترجمة العبد يشتري من مال الزكاة، وذكر ابن يونس عن الموازية أنه لا يرثه، وأن ميراثه لبيت المال إن كانت الأم عربية ولموالها إن كانت معتقة. ثم قال في [المدونة²⁰⁶²]: وإذا تزوجت الحرة عبداً فولدت منه أولاداً كان [ولاء²⁰⁶³] الأولاد لموالي الأم ما دام الأب عبداً، فإن عتق جر ولاءهم لمعتقه وهو كولد الملاعنة [ينتسب²⁰⁶⁴] إلى موالي أمه فهم يرثونه ويعقلون عنه ثم إن اعترف به أبوه حد ولحق به وصار ولاؤه إلى موالي أبيه وعقله عليهم، وكذلك لو كان لولد العبد من الحرة جد أو جد جد حر قد عتق قبل الأب لجر ولاءهم إلى معتقه. انتهى. قال

الحديث

2059 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن ذي ص 360 ويحيى ص 156 وم ص 115 ويم ص 130 وما يابى 253.

2060 - في المطبوع الولد والمدبرة وما بين المعقوفين من ما يابى 253 وسيد 48.

2061 * - في يم 151 وما يابى 253 وسيد 48 فلم يكن له حجة.

2062 - في المطبوع الموازية وما بين المعقوفين من ما يابى 253 وسيد 48 ويم 151.

2063 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 ويحيى ص 157 وم ص 115 ويم ص 130

وما يابى 253.

2064 - في المطبوع ينسب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 361 وم 115 ويم 151.

إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ إِلَّا لِرِقٍّ أَوْ عِتْقٍ لآخرَ وَمُعْتَقَهُمَا وَإِنْ أَعْتَقَ الأبُّ أَوْ اسْتَلْحَقَ رَجَعَ الوَلَاءُ لِمُعْتَقِهِ مِنْ مُعْتَقِ الجَدِّ وَالأمِّ وَالْقَوْلُ لِمُعْتَقِ الأبِّ لَا لِمُعْتَقِهَا إِلَّا أَنْ تَضَعَ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عِتْقِهَا وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ بِالوَلَاءِ أَوْ اثْنَانِ بَأَنَّهُمَا لَمْ يَزَالَا يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلَاهُ أَوْ ابْنُ عَمِّهِ لَمْ يَثْبُتْ لِكِنَّةِ يَحْلِفُ وَيَأْخُذُ المَالَ بَعْدَ الإِسْتِيْنَاءِ.

نص خليل

أبو الحسن: فإذا عتق العبد رجع الولاء إلى مواليه من موالي معتق الجد. انتهى. وهذا معنى قول المصنف فيما سيأتي: "وإن عتق الأب أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والأم" وقوله في المدونة: وكان الولاء لموالي الأم هذا إذا كانت الأم [معتقة²⁰⁶⁵] فإن كانت حرة كان ميراثه لبيت المال حتى يعتق الأب فإن مات مملوكا كان ميراث الولد لبيت المال كما يفهم من المدونة إذ لا ولاء عليه، وانظر شرح الحوفي [للعقباني].²⁰⁶⁶

متن الخطاب

تفسيه: ظاهر كلام المدونة أن أولياء معتق الأب والجد يجرون الولاء من أولياء الأم ولو كان أولياؤهما نسوة وهو كذلك كما نص عليه في النوار في ترجمة جر الولاء. ص: [إن²⁰⁶⁷] لم يكن لهم نسب من حرش: بأن يكون أبوهم عبدا أو يكونوا من زنا أو من أب لا عن أو يكون الأب حربيا بدار الحرب.

ص: وإن أعتق العبد أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والأم ش: قال ابن الحاجب: ومعتق/ الأب أولى من معتق الأم والجد. قال في التوضيح: الأولوية بمعنى التقديم وفي الموطأ أن الزبير اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة، فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أهم هم مواليها فاختصموا إلى عثمان فقضى للزبير [بولائهم]²⁰⁶⁸ وكان ينبغي للمصنف أن يبين أن معتق الجد أولى من معتق الأم، إلا أن يقال إنه اكتفى عن ذلك بقوله أولا: "وليس لهم نسب من حر"، وعلى هذه القاعدة تتفرع هذه المسألة التي ذكرها المصنف، وكذلك فعل ابن الحاجب، فإذا كانت الأم معتقة وكان الأب والجد رقيقين فالولاء لمعتق الأم؛ لأنه يصدق عليه أنه ليس له نسب من حر، فإن عتق الجد رجع الولاء لمعتقه، فإن عتق الأب رجع الولاء إلى مواليه، وكذلك إذا كان الأب [معتقا²⁰⁶⁹] ولا عن الأم وهي [معتقة²⁰⁷⁰] فإن نسبه قد انقطع باللعان فيكون الولاء لمعتق الأم، فإن استلحق الولد عاد الولاء لمعتق الأب. والله أعلم.

362

ص: لم يثبت ش: أي لم يثبت النسب ولا الولاء بشهادة الواحد ولا شهادة السماع، أما عدم ثبوت

الحديث

2065 * - في المطبوع معتوقة وما بين المعقوفين من يحيى 500 ويم 151.

2066 - في المطبوع للعقباني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 (ويحيى ص 157 الحوفي والعقباني) وم ص 115

ويم ص 130 ومايaby 253 (للعقباني).

2067 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 ويحيى ص 157 وم ص 115 ويم ص 131 ومايaby 253.

2068 - في المطبوع بولائهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم ص 131

ومايaby 254.

2069 - في المطبوع ومايaby 254 معتوقا وم ص 116 ويم ص 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى

ص 157.

2070 - في المطبوع ومايaby 254 معتوقة وم ص 116 ويم ص 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى

ص 157.

نص خليل وَقَدِيمَ عَاصِبُ النَّسَبِ ثُمَّ الْمُعْتَقُ.

متن الخطاب ذلك بشهادة الواحد فهو المذهب، وأما عدم ثبوت ذلك بشهادة السماع فقال في التوضيح هو مذهب المدونة، وبه أخذ أصبغ. ابن المواز: ولا يعجبني وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى له بالسماع [بالولاء²⁰⁷¹] والنسب. ثم قال في التوضيح: فإن قيل ما ذكره المصنف معارض لما قاله في الشهادة، والمشهور جريها في النكاح والولاء والنسب؛ لأن قوله جريها يقتضي أن الولاء يثبت [بها²⁰⁷²] وتشبيهه هنا [بالشاهد²⁰⁷³] يدل على أنه لا يثبت بها، ألا ترى أنه قد نص على أنه لا يثبت بالشاهد إلا أن يقال لا يلزم من الجري الثبوت بل يصدق بأخذ المال أو يكون ما قدمه؛ يعني هنا ليس هو المشهور لقول ابن المواز أكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى [له²⁰⁷⁴] بالسماع [بالولاء²⁰⁷⁵] والنسب أو يقيد قوله جريها في النكاح والولاء والنسب بما إذا مات في غير بلده كما أشار إليه بعض القرويين أو يقال معنى ما في الشهادات إذا كان السماع فاشيا وليس هنا كذلك. انتهى. وقال ابن رشد في نوازل في مسائل الدعوى: وأما شهادة السماع الفاشي بالنسب إذا لم يكن مشتهرا عند الشاهد اشتهارا يوجب له العلم فلا يثبت به النسب مع حياة الأب وإنكاره على حال، وإنما يختلف في ذلك بعد الموت على ثلاثة أقوال: أحدها أن يكون له المال [ولا²⁰⁷⁶] يثبت له النسب، وهو مذهب ابن القاسم، والثاني يثبت له النسب والمال، والثالث لا يثبتان انتهى. ص: وقدم عاصب النسب ش:

فرع: قال في المدونة: وللمرأة الحرة ولاء من أعتقت وعقل ما جره موالها على قومها ومواريتهم لها فإن [ماتت²⁰⁷⁷] فهو لولدها الذكور، فإن لم يكن لها ولد ذكور [فذلك²⁰⁷⁸] لذكور ولد ولدها الذكور دون الإناث وينتمي مولاها إلى قومها كما كانت هي تنتمي فإذا انقرض ولد ولدها رجع ميراث موالها لعصبتها الذين هم [أقعد²⁰⁷⁹] بها يوم يموت الموالي دون عصبة الولد، وقاله عدة من الصحابة والتابعين. انتهى. وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأصح الروايتين عن أحمد، وقد أطال [المارديني²⁰⁸⁰] في شرح كشف الغوامض في ذلك. [وذكره²⁰⁸¹] أبو داود في سننه في آخر باب الفرائض عن الصحابة، وقال ابن بكير لا شيء لولدها من موالها. نقله العقباني في شرح الحوفي، ونقله ابن عرفة في مختصره للحوفي.

الحديث

2071 - في المطبوع والولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 ومايأبي 254.

2072 * - في المطبوع به وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ومايأبي 254 وم 116.

2073 - في المطبوع بالشاهدين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 ومايأبي 254.

2074 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايأبي 254 وسيد 48.

2075 - في المطبوع والولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 ومايأبي 254.

2076 - في المطبوع ولم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم ص 131 ومايأبي 254.

2077 - في المطبوع مات وما بين المعقوفين من ن ذي ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم ص 131 ومايأبي 254.

2078 - في المطبوع فذاك وما بين المعقوفين من مايأبي 254 ويم 152 وسيد 48.

2079 - في المطبوع أعقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 ويم 131 ومايأبي 254.

2080 * - في المطبوع الماورديني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وم 116.

2081 * - في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من يم 152 وم 116.

ثُمَّ عَصَبْتُهُ كَالصَّلَاةِ ثُمَّ مُعْتِقٌ مُعْتِقِهِ وَلَا تَرْتُهُ أَنْتَى إِنْ لَمْ تُبَاشِرْهُ بِعِتْقٍ.

نص خليل

ص: ثم [عصبته²⁰⁸²] ش:

متن الخطاب

فرع: قال في المدونة: ولا يرث الأخ للأُم من الولاء شيئاً فإن لم يترك الميت غيره فالعصبة أولى إلا أن يكون من العصبة فيرث معهم. قال ابن يونس: مثل أن يترك الهالك ابني عم وموالي وأحدهما أخ لأُم فيكون الولاء بينهما نصفين ببنوة العم وتسقط الولادة للأُم. ابن المواز: قال أشهب: بل يكون الأخ للأُم أولى بالولاء؛ لأنه أقعد بالرحم كما لو ترك الهالك أخاً شقيقاً وأخاً لأب فإن الميراث للأخ الشقيق، وكما لو ترك ابن عم شقيق وابن عم لأب لكان الشقيق أولى بالولاء والميراث. / ابن يونس: وهذا أقيس. انتهى. قال ابن عرفة: ودرجات التعصيب في القرب فيه كالتعصيب في الإرث إلا أن الأخ وابن الأخ يقدمان على الجد. زاد الحوفي: وابن العم على [أبي²⁰⁸³] الجد.

363

قلت: وهو مندرج في [الأول²⁰⁸⁴] بالمعنى. اللخمي: اختلف إن كانا ابني عم أحدهما أخ لأُم فقال مالك وابن القاسم في المدونة لا فضل للأخ للأُم، وقال أشهب عند محمد الأخ للأُم أحق لأنه أقعد [بالرحم²⁰⁸⁵] كما لو ترك المعتق أخوين أحدهما شقيق والآخر للأب.

قلت: في جريان هذا الخلاف في إرث المال نظر، ويرد قياس أشهب بأن زيادة [الشريك²⁰⁸⁶] في الأُم في المقيس عليه هي فيما به التعصب²⁰⁸⁷ [وهي الإخوة وهي في المقيس في²⁰⁸⁸] غير ما به التعصيب لأنها في إخوة لا تعصيب لها إنما التعصيب²⁰⁸⁹ [فيه ببنوة العمومة. انتهى. وقد حكى في التوضيح في باب الفرائض الخلاف في ميراث النسب أيضاً.

فرع منه: قال: والمذهب انتقاله بموت مستحقه إلى أقرب عصبه [المعتق²⁰⁹⁰] حينئذ لا إلى أقرب عصبه المستحق. انتهى. وعلى هذا يتفرع قول المصنف: "وإن اشترى ابن وابنة أباهما".

ص: كالصلاة ش: يعني كالصلاة على الجنائز فيقدم الابن ثم ابنه ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه، ولو قال المصنف كالنكاح لكان أحسن، وإن كان الحكم سواء لأنه لم يبين هذا الترتيب في الجنائز وبينه في النكاح، والحاصل أن الولاء والصلاة على الميت وولاية النكاح سواء.

الحديث

2082 - في المطبوع ويم ص 131 عصبه وما بين المعقوفين من ن ز ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ومايأبى 254.

2083 - في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 ومايأبى 255.

2084 - في المطبوع الأولى وما بين المعقوفين من ن م 116 ويم 152 ويحيى 500.

2085 - في المطبوع للرحم وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 ومايأبى 255.

2086 - في المطبوع الشرط وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 ومايأبى 255 (الشرك).

2087 * - في المطبوع التعصب وما بين المعقوفين من يحيى 500 وسيد 48 ويم 152 ومايأبى 255 وم 116.

2088 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 وم 116 ويم 152 ويحيى 500.

2089 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 158 وم ص 116 ويم 131 ومايأبى 255.

2090 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 158 وم ص 116 ويم 131 ومايأبى 255.

نص خليل

أَوْ جَرَّهُ وَلَا يُولَادَةَ أَوْ عَتَقَ وَلَوْ اشْتَرَى ابْنٌ وَبَنَتْ أَبَاهُمَا ثُمَّ اشْتَرَى الْأَبُ عَبْدًا فَمَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ الْأَبِ وَرَثَةُ الْإِبْنِ وَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ أَوْلًا فَلِلْبَنَاتِ النِّصْفُ لِعَتَقِهَا نِصْفَ الْمُعْتَقِ وَالرُّبْعُ لِأَنَّهَا مُعْتَقَةٌ نِصْفَ أَبِيهِ وَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ ثُمَّ الْأَبُ فَلِلْبَنَاتِ النِّصْفُ بِالرَّحِمِ وَالرُّبْعُ بِالْوَلَاءِ وَالثَّمَنُ بِجَرِّهِ.
باب صَحِّ إِيصَاءٍ حُرٍّ مُمَيِّزٍ مَالِكٍ.

متن الخطاب

ص: أو جره ولاء بولادة أو عتق ش: نحوه لابن الحاجب فقال في التوضيح: حكى سحنون على هذا الإجماع أنه لا ولاء للمرأة إلا من باشرت عتقه أو أعتقت من أعتقه أو يكون ولدا لمن أعتقته وإن سفل من ولد الذكور خاصة، ولم يبين المصنف -يعني ابن الحاجب- هنا أنه لا يجر إلا أولاد الذكور إلا أنه قال وعلى من جره ولاؤها، وقد بين أولاً أن المرأة إنما تجر ولاء أولادها إذا لم يكن لهم نسب من حر. انتهى. ومثله يقال عليه والتقيد [بالذكور²⁰⁹¹] وقع في المدونة لكنه لا كبير فائدة فيه لأن من المعلوم أنه لا ينجر إليها بالولادة إلا ما ينجر للذكر.

وقد تقدم أن المعتق إذا أعتق أمة فإنما يكون له الولاء على أولادها الذكور [إذا²⁰⁹²] لم يكن لهم نسب من حر بل التقيد به مشوش لأنه يوهم أن أولاد المعتقة لا ولاء عليهم لمعتقها مطلقاً، سواء كان لهم نسب من حر أم لا، وليس كذلك ونص كلامه في المدونة ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ذكراً كان ولد هذا الذكر أو أنثى. انتهى. إلا أنه قال بعده وإذا أعتقت المرأة امرأة فولدت المعتقة من الزنى أو من الزوج ثم نفاه ولاعن فيه كان ميراث هذا الولد للمرأة التي أعتقت أمه. انتهى. وبهذا فسر الشيخ أبو الحسن المدونة، وقال للخصمي ما أعتقت المرأة يجري مجرى ما لو كان المعتق رجلاً، فكل موضع يكون الولاء فيه للمعتق إذا كان رجلاً يكون لها. انتهى.

ص: وورثه الابن ش: ولا ترث البنت منه شيئاً لأن الابن عاصب المعتق من النسب والبنت معتقة المعتق وعاصب المعتق مقدم على معتق المعتق، وهذه تسمى فريضة القضاة لغلط أربعمائة قاض فيها بتوريثهم البنت بالولاء.

ص: فإن مات الابن أولاً فللبنت النصف ش: إن مات الأب ثم مات الابن قبل موت/ العبد المعتق ثم مات العبد فللبنت النصف لأنه لما فقد المعتق وعصبته من النسب انتقل الولاء لمعتق المعتق ومعتق المعتق البنت والابن الميت فلها النصف، والنصف الثاني الذي كان لأخيها لموالي أبيه وموالي أبيه هو وإخوته فلها نصف نصفه وهو الربع، فيصير لها ثلاثة أرباع المال والربع الباقي يكون لموالي أم الأخ إن كانت [أمه²⁰⁹³] معتقة، وإن كانت حرة فليبيت المال. والله أعلم. وبهذا توجه المسألة الأخرى. والله أعلم.

ص: باب صح إيصاء حر ش: الوصايا جمع وصية، ورسمها عند الفقهاء قال في الشامل: والوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع. انتهى. ونقله في التوضيح وابن عبد السلام عن بعض الحنفية. قال ابن عبد السلام: على أنه لا يخلو عن مناقشات لا تخفى عليك. انتهى. وقال في

364

الحديث

2091 - في المطبوع ووقع وما بين المعقوفين من يحيى 501 وم 116 وسيد 48 ويم 152 ومايaby 255.

2092 - في المطبوع إذ وما بين المعقوفين من ن ذي ص 363 وم 116 ويم 152 ويحيى 501.

2093 - في المطبوع أمة وما بين المعقوفين من مايaby 255 وسيد 48 ويم 152.

اللباب: الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه. انتهى. ثم قال: الوصية حقيقتها إسناد النظر في أمر المحجور أو تنفيذ وصية لثقة مأمون. انتهى. ورسمها ابن عرفة برسم شمل الإيضاء لشخص وإسناد الوصية إليه فقال: الوصية في عرف الفقهاء لا الفراض عقد يوجب حقا في ثلث عاقده [يلزم²⁰⁹⁴ بموته أو [نيابة²⁰⁹⁵ عنه بعده. انتهى. ولا يخفى صدق هذا الرسم على التدبير. والله أعلم. وحكم الوصية قال ابن [راشد²⁰⁹⁶ في كتاب الوصايا: حكمها النذب على الجملة، وقال منذر بن سعيد هو فرض وحكمة مشروعيتها تقوية الزاد إلى المعاد. انتهى. وقال في كتاب الوصايا: حكمها الوجوب وحكمة مشروعيتها الرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه. انتهى. وقال [في كتاب الوصية²⁰⁹⁷ في الشامل: هي [مستحبة²⁰⁹⁸ إلا لمن عليه [حق²⁰⁹⁹ له بال فتجب. انتهى.

ص: وإن سفيها ش: مولى عليه أو غير مولى. قال في التوضيح: وإذا ادان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك إلا أن يوصي به فيجوز في ثلثه، وقال ابن كنانة إن سمى ذلك ليقضى من رأس ماله ولم يجعله في ثلثه لم يجز على ورثته، وإن أوصى به على وجه الوصايا فهو مبدأ على وصاياه، ولا بن القاسم إذا باع المولى فلم يرد ببيعه حتى فات أنه ينفذ ببيعه. ابن زرقون: فعلى هذا يلزمه الدين بعد موته فتأمل. انتهى. وعلى الأول اقتصر في الشامل فقال أو مولى عليه وإن فيما ادان بغير إذن وليه. انتهى.

ص: وصغيرا ش: اختلف في السن الذي تجوز وصية [الصبي²¹⁰⁰ فيه فقال في المدونة: وتجاوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها، وروى ابن وهب أن أبان بن عثمان أجاز وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع. انتهى. وهذا القول هو الذي صدر به في التوضيح والشامل، وعليه اقتصر صاحب اللباب، ونصه: وتصح من ابن عشر سنين فما فوقها لأنه مميز. انتهى. فرع: قال ابن عبد السلام: قال أشهب إذا أوصى الصبي بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي فذلك إلى وصيه.

قلت: هذا مما ينظر فيه فإن نظر الوصي ينقضي بموت الصبي، ألا ترى أن جرح الصبي ينظر فيه وليه وديته إذا قتل ليس للوصي فيها نظر، وإنما هو للورثة إلا أن يقال ملك الصبي للدية بعد موته متعذر وتنفيذ الوصية بعد موته إنما يكون على تقدير ملكه والوصي هو الناظر في أملاك الصبي وهذا منها؟ انتهى. ونقله في التوضيح فقال: قال أشهب ومن أوصى بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي

- 2094 - في المطبوع يلزمه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 364 ويحيى ص 158 وم ص 116 ويم ص 131 ومايأبى 256.
 2095 - في المطبوع نيابته وما بين المعقوفين من ن ذي ص 364 وم 116 ويم 152 ويحيى 501.
 2096 - في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من سيد 48 ومايأبى 256.
 2097 - ساقط من المطبوع ومايأبى 256 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364 ويحيى ص 158.
 2098 - في المطبوع مستحقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364 ويحيى ص 159 وم ص 117 ويم 131 ومايأبى 256.
 2099 - في المطبوع تعلق وم ص 117 ومايأبى 256 ويم ص 131 ويحيى ص 159 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364.
 2100 - في المطبوع الوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364 ويحيى ص 159 وم 132 ومايأبى 256.

نص خليل وهل إن لم يتناقض قوله أو أوصى بقربة تأويلان.

متن الخطاب

365

فذلك إلى وصيه، ثم ذكر كلام ابن عبد السلام المتقدم، وانظر قوله من أوصى هل يريد من الصبيان، أو من المولى عليهم مطلقاً؟ فتأمل. والله أعلم. وانظر الرجراجي في المسألة السادسة من كتاب الوصايا الأول فإنه تكلم على حكم ما إذا أوصى المحجور عليه لعارض الطفولية أو لعارض السفه بوصية وجعل تنفيذها لغير وصيه وأطال في ذلك، وفي البرزلي وسئل ابن أبي زيد عمّن أسند وصيته إلى رجل وفي الوصية بنات فماتت واحدة بعد دخول بيتها بشهر وتركت زوجها وعصبة وأوصت بصدقة للفقراء فهل ينفذها الوصي أو الورثة؟ فأجاب: إن لم توص بذلك لأحد فذلك لوصي أبيها إن كان مأموناً وإن أوصت بذلك لأحد فهو أولى.

قال البرزلي: قلت هذا جار على بقاء النظر بعد موت المحجور على من له عليه ولاية ومن يقول لا نظر له في أولاده يرجع الأمر في ذلك إلى من يقدمه القاضي. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: قال أشهب من أوصى لبكر بمائة ولا ولي لها فدفعت الورثة ذلك إليها بغير إذن الإمام فقد برئوا، واختار اللخمي إن كان لها وصي أن لا تدفع إلا إليه إلا أن يعلم أن الميت أراد دفع ذلك إليها لتتسع في مطعم وملبس فيدفع إليها. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، وظاهره أن المولى عليه إذا أوصى له بشيء فدفع الوصي ذلك إليه ولم يدفعه إلى وليه فلا ضمان عليه فتأمل. والله أعلم.

ص: وهل إن لم يتناقض أو أوصى بقربة تأويلان ش: قال في المدونة: وتجاوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية [وذلك²¹⁰¹] إذا لم يخلط. انتهى. قال في التوضيح: فسر اللخمي عدم الاختلاط بأن يوصي بما فيه قربة لله تعالى أو صلة رحم، فأما إن جعلها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي. انتهى. وعبارة اللخمي في تبصرته والصبيان يختلف تمييزهم وإدراكهم، فمن علم أن عنده تمييزاً جازت وصيته إذا أصاب وجه الوصية فيوصي بما هو قربة لله سبحانه وتعالى أو صلة رحم، [فأما²¹⁰²] أن يجعلها لمن يستعين بها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي. انتهى. فعلم أن مفهوم قوله: "قربة" أعم من أن تجعل فيما لا يحل أو يوصي بها لمن يستعين بها على ما لا يحل. والله أعلم. وهذا هو التأويل الثاني في كلام المصنف، والأول لأبي عمران.

تنبيه: قال المشذلي في حاشيته على المدونة في هذا المحل: سئل ابن عبد السلام عن صبي يزيد على عشر سنين أوصى بثلثه لقوم فبعد وفاته قام عصبته على الموصي لهم وقالوا التصبي لم يعقل القربة ولم يميز بين الحسنات والسيئات فوصيته باطلة، وقال الموصي لهم بل يعقل ويميز فعلى من الإثبات فقال يسأل شهود الوثيقة، فإن قالوا نعلم أنه مميز أو ثبت ذلك بغيرهم صحت الوصية، فإن عجز الموصي لهم عن إثبات ذلك لم تنفذ الوصية.

الحديث

2101 * - لفظ التهذيب، ج 4 ص 251 وذلك إذا لم يكن فيها اختلاط.

2102 - في المطبوع وأما ويم ص 132 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 365 ويحيى ص 160 وم ص 117 وما يابى 257.

وَكَاْفِرًا إِلَّا بِكَخْمَرٍ لِمُسْلِمٍ لِمَنْ يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ كَمَنْ سَيَكُونُ إِنْ اسْتَهْلَ وَوَزَعَ لِعَدَدِهِ.

نص خليل

متن الخطاب قلت: فحاصل [هذا²¹⁰³] الجواب الظريف أن الموصى له مدع؛ لأن الأصل عدم التمييز ثم شبهها بنظائر فراجع. والله أعلم.

ص: وكافر إلا بكخمر لمسلم ش: يعني أن وصية الحر المميز المالك تصح وإن كان كافرا، وظاهره أن وصيته جائزة للمسلم بكل شيء يملكه الكافر إلا بكخمر أو خنزير، [وأن²¹⁰⁴] وصيته للكافر تصح مطلقا؛ أي بكل شيء حتى بالخمير والخنزير، أما الأول فهو صريح كلامه وكلام ابن الحاجب، وأما الثاني فهو مفهوم كلامه، وقال في التوضيح إنه مفهوم كلام ابن الحاجب وابن شاس، ونص ابن الحاجب: وتصح من الكافر إلا بمثل خمير لمسلم قال في التوضيح [أي²¹⁰⁵] وتصح الوصية من الكافر لأنه حر مالك مميز إلا أن يوصي لمسلم بما لا يصح ملكه من خمير ونحوه، ومفهوم قوله: "لمسلم" وهو [مفهوم²¹⁰⁶] كلام ابن شاس أنه لو أوصى بذلك لكافر لصحت وصيته، وهو ظاهر لأنه أوصى بها لمن يصح ملكه لها، ولم أر في ذلك نصا.

وقد يؤخذ ذلك مما لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له قال يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين. انتهى. ومسألة العتبية في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا، وظاهر كلامهم أن وصية الكافر تصح للكافر مطلقا ذميا أو حربيا ولم أر من صرح به، وسيأتي ما في وصية المسلم للحربي. والله أعلم. /

366

ص: كمن سيكون إن استهل ش: قال في الوصايا الأول: ومن أوصى لحمل امرأة فأسقطته بعد موت الموصي فلا شيء له إلا أن يستهل صارخا. انتهى. قال في أواخر [كتاب²¹⁰⁷] الوصايا الثاني: [ومن قال²¹⁰⁸] ثلثي لولد فلان وقد علم أنه لا ولد له جاز [فينتظر²¹⁰⁹] [أيولد له، وسيأتي²¹¹⁰] ما فيه من التفصيل بين الذكر والأنثى [و²¹¹¹] إن لم يعلم أنه لا ولد له فذلك باطل. انتهى. وقال اللخمي في آخر الوصايا الثاني: وإن أوصى لولد فلان ولا ولد له وله حمل حملت الوصية على أنها لذلك الحمل، فإن ولد كانت الوصية له، وإن أسقطته أو ولدته ميتا سقطت الوصية ولا شيء لمن يولد بعد، وإن لم يكن حمل والموصي يظن أن له ولدا سقطت الوصية، وإن كان عالما حملت الوصية على من يولد بعد، وإن كثروا، فإن ولد [له²¹¹²] ولد تجر له بذلك المال، ثم كذلك

الحديث

- 2103 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 502 وسيد 49 ويم 153 وم 117 ومايبي 257.
2104 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ومايبي 257 ويحيى ص 160 (وم ص 117 فلان وصيته) ويم 132.
2105 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 ومايبي 257.
2106 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 ومايبي 257.
2107 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366.
2108 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 ويم 132 ومايبي 257.
2109 * - في المطبوع ينظر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 366. وفي مايبي 257 ويم 153 وينتظر.
2110 - في المطبوع ويحيى ص 160 ويم ص 132 وم ص 117 له أم لا وسياتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ومايبي 257 (له ويساوي فيه بين).
2111 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 366 مت 153 يحيى 502.
2112 - ساقطة من المطبوع ومايبي 257 وم ص 117 ويم 153 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160.

نص خليل بلفظ أو إشارة مفهومة.

متن الخطاب كلما ولد له ولد تجر له مع الأول ومن بلغ التجر تجر لنفسه، فإن خسر فيه أو ضاع له منه شيء في حين تجره للصغير لم يضمن؛ لأن الصغير لا تعمر ذمته بذلك وقد رضي الموصي بالوصية له على ما توجبه الأحكام في الضمان وإن بلغ وتجر لنفسه ضمن الخسارة والتلف. انتهى. ونقله أبو الحسن، ونقل نحوه عن التونسي، ونصه: [أبو اسحاق: ²¹¹³] لو قال لولد فلان ولا ولد له يوم أوصى وهو يعلم بذلك ثم ولد له لانبغى أن يحبس ذلك حتى يكبر فينتفع به ويوقف لغيره حتى ينتفعوا به لأنه لما لم يكن ولد يوم أوصى فكان الموصي أراد الإيصال إلى جملة من يولد لفلان فلا يختص بالانتفاع به بعضهم دون بعض حتى ينقضوا فيكون لورثتهم كلهم، وقد حكى عن بعض الناس أن أول ولد يولد لفلان يأخذ ذلك [بتلا، ²¹¹⁴] والأول أبين. انتهى من أبي الحسن.

تنبيهان: الأول: ظاهر كلامهم أن الموصى به يوقف إلى أن يؤيس من وجود الموصى لهم ولم أر الآن من صرح بذلك. والله أعلم.

الثاني: إذا أوصى لولد فلان ولا ولد له فادعى فلان أن [الموصي ²¹¹⁵] يعلم ذلك وادعى الورثة أن الموصي يظن أن له ولدا فهل القول قول الوارث، أو قول فلان؟ لم أر فيه نصا أيضا، والظاهر أن القول قول الورثة فانظر ذلك، وانظر أيضا إذا لم يعلم الورثة وفلان أن الموصي كان يعلم ذلك أو لا يعلمه هل يحمل على العلم أو عدمه؟. والله أعلم.

ص: بلفظ أو إشارة مفهومة ش: قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والإشارة، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه} [ابن شاس: كل لفظ فهم منه قصد الوصية بالوضع أو بالقرينة حصل [الاكتفاء به. ²¹¹⁶] ابن الحاجب: كل لفظ وإشارة يفهم منها قصد الوصية.

قلت: فيخرج عنها الكتب الشيخ عن أشهب في الموازية لو قرؤها وقالوا نشهد بأنها وصيتك فقال نعم، أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز [انتهى ²¹¹⁷]. قال ابن عبد السلام: وتعقب على ابن الحاجب تفسير الصيغة بالإشارة فإن الإشارة من الأفعال، والصيغة من [عوارض ²¹¹⁸] الأقوال، وهو صحيح لو كان المراد بها ما يريده النحويون، أما إذا كان مراده بالصيغة ما يدل على مراد الشخص، وجعل ذلك حقيقة عرفية في هذا الفن ولا [سيما ²¹¹⁹] على رأي المالكية في كثير من أبواب الفقه فلا مشاحة. انتهى.

الحديث 1- مالك في الموطأ، كتاب الوصية، ط. دار الفجر، رقم الحديث 1492.

2113 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 ومايأبي 258.

2114 - في المطبوع بتا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 ومايأبي 258.

2115 - في المطبوع الوصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 ومايأبي 258.

2116 - في المطبوع إلى اكتفائه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 ويم 132 ومايأبي 258.

2117 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم 153 ومايأبي 258 وسيد 48.

2118 - في المطبوع العوارض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 118 ومايأبي 258 (ويم 132 من عوارض وهو صحيح).

2119 - في المطبوع يسمى وما بين المعقوفين من تصحيحات عدود ووافقه متالي ويحيى ومايأبي 258 مك 118.

نص خليل وقَبُولُ الْمُعَيَّنِ شَرْطٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَالْمَلِكُ لَهُ بِالْمَوْتِ وَقَوْمٌ بَعْلَةٌ حَصَلَتْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَحْتَجْ رِقٌ لِإِذْنٍ فِي قَبُولِهِ كَأَيْصَافِهِ بَعَثَهُ وَخَيْرَتْ جَارِيَةَ الْوَطءِ وَلَهَا الْإِنْتِقَالُ.

متن الخطاب 367 ص: وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت ش: هذه نحو عبارة ابن الحاجب قال/

في التوضيح في شرحها؛ أي وقبول الموصى له المعين للوصية شرط في وجوبها له لأنها أحد أنواع العطايا فاشترط فيها القبول كالهبة وغيرها. انتهى. وظهره أنه إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية لم يكن لورثته قبولها، وهو خلاف مذهب المدونة، وقال في الجواهر: إن مات الموصى له بعد الموصي لا ينتقل حق القبول للوارث. قاله الشيخ أبو بكر يعني الأبهرى. وقال القاضي أبو محمد ينتقل. انتهى. وما قاله [القاضي²¹²⁰] هو مذهب المدونة قال في الوصايا الأول: وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثة الموصى له علم بها أم لا ولهم أن يقبلوها كشفعة له أو خيار في بيع ورثه. انتهى. ونحوه في الوصايا الثاني.

قال ابن عرفة: قال عياض: هذا بين لأن مذهبه في الكتاب أنها لا تحتاج لقبول الموصى له قبل موته ولا علمه لأن قبولها حق يورث عنه، وذكر الأبهرى أنها تحتاج لقبول الموصى له وإنما تكون لورثته إذا قبلها ومتى لم يقبل سقط حقهم فيها ورجعت لورثة الموصي، وقيل إنها حق يثبت للميت يورث [عنه²¹²¹] على كل حال وليس لورثته رده ولا يحتاج إلى قبول. قال ابن عرفة: قلت: فهي ثلاثة أقوال. انظر بقية كلامه ومناقشة ابن عبد السلام.

فرع: ولو تراخى القبول عن الإيجاب لم يضر. قال في الذخيرة: ولا يشترط فيه أي القبول الفور بعده قياسا على الهبة.

فرع: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وإجازة الورثة في الصحة من غير سبب ما نصه: قال ابن الحاجب: انظر على ما في الموطأ لو أوصى رجل لرجل بمال فلم يقبل ذلك الموصى له في صحة الموصي ورده ثم مات الموصي ورجع الموصى له إلى قبول المال فذلك له لأنه لم تجب له الوصية إلا بعد موت الموصي. انتهى.

فرع: فإن مات الموصى له قبل موت الموصي قال في الوصايا الثاني: بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا، ثم قال مالك: يحاص بها ورثة الموصي أهل الوصايا في ضيق الثلث ثم [تورث²¹²²] تلك الحصة وأكثر الرواة أنهم يحاصون بها إن لم يعلم بموته ولا يحاصون بها إن علم، وقاله مالك أيضا. انتهى.

ص: ولم يحتج رِقٌ لِإِذْنٍ فِي قَبُولِ ش: قال ابن الحاجب: وللمأذون له أن يتصرف في الوصية والهبة ونحوهما ويقبلهما بغير إذن السيد، وكذلك غير المأذون، وله نحو ذلك في الوصايا. قال في التوضيح: قوله ونحوهما كالصدقة وله أن يقبل ذلك بغير إذن السيد وأقيم من المدونة أنه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة، وقوله: "وكذلك غير المأذون" التشبيه راجع إلى القبول فقط؛ لأن التصرف إنما يكون للمأذون إلا أن يكون الواهب أو الموصي شرط في هبته أو وصيته أن لا حجر عليه فيها

2120 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايابى 258 و154 وسيد 49.

2121 - في المطبوع عنقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايابى 258.

2122 - في المطبوع يرث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايابى 259.

نص خليل
وَصَحَّ لِعَبْدٍ وَارِثِهِ إِنْ اتَّحَدَ أَوْ يَتَّافَهُ أُرِيدَ بِهِ الْعَبْدُ وَلِمَسْجِدٍ وَصَّرَفَ فِي مَصَالِحِهِ وَلِمَيْتٍ عِلْمَ بَمَوْتِهِ فِيهِ
دِينِهِ أَوْ وَارِثِهِ وَلِذَمِّيٍّ وَقَاتِلٍ عِلْمَ الْمُوصِيِّ بِالسَّبَبِ وَالْأَفْتَاوِيلَانَ وَبَطَلَتْ بَرِدَّتِهِ وَإِصْأً بِمَعْصِيَةٍ وَلِوَارِثٍ.

متن الخطاب
فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قاله بعضهم في السفيه والصغير. قاله ابن عبد السلام. انتهى
بالمعنى.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: خليل: لو قيل للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها كان
حسناً للمنة التي تحصل على السيد. انتهى. وهو ظاهر. والله أعلم.

الثاني: قال في النوادر: قال علي عن مالك في عبد أوصي له بشيء فأبى قبوله [فلسيده أن
يكرهه²¹²³] على قبوله. انتهى. وقال في سماع سحنون: قال مالك في العبد يتصدق عليه فيأبى أن
يقبل أن للسيد أن يأخذ ذلك وإن [أبى²¹²⁴] الذي تصدق بها إذا قال إنما أردت العبد [فإذا²¹²⁵]
لم يقبل فلا. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه لأن العبد لو قبض الصدقة
كان لسيدته أن ينزعها منه فهو أحق بقبول ما تصدق به عليه. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: وصحت لعبد وارثه إن اتحد أو بتافه أريد به العبد ش: قال في كتاب الوصايا الأول من
الدونة: ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد لا نفع
سيده كعبد كان قد خدمه ونحوه، وإن أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز ولا ينتزع ذلك الابن/
منه، وإن أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد إن حملة الثلث وليس لوارثه انتزاعه منه ويباع بماله ولن
اشتراه انتزاعه، وإن أوصى لعبد أجنبي بمال فلسيده انتزاعه. انتهى.

ص: وليت علم بموته إلى آخره ش: نحوه في النوادر قال: وهذا إذا جهل أمر [الوصية،²¹²⁶] فأما
إن علم أمرها إلا أنها زكاة فرط فيها فلا شيء لورثة الميت فيها ولا [للدين²¹²⁷] عليه وليتصدق بها
في وجه الزكاة كمن أوصى بزكاته لمن ظنهم فقراء وهم أغنياء. انتهى. وقال في باب قبله: فإن كان
ورثة الموصى له فقراء فهم أحق بها. انتهى.

ص: وبطلت بردة ش: قال في المسائل الملقوطة: وبطلت الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي
وبالرجوع فيها بالقول والفعل وبالردة من أحدهما أو بقتل الموصى له الموصي. انتهى. وانظر الشيخ أبا
الحسن الصغير.

ص: ولوارث ش: يعني أن الوصية تبطل إذا كانت للوارث يريد إلا أن يجيز ذلك الوارث، وإنما
خالف قول ابن الحاجب: "وتجوز للوارث وتوقف على إجازة الورثة" لأنه مشى على أن إجازة
الوارث عطية، وقد قال في توضيحه إنه لا يحسن على هذا القول أن يقال الوصية تصح للوارث.

الحديث

2123 - في المطبوع فلسيده الذي تصدق أن يكرهه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى ص 161 وم ص 118
ويم 133 ومايأبى 259.

2124 - في المطبوع يابى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 وم 118 ويم 154 ويحيى 503.

2125 - في المطبوع مت 154 مك 118 ومايأبى 259 (يحيى 503 فأما إذا لم...). وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367.

2126 - في المطبوع الوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 368 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133
ومايأبى 259.

2127 * - في المطبوع للمدين وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايأبى 259.

كَغَيْرِهِ بِزَائِدِ الثَّلَاثِ يَوْمَ التَّنْفِيزِ وَإِنْ أُجِيزَ فَعَطِيَّةٌ وَلَوْ قَالَ إِنْ لَمْ يُجِيزُوا فَلِلْمَسَاكِينِ بِخِلَافِ الْعَكْسِ
وَبِرْجُوعٍ فِيهَا وَإِنْ بَمَرَضٍ يَقُولُ.

نص خليل

تنبيهه: إذا قال الموصي أعطوا لفلان من الورثة سهمه كاملا وثلاث ما عدا ذلك لفلان فهذا من الوصية للوارث. قاله في البيان في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الوصايا وفرضها فيمن قال أعطوا لأمي سهمها في كتاب الله وثلاث [ما عدا ما ينتقص²¹²⁸] الثلث بتوفر سهم أمي صدقة على فلان يريد أن يخرج الثلث من جميع ماله ما عدا ما لأمه قال يخرج الثلث للموصى له على حال ما أوصى ثم تزداد الأم سهمها يضاف إلى بقية المال ويقسم على الورثة على كتاب الله تعالى، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: { لا وصية لوارث¹ }
ص: كغيره بزائد الثلاث ش: صورته ظاهر.

متن الخطاب

مسألة: قال في معين الحكام في كتاب الوصايا: وإذا قال الموصي يخرج ثلث ما خلفه فيفعل به كذا وكذا لأشياء عدها فإذا أخرج منه ما ذكر وفضلت من الثلث فضلة فقيل ينفذ ذلك في الفقراء والمساكين لقوله يخرج جميع ثلثي وقيل إن البقية ترجع ميراثا. قال بعض الموثقين: وبالأول جرى العمل. انتهى. وقال بعده بنحو الورقة: مسألة فإن أغفل الموثق أن يقول في الوصية وما فضل عن الثلث جعله الناظر حيث يراه إذا ذكر أولا أنه أوصى بجميع ثلثه ففي ذلك قولان؛ أحدهما أنه ينفق في الفقراء والمساكين. قال بعض الموثقين: وبه جرى العمل،/ والقول الثاني أن البقية ترجع ميراثا.

369

ص: وإن أُجِيزَ فَعَطِيَّةٌ ش: أي فإن كان الوارث المميز عليه دين محيط فلغرمائه رد ذلك وإن قلنا إِنَّ فَعَلَهُ [تنفيذ²¹²⁹] فليس لغرمائه الرد، واختلف إذا أجاز الوارث ولا دين عليه فلم يقبض ذلك الموصى له حتى استدان الوارث أو مات فقال في كتاب محمد: غرماء الوارث [وورثته²¹³⁰] أحق بها لأنها هبة لم تحز، وقال أشهب يبدأ بوصية الأب قبل دين الابن. قال ابن عرفة: والأول أحسن، وأظنه أنه ناقل له عن ابن القصار.

ص: وبرجوعه فيها وإن بمرض ش: قال في التوضيح: قال في الوثائق المجموعة: إذا قال اشهدوا أنني قد أبطلت كل وصية تقدمت فإنها تبطل إلا وصية قال لا رجوع لي فيها فإنها لا تبطل حتى ينص عليها. انتهى. ونقله في الشامل، وذكر المشذالي في حاشيته على المدونة في كتاب الوصايا الأول خلافا عن الشيوخ فيما إذا التزم عدم الرجوع عن الوصية، ونقل عن ابن عرفة أنه قال في مختصر الحوفية: فلو التزم عدم الرجوع لزمه على الأصح، وفي بعض النسخ على المشهور، وفي مختصره الفقهي: فلو التزم عدم الرجوع ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ابن علوان ثالثها إن كانت بعق.

ص: بقول ش: يعني أن الدال على الرجوع إما قول أو فعل، والفعل يكون بأحد وجهين أحدهما ما ينقل الملك [أو²¹³¹] يمنع من نقله كالبيع والعق والاستيلاء، والثاني أن يفعل فعلا يبطل

1- الترمذي في جامعه، كتاب الوصايا، رقم الحديث 2128- والنسائي في سننه، كتاب الوصايا، رقم الحديث 3640.

الحديث

2128- في المطبوع ما عدا ذلك فينتقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 368 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايأبى 260.

2129- في المطبوع ينفذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايأبى 260.

2130- في المطبوع ورثته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 161 وم ص 119 ويم 133 ومايأبى 260.

2131- في المطبوع ويمنع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 133 ومايأبى 260.

أَوْ بَيْعٍ وَعَتَقٍ وَكِتَابَةٍ وَإِيلَادٍ وَحَصْدِ زَرْعٍ وَنَسْجِ غَزَلٍ وَصَوْعِ فِضَّةٍ وَحَشْوِ قُطْنٍ وَدَبْحِ شَاةٍ وَتَفْصِيلِ شُقَّةٍ.

[اسم²¹³²] الموصى به. انتهى.

ص: أو بيع ش: قال في الشامل: إلا أن يشترطه ثانيا على المعروف بخلاف مثله، وهو معنى قول المصنف بعد هذا: "أو بثوب فباعه [واشتراه²¹³³] بخلاف مثله".

ص: وكتابة ش: قال في الشامل: ولا تعود لعجز على المنصوص، وقال في التوضيح: ينبغي إذا عجز المكاتب في حياة السيد أن تعود الوصية فيه كما يعود في [المبيع²¹³⁴] الموصى به على أحد القولين، وها هنا أولى لأن الكتابة لا تنقل الملك. انتهى. وقال ابن عرفة: قال ابن شاس الكتابة رجوع ولم أجدها لغير الغزالي وأصول المذهب توافقه لأن الكتابة إما بيع أو عتق وكلاهما رجوع وهي في البيع الفاسد فوت. هذا إن لم يعجز، وإن عجز فليس بفوت. انتهى من ابن غازي. فجزم ابن عرفة بأنها ليست بفوت مع العجز كما بحثه الشيخ خليل فتأمله. والله أعلم.

ص: وحصد زرع ش: ظاهره أن الحصد وحده كاف في الرجوع، وقال ابن الحاجب: وإن درس الحب وكاله وأدخله بيته فرجوع بخلاف الحصاد وجز الصوف وجزاذا الثمرة. قال في التوضيح: يعني أن من أوصى بزرع فحصده وزرعه وكاله وأدخله بيته فذلك رجوع لأنه أبطل اسم الزرع ونقله إلى اسم القمح بخلاف جز الصوف وجزاذا الثمرة فإنه لم ينقل الملك ولا أبطل اسمه فلا يعد رجوعا ولو أدخلها بيته، ومسألة درس القمح هو نص قول ابن القاسم في المجموعة، وقال الباجي [ينتقل²¹³⁵] بالحصاد والدراس.

قال: وقوله أدخله بيته [تأكيد²¹³⁶] لقصده، وكذلك قوله اكتاله إنما يريد بلغ حد الاكتيال. انتهى. وقال في الشامل: وحصد زرع مع درسه. انتهى.

وقال ابن عرفة: الشيخ لابن القاسم في المجموعة إن أوصى بزرع فحصده أو بصوف فجزه فليس برجوع إلا أن/ يدرس القمح ويكتاله ويدخله بيته، ثم ذكر بقية كلام الباجي.

ص: وحشو قطن ش: قال في التوضيح: وينبغي أن يقيد حشو القطن بما إذا حشي في الثياب، وأما إذا حشي في المخدة ونحوها فلا. انتهى.

قال في الشامل: وحشو قطن في ثوب ونحوه. انتهى.

ص: وتفصيل شقة ش: احترز بقوله: "شقة" مما إذا أوصى له بثوب ثم قطعه قميصا إذ القميص يسمى ثوبا. قال في الشامل: وتفصيل شقة لا إن قال ثوبي هذا ثم قطعه قميصا أو لبسه في مرضه إذ القميص يسمى ثوبا. انتهى.

2132 - في المطبوع ومايأبى 260 رسم ويحيى ص 162 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 وم ص 119 ويم 133.
2133 - في المطبوع أو اشتراه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 133 ومايأبى 260.
2134 - في المطبوع ويحيى ص 162 والبيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 وم ص 119 ويم 133 ومايأبى 260.
2135 * - في المطبوع ينقل وما بين المعقوفين من يحيى 504 وسيد 49 وم 119 ويم 154 ومايأبى 261.
2136 * - في تأكيدا وما بين المعقوفين من يحيى 504 وسيد 49 وم 119 ويم 154 ومايأبى 261.

نص خليل وَإِصَاءٍ بَمَرَضٍ أَوْ سَفَرٍ انْتَفِيَا قَالَ إِنْ مُتُّ فِيهِمَا وَإِنْ بَكْتَابٍ وَلَمْ يُخْرِجْهُ أَوْ أَخْرَجْهُ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ بَعْدَهُمَا وَلَوْ أُلْقِيَهَا لِأَنَّ لَمْ يَسْتَرِدَّهُ.

متن الخطاب ص: وَإِصَاءٍ بَمَرَضٍ أَوْ سَفَرٍ [انتفيا²¹³⁷] قَالَ إِنْ مُتُّ فِيهِمَا وَإِنْ بَكْتَابٍ وَلَمْ يُخْرِجْهُ أَوْ أَخْرَجْهُ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ بَعْدَهُمَا ش: أَي وَكَذَلِكَ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ إِذَا كَانَتْ فِي الْمَرَضِ أَوْ عِنْدَ سَفَرٍ أَرَادَهُ ثُمَّ زَالَ الْمَرَضُ وَالسَّفَرُ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ انْتَفِيَا وَالْحَالُ أَنَّهُ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ إِنْ مُتُّ مِنْ مَرَضٍ أَوْ فِي سَفَرٍ، وَسِوَاهُ أَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يَكْتُبْهُ [يَكْتُبْهُ²¹³⁸] فِي كِتَابٍ أَوْ كَتَبَهُ فِي كِتَابٍ وَلَمْ يُخْرِجْهُ مِنْ يَدِهِ أَوْ أَخْرَجْهُ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ، أَمَا إِذَا أَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يَكْتُبْهُ فِي كِتَابٍ فَلَا خِلَافَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ إِذَا زَالَ الْمَرَضُ أَوْ السَّفَرُ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا تَصِحُّ إِذَا حَصَلَ الْمَوْتُ فِيهِمَا، وَأَمَا إِذَا كَتَبَهَا فِي كِتَابٍ وَلَمْ يُخْرِجْهُ مِنْ يَدِهِ فَقَالَ الْمَصْنُفُ إِنَّهَا تَبْطُلُ [أَيْضًا²¹³⁹] بِزَوَالِ الْمَرَضِ وَالسَّفَرِ، وَظَاهِرُهُ سِوَاهُ كَانَ أَشْهَدُ فِي الْكِتَابِ أَوْ لَمْ يَشْهَدْ أَمَا إِذَا أَشْهَدُ عَلَيْهَا فَحُكِيَ فِي التَّوْضِيحِ عَنِ الْبَاجِيِّ فِي ذَلِكَ رَوَايَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ ابْنُ رَشْدٍ فِي الْبَيَانِ، لَكِنْ قَالَ فِي التَّوْضِيحِ عَنِ الْبَاجِيِّ [إِنَّ²¹⁴⁰] الْقَوْلَ بِعَدَمِ إِنْفَازِهَا هُوَ مَشْهُورٌ قَوْلَ مَالِكٍ مِنْ رَوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ خِلَافُ ظَاهِرِ كَلَامِ الْمَصْنُفِ وَابْنِ الْحَاجِبِ فَإِنَّهُمَا حَكَمَا إِذَا لَمْ يُخْرِجْ الْكِتَابَ بِالْبَطْلَانِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمَا وَلَوْ كَانَ أَشْهَدُ عَلَيْهِمَا، وَأَمَا إِذَا لَمْ يَشْهَدْ فَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ عَنِ الْعَتَبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَلَوْ شَهِدَ عِدْلَانِ أَنَّ ذَلِكَ خَطَهُ حَتَّى يَشْهَدَهُمَا [عَلَيْهَا²¹⁴¹].

قال: وقد يكتب ولا يعزم، وتأولها عياض وقال: معناه إذا كتبها ليشهد فيها، وأما إذا كتبها بخطه وقال إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ ذلك إذا عرف أنه خطه كما لو أشهد. انتهى كلام العتبية الذي ذكره في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا. ويريد أن تلك الوصية لا تجوز ولو مات في مرضه ذلك أو سفره إذا لم يخرجها ولم يشهد، إلا أن يكتبها ويقول إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ على ما تأول عليه القاضي عياض مسألة العتبية، لكنها إذا قيدها بمرضه أو سفره فإنما تنفذ إذا مات فيهما، وأما إذا لم يمت فيهما فيأتي فيها الخلاف لأنه جعلها بمنزلة ما لو أشهد فيها، و[قد²¹⁴²] تقدم الخلاف في ذلك فتأمل، وأما إذا كتب وصيته في كتاب وأخرج الكتاب من يده ثم استرده بعد زوال المرض والسفر فلا خلاف في بطلان الوصية. /

ص: ولو أُلْقِيَهَا لِأَنَّ لَمْ يَسْتَرِدَّهُ ش: لما ذكر أنه إذا كانت الوصية مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجها من يده ثم استرده أنها تبطل ذكرها هنا أنها تبطل أيضا إذا كانت مطلقة أي غير مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجها ثم استرده من يد من جعلها عنده، وقال في التوضيح: وحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها، وذكر عياض أن ابن شبلون وغيره تأولوا الكتاب على ذلك، وأن ظاهر تأويل أبي محمد [أنه²¹⁴³] إنما يضر استرجاع المقيدة لا المبهمة، وأن أبا عمران تردد في ذلك. انتهى. واقتصر في البيان على حكاية البطلان، ولم يصرح بنفي الخلاف، وظاهر كلام

الحدِيث

2137 - في المطبوع انتفیان وما بین المعقوفین من ن عدود ص 370 يم 154 يحيى 504 يم 155 م 119.

2138 - في المطبوع يكتب وما بین المعقوفین من ما يابى 261 وسيد 49.

2139 - ساقطة من المطبوع وما بین المعقوفین من ن عدود ص 370 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 261.

2140 - في المطبوع وإن وما بین المعقوفین من ن عدود ص 370 ويحيى ص 1624 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 261.

2141 - في المطبوع عليه وما بین المعقوفین من ما يابى 261 وسيد 49 ويم 155.

2142 - ساقطة من المطبوع وما بین المعقوفین من ن عدود ص 370 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 261.

2143 - ساقطة من المطبوع وما بین المعقوفین من ن عدود ص 370 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 262.

نعم خليل أو قال متى حدث الموت أو بنى العرصة واشتركا.

متن الخطاب المصنف أنه مشى على ذلك، ولكن في قول المصنف: "ولو أطلقها" بعض قلق لأنه فرض أولا في المقيدة ثم بالغ في الإطلاق، ولو شبه المطلقة بالمقيدة فقال كأن أطلقها لكان أبين وأحسن. انتهى. وقوله لا إن لم يسترده أي لا إن لم يسترد الكتاب بعد أن أخرجه فلا تبطل الوصية، وسواء كانت مطلقة أو مقيدة، ونقله في التوضيح وقاله في البيان.

ص: أو قال متى حدث الموت ش: يعني أن الوصية تضي ولا تبطل إذا قال متى حدث الموت، وسواء قال ذلك في مرض أو سفر أو في صحة، وسواء مات في ذلك المرض أو السفر أو بعدهما، وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره فإنها تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يكون كتبها في كتاب وأخرجه من يده ثم استرده فإنها تبطل كما تقدم.

تغنيبه: قال الشارح: ومثل قوله متى حدث الموت قوله [متى مت أو ²¹⁴⁴] إن مت أو إذا مت، ونحوه في التوضيح قال: وسواء قالها في الصحة أو في المرض، ونصه: وإن أطلق الوصية فقال متى حدث الموت أو إن مت أو إذا مت فإنها ماضية، وظاهره يعني كلام ابن الحاجب سواء كتبها في كتاب أم لا استرجعها أم لا، أما إن لم يكتبها فقال غير واحد إنها نافذة أبدا لا ينقضها إلا تغييرها قالها في صحته أو في مرضه، وإن كانت بكتاب وأشهد فيه فهي ماضية بالاتفاق، سواء أقرها عنده إلى الموت أو جعلها على يد غيره حتى مات، وأما إن قبضها من يد من جعلها على يديه، سواء قبضها في الصحة أو في المرض فحكي صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها. انتهى.

ثم ذكر كلام عياض المتقدم عن ابن شبلون وتأويل أبي محمد فظاهره أنه إذا قال إن مت أو إذا مت وكان مريضا أنها تنفذ ولو صح من ذلك المرض، وهكذا قال في التنبيهات، ونصه: إذا كان إشهداه في غير كتاب في المبهمة فهي ماضية أبدا لا ينقضها إلا [تغيرها] ونسخها أشهد في مرضه أو صحته. انتهى. وهو خلاف ما قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم، ونصه: إن أوصى في صحته دون سفر ولا مرض فسواء قال فيها متى مت أو إذا مت، وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يسترجع الكتاب بعد أن وضعه عند غيره فتبطل بذلك وصيته، وكذلك إن أوصى في مرض أصابه [أو عند ²¹⁴⁵] سفر أرادته فقال في وصيته متى [ما مت، ²¹⁴⁶] وأما إن أوصى في مرض أصابه [أو ²¹⁴⁷] عند سفر أرادته لغزو فقال إن مت ولم يزد أو قال من مرضي هذا، وكذلك إن أوصى في [مرض ²¹⁴⁸] أصابه أو عند سفر أرادته لغزو فقال في وصيته إن مت في سفري هذا ولم يزد أو قال من مرضي هذا [أو سفري هذا ²¹⁴⁹] أو قال يخرج عني كذا وكذا ولم يذكر الموت بحال، فإن كان أشهد بذلك بغير كتاب لم تنفذ الوصية إلا

الحديث

2144 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 49 ومايبي 262 وم 120.

2145 * - في المطبوع وعند وما بين المعقوفين من يحيى 505 وم 120.

2146 * - في المطبوع متى مات وما بين المعقوفين من يحيى 505 وم 120.

2147 - في المطبوع ومايبي 262 و ما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 371 ويحيى ص 163 ويم 134.

2148 - في المطبوع مريض وما بين المعقوفين من ن عود ص 371 ويحيى ص 163 ويم 134 ومايبي 262.

2149 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 371 وم ص 120 ويم 134 ومايبي 262.

* - وفي يم ومايبي تغييرها.

كَأَيْصَائِهِ بِشَيْءٍ لَزِيدٍ ثُمَّ لِعَمْرُو وَلَا بَرَهْنَ وَتَزْوِيجَ رَقِيقٍ وَتَعْلِيمِهِ وَوَطْئِهِ وَلَا إِنْ أَوْصَى بِثَلَاثٍ مَالِهِ فَبَاعَهُ كَثِيَابِهِ وَاسْتَخْلَفَ غَيْرَهَا أَوْ يَتَّوَبَ فَبَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخِلَافِ مِثْلِهِ وَلَا إِنْ جَصَّصَ الدَّارَ أَوْ صَبَّغَ الثَّوْبَ أَوْ لَتَّ السُّوقَ فَلِلْمُوصَى لَهُ بِزِيَادَتِهِ وَفِي تَقْضِ الْعُرْصَةِ قَوْلَانِ وَإِنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى فَالْوَصِيَّتَانِ كَنُوعَيْنِ وَدَرَاهِمَ وَسَبَائِكَ وَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَإِلَّا فَأَكْثَرُهُمَا وَإِنْ تَقَدَّمَ وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِثَلَاثِهِ عَتَقَ إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَاثُ وَأَخَذَ بَاقِيَهُ وَإِلَّا قَوْمٌ فِي مَالِهِ.

أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك [السفر وإن²¹⁵⁰] كتب بذلك كتابا وضعه عند غيره نفذت [بكل حال متى ما مات،²¹⁵¹] وإن مات من غير ذلك المرض وفي غير ذلك السفر، واختلف قول مالك إن أقر [الكتاب²¹⁵²] عنده فمرة قال تنفذ على كل حال متى مات، ومرة قال لا تنفذ إلا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر وجه الأول أن إبقاءه الكتاب بعد برئه وقدمه دليل على إلغائه [التقيد بهما،²¹⁵³] ووجه الثاني / [اعتبار ظاهر²¹⁵⁴] لفظه، والأول أظهر من جهة المعنى، والثاني من جهة اللفظ، وكذا إذا قال وهو صحيح دون مرض أصابه ولا سفر أرادته إن مت في هذا العام فيخرج عني كذا وكذا وهو بمنزلة ما إذا قال إن مت في مرضي هذا أو سفري هذا. انتهى. والله أعلم.

ص: كأيصائه بشيء لزيد ثم بعمر وش: يعني أن من أوصى بشيء لإنسان ثم أوصى به لآخر فإنهما يشتركان فيه، وكذلك لو أوصى لواحد بثلاثة ثم أوصى لآخر اشتركا فيه وكذلك لو أوصى لواحد بالثلث ثم لآخر بالنصف أو بالجميع لاشتركا في الثلث على نسبة الأجزاء. والله أعلم.

ص: وإن أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان ش: يعني أن من أوصى لشخص بوصية ثم أوصى له بوصية أخرى، فالوصيتان له؛ يعني والوصيتان من نوع واحد وهما [متساويتان²¹⁵⁵] يدل على ذلك قوله وإلا فأكثرهما، وقوله كنوعين فعلم أن فرض المسألة أولا في كلامه فيما إذا كانتا من نوع واحد وهما متساويتان؛ لأن تشبيهه بالنوعين دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد، وقوله: "فأكثرهما" دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد مع التساوي، وقد قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو أوصى لواحد بوصية بعد أخرى من صنف واحد وإحدهما أكثر فأكثر الوصيتين، وقول المصنف وإحدهما أكثر يخرج ما إذا كانتا متساويتين، وذكر الباجي في المتساويتين قولين مثل أن يوصي له بعشرة ثم بعشرة الأول لمالك وأصحابه له العددان جميعا، وحكى في المعونة أن له أحدهما لجواز التأكيد ابن زرقون وانظر قوله هذا مع قول مالك وأصحابه، وفي الموازية عن مالك من رواية ابن القاسم أن له أحدهما مثل قول عبد الوهاب. انتهى.

ص: وإلا فأكثرهما [وإن تقدم²¹⁵⁶] ش: تصوره ظاهر.

- 2150 - في المطبوع واختلف قول مالك إن أقر الكتاب (ويحيى ص 163 إن كتب) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 371 وم ص 120 وم 134 وسيد ومايبي 262.
- 2151 * - في المطبوع بكل حال نفذت وإن وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 49 وم 120 ومايبي 262 وم 155.
- 2152 - في المطبوع الكتابة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 371 وم 120 وم 155 ويحيى 505.
- 2153 * - في المطبوع التنفيذ لها وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 49 وم 120 ومايبي 262.
- 2154 - في المطبوع زائد ظاهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 371 ويحيى ص 163 وم 134 ومايبي 262.
- 2155 - في المطبوع متساويان وما بين المعقوفين من مايبي 262 وسيد 50.
- 2156 * - في المطبوع إن تقدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372.

وَدَخَلَ الْفَقِيرُ فِي الْمُسْكِينِ كَعَكْسِهِ وَفِي الْأَقْرَبِ وَالْأَرْحَامِ وَالْأَهْلِ أَقْرَبُهُ لَأُمَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَقْرَبُ لِأَبٍ وَالْوَارِثُ كَغَيْرِهِ بِخِلَافِ أَقْرَبِهِ هُوَ وَأَوْثَرُ الْمُحْتَاجِ الْأَبْعَدُ إِلَّا لِبَيَّانِ فَيَقْدَمُ الْأَخُ وَأَبْنُهُ عَلَى الْجَدِّ وَلَا يُخَصُّ وَالزَّوْجَةُ فِي جَيْرَانِهِ لَا عَبْدٌ مَعَ سَيِّدِهِ وَفِي وَلَدٍ صَغِيرٍ وَيَكْرُ قَوْلَانِ وَالْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ إِنْ لَمْ يَسْتَتْنِيهِ وَالْأَسْفَلُونَ فِي الْمَوَالِي وَالْحَمْلُ فِي الْوَالِدِ وَالْمُسْلِمُ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ فِي عَبِيدِهِ الْمُسْلِمِينَ لَا الْمَوَالِي فِي تَمِيمٍ أَوْ بَنِيهِمْ وَلَا الْكَافِرُ فِي ابْنِ السَّبِيلِ.

نص خليل

مسألة: إذا قال أعطوا فلانا مائة ولم يقل مائة دينار ولا درهم فإن دل سياق كلامه على الدنانير أو الدراهم حمل عليه كأن يقول أعطوا فلانا مائة دينار ذهباً وفلانا مائة فتحمل على الذهب [أو] ²¹⁵⁷ أعطوا فلانا مائة درهم وفلانا عشرة فتحمل على الدراهم وإن لم يدل سياق كلامه على شيء فإنه يحمل على الغالب في البلد من الدنانير أو الدراهم، فإن لم يغلب أحدهما حمل على الأقل وهو الدرهم. قاله في رسم الصلاة من سماع يحيى وفي أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا قال: وفي معين الحكام وإن أوصى له بعين ولم يبين سكتها دفع له الأكثر جريانا فإن استوى جريهما دفع له الأقل إلا أن يتبين أنه أراد الأكثر وكذلك لو أوصى له بعدد أمداد من الطعام ولم يبين قمحا ولا شعيرا أجري الأمر على ما ذكر، وقال قبله بنحو الورقة: مسألة إذا ذكر الموصي في وصيته أن تنفذ وصيته من سكة كانت تجري [في تاريخ الوصية] ²¹⁵⁸ ثم توفي الموصي وقد انقطعت تلك السكة فإنها تنفذ وصيته من تلك السكة التي كانت تجري يوم الوصية إلا أن يقول في وصيته إنها تكون من النقد الجاري يوم تنفيذ الوصية فيكون كما عهد فإن وقعت الوصية مسجلة يعني مطلقة، ولم يشترط صفة فإنها تكون مما يجري يوم التنفيذ وذلك بخلاف الكوالية والدين. انتهى.

متن الخطاب

مسألة: قال في باب الوصايا من معين الحكام: إذا أوصى أن يعطى إناء فألفي مملوءا دنانير أو دراهم فإن علم الناس أنه مما يدفع فيه ذلك أعطي بما فيه وإلا أعطي الإناء وحده، وكذلك لو أوصى بزق فألفي مملوءا عسلا أو سمنا دفع له بما فيه. انتهى.

ص: ودخل الفقير في المسكين كعكسه ش: تصوره واضح.

مسألة: قال القرطبي في تفسير: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ /

374

المسألة الرابعة: وهي فائدة الخلاف في الفقراء والمساكين هل هما صنف واحد أو أكثر فيظهر فيمن أوصى بثلاث ماله [لفلان و] ²¹⁵⁹ للفقراء وللمساكين [فمن] ²¹⁶⁰ قال هما صنف واحد قال يكون لفلان نصف الثلث وللفقراء والمساكين النصف الثاني، ومن قال هما صنفان قال يقسم الثلث بينهم أثلاثا. انتهى. وقال ابن عرفة: قول ابن شاس: يدخل الفقراء في لفظ المسكين والعكس. ظاهره ولو على عدم الترادف، وهو صواب إن كان الموصي عاميا، وإلا ففيه نظر. انتهى.

الحديث

2157 - في المطبوع وأعطوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 373 وم ص 120 ويم 134 وما يابى 263.

2158 * - في المطبوع من تاريخ وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 50 وم 120 ويم 155 وما يابى 263.

2159 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى ص 163 ويم 135 وما يابى 263.

2160 - في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى ص 163 وم ص 120 ويم 135 وما يابى 263.

نص خليل

وَلَمْ يَلْزَمْ تَعْمِيمُ كَغَزَاةٍ وَاجْتِهَادٌ كَزَيْدٍ مَعَهُمْ وَلَا شَيْءٌ لَوَارِثِهِ قَبْلَ الْقَسْمِ وَضُرِبَ لِمَجْهُولٍ فَأَكْثَرَ بِالثَّلْثِ وَهَلْ يُقَسَّمُ عَلَى الْجِصَصِ قَوْلَانِ وَالْمَوْصَى بِشِرَائِهِ لِلْعِتْقِ يَزَادُ لِلْثُلْثِ قِيَمَتَهُ ثُمَّ اسْتُوْنِي ثُمَّ وُرِثَ وَبَيَّعَ مِمَّنْ أَحَبَّ بَعْدَ النَّقْصِ وَالْإِبَايَةِ وَاشْتَرَاءُ لِفَلَانٍ وَأَبَى بُحْلاً بَطَلَتْ وَلِزِيَادَةِ فَلِلْمَوْصَى لَهُ وَبَيَّعِهِ لِلْعِتْقِ نُقْصَ ثَلَاثُهُ وَإِلَّا خَيْرَ الْوَارِثِ فِي بَيْعِهِ أَوْ عِتْقَ ثَلَاثِهِ أَوْ الْقَضَاءِ بِهِ لِفَلَانٍ فِي لَهُ وَيَعْتَقُ عَبْدًا لَا يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ الْحَاضِرِ وَقَفَ إِنْ كَانَ لِأَشْهُرٍ يَسِيرَةٍ وَإِلَّا عَجَّلَ عِتْقَ ثُلْثِ الْحَاضِرِ ثُمَّ تَمَّ مِنْهُ وَلَزِمَ إِجَازَةُ الْوَارِثِ بِمَرَضٍ لَمْ يَصِحَّ بَعْدَهُ إِلَّا لِتَبْيِينِ عُدْرٍ بِكَوْنِهِ فِي نَفَقَتِهِ أَوْ دَيْنِهِ أَوْ سُلْطَانِهِ إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ مَنْ يَجْهَلُ مِثْلَهُ أَنَّهُ جَهْلٌ أَنْ لَهُ الرُّدَّ لَا بِصِحَّةٍ وَلَوْ بِكَسْفٍ وَالْوَارِثُ يَصِيرُ غَيْرَ وَارِثٍ وَعَكْسُهُ الْمُعْتَبَرُ مَالَهُ.

متن الخطاب

375

ص: ولم يلزم تعميم كغزاة ش: اعلم أن الموصى له إذا كان معيناً كفلان [وفلان و²¹⁶¹] أولاد فلان ويسميهما فلا خلاف أنه يقسم/ بين الجميع بالسوية ومن مات فلوارثه حصته ومن ولد لم يدخل، وإن كان الموصى لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين والغزاة وبني تميم وبني زهرة ونحوهم مما لا يمكن الإحاطة بهم فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم بل [يقسم بينهم²¹⁶²] بالاجتهاد ويكون لمن حضر القسم ولا شيء لمن مات قبله ومن ولد أو قدم قبله استحق، وإن كان الموصى لهم يمكن حصرهم ولكن الميت لم يعينهم كقوله [لأولاد فلان أو لإخوتي وأولادهم أو لأخوالي²¹⁶³ وأولادهم ونحو ذلك فاختلف فيه على قولين فقل إنهم كالمعينين يقسم بينهم بالسوية، ومن مات قبل القسم فنصيبه لوارثه ومن ولد بعد موت الموصى لم يدخل، وقيل كالمجهولين من مات قبل القسم لم يستحق، ومن ولد استحق ويقسم بينهم بالاجتهاد، وذكر ابن القاسم في المدونة أنه لمن حضر القسم ولا شيء لمن مات قبله ومن ولد قبله دخل ثم ذكر أنه يقسم بينهم بالسوية، ففهم سحنون أن لابن القاسم قولين وجعله خلافاً.

376

وقال ابن يونس: ليس بخلاف، بل مذهبه أنه لمن حضر القسم وأنه يقسم بالسوية. قال: وهو قول مالك وهذا هو الظاهر. انظر ابن يونس وأبا الحسن، وانظر الرجراجي فإن كلامه يقتضي أن المشهور أنه لمن حضر القسم إن كان أولاد فلان فلا يمكن زيادتهم، وانظر الشامل فيمن أوصى لقربته. فرع: فقراء الرباط والمدرسة الظاهر أنهم من هذا القسم. والله أعلم. ص: ولزم إجازة الوارث بمرض ش: يعني إذا أوصى الميت بأكثر من الثلث أو لوارث كما فرض المسألة في التوضيح.

ص: والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر ماله ش: مثال الصورة الأولى إذا أوصى لأخيه ولا ولد له ثم ولد له أو أوصت المرأة لزوجها ثم أبنتها، ومثال العكس أن يوصي لامرأة ثم يتزوجها أو يوصي لأخيه وله ولد فيموت الولد ويصير الأخ هو الوارث، وجعل الشارح في الكبير مثال الثانية ما

الحديث

2161 - في المطبوع كفلان أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويم 135 ومايأبي 263.

2162 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ويحيى ص 163 وم 120 ويم 135 ومايأبي 263.

2163 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ومايأبي 263 (يم ص 135 كقوله لأولاد فلان أو لأخوالي وأولادهم أو لأخوالي) (يحيى ص 163 كقوله لأولاد فلان وإخوتي أو لأولادهم أو لأخوالي) (م ص 120 كقوله لأولاد فلان أو لأخوتي أو لأولادهم أو لأخوالي).

وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَاجْتَهَدَ فِي ثَمَنٍ مُشْتَرَى لِظَهَارٍ أَوْ لَتَطَوَّعَ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ سَمِيَ فِي تَطَوُّعٍ يَسِيرًا أَوْ قَلَّ
الثَّلْثُ شُورِكٌ بِهِ فِي عَبْدٍ وَإِلَّا فَأَخْرَجُ نَجْمَ مَكَاتِبٍ وَإِنْ عَتَقَ فَظَهَرَ دَيْنٌ يَرُدُّهُ أَوْ بَعْضُهُ رَقًّا الْمُقَابِلُ وَإِنْ
مَاتَ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ وَلَمْ يُعْتَقَ اشْتَرَى غَيْرَهُ لِمَبْلَغِ الثَّلْثِ.

متن الحطاب إذا أوصت لزوجها ثم أبتها وهو سهو فإنه مثال للأولى، وغره في ذلك ما يتبادر من كلام التوضيح فإن المتبادر للفهم منه كما قال الشارح، لكن يمكن رده إلى الصواب بالتأمل، بخلاف كلام الشارح. ص: ولو لم يعلم ش: هذا الخلاف في الصورة الأولى وهي ما إذا أوصى لوارث ثم صار غير وارث، وأما الثانية فلا يتصور فيها وجود الخلاف.

ص: فإن سمي في تطوع يسير أو أقل الثلث ش: احترز بالتطوع من الظهار. قال في التوضيح: قال اللخمي: ويطعم به في الظهار، فإن فضل منه عن الإطعام فضلة كان الفاضل لهم. انتهى. وعبرة التبصرة أوفى مما نقله في التوضيح، ونصه: وإن لم يبلغ ذلك وكان العتق عن ظهار أطعم عنه إن [وفى²¹⁶⁴] بالإطعام أو ما بلغ منه، وإن كان فوق الإطعام ودون العتق أطعموا وكان الفاضل لهم، وهذا هو القياس، والاستحسان يتصدق بالفاضل، وإن كان العتق عن قتل [اشترك بما ينوب العتق في رقبة²¹⁶⁵] كالتطوع. انتهى.

ص: وإلا فأخر نجم مكاتب ش: هكذا في المدونة. / والظاهر أنه لا فرق بين الأول والآخر، ولفظ اللخمي: قال مالك: ويعان به مكاتب، ولا يقال إنما اشترط الأخير لأنه إذا أدى أو لا فقد يعجز فلا يحصل العتق المقصود؛ لأننا نقول إن عجز يؤخذ ذلك من سيده لأنه إنما يدفع للمكاتب لقصده العتق لا لقصده الصدقة، نعم آخر نجم أولى [لأنه يشبه²¹⁶⁶] أنه ما عتق إلا بسببه، [وللأمن من المخاصمة²¹⁶⁷] بعد عجزه. والله أعلم.

ص: وإن مات بعد اشترائه ولم يعتق اشترى غيره لمبلغ الثلث ش: قال في الوصايا الأول من المدونة: ومن أوصى بنسمة تشتري للعتق لم تكن²¹⁶⁸ بالشراء حرة حتى تعتق لأنه لو قتله رجل أدى قيمته عبداً وأحكامه في جميع أحواله أحكام العبد حتى يعتق. انتهى. قال اللخمي في تبصرته: وإن قال فإذا اشتريتها فهي حرة كانت حرة بنفس الشراء. انتهى. ونقله أبو الحسن الصغير وقبله. ثم قال في المدونة: فإن مات بعد الشراء وقبل العتق كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث. انتهى. وظاهره فرطوا في تأخير العتق أو لم يفرطوا، ولم أر من نص على ذلك بالإطلاق أو التقييد، وفي سماع عيسى في رسم لم يدرك من كتاب الوصايا الثاني ما نصه: وسألته عن الرجل يوصي أن يشتري من ماله رقبة، وذكر أنها واجبة عليه فابتاعوا رقبة قبل أن يقسم ماله فمات العبد

2164 * - في المطبوع وافى والمثبت يحيى 506 وميaby 264 وم 120 ويم 156.

2165 * - في المطبوع اشترى بما ينوب القتل في رقبته وما بين المعقوفين من يحيى 506 وسيد 50 وم 120 ويم 156 وميaby 264.

2166 - في المطبوع لأنه لا يشبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135 وميaby 264.

2167 - في المطبوع والأمر من المخاصم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135 وميaby 264.

2168 * - وعبرة التهذيب ج 4 ص 229 تشتري فتعتق لم تكن ص 377.

نص خليل وَبِشَاةٍ أَوْ بَعْدٍ مِنْ مَالِهِ شَارَكَ بِالْجُزْءِ وَإِنْ لَمْ يَبْقَ إِلَّا مَا سَمِيَ فَهُوَ لَهُ إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَاثُ.

متن الخطاب

أو جنى جنانية تحيط برقبته قبل أن ينفذ عتقه. قال ابن القاسم: إذا مات فإنه يرجع أيضا في المال فيخرج مما بقي ثمن رقبة [فتشتري²¹⁶⁹] فيعتق إن حمل [ثلث²¹⁷⁰] ما بقي بعد موت الغلام ما يكون فيه رقبة أو ما كان من ثلثه، وكذلك لو أخرج ثمنه فسقط، وأما إذا جنى خير الورثة في أن يسلموه ويبتاعوا من ثلث ما بقي عبدا وأن يفتكوه فيعتقوه، وكذا يرجع أبدا في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه أو يقسم المال، فإن قسم وقد اشترى وأخرج ثمنه فذهب فلا شيء على الورثة إلا أن يكون معه في الثلث أهل وصايا قد أخذوا وصاياهم فيؤخذ مما أخذوا مما يبتاع به رقبة لأنه لا تجوز وصيته ولم ينفذ إلا أن يكون معه في الوصية من الواجب ما هو مثله فيكون في الثلث سواء، وإن بقي في أيدي الورثة من الثلث ما يبتاع به رقبة ثم أخذ ذلك من أيديهم بعد القسم وابتاع به رقبة وأنفذ لأهل الوصايا وصاياهم ولا يكون لهم من الثلث شيء وثم وصايا لم تنفذ.

قال ابن رشد: قوله إذا مات العبد قبل أن يعتق أنه يرجع في ثلث ما بقي بعد العبد فيشتري به عبدا آخر فيعتق إن كان المال لم يقسم، وإن كان قد قسم لم يرجع على الورثة إلا إن بقي في أيديهم من الثلث بعد العبد الذي كان اشترى للعتق فمات استحسان لا يحمله القياس؛ لأن الحقوق الطارئة على التركة لا يسقطها قسمة المال، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يرجع إلى ما بقي من المال فيخرج ثلثه ويكون ذلك كشيء لم يكن لا يحتسب²¹⁷¹ في ثلث، ولم يفرق بين أن يكون المال قد قسم أو لم يقسم، وهو ظاهر ما في كتاب الوصايا الأول من المدونة، ومن الناس من ذهب إلى أنه يفسر ما في المدونة بما وقع في هذه الرواية من الفرق بين أن يقسم المال أو لا يقسم، وهو قول أصبغ، وليس ذلك بصحيح؛ لأن الأولى أن يحمل الكلام على الظاهر مما هو القياس، ولا يعدل به عن ظاهره بالتأويل إلى ما ليس بقياس، وإنما هو استحسان، وكذلك قوله إنه يرجع في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه يريد أنه إذا نفذ عتقه فاستحق بعد العتق لا يرجع في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته وإن لم يقسم المال، وإنما يرجع فيما [بقي من الثلث²¹⁷²] بعد قيمته هو استحسان أيضا على غير قياس، والذي يوجب النظر بالقياس على الأصول أن يرجع أيضا إذا استحق العبد بعد أن عتق في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته؛ قسم المال أو لم يقسم. انتهى.

ص: وبشاة أو عدد من ماله [شارك²¹⁷³] بالجزء ش: يعني أن من أوصى لشخص بشاة أو بعدد من ماله فإنه يشارك بالجزء، ومعنى / يشارك بالجزء أنه يكون شريكا بنسبة تلك الشاة من الغنم أو بنسبة ذلك العدد من الغنم، فإن أوصى له بشاة ومات عن خمس فله الخمس وإن أوصى له بثلاثة فله ثلاثة أخماس من الغنم فتقوم ويأخذ الموصى له [ذلك²¹⁷⁴] الجزء من الغنم، سواء كان عدده قدر

378

الحديث

2169 * - في المطبوع فيشتري وما بين المعقوفين من م 121 وسيد 50 ومايaby 265 ويم 156.

2170 * - في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من البيان ج 13 ص 130.

2171 * - في يحيى 506 ويم 156 ومايaby 265 لم يكن لا يحسب م 121 لم يكن ولا يحسب ص 377.

2172 - في المطبوع بقي من من الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135 ومايaby 265.

2173 - في المطبوع يشارك وما بين المعقوفين من مايaby 265 وسيد 50 ويم 156.

2174 - في المطبوع بذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135 ومايaby 265.

نص خليل
لَا ثَلَاثُ غَنَمِي فَتَمُوتُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَلَهُ شَاةٌ وَسَطٌّ وَإِنْ قَالَ مِنْ غَنَمِي وَلَا غَنَمَ لَهُ بَطَلَتْ كَعَتَقِ
عَبْدٍ مِنْ عَيْبِدِهِ فَمَاتُوا وَقَدَّمَ لِضَيْقِ الثَّلَاثِ فَكُ أَسِيرٌ ثُمَّ مُدَبَّرٌ صِحَّةً ثُمَّ صَدَاقٌ مَرِيضٍ.

متن الحطاب
الذي أوصى به الميت أو أكثر أو أقل بالقرعة. هذا قول ابن القاسم لكنه لم يراع الجزء يوم الموت
مطلقاً، بل راعاه بشرط أن تبقى الغنم إلى يوم التنفيذ، فإن لم تبقى الغنم على عددها بل نقصت فله
نسبة ذلك العدد إلى الموجود يوم التنفيذ، فإن لم يبق إلا ذلك العدد أخذه الموصى له إن حمله الثلث.
قال في أول الوصايا الأول [من المدونة: ²¹⁷⁵] قال غير ابن القاسم ما مات أو تلف قبل النظر في الثلث
[فكأن ²¹⁷⁶] الميت لم يتركه. انتهى. قال أبو الحسن: ظاهره فرطوا أم لا، وقول الغير تفسير وتتميم.
انتهى. فلو أوصى له بعشرة من غنمه وهي خمسون ثم تلف منها عشرون فله ثلث الثلاثين الباقية
وإن بقي عشرون فله نصفها، وإن بقي خمسة عشر فله ثلثها، [وإن ²¹⁷⁷] بقي عشرة أخذها
[إن ²¹⁷⁸] حمل ذلك الثلث، فإن لم يبق من الغنم شيء أو استحقت كلها فلا شيء له. نص عليه ابن
عرفة ونحوه في التوضيح، وفي المدونة أول الوصايا ما يدل كالصريح لمن تأمل.
ص: لا ثلث غنمي فتموت ش: يريد فيموت غالبها وتبقى بقية فليس للموصى له إلا ثلث الباقي.
والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ: من أوصى لرجل بعشر شياه من غنمه ومات وهي ثلاثون فولدت بعده
فصارت خمسين له خمسها. قاله أشهب مرة، ومرة قال له من الأولاد بقدر ماله من الأمهات إن
كانت الأمهات عشرين أخذ عشرا من الأمهات ونصف الأولاد إن حمله الثلث أو ما حمل منها.
انتهى.

ص: وقدم لضيق الثلث ش: قال ابن عرفة: والمخرج من ثلثه الوصايا وتبرعات مرض موته، فإن
ضاق ونص على تقدم شيء على شيء له رده قدم عليه، وتقدم القول فيه وما ذكره الباجي فيه وإلا
قدم الآكد. انتهى. وكلام الباجي قبل هذا الكلام بنحو الأربع ورقات وهو يحتاج إلى تأمل، وهو كلام
ابن رشد في المقدمات، ونصه: وإذا ضاق الثلث عن الوصايا يبدأ بالآكد والأقدم فالأقدم وما كان
بمنزلة واحدة في التأكيد تحاصوا في الثلث وإن كان بعضها أقدم من بعض، إلا أن ينص الموصي على
تقدم بعضها على بعض فيبدأ بالذي نص على تبدئته اتباعاً لوصيته وإن كان غيرها من الوصايا آكد
ما لم يكن مما يجوز الرجوع عنه كالمبتل في المرض والمدبر فيه أو في الصحة. انتهى.

ص: ثم مدبر صحة ش: قال في كتاب المدبر منها: ومن مات وترك مدبرين فإن كان دبر/
واحدا بعد واحد في صحة أو في مرض، أو دبر في مرض ثم صح [فدبر، ثم ²¹⁷⁹] مرض [فدبر
فذلك ²¹⁸⁰] سواء، ويبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث، فإن بقي أحد منهم رق، ولو دبرهم في كلمة

379

الحديث

2175 - ساقطة من المطبوع وما يابى 265 ويحيى ص 165 ويم ص 135 وم 121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378.
2176 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى ص 165 وم ص 121 ويم 135 وما يابى 265.
2177 * - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من يحيى 507.
2178 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى ص 165 وم ص 121 ويم 135 وما يابى 265.
2179 * - في المطبوع فدبر في صحته ثم ما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج 2
ص 141.

نص خليل

ثُمَّ زَكَاةٌ أَوْصَىٰ بِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِحُلُولِهَا وَيُوصِيَّ فِيمَنْ رَأَسَ الْمَالِ.

متن الخطاب

في صحة أو مرض عتق جميعهم إن حملهم الثلث، وإن لم يحملهم لم يبدأ أحدهم على صاحبه، ولكن يفض الثلث على جميعهم بالقيمة فيعتق من كل واحد حصته منه، وإن لم يدع [غيرهم²¹⁸¹] عتق ثلث كل واحد ولا [يسهم²¹⁸²] بينهم بخلاف المبتلين في المرض. انتهى. قال في هذا المحل من التوضيح: هو المشهور، وقيل يقرع بينهم. انتهى.

ص: ثم زكاة أوصى بها ش: يعني ثم زكاة فرط فيها وأوصى بها في مرضه، أما لو لم يفرط فيها فهي المسألة الآتية في قوله: إلا أن يعترف إلى آخره، وأما لو أقر في صحته وأشهد بها فإنها من رأس ماله كما سيأتي في أول باب الفرائض، ولو فرط فيها ولم يوص بها في مرضه فلا تخرج من ثلثه ولا غيره. قال في التوضيح: ولو قال في مرضه سأخرجها. انتهى. ومراد المؤلف زكاة الأموال، سواء كانت عينا أو حرثا أو ماشية. قال في المنتقى: قال في كتاب ابن المواز: زكاة المال والحب والماشية سواء، يخاص فيها عند ضيق الثلث. انتهى.

ص: إلا أن يعترف بحلولها ويوصي فمن رأس المال ش: هذه هي الزكاة التي لم يفرط فيها وفرق المؤلف بين العين وغيرها فشرط في العين أن يعترف بحلولها ويوصي بالمال أما اشتراط الاعتراف فتبع فيه ابن الحاجب، وقد اعترضه في توضيحه، وكذلك ابن عبد السلام وابن عرفة، ونص ابن عرفة: قول ابن الحاجب إن اعترف بحلولها حينئذ [و²¹⁸³] أنه [لم²¹⁸⁴] يخرجها فمن رأس ماله خلاف اقتضاء ظاهر الروايات شرط علم حلولها حينئذ من غيره، ولصحة تعليل الصقلي ما أخرج منها في الثلث [بكونه²¹⁸⁵] لم يعلم إلا من قبله. انتهى. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أنه يكتفى في هذا باعتراف الموصي، سواء عرف ذلك من غيره أم لا، وفي موافقته للرواية نظراً؛ أي لأن في المدونة فما عرف من هذا انتهى. وأشار إلى قوله في الوصايا الأول: فأما المريض يحل حول زكاته أو [يقدم²¹⁸⁶] عليه مال حال [حوله²¹⁸⁷] فما عرف من هذا فأخرجه [في²¹⁸⁸] مرضه أو أمر بذلك ثم مات فإنها [فارعة²¹⁸⁹] من رأس ماله، فإن لم يأمر بها لم يقض بها على الورثة وأمروا بغير قضاء. انتهى. وأما اشتراط الإيضاء فهو مذهب المدونة كما علمت الآن. والله أعلم. وقوله في المدونة: "فارعة" هو بالعين المهملة؛ أي خارجة ولها حكاية. قال المشذالي في [حاشيته: ²¹⁹⁰] قوله:

الحديث

2180 * - في المطبوع فدبر في مرضه فذلك ما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج 2

ص 141.

2181 - في المطبوع ومايأبى 266 ويحيى ص 165 وم ص 121 إلا هم وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 541

وصوبه الشيخ محمد سالم.

2182 - في المطبوع سهم يحيى ص 165 وم ص 121 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 379 ويم ص 136 ومايأبى 266.

2183 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 379 ويم ص 136 ومايأبى 266.

2184 - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من يم 157 ومايأبى 266.

2185 * - في المطبوع لكونه وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 50 ومايأبى 266 ويم 157.

2186 - في المطبوع مقوم وما بين المعقوفين من مايأبى 266 ويم 157 والتهذيب، ج 4 ص 255.

2187 - في المطبوع حلولة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 379 ومايأبى 266.

2188 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 255.

2189 - في المطبوع ومايأبى 266 فارغة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 379 ويحيى ص 165 ويم 136.

2190 * - في المطبوع حاشية وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 50 ومايأبى 266 ويم 157 ويحيى 507.

نص خليل
كَالْحَرْثِ وَالْمَاشِيَةِ وَإِنْ لَمْ يُوصَ ثَمَّ الْفَطْرُ ثَمَّ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ وَقَتْلٍ وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ثَمَّ كَفَّارَةُ يَمِينِهِ ثَمَّ فَطْرُ
رَمْضَانَ ثَمَّ لِلتَّفْرِيطِ ثَمَّ النَّذْرُ ثَمَّ الْمُبْتَلُ وَمُدَبِّرُ الْمَرْضِ.

متن الخطاب
"فارعة من رأس المال" كتب بعض الموثقين الأندلسيين وثيقة في المدبر، وذكر فيها فارغا من رأس المال؛ يعني بالمعجمة، فدخل بها على بعض القضاة فقال له القاضي: هل عندك من غريب؟ فأخرج الوثيقة فطقق يقرؤها حتى بلغ فارغا، فاستعاده القاضي، فأعاد فقال له: صحفت يا فقيه؟ فتأمل. فقال: كذا رويتها وضبطتها عن أشياخي وكذا هي في الأمهات. فقال له القاضي: كل كتاب وقعت فيه كذلك أو شيخ رواها كذلك فقد أخطأ، فخرج من عنده ولم يفهمه جوابها، فتحير الطالب الموثق، فبعث أسئلة إلى قرطبة وضواحيها فاضطربت أجوبتهم فيها، فقال بعضهم يصح فيها الوجهان، وقال بعضهم بالغين المعجمة، وقال بعضهم بالمهملة ثم [رجع²¹⁹¹] إلى القاضي، فقال القاضي: كلهم أخطؤا اللفظ بالمهملة، وأول من صدرت عنه مولانا عمر بن الخطاب رضي الله عنه. قلت: هذا الموثق إن كان بعد عياض فهو قاصر، وقد نص عليها عياض في العتق الأول والعارية، وإن كان قبله فقد نص عليها صاحب الغريبين في باب الفاء. ص: كالحرث والماشية وإن لم يوص ش: سيأتي الكلام عليها محررا في أول الفرائض إن شاء الله. والله أعلم.

ص: ثم عتق ظهار وقتل ش: يعني قتل الخطأ كما قيده في المقدمات والباقي وغيرهما. قال الباجي: وأما العمدة فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أن كفارة الظهار مقدمة؛ إذ ليست بواجبة في العمدة انتهى. ونقله ابن عرفة. والله أعلم. ص: وأقرع بينهما ش: هذا أحد أربعة أقوال في المسألة نقلها في المقدمات وغيرها. قال في المقدمات: وذلك يعني الخلاف إذا لم يكن في الثلث إلا رقبة واحدة، وأما إذا كان في الثلث رقبة وإطعام فيعتق الرقبة في القتل ويطعم عن الظهار باتفاق. انتهى. والله أعلم. ص: ثم لفطر رمضان ش: قال البساطي: بالأكل والشرب، فإن قلت ذلك بالأكل والشرب لماذا؟ قلت: الكفارة بالجماع مجمع عليها، وكأن ذلك مقصود أهل المذهب حيث لا يقولون إلا كفارة الفطر. انتهى. وهذا الذي قاله غير ظاهر؛ لأن [الفطر²¹⁹²] يعم [ذلك،²¹⁹³] ولم أر أحدا قيده بما قال، فالصواب حمله على الإطلاق. والله أعلم. ص: ثم المبتل ومدبر المرض ش: يعني أنهما في مرتبة واحدة، فإن لم [يحملهما²¹⁹⁴] الثلث تحاصبا. قال في التوضيح: وهذا إذا [كانا²¹⁹⁵] في فور واحد ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر [بدئ²¹⁹⁶] بالأول لأنه ثبت له ما لا رجوع فيه أشهب والكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظة الواحدة، وقال ابن القاسم ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ. انتهى. وقال

الحديث

2191 * - في المطبوع رجعوا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ عدود ص 379 ومايأبي 267.

2192 * - في المطبوع المفطر وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 50 ويحيى 508 ومايأبي 267 ويم 157.

2193 - في المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 ويحيى ص 166 وم ص 122 ويم 136 ومايأبي 267.

2194 * - في المطبوع يحملها وما بين المعقوفين من يحيى 508 وسيد 50 ومايأبي 267 ويم 157.

2195 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من سيد 50 ومايأبي 267.

2196 * - في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من م 122 ومايأبي 267 ويحيى 508.

ثُمَّ الْمَوْصَى بِعِتْقِهِ مُعَيَّنًا عِنْدَهُ أَوْ يُشْتَرَى أَوْ لِكَشَهْرٍ أَوْ بِمَالٍ فَعَجَّلَهُ.

ابن عرفة: الباجي: هذا إذا كان في لفظ واحد أو في حكم اللفظ الواحد. قال في الموازية والعتبية والمجموعة: إن كانا في كلام واحد في مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصا، وقاله ابن القاسم، ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر [بدئ²¹⁹⁷] بالأول لأنه ثبت له ما لا يرجع فيه، ولأشهب في المجموعة الكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد، ولابن القاسم في الواضحة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ. قال أشهب: إن قال فلان حر بتلا ثم سكت سكوتا يعرف أنه لم يرد غيره ثم [يبدو له فبتل²¹⁹⁸] غيره بدىء الأول فالأول. اهـ. وكلام أشهب هذا الأخير هو الذي أشار إليه المؤلف بقوله آخر العتق: "إلا أن يرتب فيتبع". والله أعلم. وكذلك إذا دبر واحدا بعد واحد في كلمة واحدة الحكم واحد، وقد تقدم في لفظ المدونة. قال في المقدمات: والنذر الذي يوجبه على نفسه في المرض ينبغي أن يكون بمنزلة المبتل في المرض والمدبر فيه. انتهى.

ص: ثم الموصى بعتقه معيننا ش: لم يتكلم المؤلف رحمه الله تعالى على صدقة/ المريض المبتلة قال ابن عرفة: وقال ابن دينار صدقة المبتل مقدمة على الوصية بعتق معين إذ له أن يرجع عنه، وقاله المغيرة وعبد [الملك²¹⁹⁹] قال سحنون: كانت العطية قبل وصيته أو بعدها، وروى ابن القاسم أن مالكا توقف في تبديئة صدقة المبتل على الوصايا، وكذلك في العتبية، وتبدأ أحب إلي وأما على العتق بعينه فيبدأ العتق. ابن زرقون: الذي في سماع ابن القاسم من الوصايا أن الوصية يحاص بها مع صدقة المريض، وفي كتاب المراهبة من العتبية الصدقة مبدأة. انتهى. وفي رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر الرواية.

قال ابن رشد: ظاهر هذه الرواية أن السؤال فيها إنما هو عن الوصية بالصدقة والوصية على سبيل العطية فقال إنهما يتحاصان، ولا خلاف أحفظه في ذلك، وقد رأيت لابن دحون أنه قال قد قيل إن الصدقة تقدم على الوصية لأنها للفقراء والوصية للأغنياء، ولا أعرف هذا القول، ولا وجه له؛ إذ قد يتصدق على الغني ويعطى [الفقير²²⁰⁰] ويلزم أن تبدأ الوصية للفقير على الوصية للغني وذلك خلاف الإجماع، وإنما الاختلاف المعلوم في الصدقة المبتلة في المرض والوصية هل يتحاصان، أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل أنه إن صح لزمته؟ فروى الحارث عن ابن وهب قال: سمعت مالكا يقول في الرجل يتصدق بالصدقة في مرضه ويوصي لناس بوصايا ثم يموت فيريد أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه قال: لا أرى ذلك لهم؛ لأنه لو عاش ثم أراد أن يرجع في صدقته لم يكن له ذلك، ومثل هذا في المختصر الكبير لابن عبد الحكم عن مالك، ومثل هذا في كتاب ابن حبيب، وقد اختلف

2197 * - في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من م 122 يحيى 508 وسيد 50.

2198 - في المطبوع يبدأ له (يحيى ص 166 فيبتل) (م ص 122 تبتل) (بم ص 136 ابتتل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 وما يابى 267 (يبدوا له بتبتل)

2199 - في المطبوع الوهاب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى ص 166 وم ص 122 ويم 136 وما يابى 267.

2200 * - في المطبوع للفقير وما بين المعقوفين من يحيى 508 والبيان ج 12 ص 448.

متن الخطاب قول مالك في هذا الأصل. انتهى. فحاصله أن الصدقة المبتلة ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروي عن مالك وعن أكثر أصحابه، وهل يقدمان على الموصى بعقته؟ اختار ابن القاسم تبديئة الموصى بعقته. والله أعلم. وهل تحتاج العطية في المرض إلى حوز؟ ففي المنتقى عدم احتياجها. انظره فيه بعد. يشير²²⁰¹ -والله أعلم- إلى قول الباقي في المنتقى في الوصايا في ترجمة الوصية في الثلث في شرح قوله في الحديث: { [أفأتصدق بثلثي²²⁰² مالي؟ قال: لا¹] } [فصل²²⁰³] [إن حملنا قوله [أفأتصدق²²⁰⁴] [بثلثي مالي²²⁰⁵] على بتل الصدقة في المرض والنبي عليه السلام منع من ذلك، وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو هبة أو عتق أو محاباة في بيع، فإن زاد على ذلك فالزيادة موقوفة، فإن أفاق من مرضه ذلك لزمه جميعه، وإن مات من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية إن أجازته الورثة، وإلا رد إلى الثلث، ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لأن حكمه حكم الوصية، وشذ أهل الظاهر وقالوا يلزمه الجميع إذا قبض الهبة أو الصدقة. انتهى. والمراد منه قوله: ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة؛ لأن حكمه حكم الوصية، والوصية لا يشترط فيها الحوز. فتأمل ذلك. والله أعلم. وألحق صاحب المقدمات بهذه الأربعة التي ذكرها المؤلف الموصى له بكتابتها إذا عجل الكتابة. والله أعلم.

فرع: جعل ابن رشد في نوازل الوصى بتحبيسه مع الموصى [له²²⁰⁶] بالثلث في مرتبة واحدة، ونقله البرزلي، وانظر الحبس المبتل في المرض هل يبدأ على الوصايا بمال؟ فإن في كلام ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس إشارة إلى ذلك، ونصه في شرح مسألة من حبس في مرضه دارا له وجعلها بعد حبسه في سبيل الله فأراد أن يغير ذلك في مرضه أذلك له؟ قال: نعم ذلك له. ونصه: قوله إن له أن يغير [ذلك²²⁰⁷] في مرضه يريد فينفذ تغييره، ويبطل الحبس إن مات من مرضه، وأما إن صح فيلزمه الحبس ويحكم به عليه، وإن كان قد يرجع عنه وغيره في مرضه، ووجه كونه له أن يغير ذلك في مرضه أنه لما كان الحبس لا ينفذ [إن²²⁰⁸] مات من مرضه إلا من الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه، فعلى قياس هذا إن مات من مرضه قبل أن يغير حبسه وقد أوصى بوصايا مال فلم يحمل/ ذلك ثلثه تحاصا في الثلث، ولم يبدأ الحبس المبتل في المرض على الوصية بالمال، وهذا أصل اختلف فيه قول مالك فيمن بتل عتق عبد له في مرضه، وأوصى بعق عبد له آخر فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك المبتل في المرض يبدأ على الموصى بعقته؛ أخذ بذلك ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار، وإياه اختار ابن المواز،

382

1 - الموطأ، رقم الحديث 1495 دار الفكر

الحديث

- والبخاري كتاب الجنائز دار الفجر رقم الحديث 1295

- ومسلم كتاب الوصية دار إحياء التراث العربي رقم الحديث 1628

2201 * - في يحيى 508 انظره فيه لعلمه يشير.

2202 * - في المطبوع إياهم وثلث وما بين المعقوفين من يحيى 508 ومن المنتقى ج 8 ص 94.

2203 * - في المطبوع فضل وما بين المعقوفين من يحيى 508 ومن المنتقى ج 8 ص 4

2204 - في المطبوع انا أتصدق وما بين المعقوفين من يحيى 508.

2205 * - في المطبوع بثلاث وفي يحيى 508.

2206 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى ص 166 وم ص 122 ويم 137 وما يابى 268.

2207 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 51 ويحيى 508 وما يابى 268 ويم 158.

2208 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 وما يابى 268 يم 158 م 122 ويحيى 508.

نص خليل ثم الموصى بكتابتيه والمعتق بمال والمعتق إلى أجل بعد ثم المعتق لسنة على أكثر ثم يعتق لم يعين ثم حج إلا لصورة فيتحصان كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه وللمريض اشتراء من يعتق عليه.

متن الخطاب فعلى هذا لا يجوز للمريض تغيير ما حبسه في مرضه ولا [ما²²⁰⁹] بتل عتقه فيه، وروى أشهب عن مالك أنهما يتحصان المبتل في المرض والموصى بعتقه فيه. قال ابن المواز: وقد نقل لي بعض أصحاب مالك أن مالكا رحمه الله رجع إلى هذا القول، وعليه لقي الله عز وجل، فقوله في هذه الرواية إن له أن يغير حبسه الذي حبسه في مرضه يأتي على قول مالك هذا الذي رجع إليه من أنهما يتحصان، ولا يبدأ المبتل في المرض على الموصى بعتقه. انتهى. فالمقصود من كلامه قوله فعلى قياس هذا [إن مات²²¹⁰] من مرضه قبل أن يغير حبسه إلى قوله على الوصية بالمال. ص: ثم الموصى بكتابتيه [والمعتق بمال والمعتق لأجل بعيد²²¹¹] ش: يعني أن العبد الموصى بكتابتيه ولم يجعلها والموصى بعتقه على مال ولم يجعله، والمعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين، وقوله: "ثم لسنة على الأكثر" يعني وأما [المعتق²²¹²] لسنة فيقدم على المعتق لأكثر منها وما معه وكانت الواو هنا أولى من ثم، ويشير إلى ما نقل في التوضيح عن عبد الحق، وقدم عبد الحق المعتق إلى سنة على المكاتب، وجعل المكاتب يتحصان مع المعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين، ومع المعتق على مال فلم يجعله. انتهى. وبهذا يستقيم كلام المؤلف. والله أعلم.

ص: ثم عتق لم يعين ثم حج ش: يعني أن العتق غير المعين يلي ما تقدم ويقدم على الحج ثم الحج بعد ذلك.

ص: إلا لصورة فيتحصان ش: أي إلا أن يكون الحج عن ضرورة فإنه يكون بمنزلة العتق غير المعين.

ص: كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه ش: [يعني²²¹³] كما أن العتق غير المعين يكون مع [حج²²¹⁴] الصلوة في رتبة واحدة، ويتحصان كذلك يكون العتق غير المعين مع معين غير العتق. قال في التوضيح: والمراد به العدد المسمى كعشرة دنانير ونحوها انتهى [يريد²²¹⁵] وكذلك العبد والداية والثوب [والدار/²²¹⁶] والكتاب ونحوها مع جزء أي جزء غير [العتق²²¹⁷] كربع المال وسدسه ونحو ذلك في رتبة واحدة فيتحصان، ولا يتقدم أحدهما على الآخر، فيتحصل من كلامه أن

383

الحديث

- 2209 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 166 وم ص 122 ويم 137 ومايابي 268.
- 2210 - في المطبوع أن من مات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 166 وم ص 123 ويم 137 ومايابي 268.
- 2211 - في المطبوع والمعتق لأجل بعيد والمعتق بمال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 166 ويم 137 ومايابي 268 (ثم الموصى بكتابتيه والمعتق بمال والمعتق لأجل بعد).
- 2212 - في المطبوع العتق وما بين المعقوفين من يم 158 ومايابي 268 وسيد 51.
- 2213 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 509 وسيد 51 ومايابي 269.
- 2214 - في المطبوع الحج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
- 2215 - ساقطة من المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايابي 269.
- 2216 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايابي 269.
- 2217 - في المطبوع المعين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383.

متن الخطاب
العتق غير المعين [وحج الضرورة ومعين²²¹⁸] غير العتق كعشرة دنائير ونحوها وجزء غير العتق كربع المال وثلثه في رتبة واحدة وإن حج غير الضرورة بعد ذلك. والله أعلم.

تنبيه: ما ذكره من أن معين غير العتق كالدابة والثوب ونحوهما والعدد المسمى كالعشرة ونحوها هو والجزء كسدس المال وربعه وثلثه في رتبة [واحدة هو مذهب²²¹⁹] المدونة، وقال ابن رشد في رسم الوصايا من سماع أشهب هو المشهور، وقيل إن التسمية مبدأة على الجزء، وقيل الجزء مبدأ. قال: وذلك إذا أبهم التسمية ولم يقل إنها من الثلث، فإن قال ذلك فلا خلاف أنها مبدأة. انتهى بالمعنى. وما ذكره من نفي الخلاف فمشكل، فقد ذكر في النوارى عن المجموعة وكتاب ابن المواز فيمن قال لفلان ثلثي ولفلان من ثلثي عشرة [أنه²²²⁰] قال ابن القاسم عن مالك: يبدأ بالتسمية إذا قال من ثلثي، وإن لم يقل من ثلثي فيتحصان، ثم رجع مالك فقال يتحصان قال من ثلثي أو لم يقل، وبه قال ابن القاسم. انتهى من الثالث من الوصايا. والله أعلم.

تنبيه: قد تقدم أنه إذا نص الميت على تبدئة شيء مما ذكر إلا أن غيره مبدأ عليه [أو²²²¹] هو وإياه في رتبة واحدة فإنه يبدأ ما أوصى به الميت إذا علم ذلك فقد ذكر في نوازل أصبغ أنه إذا أوصى لفلان بثلثه ولفلان بعدد مسمى. ثم قال في صاحب الثلث أو في صاحب العدد المسمى أنه لا ينقص أنه يبدأ دون الآخر، وقبله ابن رشد، ولم يذكر فيه خلافاً فانظره. وأما [لفظة²²²²] جميع فالظاهر أنها لا تفيد التبدئة، فقد قال في المدونة فيمن أوصى لإنسان بثلثه ثم أوصى لآخر بجميع ماله أن الثلث يقسم بينهما على أربعة للموصى له بالثلث ربع وثلثه أرباعه للموصى له بجميع المال. والله أعلم.

فرع: لو أعتق أحد عبيده في صحته ولم يعينه حتى مرض فقال عينت هذا صدق وعتق في جميع المال إلا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر فيكون الفضل في الثلث. قاله في العتق الأول من المدونة. أبو الحسن: قال بعض فقهاءنا: وتكون هذه الزيادة مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التي فرط فيها، ويحتمل أن تكون مبدأة على مدبر الصحة لأنه أمر عقده في الصحة، وإنما جعلت الفضلة في الثلث للثمة وغيره يراه من رأس المال ويحتمل أن يبدأ مدبر الصحة عليها إن كان التدبير قبل أن يقول أحد عبيدي حر. انتهى. والله أعلم.

ص: بثلثه ش: احترز بقوله: "بثلثه" مما إذا اشترى بأكثر من الثلث. ابن عرفة: وفيها من اشترى ابنه في مرضه جاز إن حمله [الثلث وعتق²²²³] وورث باقي المال إن انفرد وحصته مع غيره وإن

2218 - في المطبوع وحج ومعين وما بين المعقوفين من م 123 ويحيى 509 وسيد 51 ويم 158 ومايأبى 269.
2219 - في المطبوع واحدة وهو مذهب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 وم 123 ومايأبى 269 ويحيى 509.
2220 - في المطبوع أو لم يقل وبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايأبى 269.
2221 - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن ذي ص 383 ومايأبى 269.
2222 - في المطبوع لفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايأبى 269.
2223 - في المطبوع ويحيى ص 167 الصقلى قال محمد إن اشترى بأكثر من ثلثه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ومايأبى 269.

نص خليل بثلثه ويرث لا إن أوصى بشراء ابنه وعتق وقدم الابن على غيره وإن أوصى بمنفعة معين.

نص خليل

متن الخطاب [أعتق²²²⁴] مع ذلك عبده [بدئ²²²⁵] بالابن وورثه إن حمله الثلث. الصقلي: قال محمد: إن اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه محمل الثلث ولم يرثه، وفي سماع ابن القاسم مثله وفيه إن لم يحمله الثلث عتق منه محمله ورق ما بقي للورثة فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق ما بقي عليهم. قلت: فإن اشترى أباه بماله كله وورثه من يعتق عليهم جاز شراؤه وعتق عليهم. انتهى. [ونحوه²²²⁶] في التوضيح في أول كلامه وأثنائه وآخره، وكأنه هو المعتمد من الخلاف لتصدير ابن عرفة به ويلزم عليه جواز شراء المريض من يعتق على وارثه بماله كله، وهو ظاهر لأن له التصرف في ماله بالمعاوضة فتأمل. والله أعلم. وقال في الجواهر: إذا ملك قريبه في مرض الموت بالإرث عتق عليه من رأس ماله وإن ملكه بالشراء عتق من ثلثه وحكم الابن في ذلك حكم غيره، وإن ملكه بقبول وصية أو هبة فهو كملكه بالبيع ثم إذا عتق من رأس المال أو من ثلثه ورث، وقال أصبغ لا يعتق بحال. انتهى. ص: وقدم الابن على غيره ش: هو كقول ابن الحاجب فإن كان معه غيره قدم/الابن.

384

قال في التوضيح: يحتمل أن يريد فإن اشترى مع الابن غيره ممن يعتق عليه بدئ الابن على هذا مشاه ابن عبد السلام، ويحتمل أن يريد فإن كان مع الابن معتق غيره كما لو أعتق عبدا له في مرضه واشترى ابنه فأعتقه وقيمه الثلث. قال في المدونة: فالابن مبدأ ويرثه كما لو اشتراه صحيحا، وهذا الحمل الثاني أرجح؛ لأن المسألة كذلك في المدونة والجواهر وتمشية ابن عبد السلام أظهر من جهة اللفظ، لكن النقل لا يساعدها على إطلاقها لأنه إن كان واحدا بعد واحد فإنه يبدأ بالأول، وإن كان صفقة فقال أشهب على قياس قول مالك لا يتحصون وفي قوله بدئ الابن فأعتقه إن كان أكثر من الثلث وورثه. ابن يونس: يريد على مذهب الذي يرى أن يشتري بجميع المال إن لم يكن معه وارث. انتهى. فتعين أن يحمل كلام المؤلف هنا على التمشية الموافقة للمدونة. والله أعلم.

ص: وإن أوصى بمنفعة معين إلى قوله ثلث الجميع ش: أخذ المؤلف رحمه الله يتكلم على بعض مسائل من خلع الثلث فذكر ثلاثة مسائل الأولى إذا أوصى بمنفعة معين كما لو أوصى بخدمة عبد أو سكنى دار فإن الحكم في ذلك أن ينظر إلى ذلك المعين الموصى بمنفعته، فإن حمله الثلث نفذت الوصية، وإن كان الثلث لا يحمل قيمة ذلك المعين الموصى بمنفعته فإنه يخير الورثة بين أن يجيزوا ما أوصى به الميت، أو [يخلعوا²²²⁷] ثلث جميع ما ترك الميت من ذلك المعين وغيره. قال في المدونة في كتاب الوصايا الأول: ومن أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره سنة جعل في الثلث قيمة [الرقاب، فإن²²²⁸] حملها الثلث نفذت الوصايا وإن لم يحمل خير الورثة في إجازة ذلك أو

الحديث

2224 - في المطبوع وم ص123 عتق وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 ويحيى ص167 ويم137 ومايأبى269.
 2225 * - في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد51.
 2226 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 ويحيى ص167 وم ص123 ويم137 ومايأبى269.
 2227 - في المطبوع يخلع وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 ويم138 ومايأبى270.
 2228 - في المطبوع زاد في الأمهات أنه إذا قويم الخدمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 وم ص123 ويم138 ومايأبى270.

نص خليل
أَوْ يَمَّا لَيْسَ فِيهَا أَوْ بَعْتَقَ عَبْدَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ وَلَا يَحْمِلُ الثَّلَاثُ قِيَمَتَهُ خَيْرَ الْوَارِثُ بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ أَوْ
يَخْلَعَ ثَلَاثَ الْجَمِيعِ وَيَنْصِيبَ ابْنَهُ أَوْ مِثْلَهُ فَيَاْجُمِيعُ لَا أَجْعَلُوهُ وَارِثًا مَعَهُ أَوْ أَحِقُّوهُ بِهِ فَرَاثِدٌ.

متن الخطاب
القطع للموصى له بثلاث الميت من كل ما ترك بتلا والوصية في العبد بالخدمة أو بالغلة سواء. قال أبو
الحسن: [قوله²²²⁹] جعل في الثلث قيمة الرقاب. زاد في الأمهات: لأنني إذا قدمت الخدمة والسكنى
حبست الدار والعبد [عن²²³⁰] أربابهما وهم قد يحتاجون إلى البيع ابن يونس احتجاجه بالبيع لا
يصح في الدار الجائز بيعها واستثناء سكنها [سنة²²³¹] والمعروف من قول مالك وابن القاسم أن
يجعل الثلث في الرقاب، وإن كانوا قادرين على البيع للاستثناء، وأن لهم حقا في تعجيل الانتفاع
بالرقاب. ابن يونس: وإنما جعلت الرقاب في الثلث مع إمكان رجوع ذلك للورثة لأنه قد يموت
[العبد²²³²] وتنهدم الدار. انتهى. واحترز بقوله: "منفعة" مما إذا أوصى له بمعين كعبد أو دابة أو
دار إن لم يحمله الثلث. قال في المدونة: فإن قول مالك اختلف في هذه المسألة فقال مرة مثل ما تقدم،
وقال مرة يخيروا بين الإجازة وبين أن يقطعوا له بمبلغ ثلث جميع التركة في ذلك الشيء بعينه قال:
وهذا أحب إلي. انتهى. قال ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور أعني التفرقة بين الوصية بالمنافع
وبالمعين. والله أعلم.

ص: أو بما ليس فيها ش: أشار به إلى المسألة الثانية، ويعني بما ليس في التركة؛ يريد سواء كان
يحملة الثلث أم لا. قاله ابن عبد السلام، وسواء كان عينا أو عرضا على خلاف في هذا، إلا أن هذا
قول مالك وابن القاسم، واقتصر عليه ابن الحاجب. قاله ابن عبد السلام. والحكم في ذلك أن الورثة
يخيروا بين الإجازة فيشترون للموصى له ذلك الشيء الموصى به أو [يدفعوا²²³³] له ثلث جميع
التركة. والله أعلم. ثم أشار إلى المسألة الثالثة بقوله:

ص: أو بعثق عبده²²³⁴ بعد موته بشهر ش: وتصورها ظاهر من كلام الشارح.

ص: ولا يحمل الثلث ش: هذا شرط في المسألة الأولى والثالثة دون الثانية فاعلمه. والله أعلم.

ص: خير الوارث بين أن يجيز أو يخلع ثلث الجميع ش: هذا ظاهر في المسألة الأولى والثانية،
وأما في المسألة الثالثة فإنما [يخير الوارث²²³⁵] في إجازة الوصية أو القطع بمبلغ الثلث في العبد
نفسه على المشهور كما تقدم في مسألة الوصية بمعين. والله أعلم. ومسائل هذا الباب كثيرة، وفي
الوصايا من المدونة منها/ جملة. والله الموفق.

ص: وبنصيب ابنه إلى قوله فزائد ش: تصوره ظاهر.

385

الحدیث

- 2229 - ساقطة من المطبوع يحيى ص 167 وم ص 123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويم 138 وما يابى 270.
2230 - في المطبوع يم ص 159 يحيى ص 167 على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 وم ص 123 وما يابى 270.
2231 - في المطبوع عنة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويحيى ص 168 وم ص 123 ويم 138 وما يابى 270.
2232 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويحيى ص 168 وم ص 123 ويم 138 وما يابى 270.
2233 - * كذا في النسخ.
2234 - * في المطبوع أو بعثق عبده وفي يحيى 510 وما يابى 270 ويم 159 أو بعثق عبده.
2235 - في المطبوع بخيرا لو الوارث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 138
وما يابى 271.

نص خليل وَبَنَصِيبٍ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ فَبِجْزَاءٍ مِنْ عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ وَبِجْزَاءٍ أَوْ سَهْمٍ فَيَسَهُمْ مِنْ فَرِيضَتِهِ.

متن الخطاب فروع: الأول: قال ابن عبد السلام: المعتبر فيما ذكرنا من عدد الولد من كان موجودا يوم موت الموصي ولا ينظر إلى من زاد فيهم بعد الوصية ولا من مات. رواه أشهب عن مالك. انتهى. ونقله في التوضيح.

الثاني: [منه²²³⁶] أيضا أن من أوصى بمثل نصيب ولده ولا ولد له وجعل يطلب الولد فمات ولم يولد [له²²³⁷] فلا شيء للموصى له. انتهى.

الثالث: قال في التوضيح: واختلف إذا أوصى بمثل [نصيب أحد²²³⁸] بنيه وترك نساء ورجالا على أربعة أقوال: الأول: قول مالك يقسم المال على عدد رؤوسهم الذكر والأنثى فيه سواء ويعطى حظ واحد منهم ثم يقسم ما بقي على فرائض الله تعالى لكن إنما فرض المسألة في المدونة فيما إذا قال له نصيب أحد ورثتي. الثاني: أنه [كرجل²²³⁹] من ولده. الثالث: أنه يزداد سهمه على السهام ويكون له، وقال ابن زياد يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى. هكذا حصل ابن زرقون. انتهى.

[فيكون²²⁴⁰] الأول هو المعتمد لكونه مذهب المدونة. الرابع: إذا كان أولاده إناثا كلهم كان لهن الثلثان ثم نظر إلى عددن، فإن كن أربعا [أعطي²²⁴¹] ربع الثلثين وإن كن ثلاثا [أعطي²²⁴²] ثلث الثلثين، وإن كن اثنتين [أعطي²²⁴³] نصف الثلثين وإن كانت واحدة [أعطي²²⁴⁴] نصف المال إن أجازته الورثة، وإلا فله ثلث المال. نقله ابن عرفة عن ابن يونس عن كتاب محمد. والله أعلم.

ص: أو بنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤوسهم ش: قال ابن عبد السلام: ولا يلتفت إلى قسمة هؤلاء الورثة كيف كانت بالسوية أو مختلفة فيعطى الموصى له جزءا بنسبته إلى التركة نسبة الواحد إلى عدد رؤوسهم. انتهى. وفيها خلاف. والله أعلم.

ص: وبجزء أو سهم فبسهم من فريضته ش: أي إذا كانت من ستة فلهم سهم من ستة، وإن كانت من ثمانية فلهم سهم منها أو من أربعة وعشرين [فسهم²²⁴⁵] منها، وإن كان ورثته أولادا [رجل²²⁴⁶] وابنة أعطي سهمها من ثلاثة وإن كان رجل وامرأتان فسهم من أربعة وعلى هذا كذا ضربه عيسى في سماعه. نقله ابن عرفة. وما ذكره المؤلف هو المشهور، وعليه فلو كان أصلها من ستة

الحديث

2236 * - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من يحيى 510.

2237 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 138 ومايأبى 271.

2238 * - في المطبوع أحد نصيب وما بين المعقوفين من التوضيح ج 3 ص 671.

2239 * - في المطبوع رجل وما بين المعقوفين من م 124 ويم 159 والتوضيح ج 3 ص 672.

2240 * - في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من يحيى 510 وم 124 ويم 159 ومايأبى 271.

2241 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 138 ومايأبى 271.

2242 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ومايأبى 271.

2243 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ومايأبى 271.

2244 - في المطبوع أعطيت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 ويم 138 ومايأبى 271.

2245 - في المطبوع فسهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ومايأبى 271.

2246 - في المطبوع ويم ص 138 ومايأبى 271 رجالا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385.

وَفِي كَوْنِ ضِعْفِهِ مِثْلُهُ أَوْ مِثْلِيهِ تَرَدُّدٌ وَبِمَنَافِعِ عَبْدٍ وَرَثْتُ عَنْ الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ حَدَدَهَا يَزَمَنْ فَكَالْمُسْتَأْجَرَ فَإِنْ قَتِلَ فَلِلْوَارِثِ الْقِصَاصُ أَوْ الْقِيَمَةُ كَأَنَّ جَنَى إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمُخْدَمُ أَوْ الْوَارِثُ فَتَسْتَمِرُّ وَهِيَ وَمُدَبَّرٌ إِنْ كَانَ بَمَرَضٍ فِيمَا عِلِمَ وَدَخَلَتْ فِيهِ.

نص خليل

وتعول إلى عشرة فله سهم من عشرة. انتهى من التوضيح. وفي المسألة خلاف فقيل له الثمن لأنه أقل سهم ذكره الله، وقيل له السدس لأنه أقل سهم، والثمن إنما يستحق بالحجب. فرع: فإن لم يكن له وارث فقال أشهب سهم من ثمانية، وقال ابن القاسم سهم من ستة. قال ابن عرفة: قال ابن رشد: الأظهر قول أشهب، وقال ابن عبد السلام: الأقرب بعد تسليم أهل المذهب قول أشهب وقول الشافعي عندي قوي. انتهى. والشافعي يقول يدفع له الورثة ما شاؤوا. كذا نقل هو عنهم.

متن الحطاب

ص: وفي كون ضعفه مثله أو مثليه تردد ش: يعني لو أوصى له بضعف نصيب ولده فهل للموصى له مثل نصيب ولده مرة واحدة أو مثلاه؟ لا نص/ عن مالك وأصحابه المتقدمين، وتردد في ذلك المتأخرون فقال بعض شيوخ ابن القصار [مثله²²⁴⁷] مرة واحدة، وإن قال ضعفه فمثل نصيبه مرتين، وقال ابن القصار: حكى عن أبي حنيفة والشافعي أنهما يقولان ضعف النصف مثله مرتين، وهو أقوى من جهة اللغة. انتهى. قال في التوضيح: وفيه نظر. وفي الجوهري: وضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله نعم هو [أقوى²²⁴⁸] من جهة العرف، وانظر كيف عده المصنف قولاً؟ وإنما أشار ابن القصار إلى قوته من حيث اللغة. انتهى كلام التوضيح.

386

قلت: ويقال مثله في كلامه بل يقال قد تبين بما نقله المصنف عن الجوهري أنه ليس أقوى من جهة اللغة، وأن الموافق للغة هو الأول وإنما يوافق العرف فتأمله. والله أعلم.

ص: وهي ومدبر إن كان بمرض في المعلوم ش: تصوره واضح.²²⁴⁹ فرع: فإن ادعى أهل الوصايا أن الميت علم به [وأنكر الورثة ذلك²²⁴⁹] حلف الورثة ما يعلمون أن الميت علم به ولم تدخل الوصايا فيه، وإن نكلوا حلف الموصى لهم ودخلت الوصايا فيه. انتهى من شرح ابن الحاجب لابن فرحون.

ص: ودخلت فيه ش: يعني أن الوصايا تدخل في المدبر في المرض إذا بطل بعضه. هكذا قال المصنف رحمه الله في توضيحه: وحمل عليه كلام ابن الحاجب، وغره في ذلك كلام صاحب الجواهر، والذي يظهر أن هذا لا يتصور؛ لأن المدبر في المرض يتقدم عليه أشياء مما يخرج من الثلث ككفك الأسير ومدبر الصحة وصداق المريض والزكاة التي فرط فيها وأوصى بها [وما²²⁵⁰] ذكر مع ذلك، ويتقدم على أشياء كالعبد الموصى بعنته والوصية بالمال وما مع ذلك، ويشاركة في رتبته المبتل في المرض، فإذا فرض ضيق الثلث فإن كان [معه²²⁵¹] ما يتقدم عليه قدم، فإن استغرق ذلك الثلث بطل التدبير

الحديث

2247 - في المطبوع ومثله وما بين المعقوفين من سيد 51 ويم 159.

2248 - في المطبوع أقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 138 ومايأبي 271.

2249 - في المطبوع في المرض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 159 ومايأبي 272.

2250 - في المطبوع يحيى ص 168 ويمى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 وم ص 124 ويم 159 ومايأبي 272.

2251 - ساقطة من المطبوع يحيى ص 168 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 وم ص 124 ويم 138 ومايأبي 272.

وَفِي الْعُمَرَى وَفِي سَفِينَةٍ أَوْ عَبْدٍ شُهِرَ تَلْفُهُمَا ثُمَّ ظَهَرَتِ السَّلَامَةُ قَوْلَانِ لَا فِيمَا أَقْرَبَهُ فِي مَرَضِهِ أَوْ أَوْصَى بِهِ لِوَارِثٍ وَإِنْ تَبَّتْ أَنْ عَقَدَهَا حَطُّهُ أَوْ قَرَأَهَا وَلَمْ يُشْهَدْ أَوْ يُقْلَ أَنْفَذُوهَا لَمْ تُنْفَذْ وَتُدْبُ فِيهِ تَقْدِيمُ التَّشْهَدِ وَلَهُمُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقْرَأْهُ وَلَا فَتَحَ وَتُنْفَذُ وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ عِنْدَهُ وَإِنْ شَهِدَا بِمَا فِيهَا وَمَا بَقِيَ فَلِلْمَسَاكِينِ قِسْمٌ بَيْنَهُمَا وَكَتَبْتُهَا عِنْدَ فُلَانٍ فَصَدَّقُوهُ أَوْ أَوْصِيَّتُهُ بِثُلْثِي فَصَدَّقُوهُ يُصَدِّقُ إِنْ لَمْ يَقْلَ لِابْنِي وَوَصِيِّي فَقَطَّ يِعْمُ وَعَلَى كَذَا يُخَصُّ بِهِ كَوْصِيِّي حَتَّى يَقْدَمَ فُلَانٌ أَوْ.

نص خليل

الذي في المرض، وبطلت الوصايا كلها ولا إشكال في ذلك، وإن كان مع المدبر في المرض ما يتقدم هو عليه كالوصايا بالمال [فإن²²⁵²] وسع الثلث المدبر في المرض جميعه واستغرق ذلك الثلث نفذ عتق المدبر في المرض وبطلت الوصايا، وإن لم يسع الثلث إلا بعض المدبر نفذ منه ما وسعه الثلث ورجع الباقي رقيقا للورثة، ولا يتصور دخول الوصايا فيه، وكذلك إن كان معه ما هو في رتبته وهو المبتل في المرض فإنهما يتحصان في الثلث فيعتق من كل واحد منهما قدر ما حملة الثلث، ولا يتصور دخول الوصايا في ذلك، وما ذكره المصنف عن صاحب الجواهر هو كذلك في الجواهر، ونقله عن كتاب ابن المواز والمجموعة، لكن الذي ذكره في الجواهر عن الكتابين المذكورين ذكره الشيخ ابن أبي زيد في النوادر عنهما وليس فيه ذكر [المدبر²²⁵³] في المرض، ولم أقف عليه إلا في كلام صاحب الجواهر، وهو مشكل، فالصواب تركه. والله أعلم.

متن الخطاب

387 ص: وفي العمرى ش: /

انظر مسائل الحبس من ابن سهل فإن فيه مسائل يتصور فيها دخول الوصايا في الحبس.

ص: وأوصيته بثلثي فصدقوه يصدق إن لم يقل لابني ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

مسألة: قال في معين الحكام في باب الوصايا: إذا شهد شاهدان على وصية [وأحدهما²²⁵⁴] الذي

جعل له/ الوصية ينظر فيها فإن استعفى هذا الشاهد منها وامتنع من قبولها جازت شهادته، ثم إن رأى القاضي بعد ذلك إعادته إلى النظر أعاده. انتهى. وقوله [وأحدهما²²⁵⁵] الذي جعل له الوصية ينظر فيها يعني وأحد الشاهدين على الوصية هو من أسند إليه النظر فيها.

388

ص: ووصي فقط يعم ش: قال في المدونة: ومن قال اشهدوا أن فلانا [وصيي²²⁵⁶] ولم يزد على هذا فهو وصيه في جميع الأشياء [وإنكاح²²⁵⁷] صغار بنيه ومن بلغ من أباك بناته بإذنه والثيب بإذنها. انتهى. قال المشذالي: ظاهره دخول الإيضاء، وفي الطراز إذا قال وصيي مسجلا؛ يعني مطلقا وكان إلى نظره محجور أجنبي أنه لا يدخل تحت هذا اللفظ. المشذالي: ذكر ابن الهندي قولين أحدهما ما ذكره صاحب الطراز أنه لا يكون داخلا تحت لفظه إلا إذا صرح بذلك، والثاني أنه يتناول الجميع إلا إذا خصص ذلك بمال نفسه وولده، وهذا الخلاف إنما هو إذا أتى بلفظ عام كما تقدم، وأما إن صرح بالوصيتين معا فلا إشكال، ولا خلاف ثم يترتب على ذلك.

الحدِيث

- 2252 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 وم ص 124 ويم 138 ومايبي 272.
 2253 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في سيد 51 ومايبي 272 وم 124 .
 2254 * - في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من م 124 وسيد 51 ومايبي 272 ويم 160.
 2255 * - في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من م 124 ويم 160 ومايبي 272.
 2256 - في المطبوع وم 124 وصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 ويم 160.
 2257 - في المطبوع ومايبي 272 وأبكار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 وم ص 124 ويم 139.

فرع: وهو إذا قال الوصي الثاني أنا أقبل وصيتك ولا أقبل وصية الأول؛ لأن فيها ديونا وتخليطاً فقال ابن وهب في سماع أصبغ له ذلك، وقال أصبغ ليس له ذلك؛ لأن وصية الأول من وصية الثاني، فإن قبل بعضها لزمته كلها. قال ابن رشد: قول ابن وهب أظهر. قال ابن يونس: الذي أرى أن يقول له الإمام إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع إلا أن يرى أن يقره على ما قبل ويقيم من يلي وصية الأول. انتهى. وذكر أبو الحسن القولين أيضاً عن ابن الهندي.

وقال في النوادر [في²²⁵⁸] ترجمة الوصي يقبل بعض الوصية: ومن العتبية روى أصبغ عن ابن وهب فيمن أوصى إلى رجل بوصية وبما كان وصياً عليه فقبل وصيته في نفسه، ولم يقبل ما كان وصياً عليه فإن ذلك له، ويوكل القاضي من يلي الأمر الأول، وقال أصبغ إما قبل الجميع أو ترك الجميع، وإن قبل البعض فهو قبول للجميع، وقال فيها أيضاً عن كتاب ابن المواز: ولو أوصى إلى ميت ولم يعلم لم يكن وصيه له وصياً. انتهى. وقال في مفيد الحكام: وللوصي أن يوصي إلى غيره إذا لم يمنعه الوصي من ذلك، ولا مقال للورثة في ذلك ويقوم وصيه مقامه في كل ما كان إليه من وصية غيره إذا أوصى بذلك، وإن مات ولم يوص بذلك تولى الحاكم النظر في كل ما كان إليه وببيده ولم يجز له أن يهمله، وفي وثائق الجزيري: وإذا أوصى الوصي بماله وولده لم يكن وصيه وصياً على [أيتامه²²⁵⁹] وقدم القاضي عليهم إلا أن ينص على ذلك في عهده. انتهى.

فروع: الأول: إذا قال إن مت فلان وكيلي فهذه وصية صرح بذلك في نوازل سحنون في كتاب الوصايا. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الوصي وكيل الميت فسواء قال في وصيته فلان وصيي أو إن مت فلان وكيلي وكل وصي وكيل، وليس كل وكيل وصياً. انتهى. [ونقله المشذالي في الوصايا الأول. انتهى²²⁶⁰].

الثاني: إذا قال فلان وصيي على أولادي فلان وفلان وله أولاد صغار غيرهم فهل الإيضاء قاصر على من سمي، أو يعم الجميع؟ فيه تنازع بين الشيوخ. قال ابن سهل في أحكامه الكبرى في أول كتاب الوصايا في ترجمة الوصايا بالأيتام: وفي مسائل القاضي أبي بكر بن زرب قال في رجل قال في وصيته وله أولاد صغار قد جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان بن فلان وله أولاد غير الذي سمي أنهم يدخلون في الإيضاء وإن لم يسمهم؛ لأنه لما قال ولدي دخل جميعهم فيه، فقيل له كيف وقد سمي من أراد أن يولي عليهم؟ قال: لو أراد هذا لم يقل جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان بن فلان وإنما كان يقول من ولدي. قال: وهذا كمن قال عبدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فإنهم يعتقدون أجمعون من سمي منهم ومن لم يسم. قال موسى: نزلت هذه المسألة فأفتى فيها بعض الشيوخ أنه لا يعتق إلا من سمي وغلط فيها وأخذ بفتياه شيخه وحكم به قال القاضي أعرف وقت نزولها.

قال ابن سهل: / وفي سماع أصبغ في رسم القضاء [المحض²²⁶¹] من كتاب الصدقات: مسألة تشبه

2258 - في المطبوع وفي ما بين المعقوفين من ن ذي ص 388 وم ص 125 ويم 139 وما يابى 273.

2259 - في المطبوع أمثاله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 وم ص 125 ويم 139 وما يابى 273.

2260 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 388 ويم 273.

2261 - في المطبوع المحض وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 14 ص 101.

نص خليل

إِلَى أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَتِي وَإِنْ زَوَّجَ مُوصَى عَلَى بَيْعِ تَرَكَتِهِ وَقَبْضِ دُيُونِهِ صَحَّ وَإِنَّمَا يُوصِي عَلَى الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ أَبٌ أَوْ وَصِيَّهُ كَأَمِ إِنْ قَلَ وَلَا وَلِيٍّ وَوُورَثَ عَنْهَا لِمُكَلَّفٍ مُسْلِمٍ عَدْلٍ كَافٍ وَإِنْ أَعْمَى وَامْرَأَةً وَعَبْدًا وَتَصَرَّفَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَإِنْ أَرَادَ الْأَكْبَرُ بَيْعَ مُوصَى اشْتَرِي لِلْأَصَاغِرِ وَطُرُوهُ الْفِسْقِ يَعْزِلُهُ وَلَا يَبِيعُ الْوَصِيُّ عَبْدًا يُحْسِنُ الْقِيَامَ بِهِمْ.

متن الخطاب

مسألة القاضي هذه وهي من تصدق على رجل بميراثه فقال أشهدكم أنني تصدقت على فلان بجميع ميراثي وهو كذا وكذا في العين والبقر والرموك والرقيق والثياب والدور والبور إلا الأرض البيضاء فإنها لي وفي تركة الميت جنان لم ينصها وغير ذلك. قيل له هل يكون ما نص وما لم ينص للمتصدق عليه إلا ما استثنى، أم ليس له إلا ما نص؟ قال أصبغ له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه، والجنان داخلة في الصدقة إن كان يعرفها؛ لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان، فتدبر هذه الجملة، فلولا استثناء المتصدق الأرض البيضاء لكانت كمسألة القاضي سواء. انتهى. وقال المشدالي في كتاب الوصايا الأول: وأما مسألة الشيوخ المشهورة فأشار إليها ابن سهل في أول الوصايا وذكر كلام ابن سهل المتقدم برمته بلفظه. والله أعلم.

الثالث: إذا أوصى بوصية وذكر فيها أن الوصي على أولاده فلان ثم [أوصى²²⁶²] بوصية أخرى وغير ما كان أوصى به أولاً إلا أنه لم يتعرض للموصي ولم يجعل وصياً على أولاده في الوصية الثانية إلا أنه قال إن هذه ناسخة لكل وصية قبلها. قال ابن رشد: لا يكون ذلك ناسخاً لإيصائه على أولاده. ذكره في نوازل.

ص: إلا أن تتزوج زوجتي ش: قال ابن غازي: أي فهي وصيتي ما دامت [أيما²²⁶³]. انتهى. وما قاله أظهر مما حل به الشارح كلام المؤلف.

مسألة: فلو أوصى بشيء على شرط فلم يوف به الموصى [له²²⁶⁴] فإنه يرد. [قال²²⁶⁵] في معين الحكام في كتاب الوصايا لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج بوصية فتوفي ونفذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذت. انتهى.

ص: وإنما يوصي على المحجور عليه أب أو وصيه كأب أو ولي [وورث²²⁶⁶] عنهما
ش: قال ابن عرفة: الموصي/ إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد والوصي والحاكم فيها مع غيرها صحة وصية الأب إلى غيره بصغار بنيه وأبكار بناته، وأما إن مات الوصي فأوصى إلى غيره جاز ذلك وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره بخلاف مقدم القاضي وقيل مثله وأخذ من قولها في إرخاء الستور، وإن لم يكن لليتيم الطفل وصي فأقام له القاضي خليفة كان [كالوصي²²⁶⁷] في جميع أموره، وفيها: لا تجوز وصية الجد بولد ولده ولا أخ بأخ له صغير وإن لم يكن لهم أب ولا وصي وإن قل المال بخلاف الأم. اللخمي: قال ابن القاسم في كتاب القسم: من أوصى لأخيه بمال وهو في حجره لم يقاسم له ولم يبع وأجاز ذلك أشهب في مدونته فعلى قوله تجوز وصيته بما يرث إن لم

390

الحديث

2262 - في المطبوع أصى وما بين المعقوفين من عدود ص 389 وم 125 ويم 160.

2263 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايايى 273 ويم 160.

2264 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 125 وسيد 52.

2265 * - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من يم 160 ومايايى 273 وسيد 52.

2266 - في المطبوع ورث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 389 وم 125 ويم 139 ومايايى 273.

2267 * - في المطبوع كالموصي وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 52 ويم 160 ومايايى 273.

متن الخطاب يكن له وصي وكل هذا فيما صار له من مال بميراث وما تطوع به الميت فالوصية به تجوز وأن يكون القابض [من²²⁶⁸] رضيه الميت وإن كان للمولى عليه أب أو وصي، فإذا قال يكون ذلك موقفاً على يدي فلان حتى يرشد، أو قال يدفع إلى المولى عليه يتسع به في ملبس أو مطعم لم يكن لأبيه ولا لوصيه قبض ذلك ولا يحجر عليه فيه لأنها هبة من الموصي على صفة، وأجاز ابن القاسم للمتقط اللقيط أن يقاسم له ويقبض ما أوصى له به ومنعه في الأخ وإن كان في حجره والأخ أولى لأنه جمع القيام والنسب، وفيها: لا يجوز إيصال الأم بمال ولدها الصغير إلا أن تكون وصية من قبل أبيه، وإلا لم يجز إذا كان المال كثيراً وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيراً نحو الستين ديناراً [جاز²²⁶⁹] إسنادها فيه إلى العدل فيمن لا أب له ولا وصي فيما تركته له، وقال غيره لا يجوز لها أن توصي بمال ولدها.

قال ابن القاسم في كتاب القسم: وإجازة مالك ذلك استحسان ليس بقياس وإن كان الإيصال بغير ذلك من قضاء دين أو تفرقة ثلث جاز ذلك من كلام مالك [وأما الورثة الكبار فلا يجوز الإيصال بمالهم كما قاله ابن شأس وغيره ولو كانوا غيباً.²²⁷⁰] انتهى كلام ابن عرفة بلفظه. وقال في كتاب القسم من المدونة إثر الكلام الذي نقله ابن عرفة عنها: ولا يكون وصي العم والجد والأخ وصياً في يسير مال ولا كثيره والأم بخلافهم؛ إذ لها اعتصار ما وهبت لولدها كالأب، وليس للأخ والجد أن يعتصرا. قيل فما يصنع بهذا المال الذي أوصوا به؟ قال: ينظر فيه السلطان ويحوزه على الصغير والغائب. انتهى. ونقله ابن يونس.

تنبيهات: الأول: ليس للأب أن ينصب وصياً على كبار أولاده إلا أن يكونوا محجوراً عليهم. قال في النوادر في الوصايا الأول في ترجمة الوصي يبيع تركة الميت لدين ناقلاً له عن أشهب في المجموعة: وليس له أن يولي على كبار ولده أحداً. انتهى. يريد إذا لم يكونوا محجوراً عليهم. قال ابن شاس: ولا يصح نصب الوصي على ذكور أولاده البالغين إلا أن يكونوا محجوراً عليهم. نعم ينصب وصياً عليهم في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، ونص على ذلك غير واحد.

الثاني: قول المصنف: "وإنما يوصي على المحجور عليه أب" هذا إذا كان الأب رشيداً كما تقدم في كلام ابن عرفة حيث قال: إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد، فأما إن كان الأب سفيهاً وهو في ولاية أبيه فللجد الولاية على ولد ولده ويوصي عليهم، ويكون وصيه وصياً عليهم، وقيل لا يكون وصيه وصياً عليهم. قال في العتبية في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور: وسئل عن رجل حلف في رقيق لابنه أن يبيعهم بثمن سماه وللحالف أب فقال له: أنا أبيعهم ليس هم لك فقال له: أسفيه هو؟ يريد الحالف. فقال لا: فقال لا أرى أن يبيعهم. قال ابن رشد: في قوله لا أرى أن يبيعهم إذا لم يكن سفيهاً دليل على أن له أن يبيعهم إذا كان سفيهاً، فجعله في حكم الوصي على ولد ابنه ما دام ابنه سفيهاً فيلزم على هذا أن يكون وصي الأب وصياً على ولد الولد الذين إلى نظره

2268 * - في المطبوع مما وما بين المعقوفين من م125 ومايأبى 273.

2269 * - في المطبوع أجاز وما بين المعقوفين من مايأبى 273 ويم160.

2270 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص390 ويم139 ومايأبى 274 (وأما الورثة الكبار).

نص خليل وَلَا التَّرْكَةَ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْكَبِيرِ.

متن الخطاب

391

بإيضاء الأب وهو نحو ما في مختصر ابن شعبان عن مالك أن [للوصي²²⁷¹] أن يزوج بنات يتيمه بعد بلوغهن، وإن رضي الأب بذلك قبل أن يبلغن لم يلتفت إلى رضاه لسقوط ولايتهن كاليتمى. قال ابن وهب في سماع أصبغ: والرفع إلى السلطان/ أحسن. وأبين من ذلك؛ أي مما في مختصر ابن شعبان ما في كتاب ابن المواز أن المولى عليه إذا قتل [وله ولد²²⁷²] صغير أن وصي الأب أولى من عمومة الصبي بالدم، وقد كان بعض شيوخنا لا يرى وصي الأب وصيا على صغار الولد الموصى بهم. وبالله التوفيق. انتهى. وحكى القولين ابن رشد أيضا في سماع أصبغ من كتاب النكاح في شرح مسألة تزويج السفية أخته أو وليته، ونقله ابن سلمون في وثائقه في ترجمة السفية والمحجور ولا وصي من قبل الأب، ونصه: وأما [انكاح²²⁷³] الوصي بنات محجوره فالرواية بذلك منصوصة عن مالك، ومعناه في الأبكار والثيبات اللاتي لم يملكن أمور أنفسهن.

وقد كان بعض الشيوخ يقول إنه لا يكون وصيا على ولد محجوره إلا بتقديم السلطان فعلى هذا لا يزوج واحدة من بناته. وفي مسائل ابن الحاج قال: اختلف الشيوخ في الرجل إذا كان وصيا على سفية فولد للسفية ولد فهل للوصي أن ينظر على ابن السفية كما ينظر على أبيه أم لا؟ فذهب ابن زرب إلى أنه لا ينظر عليه إلا بتقديم، وخالف ابن عتاب وابن القصار في ذلك فقالا إنه ينظر عليه كما ينظر على أبيه قال: والقضاء عندنا بذلك. انتهى. وأما مقدم القاضي فقال ابن سهل في باب الحجر في ترجمة مقدم القاضي هل له التكلم على أولاد محجوره دون تقديم أم لا؟ الذي تقتضيه الروايات أن له ذلك، والذي جرى به عمل القضاة أنه لا يكون له ذلك إلا بتقديم. وانظر كتاب الأقضية منه في الكلام على الاستخلاف. والله أعلم.

الثالث: إذا قدم القاضي ناظرا على اليتيم ثم ظهر وصي من قبل الأب فله رد أفعاله. نقله البرزلي في الوصايا، وفيه أيضا: إذا أوصى لشخص ثم ظهر شخص آخر بوصية فانظره. ص: ولا التركة إلا بحضرة الكبيرش: وسواء أراد الوصي بيع التركة لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصايا أو لغير ذلك، فإن لم يكن الأكابر حضورا رفع الأمر للحاكم فيأمره بالبيع ويأمر من يلي معه البيع للغائب أو يقسم ما ينقسم. قال في المدونة في كتاب الوصايا: ولا يبيع الوصي على الأصغر التركة إلا بحضرة الأكابر فإن كانوا بأرض نائية وذلك حيوان أو عروض رفع ذلك إلى الإمام فأمر من يلي معه البيع للغائب. انتهى. قال في العتبية في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الوصايا: مسألة: وسئل عن الوصي يبيع المتاع بغير إذن الورثة. قال: فإن كانوا كبارا قد رضي حالهم ونساء ثيبات أو متزوجات قد برزن ورضي حالهن فلا يبيع إلا بإذنهن فإن باع رد المتاع لأنه إنما أوصى بالآخرين الذين يولى عليهم ولم يوص إلى هؤلاء إنما هؤلاء شركاء في هذا المتاع قيل له: فإن فات [قال إن كان فات²²⁷⁴] [وقد²²⁷⁵] أصاب وجه البيع [كأنه²²⁷⁶] يقول مضى؟ قال أصبغ لا أرى ذلك، وأرى للورثة رده إلا أن يكون له ثلث

الحديث

2271 * - في المطبوع للموصى وما بين المعقوفين من م126 وسيد52.

2272 * - في المطبوع وله ولد وما بين المعقوفين من النوادر ج14 ص113.

2273 - في المطبوع يم ص161 نكاح وما بين المعقوفين من ن عدود ص391 وم ص126 وما يابى274.

2274 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج13 ص134.

2275 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج13 ص134.

2276 - في المطبوع فكأنه وما بين المعقوفين من يم161 ومن البيان، ج13 ص134.

موصى به مع ذلك يحتاج إلى تحصيل المال وبيعه وجمعه فيكون ذلك له إلا العقار والرباع فلا أرى ذلك له دونهم لأنه مأمون، وأنه مما يقسم وقسمته غير ضرر، وإن لم يكن له ثلث على ما وصفت فهو مردود على الورثة البالغين المالكين حصصهم، أو يأخذون مما بلغ كالشركاء في السلع المفترقة التي لا تجمع في القسم فهم كالشركاء الأجنيبين للميت.

متن الخطاب

قال ابن رشد: قول ابن القاسم فيما باع الوصي على الصغار من المال والمتاع المشترك بينهم وبين الكبار أن البيع يرد ما لم يفت، فإن فات من يد المشتري ببيع أو هبة أو بتحويله عن حاله مثل أن يكون ثوبا فيصبغه أو غزلا فينسجه أو طعاما فيأكله وما أشبه ذلك، وقد أصاب الوصي وجه البيع مضى، وهذا استحسان، والقياس أن لا ينفذ البيع على الكبار بحال، فات أو لم يفت، وكذلك قال سحنون: لا يجوز بيع الوصي على الكبار بقليل ولا كثير، أصاب البيع أو لم يصب؛ لأنه مالهم وهم أحق وأولى بالنظر لأنفسهم.

قال: وهم أيضا أولى بكل ما باع من مال الميت إذا كان لهم رأي في شراء شيء مما يباع من/ الشركة في ثلثه فكيف يجوز أن يباع عليهم مالهم أنفسهم بلا مرادهم هذا خطأ، وكذلك قول أصبغ أيضا إن البيع يمضي إذا فات إن كان له ثلث موصى به إليه فيحتاج إلى تحصيل المال وجمعه وبيعه إلا في العقار استحسان أيضا، والقياس [أن²²⁷⁷] لا ينفذ على الكبار البيع في حظوظهم من ذلك كله إلا بإذنهم كالشركاء الأجنيبين للميت، ولأشهب في كتاب ابن المواز [أن للوصي²²⁷⁸] أن يبيع الحيوان والرقيق والعقار لتأدية الدين وتنفيذ الوصية، وإن كان في الورثة كبار لا يولى عليهم أو كانوا كبارا [كلهم²²⁷⁹] وقد قيل إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث، وهو أحب إلي، وقد مضى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم طرف من هذا المعنى. وبالله التوفيق. انتهى. ونص ما أشار إليه في رسم الشجرة: وسئل عن الوصي يريد بيع متاع الرجل مساومة ويرى أن ذلك خير له مثل ما يسومه الرجل في الدار وما أشبهه فينهيه²²⁸⁰ ويرى أن بيعه غبطة. قال: لا بأس بذلك باع مساومة أو ممن يزيد إذا كان ذلك منه على وجه النظر.

392

قال ابن رشد: معناه في الوصي على الثلث إذا باع بإذن الورثة [أو²²⁸¹] على الصغار إذا باع بإذن الكبار أو في الوصي على الصغار إذا لم يكن لأحد معهم في ذلك مشترك،²²⁸² وأما إذا كان وصيا على الصغار وهم شركاء مع الكبار فيبيع الجميع بغير إذنهم فلا يجوز ذلك عليهم، وكذلك إذا كان وصيا على الثلث فباع بغير إذن الورثة. وبالله التوفيق. وقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال أشهب

2277 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود وذو ص392 وم ص126 ويم140 ومايأبى275.

2278 * - في المطبوع وللوصى وما بين المعقوفين من م126 ويم161 ومايأبى275.

2279 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص392 وم ص126 ويم140 ومايأبى275.

2280 * - في م126 ويم161 فينميه.

2281 - ساقطة من المطبوع ومايأبى275 وم126 ويم140 وما بين المعقوفين من ن عدود ص392.

2282 * - في البيان ج12 ص443 في ذلك شرك.

متن الخطاب في المجموعة: [وفي كتاب²²⁸³] ابن المواز في الوصي [ببيع²²⁸⁴] الرقيق والحيوان وغيره يريد لإنفاذ وصاياه وفي الورثة غائب كبير لا يولى عليه فذلك له، وكذلك لو كان عليه دين ولو أوصى بوصية أو بالثلث صدقة أو غيرها والورثة كبار كلهم فله بيع العقار وغيره، وفيها قول إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث وهو أحب إلي وكل ماله فيه بيع العقار فله بيع ما سواه من الحيوان وغيره، وإذا لم يكن عليه دين [أو أوصى²²⁸⁵] بوصية ولم يترك عقارا والورثة كلهم كبار غيب أو بعضهم غيب فله بيع ما كان من العروض والحيوان بخلاف الرباع وإن كانوا حضورا. محمد: أو قربت غيبتهم فليس له بيع شيء ولا للسلطان، وله بيع ذلك في الغيبة البعيدة.

قال ابن القاسم: إذا رفع ذلك إلى السلطان حتى يأمره أو يأمر من يبيع معه، ومن المجموعة ونحوه في كتاب ابن المواز. قال ابن القاسم وأشهب: إذا كانوا أصغر وأكبر فلا يبيع حتى يحضر الأكابر. قال ابن القاسم: وإن غابوا بأرض نائية وترك حيوانا ورقيقا وعروضا فله بيع ذلك، ويرفع ذلك إلى الإمام حتى يأمر من يبيع على الغائب.

قال أشهب: إن قربت غيبتهم فليبيع ما يخاف عليه ويرى أن بيعه أفضل للجميع ويقسم الثمن إذا قدموا، وإن شاء قسمة في غيبتهم ثم من تلف حقه كان منه صغيرا كان أو كبيرا، وكذلك إن كان الورثة عسبة. قال سحنون: كيف يبيع على الورثة الكبار الغيب بغير أمر السلطان وكيف يقسم بينهم؟ ثم ذكر كلام العتبية المتقدم في سماع عيسى.

وقال اللخمي في كتاب القسمة بعد أن ذكر الخلاف المتقدم: وأصل المذهب والمعروف منه أنه لا يقسم [الوصي²²⁸⁶] على الغيب الكبار ولا يبيع لدين ولا لغيره ولو جاز أن يقسم الثلث من الثلثين لجاز أن يقسم بين الصغار والكبار. انتهى. ونقله ابن عرفة في كتاب القسمة وقبله، فيتحصل من هذا أنه اختلف هل يجوز بيع الوصي التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا إذا كان الورثة غيبا كبارا أو فيهم غائب كبير أم لا؟ فأجاز ذلك أشهب حتى في العقار ومنع ذلك غيره، وهو المعروف من المذهب حتى يرفع إلى السلطان فيأمره بالبيع، أو يأمر من يبيع معه للغائب أو يقسم ما ينقسم، وإذا كان هذا القول هو المعروف في المذهب فأحرى أن يمنع بيعه لغير ذلك حتى [يرفع²²⁸⁷] إلى السلطان ويرد إن وقع، وما تقدم من الأقوال فكلها استحسان على غير قياس كما تقدم بيان ذلك. والله أعلم.

فرع: فإن مات في سفر فأوصيائه يبيع متاعه وعروضه لأنه يثقل حمله. قاله في النوادر بل ذكر البرزلي في كتاب السلم عن أبي عمران أن من مات في سفر بموضع لا قضاة فيه ولا عدول ولم يوص، فاجتمع المسافرون وقدموا رجلا باع هناك تركته ثم قدموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع

2283 * - في المطبوع في كتاب وما بين المعقوفين من م 126 وما يابى 275 ويم 161.
2284 * - في المطبوع ببيع وما بين المعقوفين من سيد 52 وما يابى 275 وم 126 ويم 161.
2285 * - في المطبوع ولا أوصى وما بين المعقوفين من م 126 ويم 161.
2286 * - في المطبوع الموصى وما بين المعقوفين من م 126 وما يابى 276 وسيد 52 ويم 162.
2287 * - في المطبوع يرجع وما بين المعقوفين من م 126 وما يابى 276 ويم 162 وسيد 52.

متن الخطاب
[إذ²²⁸⁸] لم يبيع بإذن حاكم وبلده بعيد من موضع الموت أن ما فعلته جماعة الرفقة من بيع وغيره فجاز. قال: وقد وقع هذا لعيسى بن مسكين وصوب فعله وأمضاه، [ونقل عن الداودي²²⁸⁹] أنه [أمر ببيع تركة²²⁹⁰] رجل غريب يذكر أنه من أحواز فاس وورثته مجهولون ودفع الثمن إلى [ثقات²²⁹¹] من أهل المغرب وأمرهم بالبحث عن ورثته فإن يئس منهم تصدق به على الفقراء، وذكر رجل أنه تسلف من الميت ديناراً فأمره بدفعه لأولئك الثقات ويبرئه ذلك إذا أشهد على الدفع. انتهى.

تغيبه: علم مما تقدم أن تنفيذ الوصايا من قضاء دين أو وصية أو بالثلث أو صدقة أو غيرها لوصي الميت، ويفهم ذلك أيضاً من كلام المدونة في الوصايا في القسمة، وقال في اللباب: وتنفيذ الوصية لوصي الميت. انتهى. وسيأتي في كلام المصنف أن للوصي اقتضاء ما [للموصي²²⁹²] من الديون والتأخير بالنظر، ويأتي هناك حكم قضاء الوصي ما على الميت من الدين إذا لم يشهد به غيره، وكذلك حكم ما [علمه²²⁹³] من الوصايا والحقوق دون غيره، ومسألة اختلاف أهل الوصايا والديون مع الوارث في البيع نقلها في اللباب، وحصل ابن رشد في البيان في رسم الوصايا الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا الأول خمسة أقوال، وأطال الكلام في ذلك فليراجع من أراه، ومسألة إرسال الوصي مال الورثة ذكرها في المدونة في كتاب الوديعة، ومسألة إرسال القاضي مال الورثة ذكرها في أوائل المنتخب وفي أواخر باب الأقضية من ابن عرفة، وفي آخر القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون وفي باب الجهاد من حاشية المشذلي.

فرع: ذكر البرزلي عن ابن رشد مسألة وهي ما إذا باع الوصي عقاراً أكثر من حصة الميت وفرقه أنه لا رجوع على الوصي، والمسألة في مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد، ونصها: وكتب إليه القاضي عياض يسأله عن رجل أسندت إليه وصية بثلاث فنظر مع الورثة في بيع التركة حتى خلصت وفرق الثلث على معينين وغير معينين حسبما في الوصية وكان في التركة [شقص²²⁹⁴] يشارك فيه بعض الورثة وغيره فبيع فيما بيع واشتره الشريك الوارث وتوزع ثمنه على قدر الموارث والوصية، فلما كان بعد مدة تأملت القصة، [فإذا قد وقع²²⁹⁵] فيها غلط ووهم وقد بيع من الربع من الموارث أكثر من نصيب الميت، وتبين ذلك وثبت، ووجب له الرجوع بالثمن في التركة إذا لم يحز سائر الأشارك بيع

- 2288 * - في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ماياي²⁷⁷ وم 127 وسيد 52 وم 162.
2289 * - في المطبوع وذكر الدودي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 52 وماياي²⁷⁷.
2290 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 وم ص 127 وم 141 وماياي²⁷⁷.
2291 * - في المطبوع نقاة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
2292 - في المطبوع وم ص 127 وسيد للوصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 وم 141 (وماياي²⁷⁷ خرجة).
2293 * - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من يم 162 وم 127.
2294 - في المطبوع وم 162 شخص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 وم ص 127 وسيد وماياي²⁷⁷.
2295 * - علق عليها الشيخ محمد سالم ب مرض عليها عدود لأن إذا الفجائية تختص في الجملة الإسمية وربما وقع هذا في كلامه.

الزائد فأخذ من كل وارث مصابه وبقي ما للثلث، وقد فرق كما ذكر؟ فأجاب: لا ضمان على الوصي فيما نفذه مما يجب من الثمن للحصة الزائدة على حق الميت، ويرجع المبتاع بما ناب [الوصية²²⁹⁶] من ذلك، ويرجع هو على من وجد من الوصي لهم المعينين، وتكون المصيبة منه فيمن لم يجد منهم، وفيما فرق على المساكين غير المعينين على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك الذي نعتقد صحته. وبالله تعالى التوفيق. انتهى.

متن الخطاب

مسألة: قال ابن رشد في نوازل في باب الوصايا: إذا أوصى بوصية [أوفك²²⁹⁷] أسير أو غير ذلك من وجوه البر وجعل تنفيذ الوصية إلى رجل أجنبي أو وارث وشرط في تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم فلا يجوز لأحد من القضاة والحكام أن يتعقب شيئاً من ذلك ولا ينظر فيه، والأمر في ذلك للورثة، فإن كانت الوصية مما يبقى لهم فيه منفعة كالتعقب وشبهه كان لهم أن يقوموا حتى يعلموا أنها قد نفذت، كان المتقدم لها وارثاً أو أجنبياً، وإن كانت الوصية مما لا يبقى لهم فيه منفعة كالصدقة فلا قيام لهم في ذلك إلا أن يكون المنفذ وارثاً. انتهى.

[وقال²²⁹⁸] في [النوازل²²⁹⁹] أيضاً قبل ذلك بنحو الورقة في باب الوصايا: سؤال سأله عنه القاضي عياض، ونصه: المقدم على تنفيذ ثلث الميت إذا أراد مقارنة الورثة ومسامحتهم، وقد جعل له في التقديم أنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه هل للحاكم النظر في تحصيل الثلث والحوطة عليه ثم بعد ذلك يفوض نظره إليه؛ إذ التفويض إنما هو في التفريق وحده أم لا سبيل للحاكم إليه؟ فأجاب: لا يجوز للمقدم على تنفيذ الثلث مقارنة الورثة ولا مسامحتهم في ذلك، وإن اتهمه القاضي بذلك شرك معه من يثق به في [تحصين²³⁰⁰] الثلث ثم يكل تنفيذ ذلك إليه في الوجوه التي جعل [إليه تنفيذها²³⁰¹] أو بما يراه باجتهاده إن كان فوض إليه النظر في ذلك لقول الوصي، ولا اعتراض عليه من حاكم ولا غيره، وهذا في الوصي المأمون، [وأما غير المأمون²³⁰²] الذي يخشى عليه [أن يتقبض²³⁰³] على الوصية ولا ينفذها فيكلفه إقامة البينة على تنفيذها على معنى ما وقع في سماع أشهب من كتاب الوصايا، فإن لم يأت بالبينة على ذلك ضمن إن كان سارقاً معلناً، وإن كان متهما ولم يكن بهذه الصفة [استحلف²³⁰⁴] ولم يضمن، إلا أن ينكل عن اليمين، وإن كان مأموناً لم تكن عليه يمين وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون. انتهى. وما ذكره عن سماع

394

2296 - في المطبوع الوصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 وم ص 127 ويم ص 141 وسيد ومايأبي 277.
2297 - في المطبوع أفك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 (وم ص 127 ويم ص 141 ومايأبي 277 وسيد أو فكاك).

2298 * - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من سيد 52.
2299 * - في المطبوع النواذر وما بين المعقوفين من م 127 ويم 162.
2300 - في المطبوع ويم 162 تحصيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394 وم ص 127 وسيد ومايأبي 278.
2301 - في المطبوع تنفيذها فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394 وم ص 127 ويم ص 141 ومايأبي 278.
2302 * - في المطبوع واما في غير المأمون وما بين المعقوفين من م 127 ومايأبي 278 ويم 162 وسيد 53.
2303 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في نوازل عياض ص 190.
2304 * - في المطبوع استخلف وما بين المعقوفين من م 127 ومايأبي 278 ويم 162 وسيد 53.

متن الخطاب أشهب هو في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني، ونصه: وسمعتة يسأل عمن أوصى إلى رجل بوصايا من عتق [وصدقة²³⁰⁵] وغير ذلك فأراد الورثة أن يكشفوه عنها وأن يطلعهم عليه فقال: أما الصدقة فليس لهم أن يكشفوه عنها إذا كان غير وارث، إلا أن يكون سفيها معلنا مارقا فيكشف عن ذلك، ولهم أن يكشفوه وإن كان غير وارث ولا سفيه عن العتق؛ لأن ذلك يعقد لهم الولاء، فأما إذا كان الموصي إليه سفيها معلنا فأرى أن يكشف عن ذلك كله فإن من الأوصياء من [يقبض²³⁰⁶ على²³⁰⁷] الوصية فلا ينفذ منها شيئا.

قال ابن رشد: هذا كما قال إن الوصي يكشف عما جعل إليه من تنفيذ الوصية بالصدقة وغير ذلك مما لا يبقى فيه منفعة للورثة إذا كان سفيها معلنا مارقا يبين ما تقدم من قوله في سماع ابن القاسم في أنه ليس للورثة أن يقوموا معه في تنفيذ الوصية إلا أن يكون مما يبقى له فيه منفعة كالعتق وشبهه، وقوله أنه يكشف عن ذلك إذا كان سفيها معلنا مارقا معناه أنه يكلف إقامة البينة على تنفيذ الوصية، فأما إن لم يأت ببينة على ذلك وتبين [تقبضه²³⁰⁸] عليها أو استهضامه لها [ضمن²³⁰⁹] إياها، وإن لم يكن بهذه الصفة من الاشتهار بالسفه والمروق واتهم استخلف، فإن نكل عن اليمين ضمن، وإن كان من أهل العدل والثقة لم تلحقه يمين، وهو محمول على الثقة والعدالة حتى يعرف خلاف ذلك من حاله. اهـ. وبالله التوفيق. ونص ما أشار إليه في أول سماع ابن القاسم: قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكا قال في الرجل يوصي بأنه يعتق عنه، وأن يحمل عنه في سبيل الله ويستخلف على ذلك وارثا، فيريد بعض الورثة أن ينفذ ذلك وينظر فيه معه؟ قال: إن كان وارثا رأيت ذلك عليه، وإن لم يكن المستخلف وارثا فليس ذلك عليه إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وما أشبهه.

قال ابن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن الرجل إذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثا من ورثته فليس له أن يغيب على تنفيذ ذلك دون سائرهم، ولمن قام مع ذلك أن ينفذ ذلك وينظر معه مخافة أن يكون أوصى إليه [بالوصية²³¹⁰]، والوصية للوارث لا تجوز إلا أن يجيزها الورثة، سواء سمى الميت ما ينفذها فيه من عتق أو صدقة. [مال في السبيل²³¹¹]: أو بما سوى ذلك من وجوه البر أو كان قد فوض إليه حيث أراه الله، [وإن²³¹²] استخلف على ذلك غير وارث فليس عليه أن [ينفذ شيئا²³¹³] من ذلك بحضرتهم، ولا لهم أن يكشفوه عن ذلك. قال في الرواية: إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وشبهه والمنفعة التي تبقى في العتق هو الولاء الذي ينجر عن المتوفى إلى من يرثه عنه فلا يختص

- 2305 * - في المطبوع وصدقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394 ويم 162 وسيد 53 وم 127.
 2306 * - في البيان، ج 3 ص 29 يتقبض.
 2307 * - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من يم 162 وسيد 53 وم 127.
 2308 * - في المطبوع نقبضه وما بين المعقوفين من البيان ج 13 ص 30.
 2309 * - في المطبوع ضمنه وما بين المعقوفين من سيد 53 ويم 162 وم 127 والبيان ج 3 ص 30.
 2310 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 127 وسيد 53.
 2311 - في المطبوع قال في البيان وما بين المعقوفين من سيد 53 والبيان، ج 12 ص 423.
 2312 - في المطبوع ويم ص 141 وم ص 127 أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394.
 2313 * - في المطبوع ينفذ عليه شيئا وما بين المعقوفين من سيد 53 وم 127.

395 بذلك الورثة دون غيرهم؛ إذ قد يرثه من لا ينجر إليه/ من الولاء شيء [وهو²³¹⁴] البنات والأخوات والزوجات والأمهات والجدات، وقد ينجر إلى من لم يرثه ممن حجب عن ميراثه من الإخوة والعصبة، فالحق في كشف الوصي الأجنبي عن العتق إنما هو [لمن²³¹⁵] ينجر إليه الولاء عن الميت وإن لم يكن وارثاً، ولا كلام لمن [لا²³¹⁶] ينجر إليه الولاء عنه وإن كان وارثاً له، والذي يشبه العتق في بقاء المنفعة للورثة هو الإخدام والتعمير والتحبيس، فأما الإخدام والتعمير فالحق فيه لجميع الورثة؛ لأن المرجع في ذلك إليهم.

متن الخطاب

وأما التحبيس فمنه ما يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس، ومنه ما يختلف هل يرجع إلى ورثته، أو إلى أقرب الناس به؟ فالحق في [الحبس²³¹⁷] الذي يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس لمن [يرجع²³¹⁸] إليه منهم، والحق في الحبس الذي يختلف هل يرجع إلى ورثته، أو إلى أقرب الناس إليه لجميع ورثته وأقاربه من الرجال والنساء من قام منهم كان له كشفه عنه حتى يعلم أنه قد أنفذه لما قد يكون له فيه من المنفعة باتفاق أو على اختلاف، وهذا في الوصي المأمون، وأما غير المأمون فيكشف عن الوصايا [كلها²³¹⁹] من العتق والصدقة بالعين وغير ذلك على ما قاله في رسم الوصايا من سماع ابن القاسم أن السفية المعلن المارق يكشف عن كل شيء من الصدقة وغيرها، وهو محمول على أنه مأمون حتى يتبين أنه غير مأمون، وعلم من لفظ السماعين المذكورين أنه لا فرق في الحكم المتقدم بين أن يشترط الوصي للموصي تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم، وأنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه كما ذكر ذلك في السؤالين في [النوازل،²³²⁰] [أو لا²³²¹] يشترط ذلك كما في لفظ السماعين المذكورين. والله أعلم.

ومن هذا المعنى مسألة كتاب الوديعة والشهادة من المدونة، ونصها على ما في كتاب الوديعة: ولو أمرته بصدقة على قوم معينين فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق مع يمينه إن لم يأت ببينة. انتهى. قال أبو الحسن: هذه المسألة تبين مسألة كتاب الشهادة قال فيه فإن كانوا غير معينين صدق، ولم يذكر هناك يميناً. ابن يونس: يحلف إذا كان متهماً. انتهى. ومن هذا المعنى كشف وارث المحجور الوصي عما بيده فقال ابن رشد في نوازله في كتاب الصدقات: وليس [لوارث²³²²] المحجور ولا لوليه أن يكشف الوصي عما بيده

2314 * - في المطبوع وهم البنات وفي سيد53 وهو البنات وفي م127 وهن البنات ص395.

2315 * - في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد58 ويم63.

2316 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم ص128 ويم ص142.

2317 - في المطبوع بالمحبس وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم ص128 ويم ص142.

2318 * - في المطبوع رجع وما بين المعقوفين من يم163 وسيد53 وم128.

2319 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان ج12 ص424.

2320 * - في المطبوع النواذر وما بين المعقوفين من يم163 وسيد53 وم128.

2321 * - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من سيد53.

2322 - في المطبوع للوارث وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 سيد يم163 م128.

لمحجوره، ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده، ولكن للقاضي أن يجبر الوصي على أن يشهد لليتيم بماله بيده. انتهى. ونقله ابن سلمون في الوصايا، ونصه: وسئل ابن رشد في رجل له ولي محجور وله مال وتصدق عليه بصدقات ونحل نحلا، فطلب هذا الرجل من وصيه أو من الحاكم نسخ تلك العقود وقام في الكشف لوصيه عما في يده من مال المحجور إذا زعم أنه وارثه وأن المال لما توفي هذا المحجور صار إليه هل له في ذلك حجة أم لا؟ فقال: ليس لوارث اليتيم أن يستكشف وصيه عما له بيده من المال أو يخاصمه في ذلك ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده وعلى الوصي أن يشهد ليتيمه بما له بيده، فإن أبى من ذلك أخذته الحاكم ببيانه أن يوقف فيعين مال اليتيم عنده. انتهى.

وقال في العتبية في رسم الأفضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا: وسئل -يعني مالكا- فقيل له إن سيدي كاتبني وأوصى إلي فسألني بعض موالي وهو ولد سيدي عما في يدي وعما ربحت فيه وأنا عند الناس كما أحب أفذلك علي؟ قال: لا أرى ذلك عليك، أليس ما في [يديدك مالا معروفا؟] ²³²³ قال: بلى، ولكنه يريد أن يعلمه ويعلم ما ربحت فيه [فقال: ما أرى ذلك عليك]. ²³²⁴

قال ابن رشد: وقوله: "وأوصى إلي" يريد أنه [أوصى] ²³²⁵ إليه بالنظر على بنيه، فلم ير عليه أن يخبره بما ربح في مال اليتيم الذي هو ناظر فيه لولده؛ لأن الوصي لا يلزمه أن يكشف عما بيده إلا إذا خيف عليه أن يكون قد أتلفه، وهو محمول على الأمن من ذلك حتى يثبت خلاف ذلك من حاله فإذا كان ما في يده من المال معروفا فلا يلزمه أن يكشف عنه، ولا يخبر بما ربح فيه لأن ذلك غضاضة عليه إذ لا يفعل ذلك إلا بمن لا يوثق به، وسيده قد استأمنه ووثق به فهو محمول على ذلك. انتهى. ومن هذا المعنى كشف المرأة الموصى إليها بولدها إذا تزوجت حسبا ذكره في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا الأول، ونصه: وسئل مالك عن امرأة هلك زوجها وأوصى إليها بولدها وبما كان له من مال فتزوجت المرأة وخيف على المال أترى أن يكشف؟ قال مالك: إن كانت المرأة لا بأس بحالها فلا أرى ذلك، وإن [كان يخاف] ²³²⁶ كشف ما قبلها. قال ابن رشد: إنما قال إنه يكشف ما قبلها إن كان يخاف على المال عندها ولا يكشف إن كان لا بأس بحالها ولم يبين ما تحمل عليه من جهل حالها، والظاهر من قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا أن المرأة إذا تزوجت غلبت على [جل] ²³²⁷ أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب أنها عنده محمولة على الخوف عليها إذا تزوجت فيكشف ما قبلها إلا أن يعلم أنه لا بأس بحالها، وقال ابن المواز: قال ابن القاسم: ووجه ما [سمعت في المال] ²³²⁸ أن

2323 * - في المطبوع يدك مال معروف وما بين المعقوفين من البيان ج 13 ص 13.

2324 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 395 (ويم ص 142 وم ص 128 لا أرى ذلك عليك)

2325 * - في المطبوع أو أوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 395.

2326 - في المطبوع كانت بخلاف ذلك وما بين المعقوفين من البيان، ج 2 ص 444 وفي م 128 وإن كانت تخاف.

2327 * - في المطبوع الحال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 12 ص 444.

2328 * - في المطبوع سمعت هذا في المال وما بين المعقوفين من م 128 ويم 163 وسيد 53.

نص خليل

وَلَا يَقْسِمُ عَلَى غَائِبٍ بِلَا حَاكِمٍ وَلَا ثِنْتَيْنِ حُمِلَ عَلَى التَّعَاوُنِ وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ اخْتَلَفَا فَالْحَاكِمُ وَلَا لِأَحَدِهِمَا إِيصَاءٌ.

متن الخطاب

ينظر إلى حالها، فإن رضي حالها وسيرتها والمال يسير لم يؤخذ منها. محمد: ولم يكشف إن كان المال كثيرا، [وهي²³²⁹ مقلّة، وخيف من ناحيتها، وأرى أن ينزع المال منها، وقاله أصبغ، وهي على الوصية على كل حال إلا أن تكون مبرزة [إلا²³³⁰] من إبقاء المال عندها بعد النكاح في الحزم والدين واليسر والحرز فيقر بيدها. قلت: وإذا خيف على المال عندها فنزع منها ولم تعزل هي عن الوصية فليقدم معها من يكون المال عنده ويشاورها في النظر. انتهى. وبالله التوفيق.

ص: ولا يقسم [على غائب بلا حاكم²³³¹] ش: هذا نحو قوله في قسمة المدونة: إذا كان في الورثة كبير غائب لم تجز قسمة الوصي عليه، ولا يقسم لغائب إلا الإمام ويوكل بذلك، ويجعل ما صار له بيد أمين، وليس للوصي أن يقول أبقوا [حظ²³³²] الغائب بيدي. انتهى أوله بالمعنى. وقال البرزلي في مسائل القسمة: سئل أبو محمد عن هلك وترك ورثة أحدهم غائب وترك حائطا اقتسموه بمحضر جمع لا بأمر السلطان، وعزلوا للغائب حظه، ووقع البيع في بعض تلك الحظوظ والاستغلال في بعضها والعمارة ثم قدم الغائب هل يمضي القسم عليه أم لا؟ وهل تكون الغلة لمن اغتله أم لا؟ وهل يمضي البيع والتفويت أم لا؟ فأجاب بأن القسمة فاسدة وترد البياعات، وما اغتله المتقاسمون فعليهم رده أو مثله إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل ويكون بينهم، وما اغتله المشترون فإن كانوا عالمين بالغائب فعليهم رد حظه إليه من الغلة، وإن كانوا غير عالمين فلا شيء عليهم من الغلة، ويكون لهم أجر قيامهم وتعبهم. البرزلي: هذا نحو قوله في المدونة وذكر ما تقدم.

397

ص: [ولا ثنتين²³³³] حمل على التعاون ش: قال في الوصايا الأول من المدونة: وإن أوصى إلى وصيين فليس لأحدهما بيع ولا شراء ولا إنكاح ولا غيره دون صاحبه إلا أن يوكله قال غيره لأن لكل واحد منهما ما لصاحبه.

قال ابن القاسم: فإن [اختلفا²³³⁴] نظر السلطان ثم [قال: ²³³⁵] ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت إلا مع صاحبه، ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهم حاضر خاصمه ويقضى له ويكون الغائب إذا قدم على حجة الميت. انتهى. زاد اللخمي إثر قول المدونة: "ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت إلا مع صاحبه" إلا أن يوكله أو يكون غائبا. انتهى. وقال ابن حارث في أصول الفتوى: ولا يخاصم أحد الوصيين دون صاحبه فيما يطلبونه من مال الميت، وجائز أن يخاصم [أحدهما²³³⁶]

الحديث

2329 * - في المطبوع ولا هي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 12 ص 444.

2330 * - كذا في النسخ.

2331 - في المطبوع سيد على حاكم غائب بلا حكم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 396 وم ص 128 ويم ص 142.

2332 - في المطبوع حق وما بين المعقوفين من م 128 وسيد 53.

2333 - في المطبوع والاثنتين وما بين المعقوفين من م 128 وسيد 53.

2334 - في المطبوع وم ص 128 اختلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 142 وسيد ومايبي 279.

2335 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 وم ص 128 وسيد ومايبي 279.

2336 - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 142 وم ص 128 وسيد ومايبي 279.

متن الخطاب فيما يطلب به الميت؛ لأن القضاء على الغائب جائز، ويكون الغائب على حجته. انتهى. فإن أنكح [أحدهما²³³⁷] بغير إذن الآخر فقد تقدم في النكاح أنه نكاح فاسد، فإن باع أو اشترى دون صاحبه وأراد صاحبه رده رفعه [للسلطان، فإن²³³⁸] رآه صواباً أمضاه وإلا رده، فإن فات المشتري بالبيع كان على الذي [انفرد²³³⁹] بالبيع الأكثر من الثمن أو القيمة، وإن اشترى وفات البائع بالثمن كانت السلعة المشتراة له وغرم الثمن، وقال أشهب إلا في الشيء التافه الذي لا بد لليتيم منه مثل أن يغيب أحدهما فيشتري الباقي الطعام والكسوة وما يضر باليتيم [استئخاره²³⁴⁰]. انتهى. ونقله في التوضيح، وقال في آخر كتاب الرهون من مختصر المدونة لابن أبي زيد: وللوصي أن يرهن من مال اليتيم رهناً فيما يبتاع له من مصالحه كما يتداين عليه، ولا يدفع أحد الوصيين رهناً من التركة إلا بإذن صاحبه، وإن [اختلفا²³⁴¹] نظر الإمام، وكذلك البيع والنكاح. انتهى. والله أعلم.

تغيبه: قول المصنف: "حملاً على التعاون" هذا إن أطلق الميت، وأما إن نص على اجتماع أو انفراد فلا إشكال أنه يتبع. قاله في التوضيح وغيره، وقال ابن سلمون: فإن قدم على الميت وصيان فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر عن صاحبه، إلا أن يشترط المقدم أن من عاقه منهما عائق انفرد صاحبه به فيكون له ذلك عند العائق. اهـ.

مسألة: قال ابن سهل في أحكامه في أوائل مسائل السفية: وقالوا في رجل أوصى على ابنه إلى فلان وفلان فمن مات منهما أو غاب فالباقي منفرد فثبت سخطة أحدهما فإن للقاضي أن يوكل مع الباقي ناظراً مأموناً ولا ينفرد لأن المعزول لسخطة لم يمت ولا غاب. انتهى.

فرع: قال المشذالي في حاشيته في كتاب الوصايا الأول: قال ابن عبد السلام: انظر هل يتنزل المشرف على الوصي منزلة أحد الوصيين؟ قال المشذالي: [قال²³⁴²] ابن سهل عن ابن عتاب في بعض أجوبته ما نصه: وسبب المشاورة كسبب الوصي أو أقوى، وانظر نوازل ابن رشد في النكاح فإنه قال إن المشرف ليس بولي ولا وصي، وإنما له المشورة. انتهى. ونحوه في اللباب في باب الوصايا [ونصه: ²³⁴³] فإن كان أحدهما مشرفاً فله أن يشرف على أفعال الوصي كلها، ولا يفعل شيئاً إلا بمعرفته، فإن فعل شيئاً بغير علمه مضى إن كان [سدادا²³⁴⁴]، وإلا رده، وشهادة المشرف للمحجور جائزة، بخلاف الوصي. انتهى.

- 2337 - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 142 وم ص 128 وسيد ومايأبي 279.
- 2338 - في المطبوع وسيد ويم ص 142 وم ص 128 قال اللخمي فإن فعل وأراد الآخر رد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ومايأبي 279.
- 2339 - في المطبوع نفرد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 142 وم ص 128 وسيد ومايأبي 279.
- 2340 - في المطبوع يم ص 143 وم ص 128 استئخاره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397.
- 2341 - في المطبوع وم ص 128 اختلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وسيد ومايأبي 279.
- 2342 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من م 129 وسيد 93.
- 2343 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 ومايأبي 279.
- 2344 - في المطبوع سدداً وما بين المعقوفين من م 129 وسيد 93.

نص خليل وَلَا لَهُمَا قَسْمُ الْمَالِ وَإِلَّا ضَمِينًا.

متن الخطاب

وفي ابن سلمون في آخر ترجمة الكلام على المحجور بعد أن ذكر الكلام على الوصيين، وأما [المشرف²³⁴⁵] إذا كان على وصي فإنما يكون المال عند الوصي. قال أحمد بن نصر: وله [إجراء²³⁴⁶] النفقة والكسوة على محجوره، ولا يكون ذلك من المشرف، وإنما للمشرف النظر في البيع والشراء [لا يكون إلا²³⁴⁷] برأيه، وإن فعل بغير رأيه رده إن لم يكن نظرا، وقال غيره للمشرف أن يشرف على أفعال الوصي كلها من إجراء النفقة وغيرها، ولا [يتقلب²³⁴⁸] [في شيء²³⁴⁹] إلا بمعرفته، فإن فعل شيئا بغير علمه مضى إن كان سدادا، وإلا رده المشرف، وإن أراد رد السداد لم يكن له ذلك ونظر السلطان فيه. انتهى. وتقدم في النكاح عند قول المصنف: "وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر" كلام ابن رشد في النوازل على المشرف، وأنه ليس بولي وإنما له المشورة والإجازة والرد إن عقد الوصي/ بغير إذنه. والله أعلم. ومن مختصر النوازل: أفتى القاضي ابن رشد أن المحجور إذا جرى بينه وبين المشرف على وصيه في أمر عداوة أو مخاصمة فإنه يعزل عن الإشراف. انتهى. وهي في مسائل الدعوى والخصومات من النوازل مبسطة. والله أعلم.

398

ص: ولا لهما قسم المال وإلا ضمناش: قال في المدونة: ولا يقسم المال بينهما ولكن عند أعدلهما، فإن استويا في العدالة جعله الإمام عند أكفئهما، ولو اقتسما الصبية فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان. انتهى. قال اللخمي: ولو جعلاه عند أدناهما عدالة لم يضمنا لأن كليهما عدل ثم قال: قال مالك في كتاب محمد: فإن اختلفوا طبع عليه وجعل عند غيرهم. انتهى. وقول المصنف: "وإلا ضمنا" أي وإن اقتسمناه ضمنا، [وهذا قول ابن الماجشون، وعليه اقتصر ابن الحاجب، وظاهر كلام المصنف أن كل واحد يضمن ما بيده وما بيد صاحبه،²³⁵⁰] وهو الذي نقله اللخمي عن ابن الماجشون، [وظاهر²³⁵¹] ما حكاه ابن يونس وابن الحاجب أن كل واحد إنما يضمن ما بيد صاحبه، وقال أشهب وسحنون لا ضمان عليهما.

فرع: قال ابن عات عن المشاور: إن قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه [أو وكالته²³⁵²] لم يجز بيعه ويرده الآخر، ويضمنه إن فات، إلا أن يكون شرط الموصي أن من عاقبه عائق فالباقي منهما منفرد بالوصية ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر، أو شغله من غير وكالة، ولا

الحديث

2345 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايأبي 279..

2346 * - في المطبوع أجر وما بين المعقوفين من يم 164 وسيد 53 ومايأبي 279.

2347 - في المطبوع إلا أن يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايأبي 279.

2348 * - في المطبوع ينقلب وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164.

2349 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 ومايأبي 280.

2350 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 ومايأبي 280.

2351 - في المطبوع ظاهره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 ومايأبي 280.

2352 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايأبي 280.

نص خليل وَلِلْوَصِيِّ اقْتِضَاءُ الدِّينِ وَتَأْخِيرُهُ بِالنَّظَرِ.

متن الخطاب ضمان عليه فيما فعل حينئذ. قلت: هذا على مذهب ابن الماجشون لا سحنون. انتهى من مسائل الوصايا من البرزلي.

ص: وللوصي اقتضاء الدين ش: تصوره ظاهر، وأما قضاء الوصي ما على الميت من الدين فقال في النوار في أوائل كتاب الوصايا: قال أصبغ في الميت يشهد وصيه أن ثلثه صدقة ولا يشهد غيره قال إن خفي له وأمن إذا أخرجه فليفعل ولا إثم عليه، بل ذلك عليه واجب، وقد قال أشهب إذا علم أن على الميت ديناً وهو لا يخاف عاقبته فعليه أن يؤديه من تركته، وكذلك ما سئلت عنه من الوصايا والحقوق والديون، ولو علم أن في تركته عبداً حراً يعتق من رأس ماله أو في ثلثه أن عليه أن يهمله ولا يعرض له ببيع ولا خدمة ولا غيرها، وكذلك الوارث فيما علم من هذا كله [وأشهبه²³⁵³] عليه الميت وهذا الباب كثير معناه في كتاب الشهادات. انتهى.

وفي الكتاب المذكور منها أيضاً عن ابن المواز قال أشهب عن مالك في صغير يوصى له بدينار [فلم²³⁵⁴] يشهد بذلك إلا الوصي، فإن خفي للوصي دفع ذلك فليفعل، وكذلك لو رفع إلى الإمام فلم يقبل شهادته فله دفعه إن خفي له. قال محمد: ولو كان كبيراً لحلف وأخذ، ولو كان كذلك يوقف للصبي حتى يكبر فيحلف لكان [يتهم الوصي²³⁵⁵] في بقاء ذلك بيده إلى بلوغه. انتهى. ثم قال في آخر الوصايا الأول في ترجمة الوصي يقضي عن الموصي الدين بغير بينة: ومن المجموعة قال أشهب: وللوصي أن يقضي الدين عن الميت بغير أمر [قاض إن كانت²³⁵⁶] فيه بينة عدول، والثقة له أن لا يدفع إلا بأمر قاض؛ لأنه لو بلغ بعض الورثة فجرح شهود الدين لضمن [وأخذت²³⁵⁷] ممن قبضها، ولو كان بأمر قاض لم يرد ولم يقبل تجريحهم لأنه حكم نفذ، وإن دفع الوصي إلى الغريم ثم قام آخرون فأثبتوا دينهم وجرحوا بينة الأول فالوصي ضامن، ويرجع على الأول بما أخذ أو يغرمه القائمون [إن شاءوا، أو يدعوا²³⁵⁸] الوصي ثم لا يرجع الأول على الوصي بشيء، ولو دفع إليه بقضية لم يضمن للقائمين بعده ورجعوا على الأول بحصتهم، وكذلك قال ابن القاسم إن كان الوصي عالماً بغرماء الميت، أو كان موصوفاً بالدين فيضمن لمن أتى ويرجع على من أخذ، وأما إن لم يعلم ولم يكن الميت موصوفاً بالدين لم يرجعوا إلا على من أخذ، وقال في قضاء الورثة بعض الغرماء كما قال في الوصي.

الحديث

- 2353 - في المطبوع وأشهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 وم ص 129 وسيد ومايأبى 280.
 2354 - في المطبوع فإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايأبى 280.
 2355 - في المطبوع بينهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايأبى 280.
 2356 - في المطبوع قال إن من كان فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129.
 2357 - في المطبوع أخذت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 53.
 2358 - في م 12 المطبوع القائمون أو يدعوا وما بين المعقوفين من 9 ويم 164 وسيد 53.

وَالنَّفَقَةُ عَلَى الطِّفْلِ بِالْمَعْرُوفِ وَفِي حَتْنِهِ وَعُرسِهِ وَعِيدِهِ وَدَفْعُ نَفَقَةٍ لَهُ قَلَّتْ وَإِخْرَاجُ فِطْرَتِهِ وَزَكَاتِهِ وَرَفَعَ لِلْحَاكِمِ إِنْ كَانَ حَاكِمًا حَنْفِيًّا.

نص خليل

وقال في [الوصي: 2359] وقال مثله عبد الملك إذا تأنوا ولم يعجلوا وبعد الصياح في الدين وفعلوا ما كان يفعله السلطان فلا يضمنوا، وأما إن عجلوا ضمنوا، فإن لم يكن عندهم شيء رجع الطارىء على الأول.

متن الخطاب

قال أشهب في الوصيين يدفعان ديننا/ بشهادتهما، أو الوارثين ثم يطرأ دين آخر أو وارث ثم [يقوم: 2360] فإن دفعا بأمر قاض لم [يضمننا، 2361] ويرجع على الأول، وإنما تقبل شهادتهما قبل أن يدفعا، وأما بعد الدفع فإن كان بغير أمر قاض فيضمنان. انتهى.
ص: والنفقة على الطفل بالمعروف ش: صورته واضح.

399

مسألة: قال ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: أجمع أهل العلم أن أكل مال اليتيم ظلما من الكبائر لا يحل ولا يجوز، وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز للفقير المحتاج أن يأكل من مال [يتيمه 2362] بقدر اشتغاله به وخدمته فيه وقيامه عليه، وإلا فلا يسوغ له أن يأكل منه إلا ما لا ثمن له ولا قدر لقيمته مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه، ومثل الفاكهة من حائطه، ومن أهل العلم من أجاز له أن يأكل منه على [وجهه 2363] السلف، ومنهم من أجاز له أن يأكل منه ويكتسي بقدر حاجته وما تدعوا إليه الضرورة، وليس عليه رد ذلك، وأما الغني فإن لم يكن فيه خدمة ولا عمل سوى أن يتفقدته ويشرف عليه فليس له أن يأكل منه إلا ما لا قدر له ولا بال مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه، والتمر يأكله من حائطه إذا دخله، واختلف إن كان له فيه خدمة وعمل؟ فقيل إن له أن يأكل [منه 2364] بقدر عمله فيه وخدمته له، وقيل ليس له ذلك لقوله عز وجل: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف﴾. انتهى بالمعنى. ونقله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا. والله أعلم.

ص: وفي ختنه وعرسه وعيده ش: قال في النوادر: قال مالك: وليوسع عليهم ولا يضيق، وربما قال [له 2365] أن يشتري لهم بعض ما يلهيهم به، وذلك مما يطيب نفوسهم به. انتهى.
ص: وإخراج فطرته وزكاته ش: يعني أن الوصي له أن يخرج عن الصبي فطرته، وله أن يخرج زكاة ماله. قال في النوادر: قال ابن حبيب: ويشهد فإن لم يشهد وكان مأمونا صدق انتهى. وانظر إذا لم يكن مأمونا هل يلزمه غرم المال، أو يحلف؟ لم أر فيه نصا.
ص: ورفع للحاكم إن كان حاكم حنفي ش: تقدم الكلام عليه في الزكاة. والله أعلم.

الحديث

2359 - في المطبوع الصبي وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164 وسيد 53.

2360 - في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164 وسيد 53.

2361 - في المطبوع يضمنوا وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164 وسيد 53.

2362 - في المطبوع اليتيم ويحيى (ص 511 إن يأكل مال) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 وما يابى 280 ويم ص 143 وم 129.

2363 - في م 129 وسيد 53 على سبيل السلف.

2364 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويم ص 143 وم ص 129 وما يابى 281.

2365 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويم ص 144 وم ص 129 وما يابى 281.

نص خليل وَدَفَعُ مَالَهُ قِرَاضًا وَبِضَاعَةً.

متن الخطاب ص: ودفعت ماله قراضاً أو بضاعة ش: قال في المدونة في كتاب الرهون: وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره. انتهى. وسواء كان ذلك في بر أو بحر كما ذكره في النوادر والجواهر وابن عرفة، وقيده ابن عرفة بالأمن، ونصه: الشيخ عن المجموعة والموازية: روى ابن القاسم له أن يتجر بأموال اليتامى ولا يضمن، وروى ابن وهب في البر والبحر. قلت: مع الأمن قاله غير واحد. انتهى. ولفظ النوادر ومن المجموعة، وفي كتاب ابن المواز نحوه. قال ابن القاسم عن مالك: وله أن يتجر بأموال اليتامى لهم، ولا ضمان عليه. قاله عنه ابن وهب في البر والبحر ويشترى لهم الرقيق للغلة والحيوان من الماشية وشبه ذلك، وذلك كله حسن، وقد فعله السلف، وقد أعطت عائشة مال يتيم لمن يتجر [له²³⁶⁶] به في البحر، وأنكر ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموالهم لمن يضمنها وأعظم كراهيته. قال أشهب: وله أن يتجر بمال يتيمة [بيديه،²³⁶⁷] أو يؤاجر له من يتجر فيه أو يدفعه قراضاً أو بضاعة على اجتهاده ولا يضمن، وله أن يودع ماله على النظر ولأمر يراه، فأما أن يفعله على المعروف بمن يأخذه فلا يصلح ذلك، وذكر كله ابن / المواز لابن القاسم، ولم يذكر أشهب، ومن هذه الدواوين قال مالك: وله أن يدفع ماله قراضاً إذا دفع إلى أمين ولا يضمن. قال في كتاب ابن المواز: وله أن يبضع لهم ويبعث في البر والبحر، وله أن يودع مالههم ويسلفه. قال ابن المواز: يسلفه [على²³⁶⁸] التجارة، فأما على المعروف فلا. انتهى.

تنبیهات: الأول: فهم من قول المصنف: للوصي دفع ماله قراضاً وبضاعة، ومن قول المدونة: "وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة"، ومن قول النوادر: "وله أن يتجر بأموال اليتامى" أنه لا يجب على الوصي التجارة بمال اليتيم وهو كذلك، وإنما يستحسن له ذلك. قال ابن عرفة: روى محمد إنما للوصي في مال اليتيم فعل ما ينمي أو ينفعه. اللخمي: وحسن أن يتجر له به وليس ذلك عليه. انتهى. وكلام اللخمي المذكور هو في باب الوصايا، وصرح أيضاً في كتاب الزكاة بأنه لا يجب عليه ذلك، وتقدم في كلام النوادر أن ذلك حسن، وقد فعله السلف.

الثاني: قال في العتبية في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية: قال ابن القاسم إن الضمان الذي يفعله أهل العراق في أموال اليتامى حرام يضمنونها أقواماً يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها، والسنة فيها إن كان لهم وصي ثقة لم تحرك من يده، وإن كان غير ثقة أو لم يكن لهم وصي استودعها القاضي عند ثقة. قال ابن رشد: الوجه في أموال اليتامى دفعها إلى من يتجر فيها تطوعاً

400

الحديث

2366 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 169 ويم ص 144 وم ص 130 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 399

وما يابى 281.

2367 - في المطبوع ببده (ويحيى ص 169 بيده) (يم ص 144 وم ص 130 ببده) وما بين المعقوفين من ن عدود

ص 399.

2368 - في المطبوع في ويحيى ص 169 ويم ص 144 وم ص 130 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 400.

لثواب، فإن لم يوجد فعلى سبيل القراض، فإن لم يكن أودعت عند من يوثق به، فإن تعدى عليها المودع فتسلفها ضمنها، وسقط عن اليتامى زكاتها، ولم يحل أن يضمن لأحد على أن يكون له ربحها؛ لأنه سلف، لغير وجه الله لم يبتغ به المقرض إلا منفعة نفسه لا منفعة المقرض. اهـ مختصراً. وتقدم في كلام النوادر فيما نقله ابن القاسم عن مالك [أنه أنكر²³⁶⁹] ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموال اليتامى لمن يضمنها وأعظم [كراهيته،²³⁷⁰] فالكراهة محمولة على التحريم كما تقدم في كلامه في العتبية، وقال في النوادر أيضاً: قال ابن الماجشون: وليس للوصي أن يسلف أموال اليتامى على وجه المعروف ولو أخذ رهنا، وأما العمل به مما يحصل لهم فيه ربح على الوجه الجائز الذي لا حيلة فيه ظاهراً وباطناً فله ذلك. انتهى بالمعنى. والله أعلم.

الثالث: تقدم في كلام النوادر عن ابن المواز وابن الماجشون أنه ليس للوصي أن يسلف مالهم على وجه المعروف، ونص على ذلك اللخمي بزيادة فيه، ولفظه: ولا يسلف ماله لأن ذلك معروف، إلا أن يكون كثير التجر له ويسلف الشيء اليسير مما يصلح وجهه مع الناس فلا بأس. انتهى. ونقله ابن عرفة عنه بلفظه، وأما [استسلاف الوصي²³⁷¹] ماله فقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال في المجموعة وغيرها ولا أحب أن يركب له دابة ولا يتسلف ماله، وقاله عنه ابن وهب في المجموعة، ومن مات في سفر وأوصى رجلاً فلا يتسلف الوصي من تركته، ولا أحب أن يشتري من متاعه، وقاله أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز. قال عنه ابن نافع في المجموعة: ولا أحب أن يتسلف من مال بيده لغيره، وأجازه بعض الناس، فروجع فقال: إن كان له مال فيه وفاء فأرجو إذا أشهد أن لا بأس به. انتهى. وقال في كتاب الزكاة منها في ترجمة زكاة مال المفقود والصبي: وقال ابن حبيب: وإن استنفق مال يتيمه وله به ملاء وخاف أن [يغمر²³⁷²] له به فلا بأس بذلك، وقاله القاسم بن محمد، وكان ابن عمر يسلفه ويستسلفه، وإذا لم يكن له ملاء فلا يستسلفه. انتهى.

وقال في مختصر الواضحة: قال عبد الملك: وإن ترك والي اليتيم أن يتجر بماله أو يبضع لما خشي من التعرير به وتجر لنفسه [أو يضمنه²³⁷³] أو استنفقه فلا بأس بذلك إذا كان عنده به وفاء إن عطب، وكذلك قال مالك وأصحابه، وإذا لم يكن به وفاء فلا يحل له أن يستسلفه ولا أن يتجر فيه لنفسه لأنه يعرضه للتلف ولا مال له، فإن فعل فالربح له [بتعديه، وهو²³⁷⁴] ضامن له بعد. قال فضل: هذا قول مالك وأصحابه إلا ابن الماجشون، فإنه روى عن مالك أن الربح لليتيم والضمان على الوصي بتعديه، وقد ذكره ابن حبيب في سماعه. هذا إذا تجر به لنفسه ولا وفاء له. انتهى.

2369 - في المطبوع أنه إذا أنكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 400 وم ص 130 وبم 165 ويحيى ص 169.

2370 - في المطبوع م 130 كراهية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 400 ويم ص 144 ويحيى ص 169.

2371 - * في المطبوع إسلاف الوصي وما بين المعقوفين من يم 165 وم 130 ويحيى 511.

2372 - في المطبوع بعذر (يم ص 144 م ص 130 يغدر) (يحيى ص 169 أن يغمر) وما بين المعقوفين من ن عدود

ص 400 وسيد.

2373 - * علق عليه الشيخ محمد سالم ب وفي نسخة يحيى 511 أن يضمنه ولعل الأصل على أن يضمنه.

2374 - في المطبوع بتعديه وقد ذكر ابن حبيب وهو ضامن وما بين المعقوفين من م 130 ويحيى 511 وسيد 54.

نص خليل وَلَا يَعْمَلُ هُوَ بِهِ.

متن الخطاب ص: وَلَا يَعْمَلُ هُوَ بِهِ ش: قال الشارح: أي ليس للوصي أن يعمل هو بنفسه في مال الصغير؛ لأنه يصير كمؤاجر نفسه منه، وهو لا يجوز له ذلك. انتهى. زاد في الوسط: وقيل إن عمل به على [جزء²³⁷⁵] يشبه قراض مثله مضى كشرائه شيء لليتيم. انتهى. وظاهره أن القول الأول يقول لا يمضي مطلقاً، وكذا ساق القولين في الشامل، وصدر بالأول وعطف الثاني بقيل، ونصه: [وله²³⁷⁶] دفع ماله قراضاً ووديعة ولا يعمل هو بنفسه، وقيل إن وقع على جزء يشبه قراض مثله كشرائه سلعة ليتيمه لا لنفسه من التركة ونظر فيه الحاكم، وهل يوم الشراء، أو يوم الدفع، أو الآن؟ أقوال، وقيل تعاد للسوق، فإن زاد فليتيم، وإلا مضى، وفيها: سئل عن حمارين ثمنهما ثلاثة دنانير وتسوق بهما بدوا وحضراً فأراد الوصي [أخذهما²³⁷⁷] بما أعطى فأجازه. انتهى. وظاهر كلام ابن عرفة أنه موافق له، ونصه: [الشيخ²³⁷⁸] لأشهب في الكتابين لا يعمل الوصي بمال اليتيم قراضاً كما لا يبيع [لهم²³⁷⁹] من نفسه ولا يشتري لهم، وقال بعض أصحابنا في كتاب آخر إن أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله مضى ذلك. انتهى. والمراد بالكتابين المجموعة والموازية، وظاهر كلام التوضيح أن القول الثاني من كمال القول الأول ومفرغ عليه، ونصه: قال ابن الحاجب: ولا يعمل هو به قراضاً عند أشهب.

قال في التوضيح: [لأنه كمؤاجر²³⁸⁰] نفسه، وهو لا يجوز له ذلك كما لا يبيع له سلعة لنفسه بعض أصحابنا، فإن أخذه على الجزء من الربح يشبه قراض مثله أمضى كشرائه لليتيم. اهـ. وانظر عزو ابن الحاجب وابن عرفة هذه المسألة لأشهب، وقبول المصنف لذلك وإقراره، مع أنها في المدونة في كتاب الرهون، وهو نصها المتقدم في أول القولة التي قبل هذه، وهو قوله: "وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة"، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره. قال أبو الحسن: مخافة أن يحابي نفسه؛ لأنه معزول عن نفسه خوف أن يحابي نفسه، فإن عمل به بنفسه فإن كان عمله مثل الجزء الذي سمي كان الربح بينهما على ما شرط، وإن خسر لم يضمن، وإن كان الجزء أكثر من العمل كان له قراض مثله، فإن خسر اختلف هل يضمن أم لا؟ والتضمين ضعيف. انتهى. وقال ابن رشد في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا في شرح مسألة وهي: وسئل

الحديث

2375 - في المطبوع وجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 ويحيى ص 170 وم ص 130 وسيد ومايأبي 281.

2376 - في المطبوع ولو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 وم ص 130 ويحيى ص 170 وسيد ومايأبي 281.

2377 - في المطبوع أخذها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 ويحيى ص 170 وم ص 130 وسيد ومايأبي 282.

2378 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 ويحيى ص 170 وم ص 130 وسيد ومايأبي 282.

2379 * - في المطبوع منهم وما بين المعقوفين من يم 165 وسيد 54 ومايأبي 282 ويحيى 512 وم 130.

2380 - في المطبوع يم ص 144 وم ص 130 لأنه كمؤاجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويحيى 512 وسيد ومايأبي 282.

متن الخطاب عن الوصي أيقارض بمال اليتيم الذي أوصى إليه به؟ قال: نعم لا بأس، ولا ضمان عليه فيه [إن²³⁸¹] هلك إن كان دفعه إلى أمين. ابن رشد: هذا كما قال إن للوصي أن يدفع مال يتيمة مضاربة؛ لأنه ينظر له بما ينظر لنفسه، ومثل هذا في الرهون من المدونة أن للوصي أن يتجر بمال اليتيم أو يقارض به، ويكره أن يعمل هو به مضاربة. قال في الزكاة من كتاب ابن مزين: فإن عمل به بقراض مثله جاز، ولم يكن عليه [فيه²³⁸²] ضمان إن تلف، وإن عمل فيه بأكثر من قراض مثله فعبن اليتيم في ذلك رد إلى قراض مثله، وضمن المال إن تلف. قال يحيى بن إبراهيم: قوله في الضمان ضعيف. انتهى. فتحصل من هذا أن المسألة في المدونة، وأن النهي فيها على الكراهة كما صرح به ابن رشد وكما هو ظاهر لفظ المدونة، وأن ما في ابن مزين من تنمة المسألة وتفسير لها كما نقله أبو الحسن، وكما يظهر من كلام ابن رشد المتقدم. والله أعلم.

فروع: الأول: قال المشذالي في حاشيته في الرهون: أخذ من قوله في المدونة: "وللوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة" جواز الصلح على المحجور فيما ادعي عليه وخاف أن يثبت على المحجور، أو طلب المحجور دعوى على الغير فخاف الوصي أن لا يثبت أنه يصلح على البعض [فيعطيه²³⁸³] أو يأخذه، ونص عليه صاحب الطراز، والجامع بينهما أنه جوز دفع المال مضاربة مع احتمال ذهابه فضلا عن حصول رأس المال فضلا عن الربح./

402

قلت: قال في نوازل أصبغ سألت ابن القاسم عن الوصي أيسال عن الأيتام؟ قال: نعم إن رآه نظرا. قال ابن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، وظهرها أن الوصي يجوز صلحه عن الأيتام فيما يراه نظرا فيما طلب له وطلب به؛ بأن يأخذ البعض ويترك البعض إذا خشي أنه لا يصلح له ما ادعاه، أو يعطي من ماله بعض ما يطلب إذا خشي أن يثبت عليه جميعه، وهو له [في النوادر، خلاف²³⁸⁴] ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون أنه يجوز فيما يطلب له لا فيما يطلب به، والصواب أنه لا فرق بينهما. المشذالي: انظر الطرر في ترجمة بيع الوصي على اليتيم داره إذا هت أو خشي تهدمها. انتهى.

تذبيه: وأما إبراء الوصي عنه الإبراء العام فقال البرزلي في آخر مسائل الوكالات إنه لا [يبرئ²³⁸⁵] الوصي عنه مبارأة عامة، وإنما [يبرئ²³⁸⁶] في المعينات، وفيه أيضا أنه لا يجوز إقرار الوصي والأب على الصغير، وتندم في باب الإقرار عند قول المصنف: "وإن أبرأ فلانا مما له قبله" كلام البرزلي في الإبراء العام عن اليتيم.

الحدِيث

2381 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 401 .

2382 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 130 وسيد 54.

2383 * - في المطبوع بعطية وما بين المعقوفين من يم 166 وسيد 54.

2384 - (في المطبوع يحيى ص 170 يم ص 145 م ص 131 سيد في النوادر مكشوف خلاف) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402.

2385 * - في المطبوع يبرأ وما بين المعقوفين من البرزلي ج 3 ص 499.

2386 * - في المطبوع يبرأ وما بين المعقوفين من البرزلي ج 3 ص 499.

وَلَا اشْتَرَاءٌ مِنَ التَّرَكَةِ وَتُعْتَقَبَ بِالنَّظَرِ إِلَّا كَحِمَارَيْنِ قَلَّ ثَمْنُهُمَا وَتَسَوَّقَ بِهِمَا الْحَضَرَ وَالسَّفَرَ وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَلَوْ قَبْلَ.

نص خليل

الثاني: قال الوانوغي: لو عمل الوصي أو الأب في أرض الصغير مغارسة لأنفسهما كان لهما قيمة عملهما مقلوعا. انتهى.

متن الخطاب

الثالث: إذا تجر الوصي بمال اليتيم لنفسه فهل يكون الربح له أو لليتيم، أو يفرق بين المليء فيكون له، والمعدم فيكون لليتيم؟ ثلاثة أقوال حكاهما المتيطي، ونقلها عنه الوانوغي في الحاشية، والذي اقتصر عليه أكثر أهل المذهب أن الربح للوصي، وهو الذي عزاه عبد الملك لأكثر أصحاب مالك كما تقدم في كلام مختصر الواضحة في التنبيه الثالث من القولة التي قبل هذه، ونقله ابن فرحون في التبصرة. والله أعلم.

الرابع: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تجر الوصي في مال المحجور فربح، فلما رشد اليتيم قال للوصي إنما تجرت على أن الربح لي وأنكر الوصي فقال ابن عبد السلام: القول قول الوصي مع يمينه. انتهى. [وهذا على ²³⁸⁷] القول [بأن ²³⁸⁸] الربح للوصي.

الخامس: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تسلف الوصي على الأيتام حتى يباع لهم فتلف مالهم فلا ضمان عليه. المشذالي: يريد لا يلزمه أن يغرم ذلك من ماله لمن استسلفه منه، وهذا إذا قال للمسلف إنما أستسلفه للأيتام، وأما إن لم يقل فالضمان لازم له. قاله في الطرر، وكان من حق الوانوغي أن لا يترك هذه الزيادة لإعطاء كلامه سقوط الضمان مطلقا. انتهى.

السادس: منه أيضا لو كان للأيتام إخوة فأنتق الوصي على بعضهم من مال بعض ضمن الوصي لمن أنفق من ماله ورجع بذلك على المنفق عليه. انتهى.

السابع: قال في الطرر في باب زكاة الفطر: من بيده مال الصغير من غير إيصاء فليرفع للإمام، فإن أنفقه عليه من غير إذن [السلطان. ²³⁸⁹] قال ابن القاسم يصدق في مثل نفقة ذلك الصبي وزكاة الفطر قال سند: من غير إسراف إذا ثبت أنهم في نفقته وحجره، فإن تصرف في المال ببيع فخسر أو ببضاعة فذهب كان ضامنا؛ كمن تجر في مال غيره بغير إذنه، فإن تلف من غير أن يحركه فلا ضمان عليه. انتهى.

الثامن: قال في النوادر في كتاب البيوع في ترجمة شراء ما وكل على بيعه أو [أسند ²³⁹⁰] إليه أو تسلفه منه: ومن الواضحة قال مالك: ولا أحب أن يتسلف مما أودع أو كان فيه وصيا. انتهى.

ص: [ولا اشتراء ²³⁹¹] من التركة وتعقب بالنظر ش: قال في الوصايا الأول: ولا يشتري الوصي من التركة ولا يوكل ولا [يدس، ²³⁹²] فإن فعل تعقب ذلك. انتهى. قال القرطبي في تفسير

الحدِيث

2387 - في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

2388 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

2389 - في المطبوع يحيى ص 170 يم ص 145 سلطان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402

2390 - في المطبوع أسنده وما بين المعقوفين من م 131 وسيد 54 ويحيى 512.

2391 - في المطبوع ولاشترء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

2392 - في المطبوع يؤمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

لَا بَعْدَهُمَا وَإِنْ أَبِي الْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا قَبُولَ لَهُ بَعْدُ.

سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى ﴾ : اختلف هل له أن يشتري لنفسه من مال يتيمة فقال مالك يشتري في مشهور الأقوال، والقول الثاني أنه لا ينبغي أن يشتري مما تحت يده شيئاً لما يلحقه من التهمة، إلا أن يكون البيع في ذلك بيع سلطان في ملا من الناس، وقال ابن عبد الحكم لا يشتري من التركة، ولا بأس أن يدس من يشتري له منها إذا لم يعلم أنه من قبله. انتهى.

وقال ابن الفرس في أحكام/ القرآن في هذه الآية: واختلف في الوصي يشتري من مال يتيمة أو يبيع منه ماله فعندنا أنه جائز ما لم يحاب، ويكره أولاً [أي²³⁹³] ابتداءً، وانظر بقية كلامه، وقال ابن عرفة: وما في وصاياها خلاف ما في استبرائها. انتهى. والله أعلم.

ص: لا بعدهما ش: يعني أنه ليس للوصي أن يعزل نفسه بعد موت الموصي وقبوله هو للوصية، وظاهره سواء أقام أحدا عوضه أم لا، وهذا هو الظاهر، وبه أفتى جماعة، ومعنى ذلك إذا تبرأ عن الإيضاء جملة بحيث إنه لم يبق له نظر أصلاً، ويجوز له أن يوكل على الأيتام من يتولى أمورهم بأمره. قال الجزيري في وثائقه: وللوصي أن يوصي بما إلى نظره إذا لم يكن معه شريك في الإيضاء، وليس له أن يفوض الإيضاء إلى غيره في حياته، وله أن يوكل من ينظر بأمره. انتهى. وقال في المسألة الثالثة من نوازل عيسى بن دينار من كتاب البضائع والوكالات: وسئل عيسى عن الرجل يوكل وكيلاً على [خصومة أو قيام بضیعة²³⁹⁴] أو [تقاضي²³⁹⁵] [دين²³⁹⁶] أو على وجه من الوجوه كلها فيريد الوكيل أن يوكل غيره على ما وكل عليه من ذلك في حياة الموكل أو عند موته أيجوز هذا؟ قال: لا يوكل [وكيل²³⁹⁷] على ما وكل عليه أحداً غيره، وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته أو عند موته فتكلم ابن رشد على مسألة توكيل الوكيل، ثم قال: وقوله وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته وعند موته هو نص قول مالك وجميع أصحابه، لا اختلاف بينهم فيه، وإنما اختلفوا في الوصيين أو الأوصياء هل لأحدهم أن يوصي بما إليه لشريكه ولغيره، أم ليس له ذلك، أوله أن يوصي به لشريكه لا إلى غيره؟ ثلاثة أقوال. قال: والأول هو أصح الأقوال وأولها بالصواب. انتهى. فقوله: "إنما يجوز للوصي إلى آخره" معناه يجوز له أن يوكل على ما فوض إليه في حياته وعند موته.

وقال ابن رشد في شرح المسألة العاشرة من رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا: للوصي أن يوصي بما أوصي به إليه في حياته وبعد وفاته لا خلاف أحفظه في ذلك. انتهى. وفي ابن سلمون ناقلاً عن مسائل ابن الحاج قال: إذا أراد الوصي أن يتبرأ من الإيضاء إلى رجل آخر بعد أن [ألزمه²³⁹⁸] فليس له ذلك إلا لعذر بين، وله فعل ذلك عند حضور موته لأنه من أبين العذر، وحكى

الباجي في

2393 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 131 وسيد 54 ويحيى 113.

2394 * - في المطبوع خصومه وقيا لبنيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2395 - في المطبوع تقاض من يحيى 513 ويم 166.

2396 * - في المطبوع ديون وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 8 ص 193.

2397 - في المطبوع ويم ص 145 م ص 131 يحيى ص 170 وكيلاً وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403.

2398 * - في م 131 وسيد 54 ويحيى 513 لزمه.

متن الخطاب وثائقه أن له أن يوكل غيره في حياته وبعد مماته، ولا يجوز لو كـيل القاضي على النظر للـيتيم أن يوكل بما جعل إليه أحدا غيره حيي أو مات، ولا أن يوصي به إلى أحد. انتهى. ونقل البرزلي كلام الباجي، ونصه: ولا يجوز لمقدم القاضي توكيل أحد بما جعل إليه والوصية به لا في حياته ولا عند موته. انتهى. قال في مختصر المتيضية: وللوصي أن يوصي عند الموت بما جعل إليه إلى من شاء إن كان منفردا بالنظر، ويكون وصي الوصي كالوصي، وإن أراد الوصي في حياته أن يجعل ما بيده إلى غيره لم يكن له ذلك وإنما له أن يوكل من ينظر بأمره. قاله ابن العطار وغيره، وقال ابن زرب له ذلك. قيل فإن أراد أن يعود في نظره؟ قال: ليس له ذلك؛ لأنه قد تخلى عنه. اهـ. وفي مسائل الوصايا من البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر؟ قال: ذلك جائز ويتنزل منزلته. قيل له فلو أراد العود في نظره؟ قال: ليس له ذلك، وقد تخلى منه إلى الذي وكل. انتهى.

وفي المتيضية: وإذا قبلها في مرض الموت الذي توفي منه أو بعد موته وتولى النظر، ثم أراد أن يتخلى فليس ذلك له، إلا أن يخليه شريكه في النظر إن كان معه شريك، وكان في الوصية أن من عاقه عائق فالباقي منفرد، فإن لم يكن في الوصية هذا الشرط فإن القاضي يخليه ويقدم غيره إن كان منفردا، [أو²³⁹⁹] كان معه غيره، ولم يكن في الوصية هذا الشرط إذا ظهر له عذر ووجد من يقوم مقامه، وإن لم ينعقد عليه التزام في مرض الموصي ولا نظر بعد موته وأبى النظر فلا يجبر على النظر. قال في أحكام ابن بطال: وإن أنكر القبول حلف على ذلك وبريء/ انتهى.

404

وظاهر كلام المصنف أيضا أنه ليس له أن يعزل نفسه ولا للقاضي أن يخليه بعد الموت والقبول، سواء [قبل²⁴⁰⁰] في حياة الموصي أو بعد موته، وهو ظاهر كلام ابن الحاجب. قال: وليس له رجوع بعد الموت والقبول على الأصح. قال في التوضيح: ظاهره سواء قبل في حياة الموصي أو بعد موته، ونص في المدونة على الأول، وأشهب على الثاني. قال: وسواء قبل لفظا أو جاء منه ما يدل على ذلك من البيع والشراء لهم ما يصلحهم والاقتضاء والقضاء أو غير ذلك. قال ابن عبد السلام: وقال بعضهم لا فرق بين قبوله بعد الموت وقبله [أن²⁴⁰¹] له الرجوع، وأخذ من تعليل أشهب رجوعه في الحياة [بأنه لم يغيره،²⁴⁰²] فألزمه اللخمي أن يكون له الرجوع إن قبل بعد الموت لكونه لم [يغيره.²⁴⁰³] انتهى. وذكر البرزلي عن ابن عات عن [ابن²⁴⁰⁴] ورد قال إذا كان قبوله في حياة

- 2399 - في المطبوع يم ص 146 م ص 132 و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403.
 2400 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويم ص 146 ويحيى ص 171 وم ص 132.
 2401 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 404 ويحيى ص 171 ويم ص 146.
 2402 - في المطبوع فإنه لم يغيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 (ويحيى 513 فإن لم يعد) ويم ص 146.
 2403 - في المطبوع يغيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 (ويحيى 513 لكونه لم يغيره) ويم ص 146.
 2404 - في المطبوع أبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويم ص 146 ويحيى ص 171.

متن الخطاب العاهد فلا يخليه القاضي إلا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته فللقاضي أن يخليه بغير عذر، وللفرق بينهما شرح يطول، وهذا حقيقة الفقه في هذا الفصل.

قلت: هو ظاهر قولها إذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد وفاته، وعليه سئل إذا خلى القاضي الوصي لعذر ثبت له وكان معه في النظر شريك هل يعذر إلى شريكه فيما ثبت له من العذر؟ فقال: إذا كان قبوله في حياة العاهد فلا بد من الإعذار إلى شريكه ثم يعمل بحسب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته حيث يكون للقاضي أن [يعفيه²⁴⁰⁵] دون عذر كما تقدم فإنه لا متكلم لشريكه في ذلك فكيف يعذر إليه؟ وله أيضا إذا كان في الوصية من عاقه [منهما²⁴⁰⁶] عائق فالباقى منفرد فليس له أن يخليه من غير عذر، ولو كان له أن يخليه من غير عذر لكان قوله إلا أن يخليه شريكه معترضا أيضا؛ لأن شريكه لا يخليه إنما يخليه الموصي بشرطه في وصية من عاقه عائق فالباقى منفرد. انتهى.

ثم ذكر عن ابن ورد أن العذر لا بد أن يثبت أنه مانع له من القيام ألبتة، وأما إن لم يكن إلا أنه يشق عليه فلا [ينحل²⁴⁰⁷] بمثل ذلك، ويكون العذر أيضا طارئا بعد القبول، وأما إن كان حال القبول فلا، إلا أن يثبت أنه لا يقدر على القيام فيما أدخل نفسه فيه. انتهى. ومن هذا المعنى ما وقع في المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب الوصايا، وهي تتضمن فرعا آخر، وهو أن للوصي أن يرسل اليتيم إلى غير البلد الذي هو فيه إذا كان له فيه مصلحة، ونصه: قال وسئل -يعني مالكا- عن توفى بالمدينة وأوصى إلى رجل [وأوصى²⁴⁰⁸] أن امرأته أولى بولدها ما لم تنكح، فأرادت امرأته الخروج إلى العراق بولدها منه وهناك أهلها؟ فقال: ليس لها ذلك. فقيل [له: ²⁴⁰⁹] إن لولده ثم [ديوانا؟²⁴¹⁰] قال ما أرى ذلك لها قيل إذا يهلك ديوانهم وهم صغار؟ قال: هذا إن كان هكذا فلينظر في ذلك لليتامى، فإن رأى ولي اليتيم أن لهم المقام أقاموا، وإن رأى أن السير أرفق بهم ساروا. قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه ليس للأم أن ترحل بولدها [الذين²⁴¹¹] في حضانتها عن بلد الموصى عليهم وإن كان الأب أوصى أنها أولى بولدها ما لم تنكح؛ لأن ذلك من حقها وإن لم يوص لها به مع أنها لا تغيب به إلى بلد آخر عن الوصي إلا أن يرى ذلك الوصي أو السلطان نظرا للأيتام؛ لثلا

- 2405 - في المطبوع ورم ص 146 يعقبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 (ويحيى 513 أن يتعقبه)
 2406 - في المطبوع ورم ص 146 م ص 132 منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويحيى ص 171.
 2407 - في المطبوع ورم ص 146 يخل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 م ص 132 ويحيى ص 171.
 2408 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ورم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 171.
 2409 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ورم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 171.
 2410 - في المطبوع ديون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ورم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 171.
 2411 * - في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من يحيى 513.

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ لَا فِي تَارِيخِ الْمَوْتِ وَدَفْعِ مَالِهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ.

نص خليل

متن الخطاب يزول بمغيبهم اسمهم عن الديوان الذي كان يرتزق عليه أبوهم فتدركهم الضيعة. انتهى. ويؤخذ من هذه المسألة جواز تفسير الوصي من في حجره لمصلحة، وقد قال في كتاب الوصايا الثاني: وإن أوصى أن يحج عنه عبد أو صبي بمال فذلك نافذ ويدفع ذلك إليه ليحج به إذا أذن السيد والوالد، وإن لم يكن للصبي أب فأذن له [الوصي²⁴¹²] في ذلك فإن كان على الصبي فيه مشقة وضرر وخيف عليه في ذلك ضيعة فلا يجوز إذنه فيه، وإن كان الصبي قويا على الذهاب وكان ذلك نظرا له جاز إذنه؛ لأن الوصي لو أذن له أن يتجر وأمره بذلك جاز، ولو خرج في تجارة من موضع إلى موضع بإذن [الوصي²⁴¹³] لم يكن به بأس، فكذلك يجوز إذنه في الحج على ما وصفنا، وقال غيره لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا.

قال ابن القاسم: فإن لم يأذن له وليه وقف المال/ إلى بلوغه فإن حج به، وإلا رجع ميراثا. انتهى. وظاهر كلامهم ولو كان في الطريق بحر، وقد تقدم في باب الحضانة أن الأصح أن للولي أن يسافر بمن في حجره إذا كانت الطريق مأمونة ولو كان فيها بحر، وتقدم هنا أن التجر بمال اليتيم في البحر والبر جائز مع الأمن. والله أعلم.

405

تنبيه: تقدم في باب الحج عن ابن فرحون أنه نقل أن للوصي والولي غير المحرمين أن يسافرا بالصبية إذا لم يكن لها أهل تخلف عندهم [وكانا²⁴¹⁴] مأمونين، ويختلف فيه إن كان للصبية أهل وهو مأمون وله أهل. انتهى.

ص: والقول له في قدر النفقة ش: قال في الشامل: وصدق في قدر النفقة دون سرف مع يمينه إن بقي تحت حجره على الأكثر، وهل يجاب إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ولا يحلف، أو لا بد من يمينه؟ قولان. انتهى. وأصله في التوضيح، وعزا الأول لأبي عمران، والثاني لعياض قائلًا إن قد يمكن أقل مما ذكر. قال الشارح في الكبير: وهو الظاهر عندي. قال ابن غازي: قال ابن عبد السلام: والقول للوصي في أصل الإنفاق. انتهى.

فرع: قال في مختصر النوازل: وإقرار الرجل في مرضه ليتيمه بمال يمنع من طلبه بما كان ينفق عليه في حياته؛ إن حكم ذلك حكم الإسقاط. انتهى. يعني أن الورثة إذا أقر مورثهم بمال ليتيمه فطلبوا اليتيم بما كان مورثهم ينفقه عليه فليس لهم ذلك. انظر نوازل ابن رشد، وتقدم لفظ النوازل في النفقات عند قول المصنف: "وعلى الصغير إن كان له مال" والمسألة في مسائل الوصايا من النوازل.

ص: [ودفع ماله بعد بلوغه²⁴¹⁵] ش: هذا هو المشهور، ومقابله لابن عبد الحكم القول للوصي ومنشأ الخلاف قوله تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا﴾ هل لثلاث تغرموا أو لثلاث تحلفوا؟

الحدِيث

2412 * - في المطبوع الولي وما بين المعقوفين من يحيى 514 .

2413 * - في المطبوع الولي وما بين المعقوفين من يحيى 514 .

2414 - في المطبوع وكانوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 172 ومايأبى 282.

2415 - في المطبوع وضمن المال قبل بلوغه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 172 ومايأبى 282.

[باب²⁴¹⁶ س] يُخْرَجُ مِنْ تَرْكَةِ الْمَيِّتِ حَقُّ تَعَلُّقِ بَعِيْنٍ كَالْمَرْهُونِ وَعَبْدٍ جَنَى ثُمَّ مُؤْنٌ تَجْهِيْزُهُ بِالْمَعْرُوفِ ثُمَّ تُقْضَى دِيُوْنُهُ ثُمَّ وَصَايَاهُ مِنْ ثَلَاثِ الْبَاقِي ثُمَّ الْبَاقِي لَوَارِثِهِ.

نص خليل

وعلى المشهور إذا قلنا لا يقبل قول الوصي فقال مالك في الموازية إلا أن يطول زمن ذلك كالثلاثين والعشرين سنة يقيمون معه ولا يطلبونه ولا يسألونه عن شيء ثم يطلبونه فإنما عليه اليمين. ابن رشد: وهو ظاهر قسمة العتبية، ووجهه ظاهر؛ لأن العرف [يكذبهم،²⁴¹⁷] وقال ابن زرب: إذا قام بعد عشر سنين أو ثمان لم يكن له قبله إلا اليمين. ابن عبد السلام: ومال ابن رشد إلى القول الأول. خليل: وينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال، وذلك يختلف. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: باب يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لوارثه ش: هذا الباب يسمى باب الفرائض، فقله: / "باب" أي هذا باب يذكر فيه الفرائض وهو الفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة، فحقيقته مركبة من الفقه المتعلق بالإرث ومن الحساب الذي يتوصل به إلى معرفة قدر ما يجب لكل وارث، وبدأ أولاً ببيان الحقوق المتعلقة بالتركة ونهايتها خمسة كما ذكره، وطريق حصرها إما بالاستقراء وهو الظاهر أو بغيره وفي ذلك طريقان أحدهما أن يقال الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أولاً الأول هو الحقوق المعينة، وإليه أشار بقوله: "حق تعلق بعين، والثاني الدين المطلق، وإليه أشار بقوله: "ثم تقضى ديونه: والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه، أو لغيره [بسببه²⁴¹⁸] وهو الوصية، وإليه أشار بقوله: [ثم²⁴¹⁹] وصاياه" أو [بغير سببه و²⁴²⁰] هو الميراث، وإليه أشار بقوله: "ثم الباقي لوارثه"، والطريق الثاني أن يقال الحق إما للميت أو عليه أو لا له ولا عليه. الأول مؤن التجهيز. والثاني إما أن يتعلق بالذمة فقط وهو الدين المطلق أو لا وهو المتعلق بعين التركة، والثالث إما اختياري وهو الوصية أو اضطراري وهو الميراث، وذكر المصنف هذه الحقوق مرتبة فكل واحد مقدم على ما بعده، وقوله: "يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين" أي بعين من التركة أو [بها²⁴²¹] جميعاً، والتركة بفتح التاء وكسر الراء، ويجوز تسكين الراء مع فتح التاء وكسر الراء وهو بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب، وتركة الميت تراثه وهو الميراث وضبطه بعضهم بأنه حق قابل للتجزئ ثبت لمستحق بعد موت من كان له لوجود قرابة بينهما أو ما في معناها، والمراد بالعين الذات ثم مثل للحق

406

الحديث

²⁴¹⁶ س - علم متعلق بقدر الموارث وقسمتها.

²⁴¹⁷ - في المطبوع بكذبهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 172 ومايaby

.282

²⁴¹⁸ - ساقطة من المطبوع ويم 147 وم 132 ويحيى 172 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ومايaby 282.

²⁴¹⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم ص 147 وم ص 132 ويحيى ص 172 ومايaby

.283

²⁴²⁰ - ساقطة من المطبوع (يحيى ص 172 م ص 132 يم 147 أولاً وهو الميراث ومايaby 283) وما بين المعقوفين من

ن عدود ص 406.

²⁴²¹ - في المطبوع ويحيى ص 172 بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم ص 168 ومايaby 283.