

﴿ الجزء السادس من ﴾

كتاب

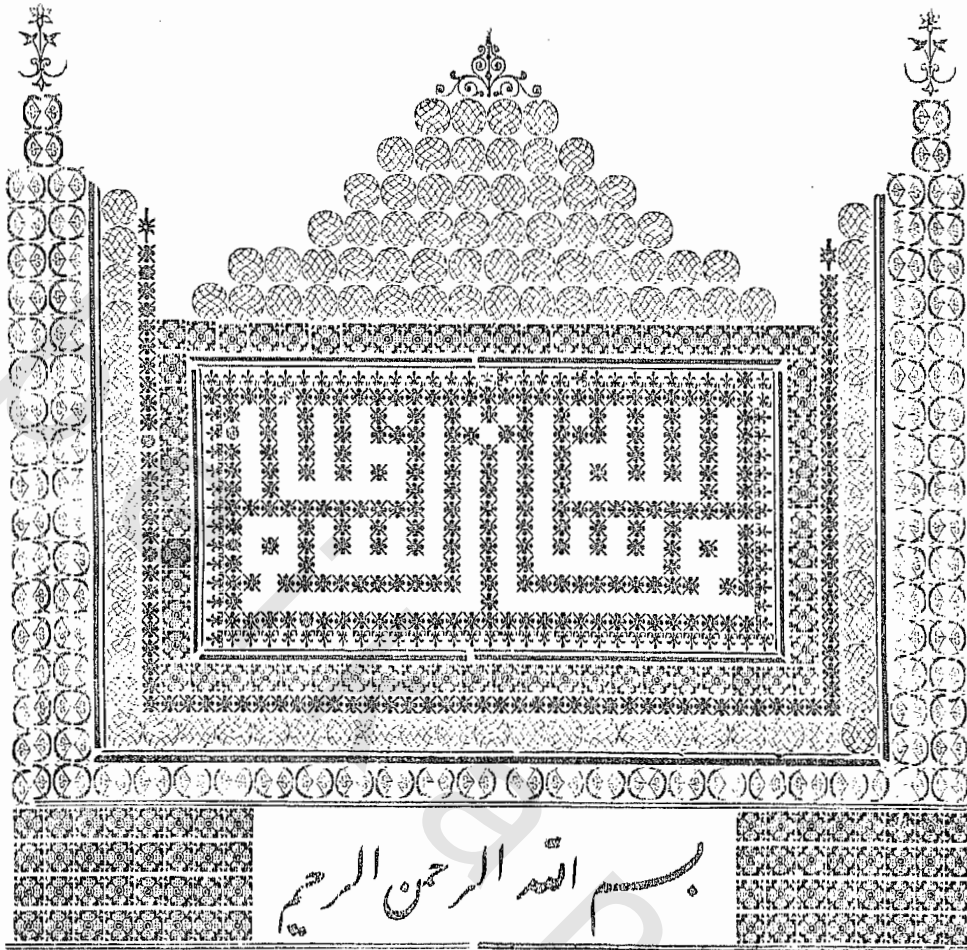
المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واث

الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة

المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

رحمه الله ورضي عنه



﴿ القضاء في المنبوذ ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سنان أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً في زمان عمر ابن الخطاب قال فجئت به الى عمر بن الخطاب فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفة يا أمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أ كذالك قال نعم فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ﴾ ش قوله منبوذاً فجئت به عمر المنبوذ هو المطروح ويحتمل أن يجيىء به الى عمر ليعلمه حاله وينفق عليه من بيت مال المسلمين ويحتمل أن يجيىء به ليستفتيه في أمره وليسأله الحكم له بولائه أو غير ذلك

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه ما حملك على أخذ هذه النسمة روى أشهب عن مالك انه قال اتهمه أن يكون ولده آتى به لى يفرض له من بيت المال ﴿ قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون سأله عن سبب أخذه له وخاف عليه أن يكون حمله على ذلك الحرص على أن يفرض له من بيت المال وبلى هو أمره ويحتمل أن يخاف التسرع الى أخذ الاطفال من غير أن ينمذوا حرصاً على أخذ النفقة لهم ورغبة في موالاتهم ويحتمل أن يكون سأله لئلا يلتقطه من عياله وقد روى ابن القاسم عن مالك اذا ادعى اللقيط ملتقطه فلا قول له الابينة وقال أشهب يقبل قول من ادعاه ملتقطه أو غيره الا ان يتبين كذبه وجه رواية ابن القاسم انه ليست هناك شبهة تصادق دعواه وليس له أن يعلق به نسب لاشبهته فيه ووجه قول أشهب ان له فيه شبهة الالتقاط

﴿ القضاء في المنبوذ ﴾
 ﴿ قال يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سنان أبي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذاً في زمان عمر بن الخطاب قال فجئت به الى عمر بن الخطاب فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفة يا أمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أ كذالك قال نعم فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته

وليس له نسب ثابت بغيره كالملاك أمه

(فصل) وقول سنين وجدتها ضائعة فأخذتها يريدانه أخذه لهذا الوجه لا لغيره من الوجوه التي يحتمل أخذه له وإن كان بعضها مكرها وبعضها مباحا وإنه إنما أخذه لأنه وجدته في موضع يضيع فيه إن ترك فأخذه لذلك ومن وجد بهذه الصفة لزومه أخذه لأنه لا يحل تركه للهلاك وأخذه على وجهين أحدهما أن يأخذه ملته قطا ليربمه فقد قال أشهب ليس له رده وأما أن أخذه ليرفعه إلى السلطان فلم يتقبله منه السلطان فلا ضيق عليه في رده إلى موضع أخذه ومعنى ذلك عندي أن يكون موضعا لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذه

(فصل) وقوله عريفه العرفاء رؤساء الاجناد وقوادهم ولعلمهم سمو بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الجيش وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين لما رأى أن برد السبي إلى هوازن فأذن له في ذلك الناس فقال أنا لا ندرى من أذن في ذلك منكم ممن لم يأذن فارجعوا حتى يرفع اليناعرفاؤكم وقال علي أن عمر دون الدواوين وجعل فيها أرباعا وجعل عليهم عرفاء وقال يحيى بن مزين الأرباع في جند الشام والاسباع في جند الكوفة والاحماس في جند البصرة قال عيسى فكان الذي وجد المنبوذ من عرفاء هذا الرجل الجالس عند عمر فقال لعمر انه رجل صالح على معنى أن يصدق عمر في قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهة أنه يظن الأمر على غير ما يرضيه من أن يأخذه للوجوه التي ظنها أن يكون إنما التقطه ليرض له نفقته في بيت المال ويبقى عنده فيراعيه من ذلك بما أخبر به عنه مما عساه منه من الصلاح والدين وليس هذا من باب التزكية التي يثبت بها قبول الشهادة وليس كل رجل صالح تقبل شهادته وتثبت عدالته وانما يلتفت بهذا عنه ما ينافي في الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوذ له والله أعلم

(فصل) وقول عمر أكنالك على وجه التحقيق والاستنبات وقوله هو حر على وجه الاخبار له بحكمه وان اللقيط حر وفي كتاب ابن المواز أن اللقيط حر وان التقطه عبدا ونصراني ووجه ذلك أنه لا يتيقن فيه سبب من أسباب الاسترقاق (مسئلة) واللقيط على الاسلام وذلك أنه لا يخلو أن يلتقط في بلاد الاسلام أو في بلاد الشرك أو في بلاد فيها الصنفان فان التقط في بلاد الاسلام فهو مسلم وان التقطه نصراني لأن الظاهر أنه من المسلمين بحكم الدار وان كان ببلد الشرك فقد قال ابن القاسم هو مشرك وقال أشهب هو مسلم ان التقطه مسلم ووجه قول ابن القاسم ان الظاهر ان حكمه حكم الدار والدار للشرك فكان الظاهر ان من كان فيها حكمه حكمهم في الدين كما ان الظاهر حكمه حكمهم في النسب والحرب ووجه قول أشهب ان الدار تأثر بالملل في ذلك تأثير فوجب أن يغلب حكم الاسلام وكذلك التقطه في كنيسة حكمه بحكم الاسلام كما يحكم له بحكم الحرية (مسئلة) فان التقط بقرية من قرى الذمة ليس فيها مسلم الاثنان أو ثلاثة فقد قال ابن القاسم ان التقطه مسلم فهو مسلم وان التقطه نصراني فهو نصراني وقال أشهب هو مسلم على كل حال ووجه قول ابن القاسم ان حكم الكفر والاسلام قد استوى في ذلك لأن أصل الدار للاسلام وغالب من فيها الكفر فغلب حكم الملل التقط ووجه قول أشهب ان الدار دار الاسلام ولذلك لا يسترق وانما يسكنها أهل الذمة بالجزية (فصل) وقوله ولت ولاؤه يريد تخصيصه بذلك وذلك يقتضي كونه على دينه قال ابن المواز قال مالك ولو أعلم ان عمر قال في المنبوذ ما ذكر ما خولف يريد والله أعلم أن يجعل الولاء للمتقط والحديث صحيح لاشك فيه لأنه يروى عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة وهو من الصحابة ولكنه

لفظ يحتمل التأويل فيكون معنى قول مالك ذلك ان لو علم ان عمر أراد مائة ولو أنه عليه لم أخالنه لتقارب الأدلة في ذلك وترجمها ولو ان مالكا قد تناول قول عمر لك ولاؤه أي قد جعلت لك أن تتولى تربيته والقيام بأمره وأنت أحق به من غيرك وذلك ان من التقط لقيطاً فهو أحق به من غيره فان نزعه منه غيره فقد قال ابن القاسم ان كان ملتقطه قويا على مؤنته وامساكه رد اليه قال أشهب ان كانا سواء أو متقاربين فالاول أولى فان خيف أن يضيع عند الاول فالثاني أولى به الا ان يطول مكنته عند الاول وليس اللقيط في ضرر فالاول أحق به وهذا ان كانا مسلمين فان كان ملتقطه نصرانيا فقد قال أصبح ينزع منه ثلاثين صرة أو يدرس أمره فيستره وهذه ولاية الاسلام لا ولاية العتق لأن اللقيط مجهول النسب فولأوه لجماعة المسلمين والى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز وبه قال الشافعي وروى عن علي بن أبي طالب انه قال اللقيط حر وله أن يوالى من أحب الذي التقطه أو غيره وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة وقال النخعي ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة وبه قال أكثر الكوفيين وقال أبو حنيفة ميراثه لمن التقطه الا ان له أن ينتقل عنه حيث شاء ما لم يعقل عنه من والاه فان عقل عنه لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه

(فصل) وقوله وعلينا نفقته يريد مؤنته في بيت مال المسلمين ان أمكن ذلك لانه من فقرائهم مع عجزه عن التكسب وخوف الضياع عليه وان تعذر الاتفاق عليه من بيت مال المسلمين فقد قال مالك في الموازية من التقط لقيطاً فعليه نفقته حتى يبلغ ويستغنى وليس له أن يطرده ووجه ذلك انه اذا أخذه ملتقطاً فقد زعم أمره وحفظه (مسألة) ولا رجوع له عليه بما أنفق عليه وان استأذن في ذلك الامام قاله القاضي أبو محمد قال وكذلك لو كان له مال لا يعلم به ووجه ذلك انه من فقراء المسلمين فليس له أن يشغل ذمته بدين الاتفاق عليه كسائر الفقراء (فرع) فان استلحقه أحد فقال ابن القاسم ان استلحقه بيته أو غيره ارجع عليه بما أنفق ان كان نعمد طرحه وهو مليء وان لم يطرحه فلا ثمن على الاب وقال أشهب لاشئ على الاب بكل حال لأن هذا أنفق على وجه التطوع ص قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه ش وهذا على حسب ما قال ابن المنبوذ وهو المطروح من قولهم نبذت الشئ اذا طرحته قال الله تعالى فنبذناه بالبراء وهو سقيم الا انه في عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الاطفال على وجه الاستسرار به فيلته قطعه من يخاف عليه الضيعة فقال مالك انه حر ووجه ذلك انه عرا من أسباب الاسترقاق فهو لاحق بالاحرار وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون انما نحملهم على الحرية لعدم معاني الاسترقاق

(فصل) وقوله ولاءه للمسلمين يريد ان ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين وقد تقدم القول في ذلك بما يغني عن اعادته وقوله وهم يرثونه ويعقلون عنه على معنى تفسير المولى الذي أثبتته في حكم المنبوذ والله أعلم

﴿ القضاء بالحق الولد بأبيه ﴾

ص قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخي قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن

قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه

﴿ القضاء بالحق الولد بأبيه ﴾

قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخي قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن

زمنة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد
 يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد إلى فيه وقال عبد بن زمنة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمنة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراس
 وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمنة احتجى منه لما رأى من شبهه بعقبه بن أبى وقاص قالت فما
 رأيها حتى لقي الله ش قولها أن عقبه بن أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن
 وليدة زمنة منى فاقبضه اليك على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية فقد روى أن النكاح كان
 عندهم على أربعة أضرب أحدها الاستبضاع وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله
 وتقدمه فياً من تكون له من حره وأمة أن تبيع نفسه له فإذا حملت منه رجع هو إلى وطئها حرصاً
 على نجابة الولد والثاني أن تكون المرأة لازوج لها يغشاها الجماعة من الرجال منفردين أو مجتمعين
 فإذا استمر بها حمل دعته وقالت لأحدهم هذا منك فيأمره ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه
 والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن فن رأى تلك الراية علم أنه موضع بنى فيتكرر
 عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى إذا استمر بها حملها قالت لبعضهم هو منك فيلحق به والرابع
 النكاح الصحيح فأبطل الإسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة وأثبت النكاح فلعل ما قال عقبه بن أبى
 وقاص ابن وليدة زمنة منى إنما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التي أبطلها الإسلام فلما
 أراد عقبه استلحاقه على هذا الوجه ولم يقدّم له بيته من إقرارها لم يلحق به وأما من استلحق ولداً فلا
 يخلو أن لا يكون عرف له ملك أمة ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها فان لم يعرف له ملك أمة بنكاح
 ولا بملك عين فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق ذلك به ما لم يتبين كذبه وإن لم يكن له
 نسب معروف وبه قال مالك وقال ابن القاسم أيضاً لا يلحق به حتى يتقدم له على أمة نكاح أو ملك
 يجوز أن يكون منه ولا يمنع من ذلك نسب معروف وبه قال سحنون وجه القول الأول أن
 الأسباب موضوعه على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت إلا بإقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده فإذا لم يكن
 ثم نسب مانع لحق بمن استلحقه ووجه القول الثاني أن النسب انما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان
 ثم نسب معروف من ملك عين أو نكاح فإذا لم يكن ثم سبب يقوى الدعوى وجب أن تبطل لانه
 لو ثبت بمجرد الدعوى لكثير تعرض الدعوى في ذلك وفسد الأنساب (مسئلة) وأما
 ملك أمهم قبل ذلك فان ادعاهم مع بقائهم في ملكه فلا خلاف في المذهب أنهم يلحقون به وفي كتاب
 ابن المرازع عن ابن القاسم فممن بيده أمة لها ولد وعليه دين محيط بماله فاستلحق الولد لحق به وتكون
 الأمة بذلك أم ولده ووجه ذلك أن سبب النسب موجود مع عدم مستلحقه فيصح استلحاقه كما لو لم
 يكن عليه دين ولم يمنع الدين الاستلحاق لان الاستلحاق معنى يثبت به النسب مع عدم الدين
 فوجب أن يثبت به النسب مع الدين كالأقرار بالوطء قبل الولادة ثم ظهور الحمل (مسئلة) وأما
 ان كان قبلا مع أمه ثم ادعى وهو معدوم انه ابنه منها فقد اختلف في ذلك قول مالك روى عنه
 أشهب انه يصدق فيه وفيها ويرد اليه ويتبع بالثمن دينا وبه قال أشهب وابن عبد الحكم وروى عنه
 أشهب أيضاً انه يصدق في الولد ولا يصدق في أمه ويرد اليه الولد بحصته من الثمن وبه قال ابن القاسم
 وجه القول الأول ان هذه حالة تصدق في الولد فانه يصدق في أمه كحالة السر ووجه القول الثاني
 ان عدمه بالثمن تهمة في ارادته استرجاع الأمة دون ثمن واستلحاقه الولد لا يقتضى ارتجاع الأم ألا
 ترى ان ولداً الملاعة يستلحقه الملاعن ولا يقتضى ذلك ارتجاع أمه لان استلحاق الولد عراً من التهمة

زمنة فقال أخى وابن وليدة
 أبى ولد على فراشه فتساو
 قال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم فقال سعد
 يا رسول الله ابن أخى
 قد كان عهد إلى فيه وقال
 عبد بن زمنة أخى وابن
 وليدة أبى ولد على فراشه
 فقال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم هو لك يا عبد بن
 زمنة ثم قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم الولد
 للفراس وللعاهر الحجر
 ثم قال لسودة بنت زمنة
 احتجى منه لما رأى من
 شبه بعقبه بن أبى وقاص
 قالت فما رأيها حتى لقي الله

لما جبل عليه الناس من نفي ما يشك فيه من النسب فكيف بما يتقن اتقاؤه والله أعلم وأحكم
(مسئلة) فان كان مليا وقد باعها ثم ادعاه فانهم يردان اليه الا ان يتم فيها بصابة اليها فيصدق في
الولد ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصباية بها قال أصبغ لا يتم في غناه سواء باعها بالولد أو
ولدت عند المبتاع لما يولد له وجه قول ابن القاسم أن كلفه بهاتمة يمنع ردها فنع من ذلك وصح
استحقاقه للولد لا يقر له حق النسب مع غيره من التهمة ووجه قول أصبغ أنه اذا صح استحقاقه
للولد بسبب ملك اليمين يضمن ذلك كون الأم أم ولده ولا تهمة مع الغنى لانه يرد عوضها ولو قيل
في هذا يرد أكثر من الثمن أو القصة يوم الاستحقاق لمبعد والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا ما لم
يتمهما المبتاع فان أعتهما ثم استحق الولد البائع فقد قال ابن القاسم لا يصدق البائع فيما ثم
رجع فقال يقبل قوله في الولد وحده ويثبت نسبه ووجه القول الأول ان الولد ان نسب ثابت فلا يرد
بالاستحقاق كما لا يرد نسب ثابت ووجه القول الثاني ان النسب أقوى من الولد لان الولد مشبه
به فالنسب يبطل الولد ولو كانت الأمة انما ثبت لها الولد في الوجهين لم يبطل الثاني الأول وكان
الأول أولى (مسئلة) فاذا قلنا لا يقبل قوله في الأمة فان عتقها ثبت للمبتاع ويرجع باليمين على
البائع ووجه ذلك انه مقر لها بنفها فكان عليه أدائه ولا يقبل ان على نقل الولد لانه لا يجوز
ذلك فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته (مسئلة) وهذا كله ما لم يدعه
المشتري ولما ادعاه فقد قال ابن القاسم المشتري أحق به ووجه ذلك ان المدة وقد ضعفت
دعوى البائع بتكذيب نفسه ببيعه اياه فاما يقبل قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه عن لم يتقدم
منه تكذيب دعواه

(فصل) وعتبة بن أبي وقاص انما ادعى هذا الولد من جهة زنا في الجاهلية ومثل هذا كان يلحق به
لو ادعاه بعد ما أسلم في الاسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه رواه عيسى عن ابن القاسم
وفي مسئلة ولد زمة قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا وهو ادعاء الفراه له فان أمة زمة ادعى ابن
زمة لها الفراه ومعناه وطء أبيه لها لان الأمة تصير عندنا فراهسا بالوطء أو بالقرار به ومعنى ذلك ان
من أقر بوطء أمة ثم ولدت ولدا أحق به وان لم يقر به ومات قبل وضعه ويحتمل أن يكون ما ادعاه
عتبة لم يثبت عنده وانما كان في ذلك مجرد دعوى سعد أخيه له ولا يصح استحقاق العم ابن أخ

(فصل) وقوله فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريدان كل واحد منهما ساق صاحبه
لما زعمته فيما ادعاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليحكم بينهما في دعواهما فأدلى سعد بحجته فقال
ابن أخى قد كان عهدا لي فيه ولم يدع بينة على ذلك وانما ادعى انه عهد اليه فيه ولم يمنعه من ذلك عبد بن
زمة لانه لا طريق له الى معرفة ذلك بل الظاهر صدق سعد ولكنه انما أدلى بحجته أيضا فقال أخى
وابن وليمة أبي ولد على فراشه فادعاه أخا ولم يدع بينة على استحقاق أبيه له وانما احتج بمجرد دعواه كما
احتج بمجرد دعواه فلما استوعب النبي صلى الله عليه وسلم حجة كل واحد منهما حكم بينهما بالحق
فقال هو لك يا عبد بن زمة ولا يقتضي ذلك انه أخ له بأبيه زمة لانه لم يضعه اليه ولا قال هو ابن زمة
وانما أضافه الى عبد بن زمة لانه ابن أمة أبيه ولو لم يدعه أخا لفضي له به عبدا ولكنه قد أقر بحريته
وأخوته فعمل له أنت أعلم بما تدينه فيه فيما يخصك ولا يصلح استحقاق الرجل أخا قال أشهب في كتاب
ابن سحنون ومن استحق أخا في بلاد الاسلام لم يوارثه ولا يستحق الأخ وفي المدينة من رواية عبد
الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فبين شهادان أباه كان مقرا بوطء جارية فهلك عنها أبوه وهي حامل قال

لا يقبل شهادته وحده ولا يرث معه في خطه وانما هو عبد للورثة ولو شهد ان أباه كان أقر بولد من امرأة حرة ورث معه في خطه خاصة ما لم يكن سفيها مولى عليه قال عيسى وقاله ابن القاسم ومعنى ذلك أنه أقر بحمل جارية فالولد عبد لجميع الورثة فلا يرث شيئا من خطه ولا حظ غيره واذا أقرانه من حرة فهو حر فذلك كان له حق في خطه وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه لانهما كانا كافرين وسودة أخته مسامة فلم يرثه ولم يذكر في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم ورثه وانما أضافه الى عبد اذ قد أقر بانه أخوه وهو المنفرد بميراث أبيه فلا يحصل له نفعه ولا يثبت بذلك نسبه لان النسب انما يلحق الأب فلا يلزمه ذلك بقول عبد الا على وجه الشهادة عليه فيلزمه ذلك اذا سكنت الشهادة والله أعلم وظاهر قوله هو لك يا عبد بن زمعة انه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية فأنت أعلم بقولك في ذلك فيما يخصك وذلك أو أقر رجل بشئ في يده لصح أن يقال له انه لك بمعنى انه قد كان لك منه فاذا أقررت به لم يبرك فأنت وذلك وقال الطحاوي معنى قوله هو لك انه يبيدك لأنك تملكه ولكن يمنع منه غيرك وقال الطبري هو لك عبد وهذا أيضا غير صحيح ان كان يريد به بعد الاقرار وان كان أراد به قبل الاقرار فهو على ما قدمناه وقال الشافعي معناه هو لك أخ وانه صلى الله عليه وسلم حكم به لزمعة وسياق ذكره بعد ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الجد فهل يصح استلحاقه في كتاب ابن سحنون عن مالك لا يصح ذلك الا من الأب قال سحنون وماعلمت بين الناس في ذلك اختلافا وقال أشهب يستلحق الأب والجد ووجه قول مالك وابن القاسم ما قدمناه ولان كل ما لا يصح استلحاقه في حياة الأب لا يصح استلحاقه بعد موته كالأخ ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به فجاز استلحاقه كالأب فالجد مختلف في استلحاقه والأب متفق على صحة استلحاقه وسائر الأقارب متفق على نفي استلحاقهم فلا يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء (مسئلة) فاذا ثبت انه لا يستلحق الا الأب فن أقرنا أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولا فانه يشارك في ميراث من قد توفي ممن يوجب له ذلك الاقرار بميراثه وذلك مثل أن يموت رجل ويترك ولدا فيمقر ذلك الولد بأخيه فانه يرث معه أباه فيأخذ نصف ما ترك من المال ولكن لا يثبت نسبه بذلك ولو ترك الميت ولدين فأقر أحدهما بثلاث فانه يدفع اليهما ما كان يستحقه عمي لم يثبت نسبه ولا يدفع الآخر اليه شيئا الآن يكون المقر له عدلا فيحلف مع شهادته ويأخذ مما يملك الآخر حصته أيضا ولكن لا يثبت بذلك نسبه من الميت ولو أقر له جميع ما يملكه أخا له وهو من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما وهذا كله قول مالك وجهه وأصحابه ووجه ذلك انه من أقر له بالاخوة فهو مقر له بمال في يده فيقتضي عليه باقراره على نفسه ويقال له أنت أعلم بذلك ولا يقتضي على الميت بالخاق نسبه به لانه لا يلحق به الابشهادة كاملة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من قال فلان أخي أو عمي أو ابن عمي أو وارثي فلا يخلو أن يكون ثم نسب معروف فان كان ثم نسب معروف يخالف ما أقر به فثبت بالبينية أولى من دعواه وان لم يكن ثم نسب فثبت المقر فالتدنى عليه مالك وجهه وأصحابه ان كان لم يكن للمقر وارث مستحق لذلك فان المقر له يرثه من باب الاقرار ولا يثبت نسبه بذلك وقاله أصبغ وسحنون ثم قال لا ميراث له لان المسامين يرثونه وجه القول الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث هو لك يا عبد بن زمعة وهذا يقتضي اضافته اليه على ما ادعاه وقد قلنا ان نسبه لا يثبت بذلك فلم يبق أن يضيفه على شيء مما ادعاه الا ان يثبت بينهما بذلك توارث على وجهه ما وعو ما فضل عن ميراث من يثبت نسبه ووجه القول الثاني لسحنون ما احتج به ابنه وذلك انه قال انما اختلف أصحابنا وأهل

العراق في مثل هذا الاختلافهم في أصل المسئلة لانهم قالوا ان من لم يكن له وارث معروف جازله أن يوصى بجميع ماله لمن أحب فلهذا جوزوا اقراره لمن ذكرنا من القرابة وأصحابنا لا يجيزون له ذلك وإنما يجيزون له الثلث فقط وهذا الذي قاله ابن سحنون غير بين لان الاقرار بالوارث ليس طريقه طريق الوصية وإنما طريقه طريق الاقرار بالوارث وليس طريقه بالمال على وجه ما فيصح اقراره بجميع ماله ما لم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع وهو أقوى منه كالأقرار لرجل في مرضه به ين يستغرق جميع ماله ثم يموت فان ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله وبطل اقراره لمن أقر له في مرضه ومما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث وهم كلهم غير ابن سحنون وأشهب يجمعون المال للقر له بالنسب ومما يبين ذلك أيضا ان سحنون وسائر أصحابنا يقولون من أقر بعد موت أبيه بأخ قاسمه مال أبيه ولا يثبت له بذلك نسب ولو كان عندا على وجه الوصية لما أخذ شيئا منه إلا بعد موت المقر على وجه الوصية والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر الفراش عند أصحابنا هي الأمة لأنها تصير فراشا باقرار السيد بالوطء ومعنى ذلك ان الولد لصاحب الفراش * قال القاضي أبو الوليد ويمتثل عندى أن يكون المراد بالفراش ما يفترش وذلك ان الوطء غالبا انما يكون على شيء يفترش فيكون معناه والله أعلم ان السيد اذا وطئ أمته فقد اتخذ لها فراشا وان الولد منسوب الى صاحب الفراش وهو سيد الأمة التي جعل لها فراشا وهو أحق به من غيره وقال أصحاب أبي حنيفة معنى الفراش الزوج وما قالوه غير معروف في اللغة وقد بينت ذلك في كتاب السراج ومعنى ذلك ان السيد اذا أقر بوطء أمة فأنت بولد لئله ما يولد منه بعد وقت الاقرار لحق به الولد وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش عام في الحرية والأمة فيحمل على عموم الاما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذه حرمة تثبت بعقد النكاح فتثبت بالوطء في ملك الممين أصل ذلك حرمة المصاهرة

(فصل) وأما قوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر فعناء اذا ادعى ولد صاحب الفراش من أمة أو حرة وأما ان لم يدعه ففي المدينة ان محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجمعهم وتحملوا الى دار الاسلام فادعى بعضهم ولد زنية أيلحق به قال نعم من حرة كان الولد أو من أمة إلا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرة فيكون أولى به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وقاله ابن القاسم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر العاهر هو الزاني وقال عيسى سئل سفيان بن عيينة عن ذلك فقال كان المهر في أهل الجاهلية طاهرا وهو الزنا وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه فهو آثم وما كان خفيا أو متعذرا فلا بأس به فأمر الله تبارك وتعالى قل انما حرم بي الفواحش ما ظهر منها وما بطن وأنزل ولا متخذات اخدان فاما جاء الاسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة تزوجها غير فالذي ولد على فراشه أحق به وقضى صلى الله عليه وسلم بالحجر للعاهر على معنى والله أعلم يستحق بفعله الرجم لا الولد وان كان لا يرجم زاني المشركين لكنه صلى الله عليه وسلم لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص باحكام المشركين بل على سبيل العموم فاما قصد أن يثبت الزنا والعاهرة أخبر عنه بأشدا حكمه في الدنيا لان منهم من حكمه جلسمائة أو جلد خمسين وعلى حسب

ما تنوع إليه الأحكام في ذلك ويحتمل أن يريد بقوله وللعاهر الحجر أنه لا شيء له من الولد ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة

(فصل) وقوله ثم قال لسودة احتجبي منه معنى ذلك والله أعلم أنه لم يثبت نسبه وإنما أقرله عبد بالاخوة ولم يكن بذلك أخا لسودة ولا يثبت بذلك نسب ولا تورث ولا حكم من أحكام الاخوة فيكون بذلك من ذوى محارمها ولذلك أوتى في رجل وترك ابنا وبناتا فالابن بأخ من أبيه لأخذ من تركه الأب ما يستحقه من حصة الابن المقر ولم يأخذ مما بيد الأخت شيئا ولا كان لها بذلك أخا ولا ذا محرما فلا يجعل له أن يدخل عليها لأنه أجنبي منها حين لم يثبت نسبه من أبيها فعلى هذا جرى حكم سودة مع الذي ادعاه أخوها والله أعلم وقال الكوفيون في قول النبي صلى الله عليه وسلم احتجبي منه ياسودة دليل على أنه جعل للنزاح حكم تحرمة برؤية المستحق لأخته سودة فقال لها احتجبي منه ياسودة لما رأى من شبهه بعتبة فنعها من أخيهافي الحكم لأنه ليس بأخيها في غير الحكم لأنه من زنا في الباطن إذ كان شبهه بعتبة فجعله كالأجنبي لا يراها بحكم الزنى وجعله أحالها بحكم الفراش قالوا وما حرمة الحلال قال زنى أشد تحريرا له وهذا غير صحيح لما قدمناه وهو عائدة عليهم لأن الحلال يؤيد التحريم في الأخوة فكان يجب أن يؤيده الزنا أكثر ويحرم النكاح وهذا مما لا خلاف في إبطاله وقال الشافعي رؤية ابن زمعة لسودة مباح في الحكم ولكنه كرهه وأمره بالتبزه عنه اختيارا قال أصحابنا لما كان للنزوح منع زوجته من رؤية أخيها وهذا أيضا ليس بصحيح لأنه لو كان مباحا لما نهاها عنه وأمرها بقطع رحمه وقد أمر صلى الله عليه وسلم عائشة أن يدخل عليها عمنها من الرضاة وقال لها هو عمك فليج عليك مع ما علم من غيرته صلى الله عليه وسلم وقال أنه يحبون من غيرة سعد لأننا غير منه والله أغبر منا ودخل على عائشة وعند هارجل فقال من هذا فقالت أختي من الرضاة فقال انظرن من اخوانكن فاما الرضاة من المجاعة ومع ذلك فقد أمرها أن يلج عليها عمنها من الرضاة والشبه لا تأثير له في الانساب وقال أبو إبراهيم المزني يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أجاب عن المسئلة فاعلمهم بالحكم أنه كذلك يكون إذا ادعى صاحب الفراش الولد وصاحب زنى لا على أنه يلزم عتبة دعوى أخيه سعد ولا يلزم زمعة دعوى ابنه عبدو بين ذلك بقوله لسودة احتجبي منه وهذا أصبح هذه الأقوال وهو نحو ما ذهبنا إليه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عائشة لما رأى من شبهه بعتبة تأول منها وقد تعلق بهذا سعد وقال ابن أخي عتبة نظرت إلى شبهه بعتبة فلم يحكم له بذلك ولا رأي معنى موجب لما ادعاه وقد يشابه الناس ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب إلى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعدم لمن ينسب إليه وقد قال القاضي أبو محمد في معونته الاعتبار بالشبه في الحاق النسب واجب ولم يبين موضع الحكم بذلك واحتج فيما ادعاه بحديث عائشة هذا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهو عندى دليل على المنع من ذلك بما تقدمت واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم في قضية دلال بن أمية أن جاءت بدعى نعت كذا فهو لشريك في جأته بدعى النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله عز وجل لكان لي ولها شأن وهذا أيضا عندى حجة على المنع من ذلك لأنه لم يحكم في شيء من ذلك بالشبه بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم اللعان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله وقد يجوز أن يكون ما قالته عائشة أكله معنى احتجاب سودة منه فاما أن يوجب ذلك فلا كمال يوجب ذلك التشابه إلى عتبة وإنما تعلقت به عائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن والله أعلم ولذلك ترجح

به عند تساوي الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم يختص به الثقافة ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك الثقافة ولو جب أن يستدل به على اثبات الانساب ولا يقصر على الجميع دون الاستدلال وقد قال بعض أصحابنا إن هذا من الحكم بالذرائع لما تاول في ذلك من أنه حكم بالنسب لعدو راعى التصريم في جنبه سودة فنهى الدخول عليها وهذا بعيد لأن هذا أولى ليس من معنى الذرائع وقد فسرنا معنى الذرائع في البيوع وإنما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الخطر على الاباحة وهو وجه قد قال به كثير من العلماء وقالوا إن ذلك كالأمة تكون بين الشريكين فإنه محرم على كل منهما وطؤ هاتئنا ليعظم على الاباحة وما قلناه أولاً ببيان ولو حكم بثبوت نسبه من زمة حكم باباحة دخوله على سودة ألا ترى أن الرجل ينفي ولده ويلاعن فينتفي عنه ويحرم بذلك دخوله على بناته ثم يستلحقه فيلحق به ويباح بذلك الدخول على بناته

(فصل) وقوله فإرأها حتى لقي الله امتثالاً لأمر النبي صلى الله عليه وسلم وانتهاء إلى حله وامتناعاً مما منع منه لأنه لم يثبت بينهما اخوة ولو ماتت سودة لم يرثها لما حكم به في أمرهما الآن يثبت نسبه عن مالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادي عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التميمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت حين حلت فكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولداً تاماً فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية فمساءلهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريق عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أماناً أنه لم يبلغني عنكما إلا خير وألحق الولد بالأول ش قوله إن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشراً يريد كملت عدة الوفاة فذكر أيام العدة ولم يذكر الحيض غير أن قول المرأة آخر الحديث فاهريق عليه الدماء دليل على أنه كان مع الأربعة أشهر وعشراً حيضة

(فصل) وقوله ثم تزوجت حين حلت فكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر فأتت بولد تام يريد أنه لم يكن على وجه الاستسقاط لأن السقط لا يختص بوقت دون وقت فلو كان سقطاً لم ينسكه وأما الولادة فلم اوقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه فقل الحمل الذي لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والدليل عليه ما نبه عليه على بن أبي طالب رضي الله عنه من قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولاً كاملاً فاقضى ذلك أن الحمل ستة أشهر (فرع) وأما الذي راعى في الأشهر قال أكثر أصحابنا ستة أشهر على الإطلاق وقال في العتية ابن القاسم ستة أشهر ومقدار انصافها بالأهله فصاعداً ومعنى ذلك أن تكون أشهر مدة الحمل على الأهله بعضها من تسعة وعشرين يوماً فإن ذلك لا يخرجها عن أن تكون ستة أشهر كاملة وقال مطرف وابن الماجشون في الواحجة أن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للاول وإن لم يكن بين وطئهما اليوم ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم وهذا يقتضي مراعاة اليوم الواحد في تمام ستة أشهر ونقصها فعلى هذا يخرج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء فإن كان قبل النجرا اعتدت بذلك اليوم وإن كان بعد النجرا لم تعتد به وعلى قول سحنون يعتبر به ويكون تمام الستة أشهر ذلك الوقت من آخر أيامها والله أعلم وأحكم (فرع) والستة أشهر

* وحدثني مالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادي عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التميمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت حين حلت فكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولداً تاماً فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية فمساءلهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريق عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أماناً أنه لم يبلغني عنكما إلا خير وألحق الولد بالأول

يختبر آخرها بالسقط والولادة وأما أولها فوقت دخول الزوج الثاني أو السيد الثاني بها

(فصل) وقوله فأتى زوجها إلى عمر بن الخطاب وذلك يقتضي أنه أنكر الحمل في مثل هذه المدة فذكره ما أنكر من ذلك ولم يعده فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدامه ليعتقد من معرفتهن بمثل هذا المدة عهدن من الولادات وتكرر عليهن من ذلك في طول العمر من المعتاد وغيره وهذا يقتضي أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين ولذلك احتج إلى سؤال النساء ويحتمل أنه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض فقالت له منهن من ادعت العلم أنا أخبرك عن هذه المرأة أن زوجها هلك عنها حين حملت تريد أول الحمل وقبل أن يقوى فأهرقت عليه الدماء تريد أنها حاضت الحيضة التي كملت بها عدتها مع الأربعة أشهر والعشر فحش ولدها في بطنها قال عيسى معناه ضعف ورق قال ابن كنانة من رواية محمد بن عيسى انحش قال وذلك مثل البضة تلقى على الجرة فتشقبض وذلك الانقباض هو الانحشاش وقال صاحب العين حش الولد في البطن إذا يبس والمرأة محش

(فصل) وقوله فلما أصابها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك في بطنها فكبر يريد أن الولد يضعف بعدم الماء ويكبر ويقوى إذا أصابه ماء الرجل وان ولدت تلك المرأة إنما كان ضعف عن الحركة وصغر لعدم الماء فإذا أصابه ماء الرجل الذي تزوج أمه قوى على الحركة وكبر فصدقها عمر بذلك لما تبين له قولها واعتقد أنها لا يكون ولداً أقل من ستة أشهر وإن سبب ما ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك وكمل من الولادة ما قالته المرأة

(فصل) وقوله وفرق بينهما وقال أنه لم يباغني عنكما الأخير يريد فرق بينهما لأنه تزوج في عدة ولا يصح عقد في عدة ويفسخ على كل حال وقوله لم يباغني عنكما الأخير اظهار لقبوله عذرهما وأنه لا يظن بهما الأخير الذي بلغه عنهما وأنه لو ظن بهما غير ذلك من تعدبجهل أو علم لمساها من العقوبة

(فصل) وقوله وأحق الولد بالأول يريد أحق بنسبه لما لم يصح أن يكون من الثاني وصح أن يكون من الأول لأنه لم يمض من المدة مقدار أقل الحمل ص مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يلبط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال القائف لقد اشتراك في فضر به عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبرك فقالت كان هذا أحد الرجلين يأتيني وهي في بطنها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبلى ثم انصرف عنها فأهرقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا يعني الآخر فلا أدري من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام والأيمة ما شئت ش قوله أن عمر كان يلبط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام يريد أنه كان يلحقهم بهم وينسبهم إليهم وإن كانوا الزنية

وروى عيسى عن ابن القاسم في جماعة يسامون فيستلحقون أولاداً من زنى فإن كانوا أحراراً ولم يدعهم أحد لفراشهم أولادهم وقد أُلط عمر من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام إلا أن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر ففراش الزوج والسيد أحق والألاطه هي الإلحاق قال ومن ادعى من النصارى الذين أساءوا أولاداً من الزنا فلبطوا بهم لأنهم يستحلون الزنا في دينهم فجعل ذلك باستحلالهم الزنا وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم اليوم فاستلأط ولداً من زنا في شركه فهو مثل حكم من أسلم في الجاهلية وقال ابن الماجشون

* وسحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يلبط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال القائف لقد اشتراك في فضر به عمر ابن الخطاب بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبرك فقالت كان هذا أحد الرجلين يأتيني وهي في بطنها فلا يفارقها حتى تظن وتظن أنه قد استمر بها حبلى ثم انصرف عنها فأهرقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا يعني الآخر فلا أدري من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام والأيمة ما شئت

لا يؤخذ بقولهم فيمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية وروى أشهب عن مالك أنه انما يؤخذ
بقول القافة فيما يلحق من الولد وأما في بغايا أهل الجاهلية فلا (مسئلة) فمن استلحق منهم ولد
أمة مسلم أو نصراني لحق به فان عتق يوما كان ولده وورثه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال الآن
يُدعى زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به ومعنى ذلك أنهم اذا استحلوا الزنا وأثبتوا به الأنساب
لم يبطل تلك الأنساب الاسلام كالنكاح الفاسد فاذا ادعى ذلك بعد الاسلام حكم له بما تقدم له منه
في الجاهلية وانما يلحق به ان لم يكن مدعى ثم أحق به منه (مسئلة) ولا يخالو أن يكون المدعى للولد
من قوم بقوا في بلادهم اما بأن أسلموا فبقوا في بلادهم أو أقرروا فيها بصلاح تصالحوا عليه ثم أسلموا أو
أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة فأقرروا فيها ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو يكونوا مسلمين عن
مواطنهم الى بلاد المسلمين فان كانوا أقرروا في بلادهم ففي العتية من سماع ابن القاسم عن مالك ان كل
قريظة افتتحت عنوة فسكنها المسلمون فليتوارثوا بقرابتهم بالنسب وروى يحيى عن ابن القاسم في
أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح وقاله أشهب قال ويعتبر بذلك بأهل مصر وأهل الشام غلبوا
عنوة أيام عمر فزار الويتوارثون الى اليوم (مسئلة) وان كانوا متحملين عن أوطانهم فلا يخالو أن
يكونوا عددا كثيرا أو يسيرا فان كانوا كثيرا يبعد عنهم التواطؤ على السكنان كأهل مصر أسلموا أو
جماعة لهم عدد ففصلوا اليها في العتية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك انهم يتوارثون
بأنسابهم قال ابن القاسم وان كانوا عشرين فأما النفر مثل سبعة وثمانية فلا يتوارثون قال سحنون
لا أرى العشرين عددا يتوارثون فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد
اليسير واختلغا في تقديره فعند ابن القاسم ان العشرين في حيز الكثير وعند سحنون في حيز اليسير
(فصل) وقوله فأثنى رجلان كلاهما يدعى ولدا امرأة أنه ولدها ميريدانه أي رجلان كل واحد منهما
يدعى ولدا امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الخال التي كان بلاط ولدها به ولعل عمر قد فهم منها
وجه ادعاء كل واحد منهما له انه وجه أشكل به عليه الحكم في افراد أحدهما به وقد وجد من أحدهما
وطرهما بعد الآخر قبل الاستبراء وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون كل واحد منهما وطئ
بنكاح والثاني أن يكون كل واحد منهما وطئ بزنا يلحق فيه النسب فأما اذا كان وطئهما جميعا
بنكاح فان أنت بدلاقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للاول وان أنت به لاكثر من ستة أشهر من
وطئه ففي المدونة ان وطئها الثاني قبل أن تحيض فهو للاول وان وطئها بعد حيضة أو حيضتين في عدة
طلاق أو وفاة فهو للثاني (مسئلة) وأما اذا كان وطء كل واحد منهما بملك النمين فوطئ الأول
ثم وطئ الثاني بعد استبراء من الأول فان أنت بدلاقل من ستة أشهر فهو للاول لانه لا يصح حمل من
أقل من ستة أشهر وان أنت به بعد ستة أشهر فهو للثاني لانه قد وجد الاستبراء من وطء الأول ويصح أن
يكون من وطء الثاني (مسئلة) وان وطئ الثاني بعد الأول دون استبراء من وطء الأول فأنت به
لاقل من ستة أشهر فهو للاول رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتية وزاد مطرف وابن الماجشون
في الواضحة سواء كان سقطا أو تاما حيا أو ميتا ولو لم يكن بين وطئهما الا يوم فأما الحمل فلا خلاف عند
مالك وأصحابه في اعتبار الأشهر الستة بين الوطأين وأما الاسقاط فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن
الماجدشون في ذلك ما تقدم وقال سحنون في كتاب ابنه في وطء الأمة الشريكين أو المتبايعين ان
أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها انها لعتق عليها ويضمن المستري الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها
ونصف الثمن وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما حمله عليه الأمة من أنها في ضمان البائع قبل الستة

الأشهر فكما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم تحض فهي من
 البائع لان الاستبراء لم يتم والمدة مختصة بالحمل فكل سقط أو ولد يكون فيه فهو له فان أكلت الستة
 الأشهر فضماتها من المبتاع وكذلك اذا ولدته ميتا كانت به أم ولدها لانه قد تعدل النظر اليه لان الذي يولد
 ميتا لا يعلم انه له له قد كان مما يولد قبل ستة أشهر لكنه بقي ميتا فلما لم يعلم ان ذلك وقت ولادته لم يدعه له
 القافة لانه انما يدعى القافة لما ولد الولادة المعتادة التي يعتبر بها في اثبات النسب فأما الولادة التي لا يعتبر
 بها في ذلك فلا تدخل للقافة فيه وانما يعتبر بالوقت خاصة لما كان قبل الستة أشهر فهو للاول وما كان
 بعده ما فهو للثاني ووجه ما قاله سحنون ان السقط لا يختص بوقت لانه قد يصحح أن يكون من شهر
 وأقل وأكثر فلما اشتهر كافيه وتعدت فيه والخافه بأحد هما من جهة الوقت أو القافة وجب أن يكون
 الاصر بينهما فيضمان الأم إذ ليس التزام ذلك أحد هما بأولى من الآخر ولما كان السقط بعد ستة أشهر
 يمكن أن يكون من كل واحد منهما ولا يختص بأحد هما ولا يميز أمره بالنظر اليه حمل على أنه منهما
 وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر والله أعلم (مسئلة) وان أنت
 بدلا أكثر من ستة أشهر فقد قال ابن القاسم في العتبية تقارب الوطئان أو تباعدا والولد حتى فهو الذي
 يدعى له القافة وقاله مطرف وابن الماجشون في الواخنة وبه قال مالك والشافعي وروى عن عمرو
 وابن عباس وأنس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق وروى
 عن عمرو وعلى بن أبي طالب وقالوا اذا ادعى رجلان ولدا فهو لهما وكانت أمه أم ولدهما فان ادعاه ثلاثة
 لم يكن ولدهم عندهم أكثرهم والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 دخل عليها تبرقا أسارى وجهه فقال ألم ترى أن محمزا المدلجى قال في اقدم زيد وأسامة ان هذه
 الاقدام بعضها من بعض ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم يلزم التعلق به لما سر به والله أعلم وأحكم
 (مسئلة) وان وضعته ميتا قال ابن القاسم في العتبية سقطا أو تاما فان كان بعد ستة أشهر فهو من المبتاع
 والولد له وهي أم ولده ولا قافة في الأموات وقال سحنون في السقط انه منهما على ما تقدم وقول ابن
 القاسم لا قافة في الأموات يعتمد على أن يريده من ولده ميتا وقد قال سحنون ان مات بعد وضعه حيادعى
 له القافة إذ لا يغير الموت شخصه ولعله أراد ان الذي يولد ميتا لا يدعى متى مات (فرع) ولو مات أحد
 الأبوين فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ورواه ابن سحنون عن أبيه ينظر القافة الى الولد
 والباقي من الأبوين فان ألحقوه به لحق وان لم يلحقوه به فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه
 لا يلحق به ولا بالميت قال ابن حبيب عن أصبح يلحق بالميت لان الميت أقرب بالوطء فلولا وطء الآخر
 للحق به من غير قافة فاذا بطل أن يكون من وطء الحى وجب أن يكون للميت والقولان مبنيان على أن
 القافة لا تنظر الى ابن ميت وقد ذكر في كتاب ابن سحنون ان القافة لا تلحق باب ميت وقد تقدم قول
 سحنون انه ينظر الى الابن بعد أن يموت اذا ولد حيا وقال ان الموت لا يغير شخصه فوجه ذلك عندى ان
 الأب من شرط الحاق الابن به أن يدعيه فيجب أن يكون حين الحاق به مدعيه له فاذا مات فقد عدم
 ذلك فلم يصح الحاق به والابن ليس من جهة اقرار ولا انكار فجاز أن يكون حين الحاق به حال موته
 وأما على قول ابن الماجشون وتعليقه ان الميت من الأبوين لو كان حيا جاز أن ينفيه عنه القافة فيصح
 أن يريد بذلك ان الأب لما لم يصح الحاقه بالقافة دون دعواه لم يصح أن ينفي عنه بالقافة وتصحير بذلك
 والذي يتحقق منه ان ادعاء الأب الابن على مذهب ابن الماجشون يجب أن يكون مقارنا لحاق القافة
 الابن به وعلى قول أصبح يجوز أن يلحقه القافة به بدعى مقدمة ويصح أن يريد ابن الماجشون

بأنك ان الميت لا ينظر اليه لان التغير يلحقه فعلى هذا لا يجوز أن ينظر الى الابن اذا مات وان كان قد ولد حيا

(فصل) وقوله فدعا عمر قائفا فنظر اليهما يريد انه نظر اليهما والى الولد ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لم يجد غيره ويحتمل انه اقتصر عليه لتحقيق جواز الحكم وقدرى ابن حبيب عن مالك انه يجزى القائف الواحد ان كان عدلا ولم يوجد غيره وهو قول الشافعى وعليه جماعة أصحابنا الاماروى أشهب عن مالك انه لا يجزى القائفان وبه قال عيسى بن دينار وجيه القول الأول ان هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتى ووجه القول الثانى انه يختص بسماعه والحكم به الحكم فلم يجز فى ذلك أقل من اثنين كالشهادات وقد قال عيسى لا يجزى من ذلك الا أهل العدل لما كان طريق ذلك عنده طريق الشهادة (مسئلة) ولم يختلف قول مالك وأصحابه فى القول بالفاقة فى أولاد الاماء وأما أولاد الحر اثر فالمشهور عنهما انه لا يدعى لهم الفاقة وجه القول الاول انه يجوز أن يشترك السيدان فى ملكهما ويجوز أن يشترى الرجل ولم تستبرأ من الأول وذلك ممنوع فى الحرمة فلما كثرت أسباب الاشتراك فى الاماء دون الحر اثر اختص أولادهن بحكم الفاقة ووجه القوا الثانى وبه قال الشافعى ان المرأة تلحق ولدها

(فصل) وقول القائف لقد اشترى كافيه يريدانه من واطئين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما فضر به عمر بالدرة لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة واعتقده فيه من التقصير عن النظر الذى يلحقه بأحدهما

(فصل) وقوله فدعا عمر المرأة فقال اخبرينى خبرك على معنى الاجتهاد فى طلب الحق لعله أن يجزى قولها ما يقوى الحق عنده أو ما يتسبب به الى معرفة الحق ومثل هذا يلزم الحاكم فانه من وجوه الاجتهاد ان سئل عن الحكم قبل انفاذه ويتسبب الى معرفة الحق أو غلبة الظن من وكل وجه يمكنه ذلك فيه

(فصل) وقول المرأة ان أحدهما كان يأتيها ولا يفارقها حتى يظن أنها قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فأمر يقت عليه دماء ثم خلف عليها الآخر فلا أدري من أيهما هو تريد أنه أشكل عليها أيضا الأمر لان الأول لم يفارقها الا وقد ظنت انها حامل منه ولم تتحقق الأمر ثم أمر يقت عليه دماء ثم واقعها الآخر بعد ذلك فأشكل عليها الآخر لانها علمت الم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء وانما أنه دفعة ولذلك لم تقبل انها حاضت وانما قالت انها رأت الدم الذى يكون به استبراء ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغيا الجاهلية لانه لم يستبرأ الوطء الاول والثانى الى نكاح ولا ملك عين وأما فى الاسلام فاذا وطئ الثانى بعد حيضة كاملة وأتت به لستة أشهر فهو له دون الاول لان ذلك مسند الى ملك اليمين

(فصل) وقوله فكبر القائف يريدانه لما جاء من خبر المرأة ما يصدق قوله كبر كعمل الغالب الذى صح قوله وتبين فعله فقال عمر للغلام والأيمة ما شئت يقتضى أن الغلام ممن يصح منه أن يختار ويميز ويكون له قصد قال ابن حبيب وكذلك قال ابن القاسم ورواه عن مالك فى الأمة تأتى بولد من وطء الشريكين فيقول القائف له لقد اشترى كافيه فليوال أيهما شاء وروى ابن حبيب عن مطرف بل يقال للفاقة ألحقوم بأحدهما به شبهة فقد اشترى كافيه ولا يترك وموالاة من أحب وقاله ابن نافع وابن الماجشون قال سحنون وقد قال لى غير ابن القاسم انه ليس له موالاة أحدهما اذ بلغ ويبقى ابناهما وجه القول الاول ماروى عن عمر انه قال له وال من شئت منهم وما مثل هذه القضية مما يشيع وينتشر ولم يخالفه أحد من الصحابة فثبت انه اجماع ومن جهة المعنى انه لا يصح الاشتراك فى النسب ولذلك لم

يجز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان في ذلك من الشك في النسب ويصح أن يتزوج الرجل
المرأتين لما لم يؤد إلى ذلك فإذا لم يوجد وجه يختص منه باحد همارد ذلك إلى اختيار الولد فوالى
أحدهما وكان ابنه دون الآخر وإنما يكون ذلك إذا لم يمكن إلحاقه باحدهما ووجه قول مطرف أنه
قد اشترك فيه الرجلان ولكن يلحق بأبواهما شبهة في المعاني التي توجب الإلحاق فيغلب ذلك وأما
التخمين فإن الأنساب لا تثبت به ولا تأثير له فيها ووجه القول الثالث أن النسب أصله وحقيقته يكون
مخلوقا من مائه على الوجه الذي يخلق به فلهذا ظهر إلينا أنه مخلوق من مائهما ويجب أن يكون ابنهما قال
وسمعت مالكا يقول فإذا قلنا أنه يوالى من شاء فحقى يكون له ذلك روى ابن حبيب عن ابن القاسم
عن مالك أن ذلك إذا بلغ وقال أصبغ وروى ابن زيد عن أصبغ أن ذلك له إذا عقل وإن لم يبلغ الحلم
وجه القول الأول أن ذلك وقت تلزمه الأحكام ويحكم عليه بأقراره ووجه القول الثاني أن هذا طريقه
الاختيار فإذا عقل صح اختياره فكان له أن يوالى من شاء (فرع) ومن النسي ينفق عليه إلى
وقت الاختيار روى عيسى عن ابن القاسم ينفقان عليه جميعا وقال أصبغ النفقة على المشتري
حتى يبلغ حد المولاة وجه القول الأول أنه لما كان موقفا لهما لم يكن أحدهما أحق بالانفاق عليه
دون الآخر فلزمهم ما الانفاق عليه ووجه القول الثاني أن المشتري اليد فكانت عليه النفقة (فرع)
فإذا انتفعا عليه فوالى أحدهما قال عيسى لا يرجع عليه الآخر بما أنفق وقال أصبغ ما أنفق الذي لم
يواله يرجع به على الذي والاه وجه القول الأول أنه أنفق عليه على غير وجه السلف ولم يعتد بالانفاق
عليه فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والدي واليه وجه القول الثاني أنه أنفق عليه ليرجع به على
مستحق ولايته كالسبب يوقف فينتفحق عليه المتداعيان ثم يستحقه أحدهما (مسألة) فإن بلغ وقال
لا والى واحدا منهما فقال سحنون ذلك له ويكون ابنهما ووجه ذلك أن هذه حال لم يجبر فيها فلم يخصص
بإحدى أحدهما أصل ذلك حال الصغر وهما أحق بولايته من غيرهما فكان ذلك لهما لأنه قد ساوى بينهما
كما لو والاهما ص **مالك** أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وأعثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرت
رجلا بنفسها وذكرت أنها حرة فتزجها فولدت له أولاد فقضى أن يفدى ولده بمثلهم قال يحيى سمعت
مالكا يقول والقيمة أعدل في هذا إن شاء الله تعالى **ش** قوله أن عمر بن الخطاب وأعثمان على وجه
الشك منه أو من بلغه ذلك منه قضى في أمته غرت رجلا بنفسها وذكرت أنها حرة يريدان الأمة قد
تغر من لا يعرف أنها أمه بنفسها وتزعم أنها حرة فتزجها فإن علم بذلك والزواج ممن يحكم له يحكم
الارقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق وبعضه والمعتق إلى أجل فإن ولد هارقيق لسيدها ووجه ذلك أنه إن
بيع الأب فحكم الرق يلحقه فكان تبعه للإمام (مسألة) وإن كان الزوج حرا وقال تزجها على
أنها حرة وقال سيدها بل على أنها أمه ففي كتاب محمد الزوج مصدق ويأخذها سيدها وقيمة ولدها يوم
الحكم ووجه ذلك أن الحرية الأصل وأحكامها ثابتة دون اثبات فكان القول قول مدعى ذلك دون
مدعى اشتراط الرق لأنه حكم طار لا يثبت إلا بالأقرار (مسألة) وإذا ثبت أنه تزجها على الحرية
فاستحق بآرق فليسيدها وأخذها وقيمة ولدها وهو معنى ما قضى بد عمر وأعثمان إذا قال قضى أن يفدى
ولده بمثلهم وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور الولد رقيق ولا قيمة فيه وجه قول
مالك أن الولد تبع للإمام في الرق والحرية فمن ملك الأم مالك ولدها غيبان الأب لم يتزوجها على حرة
فقد تزوج على حرية ولده فكان له شرطه وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حرية
ومال من اشترطهم لهم (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال مالك على الأب ووجه أن يكون ذلك قيمته

* وحدني مالك أنه
بلغه أن عمر بن الخطاب
وأعثمان بن عفان قضى
أحدهما في امرأة غرت
رجلا بنفسها وذكرت
أنها حرة فتزجها فولدت
له أولاد فقضى أن يفدى
ولده بمثلهم * قال يحيى
وسمعت مالكا يقول
والقيمة أعدل في هذا إن
شاء الله

يوم الحكم به قال أبو حنيفة والشافعي قيمتهم يوم ولدوا وقال الغيرة والدليل على ما ذهب إليه مالك أنه إنما اعتبر في قيمتهم صفتهم يوم الحكم لأنهم لم يكونوا في ضمان الأب ولم يكن هذا الحكم مستغنيا عن حاكم فلما احتجنا إلى حاكم اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم لأن ذلك من تمام الاستحقاق وقال ابن المواز قد أخطأ من قال القيمة يوم الولادة ولو كان ذلك لكان عليه ذلك وإن مات الولد (فرع) وإن كان للولد مال حين التقويم ففي المدونة يقوم بغير ماله وقد اختلف فيه (مسئلة) وهذا إذا كان الأولاد أحياء فإن كانوا قد ماتوا فلا شيء للمستحق من قيمتهم إلا أن يكونوا قد ماتوا فاخذ الأب الدية فقد قال ابن القاسم للمستحق الأقل من قيمتهم أو ما أخذ السبيد من دينهم وكذلك لو ضرب بطن الأم فالقت جنيها فاخذ الأب فيه غرة وقال أشهب لاشي على الأب في شيء من ذلك كله وجه قول ابن القاسم أن هذا العوض إنما أخذ الأب بدلًا من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم فكان للسيد أن ينزع من الأب ما أخذ من قيمتهم إلا أن يأخذ أكثر من قيمتهم فلا ينزع منهم لأنه لا يستحق إلا القيمة ووجه قول أشهب أن القيمة إنما تكون للأب بالحكم والحكم لم يدرك الولد فلم يكن للسيد حق فيهم قال محمد وقول أشهب صواب وذهب إلى هذا ولا بن القاسم أن يقول إن الحكم قد أدرك الدية ولذا حاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم في الولد لأنها بدل منهم والله أعلم

(فصل) وقوله أن يندى ولده بمثلهم قد اختلف قول مالك فيمن أثلف شيئاً من الحيوان أو العروض التي لا تسكن ولا توزن فقال مرة في ذلك المثل وقد قال ذلك فيمن باع بعيراً أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك ثم استثنى المشتري البعير فإن الذي استثناه شيء في جلده يرد مثله ثم قال أو قيمته والقيمة أعدل والقول الذي عليه يعتمد من مذهب مالك أن في ذلك كله القيمة وإنما المثل فيما يكال أو يوزن ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القيمة عنده فيه أعدل لأنه أقرب إلى المائنة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه لا يرجع على الفار بقيمة الولد وإنما يرجع عليه بالمهر قاله ابن القاسم وقال الشافعي يرجع على الفار بقيمة الولد ولا يرجع عليه بالمهر والدليل على ذلك أنه لم يغره من الولد وإنما غره بالنسكاح الذي أخذ عوضه المهر (فرع) وهذا إذا كان الفار يعلم أنها أمة فزوجه منها على أنها حرة وادعى أنه ولها ولو أعلم أنه ليس بولي لها ثم زوجه منها لم يرجع عليه بشيء قاله ابن القاسم ووجه ذلك أنه ليس بعاقدة على الحقيقة (مسئلة) وإذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فدخل بها فقد قال مالك لا يؤخذ منها المهر وبه قال الشافعي وقال ابن القاسم أرى أن يؤخذ منها ما فضل عن مهر المثل ووجه قول مالك أن المهر لم يدخله فساد فلذلك ثبت فيه المسمى ووجه قول ابن القاسم أن النقص باق قد وجد في العوض فكان للزوج الرجوع بما فضل عنه على عوضه معيباً بعيب الرق

القضاء في ميراث الولد المستلحق

من قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أقرأني أن فلانا ابنه أن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسان واحد ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ستائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد أحدهما أن أباه المالك أقر أن فلانا ابنه فيكون على الذي شهد للذي استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث المستلحق ولو أقره الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه

القضاء في ميراث الولد

المستلحق

قال يحيى سمعت مالكا

يقول الأمر المجتمع عليه

عندنا في الرجل يهلك وله

بنون فيقول أحدهم قد

أقرأني أن فلانا ابنه أن

ذلك النسب لا يثبت

بشهادة إنسان واحد ولا

يجوز إقرار الذي أقر إلا

على نفسه في حصته من

مال أبيه يعطى الذي شهد

له قدر ما يصيبه من المال

الذي بيده قال مالك

وتفسير ذلك أن يهلك

الرجل ويترك ابنين له

ويترك ستائة دينار فيأخذ

كل واحد منهما ثلاثمائة

دينار ثم يشهد أحدهما

أن أباه المالك أقر أن فلانا

ابنه فيكون على الذي

شهد للذي استلحق مائة

دينار وذلك نصف ميراث

المستلحق ولو أقر

له الآخر أخذ المائة الأخرى

فاستكمل حقه وثبت

نسبه

وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ساكنها السلام في الذي يتوفى ويترك ولدين ويترك ستائة دينار لكل واحد منهم مائة دينار فان قال أحدهما ان أباه أقر لرجل انه ابنه قيل له قد أقررت له بماله فينظر الى ما في يديك مما كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه اليه لانك مقر له به ولو ثبت نسبه لكان لكل واحد منهم مائة دينار وقد أخذ هذا ثلثمائة دينار فالأمة الزائدة قد أقر بها المقر بدو هذا قال مالك وقال الشافعي لا يلزمه أن يعطيه شيئاً لأنه أقر له بشئ لا يستحقه الا من جهة النسب ولا يثبت نسبه بأقرار أخيه وحده اذا كان ثم من الورثة من يرفعه عنه والدليل على ما نقوله ان اقراره يتضمن شيئين أحدهما النسب وهذا اقرار على غير ما لا يثبت بمجرد قوله والثاني اقرار بماله في يده فلزمه فيه كما لو توفي رجل وترك ولداً واحداً فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي وقاسمه المال باتفاق (مسئلة)

وقال أبو حنيفة يلزم المقر أن يدفع اليه نصف ما بيده دون المنكر والدليل على ما نقوله انه انما أقر على نفسه وعلى أخيه فان المقر يستحق مثل حق كل واحد منهما مما بدأ به يهما والذي كان يجب له بذلك من الستائة مائتان فقد أقر له بما بيده مائة وشبهه على أخيه بمائة أخرى مما بيده فان كان من أهل العدل وشهد له شاهد آخر بمثل ذلك لم يستحق من يدا المقر له غير مائة ومن يدا المنكر مائة أخرى والله أعلم وقد اتفقوا انه لو أقر به الأخوان لأخذ حصته من بكل واحد منهما (مسئلة) ولا يخلو هذا الاقرار ان تكون التركة عينا أو عرضاً فان كانت عينا فعلى ما تقدم وان كانت عرضاً مثل أن يترك المتوفى عبداً أو أمة فأخذ المقر العبد أو أخذ أخوه الأمة ثم أقر أحد الأخوين بأخ قال ابن ميسرة فهذا قد أقر بثلاث العبد وثلاث الأمة وقد كان للمقر قبل الاقرار نصف كل واحد منهما في الانكار فأقر في كل نصف وجب له بثلاث ذلك النصف وهو سدس العبد فاما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد ضمن لأخيه سدس قبية الأمة وأما ثلث العبد فواجب له لان سدس كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه فابتاع ما لا يحل له كمن اشترى شيئاً ثم أقر انه لاخر فليس له اليه فقد وجب له ثلث العبد بكل حال وهو مخير في سدس الأمة أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد والمقر نصف هذا الذي ذكره أحمد بن ميسرة وقال أبو أيوب البصري ان قول أهل المدينة أنه يعطيه ثلث العبد الذي صار له ويضمن له سدس قبية الأمة لانه باع ذلك بسدس من العبد وهو مقر ان لأخيه الشئ أبو عمر وهذا الذي قاله أبو أيوب هو الصواب وليس فيه تخيير لان الذي أقر له به من العبد اشترى نفسه بسدس الأمة الذي كان بيد أخيه من العبد الذي كان بيده (مسئلة) فان مات المقر لم يرثه وانما يرثه أخوه الثابت النسب قاله سحنون في العتية وجه ذلك ان الاقرار لا يرث به الا مع عاصم وارث ثابت النسب ولهذا المقر أخ ثابت النسب فلا يرثه المقر له قال سحنون ولو لم يكن له وارث غير المقر له لورثه ولو مات المقر له فقد قال سحنون يرثه المقر به والمنكر له قال يحيى بن عمر يأخذ المقر من تركته بدأ مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقي بينهما لان المنكر جرده اياه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وكان عندي يجب أن ينظر الى ما كان يستحقه بما أخذ المنكر من مال أبيه لو ثبت نسب المقر له فان كانت مائة دينار أضيفت الى مال المقر له فان كان ذلك ثلثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة وخمسين وبقية خمسون من مال المقر له فوقف فان أقر به المنكر دفعت اليه وكل بذلك وبالمائة التي كان يأخذها منه مالاً أقر به تمام نصيبه من ميراثه وذلك مائة وخمسون فانما المائة دينار التي بقيت بيده من تركته أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله: أخر استكمل حقه وثبت نسبه يرثه لان الأخوين قد شهدا له بالنسب وهما

من أهمل العمل ويحب على هذا إذا كان أحدهما شاهداً له أن لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه لأن النسب يثبت بشاهد يمين ولا يستحق بذلك المال لأنه قد استحققه الثابت بالنسب ولم يكن هناك وارث معروف ففسد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أنه يقضي له بالمال لو جسه الميراث ثم لا يثبت له بذلك نسب وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب أنه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما ثبت به الانساب وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا أو يأتى من يدعى أنه ابنه فيقيم شاهداً واحداً فيقول ابن القاسم يحلف ويستحق المال دون النسب وعلى قول أشهب لا يستحق شيئاً وجه قول ابن القاسم أنه قد يفصل المال من النسب وكذلك إذا أقر أحد الورثة بولد واستحق ما يتضمنه إقراره بما في يده من المال ولا يثبت بذلك نسبه ووجه قول أشهب أن هذا المال إنما يستحق من جهة النسب فإذا لم يثبت النسب لم يستحق شيئاً من جهته كسائر أسباب الاستحقاق وليس ههنا مقر بحق ينفر دبه فلهذه تسليمة وإنما يدعى حقاً ثابتاً لجماعة المسلمين فلا يسبيل له إليه إلا بعد اثبات النسب الذي يستحق به والله أعلم وأحكم

ص قال مالك وهو أيضاً بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينسب ذلك الورثة فعليها أن تدفع إلى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم أن كانت امرأة ورثت الثمن دفعت إلى الغريم ثمن دينه وإن كانت ابنة ورثت النصف دفعت إلى الغريم ثمن دينه وإن كانت ابنة ورثت النصف دفعت إلى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع إليه من أقوله من النساء ش وهذا على ما قاله أن مسألة الإقرار تجري مجرى ما ذكره من المرأة تقر بدين على مورثها وينكر ذلك سائر الورثة فإن كانت بنتا ترث النصف فإنما يلزمها من الدين بقدر ذلك وهو نصفه وإن كانت زوجة ترث الثمن لأن لليت ولداً أو ولداً بناتها عليهما من الدين ثمنه ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن فورث الربع لكان عليها من الدين ربعه وكذلك الوارث إذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث فأنما عليه أن يدفع إليه ما صار إليه من الثلث ولو كانت زوجة لها الثمن فأقرت بأن لليت لم يكن عليها أن تعطيه شيئاً لأن مورثها دونه ومعه لا يزيد ولا ينقص فلا يثبث إقرارها فيما بيدها وقال ابن حبيب أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما لأنه لا ميراث لو ارث إلا بعد قضاء الدين فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه وأما الوارث فانه وارث مع المقر وليس بوارث قبله فلذلك أخذ منه ما ينوبه وروى هذا ابن المواز عن أشهب وهذا الذي قاله ابن حبيب ليس بصحيح بل أصحاب مالك على ما قاله مالك وهو الصحيح وقد أنكره أصحابنا على ابن حبيب وما اختاره ابن حبيب هو قول أبي حنيفة واختار ابن المواز قول ابن القاسم والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن من أقر من الورثة بالدين بمنزلة شهادة الشهود به ولو شهدت به بينة لأخذ من كل واحد منهم قدر حصته من الدين وكذلك إذا أقروا به وقد قال الشيخ أبو بكر الدين كالميراث إلا أن يكون الدين محيطاً بالميراث فإنه يؤخذ من المقر جميع ما بيده لأنه لو ثبت الدين بشهادته لأخذ منه جميع ما بيده ووجه قول أشهب أنه لو قامت بينة بالدين فلم يجد بيده أحد شيئاً لأخذ ما بيد الآخر جميع حقه وإنما استغرق ما بيده ثم يرجع ذلك على أخيه بما ينوبه من ذلك فكذلك إذا أقر به أحدهما وأنكره الآخر أخذ من المقر جميع حقه وتحريره أن الإنكار معنى يمنع المقر له من استيفاء حقه من سائر الورثة فواجب له استيفاء جميع حقه ممن لا يمنع الاستيفاء منه مانع أصل ذلك لعدم ص قال مالك وإن شهد رجل على مثل ما شهدت به المرأة أن لفلان على أبيه ديناً أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لأن الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فإن لم

قال مالك وهو أيضاً بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينسب ذلك الورثة فعليها أن تدفع إلى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم أن كانت امرأة ورثت الثمن دفعت إلى الغريم ثمن دينه وإن كانت ابنة ورثت النصف دفعت إلى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع إليه من أقوله من النساء ش وهذا على ما قاله أن مسألة الإقرار تجري مجرى ما ذكره من المرأة تقر بدين على مورثها وينكر ذلك سائر الورثة فإن كانت بنتا ترث النصف فإنما يلزمها من الدين بقدر ذلك وهو نصفه وإن كانت زوجة ترث الثمن لأن لليت ولداً أو ولداً بناتها عليهما من الدين ثمنه ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن فورث الربع لكان عليها من الدين ربعه وكذلك الوارث إذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث فأنما عليه أن يدفع إليه ما صار إليه من الثلث ولو كانت زوجة لها الثمن فأقرت بأن لليت لم يكن عليها أن تعطيه شيئاً لأن مورثها دونه ومعه لا يزيد ولا ينقص فلا يثبث إقرارها فيما بيدها وقال ابن حبيب أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما لأنه لا ميراث لو ارث إلا بعد قضاء الدين فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه وأما الوارث فانه وارث مع المقر وليس بوارث قبله فلذلك أخذ منه ما ينوبه وروى هذا ابن المواز عن أشهب وهذا الذي قاله ابن حبيب ليس بصحيح بل أصحاب مالك على ما قاله مالك وهو الصحيح وقد أنكره أصحابنا على ابن حبيب وما اختاره ابن حبيب هو قول أبي حنيفة واختار ابن المواز قول ابن القاسم والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن من أقر من الورثة بالدين بمنزلة شهادة الشهود به ولو شهدت به بينة لأخذ من كل واحد منهم قدر حصته من الدين وكذلك إذا أقروا به وقد قال الشيخ أبو بكر الدين كالميراث إلا أن يكون الدين محيطاً بالميراث فإنه يؤخذ من المقر جميع ما بيده لأنه لو ثبت الدين بشهادته لأخذ منه جميع ما بيده ووجه قول أشهب أنه لو قامت بينة بالدين فلم يجد بيده أحد شيئاً لأخذ ما بيد الآخر جميع حقه وإنما استغرق ما بيده ثم يرجع ذلك على أخيه بما ينوبه من ذلك فكذلك إذا أقر به أحدهما وأنكره الآخر أخذ من المقر جميع حقه وتحريره أن الإنكار معنى يمنع المقر له من استيفاء حقه من سائر الورثة فواجب له استيفاء جميع حقه ممن لا يمنع الاستيفاء منه مانع أصل ذلك لعدم ص قال مالك وإن شهد رجل على مثل ما شهدت به المرأة أن لفلان على أبيه ديناً أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لأن الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فإن لم

يختلف أخذ من ميراث الذي أقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لأنه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه إقراره **ش** وهذا كما قال أنه إن شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة أن لهذا الغريم على ابنه ديناً وكان الشاهد من أهل العدل فإن الغريم يختلف مع شهادته ويستحق جميع الدين الذي شهد به شاعده وإن كان الشاهد أنما أورده ذلك على سبيل الإقرار فإنه لا ينافي الشهادات ويختلف ذلك المرأة فإنه لا يختلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل فيختلف مع شهادتهما فإن ابن الغريم أن يختلف استحق على المقر له من دينه بقدر حصته من الميراث ولم يستحق في استحقاق ذلك إلى يمين وكذلك لو كان المقر غير عدل لاستحق عليه من دينه بقدر حصته من الميراث ومن ادعى عليه العلم من الورثة وأنكر ذلك في حقه لم يمتعه اليمين إذا لم يرد المدعى أن يختلف مع شاعده والله أعلم

القضاء في أمهات الأولاد

ص **عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال** ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلونهم لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا لحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا **ش** قوله ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلونهم على وجه الانكار لمن فعل ذلك وقوله يعزلونهم يحتمل معنيين أحدهما العزل عنهم وهو وإن كان غير محرم في الاماء فإن غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفي عن نفسه ما أتت به من ولد وقدر موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أقر أنه يطأ جاريته ويعزل فإن الولد يازمه إن لم يدع استبراء ووجه ذلك أنه لا يتيقن حقيقة العزل وقد ينسب له أول الماء أو اليسير منه ولا يشهر به وقال موسى بن معاوية عن ابن القاسم ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم يازمه الولد ووجه ذلك أن عدم الانزال متيقن ولا يصح معه ولد (مسئلة) ولو قال كنت أطأ بين الفخذين فأنزل في كتاب ابن الموازي يازمه الولد في الأمة ولا يلتعن في الحرة وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج فإن الماء يصل إليه قبل التغير والاستحالة فيلحق منها الولد وهذا يبعد عندي لأنه لو جرت العادة بخلق ولد من منى لم ينزل في الرحم لما زم من ظهر بها حمل حملان من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليها حمل فيصح أن يكون الولد من غير جماع وهذا باطل باتفاق والمعنى الثاني أن مثل هذا يكثفه الوهم والغلط ولا يكاد يتحققه الواطئ في بعض الأوقات

(فصل) والمعنى الثاني الذي يحتمله قوله يعزلونهم أن يريد باعتزالهن في الوطء الإزالة لهن عن حكم التسمي على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء وانما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحمل عنه إلى غيره وماذا يكون ذلك المشهور من المذهب أن الاستبراء بالحيض وفي كتاب ابن سحنون عن المغيرة لا تبرأ منه إلى خمس سنين ووجه القول الأول أن الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين وأن لم يكن بعده وطء لغيره كالوأعتهها أو زوجها المرأة ووجه القول الثاني أن الوطء المباح الذي يلحق به النسب لا يبطل حكمه الحيض دون وطء ينسب إليه الحمل أصل ذلك الوطء بالنكاح (فرع) فإذا قلنا أن الاستبراء يبطل حكم الوطء فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أنه يجزى من ذلك حيضة واحدة قال سحنون وهو الذي ثبت عندنا عن مالك وروى عبد الملك عن مالك ثلاث حيض واليه يرجع المغيرة ووجه القول الأول أن هذا استبراء في وطء بملك اليمين فأجزأ في ذلك حيضة واحدة كالاستبراء في البيع والشراء ووجه القول الثاني أن الحيض إذا

يختلف أخذ من ميراث الذي أقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لأنه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه إقراره

القضاء في أمهات

الأولاد

قال يحيى قال مالك عن

ابن شهاب عن سالم بن

عبد الله عن عمر بن أبيه

أن عمر بن الخطاب قال ما

بالرجال يطؤون ولائهم

ثم يعزلونهم لا تأتيني وليدة

يعترف سيدها أن قد ألم

بها إلا لحقت به ولدها

فاعزلوا بعد ذلك أو

اتركوا

لم يقرن به انتقال من الملك لضعف فلا يقع للمرأة منه الابثلاث حيض وأما الحيضة الواحدة فانما يقع
البراءة بهامع الانتقال الى ملك ولذلك تأخير الأثرى أن الزوج اذا طلق امرأته فتمتد بثلاثة أفراس
وتزوج بعده فتأني بولده لستة أشهر من وقت نكاح الثاني فلا يلحق بالأول ولو لم ينتقل الى ملك زوج
آخر وأنت بولده لتلك المدة وأبعد منها لحق بالأول (فرع) وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء يمين
قال سحنون والذي ثبت عندنا عن مالك أن لا يمين عليه وروى عبد الملك عن مالك أنه يخلف مع
ادعائه الاستبراء بثلاث حيض وقد أنكر ابن المواز ما انفرد به عبد الملك من اليمين وقد روى ابن
مزيين عن عيسى عليه اليمين اذا ادعى الاستبراء وجه الرواية الأولى ان الاستبراء معنى يثبت للسيد
حكم الانتفاء من الولد فلم يلزم السيد اثباته باليمين وكان قوله فيه مقبولا لنفي الواطئ أولا ووجه الرواية
الثانية ان اقراره بالوطء معنى يلحق به الولد فلم ينف عنه اليمين في الزوجية في الأحرار لما كان عقد
النكاح يلحق الولد بالزوج لم ينفه اليمين وهو اللعان فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها يقتضي انه لا يلزمه ولدها بكونها في ملكه
ولكن باعترافه انه قد وطئها وهو معنى المامه بها فاذا اعترف السيد بوطء الأمة وثبت ذلك من
اعترافه صارت الأمة فراشاه ولزمه كل ولد أنت به الا أن يقول قد استبرئت بعد الوطء على ما تقدم
(مسألة) فان ادعى عليه الاقرار بالوطء أو بالولد وأنكر ذلك فقد قال أشهب لا يمين عليه في شيء
من ذلك كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا ووجه ذلك أن الايمان في نفي النسب لا يتعلق بمجرد
الدعوى وكذلك كل يمين يتعلق بها حكم في جنسين فلا يجب بمجرد الدعوى كالطلاق والعتق
(مسألة) فان شهد باقراره بالوطء شاهد ففي كتاب ابن المواز يلزمه اليمين وفي غيره اذا قام شاهد
على اقراره بالوطء وشهادة امرأته بالولادة فلا يمين عليه وقد قيل يلزمه اليمين قال وانما تجب اليمين اذا
شهدت امرأتان بالولادة وشاهد على اقراره بالوطء أو امرأته على الولادة وشاهدان على اقراره بالوطء
وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يقتضي نفي الاسترقاق فاذا شهد به شاهد لزم السيد اليمين على نفيه
كالعتق ووجه الرواية الثانية أن ههنا فصلين أحدهما الاقرار بالوطء والثاني الولادة ولم يثبت أحدهما
ولو أقرب بأحدهما ونفي الآخر لم يثبت به النسب فلذلك لم يلزم اليمين لضعف البيهقيين (مسألة) وان
لم ينكر الوطء ولم يكن أنكر الولد لانه قال وجدت معها رجلا وصدقتها وثبت الزنا بأربعة شهداء فلا
ينفي الولد بذلك وان كان يغزل عنها حتى يدعى الاستبراء حكاه ابن المواز ووجه ذلك ان وطء الزنا
لا يلحق به نسب فلم يكن له حكم الوطء وكان الوطء الذي يلحق به النسب وهو وطء السيد أولى بالولد
كما انفرد

وحدثني مالك عن

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الأخقت به ولدها يريد رضي الله عنه
أخقت بالسيد المقر بالوطء ومعنى ذلك ان أنت به لمدة الحمل من وقت الوطء الى وقت الاستبراء قال
سحنون أجمع أصحابنا انه اذا قر بوطء أمة لزمه ما أنت به ولو الى أقصى حمل النساء الا ان يدعى استبراء
لم يمس بعده فلا يلزمه ما أنت به بعد الاستبراء الا ان تأتني به لأقل من ستة أشهر لم يلزمه ووجه ذلك ان
استبراء السيد يمنع الحاق النسب به فلا يلحق به بعده الا وليد يمتقن انه قد وجد قبل الاستبراء وذلك ان
يأتني لأقل من ستة أشهر لم يلحق به

(فصل) وقوله فاعزلوا بعد أو اتركوا اعلامهم بأن ما يأتون به بعد من العزل لا منفعة لهم فيه ولا ينتفي
بذلك ولده عنهم ولم يرد بذلك التخيير لهم بين الفعل أو الترك وانما أراد به ما قدمناه ص مالك عن

نافع عن صفية بنت أبي عبيد أنها أخبرته أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يدعونهم يخرجون لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا قد ألحقت به ولدها فارسا وهن بعد أو أمسكوهن * ش قوله ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يدعونهم بعد يخرجون يحتمل أن يريد به الخروج والتصرف في الخدمة التي لا تتصرف في مثلها السراري تحتفظ بهن فان من تسرى بأمة منعها الخروج جلة أو منعها منه مما يتق عليها فيه من التصرف في المواضع الخوفة التي لا يؤمن عليها فيها وفي كتاب ابن سحنون عن مالك فم يطا الجارية ثم يرسلها الى السوق في حوائجها لا بأس بذلك والمرأة الحرة تخرج لحاجتها ومعنى ذلك الخروج المعتاد الى السوق والمواضع المأمونة التي فيها جماعة الناس فلا يمكن الانفراد بها ولا تخادعتها وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان اذا وطئ أمة جعلها عند صفية بنت أبي عبيد حتى يظهر بها حمل أو تحيض يحتمل أن تكون هذه الأمة قبل ذلك ممن لا تساكن أهلها بل تتصرف بالتكسب لصنائع والعمل أو تكون مع جلة أمانه في غير دار سكنه مع زوجها صفية فاذا وطئها ضمها الى دار زوجها صفية المذكورة لأنها أحسن لمن وأمكن من التعنظ بهن ويحتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج فاذا وطئها منعها ذلك ولزمت هذه الدار التي يمكن فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ما عى عليه من حمل أو براءة رحم يحض فعلى هذا التأويل الثاني يحتمل أن يريد عمر ثم يدعونهم يخرجون المنع من الخروج جلة ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في أم الولد اذا جنت جنابة ضمن سيدتها ما بينها وبين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يحمل من جنابتها أكثر من قيمتها * ش وهذا كما قال ابن أم الولد اذا جنت ضمن سيدتها الجنابة وليس له أن يسلمها الا نديس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم في جنابة ولا بيع ولا معاوضة ولا هبة ولا غيرها الا بالعق الذي يسقط ما بق له فيها من الاستمتاع والمنفعة دون التصرف في رقبته وفي هذا خمسة أبواب * أحدها في ما اذا تصير الأمة به أم ولد * والثاني في أنه لا يجوز أن يملكها غيره * والثالث في حكم ما بق له من المنفعة والتصرف فيها وفي ولدها * والرابع في حكم مالها في جنابة * والباب الخامس في حكمها وحكم ولدها وحكم مالها اذا توفي

(الباب الاول فيما اذا تصير الأمة به أم ولد)

في كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك وفي كتاب ابن حبيب عن مطرف عن مالك تكون أم ولد بكل ما أسقطته اذا علم أنه مخلوق وفيه تجب العرة وهذا أحد قول الشافعي وقال أشهب اذا طرحت دما مجتمعا أو غير مجتمعا فلا تكون به أم ولد فاذا صار علقته خرج من حداثته النطفة والدم المجتمع وهو أحد قول الشافعي وقال ابن القاسم في المدونة وغيرهما وان لم يتبين شيء من خلقه اتفق النساء انه ولد مضغة كان أو علقته أو دما وجه القول الاول مارواه ابن وهب عن مالك انه لا يحكم بما يرخيه الرحم بأنه ولد الا اذا ظهر خلقه وصورته وهو الذي اختار الطبري أن يكون معنى مخلقة متصورة واليه ذهب الشافعي وأما الدماء فقد ترخا حيا وغيره فلا يكون ذلك دليلا على الولد وقد قيل ذلك في قوله تعالى مخلقة وغير مخلقة فيكون مخلقة وغير مخلقة من نعت الصورة وروى عن ابن مسعود سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو الصادق المصدق يجمع خلق أحدكم في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقه أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما ثم يبعث الله ملكا فيقول أكتب عمله وأجله ووزقه وشقي أو سعيد وقال ابن عمر اذا وقعت النطفة في الرحم بعث الله ملكا فيقول يارب مخلقة أو غير مخلقة فان قال غير مخلقة مجتبا الارحام دما وان قال مخلقة قال يارب

نافع عن صفية بنت أبي عبيد أنها أخبرته أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يدعونهم يخرجون لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا قد ألحقت به ولدها فارسا وهن بعد أو أمسكوهن * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في أم الولد اذا جنت جنابة ضمن سيدتها ما بينها وبين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يحمل من جنابتها أكثر من قيمتها

ما صفة هذه النطفة أذكر أم أنثى ما رزقها وما أجلها فملي هذا المخلقة من صفة النطفة فما كان بما
ترخيه الأرحام مما لم ينطق بعد وليس بولد فلا تكون به أم ولد ووجه قول أشهب أن الدماء قد ترخيا
الأرحام ولا يكون ولدا كالحيض والاستحاضة فلا يكون شي من ذلك ولدا وإنما يكون الولد المضعف
لأنه لا يبلغ هذا الحد إلا بما يكون ولدا ووجه قول ابن القاسم أنه قد يعرفه النساء بكثرة وأحواله فإذا
كان يعرف تثبت به حرمة أم الولد كالمضغة (مسئلة) ولو أقر بالوطء السيد وقال لها لم تلدى هذا
الولد ففي كتاب ابن المواز قال مالك هذا لا يخفى على الجيران وقال مرة أخرى وهى مصدقة وقال
في موضع آخر هو بها لاحق وإن لم يعرف الجيران منها حمل ولا ولادة ولا طلقا إذا كان معها الولد وإن لم
يكن معها ولد فقالت أسقطت أو ولدت فلا تصدق إلا بماى آتين عادلتين على الولادة ولا يلزمه بواحدة
الإمامين عند أشهب

(الباب الثاني في أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها)

هو منه مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي وجماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين وقد تقدم في تفسير
حديث أبي سعيد الخدري في غزوة بني المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما يغني عن
اعادته والدليل على ذلك إجماع الصحابة روى الشعبي عن عبيدة الساماني قال خطبنا على بن أبي
طالب فقال رأى أبو بكر رأيا ورأى عمر رأي اعتق أمهات الأولاد حتى مضى السيل ما ثم رأى عثمان
ذلك ثم رأيت أناب عديميهم في الدين فقال عبيدة فقلت لعلي رأيك ورأى أبي بكر وعمر وعثمان في
الجماعة أحب إليهم من رأيك بأنفرادك في الفرقة فقبل مني وصدقني فوجه الدليل أنه أخبره أن رأى
أبي بكر وعمر وعثمان بالمنع من بيعهم كان في وقت جماعة ولم يخالفوا فيه فثبت أنه إجماع ووجه آخر
أنه قال رأى في بيعهم في الدين خاصة فهذا يقتضي انفراده بهذا القول ثم صدقه وقبل منه في اثبات
القول الأول فتجدد بذلك الإجماع أيضا في زمن علي رضي الله عنه وبه قال سحنون ولما كشف عن
أمرهن عبد الملك أخبره ابن شهاب أن المسور قال إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبعن في دين
ولا يعتقن من ثلث وفيه غضب سعيد على الزهري حين حدث بحديثه عبد الملك وقال مالك أنه حدثه
ابن المسيب قال إن عمر أعتقهن ومن جهة المعنى أن الأمة إذا حلت حرم بيعها لأجل الجنين الذي هو
في حكم عضوم أعضائها ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها ولا تفرد بالبيع دونه فمصرى إليها حكم
الحرية كما كان يصرى من تعليق العتق على عضوم أعضائها. ودليل آخر من جهة القياس أنها
جملت بغير فنع ذلك بيعها أصله إذا أراد بيعها وهى حامل (مسئلة) وسواء كان عليه دين
يحيط بماله أو لا دين عليه في ثبوت هذا الحكم لها وهذا إذا كان السيد حراما لها فإن كان غير حر
ففي كتاب ابن المواز قال محمد وأحب إلى في ذلك في أم الولد المكاتب والمدبران عتق وهى في ملكه
أن تكون به أم ولد وإن لم يكن لها الآن ولد كان ما تقدم لها سقط أو ولد وكر ابن سحنون عن أبيه
وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك في المكاتب دون المدبر قال والفرق بينهما أن للسيد انتزاع أم ولد
المدبر عند مالك وإن لم تكن حاملا لا يدون المدبر وليس ذلك له في المكاتب وأيضا فليس للمكاتب
بيعها بإذن السيد إلا أن يخاف العجز والمدبر يبيعها بإذن السيد وقال أشهب وعبد الملك لا تكون
أم ولد بما ولدت بعد عقد التدبير والكتابة والعتق المؤجل وإن ولدت بعد تمام الحرية في الأب إلا
أن الولد حكم الأب وقال القاضي أبو محمد في أم الولد المكاتب خلاف لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من
غير دين وهذا يدل على أنها الحرية لها بالاستيلاء وقول آخر أنه ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين قال

فوجه الر واية الاولى ان حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأن يعق بالاداء ويرق بالعجز فلذلك لم
يثبت لها حرمة الاستيلاد و جاز له بيعها ووجه الر واية الثانية انه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة
* قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وجه الر واية الاولى عندى ان ملك سيدها لم يكن له فلم يحصل أم
ولده باستيلادها في تلك الحال كالأمة للعبد القن ووجه الر واية الثانية ان سيدها المكاتب ممنوع من
ماله لعقد عتقه فيثبت لأم ولده حرمة الاستيلاد كالعتق المبتل (مسئلة) وأما أم الولد المدبر فقد
تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها وقال القاضي أبو محمد فيها عن مالك روايتان احدهما ثبتت
الحرمة لها والثانية نفى عنها ووجه ثبوتها ان يبيع لابنه في عقد العتق الذي يثبت له فوجب أن
لا يثبت لأمه به الحرمة كولد المكاتب ووجه الر واية الثانية ان أباه لم يثبت له من العتق ما يمنع به
سيده من ماله فلم يثبت لأمه به حرمة الاستيلاد كذلك العبد القن (فرع) قال القاضي أبو محمد فاذا
قلنا ثبتت لها حرمة الاستيلاد لم يكن لسيده انتزاعها منه حاملا كانت أو غير حامل فاذا نفينا عنها حرمة
الاستيلاد فان للسيد انتزاعها قولا واحدا لأن الولد داخل في تدبير أبيه ومثل هذا يتوجه من الخلاف
في أم ولده المعتق الى أجل لأن محمدا قال ان قول مالك قد اختلف في انتزاع أم ولده منه (مسئلة)
اذا ثبت ذلك فانما تكون أم ولد بماتلده لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير أو الكتابة أو
العتق المؤجل فان ولده لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد قاله ابن المواز وقال في موضع آخر لأن
ملك المكاتب ما في بطن أمته الحامل في الكتابة فانما تكون به أم ولد وقال أشهب وعبد الملك انما
تكون أم ولد بماتلده ستة أشهر من يوم عتق أمه ولا تكون أم ولد بماتلده لأقل من ذلك قال لأن
الولد لم يملكه الأب وقد جرى منه فيه لنيره حرية فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الأب (مسئلة)
وانما تكون أم ولد اذا حملت بملك اليمين فاذا حملت بنكاح أو ولدت بنكاح فلا تكون بذلك أم
ولد وقال أبو حنيفة ان اشتراها الزوج بعد ان ولدت فانما تكون به أم ولد والدليل على ذلك أنه
سبب عتق لم يحصل لها بالولادة فلم يحصل لها بالشراء كعقد الكتابة والتدبير (مسئلة) وأما
اذا حملت بنكاح وولدت في ملك اليمين كالرجل يتزوج الامه فتحصل منه ثم يشترىها وهي حامل فلا
يخلو أن تكون الامه لأبيه أو لغيره فان كانت لأبيه لم تكن به أم ولد لأنه قد أعقب على جده ولم يملكه
أبوه وقد قال محمد بن عيسى من اشترى زوجته بعد أن أعقب السيد ما في بطنها ان شرائه جائز وتكون بما
وضع أم ولد لأنه انما أعقب ابنه بالشراء ولم يصبه عتق السيد اذ لا يتم عتقه الا بالوضي لأنه يباع عليه في
فلسه وبيعه ورثته قبل الوضع ان شاء أو ان لم يكن عليه دين والثلث يحمله ولو ضربها رجل فالتفت
جنينها فأنما فيه ما في جنين أمة ولو كان بعد ان اشتراها الزوج فأنما فيه جنين حرة (مسئلة) فان
كانت لغير أبيه فانما تكون أم ولد لأنه قد ملك ابنه فعقب عليه فهذا قد حملت به أمه في النكاح ووضعته
في ملك اليمين وقال الشافعي لا تكون به أم ولد والدليل على ما نقوله ما تقدم من أنها وضعت في ملك
اليمين فكانت به أم ولد كما لو حملت به في ملك اليمين

(الباب الثالث في حكم ما بقي له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها)

وذلك ان السيد بقي له في أم ولده الاستمتاع وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس للرجل في أم
ولده ان يعتقها في الخدمة وان كانت ذبيحة وتبتل الذبيحة في الجوائح الخفيفة مما لا يتبدل فيه الرفيعة
وقال القاضي أبو محمد استخداها بما يقرب ولا يشق وقال أبو حنيفة والشافعي له فيها الخدمة والاستمتاع
* قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعي الاظهر عندى لأن المقصود من ملكها وعي باقية على حكم

ذلك الملك وانما منع من تملكها غيره ووجه آخر وهو انه لا خلاف ان للسيد استخدام ولد أم الولد وحكمهم حكمه لان كل ذات رحم فولدها بمنزلة في الرق والحرية فعلى هذا يكون له استخدام الام ووجه ما يتعلق به مالك وأصحابه في نفي استخدامها أنها ممنوعة من بيعه لها ولا تعتق في ثلثه فلم يكن له استخدامها كالحره (مسئلة) وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا كره مالك أن يزوجه الرجل أم ولده قال الشيخ أبو بكر انما كره مالك أن يزوجه الرجل أم ولده لانه ليس له فيها الا الاستمتاع دون سائر المنافع فكره له أن يزوجه وان رضيت * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أنه شبهها بالزوجه التي ليس له فيها الا الاستمتاع ولا يجوز لها أن تزوجه مع بقاء ذلك السبب قال ابن حبيب يكره له أن يزوجه الا أن يخاف عليها وهذا أخذ جميع أصحاب مالك (فرع) فان زوجها فقد قال ابن القاسم في المدونة لا أفسخه وقال الشافعي في أحد أقواله لا يجوز له أن يزوجه والدليل على ما نقوله انه ولي لها فجاز انكاحها كما لو نفقة لها وكل (مسئلة) واختلف قول مالك في اجبارها على النكاح وقد قال ابن حبيب في واختمته له أن يكره أم ولده على النكاح واختلف فيه قول مالك وثبت على انه لا يزوجه الا برضاها وجه القول الاول انها أمة يملك الاستمتاع بها بملك الميم فذلك اجبارها على النكاح كالأمة الفتن ووجه القول الثاني انها ثبت لها سبب حرية يمنعها وجازها فوجب أن يمنع اجبارها على النكاح كالمكاتبة وقد قال الشافعي بالقولين جميعا (مسئلة) وعلى السيد الانفاق على أم الولد فان أعسر فهل تعتق عليه الذعر بالنفقة أم لا وفي كتاب الرق لا تعتق عليه وبه قال جماعة من القرويين وقال أبو بكر بن الباء سألت عنها يحيى بن عمرو فقلت له تعمل وتنفق على نفسها قال لا ان لم يكن في نفقتها ما يكفيها قال يحيى بن عمر أرى أن تعتق قال أبو بكر وكذا قال أشهب ورواه عنه الأندلسيون وقال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه اذا أعسر بالنفقة أو غاب ولم يترك ما لينفق له عليها وجه القول الأول ما احتج به القرويون انها تتوصل الى تحصيل نفقتها مع ابقائها على ملكه بأن تزوجه ممن ينفق عليها وهذا فرق الزوجه فانها لا تتوصل الى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقاءها على ملكه ووجه القول الثاني انها بقيت على الرق فيجاز أن يزول ملكه عنها بالاعسار كالأمة وأيضا فانه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجه (فرع) ولو غاب عنها سيدها فلم يترك ما ينفق عليها فقد قال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه ولا يزوجه الحاكم لان زواجها مكروه ولا يؤمر به السيد فكيف يؤمر به الحاكم وقال غيره من القرويين تزوجه عليه ان كان غائبا وزوجه هو ان كان حاضرا وعجز عن الانفاق عليها والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع في حكم مالها في حياته)

فان للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض لانها باقية على ملكه بقاء تستحق به النفقة ويبيع له الاستمتاع بها فكان له انتزاع مالها أصل ذلك الأمة حال الرق وليس له انتزاع مالها اذا مرض على ما في المدونة وقال القاضي أبو محمد اذا اشتد مرضه لم يكن له انتزاعه كما ليس له اخراج ماله في المرض الخوف ابقاء على ورثته لقرب وقت استحقاقهم له كالمعتق الى أجل لسيدته أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندى أن من تقرر ملكه على مال بموت انسان فانه لا يملك انتزاعه منه في مرضه كالوارث (مسئلة) وان أفلس السيد في المدونة ليس لغرمائه أخذ مال أم ولده ولا أن يجبروا السيد على ذلك وللسيد أن يأخذه لنفسه أو لقضاء دينه ووجه ذلك ان انتزاع مال أم الولد بملك لها يملكه باختياره ليقضى به دينه وذلك مما لا يجبر عليه السيد كقبول الهبة والوصية

(الباب الخامس في حكمها وحكم ما لها بعد موته)

أما حكمها بعد موته فانها تعتق بموته من رأس ماله وان كان عليه دين يحيط بماله فانها حرة وهذا اذا كانت ولادتها قبل وفاته فأما اذا توفي وهي حامل ففي العتبية عن أشهب عن مالك وفي الواحظة عن مطرف أنه ان كان الحمل بينا فقد تمت حرمتها في الشهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك قيل له قد يظهر البطن ويقول النساء هو حمل ثم ينفش فقال اذا ظهر واستوفى تمت حرمتها قبل أن تضع رواه ابن القاسم عن مالك وقيل عن المغيرة توقف أحكامها وجه القول الأول ان الموجب اكمل حرمتها بتيقن الحمل بها مع موت السيد وقد وجد فوجب أن يحكم بكامل حرمتها ولا ينزع من ذلك ما يجوز من انفساشه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتشاء الحمل وان كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره ووجه القول الثاني ما يتعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش فلا يكون له حكم الحمل الا بالولادة أو الاسقاط فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعلم (مسئلة) فاذا توفي السيد قال أم الولد تبع لها لان كل معتق يتبعه ماله لانه خارج من ملك الى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يبعثه سيده وأما ما كان لها من حلي أو متاع ففي العتبية من سماع ابن القاسم انه لها الأمر المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب اذا عرف أنها كانت تلبسها وتستهمتع بها في حياة السيد وان لم يكن لها بيئة على أصل العتبية ومعنى ذلك عندى أن ما كان في ابتداءها وتلبسها فهو الذي يكون لها منه ما لا يستنكر لان ظاهر لبسها له وابتداءها يقتضى انه عن ملك وأما ما يستنكر مثله مما يعلم انه يقصد به الهبة وانما يقصد به أن تلبسه وتجعل له فان عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكه كتابى وجه فانه يكون لها ما كان وقال أشهب عن مالك في العتبية ما أعطاه سيدها من حلي وثياب فذلك لها اذا مات وما أودعها من متاع البيت كانت البيئة وان كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة وأما الفراش والحلى واللحف والثياب التي على ظهرها فذلك لها يردها ما علم أنها تستغنى عنه في لباسها وابتداءها فذلك لها دون بيئة ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت الا ببيئة والله أعلم

(فصل) وقوله اذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها الضمير في قوله بينها راجع الى الجنانية وفي قوله قيمتها راجع الى أم الولد الجنانية يريد ان يدان به أن يفقدتها بالأقل من ارش جنانيتها أو قيمتها لانها لم يكن له أن يملكها غير ذلك لم يكن له أن يسلها ولو كانت أمه لكان له أن يفقدتها بارش الجنانية أو يسلها بقيمتها لانها بدل منها عند تعدد اسلامها (فرع) واختلف أصحاب مالك في تقويمها فقال أشهب في الموازنة خالفني ابن القاسم والمغيرة في أم الولد وانما علمه قيمتها يوم جنت فرجع ابن القاسم وتمادى المغيرة وانما علمه قيمتها يوم الحكم (فرع) فاذا قلنا انها تقوم فهل تقوم بما لها أو بغير ما لها قال ابن المواز عن أشهب عن مالك تقوم بغير ما لها ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك وروى البرقي عن أشهب عن مالك تقوم بغير ما لها وأنا أرى أن تقوم بما لها وبما قاله المغيرة وعبد الملك وجه القول الأول ان الأستة الجنانية اذا لم تسلم لم يملكها المجنى عليه لم يكن للجنانية بها تعلق بما لها ألا ترى أنه لو تسلم عبد فاقص منه فان ماله يبق لسيدته ولا خلاف في ذلك في قول أصحابنا ولو غنا عن قتله وأسله لملك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فرة قال يتبعه ماله وبه قال عبد الملك وأشهب ومرة قال لا يكون ماله تبعه ماله فاما كانت أم الولد اذا جنت لم تسلم لم تعلق الجنانية بما لها ووجه القول الثاني ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت حرة لتقومت أمه فأسلت لاسادت بما لها فكذلك اذا قومت وجب أن تقوم بما لها (مسئلة) ولو ماتت أم الولد بعد ان جنت فمركت مالا

ففي المجموعة عن ابن القاسم لاشئ للجروح من مالها لانها لو كانت حية لتقومت بغير مالها وقال عبد الملك ان كان مالها عبدا أدى منه الارش فان لم يف لم يكن له غيره وان كان عرضا خيرا سيدها في فدائه أو اسلامه وكل واحد منهما يبنى على أصله فان ابن القاسم يقول تقوم بغير مالها فلا تتعلق عنده الجناية بمالها وابن المساجشون يقول تقوم بمالها فان الجناية متعلقة بمالها فان عدت أم الولد ففقد بقي مالها والجناية متعلقة به

(فصل) وقوله ليس له أن يسلمها يريد أنه ليس له أن يمنع من فدائها ويرضى باسلامها كما يفعل ذلك في الأمة بل يجبر على أن يفديها على الوجه الذي قدمناه لان في اسلامها تملكها وذلك ممنوع كالبيع والهبة

(فصل) وقوله وليس عليه أن يتحمل من جنائنها أكثر من قيمتها يريد ان كانت قيمة جناية أم الولد أكثر من قيمتها لم يلزمه الاقيمة أم الولد دون ما زاد على ذلك من قيمة الجناية وهذا اذا كانت جناية واحدة فان تكررت جنائنها فان تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدهما حكم الأولى على ما قدمناه وان جنت جنائنا قبل القيام عليها ثم قام المجنى عليهم في المدينة من رواية محمد عن مالك ليس عليه الاقيمة الجميع الجنائية وان كان ارشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات ووجه ذلك ان الحكم فيها لما كان حكما واحدا كان حكم جنائنها حكم جناية واحدة ألا ترى ان الأمة لو جنت جنائنا لم يكن على سيدها إلا أن يسلمها وهذا قال أبو حنيفة وهذا أحد قولي الشافعي وله قول آخر ليس عليه في كل جناية تجنيها الاقيمة واحدة فان جنت جناية أكثر من قيمتها أدى القيمة ثم ان جنت أخرى تشارك الأول والثاني في القيمة الأولى فرجع الثاني على الأول في حصته منها وكذلك ما جنت والدليل على ما نقوله ان ما قاله يقتضي ان المجنى عليه لا يملك الارش أبدا لانها كلما جنت رجع عليه فيما أخذ وهي في غير ملكه والعبداذا جنى جناية ثانية لم يتحمل المجنى عليه أولا جناية كالعبدا القن (مسألة) وليس على العاقلة شئ من جناية أم الولد لانها أمة ولا تحمل العاقلة الا جناية الأحرار وقال أبو يوسف ان لم يفدتها السيد أعتقها عليه وجعلت دية قيمتها على عاقلها وهذا غير صحيح وانما يعتبر بتحمل العاقلة عنها بما لها يوم جنيتها وهي يوم جنيتها أمة وقد أجمعنا على ان الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تتحمل العاقلة ديتها (مسألة) ولا يرجع على أم الولد اذا أعتقت بشئ من جنائنها وذلك اذا أقيم عليها بعد الجناية فحكم على السيد بالقيمة وهي أقل من ارش الجناية ثم عتقت فلا يرجع عليها بشئ لان جنائنها انما تعلقت بعينها دون ذمتها وأما اذا جنت جناية فقبل أن يقوم المجنى عليه توفي سيدها فعتقت بموته ولها مال قال ابن كنانة في المدينة وان كان لها مال ولا مال للسيد لم يؤخذ منها شئ وقد وجب على السيد ولم يبين هل قيم على السيد أم لا

﴿ القضاء في عمارة الموات ﴾

عن يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق * قال مالك والعرق الظالم كل ما احتقر أو أخذ أو غرس بغير حق * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهي له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيا أرضا ميتة فهي له احياء الأرض في هذا الحديث والله أعلم بعمارتها وموتها بتورعها وعدم

﴿ القضاء في عمارة الموات ﴾
* سعدني يحيى عن مالك
عن هشام بن عروة عن
أبيه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من أحيا
أرضا ميتة فهي له وليس
لعرق ظالم حق قال مالك
والعرق الظالم كل ما
احتقر أو أخذ أو غرس
بغير حق * وحدني مالك
عن ابن شهاب عن سالم بن
عبد الله عن أبيه أن عمر
ابن الخطاب قال من أحيا
أرضا ميتة فهي له * قال
مالك وعلى ذلك الأمر
عندنا

الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرث والبنيان وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها وتقدر نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها قال الله تبارك وتعالى فانظر الى آثار رحمة الله كيف يحيي الأرض بعد موتها ان ذلك للحي الموتى وهو على كل شيء قدير وقد قال أبو حنيفة كل ما قرب من العمران فليس بموات وما بعده منه ولم يملك قبل ذلك فهو موات وروى ابن سحنون عن ابن القاسم ان ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث فيعتمد أن يريد ان اللفظ عام فحين أحيما ما بعد وقرب فخص منه من أحيما ما قرب بدليل ظهر اليه فثبت بذلك ان المراد به ما بعد ويحتمل أن يريد ان لفظ الأرض لما ورد من كرم الميقتض العموم وانما أراد به ما بعد دون ما قرب ويحتمل قول أبي حنيفة الوجهين وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا وقال المعروف انه لا يجوز أحياءه الا باذن الامام وعندى أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه سحنون من قوله المعروف وقد روى ابن سحنون عن أبيه قال مالك معنى الحديث في فيا في الأرض وما بعده من العمران وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول سحنون فثبت بذلك ان الذي أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على انه لا يجوز الأحياء فيما قرب من العمران وان أذن فيه الامام على وجه التملك بالأحياء وان جاز أن يملكه الامام على وجه الاقطاع وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم ما قرب من العمران لا يحتمل الا بتطهيره ونحوها روى عن ابن نافع والله أعلم وأحكم وقال الشافعي ما لم يملك أحد في الاسلام ولا عمر في الجاهلية عمارة ورثت في الاسلام فذلك الموات المذكور في الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم من أحيها فهي له يقتضي ظاهره ملكها وفي ذلك خمسة أبواب * الأول في صفة الأرض التي تملك بالأحياء * والباب الثاني في صفة المحي لها وحكمه * والباب الثالث في صفة الأحياء * والباب الرابع في حكم ما أحي من الأرض ثم مات * والباب الخامس في حكم الأرض الموات والابرار في البيع والقسم وغير ذلك

(الباب الاول في صفة الأرض التي تملك بالأحياء)

قال سحنون في المجموعة الأرض على ثلاثة ضرب عنوة أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها فاما العنوة فما كان فيها من موات وشعار لم يعمد ولا جرى فيها ملك لأحد فهي لمن أحيها كذلك أرض الصلح ما كان منها موات لم يعمد ولا حيز بعمارة فهي لمن أحيها وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها فانها على ما أساموا عليه وهو تملك على وجهين أحدهما أن تكون محدودة ولها مالك معروف مخصوص والثاني أن تكون من الاودية والمراعي ليست بمحدودة ولها مالك معين وقال في موضع آخر انها لا تملك حقيقة الملك وانما هي للمرافق والمنافع فما كان من أرض الاعراب على غير عذرين الوجهين فهي لمن أحيها وعندى ان هذا التقسيم لا يحتاج اليه الا للمعنى التفسير لان حكمها في اذ كره واحد ووجه ذلك ان كل وجه يملك به الأرض من الوجوه الثلاثة فانما يملك منها ما تقسم ذكر الملك له اما تملك الرقاب على وجه مخصوص أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام وبهذين النوعين من حيث يتعلق الملك والحقوق دون الفيا في والمعارف من أحياء أرضها لم يتعلق بها حق لأحد فهي له بالأحياء دون غيره (مسألة) وما كان من بئر ماشية فلا يفرس أحد عليه غرسا ولا يحي عليه حقا قاله ابن كنانة في كتاب ابن سحنون وجه ذلك ان بئر الماشية مما يملك له الانتفاع به وما ملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالأحياء كالمراعي التي قد ذكرنا (مسألة) اذا ثبت ذلك فالموات على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب فاما ما بعده من

العمران فقد قال مالك يحييه بغير اذن الامام خلافاً لأبي حنيفة في قوله ليس لأحد أن يحيي مواتاً
 من الأرض الا باذن الامام وقد رواه يحيى عن ابن نافع والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم
 من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وهذا عام فيعمل على عمومته ودليلنا من جهة المعنى ان هذه أرض لا يتعلق
 بها حق لغير الحي فلم يحتاج في احيائها الى اذن الامام كما لو ملكها الحي (فرع) فان عمره ما بغير اذن
 الامام ففي كتاب ابن سحنون عن مالك ما علمت اختلافاً بين أهل العلم من أحيأ أرضاً ميتة بعيدة
 من العمار بغير اذن الامام ان ذلك له وفي كتاب ابن مزين عن ابن نافع ان عمره بغير اذن الامام
 فهو له وقال في العتبية يقطع الموات البعيد فيعديه بغير اذن الامام ينظر فيه الامام فان رأى أن يقره
 أقره وان رأى أن يخرج له أخرجه (مسألة) وأما التي تفرب من العمران فلا يحييها أحد الا باذن
 الامام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافاً للشافعي في قوله يحييها من شاء بغير
 اذن الامام ورواه ابن عبدوس عن أشهب قال سحنون وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم
 والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق والذي يحيي بقرب العمران
 قد يظلم في احيائه ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارهم ومواقع مواشهم
 وصرعي أغنامهم فاحتاج الى نظر الامام واجتهاده في ذلك قال سحنون في المجموعه وقتاً قطع عمر
 العتيق وهو قرب المدينة واحتج أشهب في المجموعه لقوله بان ذلك مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم
 من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وذلك عام فيما قرب أو بعد وانما يستحب له ذلك لا فيما قرب من العمران لئلا
 يكون فيه ضرر على أحد (فرع) اذا قلنا انه لا يحيي الا باذن الامام فأخبار رجل أرضاً قريبة
 من العمران بغير اذن من الامام فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف ليس له ذلك فان فعل نظر
 الامام فان رأى ابقاءه له فعل وان رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل وقال ابن
 القاسم ورواه عن مالك وقال أصبغ ان أحياء بغير اذن الامام أمضية له ولم ينقض رواه ابن
 حبيب وروى ابن سحنون عن ابن القاسم انه لا يكون له ذلك بوجه وفي المدينة من رواية يحيى عن
 ابن القاسم فيمن عمره لا يكون له بغير قطيعة من الامام وقد روى سحنون عن مالك لا يحييه أحد
 الا بقطيعة من الامام فيحتمل قول ابن نافع هذا المعنى من يملكه بالاحياء ويدل على هذا التأويل انه
 قال ما بعد عن الامام فلا يعمر الا بأمر الامام وما قرب من الامام لا يكون لأحد بغير قطيعة من الامام
 ففرق بين الأمر والقطع والله أعلم وأحكم وجه القول الاول انه لما كان للامام منعه بما في ذلك من
 الضرر على المسلمين وانه لا يستحق ذلك الا اذا أباحه له لكونه أصلاً له ولا ضرر فيه على غيره
 فكذلك اذا تعدى وعمره بغير اذن الامام لكون النظر فيه للامام باقياً ولا يخرج به بتعديده فيه وسبقه
 اليه عن نظر الامام واجتهاده ووجه قول أصبغ يقتضي منه أشهب انه يستحب مشاورة الامام
 واستئذانه الا ان ذلك شرط في صحة تملكه ووجه قول ابن القاسم هذا ان من أهل العمران متعلق
 بدفليس للامام أن يأذن في احيائه ولذلك قال ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث (فرع)
 فاذا قلنا ان للامام أن يزيله عنه فقد قال مطرف وابن الماجشون يعطيه قبة عمله منقوضاً أو
 يعطيه اياه بعد أمره بقلعه وهذا يقتضي انه متعبد بالعمل فيه وان للامام أن يأخذه لجماعة المسلمين
 فيعطيه قبة تنقضه من بيت المال أو يصرفه الى رجل من المسلمين فيعطى قبة النقض من بيت مال
 المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المالك اليه من ماله وهذا القول مبنى على ان الامام ينظر في
 أمرين أحدهما أن يكون الموضع لا مضره في احيائه والثاني أن يكون الحي لا يستضر أهل العماره

به أو يكون هو أصح لهم من غيره فذلك كان للإمام إذا أحيى بغير إذنه أن يصير فيه إلى غيره ممن لا يستحق بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه (فرع) ومن أحيى أرضاً في النيا في فليس لغيره أن يحيى بالقرب منه إلا بآذن الإمام قاله سحنون في المجموعة قال لأند قنصار بالاحياء عمرانا فلا يصح بغيره إلا بآذن الإمام (مسألة) إذا ثبت ذلك فأحد القرب والبعد المذكورين قال سحنون في كتاب ابنه ما رأيت من وقت فيه من أحبابنا وما كان من العمار على يوم ومالاته في المواشي في غدوها ورأى من البعيد وأما ما تدركه المواشي في غدوها ورأى من البعيد من ذلك قليلاً مما فيه الرفق لأهل العماره فهو القريب يدخله نظر السلطان فلا يحيا إلا بآذنه وقال أبو يوسف الخفي ذلك أن يصح الصالح من طرف العمران فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته ومقاله سحنون أظهر لآل الاعتبار في ذلك انما هو بارتفاق أهل العمران بالمسرح والمحط دون سماع الصوت والله أعلم وهذا القول لابن القاسم في كتاب ابن سحنون (فرع) وبماذا ينظر فيه الإمام قال ابن سحنون عن أبيه يجتهد فيه الإمام ويشاور فيه أهل القرى وقال في موضع آخر عن ابن القاسم ينظر الإمام مما كان قرب العمران فإن كان فيه على أهل القرى ضرر في مسرح أو مري أو محط ونحوه منع منه وإن لم يكن فيه ضرر أمضاه وقت تقدم من قولنا انه ينظر مع ذلك من هو أصح مجاورة والله أعلم وفي المدينة في غنى اقتطع ما تالبعيد فأحيى بغير أمر الإمام ينظر فيه الإمام وإن أحيى في يقرب من العمران بغير أمره وكان هناك من هو أحوج إليه منه منعها به وإن لم يكن ثم من هو أحوج إليه أقره في يديه ولا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفهم فاعبر بالغنى والفقير ولعل هذا الاعتبار مقصور على الاقطاع دون الأحياء لأن الأحياء لا يملك به الأرض إلا بارتفاق والعمل فالغنى أقدر عليه والافطاع على الأرض دون عمل ولا نفقة فالفقير أحوج إليه من الغنى والله أعلم

(الباب الثاني في صفة المحي للارض وحكمه)

وذلك أن المحي للارض في بلاد المسامين لا يخلو أن يكون مساهاً أو ذمياً فإن كان مساهاً فحكمه ما تقدم وإن كان ذمياً ففي المجموعة عن ابن القاسم حتى له لما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيى أرضاً ميتة فهي له الآن يكون ذلك في جزيرة العرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبقين دينان بأرض العرب (فرع) فإذا ثبت أن الذي يحيى في بلاد المسامين فإن ذلك فيما بعينه من العمران فإما في يقرب من العمران فإنه يخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لأن ما قرب من العمران بمنزلة النقيء والذي لاحق له في النقيء وكذلك ابن عمر في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن فإنه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وفي هذا القول نظر فإنه إن كان ما قرب من العمران حكمه حكم النقيء فإنه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا بيعه ولا شراؤه لأن هذا حكم النقيء من الأرض عند مالك ويزوم على هذا القول أن لا يصح أحياءه ومن العبد والمرأة لأنهم ليسوا من أهل النقيء ولا يصح ممن لم يفتح ذلك البلد لا نديس من أهل ذلك النقيء ولو قال قائل إن حكمه في ذلك حكم المسامين لم يبعد كما أن حكمهم حكم المسامين في أحياء ما بعد قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندي على قول مطرف وابن الماجشون أن يكون معناه أن الإمام لو استأذنه في ذلك لم يكن له أن يأذن لأن الإمام إذا نظر في ذلك فأنما ينظر فيه للمحي ولعمامة المسلمين فإذا لم يكن على جماعة المسلمين في ذلك ضرورة فمن حق المستأذن أن يأذن له وإن كان عليهم في ذلك ضرورة فمن حقهم

أن ينسب وفي أحياء غير المسلمين ما قرب من مواطنهم وعمارتهم مضرة فلا يجوز للإمام أن يأذن له
فإن تعدى وحجر بغير إذن نظر للمسلمين بأخراجه منه بأن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من
مال من يصرف إليه أو يؤمن بفعله ولا توسع المشاركة أن لم يأخذ لأحد ورأى المصلحة للمسلمين في
منع أحيائه والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في صفة أحياء الأرض)

قال مالك في المجموعة وكتاب ابن سحنون أحياء الأرض أن يحفر فيها بئرا أو يحجر عينا ومن الأحياء
غرس الشجر والبنيان والحرق فافعل من ذلك فهو أحياء وقاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن
حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن الأحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء
البنيان وتسييل ماء الردغة من الأرض وقطع الحياض والفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته وتبقى
منفعته حتى يصير ما لا يعتد به فهذا وما أشبهه أحياء (مسئلة) وأما الرعي فلا يكون أحياء قاله ابن
سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا وقد قال أشهب من زل أرضا فرعى ما حولها فهو
أحق بها من غيره وذلك أحياء وجه قول ابن القاسم أنه ليس له أثر باق في الأرض لأن هذه حال
سائر الأرضين المبورة فلا يكون أحياء كالمتقى فيها واحتج أشهب في كتاب ابن سحنون بأنهم
قد رعوها ويتظفرون أن يرعوا واحتج في المجموعة بالمعنى يحوزها رجل بالعمل فيه فانه له ما أقام عليه
فكذلك هذا وإن لم يعجب سحنون قول أشهب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وليس حفر بئر الماشية
أحياء قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك أن هذه الأحياء لعمل المعنى أحياء الأرض وانما يعمل للمنافع
الماشية كالراعي (مسئلة) وليس التحجير أحياء قاله ابن القاسم في المجموعة وغيرها ووجه ذلك
أن التحجير ليس فيه أحياء للأرض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والافقي باقية
على صفتها قبل التحجير (فرع) اذا ثبت ذلك فن يحجر أرضا لغيره من العمران فقد قال أشهب
لا يكون أولى بها حتى يعلم أنه يحجرها لعمل فيها إلى أيام يسيرة لئلا يسهل العمل لغيره الأرض أولعلاء
الاجر ونحو هذا من العذر الذي يؤخره الناس فذلك له وأما من يحجر ما لا يقوى عليه فله منه ما عمر
قال أشهب في المجموعة وقد روى عن عمر فبن حجر أرضا ولم يعمرها أنه ينتظر به ثلاث سنين
وأراه حسنا

(الباب الرابع في حكم ما أحيى من الأرضين ثم مات وعاد إلى ما كان عليه)

الأرضون على ضربين ضرب يفتح ملكه وضرب يتملك عن مالك فأما ما افتتح ملكه فعلى قسمين
أحدهما إقطاع الإمام والثاني الأحياء فأما ملك الإقطاع من الإمام ففي العتبية من رواية يحيى بن
يحيى عن ابن القاسم فبن أقطع الإمام أرضا بقرب العمران كانت له وإن لم يعمرها ويبيع ذلك
إن شاء ويورث عنه وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الذي يقطعه الإمام أرضا فلم
يقو على عمارته أن يبيعها ويصدق بها ما لم ينظر في عجزه عنها فيقطعها غيره وجه قول ابن القاسم
أن الإقطاع عنده معنى التملك الثاني الذي لا يفتقر إلى عمارة كالبيع والميراث ووجه القول الثاني
أن الإقطاع انما هو أذن في الأحياء ومن شرط ذلك العمارة فأما ما افتتح ملكها بالأحياء ففي المجموعة
عن ابن القاسم أنه بلغه عن مالك فبن أحياء أرضا ميتة ثم تركها حتى عفت آثارها وهلكت
أشجارها واطال زمانها ثم أحياءها غيره أنها الثانية وقال سحنون من أحياء أرضا واتفق ملكها ولا
تخرج من يده لتعطيلها وإن عمرها غيره فالأول أحق بها وجه القول الأول ما احتج به ابن عبدوس

من ان من ملك المباح ثم خرج عن يده حتى عاد الى أصله فانه لمن ملكه بعده كالمصيد يخرج من يده صائده فيلحق بالوحش فهو لمن صاده بعده ووجه قول سحنون ان ما لا يخرج من ملكه بالتغيير اذا ملك بالابتاع فانه لا يخرج عن ملكه بالتغيير اذا املكه عن ابتاعه كالشباب وذلك ان الفرق بين الارض والصيد ان الصيد لو ابتاعه ثم نذر ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده ولا خلاف ان من اشترى أرضاً ثم تبورت فأحيها غيره بعده فانها لمن اشترىها دون من أحيها (فرع) وسواء أحيها الاول باذن الامام أو بغير اذنه قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وذلك اذا كان الاذن ليس بمعنى الاقطاع فتفق عليه واذا كان بمعنى الاقطاع فختلف فيه على ما تقدم (مسألة) وأما ما ملك من الارض بشراء أو ميراث أو هبة قال ابن القاسم أو خطة فانها لمن ملكها وان لم يبيعها ويبع ذلك ويورث عنه فان أحيها غيره فلا يدخل ان يحوي الثاني ما ليس للاول منه أو ما للاول منه وان أحيها ما ليس للاول منه فهو للثاني وان أحيها ما للاول منه فلا يدخل ان يكون المحي يعلم ذلك أو لا يعلمه فان علم ذلك فقد تقدم ذكره وان لم يعلم ذلك فقد قال ابن القاسم يقال لصاحب الارض اعطه قيمة عمارته فان أبي قيل للعاصر اعطه قيمة أرضه فان أبي كان شريكاً في أرضه وعلما بقيمة عمارته وذكرا المطرف وابن الماجشون ان قول مالك والمغيرة وابن دينار وغيرهم من علماء المدينة ليس للذي عمر أن يعطى رب الارض قيمة أرضه وليس كذلك إذا أبا رب الارض أن يعطيه قيمة عمارته كانت الارض بينهما عند ابقية أرضه براعاً والآخر بقيمة عمارته قائمة وتفسير ذلك ان تقوم الارض مبنية ثم تقوم عمارتها فزادت قيمتها بالعمارة فالعامل بالشريك في الارض ووجه القول الاول ان الثاني حقا ثابتاً فكان له أن يعطيه الآخر قيمة حقه كصاحب الارض ووجه القول الثاني ان الارض أصل ثابت قديم وعمل الثاني وارد عليها والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في حكم الارض الموات والابوار في القسمة والبيع)

الابوار والشعاري على ثلاثة أضرب ضرب لا تحيط به العمارة وضرب تحيط به العمارة وضرب يكون بين قريتين فأما ما لا تحيط به العمارة فقد قال أشهب وابن وهب وأصعب لا تقسم بينهم وان اتفقوا على قسمته وفي كتاب ابن سحنون وابن القاسم ان الشعراء التي تقرب من القرى تلحقها بالماشية في غنسوها ورأوها وهي لهم مراعى ومختطب فلا تكون لمن أحيها ولا أهل تلك القرى قسمة بينهم وأنكر سحنون هذا وقال المعروفي لمالك وابن القاسم غير هذا الوجه وذلك ان الناس لم يمتثلوا فيا بعد سن العمران ان يحيا بقطيعة من الامام واختلافوا فيها فربما قال كثير منهم من أحببنا وغيرهم ان للرجل أن يحياه دون الامام وقال آخر ون لا يحياه الا بقطيعة الامام فهذا خارج من حديث القولين وجه المنع من القسمة ما تقدم وجه اباحت ذلك انهم يمتثلون باستحقاقها ومعظم منافعتها وانما الغريم في ذلك ما فضل عنهم على وجه الضرورة اليه (مسألة) وأما ما حاطت به العمارة فقد قال أصعب وداود بن سعيد يقسمون به قال مطرف وابن الماجشون وقال أشهب وابن وهب لا يقسم بينهم أجمعوا على ذلك أو بأه بعضهم لأن البور والمتسع ليس بمال لهم وفيه حق لكل المسلمين من المارة وغيرهم في مناخ ابلهم ومراعى دوابهم وقد قال صلى الله عليه وسلم لا يمنع فحل الماء ليعتق به الكلاب وجه القول الاول ما احتج به ابن حبيب ان هذه الابوار أفنية أهل القرى ومختطبهم ومراعيهم ولذلك لم يكن للامام أن يقطع أحد شيئا منها لأنها حق لهم كأفنية الدور فمن دعا الى القسمة منهم فذلك له (مسألة) وأما ما كان بين القرى فقد روى في العمية أصعب عن ابن القاسم في قرى قد حاطت بنحوص

لكثرة بور ترعى فيه غنهم ويحتطبون فيه ليس لهم قسمته ويبقى مرقى لهم وللمارة وروى عنه ابن
سحنون أنهم إذا أرادوا قسمته قسم بينهم وكلا القولين مبنى على ما تقدم (فرع) فإذا قلنا يقسم
بينهم فأنما يقسم على عدد القرى ويعطى كل قرية مما يليها سوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء
الكبرى بقية والثنية بقية رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون
وسأني ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسألة) وهذا إذا كانت القرى متصلة بالشعراء
والأبوار فإن حال بينهم ما جبل أو صخرة أو نهر عظيم فإن ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ إلا أن يقرروا
بينهم بالملك رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون
يدخل معهم أهل القرية التي حال بينهم ما نهر أو جبل أو صخرة أو نهر لا تحترق واختاره ابن حبيب
قال سحنون فلو قال ابن الماجشون إن السلطان يقطعهم أيام بينهم لثلا يضر بهم من يحويه من غيرهم
لكان وجهها وقد خلط في بعض قوله فقال فادعى أهل القرية التي خلف النهر والصخرة أن لهم في
الشعراء حقا معهم وقد قال أهل القرى إن الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرم أو دنانة قال
سحنون فصار هذا كإقرار منهم (مسألة) وإذا كانت الشعراء تلي القرية ويقطع بين الشعراء
وبين قرى أخرى ترعى فيها مواشيهم فأهل القرية التي تليها أحق بها رواه ابن سحنون عن ابن
القاسم قال ويقسمه أهل تلك القرية على قدر أملاكهم في القرية يقتسمونها بالقسمة أو بالسهم
وهكذا ذكر أصحابنا فيما يقتسمه أهل القرية في الشعراء أنهم يقتسمونها على قدر أملاكهم فيها وما
يقتسمه أهل القرى فإنه يقسم بينهم صغرت القرية أو عظمت (فرق) والفرق بينهما أن أهل
القرى إنما يستحقون الأبوار والشعاري ويتشاركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات
والى ذلك يرجع بعد القسمة وذلك بمعنى تتساوى فيه القرى ففديكون لأهل القرية الصغرى من
الماشية أمثال مال القرية الكبرى فلا يمنع من ذلك أهل القرية الصغرى لصغر قريرتهم ولا يرجع عليهم
أهل القرية الكبرى بشئ لعظم قريرتهم وليس كذلك أهل القرية الواحدة فأنما يستحقون أوبارها
وشعاريها بسبب أملاكهم وينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة ويتصرف فيه بأى وجه شاء من
عمارة أو غيره فإيكون له حكم ملكه فلذلك روى فيه قدر حقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق فسرره مالك فقال إن العرق الظالم ما احتقر
أو اتخذ أغرس بغير حق قال عروة وربيعة العروق أربعة عرقان فوق الأرض وهما الغرس والبناء
وعرقان في جوفها المياه والمعادن وقال عروة والباطنان البئر والعين قالا فكل من عمل شيئا من
ذلك في حق غيره فهو من ذلك

(فصل) وقوله ليس له حق يحتمل أن يريد به صلى الله عليه وسلم ليس له حق البقاء فن غرس أو
بنى ظالما في ملك غيره ليس له أن يبقيه وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرج منه بأن يدفع إليه
قيمة غرسه مقبولا وقيمة بنيانه منقوضا فيما له قيمة وما لم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على
ملكه دون عوض يعوضه منه ويحتمل أن يريد به صلى الله عليه وسلم ليس له حق بملك ولا انتفاع
ويكون المراد بد في العيون والآبار وذلك أن من حفر بئرا أو أنبط عينا في ملك غيره فأنه ليس له أن
يملكه وينتفع به ولصاحب الملك أن يجبره على إعادته على ما كان عليه أو يتملكه ويعطيه قيمة ماله
قيمة بعد از التمواد إذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليه ما على ما قاله عروة بن الزبير
وربيعة بن أبي عبد الرحمن والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في المياه ﴾

ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذنب يمسك حتى السكعين ثم يرسل الأعلى على الأسفل * ثم قال عيسى بن دينار وسخنون مهزور ومذنب واديان بالمدينة زاد سخنون وليس ملكهم ما لا حركا يستقيان بالسيول فإذا أتى السيل سقى الأعلى حائطه ثم الذي يليه وذلك أن المياه التي تسقى على ضربين ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار وضرب يملك أصله كالعيون والآبار فأما ما يملك أصله فلا يخلو أن يكون طريقه في أرض مباحة أو في أرض يملكها رجل معين أو في أرض يملكها رجل معين فأما ما كان طريقه في أرض لا تملك مثل المياه التي تسيل من شهاب الجبال وبطون الأودية كمهروز ومذنب فتسيل مياهها في أرض مباحة غير مملوكة إلى أرض من يستقي بها ثم يتصل بجرىها في مثل ذلك ويحاذي مجرى الماء في إحدى جانبيه أو في جانبيه جميعا من أروع وحدائق للناس ويستقون به فهذا حكمه أن يسقى بالأعلى فالأعلى وذلك إذا كان أحياؤهم معاً وأحياء الأعلى قبل الأسفل وهو معنى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم إلى هذا ذهب مالك وأصحابه قال ابن نافع وإذا حكم النيل أيضاً فإن أحيا رجل ماء سبل ثم أتى غيره فأحيا فوقه ماء وأقرب إلى أعلى سيل منه وأراد أن ينفر دبالاً ويسقى به قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف غرسه وزرعه فقد قال سخنون إذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء ووجه ذلك أن استحقاقه للماء استقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك (فرع) فإن كانت الجنتان متقابلتين فاحكمه أن يكون الأعلى بالأعلى فقد قال سخنون في كتاب ابنه يقسم بينهما الماء ووجه ذلك تساويهما في وجه الاستحقاق فإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان منه مقابلاً بحكم المقابل (مسألة) وإن كان جرى الماء في أرض رجل معين فقد قال سخنون ما كان من سيول المطر في أرض الناس المهروفة فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه قل أو أكثر ولا يرسل منه شيئاً إلى من تحته إلا أن يشاء ووجه ذلك أنه بدخوله في أرضه قد صار أحق به من غيره وانما يتنازع فيه قبل دخوله في أرض أحد فأما ما سال في أرضه فهو وحده فله منعه إن شاء والله التوفيق (مسألة) وأما ما كان سيله في أرض يملكها قوم معينون مثل أهل النهر فيجب عليهم على إخراج ماء منه فيعملونه في أرضهم أو في أرض سبورة ذلكوا الشق ساقيتهم فيها وذلك نوع من الأحياء فإن هؤلاء أحق بما هم وهم فيه سواء في حكم التقويم لا يقدم الأعلى على الأسفل وإنما يتبعونها بما يقسم به الماء الذي يملك أصله وسبيلهم بعد هذا إن شاء الله تعالى (فصل) وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقد قال سخنون إن هؤلاء يتقسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقد ولا يقدم أحد على أحد ولكن يأخذ كل واحد منهم حصته بما شاء ووجه ذلك أن رقة العين والبركة ملك ولكل ذي حظ فيها الانتفاع بعظفه والتصرف فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك ومن المجموعة عن ابن التماس وأشهب في أرض هي مقسومة بين قوم ولهم شرب فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشرب إلى أرض له أخرى أره ذلك عطل حصته من الأرض ولم يعطها قال الشيخ أبو محمد يريد بالأرض مقسومة قال لأن له أن يمنع ذلك وكذلك يكون له أن يصرف حيث شاء ما لم يربد في حصته غيره فلا يكون له ذلك إلا بانه وأما إذا كانت الأرض مشتركة بينهم على الاشاعة

﴿ القضاء في المياه ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن عبد الله بن أبي بكر بن
محمد بن عمرو بن حزم أنه
بلغه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال في سيل
مهزور ومذنب يمسك
حتى السكعين ثم يرسل
الأعلى على الأسفل

فليس لاحد منهم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها لأن ذلك يفسد بحظهم منها والله أعلم وأحكم
(مسئلة) والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر ويشق في أسفلها ثقب ويلا من الماء ويكون قدر
أقلهم نصيبا مقدار ما يجري ماؤه على ثقبه تلك فتلا ولا يزال صاحب الحصة من الماء يأخذ ماء العين
كله ويصرفه فيما شاء إلى أن ينفذ ماء القدر ثم يلا للذي يليه مرة أو مرتين أو ثلاثا بحسب حصته والله
أعلم وقال ابن حبيب تفسير ذلك أن يأخذ الامام رجلين مؤمنين أو يتراضى الشركاء عن شأ أو
يؤخذ قدر فخار أو غيره يشق في أسفلها بثقب ثم يرفع الثقب ثم يملق القدر ويجعل تحتها قصيرية
ويعد ماء في جوفها فإذا انصدع القدر صب الماء في القدر فسال الماء من الثقب فكما هم الماء أن ينصب
صب حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلا النهار كله والليل كله إلى انصدع القدر ثم ينهي القدر
ويتقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهما كيلا أو وزنا ثم يجعل لكل واحد منهم قيس يحصل سهمه
من الماء ويثقب كل قدر منها بالثقب الذي ثقب به القدر الأول فإذا أراد أحدهم السقي علق قدره
بمائه وصرف الماء كله إلى أرضه فيسقي ما سال الماء من قدره ثم كذلك يقسم فإن تشاحوا في التبعة
استموا على ذلك

(فصل) وقوله يمسك حتى للكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل اختلاف أصحابنا في تأويل ذلك
فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون يرسل صاحب الحائط الأعلى جميع الماء
في حائطه ويسقي به حتى إذا بلغ الماء من قاعة الحائط إلى كعبه من يتوم فيه أغلق مدخل الماء وقال
ابن كنانة بلغنا أنه إذا سقى بالسييل الزرع أمسك حتى يبلغ الماء عشر الكعبين وعليه وإذا سقى النخل والشجر
وماله أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين وأحب إلينا أن يحبس في الزرع والنخل وماله أصل حتى
يبلغ الكعبين لأنه أبلغ في الري وفي المدينة عن عيسى عن ابن وهب أن الأول يسقي حتى يروى
حائطه ثم يمسك بعد ري حائطه فيما كان من الكعبين إلى أسفل ثم يرسل وروى محمد بن عيسى عن زياد
ابن عبد الرحمن عن مالك أنه قال تفسيره أن يجري الأول من الماء في ساقيته إلى حائطه قدر ما يكون
الماء في الساقية إلى كعبه حتى يروى حائطه أو يبق الماء فإذا روى حائطه أرسله كله قال يحيى بن
مزينر رواية زياد عن مالك أحسن ما فيه والذي روى مسندا في هذا الباب ما روى ابن جرير
حدثني ابن شهاب عن عروة بن الزبير أنه حدثه أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في شراج من الحرة
يسقي به النخل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسقي زبير فأمره بالمعروف ثم أرسل إلى جارك
قال الأنصاري أن كان ابن عمك فتلون وجه النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال اسقي ثم احبس حتى
يرجع الماء إلى الجدر واستوعى له حقه فقال الزبير والله إن هذه الآية نزلت في ذلك فلا وربك
لا يؤمنون حتى يحكموك الآية فقال ابن شهاب فقدرت الأنصار قول النبي صلى الله عليه وسلم اسقي ثم
احبس حتى يرجع إلى الجدر فكان ذلك إلى الكعبين (مسئلة) فإن كان بعض الحائط أعلى من
بعض فقد قال سحنون يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها إلى الكعبين ووجه
ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ إلى الكعبين إلا بأن يملأ في بعضه قامتين ولكن إن
تعدت عليه التسوية سقى كل مكان مستوعى حده ص (مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن
أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء لمنع به الكلاء ش قوله لا يمنع
فضل الماء لمنع به الكلاء قال مالك في المجموعة والواحدة معنى ذلك في آبار الماشية التي في الفلوات
لأنه إذا منع فضل الماء لم يرجع ذلك الكلاء الذي بذلك الوادي لعدم الماء فصار منع الكلاء وقال

* وحدثنى مالك عن أبي
الزناد عن الأعرج عن
أبي هريرة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا
يمنع فضل الماء لمنع به
الكلاء

ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون ان ذلك في الأرض ينزلها للرعي لا للعمارة فهم والناس في الرعي سواء ولكن يبايرون بمائهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان بئر الماشية هي ما حفره الرجل في غير ملكه على ما عهده مما يحفره الرجل لماشيته في البراري وفيها في القفار فهذه البئر اذا حفرت فانما جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته ويتصدق بما فضل من مائها ويسجده للناس فاتتق مالك وأصحابه على أنه لا يمنع ما فضل منه من مائه قال مالك في المدونة لا يباع بئر الماشية ما حفر منها في جاهلية ولا اسلام وان حفرت في قرب قال ابن القاسم يريد قرب المنازل اذا كان انما احتفر للصدقة قال ابن القاسم وانما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأصلها أحق بمائها فاذا فضل عنهم فضل فالناس فيه أسوة قالوا وأما من احتفر بئر في أرضه لبيع مائها أو لسيق ماشيته ولم يحتفر بئر للصدقة فلا بأس ببيعها فتقرر من هذا ان ما احتفره في أرضه فالظاهر انها على الملك وباحة البيع حتى يبين انها للصدقة وما احتفر في غير أرضه للماشية أو للشرب فقط ولم يحفرها لحياء زرع أو غرس فالظاهر انه احتفرها ليكون المقام في منفعتها والناس فضلها لانه انما يحفرها بحيث لا يباع ماؤها ولا جرت به العادة الا بناء لها فانما ينصرف عملها دون شرط الى المعتاد من حالها وعلى ذلك يحتمل وبهذا الحكم يحكم لها (مسئلة) فان بين وأشهدانه يريد به التملك فلم أر فيه نصا والظاهر عندي انه على شرطه وبهذا تتعاقب الكراهية عندى ويكون بمنزلة من أحيا أرضا فان كان بالبعد وحيث لا يضر بأحد فلا اعتراض فيه عليه وان كان بالقرب وحيث يخشى الاستغفار فظفر فيه الامام (مسئلة) وهذا حكم الآبار فأما في المواجل ففي المدونة قال مالك بن نافع في الصحاري والنيابي كمواجل طريق المغرب فانها كالأبار التي تحتقر للماشية وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة في جباب البادية التي تكون للماشية لا ينبغي أن يمنع فضل مائها ليمنع به الكلاء قيل له فالجباب التي تجعل الماء السماء قال ذلك أبعد وقال المنيرة من حفر جبابه منع أن يشرب منه غيره فليس كالبئر ووجه القول الأول أن هذا عمل ليتوصل به الى رعي الكلاء بالماء فاشبه البئر (مسئلة) ووجه القول الثاني ان المواجل ليست مما يتخذ غالباً للواشي لما فيها من النفقات والمؤن وغالب عملها للتمليك الامن أعلن بالصدقة اذا قلنا انه لا يباع بئر الماشية ولا يباع ماؤها ففي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك لا يورث ولا يوصى ولا يباع وان احتاج ولا يرث بقوله لا يورث انه لا يكون ورثة محتفرا أحق بمائها وقد قال ابن حبيب في معنى قول مالك انها لا يباع ولا يورث وصاحبها الذي احتفرها أو ورثته أحق بمائها قال وقال ابن حبيب في وهو قول جميع أصحابنا وروايتهم عن مالك قال عن ابن الماجشون لا تنفع في بئر الماشية المواريت بمعنى الملك ولا حظ فيمن وجوه ولا زوج من بطن على بطن قال ومن استغنى عنهم عن حظهم من الشرب فليس له أن يعطى حظ أحد أو سائر أهل البئر أولى منه ومن غاب وأوصى بشئ بئر ماشيته لا انسان فقد قال أشهب بن مالك ان البئر لا يباع ولا يورث يعني ان الوصية لا تنفذ فيه لانه وجه من العطية كالجبة قال أشهب في الجبة وعة لا يباع بئر الماشية لانه اذا كان فضلها لغيره فقد اشترى من مائها ما يورثه وذلك مجهول (فرع) فاذا قلنا بالمنع من بيع بئر الماشية فظاهره في المدونة انه على الكراهية لأنه قال انه كره بيعه واصل الطريق وانما كان يعتد في ذلك على الكراهية وهي كالأبار التي تحتقر للماشية وقال في الجبل والجارة ولا يرى بيع ذلك حراما وبه قال الشافعي ونظائر ما في المجموعة التحريم لانه قال وقال مالك لا يجوز بيع بئر الماشية وهذا الذي حكاه القاضي أبو محمد وقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك وأما بئر الماشية فضع فضل مائها لا يجوز فانه من

يسع السكائر المباح وقال في المدونة والناس ما فضل وعلى ذلك أشهب بأن ما يشتره مجهول وقال
ابن القاسم لا يباع لأن الناس فيه حوائج ويدل عليه فيه صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليع
به السكائر وظاهر النهي التحريم وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم ولو كان على ما قال
أشهب لجاز أن تورث وتوهب لأن الجهالة لا تمنع ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي
عندي أنه انما تنصرف الكراهية إلى أن يحضر أولا بمعنى الانفراد به وأما إذا حكم له بحكم الإباحة
لفضيلة فانهما يجب أن يحمل على التحريم من منعه وهو ظاهر الحديث ومقتضى منع الزوجة والزوج
من المشاركة فيه ومنعه هبته (فرع) ولم يبدأ بالشرب قال ابن الماجشون إن كانت لهم سنة من
تقديم ذي الماء الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير جلا عليه والاستمرا ووجه ذلك أن من
استحق التقديم لسنة استمرت له وإن لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم لأنه السبيل إلى تقديم
من لا يستحق التقديم بغير هذا السبب ولا يستحق عليه (مسألة) ولأهل البئر قال في المدونة والمواجل
حاجتهم من الماء لا يشركهم فيها غيرهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم انما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر
الحاجة منه فلم يتعلق به منع فكان لهم بحق اليدوا جبا وأما ما فضل منه فالناس فيه سواء (مسألة)
وأما ابن السبيل فقدر وى ابن وهب عن مالك في المجموعة لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية وقد
كان يكتب على من احتفر أن أول ما يشرب به هذه الآبار المحدثه أبناء السبيل قال ابن القاسم كل بئر
كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقياء أن ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية ولا يمنع من
ذلك بعد أن يروى أهلها فان منعهم أهل الماء بعدد يسهم لم يكن عليهم دية قراهم لأن النبي صلى
الله عليه وسلم قال لا يمنع نفع بئر قال ابن القاسم ولو منعوه حتى مات المسافر ون عطشا كانت لهم
دياتهم على عاقلة أهل الماء والكفارة على كل رجل منهم كفارة عن كل نفس منهم من الأدب الموضع
من الإمام وقال أشهب في المجموعة لابن السبيل أن يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل
الأن يكون فيه فضل وقد اضطرت دوابهم إليه والمسافة إلى ماء آخر بعيدة فيكون ذلك بينهم
أسوة إلا أن يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر فيكون السفر أولى به في أنفسهم
ودوابهم وقد كتب عمر بن عبد العزيز في الآبار التي بين مكة والمدينة ابن السبيل أولى من شربها
وهو حسن لا اضطرار له إلى ذلك ويتزود منه وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم
ومحارم بئرهم وهم مقيمون والسفر راحلون (مسألة) وأما الماء الذي لأهله يبعه كالبئر يحتقرها
الرجل في داره وأرضه ليبيع ماها فله أن يمنع ابن السبيل من مأثها إلا بئنا أن يكون ابن السبيل
لائن معه وإن منع خيف عليه أن لا يبلغ الماء فلا يمنع فإن منع جاهد هم عليه وإن لم يخف عليه ضرر
كان لهم منعه والله أعلم

(فصل) وأما ما يحدث في المياه من الحيتان في المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في البركة
والقدر والبحيرة فيها الحيتان لا يعجنى أن يبيعها أهلها ولا ينبغي أن يمنعوا تصيدها وروى ابن حبيب
عن أصبغ أن ابن القاسم سؤى بين الناس فيما كان في ملكهم أو في غير ملكهم كالسكائر وقال
أشهب في المجموعة من كانت له عين أو غدير فيها سمك فإن كان طرح فيها سمكة كافة والدت فهو أولى به
وإن كان ذلك جاء مع الطين فليس له أن يمنع من يصيد فيه إلا أن يضر به الصيادون وقال في المجموعة
سحنون له أن يمنع من أراضه وحيتان غديره لأن ذلك في ملكه وحوزة وذلك سواء وروى
ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ما كان من ذلك ملكه وفي حوزة فله منع الناس منه وما

كان في الانهار والخلج التي لا تملك فليس لمن دنا اليه بسكناء وحقه ان يمنع منه طارئا
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء قيل انه يقتضي النهي عن الذرائع
 ومعنى ذلك ان من منع فضل الماء ليمنع به الى منع الكلاء المباح لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء
 والمانع فيما يحتاج اليه من الماء يقصد غالب الانفراد بالكلاء فنع من ذلك ووجب على هذا على أصل
 مالك وأصحابه في الذرائع ان يمنع منه من قصد الكلاء ومن لم يقصده والله أعلم (مسئلة) وأما
 الكلاء فمبلى ضربين ضرب في فيافي الارض وضرب في العمارة قال مطرف فما كان في فيافي
 الارض فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع
 بذلك الكلاء قال ابن القاسم في المجموعه انما ذلك في الفيافي والقنار فتقرر من ذلك انه لا يحمى شيء
 من ذلك الكلاء ولو جازت مباشرته بالمنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به الى منع
 الكلاء ووجه آخر أن النهي انما توجه الى منع فضل الماء وأن يتوصل به الى منع الكلاء ولم يتوجه
 به الى المنع من فضل الماء وانما تضمن ذلك المنع من الكلاء على الاطلاق وأما ما روى عن النبي صلى الله
 عليه وسلم انه حتى البقيع خيله وان أبا بكر حتى الربرة وان عمر حتى سرف والربرة فان ذلك انما
 هو أن يحمى موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك لماشية الصدقة التي يحتاج
 اليها والخيول التي يحمل عليها وقد روى عن عمر انه قال والذي نفسي بيده لو لا المال الذي أحل عليا في
 سبيل الله ما حيت عليهم من بلادهم شيئا انما بالبلاد هم قاتلوا وعليها في الجاهلية وأسماوا عليها في الاسلام
 وقدر وى ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
 لا حتى الا لله ورسوله يريد والله أعلم انه لا يمنع الناس منها الا لما كان لله تبارك وتعالى كابل الصدقة فلا
 يكون ذلك الا فيأذ كرمه من فيافي الارض التي هي لجامعة المساكين أو من حقوق قوم من العرب
 فلا يصح أن يمنعوا منها الا بهذا الوجه وأما منعهم اياها من غيرهم فليس لهم ذلك فيما بينهم ومن عرف منهم
 عمر على طول مقامه أو استيلائه عليه واسلامه عليه فقد قال ابن عبدوس ما سلم عليه القوم من أرض
 الاعراب وفيافهم اذ لم يكن فيها فضل عن رعي ماشيتهم لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس
 الدخول عليهم فيها ولهم منعهم منها وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم هم مبدئون بمائها وبرعى كلئها
 ولهم منع فضلها ويدل على هذا قول ابن الماجشون في بئر الماشية يموت صاحبها انما الورثة لاحق فيها
 لزوج ولا زوجة اذ لم تكن من ذلك البطن وقدر وى ابن سميان عن رجال من أهل العلم في احياء
 أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم لهم ميل في ميل لم رعى غنهم ولقاحهم ومرباط خيلهم
 ومخرج نسائهم وكان سحنون يعجبه حديث ابن سميان هذا وروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال
 لهم ما تذازع بحيث لا تبين المرأة ولا يسمع الصوت وهذا يحتمل ان يكون لما تقدم من انهم يملكون
 ذلك ملكا غير تمام أو يملكون الانتفاع به قال عبد الملك اذا كانت معروفة حتى من العرب فانها
 حقهم فلهم منعها وللكم اياها كالعمرى وهو بخلاف حق من شرى أو أحيا أو ورث أو وعبد له
 وقال غيرهم ليس ملكهم لها بالتام ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالجاورة قال سحنون
 عن ابن وعبد فبنه الاحبة انما كانت في مثل هذه الاراضى بالبقيع قدر ميل في ستة أميال ما بين
 ميل الى ميلين واستعمل أبو بكر على حماية الربرة قرطبة بن مالك وكان ما حتى منها قريبا من خمسة
 أميال في مثلها ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب واستعمل عليه مولاة سلاة وحى بسرف فنعوا ما
 حتى باربرة واستعمل عليه مولاة غنبا (مسئلة) وأما ما كان منه في النرى ومواضع العمارة فلا

يخاف أن يكون لغير معين كسارح القرى أو لعين كأرض رجل بعينه فأما ما كان لغير معين وهو من
 مسارح القرى فبني على ما تقدم من جواز قبضتها أو منع ذلك فمن جواز قبضتها أو منعها تجري المالك
 للمعين ومن منع اقتسامها أجراها تجري مسارح النبا في لاسيما على قول من قال أن أهلها الذين أساءوا
 عليها أحق بها قال ابن القاسم في المجموعة وأما القرى والأرضون التي عرفها أهلها فلم يمنع كلهم عند
 مالك أن احتاجوا اليه (مسئلة) وأما ما كان في أرض رجل معين فلا يخاف أن يكون محظرا عليه أو غير
 محظرا عليه أما ما كان محظرا عليه فقد قال عيسى بن دينار في المدينة له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه فلا
 يجوز منعه إلا أن يحتاج اليه لما شئته ودابته وفي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك في الرجل له أرض
 فيها العشب أن له أن يمنع أن كان له به حاجة والأفليس له ذلك ويحلى بين الناس وبينه وله بيعه من أي
 أرضه سنة بعد أن يطيب ويبلغ أن يرى ولا يبيعه عامين قال عيسى بن دينار في العتية سألت ابن
 القاسم عن قول مالك وكذلك قال ابن حبيب سألت مطرفا عن قول مالك وإن كانت له أرض فله منع
 كلهم أن احتاج اليه والأفليس بين الناس وبينه ومن قوله لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك إذا بلغ
 أن يرى فأي خصب يبيعه للناس وأي خصب يبيعه فقال الخصب الذي يبيعه يمنع الناس منه وإن لم يحتج
 اليه في ماء من جهه وأما الذي ليس له منعه ولا له بيعه إلا أن يحتاج اليه فما كان من خصب فداينه
 ونحوه من أرضه قال ابن حبيب وسألت ابن الماجشون عن ذلك فساوى بين الوجهين وقال هو أحق
 بخصب أرضه البيضاء كلها التي يزرعها أن لم يكن حتى ولا مخرج أن شاء باع وإن شاء منع أو رعى وإنما
 لا يعمل له بيعه ولا منعه أن لم يحتج إلى رعايته خصب الفناء من منزله قال أصبغ ورأيت أشهب ينكر
 رواية ابن القاسم عن مالك أن للرجل منع خصب أرضه وكان لا يميز بين الكلابحال وإن كان في
 أرضه وجهه ومخرجها وإنما الكلاء كالماء الذي يجريه الله على وجه الأرض فلا يملك ولا يباع وهو لمن
 أنبته الله في أرضه له أن يحميه لمنفعة فإن استغنى عنه لم يكن له منعه من احتاج اليه ولا يبيعه إلا أن
 يحتزه ويحتله كما يفعل الناس في بيعه ولو كان هذا الموضع في أرضه كان ذلك للامام في أرض العنوة
 وفرق عيسى بين ما يحظر عليه وبين ما لم يحظر عليه من أرضه والفرق بينهما أن ما يحظر عليه يلحقه
 المضرة برعى عشبه والتوصل اليه بفساد حظاره ولذلك قال من كانت له أرض فيها عشب له
 وحولها أرض من روعته يضرب بالدخول إلى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك وهذا لما يقتضي
 المنع من الرعي لا من الاحتشاش وأما المنع من ذلك كله فاعلموا أنه يرى أنه يملكه بالخطر عليه كما
 يملكه بالاحتشاش لكونه في ملكه ويده وفرق في رواية ابن القاسم عن مالك بين من رعى أرضه
 وبين عشب مزارعه أي رعى أرضه لذلك اتخذت وأما عشب مزارعه فلم تتخذ لذلك وإنما اتخذت
 عنده للزرع وأما العشب فعلى حكم بئر الماشية ووجه قول أشهب في منع العشب جملة أن أصله
 الإباحة كالنماء التي هي في أصل مباح وفرق بين المياه في الأرض المملوكة والكلاء في الأرض
 المملوكة أن الكلاء في الأرض المملوكة ليس من منافعها المقصودة فصارت كظلال الثمار التي
 ليس لأرباب الثمار منعها والله أعلم وأحكم ص ﴿ عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة
 بنت عبد الرحمن أنها أخبرته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نفع بئر ﴾ ش قوله لا يمنع
 نفع بئر قال مالك في المجموعة معناه لا يمنع رعي بئر ﴿ قال القاضي رضي الله عنه ومعنى ذلك عندى
 منع فضل الماء وقد قال ذلك جماعة من العلماء في الواضحة قال مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع
 نفع بئر وفي حديث غيره ولا رعيها قال أبو الرجال النقع والرعي هو الماء الواقف الذي لا يسقى عليه

وحديثي عن أبي الرجال
 محمد بن عبد الرحمن عن
 أمه عمرة بنت عبد الرحمن
 أنها أخبرته أن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم قال
 لا يمنع نفع بئر

أويسق عليه وفيه فضل قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك في تفسير نفع بئر أو هو ما البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما وأقل من ذلك وأكثر يسقى أحدهما فيرى نخله وزرعه في بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقي فيرى يد صاحبه أن يسقى بمائه في ذلك اليوم ليس له منعه مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذلك وقال مالك وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين في حائطه فيحتاج الذي لا شريك له في البئر إلى أن يسقى حائطه بفضل مائه فليس له ذلك إلا لكون بئرته مورت فيحتاج إلى أن يسقى بفضل ماء جاره إلى أن يصلح بئرته ويدخل فيه ثمث في تفسير الحديث لا يمنع نفع بئر وليس له أن يؤخر إصلاح بئرته أو لا على فضل ماء جاره قال ابن حبيب وقاله ابن الماجشون وقال لي ابن عبد الحكم وأصبح هو قول ابن وهب وابن القاسم وروايتهم عن مالك ومعنى ذلك عندي أن يكون هذا وجه استحفاظهم للماء بأن يكون من الماء الذي لا يملك أصله ولا يحجره فيسقى بالأعلى ذال إلى من استغنى منهم عن السقي بما يستحق من ذلك كان للآخر أن يسقى به أو يكون لا منفعة في ذلك الماء إلا للسقي خاصة فإذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع به من تضييعها وليس لشريكه أن يقول أنا أو أرضيا على انتفاعك عندي ويحتمل عندي أن يكون يريد بذلك منع فضل بئر الماشية على مائة قدم ويحتمل أن يريد بما فضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه فيسقى جاره بذلك الفضل بشرط أحدهما أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فانهارت البئر أو غارت العين فاما أن يغرس أو يزرع على غير أصل ماء فليس له أن يسقى بفضل جاره إلى أن يصلح بئرته رواه عن مطرف عن مالك وبقا قال ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وأصبح وبقا قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب وروايتهم عن مالك ووجه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يمنع نفع بئر وقد تفهم من قول أبي الرجال وغيره أنه فضل الماء وتدرى ولا يمنع رشوما والرهو الزائد ومن جهة المعنى أن المياه مبنية على المواساة ولذلك كان فضل ماء بئر الماشية مباحا ولذلك أمر الأعلى أن يرسل إلى الأسفل ما فضل عن قدر حاجته من الماء ولا يؤمر بإرسال ما يمكنه الاستئثار به من سائر المتعلقات فإذا ثبت ذلك كان من دعت ضرورة إلى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بدله لغيره وإذا كانت الشفعة ثابتة في الأملاك لرفع الضرر بسببها وكان أصلها المشاحة فبأن تثبت المواساة في المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على المواساة أولى وليس كذلك من غرس على غير ماء فانه لم يكن مضطرا وقد قال الشافعي لا يمنع الجار جاره أن يغرس خشب في جداره إذا لم يكن عليه في ذلك مضرة بينة ويقضى بذلك عليه فالتقاء عليه في الماء أبين وقد ورد النبي فيها عاما والله أعلم (مسئلة) والشرط الثاني أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء فان لم يخف على زرعه لم يكن له في فضل ماء جاره قاله أشهب في المجموعة عن مالك ووجه ذلك أنه إنما يبيح له ذلك للضرورة فإذا لم يخف على زرعه فليس يضطر كالذي يضطر إلى الطعام ويجلس في غير دفان له أن يأكل منه ما يصرف عنه الضرورة وليس له ذلك مع عدم الضرورة (مسئلة) والشرط الثالث أن يفضل ماء صاحب البئر عن حاجته ويستغنى عنه فان لم يفضل عنه شيء لم يكن له أن يأخذ منه ماء وهو يحتاج إليه قاله في المجموعة ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأشهب عن مالك ووجه ذلك أنه ما إذا تساوى في الحاجة فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه (مسئلة) والشرط الرابع إذا تساوى في الماء فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئرته أو غارت شينته في إصلاحها على حسب المعروف والامكان فان ترك ذلك واعتد على السقي من ماء جاره فقد روى أشهب في المجموعة عن مالك ليس له

أن يستقيها ان كانت روت حتى يبلغ وانما ينظر في هذا الماء الى قدر ما نزل به وقال مطرف في الواضحة سقى بذلك الى أن يصلح بئرهم وقاله مالك ووجه ذلك ان هذا الماء يسبح له مع الضرورة التي ذكرناها والذي يترك اصلاح بئرهم واسترجاع مائه غير مضطر وذلك مثل الذي يضطر الى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه لا يساح له أن يتييم ويأكل من ماء غيره وانما يساح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به الى موضع الوجود مع شروعه في ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فهل يقضى على صاحب فضل الماء أن لا يمنعه في المزينة عن عيسى لا يقضى عليه بذلك ورواه ابن نافع وانما يؤمر به وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك يقضى عليه بذلك لجاره ويجبر عليه وجه قول عيسى ان هذا ملكه فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنانيره ودرهمه ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع نفع بئر ومعناه على ما تقدم فضل مائه

(فصل) فاذا قلنا انه يحكم عليه بذلك فهل يقضى له بثمنه قال في المدينة روى عنه أصبغ وذلك عندي اذا أتى بالثمن وقال في رواية غير بلائثمن وجهه الرواية الاولى في اثبات الثمن انه عقد تملك وجب الحكم به لدفع ضرره فكان ذلك بالعوض كالشفعة ووجهه الرواية الثانية في نفيه انه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه ولا انتقاله اليه كان ذلك بغير عوض كالاستحقاق ولانه فضل ما يقضى به فلم يكن له ثمن كبئر المشية وقال أشهب في المجموعة ان كان عنده ثمن فله فضل ما يكون بالثمن وان لم يكن عنده ثمن سقيته له بغير ثمن (فرع) واذا قلنا انه لا يقضى عليه به فقد قال في المدينة ان باعه كان جاره الذي انقطع مأواه أولى به بالثمن ووجه ذلك ان انتقال الملك مؤثر في أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة في الشرك من الأرضين والرباع

﴿ القضاء في المرافق ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن عمرو بن يحيى المازني
عن أبيه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا
ضرر ولا ضرار

﴿ القضاء في المرافق ﴾

ص ﴿ مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار ﴾ ش قوله لا ضرر ولا ضرار يحتمل أن يريد به التأكيدي فيكون معنى الضرر والضرار واحدا واختار ابن حبيب هذا القول ويحتمل أن يريد به لا ضرر على أحد بمعنى انه لا يلزمه الصبر عليه ولا يجوز له اضرار غيره وقال الحشني الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ومعنى ذلك والله أعلم ان الضرر ما قصد الانسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره وان الضرار ما قصد به الاضرار لغيره قال الله تعالى والذين اتخاؤا مسجدا ضرارا وكفرا وتفريقا بين المؤمنين ويحتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه لان هذا البناء يستعمل كثيرا بمعنى المفاعلة كالقتال والضرب والسباب والجلاد والزام وكذلك الضرار فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أن ينفراد أحدهما وغيره بالاضرار بجاره عن أن يقصد ذلك جميعا وليس استيناء الحقوق في القصاص من هذا الباب لان ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم وانما الضرار فيما ليس فيه الا مجرد الاضرار بصاحبه فاما الضرر على هذا التأويل فيل ما يحدثه الرجل في عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كبر لممل الحديد أو رحن مما يضر بالجيران فقد قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة ان لهم منعه وقاله في الدخان قال وأرى التنور خفيفا ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذي يدخل في دورهم

ويضر بهم وهو من الضرر الكثير المستدام وما كان بهذه الصفة منع احداه على من يستضر به (مسئلة) فاما الرحا فان الذي ينال منها الجيران احران احدهما افساد الجدران والثاني صوتها فاما افساد الجدران فان ثبت ان هذا يضر بالجدران يهدمها فانه من الضرر الذي يمنع وأما صوتها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الغسال والضرر اب يؤذى جاره وقع صوتهما منه لا يمنع مما من ذلك فيجتمل رواية ابن القاسم الخلاف في ذلك لانه لم يبين وجه الضرر الذي يمنع منه ووجه القول الاول عندي انما ذلك في الصوت الصغير الذي ليس له كبير مضرة أو يكون في بعض الأوقات ولا يستدام وأما ما كان صوتا شديدا أو يستدام كحوائيت السكاكين تتخذ عند دار الرجل أو حوائيت الصغار ين أو الزحاة التي لها الصوت الشديد فانه ضرر يمنع منه والله أعلم ووجه القول الثاني انه ضرر يصل اليه في منزله فتمنع المنع به كضرر رائحة (مسئلة) وأما الدباغ يؤذى جيرانه بنتن دباغه فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يمنع منه والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما ان هذا ضرر دائم فوجب أن يمنع منه كسائر ما يحدث من الضرر المنوع (مسئلة) ومن ذلك الكنيف يحدثه الرجل فيضرب بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة والبلل في ذلك جاره ووجه ذلك انه أحدث على جاره فسادا في ماله فتمنع منه كالمدم (مسئلة) ومن كان له أندر الى جانب جدار رجل يضر به تنه قال مطرف وابن الماجشون يمنع من ذلك وقال سحنون في العتيقة اذا كان الاندر قبل بنينا الجنة لم يغير وجه القول الاول ان البنيان وان كان محدثا فان صاحبه أن يمنع صاحب الاندر وان كان قديما يمنع من روع تنه في أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول الى أرضه وبالله التوفيق ووجه قول سحنون انها منفعة استحقها بالقدم فلم يمنع منها (مسئلة) ومن رفع جداره فتمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح فقد روى ابن نافع عن مالك في البجعة لا يمنع من ذلك وقاله ابن القاسم وهو في كتاب البنيان من رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن كنانة الا ان يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعته فانه يمنع منه ووجه ذلك ان ما فعله في ملكه لم يوجب ادخال شيء مما لم يستثبت منه في ملك جاره ولا يمنع المنفعة المقصودة من داره فلا يمنع من عمله في أرضه ووجه آخر انه لو جاز ذلك لبطل البنيان لان ما من أحد يبنى دتطا في آخر ملكه الا ولا بد أن يمنع الشمس من ذلك جاره وينع الزرع ونأجح المسامون على جوار البنيان وان منع هذا فكان في مسئلتنا من (مسئلة) ومن كانت له أرض من ملاءة اندر النيرة فلان أدان يبنى فيها ما يمنع الزرع عن الاندر ويقطع منفعته قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك وروى يحيى بن يحيى عن ابن الناسم انه يمنع ما يضر بجاره في قطع صرافى الاندر التي تدام وقال ابن نافع ليس لأحد أن يحدث بتراب الاندر ما يضر بصاحب الاندر وان احتاج الى البنيان وقد قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وقاله سحنون ووجه القول الاول ما احتج به سحنون في العتيقة ان للباني أن يبنى فان منع حبوب الزرع منع كالأومع حبوب الزرع وضوء الشمس من دار جاره ووجه القول الثاني ان المقصود من الاندر هذه المنفعة فليس لأحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكنى الدار (مسئلة) ومن اتخذ كوى وأبوابا يشرى منها على دار جاره وعياله فقد قال مالك وابن القاسم يمنع من ذلك كله قال مالك وذلك اذا كان ينال بالنظر وقال ابن القاسم في كتاب البنيان اذا كانت من كوى لاحقة بالسقف أو تمار بذه لا يطلع منها لم يمنع من ذلك وأما ما يطلع منه فانه يمنع وقال ابن وهب عن مالك نحوه وزاد لا ينفع الأسفل أن يعلى ببناء حتى لا يراه ووجه ذلك أن هذه

مضرة أحدثها على جاره في مسكنه فزعمه أناتها (مسئلة) ومن بنى مسجدا على ظهر حوانيت له وجعل له سطحاً يطلع منه على دار رجل فان باني المسجد يجبر على أن يستريح على سطح المسجد ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه الباني ولا يمكن هدمه ولا يمكن من الاضرار بالرجل فعليه أن يستريح عليه لأنه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه في داره (مسئلة) ومن بنى غرفة وفتح فيها أبواباً وكوى يطلع منها على قاعة لغيره فأراد صاحب القاعة منعه من ذلك وقال هذا يضر بي اذ بنيت فقد قال ابن الماجشون ليس له منعه وقال مطرف له منعه قبل أن يبنى وبعد أن يبنى ووجه القول الأول ان هذا مما لا مضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه وانما يراعى الضرر حال حدوثه لا ما يؤل اليه بعد ذلك ووجه قول مطرف ان من منافع صاحب القاعة أن يبنى فيها دارا فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنع من تلك المنفعة ولا ما يضره فيها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ليس له منعه عند أحداث الاطلاع انه يطلع منه على موضع لا يستتير بالاطلاع عليه وان بنى في القاعة دارا لم يكن له أيضاً أن يمنع الاطلاع لانه قد استحق ذلك لتقدم اطلاعه قبل بناء داره قاله ابن الماجشون * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وأذكر اني رأيت لابن القاسم أن له منعه اذ بنى ووجه قول ابن الماجشون ما تقدم ووجه القول الثاني الذي أورده لابن القاسم انه لم يكن له منعه قبل البناء لانه لم يمنع بذلك منفعة أرضه ولا أدخل عليه ضرراً باطلاعه فاذا بنى الثاني دارا يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه (مسئلة) ولا يخفى أن يكون الضرر فيما لا يزايد أو فيما يزايد فان كان مما لا يزايد فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين ما كان من الضرر باق على حال واحدة لا يزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه فانه يستفحه من أحدثه بطول الزمان وما يحدثه الرجل فيمسك عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان فا كان يزايد ضرره كالكنيف يحدثه فان شك جاره الضرر بعد طول زمان فله أن يغيره وكذلك ما يفحه كاستنقع الماء وكذلك الدباغ ان ضرر ذلك يزايد فعلى هذا الضرر الذي هو أن تدم مما يضر به لا يغيره ولا واحداً وما أحدثه بعد يضر به فعلى قسمين أحدهما أن يترك القيام عليه والمنع منه حتى يطول زمانه ويستحق فا كان منه لا يزايد أو يزايد فعلى ما تقدم والقسم الثاني أن يقام منعه عند أحداثه فهذا الاختلاف في المنع منه وان له الضرر به وبالذات وفيه (مسئلة) ومن فتح مطلقاً على دار غيره فله اقام عليه سد ذلك فطلب أن يسدها من خلف بابها فقد قال سحنون في كتاب ابنه ليس له ذلك وليتلع الباب ويسده لان ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة فيصير حيازة (مسئلة) ومن باع داراً وقد أحدث عليه جاره مطلقاً أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر فيماله فيه القيام فقد قال مطرف وابن الماجشون ان كان المانع لم يقيم في ذلك حتى باعها فلا قيام للمشتري فاو كان قد قام فخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع بعد القيام فله المشتري أن يقوم ويحل محله وقاله أصبغ ووجه ذلك ان ترك من أحدث عليه الضرر القيام في ذلك حتى باع يقتضي الاباحة وأنه باع على أن ذلك حق قد تخلى عنه لمحدثه واذا باع بعد القيام فيه فقد أظهر انه لم يبح له ذلك ولا أقره عليه وقبيل الدار بجميع منافعها وازالة الضرر من جملة ذلك (مسئلة) ومن كانت في داره شجرة اذا صعد فيها ليخنيها أطلع على دار جاره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك كانت قديمة أو حديثة بخلاف الغرفة ولكن يؤذن جاره وروى عبد الملك بن الحسن في العتية عن ابن وهب نحوه ومعنى ذلك أنه ليس هذا الاطلاع مما يستدام وانما يفعله في السيرة على وجه الاجتهاد

وتحصيل المنافع لا على وجه الاطلاع والنظر كالأطلاع على سقفه لاصلاحه

(فصل) وهذا كله في الضرورة وأما العام فمثل تضيق الطرق وما جرى مجراه فهذا يمنع منه وأما اخراج العساكر والأجنحة على الحيطان الى طرق المسلمين فقد روى ابن القاسم عن مالك لا بأس بذلك قال ابن القاسم واشترى مالك دارا لها عسكر فقال ألا أن يكون جناحاً أسفل الجدار حيث يضرب أهل الطريق فانه يمنع منه وقال أبو حنيفة يمنع منه على كل حال والدليل على ذلك انه منفعة مباحة يحتازها المضرقة فيها على غيره ولا تضيق لفنائها فلم يمنع من ذلك كضوء السراج وظل الحائط (مسألة) ومن بنى بنياناً يطل منه على غيره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من بنى على شرف يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين فان كان لاشراف مكانه فقط لم يمنع وان وجد عنه مندوحة وكذلك ان أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه لم يمنع اذا كان ذلك حال ذلك الموضع قبل البناء وان كان اطلعه على الموردة فعليه فتح بابها الى الموردة أو كوى منع ذلك ووجه ذلك ان ما كان من خلق الباري تعالى وحال بقعة الأرض لم يمنع لانه أمر قد تقدم واستحق وانما يغير المحدث (مسألة) اذا ثبت ذلك فالضرر على ضرر بين محدث وتديم فأما المحدث فقد تقدم حكمه وأما القديم فقد قال سحنون في فتاة قديمة في حائط رجل لا يغير القديم وان أضرب بجاره وكذلك قال في الأفران توقد للفخار بين دورين وما شكا جيرانها دخانها ان القديم منها لا يعرض له وقال ابن القاسم في المجموعة كانت له كوة قديمة يضرب بجارها لا أمنعه من القديم وهذا كله على نص غير ما ذكر عن مطرف وابن الماجشون في تبين الأمان فانها منعمان منسوبة إليهم ما مثل ذلك في الفتاة القديمة في الحائط والله أعلم وأحكم ص مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزه في جداره ثم يقول أبو هريرة ما نى أراكم عنهم معرضين والله لأرmin بها بين أكتافكم ثم نهى صلى الله عليه وسلم عن أن يمنع جاره يغرزه خشبه في جداره روى في المجموعة ابن نافع عن مالك ان ذلك على وجه المعروف والترغيب في الوصية بالجار ولا يقضى به وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا وما أراه الادالة على المعروف وانى منه في شك وروى ابن وجب عن مالك هو أمر رغب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه وقال ابن القاسم لا ينبغي له أن يمنع ولا يقضى به عليه وهذا على ما قال الا أن ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه الوجوب ولكنه يعمل عنه بالدليل وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي هو على الوجوب اذا لم يكن في ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار وبنه قال أحد بن حنبل والدليل على ما نقوله ان الجدار ملك موضوعه المشاحة فجاز له أن يمنع منافعه بغير ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه وقد كان أبو هريرة يصل بهذا الحديث ما لي أراكم عنهم معرضين والله لأرmin بها بين أكتافكم فيحتمل قوله ذلك انه كان يعمل على الوجوب ويحتمل انه كان يعمل على الندب لكنه كان يوجب من كان يترك اباحة ذلك الجار ويشح بحقه فكان يجري الى توبيخه على ترك الأخذ بمأندب النبي صلى الله عليه وسلم اليسر ورغب فيه وكذلك اعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين أحدهما أن يكون جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على الندب ويعرضون عن حمل أبي هريرة على ظاهر اللفظ من الوجوب وان أخذوا به بخاصة أنفسهم وأباحوا ذلك لمن جاورهم رغبة فيما رغب فيه النبي صلى الله عليه وسلم ومبادرة الى ما ندب اليه ويحتمل أن يكون جماعة من التابعين عنه وامن أبي هريرة انه كان يعمل على الندب والترغيب ويعيب من يتركه ولا يعمل به فيعرضون عما يدعوهم

مالك عن ابن شهاب عن
الأعرج عن أبي هريرة
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم
جاره خشبة يغرزه في
جداره ثم يقول أبو هريرة
ما لي أراكم عنهم معرضين
والله لأرmin بها بين
أكتافكم

اليوم يؤثرون التمسك بما لهم التمسك به ويؤيد هذا التأويل ان لو كان أبو هريرة يرى الزامهم ذلك
 لحكم به ووجع الحكم على ترك الحكم به ولم يوجع الناس على ترك الاباحية لما يزامهم اباحته لان
 الحكم لهم اجباره ويحتمل عندي على رواية زياد بن عبد الرحمن في القضاء بالمر في أرض الرجل
 لجاره اذا لم يضر به أن يكون في مسئلة مثله فيحمل الحديث على ظاهره والله أعلم وأحكم (فرع)
 قال مطرف وابن الماجشون وكل ما طلبه جاره من فتح باب وارفاق بماء أو مختلف في طريق أو فتح
 طريق في غير موضعه وشبه ذلك فهو مثل ذلك لا ينبغي في الترغيب أن يمنع مما لا يضره ولا ينفعه
 ولا يحكم به عليه (مسئلة) اذ ثبت ذلك فن أباح لجاره أن يغرز خشبة في جداره فقد قال مالك
 لا ينزعها الا أن يحتاج الى جداره لأمر لا يريد به الضرر وبه قال ابن القاسم وروى ابن حبيب عن
 مطرف وابن الماجشون عن مالك ليس له أن ينزعها طال الزمان أم قصر احتاج الى جداره أو
 استغنى عنه مات أو عاش باع أو ورث ووجه رواية ابن القاسم ان صاحب الجدار أملك بجداره وقد
 أباح لجاره منفعة كلفه بها مؤنة ونفقة فليس له أن يبطل عليه نفقته وما يعمون بمجرد الاضرار به فاذا
 كانت له حاجة كان أحق بماله ووجه الرواية الثانية ما احتج به مطرف وابن الماجشون انه قد جاء
 أن لا يمنع به وقد قال مالك ذلك على الخضر وروى عن أبي هريرة ما روى واذا أذن له فلا رجوع له
 والأظهر عندي انها عطية يتكاف من أجلها مؤنة وعمل كالوعدته أن يعيره شيئاً أو يعطيه اياه من
 أجل أن يشتري له شيئاً (فرع) وهل يلزم ذلك بمجرد الاذن الظاهر من قول مطرف وابن
 الماجشون أنه اذا أذن له فقد لزمه ما تقدم من قولها انه اذا أذن له فلا رجوع له وقالان ذلك مختلف
 فيما أذن فيه مما يقع فيه العمل والاتفاق من غرز الخشب وبناء أساس جدار والارفاق بماء العيون
 والآبار لمن ينشئ عليها غرساً ويتسدى عملاً مما قلناه ورده كما كان فساداً أو ضرراً صغرت المؤنة أو
 عظمت فلا رجوع له عاش أو مات باع أو ورث احتاج أو استغنى وهو كالعطية وما كان من ذلك لا
 يتكاف فيه كبير عمل ولا اتفاق من فتح باب أو فتح طريق الى مال الأذن أو أرضه أو رفاق بالشفعة أو
 لسقي شجر قد سقيت قبل ذلك ثم نصب ماؤفاً فهذا له الرجوع اذا شاء ويقطع ما أذن فيه وحده
 الذي قاله في فتح الباب وان لم يكن الا فتح يدخل منه ويخرج فصحيح جار على اصلهما قال ابن
 حبيب وقد قال اشهب وابن نافع مثل قولهما وقال اصبيغ ذلك كله سواء عندي ما فيه عمل واتفاق
 وما ليس فيه شيء من ذلك اذا أباحه أو أتى عليه من الزمان ما يعار مثله الى مثل ذلك الزمان فله منعه الا في
 الغرس فانه لا يمنع بعد ذلك (فرع آخر) فاذا قلنا ليس له الرجوع في ما فيه اتفاق وعمل مع اطلاق
 الاذن فان شرط الرجوع في ذلك متى شاء فقد قال مطرف وابن الماجشون الشرط باطل لان هذا
 من شرط الغرس والتعريض بالعامل والاذن نافذ بعد العمل وهو قبل العمل على هذا الشرط غير
 نافذ ووجه ذلك انه قد فات بالعمل ولم يكن فيه عوض فيرد وما قبل العمل فله أن يرجع عنه لما قرن
 به من الشرط الذي لا يجوز والله أعلم وأحكم (فرع) وماله أن يرجع عنه لعدم الاتفاق فيه مع
 اطلاق الاذن فاذا قيد بأجل فقد قال مطرف وابن الماجشون ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ
 الأجل ووجه ذلك انه وحب له منفعة مقدرة بزمان فليس له الرجوع في هبته (فرع) فاذا قلنا
 بقول مالك فأباح له وضع الخشب اباحته مطلقة من غير تقييد بأجل فقد قال مالك من رواية ابن القاسم
 وأشهب عنه فيمن أباح لرجل البناء في عرصته ثم أراد منعه قبل أن يبني فله ذلك وقد تقدم من قول
 مطرف وابن الماجشون ما ظاهره انه ليس له اخراجه وقد لزمه ذلك بمجرد الاذن ووجه قول مالك انه

اذن فيما له منعه فسكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل أصل ذلك إذا أذن
لصده في التجارة ووجه قول ابن الماجشون أنه إذا أذن له في عمل يلزمه به القمون والنفقة أصل ذلك
إذا قال اشترعه الدابة وأنا أسلفك ثمنها (فرع) وأما إذا بنى ثم أراد إخراجه أنه ليس له أن يخرج
الآن أعطاه قيمة ما أنفق وروى الدمياطي عن ابن القاسم ليس له أن يخرج حماره وان أعطاه ما أنفق
وقال أصبغ ليس له أن يخرج حماره وان أعطاه قيمة ما أنفق واختاره يحيى بن عمر وقال أشهب في كتبه له
إخراجه ويأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمة مقتوضا وجه القول الأول أن العقد غير لازم لانه اذن في
منفعة على ما تقدم ولكنه لما تمون وأنفق فعلق حقه بذلك فليس له أن يخرج حماره الا أن يجبر عليه ما كان
أذنه سببا لآلافه وجه القول الثاني أنه عقد لازم لما اقترن بالوعد من النفقة والمؤنة ووجه القول
الثالث أنه عقد غير لازم فلا بد أن يرجع فيه متى شاء والمعار مفرط حيث لم يتوثق بضرب الأجل
وبه سندا احتج أشهب (فرع) وإذا قلنا له إخراجه إذا دفع اليه حقه ففي نوادر أبي محمد قال في
المسونة يدفع اليه ما أنفق قال وقار في موضع آخر إذا دفع اليه قيمة ما أنفق وهذا الذي ثبت في كتابي
في المدونة وقال سحنون عن المغيرة وابن كنانة يدفع اليه قيمة بنيانه قائما ونحوه قال مطرف وابن
الماجدشون عن مالك وجه قوله يدفع اليه ما أنفق أن ذلك الذي يؤمنه لسبب اذنه فكان عليه إذا
أراد إخراجه عدم ذلك وجه القول الثاني أنه أنفق عليه قيمة نفقته وأما ما زاد على ذلك تبذيرا
وخطأ فلم يجده عليه اذنه ووجه القول الثالث أن البنيان قد ملكه بتأيمه بالنفقة والقوم وهو الذي
أنفق عليه بإخراجه بعد اذنه فعليه شرم قيمة ذلك (فرع) فإذا قلنا ليس له إخراجه بقرب
تمام بنيانه متى يكون له ذلك قال في المسونة إذا استكمل ما يرى الناس أنه بني ليسكن مثل هذه المدة
لطولها وروى عنه الدمياطي إذا مضى من المدة مقدار ما عار إلى مثله فالعنيان متقاربان وروى
مطرف وابن الماجشون عن مالك أن كل بن وغارس في أرض قوم يذنبهم أو عليهم فلم ينعوه فله قيمة
ذلك قائما كالبنائي بشبهة وجه القول الأول أن العارية لا تقتضي تملك الرقبة وانما تقتضي الارفاق
بالمنافع مدة فان لم تكن المدة مقدرة بل لأجل رجوع في ذلك إلى العرف والعادة وقول مطرف وابن
الماجدشون مبني على ما تقدم لها من أنه ليس له إخراجهما بإبطال ما بنيان فعليه أن يعطيهما قيمته قائما
كالبنائي بشبهة (مسئلة) وأما أن ضرب لذلك أجلا في المدونة عن مالك ليس له أن يخرج حماره قبل
الأجل وقبل البناء ولا بعده قال لذلك قد أوجب ذلك له ووجه ذلك أنه عقد لازم لما تقرر بالعقد
بمنزلة رجل يقول لرجل أسلفك أو أخرجك ولم يقرر السلف ولا الهبة فانه لا يلزمه ذلك ولو قدر له الزمه
ذلك إذا علق ذلك بعهداً أو عمل فيه نفقة

(فصيل) وقوله أن يغرز خشبه في جداره هكذا تنقيد في كتابي في رواية يحيى بن يحيى وفي كتاب
أبي الحسن الدارقطني في اختلاف الموطئات وقال لي أبو عبد الله الصوري سألت أبا محمد عبد الغني
عن ذلك فقال لي كل الناس يقولون خشبه على الجمع غير أبي جعفر الطحاوي فانه قال خشبة على
التوحيد والمعنى متقارب والله أعلم وأحكم ص مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن
الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسامة فأبى محمد
فقال له الضحاك لم تمنعني وعولك منفعة تشرب بها ولا وأخرا ولا يضررك فأبى محمد فكم فيه الضحاك
عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسامة فأمره أن يخلي سبيله فقال لا فقال عمر لم
تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وأخرا ولا يضررك فقال محمد لا والله فقال عمر والله

مالك عن عمرو بن
يحيى المازني عن أبيه أن
الضحاك بن خليفة ساق
خليجا له من العريض
فأراد أن يمر به في أرض
محمد بن مسامة فأبى محمد
فقال له الضحاك لم تمنعني
وعولك منفعة تشرب به
أولا وأخرا ولا يضررك فأبى
محمد فكم فيه الضحاك
عمر بن الخطاب فدعا عمر
ابن الخطاب محمد بن مسامة
فأمره أن يخلي سبيله
فقال لا فقال عمر لم
تمنع أخاك ما ينفعه وهو
لك نافع تسقى به أولا وأخرا
ولا يضررك فقال محمد
لا والله فقال عمر والله

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك ش قوله ان الضحاك ساق خليجا له وهو الماء يختلج من شق النهر والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة وكان بين الخليج وأرض الضحاك أرض لمحمد بن مسامة فأراد أن يمر فيه فمنعه محمد بن مسامة فاحتج عليه الضحاك بأن قال له لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وآخر ولا يضرك يحتمل أن يريد الضحاك أن يمر في أرضه بهذا الشرط وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز لأن مقدار شربه أولا وآخر انجهول وقد روى ابن سحنون عن أبيه فممن أعطى رجلا أرض حائط له وترابه على أن يبنيه الرجل بطوبه ونفقته فاذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ما شاء أن ذلك لا يجوز لأن الحمل ليس إلى أجل معلوم ولا ما يحمل عليه كل واحد منهما معلوم ويحتمل أن يريد به أن ذلك حكم ما يمر في أرضك من المياه أن كان يجري الماء متصلا بأرضه فيصل في أرضه وهو غير مملوك وإنما كان له يجري على غير أرض محمد فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد ليمتوصل بذلك إلى سقي أرضه فيكون محمد أحق به لأنه الأعلى وقد قال مالك فممن له ماء وراء أرض وله أرض دون أرض فأراد أن يجري ماءه في أرضه انه ليس له ذلك ولم يأخذ بما روى عن عمر في ذلك ورواه عنه ابن القاسم في المجموعة وقال عنه أشهب كان يقال يحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون من الفجور قال مالك وأخذ بهما من يوثق به فلو كان معتدلا في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضى له بأجره ماءه في أرضك لأنك تشرب به أولا وآخر ولا يضرك ولكن فسدت الناس واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء وتبدى جارك عليك به دعوى في أرضك وقال ابن كنانة نحوه وروى زياد بن عبد الرحمن انه ان لم يضر به فليقتض عليه بمروره في أرضه وان أضر به منع من ذلك وقال أشهب ان كانت أرضك أحييت بعد أحياء عينه وأرضه كان له الممر في أرضك وأن يجري ماءه فيها إلى أرضه بالقضاء وان كانت أرضك قبل عينه وقبل أرضه فليس في أرضك ممر إلى عينه ولا لعينه ممر في أرضك إلى أرضه فعلى هذا يحتمل فعل عمر وجهين أحدهما انه على ظاهره ولما لك فيه ثلاثة أقوال أحدها المخالفة له على الإطلاق وهي رواية ابن القاسم واختارها عيسى بن دينار و به قال أبو حنيفة والدليل على صحته ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحملن أحدكم ماشية أخيه إلا بذنه واللبن يتجدد ويخلفه غيره والأرض التي يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها والثاني الموافقة له على وجهه وذلك على وجهين أحدهما أن مخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن عمر في هذا الحكم إنما كان لاختلاف أحوال الناس وان أهل زمنه قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحله أهل زمن عمر بن الخطاب وأن حكم ابن الخطاب تمثل في الأزمنة التي يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتعرج عما لا يحل وأن الزمن الذي يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك لانه قد يطول الأمر فيدعى صاحب الماء الممر في أرض من قضى له بأمره في أرضه فيدعى ملك رقبة الممر ويدعى فيها حقها فيشهد له ما قضى له به وهذه رواية أشهب واختارها ابن كنانة ووجه آخر وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسامة انما صارت إليه بان أحيها بعد أن أحيها الضحاك ابن خليفة أرضه ومالك ماءه والقول الثالث الأخذ بقول عمر وحمله على إطلاق لفظه وهي رواية زياد بن عبد الرحمن الأندلسي حكاه الشيخ أبو محمد في نوادره وأصل ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ضرر ولا ضرار والضرار ادخال الضرر على الجار دون منفعة

ليمرن به ولو على بطنك
فأمره عمر أن يمر به ففعل
الضحاك

لمن جوز ذلك الضرر وأنكر الشافعي على مالك أنه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذ به وليس كما أنكر فان محمد بن مسامة ممن خالفه في ذلك وخالف على منعه ذلك ولو اعتقد أنه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره على أن ناذرنا وجوهنا من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسامة وإنما أقسم عليه لما أقسم محمد عليه في الرجوع إلى الأفضل فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكما عليه وثقة بأنه لا يحنثه في غير بقسمه وإن كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه أكراماً له وإيجاباً لاسيما إذا ادعاه إلى أقسم هو أفضل مما ذهب هو إليه في الدين والدنيا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عمر لابن مسامة والله ليمرن به ولو على بطنك دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الإيمان لانه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد وإن كان يمينه على معنى التحكم عليه فان محمد بن مسامة لا يسمع بمثل هذا ولا يتحكم عليه بمثله ويحتمل أن يريد به ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى اند الحق وحاربت وأدت المحاربة إلى مالك وأجرائه على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق والأول أظهر والله أعلم وأحكم ص * مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فنهض صاحب الحائط فكلّم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله * ش قوله كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف قال يحيى الربيع الساقية الظاهرة وأراد عبد الرحمن أن يحوله عن مكانه من الحائط إلى مكان هو أقرب إلى حائطه ليقترب تناوله وتقل مسافته لما يحتاج من إصلاحه فقضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط وقدر روى ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك ولم يأخذ مالك بما روى في ذلك عن عمرو بن عيسى في المدونة عن مالك أنه لا يرى له تحويله وإن لم يكن على صاحب الحائط في ذلك غير الأفت يرضى به وبه قال أبو حنيفة وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك أن لم يضر ذلك به فليقض عليه بذلك قال ابن نافع وهذا فيما يراى تحويله وقال عيسى بن دينار يقضى عليه بذلك وروى يحيى عن ابن نافع ووجه القولين على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسألة) وقدير يد صاحب الحائط تحويل ساقية أو طريق لغيره في أرضه إلى موضع هو أرفق به وروى عن مالك في أرضين لرجل بينهما طريق فأردت دفع الطريق إلى أرضي أذهو أرفق بي وبأهل الطريقي فقال ليس ذلك الآن يكون الشيء القريب كقدر عظم الذراع ولا مضرة في ذلك وقال ابن حبيب قال ابن القاسم ليس لأحد أن يجرى طريقاً وإن كانت أسهل من الأولى وإن أذن بذلك من جاوره من أهل القرى لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم إلا أن تكون الطريق لقوم معينين فيما أدنون فيها وقال ابن الماجشون ينظر الإمام في ذلك فإن رأى تحويلها منفعة للعامة في سهولها وقربها أو أقرب وسهل فله أن يأذن في ذلك وإن رأى في ذلك ضرراً على أحد منع منه وإن حوله لغيره يراى الإمام ينظر فيه فإن رأى ذلك صواباً أمضاه والأردّه

* حدثني مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فنهض صاحب الحائط فكلّم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله

﴿ القضاء في قسم الأموال ﴾

ص * مالك عن ثور بن زيد الديلمي انه قال بلغني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيمادار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيمادار أو أرض أدر كها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام * ش قوله أيمادار أو أرض قسمت في الجاهلية يحتمل أن يريد به نفذت قسمتها في الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا ويحتمل أن يريد بها استحقت سهامها في الجاهلية بان مات ميت فورثه ورثته قبل أن يسلموا فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بما يريد صلى الله عليه وسلم ترك الردل سلف من عقودهم في جاهليتهم وامضاهم على ما وقعت عليه ولذلك لا يرده شيء من بيعهم ولا أنسكتهم وان كانت فاسدة بل يصحح الاسلام الملك الواقع بها

(فصل) وقوله أيمادار أو أرض أدر كها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين والظاهر منه والله أعلم ان ما كان من مال أهل الجاهلية مشتركاً فدخل عليهم الاسلام ولم تقسم فهي على حكم الاسلام دون ما كانوا يعتقرونه ويقتسمون عليه في جاهليتهم مثل ان يرثوا داراً في الجاهلية فلا يقتصمون بها حتى يدخل على جميعهم الاسلام فانهم يقتصمون بها على موارث الاسلام وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ان ذلك في المجوس والفرس والفرانية وكل من ليس له كتاب فأما اليهود والنصارى فإن أسلموا بعد ان يرثوا داراً فانهم يقتصمون بها على مقتضى شرعهم يوم يرثوها وروى مطرف وابن الماجشون وأشباه ابن نافع عن مالك ان ذلك في الكفار كلهم أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب وبن قال أبو حنيفة والشافعي وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شرعهم أحكامها ثابتة مشروعة وان كنا لنأمر ما غير وانما وقد طرأ عليها النسخ ولذلك كانت أحكام نسائهم في جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب ولذلك جاز لنا كل ذبايحهم دون ذبايح غيرهم والموارث انما يراعى استحقاتها يوم التوارث لا يوم القسمة ألا ترى ان النصراني اذا أسلم ثم مات لم يرث أحد من ورثته وان أسلموا بعد ذلك لأنهم غير ورثته يوم وفاته وهو يوم انتقال المال وتناول الحديث على أن لفظه عام وقد خص بما ذكرناه وأنه أريد به من ليس من أهل الكتاب ولذلك ذكر الجاهلية وانما ينطلق ظاهراً على مشركي قريش وتحمله أيضاً على ما قدمناه من انه أدرك الاسلام قسمتها بالاستحقاق دون ضرب الحدود وتمييز مواضع الحقوق ووجه الرواية الثانية التعلق بعموم الخبر ولم يخص أهل كتاب من غيرهم (فرع) وهذا اذا أسلم جميعهم فان أسلم بعضهم فقد اتفق مالك وجميع أصحابه على أنه ان أسلم جميعهم الا واحد منهم فان القسمة تكون على أصل حظوظهم ورواه ابن من عن ابن نافع وقال بعض شيوخنا ان حكم الاسلام يغلب على حكم الكفر الا في هذه المسئلة وفي هذا القول نظر لأنهم ما يوم القسمة كانا كافرين ولو لان الفقهاء اتفقوا على جل الحديث على هذا الوجه لساغ أن يقول قائل انه لا يقسم الا على مقتضى شرعهم وان أسلم جميعهم ويحمل الحديث على ان معنى قوله على قسم الاسلام على صفته من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عندهم من جعلها بيعاً وسلامته مما يفسد القسمة عندهم من جعلها تمييز حق وان تكون مقادير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجب شرعهم يوم التوارث وانما عدلنا عن هذا الوجه مع احتمال اللفظ له بل مع كونه الاظهر من

﴿ القضاء في قسم الأموال ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ثور بن زيد الديلمي انه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيمادار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيمادار أو أرض أدر كها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام

اللفظ لاتفاق علماء العصر على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) واختلف العلماء في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق ولأصحابنا مسائل تقتضي كلا القولين ونحن ننبه عليها عند ذكرها إن شاء الله تعالى وقد قال مالك في المدونة إن القسمة بيع من البيوع ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه لأنه ملك حصته صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه وهذه معاوضة ومبايعة محضة ووجه قولنا أنها تمييز حق أنه غير موقوف على اختيار المتقاسمين بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة وذلك ينافي البيع فثبت أنها تمييز حق وقد روي أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة في ثلاثة أخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاقسموهم فأخذ كل واحد عبدًا فأتى أحدهم واعتزى عبدًا آخر فن مات بيده العبد لا يرجع بشئ ولا يرجع عليه بشئ ويرجع الذي استحق في يده العبد على أخيه الذي بقي عنده العبد فيكون له ثلثه والذي هو بيده ثلثاه قال أشهب في المجموعة فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يده العبد على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته ولو كان ليس كالبيع فقد قال سحنون القسم ليس كالبيع (مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد قال القاضي أبو محمد إن القسمة في الأصل على ثلاثة أوجه قسمة مهايأة وهي أن يتهاى الشريكان فيأخذ هذا دارا يسكنها وهذا دارا يسكنها وهذا أرضا يرعها وهذا أرضا يرعها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أبدا لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع يأخذ أحد الشريكين دارا على أن يأخذ الآخر دارا أخرى فهذه قسمة جائزة لأنها بيع ومحصولها أن يباع أحدهما حصته من إحدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى وهو الوجه الثاني والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل وذلك إذا كانت الداران مختلفتي البناء والباستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شئ منه من نخل وشجر فأنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم وهذا الذي قاله كله فيه نظر وذلك أن الذي ذكره شيوخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب قسمة قرعة بعد تعديل وهي التي يجبر عليها من أبي القسمة فيما ينقسم وقسمة مراضاة ومهايأة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل ولكل واحد من هذه الأضرب أحكام يختص بها (فرع) فأما قسمة القرعة فأنها تصح في المتماثل والمتجانس وسيأتي ذكر ذلك وشرحه بعد هذا ولا يصح أن يجمع فيها أيضا الثمن لغير علة بل يقدر نصيب كل إنسان قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أنها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه إلى جانب سهم الآخر معين ينافي استقصاء الحقوق (مسئلة) وصفة ذلك أن يقسم العرصة وتحقق على أقل سهام القرية فما كان متساويا قسم بالذرع وما اختلفت أجزاءه قسم بالقيمة رواد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وقال هو قول جميع أصحابنا قال القاضي أبو محمد فربما كان الحد الواحد من أحد طرفي العرصة يعدل حدش من ناحية أخرى وحكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر يقوم القاسم كل شجرة أن كان ممن يعرف ذلك والأسأل أهل المعرفة بالقيمة ومن يجس حمل كل شجرة فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها وأخرى يكثر حملها ولا منظر لها وإذا قوم ذلك كله جمع القيمة فقسها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشمر كاء في رقاع ويجعل في طين أو شمع ثم يرمي كل بندقة في حقة فن حصل اسمه في جهة أخذه حقه متصلا في تلك الجهة وقيل تكتب الجهات ثم يخرج أول بندقة من الأسماء وأول بندقة من الجهات فيعطى من خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة فهذا الذي ذكره

القاضي أبو محمد وهو قريب بما يقتضيه قول مالك والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء في رقاع وان اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت قال ابن الماجشون فهذه تقسم الأرض على خمسة أسهم وتضرب بثلاثة أسهم يريديك تكتب اسم كل واحد منهم في رقعة وهم ثلاثة قال وقيل يضرب بخمسة أسهم يريديك تكتب اسم كل واحد منهم في رقعتين واسم البنت في رقعة قال والأول أصوب قال الشيخ أبو محمد يريديك لأن الضرب انما يخرجك إلى ثلاثة أسهم والضرب بها يكون ضربين لأكثر قال ويستمر ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها بأي جهة من الجهات فان اختلفوا أقرع على أي الجهات يبدأ بالأخذ منها فأى جهة خرجت عمل على البداية بها ثم يؤخر رقعة من تلك الرقاع فن وجد فيها اسمه أعطى أول نصيب من تلك الجهة بقدر سهمه فقد استوفى حقه وان كان أقل من حقه أضيف إليه حقه ولا سبيل لأحد أن يأخذ شيئا متصلا بالسهم الأول حتى يستوفى هذا حقه لئلا تدخل عليه مضرة تفريق حصته فاذا استوفى حقه هذا تميز حقه وبقي باقي الأرض بين باقي الاشراك فيعمل لهم في باقي الأرض مثل ذلك حتى يتميز حق كل ذي حق منهم وهذا معنى ما في المدونة من قول مالك وابن القاسم وقال محمد بن عبد الحكم وقد قيل ان صاحب السدس لا يكون الا في أحد الطرفين والأول أحب الى قال الشيخ أبو محمد انما هذا اذا كانت القسمة بين ابن وزوجة وهذا الذي أنكره أبو محمد وقد يكون مع الجماعة أيضا اذا كانوا أهل سهم كالعصبة فقد قال مالك في المجموعة في قسم الأرض بين الزوجة والعصبة يضرب لها في أحد الطرفين قال ابن القاسم كان العصبة واحدا أو جماعة قال ابن حبيب لان العصبة كاهل سهم واحد وقال المغيرة في الزوجة مع العصبة انها تعطى حقا حيث خرج في طرف أو غيره قال ابن الماجشون وبهذا أقول فتبين بهذا أن الاختلاف الذي أنكره الشيخ أبو محمد هو اختلاف من قول أصحابنا حيث يتصور اختلاف فان الموضع الذي فسر به لا يتصور فيه اختلاف وانما ثبت الخلاف بما ذكرناه لا اختلاف أصحابنا في العصبة هل هم أهل سهم أم ليسوا أهل سهم وقد ذكرته في الشفعة فن جعلهم أهل سهم جمع سهامهم في القرعة وأفرد عنهم من ليس منهم ومن لم يجعلهم أهل سهم لم يجعل سهامهم الا بحسب ما تجتمع القرعة أو تفرقه والله أعلم وأحكم (فرع) اذ ثبت ذلك فان هذه القسمة ان ثبت فيها بعد هذا غبن في قيمة أو ذرع كان لمن وجدت في حصته المطالبة به لانه دخل على قيمة مقدرة أو ذرع مقدرة فان وجدت في ذلك نقضا كان له الرجوع به

(فصل) وأما قسمة المراضاة بغير تقويم ولا تعديل فهو أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد منهم ما عين له ويتراضوا به من غير تقويم ولا تعديل فهذه القسمة أيضا تجوز في المختلف من الأجناس ولا قيام فيها للمغبون لانه لم يأخذ ما صار اليه على انه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدرة ولا على انه مماثل لجميع ما كان له وانما أخذه بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه سواء كان أقل منه أو أكثر فالضر بان الأولان من القسمة أقرب الى تميز الحق وهذا الضرب أقرب الى ان يبيع من البيوع والله

أعلم وأحكم (مسئلة) أجرة القسام على عدد الرؤس عند مالك وقال أصبغ على قدر الانصاء وبه قال الشافعي وجه القول الأول ان اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بل ربما أثر قليل الانصاء في زيادة في العمل وذلك انه لو كان لثلاثة أشتر الأرض لاحد منهم نصفها وللآخر ثلاثة أثمانها وللثالث ثمنها لاثلاثين لصفره زيادة في العمل ولاحتاج بسببه أن يسم الأرض كلها أثمانا ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنتين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمه فيها أقل فاذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير ولم يؤثر الا عملا يسيرا أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملا كثيرا فوجب اطراح ذلك والاعتبار بعدد الرؤس ووجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لانه يقسم أثمانا أربعة وصاحب الثمن لا يقسم له الا جزء واحد وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع الى أكثر مما يحتاج اليه الجزء الصغير وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة لانها عوض عن العمل وقول أصبغ أظهر لاسيما اذا كانت القسمة بالقرعة والسهم وأما اذا كانت قسمة مراضاة دون تقويم ولا تعديل فالعمل متقارب فهي الى أن يكون الى عدد الرؤس أقرب والله أعلم وأحكم ولو طلب جميعهم القسمة الا واحد منهم أي ذلك أجبر عليها فقد قال مالك على الآبي والطالب أجرة القسام على السواء (مسئلة) واذا شهد القاسم في القسمة فقد قال مالك لا تجوز شهادة القاسم قال ابن سحنون عن أبيه سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره لانه يشهد على فعل نفسه وقال ابن الماجشون ان كان القاضى أمره بالقسمة وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة اذا ذكر القاضى اليوم انه أمره بذلك وكذلك المامل والمحلف والكتاب والناظر الى العيب وكل ما لا يباشره القاضى قال ابن حبيب وان لم يكن هذا القاضى هو أمر القاسم وانما أمره من قد درج من الأحكام أو قوم تراضوا به في القسمة فلا تجوز في ذلك شهادة القاسم أصلا ولا بد من شهادة اثنين سواء وكذلك من تقدم ذكره قال ابن الماجشون لان فعل المأمور في ذلك كفعل الأمر مرتقا أو غير مرتق وقال ابن حبيب هو تفسير قول مالك قال ابن حبيب وليس بمعنى الشهادة بل هو بمعنى المعونة وهذا الذي قاله ابن حبيب فيه نظرا لان القسمة تصح من غير القاضى وانما يستنبط القاضى فيما يختص به من الأحكام كالا عذاراى من شهد عليه عنده ونحوه والله أعلم وأحكم

(فصل) وعاد الكلام الى ما قاله القاضى أبو محمد فأول قوله ان أحد أنواع القسمة قسمة المهايأة وهو أن يسكن أحد الشريكين دارا والآخر دارا أخرى أو يزرع أحدهما أرضا ويزرع الآخر أرضا أخرى وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب وانما هو من قسمة المنافع وقد ذكر قسمة الرقاب على ثلاثة أضرب فأما قسمة المنافع فانها على ضربين أحدهما أن يتهايا بالأزمان والثاني أن يتهايا بالأعيان فأما التهايو بالأزمان فعلى ضربين أحدهما أن يقول لا يستخدم أحدنا العبد يوما ويستخدمه الآخر يوما ويزرع أحدهما الأرض عاملا ويزرعها الآخر عاملا والضرب الثاني أن يقول لك غلته يوم ولى غلتي يوم آخر فأما التهايو على أن تكون غلته يوما لاحدهما ويوما للآخر ففي كتاب محمد لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وان كان ذلك يوما واحدا قال محمد وقد سهل مالك في اليوم الواحد وكرهه في أكثر منه وأجاز في الخدمة فوجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته في يوم أحدهما أكثر منها في يوم الآخر مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل ووجه الإباحة ان الغرر في ذلك قليل لقصر المدة وتغار بها وتسوى غلتها في ذلك في غالب الحال ويحتمل أن تكون

رواية المنع مبنية على أن القسمة يبيع ورواية الإباحة على أنها تميز حق (مسئلة) وأما في الخدمة وهو قوله يستخدمني اليوم ويخدمك غدافانقة وعلى تجوز في الأيام اليسيرة فقال ابن الموزانما يجوز في مثل خمسة أيام فأقل وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجوز في الشهر قال ابن القاسم وأكثر من الشهر قليلا (فرق) والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله في مثل ما يستعمله فيه الآخر في مدته وذلك أنه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاءه وأما الغلة فجوهولة وقد يتعذر على أحدهما استيفاءه مثل ما استوفاه صاحبه فإذا طالت المدة كثرت المخاطرة (مسئلة) وأما الدور والأرضون فقد قال ابن القاسم في المجموعة ان التهايو يجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها ووجه ذلك أنها مأونة الآن أنه ان كان التهايو في أرض المزارعة فلا يجوز عندي الآن تكون مأونة

(فصل) فأما التهايو بالأعيان فان يستخدم هذا عبدا ويستخدم هذا آخرو يزرع هذا أرضا ويزرع صاحبه أخرى ففي المجموعة عن ابن القاسم يجوز هذا في سكنى الدور وزراعة الأرضين ولا يجوز في الغلة والكرأ ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وقوله لان قسمة المنافع ليست بقسمة يبيع وقسمة الرقاب قسمة يبيع أيضا فيه نظر لانه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل الا لوغيره أن يعكس عليه القضية بغير دليل واذ قد أخرجه قسمة الى أن جعل قسمة المراضاة قسمة يبيع وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها والله أعلم وأحكم

(فصل) ونضمن قوله اسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل وانما ذكر التقويم في قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة وأكثر ما يقسم به الناس والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليست قسمة المهاداة في المنافع واجبة يجبر عليها من أبها قول فيه نظر فان قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضا أحدا وانما يجبر على قسمة القرعة خاصة اذا وجبت وقد أشار مطرف وابن الماجشون في الواخعة الى أنها لا تثبت في حق الصغار فقالا ان كانت الأرض مستوية في كرمها أو لو مهادمت بالقيمة وان تراضوا وهم أكبر على قسمتها بالتعري والمراضاة على السواء أو التفاضل على غير قياس ولا قيمة فذلك جائز قاله أصبغ فشرطوا في جواز هذه القسمة كون

المتقاسمين أكبر وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا انه لا يجوز على الأصغر الا قسمة القرعة وهو الذي يقتضيه النظر الآن يكون في قسمة المراضاة وجه بين من المصلحة لا يتام فذلك جائز كالبيع عليهم والله أعلم وأحكم

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول فبين ذلك وترك أموالا بالعالية والسافلة ان البعل لا يقسم مع النضح الآن يرضى أهله بذلك وأن البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم

يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة ش وهذا على حسب ما قال ان من ترك أموالا بالعالية والسافلة وهما جهتان بالمدينة وأشار بالأموال الى الأرضين وما فيها من الشجر وان كان اسم

المال واقعا على كل ما يمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك الآن عرف أهل المدينة كان في ذلك الزمان اطلاق اسم الأموال على الأرض وما فيها من النخيل والأعناب وقال ان البعل لا يقسم

مع النضح وقد تقدم ذكر البعل والنضح في كتاب الزكاة فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان في القسمة يريد قسمة القرعة التي تكون بالجبر ولا خلاف في ذلك ولذلك قال مالك الآن يرضى

قال يحيى وسمعت مالكا يقول فبين هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة ان البعل لا يقسم مع النضح الآن يرضى أهله بذلك وان البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة

أهله بذلك وهذا اللفظ يحتمل وجهين أحدهما ألا يرضأ أهله بذلك فيقسم بينهما بالقرعة وانما ينفي مالك في موطنه القسمة على هذا التأويل إذا أبى ذلك أحدهما ويثبت الجواز إذا اتفقا على المراضاة بذلك وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين لا يقسمان بينهما ما بينهما إلا أن يراضيا ويعتد لافي القسم يريد بالقمية قال سحنون ترك ابن القاسم قوله وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين وإن تراضيا فقولهما إلا أن يعتد لبالقمية دليل على أنه أراد القسمة بالقرعة لأنه لا خلاف أن لهما أن يأخذ أحدهما النخلة والآخر الزيتونة من غير قرعة وهذا نص يرجح بتجوز جمع المختلفين في قسم القرعة إذا تراضى بذلك المتقاسمان وانما يمنع منه إذا أباه أحدهما وذكر سحنون عن ابن القاسم أن قوله المعروف أنه لا يجوز ذلك وإن تراضيا وقال ابن عبدوس عن أشهب إن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب ومن وافقه يكون معنى قوله إلا أن يرضى أهله بذلك يريد أنه إن رضى أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه إلا أن يرضى أهله بذلك أنه لا تجوز هذه القسمة بالقرعة إلا أن يرضى أهله بذلك فيقتسمونه مراضاة دون قرعة (مسئلة) ومنع في قوله أن يجمع بين البعل والنضح وجوز أن يقسم البعل مع العين يريد ما يسقى بالعين من غير نضح وهو السبغ لانهما مما يزكى بالعشر والنضح مخالف لهما في ذلك فانه مما يزكى بنصف العشر وقد روى في المجموعة ابن وهب عن مالك نحوه وكذلك قال أنه يجمع في القسم الأموال التي بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة أما كن دون ما تباعد منها قال والمساكن والدور بهذه المنزلة يريد أنه يراعى فيها تقارب الأماكن وتفسير ذلك أن كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والأراضي والأشجار على اختلاف أنواعها وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والطياب والعروض على اختلاف أنواعها فأما الأصول الثابتة فإذا كانت كثيرة ذات أنواع وكان كل نوع منها يحتمل القسمة فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها في موضع واحد وأراد بعضهم أن يعطى حصته من كل موضع فان من ذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء في موضع منها بشرط تفسيرها بعد هذا إن شاء الله وقال أبو حنيفة والشافعي يقسم لكل إنسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض والدليل على ما نقلوه أن القسمة على العدم مع اتفاق المنافع والأما كن أعود بالمنفعة وأبعد من المضرة لأنه إذا قسم كل دار وكل أرض فلت قيمتها وفسد كثير من منافعها ولذلك أثبت الشفعة في الأملاك وذلك مما ينفي قيمتها ومن الأمر البين من حصلت له دار بكاملها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها فكان ما قلناه أولى

(فصل) وهذا الذي ذكره القاضى أبو محمد وأكثرا أصحابنا على الإطلاق وقال ابن عبدوس عن أشهب في أمر جنة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حقه من كل أرض وقال بعضهم يجمع لى نصيبى إن كانت في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته في مكان وإن زاد حظه على أرض واحدة أخذ من أخرى تمام حقه فإذا استوفيت أنصاء الذين أرادوا الجمع قسم للذين أرادوا التفريق على ما تراضوا به قال ابن عبدوس يجعل سهام الذين يريدون التفريق بينهما واحدا وسهام الذين يريدون الجمع بينهما ثم يقرع فان خرج سهم من يريد التفرقة جمع اليه باقى حقوقهم وصار كحق رجل واحد وحيثما خرج منهم أحدهم من يريد الجمع أخذه ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل أرض على حدة وقال أشهب وإن تباعدت الأرض ليست في نمط قسم الذين أرادوا التفرقة

انصبأهم في كل أرض ثم يقسم الذين أرادوا الجمع على ما تراضوا عليه من الجمع قال ابن عبدوس يجعل
سهم من أراد الجمع ههنا بينهما شيئاً واحداً يسهم لهم في كل أرض ويجمع سهامهم فيها وأعطى من أراد
التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع قال ابن عبدوس وليس هذا أصل مالك وأصحابه لأنه لا يجمع
عندهم حظ اثنين في القسم وهذا أيضاً على ما ذهب إليه أشهب إن الشراكه إذا رضىوا بقسم الصنفين
المختلفين بالقرعة جاز ذلك وخالف فيه أصحابه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالمرأى فيما يلزم به الجمع شرطان
أحدهما تقارب المنافع وتجانسها والثاني تقارب المواضع فإن انخرم من هذين الشرطين أحدهما لم
يلزم الجمع وفي العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في الأرضين إذا تقاربت وبعضها بعين
وبعضها بنضح لم تجتمع وإن تباعدت وكانت كلها تسقى بعين أو بنضح لم تجتمع وإن تقارب سقيها كلها
بنضح أو بعين جمعت (فرع) إذا ثبت هيأه هذين الشرطين فقد قال في الأصل إن البعل يقسم مع
العين وهو المشهور من المذهب وروى أشهب وابن وهب عن مالك في المجموعة لا يقسم مع السقي وإن
تقاربت الحوائط وقال ابن حبيب لا يضم ما يسقى بعين أو بنضح مع البعل في القسم ولا النضح مع
السيح لاختلاف المئون (مسئلة) وأما الأرض الكريمة واللينة فقد قال ابن الماجشون في
المجموعة إذا تاهت الأرض في كرمها واشتبهت الحوائط جمعت في القسم إن تقاربت مواضعها وقال
ابن القاسم في المدونة إن اختلفت العيون في سقيها الأرض واختلفت الأرض في كرمها قسمت كل
أرض مع عيونها على حدة قال سحنون أيضاً في المجموعة وأما الأرضون في نمط فجمع وإن تقاربت
في الكرم قال سحنون وابن القاسم لا يجمعها وقال عيسى إن كانت الأرض الكريمة تحتل
القسم والأرض اللينة تحتل القسم قسمت الكريمة على حدة واللينة على حدة وجس رواية المنع
أن اختلاف المنافع في الجنس الواحد وتباينها يقتضي اختلافها في الجنس كرفيق الثياب وغلظها
في البيع إلى أجل وقول ابن القاسم في الدور خلاف قوله في الثياب ولعله قد قال في
المسئلة بقولين والله أعلم وأحكم وجه الجواز إن المرأى في القسم جنس المنافع دون تفاضلها ولذلك
تجمع ثياب الحر وغلظها ورقيقها مع الفراء وثياب الكتان وغلظها ورقيقها ويشبه أن تكون
رواية المنع مطردة على قول أشهب في الثياب ورواية الإجازة على قول ابن القاسم (مسئلة) وأما
الأشجار فقد روى أشهب عن مالك في الحائطين المتقاربين المشتبهين في السقي أحدهما عجوة والآخر
صيحاني يجمعان في القسم ولم يراع فيه جودة الثمر ولا رداءته لأنه أضر غير موجود حين القسمة ولا
ثابت فأنما يلزمه أن يراعى جودة الشجر في أنفسها وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى وقد قال مالك في
النخل تختلف ألوانه في الحائط كالبرني والصيحاني واللون والجعرورانه يقسم على القيمة ويجمع
لكل واحد حظه في موضع من الحائط ولا يلتفت إلى ما صار لكل واحد منهم من أنواع التمر وهذا
في الجنس الواحد لتقارب منافعه وأما الأجناس المختلفة في المجموعة عن ابن القاسم في شجر تفاح
ورمان وخوخ وتمر وغيرهما من الفواكه مختلطة في جنان واحد يجمع ذلك كله في القسم بالقيمة
والسهم قال سحنون هو استحسان الفرق باجتماع السهم وأنا أكره أن يقسم هذا القسم واحدة وزاد
في المدونة بآثره أن قال في الفواكه فإن كل شيء من ذلك على حدة يحتمل قسم كل جنان على حدة
قسم فعلى هذا القول لابن القاسم وما تقدم له قبل أن ما يقسم على ثلاثة أضرب يجمع بينه في القسم
وإن كان كل نوع منه يحتمل القسم بانفراده كالنخل منها البرني والصيحاني وسائر أنواع التمر وضرب
يجمع بينه إذا لم يحتمل أنواعه في القسم ولا يجمع بينه إذا حملته كالفواكه والجيد مع الردي، وهذا

القسم الاول هو الذي قال فيه سحنون لما أوردته مطلقاً من هذا التقييد انه استحسن وهو مطرد على قول ابن القاسم في جمعه غليظ الثياب ورقية بها والفراء مع القمص وضرب لا يجمع بينه بوجه كالخلى مع الثياب والبعل مع النضح وأما تفاضل الأشجار في أنفسها فقد حكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر ان كان بعضها أقل من بعض والارض بعضها أكرم من بعض جمعت في القسم الآن يأتي من ذلك أمر يتباين وقال ابن حبيب مثله (مسئلة) وأما الدور فأنما تفاضل البنين أو برغبة الناس في المواضع والزهد فيها فأما البنين فقد قال سحنون في كتاب ابنه ان كانت إحدى الدارين قاعة لم يجمعها في القسمة وان كان بناء إحدى الدارين أجود من بناء الأخرى جمع في القسم اذا كانت في نمط واحد وهو قول عبد الملك بن الماجشون في المجموعة اذا اشتبهت الدور في بنائها وتقاربت جملتها في القسم فيجوز من مجموع قولها صراحة فصلين أحدهما ان كانت إحدى الدارين عارية من البنين أو خربة في حكم العارية لم يجمع مع المبنية والفصل الثاني أن يكون بنيانها متبايناً فيقتضى قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده انهما لا يجمعان وهو عند طرد قول أشهب في أن ما كان من الثياب في البيع جنسان مختلفان انه لا يجمع في القسم وما كان في البيع جنسا واحداً فإنه يجمع في القسم وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر والارض تجمع في القسم وبعضها أفضل من بعض الآن يتباين فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل في البنين في القسم الآن يتباين فلا يجمع والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الاماكن فقد قال أشهب في المجموعة اذا كانت الدار في نمط واحد جمعت في القسم وان كان بعضها أعمر من بعض كالارضين في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض قال سحنون وليست الدور كالارضين فقد تكون الدور في نمط ونفاقها مختلف ومن دارى الى الجامع نمط واحد وهو متباين الاختلاف فثبت الاختلاف بين أشهب وسحنون في النمط الواحد ويجب أن يحقق مع النمط معنى النمط ثم يبين وجه الاختلاف وذلك أن النمط يستعمل كثيراً بمعنى التقارب في الصفة فيقال هذه الثياب نمط واحد وهؤلاء القوم من نمط بمعنى التقارب في الصفات والأحوال الا انه لا يصلح أن يريد انه في هذا الموضع التقارب في الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والريض الواحد ويحتمل أن يريد به التقارب في المكان فقد جعل أشهب ذلك شرطاً في صحة الجمع ومنع منه سحنون الا بان يضم الى ذلك صفة أخرى وعلى التقارب في رغبة الناس فقد يكون أحد طرفي المحلة أو الموضع الذي يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من مرفق من المرافق جامع أو مسجداً أو سوقاً أو غير ذلك غير ان أشهب جاوز الجمع بين ما تقاربت مواضعه وان كان بعضهما أكرمها أفضل من بعض كما جوز جمع الأرض المتقاربة وان كان بعضها أكرم من بعض فكان يجب على قوله في الثياب أن يمنع من ذلك الا في التفاضل اليسير الذي لا تختلف فيه المناقع اختلافاً بينا وقال ابن حبيب قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والأخرى بعيدة من ذلك فلا يجمع بينهما الا براضٍ بغير سبب فبين بعض الوجوه المراضاة في تفضيل الأماكن ولم يذكر ان ذلك في نمط واحد أو أخطأ متباعدة وقال ابن القاسم في المجموعة ما كان حول المسجد من الدور فهو الذي تشاح الناس فيه ويضم بعضه الى بعض وفي المجموعة لابن القاسم اذا كانت إحدى الدارين في ناحية من المدينة والدار الأخرى في ناحية أخرى بعيدة من الأولى الآن رغبة الناس في الموضعين سواء فأنهما يجتمعان في القسم لان الدارين سواء

في الموضع والنفاق فلا يلتفت الى افتراقهما فذهب الى ان المراعى في الأماكن تساويهما في رغبة الناس وان تباعدت وفرق بين الدور والأرضين ان البلد الواحد لا تختلف اغراض الناس فيه مع تساوي الموضعين في النفاق والمرافق وتختلف في البلدين فتلخص من هذا ان أشهب يراعى في الأماكن تقارب الدور في النمط ويراعى سحنون القرب والتساوي في النفاق ويراعى ابن القاسم التساوي في النفاق خاصة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب وسحنون في مراعاة القرب فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة اذا تباعد ما بين الدارين مثل منزلي هذا ومنزل آخر بالثنية لم يجمع في القسم بخلاف التخييل والخواطر

(فصل) وأما البعد في الأرضين قال ابن القاسم ان كانت القرى متباعدة اليوم واليومين قسمت كل قرية مفردة وان تساوت رغبة الناس فيها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا كله عندي بقدر ما يرى من البعد والقرب ويؤدي اليه الاجتهاد وانما ذكرنا ما ذكرناه من لمة تقوى به المجتهد على ما يريده من النظر والاجتهاد وقد قال ابن الماجشون في المجموعة ليس للقرب حد الا بقدر ما يرى يوم يقع (مسألة) وأما الأشجار فان ابن حبيب يجمع البعل كله اذا تجاوز في الموضع كليل والميلين وقال في العتية والمجموعة عن مالك في املاك بين ورثة منها وادى القرى وبخير وبالفرع ان من كان منها وادى القرى وبخير جمع في القسم ويجمع ما كان بالفرع الى ما كان بناحيته قال عنه أشهب بخلاف الدور وقد قال عن مالك في المدونة في الخواطر المتباعدة بينها اليوم واليومين ان كل شيء من ذلك يقدر بالقسمة قال عنه أشهب ولا يقسم حوائط المدينة مع حوائط خير وقال في كتاب الصلاة بينهما ثمانية وأربعون ميلا

(فصل) وأما الماجل والحمام والبيت الصغير فقد قال مالك لا يقسم الحمام وغيره مما في قسمته ضرر قال عبد الملك في المجموعة لم أعلم أحدا من أصحابنا وافق ما لك على قسمة الحمام ولا سمعت من يستجيز ذلك قال ابن حبيب وهو قول أبي حنيفة وهو شاذ لم يقل به أحد من أصحاب مالك الا ابن كنانة قال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم وان كان أصغرهم حظاله انتفاع في وجهه من وجوه المنافع وان قل مما لا ضرر فيه فالقسم قائم قال ابن حبيب ورواه أصبغ عن ابن القاسم قال مطرف والذي أخذ به ان كان لبعضهم في ذلك منفعة لسبعة سهمه وبعضهم لا ينتفع به لصيق سهمه فيقسم بينهما كما قال مالك وان كان لا ينتفع به واحد منهم فبيعه وقسمته ثمة أولى بالصواب واحتج مالك لقوله بقوله تعالى مماثل منه أو أكثر نصيبا مفرضا وقال من خالفه في ذلك من أصحابنا معنى الآية ثبوت حقه ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث ويقسم ثمة دون عيئه واحتج ابن القاسم بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ضرر ولا ضرار وهذا أيضا يحتاج الى تأمل قد ذكرته في الاستيفاء (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يقسم الخمام ولا القرن ولا الرحا ولا البئر ولا العين ولا الساقية ولا الدكان ولا الجدار ولا الطريق ولا الشجرة وفي المجموعة يقسم الجدار ان لم يكن فيه ضرر وليس ذلك باختلاف والخلاف في ذلك كله على ما تقدم ومعنى الضرر في ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم أن لا يبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسمة مثل الدار التي تقسم فيكون ما يصير لكل واحد منهم ما يسكن وأما الحمام فلا يتصور ذلك فيه لانه لا يمكن أن يبقى نصيب كل واحد منهم حماما في الأغلب ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم ويراعى مع ذلك أن لا تنهب القسمة معظم منفعته وان بقي على حكم منفعته وأما ما يراعى ابن الماجشون وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره

(فصل) وأما ما ليس من الأصول الثابتة كالحيوان والعروض فإن منه ما يقسم دون ضرر ومنه ما لا يقسم الا بضرر فاما ما يقسم دون ضرر فكجماعة العبيد والدواب والثياب فاما العبيد فإنه يجمع في القسم ذكورهم واناثهم صغارهم وكبارهم وأعجميهم وفصيحيهم وحسنهم وقبيحهم زاد ابن القاسم والهديم وان تقاربت أثمانهم اذا اعتدلت في الفحقة قاله ابن حبيب قال روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك لجماعة فأراد بعضهم قسمه ان استطيع أن يقسم قسم والا يبيع فإن كان من جماعة الرقيق ما لا يقسم كالخمس بين العشرة لم تقسم قال ابن حبيب ولا يجمع في القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمير ولا الابل مع البقر ولا البقر مع الغنم وان اعتدلت الغنم ولكن يقسم كل نوع على حدته قال ابن القاسم في المدونة والبراذين صنف على حدة ويقسم بالتراضي وقال يحيى ابن يحيى في العتبية بلغني عن ابن الماجشون انه لا يقسم شيء من الحيوان والعروض بالعتبية ولكن يباع ذلك ويقسم ثمنه قال الشيخ أبو محمد والذي روى عنه ابن حبيب خلاف هذا وجه القول الأول انه مما تصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين ووجه القول الثاني ان ما لا تقسم أحاده فلا تقسم جماعته والأول أظهر في المذهب (مسألة) وأما الثياب فقد قال ابن حبيب ذهب ابن القاسم الى ان البركة من الخبز والحرير قال في المدونة والديباغ قال ابن حبيب عنه في القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء كلها جنس واحد في القسمة قال في المدونة اذا كان كل صنف لا يتحمل أن يفرد بالقسمة وأما البسط والوسائد فلا تجم مع البر والثياب وعندى ان ظاهر هذا أن الفراء من جملة البر وان هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئي بمعنى التجميل على الجسد وعلى هذا يجب أن يدخل في البر الأكسية والملاحف لانها تلبس على هذا الوجه وبذلك يميز البر من غيره من الأجناس وهي عنده غلة الجع في القسم قال ابن حبيب وخالفه مطرف وابن الماجشون لا يقسم ثياب الخبز والحرير مع ثياب القطن والكتان ولا مع الفراء ولا يقسم الصوف والمرعز مع ما ذكرناه قال ابن حبيب وثياب القطن والكتان صنف واحد في القسمة وان كان فيه ما قص وأردية وعمائم زاد ابن القاسم في المدونة وسراويلات وثياب الخبز والحرير من الوشي وغيره صنف واحد الا ما كان من وشى يريد في المدونة والله أعلم وشى القطن والكتان فلا يقسم مع وشى الخبز والحرير وليقسم وحده قال وثياب الديباغ صنف لا تقسم مع ثياب الخبز والحرير وثياب الصوف والمرعز صنف وان كان منها جيب وتيجان وفراء الخبز فان صنف لا يضم الى فراء الثنليات وقال أشهب في المجموعة كل ما يجوز من هذا أن يباع واحد باثنين الى أجل فلا يضم له في القسم لانهم ما صنفان وكل ما لا يجوز ذلك فيه فهو صنف واحد يجمع في القسم قال أشهب ولو جمع ما يقع عليه اسم بلوجب أن يجمع ما يقع عليه اسم دابة فيقسم الرقيق مع الدواب والخيول مع الجير والابل قال ابن عبدوس ومذهب أشهب في هذا أصح عندنا وعندى انه لا يلزمه على هذا قسمة الزيتونة والنخلة لانه لا يسلم في شيء من ذلك رأسا والله أعلم وأحكم وقال أشهب في المجموعة لا يجمع في القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت (مسألة) وأما ما كان من الطعام فلا يخلو أن يكون مما يجري فيه الربا أو مما لا يجري فيه الربا فان كان مما لا يجري فيه الربا فلا يخلو أن يكون جزافا أو مكبلا أو موزونا فان كان جزافا وكان مما تدعو الى قسمته في رؤس شجره حجة فتدري ابن القاسم عن مالك في المدونة وأشهب في المجموعة والعتبية عن مالك اجازة ذلك بشرط اتفاق على بعضها فما اتفقا أن تختلف حاجتهم الى ذلك بان يريد بعضهم

يباعو بعضهم أن يأكل رطباً وبعضهم أن يبيعس وأما أن أراد أحدهما يبيعه والآخر أكله فقد جوز
 ذلك ابن القاسم في البلح الكبير وأنكره سحنون ولم يره اختلاف حاجة لأن الذي يبيع يجد وقد
 اجتمع على الجداد لأن تركه يبطل القسم وهذا الذي قاله سحنون فيه نظر لأن مال الكاجوز
 قدمته من غير جديف أن أراد أن يعجل الجديف ومن أراد أن يؤخره أخر ولو كان على الجديف قسم
 إلا بالكيل ولذلك قال ابن عبدوس لا تجوز قسمته إذا أثمر وقال في المدونة ولو اقتسماه بعد ما أثمر
 حين اختلفت حاجتهما فتركا حتى أثمر لم تنتقض القسمة وقال في موضع آخر منها لأن قسمة
 ذلك بالحرص عند اختلاف الحاجة قبض والحرص هو الكيل وليس كل من أراد أن يبيع يجد
 ويأثر ببيع بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله وكذلك من أراد أن
 يأكل لا يمكنه جده إلا بحسب حاجته إلى أكله وذلك لا يتقدر إلا بحسب ما يباشره عند الحاجة
 (فرع) وروى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة أن ذلك إنما يكون إذا طاب وحل بيعه
 قال ابن القاسم في المدونة فإن لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهما بالحرص قال ولا يقسم النخل على
 حال إلا أن يجده أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه وقال ابن القاسم في المدونة قاله هو وأشهب في
 المجموعة ولهم قسم البلح الأرض الكبير على الخرص وإن لم يجد أحدهما إلا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة
 أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهي فتنتقض القسمة لأنه من يبيع العرق قبل بدو صلاحه فقبض
 بهذا أن منعه قسمة البلح على الإطلاق وإنما هو لمن أراد أن يبيعه حتى يزهي (فرع) والشرط
 الثالث أن يكون مما يحرص وهو النخل والعنب فلم يجوز ابن القاسم ذلك في غيرهما وقال لا تقسم
 الفاكهة بالحرص وإن احتاج إليها أهلها وإنما ذلك في النخل والعنب وقد ذكرنا بعض أحكامها
 مال الكارخص فيه فسأله عنه فقال لا أرى ذلك وروى أشهب عن مالك في المجموعة لا بأس ببيع
 النخل والعنب والتين وغير ذلك ووجه القول الأول أنه معنى شرع فيه الخرص فوجب أن يختص
 بالنخل والعنب كالزكاة ووجه القول الثاني أن الحاجة في الزكاة إلى الخرص إنما هي لأنها مجرت
 العادة بأكثر رطب بالحرص عليهم ليستقر مقدار الزكاة في الثمرة وتطلق أيديهم عليها وهذا معنى
 يختص بالنخل والعنب مما فيه الزكاة عند ابن القاسم والمشهور من قول مالك وأما القسمة فالحاجة
 إليها في سائر الثمار كالحاجة إليها في النخل والعنب فالحاجة الخرص للقسمة في جميعها إذ لا سبيل إليها
 بغيره (فرع) والشرط الرابع أن يكون ذلك في الشيء اليسير وقد ذكره مالك ذلك في الثمار
 الكثيرة جداً لأنه مما ينال بعجلة ولا يختلف عند الحاجة إلا في الشيء اليسير (فرع) والشرط
 الخامس أن لا يختلف فيما أخذ أحدهما يسيراً والآخر رطباً وإن كان بالحرص ولكن لا يقتسمان
 الرطب ويقتسمان البسر قاله أشهب في المجموعة ووجه المنع من بيع الرطب بالبسر والبسر بالرطب
 لاختلاف صفتيهما وتعدده معرفة تساويهما حال الادخار وذلك شرط في صحة بعضه ببعض (فرع)
 والشرط السادس أن يتحرى تساوى الكيل في الكيل وإن كان بعض الكيل أفضل من بعض
 كالبرني والصيحاني والعجوة والعنب الأجر والأسود فإنه يجمع في القسم على تساوى الكيل
 فإن أبيض ذلك أحدهم قسم كل نوع من ذلك قاله مالك قال وإن أحبا المقايضة جاز ذلك ومن طلب منهما
 القسمة فذلك له قال القاضي أبو الويلد رحمه الله وعندى أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة وهو
 ظاهر قول أصحابنا لأنها تميز للحق وأما للمراضاة فإنه يبيع محض ولا يجوز أن ينعقد في المطعوم إلا
 بقبض ناجز (مسألة) فإن اقتسمت الأصول وفيها ثمر فلا يخلو أن يكون من هيا أو غير من هيا فإن كانت

الثمرة بلعاً أو طلعاً فقد قال أشهب أنه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل ما لم يبلغ أن يكون طلعاً أو يكون بلعاً حاولوا فلا يجوز لا متناع التفاضل فيه * قال القاضي أبو الوليد وعندي أن منعه قسمته مع الطلع لأنه لا يجوز قسمته دون الطلع لأنها ثمرة لم تثور ولا يجوز قسمته مع الطلع لأنه كقول مما يجرى فيه الربا وقال ابن القاسم تقسم الرقاب ويترك البلع والطلع وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال إذا لم تثور لم تجز قسمته (مسئلة) وأما ما ليس له أصل ثابت كالزرع والبقول فإنه لا يقسم شيء من ذلك بالخرص حتى يجند قال ابن حبيب كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام فلا يقسم بالتحري لا زرعاً ولا حصيداً ولا مدر وساولاً ومصبراً إلا كيلاً فيما يكال أو وزناً فيما يوزن أو عدداً فيما يعد ما خلا الثمار إذا بدأ صلاحها وقاله مالك ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون وذلك يحتمل أن يعلل بعلمين على أصل ابن القاسم لأنه لا يجزى فيه بالخرص فلا يصح التساوي فيه والثاني أنه لا يقبض في الوقت وعدم التقابض فيه يفسد قسمته وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم أنه كره قسمة البقول بالخرص قال ابن عبدوس لأنه لا يقبض كل واحد منهما ما صار إليه وقد أخطأ من قال عنه أنه لا يميز قسمته بالتحري بعد الجند وهو يميز التحري في الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه التفاضل (مسئلة) وإن كانت الثمرة قد أزهت أفردت الرقاب بالقسمة ثم إن قسمت الثمرة بعد ذلك لاختلاف الحاجة فيسقى كل واحد نخلة وإن كانت ثمرتها الغيرة كبائع ثمرة نخله وأنكر ذلك سحنون وقال القسم تميز بحق والسقي على من له الثمرة بخلاف البيع ولو كان كالبائع لم يكن على صاحب الأصل إلا أن يسقى نصف ماله في أصله ونصف ما في نخله صاحبه لأن الثمرة مختلفة في الخرص فتعادل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فيختلف السقي والخرص سواء وفرق آخر أن الجائز في البيع دون القسمة (مسئلة) فإن قسمه صبراً فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتحري فإن قسم بمقاديره فقد قال ابن الماجشون في المجموع في قسم الرطب والتمر والعنب أنه يقسم على الأكثر من شأنه في البلد من الوزن أو الكيل قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم القاضي الزيت كيلاً أو وزناً أي ذلك شاء فهل وقد قال أشهب في المدونة يبيع الزيت بالكيل فاما بالوزن فأى عرف ما في ذلك من الكيل فلا بأس به وإن كان ذلك يختلف فلا خير فيه فجعل الأصل فيه الكيل وإن قسم على التحري فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل أو مما يجوز فيه التفاضل فإن كان مما يجزى فيه الر بافتدح حكي ابن حبيب في وأخذه عن مالك وأصحابه أن ما لا يجوز فيه التفاضل لا يجوز قسمته بمصبراً بالتحري إلا كيلاً في المكيل أو وزناً في الموزون أو عدداً في المعدود وحكى ابن القاسم عن مالك أنه يجوز قسمة الخبز واللحم والخمير بالتحري وجه القول الأول أنه مما يجزى فيه الر باوياًزم فيه التساوي ولا يوصل إلى حقيقة ذلك بالتحري لأن التحري ليس بمقدر في نفسه فيعرف التساوي وإنما يتحري بالموزون أو المكيل ولا يدرك حقيقة ذلك بالتحري ووجه القول الثاني أن التحري طريق إلى معرفة التساوي والتفاضل كالوزن والكيل ولا شئ أن التساوي في أحد المقدارين لا يمنع التفاضل بالمقدار الثاني (فرع) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز بشرطين أحدهما ما ذكره في كتاب ابن المواز أنه لا يجوز ذلك في المكيل وإنما يجوز في الموزون كاللحم والخبز والخمير واحتج لذلك ابن حبيب بأن التحري إنما يجوز عند عدم ما يقدر به والكيل لا يعدم ولو بالخفة وإنما يعدم الموازين ونظائر قول مالك في المدونة يبيع السلم في الخبز بالتحري يدل على أنه يجوز ذلك مع وجود الموازين لأنه في الغالب إنما يسلم إليه في أمد يمكن تحصيل الموازين فيه وكل موضع يكون فيه استينافاً ما يوزن

غالب ما يوجد فيه الموازين فان قال بهذا أحد من العلماء فيجوز على قوله بالتعري (فرع)
والشرط الثاني رواه عيسى عن ابن القاسم في العتيبة ان ذلك في الشيء القليل ووجه ذلك ان
الكثير لا يتحقق فيه التساوي بالتعري وانما يوصل الى ما يقرب من ذلك في اليسير بأن كان بينهما شيء مما
لا يعتبر ولا يقصد وأما الكثير فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الاباحة وينافيها والله أعلم (مسئلة)
وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والخيذ والرصاص فقدره روى ابن
حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون انه يجوز اقتسامه تعرياً على التعديل والتفضيل ولا يجوز
على الشك في التعديل كالتبادل فيه قال محمد بن عبد الحكم لأبأس أن يقسم الحناء والسكتان
والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتعري وقد قيل لا يجوز واجازته أحب الينا
وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم انه لا يجوز تقسيم الحناء والتبن والنوى والسكتان
والمسك الا كيلا في المسكيل أو وزناً في الموزون الا ان يتبين التفاضل البين قال ابن عبدوس
وقول ابن القاسم أبعد في الاصل وأحب الى وقال ابن عبدوس في القول قد أخطأ من قال في القول
عن ابن القاسم انه لا يجوز قسمتها بهذا الجد على التعري وهو غير التعري في الخبز واللحم فكيف بما
يجوز فيه التفاضل وهذا خلاف ما اختاره في قسمة الحناء والسكتان والمسك والخلاف في هذه
المسئلة طاع في المنهج وجه رواية الجواز انه يجوز فيه التفاضل فاذا تعري المساواة فهو أجوز
لأن كل ما يجوز فيه التفاضل يجوز فيه التساوي وقد يجوز التساوي فيما لا يجوز فيه التفاضل
ووجه رواية المنع أن التعري مع عدم التفاضل يبين ان القصد المخاطرة والمغابنة وذلك يمنع الجواز
كما لو شك في التساوي والقياس عندي جواز ذلك لأن قصد كل واحد منهما غير الآخر لا يمنع الجواز
كما لو كانت من جنسين مختلفين مطعوم وغير مطعوم (مسئلة) واذا ثبت ذلك فيما يكال ويوزن
فقد قال سحنون لا يكون فيه السهير يذ لا يقسم بالقرعة وكذلك عندي ما قسم بالتعري لأن التعري
بدل من الوزن وذلك اذا تساوت السهام في الجودة والجنس والقدر لم يحتج في ذلك الى سهام
كالدنانير والدراهم بخلاف ما يحتاج الى التمودفانه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه
(فصل) وأما ما لا ينقسم الا بضرر فنه ما لا يصح ذلك فيه كالعبد والداية ومنه ما يمكن ذلك فيه
ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو السكتان أو الصوف أو الحرير أو الخز أو الحل أو
الجدع من الخشب وقد قال أشهب في المجموعة لا تقسم الخشبة فان قيل من الخشب ما يصلح بالقطع
وكذلك من الثياب ما يكون قطعه صلاحاً ولا يكلف ذلك من أباه وانما القسمة في غير الرباع من
الارضين فيما لا يحال عن حال ولا يحدث بالقسمة فيه ما لم يكن فيه من قطع ولا زيادة دراهم وقال ابن
حبيب أيضاً لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد (مسئلة) وما كان في حكم العين الواحد كاللباس
والخفين والجوربين وحكمه في منع القسمة اذا أبي ذلك أحدهما حكم العين الواحدة قاله ابن القاسم
وغيره من أصحابنا واختلفوا في الغرارتين فقال ابن القاسم في المسئلة ان لم يكن في ذلك فساد
قسمتهما بين الشريكين وان كان فيهما فساد لم أقسمهما وبالله التوفيق وقال ابن حبيب لا تقسم
وجعلهما كالخرج وجوز أشهب قسمتهما في المجموعة وجه القول الاول ان الغالب من حالهما
استعملهما جميعاً في الحل على الدابة فلا يقسمان كالخرج ووجه القول الثاني انه قد تستعمل الواحدة
منهما غالباً على الدواب وعلى ظهور الرجال فثبت لهما حكم القسمة (فرع) اذا ثبت ان ذلك لا يقسم
فان اتفقوا على بقاء ذلك على حكم الشركة جاز ذلك وان أرادوا أن يتهاونا في ذلك جاز ولا يجبر أحد

على ذلك ومن دعا الى البيع أجبر اشراكه على التسوية معه فان أراد البيع من دعا اليه قيل لمن أباه من اشراكه اما أن تأخذ حصته بما أعطى فيها واما أن تباع معه

﴿ القضاء في الضواري والحريسة ﴾

قوله الضواري يريد ما ضريت أكل زرع الناس من البهائم والحريسة الماشية المحروسة والضواري هي التي تسمى العوادي وقد قال مالك في المدونة في الابل والبقر والذئب التي تعد في زرع الناس قد ضريت ذلك أرى أن تغرب وتباع في بلاد لا زرع فيها قال ابن القاسم وأرى الغنم والدواب بحسبها تباع الا ان يحبسها أهلها عن الناس يريد ان استطاع أهلها أن يحبسوها لتكون الدواب مستخدمة غير مهمة والغنم يجب حفظ رعيها فلا تلهيهم وان لم يستطعوا ذلك ووصل ضررها الى الزرع بيعت على الوجه المذكور وقال ابن حبيب قال مالك يأمر الامام ببيعها وان أكرهها بوجه ذلك انه ليس له الاضرار بحيرانه برعي زرعهم وفساد حوائطهم واذ لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع وتعدت القدرة على حفظها لم يمكن ازالة ضررها الا ببيعها ممن يكفأ اذاها بدج أو تغريب الى بلاد لا زرع فيه الا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها فله ذلك (مسئلة) وأما ما كان من الحيوان مما لا يستطيع حراسته ومنعه من الأذى كالنحل يتخذ الرجل في القرية يضم بشجر القوم أو يتخذ فيها برجا أو ياليه العواقر والحمام فيصيب من فرخها فتضرب بالزرع قاله مطرف أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زرعهم وشجرهم لان هذا طائر ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطيع ذلك في الماشية وقد قال مالك في الدابة التي ضربت بافساد الزرع ولا يحرس منها تباع وتغرب فالنحل والحمام أشد وكذلك الدجاج الطائفة والأوز وشبهها مما لا يستطيع الاحتراس منه وأما ما يستطيع الاحتراس منه فلا يؤمر صاحبه باخراجه واختاره ابن حبيب ومعنى ذلك ان الماشية وما يمكن الاحتراس منه بالحفظ المعهود لا يؤمر أهله ببيعها وانما يؤمر بذلك فيما تعذر ولا يمنع بالحفظ المعتاد لما يرتد على ذلك وهو بمنزلة النحل والطير الذي لا يمكن التحرز منه فانه يؤمر بازالته ابتداء وان لم يخرج على عادة جنسه ووجه ذلك انه لا يمكن التحفظ منها ولا دفع أذاها وقال أصبغ النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وان ضربت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم وكذلك قاله ابن القاسم وقال ابن كنانة في المجموعة وزاد وما أحب أن يؤدي أحد ووجه هذا ان هذه معان لا تضر الا بالنهار ولا يجبد الناس بدان اتخاذها لانها من منافعهم ومعظم فوائدهم فلا يمنع من اتخاذها (مسئلة) وما أصابت الماشية التي ضربت بافساد الزرع والحوائط فقد روى عيسى عن ابن القاسم ما أصابته قبل التقدم الى أربابها فلا ضمان عليهم فيه وما أصابته بعد ذلك ضمنوه ليلا أصابته أو نهارا كالكلب العقور قال واذا أخذ الكلب العقور حيث لا يجوز اتخاذها فهو ضامن تقدم اليه أو لم يتقدم وذلك يقتضي ان ما أفسدت المواشي حيث لا يجوز اتخاذها لا تدليس بموضع مسرح ولا جرت العادة بارسال المواشي فيه فان على أهلها ضمان ما أفسدت ليلا أو نهارا قبل التقدم وبعده والله أعلم وأحكم

عن مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة ان ناقة البراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها

﴿ القضاء في الضواري

والحريسة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن ابن شهاب عن حرام

ابن سعد بن محيصة ان

ناقة البراء بن عازب دخلت

حائط رجل فافسدت فيه

فقضى رسول الله صلى

الله عليه وسلم ان على أهل

الحوائط حفظها بالنهار

وان ما أفسدت المواشي

بالليل ضامن على أهلها

ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من افساد الأموال وتضييعها فاما وجب لذلك حفظ الزرع
التي هي معظم الأقوات وسبب النعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزرع ولا يلزمهم ذلك بالليل
لأنه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم وليس بوقت رعي الماشية في غالب الحال والوجه الثاني أن أهل
الزرع أن أرادوا حفظ رزقهم ودفع الضرر عنهم فإن عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعي
المواشي بالنهار ولا بد مع ذلك من الأعمال وليس كل أحد له من رعي ناقته ودابته فان منعها الرعي
اضربها وإن أرادوا الحفظ لما لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم وفائدة الكلام على الوجهين
أنه لضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا وبذلك مالک وأبو حنيفة والشافعي وقال
الميت يضمن أرباب المواشي ما أفسدت بالليل والنهار والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذي
ذكرناه وقدر أيت بعض من احتج لما ذكره بقوله تعالى وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرب إذ
نفشت فيه غم القوم وكنا لحكمهم شاهدين قالوا والنفس لا يكون إلا بالليل وقد ذكر مثل هذا عن
شرح وهذا ليس بين لأنه لو كان في الآية التصريح بالحكم أنه ضمن أهل الماشية التي نفشت لم يكن
فيه نفي الحكم بذلك في الرعية بالنهار إلا من جهة دليل الخطاب وليس عندي دليل صحيح فكيف
والآية لم تتضمن تفسير الحكم ولا يبيانه وإنما في ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه والله أعلم وأحكم
(فرع) إذا ثبت ذلك فسواء كان محظرا أو غير محظر عليه رواه أشهب وابن نافع في العتية عن
مالك وزاد في الزنية عيسى عن ابن القاسم وجميع الأشياء في ذلك سواء

(فصل) قوله وما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها بمعنى مضمون وبهذا قال مالک والشافعي
روى ابن القاسم عن مالک أرى أن يفتى فيما أفسدت المواشي بما جاء في الحديث والزرع مثل
الخوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار وقال أبو حنيفة لا ضمان على أهل المواشي فيما أفسدت في
ليل ولا نهار والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها ومن جهة
المعنى أن أهلها بالليل من باب التعدي لأنه ليس بوقت رعي معتاد فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه
كالقائد والسائق فيما أفسدت الدابة (فرع) إذا ثبت أن أهل المواشي ضامن ما أفسدته بالليل
فقدر روى ابن حبيب عن مطرف عن مالک أن عليهم قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف أن يتم أولادهم
زاد أشهب وابن نافع عن مالک في الجموعه وان لم يبد صلاحه وزاد عيسى عن ابن القاسم قيمة لو حل
بيعه قال في رواية مطرف ولا يستأني بالزرع أن يثبت أو لا يثبت كما يصنع بسن الصغير ووجه قول
مالک أن ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه لأنه كان قائما على أصله بين رجاء وخوف أن يعوقه عائق
من كثرة ماء أو قلة وغير ذلك فعلى ذلك تعتبر قيمته وما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله ولا يحكم
لصغيره بحكم كبيره لم يرد غرم قيمته على صفة ولم يعتبر بان يخلف به ذلك أو لا يخلف بخلاف السن
الذي انما يراعى الجمال والمنفعة بها فإذا ثبتت كانت الجناية عليها أخف ولم يلزم ضمانها جلة وإذا ثبت من
نبات الزممت فيها ديتها دون قيمتها والسيات مختصة بما يتلف ولا يعود فلذلك استثنى لي علم من نباتها أو
عدمه ما يجب من قيمته وأدبته والله أعلم (فرع) إذا ثبت أن أهل المواشي قية ما أفسدت
فيلزمهم ذلك وإن كان أكثر من قيمتها رواه ابن القاسم عن مالک وقال الميت انما عليه الأقل من قيمتها
أو قيمة ما أفسدت والدليل على ما قاله مالک ومن تابعه أن هذه الجناية ليست من المواشي وانما هي من
أربابها فلا يجوز لهم تسليها بجنايتها ولا يقصر الأرض على قيمتها كما لو أصابته مع القائد أو السائق
(فرع) ولو ثبت الزرع قبل الحكم فيه بالقيمة فلا يخلو أن يكون الزرع الذي أفسدته مما كانت فيه

منفعة حين الرعي أو غيره أو لا تكون فيه منفعة حين رعيه فإن كانت فيه منفعة فمليه قيمته حين الرعي لا يراعى فيه رجاء ولا خوف مع الأدب وإن لم يكن فيه منفعة فلا شيء عليه في ماله وعليه الأدب بقدر سنده وإفساده رواه ابن حبيب عن مطرف وقال أصبغ وإن عاد لهيئته فإنه يقوم على الرجاء والخوف نبت أو لم ينبت قبل الحكم وبعده وجه القول الأول أن الزرع له قيمتان أحدهما أن يكون في نفسه ينفع به ويرجى تزايد منفعته والثاني أن لا يكون في عينه منفعة إلا ما يرجى من انتهائه إليه فإن كانت فيه منفعة لنفسه لم يمان حكم عليه قبل نبتة قيمة المنفعتين لأن عليه قيمة مثل ذلك الزرع على قوة الرجاء فيه وإن نبت قبل الحكم عليه وصار على ما كان عليه فمعه عاد إلى ما كان عليه فعلم أنه لم يتلفه عليه ولم يمتد قيمة البقل الذي هو من نبات أصل زرعه وأما أن كان حين رعيه لا منفعة فيه ثم عاد إلى ما كان عليه قبل الحكم فلم يتلف شيئا له فيه فلا شيء له عليه ووجه قول أصبغ أن ما ألتف عليه يار فيه قيمة الرجاء والخوف وما تلف فائما وفائدة الأصل الذي بقي في الأرض فهو لا يأخذ منه قيمة الأصل وإنما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع ولأنه لو أبطلت القيمة بنباتة لم يوجب أن لا يحكم بنيتها حتى يعلم هل يعود بالنبات فتبطل القيمة أو لا يعود فيثبت وجوبها كمن الصبي (مسئلة) وعند الحكم ما أفسدت من الزرع والحوائط والحرق وأما لو خرجت ليل أو طشت ربة الاقائمة طعنت رجله فانه حذر قال ذلك كله عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يخرج العجاء جبار ومن جهة المعنى أن هذا الأمر لا يتقصده المواشي غالباً فلا يتيسر منه

* مالك عن هشام بن
عروة عن أبيه عن يحيى
ابن عبد الرحمن بن
حاطب أن رقيقاً

(فصل) وقد انصرت ذكره أختارنا في هذه المسئلة وسواء تبنى في الموضع الذي يكون فيه الزرع أو الحوائط مع المسارح والمواضع عند ثلاثه أضرب موضع تتداخل فيه المسارح والمراعى والثاني أن تنفرد المراعى أو الحوائط وليس بمكان مسرح والثالث أن يكون موضع مسرح وليس بموضع زرع فيحدث فيه انسان زرعاً فإن كان موضع زرع ومسرح فقد تقدم ذكر حكمه وهو الذي ورد فيه الحكم عندى والألف واللام في الحائط والمواشي المذكورين في الحديث للعهد لا اجتماع الأمرين فيه فلو لم يكن لأهل المواشي أرساها بالنهار فيمخرج عن أن يكون لها مسرح ولو لم يرد هذا بالحديث وأريد به الشاذة من المواشي لا تغشى على أهل الحوائط بحفظها بالنهار لأن ما يشذ ويندر لا يحتاج إلى الحفظ وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل وإن كان موضع زرع دون مسرح فهذه عندى لا يجوز إرسال المواشي فيها وما أفسدت ليلاً أو نهاراً فيلحق أصحاب المواشي ضيائه وقد قال أصبغ في المانية ليس لأهل المواشي أن يفرجوا إلى فرى الزرع بغير ذواد ولكن عليهم أن يذودوا عن الزرع فإذا بلغوا المراعى والمسارح مسرحوا عما نالت فاشد منها إلى الزرع واجنات فبلى أصحاب الزرع واجنات دفعها وأما الموضع الثالث وهو موضع مسرح خرجت عادة الناس بإرسال مواشيهم فيدليلاً ونهاراً فأحدث رجل فيه زرعاً من غير إذن الامام في الاحياء فإنه ليس على أهل المواشي الامتناع من ارجاء مواشيهم ليلاً أو نهاراً وما أفسدت من زرعه بالليل فلا ضمان عليهم فيه لأنه جرح اجنابة إلى نفسه حيث زرع بموضع المسرح وأراد منع الناس من منافعتهم التي تشبهت لهم والله أعلم (مسئلة) وإذا كانت الدواب تغرق في الزرع فتفسد فخر رب الزرع حول الزرع حذر المسكان الدواب فوقه بعضها في ذلك فبات فروى أصبغ عن ابن القاسم لاني عليه ولو لم يندرم قال أصبغ وهو قول مالك إن شاء الله تعالى وقد قال فيمن يحضر للسارق زبيته فوقه فيها السارق أو غير ذلك يضمن من مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقاً

حاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمك غراما شق عليك ثم قال للمزني كم من ناقتك فقال المزني كنت والله أمتعها من أربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى وسمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يفرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها ش قوله ان رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها لا يتحروها ان يكون ثبت ذلك عندهم بينة أو باقرار العبيد مع دعوى المزني أو بدعوى المزني في ذلك معرفة حاطب وطلبه عينة على ذلك فنسكل حاطب وحلف المزني فان كان ذلك بينة أو نكول حاطب وحلف المزني فعلى ما تقدم في سائر الحقوق وقال ابن عباس في عبيد انتحروا حمارا وقال خفت أن أموت جوعا لا يقطع ويفرم سيده من الحمار وقال محمد بن ذلك اذا ثبت أن السيد كان يجمعه فيفرم أو يساه أو انما غرم عمر حاطبا وترك قطع عبيده لانه كان يجمعههم فعلى هذا أيضا يجمع بين القطع والقيمة وقد قال في الحديث انه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم فعلى رأي ابن الموزان نصرف عنه الى التقويم لما ثبت عنده انه كان يجمعههم وعلى رأي أصبغ انه جمع بين الأمرين ولعله كان للعبيد مال فوق الغرم منه وقال حاطب لأغرمك غراما شق عليك يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذي كان له أخذه ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه فيه كانوا يقدرون على السعي والتكسب ان كان ذلك باقرار العبيد فقد قال مالك لا يقبل من اقرار العبيد الا ما ينصرف الى جسده فأما ما يلزم سيده به أمر فلا فهذا على الاطلاق ويعرى في القضية مما يقويها وأما اذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الحال فان اقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده وقد قال مالك في عبد أصاب صبيا بموخذة فأتى متعلقا به ولا ينفقه فأقر العبد بما كان قريبا من فعله ويأتى مكانه متعلقا به فليقبل منه فأما ما بعدوا وما يقول كنت فعلته فلا يقبل منه وقاله ابن القاسم وقد قال مالك في عبيد دخل عليهم وعندهم شاتان من بوحتان يهرقان لجرهم فأقر اثنان منهم وجحد الثالث ان غرم ذلك على سادتهم فعلى هذا أيضا يحتمل أن يكون انما أغرم حاطبا لما وجدت الناقة بين أيدي العبيد وعرف انها كانت للمزني الطالب لها وثبت ذلك بالبينة

(فصل) وقوله فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم قال عيسى في المدونة معنى ذلك عندنا أنهم سرقوها من حرزها ولم يسرقوها من المرحى وسيأتى معنى الحرز مفسرا في كتاب القطع في السرقة

(فصل) وقوله أراك تجيعهم يحتمل أن يكون العبيد قد شكوا ذلك اليه واعتذروا بدلسرقتهم ويحتمل أن يكون ثبت ذلك عنده بينة شهدت به ويحتمل أن يكون رأى فيهم من الضعف ما استدل به عليه فأكثر عليه اجاعتهم لانه يلزم السيد أن لا يجمع رقيقه بل يشبعهم الوسط أو يبيعهم لما روى أبو ذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم

(فصل) وقوله والله لأغرمك غراما شق عليك يريد به الغرم الكثير الذي يعلم أن حاطبا يتوجع له مع كثرة ماله ولعله أداه اجتهاده على أن ذلك يجوز له على وجه الادب والتعزير لحاطب على اجاعته لرقيقه واحواجه لهم الى السرقة التي كانت سبب قطع أيديهم وسبب اتلاف ناقة المزني فرأى أن يغرمه اياها ولعله قد كان كرونيه اياه عن ذلك وحده في قوتهم حدا لم يمتثل له قال مالك فحين اتخذ

حاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمك غراما شق عليك ثم قال للمزني كم من ناقتك فقال المزني كنت والله أمتعها من أربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى وسمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يفرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها

في ماشيته كلها عقوراً فقدم اليه الامام في ازالته فلم يزل به وقتل أحداً أن علي صاحبه دينه ولا شك أنه لو كان عبداً للزمته قيمته وقد قال مالك فمين غش لبنا أوزعنا أومسكنا لهما راق وليتصدق به ولم يخص قليلاً ولا كثيراً وقال ابن القاسم وغيره إنما ذلك في اليسير فأما الكثير فلا يتصدق به ويوجع أديباً هذا الذي أشار اليه أصحابنا في تأويل هذا الحديث ويحتمل عندى أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقة لما اعتقده من كثرة قيمتها وإن حاطب باشق عليه غرم مثلها والله أعلم وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة إن كان مالك يرى على السيد النهر من غير تضعيف قال أصبغ لا يبازم السيد من ذلك الاقيمة واحدة لا أقل ولا أكثر لا في ماله ولا في رقاب العبيد القطع الذي وجد عليهم قال الداودي غلط من ظن أن القطع نفذ وإنما كان عمر أصر بقطعهم ثم قال أراك تجيعهم ثم أصر بصرهم ولم يقطعهم وعذرهم بالجوع وهذا مما موم من سيرة عمر في عام الرمادة فإنه لم يقطع سارقاً وتروى ابن وهب في موطنه لما مفسر من حديث أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبداً الرجن بن حاطب قال توفي حاطب وترك أعبداً منهم من يمنعه من ستة آلاف يعملون في مال لحاطب بسوان فأرسل عمر فقال هؤلاء عبيدك قد سرقوا ووجب عليهم ما وجب على السارق فانتحروا ناقة لرجل من مزيته واعتفوا بها ومعهما المزي فأصر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم أرسل وراءه من يأتيه بهم فجاء بهم فقال لعبداً الرجن بن حاطب أما لو لا أني أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم ولكن والله إذا تركتهم لأغرمك غرامة توجعك (مسئلة) وإن كان للعبيد أموال فقدا قال أصبغ إنما كان يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال والأفلاشي وإنما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها فيخير السيد بين أسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها وقال ابن المواز لا يتبع في السرقة التي تقطع في رقبته ولا في يده ولو ثبت ذلك بالينة إذا لم توجد بعينها لأن ماله إنما صار له بعد العتق (فصل) وقوله للمزني كم ثمن نانتك يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما اتفقت حاطب من معرفة قيمتها لأن القول قول الغارم ويحتمل أن يكون بدأ بالمزني ليعرف منتهى ما يدعيه ثم توقف حاطب عن الاقرار بذلك والإنكار له وهكذا وجه العمل لأنه لا يوقف مدعى عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعى في دعواه تلك في قدرها وجنسها فيصير قوة فالدعى عليه على ذلك ليقرر بعد ذلك أو ينكر (فصل) وقوله للمزني كنت والله أعلم بما من أربما درهم على معنى الاخبار بقيمتها على التصري بذلك وإن ذكر أقل ما يمكن من قيمتها وما كان يتبع من بيعها به ويحتمل أن يكون تسعة على معنى تحقيق دعواه والاخبار عن تيقنه كما قال وما دعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه ولم يتبع عمر أن يحلفه إلا لأن حاطب باصده لأن ما شهدوا له بذلك أو لأنه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه باجترار قيمة ولذلك لم يتبع عمر على ما ادعاه المزني من قيمة ناقته حتى أضعف ذلك عليه ورأى المزني أحق الناس بذلك لأنه هو الذي جنى عليه بتفويت ناقته لأنه وإن كان أخذاً قيمتها أربما درهم فقد كان له غرض في عيها فنوته عيها بسرقتها ونحرها وهذا وإن كان وحدها لاجتهاد عمر فالنقطة اليوم لا يرون ذلك ويرون على من جنى بتعديله قيمة واحدة هذا إذا حلفنا قول عمر على أنه قصد تضعيف القيمة عليه ويعتدل أنه لم يمس ذلك وفقد وجهاً من وجود سند كرهت بها بعددنا إن شاء الله تعالى

(فصل) وقوله أعطه ثمانمائة درهم ظاهراً قد ضعف القيمة التي ادعاه المزني وقد قال مالك بآثر

الحديث ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة وإنما العمل عندنا أن يفرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه ظاهره أيضا أنه لم يكن يرى ظاهر حديث عمر في تضعيف القيمة على الجاني * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يكون عمر إنما أضعف القيمة لأن المزي ادعى لنفسه قيمة ناقة في بلد أو زمن غير البلد والزمن التي سرقته والقيمة تتضاعف فيه ولذلك قال وإنما يلزم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن قيمته ان زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغيير الأسواق بانتقال زمن أو بنقله إلى مكان فإن تلك الزيادة له ولو نقصت لكان النقصان عليه وقد قال الشيخ أبو محمد رأيت لابن كنانة أنه انما سأله عن ثمن ناقته فأضعفه يحتمل أن يصادف تضعيف القيمة قيمتها اليوم قال غيره ولو لم يقل بذلك أحد بعده لم يجب القول به ولو أجمعوا على ترك العمل بحديث النبي صلى الله عليه وسلم لترك وعلم أنهم لم يجمعوا إلا على ما يجب المصير إليه غير أن الأول أظهر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول مالك وإنما يفرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن ملحقه من نقص في ضمان من أخذه فإن أدركه نقص ثم هلك ضمانه الآخذ سالما من ذلك النقص وإن وجده ناقصا فعلى ما قدمناه قبل هذا من مراعاة النقص إن كان من فعل الآخذ أو من فعل غيره وإن زاد عند المتعدي فوجده صاحبه كان له أخذه بزيادته وإن هلك بعد الزيادة لم يكن عليه الاقيمة يوم الأخذ والله التوفيق

القضاء فيما أصاب شيئا من البهائم

ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيما أصاب شيئا من البهائم إن على الذي أصابها قدر ما نقص من ثمنها * ش وهذا على حسب ما قال إن من أصاب شيئا من البهائم فنقصتها جنايةته نقصا لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها وذلك أن تساوى سائمة عشرة ذنانير وتساوى بالجناية ثمانية فإن عليه ما نقص منها وذلك خمس قيمتها وذلك ما لم تتلف منفعتها المقصودة منها فإن أتلفت منفعتها المقصودة منها من عمل بها أو غيره فعليه قيمتها وبه قال الليث وقال الشافعي ليس عليه إلا ما نقص منها وبه قال أبو حنيفة في عين الدابة والبقرة ربع ثمنها وفي شاة القصاب ما نقصها قال الطحاوي وهذا استحسان وقد تقدم الكلام في هذا في باب القضاء في استهلاك الحيوان بما يغني عن أعادته والله أعلم ص * قال يحيى وسمعت مالكا يقول في الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فإنه إن كانت له بينة على أنه أراد وصال عليه فلا غرم عليه وإن لم تقم له بينة إلا مقالته فهو ضامن للجمل * ش وهذا على ما قال إن من صال عليه جمل أو دابة فقتلها أو قام له بينة بأنه قد خافها على نفسه أن تقتله فلا ضمان عليه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري هو ضامن والدليل على ما نقوله أن من قتل مخوفا على نفسه دفعه عنه فإنه لا ضمان عليه فيه كالعبيد يذقتل الحرف فيقتله الحرد دفعه عنه نفسه فإنه لا شيء عليه من قيمته (مسئلة) وهذا حكم الجمل إذا صال فقتل أو عض فلا يخاف أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس ولم يتكرر ذلك منه أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهير بذلك وخيف من أجله فإن كان لم يشتهر بذلك فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم إليه السلطان فيه فإذا قدم إليه فيه فقد قال مالك إذا تقدم إليه في البعير أو الدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلا أو نهارا وقال أشهب في العتية لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم إليه السلطان في إزالته أو جبرانه فهو حكم عليه بضمان مائة لقه فلزمه بذلك كالحائط المائل وجه قول أشهب قوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار ومن جهة المعنى إن اتخاذ مباح ولو لم يكن اتخاذ مباحا على

القضاء فيما أصاب شيئا من البهائم * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيما أصاب شيئا من البهائم إن على الذي أصابها قدر ما نقص من ثمنها * قال يحيى وسمعت مالكا يقول في الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فإنه إن كانت له بينة على أنه أراد وصال عليه فلا غرم عليه وإن لم تقم له بينة إلا مقالته فهو ضامن للجمل

الاطلاق لضمن جنائته وان لم يتقدم اليه (فرع) اذا قلنا يضمن فهل يكون ذلك في ماله أو على عاقلته قال مالك في الجمل الصؤل قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة يضمن ما أصاب وهو على العاقلة وقال ابن الموزان ما بلغ ثلث الدية فعلى العاقلة وقد روى عيسى عن ابن القاسم ان هذه الجناية تكون في مال صاحب الجمل الصؤل والسكاب العقور ولا شيء من ذلك على العاقلة وجه القول الأول انها جناية مضاف خطأها الى صاحب الدابة فاذا بلغت الثلث فهي على العاقلة كما لو باشرها ووجه الرواية الثانية انها جنائية من مملوك فلم تتجاوز مال صاحبه الى العاقلة أصل ذلك جنائية العبد (مسئلة) وأما السكاب العقور فان المعاني المؤثرة في ضمان صاحبه أن يتخذ وهو يعلم ان يعقر والثاني أن يتخذ لم لا يجوز له اتخاذه والثالث أن يتخذ حيث لا يجوز له اتخاذه والرابع أن يتقدم اليه فيه فاما علمه بعقره فان كان قد تكرر ذلك منه وشهر به وخيف من أجله فهو أشد من الخاطئ المسائل وقد قال أشهب في المجموعة في الخاطئ المائل الخوف الذي بلغ شدة الغرر فلم يهدمه وقد أمكنه خدمه يضمن ما سقط عليه أشهد عليه أو لم يشهد عليه لأنه متعمد كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له وان لم يبلغ ذلك لم يضمن أشهد عليه أو لم يشهد يضمن اذا تقدم اليه السلطان وأما اذا كان السكاب انما جرى ذلك له مرة أو في الندرة ولم يشتهر فهذا لا يضمن حتى لا يتقدم اليه السلطان فيه وانما المعنى الثاني وهو ان يتخذ لم لا يجوز له اتخاذه مثل أن يتخذ كلبا يدفع السراق عن ماشيته فانه يضمن ما عقر ولو اتخذه لدفع السباع عنها لم يضمن وأما المعنى الثالث بان يتخذ حيث لا يجوز له اتخاذه فقد روى ابن وهب عن مالك فيمن اتخذ كلبا في داره لما شيته انه يضمن ما عقر قال محمد لان الناس اتخذوه لان الماشية انما يخاف عليها في الدار من الناس وانما أبيع اتخاذه السكاب للزرع والحرق والماشية في مواضع رعيها وحيث يدفع الذئب عنها قال محمد وهو قول أشهب وروى أصبغ عن ابن القاسم في المزنية ان اتخذنه حيث يجوز له اتخاذه لم يضمن حتى يتقدم اليه فيه وان اتخذه حيث لا يجوز له صمن وقد قال مالك في الجمل الصؤل قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة يضمن ما أصاب فعلى هذا ان عرا من هذه المعاني كلها لا يضمن وان وجدت فيه كلها يضمن وان لم يتقدم اليه وان وجد فيه بعضها فعلى حسب ما تقدم (فرع) وفي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب في الدابة تصول تعدو على الصبي فتقتله صربطة أو تنقلته من رباطها وقد أعذر اليه الجيران لا ضمان عليه حتى يتقدم اليه السلطان ويجب أن يكون قدر بطة في موضع يجوز له ربطه فيه على وجه يؤمن غالباً حتى يكون ذلك مباحاً لا اتخاذه على ذلك الوجه وانما السكاب العقور الذي شهير بذلك يتخذ الرجل حيث يجوز له اتخاذه لعقر السباع فهذا أيضاً اذا عقر الناس وآذاهم لا ضمان عليه حتى يتقدم اليه السلطان لانه موضع يجوز له اتخاذه وقد قال أشهب في العتبية لا يضمن رب الدابة على حال تقدم اليه السلطان أو جيرانه فيعنه بل أن ير يدابته خيف ذلك منها ولم يمتنع عدمها عقر ولا شهيرت به فيكون وفاقاً لما تقدم ويعمل أن ير يد الذي تقدم لها الصول والأذى فيكون خلافاً لقول مالك و يفرق بينه وبين السكاب بان السكاب منهي عن اتخاذه وانما أبيع اتخاذه لدفع الضرر على وجهه والحنى مباح اتخاذه على الإطلاق وانما يؤسر صاحبه بكف ضرره اذا ثبت ضرره (مسئلة) والتقدم الى صاحب السكاب والجمل يكون اذا ثبت ضرره ويحتمل عندى أن يتقدم اليه فيه اذا ثبت انه على حال كان يتقى ضرره ولا يؤمن عشرة الخاطئ المائل وقد قال ابن مزيين لا يكون التقدم الا عند السلطان اذا كان بموضع فيه سلطان فان كان بموضع لا سلطان فيه أشهد عليه العبد بالتقدم اليه فقط ووجه ذلك

ان هذا حكم ولا يثبت حيث يكون حكم الابحكمة وأما موضع لما حكم فيه فبجاعة المسامين تقوم مقام الحكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس إليها وهذا حكم من يكون التقدم منه وأما من يكون التقدم اليه فهو المالك والناظر له من أب أو وصي دون المحجور عليه قاله محمد بن عبد الحكم في الحائظ المائل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره روى عنه ابن المواز عن ابن القاسم وليس له اتخاذه في داره لحراسة الناس ولا من يسرق لانه ليس من الوجوه التي ورد الشرع باباحه اتخاذه لها لانه لا يباح له عقرب السارق ولا قتله وانما أبيع له طرده وعقر السباع المؤذية في الزرع والماشية مباح وكذلك الصيد لما كلة والله أعلم

(فصل) وقوله فان لم يتم له بيعة الاقوله ضمن ولم يذكر ان كان يثبت ذلك بشاهد يمين أم لا ويحتمل أن يكون فيه الخلاف على ما أتى بعد هذا وأما اذا صال الجمل فقتل فقد روى عيسى عن ابن القاسم في المزنية في الكلب العنور أو الجمل الصوف والثوران أصابوا رجلا بعد التقدم إلى أربابها ولم يشهد على ذلك الا شاهد واحدان ورثته يحلفون يميناً واحدة ويستحقون دية صاحبهم وقال أصبغ لا يثبت من هذا الا ما شهد به شاهدان وأنكر روى عيسى في ذلك انكاراً شديداً وقال دية الحر المسلم لا تثبت بيمين وشاهد واحد وجه قول ابن القاسم ان دية شهادة لا يستحق صاحبها غير المال وجه فثبتت بشهادة يمين كالفرض والقراض ووجه رواية أصبغ ان دية جنانية في الجسد على حر فلم تثبت الا بشاهدين كما لو جناها انسان

﴿ القضاء فيما يعطى العمل ﴾

ص. قال يحيى سمعت مالكا يقول فبين دفع إلى الغسال ثوباً يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب لم أمر بك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك قال الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصانع مثل ذلك ويحلفون على ذلك الآن يا ثوباً أمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك ويحلف صاحب الثوب فان ردها وأب أن يحلف حلف الصباغ ش. وهذا على حسب ما قال ان الصانع اذا دفع اليه ثوب فصبغه وأنكر صاحب الثوب أن يكون أمره بذلك فالقول قول الغسال انه أمره بذلك وهذا ظاهر انظر الكتاب الآن صاحب الثوب قد ينكره وعلى وجهين أحدهما أن يقول أمرت بك أن تصبغه والثاني أن يقول لم أمر بك بصبغه فاذا قال أمرت بك أن تصبغه فانه أيضاً على قسمين أحدهما أن يقول له أمرت بك بغير هذا الصبغ والثاني أن يقول له أمرت بك بهذا الصبغ ويختلفان في القدر فان قال أمرت بك بغير هذا الصبغ ولم يكن لواحد منهم ما يثبت فلا يخالو أن يكون قبل العمل أو بعده فان كان قبل العمل فقد قال يتحالفان ويتفاسخان ووجه ذلك انه لم يثبت بالعمل وقد تحالفا في صفة ما وقع التبايع عليه فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان (مسئلة) فان تحالفا بعد العمل فالقول قول الصباغ وكذلك سائر الصانع فيما يجوز له الصانع بالفوت ولما له فيه من العمل بوجه حق وقال أبو حنيفة والشافعي القول قول صاحب الثوب وجه قول مالك ان الصانع حائز فلا يستحق أخذه منه الا بعد أداء ماله فيه وصاحب الثوب مدع لأخذه ما في يده من الثوب والصبغ على غير هذا الوجه الذي يقر به الصباغ فكان القول قول الصباغ وقدر روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في الحائث يقول أمرتني أن أسج لك سبعاً في ثلاث وقال صاحب بل سبعاً في أربع ان الحائث مصدق مع يمينه ولو قال البناء أمرتني أن أبني بيتاً

﴿ القضاء فيما يعطى العمل ﴾

قال يحيى سمعت مالكا يقول فبين دفع إلى الغسال ثوباً يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب لم أمر بك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك قال الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصانع مثل ذلك ويحلفون على ذلك الآن يا ثوباً أمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك ويحلف صاحب الثوب فان ردها وأب أن يحلف حلف الصباغ

خمساً في خمس وقال رب العرصة بل عشرة في عشرة تحالفان حلفا فسبح ذلك ويقطع البناء
 نقضه إلا أن يشاء رب العرصة أن يدفع إليه قيمته متفاوضاً وانسكل البناء وحلف صاحب العرصة لزومه
 ما قال البناء والفرق بينهما أن الحائل حائز لما صار في يديه والبناء لم يحجز العرصة ولا ما بني فيها بل
 صاحب العرصة حائز لذلك كله لأن في يده والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا إذا اختلفا في العمل
 فإن اختلفا في الأجرة فيقول الصانع عملته بأربعة دراهم ويقول صاحبه استأجرتك بدرهمين فإن
 كان لم يثبت بالعمل تحالفنا وتفاساخا وانفادت بالعمل فالتقول قول الصانع بخلاف البناء فالتقول
 قول صاحب العرصة بعد البناء ذكره ابن نافع في النوادر عن مالك وذلك أن الصانع له يد على ما صنع
 فيه فالتقول قوله فيما يبدعه ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يبدعه عليه صاحب الثوب والبناء
 عليه يد صاحب العرصة فالبناء يدعى عليه زيادة في ثمن عمل قد فات وقبض منه فالتقول قول صاحب
 العرصة لأنه غارم مدعى عليه فيما يبدعه والله أعلم (مسئلة) ولو قال الصانع لم تأمرني بشئ وقال صاحبه
 أمرتك بكذا ففي كتاب محمد في الخائط يقطع الثوب قيساً فيقول صاحبه أمرتك بقطعه فربما أن
 الخياط مصدق ولا يضمن إذا حلف إلا أن يقطع طعماً لا يلبسه الأمر وقول ابن ميسرة إذا أقر الصانع
 أنه لم يأمره بشئ فهو ممتنع وإنما يصح الجواب إذا قال له صاحب الثوب اقطع علي ماتري وقد عرف
 ما يقطع للرجل فوجه القول الأول أن العامل لما كان مصادقاً مع ميمنه في العمل لمكان اليد صدق
 في انكار الصفة وكان سكوت رب الثوب عن الصانع بمعنى اصنع ما تراه وإنما يجب أن يكون ذلك
 إذا افترقا عن أن يشترع في العمل دون وصف وأما إذا افترقا عن أن يعود إليه فيصف له ما يريد فهو
 على ما قاله ابن ميسرة ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث إلا بأن يشاركه صاحب الثوب على
 أن يعود إليه للوصف ويمتقد الصانع أنه قد أذن له في العمل فعلى هذا يجب أن يكون القول قول
 العامل لأنه حكم ما يترك عنده غلباً والله أعلم وأحكم وجه قول ابن ميسرة أنه أقر الصانع أنه لم يؤمر
 بشئ فهو ممتنع لا فادامه على العمل دون صفة ودون ما يقوم مقامها من العرف (مسئلة) فإن اتفقا
 على أنه لم يصف له شيئاً فيقول له صاحبه أردت كذا ويقول الصانع رأيت هذا مما يصلح لك فقد روى
 عيسى عن ابن القاسم فيمن دفع إلى صانع جليداً ليعمل له خفين إذا عمل ما يشبه لباس الناس ولباس
 الرجل لم يضمن ولا يدفع إليه قال وكذلك الخياط في الثوب وعامل القلائس في الظهارة
 ووجه ذلك أنه إذا قال اصنع ثوبي هذا لونا فإن أمره يتناول كل لون فأى لون صبغه الصباغ
 كان به ممتثللاً لأمر الأمر وهذا إذا كان اللزماً يقتضي التفويض لصنعة أو اقترن بما يقتضي
 التفويض ولو اقترن بما يقتضي لونا يكون إلى رب الثوب تعيينه لكنه أخر ذلك لوجه آخر فقد
 روى عيسى عن ابن القاسم وأما الصباغ يصبغ الثوب لونا بغير إذن ربه فهو ضامن كمن أمر رجلاً
 بشراء غنم أو جارية ومعنى ذلك أنه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضي التفويض إليه لا ذلك
 إذن له يدل على ذلك ما تقدم في قوله في مسألة الخفين وإذا اتفقا على أن القسمان فإن قول رب
 الثوب أصبغ هذا الثوب لونا يقتضي باطلاقة التفويض إلى الصباغ ولا سيما على قول من قال من
 أصحابنا إن الأمر على النور وذلك أيضاً على قول من يقول أنه على التراخي لأنه لا خلاف أنه يجوز
 للأمر امتثال الأمر المطلق على النور إلا أنه على القول الأول أُلزم الآن بقرنه بما يمنع التفويض
 وهذا أيضاً معنى قوله اشتري خاتماً وفي المدونة من قول مالك في الرجل يأمر الرجل يشترى له
 خادماً ولا يصفها له أنه إن اشتري له من يكون مثلهما من خادمة لم يمت الأمر وهذا التخصيص بالعرف

ولولا العرف للزمه أى خادم اشترى له إذا اقتضى اللفظ ذلك وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه (مسئلة) وأما إذا قال أمرت بك بهذا الصبغ واختلفا في القدر ففي المدونة من قول مالك في الصباغ يصبغ الثوب فيقول صبغته بعشرة دراهم ويقول صاحب الثوب أمرت بك بخمسة دراهم القول قول الصباغ إذا كان ما في الثوب من الصبغ يشبه ذلك فإن أتى من ذلك بما يستدل به على كذبه ويشبه قول صاحب الثوب فالقول قول صاحب الثوب وإن أتى بما لا يشبه رد إلى اجارة المثل ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط أحدهما ما تقدم وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال والشرط الثاني أن يتفقا أو يقول الصباغ لم يكن فيه صبغ فإن اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اتفقا عليه إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال والشرط الثالث أن يعمل الصباغ عنده ويغيب عليه فأما إذا لم يدفع إليه الثوب ولم يغيب عليه ففي المدونة في مسئلة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب لأن اليسله والله أعلم وأحكم (مسئلة) وإذا قال رب الثوب عملته لي بغير أجر ولا عوض وقال الصباغ بل بأجر كذا وكذا درهما ففي المدونة من قول ابن القاسم القول قول العامل إذا أتى بما يشبه أجر مثله والارد أجر مثله قال غيره لأن رب الثوب مقر أنه دفعه إليه ليصبغه ويدعى عليه هذه الأجرة وهنا إن كان ادعى الصباغ أجر مثله فلا يمين على رب الثوب لأنه يدفع عن نفسه به شيئا وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف رب المتاع ليستقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل

(فصل) وأما إذا قال لم أمرك بصبغه فلا يخلو أن يقول دفعته إليك ولم أمرك بصبغه أو يقول لم أدفعه إليك فإن قال دفعته إليك وديته ولم أمرك فيه بعمل وقال الصانع بل أمرتني بالعمل ففي المدونة قال ابن القاسم القول قول العامل وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول العامل إذا صبغه ما يشبه وقال غيره في المدونة العامل مدع وجه القول الأول أن اليد للعامل ومع ذلك فقد أقر صاحب بتسليمه إليه فوجب أن يكون القول قول العامل في صفة القبض ولا يكون للدافع قبضه منه إلا بيينة أو توافيق وجه القول الثاني أن إقرار رب الثوب بما هو في تسليمه إليه وأما الأذن فم فيه من العمل فقد أدها العامل وأنكر رب الثوب فالقول قوله إن لم يكن للعامل بيينة (فرع) إذا ثبت ذلك فالقول قول العامل فيما يشبه من الأجرة والارد إلى أجره مثله قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره الأقل من أجره المثل أو ما أدها وقد قال أبو محمد عبد الحق إن العامل إذا ادعى ما يشبه أجره فلا يمين على رب الثوب لأنه لا يحيط عن نفسه به شيئا وإن ادعى أكثر من ذلك فعليه اليمين ليحيط عن نفسه ما زاد على أجره المثل (مسئلة) وإذا قال رب الثوب سرق مني ولم أدفعه إليك وقال بل استعملتني فمدد قال ابن القاسم في المدونة يتحالفان ويقال لصاحب المتاع خذم معمولاً وأدفع أجره مثله فإن أبي قيل للعامل خذم وأدفع قيمته غير معمول فإن أبي كانا شرى يكون هذا بقيمة عمله وهذا بقيمة متاعه غير معمول لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول رب الثوب ويكون له أن يدفع إليه قيمة الصبغ أو يلزمه قيمة الثوب غير مصبوغ الآن يشاء الصباغ أن يسلم إليه الثوب مصبوغا بغير شيء فإن أبي كانا شرى يكون صاحب الثوب بقيمة أبيض والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ رواه أصبغ عن ابن القاسم وقال الغير في المدونة لا يكونان شرى يكونان للعامل مدع وجه القول الأول أنه لما كان لكل واحد منهما شبهة ولم يعلم بتعدى العامل أدها إلا بية إلى الشركة كالذي بيني في أرض غيره بشبهة ووجه قول الغير أن

الصانع مدع فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب (فرع) إذا ثبت ذلك فوجه العمل في التحالف قال الشيخ أبو محمد إن اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه ويعطيه قيمة الصبغ وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك أدى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه وإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع حلف رب الثوب ما دفعه إليه ويؤدي قيمة الصبغ فإن قال أريد أن أضمنه فإن طاع الصباغ أن يعطيه قيمة ثوبه أيض فلا يمين على واحد منهما وإن أبي تحالفوا كانا شريكين في الثوب وهذا مذهب ابن القاسم وأما على قول الغير إن الصانع مدع فيحلف رب الثوب أنه ما دفعه إليه ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب هذا قول الصقليين والقرويين من شيوخنا وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضي التحالف قبل التخيير وعلى ما تأولوه يثبت التخيير قبل التحالف * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أن حمل اللفظ على ظاهره أولى وهو أن يبدأ بيمينه ما قبل التخيير لأن التخيير إنما يستحق بعد الأيمان فيحلف أولاً رب الثوب ليستقط عن نفسه ما ادعى عليه من الأذن في الصبغ ويحلف الصانع ليستقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدي فإذا اكمل ذلك بينهما بدى بتخيير رب الثوب لأن الأصل له وقد بسطت القول في هذه المسئلة في شرح المدونة والله أعلم بالصواب ص ١٢٠ قال وسمعت مالكا يقول في الصباغ يدفع إليه الثوب فيخطئ به فيدفعه إلى رجل آخر حتى يلبسه الذي أعطاه إياه لا غرم على الذي لبسه ويغرم الفسأل لصاحب الثوب وذلك إذا لبس الثوب الذي دفع إليه على غير معرفة بأنه ليس له فإن لبسه وهو يعرف أنه ليس له فهو ضامن له * ثم قوله إن الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب التي بعضها للقباض لما يقتضي ضمان الصانع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد ذلك وأضمانهم في الجملة مما أجمع عليه العلماء وقال القاضي أبو محمد إن إجماع الصحابة وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا يصلح الناس إلا ذلك * قال مالك في المدونة والموازية وغيرهما وذلك لصلحة الناس وإذا غنى بالناس عنهم كانوا عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادي للصلحة وبمثل ذلك ضمن الأكرياء الطعام خاصة للصلحة وما أدركت العاماء إلا وهم يضعنون الصانع قال القاضي أبو محمد لأن ذلك يتعلق به مصلحة ونظر للصانع وأر باب السلع وفي تركه ذريعة إلى اتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرر وروى إلى الصانع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقرمه أو يطرزه أو يصبغه فلو قلنا القول قول الصانع في ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك وللحق أر باب السلع ضرر لأنهم بين أمرين إما أن يدفعوا إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه أو لا يدفعوه فيضر بهم فكان تضمينهم خلافا للفرقتين ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للاخذ بتمتة تقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالأرض والعمارة (مسئلة) ولو شرط الصانع أنه لا ضمان عليه في العتية والموازية عن أشهب عن مالك لم ينفه الشرط وروى عن أشهب أن ذلك ينفعه وجه القول الأول أنه محل للضمان متفق عليه فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه في القرض والبيع ووجه القول الثاني أنه شرط الضمان فيما يستقط عند الفسخ بالبينة عن تلفه من غير تعد فوجب أن ينفعه ذلك ويستقط عنه لأن معنى ذلك تصديقه في البيع ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك في الاقتضاء والمشهور أن أشهب أنه ضامن مع البينة والله أعلم (مسئلة) ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه فقال يكون عندي حتى آتي فأعمالك فيه فيضيع فقدر وى ابن حبيب عن أصبغ أنه ضامن لأنه تركه عنده على العمل لأعلى الأمانة (مسئلة) وسواء كان الصانع

* قال وسمعت مالكا يقول في الصباغ يدفع إليه الثوب فيخطئ به فيدفعه إلى رجل آخر حتى يلبسه الذي أعطاه إياه لا غرم على الذي لبسه ويغرم الفسأل لصاحب الثوب وذلك إذا لبس الثوب الذي دفع إليه على غير معرفة بأنه ليس له فإن لبسه وهو يعرف أنه ليس له فهو ضامن له

خاصاً أو مشتركاً خلافاً لأبي حنيفة في قوله يضمن المشترك والشافعي في قبض المشترك قولاً من هذا
 الذي حكاه القاضي أبو محمد وحكى ابن حبيب عن مالك لا يضمن الصانع الخاص وهو الذي يحمله
 إلى مكانه يصنع فيه والذي يعدل في عاقبته هو المشترك قال وقاله كذا أصبغ وإذا كان معنى الخاص
 الذي يعمل عندك فالمشهور من المنصب أنه غير ضامن وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا وإن
 كان معنى الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل وإنما عمل بهذا خاصة في العتية قال عيسى من دفع
 ثوباً إلى رجل يقصره أو يخطيه أو يرقعه فضاع عنده لم يضمنه إذا لم ينصب نفسه صانعاً وهو كالأمين
 حتى ينصب نفسه لذلك فيضمن فإذا قلنا إن الخاص هو من عمل في منزل صاحب المتاع وأنه لا يضمن
 فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب في العتية أنه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد
 إلا أن يغرم من نفسه فيضمن وجه القول الأول أنه صانع فكان ما يأخذ منه على حكم ضمان الصانع
 كالمشترك وجه القول الثاني أنه غير قابض لما يصنع فيه فلم يضمنه باليد كالتلف قبل أن يقبضه
 الصانع (مسئلة) وسواء عملوه بأجر أو بغير أجر فإنهم ضامنون رواه ابن حبيب وغيره عن مالك
 خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يضمن من عمل بغير أجر والدليل على ما نقوله أنه صانع لم تقم له بيئة
 على شاك ما قبضه للعمل فكان ضامناً كما لو عمله بأجر (مسئلة) ويضمن الصانع وإن كان
 معه صاحب المتاع وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم أن كمر الثوب بحضرة صاحبه
 فقطعه من غير تغريط ولا تدفان يضمن ومعنى ذلك أن الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم تقم به بيئة
 وإذا أصاب أمر من قبله فهو أحق بالضرار لأنه لا يملك قصده (فرع) ولو كان صاحب الثوب يعمل معه
 فقد قال ابن حبيب وابن المواز ما أصابه من عمل صاحبه فلا ضمان على الصانع وإن كان من عمل الصانع
 فهو منه وإن جهل ذلك فهو ومنهما يلزم الصانع نصف ما نقصه ووجه ذلك أنه لو كان من فعله مال كان
 منهما فإذا ترد دينهما ولم يكن أحدهما خص به من الآخر فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما (مسئلة)
 ويضمن الصانع ما أضره في السير وإن كان بغير أجر مثل فص خاتم ورقعة ثوب أو زره أو سير في
 ثلاثة أيام إذا أسلم ذلك إليه رواه ابن حبيب عن مالك ومثله في كتاب محمد ووجه ذلك أنهم لما
 ضمنوا ما أسلم إليهم للضرورة العامة فهذا المعنى موجود في مسئلتنا وإذا أفسد الخياط أو القصار
 الثوب فساداً يسيراً فقد قال مالك في الموازية والمختصر عليه ما نقصه بعد أن يرفأه يقال ما قيمته يوم دفعه
 إليه صحيحاً وما قيمته ذلك اليوم صرفوا فيغرم ما بين ذلك وإن كثر اضمن قيمته كله يوم دفعه إليه وروى
 ابن وهب عن مالك إذا أفسده بخياطة فله أن يضمنه قيمته يومه صحيحاً وقال مالك في الموازية ولا يضمن
 من دفعته إليه لو أؤتت ثوبها إذا كسرت قال أصبغ في العتية أو يخرم موضع الثقب ولو هدى
 الثقب لضمن قال مالك وابن القاسم وأشبه وكذلك القوس تدفع لمن يعمرها والرمح لمن يقومه
 والنص لمن ينقشه والدابة يسرجهما البيطار والسيوف يقومها الصقال فينكسر ذلك كله أو المريض
 يسقى الدواء أو يكويه الطبيب فيموت من كيه أو الختان يحنن الصبي فيموت من خننته أو الحجام
 يقطع الصرس فيموت صاحبها لا يضمن أحد منهم (فرق) والفرق بين هذا وبين ما تقدم ما قاله
 ابن حبيب أن الغالب في هذا كله الغرر فصاحبه إذا أذن في العمل وعمل على ما جرت به العادة من
 العمل فقد عرضه لما حدث عليه فلا ضمان على الصانع وإنما يضمن بالتعدي أو بتلف بغير بيئة فإذا لم
 يوجد منه تعد ولا تلف مجهول فلا ضمان عليه وقيل مالك في الموازية والمدونة في الفران لا يضمن
 ما أحرق من الخبز والغزل لأن احتراقه ليس من سببه وهو من غلبة النار الآن يغرم من نفسه أو

يفرط فيضمن وذلك اذا غرم من نفسه فقد تعدى من تناول ما لا يحسن وقد فسد بسببه وعمله فكان عليه ضمانه والفران اذا غرم من نفسه وهو لا يحسن الخبز وفرط فقد وجد منه التعدى الموجب للضمان وأما الخياط نفسد الثوب خياطته والطاخن يفسد القمح طحينه فان الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحتراز منه غالباً فكان عليه ضمانه وكذلك في الخبز لو كان احتراقه بسببه على وجه يمكنه الاحتراز منه لضمن وقد قال ابن حبيب ان لو احترق بتضييع منه أو عيب في وقته لضمن وكذلك في اللؤلؤة اذا تناول ثوبها من موضع فلا ضمان عليه وان انخرمت لانه امر غالب وان قال أهل البصر بذلك انه تناول منه غير موضعه فهو ضامن (فرع) اذا كمل ذلك فنرجع الى أصل المسئلة فعلى الصانع في ضمان الثوب قيمته يوم قبضه ووجه ذلك انه حينئذ ضمنه كالعاصب والمشتري ولو تلف بعد كمال الصنعة وقامت بينة بتهايم الصنعة فيه ثم تلف فقد قال ابن المواز عليه ضمان قيمته يوم قبضه ونحوه قال ابن القاسم في المدونة ولو قامت بينة بضياحه فقد قال ابن المواز غرم من صاحبه وعليه الاجرة وقال ابن القاسم في المدونة لا أجره عليه لانه لم يسلم العمل الى صاحبه ووجه قول ابن المواز ان العمل لما صار في الثوب كان ذلك قبضاً من صاحبه للعمل لانه قد صار فيما يملك فكذلك عليه عوض ذلك العمل ووجه قول ابن القاسم ان حصول الصنعة في الثوب ليس بقبض لها وانما يحصل القبض لها برجوع الثوب الى يد صاحبه يدل على ذلك انه لو تلف الثوب بغير بينة وقد قامت بينة بتهايم الصنعة لم يلزم صاحب الثوب العوض منها (مسئلة) واذا ادعى الفران احتراق الخبز بغلبة النار فقد روى ابن حبيب انما يسقط الضمان عن الفران اذا بقي من الخبز أو الغزل ما يعلم به انه خبز ذلك الرجل أو غزله فأما لو ذهب أصله لم يعرف الا بقوله انه احترق لضمن ووجه ذلك انه اذا ادعى ضياحه أو تلفه غير معلوم فهو عندى على وجه الضمان ولا يصح فيه وأما اذا كان الخبز بائناً فهو صدق في قوله انه غلبته النار بغير بينة وصاحبه مدع التعدى قال ذلك أصبغ في العتبية في ثقب اللؤلؤة ثم قال وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك في قرص النار ولحس السوس اذا ادعى صاحب الثوب تضييع القصار لأنه مدع في ذلك والقصار صدق لان التعدى لا يلزم بالدعوى (فرع) ولو تلف الخبز عند الفران فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا دونه ضامن وقد أسأله اليه صاحبه وقد قال سحنون لو تركه صاحبه ولم يعلم به الفران فلا ضمان عليه واذا وجب عليه الضمان بتسليمها اليه ففي سماع ابن وشب والتمتصر الكبير لا يعجبني أن يعطيه غير خبزته وليعطيه سائلها ولا بأس أن يأخذها صفر من خبزته ولا يأخذها كبرها وقال محمد بن عبد الحكم لا يأخذ غير خبزته في قول مالك قال الشيخ أبو محمد يدان الفران ضامن للرجلين (مسئلة) وأما الختان فلا ضمان عليه في موت الصغير الا أن يغطي بقطع الحشنة أو بعضها فعلى عائله من ذلك الثلث فاكثر وما قصر عن الثلث ففي ماله ان كان ممن يحسن وان كان ممن لا يحسن وغرم من نفسه فذلك كله في ماله وكذلك الطبيب وقالع الضرر والبيطار ويعاينون مع ذلك رواه ابن حبيب عن مالك (مسئلة) واذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع بينة أنه سرق لم يصدق في ذهاب المتاع وكذلك لو احترق بيته ورأى ثوب الرجل يحترق فيهرى ويخمد عن مالك غرضاً من وكذلك الرجلان تان شمر حتى يعلم ان النار من غير سببه أو سبيل يأتي أو يهدم البيت فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان وهذا الذي رواه محمد بن سعد عن مالك يخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك في قرص النار واذا ادعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه وقول مالك الصانع صدق والتعدى لا يلزم بدعوى صاحب المتاع وانما علم وأحكم فعلى هذا فني أشكل وجه سببه وإيتان احدهما ان

الصانع ضامن والثانية انه مصدق ووجه الرواية الأولى ان التعدي سبب للضمان فوجب أن يثبت حكمه بالهمة في حق الصانع أصل ذلك المغيب عليه ووجه الرواية الثانية ما أشار إليه مالك ان التعدي لا يثبت بالدعوى ومعنى ذلك أن التلف ظاهر وهو تبرؤ من سبب الضمان الذي هو المغيب على المصنوع وهذا فيما أشكل وجهه سببه وتيقن السبب كالحرق وقرض الفأر وما إذا أشكل السبب نفسه فلم يعلم هل هو قرض فأر أو غيره ففي المدونة في الفار يقرض الثوب عند القصار قال مالك ومن يعلم في مسئلتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم بينة أن الفار قرضه وقال في الموازية ويتبين ذلك للنظر اليه قال في المدونة من غير تضييع فلا يضمن وقال في الموازية في قرض الفار ولحس السوس وان أشكل ذلك فالصانع ضامن حتى تقوم بينة انه قرض فأر أو لحس سوس ولم يكن ضييع في هذا الوجه قول مالك وهو الضمان والله أعلم (مسئلة) وإذا جعل الخياط وجه الثوب الى داخل فانه يفتقه ويعيده فان كان الفتق ينقصه خير به بين أن يرضه منه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه وإعادة خياطته قال سحنون في كتاب ابنه ووجه ذلك ان هذا عمل ينقصه ويمنع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال وهو مما يستطاع تغييره واستدرا كه فان كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدرا كه وإزالة ما دخل من الفساد فيه وان كان ذلك ينقصه فعلى ما تقدم من التخيير لان صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه والله أعلم (مسئلة) وإذا أخرج القصار الثوب أسود رديًا فقد قال سحنون في كتاب ابنه عليه أن يعيده حتى يجوده فان كان رده يفسده بأن يسترخى وينكس وجهه وخيف أن يحترق فلا يردده وينظر فان أفسده بذلك فسادا بينا ضمن قيمته أسمر يرد عنه يوم قبضه خاما وان كان الفساد يسيرا أعطاه به قيمة العمل الردي قال الشيخ أبو محمد لم يجاوز شرطه ووجه ذلك أن استدراك تبييضه اذا أمكن من غير افساد الثوب لزمه عمله لان عمله الأول الذي استوجره عليه لم يتمه بعد فعله اتمامه وان كان لا يتم ذلك الا بافساد الثوب فهو مخير بين أن يرضه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه وقال في الفساد الكثير يرضه قيمته ومعنى ذلك عندي ان شاء أن يرضه وقال في الفساد اليسير ان له أن يدفع اليه قيمة العمل الردي ولم يجعل له خيارا في تضمينه القيمة وهو الصواب ان شاء الله تعالى (مسئلة) وإذا كيل القمح على الطحان وأسلم اليه فقد قال ابن القاسم هو ضامن له قال مالك أرجو أن يكون تضمينه خفيفا ووجه ذلك انه ان كان حكمه حكم الصانع وهو الأظهر فهو ضامن للطعام وغيره وان كان حكمه حكم الحاملين فهو ضامن أيضا لان الحال المنفرد لجل الطعام هو ضامن له (فرع) إذا ثبت أنه ضامن فقد قال ابن القاسم يعطى قدر ما نقص دقيقا على ما يعرف الناس يريدانه أخذ به الكيل فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس انه ينتهي اليه بالطحن ما نقص من القمح وللطحان الأجرة كاملة وقال ابن المواز عليه قح مثله وهو قول مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه وجه القول الأول انه قد استوجر على طحن القمح ولا يتعين بالاجارة على هذا الأصل فعليه أن يأتي بقمح مثله ويطحنه وتكون له الأجرة وعلى قول ابن المواز يضمن قحامثله ولا يكون عليه طحنه وسقط من الأجرة بقدره لان الاجارة اختصت بتلك العين لاختلاف القمح في الطحن أولان الضياع جاء من قبل الطحان والله أعلم (فرع) وإذا طحن الطحان القمح على النقش فأفسده بالحجارة ففي الموازية والعتبية من رواية أصبغ عن أشهب عليه قح مثله وقال به أصبغ (مسئلة) وإذا أفسد الحائل الثوب قال ابن حبيب يضمن الغزل قال ابن القاسم ان وجد مثل الغزل الحائل أثناء به وعليه عمله وان تعذر مثله فعليه قيمته

يوم يقبضه وتنسخ الاجارة بينهما هذا الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وفي المدونة عن ابن القاسم في الذي يضمن الحائل لانه نسجه له على أقل من العرض والطول الذي شرط له قيمة غزله وليس له مثله ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته لانه مال كقال فيمن استهلك ثوباً عليه قيمته فكذلك الغزل وقال غيره أصل الغزل الوزن فعلى من تعدى فيه مثله فيحتمل أن يريد بقوله ليس له مثله لانه لا يوجد مثله غالباً ويحتمل أن يريد ليس له مثله وان وجد لانه أصل الثوب الذي تلزم فيه القيمة وهو الأظهر من قوله في المدونة ووجه ذلك ان الغزل يتعدى فيه التماثل لاختلاف أصله ولاختلاف الصنعة فيه على وجه يتقارب فلذلك عدل فيه القسمة وان كان موزوناً كما عدل في الثوب الى القبة وان كان منوعاً لكنه ما اختلف جنس أصله في الجودة وكانت صناعته مختلفة متفاوتة ولم ينظر الى تماثله من جهة الدرع عدل الى القيمة والله أعلم وأحكم وجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن (فرع) اذ ثبت أن عليه القيمة على الوجه الذي ذكر فقال ابن القاسم تنسخ الاجارة بينهما وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن الاجارة قائمة باخذ القبة ويأتي بغزل مثله فينسجه له واختار ابن حبيب قول ابن القاسم واحتج لذلك بأنه غزل معين فاذا ذهبت العين وعدمت بطل العمل المختص بها وهذا فيه نظر وانما يجب أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم التماثل فيه وتفاوته في الرقة والغلظ والقوة والضعف واذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوتت وعدمت العين المختصة بالعقد وجب نسجه كرضاع الصبي وتعليم الأعمال ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بانه ليس الغرض نفس الغزل ولو شرط ذلك لم تجز الاجارة (فرع) ولو أعطاه الغزل لانسجه سبعة في ثمان فنسجه ستاً في سبع ففي المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائل قيمة غزله أو يأخذه وعليه جميع أجره وقان غيره له من الأجرة بحسب عمله فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سامة أن النقص انما خوف هذا الثوب عيب من العيوب في العمل فاذا رضى به كان عليه جميع العوض كالمثل في البيع ووجه قول الغير انه من باب النقص من جملة ما استوجب عليه فوجب أن ينقص من عوضه كالطعام ينقص بعض ما اشترى من مكيله (فرع) اذ ثبت ذلك فان قلنا بقول الغير فعند أن ينظر الى أجر مثله فيما شرط وأجر مثله فيما عمل فيسقط ما بينهما من المسمى قاله بعض القرويين (فرع) فلوزاد على الأذرع المشروطة فقد قال الفضل بن سامة لا أجرة له في الزيادة على قول ابن القاسم انه عيب وله الأجر على قول الغير

(فصل) وخدا حكم ما يعمل فيه ثأماً ضياع ما لا يعمل فيه عند الصانع فهو على ضربين طرفي أو ثمان ثأماً الطرف فعلى قسمين قسم يستغنى عنه ما يعمل وقسم لا يستغنى عنه ما يعمل فاما ما يستغنى عنه فالذي عليه جمهور أصحابنا انه لا يضمنه الصانع وقد روي في العتبية أصبغ عن أشهب في الثوب يدفع الى الصانع في منديل ان كان الثوب رقيقاً يحتاج الى وقاية ضمنه الصانع وان كان لا يحتاج اليها لم يضمنه قال في الواحجة انه لا يضمن منديل الثوب اذا ضاع وقد ضاع ملثو فابده أو تذايله إذ لا ضرورة بالثوب اليه ولا يضمن الثمران ما ضاع من حداف الخبز فارغة ولو ضاعت بما فيها لضمنها مع الخبز إذ لا غنى بالخبز عنها فاما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب في صفة الحاجة لا في مراعاة الحاجة فعند أشهب ان ضمانه ما يحتاج الى صيانته من الحاجة المؤثرة في الضمان وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر وانما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه (مسألة) ومن أتى بخنيز الى خراز يصلح أحدهما فضا عا في العتبية عن أصبغ لا يضمن الا الذي فيه العمل ووجه ذلك انه لا تعلق له به كالتطرف الذي يستغنى عنه

(مسئلة) وأما ما تدعو الحاجة اليه من الظروف فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ما تقدم ذكره وفي كتاب ابن المواز اذا ضاع القمح بقفته عند الطحان أو ضاع عند الفران لوح الخبز أو قفصته أو ضاع عند الصيقل عند السيف أو عند الخياط منديل الثوب لم يضمن شيئا من ذلك ويضمن المثال ليعمل عليه وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك ضمان المثال وقد روى سحنون لا يضمن الوراق الأم التي يكتب منها وهذا يقتضي انه لا يضمن المثال وجه قول ابن المواز في نفي ضمان الطرف وإثباته في المثال ان الظروف لا تتعلق عمله بها فلم يضمنها والمثال عمله متعلق به قال مالك لا غنى به عنه ووجه قول سحنون انه لا يعمل فيه وانما يعمل في غيره فكان المثال كالظروف

(فصل) فهذا حكم الصانع وأما الاجراء فهم على ضربين أجراء للصانع وأجراء للحفظ والرعاية فاما أجراء الصانع فالذي روى ابن المواز عن ابن القاسم أن أجيرا للقصار لا يضمن والقصار ضامن لما أفسده أجيره قال ابن حبيب ولا يضمن الأجير للقصار والصباع شيئا وهذا في الأجير المتصرف بين يدي القصار بحسب اختياره وليس بحائز لما يعمل به فاما ان كان يتصرف في العمل باختيار نفسه ويحوز ما يعمل فيه فقد قال في العتبية والموازية عن أصبغ عن أشهب ان كثر على الفسال الثياب فأجر اجراء فبعثهم الى البحر بالثياب فيسعدون تلفها أنهم ضامنون وكذلك اجراء الخياط يتصرفون في الثياب فتتلف فهم ضامنون وقال ابن ميسرة وذلك اذا أجرهم على عمل أبواب مقاطعة فهذا معنى ما قدمناه لانه اذا قوطع على عملها فقد صار له حكم الصانع وأما اذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة فحكمه حكم الاجراء (مسئلة) وأما الاجراء للحفظ فعلى قسمين قسم لهم تعلق بالعمل وقسم لا تعلق لهم بالعمل فأما من له تعلق بالعمل فحكمه صاحب الحمام بوضع عنده ثياب الناس فقد قال مالك في العتبية من سماع ابن القاسم عنه قد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس فيضمنونها أو يأتون بمن يحرسها قال الشيخ أبو محمد في نوادره باثر هذه المسئلة وقد قال أيضا في كتاب آخر لا يضمنون وهذا الذي أشار اليه الشيخ أبو محمد قد أشار اليه غيره من شيوخنا ولا أعلم أنهم يشيرون الا الى ما في المسئلة في كتاب الجعل والاجارة من قول مالك لا ضمان على من يجلس لحفظ ثياب من يدخل الحمام ما ضاع منها لانه بمنزلة الأجير وهذا الذي أشار اليه ليس عندى مما نحن فيه بسبيل لان أجراء الصانع لا يضمنون وانما يضمن الصانع أو من عوفى حكم الصانع وصاحب الحمام ليس بأجير محض الاجارة بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والاعتسال فيضمن ما لا يستغنى عنه من عمله فيه من ثيابه على قول من يرى على الصانع ضمان ما لا يستغنى عنه ما استعمل فيه ولا يضمن على قول من لا يرى عليه ضمانا في ذلك أو يكون أجيرا له تعلق بالعمل فيكون كالحال يستأجر على الحبل فيضمن ما جرت العادة بتسريحه اليه كالطعام ونحوه لانه مما جرت عادة الجمالين بالخيانة فيه والتسريح اليه وكذلك صاحب الحمام وهو المالك لامره والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ما جرت العادة بخيانتته فيه والتسريح اليه وعفى ثياب الناس والله أعلم ومغيبه عن ثيابه الى داخل الحمام مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بغيب صاحب الثياب وقد قال ابن حبيب في الواححة في الطحان يطحن القمح بحضرة صاحبه لا يضمن ظرفا ولا قحالا أن يخرج الناس عن الرحي الزحمة فيضمن القمح وظرفه وكذلك الفران فيجعل الخروج عن الرحي والفرن مغيبا يوجب الضمان على الحافظ الذي له تعلق بالعمل (مسئلة) وأما الحافظ الذي لا تعلق له بالعمل فالمشهور من المذهب أن لا ضمان عليه في النوم والغفلة وانما الضمان عليه في التعدى وقد قال مالك في المستأجر ليحرس بيتا أو خيلا أو غنما

فينام فيسرق ما في البيت أو يذهب بالخيل أو الغنم لاضمان عليه وله أجره كاملا قال ابن القاسم لا يضمن الأجير الا ما ضيع أو فرط وقال ابن المواز لا يضمن جميع الخراس الا بالتعدي كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره ووجه ذلك انه مؤتمن لا تعلق له بالعمل فلم يكن عليه ضمان كالمودع وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب ان الراعي الخاص لا يضمن والمشتري يضمن قال ابن حبيب ومن أخذ به فهو حسن فعمل هذا على ظاهره وقال ابن وهب معنى المشترك ههنا أن يأخذ المالا يوى عليه (مسئلة) وأما الأجير على البيع أو الشراء فالذي نص عليه أصحابنا انه لا ضمان عليه قال ابن المواز لا ضمان عليه ان ضاع المبيع أو ضاع ثمنه ووجه ذلك ما تقدم من أنه مستحفظ لا تعلق له بالعمل فلم يضمن ما ضاع من غير تعد كالمودع (فرع) فاذا ضمن بالتضييع فقد قال ابن القاسم من التضييع أن يترك ما وكل به يذهب الى غيره فليس النوم والغفلة من التضييع ووجه ذلك انه لا بد لكل أجد منه ولا يمكنه الاحتراز منه فأما من ترك حفظ ما وكل بحفظه والاستعمال لغيره فما يمكن الاحتراز منه ولا يمكن الحفظ معه (فرع) وأما الخارس الذي لا تعلق لحراسته بعمله فله الاجر كاملا وان ضاع ما استخفظ وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك في الطريق بقفله فلا أجر له حتى يبلغه وكذلك ما يعطب في السفر لاند من سبب السفينة يهلك وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة أو يتلف ثمنها اند لا أجر له قاله ابن المواز لان هذا من باب الجعل فلا جعل له الا بتام العمل وهو أن يوصل اليها ابتاع له أو ثمن ما باع له وفي العتية لابن القاسم عن مالك فيمن بعث مبعوثا بخادم يبالغها يجعل فنام في الطريق فقد جبت ان له من الاجر بحساب ما بلغ ولا ضمان عليه قال الشيخ أبو محمد يريد انها اجارة ليست بجعل وتقال ابن القاسم عن مالك ان ماتت الجارية في الطريق فله الأجرة كاملة وعليه أن يتم له بقية سفره ووجه ذلك أن ما كان من هذا على وجه الجعل فلا أجر له الا بتامه وما كان على وجه الاجارة فهنا اختلف قول مالك فمرة فسوخ الاجارة بقوات العين وجعل له من الاجر بحساب ما عمل ومرة ابتاعها وجعل له الاجر كاملا والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من استؤجر ليخبر به له فعلى ضربين أحدهما أن يكون له مع ذلك عمل أولا يكون له عمل فأما الذي له مع عمله عمل فكأنه وكيل يخطئ الطريق فقد قال أشهب عن مالك ان كان عالما بذلك فلا شيء عليه والسكراء له وأما الجاعل به فلا شيء له وقال أشهب لاشئ لهما قال ابن حبيب اذا بلغهم البصير بالدلالة وقد أخطأ فله الاجر كاملا وان لم يبلغهم فله من الاجر بقدر ما بلغهم الى أن يستغنى عنه لما ظهر لهم من خطئه وان غرهم وهو بئس فلا شيء له وعليه الأدب (مسئلة) ومن قال شياطا ان كسانى خلد الثوب اشترته فقال يكسوك فلم يكس في العتية من رواية ابن القاسم عن مالك الشراء له لازم ولا ضمان على الخياط وله الاجر كاملا ان كان بغيره واختلف قول مالك في تخمينه اذا غر بجعله فله ثمنه وقال لا يضمن ولا أجر له وقال ابن دينار المدي فبين استأجره بن ينفقه ما لا فوجده فيه رديا ان كان بغيره وهذا الردي مما يختلف فيه لم يضمن وان كان مما لا يختلف فيه لبيان فساد فهو ضامن لانه قصر فيما كان يدركه اذ جهل فلو كان جاهلا غر من نفسه فان كان الردي مما لا يختلف فيه مثله ضمن وعوقب وان كان مما يختلف فيه مثله لم يضمن وان لكل واحد منهما أجرته

(فصل) وتوابعه لا نرسم الى اللابس ويغرم الغسال فوق قول مالك في الموطأ وهو المشهور عنه وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه وقال أشهب عنه في الموازية وذلك اذا لبسها يوما الا أن يكون أبلاه وقال أشهب في النوادر وان دفع الصباغ ثوب غدا الى هذا او ثوب غدا الى هذا فان لبسها

حتى خلقا ضمن كل واحد قيمة الثوب الذي لبس وان لم يخلق ما غرم كل واحد ما نقص الثوب الذي لبس ولا شيء على الغسال وقال أبو حنيفة والشافعي صاحب الثوب مخير بين ان يغرم اللابس أو الغسال فان أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشئ وان أغرم الغسال رجع على اللابس ووجه قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لا ضمان عليه لان من عليه ضمانه ان تلف سلطه على لبسه لانه انما صبه ليلبسه فاذا رده اليه على أنه ثوبه فقد سلطه على لبسه والثوب يتغير بالعمل فلم يميزه صاحبه فالضمان عليه ولو لم يميزه ضمانه للعق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم ووجه قول أشهب انه أكثر ما في حال اللابس انه مخطئ باتلاف مال غيره فعليه الضمان والاتلاف انما وجد من اللابس فوجب أن يسد بالضمان فلو نعد وجوده أو قلنا لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال لانه سبب اتلاف ثوبه بدفعه الى من أتلفه وتعدرا الاستيفاء من جهته (فرع) اذا قلنا لا يضمن اللابس ما أتلف فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين وقيمة الآخر دينار نظركم ينقص ثوبه عن الثاني ان لو لبس في تلك المدة فان كان ينقص نصف دينار وقد نقص من الملبوس دينار كان على اللابس الذي لم يلبس ثوبه نصف دينار ونصف آخر على الغسال وان كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار فليس على اللابس الا ذلك الأقل ولا شيء على الغسال ولو كانت قيمة الملبوس دينارا وقيمة الذي لم يلبس دينارين وكان ثوب اللابس لو لبسه ذلك نقص نصف دينار وقد نقص الملبوس ربع دينار غرم اللابس ربع دينار الى ما فوق ذلك من القيمة ما لم يجاوز نصف دينار فلا يغرم أكثر منه ولو لبس كل واحد منهم ثوب صاحبه وهو لا يعلم فقد قال سحنون يرجع من له فضل على الغسال وحكاة ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون فرجع هذا التفسير الى ان اللابس انما عليه بقدر ما كان عليه بتلف لباسه من ثوبه لانه على ذلك لبس هذا الثوب فيقال له هب لك انك لبست ثوبك عليك عوض ما كان ينقصه لبسك لانه باق يسلم اليك لا يمكن تمييزه من ثوبك فعليك ذلك المقدار وما زاد على ذلك فعلى الغسال لانه هو الذي أتلفه فيكون معنى قول مالك في الموطأ على هذا التفسير انه لا ضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب الذي لبس وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لو لبسه فليس بمعنى الغرم الذي وقع التنازع فيه وانما هو بمعنى المعاوضة لما بقي من ثوبه لم يذهب بلبسه والله أعلم وأحكم ومعناه على رواية أشهب انه في السير دون الكثير والله أعلم (مسألة) وهذا اذا البسه من دفع اليه فاما لو قطعه فان أن أخذ ثوبه وأخذ منه القصار دون الذي قطعه أو نقصه القطع أو الخياطة لم يكن لي أن أخذ ثوبه وما نقصه القطع قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره اذا نقصته الخياطة فان شاء أخذه ولا غرم عليه للخياطة وان شاء تركه وضمن القصار ووجه ذلك أنه لو لم يأخذ الثوب ممن قطعه يجبر وهو غير متعد لذلك لم يضمن ما نقصته الخياطة والعاصب يرد ما قطع وما ينقص القطع لانه متعد ومن وجد ثوب عيبا بعد ان قطعه رده وما نقصه القطع لانه لا يجبر على رده بل له امساكه وأخذ ما نقصه العيب (فرع) وان كان الذي أخذه قد قطعه وخاطه فان لصاحب الثوب أن يضمن القصار ثوبه غير مقصور أو يأخذه ويغرم خياطته ويعطى القصار أجره ولا يرجع عليه بأجر الخياطة قاله ابن القاسم في الموازية وفي المدونة في بعض الروايات عن ابن القاسم ان أبي صاحب الثوب أن يدفع أجره الخياطة فللذي خاطه أن يعطيه قيمته صحيحا أو يدفعه اليه مخطا فان دفعه اليه فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته وقال سحنون اذا أبي صاحب الثوب من دفع أجره الخياطة فليس له الا أن يضمن القصار فان ضمنه قيل

للقصار ارفع أجره خياطة للذي خاطه وخذنه فان أبي قيل لا آخر ارفع اليه قيمة الثوب فان أبي كانا
شريكين ههنا بقيمة الثوب وههنا بقيمة الخياطة

(فصل) وقوله فان لبسه وهو يعرف انه لبس ثوبه فهو ضامن يريد انه يضمن ما نفعه لبسه قبل ذلك
أو أكثر قاله عيسى عن ابن القاسم قال ولا شيء على الغسال الا أن يعدم اللابس فيغرم الغسال ويتبعه به
في ذمته ولو لبس كل واحد منهم ما الثوب الذي دفع اليه عالين واختلفت قيمة اللبس ورجع من له فضل
على صاحبه فان استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه (مسألة) ومن اشترى من رجل شياً وشترط
عليه فيه عملاً ففي الغيبة لعيسى عن ابن القاسم ان كل ما يعرف صفة خروجه بعد العمل فلا بأس أن
يشترط به ويشترط على البائع عمله كالنعل على أن يعرض والقميص على أن يخاط والقانسية على أن
تعمل والقمح على أن يطحن وقد فرض مالك القمح في بعض قوله وأجاز ابن القاسم وأجاز النحاس
على أن يعمله توراً وقيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمله
قيماً والظاهرة على أن يعملها جبة والحديد على أن يعمله قدراً أو عوداً ينحته سر جاً وهو بيع واجارة
وقد جرى في مسائل مالك في الغزل على أن ينسجه والزيتون على أن يعصره انه كرهه قال انما خففه
مالك في الطحين وخياطة الثوب لان خروجه ذلك معروف وقد عمره أيضاً مالك في الغزل على أن
ينسجه والزيتون على عصره الا ما ذكرنا انه خففه وكل بيع مع اجارة في الشيء المبيع فانه منع منه
وان كانت في غيره فاجارة وكل بيع وشركة داخلية في المبيع فاجازها وان خرجت عنه فلا تجزها
فتحصل من هذا ان ما يجهل صفة الخارج منه انه لا يجوز قولاً واحداً وفيما يعرف صفة الخارج منه
القولان المنع والاجارة المعروفه وجه الاجارة بصفته كالماء كان العمل في غيره ووجه المنع انه مبيع
معين لا يقبض الى مدة طويلة يخاف ضياعه فيها فلم يجز ذلك فيه (فرع) اذا قلنا بالجواز فتلف
الثوب بيد الخياط فسد قال سحنون لا يضمن الخياط ويحط عن المشتري من الثمن بقدر خياطة
الثوب وطحن القمح الا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة فيضمن كالصانع ووجه ذلك انه اذا
كان هو الصانع فقد خرج عن ضمان البائع الى ضمان الصانع واذا لم يكن هو الصانع فكأنه اشتراه منه
على أن يدفعه الى صانع غيره وكان يجب على هذا أن من يعمل الأعمال والزم اتمام الصناعات فيما
دون أن يتولى عملها وانما يدفعها الى الصانع وقد علم ذلك منه لانه ليس من أهل العمل ولا معروف
بتأويله فانه لا ضمان عليه وهذا الذي باع الثوب على أن يدفعه الى الخياط قد التزم خياطته بأجرة وهي
من جملة الثمن الذي أخذه وقد قال ابن حبيب من قال للخياط اذا خطته فادفعه الى غسال فزعم انه
ضاع قبل أن يتم خياطته أو بعد تمامها قبل أن يدفعه الى الغسال فهو ضامن واذا قال ضاع عند الغسال
صدق كما يصدق في قوله ردته على قول ابن الماجشون قال ويضمنه الغسال ان أقر بقبضه ويجوز
على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم لانه لا يصدق عنده في قوله ردته اليك كان
يجب أيضاً على قول ابن الماجشون أن لا يصدق في قوله دفعته الى الغسال اذا أنكر الغسال وقد
صدق في قوله اذا قال ردته اليك كالمكيل يصدق في قوله ردته اليك ولا يصدق في قوله
دفعته الى الصانع اذا كذب الصانع وعلى أن مسألة ابن حبيب عنده ان كان التزم الخياط الغسل
في ذمته بأجرة أخذها مع أجره خياطته فهي تشبه مسألة سحنون وان كان انما ناب في تسليمه الى
الغسال عن المشتري إما بأن وكله على استئجار الغسال على ذلك وإما بأن استأجره هو الغسال وأذن
للخياط في تسليمه اليه فحكمه في الوجه الأول حكم الوكيل وحكمه في الوجه الآخر حكم من يدفع الى

الوكيل وكان الأظهر من مسئلة سحنون أن يضمن لأن كل من أخذ ثوباً على أن يعمل فيه عملاً لزمه ذلك في ذمته أو في عمله بيده فهو من جملة الصناع وهم يتساوون في وجوب الضمان والله أعلم وأحكم

القضاء في الجمالة والحول

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل يدين له عليه أنه أن أفلس الذي احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذي أحاله شيء وأنه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا * ش وهذا على ما قال أن عقد الحوالة عقد لازم يقتضي إبراء ذمة المحيل من دين المحال فاطر أبعد ذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشعب بفلسه فلا رجوع للمحتال بذلك على المحيل لأنه عيب طرأ على ما قصد صار إليه حل سلامته ورضى به فلا انتقال له عنه بما يحدث فيه بعد العقد ولو كان العدم وجوداً قبل الحوالة كان لم يعلم به المحيل فلا رجوع عليه وإن كان قد علم به وكتمه وغرمه فالرجوع عليه وقد تقدم في البيوع بما يغني عن إعادته وبالله التوفيق ص * قال مالك فأما الرجل يحيل له الرجل يدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فإن الذي تعمله له يرجع على غيره الأول * ش وهذا على ما قال أن من تحمل لرجل مال له على رجل آخر فإنه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه إلى ذمة المتحمل وإنما الجليل وثيقة من حقه على من هو عليه فإن أفلس المحيل أو مات لم يبطل حقه بل يثبت على حسب ما كان على غيره وإنما الجمالة عندنا أن يلزم المتحمل إحضار ما تحمل به وهي الكفالة والزعامة والضمان قال القاضي أبو محمد كل ذلك بمعنى واحد وقال في المدونة إذا قال أنا لك ضامن أو كفيل أو حميل أو زعيم أو هو لك عندى أو على أو قبلى فهو كله ضمان لازم في الحق والوجه قال والأصل في جوازها قوله تعالى ولن جاء به حل بغير وأنا بذعيم وهذا أن استدبل به على ثبوت هذا الاسم له من جهة اللغة فين وأما أن استدبل به على ثبوت حكمه على ما ذكره القاضي أبو محمد فأنما هو على رأى من يقول أن شرع من قبلنا شرع لنا إلا ما خصه الدليل وهو المشهور من مذنب مالك والله أعلم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الجمالة على وجهين جمالة بالوجه وجمالة بالمال فأما الجمالة بالوجه فهي جائزة خلافاً للشافعي في منعه من ذلك والدليل على مانقوله أن المقصود منها المال لا أنه حميل بوجه التزيم ليطالب بالمال فنقول أنه وثيقة يتوصل بها إلى المطالبة بالمال فصيح تعلقها بالوجه كالتهادة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالجمالة بالوجه على وجهين أحدهما الجمالة بالوجه على الإطلاق فإن جاء الكفيل بالمتكفل به برى ووجه ذلك أنه قد وفاه ما تحمل له من إحضار وجهه (مسئلة) وهذا إذا لم يعين لحيثه به وقتما أتى جاءه به برى وإن ضرب لحيثه به أجلاً فجاءه به عند الأجل برى قاله مالك في المدونة لأنه قد أتى به على ما شرط فوجب أن يبرأ ولو تحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر فأحضره من الغد فإنه لا يبرأ حتى يأتي به عند الأجل رواه أبو يزيد في العتبية عن ابن القاسم ووجه ذلك أنه شرط إحضاره في وقت معين فلا يبرأ بحضوره قبله أصل ذلك حضوره يوم الجمالة (مسئلة) ومن شرط صحة الإحضار أن يحضره الحميل أو وكيله على ذلك فإن أحضره أجنبي وسأه إلى الطالب لم يبرأ بذلك الحميل وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد أنه قد أسلم نفسه إليه عن الحميل لم يبرأ الحميل بذلك قاله في المدونة زاد في كتاب ابن المواز إلا أن يأمره الحميل بذلك فيكون ذلك كدفع الحميل لأنه قد وكله على النيابة عنه في ذلك فإذا أشهد بذلك لزم الطالب وإن أباه * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله

القضاء في الجمالة

والحول

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل يدين له عليه أنه أن أفلس الذي احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذي أحاله شيء وأنه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا * قال مالك فأما الرجل يحيل له الرجل يدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فإن الذي تعمله له يرجع على غيره الأول

وهذا عندى اذالم يرد الطالب قبوله الابتسليم الجميل لانه حق قدلزم الجميل فللطالب أن لا يقبله من غيره وله أن يقبله فيبرأ الجميل كما لو كان عليه دين فدفعه عنه أجنبي فان للطالب أن لا يقبله من الأجنبي الابتوكيل الغريم وله أن يقبله فيبرأ بذلك الغريم (فرع) وهذا على اطلاق الجملة ولو شرط الجميل على الطالب اذا لقيت غريمك فذلك براءى فقد روى حنين بن عاصم وابن القاسم فى العتبية ان دان لقيه بموضع يقدر عليه فقد برئ وله شرطه ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبرأ الجميل (مسألة) ومن شرط صحة الاحضار أن يحضره ويسامه اليه حيث تنفذ الأحكام عليه وان كان بغير بلده وأما ان دفعه اليه بحيث لا يستطيع حسه أو لا سلطان فيه ولا حاكم أو حال فتنه أو منازة أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه فإنه لا يبرأ بذلك قاله كله فى المدونة قال فى كتاب محمد ولو أسامه اليه وهو محبوس فى دم أو دين أو غيره فقد برئ ويكفيه أن يقول قد برئت اليك منه وهو فى السجن فشاؤك به ووجه ذلك انه انما تكون البراءة بتسليم مذكور به من طلب حقه وأما بتسليم لا يتمكن به من طلب حقه واستيفائه منه فليس هو الذى شرط عليه ولا يتوصل به الى الغرض من الجملة فلا يبرأ به الجميل والله أعلم وأحكم (مسألة) ولو مات الغريم لسقطت الجملة عن الجميل لانه انما تحمل للطالب باحضار نفسه وذلك يقتضى أن تكون موجودة ونفسه قد ثبت لموته وعدمه بذلك شرط المتمكن من احضارها (فرع) وهذا ان مات ببلده قبل أن يلزم الجميل احضاره أو بعده رواه عيسى عن ابن القاسم وقال لانه وان كان حان الأجل فلم يطلب بدفلاشئ عليه وان مات بغير البلد فقد قال أشهب لأبى مات غائباً أو فى البلد قال الشيخ أبو محمد يبرأ لا يغرم الجميل وقال ابن القاسم فى العتبية والموازي لا يغرم فى موت الغائب ان كان الدين حالاً قربت الغيبة أو بعدت فان كان الدين مؤجلات قبله بمدة طويلة لو خرج اليه لجاء به قبل الأجل فلاشئ عليه وان كان على مسافة لا يمكنه أن يجىء به الا بعد الأجل فهو ضامن وانما يلزمه ضمان المال بغير الغريم لانه لا ضمان له يتسبب به الى استيفاء ماله فاما الميرب بذلك لزمه المقصود الذى اتفق عليه بما تعذر من احضاره وهو المال (مسألة) واذا حان الأجل فطلب الجميل بالغرم وقد غاب فسأل أن يؤجل الثانى فى العتبية من رواية يحيى عن ابن الناسم ان كان قريب الغيبة قال فى المدونة اليوم ونعوه مما لا مضرة فيه على الطالب فله ذلك وان كان بعيد الغيبة فليس له ذلك ولا يغرم مكانه وقال ابن وهب فى الموازية اذا غاب الغريم قضى على الجميل بالغرم ولا يضرب له أجل ليطلبه ويحتمل أن يريد ابن وهب منع التأجيل البعيد الغيبة ولا يمنع التأجيل الخفيف القريب الغيبة ووجه ذلك أن فى الغيبة البعيدة ان ضرب له أجل قريب لم ينتفع به فى الظاهر وان ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب وفى الغيبة القريبة يضرب له أجل القريب رجاء أن يحضره فى مدة قريبة لا مضرة فيها على الطالب فيبرأ الجميل ولا يستنصر الطالب (مسألة) ولو كان للغريم مال حاضر فسأل الجميل أن يباع له فى سماع يحيى من العتبية وهو فى الموازية عن غيره ان كان على مسيرة عشرة أيام يبيع ماله عليه وأما على يومين فلا وليس كتاب حتى يبعث أو يأس منه فيباع عليه ولا يؤخر حيل المال وهو كالغريم نفسه * وقال مالك فى المدونة يباع له الر باع وغيره اذ ذلك أن قول مالك اختلف فى الحكم على الغائب فى الر باع وقد روى يحيى بن يحيى فى عشرة عن ابن القاسم انما اختلف قوله فى الحكم فيها وأما بيعها فى الدين فقوله انها تباع فى الدين ووفائه مخالفة العتبية رواية يحيى فى عشرة ومقتضى ان الخلاف فى بيعها فى الدين (مسألة) ولو غاب الغريم فتلاوم على الجميل ثم قضى عليه بالغرم

ثم حضر الغريم في المدونة عن ابن القاسم قدمضى عليه الحكم ولزمه المال ولو قامت البينة بعد الغرم
ان الغريم كان ميتا قبل الحكم عليه لا يرجع ماله ووجه ذلك ما قدمناه انه يموت الغريم بمرأى من الجمالة
فاذا ظهر بالبينة انه كان ميتا يوم الحكم عليه فقد تبين انه حكم عليه بما لا يارمه فلذلك وجب له الرجوع
فيه وفي الموازية في الجميل بالمال ان الطالب اذا حكم له على الجميل بحقه وما عجز عنه الغريم ثم أيسر
الغريم رجوع على من شاء منهما

(فصل) وأما الضرب الثاني من جمالة الوجه وهي الجمالة التي يشترط فيها أن لا شيء عليه من المال ففي
كتاب ابن المواز عن مالك أن شرط جمالة الوجه ليست من المال في شيء قال محمد أو يقول
لا ضمن لك الا الوجه فهذا لا يضمن الا الوجه غاب الغريم أو حضر أو مات أو أفلس ليس عليه الا
احضاره وفائدة هذه الجمالة يضمن الاحضار خاصة وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من نفسه فاذا قيد
الجمالة بأنه لا تتعلق جمالته بالمال لم يلزمه غير ما التزم من الاحضار وجازت هذه الجمالة لتعلقها في الجملة
بالمال المتعلق بالذمة ولو لأن المقصود منها طلب الذمة لما جازت هذه الجمالة لان الأعيان لا يصح تعلق
الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبيدا يحضره له أو ضمن من وجب عليه حد
أو تعزير لان الضمان لا يتعلق له بالذمة ولا مال ان طلبها ولذلك لم تصح والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان
أحضر الجميل بالوجه على شرط الغرم يرى وان جاء الأجل فلم يحضره فلا شيء عليه الا احضاره
لا يكلف غيره مال ولا غيره وروى حسين بن عاصم في العتبية عن ابن القاسم ان أجبل في طلبه
أجالا كثيرة فقد قال مالك لا شيء عليه غير طلبه وان طال ذلك فعلى ما شرط (فرع) وان قال له
الطالب هو بموضع كذا فاخرج اليه فقد روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم ان كان مثله يقدر
على المسير اليه أمر بذلك وان ضعف عنه لم يكلفه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان جهل
مكانه فليس عليه طلبه ولا الغرم عنه وان عرف مكانه لزمه الخروج اليه فيما قرب أو بعد على مسيرة
الأيام التي تكون من أسفار الناس فيخرج أو يرسل اليه أو يقرم الا في البعيد المتفاحش وجه القول
الأول مراعاة حال الجميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه لانه انما دخل على ما يطيقه ووجه
القول الثاني مراعاة ما يكلف من الأسفار غالب الا انه ان لم يقدر على مباشرة المسير اليه استتاب غيره
(فرع) ولا يضمن المال الآن يلقاه فيتركه أو يغيبه في بيته فان ثبت ذلك ببينة ضمن وروى
حسين عن ابن القاسم وقال أشهب اذا القيه فتركه ضمن ووجه ذلك انه يضمن احضاره دون
احضار المال وان غاب عنه وتعذر عليه احضاره فهو على شرطه وان ترك احضاره مع القدرة عليه
فقد ألتف على الرجل ماله حين تركه الجميل بما يضمن من احضاره ثم قصدا الى تركه أو يستمر في بيته
فكان عليه ضمان ما ألتف عليه

(فصل) وأما الجمالة بالمال فعناها التزام ائصال المال الى من تحمل له به ولا تبرأ بذلك ذمة المتحمل
عنه خلافا لابن أبي ليلى في قوله ان ذلك يبرى ذمة المتحمل عنه قال القاضي أبو محمد لانها وثيقة فلم يبرأ
بها من عليه الحق كالرهن (مسئلة) اذا ثبت ذلك في الجمالة بالمال ستة أبواب * الباب الأول فيما
تصح به الجمالة وتميزها بما لا تصح به الجمالة * والباب الثاني فيما تصح الجمالة منه وتميزه من لا تصح
الجمالة منه * والباب الثالث فيما تصح الجمالة عنه وتميزه من لا تصح الجمالة عنه * والباب الرابع
فيما للطالب من مطالبة الجميل * والباب الخامس في رفق الطالب بالجميل أو الغريم * والباب
السادس في قضاء الجميل عن الغريم

(الباب الأول فيما صح الجمالة به)

الجمالة تصح في المعلوم والمجهول خلافا للشافعي في منعها من المجهول والدليل على ما نقله ان هذه وثيقة بحق فصحت في المجهول كالتشهاد بالوصية اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في الموازية: من أوصى ولده أو غيره لم يضمنوا عند دينه فذلك جائز سمي الدين أو لم يسمه والغرماء حضوراً أو غيباً في الصحة أو في المرض وفي الغيبة من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فممن مات وعليه من الدين ما لا يدري كم هو وترك مالا من عين وعرض لم يحصر ولا يدري كم هو فحصل بعض ورثته بدينه الى أجل على أن يحل بينه وبين ماله فان كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه وبين الورثة على فرائض الله تعالى وان كان نقصان فعليه وحده ان ذلك جائز كان الذي تحصل به نقدا أو مؤجلاً لانه صنفه على وجه المعروف ولو كان على أن له الفضل وعليه النقص لم يجز لانه يبيع فاسد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان طرأ غريم لم يعلم به الوارث لزمه أن يقضيه ولا ينفعه قوله لم أعلم بذلك مالك وابن القاسم ووجه ذلك انه قد التزم أداء ديونه على المعلوم ولم يخص ما يعلّم دون ما لا يعلمه والالتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لزم والتزام المجهول لازم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال أنا ضامن لما قضى به لفلان على فلان وهما غائبان أو حاضران أو أحدهما غائب أن ذلك يلزمه قال ابن القاسم في المدونة لان مالكا قال من أوجب المعروف على نفسه لزمه والكفالة معروف فلزم لزوم الدين (مسئلة) ومن قال لرجل بائع فلانا أو أنا ضامن لمبايعته بكذا اذا ثبت مبايعته به قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره انما يلزمه من ذلك ما يشبهه أن يعامل به المتحمل عنه ولا يجب أن يكون مائة مذنب ابن القاسم ويراعى فيه أيضا حال المتحمل له قال القاضي أبو محمد انه مسئلة مبنيّة على ثلاثة أصول أحدها أن ضمان المجهول جائز والثاني أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألقى مالك في البحر وعلى ضمانه والثالث أن اطلاق مثل هذا محمول على العرف والعادة ووجه ذلك ان من قال لبائع فاكهة يريد مبايعته رجل بالدرهم والدرهمين أنا ضامن لمبايعته بكذا فاعلم به بياض قرقيبة باعها منه أو بواقيت وجوهرها الثمن الكثير من آلاف الدنانير لم يلزمه ذلك لا نديعه لم يرد هذه المعاملة ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان وانما أراد ما جرت به العادة في مثله من مبايعته مثله في بيعه على وجه التمسك بالشئ بعد الشئ والله أعلم وأحكم (فرع) ولو رجع الحيل قبل أن يعامله المتحمل منه غنى المدونة عن ابن القاسم له ذلك بخلاف من قال لمن يخاضع أخاه أحلف على ما تدينه قبل أخى وأنا ضامن ثم أراد الرجوع فليس له ذلك والشرق بينهم ما ان الحيل لما لم يعامل به في المستقبل لم يتحمل شيئاً ما ضموا ولا حقتا بابتا وانما وجد الجمالة في المستقبل اذا وجد الدين فله أن يرجع قبل أن يلزم الجمالة بوجود الدين والذي قاله أحلف بما تدينه وأتاه ضامن يضمن أمره فقد تقدم وجوده فمكان للعالم أن يحقق وجوده في الماضي فيمنعه في المستقبل فلذلك لم يكن له الرجوع لانه قد تضمن ديناً ما ضمها على صفة وعنى وجود الدين المثبت له والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن اشترى جارية فتكفلت له بما أدركه فيها من درك لزمه ضمان ذلك ووجه ذلك ما تقدمناه من صحة الكفالة بالمجهول (مسئلة) ومن أعتق عبداً على ألف درهم جاز له أن يأخذ منه بما احتيا ولا تجوز الجمالة بكتابة المكاتب وان لم يتحمل العتق والشرق بينهم ان كان تجل عمه على مال لزمه ذلك المال في ذمته فلذلك صحت الجمالة به وما على المكاتب من شرم كتابه فغيره لا يحد ولا هو دين ثابت عليه لانه يستقط بالعجز عنه فلذلك لا تصح الجمالة (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ حميلاً معيناً بشره قاله ابن القاسم في المدونة قال لان

مال الكفال لا يجوز أن يأخذ حميلا بسبعة غائبة اشتريتها بعيدة كانت أو قريبة يجوز فيها النقد ووجه ذلك أن عين المعين لا يقدر الجميل على احضارها ولا تتعلق بذمته ومعنى الجمالة تتعلق الحق المتحمل به بذمة الجميل والاعيان لا تتعلق بالذم فلذلك لا يجوز التحمل بها (مسئلة) ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك أنها متعلقة بمعينين ولا تتعلق لها بالذم فلا تصح الكفالة فيها ومن استأجر أجيرا أو صانعا معينا لم تصح فيه الكفالة لأنه لا يصح أن يقوم غير مة مامة في العمل وانما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذم قاله ابن القاسم في المدونة ولو كانت خدمة في الذمة مقدرة بمن أو عمل لصحت الجمالة بها (مسئلة) والجمالة بالجعل حرام قاله مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلاً على حالته قال في العتبية ويرد ما أخذ قال في الموازية فإن كان صاحب الحق عالماً بذلك سقطت الجمالة ورد الجعل فإن لم يعلم بذلك فالجمالة لازمة والجعل مردود ومعنى ذلك أنه عقد يختص بالمعروف فلم يصح فيه العوض كالعرض وقد قال أصبغ في الموازية كل جمالة وقع حرامها بعقدين الجميل والمطلوب بغير علم الطالب فالجمالة له ثابتة وانما يفسدها علم الطالب قال محمد ويكون ذلك من سببه ومعاملته فاذا لم يكن من سببه ولا علم به في الجمالة فالجمالة ثابتة (مسئلة) وكل جمالة وقعت على حرام من المتبايعين في أول أمرهما أو بعده ففي الموازية لا يلزم الجميل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلا به علمه الجميل أو جهله وقد قاله أشهب في دافع دينار في دينارين إلى أجل وأخذ بهما حميلا الجمالة ساقطة وكذلك كل جمالة باصر فاسد قال محمد ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك وقد قال ابن القاسم فيمن دفع دينارا في دينارين أن الجمالة في ذلك ساقطة وكذلك في فسخ الدين في الدين وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية أن لم يعلم الجميل بذلك فالجمالة ساقطة وإن علم لزمته في دينار من الدينارين وبطل الربا فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم في ابطال ذلك أن الجمالة انما تعلقت بأحد عوضي عقد البيع وذلك لا يكون إلا بعد صحة العقد فاذا بطل العقد لفساده بطل العوض منه ووجب أن تبطل الجمالة لما بطل ما تعلقت به ووجه رواية عيسى أن الجميل إذا علم بذلك فأنما تضمنت جمالته رد ما صار إلى المتحمل عنه إذا وجب عليه رده بالشرع وإذا لم يعلم بذلك فأنما التزم المتحمل العوض في عقد وذلك لعدم في هذه المسئلة للاتفاق على ابطال عقد البيع (مسئلة) ومن باع طعاما من مبيع قبل قبضه وأخذ به حميلا فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب أن الجمالة ساقطة ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمله لا ينفذ على حسب ما تحمله به فبطلت الجمالة (مسئلة) ومن أسلف سلفا فلا بأس أن يأخذ به حميلا قال مالك في الموازية قال وما أعلم أحدا كرهه إلا الحسن ووجه ذلك أنه وثيقة تجوز في البيع جازت في القرض كالشهادة (مسئلة) والجمالة بما على الميت جائزة وإن لم يترك وفاء وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز ذلك إذا لم يترك وفاء والدليل على ما نقوله ما روى سامة بن الأكرع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال هل عليه من دين قالوا نعم قال هل ترك شيئا قالوا لا قال صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة صل عليه يا رسول الله وعلى دينه فصرى عليه ومن جهة المعنى أن كل دين صححت الجمالة به مع اليسار فأنما تصح به مع الاعسار كدين الحى

(الباب الثاني في ذكر ما تصح الجمالة منه وتمييزه ممن لا تصح جمالته)

الذي تصح جمالته كل مالك لأمره لا حيجر لاحد عليه سواء كان يقدر على النطق أو كان أخرس إذا فهم مراده قال مالك في المدونة يجوز كفالته إذا فهم عنه وأما من عليه حيجر لحقه ولحق غيره فإنه يعتبر

أمره فان كان محجورا عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه لم يلزمه الجمالة وأما البكر التي لم
تعتس فهي كالصغير في ذلك وأما التي اعتست وأونس رشدها في بيت والدها في المدونة انه يجوز
جمالها عند ابن القاسم ووجدته في كتاب عبد الرحمن عن مالك وقال مالك لا تجوز عبتها وكذلك
كفالتها لان بضعها يبدأ بها ووجه ذلك انه لما لم يسقط التعنيس ولاية الأب في البضع لم يسقط في المال
وجه القول الاول ان الولاية في البضع لا تزول بالرشد والولاية في المال تزول بالرشد لانها تراد لحفظ
المال فاذا حفظ المال بالرشد زالت الولاية للمال وبقيت ولاية البضع لانها تراد لحفظ البضع مما يغيب
فعلها باقية ما بقيت المرأة فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من كان محجورا عليه لحق غيره
كالعبد والمستغرق في الدين والمريض والمرأة ذات الزوج فان العبد والمكاتب والمدير وأم الولد
جمالهم بغير اذن السيد باطلة وان كان العبد مأذونا له في التجارة وقال ابن الماجشون تجوز جمالة
العبد وحكى ابن المواز القولين في العبد وجه القول الاول وهو قول مالك وجمهور أصحابه بمعنى
يا دخل في ذمته نقصا وعيبا فلم يكن له ذلك بغير اذن سيده كالمداينة وأيضا فانه وجه من المعروف فلم
يكن له بغير اذن سيده وان أذن له في التجارة كهبته ماله (مسئلة) وتجوز جمالة العبد باذن السيد
وان لم يكن مأذونا له في التجارة الا أن يستغرقه الدين فلا يجوز وان أذن له السيد ووجه ذلك كله
ان الحجرة انما تعلق به لحق سيده فاذا أذن له في ذلك جازت له جمالته ولو كان عليه دين يفتقر ماله لم
يجز ذلك لانه محجور عليه لحق الفرما فلا تصح جمالته اذن له السيد أم لم يأذن له وأما المكاتب فقد
قال ابن القاسم في المدونة ان اذن السيد للمكاتب والمدير وأم الولد في الجمالة جازت جمالهم وقال
غيره لا يجوز معروف المكاتب لان ذلك داعية الى رقه وليس له ذلك ولا لسيده ووجه قول ابن
القاسم انه محجور عليه بحكم الرق فيجاز ما يفعله من ذلك باذن السيد أصل ذلك العبد القن ووجه
قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه فوجب أن يكون ممنوعا من كل ما يكون سببا له
(مسئلة) وهل للسيد كراء العبد على الجمالة قال ابن القاسم في المدونة ليس له ذلك وقال ابن
الماجدشون في النوادر له ذلك وجه قول ابن القاسم ان السيد ليس له ادخال نقص في ذمة عبده كما
ليس له أن يثبت ذلك ديناً عليه ووجه قول ابن الماجشون ان له ائزاع ماله وهو بمعنى ذمته فكأن له
شغل ذمته على هذا الوجه (مسئلة) وأما المستغرق في الدين ففي العتبية والموازية عن مالك لا يجوز
جمالة من أحاط به الدين كصدقته وتقصيخ لانها من المعروف ووجه ذلك ان من كان للفرما رد عتقه
كان لهم رد كفالتها وعتبه كالضرب على يديه (مسئلة) وأما المريض ففي المدونة عن ابن القاسم
يجوز كفالة المريض في ثلثه وروى ابن المواز عن عبد الملك ان كان المحمول به مليا لم يمتسه وان
كان عديما بطلت ولم يكن في الثلث اذالم يرد به هذه الوصية ووجه قول ابن القاسم انه معروف يفعله
المريض فكأن في ثلثه كهبته ووجه قول عبد الملك ما احتج به (مسئلة) وأما كفالة ذات الزوج
ففي المدونة عن ابن القاسم ان ذلك في ثلث مالها فان زادت على الثلث في كفالتها فللزوجة ابطال
جميعها الا أن يزيد على الثلث الدينار والشئ اليسير فيمضي الثلث والزيادة وقال المغيرة اذا حازت
المرأة الثلث لم يبطل كالمرضى يوصى بأكثر من ثلثه (مسئلة) واذا تكتلت المرأة زوجها ففي
المدونة قال مالك عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها وكذلك كفالتها عنه ومعنى ذلك ان
كفالتها عنه باذنه ورضاه فان لم يرض بذلك فعلى من ذهب ابن القاسم تبطل الا أن تكون بثلث مالها
فأدنى والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فيمن يصح الجمالة عنه وتعيينه ممن لا تصح عنه)

وتعبر بذلك انها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أدائه من ماله وأما المولى عليه فلا يخفى أن يكون تحميل عنه جميل بماتة ممت المعاملة فيه أو بماتة قبل المعاملة فيه فان كان تحميل عنه بشئ ما ابتاعه فقد قال ابن القاسم في العتبية والموازنة ان كل ما تشتمل به مما يلزم اليتيم لزوم الجميل ويرجع به في مال الصبي وقال عبد الملك لا يلزم المولى عليه شئ مما تحميل به فان كانت المعاملة قبل الجمالة لم يلزم الجميل شئ يريد انه لم يتحمل عنه بدین عليه ولا عامله المتحمل له بسببه فلا يلزم الجميل شئ وان كانت المعاملة بعد ذلك لزم الجميل الغرم ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم وان كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط فيسلفه النفقة فيها فهذا يلزم الجميل فعلى هذا فيا تحميل به عن اليتيم على ثلاثة أقسام قسم يلزم الجميل ويرجع به وهو ما يلزم مال اليتيم وقسم يلزم الجميل ولا يكون له الرجوع به وهو على ما عومل به بسبب الجمالة ولا يلزم مال اليتيم وقد قال أصبغ في العتبية فيمن اشترى من سفيه وأخذ حبيلا بما يلزمه من قبله فأبطل البيع والثلث على السفيه فان الجميل يغرم الثلث ولا يرجع به على أحد وقسم لا يلزم الجميل ولا يرجع به كالتحمل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله

(الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الجميل)

لا يخفى أن يكون الجميل واحدا أو جماعة فان كان واحدا فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه اختلف فيه في قول مالك فقال في المدونة في الجميل للمال للطالب طلبه في مال الغريم وحضوره قال القاضي أبو محمد بن عبد الملك والشافعي ثم رجع مالك فقال لا يبيعه الا في عدمه أو غيبته قال القاضي أبو محمد بن عبد الملك وجه القول الاول ان الحق متعلق بذمة في حال عدم الغريم فوجب أن يكون متعلقا بذمة في حال يساره كالغريم ووجه القول الثاني عندى انه وثيقة بالحق فلم ينتقل اليه الا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن (مسئلة) وليس للطالب أن يكلف الجميل ملازمة الغريم حتى يدفع ما عليه اذا كان موسرا قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه وثيقة بالحق من الغريم وانما له مطالبة بدفع الحق يرجع اليه عند تعذر استيفائه وليس بوكيل على المطالبة بالدين (مسئلة) وليس للجميل أخذ الحق الى الطالب ووجه ذلك ان الجميل ليس بوكيل على القبض ولا مأذون له فيه وانما له أن يطالب الغريم بما تبرأ ذمته به وهو إيصال الدين الى مستحقه (مسئلة) واذا حل أجل الدين والغريم غائب فلا يخفى أن يكون بعيد الغيبة أو قريبا فان كان بعيد الغيبة ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الجميل وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في البعيد الغيبة والذي لا يرى أين هو فلا يضرب له أجل فان كان له مال حاضر فلا يخفى أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو في حكمه أو يبعده تناوله كالدارتباع وما يطول أمده ويكون فيه التربص فان كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب وان كان مما يبعده تناوله أخذ الدين من الجميل ثم للجميل أن يبايع له ذلك وان كان قريب الغيبة أجل الجميل أجل اقربيا وكره فان أبي والافعل به ما ذكرناه قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم (مسئلة) واذا حل الاجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الجميل وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية ان قال الطالب ان الغريم عديم وقال الجميل هو مولى ولم يعرف له مال ظاهر غرم الجميل ومعنى ذلك ان ذمة الجميل قد تعلق بها الحق فلا يبرأ الا بالأداء وانما يبرأ الغريم بالمطالبة اذا كان له مال فعلى الجميل الذي يدعى يسره اظهار ذلك المال فيبرأ واللام يبرأ من الدين (مسئلة) وهذا فيما ثبت من دين الغريم بالبينة فأما ما لا يثبت الا باقرار

الغريم فلا يلزم ذلك الحيل رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك * قال القاضي أبو الوالد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن يكون الاقرار بالدين بعد الجملة وأما إذا أقر به الغريم قبل الجملة فشهد بذلك على اقراره شاهدا عدل فإن الذي يريد مالك بقوله أنه مما تقوم به البيعة ويلزم ذلك الحيل والله أعلم وأحكم

(فصل) ومن قام على منكر بدين فقال له الرجل إن لم آت بك به غدا فإلما على وقد سباه لم يلزمه المال وإن لم يأت به حتى يبينه الطالب بيئته ولو أقر المطلوب بعد الجملة لم يلزم ذلك الحيل الإيئنة وكذلك من ادعى على غائب ألف درهم فتسكفل به رجل فقدم الغائب فأنكر وأقر لم يلزم الحيل ذلك إلا بيئته على أصل الدين أو بيئته على اقرار الغريم قبل الجملة قاله كله في الموازية ونعود في العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم (مسألة) ولو أنكر الغريم الدين وأقر به الحيل ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه يغرم الحيل ثم إن قامت له بيئته رجع على الغريم بما أدى عنه ورأه في العتية يجزي عن ابن القاسم قال وإن لم يكن للحيل بيئته لم يرجع الغريم بما آداه

(فصل) وإن كان الحلاء جماعة تكفلوا به مال فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أوله أخذ من شاء منهم بجميع حقه فإن أطلق لفظ الكفالة فأعسر الغريم عند الاجل فقد قال مالك ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال وإنما له أن يأخذ كل واحد منهم بحصة منه فإن كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال ووجه ذلك أنهم إذا تكفلوا بمائة فقاما تسكفل كل واحد منهم بثلث المائة فلا يلزمه سواها (مسألة) وإن شرط عليهم وبعضهم كفلاء عن بعض كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه وإن كانوا موسرين فإن أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك أن إذا كان بعضهم حلاء عن بعض كان لهم حكم الجملة فليس لهم أن يأخذوا واحدا منهم إلا بما يجوز له أن يسأل به عن الغريم إلى الحيل من الاعسار أو الغيبة والله أعلم وأحكم (فرع) ولو غاب الحلاء إلا واحدا منهم فغرم الحاضر المال ثم قدم الحيلان والغريم فقد قال ابن القاسم في المدونة للحاضر الذي غرم أن يرجع على صاحبه بثلثي المال وإن كان الغريم ملياً وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذ من الحيل إذا كان الغريم وموسر حاضرا ووجه لثوق بينهما أن الحيل إنما أخذت ونفقت من الدين الذي على الغريم فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم والحيل الذي غرم في غيبة الحلاء والغريم فكل واحد منهم حيل بجميع المال فقاما غرم عن الحيل كما غرم عن الغريم لأنه لو حضر صاحبه في الجملة لزمه الغرم معه فقاما كان آداه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم (مسألة) فإن اشترط أن له أخذ من شاء منهم بجميع الحق في المدونة عن ابن القاسم له أن يأخذ من شاء منهم بحقه وإن كان شركاؤه في الجملة حضورا موسرين لأنه قد شرط ذلك وإذا أخذ أحد منهم بجميع المال لم يكن له أن يرجع على أحدهما بشئ مما آداه لأن الطالب قد شرط في الجملة أن له أن يعلق حقه بذمة من شاء منهم فإذا عين حقه عند أحدهم فقاما ذلك عن نفسه لا عن أحدهما فذلك لم يجز له أن يرجع عليهم بشئ مما آداه ورأى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشباه أن الشرط باطل وليس له اتباع أحد منهم بأكثر من نصيبه إلا في عدم اختياره أو غيبته (فرع) فإن شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه إن بعضهم حلاء عن بعض فأخذ حقه من أحد ثم كان من أدى الحق أن يرجع على أحدهما بما أدى عنهم لأنهم قد شرطوا أنه إن عين حقه عند أحدهم فعلى وجه إن بعضهم حلاء عن

بعض فقد تعلق الحق بحالة جميعهم على ان للطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم وفي المسئلة الأولى لم يتعلق الدين بحالة جميعهم وان تعلق بحالة واحد غير معين فللطالب أن يعينه من شاء منهم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تحمل له بدينه رجل ثم لقي الغريم فأعطاه حميلاً آخر فقد روى ابن الماجشون عن مالك أنه أن يتبع أي الجميلين شاء ووجه ذلك ان كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضي تقدم أحدهما فاقضى ذلك التخيير في أن يطلب ما أو يطلب أيهما شاء (مسئلة) ومن تحمل لرجل بمال على غريم ثم تحمل له رجل آخر بالجميل فأنما له أن يطلب الغريم فان غاب أو أعسر انتقل الى طالب الجميل الأول فان غاب أو أعسر انتقل الى الجميل الثاني قاله ابن الماجشون ووجه ذلك أن حاله مع الجميل الأول والثاني كحاله مع الجميل الأول والغريم وقد تقدم ذكره والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في رفق الطالب بالغريم أو الجميل)

وجه ذلك ان الطالب قديم بحقه الغريم أو الجميل أو يؤخر أحدهما فاما الهبة فان وهب الغريم فقد برى الجميل لان الهبة كالاقتضاء ولو اقتضى حقه لبرى الجميل فكذلك اذا وهبه ولو وهب الحق الجميل لم ير الغريم عليه أن يؤدي إلى المتحمل له (فرع) ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على ان له أن يأخذ أيهما شاء بحقه ففات الغريم فأحاله الطالب ثم أراد أن يطلب الجميل ففي العتبية والموازاة لأشبه عن مالك يحلف ما وضع الاليمت وهو على حقه قال محمد فيها شيء وقال في موضع آخر فيها نظر وروى في موضع آخر عن مالك ان كان آخر بعض الحق من تركه الميتم كان مأخذ بالخصص بين الحقين ويحلف ما وضع الاليمت ويكون على الجميل حصته بما بقي (مسئلة) وأما ان أخذ الغريم ففي العتبية والموازاة لأشبه عن مالك ان أخذ الغريم سنة فالجملة ثابتة الا ان للحميل أن يمنع التأخر ويقول أخاف أن يفلس فليس له التأخير قال ابن القاسم في المدونة الا أن يسقط الجملة وقال غيره في المدونة اذا أخر الغريم وهو موسر تأخر ايئنا فقد سقطت الجملة عن الجميل وان كان الغريم معسراً فله أن يؤم على الكفيل وأن يقف عنه ووجه قول ابن القاسم ان تأخر الغريم لا ينافي جملة الجميل فليس فيه دليل على ابراء الجميل ولا يكون تأثيره في إسقاط الحق عن الجميل أكثر من تأثيره في إسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بدمتهما ووجه قول الغير انه لما يلزم الجميل تأخير الغريم كان الظاهر من تأخير ابراء الجميل والله أعلم (فرع) ولو علم الجميل بتأخير ابراءه فسلمت له الجملة فان لم يعلم بذلك حتى حل الأجل حلف الطالب ما أخره ليرى الجميل وتثبت له الجملة قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ان ترك الاعتراض من الجميل في تأخير رضاه فان لم يعلم بذلك واحتمل تأخير الطالب للغريم الذي لا يلزم الجميل تجويزه أن يريده ابراء الجميل كان على الطالب اليقين انه لم يرد به ابراءه وانما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقاً بحالة الجميل (مسئلة) ولو أخر الطالب الجميل فذلك تأخير للغريم الا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً فان نكل لزمه التأخير لانه لو وضع عن الجميل الجملة لكان له أن يتبع الغريم قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ما لزمه من اليقين ان تأخير الجميل محتمل لتأخير الغريم له فلزمته اليقين انه ما أراد ذلك ولا قصده

(الباب السادس في قضاء الحق)

فان دفعه الغريم برى وبرى الجميل وان دفعه الجميل برى من مطالبة صاحب الحق وكان له مطالبة الغريم فان كان أدى عنه مثل ما عليه رجع بمثله وان كان أدى عنه غير ما عليه مثل أن يكون

الدين دنانير فيدفع عنه الحميل دراهم فان ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحده ووضي
 الصرف وأما بعد الأجل ففي كتاب ابن المواز ان ذلك جائز وفيه أنه غير جائز واليه يرجع ابن القاسم
 وهو قول أشهب وأصحابه وجه القول الأول ان ما بين الطالب والغريم قد صح بالتخاذ المصارفة لان
 ذلك متعلق بذمته كالذي كان له عليه الدين ووجه القول الثاني بالمنع ما احتج به محمد بن ان الغريم
 يكون مخيرا بين أن يدفع ما كان عليه أو ما دفع عنه فيدخله الخيار في الصرف وفسخ دين في دين والله
 أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن القاسم لا يؤخذ من الغريم الدنانير ولكن
 يخرج الغريم الدنانير ثم يشتري بها دراهم فان نقصت لم يكن للحميل غير ما وان زادت فليس له
 الفضل وكان ابن القاسم يقول الغريم مخير ان شاء دفع الدنانير أو الدراهم ثم رجع فقال هذا حرام
 بين الحميل والغريم وقاله أشهب وجه القول الأول ان عمل الكفيل مع صاحب الحق اذا حكمنا
 بصحته وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير لانه تأخير في الصرف فوجب أن يصح بأن
 يخرج الغريم ما كان عليه فلا يفسد من جهة شيء ثم يشتري للحميل من جنس ما أدى فان كان
 فيه نقص فهو الذي أدخله على نفسه وان كان فيه فضل لم يكن له ان مادفع عنه انما هو سلف أسلفه
 اياه فلا يأخذ أكثر منه ووجه القول بالتخير ان هذا تخير ثابت بالشرع فلا يبطل الصرف بتخيير
 من وجد في عوض الصرف زائنا فانه مخير بين أن يرد المعيب أو يمسك ولا يمنع صحة ذلك الصرف
 (فرع) فان قلنا برؤية المنع فلا يجوز أن يصالح الكفيل طالب الحق اذا كان الدين دنانير بدراهم
 ولا شيء مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء الا بالخبراف منه أو بما يرجع الى القيمة من حيوان أو عرض
 أو غيره لانه فيما يكال أو يوزن يرجع الى أن يكون الغريم مخيرا ومعنى ذلك انه يدخله الخيار في فسخ
 الدين في دين وذلك غير جائز وأما ما يرجع الى القيمة فانه يقيم بجنس الدين فلا يدخله تخيير ولا
 فسخ دين في دين (مسألة) ومن تحمل بمال لرجل الى أجل ذات الحميل قبل الأجل ففي المسونة
 لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله قال في المسونة وان كان الغريم مليا حاضرا فليس لورثته أن
 يأخذوه من مال الغريم قبل الأجل وقال ابن الماجشون لا يحل اخق بموته ولكن يؤتف من ماله
 بقدر الدين وجه القول الأول أن الدين متعلق بذمته فوجب أن يحل بموته ويتعجل طلبه منه
 كالغريم ووجه القول الثاني انه حميل فلا تطلب تركه بالدين بموته اذا كان الغريم حاضرا مليا
 أصل ذلك اذا مات بعد الأجل (فرع) ولو مات الحميل منسافا لمصاحب الحق أن يصاحب الغرماء
 في ماله قاله ابن القاسم في المسونة ووجه ذلك انه يحل الدين بموته فوجب أن يصاحب الغرماء في ماله
 كالغريم (مسألة) ولو مات الحميل عند الأجل أو بعده فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية
 ههنا يبدأ بالغريم فان كان غائبا أو عسيرا أخذ من مال الحميل ووجه ذلك انه قد كان له أن يطلب
 الغريم فلم يكن له أن يطلب الحميل وانما له مطالبة الحميل اذا لم يكن له مطالبة الغريم (مسألة)
 ولو مات الغريم قبل الأجل فلا طالب أن يتعجل حقه من ماله وان لم يكن له أن يطلب به الحميل حتى
 يحل الأجل قال ابن القاسم في المسونة ووجه ذلك ان الدين يحل بموت من يتعلق بذمته فان طلب
 من الغريم روعيت حاله في أخذه منه بموته وان طلب من الحميل روعيت حاله فلا يحل بموته غير ذلك
 لو مات الحميل قبل الأجل فانه لا يكون ذلك سببا لمطالبة الغريم والله أعلم وأحكم
 (فصل) اذا ثبت ذلك فترجع الى تقسيم لفظ مسألة الأصل وهو قوله فان ذلك الحميل أو أفلس فان
 الذي تحمل له يرجع على غريمه الأول يريد ان مات منسافا أو أفلس مع بقاء حياته لان حقه لم ينتقل

عن ذمة الغريم بالجملة وانما اخذنا الجميل وثيقة لحقه كالرهن ففلس الجميل بمنزلة ضياع الرهن والله أعلم
وجه ذلك أن موت الجميل مع كونه عيبا لا يوجب رجوع الطالب على الغريم بل له على قول ابن
القاسم أن يتعجل من ماله ديننا وعلى قول ابن الماجشون يوقف من ماله بقدر الدين فكذلك الجملة باقية
على القولين والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله يرجع على غريمه الأول لفظ الرجوع يقتضي ظاهره انه قد كان تعلق بمطالبة الجميل
أولا وأنه كان له ذلك وشو يكون على وجوه منها على قول مالك الأول ان له أن يبدأ بمطالبة الجميل ان
شاء فان مات الكميل أو أفلس قبل أن يستوفي منه كان له أن يرجع الى مطالبة الغريم ومنها اذا باع
من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع الى مطالبة الغريم ومنها أنه اذا باع من الغريم وأخذ
منه جديلا وشرط ان له أن يأخذنا أي ما شاء فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان له ذلك
وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك في العتبية والموازاة فعله هذا أيضا ان مات الجميل أو أفلس
كان له الرجوع الى مطالبة الغريم ويحتمل أيضا أن يريد به أن الغريم كان مفلسا فآثر مطالبة
الجميل فلما قعدرا الاستيناء من جهته رجع الى اتباع الغريم في ذمته بما بقي عليه ويحتمل أن يريد
بقوله يرجع على غريمه معناه يبقى حقه ثابتا على غريمه لا يبطل بموت الجميل بخلاف الجلالة التي
تبطل حقه بموت المحال عليه ولا يكون له مطالبة الجميل والله أعلم أي ذلك أراد

القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب

ص قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا ابتاع الرجل ثوبا وبه عيب من حرق أو غيره قد علمه البائع
فشهد عليه بذلك أو أقر به فأحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص ثمن الثوب ثم علم المشتري
بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه إياه * ش وهذا على ما قال انه
ان أحدث المشتري بالثوب حدثا من تقطيع أو غيره ثم اطلع على عيب كان عند البائع فلا يخول أن
يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره في المسئلة أو لم يدلس به فان كان دلس به فلا يخول أن يكون
ما أحدث فيه المشتري العيب ما جرت العادة به ومما يشترى غالبه أو يحدث فيه ما لم تجر العادة بمثله فلما قسم
الأول في تقطيع ما جرت به العادة في مثله من الثياب فما أحدث المشتري من هذا مما ينقص المبيع
فلا مبيع أن يرجع بجميع الثمن ولا يرد ما نقص ذلك المبيع ولو قطعه على غير ما جرت به عادة مثل ذلك
الثوب مثل أن يكون ثوب وشي رفيع فيقطعه جوارب أو رقاعا فهذا لا يرد على المدلس لانه قد فات
بذلك من الفعل ويرجع بما نقصه قاله ابن القاسم في المدونة وذلك ان البائع قد علم ان المشتري يتصرف
في المبيع التصرف المعتاد فاذا أسلمه اليه على وجه التملك مع ما دلس له به من العيب فقد أذن له في
ذلك فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل ولم يأذن له في التصرف الذي ليس بمعتاد فلذلك يلزم من
فعله (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أقر المشتري بالتدليس أو قامت البينة بانه كان عالما بالعيب عند
المبيع فلا مبيع رده وأخذ جميع الثمن وهل له امساكه والرجوع بقيمة العيب قال ابن القاسم له ذلك
وقال ابن المواز ليس له ذلك اذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطم فان كان صناعة كالصبغ والخياطة
كان له ذلك لان له أن يمتنع من تسليم صناعته وحكى ذلك عن أصبغ ووجه ما قاله ابن القاسم ان
العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصناعة وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث
وجه قول ابن المواز للمبتاع رد المبيع دون غرم فلم يكن له امساكه والرجوع بقيمة المبيع اذا لم يكن

* القضاء فيمن ابتاع

ثوبا وبه عيب

* قال يحيى سمعت مالكا

يقول اذا ابتاع الرجل

ثوبا وبه عيب من حرق

أو غيره قد علمه البائع

فشهد عليه بذلك أو أقر

فأحدث فيه الذي ابتاعه

حدثا من تقطيع ينقص

ثمن الثوب ثم علم المشتري

بالعيب فهو رد على البائع

وليس على الذي ابتاعه

غرم في تقطيعه إياه

فيه غبن فوته أصل ذلك إذا لم يحدث عنده عيبا (مسئلة) فإن ادعى المبتاع على البائع التدليس
وأكرهه البائع وادعى النسيان ولم يتم بينة له بشئ من ذلك فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على ما قال
ويخير المبتاع بين أن يرد المبيع وقيمة العيب الحادث ويأخذ الثمن أو يمسك المبيع ويرجع بقيمة
العيب القديم وروى ابن المواز عن مالك لا يحلف البائع حتى يخبر المبتاع فإن اختار الرجوع بقيمة
العيب لم يحلف البائع إذا لفائدة في استجلافه لأن حاله في الرجوع بقيمة العيب في التدليس وغيره
حالة واحدة عند من يرى التخيير ثابتا في التدليس وإن أراد الرد استحلف البائع فإن حلف رد المبتاع
مع المبيع فقيمة العيب الحادث وجه قول ابن القاسم بتقديم اليمين أن التخيير لا يثبت الحكم به إلا بعد
اليمين وأما قبل اليمين فحكم التدليس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخيير وقد تقدم ذكره فإذا حلف
بطل حكم التدليس ولزم الحكم بالتخيير وجه قول مالك أن التخيير ثابت بمجرد العيب الحادث ولا
معنى لليمين إلا اثبات قيمة العيب الحادث على المبتاع وإنما ذلك في الرد فإذا لم يختار الرد فلا معنى لهذه
اليمين لأنها غير مؤثرة في الامسك والرجوع بقيمة العيب القديم وهذا القول أجرى على قول ابن
القاسم في اثبات التخيير مع التدليس وقول ابن القاسم في هذه المسئلة أجرى على قول ابن المواز
وأصبع في اسقاط حكم التخيير مع التدليس وإنما لزم المدعى النسيان اليمين لأنه يمكن أن يكون عالما
بالعيب عند البيع فإذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينسكركه لزمته اليمين والله أعلم وأحكم ص
وان ابتاع رجل ثوبا به عيب من حرق أو عوار فزعم الذي باعته أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي
ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار أن شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب
و يمسك الثوب ففعل وإن شاء أن يفرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو
في ذلك بالخيار فإن كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد في ثمنه فالمبتاع بالخيار أن شاء أن يوضع
عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وإن شاء أن يكون شريكا للذي باع الثوب ففعل وينظر كم
الثوب وفيه الخرق أو العوار فإن كان ثمنه عشرة دراهم و ثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا
شريكين في الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب هذا يكون ما زاد الصبغ في ثمن
الثوب شس وهذا على ما قال ابن المبتاع إذا وجد بالثوب عيبا دلل على البائع بعد أن أحدث فيه
المبتاع صبغا زاد في ثمنه فإن المبتاع يخبر بأن يمسكه ويرجع بقيمة العيب على ما تقدم في كتاب
اليوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه عيبا غير مصبوغ ثم تقويمه تقويمه ثانيا
مصبوغا فيكون المبتاع شريكا بما زاد الصبغ في قيمته وهذا معنى ما في المسئلة من ابن التمامم ورواه
داود بن سعيد بن زبيد عن مالك في المدينة وزاد فيها أنه شريك بما زاد الصبغ والبائع شريك بثن
ثوبه مع ما يرد بقيته وحكى عن الشيخ أبي بكر أنه قال يستبر بقيمة يوم الحكم (فرق) قال في
هذه المسئلة يكون شريكا بما زاد الصبغ في قيمة الثوب وقال فيمن اشترى ثوبا صبغ واستحق من
بده وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه أن يكون شريكا بقيمة
الصبغ قال الشيخ أبو محمد عبد الحق الشافعي بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد فيشارك
والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة فلذلك أخذنا قال القاضي أبو الوليد رحمه الله
وهذا عندي ليس بالبين لأن من يده الثوب لا يجبر على المشاركة إذا رضى بدفع ثمن الثوب كأنه
يجد العيب إذا رضى باعائه البيع لم يجبر على المشاركة فلا فرق بينهما من هذا الوجه والأظهر عندي
في الفرق بينهما أنه انما ثبت له قيمة في الشركة ما كان له صاحب أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته إليه

قال وإن ابتاع رجل ثوبا به عيب من حرق أو عوار فزعم الذي باعته أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار أن شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب و يمسك الثوب ففعل وإن شاء أن يفرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو في ذلك بالخيار فإن كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد في ثمنه فالمبتاع بالخيار أن شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وإن شاء أن يكون شريكا للذي باع الثوب ففعل وينظر كم الثوب وفيه الخرق أو العوار فإن كان ثمنه عشرة دراهم و ثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين في الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب هذا يكون ما زاد الصبغ في ثمن الثوب شس وهذا على ما قال ابن المبتاع إذا وجد بالثوب عيبا دلل على البائع بعد أن أحدث فيه المبتاع صبغا زاد في ثمنه فإن المبتاع يخبر بأن يمسكه ويرجع بقيمة العيب على ما تقدم في كتاب اليوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه عيبا غير مصبوغ ثم تقويمه تقويمه ثانيا مصبوغا فيكون المبتاع شريكا بما زاد الصبغ في قيمته وهذا معنى ما في المسئلة من ابن التمامم ورواه داود بن سعيد بن زبيد عن مالك في المدينة وزاد فيها أنه شريك بما زاد الصبغ والبائع شريك بثن ثوبه مع ما يرد بقيته وحكى عن الشيخ أبي بكر أنه قال يستبر بقيمة يوم الحكم (فرق) قال في هذه المسئلة يكون شريكا بما زاد الصبغ في قيمة الثوب وقال فيمن اشترى ثوبا صبغ واستحق من بده وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه أن يكون شريكا بقيمة الصبغ قال الشيخ أبو محمد عبد الحق الشافعي بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد فيشارك والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة فلذلك أخذنا قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي ليس بالبين لأن من يده الثوب لا يجبر على المشاركة إذا رضى بدفع ثمن الثوب كأنه يجد العيب إذا رضى باعائه البيع لم يجبر على المشاركة فلا فرق بينهما من هذا الوجه والأظهر عندي في الفرق بينهما أنه انما ثبت له قيمة في الشركة ما كان له صاحب أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته إليه

فثبتت له تلك القصة في الشركة فلما كان في مسألة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله ويخرجه تشاركا عند الابانة بقيمة الصبغ وقيمة الثوب ولما كان في مسألة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع إلى المشتري قيمة صبغه ويخرجه عنه لم تثبت للصبغ قيمة بالفرداه وانما تثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه لأن اللبائع أن يدفع إليه عوضه ويخرجه عنه وذلك أن المشتري ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصا عما اشتراه فلو شاركه بقيمة الصبغ وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قدره إليه ثوبه ناقصا بالنقص الذي أحدث فيه بالصبغ ولم يرد إليه ذلك النقص فلذلك جبره بالصبغ وشارك بما زاد الصبغ على قيمة الثوب والله أعلم وأحكم

﴿ ما لا يجوز من النحل ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهم ما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال إن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه ﴾ ش قوله إن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي نخلت ابني هذا غلاما النحل العطية ومعنى نخلت أعطيت ويحتمل من جهة اللفظ أن يكون أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتيه في جواز ذلك ويحتمل أن يكون أتى به ليشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك وقد ورد هذا من رواية حصين بن عامر عن الشعبي عن النعمان بن بشير أعطاني أبي عطية فقالت عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرني أن أشهدك يا رسول الله قال أعطيت سائر ولدك مثل هذا قال لا قال اتقوا الله واعلموا بين أولادكم قال فرجع فرد عطيته

(فصل) وقوله فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته مثل هذا استفهام عن صفة هذا النحل إذ كان منه ما ينه عنه الشرع ومنه ما يباح فاستوصفه عن صفته ليعلم أمن المباح هذا أو من المنوع ليبين له حكم القسمين أوليا هو مباح تجاع المنوع أو أمضاء المباح فلما قال له بشير لا وبين أن لا ينحل سائر بنيه على مثل ما نحل هذا وذلك أن يكون قد نحل سائر بنيه أقل مما نحل هذا أولم ينحلهم شيئا أو نحل بعضهم دون بعض فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه يريد إبطال النحل وارتجاعه من ابنه المنحول إلى مالك الناحل ويحتمل أن يكون إنما جوز ذلك صلى الله عليه وسلم لما علم أن الهبة كانت هبة يجوز للواهب اعتصارها فلما كانت مكرهة غير شرعية وكانت على وجه يجوز ردها لأنها لم تثبت بما تفوت به الهبات وينجم الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك بردها وكذلك كل ما منعه الشريعة يرد ما لم يفت والى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن حزم عن عنه ويحتمل أيضا وجه آخر وهو أن يكون ما تصدق به بشير على ابنه كان جميع ماله وقد اختلف قول مالك في ذلك فروى ابن شهاب في العتبية والموازاة عن مالك في الحديث الذي جاء في الذي نحل ابنه عبدا له فقال النبي صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته مثل هذا قال لا قال فارتجعه قال مالك إن ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره فقلت له فإن لم يكن له مال غيره أي رده قال إن ذلك لي قال وقد قضى به

﴿ ما لا يجوز من النحل ﴾

﴿ حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهم ما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال إن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه ﴾ ش قوله إن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه

في المدينة وقال عنه ابن القاسم في العتية من تصدق بماله كله على بعض ولده لأراه جائزا وقال
سحنون في العتية اذا تصدق بكل ماله ولم يكن فيما بقي منه ما يكفيه ردت صدقته وان كان في ماله بقي
ما يكفيه لم يرد وقال مالك في العتية والموازية يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله في صحته وقد فعله
أبو بكر الصديق وقال ابن القاسم من تصدق بماله كله على بعض ولده أكرهه فان فعل وحيزت عليه
لم ترد بعد وقال أصبغ وابن المواز لا يرد وجه القول الأول ظاهر الحديث وانه يحل بعض ولده
فأمره برده وقد جعل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهية فروى عنه ابن حزم ان قال انما أمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم باستر جاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض فقال ارجعه وأدخل
العلميون ذلك جائزا في القضاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفسخه وانما ندبه الى ذلك والى
هذا ذهب القاضي أبو محمد انه يكره للانسان أن يعطي بعض ولده جميع ماله واحتج بحديث النعمان
ابن بشير وجوز أن يعطيه بعض ماله واحتج بحديث أبي بكر اذا قال لابنته عائشة اني كنت نخلتك
جادعشرين وسقا قال والفرق بينهما ما انه اذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة لانه قد بقي ما يعطى
الباقين واذا أعطى الكل لم يبق ما يعطى الباقين فثبتت الأثرة وأدى ذلك الى العداوة والبغضاء
قال فان وقع ذلك وهب أحدهما الكل نفذ وان كان مكرها خلافا لأحد بن حنبل وقد تقدم
الكلام في ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان اذا أعطى البعض على سبيل الايثار أنه مكروه
وانما يجوز ذلك ويعرى من الكراهية اذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم أو
غرامة تلزمه أو خير يظهر منه فيخص بذلك خيرهم على مثله والله أعلم فاذا قلنا بالرد فقلنا ويل الحديث
ظاهر وهو من جهة المعنى قال بعض البغداديين من أحببنا ان الانسان ممنوع من ماله لحق نفسه
كما هو ممنوع من خلق غيره فمنع من اتلافه لحق الوارث والزوج فبان يمنع منه لحق نفسه أولى وان
قلنا باعطاء ذلك فيحتمل أن يرد بالحديث رد عطية الى العدل بين ولده بان يعطيهم مثل ما أعطاه
ويحتمل أن يرد به انه لم يكن انقضت العطية بعد وانما أرادها فله اعلم بما فيها رجع عن امثالها
وردا العطية الى بقائها على ملكه ويحتمل أن يكون كان أعطاه ابنه على حكم الوصية فأمره بنقض
ذلك لأنه لا وصية لو ارث ويحتمل أن يكون كان أعطاه اياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه من
النفقة عليه لانه تناول لم يعط - ار ولده مثل ذلك لذلك الوجه ولا غير دأبنا له عليهم فأمره النبي
صلى الله عليه وسلم أن يعدل بينهم بر ذلك اليسير ورأى في رده السداد لابنه والله أعلم أي ذلك كان
ويحتمل أن تكون هذه الهبة لم تبق بيده ما يشق على نفسه ولا على ولده ولعله بعد كانت عليه نفقات
تدلت بذمته فيه منع ذلك العدل بينهم ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة
زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت ان أبا بكر الصديق كان نخلها جادعشرين وسقا من ماله
بالغابة فاه احضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الى غني بعدى منك ولا أعز علي
فقر ابعدي منك واني كنت نخلتك جادعشرين وسقا فلو كنت جادعشرين واحترتيه كان لك وانما هو
اليوم مال وارث وانما هما أخواك واختاك فاقسموه على كتاب الله تعالى قالت عائشة فقلت
يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته انما هي أسماء فمن الاخرى فقال أبو بكر ذو بطن بنت خاجة
أراها جارية شق قولها ان أبا بكر كان نخلها جادعشرين وسقا من ماله بالغابة الحديث يقتضي
انه خصها بالخلعة دون سائر اخواتها ورأى ذلك جائزا له وان كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال لبشير
في ما وعيه لابنته النعمان أكل ولدت نخلتة مثل هذا قال لا قال ارجعه فيحتمل أن يكون أبو بكر تناول

* مالك عن ابن شهاب
عن عروة بن الزبير عن
عائشة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم انها
قالت ان أبا بكر الصديق
كان نخلها جادعشرين
وسقا من ماله بالغابة فلما
احضرته الوفاة قال والله
يا بنية ما من الناس أحد
أحب الى غني بعدى منك
ولا أعز علي فقر ابعدي
منك واني كنت نخلتك جاد
عشرين وسقا فلو كنت
جادعشرين واحترتيه كان
لك وانما هو اليوم مال
وارث وانما هما أخواك
واختاك فاقسموه على
كتاب الله قالت عائشة
فقلت يا أبت والله لو كان
كذا وكذا لتركته انما هي
أسماء فمن الاخرى فقال
أبو بكر ذو بطن بنت
خاجة أراها جارية

في حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التي قد منها في تفسيره وان نحلته لعائشة رضي الله عنها لم تكن على شيء من ذلك وانما كان لفضل عائشة على سائر اخوتها ولذلك قال لها ليس أحد أحب الى غني بعدى منك وفي العتبية عن مالك في الرجل يكون له الولد فيبره بعضهم فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره لأبأس بذلك

(فصل) وقوله من ماله بالغابة الغابة موضع وذلك يقتضي صحة الهبة وان لم يقترب بها قبض وانما تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب قد وهبته لك وفي الصدقة قد تصدقت به عليك وقول الموهوب له أو المتصدق عليه قد قبلت وأن يؤخر القبض فيلزم ويجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا تنعقد الهبة إلا بالقبض والدليل على ذلك قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنن مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في هبته كالكتاب يعود في قيمته ودليلنا من جهة المعنى انه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده الى القبض كالبيع

(فصل) وقوله لما حضى ته الوفاة قال يا بنيت والله ما من الناس أحب الى غني بعدى منك يريد انه لما مرض مرضه الذي توفي منه وأحس من أسباب الموت ما يتيقن به الوفاة قال لها القول المتقدم على سبيل التأنيس لها والاعلام لها بانه لا يمنع من امضاء هبته لها عدم اشتقاقه عليها ومحبتها لها وانما يمنع من ذلك ما يذكره بعد هذا وقوله أحب غني بعدى منك يحتمل أن يريد بقوله بعدى ممن يخلفه بعد الموت ويحتمل أن يريد في حياته ويكون معنى بعدى غيري

(فصل) وقوله جاد عشرين وسقاً من تمر قال عيسى بن دينار معناه جاد عشرين وسقاً من تمر نخله اذا جدد وقال ثابت قوله جاد عشرين وسقاً يعني أن ذلك يجدها ويصرم قال الأصمعي يقال هذه أرض جاد مائة وسق يريد أن ذلك يجدها فعلى تفسير عيسى قوله جاد عشرين وسقاً صفة للثمرة الموهوبة فتقديره وهبها عشرين وسقاً مجدودة وعلى تفسير ثابت قوله جاد عشرين وسقاً صفة للنخل التي وهب ثمرة نخلها فمعناه وهبها ثمرة نخل يجدها عشرين وسقاً والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فلو كنت جددتيه واحترتيه لكان لك يقتضي أن الحيابة والقبض شرط في تمام الهبة وأنها لما لم تجز ما وهبها في حتمه لم تتم الهبة فان كانت هبة الثمرة على الكيل فان الحيابة لا تكون فيها إلا بالكيل بعد الجدد ولذلك قال لها لو كنت جددتيه وحزتيه وان كان وهبها ثمرة نخل معينة فالحيابة فيها على ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وقد اختلف قول مالك فيمن تصدق بشيء في صحته ثم مرض فقام المعطى يطلبه قال ابن الموازي في اختلاف فروى ابن القاسم عن مالك ان قبضه الآن لا يجوز وان كان غير وارث واحتج بان أبا بكر لم يعط ذلك عائشة لما مرض وقال أشهب يقتضي له الآن بثمنها وان صح له بباقيها ولا يرى قول من قال تجوز كلها من الثلث ولا قول من أبطل جميعها وجه قول ابن القاسم أن المرض يمنع الحيابة لأنه من أسباب الموت يمنع الحيابة لانه يؤدي الى ابطال حق الورثة في تصديق الرجل بماله ويبقى بيده اذا توفي أخذ جميعه المتصدق عليه فنع ذلك ما أوجب الله من الموارث فوجب أن يبطل ولما كان المرض من أسباب الموت وجب أن يمنع الحيابة كما يمنع الموت وفي ذلك بابان أحدهما ما يكون حيابة والثاني ما يمنع الحيابة فأما الحيابة فلا تمنح لأن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه فان كانت حاضرة فلا يخلو أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالارضين والاصول الثابتة أو يكون مما ينقل كالعروض والحيوان فان كانت مما لا ينقل ولا يحول كالارضين فانها على ضربين أحدهما أن يكون من الارض التي لا عمل فيها

والثاني أن تكون من أرض المزارعة والعمل فأما الضرب الأول فقد قال أصبغ في كتاب ابن حبيب
الاشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة فكالدن والشئ المهمل ووجه ذلك انه باعطية كمل فيها العقد المأزم
وليس في يد المعطي ولا فيما ينوب عن يده فلم تفتقر إلى مباشرة القبض كالدن (مسئلة) وأما ان
كانت من أرض الزراعة فلا يتخلو أن تكون الهبة في غير ابان العمل أو في ابان العمل فان كانت في
غير ابان العمل أجزأ منها أن تكون محدودة وفي كتاب الهبة ويشهد بتسليمها اليه وأتم من ذلك أن
يقف بالبينة على حدودها ويشهد مع ذلك على قبضها قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب
وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيه من تصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام الحرث وأشهد
على الحيازة ثم مات بعد ذلك بنحو شهر ولم يتحدث المرأة فيها حدثا ولا غيره ان كان لها عذر بين مثل ان
يشجأ موته قبل ان يتمكنها عمل أو اجناء شجر أو احياء أو غرس أو اصلاح أو نحو ذلك فالصدقة ماضية
ووجه ذلك انه لا يمكن فيها غير عدا من الحيازة فأشبهت ما لا يعمل من الارض (فرع) وهذا انما
يكون حيازة في مثل هذه الارض اذا قامت حيازتها المختصة بما يموت الوارث أو مرضه مرض الموت
فأما ان بقي الواهب حتى يموت وقت عملها فلم يعملها للموهور له ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب
فان الهبة تبطل رواه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك ان ما لا ينقل ولا يحول فان الحيازة له
بالعمل فيه اذا أمكن بالحيازة في أرض العمل فيها في ابانها فاذا جاء ابان عملها وترك الموهور له العمل
فيها فقد ترك حيازتها (فرع) فان تعرض للموهور له للعمل فضعف الواهب لم تبطل ذلك
الحيازة قاله أصبغ لان الذي أمكنه من الحيازة التعرض للعمل وقاد وجده منه فاذا منع من العمل
ما منع يمدح الغالبه في هبته الا أنه يجب أن يكون من الطاب والسعي في التمكن من العمل على حالة
يعلم بها أنه غير تارك للعمل (فرع) فان منعه من العمل ضعف فلا يتخلو أن يكون ضعيفا عن
البقر والآلة مع التمكن من أن يكرى أو يساق أو يرفق غيره أو يكون عجز عن وجوه العمل كلها
فان كان لضعف في الآلة مع التمكن من العمل بالكراء والاكثر أو المساقاة أو الارقاق و احياء
الشجر فالصدقة تبطل بالموت وأما ان عجز عن العمارة بكل وجهه وتعرض لها بوجه من الوجوه
المدكورة فلم يسل اليها فان الصدقة ماضية والاشهاد يجزى في هذا الحوز ولو أقامت أعواما والموهور
له يعرضها على هذه الوجوه فلا يجتمع الاجتهاد في ذلك فالحيازة بالاشهاد تامة روى معنى ذلك يحيى
ابن يحيى عن ابن القاسم وقاله أصبغ وزاد ما لم ينتفع بها المتعدي (مسئلة) ولو وثبه بختلاوة
مطلقة وفيها ثمر قد أبر فالثمره الواهب كالبيع وحوز الموهور له قبض النخل والسقي في مال الواهب
وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يستقيها العشر سنين فقد سدوها بعد عشر
سنين فان مات قبل ذلك أو لحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن الموار ووجه ذلك ان القبض شرط
في تمام الهبة فان مات قبل القبض بطلت الهبة وان أسلم اليه النخل يهرها المعطي وتكون الثمرة
للمعطي صح القبض وكملت الهبة والله أعلم (مسئلة) ومن وهب مائتي بطون غنمه أو أمته فخاز
المعطي الأمهات حتى تضع فذلك حيازة تامة كالنخل بهيمة الثمرة قبل بدو اصلاح فيعوز الرقاب قاله
ابن القاسم وكذلك صوف الغنم ولبنها قال أصبغ وان حازها المعطي فذلك نافذ ولدت بعد موت
المعطي أو قبل ذلك وليس للوارث بيعها في دين الميت ولا ادخالها في القسم حتى تضع وقاله أشهب
في الصوف والبن والتمر قال وأما لأجته فلا تتم الحيازة فيها الا بعد الولادة لان العتق فيه لا يجوز قبل
الولادة وقد تبع أمة قبل ذلك في الدين المستعانت بخلاف الثمرة والزرع فان الثمر يهر من ولا يهر من

الجنين وجه قول ابن القاسم انه لما حدث في المين ينفصل منه فكملت العطية فيه بقبض الأصل كالصوفى والثمرة ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه ان العتق أقوى من الهبة لانه مبني على السرية فاذا لم يتعجل العتق في الجنين قبل الولادة فبان لاتتعجل فيه الهبة أولى وأحرى وفي المدونة عن ابن القاسم في الذي يهب للرجل ما تلد جارية عشرين سنة ان ذلك جائز اذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حائزله كالنخل يهب ثمرتها (مسئلة) وأما هبة ثمر النخل فتجوز قبل الابار وبعده ومعنى ذلك ان هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله وكذلك الحيابة اذا أسلم الزقة وفي المدونة عن مالك في الذي يهب ثمرة نخله عشرين سنة ان ذلك جائز ان حاز الموهب له النخل أو جعلت على يد من يحوزها له وقد قال مالك في المدونة تجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرين سنة اذا حاز الموهب له النخل أو حيزت له ووجه ذلك أن قبض النخل أكثر ما يمكن من حيازتها وليس للواهب أن يمنع من تسليمها (فرع) فان كانت العطية على وجه العرية لا يحاول المعري عملها ولا الانفراد بها فقد روى ابن حبيب في العرية لا يصح حيازتها بالاجتماع أمرين أن يطلع فيها ثمره ويهبطها المعري فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعري بطل الاعراء وقال أشهب تجوز الحيابة بوجود أحد الأمرين الابار أو تسليم العطية ومعنى ذلك ان المعري انما أعطى الثمر على هذا الوجه عطاء مؤجلا لا يقتضى اخراج الأصل عن يده ولا قبض الثمرة الا بعد بدو الصلاح ولذلك كان العمل على المعري ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيابة لان عطيته لم تكن على هذا الوجه فان سلمها على قول ابن حبيب الى المعري صحت الحيابة بعد أن تظهر الثمرة لانها لم تتضمن عطية قبل وجودها فاذا وجدت وتبرع بالتسليم صحت الحيابة وكملت العطية ويجوز على قول أشهب الابار لانه به تظهر الثمرة ودخوله وخروجه عندي حيازة فالخلاف بين أشهب وابن حبيب في فصلين أحدهما ان عدم التأخير عند أشهب يمنع الحيابة وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيابة مع ظهور الطلع لانه عند نفس الثمرة وانما هذه حالة من أحوالها والوجه الثاني ان ابن حبيب يراعى مع كون الثمرة على صفة يصح حيازتها أن يوجد قبضها لقبض الأصل ولم يشترط ذلك أشهب نيرانه قد احتج لصحة ذلك بأن قال ان دخول المعطي وخروجه حيازة فرجع الأمر الى أن هنالك نوعا من القبض به تكون الحيابة وظاهر قول ابن حبيب أيضا انها تقتضى حيازة فيحصل أن يجتزى في ذلك بما ذكره أشهب من الحيابة ويحتمل أن لا ينفذ ذلك للمعري الا بقبض الثمرة مع الأصل في حيازة المعري والله أعلم (مسئلة) وان كانت الهبة من اندور فلا تخلو الدار أن يكون الواهب يسكنها أو لا يسكنها فان كانت يسكنها فلا تصح فيها حيازة الا بالخلاء الواهب لها اذا لم يكن فيها فضل عن سكنه قال مالك في العتبية وان كانت الدار ذات منازل يسكن في بعضها حيزت كلها قال وذلك ان عبد الله بن عمرو بن زيد اصاحي النبي صلى الله عليه وسلم حبسا دارين لها فسكنها فيها حتى ماتا ولم يكن ذلك جلهما فحازا ما سكنوا وما لم يسكنوا قال ابن القاسم ولو كانت دورا فسكن واحدة منها ليست جلهما وهي تباع حاز منها ما سكن وما لم يسكن سواء كان المحبس عليه صغيرا في حجره أو كبيرا حاز نفسه (مسئلة) ولو بقي فيها باكثر أو أرق أو أعمار أو أى وجهه كان فان عيسى روى عن ابن القاسم في العتبية ذلك يمنع صحة الحيابة لانه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكني الواهب لها الا أن تكون الواهب زوجة الموهب له فيتمدى على السكنى معها فيها روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فان ذلك لا يمنع صحة الحيابة ولو كان الزوج الواهب للزوجة فيتمدى على السكنى معها فيها المنع ذلك صحة الحيابة لان سكنها على الزوج

دون الزوجة فسكنى الزوج مع بقاء الزوج ليس يبدلها وإنما يبدل الزوج في المسكن فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجية فيها ولم يصح أن تحوزها الزوجية مع بقاء الزوج فيها ومثل عندنا أن يخاف الواهب فيختفي عند الموهوب له في تلك الدار أو يضيفه الموهوب له فيمضيه فيها ويموت فان ذلك لا يبطل الحيازة قاله ابن المواز زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم لان هذا ليس بسكنى في الحقيقة (مسئلة) فان رجع اليها على وجه السكنى باكتراء أو ارفاق فان كان رجع اليها بعد المدة القريبة مما يرى انه قصد الى أن لا يخرج منه فاتفق أصحابنا على ابطال الصدقة وأما بعد طول المدة فالذي روى ابن المواز عن مالك وأصحابه انه اذا سكنها بعد ان حازها المعطى السنة فأكثر فان ذلك لا يبطل الهبة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا رجع اليها المعطى باكتراء أو اسكن بعد حيازة المعطى المدة الطويلة ومات فيها فان الصدقة تبطل وجه القول الأول ان المعطى اذا كان مالكاً أمره ومار لنفسه حيازة بنسبة تبعه فيها التهمة فقد صحت الهبة وكلت فلا يضرهما ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطى ووجه قول ابن الماجشون ان رجوع الواهب فيها وشببها كان عليه من السكنى وموته فيها على ذلك يبطل الحيازة أصل ذلك اذا كان الموهوب له صغيراً وأما ان كان الابن صغيراً فخاف عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب اليها قبل أن يكبر أو يحوزون لأنفسهم سنة فهي باطلة قال ابن المواز لا يختلف في ذلك قول مالك وأصحابه ووجه ذلك ان الكبير الحائز لنفسه يدر على منع الأب الواهب من ذلك فلا يدر جوعه اليها رجوعاً في هبته والصغير لا يدر على ذلك وليست حيازة الأب حيازة تامة لانه قد يطرأ الفساد فلذلك تبطل الهبة ب رجوع الأب اليها (مسئلة) فاما ان كان لا يسكنها الواهب فحكمها حكم الأرضين غير انها تختص بالعاق والقتل عليها فان فعل ذلك الحائز فيها فهو تمام الحيازة لها وقدر روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فحين تصدق على رجل بدار فدفع مفتاحها اليه ويرى منها ان تلك حيازة وان لم يسكنها المعطى ولا أسكنها وان لم يفعل ذلك فقد أجمع أصحابنا على أن حيازة الأب الواهب ابنه الصغير فيها بالاشهاد خاصة وذلك عندى بما يتعلق بها من السكنى بالاكتراء أو الانتفاع الدائم بها ولو كانت هبة غير مغلقة ولا ينتفع بها في كراء ولا غير دلأيتان حكمها حكم الأرض التي لم تزرع في ابلان زراعتها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول فان حيازة فيه بان يقبضه المعطى ويخرجه عن يده المعطى وانتفاعه به فان كان ثوباً منع المعطى من بيعه وان شرد المعطى باسمه وامساكه وان كان من المتاع الذي يستعمل والرقيق الذي يستخدم فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفر دبه ولو وجب أحد الزوجين الآخر خادماً أو متاعاً من متاع البيت فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازي يفتين تصدق على امرأته بخادم ونحوه في البيت تستخدمها بحال ما كانت فذلك جائز وقال ابن المواز عن ابن عبد الحكم وابن القاسم عن مالك وكذلك متاع البيت وبدأ قول وقال أشهب في السكابين اذا أشهادهما به خادماً فتسكون عندهما كما كانت في خدمتها فهذه الى الضعف وما هو بالبين وكذلك لو وجبته على خادماً ومتاعاً في البيت فأقام ذلك نلى حاله بأيديهم مانعه وضعيف وجه رواية ابن القاسم ان المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة لما كان له حظ من اليد في ذلك المسكن وتصرفه فيها لا يلزم المعطى بخلاف الدار ان سكنت الزوجة فيها الى الوجه الذي يلزم الزوج اسكانها عليه ووجه رواية أشهب ان الهبة على الصورة التي كانت عليها قبل العطية فلا يصح فيها حيازة الابتنع بها عما كانت عليه بالنقل الى ما ينشرد به المعطى

وخروجهما عن يدها المعطى (فرع) وهذا فيما يستعمل غالبا على الوجه من الاستخدام والاستعمال
وأما ما يستعمل منفردا كالعبد يخارج ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك في امرأة تطلعت ابنا
لها صغيرا عبدها وله مال فلم يحزه الأب ولا الولد حتى ماتت الأم أن ذلك يختلف فاما الغلام الذي هو
للخارج فان ذلك ليس يجوز للصبي وأما الغلام الذي انما هو للخدمة فيخدمه فيختلف معه ويقوم في
حواشيه فانه حوز وكذلك لو غل أبوه الغلام وهو مع أبيه لكان اختلافا معه وخدمته له حوزا قال
مالك في العتبية وان خدم الأب مع الغلام الى ان مات الأب فقدر وي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم
فحين تصدق على أم ولد به خادم وابنه مما يكون معها في البيت فلا شهاده في كل ذلك حوز وأما
العبد يخارج والدار تسكن والشجر وما هو بأن عنهما فلا بد أن يحوزنه فيما أخذ الخراج من العبد
ويخرج السيد من الدار ويحني الشجر ونحو هذا وأما العروض فبالقبض واللباس والعارية
ونحو هذا حوزها والافلاشي لها وقال أصبغ الشهادة حوز وان كان ذلك في يدها وان لم تعرف
اللباس والعارية (فرع) وأما ما وهب لابنه الصغير في العتبية عن أصبغ ان تصدق عليه بقر
وغنم وعبيد فاحتلب الغنم واعتقل البقر واستخدم العبيد أمر اخفيا أو أمر امرؤ جاسرة الضيف
ومرة للابن ومرة لها فذلك جائز ويكون حيازة وصدة تامة

(فصل) وهذا اذا كانت الهبة حاضرة بيده والمعطى حاضر فان كان المعطى والمعطى غائبين أو
أحدهما غائبا فلا يشاؤ أن تكون الهبة بيد المعطى أو في يده غيره فان كانت في يده وكان المعطى
والمعطى غائبين عن الهبة ففي العتبية من سماع ابن القاسم فحين تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة
أخرى فلم يقبضها حتى مات الابن ان كان صغيرا فذلك جائز له وان كان كبيرا فذلك باطل وان لم يفرط
في الخروج وكذلك الأجنبي رواه ابن المواز عن مالك وقال أشهب ان أشهد ولم يفرط في القبض
ولعله تهيأ للخروج أو وكل فلم يخرج حتى مات الأب فهي جائزة وان فرط فذلك باطل ورواه أيضا
ابن القاسم عن مالك وجه القول الاول أن المعطى قبيل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر ووجه
القول الثاني ان الهبة لم توجد طرفة امان لايجاب والقبول ولم وجد تنزيها في قبضها يبطل
حكمها فوجب أن تصح كالأول فاعلمنا المعطى الى المعطى (فرع) فاذا قلنا انها تصح مع الاجتهاد
وتبطل بالتفريط فجهل الأمر فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة انها على التفريط حتى يثبت
الاجتهاد ووجه ذلك أن عدم القبض يقتضي ابطال العطية وصورة المسئلة صورة ترك القبض
فلا يدل به عن ذلك الا أن يتبين الاجتهاد الذي يخرج عن مقتضاه وظاهره الى ما يقوم مقام القبض
(مسألة) وان كان المعطى غائبا فقدر وي في العتبية أبوزيد عن ابن القاسم فحين تصدق على ابنه
الكبير الغائب بعبد أو دار فمات الأب قبل الحيازة فذلك باطل وكذلك لو كان قريب الغيبة فمات
الأب قبل القبض ونحوه وروى عيسى عن ابن القاسم وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية
فحين تصدق في سفره على امرأته أو ابنته وليست معه بعد فمات السيد قبل أن يقدم والعبد يخدمه انه
ان أشهد على الانقاذ يعرف المرأة أو الابنة فذلك نافذ وان أشهد عكدا من لا يعرفهما فلا أدري
ما عند وجه القول الاول ما قدمناه من ان موت الواهب قبل القبض يبطل الهبة أصل ذلك الحاضر
ويقوى ذلك عدم القبول ووجه الرواية الثانية ان الشهادتين نافذتان أكثر ما يمكن أن يأتي به من
حيازة الهبة (فرع) ومثل ذلك ما يشتريه الرجل في الحج من الهدايا ويحمله معه أو يبعثه من
صله أو هدية الى غائب فموت المعطى أو المعطى قبل وصول ذلك فانه ان أشهد بذلك فهي للمعطي

وان لم يشهد بذلك ففي المدونة من مات منهم ما رجعت الى وريثة المعطى وفي كتاب ابن حبيب من مات
منهم ما رجعت الى وريثة الميت فعني ما في كتاب ابن حبيب أنه ان مات المعطى بطلت الهدية فرجعت
الى وريثته وان مات المعطى حلت الهدية فكانت لوريثته وما في المدونة فقد قال أشهب في كتاب ابن
المواز مثله منسرا ان من مات منهما فلا حق فيها للمعطى ومعنى ذلك ان عدم القبول يفسد الهدية
وان كان المهدى حيا (فرع) فاذا قلنا ان الاشهادية ومقام الحيازة فقد قال أشهب عن مالك لا
يكفي في ذلك أن يذكر ذلك للعدل حين الشراء أو غيرهم حتى يشهدهم والذي يجزى عن الاشهاد
قال محمد ذلك انه اذا قال اشهدوا على فهذا اشهاد تام وقال ابن عبد الحكم عن ابن القاسم انه ان قال
لرسولين ادفعوا ذلك الى فلان فاني وحيته ذلك فهي شهادة وان لم يدكر فاني وحيته فليس بشئ وروى
ابن القاسم وأشهب عن مالك ان ذلك لا يتم وان شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدا معا على ذلك اشهادا
أو يصل ذلك الى المعطى في حياة المعطى وجه القول الاول انه اذا سمع منه ما يقتضي تبنيها فان
ذلك يتم ومقام الاشهاد بها في الاتيان بأكثر مما يمكن من تبنيها فقله اني قد وحيته اياها مع أمر
الحاملين بآلاتها الى المعطى يقوم مقام الاشهاد بها وجه القول الثاني أنه لا يجزى الا القصد ان
الاشهاد به الان ذلك أكثر مما يمكن أن يفعل في أمر ما اذا أخبر بذلك العدل حين الشراء أو
بعد ذلك ولم يقصد الاشهاد فان وصلت اليه في حياة المعطى فهي له وأما بعد وفاته فلا يكون ذلك
حيازة لانه لم يوجد القصد الى ذلك من المعطى ولا قبضت في حياته (مسألة) وان كانت الهبة
بشئ يدا المعطى فحيازة المعطى بالطلب لها أقوى وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن
قد صدق بعبده الأبق على رجل فطلبه المعطى واجتهد فلم يجده الا بعد موت المعطى قال هو نافذ لانه
لم يكن ذلك بيد المعطى فالاشهاد فيه وطلب المعطى له حوز كالدين (مسألة) ومن كان له عند
رجل وديعة فقال اشهدوا اني قد صدقت بها على فلان ولم يأمره بقبضها ثم مات المتصدق قبل
القبض فان علم الذي هو عنده فملاك حيازة وان لم يعلم بطلت الوديعة لأنه اذا علم صار حائزا للمعطى
فلو دفعها بعد ذلك الى المعطى منسها رواه سحنون عن ابن القاسم في العتبية وروى عيسى عن ابن
القاسم فيمن قد صدق على رجل بمائة دينار وكتب الى وكيله يدفعها اليه فأنشأ الوكيل خدين ومات
المعطى قبل أن يقبض الحسين الباقية لاشئ له غير ما قبض لان وكيله بمنزلة رواده ابن حبيب عن
طريف وأصبغ والفرق بين الوكيل والمودع ان الوكيل مأور بالدفعة فهو فيه نائب عن المعطى
والمودع ليس بمأور بذلك وانما هو مأور بحفظ الوديعة فاذا علم أنها قد صارت للمعطى صار
مائلا لها وصارت يده يده قال ابن المواز في الوديعة اذا جع بينهما وأشهدت حجت قال وكذلك لو قال له
المعطى دعه الى يديك ومعنى ذلك كله أن تعدد المودع للمعطى فيكون قابضه له وحافظا لما أعطى
بأمره فتمت بحيازته (مسألة) ومن أعطى رجلا غلة كرهه سنين أو أسكنه داره ثم صدق
بالرقبة على ابنه الصغير قال سحنون في العتبية ذلك جائز والصدقة للابن وان لم يشهد بأنه جعل
لأبنا كن الحيازة لانه ولو أشهد بذلك لكان حسنا قال وأحب الى أن لو كان ذلك في فور واحد
لان أحبا بنا اختيارا وانها ودونها وان لم يكن في فور واحد ومنه ان قال ابن القاسم وطريف وأصبغ
عن رواده ابن حبيب فيمن روى عن ابن الماجشون انه ان كان ذلك في فور واحد فهو حيازة ان
أعطى الرقبة وان كانا سكن ثم أعطى الرقبة فان رجعت الرقبة والمعطى حتى فهو للمعطى وان مات
المعطى أو أفلس أو مرض فيل أن يرجع الرقبة فلان المعطى قال وكذلك من أخذ من رجلا عبدا ثم

بتل رقبته للآخر وجه القول الاول ان يد الساكن ليست بيد المعطى فجاز أن يجوز للمعطى كما لو كان الاسكان والعطية في فور واحد ووجه القول الثاني ان الساكن لما انفردت عطيته وتقدمت وحاز لنفسه لم يكن حائز الغيره كالمعطى (مسئلة) ومن وجب ما عند المعطى بعارية أو ودیعة أو جارة فقول المعطى قبلت حيازة وان كانت الهبة بغير ذلك البلد وأما اذا كان ذلك ببلد غير المعطى بأحد هذه الوجوه فقد قال أشهب في كتاب ابن المواز ذلك نافذاً إذا شهد وقال ابن القاسم انما ذلك اذا كانت بيد رجل بحسن يريد حياته أو عارية فيجوز للمعطى وان مات المعطى وأما في الاجارة والرهن فلا يكون حوزا الا أن يشترط أن الاجارة له مع الرقبة فيجوز ذلك قال محمد وقول ابن القاسم أصوب ووجه القول الاول ان المستأجر قابض لنفسه فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار ووجه القول الثاني ان المعطى يأخذ عوض المنافع في الاجارة فصارت يد المستأجر يده وذلك يمنع صحة الحيازة (مسئلة) ولو وجبه ما بيد غاصبه لم تكن حيازة الغاصب له حيازة رواه محمد عن ابن القاسم ورواه ابن حبيب عن أصبغ وقال أشهب ذلك قبض وحيازة للمعطى قال محمد وهو أحسن لان الغاصب ضامن فهو كدين عليه يجوز بالشهاد ووجه قول ابن القاسم ان يد الغاصب يد مانعة للمعطى فلم تصح بها الحيازة كيد المعطى ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه انها ليست بيد المعطى واذا استوت يد المعطى والمعطى صححت حيازة المعطى كالارض المبورة والدين (مسئلة) ولو وهبته ديناً لك على غريم لك غائب فدفعت اليه ذلك الحق وان لم يكن له ذكر حق فأشهدت وقبل المعطى جاز لان الدين مكذاب قبض لاندليس بشئ معين قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك وقال أشهب لان الغريم لو حضر لم يكن الحوز عليه بأكثر من هذا ولو قال لأرضى لم يكن له ذلك (مسئلة) ولو وهب المستودع ما عنده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب قال ابن القاسم القياس أن تبطل وقار أشهب بل هي حيازة جائزة الا أن يقول لا أقبل قال محمد وهو أحب الي وذلك ان العطية بيد المعطى فتأخر القبول لا يمنع صحتها قال وذلك بمنزلة من وهبته هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فبات المعطى فهي ماضية ان رضيا وله ردّها بمنزلة من بعث هبة الى رجل فاشهد فلم يصل اليه حتى مات المعطى فله أن يقبلها فتكون من رأس المال فله ردّها ووجه ما قاله ابن القاسم ان الهبة يمنع صحتها عدم القبض فبان يمنع صحتها عدم القبول أولى وأحرى

(فصل) ومعنى القبض أن يقبض المعطى العطية وتصير في يده وان كان ذلك بغير علم المعطى ولا اذنه فبات المعطى قبل أن يعلم ويرضى فتلك حوزة عند ابن المواز قال لانه لو منعه فضى عليه بذلك ووجه ذلك ان القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه فصح بغير اذنه كما لو امتنع من ذلك فتضى به عليه (فرع) ولو مات المعطى وعليه دين فقام غريمه فخازه والمعطى غائب فثبتت بيده حتى مات المعطى فتلك حيازة تامة حازها بسلطان أو بغيره رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى روى ابن حبيب عن مطرف فبين تصدق على ابنته وحي ذات زوج بمسكن نخزن فيه الزوج طعاما حتى مات الاب ان ذلك حيازة لابنته مع أن الاب انما سلم ذلك اليه ليحوز لابنته قال أصبغ لا يكون ذلك حيازة لها الا أن توكله ورواه ابن القاسم وجه القول الاول ما قدمناه أن الهبة لم تنطبق بيد الواهب بل هي على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم تمنع صحة الحيازة كالدين ووجه قول أصبغ انها عبة لم يقبضها المعطى ولا من ينوب عنه فلم تتم حيازتها كما لو كانت بيد المعطى وهذا الأصل قد أوجب الاختلاف بين أصحابنا في عدة مسائل والله

الرواية الثانية في الفرق بين الصدقة والهبة والحبس ان الصدقة - لجامعة ممتضاها القسمة فجاز أن يبطل بعضها ويصح بعضها والحبس ينافي القسمة لان الرقبة باقية على ملك الحبس وانما تقسم الغلة فاذا بطل بعض الحبس لعدم الحيابة بطل جميعه (مسئلة) وأما ذهاب العقل في العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم في امرأة تصدقت بعبد أو بدنائر في صحتها فلم يحضر عنها حتى ذهب عقلها انها باطلة كالموت والتفليس ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة فان برئت من ذلك فهي على صدقتها وان اتصل ذلك بموتها بطلت الصدقة بموتها وقدرى هذا اللفظ وانما يريدون به معنى الحيابة وكذلك روى عنه أصبغ في العتية انه اذا مرض المتصدق قبل الحوز فقد بطلت وانما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت ولو صح من مرضه لكان على صدقته (مسئلة) وأما المفلس فاذا حجز عليه قبل حيابة العطية بطلت قال أصبغ في العتية ان كانت قيمة العبد أكثر من الدين ان يبيع جميعه وان يبيع منه بقدر الدين قصر بعضه عن مبلغ الدين للتبعض يباع جميعه فيقضى منه الدين ويعطى ما بقى للمتصدق ولا شيء فيه للمتصدق عليه لان الغرماء لما استحقوه من يده فيبيع لهم في دينهم بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق (مسئلة) وهذا حكم عدم الحيابة فأما اذا حاز العبد وقد كان تداين ديننا يحيط بماله قبل العطية فان ذلك يمنع العطية قبضت أو لم تقبض لانه ليس له أن يعطى مال غيره واما ان ادان بعد العطية وقبل الحيابة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة قال أصبغ الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها وان لم يقبض وانما يراعى في ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيابة وانما يراعى في ذلك مطرف وابن الماجشون يوم الحيابة لا يوم العطية (فرع) فاذا قلنا بمراجعة الصدقة فقد قال أصبغ اذا تقدم له الدين وقد كان له وفاء يوم الصدقة أو لم يدر الدين قبل الصدقة أو بعدها فالصدقة المقبوضة أولى وان كان الأب حازها لولده الصغار حتى يعرف خلاف ذلك بمنزلة ما لو استعمل ما تصدق به عليهم ولم يدر استعمل لنفسه أو لم يدر فان الصدقة ماضية حتى يعلم انه انما كان يستعملها لنفسه دونهم وقال ابن القاسم من رواية ابن زيد عنه في الصدقة المقبوضة عنه لا يدرى الدين قبلها أو بعدها الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة وار كان الأب حاز لابنه الصغير كان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبله ونحوه لابن القاسم في المدونة (مسئلة) ومن تصدق بشئ أو وهبه فلم يحضر عنه حتى باعه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب ان البيع أولى وتبطل الصدقة قال ابن المواز اضطرب فيها قول ابن القاسم فروى عنه أبو زيد يرد البيع ويأخذ المعطى صدقته وكذلك الهبة وفي المدونة لابن القاسم عن مالك اذا علم المتصدق عليه بالصدقة فلم يقبضها حتى باعها للمتصدق نفذ البيع والتمن للمتصدق عليه وان لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة فالبيع سر دود مادام المتصدق حيا فان مات المتصدق قبل أن يعلم فلا شيء له والبيع ماض وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن البيع أقوى لأن عقد حيازة يضمن به المبيع وان لم يقبض وجه القول الثاني ان كلا العقدين يقتضى التملك فكان أسبقهما أولى كالبيعتين (فرع) فان قلنا ان البيع يبطل فروى ابن المواز عن ابن القاسم انما ذلك اذا كان العطاء لمعين يقتضى له به فان كان لغير معين مثل أن يجعل داره في سبيل الله ثم يبيعها لم أفسخ البيع لانه لا يقتضى عليه بها وان قلنا ان البيع ينفذ فقد قال أشهب تبطل الصدقة ولا شيء للمعطى من الثمن وقال ابن عبد الحكم الثمن للبائع لا شيء فيه وروى ابن حبيب عن مطرف ان كان المعطى حاضرا فلم يتم حين علم بالبيع فلا سبيل له الى رده وله الثمن على المعطى فان مات المعطى

قبل أن يأخذ منه الثمن فلا شيء عليه فأما القول الاول فبني على مانص عليه أشهب من ان الصدقة تبطل وأن البيع الحادث قد منع من الحيابة وأما القول الثاني فبني على ان الصدقة صحيحة فان قام المعطي على اثر ذلك ولم يقر بابطال البيع لكون العطية ملكا له وان ترك ذلك كان كمن يبيع ملكه وهو عالم فلم ينكر فله الثمن الا أنه لما كان أصله الهبة والعطية ولم يتقدم فيه حيابة فان قبضه قبل فوات الحيابة بموت المعطي كملت العطية والابطلت ولذلك قال مطرف انه لو كان المعطي غائبا فتقدم في حياة المعطي كان مخيرا بين رد البيع أو أخذ الثمن وقسروى ابن حبيب والعتبي مثل ذلك عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أعطاه الواهب لرجل آخر قبل ان يقبضها الاول فان حازها الثاني فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الاول أولى وتنزع من الثاني قال ابن المواز ليس هذا بشيء والخيار أولى وهو قول المغيرة في المدونة وجه القول الاول أن المالك الاول أحق به ووجه القول الثاني ان الهبة الثانية لما قويت بالحيابة صارت كالبيع فحق قدم البيع على الهبة لزمه مثل ذلك في الهبة الثانية اذا قارنتها الحيابة واذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال أصبغ في العتبية ان كان المتصدق عليه علم بالصدقة فلا شيء له وان كان لم يعلم أو علم ولم يفرط وندم المتصدق ففاجأه بان تصدق بها على غيره فالاول أحق بها ان أدركها قائمة وان فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها وان فاتت (مسئلة) وان كانت الهبة عبدا أو أمة فأعتقه الواهب قبل القبض أو استولاه الأمة فقد قال ابن القاسم ينفذ العتق والاستيلاء ولا شيء للمتصدق عليه وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب برد العتق واذا جلت منه الأمة فعليه القيمة وجه القول الاول ما بني عليه العتق من التغليب والسمرية ووجه قول ابن وهب ان الهبة تقتضي التملك فلا يصح فيها عتق المملك كالبيع وعليه في الأمة القيمة لشبهة عدم القبض (فرع) فذا قلنا بقول ابن القاسم وكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه الى أجل فقد قال أصبغ لا يرد شيء من ذلك ولا شيء للمعطي في خدمة المدبر ولا كتابة المكاتب ولا رقبته وان عجز قال أصبغ عن ابن القاسم ولو قتلها رجل فالقيمة للوهاب له ومعنى ذلك ان قتل القتال له ليس بمعنى الرجوع في الهبة وأما العتق وما كان في معناه فانه رجوع في الهبة ومبطل لها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان كان المعطي رهن العطية قبل القبض فقد قال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه ثم رهنه فبطل الرهن ويثبت الحبس ووجه ذلك ما تقدم (فرع) وهذا كله فيما أحدثه الواهب في الهبة قبل القبض فأما ما أحدثه في الهبة لابنه الصغير في حجره فثبتت في يده ثم باعها فقد روى عيسى عن ابن القاسم في رجل تصدق بثلاث غنم معينة على ابنه الصغير وثلاثة صدقة في سبيل الله فثبتت في يده زمانا ثم عدا عليها فباعها ثم مات والا بن صغير ان صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله ولا شيء للمسيد لأن حفظه لم يخرج من يده حتى مات

(فصل) وقوله وانما هو اليوم مال وارث يريد ان حق الوارث قد تعلق به فيمنع ذلك الحيابة كما تمنع الحيابة تعلق حق الغرماء بمال المفلس ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لماتين الوفاة ويحتمل أن يكون قاله توقفا لها وذلك يمنع الحيابة أيضا على وجه التوقيف فيها لأنها مترتبة ممن حاز في ذلك الوقت فان صح صححت افاقته الحيابة

(فصل) قال وانما هو أخواك وأختك هكذا ورد هذا الحديث ان ورثته من ذكر وقبورته مع ذلك وجه أسماء بنت عميس وزوجه بنت خارجة وترك أباها بأقحامة عثمان بن عامر ومات بمسده في خلافة عمر بن الخطاب الاندروى انه رد سده على ولده أبي بكر ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته

ويحتمل أن يريد أن يري بالبنوة أنت وأخوالك وأختاك يريد أن الذين يشاركونك في هذه العطية انما هم اخوتك على معنى التسليم لها عما صار الى غيرهما من ذلك بان من يدير اليهم ذلك من يسرك غناهم فقالت لو كان كذا وكذا لتركته ويحتمل أن يريد لتركته اذا لم أستحقه ويحتمل أن يريد لتركته وان كان لي من ذكرته من أحببته الغنى والخير من يشفق عليه

(فصل) وقولها وانما هي أسماء في الاخرى لما لم تعلم لنفسها اختا غير أسماء فقال لها ذو بطن بنت

خارجة يريد ان حله يوجد ويقال ان اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك الخرجي يمتد فيها انها جارية قال ابن عزمين قال بعض فقهاءنا وذلك لرؤيا رأها أبو بكر تأول فيها ذلك وهذا لا يمتنع فولدت بنت خارجة بنتا سميت أم كلثوم والله أعلم من

مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون

أبناءهم فحلوا ثم يسكنونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحد وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه من نحل نحلته فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة

قوله ما بال رجال ينحلون أبناءهم فحلوا ثم يسكنونها الحديث يقتضي ان اخراج العطية من يد الاب الناحل هو الواجب أو الافضل فان كان الابن بالغاً مالاً كالأهل نفسه فحكمه حكم الأجنبي على

ما تقدم وان كان صغيراً فان من العطايا ما لا يصح الا باخراج الاب العطية من يده الى يد من يحوزها له ومنها ما يصح حيازتها مع بقائها بيد الاب الآن اخراجها عن يد الاب الى يد غيره أفضل وأبين في صحة

الحيازة فاذا ثبت ذلك فان العطايا على ضربين منها ما لا يتعين كالدنانير والدرهم ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والسيارات فاما الدنانير والدرهم فانها ان بقيت بيد الواهب غير مختوم عليها

يتصرف فيها الابن الصغير فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه ان مات الاب وهي على ذلك فاعطية باطلة وكذلك لو صدق عليه بعشرة دنانير من دنانير معينة ففي العتية عن مالك لا يجوز وان طبع

عليها حتى يدفعها الى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك انها غير معروفة العين ولا معينة بالاشارة اليها ولا يصح أن يعرف أعيانها اذا أفردت من غيرها ولم يختلف أصحابنا في ذلك اذا وهبه عشرة دنانير

من دنانيره (فرع) وأما اذا ختم عليها وأمسكها عنده فقد روى عن مالك أنها تبطل زاد ابن

المواز وان ختم عليها اليهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون وروى عنه أن العطية ماضية وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمديون قال مطرف اذا ختم عليها بحضرة اليهود وان لم يختم

عليها اليهود وجه القول الاول انها معينة بالعتق فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد الواهب كالتى لم يختم عليها ووجه القول الثاني انها معينة بالعتق فاذا تميزت بالختم عليها صحمت الحيازة فيها (فرع)

فأما اذا وهبه دنانير فوضعها على يد رجل يحوزها له فحدث للرجل سفر ومات فقبضها الاب فمات

فقد روى عيسى عن ابن القاسم انها ماضية لأنها حيزت مدة فلا يبالى قبضها الاب بعد ذلك أو لم يقبضها كالدراهم تصدق بها على ولده فيحوزها عنه سنة وفي كتاب محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير

بمائة دينار وجعلها له على يد غيره ثم تسلفها فمات فلذلك باطل بخلاف مالو وشبهه ديناً ثم قبضه الأب فظاهر هذه المسئلة ان قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك لانه دلل امضاء الهبة بانها حيزت مدة

وشبه ذلك بالدار تحاز سنة ثم رجع الواهب الى سكنها فالظاهر ان الواهب لو تسلفها بعد ان حيزت عنه نفدت الهبة غير انه انما نص على القبض في مسئلة السفر وان ذلك ان كان له دار السكنى جائز

ولم يذكروا انتفاع الأب بها بعد القبض وذكر في مسئلة الدين قبض الأب للدين ولم يذكروا تسلفه

* مالك عن ابن شهاب

عن عروة بن الزبير عن

عبد الرحمن بن عبد القاري

أن عمر بن الخطاب قال

ما بال رجال ينحلون أبناءهم

فحلوا ثم يسكنونها فان مات

ابن أحدهم قال مالي بيدي

لم أعطه أحد وان مات هو

قال هو لابني قد كنت

أعطيته اياه من نحل نحلته

فلم يحزها الذي نحلها حتى

يكون ان مات لورثته

فهي باطلة

ولا انتفاعه به الا أنه لما شبه مسألة السفر بمن حيزت عنه الدار سنة اقتضى ذلك أن انتفاعه بها بعد أن حيزت عنه لا تبطل الحيازة واقتضى ذلك على مذهب مالك أن قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبي لا يبطل الحيازة وانما يبطلها انتفاع الأب بها وسلقه اياها والله أعلم وأحكم وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحيازة قد وجدت فيها فلا يضره ما حدث بعد ذلك كما لو وهبه ديناله على رجل فقبضه الأب ومات وهو بيده وقد اتفقا على صحته ووجه القول الثاني أن حيازة الأب لابنه الصغير فيها ضعف وكذلك الغائب عنه وانما تختص حيازة النائب عنه بان الهبة تتعين بقبضه وإن كانت مما لا يتعين فإذا استرجعها الأب من يده وصر فيها في منفعة بطلت الهبة ولو تسلفها من الكبير بعد أن تتم حيازتها لم تبطل الهبة وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده فجعل من يجوز لهم فحاز ذلك الأب ثم مات الأب فوجدت عنده فان ذلك يبطل قال مطرف الا أن يشهد الأب أنه رد حيازتها اليه قال ابن الماجشون لا ينفعه ذلك الا أن يكون حدث في من كان يجوز حيازته فانه يجوز ذلك اذا أشهد وقاله أصبغ وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم انه يشترط الاشهاد في أن قبضها للحفظ للابن وقول ابن الماجشون كذلك الا انه يشترط الاشهاد ضرورة الاخذها من الحائز بسفاهه وتفق أقوالهم على أن حيازة الأجنبي تأثير في صحة الحيازة والله أعلم (مسئلة) وأما الخطة والشعير وما يكال أو يوزن فقد روى القاضي أبو محمد في معونته من قبض لابنه الصغير ما في يده وحازله من نفسه جاز اذا كان شيئاً معيناً ولا يجوز فيها لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المسكيل والموزون الا أن يضعه بيد غيره ويشهد عليه فان أمسكها بيده لم تصح وقال أبو حنيفة يصح قبضه وان كان مما لا يعرف بعينه ووجه ذلك أن الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف بغير سببه ولا يمكن أن يعرف عينه فلا يعلم ان كان ما وجد هو الذي كان وهبه أو غيره (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال الشيخ أبو بكر يجوز أن يجوزها الأب اذا وضعها في شيء وختم عليها وأشهد عليها انها حينئذ تتميز ويمكن الاشهاد عليها ويكون كالعبد والثوب وما يميز عينه وهذا على قول المدنيين في حيازة الدنانير والدرهم ظاهر وأما على قول المصريين فيجتمعل أن يقول مثل ذلك في كل مكيل أو موزون أو معدود ويحتمل أن يفرق بينهما بان الدنانير لا تتعين بالعقد وهذا متفق على انها تتعين بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير بدار فلم يخرج منها حتى باعها ثم مات فيم اقبل أن يقبضها المشتري فقد روى ابن حبيب عن أصبغ الصدقة جائزة والتمن للولد لانه انما مات في دار المشتري وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البيعة انه باعها لنفسه استرجاعه فيها فان عثر على ذلك في حياته رد البيع ورجعت الدار للولد وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة ونفذ البيع وسواء مات فيها أو قبضها المشتري وأما لو خرج منها بعد الصدقة ثم باعها ففسوا باعها لنفسه استرجاعاً أو على غير ذلك فالبيع مردود للولد مات الأب أو لم يمت ورجع المشتري بالتمن في تركه الأب ولا شيء على الابن وان لم يترك الأب شيئاً وذلك يقتضى انه لو لم يكن ساكنها فيها وأشهد على احتيازها لابنه ثم باعها باسم الاسترجاع انه بمنزلة الذي باع بعد أن أخلاها من سكنها وتدار ابن القاسم في العتية فيمن تصدق على ابنه الصغير بمحو انت ومساكن لها غلات فلم يعلم انه كان يكرهها للابن باسمه أو باسم نفسه فذلك للابن وكذلك لو أكرها ولم يقل أكريت لابني وان لم يخرج ذلك الى أحد غير ديمحوزه لابنه وقاله مالك وأنكر قول من يقول لا يجوز ذلك اذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة وقاله خلاف سنة المسلمين (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير

بمائه شاة من غنمه ولم يعينها فغن مالك في ذلك روايتان في الموازية والعتيبة عن مالك ان لم يسم الغنم
أو يصفها بما تعرف بأعيانها وأغل البادية يسمون الابل والغنم كما يسمي أشمل مفسر الخليل لم يجز ذلك
وبه قال ابن القاسم ومطرف وفي كتاب ابن المواز وابن حبيب قال أصبغ وقد كان يقول اذا ذكر
علم من غنمه أو خيله وترك ذلك شركة فهو جائز ثم رجع عنه زاد في العتيبة هو وأصحابه قال ابن حبيب
وهذا أخذ ابن وهب وابن عبد الحكم وابن الماجشون والمغيرة دوا بن دينار واستثنى بن الماجشون
العين والمسكن والملبوس فانه يبطل يريد اذا لبسه أو سكنه وجه القول الأول ان اذا لم يعينها فانه لا يصح
حيازها لابنه لانه انما يصرف لنفسه فيها فلا يصح قبضه لولده كالرجل من المشاع لو بقي بيد الراهن لم يصح
الحياز فيه ووجه القول الثاني ان القبض والتسليم يصح والفرق بين العتيبة والرجل انه يجوز للأب
لابنه الصغير العتيبة ولا يجوز أن يحوز له ما وهبه لاه (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير أو
وهبه نصف غنمه أو نصف عبده أو داره مشاعا قال القاضي أبو محمد فيها روايتان احدهما الجواز
والأخرى الابطال ومعنى ذلك ان من تصدق بجزء من ذلك وترك باقيه لنفسه أو جعل الباقي للسبيل
فحاز ذلك الأب حتى مات ففي كتاب محمد والعتيبة ما كان للابن فهو نافذ ويبطل ما كان للسبيل
رواه أصبغ عن ابن القاسم ورواه أشهب في الموازية عن مالك وقال أصبغ أرى أن يبطل كله في
المسئلتين جميعا ولا شيء للابن ولا للسبيل وجه القول الأول ان قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح في
العين المفرد المتميز ويبطل ما لابن السبيل لانه لا يحوز لهم ووجه القول الثاني ان قبضه الجزء المشاع
لابنه وباقيه له أو راجع اليه لا يصح لانه لا يتميز ما يقبضه لابنه مما ابتاعه على ملكه كما هو وجه عدة من جملة
دراهم فانه لا يكون اشهادا بالحيازة لابنه حيازة وقد رأيت عناد للقاضي أبي محمد والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ولا يجوز أن يحوز للصغير والسفيه ما وهبه الا الأب أو الوصي أو السلطان أو من يليه فاما غير
هؤلاء من أم أو أخ أو جدا أو غيرهم فلا يحوز له ما وهبه يتيمًا كان أو ذا أب ورواه أشهب عن مالك وبه قال
ابن القاسم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيما
وهبه له أو وهبه له أجنبي وكذلك من ولي صبي على وجه الحسبة من الأجنبي أو من قريب فحيازته له
جائزة فيما وهبه له هو أو غيره وان كانوا انما ابتدؤا ولايته من يوم الصدقة فذلك باطل وقاله ابن نافع
وأصبغ وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب فممن تصدق على يتيم له أو صغير في حجره هل يحوز له
فقال لا يحوز له الا الأب أو الوصي الأب والأم وان لم تكن وصية والجداد كالأب في عدمه والجدات
كالأم اذا كان في حجر آخر من هؤلاء وأما غيرهم فلا يحوز له الا أن يبرأ منهم الى رجل يليه وجه
قول ابن القاسم أن غير الأب لا يلي المال بنفسه ولا قدمه من يليه بنفسه فلم تصح حيازته كابن العم
وجه قول ابن الماجشون ان هذا قد تقدمت له ولاية ونظر فصحت حيازته له وليس كل أحد يوصى
على ولده ولا كل أحد يستطيع ان يصل خبره الى السلطان فيليه أو يولى عليه فن كان وليه غير على
وجه الحسبة أو القرابة في حكم الوصي وجه قول ابن وهب أن كل من له عليه ولادة يجوز أن يليه
ويحوز له كالأب الا ان بعضهم مقدم على بعض لقوة سببه (فرع) اذا قلنا ان الوصي يحوز على يتيمه
ما أعطاه فقد قال أبو عبد الله بن العطار انما ذلك اذا كان مفرد النظر فان شاركه غيره لم يحوز له ذلك
وليخرجها الى شريكه أو الى غير ما قال وقيل ان حيازته تامة

(باب في الذين يحاز عليهم)

والذي يحاز عليه هو الصغير والبكر البالغة والسفيه واسم اليتيم ينطلق على جميعهم وقد نص عليه

شيئونا وقاله أبو عبد الله بن العطار وقد بسطت القول فيه في كتاب السراج فاما الصغير فان
 حد الصغير يذكر في الجنائيات ان شاء الله تعالى ولم يحتج في الصغير انه اذا بلغ لم يدفع اليه ماله حتى
 يؤنس رشده قاله محمد خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يدفع اليه ماله بنفس البائع والدليل
 على ذلك قول الله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
 أموالهم فجعل تعالى إيتناس الرشد شرطاً في دفع المال اليهم بعد البائع ومن جهة المعنى ان الصغير انما
 يخاف عليه افساد المال وتأثير الرشد في حفظ المال أكثر من تأثير البائع فاذا روى البائع فبان
 يراعى الرشداً أولى وأحرى (مسئلة) وأما البكر البالغة فحكمها حكم الصغير في الحجر مالم تعنس
 فان عنست ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يحوز لها أبوها وان عنست وقال أيضاً الا ان
 تكون عنست ورضيت وجه القول الاول انها بكر ذات أب فلزمها حجره كالتى لم تعنس ووجه
 الرواية الثانية انها بالغة رشيدة خيرة بمصالحها فزال عنها الحجر كالثيب (فرع) اذا ثبت ذلك فقد
 قال ابن عبد الحكم في الموازية يحوز لها مالم تبلغ التعنس الكثير فاذا بلغت الحسين والسنتين
 فهذه تحوز لنفسها ولا شيء لها الا ان تحوز لنفسها وهى كالتى تلى مالها ولا يزوجه أبوها الا برضاها فان
 زوجها بغير رضاها لم أفسخه وروى ابن القاسم عن مالك فجوز حيازته عليها وان رضى حالها
 وجاوزت الثلاثين قال ابن القاسم مالم تعنس جدا فتبلغ الستين ونحوها فهذه ان لم تعزل لنفسها فلا
 شيء لها ووقع الاتفاق على التعنس الكثير وهو باوغ الحسين والستين وانما وقع الاختلاف بينهم
 في ظاهر الأمر في التعنس الاول بسن الثلاثين وبما زاد عليها الزيادة القريبة لان هذه لم تبرز بعد
 البروز التام وقال في المدونة ابن القاسم اذا عنست في بيت والدها لم يكن له أن يردها ولا يعتقها ولم
 يحدد وقال عن مالك لا يحوز فعلها وقال في المدونة أشهب عن مالك التى بلغت أربعين سنة
 وخمسين سنة اذا رضى حالها جاز فعلها قال محمد وذلك عندنا فى التى لأب لها ولا وصى ولاولى من
 السلطان فلم يسلم من الاختلاف بالتعديد الا التى بلغت الستين لانها نهاية التعنس وابتداء
 الشيخوخة والله أعلم (مسئلة) وأما السفية فهو الذى لا معرفته بحفظ ماله ووجه اصلاحه
 وهل يراعى فى ذلك أن يكون معه فسق فى دينه أم لا قال أشهب لا ينظر الى سفهه فى دينه اذا كان
 لا يمتنع فى ماله وبه قال ابن القاسم وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى المولى عليه
 لا يدفع اليه ماله حتى يحكم له بالرشد فى الحال والمآل وهذا عندنا فى ازاله الحجر عنه وأما فى رده الى
 الحجر فلا يراعى فيه فسقه وهو قول المدنيين من أصحابنا وقول الحسن البصرى وجه قول أشهب ان
 الصلاح فى الدين معنى لا يراعى فى الحجر عليه فلم يراع فى حفظه كحفظ القرآن ووجه قول ابن
 الماجشون ان الصلاح فى الدين أولى بالاعتبار وبديع اصلاحه للمال (مسئلة) وأما أم الولد فى
 العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى أم الولد يتصدق عليها سيدها حالها فى الحيازة حال
 الحرية قال أبو عبد الله بن العطار ويحوز السيد لأم ولده ما حبسه عليها ما فى كتاب الحبس والصدقة
 من المادونة ان الرجل يحوز عطية لمن يلى أمره ويحوز عليه قضاءه يريد ان قضاء السيد يحوز على
 أم الولد فى مالها فكانت ممن يحوز عليها

(فصل) وقوله فان مات ابن أحدكم قال مالى يعنى لم أعط أحداً يردها منه ورثة الابن وان مات
 هو قال هو لا يبنى قد كنت أعطيتك اياه فوعظ عمر ونهى عن مثل هذا وأعلم ان لا يحل لنا فعله وانما اذا
 أعطى ابنه عطية ثم مات لم يحل له أن ينفردها ويقول هذا مالى ور بما حجر الاعطاء وأخفى وثيقة

العطية ولا يحل أيضا أن يعطيه عطاء لم يتلها ثم يدرك الموت الأب فيمريه عن بعض ورثته ويقول
قد كنت وعتقه لابني وهو لم يتل تلك الهبة ثم قال رضي الله عنه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها
حتى تكون لورثته فهي باطل وظاهر هذا اللفظ يقتضي أنه كان المنحول كبيرا يجوز لنفسه وأما
الصغير فقد بينا أنه قد يجوز له غيره وقد يجوز للكبير غيره على ما قدمنا ذكره وإنما أراد بذلك عمر
ابن الخطاب أن يجوز لنفسه أو يجوز له من يقوم مقامه في ذلك بتوكيل أو وجه سائق في الشرع
والله أعلم

﴿ ما لا يجوز من العطية ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فمن أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها فاشهد
عليها فانها ثابتة للذي أعطىها إلا أن يموت المعطى قبل أن يقبضها الذي أعطىها قال وإن أراد المعطى
امساكها بعد أن أشهد عليها فليس ذلك له إذا قام عليه بها صاحبها أخذها ﴿ ش وهذا كما قال أن
من أعطى عطية لا يريد بها الثواب ولا العوض وإنما يتلها للمعطى دون عوض وأشهد عليها فانها
بالأشهاد تثبت للمعطى فليس للمعطى الرجوع فيها لأن الهبة تنزل بالقول خلافا لأبي حنيفة والشافعي
في قولهما أن الصدقة والهبة عقد جائز وإنما تنزل بالقبض والدليل على ما نقله قوله تعالى يا أيها الذين
آمنوا أوفوا بالعقود والدليل على ما نقله من جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
العائد في صدقته كالكب يعمر في قيمته ودليلنا من جهة القياس أن هذا عقد فلم يقتض له رده إلى
قبض المعقود عليه كسائر العقود (مسئلة) إذا ثبت ذلك فانه على ضربين ضرب لا يقضى به
وضرب يقضى به فاما ما لا يقضى به فما كان من صدقة أو هبة أو حبس على وجه اليمين على معينين أو
غير معينين اتفق أصحابنا ابن القاسم وأشباه وغيرهما على أنه لا يقضى عليه بذلك ولكنه يؤمر به
ورجعه ذلك أنه لم يقصد به البر وإنما قصد الإيجاج وتحقيق مانازع فيه فيؤمر به ولا يقضى به عليه ومثله
روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن قال لا شيء من كل جارية أنسبر رها عليك فهي صدقة عليك وإن
وطئت جارية بقي هذه فهي صدقة عليك فتسرها لا شيء عليه قال محمد بن زيد لا يقضى عليها وإنما
ما كان من ذلك بغير يمين فانه يجبر على إخراجها وحتى يثمد عن أشبه لا يجبر على إخراجها إلا إذا
كانت الصدقة على معين بل خصوصه تاللسا كين وجه قول ابن القاسم أن هذه صدقة على وجه
البر فوجب أن يقضى عليه بإخراجها كالأحباس ووجه قول أشبه ما احتج به من أنه إذا كانوا غير
معينين لم يستحق أحد المطالبة بها فيقضى له ص ﴿ قال مالك ومن أعطى عطية ثم نكل الذي
أعطاهما فجاء الذي أعطىها بشاهد يشهد له أنه أعطاه ذلك عرضا كان ذلك أذهبا أو ورقا أو حيوانا
أحلف الذي أعطى مع شهادة شاهده فإن أبي الذي أعطى أن يحلف حلف المعطى وإن أبي أن يحلف
أيضا أدى إلى المعطى ما ادعى عليه إذا كان له شاهد واحد فإن لم يكن له شاهد فلا شيء له ﴿ ش قوله
من أعطى عطية ثم نكل المعطى يريد أن نكر ذلك فنشهد للمعطى شاهد واحد على ما ادعاه من أن
المعطى أعطاه ما أشار إليه من عرض أو حيوان أو ذهب أو ورق مسئل أن يكون الذهب والورق
مما يتعين كالحلى والتبر ويحتمل أن يكون دنانير أو دراهم على قول من يقول لا يتعين بعقد فكان
ما أشار إليه من ذلك بيد المعطى فيحكمه حكم ما في ذمته مثل أن يقول للرجل أشهد أن فلانا في مالي
مائة دينار صدقة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك لازم له وأما الرجل

﴿ ما لا يجوز من العطية ﴾
﴿ قال يحيى سمعت مالكا
يقول الأمر عندنا فمن
أعطى أحدا عطية لا
يريد ثوابها فاشهد
عليها فانها ثابتة للذي
أعطىها إلا أن يموت
المعطى قبل أن
يقبضها الذي أعطىها قال
أنسأ أراد المعطى
امساكها بعد أن أشهد
عليها فليس ذلك له إذا قام
عليها صاحبها أخذها
﴿ قال مالك ومن أعطى
عطية ثم نكل الذي
أعطاهما فجاء الذي أعطىها
بشاهد يشهد له أنه أعطاه
ذلك عرضا كان أو
ذهبا أو ورقا أو حيوانا
أحلف الذي أعطى مع
شهادة شاهده فإن أبي
الذي أعطى أن يحلف
حلف المعطى وإن أبي أن
يحلف أيضا أدى إلى المعطى
ما ادعى عليه إذا كان له
شاهد واحد فإن لم يكن له
شاهد فلا شيء له

يسأل الرجل السلف أو الهبة فيقول أنا أسلفك وأنا أهبك في العتية والموازية عن مالك إن ذلك غير لازم له ووجه ذلك أنه موعده لغير سبب (مسئلة) وأما إذا كان السلف والعدة لغير سبب يتسبب به ولا حاجة به كره فان كانت العدة من رجل بسبب يتسبب به مثل أن يقول أريد الحج أو السفر أو نكاحاً أو شراء سلعة أو هدم دارى وبنائها فيقول له الرجل أفعِلْ ذلك وأنا أسلفك في العتية لسخون أن هذه العدة لازمة لمن وعدها فيقضى عليه بها لأنها لازمة بالقول كالنظر بالدين تازم بالقول سواء قال أنظرك أو أنظرتك وكذلك في هذا سواء قال أسلفك أو أسلفتك سواء ذكر أجلاً للسلف أو لم يذكره فان ذكر الاجل لزمه وإن لم يذكره لزمه من الأجل بقدر ما يرى أن مثله في غناه وقوته على السلف يسلف مثل التسلف في غناه وقوته على الاداء راعى الأمران في ذلك وعنه أنه يراعى مع ذلك قدر الدين (مسئلة) ولو كان ما استسلف أو استعار بسببه لا ينفى إلى التسبب بشئ ولكنه أسلف حاجة ذكرها مثل أن يقول له ان غرمائى يلزموننى بدين فأسلفنى أقضهم أو يقول أعزنى دابتك أركبها غدا إلى موضع كذا ويذكر حاجته فيعده على ذلك في العتية لأصبغ يلزمه ذلك بالقول تسبب حاجته أو لم يتسبب لها إلا أن يترك حاجته تلك فيسقط عن الواعد حكم عدته وبالله التوفيق

(فصل) وقوله ويحلف المعطى مع شاهده مبنى على ما تقدم من الحكم باليمين مع الشاهد فان أبى المعطى أن يحلف فقد أعطاه ما شهد به شاهده حلف المعطى أنه ما أعطاه شيئاً من ذلك فان أبى أن يحلف حكم المعطى به بدون يمين لنكول المعطى بعد رد اليمين عليه وكذلك كل من نكل عن يمين ردت عليه فانه يقضى عليه كمن ادعى قبل زيدا ما لا فلم يحلف زيد ورد اليمين على المدعى فنكل فانه يقضى عليه بطلان دعواه

(فصل) وقوله فان لم يكن له شاهد فلا شئ له ظاهره ليست له يمين ولا غيرها على من ادعى عليه الهبة وذلك ان الهبة على قسمين أحدهما أن تكون الهبة معينة والثاني أن تكون في ذمة المدعى أما ما لم يكن في ذمة المدعى فالظاهر من المذهب أن اليمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى ووجه ذلك ضعف سبب المدعى لان في دعوى الحقوق اللازمة باتفاق لا يجب اليمين إلا بسبب يقوى الدعوى فسكن يضمن الهبة لاختلاف الناس في لزومها وحاجتها عند مالك إلى الحياة وقال الشيخ أبو القاسم

في تشريره على المدعى عليه الهبة اليمين فان حلف برى وان نكل المدعى عليه الهبة اخذ منه ذلك (مسئلة) وأما ما كان في ذمة مدعى الهبة فمثل أن يكون لعمرودين قبل زيدا فيطالبه منه فيقول

زيد قد وعيتني فالظاهر أن لا يتحكم له وهو على زيد بذلك الدين إلا بعد أن يحلف أنه ما وعبه ووجه ذلك أن المدعى يريد إخراج ما عنده فان ادعى التبريم فيه ما يرى ذمته لم يتحكم له إلا بعد يمينه على ابطال

تلك الدعوى كما لو ادعى القضاء ويحتمل عندى قدمت أخرى ان كانت الهبة بتبريد الموعوب فلا يمين على الراعي وان كانت بيد الموعوب لم يكن للواهب انتزاعها منه إلا بعد يمينه انما وعبه سواء

كانت الهبة تبريداً أو عيناً يصح هذا التقسيم ان من استعق عرضاً ليدر جل وزعم أنه اشتراه ان لا يأنس منه حتى يعاينها ما باع ولا وهب والله أعلم وأحكم قال مالك من أعطى عطية لآل

ثم مات المعطى فورثته بمنزله وان مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلا شئ له وذلك ان

انما أعطى عطية لم يقبضه فان أراد المعطى أن يسكنها وقد أشهد عليها حين أعطاه فليس ذلك له انما قام صاحبها أخذها من قول من أعطى عطية لا يريد ثوابها فمات المعطى فورثته بمنزله يريد

* قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزله وان مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلا شئ له وذلك انه أعطى عطية لم يقبضه فان أراد المعطى أن يسكنها وقد أشهد عليها حين أعطاه فليس ذلك له اذا قام صاحبها أخذها

ان هذا حكم هذه الهبة وان كانت لغير ثواب لان حكم هبة الثواب يخالف حكم هذه الهبة وهذا يدل على أن مالك كان يقول بدليل الخطاب فأخبر أن موت الممطي لا يبطل الهبة وهو الصحيح لان القبض الذي يبطل الهبة عنه لا ينفوت بموت الممطي فورثته يقومون مقامه لهم من القيام بطلبها وانما ما كان له وانما يبطل بموت الممطي قبل القبض لان تمام العطيبة بالقبض قد فات وقد تقدم الكلام في باقي الباب

﴿ القضاء في الهبة ﴾

ص * مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان بن طريف المري أن عمر بن الخطاب قال من وهب عبدة لصله رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يررض منها * ش قوله من وهب هبة لصله رحم أو على وجه صدقة يريد ان يتصدق بها القربة فانه لا يرجع فيها يريد انما لا لزوم له ليس له الرجوع فيها سواء قبضت منه أو لم تقبض وقد تقدم ذكره ومن وهب هبة رأى انه أراد بها الثواب وليست على وجه القربة وانما هي على وجه المعاوضة فاذا لم يررض منها كان له ان يرجعها كالسلعة يعرضها للبيع فاذا لم يررض منها لم يلزمه اخراجها وقوله يرى انه أراد بها الثواب يحتمل وجهين أحدهما أن يكون الواهب ممن ظاهر هبته قصد الثواب بان يهب للثواب ويعتقده ولعله يعلم به غير الموهوب فان اشترط الثواب فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك وهو كبائع السلعة ببقيتها ولكن ان وهب وسكت عن ذكر الثواب ثم قام يطلب الثواب فهو الذي جاء فيه قول عمر رضي الله عنه قال أصبغ ذلك جاز في الوجهين قال الشيخ أبو محمد وهو قول ابن القاسم في المدونة وهو أولى لانه وان لم يشترط الثواب فقد عرف انه المقصود والمعروف كالشرط * وفي هذا خمسة أبواب * الباب الأول فيما يجوز هبته الثواب وما لا يجوز وما يكون عوضا في هبة الثواب * الباب الثاني فيما يحتمل هبته على الثواب من غير شرط * الباب الثالث في مقتضى الهبة من اللزوم أو الجواز * الباب الرابع فيما نفوت به الهبة للثواب * الباب الخامس في حكم وجود العيب بها

(الباب الأول فيما يجوز هبته الثواب وما لا يجوز وما يكون عوضا في هبة الثواب)

اعلم ان ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته للثواب كالعبد الآبق والجل السارد والخنين في بطن أمه وما لم يبد صلاحه من ثمر أو خب رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك انه عقد معاوضة فلا يجوز عقده بالعبد الآبق كالبيع (مسألة) وأما الدنانير والدرهم فروى ابن المواز عن ابن القاسم لا يصلح أن يوهب للثواب فان شرط في ذلك ثواب فهي هبة سر دودة وهو المشهور عن مالك وروى ابن المواز عن ابن القاسم انه ان اشترطه فيكون ذلك عرضا أو طعاما ومثله في المدونة قال ابن المواز ولا يعجبنا ذلك وهي غير جائزة وليرد المثل فيها وكذلك الفضة والذهب غير المسكوك وقاله أشهب ووجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن الفضة انما تكون بالعين فاذا كانت الهدية عين فانما تكون قيمتها من أصناف العروض ثبتت في الذمة غير موصوفة ولا مؤجلة وذلك يمنع صحة البيع وما كان في معناه وأيضاً فانه ليس في أعيانها غرض ولا فيها مقصد غير التصرف فيها في البيع والشراء وانما هبة الثواب فيها يتاحف به الواهب مما يكون فيه غرض للموهوب له فيثبت عليه بمثل قيمته أو أكثر ووجه القول الثاني ان كل ما صح بيعه صح أن يوهب للثواب كالعروض (فرع) فاذا قلنا انه

﴿ القضاء في الهبة ﴾

* مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان ابن طريف المري أن عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصله رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يررض منها

يجوز ذلك في الدنانير والدرهم وهو الأظهر من المنذهب فلا يجوز ذلك في السبائك وروى
عيسى عن ابن القاسم وكذلك السفاتج والنقار والخلي المكسور ووجه ذلك أنه ذهب أوفضة
لا غرض في هبته غير مبلغه فلا يوجب للثواب وإن وهب فهو من دود كالدينار والدرهم (فرع)
وأما هبة الخلي المصوغ للثواب فأجاز مالك في المدونة والموازية قال ابن المواز لا يجوز زعنا بحال
وجه القول الأول أن هذا مما يجوز بيعه وفي عينه غرض مقصود فيجاز أن يوجب للثواب كسائر
العروض ووجه قول محمد أن هذه معاوضة ذهب بعضها لا يتناجز فيها قبض أو شراء عرض غير معين
ولا مؤجل فلم يجز ذلك كالبيع

(الباب الثاني فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط)

الواهب إذا وهب وشرط الثواب فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب اقتضى ذلك الجواز أو
المنع وأما أن يوجب من غير شرط ثم ادعى أنه قصد الثواب وطلبه فإن كانت هبته من جنس ما لا يوجب
لثواب كالدينار والدرهم فدعواه غير صحيحة وقوله مردود ولا شيء له من العوض وإن كان المواز
عن مالك وروى ابن القاسم وأشهب لا يقبل دعواه أنه وهب للثواب وقد روى ابن المواز من
وهب قمحا أو شعيرا فففيه الثواب وأما الذي لا ثواب فيه منه مثل الفاكهة أو الرطب يهدي للقادم قاله
مالك وإن قام يطلب منه ثوبا لم يعط قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك أن الدينار لا غرض في
أعيانها وإنما يوجب للثواب ما يكون الغرض في عينه كالقمح والشعير والعروض والحيوان
والعقار وأما الفاكهة فلم تجز العادة بطلب الثواب على ما يوجب منها للقادم ومثله وإنما جرت العادة
بان توجب على سبيل التنازل فكانت محمولة على غالب المعتاد إلا أن يشترط غير ذلك فيها وقال
أبو عبد الله محمد بن العطار وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من الخف كالتمر وشبهه
(فرع) فإن كان قد فات فلا شيء له من الهبة ولا العوض وإن كان لم يفت فروى ابن المواز عن
ابن القاسم وأشهب لا عوض له ولا له أخذه وإن لم يفت روى الشيخ أبو محمد عن أبي بكران بعض
أصحابنا يرى له أخذه إن لم يفت وجه القول الأول أن هبته محمولة على غير العوض فليس له أخذه
هبة قد قبضت منه ووجه القول الثاني أنها لم تنف وأحتمل وقوله وتقوم بملكه ويده حلف وردت إليه
والله أعلم وأحكم (مسألة) وما جرت عادة الناس ببلدنا من إهداء الناس بعضهم إلى بعض الكباش
وغيرها عند النكاح هذا قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار إن ذلك على الثواب وكذلك رأيت القضاء
في بلدنا قال أبو عبد الله لأن ضمان المهيدين والمهدي إليهم على ذلك يريد أنه المعروف قال وذلك
كالشرط ففرض للمهدي بقية الكباش حين قبضها المهدي إليه إن كانت مجهولة الوزن فإن كانت
معلومة الوزن قضى بوزنها وإن كان المهدي إليه بعث إلى المهدي قدرا من لحم مطبوخ أو أكل
عنده في العرس حوسب به من قيمة هديته ولو كان هذا في بلد لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب
وهذا الذي قاله عنسدي فيه نظر (مسألة) ومن وهب له ولم يذكر ثوبا ثم ادعاه فإنه ينظر إلى
ناحية المعطى والمعطى فإن وهب غنى لفقير دابة أو كساة ثوبا أو أعطاه ما يرى أنه أراد به صلته فلا شيء
له وإن وهب فقير لغنى فله الثواب وإن كان المواز وقال أشهب في فقير وهب غنى أو فقير الثواب
على الغنى وهب غنى أو فقير ووجه ذلك أن الفقير لا يطلب منه استقرار العوض والهبة للثواب
مقتضاها المكارمة وإن تعوض المعطى أمثال ما صار إليه وهذا المعنى معدوم في الفقير وموجود
في الغنى قال الشيخ أبو القاسم ومن وهب هبة مطلقة فادعى أنه وهب للثواب عمل على المعروف فيه

فان كان مثل الواهب يطلب الثواب على هبته فالقول قوله مع يمينه وان كان مثله لا يطلب الثواب على هبته فالقول قوله الموهوب له مع يمينه فان أشكل ذلك واحتمل الأمرين فالقول قول الواهب مع يمينه (مسئلة) ولا ثواب لذي سلطان فيما وهبه واه ابن المواز عن أشهب لا ندلس مما يعرف ان ذا السلطان يطلب استقرار ثواب وانما يطلبه غيره منه وأما ما يهبه أحد للسلطان فقد قال الشيخ أبو اسحاق لا ثواب فيه والظاهر عندي من المذهب انه على الثواب وجه قول أبي اسحاق انه من أهدي اليه فامتية صد التقرب منه فعلى ذلك تحمل هبته مع الاطلاق ووجه القول الثاني ان عطية وهبته مقصودة بعوض وبغير عوض وهي من جملة ما يرغب التقرب اليه بسببها (مسئلة) قال الشيخ أبو اسحق وما أهدي الى الفقير فعلى غير الثواب وما أهدي هو فعلى الثواب والظاهر عندي انه أراد الثواب وأما الفنى فيجب أن يكون حكمه في ذلك حكم سائر الأغنياء (مسئلة) ولا ثواب على سيد فيما أهده اليه مولاه ووجه ذلك ان الظاهر انه انما يهدي اليه شكر الانعام عليه بالعتق (مسئلة) وأما هبة ذى الرحم فليست على الثواب قال ابن القاسم في المدونة الا ان يرى الناس انه وهبه للثواب مثل ان يطلب الموهوب له ما يستحسنه عند الواهب فيه اياه استقرار اللعوض فهذا محمول على الثواب ومعنى ذلك ان المربين وجه الثواب فهو على غير الثواب ووجه ذلك ان هبته محمولة على صلة الرحم وكل هبة لها وجه غير الثواب في الغلب فهي محمولة عليه (مسئلة) وهبة أحد الزوجين الآخر روى ابن المواز انها لغير الثواب قال في المدونة الا ان يرى انه أراد الثواب ومعناه ما تقدم وذكر القاضي أبو محمد في معونه ان في الهبة المطلقة وايتين احدا عما تقتضى الثواب والثانية لا تقتضى الثواب وجه الرواية الاولى ان الملكين مقبران وان المعاوضة مطلوبة بينهما ووجه الرواية الثانية ان العرف جار بان كل واحد منهما يتقرب الى الآخر بالهدية ويحب التقرب اليه وقد ذكر في كتاب الدور والارضين من المدونة فيمن تزوج امرأه سكن في بيت بكراء فساكنها حتى انقضت المدة انه لا شيء على الزوج من الكراء الا ان تكون الارضية له بذلك وأقامته بالكراء وقالت ان شئت فأده وان شئت فأخرج وذلك بمنزلة ان يتزوجها في دارها ثم طلبت كراء خافلا كراء لها وقال غيره عليه كراء مثلها الا ان يكون أكثر مما كترت به واختلاف ابن القاسم والغير مبني على الخلاف الذي ذكره القاضي أبو محمد في هذا الاصل في كتاب العدة من المدونة في المعتدة تعتد في مسكن بكراء فطلبت الكراء بعد تمام العدة أن لها ذلك ان كان مواسرا حين السكنى وقال بعض شيوخنا الاندلسيين ان المسئلتين مختلفتان قال القاضي أبو الوليد رحمه الله تعالى ومعنى ذلك عندي ان المعتدة سكنت في وقت لا يظن به الصلح وقد بسطت القول في هاتين المسئلتين في شرح المدونة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا لمناهما تقتضى الثواب مع الاطلاق ففي العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم انها ادعت انها شرطت عليه الثواب تخلف على ذلك وتبرأ ووجه ذلك انها ادعت انها شرطت ما لا يقتضيه الاطلاق فان لم يكن لهاينة بذلك فالقول قول الزوج في انكار دعواها كادعائها سائر الشروط (مسئلة) وعذا حكم العطية بلفظ الهبة أو الهدية فأما لفظ الصدقة فلا ثواب فيه قاله الشيخ أبو اسحق واحتج لذلك بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية ومعنى ذلك ان مقتضاها القرية وذلك ينافي العوض والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في مقتضى هبة الثواب من اللزوم أو الجواز)

الذي عليه ظاهر المذهب أن الهبة بالنقطة لازمة للواهب فإن أخذ المعطى قيمتها فلا سبيل له إليها وسأأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى (فرع) فإن زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها فقد قال محمد ليس له منعه من قبضها ولا من بيعها والظاهر من قول أشهب أنها وإن كانت تلزم بالقول الآن للواهب منع المعطى من قبضها حتى يثيبه وجه القول الأول أن مقتضى هبة الثواب الاستسلام وترك المشاحة وذلك مخالف للنفع من القبض ووجه القول الثاني أن هذه معاوضة فكان للبائع امساك ما باع حتى يقبض الثمن كالبيع المطلق فإن قبضها المعطى بغير إذن المعطى فقد قال أشهب يرتجعها حتى يثيبه وليس للواهب أن يبدوله وقال ابن القاسم لا يرتجعها ويطلبه فإن أثابه والاردها والقولان مبنيان على ما تقدم في منع الواهب الموهوب من قبضها والله أعلم وأحكم (مسألة) فإن فأتت الهبة فقد لزم المعطى بالقيمة كسكاح التفويض يلزم بالدخول مهر المثل فإن كانت القيمة التي تلزم في الهبة والثواب عين لزم قبضها والرضا بها وإن كان الثواب ديناً مثل أن يهبه داراً فيثيبه منها ديناً ففي كتاب أبي محمد يجوز حل الدين أو لم يحل قال محمد يريد أنه حواله ويريد إذا كان مما تقوم به الهبة في الاستهلاك من الدينار أو الدرهم ولا يجوز أن يعوضه منها سكنى دار ولا خدمة عبد سنين لأنه فسخ دين في دين عند ابن القاسم وجوزة أشهب لأن قبض الرقبة لاستيفاء المنافع عنده قبض والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع فيما تفوت به هبة الثواب وتلزم به القيمة)

وسأأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله

(الباب الخامس في حكم وجود العيب بها)

فانه إن اطلع على العيب قبل أن يثيبه وقبل أن تفوت فإن علم الواهب بالعيب فليس له الاقيمتها معيبة لأنهم ما علمان بالعيب قاله محمد ووجه ذلك أن الواهب وهبها على أنها معيبة فله قيمتها على ذلك وإن لم يكن عالماً بالعيب فله قيمتها صحيحة غير معيبة كان فأتت بحواله أسواق أو كانت جارية ففأتت بوطء قاله أصبغ في العتبية ووجه ذلك أن الرد بالعيب لا تنفيه حواله الأسواق والواهب وهب على الصحة فاما أن يرضى المعطى أن يثيبه على ذلك أو يرده (مسألة) فإن ظهر العيب بعد أن أثابه وقبل الفوات فله ردها والرجوع في الثواب أو امساكها ولا يرجع بشئ مما أثابه وذلك كالبيع وقد قال محمد إن لم يعلمه بالعيب حتى فأتت بحواله الأسواق لزمه قيمتها صحيحة فإن شاء حبسها بذلك والاردها وذلك أنه أراد أن فوات الهبة الموجب لقيمتها تفوت سوقاً أو زيادة بدن أو وطء لا يمنع الرد بالعيب (مسألة) ولو كانت قد فأتت بما لا يقدر على ردها فأثابه ثم ظهر على العيب رجع بقدر العيب مما أثابه به إن كان الثواب أقل من قيمة الهبة أو أكثر ظهر على العيب قبل أن يوفي القيمة أو قبل أن يثيب لكانت عليه قيمتها معيبة (مسألة) فإن وجد العيب بالعوض قبل أن يفوت فله رده قال ابن القاسم إلا أن يكون في العوض الميعب مثل قيمة الهبة فلا يرد أو يكون أقل فتستلم له القيمة فلا يرد قال أشهب له رده كما ترد الهبة لأنه يرى أن لا يقبل من عوضه إلا العين فأخذه العوض شراءه بالقيمة التي وجبت له واختيار له

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها تأول مطرف ذلك على ظاهره على أن له أن يرجع في هبته وإن أعطى قيمتها إلا أن يرضى منها فجعل عقد الهبة للثواب غير

لازم الواهب ونحوه في العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك وقال مالك ليس له أن يرجع وإن لم تخرج من يده وإذا أعطاه القيمة فليس له أن يقول أنا راض وهذا قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون وهو معنى قول عمر رضي الله عنه فهو على هبته ما لم يرض منها ير يدعطي قيمتها * قال مالك أما ثواب مثلها أو رد ما فعنى قوله ما لم يرض منها على قول مطرف ما لم يأخذ ما يرضيه وإن كان قد أعطى أكثر من القيمة ومعناه على قول مالك ما لم يعط ما هو راضا منها عند الناس وذلك القيمة والرضانها يعتبر في وجهين القدر والجنس فأما القدر فقد تقدم ذكره وأما الجنس فروى ابن المواز عن أشهب لا يلزم الواهب ما أعطى من غير العين إلا أن يتراضيا على شيء يجوز وفي المدونة لابن القاسم ما أثابه من السلع مما يثاب بمثله فذلك يلزم الواهب إذا كانت قيمة قيمة الهبة وكان مما يعطاه الناس في ثواب الهبات بينهم ولا يلزم أن يشبهه خطبا ولا تبنا لأنه ليس مما يعطاه الناس بينهم في ذلك وجه قول أشهب ما احتج به من أن الذهب والفضة هي أصول الأثمان وقيم المتلفات فلا تكون القيمة إلا منهم ما عند المشاحة ووجه قول ابن القاسم أن أعواض المبيعات على حسب العرف ولذلك كانت في بعض البلاد ورقا وفي بعضها ذهبا وكانت الدية على أهل الأبل ابلا ولو جرت العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع مائيب عليه من التسعة ولذلك صحت مع ترك قدر الثواب وذكر جنسه والله أعلم وأحكم (فرع) فإذا قلنا بقول أشهب فيلزمه أن يختص الثواب بالعين التي تجرى في بلد الهبة وتلك السكة لأن التقويم إنما يكون بهادون سائر أنواع العين والسكك فإن قلنا بقول ابن القاسم فعلى حسب ما قدمناه أنه أمر مصر وف إلى اختيار الموهوب له مع العرف (فرع) وهذا مع التشاح وأما مع التسامح نظرت فإن كانت الهبة لم تنف تجوز أن يعوضه منها كلما يجوز أن يسلم الهبة فيه قال ابن القاسم في المدونة إن وهبه أثوابا فسطاطية لم يجزله عند مالك أن يشبهه منها أثوابا فسطاطية أكثر منها ولو وهبه حنطة لم يجزله أن يعوضه منها حنطة ولا مما يؤكل ويشرب إلا أن يعوضه مثل طعامه في صفته وجودته وكيهله (مسئلة) فإن كانت الهبة حلما وقلنا بجواز هبته للثواب ففي المدونة يشبهه قيمة الحلي عروضاً ولا يأخذ دراهم ولا دنانير وإن كان الحلي من غير جنس الثواب يريد بعد أن يفترقا وقبل أن يغيب الحلي لحاز وفي الموازية يكون الثواب على حلي الذهب ورقا وعلى حلي الورق ذهبا فإني المدونة مبني على اعتبار التناجز بالقبض في مجلس الهبة وبحضرتها لأنه صرف وما في غير المدونة مبني على اعتبار القبض في مجلس الهبة لأنه بمعنى عدم القيمة بعد وفاة الهبة ولذلك قال يثيب عن حلي الذهب ورقا وعن حلي الورق ذهبا والله أعلم وأحكم ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فإن على الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها * ش وهذا كما قال أن الهبة للثواب غير لازمة للموهوب له وإن قبضها لم تتغير عنده بزيادة أو نقصان في عينها فإن حدث بها شيء من ذلك فقد فاد ردها إلى الواهب ولزم الموهوب قيمتها هذا المشهور عن مالك أن الزيادة والنقص في البدن مما تفوت به الهبة للثواب وتلزم المعطى قيمتها وفي العتبية عن ابن القاسم أن الزيادة لا يلزم بها المعطى قال وقاله مالك ثم قال ابن القاسم التناقص فوت ويجبر الموهوب له على الثواب وروى ابن المواز عن أشهب للموهوب ردها في الزيادة وإنما معنى قول مالك ليس ذلك للموهوب في النقص ولا للواهب في الزيادة ورواه ابن وهب عن مالك وأخذه ابن عبيد الحكم وقال ليس الرد إلا باجتماعهما زادت أو نقصت وجه القول

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فإن على الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها

الأول انه انما لم يمتد الهبة بالقبض لانه ضامن لما ذهب منها وكذلك تسكون الزيادة له فيمنعه من الرد كالبيع ووجه القول الثاني ان العقد لما كان لازما في جنبة المعطى دون المعطى وكانت الزيادة للمعطى كان له تركها ويرد العطيّة وأما النقص فهو اتلاف بعض العطيّة فليس له أن يردّها ناقصة فلم يمتد به بالنقصان دون الزيادة (مسئلة) وأما حواله الأسواق عند ابن القاسم وأشهب فليست بفوت وقال أصبح اختلاف الأسواق فيها فوت وقدرى ابن المواز عن ابن القاسم ان الفوت فيها كالفوت في البيع الفاسد في المروض والحيوان والرباع ووجه القول الثاني ان الهبة للشواب تؤل الى اللزوم بالقيمة فكان تغير الاسواق مفيتها لها كالبيع الفاسد ووجه القول الاول أن هذه هبة يجوز ردها فلم يمنع ردها حواله الأسواق كهبة الأب لابنه على وجه الاعتصار (مسئلة) والبيع فوت فان رجعت الى المعطى قبل أن تحول الأسواق فهو فوت ولا رد له رواد ابن المواز ووجهه على قول أشهب في البيع الفاسدين واضح وأما على قول ابن القاسم فان ماتت به هبة الشواب فما يتم به العقد الصحيح ويكمل بالقبول مع الإيجاب في البيع الصحيح وأما البيع الفاسد فانه لا يتم به البيع وانما يردّه عما عقد عليه الى وجهه من الصحة لعدم الرد وتعدله ولو أمكن ذلك لما وجب انصاؤه فعلى ههنا متى وجد ما يفوت به هبة الشواب وتجب به القيمة فقد لزم العقد وتم ولا يثبت بخيار الرد زوال ما فات به ولا عدمه ولذلك لو التزم قيمتها قبل الفوت لزمته القيمة ولو التزم ذلك في البيع الفاسد لم يلزمه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك انه مما يشترط به البيع الفاسد ففادت به هبة الشواب كالزيادة والنقص (مسئلة) (١) الموهوب له لأهيتها فالواهب أحق بها كالبيع الآن يشاء الفرمان أن يعطوه قيمتها ورأيت لبعض أصحابنا أن القيمة قيمتها يوم الهبة قاله ابن القاسم (مسئلة) ومن وهب جارية للشواب فوطئها الموهوب فذلك فوت يوجب عليه القية وقال ابن القاسم في العتيقة روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا غاب عليها فقد لزمه الشواب وان لم يبطأها ولم يتغير

(فصل) وقوله فقد لزمته قيمتها يوم قبضها يريد أنه ليس للموهوب ردها ان اختار ذلك وليس ذلك للواهب قال ابن القاسم الا أن يجتمع على ردها قال مطرف وذلك اننا اذا قلنا انها تلزم الواهب باللفظ فانها اذا فادت لزمتهما جميعا وان قلنا لا تلزم الواهب باللفظ فلا خلاف في أنها بالنفوت قد لزمتهما وان وجد الاختلاف فيما تفوت به فاذا اتفقا بعد النفوت على الرد فان ذلك لعنى الاقالة في البيع (مسئلة) فان اتفقا على الرد جاز ذلك وكيف صفته قال محمد بن عبد الله بن عرفة قال بمالزم المعطى من القية ثم رجع محمد فقال يجوز اذا رضى بردها وان لم يعرف القية لانها هبة (٢) الآن يوجهها له على قيمتها يريد أن يثبتها منه بالقيمة المجهولة وجه القول الأول ما احتج به محمد ان القيمة مجهولة فلا تجوز المعاوضة بها ووجه القول الثاني وهو قول ابن القاسم ان ردها فسخ العقد الأول فلم يحتج الى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد نفوت السلعة بالقبض فان له امساكها بما يلزمه من الثمن بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه من الثمن بعد نفوت العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد النفوت فبان يجوز ذلك مما لا يحتاج الى تقويم واحد أولى وأحرى

(فصل) وقوله فان على الموهوب له أن يعطيه قيمتها يوم قبضها قال محمد ويوم قبضها أصوب وجه الرواية الاولى أن العقود التي لا تلزم ولا تؤل الى التمسك بزيادة أو نقصان فانما يراعى يوم القبض قيمة العقود عليه كالبيع الفاسد لان المعطى انما ضمه بالقبض ووجه الرواية الثانية ان الهبة قد لزم

الواهب بالقبول فاذا قامت ولزمت المعطى وجب أن يارزعه بقيتها يوم لزمت المعطى لان المعطى له أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض فيجب أن يكون عليه نقصها قبل القبض كبيع الخيار اذا رضى مشروط الخيار بالمبيع فله ما حدث في مدة الخيار من الزيادة وعليه النقص وليس له أن يقول أنا آخذته ويحط عن نقصه في مدة الخيار وانما قال ابن المواز يوم القبض أصوب لان الهبة للشواب بالقبض تأثيرا في لزومها لانها لو بقيت في يد الواهب لم تفت بزيادة ولا نقصان وانما تفت بذلك اذا حدث عند المعطى في بيع الخيار وانما يستند الخيار الى العقد لا الى القبض ولان المبيع بالخيار انما ينفذ ببيع الثمن المسمى والهبة للشواب بالقيمة فوجب أن تراعى فيه يوم القبض كالبيع الفاسد

﴿ الاعتصار في الصدقة ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيئا من ذلك لانه لا يرجع في شيء من الصدقة ﴾ ش وهذا كما قال ان من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك للأمر نفسه أو الصغير في حجره فليس للمتصدق اعتصارها اذا قبضت وحيزت لان الصدقة لا اعتصار فيها لانها على وجه القرية وما كان من العطية على وجه القرية فلا اعتصار فيه وقد تقدم من قولنا ان العطايا المنفردة بالازمة بالعقد وانما قال قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته ليدكر أقوى وجوهها في حيازة الابن الكبير لنفسه ثم ذكر أصعب وجوهها وهو أن يتصدق على ابنه في حجره فيقتضي على الشاهد له بالصدقة ولم يدكر الحيازة له فلا اعتصار له في أحد الوجهين لما احتج به من انه لا يرجع في شيء من الصدقة ومعنى ذلك ما يأتي بعده من انه لا يجوز أن يشتري صدقته ويأخذها بعوض فبأن لا يكون له أن يأخذها بعوض أولى (مسئلة) فان أتى بلفظ محتمل للقرية وغيرها كالهبة والتحل والعطية فان قرن به ما يقتضي القرية كقوله هبة لله أو لوجه الله أو لطلب الأجر أو لصلته رحمه فقد قال ابن الما جشون لا يعتصر هذا ووجه ذلك ان هذا مال يخرج عن وجه القرية فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة (مسئلة) ومن وهب هبة يريد بها الصلة فقد قال سحنون لا يعتصرها كالصدقة وذلك أن يكون له ابن أو ابنة محتاجان صغير في حجره أو كبير بائن عنه وقد يكون الابن الصغير يصله لما يخاف عليه من الخصاصة وانما يقتضي هبته أو عطيته لابنه الذي في حجره أو البائن عنه اذا كان ذامال كثير ووجه قول سحنون ان ظاهر هبته ومعناها القرية وذلك يمنع الاعتصار كما لو صرح بانها لله تعالى ووجه القول الثاني انها هبة لم يترن بها ما يخصها للقرية فلم يمنع ذلك اعتصارها كالهبة للغير وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير بل قد يصل الغني وغيره فلا يمنع ذلك الاعتصار (مسئلة) فاذا قيد الهبة أو العطية أو التحلة فقال اني قد سلطت عليها حكم الاعتصار فلا خلاف في المنه في جواز الاعتصار للأبوين ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى النعمان بن بشير ان أباه أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحللت ابني ذنا غلاما فقال أكل ولدك نحللت مثله قال لا قال فارتجعه فوجه الدليل من ذلك انه قد كان وهب لابنه الغلام ثم أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالارتجاع ولو لم يكن الارتجاع بهبته منه جائز المأمر به بذلك ومن جهة المعنى ان الابن قد أضيف الى الأب مع ماله في الشرع فكان لذلك تأثير في انتزاع ما بيده كالعبد (مسئلة) ولا يجوز ذلك للغير الأبوين خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى ابن

﴿ الاعتصار في الصدقة ﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيئا من ذلك لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة ﴾

عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العائذ في هبته كالسكب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى أن من لا يلي ماله الابتولي لم يرجع في هبته كالابن يهب أباه (فرع) فإذا ثبت أن الاعتصار جائز في الهبات والعطايا فإن أطلق لفظ الهبة أو النحلة فإن له أن يعتصر قاله ابن الماجشون وأصبخ في العتية ووجه ذلك أن هذه عطية لم يقترن بها ما يخصها للقرية فجاز فيها الاعتصار كالتي شرط فيها الاعتصار ص
 قال وسعت مال الكايقول الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلأ أو أعطاه عطاء ليس بصدقة أن له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يدينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً بعد أن تكون عليه الديون أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتكسح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللال الذي أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها وما لها وما أعطاه أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك إذا كان على ما وصفت لك ش قوله الأمر المجتمع عليه عندنا يريده أهل المدينة على ساكنها السلام ثم قال فيمن نحل نحلأ أو أعطاه عطاء ليس بصدقة أن له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يخص الولد بذلك لأن الظاهر من مذهب مالك أنه لا يعتصر إلا الأبوين من الابن والابنة صغاراً كانوا أو كباراً فأما الجد والجدة فاختلف قول مالك فيهما فروى عنه ابن وهب لا يعتصر ولا يلزمه النفقة ويرث معه الأخوة ولا يكون بيده بضع بنات الابن وروى عنه أشهب أن الجد والجدة يعتصران كالأبوين وبه قال ابن عبد الحكم ووجه القول الأول وهو المشهور من المذهب أن الجد لا يلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالم ووجه القول الثاني أنه أدلى بالأبوة ويقدم في الميراث على الأخوة كالأب (مسألة) إذا ثبت أن الأم تعتصر فإنها لا تعتصر من يتييم قال ابن المواز الهبة لليتم للاشفاق عليه وخوف ضياعه وهذا معناه الصلة والقرية فلذلك كان حكمها حكم الصدقة وقد روى ابن القاسم عن مالك للاب أن يعتصر وإن لم يكن لولده أم وليس للام أن تعتصر إذا لم يكن لولده أب لأن اليتيم من قبل الأب لا من قبل الأم وهذا قول جمهور أصحاب مالك وروى ابن المواز عن أشهب أن اليتيم إذا كان غنياً فإن للام أن تعتصر منه كما تعتصر من الكبير قال مالك للام من الاعتصار مال للاب ووجه ذلك أنها أحد الأبوين فجاز أن تعتصر وإن مات الآخر كالأب (فرع) فإذا قلنا لا تعتصر الأم من اليتيم فوهبت ابنها الصغير في حياة أبيه ثم مات الأب لم يجز لها أن تعتصر وإن كبر ولو كبر الابن قبل أن يموت أبوه ثم مات الأب كان لها أن تعتصر لأن الصغير قد انقطع عنه الاعتصار (مسألة) وتعتصر الأم ما وهبت لابنها الكبير لأب له لأنه خرج عن حد اليتيم ومعنى ذلك أنه لم يكن يتيم حين الهبة ولا بعدها إلى وقت الاعتصار وذلك أن ما ينافي الاعتصار وقت الهبة من اليتيم أن وجد قبل الاعتصار منع الاعتصار لأنه ينافي في جميع أحوال الهبة ويخرجها عن حكم الهبة إلى حكم الصدقة (فصل) وقوله فله أن يعتصر ما لم يحدث الولد ديناً يدينه الناس به من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه لم يكن للاب أن يعتصر لأن ذلك يذهب أموال الناس وقد صار ذلك الحال للموهوب من أجل ذمته التي تعلقت حقوق الناس بها وذلك يمنع الاعتصار (فرع) ولو كان الابن مدياناً فوهب الأب فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن الأب إذا وهب ابنته المروجة أو ابنه المريض أو المديان لم يعتصر كالتوقست العطية على هذه الحوادث قال أصبخ إذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة فله الاعتصار ووجه القول الأول أن ما منع الاعتصار إذا حدث بعد الهبة يمنعها إذا كان موجوداً وقت

قال وسعت مال الكايقول الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلأ أو أعطاه عطاء ليس بصدقة أن له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يدينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً بعد أن تكون عليه الديون أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتكسح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللال الذي أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها وما لها وما أعطاه أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك إذا كان على ما وصفت لك

المهبة كاليتيم ووجه القول الثاني ان دينه لم يتعلق به من أجل المهبة فلا يمنع اعتصارها وانما يمنع الاعتصار دين بسبب المهبة (فرع) واذا وهب الرجل ابنه الكبير الغني المهبة اليسيرة التي يرى انه لا يداين بمثلها فاذا تزوج فقتل قال ابن الماجشون ذلك يرفع الاعتصار وقال مطرف عن مالك لا يمنع ذلك الاعتصار وقاله ابن القاسم في العتية وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من ان تلك المهبة قد قوتت على ذلك ووجه القول الثاني انه لم يتعلق بهذه المهبة حق آدمي لانه لم يداين ولم يتزوج من أجلها

(فصل) وقوله أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتسكح المرأة الرجل انما تسكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه أو يتزوج الرجل المرأة قد نكحها أبوها النحل انما يتزوجها لما لها وما أعطها فليس للاب أن يعتصر يريد أن النكاح قديم فيه المال ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تسكح المرأة لدينها وكما لها وجعلها فافترى بذات الدين تربت يداك فاذا كان المال من اغراض النكاح وكان أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجل عطية أي به فليس للاب أن يزيل تلك العطية فتبطل زيادة من زاد في نكاحه من أجلها ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا يعود حكم الاعتصار سواء دخل أو لم يدخل بها ووجه ذلك أن الأب قد عرض له ذلك فاذا تعلقت به حقوق الناس لم يكن له ابطالها كالأذن لغيره في التجارة بمال لم يكن للسيد فيه ملك ونص عليه في الموطأ أن حكمه في ذلك حكم الانثى وروى ابن حبيب عن ابن دينار أن نكاح الولد المذكور بعد المهبة لا يمنع الاعتصار وقال لان الولد المذكور دخل في ما المخرج منه يده ودخلت الابنة فيما المخرج منه يدها غيرها ووجه قول عبد الملك ان حق الزوجة قد يتعلق بمال الزوج كما يتعلق حق الزوج بمال الزوجة بل يتعلق حق الزوجة بمال الزوج أقوى لما فيه من المداينة ولما يجب لها من النفقة والكسوة والسكنى في ماله فان كان نكاح الابنة يقطع الاعتصار فبأن يقطع نكاح الذكر أولى (مسألة) وينع الاعتصار مرض المعطى فان مات المعطى فروى عيسى عن ابن القاسم انه يمنع الاعتصار ورواه ابن حبيب عن مالك لا يعتصر مريض ولا يعتصر منه فأما المريض فانه لا يعتصر لانه يعتصر لغيره من الورثة وليسوا بأباء ولا يعتصر الا الأب وأما المريض فلا يعتصر لان حقوق الورثة قد تعلقت بماله كالأوتعلقت حقوق الغرماء بماله لا تمتنع الاعتصار (فرع) فان زال المرض فهل يعود الاعتصار رواه عيسى عن ابن القاسم يعود حكم الاعتصار بخلاف النكاح والدين قال أصبغ ما زال به الاعتصار من مرض أو غيره يوما واحدا فلا يعود بزواله وجه القول الأول ما احتج به مطرف من ان المرض لم يحدثه الولد والدين والنكاح بسببه فنزع ذلك أن يعود به الاعتصار ووجه آخر وهو ان المرض الذي يؤثر في الهبات انما هو المرض الذي يتصل بالموت وأما المرض الذي يتصل به البرء فلا تأثير له فيها ووجه القول الثاني ان الاعتصار اذا زال بسبب لم يعد بزواله كالنكاح والدين (مسألة) وتغير المهبة على وجهين في ذاتها وفي قيمتها فاذا تغيرت في قيمتها بتغير الأسواق لم يمنع ذلك الاعتصار قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ ووجه ذلك ان المهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا يتعلق له بها ولا تأثير له في صفتها فلم يمنع الاعتصار كنقلها من موضع الى آخر (مسألة) وأما تغيرها في عينها ونقصها فلا يمنع اعتصارها وقال أصبغ ذلك يمنع اعتصارها وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم ووجه قول مطرف ان نقص المهبة وزادتها لا يمنع الاعتصار كنقص القيمة ووجه القول الثاني أن تغير حال دمة المعطى يقطع الاعتصار فبأن يمنع تغير المهبة في نفسها أولى وأحرى (فرع)

واللاب أن يعتصر ما وهب ابنه وابنته من الدنانير والدراهم الآن يجعلها حلياً فليس له اعتصارها قاله
مالك ورواه سحنون عن ابن القاسم ووجه ذلك أن هذا التصير في الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة
والنقصان فيها (مسئلة) فإن كانت جارية فوطئها الابن فالذي قاله مالك وابن القاسم وأكثر
أصحابنا أن الوطئ يفسدها وإن كانت ثيباً ولم تحمّل وقال المغيرة لا يمنع الوطئ الاعتصار وبه قال ابن
الماجنون وقال ويوقف حتى تستبرأ فإن حملت بطل الاعتصار ووجه القول الأول أن الوطئ غير
مأبج من تمام ملكه ويكمل كأحد الشرطين يأن لأذن لشرطه في وطئ الجارية ووجه القول الثاني أن
وطئ المعطى لا يوجب الانتزاع كوطئ العبد إذا أعطاه إياه سيده (مسئلة) فإن خلاها الابن
وأتى الوطئ فإنه يمنع ذلك اعتصارها قاله يحيى بن عمر وفي كتاب الاستبراء من المدونة أن للاب أن
يعتصرها من ابنه الكبير ويستبرئ إذا غاب عنها ولم يذكر أنه أتى وطئاً والظاهر أنه لم يدعه والله
أعلم وأحكم ووجه ذلك أن ادعاء الوطئ مع إمكانه بالخلوة مؤثر في الحكم كالزوج يخلو بزوجته وتدعى
عليه الوطئ قال القاضي أبو محمد أو يكتب العبد وعلى هذا عندى يجب أن يكون العتق والتدبير
والاستيلاء وفوات العين بيع أو هبة وأما ما يكال أو يوزن أو يعد فقد قال القاضي أبو محمد أن خلطه
الابن بمنزله فلا يسيل للاب إلى اعتصاره قال لأن ذلك جرى مجرى اتلافه وذلك يمنع الرجوع فيه

﴿ القضاء في العمرى ﴾

﴿ القضاء في العمرى ﴾
* مالك عن ابن شهاب
عن أبي سامة بن عبد
الرحمن بن عوف عن جابر
ابن عبد الله الأنصاري أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال أيما رجل عمرى
عمرى له ولعقبه فأنها للذي
يعطاها لا ترجع إلى الذي
أعطاه أبداً لأنه أعطى
عطاء وقعت فيه الموارث

ص * مالك عن ابن شهاب عن أبي سامة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الأنصاري
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل عمرى له ولعقبه فأنها للذي يعطاها لا ترجع إلى
الذي أعطاه أبداً لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث * ش معنى العمرى هبة منافع الملك مدة
عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فسميت عمرى لتعلقها بالعمر وأما تناول الأعمار هبة المنافع
لا هبة الرقبة وقال النبي صلى الله عليه وسلم من عمر عمرى له ولعقبه فأنها للذي يعطاها يريد والله أعلم
أن ما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه ولا تبطل لعقبه بعد موته ولا ترجع بذلك إلى الذي أعطاه لأنه
أعطى عطاء وقعت فيه الموارث فوجب أن ينفذ عطيته على ما أعطاه من وجوب التوارث فيها
وإن تنقل المنافع إلى عقب المعطى بعد موته وهذا كل ما يرجع إلى المنافع ومتعلق به دون رقيقة الدار
لأن رقيبتها لم يعطها عطاء وقعت فيه الموارث ولا غيره ولا خرجت عن ملكه وفي معنى هذا الحديث
ثمانية أبواب * أحدها في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من
أحكامها * والباب الثاني فيمن يصح منه التحيس ومن يصح عليه وما يصح تحيسه * والباب الثالث
في دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده * والباب الرابع في معنى العقب والذرية والبنتين والمولى
* والباب الخامس في قسمة منافع العمرى * والباب السادس في استحقاق القسمة فيها بالولادة
وانتقاله بالموت * والباب السابع فيما يجوز من بيع العمرى والحبس * والباب الثامن في من
تمود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت العمرى ومن حبس عليهم

(الباب الأول في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها)
أثبت أن العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فقد سمي الملك
عمرى لجواز أن تعلق العمرى بمنافعه وقد روى ابن القاسم عن مالك من عمر رجل عمرى له
ولعقبه رجعت إلى صاحبها إن كان حياً أو إلى ورثته يوم مات إن كان ميتاً وقال أبو حنيفة

والشافعي يكون ملكاً للعمير ولعقبه بعده فان مات ولا عقب له فليبت المال ودليلنا من جهة القياس أن تعليق الملك بوقت معين يقتضي تعليق المنافع دون الرقبة لأن تعليق الملك لوقت ينتهي إليه يمنع ملك الرقبة للمالك رقبته بمجرد زيارته أو نزول المطر (مسئلة) اذ ثبت ذلك فان للعمير ألقاظا نحن نبينها ونذكر ما يقرب منها مما يخالفها وذلك اذا كان معنى العمري هبة المنافع دون الرقبة فان كان ما كان من الألقاظ يقتضي هذا المعنى فان حكمه في ذلك حكم العمري وان اختلفت في بعض الأحكام ومن ذلك أن يقول أسكنتك هذه الدار عمري أو وهبتك سكنها عمرك وفي المدونة عن ابن القاسم فحين قال أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت إلى صاحبها وكذلك لو قال هذه الدار لك ولعقبك سكني وفي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب اذا قال هي لك صدقة سكني فليس له الا سكنها صدقة دون الرقبة قال محمد حيانه (مسئلة) وأما اذا قال هذه الدار حبس علي فلان ولم يزد علي هذا فقد قال عبد الملك في المجموعة انها عمري وقال في الموازية هي حبس وروى ابن وهب عن مالك في الحبس على المعينين لها بمعنى العمري وقال في الموازية اختلف فيها قول ابن القاسم وترجع فيها قول مالك فوجه قول مالك انها عمري مما قدمناه من أن التحبيس انما يقتضي هبة المنافع فاذا قال علي فلان اقتضى ذلك اختصاص الهبة دون غيرها من وارث أو غيره وذلك يقتضي أنه انما وهبه المنافع دون مدة عمره وذلك بمعنى العمري ووجه القول الثاني ان لفظ التحبيس ظاهره يقتضي المنع من رجوع المنافع اليه لان معنى التحبيس أن تكون المنافع محبوسة على وجوه نص عليها أو آخر تعيينها واذا حبسها على فلان انصرفت اليه منافعها عمره فاذا انقضى عمره لم يرجع إلى الحبس لانه معنى يمنع ذلك (فرع) اذ ثبت ذلك فان كان الحبس حيا ففي كتاب ابن المواز عن مالك يسأل عما أراد من عمري أو حبس فيحمل على ذلك ويقبل قوله فيه فان مات قبل أن يسأل فقد اختار ابن المواز أن يعود ميراثا لو رثته ويجوز أن يجري في ذلك الخلاف المتقدم لانها مسئلة الخلاف التي قدمناها وانما قبل قوله لما احتقل الوجهين جميعا فكان هو أعلم بما أراد من ذلك فيحمل عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال دارى هذه حبس لا تباع ولا توهب ما عاش الحبس عليهم ففي كتاب ابن المواز عن مالك انه حبس مؤبد ووجه ذلك ان قوله لا تباع ولا توهب تصريح في تأييد التحبيس وان كان قد علقه بهذه لان العمري فيها (١) والبيع يقتضي ذلك التحبيس المؤبد لانه الذي يختص (٢) وقد قال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في مخرج قول مالك في ذلك فمنهم من قال انها على روايتين كقوله حبس فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها حبس والله أعلم وأحكم ولو قال دارى حبس علي فلان وولده فان كان ولده معينين مثل قوله دارى حبس علي فلان وبنه زيد وعمرو وخالد فهذه المسئلة المتقدمة وان قال مع ذلك وعلى من يحدث له بعد من ولد في المجموعة عن عبد الملك انها حبس لتعلقها بمجموعة وان لم يسم الأولاد في قوله هي حبس علي فلان وولده أو علي فلان وعقبه أو علي قوم غير معينين كبنى تميم أو قريش أو قال حبسا مؤبدا أو حبسا لا يباع قال ابن عبدوس عن سحنون فهو كمال لا يباع ولا يوهب أو حبسا صدقة على قوم معينين أو غير معينين فان هذا لم يختلف فيه قول مالك في أنه ترجع منافعه إلى الحبس عليهم كالأوقاف جعلت دارى مسجدا ووجه ذلك ان هذه تقتضي التأييد فحملت على مقتضاها وأما قوله حبسا صدقة فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون هي عمري ان لم يذكر عقبا ولا يمنع البيع وبه قال ابن كنانة وقال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في تصريح قول مالك

في ذلك فمنهم من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها ترجع
 حبسا (مسألة) ومن قال حبست هذه الدار ولم يزد على ذلك ولم يزد كرمطرف الحكم الى معين
 ولا غيره فانه يصح الحبس ويلزم قوله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافا للشافعي في أحد قوليه لا يصح
 ذلك وأما من قال دارى هذه عمرى فلا يلزمه شيء حتى يذكروا العمرى والفرق بينهما ان لفظ
 التحميس أكثر ما يستعمل على وجه القرية ولفظ العمرى لا يستعمل في القرية فأشبه الصدقة
 والهبة (مسألة) وأما لفظ التوقيف فقد قال القاضي أبو محمد ان لفظ التوقيف صريح في
 تأييد الحبس فلا يرجع ملكا أبدا لان مفهوم هذه اللفظة في العرف التبتل على وجه التأييد وتمليك
 المنافع على الدوام (مسألة) وأما لفظ الصدقة فان أراد به تمليك الرقبة فهو على ما أراد كالهبة وان
 أراد به معنى الحبس فان كان على معين ولم يقترب به ما يقتضى التأييد ففيه روايتان على ما تقدم
 في الحبس قال ذلك كله القاضي أبو محمد في معونته قال وذكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا
 في الذي يقول ملكى هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا انه يكون ملكا لآخر العقب
 من رجل أو امرأة تصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثرا أصحابنا يرونه حبسا وجه
 القول الأول ان لفظ الصدقة وان كان ظاهرة تمليك الرقبة الا انه لما علق ذلك بمعين وعقبه علم انه
 لا يصح أن يملكها الأول منهم لان ذلك يمنع عقبه من ملكها فاقضى ذلك تمليك الرقبة آخر العقب
 وهذا الذي حكاه الشافعي أبو محمد موجود في المذهب ففي الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن
 الرجل يقول دارى صدقة على فلان وولده ما عاشوا انها ترجع اذا انقضوا امر رجوع الاحباس
 وروى في الموازية أشهب عن مالك قال ان لم يبق من العقب الابنت ان لها بيع الدار وقال ابن
 القاسم وقدرى صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر أن عمر تصدق بماله يقال له نعم فقال
 يا رسول الله انى استفتيت مالا وهو عندى نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبي صلى الله عليه وسلم
 تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمره فتصدق به عمر فصدقته تلك في سبيل الله
 وفي الرقاب والمسكين والضيف وابن السبيل والذي القربى لا جناح على من وليه أن يأكل منه
 بالمعروف أو يؤد كل صديق فاستعمل لفظ الصدقة فيما معناه التحميس ووجه الرواية ان تعليق
 الصدقة بجماعة ينتقل اليه بعد انقراض بعض بنيه ان المراد بذلك الصدقة
 بالمنافع دون الرقبة لان الرقبة لا يصح فيها نقلها بالصدقة عن قوم الى قوم وانما يصح ذلك في المنافع
 وهذا معنى الحبس والله أعلم وأحكم (مسألة) وهذا الذي قاله اذا عرأ لفظ الصدقة عن لفظ
 التحميس فان اقترب به ما يقتضى تبديل الصدقة فهو على ذلك وان اقترب به من صفة المتصدق عليهم أو
 صفة الصدقة ما يقتضى التخيير فهو على ذلك واذا عرأ من ذلك فقد قال القاضي أبو محمد انها لا تكون
 بمعنى التحميس لان الصدقة ظاهرة تمليك الرقبة وانما تصرف الى المنافع (مسألة) اذا
 ثبت ذلك فان الحبس وما في معناه باى لفظ كان تبقى الرقبة على ملك الحبس وللشافعي ثلاثة أقوال
 أحدها مثل هذا والثاني ينتقل الى الموقوف عليهم والثالث ينتقل الى البارى تعالى والدليل على
 ما نقوله ومن جهة المعنى انه بدل المنافع فلا يخرج بذلك الرقبة عن ملك الباذل بالعارية
 ودليل ثان ان كل ما لا يصح عتقه فلا يجوز الملك عن رقبة ويبقى الملك على منافع كالحيوان
 والعروض

(الباب الثاني فمين يصح التحبيس منه ومن يصح التحبيس عليه وما يصح تحبيسه)
التحبيس في الأصل جائز يلزم في الحياة والموت ولا يفتقر الى حكم حاكم والمشهور عن أبي حنيفة انه لا يجوز ولا يلزم وأصحابه المتأخرون يحكون عنه انه جائز ولكن لا يلزم الا بأحد أمرين اما بحكم حاكم أو يوصى في مرضه أو يوقف بعد موته فيصح ويكون من ثلثه كالوصية الا أن يكون مسجداً أو سقاية فان ذلك يلزم ولا يفتقر الى حكم حاكم وهذه المسئلة التي كلف فيها أبو يوسف مال السكا في مجلس الرشيد فظهر عليه مالك وقال له هذه أوقاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم يشير الى الخبر المتواتر فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهبه أبي حنيفة وهذا فعل أهل الدين والعلم في الرجوع الى الحق حين ظهر وتبين ورأى أصحابه المتأخرون الاعتذار لقوله القديم لما قدمناه والدليل على ما نقوله مع ما قدمناه قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روى نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب أصاب بخيب برأضاً فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت أرضاً لم أصب مالاً فأتى نفسه منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست أصلها وتصدق بها فتصدق عمر انه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث بل في الفقراء والأقربى من الرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير مملوك به ودليلنا من جهة المعنى انه تحبيس عقار على وجه القربة فلم يفتقر الى وصية ولا حكم حاكم كالمسجد والمقبرة (مسئلة) اذ ائبت ذلك فان له في تحبيس الرباع واعمارها قولاً واحداً وهو الجواز وأما الحيوان والعروض ففي الموازية عن مالك انه كره الحبس في الحيوان وقد قال ابن القاسم في المجموعة من أعمرد ابنته أوداره أو عبيده في حياته جاز ويرجع بعد موته الى ورثته قال ابن القاسم في العتبية لم أسمع من مالك في تحبيس الثياب شيئاً ولا بأس به وقال أشهب ذلك جائز (فرع) اذ ائبت ذلك فان قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازماً لموافقة الشرع مع كونه من العقود اللازمة وان قلنا بكراهة ذلك ففيه روايتان احدهما الجواز والثانية اللزوم وقال القاضي أبو محمد ومن أصحابنا من قال في الخيل قولاً واحداً وانما الخلاف في غيرها وروى ابن المواز عن مالك انه كره الحبس في الحيوان فان وقع أمضاه وان أراد تغييره الى ما هو أفضل للعين وأحب الى الله تعالى فذلك له وقال أشهب الحبس في الحيوان لازم على ما شرط كالرباع وجهه اللزوم قول النبي صلى الله عليه وسلم ان خالد احبس أذراعه وأعبده في سبيل الله ومن جهة المعنى انه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار ووجه القول الثاني ان التحبيس يقتضي التأييد وذلك يختص بالعقار دون ما ينقل ويحول (مسئلة) ولا يصح أن يوقف الرجل ملكه على نفسه خلافاً لأبي يوسف والدليل على ذلك ان من ملك شيئاً بجهة من الجهات لم يصح أن ينقله الى غير تلك الجهة من ملكه كمالو وهب نفسه ماله وقال الشيخ أبو اسحق من حبس على نفسه وعلى جيرانه صح حبسه ودخل معهم وانما بردهما حبس على نفسه خاصة (مسئلة) ومن قال دارى هذه حبس أو موقوفه ولم يذكر وجهها تصرف اليه فان ذلك يحمل على المقصود باحباس تلك الجهة ووجه الحاجة فيها وقال ابن القاسم في العتبية يكون للفقراء أو المساكين قيل له انها بالاسكندرية قال يجتهد الامام في ذلك ووجهه انه عظم البلاد معظم حاجتها في اعطاء المساكين لانها أحد وجوه البر وأعمالها وأما النعور فربما كانت الحاجة الى ما يصرف في وجوه الجهاد كد فينظر في ذلك الامام فيصرف الاحباس المطلقة الى ما هو آكد

حاجته وأعم وقت عقد التحبب والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو حبس ذمي دارا على مسجد ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ورواه عن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت دينارا الى الكعبة أي جعل في الكعبة قال يرد اليها ووجه ذلك ان هذه أموال هي أظهر الأموال وأطيبها وأموال الكفار أبعد الأموال عن ذلك فيجب أن تنزه عنها المساجد (مسئلة) ولو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي ان يرد لانه قد صرف صدقته الى وجه معصية كالمصرفها الى شرب الخمر واعطائه أهل الفسق (مسئلة) روى عمر بن زياد عن مالك انه كره اخراج البنات من الحبس اذا زوجن وفي رواية ابن القاسم عنه ذلك من عمل الجاهلية ووجه ذلك ما تقدم من المنع من تفصيل بعض البنين بالعطاء لاسيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر واحتجت عائشة رضي الله عنها لذلك بقوله تعالى وقالوا ما في بطون هذه الانعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا (فرع) فان وقع ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك الشأن ان يبطل قال الشيخ أبو اسحق ومن أخرجهن عنه بطل تحببهم وكذلك من شرط ان من تزوجت منه بطل حقها الأنت يرد هاراد وينقص ذلك حتى يردا الى الفرائض قال ابن القاسم أرى ان فات ذلك ان يضمن على ما شرط وان كان حيا لم يجر عنه أن يرد ويدخل فيه البنات وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه وأنكر هذه الرواية لسحنون والخلاف في هذه المسئلة مبنى على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض قال ابن المواز وان نقص اذالم يأت الحبس عليهم وهم كبار فان أبوالم يفسخ وان كان حيا (الباب الثالث في دخول العقب مع المعطى)

الاصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم أعمار رجل أعمار عمرى له ولعقبه وذلك ان اعطاء المنافع في العمرى أو الحبس لا يخلو أن يكون لغير معينين أو لمعينين وغير معينين فأما غير المعينين فكمن قال أعمارت هذه الدار ولد فلان أو عقبه في الموازية والعتبية من حبس على ولده دارا فولده أو أولاد فانهم مع الآباء في حياة الأب وكذلك قال مالك في المجموعة وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك انه بمنزلة قوله ولدى وولد ولدى يبدأ بالآباء فيورثون وان فضل فضل كان لولد الولد قال عبد الملك كان مالك يؤثر الأهلين وكان المغيرة وغيره يسوون بينهم وهو أحب الي وقال عبد الملك عن أشهب لا يكون الاب أولى مع استواء الحاجة وجه القول الاول ما احتج به عبد الملك قال يقول الله تعالى بوصيكم الله في أولادكم فكان ولد الولد كالولد في ذلك ومن جهة المعنى أن اللفظ يتناولهم تناولا واحدا فوجب أن يتساووا ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز ان شأن الاحباس أن يؤثر أقربهم من الحبس وكان الاولى أن يحتج بالآية مالك وابن القاسم ان الآباء يبدون في الميراث قوله ولدى يتعدى الى ولد الولد وتام قوله هذا ان يقول القائلين في بعض أحكامه يقتضى انه اذا قال ولدى فان ذلك يتناول من يكون من ولده ما تناسلوا وكذلك اذا قال ولد ولدى وهو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم أعمار رجل أعمار عمرى له ولعقبه (مسئلة) وأما اذا قال قلنا يؤثر الأقرب في قوله ولدى فبأن يؤثر ههنا الأقرب أولى واذا قلنا قوله ولدى فقد تقدم وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فممن حبس على ولده وأعقابهم ثم بقي بنوه وبنو بنيه فانه يسوى بينهم مع استواء الحال (فرع) بين الاعلون فان ذلك تساوى حال في الحاجة يبدأ الاعلون ويعطى مفضل فان كانت الحاجة في ولد أو ثروا ويكون الأب معهم قاله ابن القاسم وعبد الملك

قال ابن الموارز قول ابن القاسم استحسان وقد قال مالك لا يدخل ولد الولد الا في الفضل وشأن الاحباس إيثارة الاقرب وكذلك هي جميعها وانما قال ابن القاسم يعطى الاب معهم فلتلا ينقطع سبب الاب وان كان غنيا ولو كانت الحاجة في الاب ولم يدخل معهم ولد الولد الا بعد غنى الاب (مسئلة) وأما اذا قال دارى هذه حبس على فلان ثم على ولده أو على فلان بعده ففي المجموعة عن عبد الملك فمين تصدق على ولده الذين هم أحياء ثم على أعقابهم فهو على قوله فاذا انقرضوا فعلى أعقابهم ولو قال وأعقابهم دخل العقب مع الاعلى ووجه ذلك ان ثم في العطف للترتيب فيقتضى ذلك ان يسد الأولون ولا يكون لمن بعدهم شئ الا بعد انقرضهم وأما الواو فهي للجمع فاقتضت التثنية والله أعلم (الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة)

قال مالك رواية ابن القاسم عنه في المجموعة ان العقب الولد ذكر أو أنثى وليس ولد البنات عقبا ذكر أو أنثى وقاله عبد الملك قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ويجمع ذلك ان كل ذكر أو أنثى أدلت به أنثى فليس بعقب وقاله ابن شهاب * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وأصل ذلك عندي ان عقب الرجل من انتسب اليه وولد البنات لا ينسبون اليه ولذلك لا يقال لعبد الله ابن عباس الهاشمي عبد الله بن الحارث الهلالي وان كانت أمه لبابة بنت الحارث الهلالية ومن كان أبوه من العرب وأمّه من الروم لا يقال له الرومي ولا ينتسب الى الروم (مسئلة) فأما الولد فانه اسم يتناول الولد وولد الولد الذكور ذكورهم والاناث اناتهم وقد قال مالك في المجموعة من حبس على ولده وولد ولده لم يدخل فيه ولد البنات لأنه من قوم آخرين لم يدخلوا في المواريث قال عبد الملك وابن كنانة فلذلك لا يدخلون في صدقة الجد في أمهم بهذا الاسم قال عبد الملك والصدقة على الولد والعقب سواء واحتج أشهب لذلك بقوله تعالى فان لم يكن له ولد ورثه أبواه فلا أمه الثلث ولا خلاف ان ولد الولد كالولد في رد الام الى السدس ولا تأثير في ذلك لولد البنات قال أبو عبد الله بن العطار هذا قول مالك وكانت الفتوى عندنا يريد بقرطبة ان ولد البنات يدخلون في ذلك وقضى به محمد بن اسحق بن السليم وبه يفتى أكثر من كان في زمانه قال وكذلك الاعقاب يدخل فيه ولد البنات الا في قوله بنى وبنى بنى وولدى وولدى أبين (مسئلة) وأما البنون فانه يتناول الولد وولد الولد ذكورهم واناتهم قال مالك ومن تصدق على بنيه وبنى بنيه فان بناته وبنات بنيه يدخلون في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم فمين حبس على بناته فان بناته وبنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه والذي عليه جماعة أجهابنا أن ولد البنت لا يدخلون في البنين وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للحسن ان ابني هذا لسيد فعلى سبيل المجاز والثناء عليه والاخبار بمحاسنه لا على معنى النسبة واطلاق اللفظ فاذا حبس على نسل فلان قال أبو عبد الله بن العطار انه كقوله ولد ولده على ما تقدم من خروج ولد البنات من ذلك في قول مالك ودخولهم على ظاهر لفظ الحبس (مسئلة) وأما الذرية فقد قال أبو عبد الله محمد بن العطار لا خلاف في دخول ولد البنات في ذلك لقول الله عز وجل ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف الى قوله وذكر ياء ويحيى وعيسى فجعل عيسى من ذرية ابراهيم وان لم يكن ولدا بن وانما هو ولد بنت (مسئلة) وأما الآل فهم الأهل قال ابن القاسم آله وأهله سواء وهم العصبات والاخوات والعلمات ولا يدخل في ذلك الخالات ومعنى ذلك عندي العصبية أو من كان في قعد دهن من النساء وقد قال مالك في من حبس على رجل وعلى أهله أو سقاهما من

حائطه فهلك ولد من ولد ذلك الرجل وولد له آخر فانه يدخل في ذلك الحبس وماروى عن مالك بن أنس أنه قال في قول المسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد أن آل محمد كل تبقى واحتج بقوله تعالى أدخلوا آل فرعون أشد العذاب فان ذلك يحمل عليه اللفظ بادلة اقترنت به صرفته عن ظاهره واطلاق اللفظ يقتضي ما قدمناه أولا وهذا المشهور من المذهب وقال الشيخ أبو اسحق ويدخل في الأهل من كان من جهة أحد الأبوين بسدوا أو قرى أو ولوا وقال على آباء دخل الآباء والأمهات والأجداد والجندات بسدوا أو قرى أو وكذلك العمومة قال الله عز وجل نسبدا لهلك واليه آباءك إبراهيم وإسماعيل وإسحق وقد اختلف في الأخوال والخالات والأختان أن يدخلوا وهذه المعاني إنما وردت على سبيل المجاز ومتقضى مذهب مالك حقائقها أو عرف استعمالها الغالب على حقائقها (مسئلة) وأما القرابة ففي الموازية والمجموعة عن مالك من أوصى بمال لا قار به انه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد * قال مالك في العتية ولا يدخل في ذلك ولد البنات وولد الخالات وروى ابن عبدوس عن ابن كنانة يدخل فيها الأعمام والمهات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت وروى على بن زياد عن مالك يدخل فيه أقارب من قبيل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة ان كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم فهو ذو قرابة وقد كرت ذلك في الاستيفاء مستوعبا والله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الموالى فقد قال مالك فيمن حبس على مواليه فان موالى مواليه يدخلون معهم وكذلك موالى ابنه وكذلك موالى أبيه وروى عنه وهب يدخل فيه أولاد مواليه وجه القول الأول انهم لا ينتسبون اليه ولا هم في قعد عصبته ووجه القول الثاني ان المهات والخالات يناسبونه الى أحد جدييه وذلك يقتضى القرابة ويلزمه على قوله في بنات الأخ أن يدخل في ذلك بنوا الخالة إلا أن يكون لجنبه الأب قرابة يدخل بها ولد النساء دون جنبه الأم لأن جنبه الأب في القرابة لها وجه إلا أنه لم يفسر ذلك تفسيراً يميز به القرابة من غيرها (مسئلة) ولو حبس على قومه أو قوم فلان فتد قال الشيخ أبو اسحق ذلك على الرجل خاصة من العتبة دون النساء واحتج على ذلك بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ففرق بين القوم والنساء قال زهير

وما أدري وسوف إخال أدري * أقوم آل حصن أم نساء

(مسئلة) فان قلنا انه يدخل في موالى أمه موالى بنيه وأبيه ففي المجموعة فيمن حبس على مواليه فانه يدخل فيه موالى ولد الولد والأجداد والأم والجددة والأخوة ولا يدخل فيه موالى بنى الأخوة والعمومة ولو أدخلت هؤلاء دخلت موالى القبيلة وجه هذا القول الأول ان من يعتق عليه بالتعصيب فان مواليه يدخلون في اطلاق لفظ موالى الحبس ومن لا يعتق عليه بذلك فأخواله لا يدخلون في اطلاق لفظ الموالى (فرع) فاذا قلنا يدخل فيه موالى هؤلاء ففي المجموعة انه يبدأ بالأقرب ويؤثر على الأبعد اذا استووا في الحاجة وان كان الأقرب غنياً أو ثرا محتاجاً الأبعد عليه وقاله مالك في العتية في موالى الأب والابن

(الباب الخامس في قسمة منافع العمرى والحبس)

فأما العمرى والحبس الذى تقدمه بناءً أنه اذا كان على معينين فانهم فيه بالسوية وقد قال في المجموعة ما حبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أو ثمر نخل فذلك بينهم بالسواء ولذكر مثل ما لا نرى قال

ابن القاسم في الموازية من حبس على قوم معينين دون تعقب فان حق الغائب منهم ثابت في السكنى
وحاضرهم وغائبهم سواء وقال ابن المواز وفقيرهم وغنيهم سواء وأما العمري والحبس على غير
معينين ففي المجموعة عن مالك من حبس على قوم وأعقابهم فانه يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة
والعيال والزمانة بقدر ما يراه من ولي ذلك وروى ابن المواز عن عبد الملك لا يفضل ذو الحاجة على
الغني في الحبس الا بشرط من الحبس ووجه القول الأول ان معنى الحبس القرية وايشار ذوى
الحاجة يقتضي القرية الا أن يصرف عن ظاهره بشرط والفرق بين هذا وبين الحبس المختص
بالمعينين على هذا القول ان من حبس على معينين فقد قصد استيفاءهم والمساواة بينهم واذا أفرغ غير
معينين وأضافهم الى معينين فقد علم انه لم يقصد الاستيعاب ولا المساواة لانه لا يمكن ذلك فيهم فكان
ذلك مقتضى حبسه والله أعلم وأحكم وجه قول عبد الملك ما احتج به من أن الحبس تصدق على ولده وهو
يعلم أن منهم الغني والمحتاج (فرع) اذ اثبت ايشار ذوى الحاجة في الموازية لابن القاسم عن مالك
فيمن حبس على الفقراء أو في سبيل الله وابن السبيل وذوى القربى وفي قرابته غني لا يعطى منه
ولكن ذوى الحاجة وفي المجموعة من حبس على قوم وعلى أعقابهم ان ذلك كالصدقة لا يعطى منه
الغني شيئاً ويعطى المتوسط بقدر حاله فان كان للأغنياء أولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم
ومعنى ذلك ما قدمناه من أن ظاهر الحبس ومقتضاه القرية وسد الخلة وذلك مختص بذوى الحاجة
وأما المسدد فهو الذي له كفاية ور بما ضاقت حاله بكثرة عياله وأما ولد الغني لا مال له فهو فقير واذا بلغ
صحح ما فلم يلزم الأب الانفاق عليه فهو من الفقراء وذوى الحاجة (فرع) واذا تساوى أهل الحبس
في الفقر أو الغنى أو اثر الأقرب ويعطى الفضل من يلية وان كان الأبعد غنياً أو اثر الفقير الأبعد ذكره
ابن عبدوس في المجموعة ووجه ذلك انه لما قصد بالحبس قرابته كان للقرية تأثير في الايشار الآن
تأثير ذوى الفقر والحاجة أكثر لانه مقصود الصدقات والأحباس وهذا اذا كان عدد الحبس
عليهم لا ينحصر ولا يفضل عن فقرائهم شيء فانه يصرف الى الأغنياء وقدر واه عيسى عن ابن
القاسم ووجه أن الحبس لا يختص بالفقراء ولذلك لا يجوز أن يحبس على رجل غني وانما يؤثر
الفقراء فان فضلت فضله جازى فيها الى من شرك الفقراء في معنى الحبس من الأغنياء (فرع)
والذكر والأنثى في الحبس سواء قال ابن حبيب وهو قول مالك وأصحابه الآن يكون بشرط
وجه ذلك ان لفظ التشريك يقتضي التسوية ولذلك قال الله تعالى في الاخوة للام فهم شركاء في
الثالث وسوى بين ذكورهم وانا منهم في ذلك الثالث (مسألة) واذا قسم الحبس بين أهل من
غلة وسكنى فليس على كثرة العدد وليبدأ بأهل الحاجة قال ابن كنانة في المجموعة ولو بدرالى سكنى
الحبس بعضهم فليس ذلك بالبدار ولكن المقدم أحوجهم وأقربهم من الحبس وروى عيسى عن
ابن القاسم ان تساوى الغني والحاجة فن سقى الى سكناهما منهم فهو أحق ولا يخرج لمن بقى وليس
على عددهم ولكن بقدر كثرة العيال وليس الأعزب في السكنى كالمأهل المعقب رواه عيسى عن
ابن القاسم فأما ان كان بعضهم غائباً والحاضر أولى منه بالسكنى لان الغائب لا يمكنه سكناه فكان
الحاضر أولى به لانه يمكنه الانتفاع به على الوجه الذي حبس عليه ومعنى ذلك أن المعاني المؤثرة في
التقديم الحاجة والقرابة والبدار والحاجة مقدمة فان تساوى في الحاجة والقرابة فن يادرالى السكنى
كان أحق به وفي معناه ان الحاضر أحق من الغائب لان الحاضر يادرالى السكنى قبله والاعتبار

في ذلك ابتداء السكنى والله أعلم (فرع) فإذا ثبت ان الحاضر أولى بالسكنى من الغائب فعناء أن ينسب قبل أن يسكن فانه اذا قدم لم يخرج له من قد سكن ولا يخرج أحد لأحد الا أن يخرج في سفر انقطاع ولو خرج مسافرا فعرض له بعض ما يعرض للناس من الأسفار كان له أن يكرى مسكنه الى أن يعود ولو انتقل اليه أحد من أهل الحبس رد الى منزله وأخرج من كان دخل فيه قاله مالك واذا سكن بعضهم لحاجته وخصوره فاستغنى وقدم الغائب فروى ابن القاسم عن مالك في المجموعة لم يخرج أحد منهم لقدم الغائب ولا الحاجة غيرهم من أهل الحبس والغائب والمسافر كالحاضر في ابتداء القسمة أو بعد ذلك (مسألة) ومن كان سكن من أهل الحبس مع أبيه فبلغ فان كان قويا يمكنه الانفراد عن أبيه فله مسكنه من الحبس وان لم يتزوج اذا ضاق عليه مسكن أبيه فأما من ضعف عن الانفراد فلا مسكن له الا أن يتزوج فن تزوج منهم فله حقه في المسكن وهذا في الذكور وأما الإناث فلا مسكن لهن وان بلغت لانهن في كفالة الأب قاله عبد الملك في المجموعة (مسألة) وأما الكراء والفلات من الثمر وغيره فان حق من انتجع أو غاب لا يسقط حقه من السكنى اذا لم يكن فيه فضل قاله ابن المواز وابن القاسم

(الباب السادس في استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت)

وذلك يكون على ضربين انتقال الى من هو من جملة من حبس عليهم وانتقال الى غيرهم فأما الانتقال الى الحبس أو المعسر عليهم فلا ينحلون أن يكون ذلك بلفظ الاشاعة أو الإيهام فان كان بلفظ الاشاعة فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فحين حبس دارا أو حائطاً على قوم فمات بعضهم فان ما كان للميت من ذلك راجع الى بقية أصحابه حتى ينقضوا وذلك في الاحباس كلها من غلة أو سكنى أو خدمة أو دار محبسة كان مر جمع ذلك الحبس الى صاحب الأصل أو غيره أو الى السبيل وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان ما لا ينقسم من دار أو عبد فنصيب الميت يرجع على أصحابه ونحوه روى ابن وهب عن مالك قال سحنون وكذلك روى عنه جميع الرواة وقاله المغيرة فيما ينقسم وما لا ينقسم الا ابن القاسم فانه أخذ يرجع مالك في هذا بعينه فقال يرجع على من بقى منهم فيما ينقسم وما لا ينقسم وجه القول الأول ان جميعهم في لفظ العمرى والحبس والتشريك بينهم فيه يقتضى أن يكون لمن يستحق الاسم ويتناوله حتى ينقضوا ووجه القول الثاني ان كونه مما ينقسم يقتضى اختصاص كل واحد منهم بحصته وذلك يمنع رجوع حصته الى اشرا كدو ويجب انقطاع حكم العمرى منها لموته (مسألة) اذا ثبت ذلك وراعي ما ينقسم فان مطرف قال عن مالك في المسكن ان جزء الحبس الدار بينهم فنصيب الميت راجع الى رب الدار وان جزؤها لم بينهم فنصيب الميت راجع الى أصحابه وقال سحنون ان هذا فيما لا ينقسم لان سكنناهم الدار سكنى واحد واختداهم العبد كذلك قال وقال عبد الملك وما كان من غلة تنقسم أودارت كترى أو عبيد مخارجين فان نصيب من مات منهم يرجع الى من اليه المرجع وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فحين حبس خادما على أهل بيت لم يدخل عليهم غيرهم أو على ناس مجتمعين حياتهم فان مات منهم أحد فنصيبه على من بقى ولو كان على رجلين متفرقين هذا على حدة وهذا على حدة فنصيب من مات للمحبس وفي المجموعة والموازية قال محمد وهذا على ما ذكرنا من التفسير الأول ولو جعل ذلك على أهل بيت واحد أو المجتمعين ونصيب كل واحد منهم روف فلا يرجع نصيب الميت على أصحابه ولو حبسه

على المتفرقين وجعل ذلك مشاعا كان نصيب من مات منهم لأصحابه قال سحنون في العتية اذا قال غلامي يتقدم فلانا يوما وفلانا يوما فانه قد قسم من مات منهم يرجع نصيبه الى أصحابه (مسئلة) اذا ثبت من اعادة القسمة فان ظاهر قول سحنون يقتضي من اعادة القسمة المعطى ذلك بينهم في نفس العطية وهو ظاهر قول مالك وقول ابن الماجشون يقتضي أن المراجع في ذلك أن تكون العطية مما ينقسم كالعبد الخارجين والغلة تنقسم والدار تكسرى وهو قول العراقيين من أصحابنا وروايتهم عن المذهب والله أعلم (فرع) فاذا قلنا باعتبار قيمة المعطى عند العطية فهذا احكامه اذ اباين (فرع) فاذا أبهم فقدر روى ابن المواز عن مالك انه على الاشاعة حتى يبين ووجه ذلك ان لفظ الابهام يقتضي الاشتراك والاشاعة تحمل عليه وأما اذا كان على وجه التعيين ومعناه أن يعين الخطوط فيسمى لكل واحد يومه معيناً ونصيباً يسمى أوسكنى معروفة فان نصيب من مات منهم يرجع الى صاحب المرجع ورواه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أن تعيينه وتعيين نصيبه يقتضي منع الاشتراك ويجعل حكم كل انسان منهم يختص به فاذا توفي استحق ما كان له صاحب المرجع (مسئلة) وهذا اذا كان التخصيص أو التعمير على معينين فان كان على غير معينين مثل أن يقول على فلان وعقبه أو على بنى تميم فهذا ان بقي منهم واحد أخذ جميع الغلة اذ لا منازع له في صفة التخصيص وقد قال ابن كنانة فممن حبس على امرأتين وعقبهما فمهما يرجع نصيب الميثة منهما على صاحب المرجع قال الشيخ أبو القاسم من حبس حبسا على رجلين حياتهما ما ثم لرجل بهدما في وجه آخر فان أحد الرجلين يرجع نصيبه ما على الآخر وقد قيل يرجع نصيب الميثة منهما في الوجه الثاني والله أعلم وأحكم (فصل) واذا كان الحبس حائطا فمات أحد من أهل الحبس فلا يخلو أن يموت قبل الابار أو بعده وقبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح وقبل القسمة أو بعد القسمة فان مات قبل الابار فقد قال مالك وأصحابه لاشئ له من الثمر ولا ورثته وان مات بعد الابار فقدر روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم لاشئ له ولا ورثته من الثمرة وهي لمن ولد بعد الابار وقبل بدو الصلاح وقال أشهب هي لورثته من مات بعد الابار ومن مات قبل الابار فلا شئ له منها ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وفي المعمر يموت وفي الحائط ثمرة قد أبرت انما لورثته ووجه القول الاول انه يتعلق بالثمرة مع بقاء الرقبة على ملك صاحبها فوجب أن يتعلق بدو الصلاح كالزكاة لان من كان من الحبس ذلك الوقت جاز له الانتفاع بأكلها رطباً لانه انتفاع مقصود فلولاً استحقاقه للثمرة لمنع الانتفاع بها ووجه قول أشهب انها عطية فوجب بالابار كالصدقة المبتلة فقد قال مالك وابن القاسم يستحق فيها بالابار فكذلك هذا (مسئلة) وأما بعد بدو الصلاح وقبل القسمة فالذي ذهب اليه مالك وابن القاسم ان من مات منهم بعد بدو الصلاح فنصيبه لورثته ومن ولد بعد بدو الصلاح فلا شئ له من تلك الثمرة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فممن حبس على ولد فلان فان الغلة تنقسم على من كان حياً أو مولوداً يوم تقسم الثمرة وفي المجموعة عن ابن كنانة فممن حبس على قبيلة انه ان مات بعضهم بعد طيب الثمرة وقبل القسمة فلا حق له ومن ولد قبل القسم قسم له وأما ان حبس على قوم معينين مسهين باسمائهم ممن أدرك طيب الثمرة فحقها ثابت ووجه القول الأول ما قدمناه ووجه قول ابن كنانة أن الانتفاع بالغلة انما يكون بعد القسمة والاحباس موضوعة على انها تستحق بالمكان الانتفاع كالسكنى (فرق) والفرق بين الصدقة والحبس على قول مالك وابن القاسم ان الصدقة

أقوى لأنهما معينة ومتعلقة بمعينين وأما ما كان على وجه الحبس وتميز من يستحق الثمرة فأنما يكون بعد بدو الصلاح لانه وقت الانتفاع بها والانتجاع لها (مسئلة) ولو كانت أرضا فخرها ثم مات فزها بخير ان شاء أعطى الورثة كراء الحرت أو سلمها اليهم بكرائها تلك السنة ولو مات وفيها زرع فلو رثة الزارع ولا كراء عليهم

(الباب السابع في بيع العمرى والحبس)

أصل ذلك ان عقد العمرى والحبس عقد لازم لانه هبة للمنافع بالعمرى والحبس يكون على ضربين أحدهما على غير موجود عند التحبس والثاني على موجود فاما ان كان على موجود مثل أن يعمر زيدا أو يعمره وعقبه أو يحبس على زيدا أو عليه وعلى عقبه واحد من أعمر أو حبس عليه موجود عند العمرى فقد امتنع البيع بنفس العقد فان كان جميعهم غير موجودين مثل أن يحبس على ولده ثم هو في سبيل الله فله أن يبيع ما لم يولد فاذا ولد له فلا يجوز له البيع قال ابن القاسم ليس له أن يرجع حتى يؤيس له من الولد ولو أجزت له هذا لأجزت له أن يبيع إذا كان له ولد ثم ماتوا ولم ينتظر أن يولد له غيرهم قال ابن الماجشون بل هو حبس وجه قول مالك ان الحبس لم يتعلق به قبول أحد فيلزم سببه ورعاً من ذكر فيه لا يخاف فاذا ولد له فقد تعلق حتى المولود به فلم يجز له بيعه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحبس متوجه الى من يصح وجوده ويتوقع لزوم حقه وعلى ذلك عقد الحبس فليس له نقضه ما لم يؤيس من وجود الحبس عليه لان ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم فاذا يؤيس منه علم ان الحبس لم ينفذ بصره الى من قد ظهر انه لا يوجد ولا يثبت له حق ووجه قول عبد الملك ان عقد الحبس عقد لازم وان لم يذكر من حبس عليه فلو قال حائطي حبس للزوم وأكثر ما في قوله حائطي حبس على ولدي ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر كراء الحبس عليه وذلك لازم ويوجب تصرفه الى من قررت الشرع ردها اليه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فقد قال فيمن قال صدقتي هذه على ولدي ولا ولد له فهي حبس تخرج عن يده الى يد ثقتي ثم مات بعد ذلك حبس فان مات قبل أن يولد له رجعت هي وغلتها الى أولى الناس بالحبس يوم حبسها ووجه ذلك انه لما كان عقد الحبس لازماً وقد تعلق بمن لا يجوز له لزوم إخراجه من يده ليصح الخو ز فيه فان حدث له بعد ذلك ولد رد اليه لانه يصح خو ز له وقال غير ابن الماجشون ولا يضر ذلك من مرجه اليه لان الخو ز قد تم فيه (مسئلة) اذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود ثم وجد فقد لازم على قول مالك وليس له بيعه ولا الرجوع فيه فان باعه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ فيمن حبس على ولده الصغار أو الكبار ثم مر بعدهم على المساكين ثم تعدى فباعه بمقايضة أو بعد طول زمان كان البيع منقوضاً ويرد الى الحبس ولا ينظر الى تواني هؤلاء في قبضه لانها بعدهم على المساكين فان أعدهم بالثمن اتبع به ووجه ذلك ان عقد الحبس لازم فلا يجز له عن مقتضاه تعدى الحبس فيه ويجب نقض بيعه ويتبع بالثمن في ذمته كما لو استحقه أجنبي لان ما باعه قد استحق عليه (مسئلة) ومن بنى مسجداً في قرية ثم صلى فيه ثم باعه أو تصدق به على من عدهم وبناه داراً فليفسخ ذلك ويرد الى ما كان عليه من الحبس لان المسجد لله لا يباع ولا يغير قاله مطرف ومعنى ذلك ان المسجد من جملة الاحباس اللازمة قبل هي أو كدها لانها خالصة لله تعالى ومضافة اليه لقوله تعالى ومن أعظم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها وأما قول مطرف من بنى مسجداً يريد على الصورة المختصة بالمساجد قال ثم عدهم المتباع وبناه داراً يريد انه نقله الى صورة الدور وقوله

لم يرد بعد الفسخ الى ما كان عليه يقتضى عندي ان للمسجد بنيانا مخصوصا يمنع من يريه التملك من بنيانه ويمنع من تملكه من استدامة تملكه على هذه الصورة ويمنع من أراد بنيان المساجد من أن يعدل عنها لما في ذلك من السيئة وللذريعة الى تملك المساجد وترك تعظيمها والله أعلم وأحكم (فرع) وقوله من بنى مسجدا في قرية ثم صلى فيه يريه ابا جح من صلى فيه فان ذلك مما يلزم به تعميمه وان كان لم يلفظ بالتعميم ولو تلفظ به للزمه ذلك وظاهر قول مطرف وهو معنى ما في المدونة انه لا يلزمه مجرد البنيان وفي هذا عندي نظرو قد كان يجب أن يلزم لجرد البنيان لانه لا تتم الحيازة فيه الا بالاحتة واقام الصلاة فيه قال أصبغ أبو اسحق اذا خلى بين الناس وبينه فهو ماض ولا يحتاج الى أن يجعل يسد قبحه سواء كان باب المسجد داخل باب داره يعلق عليه أو خارج الباب ويحتمل أن يقال لا يلزم بمجرد اللسان لمن جوز أن يبني مثل هذا البنيان في داره مسجد لنفسه وأهله فلا يكون بذلك حبا لله والله أعلم وأحكم (فرع) وما كان في المساجد من بيت الماء أو بيت الزيت وحصره وآلته فان ذلك تبع له وكذلك سلاله وتناديله وبنيانه وجدوده ما انكسر منها ردا ليه (مسألة) ومن حبس حبسا وعليه دين قبل الحبس واستحدث ديناً بعد الحبس فقام أهل الدين قال سحنون قد قيل يباع منها للدين القديم ويدخل معهم أهل الدين الثاني ولا يباع منها غير ذلك وقد قيل اذا دخل معهم الآخرون يبيع للآخرين بقدر ما انتقصهم الآخرون ثم يدخل عليهم الآخرون وهكذا أبدا حتى يستوفوا أو يفرغ الحبس وكذلك لأصحابنا قولان (مسألة) ولو كان رجلان حبس على كل واحد منهما حبس منفرد لم يجز لهما أن يتناقلا وهو كالبيع رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة ووجه ذلك انه عقد لازم فلم يصح فيه المبايعة والمناقلة نوع من البيع والله أعلم وأحكم (مسألة) ولو كانت أرضا محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها فارادوا أن يوسعوا ويدفنوا بجانبها مسجد فارادوا أن يدفنوا فيه ميتا فلا بأس بذلك وذلك حبس كله قاله ابن الماجشون وقال أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت فلا بأس أن يبني فيها مسجد وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض ووجه ذلك ما أشار اليه من أنه اذا كان الحبس لله تعالى لا يتعلق به حق لغيره فلا بأس ببعضه الى بعض على الوجه الذي ذكره من نقل المقبرة الى المسجد ويدفن الميت في المسجد على سبيل التوسيع فاما ما كان للمخلوقين من الحقوق فلا يصح لانه من باب البيع لانه ينقل منفعة أحد الحبسين من مالك الى مالك غيره وفي مسئلتنا لا ينقل من مالك الى مالك وإنما ينقل من وجه منفعة الى وجه آخر وهو كله لله تعالى (مسألة) واذا كانت الدور المحبسة حول المسجد واحتاج المسجد الى سعة فلا بأس أن يشتري دورا الحبس ليوسع بها المسجد والطريق لانه نفع عام أعم من نفع الدار المحبسة قاله ابن حبيب عن مالك قال ابن الماجشون وذلك عندي في مثل جوامع الأمصار دون مساجد القبائل وقاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه قول ابن الماجشون ومن معه أن الاحباس انما تغير الى المنافع العامة دون الخاصة وذلك في مثل الجوامع وأما مساجد القبائل فانها خاصة ويصح أن يكون في البلد الواحد منها كثير حتى ضاق مسجد بني بالقرب منه مسجد يتسع فيه ولا يصح ذلك في الجوامع وأما على تجوز مالك ذلك في الطريق فيصح ذلك في مساجد القبائل وغيرها (مسألة) وعقد الحبس لازم مؤبد فلا يجوز بيع شيء من الاحباس خلافا لابن حنبل في تجوز ذلك ورواه ابن وهب عن ربيعة والدليل على ما نقوله ما احتج به مالك فانه قال وبقاء احباس السلف دائرة دليل على منع ذلك ودليل آخر وهو ان لا ينقل الحبس عن مقتضاه اذا لم تخرب فانه لا ينقله عن مقتضاه وان خرب كالتصميم

(مسئلة) ومن كان له حائط وفيه نخل قد حبست بمائها فغلبت عليها الرمال حتى أبطلت وفي مائها فضل فقد قال مالك في الموازية وغيرها لا يباع فضل ذلك الماء وليدعه بحاله وان غلبت عليها الرمال وروى ابن القاسم عن مالك لا تباع الدار المحبسة وان خربت وصارت عرصه وقد قال في الموازية ما خرب من الحبس وانتقل الى أهل تلك الناحية وبطل الموضع وأراد أهله بيعه والانتفاع بثمنه بما هو أفضل منه انه لا يجوز في الرباع بما قال الشيخ أبو اسحق ولا يناقل الوقف وان خرب ما حواله وقد عود العمارة بعد الخراب (فرع) قال الشيخ أبو اسحق لا يباع بعض الوقف ومن أحبا بنان من يرى بيعه وليست أقول به (مسئلة) وهذا في الرباع والأصول الثابتة التي لا تنقل ولا يتحول فاما ما ينقل كالحيوان والثياب فقد قال مالك في المجموعة في الفرس المحبس يضعف فلا يبقى فيه قوة للغز ولا بأس ببيعه ويجعل ثمنه في آخر قال ابن القاسم وان لم يبلغ شورك به والثياب تباع ان لم يبق فيها منفعة ويشتري بثمنها ما ينتفع به وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك ولو كان غير هذا لبطلت الاحباس وجه القول الأول ان هذا فساد بين من صلاحه ولا ترجى عودته الى ما كان عليه وليست كذلك الرباع فانها تعمر بعد الخراب فلذلك لم يجز بيعها ووجه قول ابن الماجشون ان هذا حبس فلم يجز بيعه لعدم الانتفاع به كالرباع (مسئلة) واذا حبس الرجل جزءا مشاعا من دار أو حائط وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع فقال ابن الماجشون ان كان ينقسم بقاسم فواقع للحبس كان حبسا ووجه ذلك ان الحبس اذا حبس جزءا مما لا ينقسم قد كان حق شريكه ان أراد البيع أن يبيع معه فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتعيسه (فرع) واذا بيع الحبس بما ذكرناه أولان السلطان اشترى ذلك فأدخله في موضع أو مسجد فقد قال مالك وابن القاسم يشتري به دور مكاتبهم غير أن يقضى به عليهم وقال عبد الملك يقضى ولو استحق الحبس فأخذ ثمنه فليصنع به الحبس ماشاء وجه القول الأول انه معنى أو جب اخراج ما حبس عن الحبس والرجوع بثمنه فلم يوجب شراء مثله بذلك الثمن كالأستحقاق ووجه قول ابن الماجشون ان الحبس اذا حبس ما يملك فقد تعلق حق الحبس بتلك العين على التزوم فاذا وجب اخراج عن ذلك الوجه من الحبس والحبس جله لزم أن يجعل ثمنه في بدله لان التعيس حق لازم وكذلك الاستحقاق فان الاستحقاق قديين ان الحبس لم يتعلق بتلك العين لان الحبس حبس ما يملك فلم يتعلق به الحبس (مسئلة) وأما العمري فانه يجوز للعمري أن يشتري به مرجع الدار المعمرة وفي العقبية من سماع ابن القاسم فحين حبس داره على ولده وابن أخيه حياتهم ما انه يجوز للحبس أن يشتري من ابن أخيه مرجعها لانها عمري (الباب الثامن فحين تعود اليه منافع العمري والحبس بعد موت المعمر والحبس عليهم) فأما العمري والحبس مما حكمه حكم العمري فانها تعود الى صاحبها الأصلي ان كان حيا فان كان ميتا فالى ورثته يوم مات لانه لم يخرج عن ملكه اخراجا مؤبدا وانما أخرجه اخراجا مؤقتا كالأجارة وقد قال مالك في العقبية من سماع ابن القاسم عنه فحين أعمر دارا أو خادما لفلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل مرجعها اليه ولا الى وجه ذكره فانها ترجع اليه كما لو اشترطه ووجه ذلك ان منافعه لم يملكها مؤبدا وانما أخرج منها شيئا مؤقتا على غير لفظ القرية التي تقتضي التأيد فبقى الباقي على ملكه (مسئلة) ومن ذلك صدقة على رجل حياته أو على قوم حياتهم فقد قال عبد الملك ترجع الى ربها ملكا والى ورثته ميراثا قال ابن القاسم وكذلك لو أسكن رجلا حياته وأما الحبس المؤبد الذي لم يجعل له مرجع فقد قال مالك يرجع الى أولى الناس ممن حبسه حبسا عليهم ووجه ذلك انه لما انقضى

التأييد لم يرجع عليه قال ابن كنانة لانه رجوع في الصدقة ولم يكن له وجه معين يرجع اليه فرجع الى
أحق الناس بالحبس وذلك أول وجه ينصرف اليه لما يجتمع فيه من الصلة وسدخلة الفقراء وقد
روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن تصدق بسهم من حائط على مواليه وعلى أولادهم فانقرضوا
فأحب الى أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثا ونقل مثله فيمن حبس
غلاما على رجل وعقبه لا يباع ولا يوهب فهلك الرجل ولم يترك عقبا يسلك به في سبيل الخير موقوفا
(فرع) اذا قلنا انها ترجع الى أولى الناس به يوم المرجع قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم فلما
رجع ميراثا روي فيه ورثته يوم مات وأما ما يرجع حبسا فلا ولاهم به يوم يرجع ووجه ذلك ان ما يرجع
ملكك اليه أو الى ورثته ملكك عليه تام باق لانه انما وهبه منفعته مدة مؤقتة فاذا مات ورثه عنه ورثته
وأما ما خرج عنه على وجه الحبس فقد زال بملكه عن جميع منافعه على التأييد فلا رجوع له
اليه وانما يرجع على وجه الحبس الى من يستحق ذلك يوم المرجع لانها منافع لا تورث عنه وانما تؤخذ
عنه على وجه الحبس فليأخذها من يستحقها به انقرض المحبس عليهم المسمين في الحبس كما لو جعل
لها من جملتها الحبس لم يستحقها من أهل المرجع الا من كان باقيا يوم المرجع دون من انقرض أو من
يأتي والله أعلم (فرع) ومن القرابة الذين يرجع اليهم الحبس قال ابن القاسم عن مالك في العتبية
اذا انقرض من حبس عليهم رجوع الى عصبه الحبس في السكنى والغلة وقال عيسى عن ابن القاسم
يرجع الى أولى الناس به من ولد وعصبه وقاله مالك في الموازية (فرع) اذا ثبت أنه يرجع الى العصبه
من الرجال فهل للنساء مدخل في ذلك قال مالك في الموازية يرجع الى أولى الناس بالحبس حبسا
عليهم رجالا كانوا أو نساء وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يرجع الى عصبه الحبس قيل له انه
ابنة واحدة قال ليس النساء عصبة انما يرجع الى الرجل وقار أصبغ هي كالعصبه لانها لو كانت رجلا
لكانت عصبه وأرى ذلك كله لها وجه القول الاول أن الحبس انما ينصرف اليهم على وجه الصلة
وسدخلة القرابة والبنات من أحق الناس بذلك ووجه القول الثاني انها ليست بعصبه على الانفراد
فلم تستحق شيئا من ذلك بالقرابة كاخالة (فرع) فاذا قلنا ان النساء في ذلك مدخل فقد قال مالك
في الموازية كل امرأ لو كانت رجلا كان عصبه للمحبس فهي ممن يرجع اليه الحبس ولا يدخل فيه
بنو الأخوات ولا بنو البنات ولا زوج ولا زوجة قال ابن القاسم انما يدخل من النساء مثل العمت
والجدات والأخوات للاب أو للاب والام وبنات الأخ ولا يدخل الأخوات للام ذكرا أو أنثى
وتدخل الام وروى أشهب عن مالك لا تدخل الأم وقال عبد الملك لا يدخل فيه من النساء الا من يرثه
وهو من حرم نسبه كالبنات وبنات الأبناء والأخوات وأما الام فلا تدخل فيه لانها ليست من حرم نفسه
وأما العمت وبنات العم وبنات الاخ فلا مدخل لهن فيه وفي العتبية من رواية سخنون عن ابن
القاسم أن الحبس انما يرجع من النساء الى من يرثه دون من لا يرثه من عمه وخالة ونحوهما وجه قول
مالك أن مكانهن مكان التعصيب والنساء مدخل في مرجع الحبس فلما كان الرجال يدخلون فيه
بالتعصيب وكان للنساء فيه مدخل ولا تعصيب لهن اعتبر فيه تعدد التعصيب ووجه قول ابن الماجشون
أن من لا مدخل له في الميراث فلا مدخل له في مرجع الحبس كالأب وأما الام فان ابن القاسم أدخلها
في مرجع الحبس على ما تقدم من أصله لان موضعها موضع الاب ومنع من ذلك أشهب في روايته عن
مالك لانه لا يتصور فيها أن يكون رجلا بخلاف بنات الاخ والعمات (مسألة) وسواء كان أهل
المرجع ذكورا أو أنثى قاله مالك في الموازية فان كان أخا أو أختا فهو بينهما بالسواء كان كان قد شرط

في حبسه لذلك كرمثل حظ الانثيين قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك انه راجع اليهن بمعنى التثريك في الحبس لاعلى معنى التوارث (مسئلة) فان كان أهل المرجع بنات وعصبة فهو بينهم ان كان فيه سعة والا فالبنات أولى من العصبة ويدخل مع البنات الأم والجدة للاب دون الزوجة والجدة للام قاله ابن حبيب عن ابن القاسم قال وان رجعت الى اخوة دخل معهم الاخوات وان رجعت الى اعمام دخل معهم العمات وان رجعت الى بنى أخ دخل معهم بنات الاخ وان رجعت الى بنى عم دخل بنات العم وان رجعت الى ولد المولى المنعم دخل معهم بنات المولى المنعم وكذلك في العصبة الا قرب فالأقرب فان كانوا واليه فهم عصبة ان لم يكن ثم عصبة أقرب منهم وفي العتية من سماع ابن القاسم يدخل النساء مع العصبة في السكنى والغلة ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم انه سمع مكحول الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري وما يقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا * قال يحيى وسمعت مالكا يقول وعلى ذلك الأمر عندنا ان العمري ترجع الى الذي أعرها اذا لم يقل هي لك ولعقبك * ش يحتمل أن يكون مكحول انما سأل القاسم بن محمد عن العمري لما بلغه فيها من اختلاف الناس ويحتمل أن يسأله عن مالكا أشكل عليه حكمها وان لم يبلغه فيها قول لمن يعتبر بقوله فأراد أن يعلم ما عند القاسم من ذلك ليأخذ به أو لينظر فيه وقوله عن العمري وما يقول الناس فيها يحتمل أن يسأله العمري ويعاينه بقول الناس فيها وسأله عما يختار الناس من ذلك ويحتمل أن يريد ان يسأله عن العمري وعما عنده من قول الناس الذين لقيهم القاسم أو بلغه قولهم فيها ولذلك أجابه القاسم بما عنده من أقوال الناس فقال ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم والظاهر انه أجابه على حسب سؤاله ولو كان سأل عن الحكم خاصة لأجابه بما عنده في ذلك

(فصل) وقوله ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم في أموالهم معناه ان المعمر لما شرط استيفاء الرقبة وافراد المنافع بالهبة مدة مقدرة بعمر المعطي أو بعمره وعمر عقبه كان شرطه تاما وكانت عطيته على ما شرط لا تجاوز ذلك وقدين ذلك مالكا بقوله ان الامر عندنا على ذلك يريد ان الحكم جار عندهم يريد علماء المدينة بأن العمري ترجع الى الذي أعرها بريد بعد استيفاء منافعها الموعودة منها لان العطية انما تملك بالمنافع خاصة لما تقدم من لفظ العمري الذي يقتضي التوقيت

(فصل) وقوله اذا لم يقل هي لك ولعقبك فاذا قال هي لك ولعقبك فان جواب ابن القاسم وتفسير مالكا غير متناول لهذا اللفظ فيجب أن ينظر في حكمه وفي الموازنة من قال دارى عنه فلان ولعقبه فليس له أن يستملكها ولا يقطع منفعتها عن عقبه وله غلتها ومنافعها دون ضمان عليه في شيء من ذلك قال محمد لانها دار ولو كانت مالا أو شيئا يغاب عليه لضم وجه ذلك ان قوله دارى عنه فلان ولعقبه يقتضي التملك لان ظاهرا ضافته اليه يقتضي التملك وقوله فلان أو فلان وعقبه يقتضي أيضا تملك الرقبة لتضمنه التأيد ولو اقرن به ما يدل على المنافع من قوله عمري أو سكنى يحتمل على المنافع أو وقت ذلك بمن فقال هي فلان حياته ولعقبه ما كان منه حتى يحتمل على المنافع لان ملك الرقبة لا يتوقت (مسئلة) وأما التعقيب فلا يمنع تملك الرقبة بمجرد لان يقتضي التثريك في المنافع بين أهل العطية ليحل ملك الرقبة الى آخرهم ولو ملك أولهم الرقبة لجاز أن يفوتها لان ذلك فائدة ملكها فلا تصل الى آخرهم ولكنها كلما صارت بيد انسان بقيت عنده هي اعادة فان جاء من يستحقها بعده علم أنه ليس هو الذي ملك الرقبة وان لم يأت من يستحقها بعده بأن تكون امرأ فلا

* مالك عن يحيى بن سعيد
عن عبد الرحمن بن القاسم
انه سمع مكحول الدمشقي
يسأل القاسم بن محمد عن
العمري وما يقول الناس
فيها فقال القاسم بن محمد
ما أدركت الناس الا وهم
على شروطهم في أموالهم
وفيما أعطوا * قال يحيى
سمعت مالكا يقول وعلى
ذلك الأمر عندنا ان
العمري ترجع الى الذي
أعرها اذا لم يقل هي لك
ولعقبك

يكون ولد هامن العقب أو يكون من الرجال قد بلغ الى حد سن اليأس من أن يولد له كالمحبوب ونحوه
فبين بذلك انه هو الذي قصد بالتعليك فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره ص ﴿ مالک عن نافع
ان عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب
ما عاشت فاما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى انه له ﴿ ش قوله ان عبد الله بن
عمر ورث من حفصة دارها يريد انه ورثها وانتقلت اليه عنها بالميراث وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد
ابن الخطاب تلك الدار ما عاشت وهذا معنى العمري فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله الدار يريد
بمعنى الميراث الذي تقدم ذكره لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت فرأى عبد الله بن عمر انه قد انقطع
بذلك حكم العمري فان مات تقدم فيها من العمري لم يخرجها عن ملك موروثه ولا منعه من ملكه
بالميراث عن حفصة وهذا مذهب مالک رحمه الله وقول جماعة من أصحابه فان سلمه من يخالف ذلك قسنا
عليه ما كان عمرى للعطى ولعقبه وولته عليه لأن لفظ العمري فيه وفي عقبه سواء فاذا لم يملك
بالعمري لمعين فكذلك لا يملك بالعمري له ولعقبه وان لم يسلموا فهو تفسير حديث النبي صلى الله
عليه وسلم ومبين لعنايه ومقرر لحجة مالک فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

ص ﴿ مالک عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد بن مولى المنبث عن زيد بن خالد الجهني انه قال
جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها
سنة فان جاء صاحبها والافسأ نك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال
فضالة الابل فقال مالک ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها رباها ﴿ ش
قوله جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة يحتمل أن يكون سأله عن جواز
أخذها ويحتمل أن يكون سأله عن حكمها وما يلزم فيها وما يجوز لمن أخذها فأما جواز أخذها
فقدر وى نافع عن ابن عمر أنه كان يمر باللقطة فلا يأخذها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالک
انه قال لأحب أن يأخذها من وجدها الآن يكون لها قدر وقال في موضع آخر أولدى رحمه وأما
الشيء الذي له بال فأرى له أخذها ورى عنه أشهب أما الدنانير وثنى له بال فأحب الى أن يأخذها وليس
كالدرهم ومالا بال له لأحب له أن يأخذ الدرهم ومعنى ذلك ان الشيء الكثير الذي له بال يخاف
عليه الضياع ان تركه فأخذها على وجه التعريف به والحفظ له الى أن يجده صاحبها من أعمال البر وأما
الشيء اليسير فانه في الاغلب يؤمن عليه فان من يجده لا يسرع اليه وبقاؤه مكانه أقرب الى أن يعود
صاحبه فيجده ولو أخذها الملتقط لتكف من تعريفه ما عليه فيه مشقة ورماضيع ذلك لقلته
اللقطة وتفاهاها وان العادة جارية بان من سمع خبرها لا يكاد أن يبلغه ولا يتحدث بخبره بخلاف اللقطة
التي لها بال فان العادة جارية بان من سمع خبرها غفلة تحدث به حتى يصل خبرها الى صاحبها وأما من
التقط مثل المخلاة أو الدلو أو الحبل أو شبه ذلك فقد قال مالک في العتبية ان كان في طريق وضع ذلك
في أقرب الاماكن اليه يعرف به وان كان في مدينة فليمتنع به ويعرفه وأحب الى أن تصدق به فان جاء
صاحبه أذاه اليه وفي سماع أشهب فيمن وجد العصا أو السوط قال لا يأخذها فان أخذها عرفه فان لم
يعرفه أرجو أن يكون خفيقا ولو وجد بقريه عرف بها فان عرفت والا تصدق بها وضمن قيمتها رباها
ومعنى ذلك انه اذا كان بطريق وضع ذلك في أقرب الاماكن اليه يعرف به لأن ذلك هو الموضع

﴿ مالک عن نافع ان عبد الله
ابن عمر ورث من حفصة
بنت عمر دارها قال فكانت
حفصة قد أسكنت بنت
زيد بن الخطاب ما عاشت
فلما توفيت بنت زيد قبض
عبد الله بن عمر المسكن
ورأى انه له

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

﴿ مالک عن ربيعة بن
أبي عبد الرحمن عن زيد
بن مولى المنبث عن زيد بن
خالد الجهني انه قال جاء رجل
الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسأله عن اللقطة
فقال اعرف عفاصها
ووكاءها ثم عرفها سنة فان
جاء صاحبها والافسأ نك
بها قال فضالة الغنم يا رسول
الله قال هي لك أو لأخيك
أو للذئب قال فضالة الابل
قال مالک ولها معها سقاؤها
وحذاؤها ترد الماء وتأكل
الشجر حتى يلقاها رباها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاها قال ابن القاسم العفاص الخرقه والخريطة والوكاء الخيط الذي تربط به وقال عمر بن عيسى الأعشى وعن أشهب في النوادر العفاص والرباط والوكاء ما فيه اللقطة من خرقه أو غيرها والذي قاله ابن القاسم أصح لان الوكاها في كلام العرب ما يربط به وكذلك روى في حديث أبي المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له اعرف عدتها ووكاها ووكاها فجعل مكان العفاص الوعاء وأثبت الوكا الذي يوكأ به الوعاء فصيح انه الخيط الذي يربط به

(فصل) وقوله اعرف عفاصها ووكاها ثم عرفها سنة معناه عندي والله أعلم أن يحفظ صفة العفاص والوكاء ويحكم ذلك لينفرد بحفظه وفي النوادر لابن نافع عن مالك انه قال ينبغي للذي يعرف اللقطة أن لا يريها أحدا ولا يسميها بعينها ولا يقول من يعرف دنانير أو دراهم أو حليا أو عرضا لكن يعنى ذلك لثلاثيات مستعمل في صفتها بصفة الم عرف فيأخذها ويبين ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاها ثم عرفها ولم يقل ثم عرف بذلك ولا يريها وأظهرها ولو جازله أن يذكر صفتها لما احتاج الى حفظ العفاص والوكاء ولأغنى عن ذلك اظهارها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ثم عرفها سنة قدر في حديث زيد بن خالد المدية التعريف بالسنة وفي حديث أبي انه أمره بذلك ثلاث مرات ثم شك في ثلاثة أو واحدة فان ثبتت الأعوام الثلاثة في حديث أبي دون شك فلم يأمره كل مرة الا بالتعريف سنة ومعنى ذلك أن يكون الأصل حديث زيد بن خالد الجهني لانه سالم من الشك وحديث أبي شك فيه الراوى والثاني أن يجمع بين الحديثين فان السائل في حديث زيد بن خالد هو أعرابي وكذلك رواه سفيان الثوري عن ربيعة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالحق الواجب الذي لا يستباح اللقطة دونه وأبي بن كعب من فقهاء الصحابة وفضلائهم ومن أهل الورع والزهد فندبه النبي صلى الله عليه وسلم الى التوقيف عنها أعواما وان كانت مباحة له بعد أول عام لكن مثل أبي من أهل العلم والورع لا يسرع الى أكل ما هو مباح بل يتوقف عنه ويستظهر فيه ومن جهة المعنى ان الحول قد جعل في الشريعة مدة للاختبار كاختبار العين وما جرى مجرى ذلك وهذا في الأغلب مما اتصل فيه الأنبياء وترد فيه الأخبار والله أعلم وأحكم (مسألة) وصفة التعريف قال ابن نافع عن مالك يعرفها كل يومين أو ثلاثة وكلما يتفرغ ولا يجب عليه أن يدع التصرف في حوائجه ويعرفها

(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والافشأ نكها يريده والله أعلم من تعلم انه صاحبها أو يغلب على ظنك انه صاحبها بيينة أو باخباره عما مررت بحفظه من صفاتها فتم دفعها اليه وقال الشافعي لا يدفع الا الى من يقيم بيينة بها. والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخارى عن سفيان عن ربيعة عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاها فان جاء أحد خبرك بعفاصها ووكاها والافاستنفق بها وهذا نص في موضع الخلاف وعنده فائدة حفظ صفة العفاص والوكاء أن يكون من أتى فاخبر عنها بذلك انه صاحبها ودفعت اليه ان الأغلب من حالها انه لا يأتي بصفتها الا صاحبها ومن جهة المعنى انه لا يقدر أحد أن يشهد على كل مامعه من ماله وما يخرج به من نفقته فلم ترد لقطه الا على من يقيم بها بيينة لذهب أكثر ذلك بل جميعه فلا يكاد أن يقوم شيء منه بيينة (مسألة) والمراعى فيما يصف من ذلك صفة العفاص والوكاء والعددان كانت دراهم أو دنانير قاله ابن القاسم وأشهب وعند أصبغ العفاص والوكاء وأصل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي بن كعب اعرف عدتها

ووكاء وعا عافان جاء صاحبها والا فاستمتع بها فأمر باعتبار هذه الثلاثة فن وصفها استحق
اللقطة ومن جهة المعنى ان الغالب من أحوار الناس معرفة صاحبها صفة وعا الدراهم وصفة
الوكاء، وكثير من الناس يعرف العدد ان كانت معدودة أو الوزن ان كانت موزونة وظاهر قول
أصبع مبنى على التعلق بحديث زيد بن خالد وليس فيه ذكر العدد (فرع) وهل يلزمه مع هذا
يمين أم لا المشهور من المذهب وهو الظاهر من قول ابن القاسم أن لا يمين عليه وقال أشهب ان
وصف ذلك كله لم يأخذها إلا بيمينه أنها له وجه قول ابن القاسم أنه ليس هناك من يتنازع فيها
ولا من يتنازع عنه فلا معنى لهذه اليمين ولا نهالو كانت اليمين تجب لغائب لم يصح الأباة كما هو وجه
قول أشهب ان هذا نوع من الاستحقاق من يد مدع (فرع) وهل من شرط دفعها اليه أن يأتي
بهذه الصفات الثلاث، قال محمد بن عبد الحكم لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها إلا
في معنى واحد أن يصف عددا فيوجد أقل وقال أشهب ان عرف منها وصفين ولم يعرف الثالث
دفعته اليه وقال أصبغ ان عرف العناص وحده فليس يستبرأ فان جاء أحد والآخرها وما ذكر في
الحديث اعرف العناص والوكاء ليس على أن يستحقها إلا بعرفها كما جاز في شرط الخليطين
أصناف تجري وان انخرم بعضها فالظاهر من قول أشهب أنه لا يعطى أبداً أقل من وصفين أنه أقل
ما يعتبر في الحديث قال الشيخ أبو محمد وقد رأيت لبعض أصحابنا لا يأخذها إلا بمعرفة العناص والوكاء
وقول أصبغ ظاهر في أنه يعطى ما من أتى بالصفة الواحدة من الصفتين المتقدمتين ولا يبعد أن يكون
منهيب ابن عبد الحكم موافقاً له لأنه إنما استمتع من دفعها اليه إذا أخطأ في الصفتين وصف شيئاً من
ذلك بغير صفته وقد اختلف في هذا قول أصبغ فقال ان قال في خرقه جراء وخيط أصفر فوجدت
الخرقة جراء والخيط أسود فقال يستبرأ أيضاً أمرها ثم رجع ثم قال هذا كذب نفسه في ادعائه المعرفة
فلا يصدق وإنما يصدق لو أصاب في بعض وادعى الجهالة في بعض وهذا الذي قال أشهب يدفع اليه لأنه
قد سمى بعض الصفات وقد قال أشهب لو أخطأ في صفتها لم يعطها فان وصفها مرة أخرى فأصابها
لم يعطها ووجه ذلك ان هذا خارج الى حد التخمين والحرر لأنه اذا وصف صفة فخطأ فلا بد أن
يصادق في أخذها ليس له فذلك يؤخذ بأول قوله ووجه قول أصبغ أنها صفات ورد الشرع
باعتبارها فجاز أن يقتصر على بعضها كصفات الخطاء (مسألة) ولو عرف رجل عفاصها
ووكاءها أو وكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العناص والوكاء أو
الوكاء وحده قاله في العتبية أصبغ وزاد ابن حبيب عنه أنه قال ولكني أستحسن أن يقسم بينهما
كما لو اجتمع على معرفة العناص والوكاء ويتحالفان فان نكل واحد منهما دفعت الى الخالف وهذا
جنوح منه الى الخاق معرفة العدد بمعرفة العناص والوكاء (مسألة) وأما معرفة سكة الدنانير
أو الدراهم فقد قال سحنون في كتاب ابنه اذا وصف سكة دنانير اللقطة طالها لم يستحقها بذلك حتى
يذكر علامة فيها غير السكة وقال يحيى بن عمر ما يتبين لي قول سحنون وأرى اذا وصف السكة في
الدنانير وذكر نقص الدنانير ان كان فيها نقص فأجاب بذلك أنه يأخذها وجه قول سحنون ان
السكة اذا كانت واحدة بالبلد فهو بمنزلة أن يقول هي دنانير فهذا لا يستحق به شيئاً لان الغالب اذا
كانت دنانير أن تكون من سكة البلد الذي لا يجري فيه غيرها وإنما يكون ذلك لو كانت سكة شاذة
ليست بمسروقة فيها ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة في دينار من الدنانير مما لا يكون معتاداً
ولهذا هذا الذي أراد يحيى بن عمر أو يكون بلد فيه سكة مختلفة على أنه اشترط مع ذلك أن يعرف

نقص بعض الدنانير وهذه علامة زائفة على معرفة السكة كالتى شرط مسنون والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والافشأ نك بها معناه والله أعلم فان جاء صاحبها وهو الذى يصفها
أخذها على حسب ما تقدم وهذا اذا كان الذى وصفها واحدا فان وصفها رجلان وتساويا فى صفتها
حلفا وتساوها ومن نكل منهما فهى للآخر فان وصفها أحدهما فأخذها ثم أتى آخر فوصفها
قال ابن القاسم لا يدفع الدافع اليه شيئا وقاله أشهب وزاد أنه ان كان الثانى وصفها فلا شيء له وان أتى
ببينة والأول واصف فصاحب البينة أحق بها ومعنى ذلك ان الأول قد صارت له يد فاذا تساويا كان
أحق بهما اليد المتقدمة وان أقام الثانى بينة بالملك فبينة الملك أقوى من اليد والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ففشأ نك بها اباحه التصرف فيها لما رآه من انفاق أو صدقة أو ابتداء على الحفظ
وقد روى البخارى من طريق اسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبی صلى الله عليه وسلم قال عرفها
سنة ثم اعرف وكأها وعفاصها ثم استنفق بها وان جاء بها فأدّها اليه وروى سويد بن غزلة فى
حديث أبى أنه أمره بتعريفها حول فدل ذلك على جواز الاستنفاق على معنى الاستسلاف
لها وأنه متى أتى صاحبها كان له أخذها ورأى مالك وابن القاسم ان أفضل ذلك أن يتصدق بها فان
جاء صاحبها أداها اليه وان لم يأت كان له أخذها لان ذلك أنزموأ برأ من التسرع اليها وترك الاجتهاد
فى تعريفها ومن استنفقها بعد الاجتهاد فى التعريف على ما أمر به النبی صلى الله عليه وسلم فلا ثم عليه
ومتى أتى صاحبها أداها اليه قال صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فأدّها اليه قال ابن وهب فان
مات ولا شيء له فهو فى سعة ان شاء الله لان النبی صلى الله عليه وسلم أدّن له فى أكلها (مسئلة) وهذا
فى الشيء الذى له مقدار فأما الشيء التافه الذى لا قدر له ويعلم أن صاحبه لا يتبعه فلا تعريف فيه وقد قال
أشهب فى الذى يجد العصا والسوط يعرفانه فان لم يعرف به فأرجو أن يكون خفيفا ومعنى ذلك
أن لا عن له الا بعض الدرهم وقال أشهب فى الدرهم وما أشبهه لا بأس أن يتصدق به قبل السنة وأصل
هذا ما روى طلمحة بن مطرف عن أنس قال عرض النبی صلى الله عليه وسلم بقرعة فى الطريق فقال
لولا أنى أخاف أن تسكون من الصدقة لأأكلها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه إنما يمنع من أكلها مخافة
أن تسكون من الصدقة ولا تحل له الصدقة ولم يذكر تعريفها (مسئلة) قال القاضى أبو الوليد
رضى الله عنه وهذا عندى حكم لفظة كل بلد الامكة فان لقطتها لا تستباح بعد التعريف سنة وعلى
صاحبها أن يعرفها أبدا والدليل على ذلك ما روى أبو هريرة أن النبی صلى الله عليه وسلم لما فتح
مكة قام فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال انها لا تحل لاحد بعدى لا ينفر صيدها ولا يحتل
خلها ولا تحل لقطتها الا لمنشد فخص مكة بهذا الحكم وحرم ساقطتها على منافعها أو متصدق بها
وجعلها لمن يشدها خاصة ومن جهة المعنى ان مكة يردها الناس من كل أفق بعيد فهو فى تعريفها
أبدا يرجو أن يصل الخبر الى البلاد النائية ويتمكن لمن وصل اليه الخبر أن يراد الخبر لطلبها أو يستنبط
فى ذلك فأما فى سائر البلاد فانه اذا طال أمدها ولم يأت من يعرفها فان الظاهر ان صاحبها قد
انقطع خبره بموت أو بعد لا يرجى والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فضالة الغنم قال صلى الله عليه وسلم هى لك أولا خيك أولا لدنئب قال عيسى بن
دينار ان ذلك فى الثقار أو البعيد من القرى حيث ان تركها أكلها السبع وهى معنى قوله هى لك
أولا خيك أولا لدنئب يريد والله أعلم أن صاحبها لا يرجى رجوعه اليها ان أخذتها أنت والا أخذها
أخوك من المسلمين أو أكلها السبع ومعنى ذلك والله أعلم اباحه أخذها وأكلها (مسئلة)

اذ ثبت ذلك فان اللقطة على ثلاثة أضرب ضرب يبقى في يده من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالتياب والدنانير والدراهم والعروض وضرب لا يبقى في يده من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالشاة في القلاة فان كانت في خربة أو موضع يحسن من يحفظها في غنمه فان لها حكم اللقطة التي تبقى يعرفها سنة وضرب ثالث لا يخاف عليها الضياع كالابل فهذا سيأتى ذكره ان شاء الله (مسئلة) ومن وجد شاة بفلاة فنقلها الى عمران فان كان نقلها حية كان حكمها حكم اللقطة يلزمه التعريف وان ذبحها ونقلها ففسد قال أصبغ في العتبية له أكلها غنيا كان عنها أوفقيرا ويصير لحها وجلدها مالا من ماله فان جاء صاحبها بعد ذلك فلا ضمان عليه الا أن يجد في يده ذلك فيكون أحق به ووجه ذلك انه قد عازها بالذبح كما لو طبخها وصيرها طعاما قبل أن ينقلها (مسئلة) ومما لا يبقى بيد من يحفظه الطعام الذي لا يبقى من الفواكه والادم فهذا ان كان في فلاة أو في غير موضع عمارة فحكمه حكم الشاة توجد بالقلاة لان الشاة وان كانت تبقى فلا يمكن من وجدها أن يقيم عليها ولا أن يحملها وهذا الطعام وان كان خفيفا يمكن من حملها فانه لا يبقى بيد من حمله وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف قال وأكله أفضل من طرحه فيضيع وأما ان كان في الحضر وحيث الناس فيصدق به أحب الى من أكله فان تصدق به لم يضمنه وان أكله ضمنه وقال أشهب أما في غير الفيا فيبيع ويصرف به فان جاء صاحبه دفع اليه ثمه ليس له غير ذلك وروى ابن مزي عن عيسى فبين وجد مالا يبقى من الطعام في فلاة أو عاضرة فصرفه ثم أكله أو تصدق به ثم جاء صاحبه فلا شيء له عليه ووجه ذلك ما قدمناه انه اذا كان بفلاة فلا ضمان له فيه الا أكله وذلك خير من تضييع نعمته من نعم الله تعالى وأما ان كان بغير فلاة فانه على قول مطرف يتصدق به ولا يلزمه بيعه لان البيع مما لا يلزم الملتقط وانما يلزمه الحفظ ما أمكنه وعلى قول أشهب يبيعه لانه لما نذر عليه حفظ عين اللقطة عاد الى حفظ ثمنها لانه بدل منها

(فصل) وقوله الذي سأله عن ضالة الابل مالك ولها يحتمل أن يكون معناه المنع من أخذها ووضعها فان اللقطة انما تؤخذ على معنى الحفظ لصاحبها وهي مما لا يسرع التلف اليها ولذلك قال صلى الله عليه وسلم معها سقاؤها قال عيسى معناه أنها تصبر عن الماء ثلاثة أيام وأكثر حتى تجد سبيلا الى الورود فيجعل صبرها عن الماء بمعنى السقاء وحذاؤها قال عيسى معناه اخفافها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلتصق بها ثوبها على انها تمتنع من عوادي السباع في الأغلب وانهم مع وردها الماء وأكلها من الشجر الذي لا يفسد بها سبقي بامتناعها الى أن يلتصق بها ثوبا فحذاؤها والتقاطها يمنع صاحبها من وجودها ويضرب به في طلبها لانه قد يطلها في الجبال ومواضع الماء والشجر فان منعت من تلك المواضع لم يجد ثمارها ويحتمل أن يكون معنى قوله مالك ولها المنع من التصرف فيها بعد تعريفها لان من التقط ثوبا أو دنانير تسكف حفظها مدة سنة مع خوف الضياع عليها ان لم يأخذها من وجدها فلذلك كان له الانتفاع بها بعد تسكف تعريفها وأما من وجد ضالة الابل فتسكف حفظها فقد تسكف ما يستغنى عنه فيه بل ربما استضر به وان كانت فيه منفعة فنادرة ويسيرة غير مخلصة من مضرة الانفاق عليها فذلك لم يكن له الانتفاع بعد تعريفها ويحتمل عندى أن يكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم في ضالة الغنم هي الك أو الأخيك أو اللذئب فهن عن أخذها على هذا الوجه وهو ممنوع باتفاق (فرع) فاذا قلنا بالوجه الأول فعنه انه اذا أبيع للناس أخذها تسرع الى أكلها في ذلك بالأمر اض والخوف عليها ومن أخذها احتاج الى الانفاق عليها وهي اذا كانت في مواضع لم يحفظ

عليها التسرع الى أكلها ولا احتياج الى الانفاق عليها والحفظ لها وهذا كان حكم ضوال الابل في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لما كان يؤمن عليها فلما كان في زمن عثمان وعلي رضي الله عنهما ولم يؤمن عليها لما كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم وكثر تعديهم عليها بأحوا أخذها لمن التقطها ورفعها اليهم ولم يروا ردها الى موضعها وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها ثم أباح له ردها الى موضعها وانما اختلفت الأحكام في ذلك لاختلاف الأحوال وقد قال مالك فيمن وجد بعيرا فليأت به الامام ببيعة يجعل ثمنه في بيت المال قال أشهب اذا كان الامام عدلا ومعنى ذلك انه آمن عليها من يتعدى فيها فيتركهافي موضعها أفضل لانه يؤمن عليها ضياعها من غير هذا الوجه ويستغنى عن الانفاق عليها والتمون لها وقصد صاحبها الى ذلك الموضع وتتبع أثرها منه أيسر عليه من طلبها في الآفاق البعيدة لانه لا يدري من أواها قريب الدار أو بعيدها فان خاف عليها متعديا يتلف عينها كان أخذها ورفعها الى الامام ينظر فيها صاحبها أفضل له وآمن عليه والله أعلم وأحكم وهذا معنى ما روى عن عمر بن عبد العزيز يحدث للناس أفضية بقر ما أحدثوا من الفجور (مسئلة) وأما الخيل والبغال والحمير فقد سئل عنها ابن القاسم لا تؤكل فن التقطها عرفها فان جاء بها أخذها وان لم يجي ربه فأرى أن يتصدق بها وقال أشهب في كتبه لا تؤخذ الخيل ولا البغال ولا الحمير فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها فقال ابن كنانة لا ينبغي لأحد أن يأخذ الدابة الضالة ولا يتعرض لها فالظاهر من قول ابن القاسم اباحة أخذها لانها لا تؤكل ولا تسرع الأيدي الى أكلها اذا أمن حفظها كما يخاف ذلك في الابل ووجه قول أشهب وابن كنانة انه حيوان يمتنع بنفسه ويبقى دون من يحفظه فلا تلتقط كالابل (مسئلة) وأما البقر ففي المدونة ان كانت بموضع يخاف عليها فهي بمنزلة الغنم وان كانت بموضع لا يخاف عليها السباع ولا الذئب فهي بمنزلة الابل ونحو ذلك قال أشهب وقال ابن حبيب عن مطرف عن مالك في ضالة البقر والغنم اذا وجدها بالثلاثة فله أكلها ولا يضمنها لربها وان كانت بقرب العمران ضمنها اليه وعرفها فجعلها ابن القاسم بمنزلة الابل اذا لم يخف عليها وألحقها مالك بالغنم في ضعفها عن الامتناع عند انفرادها وانما يكون فيها بعض المنفعة عند اجتماعها الآن يكون ايصالها الى العمران أيسر من ايصال الغنم في مثل هذا يخالف حكمها حكم الغنم ص مالك عن أيوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني ان أباه أخبره انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذا كرها لالكل من يأتي من الشام سنة فاذا مضت السنة فشاؤك بها ش قوله انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا دليل على انه فتحها ونظر اليها وأخبر بذلك عمر ولم ينكر عليه لانه بذلك يصل الى معرفة ما فيها ولذلك لا يضمن اذا وضعها عند غيره ولا اذا رفعها في موضع يختاره وان كان ذلك كله بغير اذن صاحبها

مالك عن أيوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني ان أباه أخبره انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذا كرها لالكل من يأتي من الشام سنة فاذا مضت السنة فشاؤك بها

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه عرفها على أبواب المساجد في سماع أشهب ما أحبر رفع الصوت في المسجد وانما أمر عمر بن الخطاب أن يعرف على أبواب المساجد ولو مشى هذا الذي وجدها الى الخلق فأخبرهم ولا يرفع صوته لم أر به بأسا

(فصل) وأما قوله فاذا كرها لالكل من يأتي من الشام فانه انما وجدها بمنزلة بقر بطريق الشام فكان الغالب على الظن انها لهم أول من بطريقهم فاذا ذكر لمن يأتي من الشام كان أقرب الى معرفة

صاحبها بحالها وكذلك ملتقط اللقطة يجب أن يتوخى بتعريفها الموضع التي يغلب على ظنه أنه ينتشر منها خبرها ويصل سببه إلى صاحبها فيذكر ذلك على أبواب المساجد وبيجامع الأسواق فإن كان بطريق يخص بالسؤال أهل تلك الجهات ومن يمر عليها ولا يترك إعلام غيرهم بها وقوله فإذا مضت السنة فشنأناك بها على ما تقدم في حديث زيد بن خالد الجهني ص * مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجاء إلى عبد الله بن عمر فقال له أني وجدت لقطة فإذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها قال قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال له عبد الله بن عمر لا أمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها * ش سؤال نافع بن عمر عن اللقطة التي وجدها على حسب ما يفعل الطلبة ومن يريد التخلص من سؤال علمائهم لاسيما مع اختصاصه بابن عمر فقال له ابن عمر عرفها ولم يحمله مدة سنة إن كانت مما يعرف سنة ثلاثين من التحديد اباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة وكان ابن عمر يكره لأهل الورع ومن يختص به التصرف فيها بالأكل لها وقد قال مالك لأرى لصاحب اللقطة أن يأكلها ولكن يتصدق بها أحب إلى ويخبر صاحبها إذا جاء فإن شاء أجازها وإن شاء غرمها له وإنما كره مالك أكلها لئلا يتسرع الناس إليها ولئلا يظن به ذلك ولذلك قال ابن عمر لا أمرك بأكلها ولم يأمره أن يتصدق بها لأنه لعله لم يعلم له ما لا يقضى منه صاحب اللقطة إذا جاء ولم يجز الصدقة ومن كان بهذه الصفة فلا يستحب له أن يتصدق بها فإن فعل فلا إثم عليه (فرع) فإن صدق بها أو أكلها وجاء صاحبها فطلبها فهو واسوة الغرماء قاله ابن وهب ووجه ذلك أنه دين ثابت في ذمته بوجه حق

﴿ القضاء في استهلاك العبد اللقطة ﴾

ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل أن يبلغ الأجل الذي أجل في اللقطة وذلك سنة أنها في رقبته أما أن يعطى سيده فمن ما استهلك غلامه وأما أن يسلم اليهم غلامه فإن أمسكها حتى يأتي الأجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناء عليه يتبع به ولم تكن في رقبته ولم يكن على سيده فيها شيء * ش ومعنى ذلك أن استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها فإذا تعدى عليها العبد أو استهلك في رقبته قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون سواء أكلها أو أكل منها أو ودها أو تصدق بها ووجه ذلك أن ما أكلها جناية على أي وجه كان فهي في رقبته فاما أن يفقه به بغير ما استهلك وأما أن يسلمه (مسئلة) وأما أن كان مدبرا فقال أشهب والمغيرة أما أن يسلم السيد خدمته يستخدم بقدر ما جنى ثم يعود إلى سيده فإن مات سيده قبل استيفاء ما عليه عتق في ثلث سيده وأتبع بماتق وأما أم الولد فعلى سيدها الأقل من قيمتها أو قيمة ما تلقت وأما المكاتب ففي رقبته أما أن يؤدي فقيمة ما استهلك وأما عجز ثم يخير سيده بين أسلامه بها عبدا وبين أن يفقه به ويبقى له عبدا

(فصل) وقوله وإن أمسكها حتى يأتي الأجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناء عليه ولم يكن في رقبته ولا على سيده يريد أن مجرد الامساك مدة السنة في العبد يخبرهما عن أن تكون جناية تتعلق برقبته وإن قال لم أعرفها لأن لو قال عرفها لكان مصدقا في ذلك فإذا أنكر التعريف لم يصدق على سيده كالأوفر بجناية خطأ وأما الحر فإنه لا يبيع له الانتفاع بها بعد السنة إلا تعريفا في مدة السنة ولو أتمت عنده أعواما لا يعرفها إلا يستبيع بذلك انفاقها وكذلك العبد فيما بينه وبين ربه وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أباح خذ العبد يعرف سنة فقال عرفها سنة * قال القاضي

* مالك عن نافع أن رجلا

وجد لقطة فجاء إلى عبد الله

ابن عمر فقال له أني وجدت

لقطة فإذا ترى فيها فقال

له عبد الله بن عمر عرفها

قال قد فعلت قال زد قال

قد فعلت فقال عبد الله بن

عمر لا أمرك أن تأكلها

ولو شئت لم تأخذها

* القضاء في استهلاك

العبد اللقطة

* قال يحيى سمعت مالكا

يقول الأمر عندنا في العبد

يجد اللقطة فيستهلكها

قبل أن يبلغ الأجل الذي

أجل في اللقطة وذلك

سنة أنها في رقبته أما أن

يعطى سيده فمن ما استهلك

غلامه وأما أن يسلم اليهم

غلامه وإن أمسكها حتى

يأتي الأجل الذي أجل

في اللقطة ثم استهلكها

كانت ديناء عليه يتبع به

ولم يكن على سيده فيها شيء

أبو الوليد رحمه الله وهذه السنة عندي هي من يوم ابتداء التعريف ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم
لأنه حكم قد تقرر من النبي صلى الله عليه وسلم في كل ملته في مثل تلك اللقطة والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في الضوال ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الأنصاري أخبره أنه وجد
بعبير بالحرّة فعقله ثم ذكره لعمر بن الخطاب فأمره عمر بن الخطاب أن يعرفه ثلاث مرات فقال له
ثابت أنه قد شغلني عن ضيعتي فقال له عمر أرسله حيث وجدته ﴿ ش قوله أنه وجد بعبير بالحرّة
فمقله يريد أنه منعه من الذهاب بعقله شمله به على حسب ما تعقل الأبل والدواب إذا خيف عليها ذلك
وعند أحسن له ولعله لم يبلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم بذلك

(فصل) وقوله فذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه يعقل وجهين أحدهما أنه استفتاه فيما
يلزم فيه وهذا جائز والامام في ذلك إذا كان من أهل العلم كسائر العلماء إن كانت مسألة اتفاق
وان كانت مسألة اختلاف فالحكم جار على رأيه والثاني أن يكون رفع الأمر إليه لينظر فيه وقد قال
مالك من وجد بعبير أفلأت به الامام فيبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال حتى يأثر به ولا يוכל بذلك من
وجده ليكون الثمن عنده ولكن عند الامام ليكون أمكن له إذا أتى وقال أشهب إن كان الامام
عدلاً رفعها إليه وإن كان غير عدل فليخلفها حيث وجدها

(فصل) وقوله فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات يقتضي ظاهره أنه أمره بذلك مرة ففعل ثم سأله
فأمره بتعريفه ثانية حتى أكمل ثلاث مرات على حسب ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بأبي بن كعب
فقد كان ثابت بن الضحاك من فضلاء الصحابة ومن شهادية الرضوان ويحتمل أيضاً أن يكون
كرر اللفظ بذلك ثلاث مرات في وقت واحد اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه أنه
كان إذا تكلم كرر القول ثلاث مرات ولم يرق وقت مدة التعريف لأن هذا التعريف لما لم يكن واجباً
ولم يتعقبه استباحة ما تعرف بوجه لم تكن مدته مؤقّطة

(فصل) وقول ثابت أنه قد شغلني عن ضيعتي يريد أن حفظه قد شغله عما يتصرف فيه من النظر
في ضيعته فقال له عمر أرسله حيث وجدته وفي العتيقة قال مالك أرسل إلى الحسن بن زيد فسألني
عن رجل أصاب ثلاثة أبغرة ضالة فقال إنها قد آذنتي فأمره أن يرسلها حيث أصابها ووجه ذلك أن
عقله للبعير وأخذ له على وجه حفظه لصاحبه لا يلزمه به حق الحفظ له كما يلزم ذلك في اللقطة لحفظه
وذلك أن أخذه غير مأثور به ولا فيه منفعة لصاحب البعير فلا يتعلق به حق صاحب البعير ولذلك
جازه أن يرسله حيث وجدته وأضاف أن هذا التعريف لم يكن مؤقّطاً ولم يقبل فيه عرفه سنة كما قال
أبي عبد الله بن إدريس حين وجد اثنين ديناراً عرفها سنة لم يتعقبه استباحة اللقطة ولذلك قال لثابت في
البعير رده حيث وجدته وقال لعبد الله بن إدريس بعد تعريف سنة شأنك بها وقد روى ابن مزيّن عن
عيسى أنه إنما أمره بتخليتها حيث وجدها لأن أخذها أولاً في أخذها لأن الحديث قد جاء بالنهي عن
ذلك ويحتمل عندى ما تقدم أنه نهى عن أخذها لأن أراد تملكها الآن كضالة الغنم ولمن أراد
التصرف فيها بعد التعريف كالألقطة ولذلك لم ينكر رضي الله عنه على ثابت أخذ البعير الذي وجدته
بالحرّة وأمره بتعريفه ثم أمره برده إلى موضعه الذي وجد فيه فاعلم أنه من تملكه أولاً ومن
التصرف فيه بعد التعريف وهذا يقتضي أنه جعل حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ضالة الأبل على

﴿ القضاء في الضوال ﴾

حدثني مالك عن يحيى بن
سعيد عن سليمان بن يسار
أن ثابت بن الضحاك
الأنصاري أخبره أنه وجد
بعبير بالحرّة فعقله ثم
ذكره لعمر بن الخطاب
فأمره عمر أن يعرفه
ثلاث مرات فقال له ثابت
أنه قد شغلني عن ضيعتي
فقال له عمر أرسله حيث
وجدته

ذلك والله أعلم وأحكم وتضمن حديث عمر جواز رد الابل الى موضعها بعد أخذها بخلاف اللقطة والفرق بينهما من جهة المعنى ان الابل الضالة اذ اردت الى مكانها لم ينخف عليها ضياع لأنها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم حتى يلقاها ربه ولقطة الدنانير والدرع اذ اردت الى مكانها لم يشك في ضياعها فكان الملتقط الذي عرفها سنة أولى بها (فرع) وهل يرسلها بيته قال مالك في العتبية ليس له أن يشهد على إرسالها قال ابن نافع وأحب الى أن يشهد على ذلك ووجه ذلك أنها على الأمانة والابل بما لا يناب عليها وإنما حفظها صاحبها فكان مصداقاً إرسالها مع أنه يشق الشهادة على ذلك لأنه اذا أرسلها حيث وجدها وأكثر ما توجد في الفياض والقفار البعيدة تعذر الشهادة على ذلك ص **عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال وهو مسند ظهره الى الكعبة من أخذ ضالته فهو ضال** **ش** قوله رضى الله عنه من أخذ ضالته فهو ضال قال في كتاب ابن مزين من رواية أشهب عن مالك ما عناه مخطئ وهذا على ما قال لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن سألته عن أخذها مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربه ما ضل فقد أخطأ وضل في فعله ذلك إلا أنه خطأ ليس فيه تعدى على صاحبها اذا لم يبعدها عن موضعها وإنما عطفها في ذلك الموضع وعرفها ثم أرسلها حيث وجدتها ولذلك لم يزم ضمان الضالة اذ اردت الى مكانها وأما ان تلتفت بيده في وقت حفظها فالظاهر من قول مالك أنه لا يضمن إلا أنه ليس في أخذه لها على وجه الحفظ والتعريف اضراراً بصاحبها وقد قال مالك انه انفق عليها الآخذ الم عرف لها ثم جاء صاحبها لم يكن له أن يأخذها حتى يؤدي ما أنفق عليها الآخذها أنفق بأمر سلطان أو بغير أمره والظاهر عندى انه ليس بتعدى في أخذها ليحفظها لصاحبها ويرفع أمرها الى الامام على حسب ما فعله ثابت بن الضحاك ولو كان متعدياً في ذلك لغضبها وان تلتفت بغير فعله ولأن عمر بن الخطاب على ثابت أخذها وقد قال مالك من وجد بغير أفيأت به الامام فأمره بأخذها ونقله الى الامام ويحتمل عندى أن يكون معنى قول عمر من أخذ ضالته فهو ضال فحين أخذها مقلماً لها ومسرعا الى أكلها على حسب ما ينسب بضالة الغنم أو فحين أخذها ليعرفها مدة فان جاء صاحبها والا تصرف فيها بما شاء من الأكل وغيره فهذا الذي يمكن أن يوصف بأنه ضال وبأنه متعد ويضمن ما تلف بيده والله أعلم وأحكم ص **عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الابل في زمان عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة تتابع لا يمسها أحد حتى اذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريضها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها** **ش** قوله كانت ضوال الابل في زمان عمر ابلا مؤبلة يعني انها كانت لا يأخذها أحد وان أخذها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يبلغه النهى أو ممن بلغه النهى وتأوله على حسب ما قدمناه فكان إلا كثيراً يؤخذ فتبقى مؤبلة تتابع لا يمسها أحد فلما كان زمان عثمان أمر بتعريضها ثم تباع لصاحبها يعطى ثمنها اذا جاء وذلك والله أعلم لما كثر في الناس من لم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم من كان لا يعرف عن أخذها اذا تكررت رؤيته لها حتى يعلم انها ضالة فرأى أن الاحتياط عليها أن ينظر فيها الامام فيبيعها ويبقى التعريف فيها فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها وحل حديث النبي صلى الله عليه وسلم في المنع من أخذها على وقت امساك الناس عن أخذها ويحتمل أيضاً انه كان يبيعها اذا تبس من مجي صاحبها بأن تطول المدد على ذلك وتتابع ويخاف عليها الموت فكان في بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها لانه كان ينقلها الى الأمان التي لا يخاف عليها وان روى عن مالك انه قال كان على بن أبي طالب قد بنى للذوال مر بدايعها فبيعها

* وحدثني مالك عن يحيى
ابن سعيد عن سعيد بن
المسيب أن عمر بن الخطاب
قال وهو مسند ظهره الى
الكعبة من أخذ ضالته فهو
ضال * وحدثني مالك انه
سمع ابن شهاب يقول كانت
ضوال الابل في زمان
عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة
تتابع لا يمسها أحد حتى
اذا كان زمان عثمان بن
عفان أمر بتعريضها ثم
تباع فاذا جاء صاحبها
أعطى ثمنها

علفها لا يسمنها ولا يهزلها من بيت المال فن أقام بيته على شيء منها أخذه والابقيته على حالها لا يبيعها واستحسن ذلك ابن المسيب وهذا أيضا يحتمل أن يكون فيما قرب عنده منها ور جاقرب أو بة صاحبها ويحتمل أيضا أن يكون على رضى الله عنه فعل ذلك في الفتنة حيث كان لا يأمن عليها أهل الفتنة ولذلك كان يكلف من طلبها البيعة لما كان يرى من استحلال بعضهم مال بعض ولعل البيعة التي كلف هي أن يصفها بصفتها أو كلفه البيعة أن أراد أن يأخذها من وقتها دون تثبت ولا استيناء

(فصل) وقوله كان ينفق عليها من بيت المال ولم يذكر أنه كان يرجع على من اعترف به بما أنفق عليه من بيت المال فيحتمل أن يكون له أن يترك ذلك لهم لأن بيت المال لمصالح المسلمين وكان هذا أيضا من مصالحهم لاسيما مادعة الضرورة إلى أخذها وعلفها ولم يكن له أن يتركها ترداد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم به وقد قال مالك في الآبق يتوقف به سنة ينفق عليه الإمام من بيت المال فإن جاء صاحبه فهو فيما أنفق عليه بمنزلة الأجنبي وإن لم يأت صاحبه بعد السنة باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه وجعل ما بقى في بيت المال ووجه ذلك أنه لا بد له من نفقة لأنه لا يستغنى بورق الشجر كما تفعله الابل فال أنفق عليه أكثر من حول تلف ثمنه فلزم التوقف به حول لا يحرمه بعد ذلك وفي النوادر قال ابن كنانة لا ينبغي لأحد أن ينفق على الدابة الضالة ولا يأخذها ولا يعرض لها لأن النفقة عليها سبب إلى إخراجها من يد صاحبها ور بما جاوزت النفقة ثمنها وهذا بخلاف العبد الآبق لأن العبد الآبق يستغنى عن سيده ويقصد التغييب عنه بخلاف الابل والدواب فانها لا تقصد ذلك وقد قال مالك في المدونة في الآبق يباع بعد السنة وليس بمنزلة ضالة الابل لأنه لا يبقى ثمانية والله أعلم وأحكم

﴿ صدقة الخى عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عباد عن أبيه عن جده أنه قال خرج سعيد بن عباد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض مغازيه فحضرت أمه الوفاة بالمدينة فقيل لها أوصي فقالت فيم أوصي أنا المال مال سعد فتوفيت قبل أن يقدم سعد فاما قدم سعيد بن عباد ذكر ذلك له فقال سعيد يا رسول الله هل ينفعها أن أنصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقال سعد حائط كذا وكذا صدقة عنها حائط سماء ﴿ ش قول سعد هل ينفعها يا رسول الله أن أنصدق عنها يقتضى والله أعلم منفعة الأجر في الآخرة من زيادة الحسنات وتكفير السيئات فقال صلى الله عليه وسلم نعم بمعنى أن ذلك ينفعها وهذه الصدقة وإن لم يقترن بهانية منها فقد قضى صلى الله عليه وسلم أن ذلك ينفعها وقد أجمع العلماء على أن صدقة الخى على الميت جائزة مشروعة مندوب إليها ولعل اتفاقهم كان من أجل هذا الحديث ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أن المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت وقد يكون من الأجر ما ثبت للإنسان بعد موته في حياته من غير نية ولا معرفة كما يدخل عليه أجر من يغتابه وأجر من يأخذ ماله وإن لم يعلم هو بشئ من ذلك وقد روى مسروق عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا تصدقت المرأة من طعام زوجها فمفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجهما بما كسب والخازن مثل ذلك لا ينقص بعض أجر بعض شيئا ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا قال لرسول الله صلى الله

﴿ صدقة الخى عن الميت ﴾

﴿ حدثني مالك عن سعيد

ابن عمرو بن شرحبيل عن

سعيد بن سعد بن عباد

عن أبيه عن جده أنه قال

خرج سعيد بن عباد مع

رسول الله صلى الله عليه

وسلم في بعض مغازيه

فحضرت أمه الوفاة بالمدينة

فقيل لها أوصي فقالت فيم

أوصي أنا المال مال سعد

فتوفيت قبل أن يقدم سعد

فاما قدم سعيد بن عباد

ذكر ذلك له فقال سعيد

يا رسول الله هل ينفعها أن

أنصدق عنها فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم نعم

فقال سعد حائط كذا وكذا

صدقة عنها حائط سماء

﴿ حدثني مالك عن هشام

ابن عروة عن أبيه عن

عائشة زوج النبي صلى

الله عليه وسلم أن رجلا

قال لرسول الله صلى الله

عليه وسلم ان أمتي افلئت نفسها وأراها لو تسكمت تصدقت أفأصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * ش قوله ان أمتي افلئت نفسها معناه والله أعلم ماتت فجأة وأشدوا في ذلك * وكانت منيته افلانا * وتقول العرب رأيت الهلال فلانة اذا رأته من غير قصد اليه ومنه قول عمر بن الخطاب كانت بيعة أبي بكر فلانة وفي الله شرها يريد أنها كانت بعتة من غير روية وقوله وأراها لو تسكمت يريد انه نوع علم من نيتها وحسن معتقدها ومسارعتها الى الخير ورغبته فيها انها لو أمهات وقدرت على الكلام مع الاشراف على الموت على ما يفعلها أكثر الناس في مرضهم من كلامهم ووصيتهم مع ثبوت الموت لشدة المرض لتصدق ويحتمل انه قد كان علم بذلك من حالها بما أخذت معه فيه وأظهرت اليه العزيمة عليه فاستأذن النبي صلى الله عليه وسلم في أن يتصدق عنها فاذن له في ذلك فثبت ان صدقته عنها بما يتقرب به ويحتمل أن يكون قد عرف انه حضره ثم عجزت عن أدائه وعن قضائه بعد ذلك اني أن توفيت وقد كانت أرادت أن تطعم عن ذلك فسأل النبي صلى الله عليه وسلم ان كان ينفعها الاطعام عنها فاذن له في ذلك ويحتمل أن يكون ذلك زكاة كانت عليها ولم توص بها وفي الموازية من علم من أبيه تفريطا في الفرائض قال مالك يطعم عنهم ما في الصوم مكان كل يوم مدا ان شاء وليؤد الزكاة عنها وأما الصلاة فلا شيء في ذلك ص * مالك انه بلغه أن رجلا من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهل كافورث ابنه المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت في صدقتك وخذها بمرأثك * ش قوله صلى الله عليه وسلم قد أجرت في صدقتك وخذها بمرأثك يعني ان أخذ صدقته لا يبطل برجوع ما تصدق به اليه بالميراث لان رجوعها الى المتصدق بالميراث غير موقوف على اختياره بل بموت المتصدق عليه وهي في ملكه تدخل في ملك المتصدق اذا كان يحيط بميراثه وبهذا فارقتم سواها فانها انما تدخل في ملكه باختياره أو اختيار من جعل ذلك اليه وعلى تجوز ذلك جميع الفقهاء وشذت فرقة من أهل الظاهر فكبرهت أخذها بالميراث ورأوه من باب الرجوع في الصدقة وهذا هو منهم فان ملكها بالميراث ليس موقفا على اختياره فيقال له فيجب تجوز أو لا يجوز ويجبر على أخذها بما يلزمه فيها من الانفاق عليها والكسوة لها والاسكان فيها فهي بالشرع ثابتة في ملكه وانما يلزمهم أن يوجبوا عليه اخراجها عن ملكه وهذا باطل باتفاق الفقهاء والله أعلم وأحكم

﴿ الأمر بالوصية ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة * ش قوله صلى الله عليه وسلم ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة يعني ذلك بكون معناه انه ليس حقه أن يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة وانما من حقه تقديم وصيته والتحرز والاستظهار بتقديمها وتعيين ماله عليه بما قلنا من لم يكن عليه دين فانه يستحب له ذلك يعني تبرئه عنها والوصية بشئ من ماله في وجوده من ينفع به في تقديم عليه وأما من كانت عليه ديون فقد قال كثير من مشايخنا ان ذلك واجب عليه قال في النوادر وأما من عليه تباعة أو ما فرط فيه من كفارة وغيره من زكاة وغير ذلك بما يوصي فيه فواجب عليه أن يوصي بذلك وانما يرخص في ترك التطوع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى أن ذلك على قسمين فأما الديون التي جرت العادة أن تنقبض بها العتود

عليه وسلم ان أمتي افلئت نفسها وأراها لو تسكمت تصدقت أفأصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * وحدثنى مالك انه بلغه أن رجلا من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهل كافورث ابنه المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت في صدقتك وخذها بمرأثك

﴿ الأمر بالوصية ﴾
* حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة

وليسست مما يتكرر كالديون التي لها قدر الامانات من الودائع والوصايا تكون بيده من مال أيتام أو غير ذلك فإنه يجب عليه ذلك واماما يكون من يسير الديون التي تتكرر وتؤدى في كل يوم وتزيد وتنقص وتتجدد فان ذلك يشق فيها لانه كان يقتضى أن يجدد وصيته في كل يوم ومع الساعات وانما معنى ذلك عندى في الأموال التي تبقى وهذا عندى معنى قوله صلى الله عليه وسلم له شئ يوصى فيه ان حملناه على الوجوب فان لفظ الحق أظهر في الوجوب وان كان يحتمل النسيب اذا قال انه حق عليه واذا أضاف الحق اليه وجعله له فهذا أظهر في النسيب فان حملناه على الوجوب فالمراد به ما قدمناه من الحقوق التي تكون عليه مما لا يشق تنفيذها والوصية بها وقد يكون معناه له شئ يوصى فيه ما يؤدى منه تلك الحقوق واذا حملناه على النسيب فيحتمل أن يرده الوصية بشئ من ماله في وجوه القرب ويكون معنى قوله له شئ يوصى فيه المال الواسع الذي يحتمل الوصية بالثلث أو أقل قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين قال أهل التفسير الخبير المال قال قتادة الخبير ألف دينار فافوق وقدر وى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه نحوه وروى عنه انه قال لابن عمر حين قال له أراد أن يوصى وله مابين السبعائة الى التسعمائة لا توص فانك لم تترك خيرا فتوصى وفي الجملة ان الوصية لمن لا دين عليه ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة وان كانت منسوبة اليها مع اليسار وعلى هذا جماعة الفقهاء ولا خلاف ان الصدقة التي ينفذها في حياته أفضل والأصل في ذلك ما رواه أبو زرعة عن أبي هريرة قال قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم أى الصدقة أفضل قال أن تصدق وانت صحيح حريص تأمل الفنى وتحشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الخلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان وأما غير الموسر فقد حكى ابن حبيب ان عليا رضى الله عنه قال لعليل ذكر الوصية له لا توص انما قال الله سبحانه وتعالى ان تترك خيرا وانت لاتترك الا اليسير دع مالك لبنيك وكان ماله من السبعائة الى التسعمائة وقيل لعائشة رضى الله عنها أى وصى من ترك أربعائة وله عدة من الولد بنون فقالت ما في هذا فضل عن ولده والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لسعد بن أبي وقاص انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

(فصل) وقوله الا ووصيته عنده مكتوبة الوصية تتضمن موصيا وموصى له وموصى به ونحن نفرده لكل نوع من ذلك بابانين فيه حكمه ان شاء الله تعالى

(الباب الاول في الموصى)

فاما الموصى فن شرطه أن يكون عاقلا يرده والله أعلم قد أثبت فيها بالكتاب والاشهاد عليه ما يريد أن يوصى به من حق عليه أو وجه بر يوصى فيه بشئ وفي المجموعة والعنينة من رواية ابن القاسم عن مالك كان من أدركت يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية وما زال ذلك من شأن الناس بالمدينة وانه لي عجبني وأراه حسنا قال أشهب في المجموعة كل ذلك لأبأس به تشهد أو لم يتشهد وقد تشهد ناس فقهاء صالحون وترك ذلك بعض الناس وهو قليل وفي المدونة لم يذكر مالك كيف التشهد وروى ابن عون في وصية محمد بن سيرين قال هذا ما أوصى به محمد بن أبي عمرة بنيه وأهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين أو صاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب بابني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون وأن لا ترغبوا أن تكونوا اخوانا للانصار ومواليهم فان العفة والصدق خير وأبقى وأكرم من الرياء والكذب ثم أوصى فيما ترك ان حدث به حادث الموت

قبل أن يعين وصيته ثم ذكر حاجته قال ابن عون فذكر لنا نافع مولى ابن عمر فقال كانت أم المؤمنين
توصي بهذا وحدث عن أنس بن مالك أنه قال كانوا يوصون أنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده
ورسوله وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم أن كانوا مؤمنين وأوصى بما
أوصى به إبراهيم بنه ويعقوب بابن أن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون وأوصى أنه
إن مات من مرضه هذا قال أشهب عن مالك في المجموعة قيل له إن رجلا كتب في ذلك أو من بالقدر
خير وشره حلوه ومره قال ما أرى هذا إلا وكتب الظفرية والباطنية قد كتب من مضى وصاياهم فلم
يكتبوا مثل هذا (مسئلة) فن كتب وصيته بخطه فوجدت في تركته وعرف أنه خطه بشهادة
عدلين فلا يثبت شيء منها حتى يشهد عليها وقد يكتب ولا يعزم ورواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة
والعتبية قال ابن المواز عن أشهب ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول أنها وصيتي
وإن ما فيها حق وإن لم يقرأها وكذلك لو قرأها وقالوا أنشهد أنها وصيتك وإن ما فيها حق وإن لم يقرأها
وكذلك لو قرأها وقالوا أنشهد فقال نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال ابن المواز عن مالك
وإن لم يقرأها عليهم فليشهدوا أنها وصيته أشهدنا على ما فيها ووجه ذلك أنه إذا كانت الوصية منشورة
يرون أن جميعها مكتوبة ثم نظروا إلى تقييد الشهادة في أثرها فليشهدوا وليس عليهم قراءة الوصية
فقد يريد التسريع عنهم بما فيها وقد يطول عقد الوصية فيشق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك
لأنه إنما يشهد على الموصى بما أشهده فإن كان مما يجوز أنفاذه أنفذ وإن كان مما لا يجوز أنفاذه رد فلا
شيء في ذلك على الشاهد وكذلك سائر العقود والسجلات إلا أن يكون من الاستدعاء التي تتقيد
على علم الشهود فلهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويفهمه لأنه يخبر عن جميعه أنه في علمه وعلى ذلك يكتب
شهادته فيلزمه أن يتصفحه ليعلم أن جميعه في علمه ومما يصح له أن يشهده (مسئلة) ومن كتب
وصيته وختم عليها وقال للشهود داشهدوا على ما فيها فكتبوا شهادتهم ثم مات في العتبية والموازية من
رواية أشهب عن مالك أن لم يشك الشاهد في الطابع فليشهد وإن شك فلا يشهد إذا لم يكن الكتاب
عنده حتى يتيقن أنه خاتمه بعينه ولم ينفذ وأجودهم عندى شهادة الذي الوصية في يديه والآخر
يشهدون بمبلغ علمهم ويحملون ما عملوا وقال أيضا وأما الآخر فلا أدري كيف يشهدون وكذلك
روى ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك أن من جاء بكتاب مختم بقول أنه وصيته ويدعو الشهود إلى أن
يشهدوا عليه بما فيها فأنهم إن ختموا عليها بخواتيمهم فلم يجز لهم أن يشهدوا وخافة أن يكون لم يكتب فيها
شيئا ثم يكتب ما شاء بعد الشهادة لهم ويزيد أن شاء على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه ودون الشهادة
على ما لم يكن أشهدهم عليه يوم الأشهاد وإنما أحدثه بعد ذلك وأما إذا رأوا أنها مكتوبة فتأتمرتهم
الشهادة عليه بما فيه لأنهم لا يسمون مما قدمناه ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود وجاز له
أن يشهد وأما غير من الشهود فقال مالك لا أدري كيف يشهدون وأما إذا ختم كل واحد منهم عليها
بخطه وعرف ختمه عند أداء الشهادة فإن ذلك جائز سواء كان فيها شيء مكتوب أو لم يكن وقيد فيها
الموصى ما شاء من الأباطيل لأنه لا مضرة على الشاهد في ذلك ص قال يحيى قال مالك الأمر
الاجتماع عليه عندنا أن الموصى إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أو غير
ذلك فإنه يغير من ذلك ما بدله ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وإن أحب أن يطرح تلك الوصية
ويبدلها فعل الآن يدبر مما كان دبر فلا سبيل إلى تغيير ما دبر وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنه مكتوبة قال مالك فلو كان

قال يحيى قال مالك الأمر
الاجتماع عليه عندنا أن
الموصى إذا أوصى في صحته
أو في مرضه بوصية فيها
عتاقة رقيق من رقيقه أو
غير ذلك فإنه يغير من ذلك
ما بدله ويصنع من ذلك ما
شاء حتى يموت وإن أحب
أن يطرح تلك الوصية
ويبدلها فعل الآن يدبر
مما كان دبر فلا سبيل
إلى تغيير ما دبر وذلك أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ما حق امرئ
مسلم له شيء يوصي فيه يبيت
ليلتين إلا ووصيته عنه
مكتوبة قال مالك فلو كان

كان

الموصى لا يقدر على تغيير وصيته ولا ما ذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذي أوصى فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أنه يغير من ذلك ما شاء غير التدبير * ش وهذا على ما قال إن الموصى في صحته أو مرضه يعتق بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من أعمال البر فإنه غير لازم له لأن عقد الوصية عقد جائز غير لازم وله أن يغير من ذلك ما شاء ويبطل منه ما شاء من غير عوض أو يعوض منه غيره في صحته أو مرضه ما لم يمت فإذا مات فقد لزمت تلك الوصية فليس لغيره أن يغير شيئاً من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره فاما التدبير فإنه عقد لازم ليس لمن عقده الرجوع عنه بالقول ولا بالفعل وسيأتي ذكره في كتاب التدبير إن شاء الله تعالى والفرق بين التدبير والوصية ما ذكرناه من أن عقد الوصية عقد جائز وعقد التدبير عقد لازم يبين ذلك أنه لا خلاف في الرجوع عن الوصية بالقول والفعل ولا خلاف بيننا وبين من أجاز الرجوع عن التدبير أنه ليس له ذلك بالقول فكذلك ليس له ذلك بالفعل وإذا فرق هو بين الوصية والتدبير في الرجوع عنهما بالقول جاز أن يفرق بينهما في الرجوع عنهما بالفعل

(فصل) وقوله وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه بيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة فتأول في ذلك أن عقد الوصية واجب أو مندوب إليه وأنه على الفور ثم قال فلو كان الموصى لا يقدر على تغيير وصيته كان كل موص حبس ماله يعني أن الوصية كانت تكون مانعة له من تصرفه في ماله فتى أوصى بعقده لم يجز له بعد ذلك استرقاقه ولا بيعه وإذا أوصى بثلاث ماله لم يكن له بعد ذلك الانفاق منه لاسيما على وجه الاستيعاب له وفي هذا إضرار بالناس ومنع من الوصية

(فصل) وقوله وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره يريد أن من أراد السفر قد يوصي مع كونه صحيحاً وقد أجمع أهل المدينة بل جماعة العلماء على جواز تغيير ذلك والوصية تكون على ضربين مقيدة ومطلقة فإن كانت مقيدة مثل أن يقول إن مت في سفرى هذا أومت في مرضى هذا فينفذ عنى وصية كذا وكذا ويذكر ما شاء من عتق أو صدقة فهذا عند مالك وصية وله أن يغيرها فإن لم يغيرها حتى مات في مرضه أو سفره ففي ثلثه قاله في المدونة ووجه ذلك أنها وصية متضمنة بشرط فيها شرط لا ينافي الشرع فكانت على ما شرط كالمو شرط فيها التغيير (مسئلة) فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره فإنه لا يخلو أن تكون وصيته كتباً أو لم يكتبها وأشهد بها فإن كان كتبها فلا يخلو أن يكون وضع الكتاب على يد رجل أو آخره عنده فإن كانت الوصية على يد غيره فهذه الوصية تنفذ في ثلثه قاله مالك من رواية ابن القاسم وغيره ولم أر في ذلك خلافاً بين أصحابنا ووجه ذلك أنه إذا أثبت ذلك في كتاب وخص ذلك بأن وضعه على يد غيره ثم أبقى الكتاب بعد البرء أو القدوم على حالته لم يأخذه ممن وضعه على يده حتى مات بعد ذلك فإنه وجه من استدامة الوصية (مسئلة) وإن قدم من سفره أو برى ممن وضعه فأخذ الكتاب من عنده من كان عنده ثم مات فوجد الكتاب عند الموصى ففي الموازية والعتبية من رواية ابن القاسم عن مالك أن الوصية باطل ووجه ذلك أن استرجاعه الكتاب من عنده من وضعه على يد غيره لحاله التي كان عليها على وجه الإجازة ووجه ذلك أن من ترك استدامته كغيره (مسئلة) وإن كان انما كتبه وأشهد عليه وأمسكه عند نفسه ثم قدم من سفره أو برأ من مرضه ثم مات بعد ذلك فلا يخلو أن يموت في مرض أو سفر أو في غير مرض

الموصى لا يقدر على تغيير وصيته ولا ما ذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذي أوصى فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أنه يغير من ذلك ما شاء غير التدبير

ولاسفر فان مات في مرض آخر أو سفر آخر فالمشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأشهب أن وصيته نافذة وفي المجموعة عن سحنون أن رواية ابن القاسم الأخرى عنه أحسن أنها إن كانت عنده فهي باطل وإن كانت عند غيره جازت وقاله ابن عبد الحكم وسواء مات في مرض أو سفر أو في غير مرض ولا سفر وجه الرواية الأولى أنه أقر كتاب وصيته على ما كان عليه فلم يبطل ببرئته من مرضه ولا بقدمه من سفره أصل ذلك إذا وضعها على يد غيره فأقرها ووجه الرواية الثانية أن كتاب وصيته وجد عنده بعد البرء والأياب فوجب أن تبطل وصيته أصل ذلك إذا وضعها بيد غيره وقبضها منه (مسئلة) فان مات في غير مرض ولا سفر ففي كتاب ابن المواز من رواية أشهب عن مالك أن الوصية باطل ولو مات في مرض آخر أو سفر آخر لصحت وصيته وقال أشهب في المجموعة أن الاستحسان غير القياس إن مات في غير سفر ولا مرض أن تجوز وصيته إذا علم أنه ليس قصد الناس في ذكر المرض والسفر تخصيص ذلك ألا ترى أنه لو كتب إن مت في سفرى أو من مرضى فبغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة (مسئلة) وإن كانت وصيته هذه أشهد عليها ولم يقيد بها في كتاب ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برأ من مرضه ففي العتبية والموازية من رواية ابن القاسم عن مالك أن الوصية تبطل ووجه ذلك أنه لم يبق لها أثر يكون في استدامته استدامة لها والشهادا إنما اختص بوقت معين فلم ينفذه إلى غيره (مسئلة) ولو كانت وصيته مطلقة غير مقيدة بحال ولا وقت فسواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة فإنها نافذة متى مات قبل أن يغيرها ووجه ذلك أنها غير مختصة بحال ولا وقت فافتضت التنفيذ على كل حال وفي كل وقت لأن من قال إذا مت فأعتقوا عبدى اقتضى ذلك الأمر بالعتق متى مات وعلى أى حال مات والله أعلم

(فصل) وقوله إن له أن يغير من ذلك ما شاء فيه بابان * الباب الأول في صفة الوصية التي يلحقها التغير * والباب الثاني في صفة التغير

(الباب الأول في الوصية التي يلحقها التغير)

قال مالك في المجموعة الأمر المجتمع عليه عندنا أن للرجل أن يغير وصيته ويرجع عنها أو يوصى في صحة أو مرض أو عند سفر بهتق أو غيره قال في كتاب ابن المواز يرجع في مرضه وبعد صحته إلا بما قبل يريد فيما قبل عتقه من عتق مؤجل أو عتق أو تدبير ووجه ذلك أن الوصية عقد جائز على ما قدمناه والعتق عقد لازم معجلا كان أو مؤجلا وكذلك التدبير قال ابن القاسم في المجموعة أن قال إن مت فعبدى حرأ وقال بعد موتى بشهران مت فأعتقوه فذلك سواء قال الشيخ أبو محمد يريد وصية قال ابن القاسم في المجموعة ولو أنه قال أنه مدبر إن لم أحدث فيه حدثا فهو وصية ولو قال عبدى مدبر يريد بعدموتى فهو كالوصية وتفكر فيها سحنون ولم يقل شيئا وروى ابن وهب عن المخزومي في الموازية يحمل على تدبير الميت قيل له أنه عالم فتوقف وجه القول الأول أنه إنما ثبت التدبير بعد الموت ولو قال حر بعد موتى لكان له الرجوع فبأن يكون له الرجوع في التدبير أولى ووجه القول الثاني أن التدبير عقد لازم وإنما يقتضى العتق بعد الموت وإنما ظاهر لفظه أنه يعتق بعدموتى بتدبيره الآن كأنه قال إذا مت عتق المدبر فمالا قيل له أنه عالم يعانى الألفاظ وما يتعلق منها على الشرط وعلى الحكم توقفت في ذلك (مسئلة) ومن قال إن مت من مرضى فعبدى مدبر فلا يرجع فيه قاله ابن القاسم في المجموعة وقال أصبغ يترك على التدبير ووجه ذلك أن تعليقه التدبير بموت لا يؤثر في التدبير لأن عتق التدبير متعلق بالموت ولكنه على وجه لازم لارجوع المدبر فيه وبالله التوفيق (مسئلة)

ومن قال فلان حر يوم أموت فقد قال مالك في المجموعة ان أراد التدبير فهو مدبر والافهى وصية
وروى عنه ابن وهب ان كل عتق بعد الموت فهو وصية حتى ينص على التدبير فيقول عن دبر مري
وقال أشهب ان قال ذلك في غير أحداث وصية فهو تدبير (مسئلة) واذا عتق المريض أو الجامل
أو تصدق ولم يقل ان مت ثم صح فقال أردت ان مت وقال الشهود ظننا انه أراد البتل قال على عن
مالك ينظر في ذلك بما يستدل به على قصده وقال عنه ابن وهب بعض ذلك يدل على بعض ما قالاه عنه
فان رأى أنه أراد الوصية فهى وصية يرجع فيها والافلار جوع له وتنفذ وقال عنه على في مريض قيل
له أوص فقال فلان حر ثم صح فقال أردت بعد موتى فذلك له ووجه قول مالك ان لفظ ايقاع العتق
والصدقة ظاهره البتل وتعليقه ذلك بشرط لا يثبت الا بأمر يعرف به فان تبين ذلك من لفظ العقد
وما قبله وبعده قل من ذلك ما نقلوه لدلالة ما قلناه له وان عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه
البتل وكذلك روى ابن وهب عن الخزومي فيمن قال في وصيته لفلان عشرة دنانير صدقة وعبدى
فلان حر وفلان مدبر ثم رجع بعد أن صح وقال لم أقل فذلك له الا فى التدبير لان العتق يمكن أن يكون
بعد الموت وانما كان ذلك لانه قصدا الى عقد وصيته فكان لفظها محجولا على معناها الا ما يختص
باللزوم من التدبير والله أعلم وأحكم وان عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وأما
اذا قيل أوص فقال فلان حر ثم قال أردت الوصية فان قوله لما كان جوابا لما عرض عليه من الوصية
فكان الظاهر حمله عليها وهذا من حمل اللفظ على مقتضى سببه ظاهر

(الباب الثانى فى صفة تغيير الوصية)

وذلك على ثلاثة أضرب أحدها الزيادة فيها والثانى النقص منها والثالث ابطالها جملة فأما
الزيادة فيها فانه على قسمين أحدهما أن يزيد فى وصيته لغير الموصى له أولا والثانى أن يزيد فى
وصيته للموصى له أولا فأما القسم الأول فانه لا تنافى بين الزيادة والمزيد عليها سواء كانا من جنسين
أو من جنس واحد فتنفذ الوصية الا أن يمنع من ذلك الزيادة على الثلث وقدر روى ابن وهب
وابن القاسم وعلى عن مالك فيمن أوصى بوصية أشهد عليها ثم أوصى بأخرى عند الموت ولم
 يذكر الاولى فانها ما جازتان ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وأما القسم الثانى وهو أن تكون
الزيادة للاول فلا يخفى أن تكون من جنس الوصية الاولى أو من غير جنسها فان كانت من جنسها
فلا يخفى أن تكون الثانية مثل الاولى أو أقل أو أكثر فى المجموعة وغيرهما من رواية ابن القاسم
وأشهب وعبد الملك وغيرهم عن مالك فيمن أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عددا أو أكثر
فان له أكثر الوصيتين وروى على بن زياد عنه فى المجموعة ان أوصى له بعشرة ثم أوصى له بخمسة
فله خمسة عشر ولو أوصى له أولا بخمسة ثم أوصى له بعشرة لم يكن له غير عشرة وقاله مطرف وان
كانت الوصيتان فى عقدين ووجه القول الأول ان هاتين وصيتان من جنس واحد فكان له
أكثرهما كمالو كانت الاولى أقل ووجه القول الثانى انه اذا بدأ بالأقل ثم أوصى له بأكثر منها كان
الظاهر انه أراد الزيادة فى وصيته وقد عمل الوصيتين واذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك فالظاهر
جمعه لانه بمعنى الزيادة وفيه اعمال الوصيتين ولو اعطاه أولا وهما لانها أكثر لكنا قد أغينا الأخيرة
وهى أحق بالاثبات والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا له أكثر العديدين فقد قال ابن الماجشون
ان كانت الوصيتان فى كتابين فليس له الا أكثرهما وان كانت فى كتاب واحد فان سمي له أولا وعددا ثم
سمى له أكثر منه فله الأكثر وان سمي له فى الثانى أقل من الأول فله العدينان قال لانه اذا بدأ فى كتاب

واحد بخمسة ثم ثني بعشرة جاز أن يقال عشرة منها الاولى ولو قال أولا عشرة لم يجز أن يقول بعدها
خمس منها العشرة الاولى وسوى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين وجعل له الأكثر بدأ بالآقل
أو بالأكثر وقد تقدم توجيهه ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك (مسئلة) وعلى حسب ما تقدم
تجزي الوصيتان في الذهب والفضة والعروض التي تكال وتوزن أو لا تكال ولا توزن والحيوان
والدور والسياب وغير ذلك ما لم يكن في شيء معين قاله أشهب في المجموعة وابن القاسم عن مالك
وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك في المكيل والموزن وأما العروض فله
الوصيتان تفاضل ذلك أو تساوى كأن في كتاب أو كتابين وجه القول الأول أنهما وصيتان متماثلتان
كالمكيل والموزن ووجه القول الثاني أن التماثل في العروض معدوم ولذلك يقضى فيها
بالقيمة فكانت الوصية بهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن (فرع) إذا ثبت ذلك فلا خلاف أن
الدراهم من سكة واحدة متماثلة وكذلك الأفراس والابل والعبيد وأما الدنانير والدراهم فقد روى ابن
حبيب عن ابن الماجشون عن مالك أنهما متماثلتان لانهما ماصنف واحد وحكى عن ابن القاسم أنهما
غير متماثلين وقاله أصبغ وقال محمد بن المواز وكذلك القمح والشعير والدراهم والسبائك من الفضة
وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من أنهما ماصنف واحد يدير يد في الزكاة ووجه قول ابن
القاسم أنهما غير متماثلين في الصورة والقيمة وهما جنسان ولذلك جاز فيهما التفاضل ولا يجوز
التفاضل في الجنس الواحد منهما (فرع) إذا قلنا أن الدنانير والدراهم متماثلتان فأوصى له بدنانير
ثم أوصى له بدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك أنه يعتبر الأقل والأكثر
بالصرف (مسئلة) ولو أوصى بعددين متساويين في الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة
دنانير ثم يوصى له بعشرة دنانير فإن له العددين جميعا واه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وعلى هذا
مذهب مالك وأصحابه وحكى القاضي أبو محمد في معونه أن الوصيتين إذا كانتا متماثلتين في الجنس
والقدر فإن له أحدهما جواز أن تكون الثانية تكرارا أو تآكيدا وهو ينحو إلى قول أشهب
فحين أوصى لرجل بثلاثة ثم أوصى له بثلاثة (مسئلة) وإن كان ما أوصى به معينا كعبدين معينه ثم
أوصى له بعد آخر بعينه فله الوصيتان لأن التعيين يمنع أن يرد بالوصية الثانية الاولى فوجب أن
يجمعها له لأن لكل وصية مقتضاها فيلزم انفاذها لانه لم يطرأ رجوع عنها وكذلك لو أوصى له بشيئين
مختلفين وإن لم تكن معينه كدنانير ودراهم على رأى ابن القاسم فإن له الوصيتين جميعا معينتين
كانتا أو غير معينتين في كتاب واحد أو في كتابين بدأ بالآقل أو بالأكثر لان اختلاف الجنس والاسم
يمنع أن يرد بالثانية الاولى فلزم أن تحمل الوصيتان على أنه أراد أن يجمعهم ماله (مسئلة) ولو أوصى
له بثلاث ماله ثم أوصى له بثلاث يحاص بالأكثر لانهما متماثلتان في اللفظ والجنس فكان له أكثرهما قاله
ابن القاسم وأشهب في المجموعة كما لو أوصى له بعشرة دنانير ثم أوصى له بخمسة ولو أوصى له بثلاث
ثم أوصى بثلاث آخر فقد قال أشهب في المجموعة يحاص بثلاث واحد والاثلاث كالدنانير لا تعرف بعينها
وكان يجب على مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يحاصص بالثلثين الآن يرد كونه ممنوعا
من الزيادة على الثلث يقتضى حمل الوصية الثانية على انها هي الاولى ولا تفاقم في اللفظ والمعنى مع
كونه ممنوعا من الزيادة على لفظ الأول أكثر ماله أو قل وهو بخلاف من أوصى بعدد ثم أوصى بثلاثة
وإن كان الأول قد استغرق الثلث لانه قد يزيد المال فيكون للعدد الباقي محل والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ولو أوصى له بالثلث ثم أوصى له بعد أو بعادة دنانير فقد قال أشهب في المجموعة يحاص

بالثلاث وبعد الدنانير أو العبد يد قيمته وقاله ابن القاسم قال سحنون معناه عندي أن ماله عين كله وفي العتية من رواية أصبغ عن ابن القاسم يضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلاث قال أصبغ وفيها شيء ولها تفسير وجه القول الأول أن الوصية بالثلاث وبعدد دنانير مختلفان فوجب أن يجعل الموصى له كالوصية بالدنانير والعبد وجه القول الثاني أن ما لهما إلى جنس واحد متماثل في النوع وقول سحنون في الذي يخص بالثلاث وبعدد الدنانير معناه أن يكون جميع التركة عينا ولذلك جعل الثلاث من جنس عدد الدنانير فعلى قول سحنون يحمل قوله على أنه تجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ولا يحمل قوله أنه يجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ويحمل قوله يقضى له بأكثرهما على أنه عين كله (مسئلة) وأما أن كان المال عرضا كله فقد روى ابن حبيب عن أصبغ يعطى الوصيتين إذا أجاز الورثة وإن لم يجز وأمه وصايا يضرب بالثلاث وبالعدد وإن لم تكن الوصايا فليس له إلا الثلاث وجه ذلك أن العددين من جنس الثلاث لأن الثلاث عرض والعدد عين فلذلك جعله في الخاصة (مسئلة) فإن كان في التركة ناض وعرض فقد روى ابن المواز عن أشهب وأصبغ يضرب له بثلاث العرض أو بالأكثر من العدد الموصى به ومن ثلث العين ووجهه أن ثلث العروض من غير جنس العين فله ثلث العروض وثلث العين من جنس العدد فكان له أكثرهما

(فصل) وهذا حكم تغيير الوصية بالزيادة فيها وأما حكمها بالنقص منها فلا يخلو أن يكون ذلك بالنص على النقص منها أو يوصى ببعضها لغيره فأما النص على النقص منها فثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يقول ردوها لي ثمانية أو اجعلوها لي ثمانية أو نسخت ماتت من الوصية بالعشرة أو أنا وصى له الآن بثمانية فهذا الاختلاف في المذهب في أنه ليس له إلا ما قرره آخر أو ما تغير الوصية بالفعل فهو يتعلق بالاعيان دون غيرها وذلك بان يفعل في العين الموصى بها ما لا يفعله إلا في ماله وهذا على أصل ابن القاسم وأما أشهب فإنه يراعى الأسماء وسنين ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسئلة) ومن أوصى لرجل بخزيرة ثم لها بعسل أو من فليس يرجوع كالو أوصى بعبد ثم علمه الكتاب ورواه أصبغ عن ابن وهب في العتية ووجه ذلك أن هذه زيادة فيما كان أوصى له والزيادة فيما أوصى به لا تأثير لها في إبطال الوصية لاسيما مع بقاء الاسم الذي علق عليه الوصية (فرع) فإذا قلنا ليس يرجوع عن الوصية فقد قال أصبغ يكون الورثة شركاء بقدر الثلث وكذلك صبغ الثوب وبناء الدار وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة الثوب يصبغه للموصى له قال أشهب وكذلك لو غسله أو كانت دارا فبعضها أو زاد فيها بناء أو وصى له بسويق ثم لته وجه قول أصبغ أنه لم توجد منه وصية بالصبغ والسمن فكان باقيا على ملك الموصى ووجه قول ابن القاسم وأشهب أنه لما كان الأصل موصى به ثم أضاف إليه ما لا يستقل بنفسه بل هو محمول فيما أوصى به كان ظاهر ذلك أنه أضافه إليه في الوصية (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم آجره أو رهنه فليس ذلك يرجوع ويفدى الرهن من رأس المال قاله مالك وابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك أن الاسم باق وصورة الموصى به باقية مع بقاءه على ملكه (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم باعه فإن مات قبل أن يشتريه بطلت الوصية فيه وإن اشتراه قبل أن يموت فهو للموصى له قال أشهب وكذلك لو أوصى له بعبد في غير ملكه ثم صار له باتباع أو هبة أو ميراث فالوصية فيه نافذة ووجه ذلك أن المراعى في الموصى به حاله عند وجوب الوصية بموت الموصى فإن كان في ملكه ذلك الوقت صححت الوصية والابطلت والله أعلم وأحكم

(مسئلة) ولو أوصى له بغزل فحكه ثوبا فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم هو رجوع عن الوصية قال أشهب لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه فتبطل الوصية (مسئلة) ولو أوصى له ببرد فقطعه قيمصا في الموازية لابن القاسم انه رجوع عن الوصية وقال أشهب وكذلك لو أوصى له بقميص فقطعه قباء أو جبة فردها قيصا أو ببطانة ثم بطن بها ثوبا أو بظهرة ثم ظهر بها ثوبا أو بقطن ثم حشابه أو غزله أو بفضة ثم صاغها حاتما أو بشاة ثم ذبحها لبطلت الوصية بذلك كله لأنه لا يقع الاسم الذي أوصى فيه وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية إذا قال ثوبى زيد ثم قطعها قيصا أولبسه في مرضه فليس برجوع وهو للموصى له قال ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قيصا أو سراويل كان رجوعا لتغير الاسم فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذي علقت عليه الوصية فإذا عمل فيه عملا أزال ذلك الاسم بطلت الوصية وإذا لم يزل العمل الاسم فالوصية باقية والله أعلم ولما كان اسم الثوب يقع على الشقة قبل القطع وبعده لم تبطل الوصية بقطعه لأن القطع لا يزيل عنه اسم الثوب ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب الا قبل القطع بطلت الوصية بالقطع لأنه يزيل عنه الاسم الذي علقت عليه الوصية (مسئلة) وإذا أوصى له بعمرصة ثم بناها دارا فقد قال أشهب في المجموعة ذلك رجوع ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس برجوع لأنه أوصى له بعمرصة وبناء فأزال البناء وأبقى العرصة ونادى رجوع من أشهب في تعلقه بالاسم الا ان يكثر ذلك في الزيادة دون النقص فيكون اسم الدار واقعا على البناء والعرصة ونائبها عنها فإذا أزال البناء بقيت العرصة على ما كانت عليه من الصفة والاسم وكان يلزمه على هذا القول إذا أوصى بعمرصة فبناها أن لا تبطل الوصية بالعرصة لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وروى أبو زيد وأصبغ عن ابن القاسم في العتبية إذا أوصى له بعمرصة فبناها كانا شريكين بقيمة البناء من العرصة وجهه قول أشهب انه قد زاد في العين الموصى بها زيادة غيرت الاسم فكان تغير الوصية كنسخ الغزل ووجه قول ابن القاسم ان الزيادة مع بقاء العين على حالها لا تغير الوصية وليس كذلك النسخ فانه قد غير عين الغزل وأما العرصة فهي باقية على ما كانت عليه قبل فأضيف اليها معنى آخر وهو البناء كما أضيف للثلاث الى السويق وأصبغ الى الثوب (فرع) فإذا قلنا ليس الهدم رجوع على قول أشهب فلم يكن النقص قال أشهب لا وصية في النقص وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم النقص للموصى له ووجه قول أشهب ان اسم البناء لا يتناول اسم الدار بعد النقص فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذي علقت عليه الوصية ووجه قول ابن القاسم ان الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قيمصا (مسئلة) ولو أوصى له بزرع ثم حصده أو بثمر ثم جده أو بصوف ثم حزه لم يكن رجوعا في الوصية قاله ابن القاسم في المجموعة ولو درسه أو كتاله وأدخله بيتا لكان رجوعا في الوصية ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد وصورته ثابتة لم تغير وإنما جعل منه تقطيعه وإن التمس من موضعه فلم يكن رجوعا كقطع الثوب فأما إذا اكتاله بعد درسه وأدخله بيتا فان درسه وتبليغه جدا لا كتيال قد غير صورته ونقل اسمه الى اسم القمح أو الشعير فكان ذلك رجوعا عن الوصية بالدرس والتصفية وأما دخاله البيت فاما هو ثوبا كسيد لمقصده والله أعلم وأحكم

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن خرم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ههنا غلاما يفاعلم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بما ليقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقى * مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن خرم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له إن فلانا يموت أفىوصى قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم * ش اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة واه عيسى عن ابن القاسم عن مالك في المدينة وقد ذكر يحيى بن سعيد في روايته عن أبي بكر أن الغلام كان ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة فتارة كان يصفه أبو بكر بأنه يفاع وتارة كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة وذلك كله سواء وقوله لم يحتلم على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنه لم يخرج بعد من حداثته والاحتمال في الرجال والنساء حديثين الصغير والكبير ويختص في النساء بالخض فهو في حديثين الصغير والكبير

(فصل) وقوله أخبره أنه قيل لعمر أنه بالمدينة ووارثه بالشام وليس له بالمدينة الابنة عم يريدها انفردت بالقيام بأمره والرفق به وإن كان وارثه الذي يمكن أن ينفرد بذلك أو يشاركه فيه بالشام ولعله قد قصد بذلك إلى بنت عمه هذه مع انفرداها بالقيام بأمره والتعب معه والتمريض له لا يعود اليها شيء من ماله ولعل الغلام قد أشفق من أن يخرج جميع ماله مع رفقة يده وإنفرداها بالعناء معه فتدبه عمر رضي الله عنه إلى أن يوصى لها وأعلمه أن ذلك مباح له وسائق في الشرع وإن كان لم يبلغ الحلم وبهذا قال مالك والليث وأجمع عليه علماء المدينة بأن وصية من يميز ويفهم ما يوصى به من السفیه والصغير جائزة وقال أبو حنيفة والشافعي تجوز وصية السفیه ولا تجوز وصية من لم يحتلم والدليل على ما نقلوه أن الصغير حرج فلا يمنع صحة الوصية مع التميز كالسفيه (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال مالك تجوز وصية اليفاع وقال ابن المواز وأجاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذي يعقل ما يوصى به ابن سبع سنين وشبهه وقال أصبغ تجوز وصية الصبي والصبية إذا علقا ما يفعلان وهذا فيما لا يلزمه من الوصية وأما التدبير فقد قال عبد الملك لا يجوز تدبير من لم يبلغ الحلم وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى والفرق بين الوصية والتدبير أن التدبير عقد لازم (فرع) إذا أوصى الصبي إلى غير وصيه ففرق ثلثه فللوصى أن لا يلي غيره تفریق ثلثه قاله أشهب ووجه ذلك أنه محجور عليه وإنما أبيع انفاذ ثلثه في وجوه وصيته وليس له صرف ثلثه إلى غير وصيه الذي قد لزمه حجه (مسألة) وأما الصغير الذي لا يميز فلا خلاف بين العلماء في أنه لا يجوز وصيته ووجه ذلك أنه لا يصح قصده كالمغمى عليه

(فصل) وقوله فليوص لها وهي بنت عمه من قرابته وذلك دليل على جواز الوصية للقريب الذي لا يرث ولا خلاف في جواز ذلك قال الله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربى فسخت الوصية للوالدين والأقربى وبقيت في حق الوارث القريب

حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن خرم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ههنا غلاما يفاعلم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بما ليقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقى * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن خرم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له إن فلانا يموت أفىوصى قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم

الذي لا يرث ومن جهة المعنى انه انما حجر عليه في حال حياته في ماله لحقه لا حق غيره فلصامات بطل
 أن يحجر عليه لحقه لانه لم يبق له منفعة في ماله غير ما يوصى به فكان النظر له تجوز وصيته (مسئلة)
 وتجوز الوصية للاجنبي مع وجود القرابة وهذا قال أبو حنيفة والشافعي والأوزاعي والثوري وقال
 الحسن وطاوس ان فعل ذلك ردت وصيته الى قرابته وقال ابن المسيب من أوصى لغير قرابته بثلثه
 رد الى قرابته من ذلك ثلثا الثلث وينفذ الثلث للموصى لهم وبه قال ابن راهويه
 (فصل) وقوله فأوصى لها بما يقال له بئر جشم يقتضى ان اسم المال يقع عندهم على الارضين
 والأصول الثابتة وقوله فيبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم على معنى الاخبار عن تجوز وصيته
 بكثير المال وان ذلك لا يختص بقليله وان وصيته تصح بالتعليك المطلق للاعيان ولا تختص بالتحييس
 والتسبيل

(فصل) وقوله وان ابنة عمه الموصى لها هي أم عمرو بن سليم يقتضى الاشارة الى تصحيح الرواية
 ومراجعة الراوى الذي هو عمرو بن سليم لها لتعلقها به ويحتمل أن يشير بذلك الى أن وصية الصغير
 تجوز للمعنى ان كانت معروفة بالمعنى وغير داخلية في جملة الفقراء ص **قال يحيى سمعت مالكا**
يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفتق أحيانا تجوز
وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك
ما يوصى به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له **ش** وهذا على ما قال انه تجوز وصية الضعيف في
 عقله يريد الضعيف العقل وهو الذي لا يستقل بنفسه ويحتاج الى من يلى أمره لعجزه عن مباشرة
 أحواله وهو مع ذلك يميز ويفهم وقد روى ابن وهب وأشهب عن مالك تجوز وصية الأحمق يريد
 بذلك الذي وصفناه بضعف العقل وأما السفيه فانه يريد به الذي يتلف ماله في وجوه السفه أو يشتغل
 عن تمييزه وحفظه بالبطالة وأما المصاب فهو الذي أصيب بعقله اما بصرع أو بما شاء الله تعالى فاذا كان
 يفتق أحيانا وكانت وصيته حين افاقته فهي جائزة قال عبد الملك تجوز وصية المجنون في حال افاقته كما
 تجوز شهادته في حال افاقته ان كان عدلا (مسئلة) واذا ادان المولى عليه ثم مات لم يازمه ذلك كالحى
 الا أن يوصى به فيجوز ذلك في ثلثه رواه محمد عن أشهب عن مالك قال ابن كنانة وان كان سمي
 ذلك النقص من رأس المال أو لم يجعله في ثلثه لم يجز ذلك على ورثته فاذا أوصى به على وجه الوصية
 فهو مبدأ على وصايه (مسئلة) وأما تدبير السفه فقد قال عبد الملك ان تدبر السفه خادما كثيرة
 الثمن لم يجز تدبيره ويجوز في قليلة الثمن وقال أشهب لا تجوز تدبير المولى عليه ولا يبطل وقال ابن
 القاسم له تدبير عبده في المرض فاذا صح بطل ذلك وقال ابن كنانة تجوز وصية المولى عليه وتديره
 وما لا يقع فيه الا بعد موته وانما يمنع من ماله في حياته وعدم رشده وجه قول أشهب انه من العقود
 اللازمة فلا يازمه كالبيع والشراء ووجه قول ابن القاسم ان له حكم الوصية فاذا دبر في مرضه روى
 أمره فان مات من مرضه فحكم التدبير والوصية واحد فينفذ ذلك وان افاق بطل ذلك لانه عقد لازم

﴿ الوصية في الثلث لا تتعدى ﴾

ص **مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه قال جاءني رسول الله صلى**
الله عليه وسلم يعوذني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى
وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنتى أفأصدق بثلثي ما لي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالتسطر

قال يحيى سمعت مالكا
 يقول الأمر المجتمع عليه
 عندنا أن الضعيف في عقله
 والسفيه والمصاب الذي
 يفتق أحيانا تجوز وصاياهم
 اذا كان معهم من عقولهم
 ما يعرفون ما يوصون به
 فأما من ليس معه من عقله
 ما يعرف بذلك ما يوصى
 به وكان مغلوبا على عقله
 فلا وصية له

﴿ الوصية في الثلث

لا تتعدى ﴾

حدثني مالك عن ابن
 شهاب عن عامر بن سعد
 ابن أبي وقاص عن أبيه
 انه قال جاءني رسول الله
 صلى الله عليه وسلم يعوذني
 عام حجة الوداع من وجع
 اشتد بي فقلت يا رسول
 الله قد بلغ بي من الوجع
 ما ترى وأنا ذومال ولا
 يرثني الا ابنتى أفأصدق
 بثلثي ما لي قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لا فقلت
 فالتسطر

قال لائم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقالت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملاً صالحاً إلا زددت به درجة ورفعة ولهالك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة * ش قول سعد جاء في رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع سنة في عيادة المرضى وهي من القرب يدل على ذلك ما روى معاوية بن سويد بن مقرن عن البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم أن تتبع الجنائز ونعوذ بالمرضى ونفسي السلام

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يا رسول الله قد بلغني من الوجع ما ترى دليل على جواز اخبار العليل بشدة حاله اذا تسبب بذلك الى النظر في دينه ويجوز ذلك اذا تسبب بذلك الى معاناة أهله ويجوز أن يخبر بذلك من يرجو بركة دعائه ويخبر بذلك من يعلم اشفاقه وقدرى الخرب بن سويد عن عبد الله دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وهو يوعك فقالت يا رسول الله انك توعك وعكا قال أجل اني أوعك كما يوعك رجلان منكم وروى القاسم بن محمد ان عائشة قالت وارساء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنا وارساء لقد هممت أن أوصي الى أبي بكر والله وأعهد وانما يكره ما كان منه على وجه التسكّي والتسخط وذلك محبط فلا جراً ومؤثريه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وأنا ذومال ولا يرثني إلا ابنتي الى هذا اللفظ وان كان يقع على يسير المال وكثيره فانه لا يستعمل الا في كثيره واستكثر من ذلك المال لابنة لانفرادها على عادة العرب وما كانت جبلت عليه من أنها لم تكن تعد المال للنساء وانما كانت تعده للرجال ويحتمل أن يكون ظن انها تنفرد بجميع المال ويحتمل أن يكون استكثر نصف ماله لها ورأى انه اذا تصدق بنصفه يكتفيها نصف ما بقي منه بعد ما يتصدق به قال القاضي أبو الحسن قوله ولا يرثني إلا ابنتي يريد من النساء ويحتمل أن يريد بقوله أفأصدق بثلاثي مالي ان يبتله قبل موته ويحتمل أن يريد به أن يوصي بذلك المقدار في وجوه برفقها النبي صلى الله عليه وسلم عن الثلثين ثم عن الشطر وأباح له الثلث ووصفه بالكثرة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى انه كثير ما أباح للرييض التصرف فيه من ماله وذلك يمنع الزيادة عليه فان حملناه على الوصية فقد اتفق العلماء على ان له الوصية بالثلث وروى هشام بن عروة عن أبيه عن ابن عباس انه قال لو غرض الناس الى الربيع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير أو كبير فعمل قوله والثلث كثير على استكثر الثلث في الوصية والندب الى التقصير عنه وروى عن عمر رضي الله عنه انه أوصى بالربيع وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس وقال رضيت في وصيتي بما رضى الله به لنييه من الغنمة (مسألة) اذا ثبت ذلك فقد اتفق العلماء على ان من كان له وارث فليس له أن يوصي باكثر من ثلثه لقول النبي صلى الله عليه وسلم والثلث كبير لقوله انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فثبت بذلك حق الورثة في مال المريض بمنع ما زاد على الثلث (مسألة) فان لم يكن له وارث فهل له أن يوصي بماله كله فذهب مالك انه لا يجوز وبه قال الشافعي وهو قول زيد بن ثابت وجوز ذلك أبو حنيفة وروى ذلك عن ابن مسعود وعلى بن أبي طالب والدليل على ما نقوله ان له من يعقل

قال لائم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقالت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملاً صالحاً إلا زددت به درجة ورفعة ولهالك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة

عنه فلم يكن له أن يوصى بأكثر من الثلث أصل ذلك من يرثه بنوه (مسئلة) فإذا أوصى الميت بأكثر من الثلث فجازته الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذا منهم لفعل الموصى ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافا للشافعي في قوله أنها ابتداء عطية قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك أن المنع إنما هو لحق الورثة فإذا أجاز وافقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت بمنزلة أن يأذنوا له قبل أن يوصى بمنزلة حكم الثلث (مسئلة) وإن رده الورثة رده منه ما زاد على الثلث وليس لهم رد شيء من الثلث ووجه ذلك أن حقوقهم إنما تتعلق بما زاد على الثلث فليس لهم أن يتعدوه إلى ما لم يتعلق به حقوقهم لأن حقوقهم تتعلق بثلاثي المال بمرض الموصى وإنما تتعلق حقوقهم بالثلث الباقي بموت موروثهم دون وصية والله أعلم وأحكم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فن مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يجزيه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه وكذلك من أعتق نصرانيا فمات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله ولا يجعل في بيت المال ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فإذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر (مسئلة) ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك يجزيه أن يتصدق بثلثه قال ابن المواز يتصدق بذلك عن المسلمين لا عن الميت ووجه ذلك أن ملك الموصى قد زال عن ثلثي ماله إلى وارث معين أو غير معين فإن كان معيناً دفع إليه وإن كان غير معين تصدق به عن صار إليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى نصراني بجميع ماله للكنيسة ففي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين ووجه ذلك أن الذي أذالم يكن له وارث فإن ماله للمسلمين فالحكم في تركته بين المسلمين وبين الناظر في الكنيسة فيجوز على حكم الإسلام فلا يجوز له وصية في أكثر من ثلثه (مسئلة) وهذا إذا أوصى بأكثر من الثلث دون إذن الورثة فإن أذنوا له نفذ

(فصل) فإن حملنا قوله أفأصدق بثلاثي مالي على إبطال الصدقة في المرض فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد منع من ذلك وإنما أطلق اللفظ في الثلث على أنه كثير وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو عتق أو هبة أو محاباة في بيع فإن زاد على ذلك فالزيادة موقوفة مراعاةً لأفاق من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية أن أجازته الورثة والارادة إلى الثلث ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لأن حكمه حكم الوصية وشد داخل الظاهر فقوا بل يلزمه الجميع إذا قبضت الهبة أو الصدقة والدليل على ذلك قول سعد أفأصدق بثلاثي مالي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا ثم قال الثلث والثلث كثير وهذا بين في رد ما دعوه ودليل ثان حديث عمران بن حصين في الذي أعتق في مرضه ستة أعبد ولا مال له غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين ورد أربعة (مسئلة) إذا ثبت أن حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة فقد قال القاضي أبو محمد في معونته أنه يتعلق به حكم الحجر فيما زاد على قدر حاجته من الاتفاق في الأكل والكسوة والتداوى والعلاج وشراء ما يحتاج إليه من الأشرطة والأدوية وأجرة الطبيب ويمنع من السرف وما يخرج عن العادة لأن ذلك انخراج مال على غير عوض يستفيد أو ورثته فكان في معنى إضاعته وذلك ممنوع قال وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء لأن حق الورثة لم يتعلق بعين المال وإنما يتعلق بمقداره وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة ولا يمنع المريض من البيع والابتاع إذا لم يكن في ذلك محاباة أو ضرر بالورثة قال ابن القاسم وأشهب وهبته للنواب كبيع (مسئلة) وإذا باع

الانسان على أهله لا يهمله ولا يضيعه ولا يسعى الاله مع كون الكثير منه واجبا عليه وما ينفقه الانسان على نفسه أيضا يؤثر فيه اذا قصد بذلك التقوى على الطاعة والعبادة

(فصل) وقوله رضى الله عنه قلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي يريد والله أن يخلف بمكة بعد انصراف أصحابه الى المدينة مع النبي صلى الله عليه وسلم اشفاقا من بقاءه في الأرض التي هاجر منها ومنع المرض له عن الرحيل مع أصحابه الى الأرض التي هاجر اليها وقد ذكر قوم أن هذا يدل على أن حكم الهجرة لم ينقطع بعد الفتح وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية ويحتمل عندى أن يكون معنى ذلك أنه لا هجرة بعد الفتح لمن لم يهاجر قبل الفتح يريد لا تفتح الهجرة بعد الفتح وأما من هاجر قبل الفتح فان حكم الهجرة ثابت في حقه لازم له الى أن يتوفى يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمي انه انما أذن للمهاجر أن يقيم بمكة ثلاثا بعد الصدر فعلى هذا من لزمه حكم الهجرة ثبت في حقه وقد منع من الرجوع عنه ولزمه المقام مع النبي صلى الله عليه وسلم حيث أقام والنصرة له والحماية ومن لم يهاجر قبل الفتح لم يلزمه هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا زددت به درجة ورفعة يريد والله أعلم انك ان خلفت فعملت عملا صالحا زددت به درجة ويحتمل أن يريد بقوله ههنا انك لن تخلف وجهين أحدهما أن يخلف بمعنى أن ينسأ في أجلك فتعمل عملا صالحا والثاني أن يخلف بمكة التخلف الذي أشفق هو منه فيكون معناه أن بقاءه بالأرض التي هاجر منها لضرورة المرض لا يبطل شيئا من هجرته بل ما عمل فيها من الأعمال الصالحة مكتوبا به يزد في درجاته ويرجح ميزانه في الدنيا والآخرة وانما يسقط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة الى الموت فيها على قول قوم فعلى هذا التأويل فيه اخبار لسعدانه لن يموت بمكة لقوله صلى الله عليه وسلم انه يزداد بالأعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة على ما كان عليه بعد الهجرة والى أن من مرض بمكة وهو على حكم الهجرة ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بمكة لا يبلغه درجة المهاجرين فكيف أن يزداد به درجة ورفعة

(فصل) وقوله لعلي أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون التخلف ههنا الابقاء بعد من يموت من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وقد قيل في تأويل ذلك ان سعدا حرم على العراق فأبى بقوم ارتدوا عن الاسلام وسجعوا سجع الكهان فاستتابهم فأبى بعضهم فقتلهم فضر أولئك وتاب بعضهم فانتفعوا به ويحتمل عندى أن يكون إشارة الى بقاء بعده صلى الله عليه وسلم الى وقت ولى أمر الكوفة وغيرها وقاد الحيوث فانتفع به من استحق النفع واستغنى به من استحق الضرر وكان في ذلك تنبيه له على أنه سيهلك أن ينتفع ويضر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم يحتمل أن يريد به أن البقاء مع الاختيار بمكة مما يؤثر في الهجرة وهو من باب الرجوع على العقب ومخالفة ما ابتدأهم الله به من الهجرة وأن توفيقهم وعونهم على ملازمة المدينة دار الهجرة من امضاء الهجرة لهم وتضعيفها في جنبهم وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم خلف رجلا على سعد وقال له ان مات بمكة فلا تدفنها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لكن البائس سعد بن خولة البائس عند أهل اللغة الذي يتبين عليه أثر البؤس من شدة الفقر وقوله برئ له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مات بمكة ذكر ابن

ممن أن سعد بن خولة كان قد أسلم فأقام بمكة ولم يهاجر حتى مات فذكره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ورثه له وذكر البخاري أن سعد بن خولة شهيد بدر ثم انصرف إلى مكة ومات بها وروى ابن بكير عن الليث أنه توفي بمكة في عام حجة الوداع وقال الطبري توفي بمكة سنة سبع والقبول الأول عندي أظهر وهذا ظاهر لفظ النبي صلى الله عليه وسلم أنه رثى له أن مات بمكة وهذا يقتضي أن لموت المهاجر بمكة تأثيراً في هجرته وثاملاً إما أن يكون ذلك لمن اختار المقام بمكة وإما أن يكون لمن مات بها على أي وجه كان وتعلق ذلك بالاختيار أظهر والله أعلم وأحكم على أنه قل من مات بمكة من المهاجرين ولعله قد أجبت فيهم دعوة النبي صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم ص قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلاث ماله لرجل ويقول غلامي يخدم فلاناً ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحصان يحاص الذي أوصى له بالثلاث بثلاثة ويحاص الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من أجارته إن كانت له أجرة بقدر حصته فإذا مات الذي جعلته خدمة العبد ما عاش عتق العبد * ش هذه المسئلة مبنية على جواز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري والليث وقال ابن أبي ليلى لا يصح ذلك وقال الطحاوي وهو القياس ودليلنا من جهة القياس أن هذا تملك منافع فصح ذلك من غير بدل كالعري (فرع) إذا ثبت ذلك فن أوصى له بخدمة عبداً وسكنى داراً جاز له أن يكرى ذلك إلا أن يعلم أن الموصى أراد أن يسكنها بنفسه خلافاً لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله أن هذه منافع فصح بدلها فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر قال ذلك كله القاضي أبو محمد * إذا ثبت ذلك فن أوصى بثلاث ماله لرجل ويخدم غلامه فلاناً ما عاش ثم هو حر فيه أربعاً أبواب * أحدهما أن الوصايا إذا ضاق عنها الثلث وتسأت في التأكيذ وقعت المحاصة فيها سواء كانت في لفظ واحد وقت واحد أو أوقات مختلفة ومجالس شتى * والباب الثاني في أخذ الموصى له ما يوجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به * والباب الثالث في المحاصة بالتعمير ومدة التعمير * والباب الرابع في تبدل بعض الوصايا على بعض والله أعلم وأحكم

(الباب الأول في التحاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها في التقديم)

أصل ذلك أن الوصايا مبنية على أن ينفذ منها ما أمكن الجمع بينه ولا يبطل منها إلا ما لا يصح أن يجمع مع ما ثبت وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة فمن أوصى لرجل بثلاث ماله وآخر بنصفه إن الثلث بينهما على خمسة أسهم ولو أوصى لآخر بجميعه لكان الثلث بينهما على أربعة أسهم خلافاً لأبي حنيفة في قوله هو بينهما بنصفين والدليل على ما نقوله أن التفاضل في الوصية يقتضي التفاضل في القسمة كما لو اتسع الثلث لذلك وهذا حكم الفرائض في العول وقد ثبت أن الثلث سدس والنصف ثلاثة أسداس فيكون لصاحب الثلث خمسة أسداس ولصاحب النصف ثلاثة أسداس وهذا حكم الجميع مع الثلث لأن في الجميع ثلاثة أثلاث والثلث المنفرد رابع وهو ربع الجميع فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع الثلث الذي يازم الورثة إنفاذه ولصاحب الثلث ربعه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لرجل بثلاث ماله وآخر بعبد وهو سدس المال فاما الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ثلثاه في كل شيء ولصاحب العبد ثلثه قاله أشهب في الموازية ووجه ذلك أن الوصية بالثلث استوعبت ما كان له أن يوصى به ثم زاد بعد ذلك الوصية بالعبد وهو سدس والوصايا مبنية على الجواز بما أمكن

قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلاث ماله لرجل ويقول غلامي يخدم فلاناً ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحصان يحاص الذي أوصى له بالثلاث بثلاثة ويحاص الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من أجارته إن كانت له أجرة بقدر حصته فإذا مات الذي جعلته خدمة العبد ما عاش عتق العبد

ذلك فوجب التخاص (مسئلة) ومن أوصى بعبده ميمون لزيد ثم أوصى به لعمر وولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى فإنه يكون بينهما بنصفين رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك لو كانت دارا لكانت بينهما أو ما حله الثلث منها وبذلك جمهور العلماء وقال عطاء وطاوس وهؤلاء آخر دليل لنا ما قدمناه من الوصايا المبينة على المحاصة لأنها حقوق مقصورة في المال تنتقل عن ميت إلى مالك دون عوض كالمواريث التي يدخلها العول (فرع) إذا ثبت ذلك فقد حكى ابن المواز أنه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر جوع عن الأول مثل أن يقول عبدي الذي أوصيت به لزيد هو لعمر وفيه رجوع فإن لم يقبله الثاني فلا شيء فيه للأول وقال القاضي أبو محمد في معونته وذكر في المجموع والموازية إذا قال عبدي لفلان وهو لفلان فهو بينهما فإن رد الثاني فنصيبه للورثة فأما قوله هو لفلان وهو لفلان فوجه التشريك فيه ظاهر وأما قوله عبدي الذي أوصيت به لزيد هو لعمر وأنت رجوع فوجه ذلك أن قوله عبدي الذي أوصيت به لزيد ابتداء كلام غير مستقل بنفسه حتى يقترب به الجواب وجوابه هو لعمر وذلك يقتضي أن هذا جميع الخبر وذلك يفيد نقل الوصية بجميع العبد كما لو قال عبدي ميمون لعمر واذ قال عبدي ميمون وصية لزيد ثم قال في ذلك المجلس أو مجلس آخر عبدي ميمون لعمر وفان كان كل واحد من القولين قائماً بنفسه مستقلاً بخبره لا يفيد إلا ما يفيد الآخر فوجب التشريك وفي المدونة من قال العبد الذي أوصيت به لفلان هو وصية لفلان رجل آخر فقد قال مالك إن كان في الوصية الأخيرة ما ينقص الأولى فهي نافذة لها فلم يصحح بأن الثانية نافذة لما كانت عنده محتملة أو غير بينة وإنما الرجوع البين عن الوصية أن يقول هو لزيد بدل لعمر أو يقول قد صرفته من زيد إلى عمرو فإما الاعتبار بالتصريح بصره عن الموصي له به أولاً ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصي له به آخر والله أعلم (مسئلة) ولو أوصى بعبده لوارث من ورثته ثم أوصى به لأجنبي في الموازية عن ابن القاسم وأشهب أنه بينهما وإن لم يميز الورثة نصيب الوارث رجوع ميراثاً ووجه ذلك أنه أوصى به في وجهين فاقضى ذلك التشريك بينهما إلا أن نصيب الوارث للورثة فيه اختيار بين الإجازة والرد ولا خيار لهم في نصيب الأجنبي ولا في شيء منه إذا حمل الثلث العبد ولو أوصى لأجنبي ولو ارث لا وارث له غيره ففي المدونة أن الأجنبي مقيم في الثلث ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لأنه إنما يصير له بها ما كان يصير له دونها فلذلك قدم الأجنبي عليه وإذا أوصى لأجنبي ولو ارث من جهة ورثته كان الوصية الوارث تأثيراً لأنه أعطاه بها ما لم يكن له دونها فلم يدم الأجنبي عليه (مسئلة) ومن أوصى بعتق عبده ثم أوصى به لرجل فهو رجوع وكذلك لو أخر الوصية بعتقه قاله ابن القاسم وقال أشهب في الموازية العتق يبدأ وحكي القاضي أبو محمد أن العتق يبدأ قدم أو أخر وجه قول ابن القاسم ما ذكر القاضي أبو محمد أن العتق لا يجوز الاشتراك فيه لأنه بمنزلة ابتداء فإذا امتنع ذلك لم يفيد من المنع حمل على الرجوع ووجه قول أشهب ما احتج به من أن الوصيتين إذا اجتمعتا في غير قدم العتق وليس ذلك بمعنى الرجوع عن الوصية وإن دعيت بجميع العبد كما لو أوصى بزيد ثم أوصى به لعمر والفرق بينهما على قول ابن القاسم أن الوصية بالعتق وصية بازالة ملك والوصية بتمليك العبد وصية بتمليك والفرق بينهما أن حصص التمليك يجمع بينهما في المحاصة في التخليص وغيره ولا يجمع بينهما في العتق وأيضاً فإن الوصايا يخاص بينهما إذا اجتمعت في التملك ولا يخاص بينهما إذا كان بعضهما بعتق وبعضها بتمليك وذلك يدل على معنى الاشتراك والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى لزيد بعبده ساجم ثم أمر رجلاً

آخر بيع كل عبده في العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب يسأل الأمر فإن كان مات قبل ذلك نفذت الوصية ولم تغير إلا بأمر بين وقال ابن القاسم أمره ببيع كل عبد رجوع عن الوصية كما لو أمر أن يتصدق عنه بكل ماله في ذلك البلد على رجل لكان رجوعاً والصدقة أثبت من الوصية وكذلك لو أعتق كل عبده بذلك البلد لكان العتق أولى ووجه قول ابن وهب أن اللفظ الخاص واللفظ العام إذا تعارضا كان اللفظ الخاص أولى فيما قبله من العام لأن اللفظ الخاص يتناول ما يقع تحته على وجه لا يحتمل غيره واللفظ العام يتناول على وجه محتمل وقول ابن القاسم مبني على مذهب أبي حنيفة في أن اللفظ العام المتأخر يرفع حكم اللفظ الخاص المتقدم وقول ابن وهب أجرى على أصول أصحابنا وهذا قد ذكرته في أحكام الفصول بما يغني الناظر فيه ويجب أن لا يسمى ما أئزمه ابن القاسم من الصدقة بجميع ماله في ذلك البلد إذا كان الموصي بهم من جملة ماله في ذلك البلد وكذلك العتق (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم أوصى أن يباع أو قال يبعوه من عمرو وفي المجموعة والموازاة عن أشهب أنه رجوع قال إلا أن يقول عبدي لزيد يبعوه من عمرو وليبع من عمرو بثلاثي ثمنه ويعطى ذلك لزيد وجه ذلك ما مضى غير أنه فرق بين أن يوصى بالعبد لزيد ثم يوصى به على الإطلاق أو من عمرو وبين أن يوصى بزيد ثم يقول يبعوه من عمرو وقد كان جمع بينهما إذا أوصى بزيد ثم قال هو لعمرو فجعل للوصية بالبيع تأثير في أحد الوجهين وذلك أن البيع انما تتناول الوصية به إزالة الملك فأشبهت العتق من هذا الوجه والبيع يتضمن التملك ولا يتضمنه العتق بل ينفيه والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم قال بعد ذلك خدمته لعمرو وقال أشهب في المجموعة ليس هذا رجوع والغلة والخدمة سواء فإن جملة الثلث استخدمناه واستغلامه جميعاً بالسواء وإن لم يحملة الثلث فلورثته إن تحرروا إن يسلموا إليهم المثلث الميث ووجه ذلك أن المقصود من العبد الخدمة فإما آثر منه المسمى على الإطلاق ولفظ الاستيعاب ساوى الذي أوصى له برقبته لأن ذلك أيضاً يقتضى استيعاب الخدمة فيمتساويان في ذلك لما قدمناه من حكم الوصيتين التثريك ما لم يكن ذلك ولم يناف أن تكون الخدمة بينهما حملت الوصيتان على ذلك وليس ذلك بمنزلة الذي يوصى برقبته لأحدهما ولا آخر أن تباع منه فإنه محال أن تبقى رقبته لزيد مع بيعه من عمرو فجعل عند الشريك على مقتضى وصيته على واحد منهما وهو أن تباع من عمرو ويصرف الثمن إلى زيد لانه بدل رقبته التي أوصى له بها لانه كانه لما وصى ببيعها ولم يرد بذلك رد ما تقدم من وصيته بزيد فقد أبقى له ثمنه (مسئلة) ومن أوصى لزيد بخدمة عبده سنتين ثم هو حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة انهما يتحاضان في خدمته سنتين يضرب صاحب السنتين بسهمين وصاحب السنة بسهم ولو قال يخدم زيد سنة ثم هو حر ثم قال يخدم فلان سنتين لتحاضا في خدمة السنة لزيد ثلثا ولعمرو ثلثا فيكون حراً قاله كله ابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك أنه استثنى في المسئلة الأخيرة خدمة سنتين قبل العتق واستثنى في المسئلة الثانية سنة قبل العتق ثم أوصى بخدمة سنتين فسامت السنة الأولى من معارضة العتق وعارض العتق الخدمة في السنة الثانية فقدم العتق وفرق ابن القاسم بين هذه المسئلة وبين الذي أوصى بعتق عبده مبيعون ثم أوصى به لعمرو فجعل ذلك رجوعاً لأن العتق يبطل في تلك السنة وهو في مسئلته باق ثابت الحكم فلم تكن الوصية بخدمة السنة الثانية رجوعاً عنه (مسئلة) ومن أوصى بثلاثة أعبده لزيد ثم أوصى بواحد مسمى منهم لعمرو ففي العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم أن حمل ذلك الثلث فالعبدان لزيد والعبد

الثالث بينه وبين عمرو بنصفين ووجه ذلك ان في العبد الواحد وقع التشرية فكان بينهما والعبدان
سما من ذلك فسهل الممن أفرد بهما (مسئلة) ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التي على خالد ثم أوصى
بها لزيد فليضرب فيها زيدا بمائة وعمرو بنصفين روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك
انه لما كانت المائة معينة لمن هي عليه لم تتعدا الوصية ولما أوصى بها لزيد وعمرو وكان كانه أوصى
بنصفين منها لكل واحد منهما ثم لما أوصى لزيد بها مرة أخرى فقد أوصى له بمائة بعد ان أوصى له
بنصفين فسقطت النصفون وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بنصفين فيكون لزيد ثلثا
المائة ولعمرو ثلثها والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى لرجل بجزء من ماله وأوصى لآخر بدنانير
مساواة وضاق الثلث عن الوصيتين ففيها ثلاث روايات احداها تبدئة الجزاء على التسمية والثانية
تبدئة التسمية على الجزاء والثالثة المحاصة بينهما ذكر ذلك القاضي أبو محمد وبالرواية الثالثة قال ابن
القاسم في المجموعة قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى ان الجزء آكد في باب الوصايا من التسمية
الأتري انه لو أوصى له بألف فتلفت التركة كلها الا الألف لم يستحق الموصى له الا ثلثها فطلبت التسمية
ورجعت الى حكم الجزء ووجه الرواية الثانية ان التسمية آكد من الجزء للنص على قدرها بوجه
غير محتمل والجزء لا يتقدر به الوصية الا بوجه محتمل ووجه الرواية الثالثة انها مجتهدان للاستحقاق
بالوصية فلم تكن احداها أولى من الاخرى ورجع الى المحاصة واستدل سحنون على المحاصة انه قد
انتقص كل واحد منهما بما أدخل عليه من صاحبه

(الباب الثاني في أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به)
وذلك ان الوصية لا تخلو أن تكون عروضا كلها أو عينها كلها أو بعضها عين وبعضها عرض فان
كانت التركة عروضا كلها أو بعضها عرض وبعضها عين فأوصى له بعرض معين يحمله الثلث فقد
روى علي بن زياد فبين أوصى له بعد ثمنه عشرة ودينارا وله أموال عريضة فقال الورثة لا نحب
أن نخلص له العبد فليس ذلك لهم الا فيما لا يسعه ثلثه أو يشكل اتساعه له فيخير وبين الاجازة والقطع
بثلث جميع مال الميت ووجه ذلك انه أوصى بالعبد وهو دون الثلث وله التصرف في ثلث ماله
فليس للورثة منعه من ذلك الا لوجه مضمرة تلحقهم بتعيينه أو الزيادة على الثلث فيرد عند ذلك الى
الثلث الذي هو نهاية ماله فيه من التصرف وهذا على أحد قول مالك وذلك ان من أوصى لرجل
بعبد وهو أكثر من ثلثه فلم يجز الورثة فقد اختلف فيه قول مالك فقال أولا يقطع فيه بثلث الميت وبه
قال عبد الملك وابن كنانة ورواه علي بن زياد عن مالك في هذه المسئلة ثم رجع فقال يقطع له بالثلث
في تلك العين الموصى بها واختاره ابن القاسم وأشهب وروى القولين عنه ابن القاسم وأشهب
وجه القول الأول ان هذه وصية عالت على الثلث فاذا لم تجز الورثة ردت الى ثلث التركة كما لو كان
معظم المال غائبا أو دينارا ووجه القول الثاني ما احتج به أشهب ان العبد لو مات قبل أن يخلع الثلث
لبطلت الوصية ومعنى ذلك انه لما كان من ضمان الموصى له دل ذلك على اختصاص وصيته بثلث
العين فلا ينقل عنها وانما يبطل ما زاد على الثلث (مسئلة) ولو أوصى بدنانير والتركة كلها عرض
فقال ابن القاسم اذا كانت التركة عرضا حاضرة وأوصى بدنانير فلا يباجز فيها وتباع عروضه
وتعطى الدنانير ولا يخلع له الثلث ان لم يصبر وا عليه حتى تباع العروض وتعطى قال ابن المواز
وخذا كالعين الحاضرة لا تعين فيه بخلاف الدين والمال الغائب وليعجل وصية الميت فاذا ترك
مائة دينار وعروضاً وأوصى بمائة دينار فلا ينتظر بيع ذلك وتعجل وصية الميت من المائة العين

ووجه ذلك انه ليس ههنا ما يوجب النقل عما أوصى به الميت واذا أخرج الثلث صاحب الوصية
 على وجهه فلا تخيير بالقطع بالثلث لمن أباه من الورثة أو الموصى له (مسئلة) فان كان في التركة
 دنائير وعروض فأوصى له بدنائير فقد قال أشهب في المجموعة فيمن أوصى بعشرة دنائير معينة لم
 يخلف عينا غير هاوله عروعي وسراي ورقيق ودواب قال الشيخ أبو محمد يد حاضرة تدفع اليه
 العشرة الدنائير وان كره ذلك الورثة ولو لم يخلف من العين الا خمسة دنائير لأخذها ويبيع له بخمسة
 قال ابن القاسم في المجموعة ان لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه خير الورثة بين الاجازة
 أو القطع بالثلث وقال عبد الملك اذا استأثر عليهم بالعين وأبقى العروض والدين فلهم الخيار في خلع
 الثلث وليس ذلك بمنزلة العرض وقد تقدم من قول أشهب ان وصيته بالعين تنفذ ما لم ترد على الثلث
 وجه قول ابن القاسم ان للعين منية بحضور منفعة أو عمومها فيصل الى كل شيء من ساعته وسائر
 العروض منفعتها خاصة ومن أراد أن ينتقل من منفعتها الى منفعة أخرى لم يتيسر ذلك عليه كتيسره
 بالعين فلم يكن للموصى الاستبداد بالعين وكان له الاستبداد بعروض من العروض فلما كان للعين هذا
 الحكم المفرد صار له حكم التركة المفردة فروع ثلثه وفيه معنى آخر انه اذا أوى الورثة من الاجازة
 تنقل على قول ابن القاسم الى ثلث التركة وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية فيمن
 أوصى لرجل بدار وآخر بعبد وآخر بمحاط فكان ذلك أكثر من الثلث انه يعطى لكل واحد
 منهم ما يخرج له الخاصة في العين التي سميت له فلو أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع
 لهم بالثلث في جميع التركة دون ما سمى لهم قال لان الوصايا قد عالت ولا بد من بيع ذلك أو بعضه
 لسبب العتق قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى يقتضى انها تركة لا عين فيها فلما احتيج
 الى بيع شيء منها من أجل الوصية بالعين وقعت الخاصة بين صاحب العين وأصحاب الأعيان ونقلت
 الوصية الى ثلث التركة لما اجتمع فيها عين أو أعيان وهي كلها عروض (مسئلة) وهذا اذا كانت
 التركة حاضرة فان كانت غائبة أو ديناً ففي المجموعة لأشهب فيمن أوصى بهذا العبد بعينه لزيد وبهذا
 الفرس بعينه لعمر وهما حاضران فان خر جامن ثلث ما حضر مضى ذلك والانفذ منهما ما يخرج
 من الحاضر فان كان جميع الحاضر ثلاثمائة الفرس مائة والعبد مائة أعطى كل واحد منهم نصف
 ما أوصى له به وخير الورثة بين أن يعطوهما النصف الثاني أو يعطوهما ثلث المال الغائب وهذا قول
 أشهب قال ابن المواز وقد قيل هذا ونحن نستحسن ان لم يجز الورثة أن يعطى الموصى لهم فيما
 حضر وغاب وكل شيء منه فعلى قول أشهب لا تنقل الوصية الى الثلث مع احتمال الثلث لها وان نقلت
 غيبة المال استيعاب الوصية في العين الموصى بها وانما ينقل الى استيعاب الوصية فيها أن يزيد على
 ثلث التركة كلها وعلى قول ابن المواز ان كل ما منع استيعاب الوصية في العين الموصى بها نقل الى
 الثلث كالزيادة على الثلث وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية فيمن أوصى لرجل
 بعشرة دنائير ولم يترك الا ما لا غائباً أو ديناً فأراد الموصى له أن يعجلوا له وقال الورثة نتقاضى
 ونعطيك فليخير الورثة فاما عجاولا العشرة أو يقطعوا له بالثلث فيتقاضى لنفسه وينتظر ما غاب
 فيجعل ثقب المال والدين ينقل الى الثلث وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فيمن
 أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار وليس في تركته حاضر الا مائة دينار وسائر غائب خير الورثة
 فان شأوا أعطوا المائة الحاضرة وأتموا له من المال الغائب وصيته والأعطوا له ثلث التركة
 حاضر ما وغائبها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم وكذلك

أوصى له بدنانير معينة لا تخرج من حاضر ماله وله مال غائب فقد قال أصبغ في الموازنة والعقبة
سواء عند أصحابنا في قول مالك أوصى بدنانير معينة أو غير معينة إذا لم يخرج مما حضر وإنما تبهم
فيه ورأى في الاستحسان أن كانت الدنانير معينة ولم يحملها المثلث ولم يجز الورثة فليعط الثلث من
كل شيء قال الشيخ أبو محمد يريد على أحد قول مالك وأخذ ابن القاسم بقول مالك الآخر أنه يحمل
حمل الثلث في الدار قال أصبغ وأما أوصى بدنانير غير معينة فهي جارية في المال على ما شرط
ويأخذ من كل ما حضر ونض ثلثه ومن ثمن ما يبيع حتى يتم له ما أوصى له به ولا يكون له ثلث التركة
قال ابن المواز ولا يعجبنا قوله والصواب قول مالك التعجيل أبرأ لأن الميت أراد تعجيل المسألة فلم
ينفذ له ذلك فيلزمهم الخروج من الثلث

(فصل) وقال عبد الملك في المجموعة إذا أوصى بعشرة دنانير معينة ولم يدع عينا غير ها وله أموال
كثيرة منها البعيد الغيبة والأجل البطي يبيعه والدين المغيب فلو رثته أن يدفعوا العشرة أو يعطوا
ثلث الجميع وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية فممن لم يترك الاثلاث دور وأرضا وأوصى
لرجل بخمسة دنانير يلزم الورثة أن يعطوها إياه أو يقطعوا له ثلث الميت ولا يبيع السلطان من
دوره بخمسة دنانير قال وقاله مالك فيه وفي المال الغائب والمفترق فعلى هذه المعاني الناقلة مع احتمال
ثلث التركة الوصية أربعة اثنان متفق عليهما كون المال غائبا أو ديناً ومعنى ثالث مختلف فيه على
ما تقدم وهو أن تكون الوصية شينا وبقي المال عرضاً ومعنى رابع وهو أن تكون الوصية عينا
معينا وباقي الوصية أصلاً ينتظر بيعه (مسألة) ومن كان له زرع أخضر وثمره صغيرة وأوصى
بوصايا يضيق عنها الثلث وترك رقيقاً فان كانت الوصايا بمال فليبيع الرقيق ولا يوقف ويعطى لأهل
الوصايا ثلث ما نض فاذا حان بيع الزرع والثمر يبيع فأخذوا ثلث الثمن وأما ما كان في الوصايا عتق
فأوصى ببعض الرقيق لأحد فلا يباع من فيه وصية ويوقف فاذا حل بيع الزرع يبيع ولا يقسم من
المال شيء ثلث ولا غيره حتى يباع الزرع إلا أن يجيز الورثة ذلك في نفسه وببقية المال ويبقى لهم الزرع
ولو أوصى بعتق جميع الرقيق لم يعتق منهم أحد حتى يحل بيع الزرع فيباع ويعتق منهم محمل الثلث
رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم قال أصبغ إلا أن يطول أمد الزرع في أول ما يندره ويتأخر عنه
الأشهر الكثيرة وفي ذلك عطب الحيوان والضرر على العبيد فليعتق منهم ما حضر وبرجأ الزرع
وقدر وى أشهب عن مالك في الموازنة فممن أوصى بعتق عبده وله مال حاضر وغائب ولا يخرج من
ثلث الحاضر أن يوقف العبد حتى يجمع المال فيعتق وقاله ابن القاسم فيما يقرب من الأشهر اليسيرة
وقال أشهب بل يعجل من عتق العبد ما حله ثلث الحاضر ولو لم يحضر غيره وكل ما حضر بعد ذلك
شيء زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم عتقه أو يؤيس من المال ولا يوقف جميع العبد لاجتماع المال
ونحوه قال ابن القاسم في المدة البعيدة قال سحنون لو كان ما قاله أشهب لأخذ الميت أكثر
من ثلثه لأنه استوفى ثلث الحاضر فصار باقي العبد موقفاً على الورثة (فرع) إذا ثبت ذلك فن
أوصى له بدنانير والتركة عروض حاضرة فقد قال ابن القاسم في الموازنة يصبر حتى تباع العروض
ويعطى وكذلك أن أوصى له بعبد لم يعجل حتى يعرف الورثة تجهيل المال بالقبعة قال محمد ليعرف
خروجه من الثلث وقال أشهب في المجموعة تباع له من ساعتها إلا أن يكون ضرر فيؤخر اليومين
والثلاثة والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في المحاصة بالتعمير ومدته)

فقال مالك في الذي يوصى بثلاث ماله لزيد بخدمة عبده لعمره وماعاش ثم هو حر والعبد ثلث مال الميت فان خدمة العبد تقوّم قال أشهب في المجموعة والموازاة تقوم خدمته أقل العمرين على غرارهما غير مضمونة ان مات أحدهما قبل ما جعل له من التعمير فإصاب له حاص به الذي أوصى له بالثلث بمنتهى الثلث فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو أجزأته بقدر حصته فإذا مات الموصى له بالخدمة عتق العبد (مسئلة) ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ثم هو حر ولم يترك غيره ولم يجزأ الورثة فقد قال ابن القاسم في المجموعة يعتق ثلث العبد وبطلت الخدمة قال أشهب كنت أقول يخدم بثلثه فلاناسة ثم هو حر كما يفعل ذلك اذا كان العبد ثلث الميت ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت فكان مالك يقول القول الاول ثم رجع مالك الى هذا القول وقال ابن كنانة وجه القول الاول ان العبد لو أعتق جميعه لزمته الخدمة فاذا عتق ثلثه أيضا لم تخرج خدمته عما أوصى له به ولا يزيد في العتق اسقاط الخدمة فلزمته الخدمة ما أعتق منه ووجه القول الثاني ان الثلث اذا ضاق عن الوصايا قدم العتق المعين وذلك يقتضي ابطال الوصايا واذا لم يعتق من العبد الا ثلثه فلم يمنع ضيق الثلث نفوذ الوصية وذلك يوجب انفاذ عتق ما حبل الثلث منه ولا يصح ذلك الا بابطال الخدمة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان قدم التعمير المذكور في الوصية بالخدمة عمره أو بالنفقة عمره روى أشهب عن مالك في العتبية وغيره ما يعمر ون سبعين سنة وروى ابن كنانة عن مالك ثمانين سنة وروى القاضي أبو محمد في معونته عن ابن الماجشون تسعين سنة وروى علي بن زياد عن مالك يعمر أعمار أهل زمانه وقال ابن المواز التعمير في المفقود من السبعين الى المائة وقال عبد الله بن عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وجه القول الاول ان السبعين هي نهاية العمر المعتاد غالبا وانما يزيد على ذلك النادر ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق في ذلك فيجب أن يراعى حق الجانبين ووجه القول بالثمانين انه عمر قد يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه وان كانت وشدت فانما يكون في حكم المرض فكان حكم التعمير أولى بالثمانين ووجه القول بالمائة انه على حكم الحياة غاب فلا يقضى عليه بالموت الا باليقين أو بما يقوم مقامه من الامر الذي لا يبلغه أحد في زماننا وهي المائة وان أدى بلوغه لأحد فانه لا يصح أو يشذوذ الا يرجى لأحد مثله وقد تقدم في المفقود من ذكر التعمير اذا أضيف الى هذا بلغ منه المقصود ان شاء الله تعالى (مسئلة) وحكم التعمير ان ينظر كم مضى من عمره الى يوم يستحق الاخذ من الوصية وينظر كم بقي له من ذلك الوقت من التعمير فيحاص بما يجب له من النفقة والكسوة والسكنى أهل الوصايا وانما قلنا ذلك لأنه لا يدري كم يعطيه ولا كم يوقف له من الوصية الا بهذا الوجه ولو أوقفناه جميع التركة لأضررنا بالورثة وأهل الوصايا ولودفعنا جميعها الى الورثة وأهل الوصايا لقطعنا حقهم من الوصية وأبطلنا امر اذ الموصى منها مع جوازها فلم يكن يؤمن التعمير ليتوصل بذلك الى استيفاء حقهم من الوصية وايصال الورثة وأهل الوصايا الى حقوقهم منه والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى له بالنفقة أو بالخدمة عمره فعمره وحاص أهل الوصايا بذلك فهل يدفع اليه ما أصابه في المحاصة من النفقة أو يوقف له قال القاضي أبو محمد في معونته يوقف له ولا يدفع اليه ووجه ذلك انه انما يستحق ذلك الذي لكونه في تلك المدة حيا وقد تخرمه المنية قبل ذلك وقد أئلف ما خرج له التعمير وذلك ممنوع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان زاد عمره على ما عمره أو قصر عن ذلك ففي الموازية والمجموعة عن ابن القاسم ما بقي بعد انقضاء عمره رد الى أهل الوصايا يتحصون

فيه ثم ان بقي منه شيء بعد تمام وصاياهم رجع الى الورثة وان فني ما أصابه وهو حتى لم يرجع على أهل الوصايا بشئ ولم يؤت نف له تعمير وهو حكم مضي والقياس ان يؤت نف التعمير ويرجع على أهل الوصايا قال ابن المواز ولا يعتدل قوله انه يرد على أهل الوصايا ما فضل عنه مع قوله ان فني وهو حتى لم يرجع عليهم ولا أراه كله الا من قول أصبغ وما أصابه فهو مال من ماله لا امر جمع فيه لأحد ولا شك ان ابن القاسم الى هذا رجع والقول الآخر في ائتناف التعمير في فناء ما أعطى قبل موته أو موته قبل أن يفني هو قول أشهب وبقول ابن القاسم أقول

(الباب الرابع في تبدل بعض الوصايا على بعض)

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغير هذا لا ينظر الى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وانما يبدأ بالأوكد فالأوكد الآن يكون قال كذا وكذا فيبدأ على ما هو أو كدمنه وفي هذا الذي قاله لا ينظر الى ما قدمه الميت في الذكر وفي اطلاقه نظر فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ان ذلك في ماله أن يرجع عنه فأما ما لا يرجع عنه من عتق بثل في مرضه وعطية بثل وتدير فيه فلا يبدأ بالأوكد ولو كان بالأول وهذا الذي قاله ابن الماجشون يلزم عليه أن يقدم المدبر في الصحة على صدق المريض لان مدبر الصحة ليس له الرجوع عنه ويلزم على الاطلاق قوله في العطية البتلة أن لا يقدم المدبر في الصحة على وصيته في الصحة بعق عن قتل خطأ أو ظهار لان ذلك مما ليس له الرجوع عنه الا أن يريد بذلك ما يلزمه فتمتعين المطالبة به فيلزم على ذلك مدبر الصحة على كل وجه وقال ابن حبيب بائر ذلك ولو أوصى بهذه الكفارات وبالزكاة وقال زيد وأعلى ذلك عشرين دينارا أو وصيت بها للثلاث لشدت قال وقاله أصبغ فذهب في اللزوم ومنع التبذلة الى ما بطل من عتق أو عطية وقد تقدم له انه يمنع ذلك وان شرط التبذلة في تدبير المرض فحصل من هذا أن المدبر والموصى بعقته سواء ولا يكاد يتحصل له أصل الاعلى ضعف وهذه الزكاة التي أوصى بها في الصحة أو في المرض قبل عتق بثل أو معه في لفظ واحد فأما ان بطل عتق عبده ثم أوصى بزكاة فرط فيها فليس له ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن وهب وابن القاسم في المجموعة عن مالك على الاطلاق ان الزكاة مقدمة على عتق البتل والتدبير في المرض وفسره سحنون فقال هذا ان كانت الوصايا معا أو كانت الوصية بالزكاة قبل وقال ابن القاسم في المجموعة ان يرى المريض فدير عبدا ثم بطل عتق آخر بدي بالتدبير ولو بدأ بالعتق لبدي العتق لانه قد ثبت لهما من الثلث ما لا يرجع فيه فمما متفقان في الموت قال ابن المواز ولم يختلف في هذا قول مالك وأصحابه فجعل التقديم في المرض وجها من الترتيب على الاطلاق ويلزم عليه ما قدمناه من المدبر في الصحة وقد قال أشهب في المجموعة اذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة في لفظ واحد وان كان التدبير بعد ذلك فالزكاة والكفارات مقدمة عليه قال هو والمغيرة واذا دبر عبده ثم أوصى بزكاة وكفارات ايمان قدم المدبر فراجع التقديم في الوصية باللازم وانما راعى التأكيدي في اللفظ الواحد وما كان في حكم اللفظ الواحد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اختلف فيما يبدأ به مما يكون في الثلث فقال العتيبي وابن المواز يبدأ بصدق المريض قال أشهب عن مالك في العتبية وان كان أكثر من صدق مثلها واختلف قول ابن القاسم فيه وفي تدبير الصحة فقدم المدبر مرة قال ابن المواز وبه قال مالك وأصحابه قال العتيبي وابن المواز وقدم الصدق أخرى وبه قال عبد الملك في المجموعة وروى عن ابن القاسم رواية ثالثة يسوي بينهما بالخاصة فوجه القول بتقديم الصدق لانه مختلف في كونه من رأس المال وقال ابن الماجشون في المجموعة

هو كالجناية ووجه آخر انه ان صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة ورأس المال والمدير لا ينتقل من الثلث ووجه القول الآخر انه امر لازم في الصحة فكان مقدما على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق البتل في المرض (مسئلة) فاذا ثبت تقديم هذين الاثنين فلا خلاف في تقديمهما على كل ما يكون في الثلث الا ما قاله أشهب في المجموعة وهو ما قدمنا ذكره ان الزكاة والكفارة مقدمان على التدبير وجه قول مالك وأصحابه ان التدبير امر لازم حال الصحة مختص بالعتق والعتق تأثير في التقديم ووجه قول أشهب ان هذه حقوق لازمة متقدمة بالشرع فكانت مقدمة على ما يلتزمه المرء من نفسه ولذلك قدم على سائر الوصايا (فرع) اذا ثبت تقديم الصداق والمدير فقد قال ابن المواز تليهما الوصية بما فرط فيه من الزكاة وقاله ابن القاسم في الموازية والعينية وقال مالك الزكاة مبداء على كل كفارة وعتق وابتال في المرض ووصيته ير بدبذلك اذا أوصى بهاروى البرقي عن أشهب ان العتق ير يد المعين يقدم على الزكاة والزكاة تقدم على الصدقة قال محمد وقول ابن القاسم أحب إلينا وقال ابن الماجشون في الواخعة اذا أوصى بوصايا كان له عامه أو لعام فارط وزكاة فطره وكفارة طهار وقتل وجزاء صيد وكفارة أيمان ومابتل في مرضه من عطية أو صدقة أو حبس أو صدق عن ليس بولد فذلك مبداء على الزكاة يوصى بهما بما فرط فيهما وعلى غير ذلك من الوصايا وكذلك المدير في المرض مقدم على الزكاة المفرط فيها اذا أوصى بهما فله الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض وتقدم هي على الوصايا ووجه القول الأول ان الزكاة اقرار بأمر مقدم وجوبه بالشرع فكان مقدما على ما ثبت من فعله وعلى ما أوجبه هو على نفسه كالصلاوات والصوم ما وجب منها بالشرع آكدما أوجبه هو على نفسه وقد قال ابن حبيب ان المبطل في المرض يقدم على الزكاة لانه لو شاء قال لم تكن على زكاة وقاله كله مالك فقد كنت أقول انه أراد به أوصى بالزكاة حال مرضه بعد العتق لكنه علل بما قدم وذلك يقتضي ضعفها عنده لما كانت محسرة وقتا الى أمانته وهذه صفة تتساوى الوصية بها حال الصحة وحال المرض والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بتقديم الزكاة ففي كتاب ابن المواز زكاة المال والحب والماشية سواء يخص بينهما عند ضيق الثلث ويبدأ ذلك على زكاة الفطر لانها سنة وقال أشهب تبدأ زكاة المال ثم زكاة الفطر وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن زكاة المال وزكاة الفطر سواء وجه قولنا بتقديم زكاة المال انها واجبة بنص القرآن فكانت أقوى مما ثبت باخبار الآحاد ووجه القول الثاني انها زكاة واجبتان فلم تقدم احدهما على الأخرى كزكاة العين وزكاة الماشية (مسئلة) فاذا قلنا بتقديم الزكاة بعد المدير على مندب ابن القاسم فقد قال في كتاب ابن المواز ثم بعدها عتق الظهار وعتق القتل على وجه الخطأ وجه تقديم الزكاة عليها ما قدمنا من وجوبها بالشرع وأيضا فان لهذا العتق بدلا يجزى عنه عند عدمه ولا بدل للزكاة فكانت آكد وهذا في قتل الخطأ وأما قتل العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان كفارة الظهار مقدمة إذ ليست بواجبة في العمد وسيرديان في وجوبها في الجنائيات ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك وضاق الثلث عن العتق لهما فان كان فيه ما يعتق عن كفارة القتل ويطعم عن كفارة الظهار فنذلك إذ لا اطعام في القتل ولو لم يكن في الثلث غير رقبة واحدة أخرجهما ورثته عن أيهما شاؤا وقال أصبغ أحب الى أن يخرج عن القتل لعله يظهر له مال فيطعم عنه فان أيسر من ذلك فعن أيهما شاؤا وهذا قول آخر في المساواة بينهما غير رواية القرعة وغير رواية المحاصة وعي رواية تخيير المنفذ للوصية في أن يخرج الرقبة عن أيهما شاؤا وأما قوله يطعم عن كفارة الظهار فقد قال ابن

القاسم في المجموعة انهارواية مبنية على تقديم عتق القتل فان بقي بعد ذلك للظهار ما يطعم عنه أطعم
 * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندى أن ينتقل الفرض اليه لتعذر الصيام
 والعتق وقد قال ابن كنانة من أوصى بعتق عن ظهار فلم يبلغ ثمنه أطعم عنه وفي كتاب ابن المواز ثم
 الكفارات يبدأ منها ما فيه عتق على الطعام ثم اطعام الظهار فأشار الى أنها اذا انتقلت الى الطعام
 لنقص حصتها من الثلث عن العتق نقصت ربتها عن رتبة ما لا ينتقل عن العتق في الوصية (فرع)
 قال ابن القاسم في المجموعة فان لم يبلغ اطعام الستين أطعم ما بلغ وان زاد على الستين أعين به في رقبة
 ومعنى ذلك انه لما لم يطعم في كفارة أكثر من ستين وقد صار له من الثلث أكثر من الستين كان
 استيعاب ذلك أولى ولا يمكن ذلك الا بالعون في رقبة وانما قال ذلك لان حكم الوصية أن لا تبطل
 بالتبعض وقيل لابن القاسم ان لم يوص الا بكفارة قتل فضاقت الثلث عنها يرجع الى الورثة قال لا
 قيل يعان بها في رقبة قال عيسى قال أصبغ يعان بها

(فصل) وليس شيء مما ذكرناه على رواية المحاصة بينهما وقد ذهب بعض القرويين الى أن معنى
 المحاصة بينهما ان ما وقع للظهار أطعم به وما وقع القتل أعين به في رقبة وهذا أشبه بالمحاصة وعندى
 انه يقسم ما أصاب الرقتين بينهما نصفين والله أعلم وقد اختلف قول ابن الماجشون في ذلك فقد
 ابتدأ بالقتل وقال يحاص بينهما وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم يقرع بينهما وبقول أبو العباس
 الابباني (مسألة) قال في كتاب ابن المواز ثم اطعام الظهار ثم كفارة الأيمان وانما قدمت عليها
 كفارة القتل والظهار لان العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه الامع عدم القدرة عليه وكفارة الأيمان على
 التخيير وللعنق تأثير في التقديم فا كان حكم العتق فيه أثبت كان أولى بالتقديم (فرع) وقد
 روى عن مالك انه انما يبدأ بكفارة الأيمان ان كانت عليه فيما علم فأما ان أوصى بها تنحيا أو تحرجا
 فلا تبدأ هذه وهي كالوصايا بالصدقة (مسألة) ثم كفارة الفطر في رمضان وانما قدمت عليها
 كفارة الأيمان لان كفارة اليمين ثابتة بنص القرآن وكفارة الفطر في رمضان ثابتة بخبر آحاد
 (مسألة) ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان وانما قدمت عليها كفارة الفطر لانها ثابتة بالنص
 وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد على أن قولنا ان أخبار الآحاد مقدمة على القياس وأما على قول
 القاضي أبي بكر انه ما يتساويان فيجب أن يتحاصا وقد رأيت أبا محمد عبد الحق ذكر تأثير كفارة الفطر
 والنذر ولم يذكر كفارة التفريط القضاء ولعله ذهب الى أن حكمها حكم كفارة النذر والله أعلم وأحكم
 واختلف قوله فيها فقال يتحاصان وقال يبدأ بكفارة القتل إذ لكفارة للظهار بدل وقال ابن
 الماجشون في الواححة بالقولين وقال أبو محمد عبد الحق وروى عن أبي العباس انه يقرع بينهما وقد
 قيل انه معنى ما في المدونة وهذا الذي ذكره لابي العباس في المجموعة لابن القاسم (مسألة) قال
 ابن القاسم في الموازية بعد عتق القتل والظهار ثم العتق المبطل في المرض والتدبير في المرض
 وقال في المجموعة ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق ثم الاطعام ثم كفارات الأيمان وهو الأول
 الذي أوردته عند الاستيعاب وانما قدمت عليه ما يقدم لانها كلها أمور لازمة لاسباب موجبة ووجدت
 الوصية بها قبل العتق في المرض والتدبير والعتق وغيره وقال ابن القاسم في الموازي ان
 المدبر في المرض والمبطل فيه يبدأ وقاله مالك في غير الموازية وقال مطرف المبطل في المرض
 يبدأ على المدبر فيه والمدبر فيه والموصى بعتقه يتحاصان وقاله مالك في المدبر والموصى بعتقه وجه
 التسوية بين المدبر والمبطل في المرض انهما لا يصح الرجوع عن أحدهما وبذلك فارق الموصى

بعته ووجه قول مالك ومطرف ان المدبر والموصى بعته لا يخرج من رأس المال بافاقة الموصى والمبتل متعلق برأس المال بافاقة قال ابن حبيب ويبدأ بتل العطية في المرض على الموصى بعته بعينه ووجه ذلك ما قدمناه من أنه يتعلق برأس المال بالافاقه وفي الموازية يختلف قول مالك في تبدئه العتق البتل والتدبير في المرض على الموصى بعته فقال يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعته وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب وقال أشهب يتحاصون وبلغني أن هذا آخر قول مالك وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب انه قال الموصى بعته والمبتل في المرض والمدبر يتحاصون واحتج مالك للقول الأول بما تقدم واحتج أشهب للقول الآخر أنه كأنه قال أتماحران ان مت فان عشت فأنت يافلان لاحدهما حر فلم يفضل عليه في موته قال ابن المواز وبالفول الأول أقول لانه قال له ان مت فأنت حر وان عشت فأنت حر فلو تعجل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب لانه لو شاء باعه في مرضه ويبقى قوله ان عشت فأنت حر فيلزمه ان عاش ولو كان بتل عتقه في مرضه ثم اذ ان ديناً ثم صح لنفذ عتقه وكان عندي لا يكون له الرجوع في عتقه في مرضه (فرع) ومن تصدق في مرضه بصدقة على رجل بتلها له وأوصى بوصايا فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية ان صدقة البتل مقدمة وقال ابن دينار وتقدم أيضا على الوصية بعتق معين اذله أن يرجع عنه وقاله المغيرة في المجموعة وعبد الملك قال سحنون كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا بتل في مرضه عطية أو صدقة أو حبساً أو ساق عمن ليس بوارث صدق اذ ذلك مبدأ على عتق الوصية قال الشيخ أبو محمد يد بعينه وعلى غير ذلك من الوصايا الاعتق البتل فالعتق أولى وهما أولى من المدبر في المرض والمدبر فيه مبدأ على الوصية بركة فطر فيها وروى ابن القاسم عن مالك انه توقف في تبدئه الصدقة البتل على الوصايا وكذلك في العتبية ويبدأ أحب الي وأما على العتق بعينه فلا ويبدأ العتق (فرع) وهذا كله اذا كان في لفظ واحد وما حكمه حكم اللفظ الواحد فقد قال في الموازية والمجموعة والعتبية اذا كان أحدهما في كلام واحد في مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصبا بعد موته قاله ابن القاسم ولو بدأ في مرضه فمدبر هذا ثم بتل هذا أو بتل هذا ثم مدبر هذا بديء بالأول لانه ثبت له من الثلث ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدآن على الموصى بعته (فرع) قال أشهب في المجموعة والكلام المتصل لاصحاب بينه وهو معنى قولنا في لفظ واحد وقال ابن القاسم في الواضحة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فمما معاً وأما ما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ (مسألة) والعتق الموصى به يتساوى فيه العبيدان بدأ بذكر بعضهم قبل بعض وأما اذا بتل في المرض فبدأ بواحد قبل واحد ودبر كذلك بديء بالأول ثم الذي يليه ما لم يكن كلاماً متصلاً وذلك بان يقول فلان حر بتلا ثم يسكت سكوتاً يعلم انه لم يرد غيره ثم يبدأ فيبتل غيره فهذا ان يتحاصن ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه (مسألة) ولو بتل عتق عبد في مرضه ثم بتل من آخر نصفه ففي المجموعة لعبد الملك يبدأ الذي بتل عتقه على النصف الذي لم يتمه لان ذلك انما يستتم من ثلثه بعد موته ولو صح ثم مات لم يستتم عليه والعطية البتل تقدم على استتمامه واستتمامه مقدم على الموصى بعته لان له الرجوع عنه وهذا شيء يلزمه (مسألة) وأما عتق البتل وعطية البتل في المرض فقد قال عبد الملك في المجموعة ان العتق يقدم على العطية قال أشهب وعبد الملك ان كان عتقه وعطيته يعني المحابة في البيع وقعاماً فما أن يبدأ باحدهما فهو المبدأ (مسألة) ثم الموصى بعته معينا يقدم على سائر الوصايا قاله مالك قال أشهب وانما يقدم العتق بعينه لان من أعتق شخصاً من عبيد استتم عليه ولا

يفعل ذلك في صدقة ولا غيرها قال أشهب وغيره عن مالك أنما يبدأ على الوصايا العتق بعينه كان في ملك أو غير ملك وما لم يكن بعينه فلا تبدئ به قال أشهب لأنها تبدئ بمال وقال ابن أبي حازم لا يبدأ إلا ما كان في ملكه وجه القول الأول أن الرقبة المسماة للشراء أو العتق قد اختص العتق بها كالتى في ملكه ووجه القول الثانى أنها رقبة لا تختص بملكه كالتى لم تعين (فرع) فإذا قلنا بتقدمها على الوصايا فإن اجتماعه في الموازية عن مالك وأشهب وعبد الملك قدمت التى في ملكه وقال ابن القاسم في المجموعة عن مالك يتحصان واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا الأمن شذان التى في ملكه تبدأ على الوصايا وأكثرهم لا يبدؤن التى في غير ملكه على الوصايا واحتج لذلك عبد الملك أنه يبدأ التى في ملكه فتتم حريته ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره وجه رواية ابن القاسم أنهم مأمونان كما لو كانتا في ملكه (فرع) والرقبة التى في ملكه والمسماة أن دخلها عول عتق منها مبلغ الثلث والذي يغير عينا أن دخلها عول اشترى ما يقع لها رقبة فان لم يبلغ أعين بها فيما يصير حرا كله قاله ابن وهب في المجموعة (مسألة) وإن أوصى بعتق أحدا عبده ناجزا وبعث الآخر إلى شهر فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية يتحصان فيما قرب من الأجل ويقدم البتل فيما بعده منه واختلف في تقدير القرب فقال ابن القاسم الشهر قريب وقال أشهب الشهر كثير إلا أن يكون اليوم واليومان (مسألة) وإن أوصى أن يعتق أحد عبديه إلى أجل وإن يكاتب الآخر ففي المجموعة لابن القاسم يتحصان وقال في كتاب ابن المواز يتحصان إذا كان الأجل سنة وقال عبد الملك يبدأ بالمؤجل قال في الواضحة وإن كان أجله بعيدا كالسنة والستين وفي المجموعة أن كان إلى أجل طويل فانهما يتحصان فيعتق من كل واحد منهما ما بقدر ما أوصى به وتسقط الخدمة والكتابة وهما مبدآن على رقبة غير معينة كان ذلك في كلمة واحدة أو فور بعد فور قال عبد الملك في المجموعة ولا يدخل المكاتب في شئ من خدمة المؤجل قال ابن عبدوس احتج بشئ فظن أن معناه أننا لو أدخلناه فيها لكان تبدئة من المكاتب وجه قول ابن القاسم أن كل واحد منهما ما انعقد فيه عقد يفضى إلى العتق واقرن به أجل وللمكاتب حرية فانه قد سقطت نفقته عن السيد وامتنع انتزاع ماله فاقبل ما يقتضى ذلك أن لا يقدم عليه العتق المؤجل واحتج ابن المواز للقول الآخر أنه عتق بطل ولا يخاف عليه مجزؤه (مسألة) ومن أوصى بعتق مكاتبه وبعث عبده تحصان رواه في الموازية أشهب عن مالك ووجه ذلك أن هاتين وصيتين بعتق في معين قال ابن القاسم عن مالك ولو أوصى بعتق مكاتبه ولم يكاتبه عبد آخر لقدم عتق المكاتب (مسألة) ومن أوصى أن يباع عبده للعتق فقد قال ابن القاسم وأشهب عن مالك أنه يوضع من ثمنه ثلثه ويقدم على الوصايا (مسألة) قال أبو محمد عبد الحق ثم النذر مثل قوله لله على أن أطعم سبتين مسكينا على ما يدكر عن أبي موسى بن مناس وذهب هو وبعض شيوخ بلده إلى قول أبي موسى فحين نذر في مرضه وقول الشيخ أبي محمد فحين نذر في حخته ثم قال بعد النذر الوصية بعتق عبده معين وبمال والحج (مسألة) وإذا أوصى بالحج وبعث رقبة معينة ففي الموازية يبدأ بالعتق وإن كان تطوعا أو وصى صرورة وقاله أشهب ورواه عن مالك وقاله ابن كنانة وابن القاسم ورواه عن مالك وإن نذر ابن وهب فقال يقدم الحج للصرورة على الرقبة المعينة (مسألة) وإذا كانت الرقبة غير معينة فقد قال ابن القاسم في كتابه يقدم على الصرورة وإن كان العتق غير معين وروى ابن المواز عن ابن القاسم كل شئ من الوصايا يبدأ على الصرورة وقال أشهب يقدم الحج للصرورة على غير المعين وقاله ابن وهب في الواضحة وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أن يتحصن

بحج الصرورة أهل الوصايا والعق الذي ليس بمعين ففي هذا ثلاثة أقوال قول ابن القاسم في كتابه
 يقدم العتق وقول أشهب وابن وهب بتقديم الحج ورواية ابن المواز يحاص بينهما وقالة ابن كنانة
 وجه القول الأول أن العتق مندوب اليه وليس في الوصية بالحج للصرورة وغيره غير الانفاق فإن
 الحج واقع على من يحج دون الموصى ويحتمل أن يكون قول أشهب مبني على أن الحج تدخله النيابة
 ويكون الحج للموصى ولذلك شرط الصرورة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فإن كان الحج عن غير
 صرورة فعلى قولنا أن العتق يقدم على الصرورة فإن يقدم على غير صرورة أولى فإن قلنا لا يقدم
 على الصرورة فقد قال أشهب إن لم يكن صرورة بدى بالعتق الذي ليس بمعين والوصايا كلها
 على الحج وقال ابن المواز عن مالك وأصحابه يبدأ كل شيء على الحج غير الصرورة وقال ابن القاسم
 وقال ابن حبيب الرقبة التي ليست بمهينة وحج غير الصرورة والوصايا في الثلث شرعاً سواء وقاله
 أشهب وهذا الذي ذكره من تقديم الوصايا على الحج انما مقتضاه أن مالها كره الوصية بالحج
 ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها وفي الموازية إذا وصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما بماله بعضه أفضل
 من بعض فلا تبدئه فيه وانما هي في العتق قال مالك ومن قال ثلثي في المساكين وفي سبيل الله
 وفي الرقاب ولغفلان مائة دينار تحاصوا سواء بدأ شيئاً من ذلك في كتابه وبلغه حتى يقول بدأ
 كذا على كذا فبدأ ما علم أنه لا تأثير للفضيلة في التقديم وانما التأثير لكونه أوكداً وأزماً وقدر وى في
 المجموعة وغيرها ابن القاسم وأشهب عن مالك أنه ليس ما ذكره الموصى في وصيته مبدأ وانما يبدأ
 الأوكداً فلا وكذا وإن تأخر ذكره إلا أن يقول بدأ كذا فبدأ فعلى هذا انما تبدأ الوصايا على الحج
 لكرهية الوصية إلا أن سائر الوصايا أفضل منه وعلى قولنا بالمخاصة بينه وبين الوصايا فلان بعضها
 أفضل من بعض وليس بأوكداً فاما تساوت في التأكيدها فوجبت المخاصة (فرع) إذا قلنا بالمخاصة فانه
 يحج بما وقع للحج الصرورة من حيث بلغ قاله ابن القاسم ووجه أنه ذلك تبع بعض طريقته ولا تتبع بعض
 مناسكه فان أمكن أن يحج بما أبرزت له المخاصة ولو من مكة نفذت الوصية وإن قصر عن ذلك ص
 قال يحيى وسمعت مالكا يقول في الذي يوصى في ثلثه فيقول لفلان كذا ولفلان كذا يسمى
 مالا من ماله فيقول ورثته فزاد على ثلثه فان الورثة يخبرون بين أن يعطوا أهل الوصايا وصاياهم
 يأخذوا جميع مال الميت وبين أن يقسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت فيقسموا اليهم ثلثه فتكون
 حقوقهم فيه أن أرادوا بالغنا مبلغ ش وهذا على ما قال أنه إذا كانت وصاياهم كلها صدقة فإن كان
 جميع من أوصى لهم معينين وذ كر لكل واحد منهم عدداً منصوصاً عليه لم يزد عليه ولم ينقص منه
 إلا أن تنقصه المخاصة لضيق الثلث وإن كان في بعض اللفظ اشكال ففي الموازية فحين أوصى فقال لزيد
 عشرة ولعمرو وخالد عشرة أن الأول سبعة ونصف والثالث سبعة ونصف والأوسط خمسة ووجه
 ذلك عندى أنه لو قال لزيد عشرة ولعمرو لسكان العشرة بينهما السكل واحد منها خمسة ولو قال
 ابتداء لعمرو وخالد عشرة لسكان بينهما فاما قال لزيد عشرة ولعمرو وخالد عشرة قال لزيد لعمرو
 أن كان أراد الموصى أن العشرة التي أضافها إلى يني وبينك الخمسة إلى والخمسة لك وإن كان أراد أن
 العشرة التي أضاف إلى خالد وبينك وبينه فلا شيء لك من الخمسة التي أضاف إلى والعشرة كلها إلى
 والخمسة خالصة إلى على الوجهين والمنازعة بيني وبينك في الخمسة الثانية فنصفها لك ونصفها إلى مع الخمسة
 فيكون لزيد سبعة ونصف ولعمرو اثنتان ونصف ثم يقول له خالد مثل ذلك فيصير له أيضاً اثنتان
 ونصف وخالد سبعة ونصف فعلى هذا يجري فيها القول (مسئلة) ومن أوصى فقال لفلان مائة ولم

قال وسمعت مالكا يقول
 في الذي يوصى في ثلثه
 فيقول لفلان كذا ولفلان
 كذا يسمى مالا من ماله
 فيقول ورثته قد زاد على
 ثلثه فان الورثة يخبرون
 بين أن يعطوا أهل
 الوصايا وصاياهم يأخذوا
 جميع مال الميت وبين أن
 يقسموا لأهل الوصايا
 ثلث مال الميت فيقسموا
 اليهم ثلثه فتكون حقوقهم
 فيه أن أرادوا بالغنا مبلغ

يقول من أى شئ فى العتبية من رواية يحيى بن يحيى ان مالكارأى ان له مائة درهم وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية ان كان فى بلدة الغالب عليها الدنانير فله دنانير وان غلب فيها الدراهم فله دراهم فان كان فيها الاصران فله دراهم وهى الأقل حتى يوقن انه أراد الأ أكثر أو يستدل على مراده مثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة فيكون له مائة دينار وفى الواضحة عن أصبغ لو قال اعطوه طعما ولم يقل قحوا ولا شعيرا فليعط من القمح لانه الغالب فى الناس ووجه ذلك الاعتبار بالعرف وذلك يتقرر بالشرع وعرف المخاطبة فاذا عدم العرف فغيره من الأدلة وذلك بان يحمل السهم على أقرب مذكور ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة والظاهر انه أراد مائة مما عطف عليه ان كان جنسا واحدا فان كانت أجناسا فأحسن ذلك به ما هو أقرب اليه (مسئلة) ولو أوصى له بشاة من ماله فان لم تكن له غنم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم وان كان له غنم فهو شريك بواحدة فى عدد ما ضأنها ومغزها ذكورها وانثىها وصغارها وكبارها قاله ابن المواز ووجه ذلك ما رواه القاضى أبو محمد ان ذلك عدل بين الورثة والموصى له وذلك ان الورثة يقولون نعطى أدونها والموصى له يطلب أرفعها فان كانت شياهه عشرة فله عشرة ما بالقيمة لان الواحد من العشرة عشرها وربما أصابه فى القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة فان ماتت كلها الاشاة واحدة فهي له ان حملها الثلث وان ماتت خمسة منها وبقيت خمسة فله خمس الباقية وانما الاعتبار بما يبق عند القسمة وماتلف قبل ذلك فكان الميت لم يتركه قاله فى الموازية (مسئلة) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال ولو كان ابنان فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب وقال أبو حنيفة والشافعى يجعل الموصى له كانه ابن آخر فله مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث قال القاضى أبو محمد ودليلنا على ما نقوله انه اذا قال له أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنى فقد أحاله على العدد الذى أوصى له به ولا خلاف ان نصيب ابنه جميع المال ونصيب أحد ابنيه النصف فيجب أن يكون له ذلك مقدما على الميراث (فرع) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه فى الواضحة من قول مالك ان كانوا ثلاثة فله الثلث وان كانوا أربعة فله الربع وان كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت موارثهم وقسمت ما نصيب البنين عليهم ويكون له مثل نصيب أحدهم وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فمّن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته وهم عشرة أولاد ذكور وانثى أو ذكور كلهم فله عشر ماله قال أصبغ فى كتاب ابن المواز ان أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل جزئه أو قال هو كبعض ولدى أو كاحد منهم فهم سواء كوصيته بمثل نصيب أحدهم قال مالك اذا قال بمثل نصيب أحد ورثتي وهم رجال ونساء وزوجات وأم فاما ينظر الى عدد من يرثه فان كانوا عشرة فله العشر قال القاضى أبو محمد لا ينظر الى اختلاف فروضهم لان الانصاء اذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأ أكثر أولى من الأقل فلم يبق الا الاعتبار بالعدد (فرع) وان كان ولده بنات فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ونحوه فى المواز يقسم ماله على الفرائض فكان له مثل سهم بنت من بناته فان كان بناته أربع فله ربع الثلث فان كانوا اثلاثا فثلث الثلث ثم يخلط جميع ما بق فيقسم باقيه على الفرائض (مسئلة) واذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهم ولم يعينه ثبت له جزء من ماله مقدر خلافا للشافعى فى قوله يدفع اليه الورثة ما شاؤا والدليل على ما نقوله ان الجزء والنصيب والسهم عبارة عن مقدر وتقدير غير معين فكانه أوصى له بمقدار فيجب أن يطلب ما هو أولى به واذا رد ذلك الى اختيار الورثة

أعطوه الشيء اليسير الذي لا يفسده وفي ذلك إبطال الوصية (فرع) اذا ثبت ذلك فقال أصبغ وابن المواز له سهم واحد بما انقسمت فريضة عليه من عدد السهام كثر ذلك الجزء أو قل قال القاضي أبو محمد ومن أصحابنا من قال يعطى الثمن وهذا رواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه قال اختلف فيه فقال له الثمن لانه أقل سهم ذكره الله في الفرائض وقيل يعطى سهمها مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثر وقيل يعطى سهمها من سهام الفريضة ان كانت تنقسم من ستة فأقل ما لم يتجاوز الثلث فيرد الى الثلث اذا لم يجز الورثة فان انقسمت من أكثر من ستة فلا ينقص من السدس لانه أصل ما تقوم منه الفرائض قال ابن المواز وأحب ذلك الى وعليه جماعة أصحاب مالك وابن عبد الحكم ان له سهمًا تنقسم عليه فريضة قلت السهام أو كثر ومنهم من قال يعطى السدس وقال أبو حنيفة يدفع اليه مثل أقل سهام الورثة الا أن يزيد على السدس فيعطى السدس (فرع) فاذا قلنا يعطى مثل السهم الذي تنقسم عليه الفريضة فكان أصل الفريضة من ستة وهي تعول الى عشرة قال ابن القاسم في العتبية له سهم من عشرة ووجه ذلك انه أقل سهام تلك الفريضة (مسألة) ومن أوصى بوصايا وقال مع ذلك أو قدوا في هذا المسجد مصباحه في المدونة بخاص المسجد بالثلاث وبالصايا بما سمي لها فصار للمسجد وقف لمصباحه حتى يفي قال سحنون وكذلك كل ما كان غير مؤجل مثل أن يقول استقوا الماء واعطوا المساكين درهما كل يوم فكله أو صى بثلثه لما لم يوقت (فرع) واذا أوصى بمجهولات في المجموعة لابن الماجشون انه يضرب فيها كلها بالثلث مع سائر الوصايا وكأنها صنف واحد ووجه ذلك انها وصية مجهولة فسواء كانت في شيء واحد أو في أشياء كثيرة كما لو قال انفقوا على المسجد ولم يعين وقيدوا ولا كسوة ولا بنينا لضربه بالثلث وجاز صرفه في هذه الوجوه كلها (مسألة) واذا أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين أعطى فلان على قدر الاجتهاد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة على قدر حاجته وماله ولا يعطى النصف وقال أشهب في الموازية والمجموعة فيمن قال ثلثي لفلان وبنى فلان ففلان كرجل من بنى فلان يأخذ كأحدهم وقال أبو حنيفة في الذي أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين لفلان الثلث وللفقراء الثلث والمساكين الثلث (فرع) اذا ثبت ذلك فلو مات فلان قبل القسمة فلا شيء لورثته والثلث للمساكين قاله محمد (مسألة) وهذا اذا جعل في وصيته معينة وغير معين وان كان كلهم غير معين فقد قال ابن القاسم في الموازية من قال ثلثي لقرابتي وللمساكين يعطى قرابته نصفه ولا يعطى أغنياءهم وليكن بين فقرائهم بالاجتهاد قال ابن القاسم وبلغني عن مالك فيمن أوصى بثلثه في السبيل والفقراء والميتا يي قسم بينهم بالاجتهاد أن لا نأ قال أشهب ومن قال ثلثي بين بنى اخوتي وبين بنى اخوتي وبنى فلان فلا يكون بينهم أن لا نأ ولكن على قدر الحاجة والعدد وقال ابن القاسم وليس كالفائل ثلثي لفلان وفلان وأحدهما فقير والآخر غني فالثلث بينهما نصفان

(فصل) وقوله فيقول ورثته قد زاد على الثلث أضاف القول اليهم لأن القول في ذلك قولهم اذا لم يثبت له من المال الا ما أظهره قال فيخير الورثة بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم على ما ذكرت ان فسرت الوصايا وأجلت ويكون لهم بقية التركة لقول الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فان أبوا ذلك قسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت وساموه اليهم فتعين حقوقهم فيه سواء كان ذلك الثلث قليلاً أو كثيراً وانما كان الخيار للورثة لأن الميت قد تجاوز ما جعل له من الوصية بالثلث الى الزيادة عليه فكان للورثة أن يجيزوا ذلك ويمنعوا لتعلق حقهم به لأن الموصي انما منع من الزيادة

﴿ أمر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في أموالهم ﴾ (٧٥) قال يحيى سمعت مالكا يقول أحسن ما سمعت

في وصية الحامل وفي قضائها في مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمرضى فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فإنه يصنع في ماله ما يشاء وإذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء إلا في ثلثه قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرنا بها بأسحق ومن وراء إسحق يعقوب وقال حملت حملا خفيفا فرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل إذا أثقلت لم يجز لها قضاء إلا في ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر قال الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فإذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها إلا في الثلث ش وهذا على حسب ما قاله أن الحامل كالمرضى فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية في الاجذم والمفالج وأهل البلاء أنهم كالصحيح إلا فيما يخاف عليهم منه وقال عثمان بن عيسى بن كنانة في الأمراض الطويلة كالفاالج والجذام والبرص والجنون وحجى الربع وشبهه أن هذا كالصحيح في أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح وكذلك كل ما كان خفيفا لا يضجعه حتى لا يخرج وقد شاور قاضي المدينة العلماء فبين به يرجح بدخل ويخرج وهو مضروور ومعتل مصفر يمشى أحيانا لا يمشى فأجازوا فعله في النكاح والطلاق وغيره ورأوه كالصحيح وروى ابن المواز عن مالك في الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم إلا بين اثنين وقد احتبس في المنزل فقال فعله جائز إلا أن يأتي من ذلك ما يخاف عليه فيكون كالمرضى والله أعلم وأحكم

على ذلك لحق الورثة ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك إن تدر ورثتك أغنياء خير من أن تدرهم عالة يتكففون الناس والله أعلم وأحكم فاما كان لهم منه من الزيادة على الثلث كان للموصي له أن يستوعب الثلث الذي كان لليت أن يوصي به وليس للورثة منه منعه والله أعلم

﴿ أمر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في أموالهم ﴾

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول أحسن ما سمعت في وصية الحامل وفي قضائها في مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمرضى فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فإنه يصنع في ماله ما يشاء وإذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء إلا في ثلثه قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرنا بها بأسحق ومن وراء إسحق يعقوب وقال حملت حملا خفيفا فرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل إذا أثقلت لم يجز لها قضاء إلا في ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر قال الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فإذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها إلا في الثلث ش وهذا على حسب ما قاله أن الحامل كالمرضى فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية في الاجذم والمفالج وأهل البلاء أنهم كالصحيح إلا فيما يخاف عليهم منه وقال عثمان بن عيسى بن كنانة في الأمراض الطويلة كالفاالج والجذام والبرص والجنون وحجى الربع وشبهه أن هذا كالصحيح في أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح وكذلك كل ما كان خفيفا لا يضجعه حتى لا يخرج وقد شاور قاضي المدينة العلماء فبين به يرجح بدخل ويخرج وهو مضروور ومعتل مصفر يمشى أحيانا لا يمشى فأجازوا فعله في النكاح والطلاق وغيره ورأوه كالصحيح وروى ابن المواز عن مالك في الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم إلا بين اثنين وقد احتبس في المنزل فقال فعله جائز إلا أن يأتي من ذلك ما يخاف عليه فيكون كالمرضى والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما أن كان مما ذكرناه ما يكون بين العلة لا يخرج الآخر وجاير يده أن يغض فعله فإن أفعال هذا في الثلث قاله ابن كنانة فكذلك أول حمل المرأة خفيف وألمه لطيف قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فرت به والغالب عليه البشارة والسرور قال الله تبارك وتعالى فبشرنا بها بأسحق ومن وراء إسحق يعقوب فإذا مضت له ستة أشهر فهو أول الانتقال قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين وذلك أنه وقت يصح فيه الوضع قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا والفصال الرضاع وقال تعالى يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فبين أن الحمل يكون أمده ستة أشهر فهي ترتقب الوضع الذي يكثر فيه الخطر ويستدفيه الألم مع ثقل الحمل وتتابع ألمه فهي بمنزلة المريض مرضا مخوفا فأفعالها في الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قوليهما أن أفعالها جائزة ما لم يضر بها الطلق والدليل على ما نقوله أن هذه حال تصح فيها ولادتها كحال الطلق (فرع) وبهذا تعرف أنها بلغت ستة أشهر روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم أن ذلك يعرف بقولها وهي فيه صدقة ولا يسأل النساء عن ذلك ص قال سمعت مالكا يقول في الرجل يحضر القتال أنه إذا زحف في الصف

للقاتل لم يجزله أن يقضى في ماله شيئاً الا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال * ش وأما الزاحف الى القاتل في الصف فقد قال مالك أنه كالمريض في أفعاله قال وكذلك من حبس للقتل قال القاضي أبو محمد في قصاص أو حردوه هو خلاف لأبي حنيفة في إجازته لهم التصرف ما لم يقرب المحبوس للقتل ويتقدم الزاحف الى البراز والدليل على ما نقوله أن وجود سبب الموت من المقابلة بمنزلة وجود الموت قال الله تعالى ولقد كنتم تمنون الموت من قبل ان تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون وانما أروا القتال وهو الذي كانوا يمتنون به هذا القاضي أبو محمد ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منه كالمرض المخوف والبراز في القتال والتقريب للقتل (مسئلة) وأما كعب البحر إذا أدركه الهول وخاف الغرق قال مالك هو كالمرريض وبه قال أشهب ورواه عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب وكذلك من جمعت به دابته وقال ابن القاسم هو كالصحيح قال القاضي أبو محمد والقول الاول أقيس لانه حال خوف على النفس كاتقال الحل والزحف للقتال في الصف

(فصل) وقوله اذا زحف للقتال في الصف يقتضى انه انما يصير له هذا الحكم اذا صار في الصف يريد والله أعلم في صف المقاتلين وجعلتهم وأما اذا حضر في النظارة أو كان متوجها للقتال قبل أن يصل الى الصف فليس له هذا الحكم لان بحصوله في صف المقاتلة ومباشرة القتال ومحاولته يثبت الخوف وأما من كان في صف الرد فلم أر فيه نصلاً أصحاً بنا وعندى انه لا يثبت له هذا الحكم الا بالكون في صف المقاتلة والله أعلم وأحكم

✽ الوصية للوارث والحيازة ✽

ص ✽ قال يحيى سمعت مالكا يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل ✽ ش قول مالك نسختها آية الفرائض قوله تعالى الوصية للوالدين والأقربين يريد والله أعلم انه نسخ من ذلك الوصية للوالدين وللورثة من الأقربين دون من لا يرث وذلك ان آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركة الميت فليس للوصى أن ينقص أحدهم من حقه ولا أن يزيد فيه بوصية أو غيرهما وتدروى في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالأقربون الأقارب روى على بن زياد فحين أوصى لأقاربه ان ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة يدخل فيه كل ذي رحم منه من قبل الرجال والنساء محرما وغير محرّم فهو ذو قرابة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه يدخل في ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه ويدخل فيه الاعمام والعلمات والأخوال والخالات والاخوة والاخوات وروى عيسى في العتبية عن ابن القاسم لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الأم قال عنه أصبغ في الواححة ولا بنو البنات قال عنه عيسى وأصبغ الا أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولولادة البنات قال عنه أصبغ لانه يرى انه اياهم أراد وكذلك ان كان له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثني وروى ابن القاسم عن مالك في العتبية لا يدخل فيه ولد البنات وولد الخالات وقال ابن كنانة في المجموعة يدخل في ذلك الاعمام والعلمات والأخوال والخالات وبنات الاخ وبنات الاخوات وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن

للقاتل لم يجزله أن يقضى في ماله شيئاً الا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمرريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال

✽ الوصية للوارث والحيازة ✽

✽ قال يحيى سمعت مالكا يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل

اللباد في الذي يوصى لقربته ينظر الى المال فان كان قليلا كان لأهل حرمه دون غيرهم وان كثر دخل فيه الخوالة وغيرهم وحكى القاضي أبو الحسن ان اطلاق لفظ الذرية لا يتناول ولدا البنات (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال أشهب لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون استحسانا وليس بقياس وكأنه أراد غير الوارث كالوصى للفقراء بمال ورجل فقير بمال لا يدخل مع الفقراء في أموالهم رواه ابن المواز عن مالك ومقاله أشهب انه استحسان وليس بقياس انما يريد بالاستحسان التخصيص بعرف الاستعمال والقياس عنده حمل اللفظ على عمومه وانما ذكرت ذلك ليعرف مقصده في الاستحسان والقياس (مسئلة) ولو كان بعض أقارب مسلمين وبعضهم نصارى فقدرى ابن المواز عن أشهب انه يسوى بينهم في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم ان الرجال والنساء في ذلك سواء ووجه ذلك ان اللفظ يتناولهم تناولا واحدا لا يختص به بعضهم دون بعض ولعل هذا قول من يرى ان المؤنث يدخل في جمع المذكور ولان ذلك عرف الاستعمال واذا أوصى لعقبه فقد قال القاضي أبو الحسن ليس ولدا البنات بعقب وكذلك اذا أوصى لولده قال ومن أحبابنا القاضي أبو الحسن عمر بن أبي عمرو ممن قال يدخل البنات في الوصية للعقب والقرباة والولد عندهم فيحمل على ذلك بعرف الاستعمال (مسئلة) اذا قال لذي رحمى ولم يقل لذي قرابتي فهو مثل أن يقول لذي قرابتي قاله أشهب في المجموعة ومن أوصى لأهله ففي العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك ان أهله عصبة وانى لأخواله قال في المجموعة ومواليه حقا والعصبة أبين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون اذا أوصى لقربته أو لذي رحمه أو لأهله أو لأهل بيته فان قولنا وقول مالك وأحبابنا ان ذلك لجميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه من كل من يرثه ومن ليس بوارث وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان من قال آل فلان فهو كقوله أهل فلان وهم العصبات والبنات والاخوات والعلماء ولا يدخل في ذلك الخالات قال أبو زيد عن ابن القاسم وان لم ينصف منه الاخال والخالة لم يدخل فيه وهو العصبة دونه (مسئلة) واذا أوصى لمواليه ففي الموازية عن مالك ان كان له موال من قبل أبيه ومن قبل ابنه أو قرابته له يرثونه فليبدأ بمواليه الدنية ويعطى الآخرون الآن يكون الأبعد أجور وهذا يقتضى ان اسم مواليه يتناول جميعهم وروى سمعون وعيسى عن ابن القاسم في العتبية ان بين من أعتق خاصة والافكاهم مواليه وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان قول مالك اختلف فيه فقال مرة يدخل فيه موالى ابنه وقال مرة القول الذي ذكرناه وقال ابن الماجشون وابن حبيب عن ابن القاسم ان كان مواليه ممن يحاط بهم فهو لمن أعتق خاصة وان كانوا كثيرا مجهولين ولم يقل عتاقة دخل فيه موالى الموالى وأبناؤهم وموالى أبيه وابنه وأخيه وروى ابن عبدوس عن علي عن مالك في الذي يوصى لمواليه يدخل موالى الموالى (مسئلة) ومن أوصى لمواليه وله انصاف موال في العتبية من رواية أصبغ عن ابن وهب يعطى نصف ما يعطى المولى التام ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك ووجه ذلك انهم انما يستحقون باسم الولاء فاخص العطاء بذلك (مسئلة) ومن أوصى لمواليه دخل في ذلك من يعتق بعده من مدبر ورواه عيسى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ومن أوصى بعقبه بعد موته وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة يدخل في ذلك أم ولده وهذا لانهم يعتقون بموته فهم حين وجوب الوصية من الموالى وقد بين ذلك عيسى فقال في المدبر اذا خرجوا من الثلث (مسئلة) وأما المعق إلى أجل والمكاتب ففي الموازية عن ابن القاسم ان عتقا قبل القسمة دخلا فيه وان سبهم القسم فلا شئ

لهم وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يدخلان مع المولى بالسواء فصارا للكتاب والمعتق الى أجل وقبها فان أدى المالك وأعتق المؤجل أخذه والاردالي بقية المولى وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة ان كان عتقهم قد حان أو عتقوا قبل ذلك دخلوا معهم فان لم يكن ذلك فلا شيء لهم لانهم حينئذ عبيد (مسئلة) ومن أوصى لمواليه ولهم موال أنعم عليهم وموال أنعموا عليه ففي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب انه للدين أنعم هو عليهم وقال عبد الملك هو لاحقهم ما به وأشهبهما بالعطية فان اشتبهاه في بينهما نصفان

(فصل) والذي يقتضيه الفصل على تأويل مالك أن الوصية للوارث ممنوعة لما فيها من تفضيل بعض الورثة بغير ما يجب له بالآية التي تضمنت فريضة كل وارث (مسئلة) ومن أوصى لابن وارثه أو لأحد من قرابته ممن يظن أنه يرجع الى الوارث فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك نافذ وقاله مالك في المجموعة ووجه ذلك انه وصية لغير وارث وما يظن به من صرف ذلك الى الوارث لا يمنع الوصية له لان مقتضى ملكه لما أوصى له به أن يعطيه لمن شاء فان اقتضى ذلك الموصى فهو الاثم ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي وهذا وجه من التعلق بالذرائع (مسئلة) ولا يمين على الموصى له أن الوصية ليست على وجه التوليع قاله أصبغ ووجه ذلك انها يمين تهمة فيما لا يمكن الاحتراز منه ولا المنع (فرع) واذا صرف الموصى له به الى الوارث جاز ذلك وكان للوارث أخذه أو تركه قاله أصبغ في الواضحة ووجه ذلك ان صورته صورة الهبة المبتدأة فليس فيه ما يتحقق به التوليع الممنوع منه وسواء كان الموصى له به من أهل الغنى ممن يرى ان الموصى لم يقصد أن يوصى له به أو ممن تظن به الحاجة ووجه ذلك أن الوصية لا تنافي الغنى ولا تختص بالفقر والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لعبد وارثه فان كان بالشئ اليسير كالثوب ونحوه زاد ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب والدينار ونحوه فذلك جائز مما يرى انه يقصد به رفقه وأما بالشئ الكثير فذلك مردود ان لم يجزه الورثة وروى ذلك كله أشهب وعلى بن زياد عن مالك ولم يجوز أبو حنيفة والشافعي قليل ذلك ولا كثيره ووجه ذلك أن الكثير يرى انه لم يقصد به العبد وانما يقصد به سيده وهو وارث لان السيد انتزاعه من العبد (فرع) وكذلك الوصية لأم ولد وارثه قاله ابن القاسم وقال أشهب وابن القاسم في المجموعة وكذلك المالك ان يكون مليا يقدر أن يؤدي فذلك جائزه (مسئلة) ويجوز أن يوصى لعبد نفسه ولغيره ومكاتبه ومعتقه الى أجل ومن ملك بعضه ولأم ولده بالقليل والكثير لانه ليس منهم وارث قال ابن القاسم ولا ينزع منه الورثة لانهم اذا انتزعه منه فكان وصيته لم تنفذ فاستحسن أن يقر بيده حتى ينتفع به ويطول زمان ذلك فان أرادوا بيعه باعوه به وقاله مالك (مسئلة) ومن أوصى لحربي فقد ذكر القاضي أبو محمد في اشرافه تجوز الوصية للمشركين أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قال والدليل على ذلك قول الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ومن جهة المعنى ان كل من جاز تملكه لغير الوصية جاز بالوصية كالذمي والمستأمن وفي المجموعة فمين أوصى لبعض أهل الحرب وقال فان أجز ذلك والافه في السبيل فلا يجاز هذا في سبيل ولا غيره ويورث وهذا يقتضى ان الوصية للحربي لا تجوز وبه قال أبو حنيفة ووجه ذلك انه عون لهم على الحرب واعلاء كلمة الكفر فوجب أن يمنع من ذلك (مسئلة) ومن أوصى أن يحج عنه أو يصام عنه لرجل معين وله كذا أو أن ينفذ باقي الثلث ففي الموازية ما كان للصوم فليدر ولا يصم أحد عن أحد وينفذ ما أوصى به ليحج عنه ووجه ذلك ان الصوم من عمل الأبدان لا تدخله النيابة كالصلاة والحج له يتعلق بالمال وعبادات

المال تدخلها النيابة كالزكاة والكفارة (مسئلة) اذا ثبت ان الوصية للورثة لا تترجم فانها تجوز اذا اجازها الورثة خلافا لمن يمنع ذلك لان المنع انما هو لحقوق الورثة فاذا اجازوا ذلك فقد تركوا حقوقهم كاجازتهم الزيادة على الثلث وتركهم سائر حقوقهم ص * قال وبمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها انه لا تجوز وصية لوارث الا ان يجيز له ذلك ورثته الميت وانه ان اجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك * ش يحمل أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصحابة الى زمانه ولذلك قال التي لا اختلاف فيها عندنا وليس يخفى على مالك انه ليس في ذلك حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال سحنون في المجموعة وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث يقول اذا لم يجز بقية الورثة ذلك فاما ان لم يكن معه وارث فلا يكون وصية بحال ويحتمل أن يكون سحنون اعتمد ان الحديث لشهرته واتفاق العامة على العمل بمضمونه وكثرة نقلهم له انه قد بلغ عندهم حد التواتر والحديث المروي في ذلك قد أجمع على العمل به الفقهاء وهو ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) وانما راعى في ذلك أن يكون وارثا يوم الموت فلو أوصى لغير وارث ثم كان وارثا بطلت الوصية ولو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لصحت له الوصية وقد روى سحنون ومحمد ابن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت زوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ان كانت عاتت بطلاقه فالوصية جائزة وان لم تعلم بذلك فلا شيء له قال ابن القاسم وبلغني ذلك عن مالك لانها كانت تظن انه وارث وقال أيضا ابن القاسم له ذلك عاتت أو لم تعلم وجه القول الأول ما احتج به من انها أوصت له وهي ترى انه وارث فلم ترد الوصية ووجه القول الثاني ان الوصية للوارث على الجواز حتى ترد وكذلك اذا اجازها الورثة فهي عطية من الموصي دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو عبد أو نصراني فلم يمت حتى أعقب أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحتها ثم ماتت وهي زوجة بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجة ثم طلقها قبل أن يموت نفذت الوصية لها (مسئلة) ولو وصى بغير وارث في صحته فجازا لهبة في صحته ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس المال قاله أشهب ولو وصى أخاه في مرضه هبة وقبضها المعطي وهو غير وارث ثم صار وارثا فالهبة باطل قاله أشهب ولو وصى امرأة هبة في مرضه ثم تزوجها فمات من ذلك المرض فالوصية جائزة في ثلثه لانها لا تراث ولو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم فذلك كله جائز ووجه ذلك أن الاقرار بالدين حق ثابت في ذمته فروع بوثوقه حين الاقرار به وهو لم يكن وارثا ذلك الوقت وليس كذلك الهبة في المرض فانما ينظر فيها بعد الموت فذلك اعتبر بحاله حين الموت

(فصل) وقوله ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة يقتضي انها امر دودة اذا منع ذلك الورثة من أوصى لوارث ولم يوص بغير ذلك وأراد الورثة رد الوصية فهو بمنزلة من لم يوص ويقسم الورثة التركة على سنة الميراث وان كان أوصى لوارث وأوصى مع ذلك لأجنبي فقد قال القاضي أبو محمد ان الورثة يحاصرون الأجنبي كوصية الوارث فما حصل للأجنبي وما حصل للوارث رجع ميراثا وقال الشافعي يبطل حق الورثة والدليل على ما نقوله ان الميت اشترك مع الأجنبي في الثلث فلم يكن له جميعه كما لو أثمره غير وارث وهذا الذي قاله أبو محمد يحتاج الى تفصيل وذلك انه لا يخلو أن يكون مع الوارث الموصي له وارث غيره أو لا يكون له وارث غيره فان كان له وارث سواه ففي كتاب ابن المواز عن مالك وأصحابه انه يحاصص الأجنبي في الثلث فما صار للأجنبي نفسه وما صار للوارث رجع ميراثا

* قال وبمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثته الميت وانه ان اجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك

فان لم يكن معه وارث غيره يعلم انه اراد تفضيله عليه فلا يحاص بذلك وكذلك لو وصى الجميع ورثته مع الأجنبي وقد استووا في الصفة وسهام الميراث الا أن يكون الورثة ذكورا واناثا وسواى بينهم في الوصية فقد خص الاناث فيحاصصن الأجنبي وبماذا يحاصصن روى أصبغ عن ابن القاسم في الموازية في ابن وبنت أو وصى لكل واحد منهما بمائة ولا جني بمائة ان الابنة تحاصص الأجنبي بخمسين وهى التى زادها على مورثها لما أعطى الذكرا مائة وكان يجب لها خمسون وقال غيره من أهل العلم تحاصص ثلث المائتان موروثها من مائتين ثلثا مائة فتحصص بالزائد وهو ثلث مائة وروى أشهب عن مالك في العتبية فبين أو وصى بثلثه لقوم وأوصى بطعام أن يحبس لعياله كلهم يأكلونه قال فلا شيء للموصى لهم بالثلث في الطعام ولهم ثلث ما سواه والكلام في الطعام للورثة لان بعضهم أوفر حظا من بعض وبعضهم أكثر كلاً من بعض فان ساهوا ذلك والا قسموه على مورثهم قال الشيخ أبو محمد انظر معنى هذا وقد تقدم عن مالك انه يحاصص الورثة الأجنبي عند اختلاف النصاب ثم به اراد القليل النصيب الا ان يعنى انه أو وصى لعياله بقدر مورثهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندي انه لما أو وصى بالطعام لأهله فهو استثناء من ثلثه فلا حظ له فيه للأجنبي الموصى له بالثلث سواء فاضل بين ورثته في الطعام أو ساوى وانما تكون المحاصة في غير المعين والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أو وصى لوارث فانفذ وصيته ثم قام بعض الورثة فقال لم أعلم ان الوصية لا تجوز له فقد قال مالك في الموازية يخلف انه ما علم ويكون له نصيبه منه ووجه ذلك ان هذا مما يجعله كثير من الناس فاذا كان مثله يجعل هذا خلاف على ما أنكروه من ذلك وقضى له به (مسئلة) ومن أو وصى لوارث بعبد أو مال وقال ان لم يجزه ورثتي فذلك في السبيل أو هو حر في المجموعة عن أشهب وابن نافع وعبد الملك ذلك باطل لانه مضار بالورثة اذ منعه ما لهم منه وبه قال مالك وربيعة ولو قال عبدى حر وثلث مالى في السبيل الا أن يجيز الورثة لابنى فهذا يجوز على ما قال وقاله مالك وابن وهب وابن القاسم وابن كنانة وابن نافع وهو قول المنيين قال أصبغ وأنا أقوله استحسانا واتباع العلماء وأما القياس فهو كالأول وقال أشهب لا يجوز وهو من الضرر كالأول وجه قول ابن القاسم انه اذا قال عبدى حر الا أن يجيزه الورثة لابنى فان وصيته انما باشرت الحرية وانما يكون تصيره الى الوارث من قبل الورثة فيجاز ذلك لانها ليست بوصية منه للوارث واذا قال هو لوارثي فان منع ذلك الورثة فهو حر فانما باشرت وصيته تصيره الى الوارث فلم يجز لانها وصية محضة للوارث (مسئلة) ومن قال عبدى لفلان وهو أكثر من الثلث فان لم يجز الورثة فهو حر فذلك جائز وهو حر قال الشيخ أبو محمد يريد ما حصل الثلث وذلك أن ذلك المقدار يجوز انفاذه في الوجهين جميعا لكنه لما شرط ان منع الورثة من انفاذ جميعه لفلان أن يمتنع ووجد المنع منهم رد العتق على ما شرط ولما لم يجز الورثة جميعه عتق منه مبلغ الثلث كما لو قال ابتداء أعتقوا جميع هذا العبد فلم يجز الورثة فانه يرد الى الثلث والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله وان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم دون من لم يجز معناه أن يكون للرجل ثلاثة من الولد فيوصى لأحدهم بوصية فيجيز أحد اخوته ويأبى الآخر فانه يجوز له حصه المجيز من تلك الوصية وترد حصه الآبى ص (قال وسهعت مالكا يقول في المريض الذى يوصى فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصى لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس له ان يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك لأنفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فاما أن يستأذن ورثته في وصية يوصى بها

* قال وسهعت مالكا يقول في المريض الذى يوصى فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصى لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك لأنفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فاما أن يستأذن ورثته في وصية يوصى بها

لوارث في صحته فيأذنون له فان ذلك لا يلزمهم ولورثته ان يردوا ذلك ان شاؤوا وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ماشاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيصدق به أو يعطيه من شاء وانما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شيء الا في ثلثه وحين هم أحق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيئا فانه رد على من وهبه الآن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاها إياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذي وهب يرجع اليه مابق بعد وفاة الذي أعطيه ❦ ش ويبان ذلك والله أعلم ان اجازه الورثة تكون في وقتين أحدهما بعد موت الموصي وهي التي تقدم ذكرها واتفق العلماء على جوازها والوقت الآخر قبل موت الموصي وذلك في حالتين أحدهما حال الصحة والثانية حال المرض فاما حال الصحة فلا يخلو أن يكون لسبب أو لغير سبب فان كان لسبب كالغزو والسفر في العتية من سماع ابن القاسم عن مالك فحين أذن له ورثته عند خروجه لغزو وأوسفر أن يوصى بأكثر من ثلثه ففعل ثم مات في سفره ان ذلك يلزمهم كالمريض وقاله ابن القاسم قال أصبغ قال لي ابن وهب كنت أقول هذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم لانه صحيح قال أصبغ وهو الصحيح وجه القول الأول انه سبب الوصية غالبا كالمريض وجه القول الثاني ان هذه حال صحته فلم يلزم الورثة الاجازة فيها كما لو كانت لغير سبب فاما ان كان لغير سبب وصيته فلا خلاف في المنع ان لا يلزم ذلك المجيز من الورثة وله الرجوع فيه لانه حال لم يتعلق فيه حقوقهم بالتركة (مسئلة) وأما الاجازة حال المرض فلا يخلو أن تتخلل بين وصيته ومريض وفاته صحته أو لا تتخللها صحته فان تخللها صحته فقدر ويحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الموازية الورثة يجيزون للمريض الوصية بأكثر من الثلث ثم يصح ثم عرض فيموت أن ذلك غير لازم لهم لانه قد تتخلل الاذن والوفاة حالة لا يصح فيها الاذن كما لو أذنوا في الصحة (فرع) وهذا يلزمهم النمين انهم ما سكتوا رضابذلك قال ابن كنانة يلزمهم بذلك وجهه ان صورة السكوت عن التعيين صورة استدامة الرضا فتلزمهم النمين انهم لم يرضوا به في المرض الثاني (مسئلة) فان لم يتخلل بين الاذن والوفاة وقت صحته لزم ذلك الورثة قال القاضي أبو محمد وذلك في المرض المخوف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يلزمهم الاجازة الا بعد موت الموصي وقدر وي نحو ذلك في المجموعة عن عبد الملك في مريض باع عبدا بأقل من قيمته بأمر بين فانه لا اجازة للورثة قبل الموت إذ لا يعلم لعل غيرهم يرثه والدليل على ما نقوله ان هذه حال تعتبر فيها عطية بالثلث فلزم الورثة الاجازة كبعد الموت واحتج مالك لذلك بما ذكره في الأصل انه لو لم يلزم ذلك الورثة لسكان سببا لمنع الموصي من الوصية بالاجازة لوصيته للوارث فادامات وقد اقتصر على تلك الوصية رجعوا الى الاجازة فنعوا بذلك الوصية التي أباحها الشرع له والاعتماد في ذلك على اثبات انه وقت اجازة وبذلك يفارق حال المرض حالة الصحة لان حال الصحة ليس بحال اجازة لما ذكر من أنه لم يتعلق بعد حق الورثة بماله ولا حجبوا عليه في ثلثه وأما حال المريض بحال يتعلق حق الورثة بماله وغروا عليه في ثلثه وانما يكون أفعاله في ثلثه كبعد الوفاة (فرع) وفي المجموعة لابن القاسم عن مالك انما يلزم اذن الوارث للمريض اذا كان بائنا عنه فأما بناته الأبنكار وزوجاته ومن في عياله فله الرجوع بعد موته قال ابن القاسم وليس للسفيه اذن ولا للبكر قال ابن كنانة الا المعنسة فيلزمها وأما الزوجة فقد

لوارث في صحته فيأذنون له فان ذلك لا يلزمهم ولورثته ان يردوا ذلك ان شاؤوا وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ماشاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيصدق به أو يعطيه من شاء وانما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شيء الا في ثلثه وحين هم أحق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيئا فانه رد على من وهبه الآن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاها إياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذي وهب يرجع اليه مابق بعد وفاة الذي أعطيه

تخاف من موجدته وليس التي يساهمها ذلك كالتي تتبدنه وقال أشهب في الموازية ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لا تنهاه ولا تخاف منه فهذه لا ترجع وكذلك الابن الكبير وهو في عيال أبيه فلا رجوع له إذا كان ممن لا يندع وقال ابن القاسم لمثل هؤلاء أن يرجعوا إذا كانوا في عياله ووجهه أن من كان في حضنته يخاف أن يقصيه ويقطع معرفته عنه أن لم يجزله فيفعل ذلك تقصيا لمسرته واستدامة لأصلاح حاله معه وهو لا يريد إلا جازة فكان له الرجوع في ذلك والله أعلم وأحكم وقال القاضي أبو محمد لا يلزم الأذن من كان في عياله ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطانا يرهبه ونحو ذلك

(فصل) وقوله وإن سأل بعض الورثة أن يهبوا له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيئا فإنه مرد على من وعبه وتدر واه عنه ابن القاسم وابن وهب في المجموعة قال عنه ابن وهب إلا أن يكون مسمى له من يهبه له من ورثته فذلك له ومعنى ما ذكر في الموطأ أن يقول له إن فلانا لبعض ورثته ضعيف وأحب أن يهب له ميراثك فيفعل فإن ذلك جائز ووجه ذلك أنه إذا استوجب ميراثه دون تسمية فأنما يستأذنه في أن يصرفه في وجوه يريدها الوارث أو غيره لا يبقى على ملكه بعد موته فإن ذلك لا يصح فيه فإذ مات الميت ولم يحدث فيه حدثا فقد مات قبل أن ينفذ ما استأذن فيه فيرجع إلى مستحقه إلا أن يسمى له الموهوب له فقد بين الوجه الذي سأله إنفاذه فيه وقد وجدنا انفاذا من الوارث الواهب ولو قال أعطنيه أو وصى به فلان فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك في الموازية إذا أذن له أن يوصى به لوارث آخر فإن أنفذه مضى وإن لم ينفذه فهو مرد

(فصل) ولو وجب له ميراثه فأنفذه الهالك بعضه وبقي له بعض فهو مرد على الواهب يريد أن يوصى ببعض ما وجبه إياه من ميراثه ويبقى بعضه لا يوصى فيه بشيء فإن ما أبقاه دون وصية راجع إلى الوارث الواهب على حكم الميراث الذي كان عليه ص قال يحيى وسعت مال الكيعق فبين أو وصى بوصية فذكر أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع إلى الورثة ميراثا على كتاب الله تعالى لأن الميت لم يرد أن يقع شيء من ذلك في ثلثه ولا يحصا أهل لوصايا في ثلثه بشيء من ذلك ش وهذا على حسب ما قال ابن من أو وصى بوصية يريد في مرضه فذكر في وصيته أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فان ذلك ليس لمن ذكر أنه كان أعطاه إياه ولو أقره بما قال الورثة لانتها عطية ذكر أنها كانت في الصحة فتبطل بمرض الموصى قبل القبض وإنما أقر به في حال حكم العطية فيها حكم الوصية ولا تصح الوصية لو ارث فبأي الحالتين اعتبرت إقراره بطل (مسألة) ومن أشهد في مرضه في جارية له أني كنت أعتقها في الصحة وتزوجها وأشهدكم أنها طائفة ثلاث فلا تعتق بذلك في ثلث ولا غيره ولا صداق لها ولا ميراث إلا بأمر يثبت في الصحة من العتق ثم النكاح الآن يقول في مرضه أمضوا عتقها

﴿ ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾

ص مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله أن فتح الله عليكم الطائف غدا فأنا أدلك على ابنة غيلان فانهاتقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم ش قوله أن مخنثا كان عند أم سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قال

قال وسعت مال الكيعق فبين أو وصى بوصية فذكر أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع إلى الورثة ميراثا على كتاب الله لأن الميت لم يرد أن يقع شيء من ذلك في ثلثه ولا يحصا أهل الوصايا في ثلثه بشيء من ذلك

﴿ ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله أن فتح الله عليكم الطائف غدا فأنا أدلك على ابنة غيلان فانهاتقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم

ابن حبيب الخنث هو المؤنث من الرجال وان لم تعرف فيه الفاحشة وهو مأخوذ من تنى الشيء وتكسره والخنث المذكور في الحديث اسمه هيت وكان مولى لعبد الله بن أبي أمية أخى أم سلمة وكان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ولا يرى ذلك لقول الله عز وجل ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن إلى أولى الأربعة من الرجال قال عكرمة هو الخنث الذى لا يقوم له يريد العنين وقيل هو الشيخ الهرم والخنثى والمعنوه والطفل والعنين قال ابن عباس هو الأحمق الذى لا حاجة له فى النساء وقال مجاهد وقتادة هو الذى يتبعك ليصيب من طعامك ولا يريد النساء ولا يهرمه إلا بطنه فلا يخاف منه على النساء وروى عن عائشة أنها قالت كان رجل يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولى الأربعة فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوماً وهو عند بعض نسائه وهو ينعت امرأته فقال انها اذا أقبلت أقبلت بأربع واذ أدبرت أدبرت بثان فقال النبي صلى الله عليه وسلم ألا ترى هذا يعلم ما عهدنا لا يدخلن عليكم فحجبه وقال ابن الكلبي ان هيتا قال لعبد الله بن أبي أمية وهو عند النبي صلى الله عليه وسلم فى بيت أم سلمة ان افتتح الطائف فعملك ببادة بنت غيلان بن سلمة الثقفى فانهما تقبل بأربع وتدبر بثمان مع ثغر كالأقحوان ان قصبت ثبتت وان تكلمت تغتبت بين رجلها كالاناء المكفوف ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد غلغلت النظر اليها بعدو الله ثم أجلاه عن المدينة إلى الحى فافتح الطائف تزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له بريهة ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وولى أبو بكر كلفه فيه أن يرده فأبى أن يرده فاما ولى عمر قيل انه قد ضعف وكبر واحتاج فأذن له أن يدخل كل جمعة فيسأل الناس ثم يرجع إلى مكانه

(فصل) وقوله فانهما تقبل بأربع وتدبر بثمان روى ابن حبيب عن مالك ان معنى ذلك ان أعكاتها وهى ترا كيب اللحم فى البطن حتى ينعطف بعضه على بعض فهى فى بطنها أربع طرائق وتبلغ أطرافها إلى خاصرتيها فى كل جانب أربع فهى على هذا ثمان وأراد العكن واحداً منها عكته وهى مؤنثة فلذلك أتى بالنظ العدد على التأنيث

(فصل) وقوله ولا يدخلن هؤلاء عليكم معناه والله أعلم المنع من دخول من ينظر من المحاسن النساء من الخنثين ومن يحسن وصفهن ويهتبل بذلك وأن المراد بقوله تعالى غير أولى الأربعة من لا يتفطن لذلك ولا يهتبل به ولا يفرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة فهو الذى أيسر له الدخول على النساء وقال سعيد بن جبير هو الذى لا ينتشر ذكره (مسألة) وأما أولو الأربعة فعلى ضربين ذوو محارم وأجنبيون فأما ذوو المحارم فانه يجوز لهم الدخول على ذات محرمهم ويجوز لهم أن ينظروا منها إلى ما جرت العادة بكشفه كالوجه والشعر والمعصمين وقد قال مالك فى الموازية لا بأس أن يرى الرجل شعرا امرأته وامرأة أبيه ولا بأس أن يقبل خد ابنته اذا قدم من سفره ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا مما جرت العادة بانكشافه منها واما أن يراها متجردة فلا يجوز ذلك وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ليستأذن الرجل على أمه وأخته ولا يجوز أن يرى أمه عريانة ووجه ذلك ان هذا مما تسترته غالباً كالعمرة المخففة * وقال القاضى أبو اسحاق فى تفسير قوله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن ولىضرب بن مخمرهن على جميعهن الآية الظاهر انه يريد الوجه والكفين لان المرأة يجب عليها أن تستر منها فى الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القرباء وليس يجوز لها أن تظهر فى الصلاة الا وجهها وكتفها وفى ذلك دليل على انه لا يجوز للقرى أن يروا منها ذلك والله أعلم بما أراد

من ذلك فاقضى قول القاضي أبي اسحاق انه منكر رؤية ذوى المحارم لشعر المرأة وأباح له رؤية
الوجه والكفين (مسئلة) وأما أم الزوجة فجوز مالك النظر الى شعرها ومنع من ذلك سعيد
ابن جبير والدليل على ما نقوله انها محرمة على التأييد كالأُم والأخت (مسئلة) وأما من ليس بذى
محرم فلا يخلو أن يكون الوطء مباحا له أو غير مباح فان كان مباحا له وهو الزوج والسيد فانه يجوز
له أن ينظر الى العورة وغيرها وتنظر هي منه الى مثل ذلك وقد قال أصبغ في كتاب محمد من لا يحل
لذكرها فلا تطلع على عورتك في صحة ولا مرض وحال ضرورة وجهه ذلك انها محرمة الوطء
كالأجنبية (مسئلة) ومن لا يباح له الوطء فهو على ضربين صغير وكبير فأما الصغير فيجوز
نظره لها (مسئلة) وأما الكبير فعلى ضربين خصي وفحل فأما الخصي فلا يخلو أن يكون
عبدا أو حرا فان كان عبدا لها ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا بأس أن يدخل على
المرأة خصيا لان في نظره الى وجهها انه اجتمع فيه كونه ملكا لها وكونه خصيا لان فيه من معنى
التأنيث فأما رؤية شعرها ففي كتاب ابن المواز عن مالك يرى شعر سيدة ان كان وغدا وكره ذلك
لدى المنظر وقال ابن القاسم ان ما تملكه من الخصيان بخلاف من لا تملكه ولا يرى شعرها وزينتها
من لا تملكه وان كان لزوجه (مسئلة) وأما الخصي العبد لزوجه ولغير زوجته ففي العتبية من
رواية ابن القاسم عن مالك انه كره أن يدخل عليها اذا بلغ الحلم قال ابن القاسم لا بأس أن يرى وجهها
وروى عن مالك أيضا لا بأس أن يرى شعرها ان لم يكن لها منظر (مسئلة) وأما الحر من الخصيان
فكره مالك أن يدخل على النساء قال عنه ابن المواز كان وغدا أو غير وغدا (مسئلة) وأما الفحل
فانه على ضربين عبد وحر فأما العبد لها فلا بأس أن يدخل على سيدته ويرى شعرها ان كان لا منظر
له قال ابن المواز عن مالك وكذلك مكاتبها ومنع من ذلك ابن المسيب وقال لا تفرنكم هذه الآية أو
ما ملكت أيمانكم انما عني بها الاماء ولم يعن بها العبيد وقال طاوس ومجاهد لا يرى شعرها ومعنى
أو ما ملكت أيمانكم ممن لم يبلغ الحلم * وقال القاضي أبو اسحاق في حديث رواه نهران عن أم سلمة
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد اليها اذا كان عند مكاتب احدا كنّ وفاء بما بقى من كتابته
فاضرب بن دونه الحجاب قال ففي هذا الحديث بيان ان العبد يجوز أن يرى من سيدته ما يراه ذو
المحرّم كالأب والأخ لانه لا يحل له أن يتزوجها وليس من ذوى المحارم الذي يجوز لها أن تسافر معه
لان حرمة منها لا تدوم اذ يمكن أن تعتقه في سفرها فيحل له تزويجها والحديث الذي ذكره ليس
بثابت عندي غير انه يستفاد من ذلك مذهب القاضي أبي اسحاق في المسئلة واستدل على ذلك بقوله
تعالى ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات فأجر واجرى من لم
يبلغ الحلم وأمر بالاستئذان في العورات الثلاث خاصة لان الناس لا يسترون فيها كالمسترون في سائر
الأوقات (مسئلة) فأما عبد غير لها فلا يدخل عليها لانه ليس بمحرّم عليه نكاحها كالحر الأجنبي
(مسئلة) ولا يدخل على المرأة ولا ينظر اليها لغير ضرورة أجنبية وأما الضرورة فقد روى عيسى
عن ابن القاسم في المرأة الكبيرة الغربية تلجأ الى الرجل يقوم بحوائجها ويناولها الحاجة لا بأس
به وليدخل معه غيره أحب الى وجه ذلك انها حال ضرورة كحالة الشهادة عليها (مسئلة) ولا
بأس أن يدخل على المرأة يريد نكاحها ينظر اليها قبل فيغتفلها من كوة ونحوها فكره ذلك ووجه
اباحة الدخول عليها والنظر اليها لضرورة ومن جهة المعنى انه يحتاج الى النظر اليها ليعلم هل توافقه
صورتها ومحاسنها وانما كره اغتفلها لئلا ينظر منها الى عورة وانما أيسر له النظر الى وجهها لانه

يجمع المحاسن والله أعلم (مسئلة) وأما الرجل يريد شراء الأمة فإنه يجوز له أن ينظر إلى وجهها ويديها وخل له أن ينظر إلى بدنهما روى عن علي أنه لا بأس أن ينظر إلى ساقها وعجزها وبطنها وقال للاحرمة لها وروى عن ابن عمر أنه كان يضع يده بين يديها وروى عن الشعبي ينظر إلى جميعها إلا الفرج وفي المدونة عن مالك ما يدل على هذا القول ص * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم بن عمر ثم أنه فارقها فاجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر دخل بينهما وبينها قال فما راجعه عمر الكلام قال وسهت مالكا يقول وهذا الامر الذي أخذ به في ذلك * ش قوله أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الانصار هي جميلة بنت ثابت بن أبي الافلح أخت عاصم كان اسمها عاصية فسميها رسول الله صلى الله عليه وسلم جميلة وقد قيل انها بنت عاصم بن ثابت والاول أكثر

(فصل) وقوله فولدت له عاصم بن عمر قيل انها ولدت له قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بسنتين ثم ان عمر فارقها فانتضى ذلك أن يكون الصبي في حضنة أمه ما لم تزوج فان تزوجت فالجدة أم الأم أحق بحضنته من أبيه وتزوج جميلة بعد عمر زيد بن حارثة فولدت له عبد الرحمن

(فصل) وقوله فاجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد يقتضى أنه كان هناك عنده أمه أو جدته ولعله كان عند جدته زائر لها أو لعل أمه كانت تزوجت فانتقلت الحضنة إلى الجدة أم الأم وأصل هذا ان الفقهاء متفقون على ان الأم أحق بحضنة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضنة ما لم تزوج وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة قالت يا رسول الله انه ابني كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى ومن جهة المعنى أن الأم أرفق بالابن وأحسن تناولا لغسله وتنظيفه والقيام بشأنه كله مع ملازمته بذلك واشتغال الاب عنه في تصرفه فكان ذلك أرفق بالابن (مسئلة) وخل ذلك من حقوق الأم أو الولد فقد اختلف عن مالك في ذلك فقال الشيخ أبو القاسم هو من حقوق المرأة فان شاءت أخذته وان شاءت تركته وقال القاضي أبو محمد فاذا قلنا انه من حقوق الأم فلقوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى ومن جهة المعنى انه يلحقها الضرر بالتفرقة منها مع ما جبل عليه النساء من الاشفاق من ذلك والتوجع له قال واذا قلنا انه حق للولد فلائذ الغرض حفظه ومصالحه ولذلك يؤخذ منها اذا تزوجت وان لحقها الضرر باخذه *

قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أن فيه حقا لكل منهما والله أعلم وأحكم وقد روى ابن حبيب عن سحنون ان رضى الأب والأم والولد ان يكون الولد عند أبيه ولم تزوج أمه فلا بأس بذلك فاعتبر برضا الأم والولد (مسئلة) ونهاية هذه الحضنة في قول مالك البلوغ في الذكور ورأيت في بعض الكتب لابن وهب عن مالك ان حدها في الذكور الانغار وقال الشيخ أبو القاسم في تنزيهه حدة الحضنة الاحتمال وقيل حتى يشغر وأما في الاناث فلا نعلم انه اختلف قوله بان لها الحضنة الى أن تزوج ويدخل بها زوجها الا أن يكون موضع أبيها أصون لها أو منع اذا نبت ذلك فيختار لها الموضع الأصون وقال أبو حنيفة ان كان الولد أنثى فحتى يبلغ وان كان ذكرا فحتى يستغنى عن يحضنه ويقوم بنفسه وقال الشافعي اذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانيا خير بين أبيه وبين اختار منهما كانت

* مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر ابن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم ابن عمر ثم اندفارقها فاجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر دخل بينهما وبينها قال فما راجعه عمر الكلام * قال وسهت مالكا يقول وهذا الامر الذي أخذ به في ذلك

الحضانة له وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أنت أحق به مما
تنكحني وهذا الحديث ليس اسناده مما يحتج به ولا في هذا الباب شيء يعتد عليه ووجه ذلك أن
ابن سبع سنين لا يقدر على الانفرد بنفسه والام أشق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حله والاب
لا يستطيع تعاضد ذلك فكانت الام أحق بذلك إلى أن يبلغ وهو الحسد الذي يقوى فيه ويمكنه
الاستغناء عن من يخدمه (فرع) فإذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن الابن
إذا قارب الاحتلام وأثبت واسودت بانه فالاب يضعه الى نفسه وكان ابن القاسم يوقت في ذلك
الاحتلام قال الشيخ أبو اسحق حمله ان يحتلم الذكر صحيح العقل والبدن وجه القول الاول ان
الانبات هو الذي يظهر ويمكن ان تثبت الشهادة عليه وأما الاحتلام فلا يعلم ذلك الا بقول الصبي
ويمكن أن يكتمه ويدعيه فكان الانبات أولى ووجه القول الثاني ان كل أمر روي فيه بناء الزوج
في حق الاناث فانه يراعى فيه الاحتلام في حق الذكور كوجوب الفرائض وهذا ان كانت الام
مسماة حرة فان كانت نصرانية فقد روى ابن وهب لاحق للنصرانية في الحضانة لأن المسماة لو أثنى
عليها بناء سوء لنزع منها فهذه أولى قال ابن المواز الحضانة لها واجبة وكذلك الحرية النصرانية
* قال مالك فيمن هن الحضانة سواء كن كتابيات أو مسلمات أو مجوسيات ووجه ذلك انها أم حرة
خلو من زوج للابن في حضانتها مرفق فكانت لها الحضانة كالمسماة (مسألة) وإذا لم تكن
في حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنه أو سفهة أو سقية أو ضعيفة أو مسنة فلا حضانة لها حرة
كانت أو غيرها قاله مالك في الموازية ووجه ذلك ان الحضانة إنما هي للرفق بالصغير فإذا عجزت عن
القيام بعدم الرفق وكان في مقامه عندها تضييع له والله أعلم وأحكم (فرع) وإذا كان الابن
في حضانة أم لم يمنع من الاختلاف إلى أبيه يعلمه ويأوى إلى الام رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون
ووجه ذلك أن الابن محتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة
والصنائع والتصرف وتلك معان انما تستفاد من الاب فكان الاب أولى بالابن في الاوقات التي
يحتاج فيها إلى التعلم وذلك لا يمنع الحضانة لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل
الثياب وتهيشة المضجع والملبس والعون على ذلك كله والمطالعة لمن يباشرو وتنظيفها للجسم وغير
ذلك من المعاني التي تختص مباشرتها بالنساء ولا يستغنى الصغير عن من يتولى ذلك له فكان كل
واحد من الأبوين أحق مما إليه منافع الصبي والقيام بأمره (فرع) فان شك الأب ضياع نفقة
ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب سحنون إلى شجرة في الخالة تجب لها الحضانة فيقول الاب يكون
ولدي عندي لأعلمه وأطعمه فان الخالة تأكل ما أرزقهم وهي مكذبة ان للاب أن يطعمه ويعلمه
وتكون الحضانة للخالة فيجعل الحضانة أن يأوى إليها وتباشرو سائر أهواله مما لا يفيب عليه من نفقته
(فرع) وإذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عنها من زيارتها وعبادتها ولا يمنع عنها أن
تأنيها * قال مالك في العتية ووجه ذلك ان للعمة حق في مطالعة حالها ومعرفة مجاري أمورها وحجتها
وسقمها ومباشرة من عملها للرحم التي بينهما فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها
(مسألة) وهذا ما لم تزوج الام قبل ذلك فان تزوجت فالحضانة لها ما لم يدخل بها زوجها فإذا
دخل بها بطلت حضانتها ووجه ذلك أن الصبي يلحقه الضرر بشكره الزوج له وضجيرة والام
تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعاضده طلبا لمرضاة الزوج واشتغال باليد وذلك كله مضر بالصبي
فبطل حقها من الحضانة (مسألة) ولو تزوجت الام فرضي الزوج أن يترك عندها الولد حولين

ثم يأخذه وأشهد بذلك فطلعت قبل ذلك فحبسته وقام الأب بالكتاب فقصد مالک في العتية والمواز يتبقى عندهما إلى أن تزوج ثانية زاد في العتية ثم رجع فقال له أخنوده (فرع) فان طلقها الزوج أو مات عنها فلا يخلو أو يكون ذلك قبل أن ينتزع منها الولد أو بعد أن ينتزع منها فان كان ذلك قبل أن ينتزع منها ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم أن تزوجت الأم أو الجدة فلم يأخذ منها الولد حتى فارقتها الزوج فلا ينتزع منها بخلاف أن يؤخذ منها ووجه ذلك أنه يحكم بانتزاعه منها حتى يزول السبب الموجب للارتزاع وعلته كالغيب يوجد بالمبيع فلا يحكم بالرد حتى يزول الغيب (مسألة) فان انتزع منها الولد قبل الفرقة بموت أو طلاق فقد قال مالک في المدونة لا يرد إليها والذي ذكره الشيخ أبو القاسم وحكى القاضي أبو محمد في معونته لها أخذه لزوال المانع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ووجه القول الأول أن الحضانة مبنية على أن أسبابها إذا زالت زال حكمها لزوال سببها ولم يعد كما لو تركته ابتداء ثم طلبته ووجه القول الثاني أن سبب انتقال الحضانة عن الأم دخول الزوج بها وما يحذر من استمرار الولد وتبرمه به وشغل الأم عنه وإذا زال الزوج فقد أم من هذا فعادت الحضانة (مسألة) ولو كان الولد مع أبيه والأم متخمة عنه فقد قال مالک في الموازية ليس لها أخذه إن مات الأب ووجه ذلك أنه بتركها قد أسقطت حقها من الحضانة والصبي قد أنس بغيرها وتسلت عنها وصلحت حاله دونها لاسيما مع ما ظهر من تركها له ورضاهما بأن يلي غيرها أمره وقد قال مالک إذا ردت استئفا لاله ثم طلبته لم يكن ذلك لها الآن تأتي بعذر له ووجه قال أشهب مثل أن تكون مرضت أو انقطع لبنها وعدا مبنى على أن الحضانة حق للأم خاصة (مسألة) وإذا كان للصبي وليان وتزوجت الأم أحدهما ففي العتية والموازية لا ينتزع منها إذا كان ذلك أرفق به قاله ابن القاسم وقال أصبغ ألا أن يخاف عليه عندها جفوة أو ضيعة أو تغلوطه وتدعه فيكون الولي الآخر أحق به وقد قال مالک في الجدة المتروجة لا حضانة لها إلا أن يكون زوجها جد الصبي قال ابن وهب لا حضانة لها وإن كان زوجها جد الصبي ووجه قول مالک أن الجدولي يستحق الحضانة فلا يمنع الحضانة ووجه قول ابن وهب أن الزوج على كل حال يشغل عن الصبي وهذا عندى غير مؤثر لأن الأب يشغل الأم في بعض الأحيان ولا ينقل ذلك الحضانة عنها والله أعلم وأحكم

(فصل) إذا ثبت أن حضانة الأم تبطل بدخول زوجها بها فانهما تنتقل بعدها إلى أقرب النساء بالصبي الأقرب فالأقرب وينتقل ذلك بتزوج الأم وعسدم من خواتم من الأب بالحضانة من النساء إلى الأب ولا يخلو أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فان كان ذكرا فانه ينتقل إلى من له حق في الحضانة من أنثى أو ذكر قال ابن المواز الوصي ومولى النعمة أحق من الأم وإذا تزوجت الأم فالأولياء أحق بالعيان والأولياء هم العتية (مسألة) فان كننا فقد قال مالک في الموازية تعلم والجدة أخذت الصبية إذا نسكت أمها وأما الوصي إذا كان ذا محرم فهو أحق من الجد والعلم وابن العم فان لم يكن ذا محرم فقد قال مالک في الموازية كونهما مع زوج أمها أولى لانه ذو محرم وقال أصبغ في العتية إذا تزوجت الأم فالوصي أحق بالعيان غامنا كانوا أو جوارى وإن حصن الأبكار وهو أحق من الأخ والعلم وابن العم وإن كان رضى قال مالک في الموازية إذا تزوجت الأم فالجدة أحق بحضانة الولد ووجه ذلك أنها أقرب لانهما تدلى بالأمومة (فرع) إذا ثبت أن الجدة للأم أحق بالحضانة بعد الأم فان كان لها نزل تنفرد به فلا خلاف في ذلك وإن كانت تسكن مع الأم المتروجة ففي الموازية عن مالک ليس لها ذلك وقال سحنون في كتاب ابن الجدة أن تسكن بهم مع أمهم المتروجة في حجرة واحدة وإن أبى ذلك

الأب وجه القول الأول ان كون الولد مع أمهم المتزوجة في مكان واحد بمنزلة كونهم في حضانتها وهو مما اعتمد من الأزواج فيه الاستئصال والتسكرو والتبرم وذلك مضر بالولد ووجه القول الثاني ان الحضانة مختصة بالجدة وهي المنفردة بهم في المبيت والأكل ولا يضر الولد كونهم مع أمهم في مسكن بل ربما نالهم رفقة بهم مع استغنائهم بالجدة عنها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال في الموازية ان أم الأم كالأم (مسألة) فان لم تكن جدة وزالت الحضانة عنها بنكاح فالظاهر من منذهب مالك انها تنتقل عنها الى الخالة قال محمد وروى عن مالك ان الأب أولى من الخالة قال أصبغ وليس هذا بشيء وهو قول مالك المعروف ان الخالة أحق وجه القول الأول ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالحضانة في ابنة حمزة بن عبد المطلب خالتها وهي زوج جعفر بن أبي طالب رضي الله عنهم وقال الخالة أم ومن جهة المعنى ان الخالة مع لطف محلها وقر بها من الصبي وماعهد من حنوها أقدر على مباشرة حضانتها وتناول أمره من الأب لتعذر هذه المعاني على الرجال في الغالب (فرع) وخالة الأم كالخالة قاله مالك في الموازية وقال في المدونة ان الخالة أحق من الجد للاب ووجه ذلك ان جنبه الأم مغلبة في الحضانة على جنبه الأب كما غلبت الأم على الأب ومنها تستفاد الحضانة فلا تنتقل الى جنبه الأب حتى يعدم مستحقها من جهة الأم فقد قال ابن حبيب ليس لبنات الخالة من الحضانة شيء وقال أشهب في كتاب ابن سحنون وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة فأوهم ان لبنات الخالة حقا من الحضانة وقدم العمت عليهن فعلى هذا التأويل انما قدمت عليها العمة لكونها أقرب منها وانما تؤثر جنبه الأم مع التساوي في القعد والاول أظهر وعليه اطرده قول ابن حبيب (فرع) والجد للاب أحق من الأب قاله في المدونة وفيها الأب أولى بالحضانة من الأخت والعمة فقدم الأب على نساء جنبه الاجل خاصة (مسألة) فاذا عدم الجدات فقد قال أصبغ والخارث تنقل الحضانة الى الاب وفي المدونة الجد والخالة أولى من الأب والأب أولى من الأخت والعمة وقال محمد والنساء من قرابة الاب أولى أخت الصبي ثم عمته ثم بنت الأخ قال وهذا مطروح في كتاب محمد وقال ابن حبيب الجد للاب ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة أخي الصبي ثم الأب وقال القاضي أبو محمد واختلاف اذا انتقلت الحضانة من جهة الأم أيهما أولى الاب أو قرابته فاذا قلنا ان الأب أولى فلان به يدلون والأهل أولى واذا قلنا قرابته أولى فلانهم أقرب والأب لا يمكنه تناول ذلك بنفسه ووجه ذلك عندى ان أصل الحضانة للنساء لانهن يباشرن ذلك ولذلك قدمت الأم على الأب فلا تنتقل عنهن الا بعدد جميعهن والله أعلم وقد قال مالك في الموازية وأم أبي الأب كأم الأب وظاهر لفظ القاضي أبي محمد يقتضى ان على أحد القولين يقدم الأب على جميع النساء المدلين به والقول الآخر وهو قول ابن حبيب عن أصبغ يقدم جميعهن عليه ولم يختلف المذهب في أن العمة وبنت الأخ ومن كان مثلها مقدم على من له حق في الحضانة غير الاب ولذلك قدمت الأم على الأب فلا ينتقل عنهن الا بعدد جميعهن (فرع) فاذا قلنا يقدم الأب عليهن فعلى الأب فالحضانة بعده للاخت ثم العمة قال ابن حبيب عن أصبغ ثم ابنة أخي الصبي وليس لبنت الخالة ولا لبنت العمة ولا لبنت الاخت من الحضانة شيء وقد تقدم قول أشهب في ذلك (مسألة) فاذا عدم النساء والأب ففي كتاب محمد والاخت ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم قال محمد والوصى وولى النعمة أولى من الأم اذا تزوجت وقال مالك في المدونة مولى النعمة من الأولياء ومولى العتاقة وابن العم من الأولياء وكذلك العصبية وانما يستحقون ذلك الأقرب فالأقرب ووجه ذلك ان من قدمنا ذكره قرابة وتعصيب

(فصل) وهذا اذا كانت الحاضنة مع الاب في بلد واحد وفيها حكمه حكم البلد الواحد وما مع اختلاف المواضع فالأب ومن له حق من العصبية أولى بذلك وفي هذا بابان * الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين * والباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق (الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين)

فاذا أراد الأب أن يرتحل الى بلد غير بلد سكنى الأم يريد السكنى فله أن يرتحل بولده معه تزوجت الأم أو لم تزوج وان كان انما هو مسافر يجي ويذهب فليس له أن يخرجهم عن الأم قاله مالك في المدونة وقال في الموازية ان كان الولد يرضع ذكرا كان أو أنثى وكذلك لو كان الولد كبارا مادام يقسم قال وكذلك لو تزوج فولد له ففارق الزوجة ثم أراد أن ينتقل به الى حيث شاء ما لم يكن موضعها قريبا بحيث لا ينقطع عنه خبرهم ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له وأثبت لنسبه (مسئلة) والوصى في ذلك بمنزلة الأب قال أصبغ عن ابن القاسم في العتبية اذا انتقل فهو أحق بالصبيان غلمانا كانوا أو جوارى وليس لأخوتهم ولا لأعمامهم وجدودهم منعه ووجه ذلك انه الناظر لهم دونهم ودون الحاضنة وما لهم عنده فكان كالأب (مسئلة) والأولياء بمنزلة الأب في انتقالهم معه عن مكان الأم تزوجت الأم أو لم تزوج قاله مالك ووجه ذلك أنهم عصبية كالأب (مسئلة) وان أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذي فيه أبوهم أو أولياؤهم لم يكن لها ذلك لان مفارقة الطفل عصبته في الدار كانتقال العصبية

(الباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق وكم قدر المسافة التي لا تأثير لها وتميزها من المسافة المؤثرة)

* قال مالك في المدونة ليس للام أن ترتحل بهم الا البريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم وقال ابن القاسم في كتاب محمد ليس لها أن ترتحل بهم الا مثل المرحلة أو المرحلتين وقاله مالك وقال ابن القاسم في العتبية والموازية فيمن توفي عن بنت سنها ثمان سنين وأرادت أمها أن ترتحل بها الى خولتها على مسيرة مئتي حلتين وأبى ذلك أعمامها أن ذلك لهم دونها وقال محمد أقرب مال للأب أن يرتحل فيه بالولد ستة برد ولم يرأشبه أن تنتقل به الأم الا الى ثلاثة برد وجه القول الأول ان البريد ونحوه لا يشق على الأب مطالعة ابنه فيه غالبا وما زاد على ذلك فانه يشق تكرره لمطالعة غيره فليكن للام احداث هذه المضرة ووجه قول ابن المواز أن مادون ستة برد ليس له حكم السفر وانما له حكم الحضر كالبريد (مسئلة) وهذا اذا كان الأب حرا فان كان عبدا لم يكن له أن يظعن به سواء كانت أمه حرة أو أمة قاله مالك في المدونة وقال في غير المدونة الا أن يكون للعبد ولي فتنظعن الام بهم حيث شاءت ووجه ذلك أنه لا يمكن المقام عليه والاستيطان معه وقد يخرج سيده الى بلد بعيد ويتكرر ذلك من جهته فينفرد الولد ولا تحصل له مزايا عاتده والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الاب حرا والام أمة فعتق الولد فان الحضانة للام الآن يباع أو ينكح أو يظعن الاب قاله مالك ووجهه انه يلزم السيد اباحة من اعاده ولد فالان كان عبده فاذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه نفقته وسائر حقوقه ولا يفرق بينه وبينها حتى الرق فان كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمه الرق فان النكاح يبطلها وكذلك اذا بيعت فانه لا يلزم المشتري أن يؤويه بها والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم النكاح فأما أم الولد الموطوعة بمالك الميمن فهل لها حضانة اذا أعتقت روى ابن المواز عن ابن وهب لا حضانة لها وانما ذلك في الحرية بطلتها الزوج وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك والموازية أم الولد أحق بالحضانة

﴿ العيب في السلعة وضمانها ﴾ قال يحيى سمعت مالكا (١٩٠) يقول في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو

كالخمر وقول ابن وهب عندي مبنى على أن الرق يمنع ولاية الحضانة ولذلك ليس للعبد حضانة ابنة في الظعن فإذا كان مع الرق يمنع ذلك فع الظعن أولى (مسألة) فان عتقت أم الولد على أن تترك حضانة ولدها فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه يرد إليها بخلاف الحررة تصالح الزوج على تسليم الولد إليه لأنه يلزمه وروى عنه أبو زيد أن الشرط لازم كالحررة

(فصل) وقوله فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة وذلك لا يمنع منه لقرب الموضع على وجه المعروف ويحتمل أن يعتقد أنه ضيع تضييعا يخاف أن يضربه ويرى أن ذلك يبيع له أخذه ويجعله أحق بحضانتها ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تزوجت فأصار الصبي إلى جدته ولم يعلم عمر أن الجدة تبقى حضانتها أولعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة فأدركته جدة السلام وهي السمراء بنت أبي عامر ونازعته أياه فقد روى سفيان عن عاصم بن عبيد الله بن عاصم عن أبيه عن جده أن جدته خاصمت فيه جده وهو ابن ثمان سنين وفي هذا نظر لأنه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين فلا يتصور أن يكمل في خلافة أبي بكر ثمان سنين

(فصل) وقوله وأتيا أبا بكر يريدانه كان الامام الذي يحكم بين الناس فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فأظهر كل واحد منهما حاجته وسببه الذي يرى أنه يقتضي له أخذه فقال أبو بكر الصديق خل بينها وبينه يريد أنها لما استوعبت حجبها ورأى أن المرأة أحق به قضى على عمر أن يخل بينها وبينه وتذهب به وتأخذ بحجتها من حضانتها والله أعلم

(فصل) وقوله فأراجعه عمر الكلام يريد أنه سلم حكمه والتزم ما يلزم من طاعته والرضا بما قضى به وإن كان يرى هو غير مولى ذلك قال مالك وهذا الأمر الذي أخذ به في ذلك يريد ما أورده من حكم أبي بكر رضي الله عنه في هذه القضية والله أعلم

﴿ العيب في السلعة وضمانها ﴾

معنى هذه الترجمة والله أعلم أن العيب يحدث بالسلعة بعد ابتياع المبتاع لها يباع فاسدا يجب رده فان ضمان ذلك العيب وما يحدث فيها من نقص وهلاك من المشتري الذي قبضها وكذلك ما يحدث فيها من زيادة ونقص فان ذلك كله للمشتري ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو الثياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذي قبض السلعة أن يرد إلى صاحبه سلعته قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك أنه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزادتها له وإن الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة من غوب فيها ثم يردّها في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها ويضمنها ذلك ثم يردّها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمكسها وانما ثمنها دينار ثم يردّها وقيمتها يوم يردّها عشرة دنانير فليس على الذي قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه ﴿ قال ومما بين ذلك ان السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يجب فيه القطع كان ذلك عليه وان استأخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شأنه واما ان يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس فيه القطع كان ذلك عليه وان استأخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شأنه واما ان يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

التياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذي قبض السلعة أن يرد إلى صاحبه سلعته ﴿ قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك أنه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزادتها له وإن الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة من غوب فيها ثم يردّها في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها ويضمنها ذلك ثم يردّها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمكسها وانما ثمنها دينار ثم يردّها وقيمتها يوم يردّها عشرة دنانير فليس على الذي قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه ﴿ قال ومما بين ذلك ان السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يجب فيه القطع كان ذلك عليه وان استأخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شأنه واما ان يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

استئجار قطعه بالذي يضع عنه حدا قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذي وجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك ^ش وهذا على ما قال ان من ابتاع شيئا من الحيوان أو العر وض ابتاعا غير جائز يريد فاسدا فيرد لأجل فسادهما فان المبتاع رد على البائع وهذا يقتضي رد البيع الفاسد ولا خلاف في ذلك والأصل فيه ما روى القاسم بن محمد عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبيع كله على ضربين ضرب له مثل كالمكيل والموزون والمعدود وضرب لا مثل له كالحيوان والثياب والعر وض وأما ما له مثل فان غنارده بان يرد المبتاع الى البائع ما أخذ منه ان كان باقيا فان غنارده بان يرد المبتاع ما أخذ منه لان وجوده لا يغير قيمته مع سلامة العين من ذلك أولى وأحرى (مسئلة) وأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب وصبر الطعام والأرضين والأشجار فلا يتحول أن يكون مما ينقل ويحول كالحيوان والثياب أو مما لا ينقل ولا يتحول كالدرور والأشجار والأرضين فاما ما ينقل ويحول فاذا كانت عند المبتاع كانت عليه قيمته يوم قبضه وفواته يكون بالزيادة في عينه أو النقصان منها أو بتغير سوقه على وجه تصحيح البيع الفاسد وبهذا قال مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة والشافعي رد ما كانت عينه موجودة فان قامت رد قيمتها على معنى تصحيح البيع الفاسد والدليل على ما نقوله ان هذا اعتد بيع يقتضي أن لا يرجع المبتاع بما أنفق على المبيع ولا يرد الغلة فوجب أن يكون له نفاؤه وعليه نقضه كالمبيع الصحيح

(فصل) وقوله فليس لصاحب السلعة الا قيمة سلعته يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه يريد ان لما قبضها على الضمان كان له نفاؤها وعليه نقضها وذلك يشتمل على تغيير البدن والقيمة وقال الشافعي يلزمه قيمتها يوم التلف واحتج مالك على ذلك بانها ضمنها يوم قبضها وذلك يسحح من قوله انه لا خلاف انها لو تلفت عنها لكان على المشتري ضمانها قال مالك فلذلك كان على المبتاع نفاؤها وزادتها لان من ضمن الجلة ضمن الابعض ومن ضمن الجلة والابعض كان له النفاة بالضمين

(فصل) وقوله فقد يتقبض السلعة في زمان نفاؤها وقيمتها عشرة ثم يردّها في زمان كسادها وقيمتها دينار فنذهب من مال البائع تسعة دنانير أو يقبضها في زمان الكساد وقيمتها دينار ويردّها في زمان نفاق وقيمتها عشرة فليس على المبتاع أن يذهب من مال البائع تسعة دنانير يريد ان تغيير القيمة كتغيير البدن فكالمالك له أن يأخذها سلمية قيمتها عشرة ثم يردّها عينية فكذلك ليس عليه أن يأخذها نائفة في بدنها وقيمتها دينار ويردّها بعد تمامها ونفاؤها وقيمتها عشرة وكذلك الزيادة والنقصان في القيمة

(فصل) وقوله وانما عليه قيمتها ما قبض يوم قبضه يريد ان من ذلك الوقت دخلت في ضمانه بعقد تراضي بما فيه ما زاد وعليه ما نقص وأما يوم الرد فلا يعتبر بقبضه في ضمان القيمة لانه لا تأثير لردّها في الضمان وانما يؤثر فيه القبض وهو سبب فكان الاعتبار به

(فصل) وقوله ومما بين ذلك أن السارق يسرق السلعة فانما ينظر الى قيمتها في وجوب القطع يوم قبضها بالسرقة دون يوم القطع يريد ان القبض بالبيع الفاسد قبض يعتبر فيه القيمة فكان الاعتبار في ذلك بقيمتها يوم القبض دون يوم الحكم كقيمة ما سرق وتأثيره في وجوب القطع لانه لو سرق ما

استئجار قطعه بالذي يضع
عنه حدا قد وجب عليه
يوم سرق وان رخصت
تلك السلعة بعد ذلك ولا
بالذي وجب عليه قطعا لم
يكن وجب عليه يوم أخذها
ان غلت تلك السلعة بعد
ذلك

قيمة أقل من النصاب ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجب به القطع ولو سرق ما قيمته النصاب ثم نقص عن ذلك لم يسقط عنه القطع وكذلك إن أخبأ بالبيع الفاسد ما قيمته عشرة دنانير ثم نقصت قيمته عن ذلك لم يسقط عنه غرم عشرة دنانير ولو قبض ما قيمته دينار ثم بلغت قيمته عشرة دنانير لم يجب عليه غرم ما زاد على الدينار لزيادة قيمة المقبوض بعد القبض (مسئلة) وهذا فيما ينقل ويحول فاما ما لا ينقل ولا يحول كاللحور والأرضين والأشجار فعند ابن القاسم لا تقوت بحالة الأسواق وتغير القيمة (مسئلة) ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح فمن اشترى سلعة شراء فاسدا ثم باعها بيعا صحيحا لم يرد بيعه وصحح البيع الأول

﴿ جامع القضاء وكراهيته ﴾

ص * مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا الدرداء كتب الى سامان الفارسي أن هلم الى الأرض المقدسة فكتب اليه سامان أن الأرض لا تقدر أحدا وانما يقدر الانسان عمله وقد بلغني أنك جعلت طبيبا تدأوى فان كنت تبرئ ففعلك وان كنت متطببا فاحذر أن تقتل انسا نا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبر عنه نظر اليهما وقال ارجعا الى أعيدا على قصصكما متطببا والله * ش قول أبي الدرداء هلم الى الأرض المقدسة يريد المطهرة والمقدس في كلام العرب المطهر وانما أراد موضعاً من الشام يسمى المقدس ومن سمي مسجداً يليه البيت المقدس يريد المطهر ومعناه انه مطهر مما كان في غيره من المواضع من الكفر وكان ذلك في وقت من الأوقات فلزمه الاسم والوصف بذلك ويحتمل أن يكون معنى تقديسها تطهيرها ان فيها يطهر من الذنوب والخطايا فيكون معنى المقدس المقدس أهلها ويدل على صحة هذا التأويل قول سامان ان الأرض لا تقدر أحدا ولا تطهره من ذنوبه وانما يقدره عمله فيكون على هذا التأويل انما وصف أهل بيت المقدس بذلك في وقت عمال فيه بطاعة الله تعالى وكان كثير منهم أنبياء وسائرهم أتباع الانبياء ولعله كان ذلك في وقت أمر وابلان مته كما أمر المسلمون بالهجرة الى المدينة فكان سكناهم في ذلك الوقت تقدر أهلها وتطهرهم من الذنوب

(فصل) وقوله وبلغني أنك جعلت طبيبا يريد انه يستفتى في الدين فيفتي ويعمل بقوله كما يعمل بقول الطبيب في أمر الدواء فان كنت تبرئ ففعلك يريد بالابراءهنا اصابة الحق ودفع الباطل لان الباطل وما يصاد به الشرع هو الداء الذي يسأل عنه المستفتى لزالته والابراء منه بالحق الذي أمر الله به فان كان المفتي يبرئ ففعله من ذلك ويزيل الباطل ويثبت الحق ففعله أي انه نعم العمل بعمله ذلك ونعم ماله فيه من الأجر الجزيل

(فصل) وقوله وان كنت متطببا يريد متخر صافيا تفتيهم به غير عالم بوجه صوابه تخاف الخطأ ومخالفة الحق فاحذر أن تقتل انسا نا فتدخل النار يريد أن يحكم بغير الحق فيزيل الباطل بك ويزيد الى حد لا يمكن استرجاعه فيكون ذلك بمنزلة قتل الطبيب لمن رام برأه فعاناه بما يضره حتى قتله وفات تلافى أمره ويحتمل أن يريد به حقيقة بأن يفتي على انسان بقتل وهو لا يجب عليه فيدخل النار بذلك وهذا ممن يتصور في الفتوى بغير علم فيخطئ فيما يفتي به وأما من كان من أهل العلم فاخطأ فأرجو أن لا يأثم بذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا اجتهد الحاكم فخطأ فله أجر وان أصاب فله أجران وروى عنه انه قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل الحديث

﴿ جامع القضاء وكراهيته ﴾

* مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا الدرداء كتب الى سامان الفارسي أن هلم الى الأرض المقدسة فكتب اليه سامان أن الأرض لا تقدر أحدا وانما يقدر الانسان عمله وقد بلغني أنك جعلت طبيبا تدأوى فان كنت تبرئ ففعلك وان كنت متطببا فاحذر أن تقتل انسا نا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبر عنه نظر اليهما وقال ارجعا الى أعيدا على قصصكما متطببا والله

الآن العالم قديماً ثم في الخطأ أذا لم يجتهد ويحذر موقعة النار باغفال الاجتهاد والتقصير فيه لكن
ظاهر الحديث انما يقتضى الاخبار عن فتوى الجاهل ولذلك أخبر بهذا عن المتطبيب وهو المتصور
المتخصص ولذلك كان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين استرجعهم ما واعد النظر في أمرهما بالغلة في
الاجتهاد ثم يقول متطبيب والله يصف نفسه بذلك على معنى الاشتفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة
الاجتهاد ما يرضيه والله أعلم وأحكم ص **قال سمعت مالكا يقول من استعان عبداً بغير إذن سيده**
في شيء له بال ومثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده
اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الأمر عندنا ش وهذا على حسب ما قال ان من استعان عبداً
بغير إذن سيده فيما مثله اجارة في المعتاد والأغلب من أحوال الناس فهو ضامن لما أصاب العبد من
هلاك أو نقص في بدن وهذا المشهور من مذهب مالك وقدر روى ابن وهب ليس في العبيد
يستأجرون ضمان ما أصابهم وان قال ساداتهم لم تأمروهم بالاجارة الا أن يستعلموا وفي أمر يخوف كالبر
الحمة والهدم تحت جدار فيض من ان لم يكن باذن السيد وجه قول ابن القاسم ان المستأجر له متعبد
أو في حكم المتعدي ان لم يثبت اذن السيد فوجب أن يكون ضامناً كما لو تعدى على دابته فركبها بغير
اذنه ووجه قول مالك ان العبد يتصرف ويعقد ولا يعرف حرج سيده عليه وحمل هو مملوك فلا
يضمن باستعماله في الأمور المعتادة وانما يضمن في الأمور الخطرة التي فيها الهلاك غالباً قال سحنون
في كتاب ابن عبدوس الا أن يكون السيد قد حجز عليه أن يؤجر نفسه وأبان ذلك بالاشهاد فظاهر
قول أصحابنا المختار رواية ابن وهب يقتضى تضمين المستعمل لعدم الاذن ويحتمل أن تكون رواية
ابن وهب مبنية على ما قدمناه من ان الأصل جواز تصرفه حتى يعلم الحجز عليه ويحتمل أن يكون
سقط الضمان في رواية ابن وهب لانه استأجره ولم يستعلم بغير أجره لان الذي يقتضى حمله على الاذن
من سيده في العمل انما هو في عمل بعوض وأما العمل بغير عوض فلا يحتمل عليه الابينة فمن استعمله
بعوض لم يوجد منه تعدي يضمن به وانما يكون التعدي من استعمله بغير أجر والله أعلم (مسئلة)
وان أذن له السيد في عمل معين فاستؤجر في غيره فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في العبد
الخياط والنجار يستأجره رجل في غير عمله يحمله له شيئاً أو ينقل له لبناً أو غير ذلك فهلك العبد فلا
ضمان عليه وقد رسل اليه سيده ليبنى فيتمهذر عليه البناء فيؤجر نفسه في غير ذلك فلا ضمان عليه الا
أن يداخله في عمل له خطر قال ابن القاسم أو يرسله في سفر (مسئلة) ولو استعمله بغير أجر فيما
أذن له فيه من البناء والأسفار فقد قال محمد يضمن ان هلك ولو استأجره لم يضمن ووجه ذلك انه
استعمله على وجه التعدي لانه انما أذن له في العمل باجره فمن استعمله بغير أجر فقد تعدى عليه
كالغاصب (مسئلة) فان أذن له السيد في العمل على الاطلاق فاستعمله المستأجر فان الاعمال
على ثلاثة ضرب أحدها أن يستعمله في مخوف أو سفر فانه يضمن ما أصاب قال مالك في المدونة قال
لان لم يؤذن له في الفرر وانما أذن له في العمل المأمون يريد المعتاد ولو أذن له فيه بعينه لم يضمن
والضرب الثاني أن يستعمله في عمل معتاد له اجارة فهذا في ضمان العبد فيه الخلاف المتقدم مع عدم
الاذن والضرب الثالث أن يستعمله في عمل معتاد لا أجر له كمنأولته القدح والنعل فلا ضمان فيه قاله
ربيعة وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب ولا أجره فيه مع السلامة ولا ضمان فيه مع التلف (فرع)
وما وجب فيه الضمان فان السيد يخير بين أن يضمنه قيمة العبد أو قيمة عمله قاله ابن القاسم ووجهه انه قد
تعدى على الرقبة واستوفى العمل وضمانه ما عتاق فسكان له أن يطلب أيهما شاء (مسئلة) وأما

قال قال سمعت مالكا
يقول من استعان عبداً
بغير إذن سيده في شيء له بال
ومثله اجارة فهو ضامن لما
أصاب العبد ان أصيب
العبد بشئ وان سلم العبد
فطلب سيده اجارته لما عمل
فذلك لسيده وهو الأمر
عندنا

الصبي الصغير فقد قال ابن القاسم لا يجوز استئجاره وقال مطرف وابن الماجشون لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ وأخباره لم تحض أنفسهم ما إذا اعتقلا ومعنى قول ابن القاسم عندى إذا لم يكونا مرضين لذلك وأما إذا كانا مرضين لذلك وأمورين به فقوله مطرف وابن الماجشون حسن لأن الأكثر من الإيتام كان يمنع من لا ولي له أو له ولي ويتصرف تصرفاً لا يمكن وليس أن يباشر استئجاره فيه لتكرره (فرع) فإن كان الوجه الذى يجوز فقد قال مطرف وابن الماجشون يدفع أجارتهم ما لهما ويرأ بذلك الدافع ما لم يكن شئ له بال وكذلك لو عقد ذلك عليهم أخ أو عم فهو بمنزلة عقدهما ويرأ الدفع اليهما وله المسمى إلا أن تكون فيه محاباة فيتم أجارته وإذا كان على الوجه الذى لا يجوز فعمل فيه إلا كثر من المسمى وأجارته مثله فإن هلك قال ابن القاسم عليه الأ كثر مما هو أوفقه عمله وعلى عاقلته ديته ولذلك لم يكن فيه تخيير لأن الدية على غير المستأجر ص **س** قال وقد سمعت مالكا يقول فى العبد يكون بعضه حراً وبعضه مسترقاً أنه يوقف ماله بيده وليس له أن يتحدث فيه شيئاً ولكنه يأكل فيه ويكتسب بالمعروف فإذا هلك فماله للذى بقي له فيه الرق **س** وهذا على حسب ما قال ابن العبد قد يكون بعضه حراً وذلك يكون على وجوه منها أن يعتق المعسر خطه منه فلا يقوم عليه حفظ شيء لهسره ومنها أن يوصى بعقده ولا يترك مالا غيره فيعتق ثلثه وغير ذلك من الوجوه فإن هذا يوقف ماله بيده مما كان له قبل عتقه وما اكتسبه بعده ولأنه أن يفوت شيئاً منه بغير عوض إلا برضا السيد إلا فى كسوته ونفقته من كتاب ابن المواز وابن سحنون عن أبيه

قال وسمعت مالكا يقول فى العبد يكون بعضه حراً وبعضه مسترقاً أنه يوقف ماله بيده وليس له أن يتحدث فيه شيئاً ولكنه يأكل فيه ويكتسب بالمعروف فإذا هلك فماله للذى بقي له فيه الرق

(فصل) وقوله ليس له أن يتحدث فيه شيئاً يريد ليس لمن له بعضه أن يزيله من بيده ولا للعبد أن يفوته وله أن يتجرفه ويخيه فى التجارة المأمونة فى أيامه التى له ر واه ابن نافع عن مالك فى العتبية ووجه ذلك أن تصرفه فى تلك الأيام له وله أن ينفق ماله لحقه فيه وليس للسيد أن يأخذ من بيده ويعمل فى يومه ما شاء يطحن ويحمل قاله مالك (مسئلة) وليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئاً وإن احتاج إليه ر واه ابن القاسم عن مالك فى العتبية ووجه ذلك أنه مال الجزء الحر الذى فيه حق فليس لأحد أن يفوته عليه ولأنه لما تزمت نفقته من أجل الحرية أثرت فى المال والمنع منه بمنزلة مال المكاتب وبمنزلة المال المشترك

(فصل) وقوله ولكنه يأكل منه ويكتسب بالمعروف ظاهر اللفظ يقتضى أنه ينفق منه على جلته دون حصة الحرية وذلك أن المال مشترك ولذلك منع منه حتى سيده فلم يكن له أن ينفق منه دون سيده وقدر روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية ليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئاً وإن احتاج إليه وإن مرض العبد فعلى السيد أن ينفق عليه بقدر ماله فيه فظاهر هذا أنه ينفق على نفسه فى سائر الأيام مما يكتسب فإن احتاج إلى أن ينفق منه لمرض فعلى السيد أن ينفق على حصته وينفق العبد من ماله على حصته الحرة لأن المال إنما يكتسبه ويخيه فى زمن يعمل فيه بجزء الحرية والله أعلم ولعله أراد أن العبد المريض الذى ينفق السيد على حصته منه لم يكن له مال فلذلك لم يترك السيد أن ينفق على حصته منه (مسئلة) وهذا إذا كان مقيماً معه فأما إن أراد السفر به إلى حاجته فأجبر العبد على الخروج معه فقد قال ابن حبيب وابن المواز عن مالك على السيد كراهة ونفقته زاد ابن حبيب وأجارته فى أيامه حتى يبلغ أو يستقر قراره ويمكنه العمل والكسب والا فالنفقة على السيد حتى يقدم به ووجه ذلك أن سفر السيد أبطل عليه عمله فى أيامه فكان عليه جبر ما أتلفه عليه بسفره وكانت تلك الأيام كلها فى خدمة السيد فكان عليه حق ما للعبد منها (مسئلة) وليس للعبد أن يسافر

الاباذن السيد قاله ابن المواز وابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك انه ليس له الذهاب لحق السيد فيه
 وحكم الرق أغلب (مسألة) ولو أراد السيد أن يسافر به في الموازية له ذلك في الأمر الفرييب
 وأما ما بعد فقال مالك فيها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عنه يكتب له القاضي كتابا لا خاف أن يساع
 أو يظلم وقال في كتاب ابن المواز وهذا إذا كان السيد مأموفا قال عنه أشهب وكان العبد غير مستعرب
 وروى ابن كنانة عن مالك في الواضحة لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأمونا والعبد مستعربا
 وروى عنه ابن القاسم إذا كان العبد مستعربا فذلك له وإن كان السيد غير مأمون كتب له
 القاضي كتابا فيما بعد وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب قد ينبغي أنه ليس ذلك للمأمون ولا لغيره قال
 عنه ابن حبيب وإن كان العبد مستعربا وقال عنه ابن المواز وابن حبيب لأنه ملك من نفسه ما يملك
 الشريك فلا يسافر به إلا برضاه وجه قول مالك ما قاله في العتبية سحنون عن ابن القاسم إن الحرية
 تبسح للرق في هذا كما تبعه في الحدود والشهادة وغيرهما ووجه مراعاة أمان السيد أنه المالك له
 والذي يخاف من جهته ووجه مراعاة استعرب العبد أنه إذا كان مستعربا لم يتم عليه ذلك إلا بما
 يتم على سائر الأحرار لأنه يبين عن نفسه ويقوم بحجته فإذا كان أعجميا وغدا جرى من ذلك عليه ما
 لا يعرفه ولا يفهمه حتى يقع فيه ثم لا يمكنه أن يعرب عن نفسه (مسألة) وهذا في سفر التجول فأما
 سفر التنقل من بلد إلى بلد فإن كان ينتقل إلى حاضرة قضى على العبد بذلك وإن كره وإن أراد
 الانتقال إلى قرية ليس للعبد فيها عمل ولا مكسب فهو مثل السفر ولها عندى وجه على قول من لا
 يغلب الرق على الحرية وذلك أن السيد له غاية يرجع منها ويعتمد مدة للسفر على السيد وأما الانتقال
 فإن كان بموضع له فيه مكسب وتصرف فلا مضرة عليه في ذلك وإن كان بموضع لا مكسب للعبد فيه
 فذلك مبطل لحظ الحرية وأما على قول من يغلب الرق فلا يراعى ذلك والله أعلم وأحكم (مسألة)
 إذا ثبت ذلك فإن للسيد من خدمة العبد بقدر ماله فيه وللعبد بقدر ما فيه من الحرية واقتسام ذلك
 بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرق وإزالة الضرر يوما بيوم أو جمعة بجمعة أو شهرا بشهر جائز
 ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون والشهران كثير قال مالك في العتبية والموازية وقد
 قيل له للعتق ثلثة حظ في كل يوم أو جمعة فقال لا ولكن من كل شهر ثلثة أو كل ثلاثة أشهر شهر قال
 مطرف وابن الماجشون في اقتسام العبد الذي أؤامته للخدمة أو الغزل يكون يوما بيوم وأما العبد
 النبيل التاجر أو ذو الصنعة أو الأمة شأنها الرق وشبهه من العمل المرتفع فلا تقسم الخدمة فيه ما يوما
 بيوم لما فيه من الضرر ولكن شهرا بشهر وجمعة بجمعة وأما عبد الخراج فلا خير في تسمة خراجه
 مشاعرة ولا بأس أريته سجا يوما بيوم إذا لا خطر له وقاله مالك وقال ابن المواز لا يجوز في يوم بيوم
 ولا غيره وجه القول الأول أن المقصود من عبد الخراج مبلغ الخراج وذلك يختلف بطول المدة
 ويقرب في قصيرها ووجه المنع من ذلك أنه يؤدي إلى التفاضل في العين وسواء ما يؤدي من الخراج
 مع ما يعلم من اختلاف قيمة كراته في الأيام لنشاط وكسل وضعف وقوة ومريض وندة ونفاق وكساد
 والله أعلم (مسألة) وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخدمة قال ابن المواز يستمران ووجه ذلك أن لكل
 واحد منهما احتياقا فان اتفقا على أحدهما رضيا كان الاستمرار لأن الاستمرار طريق إلى تعيين حق أحد
 الشريكين عندئذ ذلك كالجمعة (مسألة) فإن شغل العبد في خصوصية أو مرض أو أبق لم
 يحسب بذلك عليه وليأتى في الخدمة قال أشهب عن مالك في العتبية (مسألة) ومن بدأ منهما ثم
 مرض في أيام الآخر ففي العتبية والواضحة عن مالك وأصحابه لا يرجع أحدهما على الآخر قال أشهب

كما لو استهم ما قال والا باق كالمرض في ذلك

(فصل) وقوله فان هلك فماله للذي فيه الرق وبه قال أبو حنيفة والزهري وقال الشافعي في أحد قوليه ماله بين المعتق لنصفه وبين المستمسك برقه ان لم يكن له ولد فان كان له ولد فإيراثه للمستمسك بالرق ولولده وبه قال عطاء وطاوس والدليل على ما نقلوه انه موروث بالرق فلم يورث بالنسب ولا بالولاء كالمسترق جميعه ص * قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا ان الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك * ش وهذا على ما قال ان من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال ميراثا كل أو غيره أو كان يأخذ له عطاء في كل عام ثم تمادى الأب في الانفاق عليه فان له ذلك سواء كان مال الابن عينا أو عرضا قاله مالك هكذا على الاطلاق * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعناه عندي أن يقول الأب انما أنفقت عليه من مالي لارجع عليه فله الرجوع عليه بما أنفق عليه من يوم أفاد المال دون ما أنفق عليه قبل ذلك فان فضل للأب شيء عن مال الولد لم يرجع عليه بشئ ووجه ذلك انه قد ينفق عليه من ماله الذي يتصرف بين يديه لمصلحة وصوله الى مال ابنه وهو محتزن عنده فيشقى عليه تناوله في كل وقت فيرى الانفاق من ماله ليرجع به عليه العبد أيسر عليه وأرفق به (فرع) وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه في سائر السنين بقدر غلاء كل سنة ورخصها قاله في العتبية من سمع ابن القاسم وغيره ووجه ذلك عندي أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشتري بها ما احتاج اليه من طعام مكمل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك ولو كان عنده طعام فأنفق عليه منه رجوع عليه بمثل كيله والله أعلم (مسئلة) فان مات الولد عن أم أو جدة فان للأب أن يرجع بما أنفق عليه في مال الولد وان أبتة الوارثة معه قال مالك في الموازية وهل عليه ميم أم لا قال مالك ان كان مقلدا فلا ميم عليه وان كان غنيا فاليمين عليه انه أنفق ليرجع به وروى سحنون عن مالك انه لا يمين ثم رجعت فقال بخلاف وجهه في اليمين انها يمين تهمة ووطن دون دعوى ولا تحقيق وقد اختلف قول مالك وأصحابه فيه مثل ما تقدم ذكره وبالله التوفيق وهذا اذا لم يكن الأب أشهد بذلك وأما لو أشهده لكان له الرجوع بما أنفق على كل حال وبالله التوفيق (مسئلة) فان مات الأب فأراد الورثة أخذ النفقة من مال الابن قال مالك في الموازية والعتبية ان كان مال الابن عينا وهو عند الأب يمكنه الانفاق منه فلم يفعل لم يرجع الورثة فيه بشئ وان كان كتبه الأب عليه الا أن يوصى بذلك لان من عادة الآباء أن يرفقوا الأبناء بالانفاق عليهم وان كان لهم مال وان كان مال الولد عرضا أو حيو نأفلو الورثة محاسبة الابن بذلك اذا كتبه وقال ابن القاسم في العتبية هذا أحسن ما سمعت قال ابن المواز ووجدت لمالك يحاسبونه اذا كان المال عرضا ولم يقل كتبه أو لم يكتبه ومعنى ذلك أن يكتب ما أنفق عليه ليرجع به فهذا لم يختلف قول مالك في انه يرجع به وأما اذا أهمل ذلك ولم يكتبه فهذا الذي اختلف فيه قول مالك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو قال الأب في مرضه لا تحاسبوه وماله عرض فقد روى عيسى عن ابن القاسم ذلك جائزا فدل على بوضعية الوارث لانه شئ فعله في حتمه وقال أشهب أرى أن يحاسب في العين وان أوصى الأب أن لا يحاسب ولا يصدق في قوله كنت أنفق عليه من مالي ومعنى ذلك انه غير معين والله أعلم ص * مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الواحل فيغلي بهائم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

* قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك * وحدثني مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الواحل فيغلي بهائم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

وانه قد اذ ان معرضا فأصبح قدرين به فن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم
والدين فان أوله هم وآخره حرب * ش قوله أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج يريدانه كان
يتصدق ذلك ويجهد نفسه فيه ويشترى له الر واحد السابفة فيز يد في ثمنها مالا ان قيمتها أعلى من قيمة
غيرها أولانه كان يز يد على قيمتها ان من كانت عنده كان لا يسمع بها إلا بأكثر من قيمتها لثباته بها
لا سيما ممن يشتريها بالدين ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج فكان يتمها ويجهدا
حتى انه ر بما أعجزها وأعلمها فتلف بذلك ماله وقام عليه غراموه وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين
وهو معنى فلسه وقد تقدم الكلام فيه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه أيها الناس ألا وان الاسيفع اسيفع جهينة قيل ان ذلك الرجل
كان اسمه الاسيفع وقال ابن مزين عن ابن وهب وابن نافع هو لقب لزمه وقال ابن مزين عن ابن
وهب هو تصغير أسفع وهو الضارب الى السواد وقال انه وصفه بذلك اللونه قال العتيبي الأسفع الذي
أصاب خده لون مخالف لساير لونه من سواد وقوله رضى من دينه وأمانته بان يقال سبق الحاج يريد
والله أعلم انه رضى بذلك عوضا مما تلفه من دينه وأمانته باتلاف أموال الناس فيما تمكن له ثمرة الا
قول الناس انه سبق الحاج

(فصل) وقوله اذ ان معرضا يقال اذ ان الرجل فهو مدان اذا اشترى بالدين يقال تدان واذ ان
واستدان واذ اأعطى بالدين قيل اذ ان وأما المعرض فقال أبو زيد هو الذي يعترض الناس فيشتري
من أمكنه سعى المعرض جهنا بمعنى المعارض يعني انه يعترض لكل من يقرضه قال ومن جعله بمعنى
المتكبر على ما فسر أبو زيد فهو بعيد لأن معرضا منصوب على الحال فاذا فسرته بمن يمكنه
فالمعارض هو الذي يعرض لانه هو المتكبر وقال أبو عبيد روى معرض بالرفع وقال ابن شميل
فاذ ان معرضا معناه يعرض اذا قيل له لا تستدن وروى أبو حاتم عن الأصمعي انه قال معناه انه
أخذ الدين ولم يبال أن لا يؤديه وقال العتيبي لا يجوز اذ ان معرضا الا أن يكون أراد استدان معرضا
عن الأداء وهو قول أبي حاتم وقال ابن وهب معنى اذ ان معرضا أي اغترق الدين ماله فاعرض
بأموال الناس مستهلكا لها متهاونا رواه ابن مزين عنه وعن ابن نافع

(فصل) وقوله فأصبح قدرين به قال أبو عبيد الهروي معناه قد أحاط الدين بماله وقال شهر بن
به ورين عليه ورين عليه واحد معناه مات وقال أبو زيد رين بالرجل اذا أوقع في أمر لا يستطيع
الخروج منه قال ابن مزين وقال ابن نافع وابن وهب قد شهر به قال يحيى وقال غيره قد أحيط به
وقال في قوله تعالى بل ران على قلوبهم يقول طبع على قلوبهم وأحاط بهم سوء أعمالهم وقال العتابي
الاعرابي رين به انه قطع به وقال السامي رين به تغيير وقال سابق البربري
وترك الهوى المر فاعلم سعادة * وطاعتين على القلب رائن

وهذه المعاني متقاربة والله أعلم
(فصل) وقوله فن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم يريد انه قد ضاق ماله عن دينه
فخرج عليه عثر التصرف فيه وجعله ليوزعه على غرمائه بقدر حصصهم مما لهم عنده والله أعلم
(فصل) وقوله واياكم والدين على معنى النهي عنه والتعذير من سوء عاقبته في الدين والدنيا وقوله
فان أوله هم وآخره حرب بتعريضك الراء الحرب السلب ورجل محروب بمعنى مسلوب يريد ان أول أمر
من عليه الدين الهيم بأدائه مع ضيق يده عنه والخفاقة لسوء عاقبته وآخر أمره أن يسلب ماله وما يضمن

وانه قد اذ ان معرضا
فأصبح قدرين به فن
كان له عليه دين فليأتنا
بالغداة نقسم ماله بينهم
واياكم والدين فان أوله
هم وآخره حرب

به من عقار وحيوان وغير ذلك ويشفق من بعده فيباع عليه ويتقضى منه غرامؤه

﴿ ماجاء في أفسد العبيد أو جرحوا ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا في جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شئ اختلسه أو حرسته أو عرقها أو عرق معلق جذه أو أفسده أو سرقه سرقها لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك ارقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قية ما أخذ غلامه أو أفسد أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه ليس عليه شئ غير ذلك فسيده في ذلك بالخيار ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان ما أصاب العبد على هذه الوجوه التي ذكرناها زاد ابن القاسم وابن وهب عن مالك في المجموعة أو غضب امرأه فوطئها فزمره ما نقص في الأمة وفي الحرة صدق مثلها فان ذلك كله في رقبة لا يعدوها ومعنى تعلق ذلك برقبته ان رقبته تسلم في هذه الجنايات الا أن يشاء سيده أن يفتديه منها بارش الجناية قلت الجناية أو كثر وهذا كله لانه تعدى فيما لم يؤتمن عليه ولم يسلم اليه وأما ما يؤتمن عليه أو أسلم اليه فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون كل عدوى كان من العبد فيها يؤتمن عليه من وديعة أو بضاعة أو استؤجر على عمل أو عارية أو وكراء أو ما صار بيده باذن أهله فيبيع ذلك أو يأكله ان كان طعاما فذلك في ذمته الا في وجه واحد ان يتعمد فساد ذلك الشئ بقطع الثوب وعقر البعير وشبهه فذلك في رقبته وقاله أصبغ وقال ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك فوجه قول ابن الماجشون انه أتلفه لمنفعة نفسه فلذلك تعلق بذمته وأما عقر البعير وقطع الثوب فانه قصد أتلفه لغير منفعة له في ذلك فتعلق ذلك برقبته ووجه قول ابن القاسم انه قصد أتلاف ما يؤتمن عليه فتعلق بذمته دون رقبته كما لو أكله (مسئلة) ومن استأجر عبدا ليوصل له بعيرا الى منهل فحمره وقال خنت عليه الموت روى ابن القاسم عن مالك انه قال ومن يعلم مثل هذا أراه في رقبته وقال مثل ذلك اذا أجره على أن يعلف البعير فيبيعه أو ينحرمه فأي كل لجه وهو بمنزلة مالو أجره على رعاية غنم فذبحها أو حراسته حائط فيجده أو على أن يحمل له شئ الى بيته فيسرق من البيت ثوبا ولم أره كالأصانع يقول ذهب المتاع (مسئلة) واذا قال العبد لرجل سيدي يسئلك ألف دينار سلفا فدفعها اليه بيينة فأتلفها قال ابن القاسم في الموازية في رقبته ان لم يكن للعبد مال قال أصبغ لا فرق بين الخديعة والخيانة وذلك في رقبته وروى سحنون عن أشهب في العتبية هذه خلاصة وذلك في رقبته ان ادعى أنه أتلفه أو دفعه الى سيده قال ابن المواز في قول ابن القاسم ليس هذا بشئ وقوله الآخر انها في ذمته وجه القول الاول ان يده في قبضها يد سيده ولم تسلم الى العبد ليكون هو المؤتمن عليها ووجه القول الثاني انها سامت اليه باختيار مالكا فلم تتعلق جنايته عليها بذمته كما لو أودعها

﴿ ما يجوز من النحل ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا صغيرا لم يبلغ أن يحوز نخله فأعلن ذلك له وأشهد عليها فهي جائزة وان وليها أبوه ﴾ قال مالك الأمر عندنا أن من نحل ابنا صغيرا له ذهابا أو ورقا ثم هلك وهو يليه انه لا شئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عز لها بعينها أو دفعها الى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن ﴾ ش قوله من نحل ابنه الصغير وأشهد على ذلك وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيه انما هو لابنه فالعطية جائزة وان وليها الأب فهو جائز للابن

﴿ ماجاء في أفسد العبيد

أو جرحوا ﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا في جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شئ اختلسه أو حرسته أو عرقها أو عرق معلق جذه أو أفسده أو سرقه سرقها لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك ارقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قية ما أخذ غلامه أو أفسد أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه وليس عليه شئ غير ذلك فسيده في ذلك بالخيار ﴾ ما يجوز من النحل

﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا صغيرا لم يبلغ أن يحوز نخله فأعلن ذلك له وأشهد عليها فهي جائزة وان وليها أبوه ﴾ قال مالك الأمر عندنا ان من نحل ابنا صغيرا له ذهابا أو ورقا ثم هلك وهو يليه انه لا شئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عز لها بعينها أو دفعها الى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن

لانه هو الحائز لابنه الصغير من نفسه ومن غيره وذلك أن الموهوب على ضربين وغير عيني فأما غير
العيني فما كان يحاز ولا ينتفع الأب به حال الحياة وبعد موته كالجنة يستغلها أو الربيع يكرمه أو السلعة
يمسكها له أو يبيعها فانه يصح حيازة الأب اياها لابنه وما كان الأب ينتفع به كالدار يسكنها أو الثوب
يلبسه فلا تصح حيازة الأب له مع استدامة ذلك لان انتفاعه به كسكنى الدار ولبس الثوب ينال في حيازة
الابن (مسئلة) وهذا فمبين وهب معيناً فأما اذا هب جزءاً مشاعاً فاختلاف قول مالك في جواز حيازة
الأب لابنه فروى عن مالك أنه جائز وقال ابن الماجشون ثم رجع مالك وقال لا يجوز ذلك الا في العيني
وبه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وجه القول الأول ان ما صححت هبته صححت حيازته كالعين ووجه
القول الثاني أن رهن المشاع لا يجوز لان الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائر مبيد المهرن فكذلك في
الهبة (مسئلة) وأما العين فاختلاف في صحة احتياز الأب اياه وقد تقدم ذكر ذلك وهذا حكم الأب
في الاحتياز وأما الأم فاختلاف أصحاب مالك فيها فالذي قاله ابن القاسم ومالك أنها لا يجوز لابنها الصغير
ما وهبته الا أن تكون وصية وقال ابن وهب يجوز للأم والأجداد والجددة اذا كان صغيراً في حجرهم
وان لم يكونوا أوصياء وجه القول الأول ان من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا المبارأة عنه والتصرف
في ماله فانه لا يجوز أن يجوز ما وهبه له كالأنخ ووجه القول الثاني ان كل من له ولادة عليه وحضانة
فانه يجوز ما وهبه له كالأب

(فصل) وقول عثمان رضي الله عنه من نحل ابنه صغيراً وحاز له وأشهد به انه حائز لابن ولينذكر
في جميع ما ينحل يحتمل أن يريد به كل نحل من عرض أو عين قد ختم عليه الأب وأشهد به فيجوز ذلك
على رواية عن مالك ويحتمل أن يريد به العرض خاصة فيجوز على القولين ويحتمل من جهة النظر
أن يريد العرض والعين محتوماً أو غير محتوم فلا يجوز في غير المحتوم في قول مالك
(فصل) وقول مالك ان من نحل ابنه الصغير ذهباً أو ورقاً أنه لا شيء للابن من ذلك الا أن يكون عزها
بعينها أو دفعها الى رجل فيجوز فاما وضعها عند غيره فلا خلاف في المذهب في جواز ذلك وأما عزها
فهو أن يجعلها في شيء ويختم عليها ويشهد على ذلك وقد تقدم ذكر ذلك والخلاف فيسه بما يفتي من
اعادته ذبحنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ ما تقع فيه الشفعة ﴾

أصل الشفعة ان الرجل كان اذا باع في الجاهلية منزلاً أو حائطاً أتاه الجار أو الشريك فيشفع اليه فيما
باع فشفعه وجعله أولى ممن بعده سببه فسميت شفعة وطالبها شفعياً ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن
سعيد بن المسيب وعن أبي سامة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
بالشفعة فيما لم يتقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه ﴾ قال مالك وعلى ذلك السنة
التي لا اختلاف فيها عندنا ﴿ قال مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة
فتنازل نعم الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء ﴾ مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار
مثل ذلك ﴿ ش قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يتقسم يقتضي تعلق الشفعة به
قبل القسمة والظاهر انه من جنس ما يتقسم وأما ما لا يصح فيه القسمة فانه لا يقال فيه ما لم يتقسم كما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الشفعة)

﴿ ما تقع فيه الشفعة ﴾

﴿ حدثنا يحيى عن مالك ﴾

عن ابن شهاب عن سعيد

ابن المسيب وعن أبي سامة

ابن عبد الرحمن بن عوف

أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قضى بالشفعة فيما لم

يتقسم بين الشركاء فاذا

وقعت الحدود بينهم فلا شفعة

فيه ﴿ قال مالك وعلى ذلك

السنة التي لا اختلاف

فيها عندنا ﴿ قال مالك انه

بلغه أن سعيد بن المسيب

سئل عن الشفعة هل فيها

من سنة فقال نعم الشفعة

في الدور والارضين ولا

تكون الا بين الشركاء

﴿ وحدثني مالك أنه بلغه

عن سليمان بن يسار مثل

ذلك

لا يقال في الإنسان يثبت فيه حكم كذا ما لم يقسم لان ذلك لا يقتضي ان له حالة يقسم فيها * وما ينقسم على
 ضربين ضرب يقسم بالحدود كالارضين وما فيها من المباني والأشجار وضرب ينقسم بغير حدود
 كالملك والموزون والمعدود وبعض المذروع فقوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود بينهم
 فلا شفعة يقتضي اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا تضرب فيه
 الحدود وينظر فيما يتقل ويحول مما لا ينقسم بضرب الحدود فان وجدنا عليه ثبوت الشفعة فيه
 أحقناه بما فيه الشفعة وان وجدناه مختصا بما تضرب فيه الحدود قصرنا الشفعة عليه ووجدنا ما ثبتت
 الشفعة في جنسه يبطل حكم الشفعة فيه بالقسمة فثبت أن لكون المبيع مما تصح فيه القسمة بالحدود
 تأثيرا في اثبات الشفعة لانه قد وصف بذلك ما ثبتت فيه الشفعة والظاهر أن الحكم اذا علق على صفة
 فان تلك الصفة علة لذلك الحكم أو وصف من أوصاف علة ذلك الحكم وثبت بقوله فاذا وقعت الحدود
 فلا شفعة ان القسمة تأثيرا في ابطالها وثبت أن الشفعة انما ثبتت لازالة ضرر ولا تصح أن تكون
 لازالة ضرر القسمة على الاطلاق فان ضرر الشركة أثبت فيها لا يقسم كالعبد والواحد والثوب الواحد
 ولا شفعة فيه ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة على الاطلاق لان في القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة
 اليسير من الموزون والملك والمعدود فلم يبق ما يمكن أن يشار اليه الا بالضرر اللاحق بنوع من
 القسمة وهو ما يلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والأرضين فانه
 يقسمها غالباً قوم يختصون بعلم ذلك ويتممون لهم فيها مؤنة وأجرة غالباً وسائر الاشياء قسمتها لا تختص
 بقسام معين ولا يتممون فيها مؤنة ولا أجرة فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على ما يقسم بالحدود وهي
 الأصول الثابتة * قال مالك في الموازية وغيرها انما الشفعة في الأرضين وما يتصل بها من ثمرة أو بناء
 فأما الأرض فالشفعة فيها عندنا ثابتة وكذلك الشجر والبناء الا أنه على ضربين أحدهما أن يكون
 مقصود بالمنفعة والثاني أن يكون ضرر فمال المال الذي تصح قسمة دون تعيين فأما الضرب الاول فانه
 على قسمين أحدهما ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالخقل والدار الكبيرة التي يصيب بها كل واحد
 من المتقاسمين بالقسمة منها ما يقع عليه اسم خقل ودار والثاني لا ينقسم الا بأن يتغير اسمه وصفته
 كالحمام الذي ان قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حماماً فأما القسم الاول فمسل نوعين
 أحدهما المضر في قسمته والثاني تلحق المضر في قسمته فأما ما لا تلحق المضر في قسمته فلا خلاف
 في المذهب في ثبوت الشفعة فيه وهو أن يجتمع فيه هذه الصفات الثلاث أن يكون مقصود بالمنفعة
 لنفسها كالخقل الذي منفعة بالمزارعة مقصودة والدار التي منفعتها بالسكنى مقصودة والشجر التي
 منفعتها بالثمرة مقصودة والثانية أن ينقسم دون تغيير والثالثة أن ينقسم دون مضر (مسئلة) فأما
 ما كانت منفعته غير مقصودة لنفسها كالطريق التي انما تغتال لانتفاع بمره أو ساحة الدار التي انما
 تغتال ليرتقى بها في سكنى البيوت فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما ما لا ينقسم مع بقاء
 منفعته كالحمام فقد اختلف قول مالك فيه فقال ابن المواز لم يختلف مالك وأصحابه ان الشفعة في الحمام
 وقال ابن الماجشون في غير الموازية وأبي مالك الشفعة في الحمام من قبل انه لا يقسم الا بتحويله عن
 أن يكون حماماً وبه قال ابن القاسم فثبت أن هذا القسم مختلف فيه وجه القول الاول ان هذا ملك من
 الأصول الثابتة مشترك بين ملاك كامل الملك فثبتت فيه الشفعة أصل ذلك ما لا يتغير بالقسمة ووجه
 القول الثاني ما احتج به له فوق هذا ومعناه ان ما لا يثبت فيه حكم القسمة فانه لا يثبت فيه حكم الشفعة
 كالعبد والداية وأما ما لا ينقسم الا بضر فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما

الرحا في الموازية والعقبة قال ابن القاسم لاشفعة في رحا الماء ورحا الدواب وان يبيع مع البيت فالشفعة في البيت دون الرحا وهذا الحكم انما يتعلق بالأحجار والآلات لانها ليست بقاعة ولا بناء وانما هي آلات موضوعة غير متصلة بالأرض اتصال البناء وقد اختلف أصحابنا فيما بنى منها في الدور وهل يتبع الدار بمجرد العقد وعلى حسب ذلك تخرج مذاهبتهم في ثبوت الشفعة فيها وأما رحا الماء والدواب فليست بمنية في الأرض وانما هي موضوعة فلا شفعة فيها على قول ابن القاسم وقال أشهب وعبد الملك في المجموعة والموازية ان نصبوها في أرضهم ففيها الشفعة وان نصبوها في غير أرضهم فلا شفعة فيها باع أحدهم حصة من الرحا أو حصته منها ومن البيت وقال أشهب في غير هذا الموضع انما انزحها التي لاشفعة فيها التي تجعل وسط الماء على غير أرض وأما ما ردم لها موضع في الماء فان اتصل بالأرض فله حكم الأرض فان لم يتصل بها فلا شفعة فأثبت فيها أشهب الشفعة اذا كان موضعها ثابت فيها الشفعة على سبيل التبع للموضع ومنع الشفعة كالبر والعين فعلى هذا انما الخلاف في ثبوت الشفعة في أحجار الرحا دون موضعها فاما موضعها فجزى فيها من اعتبار الصفات ما تقدم (مسئلة)

وأما الاندلس فروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب ان نفقة الاندلس كانت بينهم ما فيها الشفعة كسائر البقاع وكعروة الدار المهذومة وقاله أشهب وقال سحنون في العتبية لاشفعة فيه كالأفنية فتجابه سحنون الى أنه ليست منفعة مقصودة في نفسها وانما هو ما يرتقب به للزرع الذي منفعة من غير الاندلس كالأفنية وانما هو لحظ الموردة والتوسع فيها للسكنى وذهب ابن وهب الى أن منفعة مختصة به ومفردة كالمساكن

(فصل) وأما الثمرة فعن مالك فيهار وايتان روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة فيها قال أشهب وذلك انما تنقسم بالحدود كما تنقسم الأرض يريد والله أعلم اذا قسمت في النخل قبل الجدل لاختلاف أغراض أهلها قال أشهب عن مالك في المجموعة وذلك ما لم يزيل الأصل وروى ابن المواز عن ابن الماجشون لاشفعة في الثمار وحكاها القاضي أبو محمد عن مالك وجه القول الاول انها تتبع للأرض بمجرد العقد فثبت فيها الشفعة كالشجر ووجه القول الثاني انها بمن ينقل ويحول فاذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد كالثياب (فرع) واذا قلنا بالشفعة فيها فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة الشفعة فيها ما لم يزيل الأصل وقال ابن القاسم في المدونة الشفعة فيها ما لم تبس وتجعد وجه قول مالك انها مادامت في النخل متصلة بالأصل فان حكمها حكمه في الشفعة كالرطب والجريد ووجه قول ابن القاسم انها اذا بيعت لم تنسب بالأصل فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالحدودة وهذا اذا فردت بالبيع الثمرة فان بيعت مع الاصل فقد حكى القاضي أبو محمد ان الشفيع يأخذه مع الثمرة قائمة كانت أو محدودة وللشترى ماسق وأنفق وهنالك المسئلة وان كان أبو محمد أو ردها فحمله فقد اختلف أصحابنا فيما أشار اليه منها وذلك أن النخل اذا بيعت فلا يتخلو أن يكون فيها ثمر أو لا يكون فيها فان لم يكن فيها ثمر وجاء الشفيع قبل أن يكون فيها ثمر أو قبل أن تكون الثمرة مأبورة فان للشفيع الثمرة مع الأصل ولا خلاف في ذلك وان جاء وقد أبرت الثمرة أو أزهت فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم قال ابن المواز عن أشهب ان شراها مأبورة أو غير مأبورة ثم ابرها المتاع فان الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة لان الشفعة يبيع وما بوز الثمرة للبائع وقال ابن القاسم في المدونة انه يقول بعض المدنيين وجه قول ابن القاسم ان الثمرة لم تفارق الأصل حكما بالبيع ولا فعلا بالجد فكانت تبع للأصل فيما يستحق بمعنى ماض كالاستحقاق وأيضا فان الثمرة فيها الشفعة مادامت في حال

النماء فثبت فيها حكم الشفعة تبعاً وأصلاً ووجه قول أشهب ما احتج به والله أعلم وأحكم (فرع) فإذا قلنا إنها تتبع للأصل في الشفعة فقد قال ابن القاسم في النجوة والمواز يه يأخذ الأصل والثمرة بالثمن وعليه غرم ما أنفق المشتري وسقى وعالج وقال أشهب فيها يأخذ الثمرة ببقيتها على الرضاء والخوف ولو قال قائل له قيمة ما أنفق لم أر به بأساً وقال عبد الملك في الكتابين وقال سحنون ليس على الشفيع شيء إلا الثمن لأن المشتري أنفق على مال نفسه فلا يرجع إلا بماله عين قائمة ووجه قول ابن القاسم أنه لما كان للشفيع الغلة كان له ما يختص به من النفقة ووجه قول أشهب أن الثمرة لما يتناولها الثمن ولزم امضاء الشفيع كان عوضها قيمتها لأن النفقة عليها قد تكون أمثال قيمة الثمرة وقد تقل فكانت القيمة أعجل ووجه قول عبد الملك ما احتج به وماذا يأخذ الشفيع قال ابن القاسم إذا قامت بالجد أو اليسر فإن الشفيع يأخذ الأصل بجميع الثمن ولا يوضح عنه شيء للثمرة ولا حصصة للثمرة من الثمن يوم وقعت النفقة (مسألة) ولو كانت الثمرة مأبورة يوم الشراء فقد قال ابن القاسم إن الثمرة للشفيع ما لم تبس فإن تبست أو جددت فلا شفعة فيها ويقسم الثمن على الأصل والثمرة فما كان للأصل فهو يأخذ به الشفيع الأصل وما كان للثمرة فهو على المشتري بالثمرة

(فصل) وإن اشتراها من حية فقد قال أشهب للشفيع أخذ الأصول دون الثمرة وهذا القول مبني على أن الثمرة لا منفعة فيها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا فيها الشفعة لأن الثمرة وإن فردت لثبتت فيها الشفعة فكذلك إذا انضافت في البيع إلى ما لا يثبت فيه الشفعة ويحییء قول أشهب على رواية نفي الشفعة في الثمرة والله أعلم وأحكم (فرع) وحتى متى يتبع الأصل قال ابن المواز قال ابن القاسم عن مالك الثمرة للشفيع ما لم تبس أو تجدد فإن جددت وهي صغيرة أو كبيرة حط عن الشفيع حصتها من الثمن وقال مرة يأخذها بالشفعة فإن جددت أو تبست فله مثلها إن عرف كيلها وإن لم يعرف كيلها وكان جديداً صغيراً لم تطب فلا يأخذ فيها ثمنها والثمر عليها وعلى الأصول إذا كانت يوم الشراء من حية أو مأبورة واشترطها المبتاع ورؤاه أيضاً عن مالك وبه قال أشهب واختار ما بن المواز وقد تقدم توجيه ذلك (فرع) فإن قلنا إنها قد قامت بالجد أو اليسر وهي للمشتري فإن ابن القاسم روى عن مالك أنه يحط من الشفيع حصتها من الثمن وقد قال ابن الماجشون في الثمرة المأبورة إذا لم يتم الشفيع حتى زابت الأرض فلا تحسب وكذلك يقول أنها تتبع من الثمن بالطعام إلى أجل إذا لحقت لها من الثمن وقال ابن عبدون بل لها حصصة من الثمن ولكنها تتبع وقد اختلف فيها قول سحنون (مسألة) وهذا إذا كان الأصل بينهما فإن لم يكن الأصل لهما فقد قال أشهب في الموازية الشفعة في الثمرة وإن لم يكن الأصل لهما وقاله مالك في المدونة في قوم بينهم ثمرة كان الأصل لهم أو مساقاة في أيديهم أو حبس عليهم به قال ابن القاسم وفي الموازية أيضاً إذا قسمت الأرض دون الثمرة قال محمد الشفعة فيها إذا كان الأصل بينهما وقال القاضي أبو محمد إن الر وايتين في ثبوتها ونفيها في الثمرة إذا كان الأصل في أيديهم بملك أو حبس أو مساقاة أو مبتدأ الشراء ووجه القول الأول أن الثمرة إنما يجب فيها الشفعة على وجه التبع للأصل فإذا زابت الأصل فلا شفعة فيها فإذا زابت في الملك وكانت مقسومة فبأن لا يجب فيها الشفعة أولى ألا ترى أن العين والبئر لما وجبت فيها الشفعة على وجه التبع للأرض إذا قسمت الأرض أو زابت في الملك فلا شفعة فيه ووجه القول الثاني أن الشفعة تجب في الثمرة وهي مما يقسم بالحدود مادامت في الأصل فوجب أن يكون الاعتبار بهادون الاعتبار بأصلها كالأرضين والاشجار وبذلك خالفت العين فانها لا تنقسم (مسألة) فإذا قلنا

بثبوت الشفعة في ثمرة النخل فقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية الشفعة في العنب قال ابن القاسم والمقاي عندى فيها الشفعة لأنها ثمرة ولا شفعة في البقول ووجه ذلك ان ما كان له أصل ثابت تجنى ثمرة مع بقاءه ففيه الشفعة كالشجر وما لم يكن على ذلك وانما تجنى ثمرة مع بقاءه فلا شفعة فيه لأنه ليس بأصل ثابت أصل ذلك ما ينقل ويحول وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها الاشفعة في الزرع لأنه لا يحل بيعه حتى يبيع

(فصل) ومن اشترى أرضا فزرعها فان جاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فيها أخذها فزرعها وتعد قال ابن القاسم في المدونة لاشئ للشفيع من الزرع ولا كراء له في الارض وان كان في ابان الزراعة ولم يفرق بين ان يكون الزرع نبتا أولا أخذ الارض دون الزرع فان أخذ الارض بزرعها لأنه لم ينبت فله أخذها بالثمن وبقيّة الزرع على الرجاء والخوف ولو قال قائل يأخذها بالثمن بما أنفق لم أعبه بل هو أقبس واستحسن الاول قال محمد بن يعقوب يأخذها بالثمن وبقيّة ما أنفق من البذر والعلاج والله أعلم وأحكم وقال ابن القاسم يأخذ الارض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلا لم يدبر فأخذ الشفيع بعد الابار (مسألة) ومن اشترى أرضا فزرعها فجاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لاشفعة في الزرع جله وعلى مذهب أشهب الشفعة في الارض والزرع فاذا قلنا بقول ابن القاسم فيحتمل وجهين أحدهما أنه يأخذ بالشفعة الارض وان لم ينبت الزرع وذلك اذا أجرى الاخذ بالشفعة مجرى الاستحقاق والوجه الثاني ليس له أن يأخذ الارض بالشفعة حتى ينبت الزرع وذلك اذا أجرى الاخذ بالشفعة مجرى ذلك البيع (مسألة) فاذا جاء الشفيع وقبل نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم وقال أشهب في الموازية للشفيع اذا قام والزرع أخضر أن يأخذ بالشفعة الارض والزرع بل ليس له الا ذلك وقال أيضا في موضع آخر له الشفعة في الارض دون الزرع وقال ابن عباد وسأكره سحنون قول أشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم لاشفعة في الزرع ووجه القول الاول انها ثمرة متغذية بالأصل كالثمرة التي لم تبيع ووجه القول الثاني انها ليس لها أصل ثابت ولا هو من آلات الاصل فلم تثبت الشفعة فيه كالشباب (مسألة) وأما ما يكون للحائط من البئر والعين فان الشفعة ثابتة فيه لأن له أصلا ثابتا ومنفعة مقصودة على الارض فكان لها حكمها في الشفعة اذا كان يبيع (مسألة) وأما ما يباع من الارض من آلة الحائط فذكر ابن عباد وسأكره سحنون ان فيه الشفعة لأن فيه صلاح الحائط وعمارتة كالبئر والعين (مسألة) ولو بنى جماعة في أرض عارية فباع أحدهم حصته من النقص قال ابن المواز عن ابن القاسم رب الدار مبدأ فان شاء أخذ بالاقبل من قيمة ذلك منقوضا أو الثمن فان أبي فلشريكه أخذ ذلك بالثمن قال أشهب لاشفعة في ذلك لا ثمرا كذا اذا ملك لهم في العرصه وهو يبيع فاسد باع جميعهم أو أحدهم لأن رب الارض له أن يأخذ ذلك ويؤدى قيمته أو يأمر بقلعه فلا يدري المبتاع ما اشترى ورواه عن مالك وقال محمد بن الصواب وقد قال سحنون في الحبس بنى فيه جماعة فبات أحدهم فأراد ورثته يبيع نصيبه من ذلك البناء استحسن ان يكون لآخوته الشفعة (مسألة) وأما الشفعة في الكراء قال ابن حبيب اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء فأخذ ابن الماجشون وابن عبد الحكم بقوله لاشفعة فيه وهو الذي روى ابن القاسم في الموازية والمدونة قال ابن وهب والمغيرة قال ابن حبيب وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبح بقوله فيه الشفعة ورواه ابن المواز عن أشهب قال ابن حبيب وذلك في كراء الدور والمزارع سواء ووجه القول الاول ان المنافع لا تصح فيها القسمة بالحسب وقد ثبت

فيها الشفعة كالثياب ووجه القول الثاني ان المنافع لا تنفصل ولا تتم الا بالاصل الذي يقسم بالحدود
فثبت فيها الشفعة كالثمرة النامية وبمثل هذا احتج ابن المواز لأنه يختار الشفعة فيها
(فصل) وقوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة نص في انه لا شفعة في مال بعد قسمته وبهذا قال مالك
والشافعي وهو المروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين
بأنبات الشفعة للجار الملاصق دون المحاذي والدليل على ما ذهب اليه أهل المدينة قوله صلى الله عليه
وسلم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة والحدود واقعة بين المتجاورين ومن جهة المعنى ان هذامتهم
الحق عن ملك المجاور فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذي وهو معنى ما روى ابن المسيب ان الشفعة
لا تكون الا بين الشركاء ص * قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد
أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعة بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة
قد هلك ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب
الشفعة الشريك بل قيمتها خمسون دينارا * قال مالك يحلف المشتري ان قيمة ما اشترى به مائة دينار
ثم ان شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذا أو يترك الا أن يأتي الشفيع بينة أن قيمة العبد أو الوليدة
دون ما قال المشتري * ش وهذا على ما قال ان من اشترى شقصا بعرض ثم جاء الشفيع فان له أن
يأخذ بقيمة ذلك العرض اذا كان غير مكمل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك انه مما لا مثل له وفي
كتاب ابن المواز ان اشتراه على جزاف فعلى الشريك قيمة ذلك الخلى يقوم ذهبه بالفضة ويقوم فضته
بالذهب وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما ان اشتراه المشتري
بمكيل أو موزون أو معدود فانه عليه مثله وليس هذا من يبيع ما ليس عنده لانه عقد لا يقف على
اختيار المتعاقدين لان المشتري مغلوب على التسليم وانما يراعى بيع ما ليس عنده في العقد الموقوف
على اختيار المتعاقدين على ان فيه اختلافا بين ابن القاسم وأشهب في بيع المراجعة وقد تقدم ذكره
(مسألة) وان كان العرض الذي اشترى به المشتري مؤجلا ففي كتاب ابن المواز عن أشهب أن
للشفيع أن يأخذ بقيمة العرض الى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما
بقيمة العرض وقال محمد وهذا غلط ولا يأخذ الا بقيمة العرض الى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب
قال محمد وانما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما ان العرض المعين يباع
اذا استحق انتمقض البيع والمبيع الموصوف في النعمة اذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع
وكان عليه مثله ووجه قول أشهب أن العرض لا يجب تسليم مثلها لانها مما لا مثل لها وانما يجب
فيها القيمة كالعين منها (مسألة) ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في
الموازية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالخطة والزبيب وما أشبه
ذلك مما يتعجل ثمنه وحكى ابن عبادوس عن مهنون أن الدين يقوم بعرض ثم يقوم العرض بعين
ثم يأخذ الشفيع بذلك وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك ان الشفيع لا يأخذ الا بمثل
ذلك الدين أو يترك ولو كان البائع غريبا دفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب
عن مطرف وان كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذ بمثل الدين الا أن يهضم له هضمة بينة فيأخذ
بقيمة الشقص لابقية الدين ووجه قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض ولذلك لا تجب فيه
زكاة الا بمثل ما تجب بعروض التجارة فوجب أن يقوم للشفيع وانما دفع فيه العرض لان تقويم
العرض يؤدي الى التفاضل في العين فيما يلزم فيه التساوي وانما يقوم العرض مرة أخرى بالعين على

* قال مالك في رجل
اشترى شقصا مع قوم في
أرض بحيوان عبد أو
وليدة أو ما أشبه ذلك من
العروض فجاء الشريك
يأخذ بشفعته بعد ذلك
فوجد العبد أو الوليدة
قد هلك ولم يعلم أحد قدر
قيمتها فيقول المشتري
قيمة العبد أو الوليدة مائة
دينار ويقول صاحب
الشفعة الشريك بل
قيمتها خمسون دينارا قال
مالك يحلف المشتري ان
قيمة ما اشترى به مائة دينار
ثم ان شاء أن يأخذ صاحب
الشفعة أخذا أو يترك الا
أن يأتي الشفيع بينة ان
قيمة العبد أو الوليدة دون
ما قال المشتري

قول سحنون ان التقويم انما شرع في العين لانه لا يختلف فيه الأسواق ولا البلاد ولذلك اتفق على انه أصل الأثمان وقيم المتلفات وانما دخل العرض فيه للتحايل ليسلم من التفاضل في الجنس الواحد من العين وانما لا يجوز مثل هذا في المبيع لمنع الذرائع وذلك حكم يختص بالمبيع دون ما يجب عليه من التقويم والله أعلم ووجه قول مالك ان المشتري اشترى بالعين فلا يأخذ الشفيع الا بمثل ذلك الثمن كما لو اشترى بثلثين مؤجل على المشتري والمبيع يكون بمثل القيمة أو أقل أو أكثر وليس للشفيع أن يأخذ الا بمثل الثمن وان زاد المشتري على القيمة أو نقص وانما راعى أصبغ الهضم الكثير لانه عنده بمنزلة الهبة من جملة الدين كما لو وهبه بعض الثمن بعد انقضاء البيع وان طرح الكثير لا تأثير له واليسير له تأثير في الثمن فكذلك في مسئلتنا (فرع) فاذا قلنا يأخذ بمثل الدين فقد روى ابن حبيب عن مالك ان كان الدين يوم قيام الشفيع حالا أخذ به حالا وان كان بقي من الأجل شيء فالي مثل ما بقي من الأجل وقال أصبغ انما يستشفع بمثل الدين حالا وجه قول مالك ان حكم الشفعة مساواة الشفيع المشتري فيما يدفعه عوضا عن المبيع وليس من المساواة أن يجعل له ثمنها مؤجلا عليه ووجه قول أصبغ ان الدين الذي كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منه وليس للشفيع على المشتري دين مؤجل فيما أخذ به شفعته ولا يكاد يتفق أن يكون كل شفيع له على المشتري مثل الدين الذي كان للمشتري على البائع والى مثل أجله ولا يجوز أن يزيد في الأجل ولا ينقص منه لان ذلك يدخله بيع وسلف فلذلك لم يصح مراعاة الأجل في الشفعة والله أعلم (مسألة) ومن اكترى ابلا الى مكة بشقص أو استأجر به أجيرا أو اكترى دارا سنة ففي المجموعة عن مالك للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الابل وبقية الاجارة وقال أشهب بمثل كراء الابل الى مكة من مثل صاحبها ان كان مضمونا فعلى الضمان وان كانت معينة فعل التعيين وقاله ابن الماجشون في الاجارة بمثل أجرة من استأجر (فرع) فاذا تعذر الدواب المعينة في بعض الطريق أو مات الأجير أو انهدم المسكن في نصف السنة فليرجع البائع بقيمة نصف شقصه على المتباع ولا ينتقص على الشفيع بشئ قاله ابن المواز وقال أشهب في المجموعة يرجع عليه المتكاري بنصف ما كان يأخذ منه من قيمة كراء ابله الا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو اراجع عليه بنصف كراء ابله ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص ونحوه لعبد الملك

(فصل) وقوله فيقول المشتري قيمة الوليدة مائة ويقول الشفيع قيمتها خسون يريد ان يشتري الشقص بالوليدة والشفيع اخذنا في قيمة الوليدة التي هي ثمن الشقص فيقول المشتري قيمة ذلك مائة ليأخذ من الشفيع مائة ويقول الشفيع خسون ليأخذ الشقص بخمسين وقد قال مالك ان القول قول المشتري بخلاف على المائة ووجه ذلك أن الشقص في يده والقول قول صاحب اليد فاذا احتل الشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائة أو يتركه وفي كتاب ابن المواز والمجموعة في اختلاف المشتري والشفيع في الثمن اذا أتى المشتري بما لا يشبه الثمن أو جهوا الثمن أخذ الشفيع بقيمة يوم ابتاعه المتباع ونحوه قال ابن حبيب عن أصبغ وروى عن مطرف ان القول قول المتباع وان جاء بسرف وقسر وي أشهب في المواز ينعن مالك ان أتى المشتري بما يشبه فهو صدق بغير يمين وفيما لا يشبه باليمين وروى ابن القاسم عن مالك يصدق المشتري فيما يشبه ولا يصدق فيما لا يشبه الا أن يجاوره مالك فيصدق فيما يتعاب به قال محمد لم يختلف مالك وأصحابه في أن الشفيع لا يأخذ الا بما قال المشتري اذا أتى المشتري بما يشبه واختلفوا اذا أتى بما لا يشبه على ما تقدم قال محمد وهذا

كله اذ الم يدع الشفيع معرفة الثمن فان ادعى معرفته فلا بد من يمين المبتاع فان نكل حلف الشفيع وأدى ما قال وقاله مالك في موطنه يشير والله أعلم الى قوله في هذه المسئلة المذكورة فوق هذا من الأصل ويختلف المبتاع (فرع) ولو صدق البائع أحدهما ففي العتبية من سماع أشهب لا ينظر الى قوله ولا يقبل شهادته ولا يأخذ أحدهما الا بما قال المشتري وذلك أنه شاهد لعقد عقده فهو يشهد على فعل نفسه ولا يصح ذلك وانما يصح أن يشهد الشاهد على فعل غيره أو قول غيره وفي كتاب ابن مزيين لا تجوز شهادته لانه دافع عن نفسه ومعنى ذلك انه يخشى أن يستحق الارض فيأخذ منه الشفيع الثمن الذي أعطاه ويرجع هو على الشفيع بما أخذ منه (مسئلة) ولو اختلف البائع والمشتري في الثمن ففي المجموعة لأشهب يتحالفان ويتفاسخان وتبطل الشفعة وقال ابن القاسم ان حلفا أو نكلا فسخ البيع وبطلت الشفعة فلم يكر للشفيع أن يأخذ ما ادعاه البائع ووجه ذلك ان الشفعة مرتقبة على نهوذا البيع فاذا بطل البيع ينم ما بطلت الشفعة

(فصل) وقوله يختلف المبتاع على قيمة ما اشترى به يريد والله أعلم قيمة يوم اشترى به لان زيادة قيمته قبل ذلك أو نقصانه لا اعتبار به لانه انما زاد أو نقص عن ملك من صار اليه واليمين في ذلك تكون على وجهين أحدهما مع عين السلعة والثاني مع وجودها فأما مع عدم عين السلعة فانهما ان اتفقا على صفتهاد عالها المقومون وان اختلفا في صفتهاد فالقول قول المبتاع في صفتهاد على رواية الموطأ يخالف على ذلك ثم يقوم المقومون تلك الصفة وأما مع وجود السلعة فانه يكون على وجهين أحدهما أن يدعى أحدهما أنها كانت من الصفة على غير ما هي عليه الآن والثاني أن يتفقا على ذلك ويختلفنا في صفتهاد يوم التبائع فاما أن يدعى أحدهما تغييرا بالزيادة والآخر تغييرا بالنقصان أو يدعى المشتري من التغيير أقل مما يقوله به الشفيع ص قال مالك من وهب شقصا في دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بهانقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاءوا ويدفعون الى الموهوب له بقية مثنوبته دنائير أو دراهم قال مالك ومن وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها ببقيتها فليس ذلك له ما لم يثب منها فان أثيب فهو للشفيع ببقية الثواب شكون على ضربين لغير الثواب وللثواب فأما الهبة لغير الثواب فهي كالصدقة والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها وقال ابن عبد الحكم في المختصر اختلف قول مالك في الشفعة في شقص يوهب لغير الثواب فقال القاضي أبو محمد في الهبة لغير الثواب والصدقة روايتان احدهما وجوب الشفعة والثانية استقاطها وجه القول بنفيها انه انتقال ملك بغير عوض عنه فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث ووجه القول الثاني أنه انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة فيه كالهبة للثواب (فرع) فاذا قلنا تبقى الشفعة فيه فانه قد ثبت الهبة على غير الثواب فأثيب فيه في المدونة لا شفعة فيه وفي المواز ية ولا في عوضه ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة فكان لها حكم الأولى (مسئلة) وأما الهبة للثواب فالشفعة فيها ثابتة قولاً واحدا سواء كان الثواب نقدا أو عرضا على ما ذكر في الأصل وهذا يقتضي الأخذ بالشفعة بعد الاثابة وفي المواز ية لا يجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف وهذا قبل فوات الهبة قولاً واحداً وأما بعد فواتها ففي العروض بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق وفي الدور عند ابن القاسم وعند أشهب وابن عبد الحكم هو فوات أيضا في الرباع في الهبة للثواب والبيع الفاسد فقد قال أشهب اذا فانت بذلك فقد وجبت القيمة ولزمت الشفعة وقال ابن القاسم وابن الماجشون لا يجب

قال مالك من وهب شقصا في دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بهانقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاءوا ويدفعون الى الموهوب له بقية مثنوبته دنائير أو دراهم * قال مالك من وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها ببقيتها فليس ذلك له ما لم يثب منها فان أثيب فهو للشفيع ببقية الثواب

الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف ورواه ابن حبيب عن مطرف قال عبد الملك إذ فعله
 يقول لم أرد ثوابا فإن رأى الناس أنه أراد به الثواب قال ابن المواز وإن ترك الثواب لوضع الشفعة
 فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب ومعنى ذلك أن الثواب مجهول وإنما ينفذ بانفاذه أو بالقضاء به ووجه
 قول أشهب عندى أن يقضى له بالشفعة بالقيمة التي قدرتمه وذلك جائز في الشفعة لأن الشفيع يشهد
 أنه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن فيجوز له ذلك فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوما
 وإنما ذلك من شرط لزومه وهذا الظاهر من قول مالك وفي الموطأ ليس له أن يأخذ بالشفعة ما لم
 يثب منها ومعنى ذلك إذا لم يثب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وإذا أناب من الهبة بأكثر من قيمتها ففي
 الموازية لأشهب أن كان قبل فواتها فإن الشفيع يأخذ بجميع العوض وإن كان بعد فواتها أخذ
 بالأقل من الثواب أو قيمة الهبة وقال ابن القاسم وعبد الملك لا يأخذ إلا بقيمة العوض ما بلغ وجهه
 قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة لأنه لم يلزمه بعد شيء أقل من ذلك ولأكثر
 وبعد الفوات قدرتمه القيمة مبتدأة فإذا بعد فهو هبة مبتدأة فلم يلزم الشفيع وجه القول الثاني
 أن الثواب متناول لجميع الهبة ومقابل لها ولا فرق بين ما قبل الثواب وبعده لأنه لو دفع القيمة قبل
 الفوات لم يكن للواهب غيرها وكذلك بعد الفوات وما زاد على ذلك في الوجهين فهو زيادة في الثواب
 لا حصة متميزة فلا فرق بين الموضعين وهذا معنى قول مالك فإن أثبت منها فهو للشفيع بقيمة الثواب
 ومسئلة الموطأ مبنية على المساواة بين الخالين (مسئلة) فإن أظهر الواهب هبة لغير ثواب وعلى
 وجه الصدقة وادعى الشفيع الثواب فقد قال مالك لا يمين على المتصدق عليه أن كان ممن لا يمينهم وإن
 كان ممن يمينهم أحلف وقال ابن نافع عن مالك في المجموعة أن رأى أنه وهب للثواب لأنه محتاج وهب
 عينا فاليمين على الموهوب له أو على ابنه أن كان صغيرا وإن كان غنيا عن الثواب وأما وهب لصداقة
 وقرابة فلا يمين في ذلك وإن لم يكن حاجة ولا قرابة ولا إخوان فاليمين في ذلك

(فصل) إذا ثبت ذلك فإن انتقال المملوك يكون بغير عوض وقد تقدم ذكره ويكون بعوض
 ومعظم أبوابه البيع ويلحق به الهبة للثواب وقد تقدم ذكرها ومن ذلك الإجارة مثل أن يشتري
 شتعا من أرض بسكنى داره أو ركوب أبله فالشفعة في ذلك كله ويأخذ الشفيع بقيمة الإجارة لأن
 السكنى والركوب كالعرض فيأخذ الشفيع بقيمة ذلك وكذلك قيمة الشقص يؤخذ في دم الخطأ
 فإنه يأخذ الشفيع بالدية لأنه عوض عن مال فلا يتحلى أن يكون ذلك المال من العين وقد تقدم ذكره
 أو يكون من أهل الأبل ففي المدونة عن ابن القاسم أن الشفيع يأخذ بقيمة الأبل فأما على قول
 أشهب فيمن اشترى شقصابا عرض مؤجلة غير معينة أخذ الشفيع بالقيمة فلا فرق بينهما وعلى قول
 ابن المواز إنما يأخذ بمثلها والفرق بينهما أن أبل الدية غير موصوفة فلذلك عدل إلى القيمة والله أعلم
 (مسئلة) ومن ادعى على رجل في شقص فصاحه على الإنسان فلا شفعة فيه ولو صاح به شقص آخر
 فلا شفعة في الثاني بقيمة ما ادعاه قاله ابن المواز وإن صاح به على الإقرار فالشفعة فيه لأنهما عوضا
 (مسئلة) وأما ما كان عوضا لغير مال كدم العمدة فالشفيع الأخذ بالشفعة بقيمة الشقص لأنه ليس
 له عوض من المال وإنما عوضه غير مال فإما لم يكن له عوض قيمة أو أخذ بقيمة نفسه وهذا إن صاح به
 بالشقص عن دم العمدة وأما لو صاح به عن الدم بمال ثم أخذ بالشقص ففي الموازية يأخذ الشفيع
 الشقص بما كانا اتفقا عليه من دية مؤجلة أو مؤجلة (مسئلة) وأما الشقص ينكح بدو يتخالع
 ففيه الشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه والدليل على ما نقوله أنه شقص ملك بنوع

معاوضة فثبتت فيه الشفعة كما لو ملك بالبيع وأخذ الشفيع بقيمة الشقص خلافا للشافعي في قوله يأخذه بمهر المثل والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال فيتعذر به ثمن المبيع فيه وليس كل مهر المثل هو الثمن فيلزم ذلك الشفيع كأخذه من دم عمه ص * قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة * قال مالك إن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل وإن كان خفيا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فإذا جاءهم بحميل ملي ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له * ش وهذا كما قال إن من اشترى شقصا بمن مؤجل فإن الشفيع انما يأخذه بمثل ذلك الدين إلى ذلك الأجل لأن من حكم الشفعة انفاذا بالثمن الأول في قدره وصفته وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له الأخذ بثمنه حالا أو الانتظار إلى أن يحل الأجل فيأخذه بالنقد ووجه ما قدمناه

(فصل) وقوله وإن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل لما قدمناه من المماثلة وهذا إذا تساوى في الملاء والثقة وإن كان المشتري أتم غنى من الشفيع وثقة قال أشهب في المجموعة والموازبة لم يكن في مثل ملاء المشتري فليأت بحميل في مثل ثقة المشتري وملاؤه قال ابن المواز والذي عندنا أنه ليس عليه حيل إذا كان مليا ثقة وإن كان المبتاع أملا منه وجه القول الأول ما يلزم من التساوي في الثمنين فكذلك في الدينين اللتين هما محلان لها لا يسمع التأجيل ويؤيدها التأويل قوله يأتي بحميل ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص قال محمد ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم وعبد الملك عن مالك ووجه القول الثاني أن التساوي انما يجب فيما يتعلق به الحكم وهو الملاء أو العدم فيعتبر بذلك دون التفاضل إذا لم تكن التكاثرات تساوى ولا تأثير لها في الأخذ بالشفعة ولذلك لو كان الشفيع أتم ملاء وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة نقصا من الثمن ولا الأجل ولا اثباتا للشفعة حيث لا تثبت لمن كان دون ذلك فإذا لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشتري فكذلك نقصها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وإن كان خفيا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فجاء بحميل ثقة مثل المشتري فذلك له فيه مسئلتان أحدهما أنه يريد أنه إن كان عديما لم يسلم اليه الشفعة لأن في ذلك تغيرا بالشفقة لئلا يتلفه قبل الأداء فلا يوجد ما يؤخذ منه ثمه فلا يسلم اليه حتى يأتي بحميل ثقة أو رهن وفي ذلك الثمن إلى ذلك الأجل لأن في ذلك أمانا مما يخاف منه مع العدم والمسئلة الأخرى تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا إذا كان المبتاع مليا فإن كان عديما واتفقا في العدم فالشفيع الأخذ بالشفعة دون حيل ولا رهن رواه ابن المواز قال محمد لا شفعة له أن يأتي بحميل ثقة كان المبتاع أوعديما ولم يكن وجه القول الأول ما ذكرناه من مراعاة التساوي ووجه القول الثاني أن عهدة المشتري بالدين على الشفيع وقديتق البائع بالمشتري بما لا يثق به المشتري بالشفيع كما لو أراد أن يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع لم يلزم ذلك المشتري للشفيع (مسئلة) ولو لم يقيم الشفيع حتى حل الدين وأدى الثمن فله الأجل مستأنفا مثل ما كان للمشتري قاله عبد الملك في الموازية والمجموعة ورواه ابن حبيب عنه وعن مطرف ومالك وزاد أن لم يكن مليا ولم يأت بحميل فقد قطع السلطان شفيعته فلا شفعة له وإن وجد حميلا بعد ذلك وروى ابن حبيب عن أصبغ لا يأخذه بعد الأجل إلا بالنقد ووجه القول الأول ما قدمناه من التماثل في العوضين والملاجل في ذلك تأثير فقد يشتري الأصل بالتأجيل بمثل ما يشتري بالنقد ووجه قول أصبغ أن الأجل قد كان لها جميعا للمشتري وللشفيع فإذا انقضى في حقهما انقضى والله أعلم وأحكم ص * قال مالك لا تقطع شفعة

قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة قال مالك إن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل وإن كان خفيا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فإذا جاءهم بحميل ملي ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له قال مالك لا تقطع شفعة

الغائب غيبته وان طال غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع اليه الشفعة * ش وهذا على ما قال
وذلك ان الاخذ بالشفعة للشفيع ثابت لم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك أو يأتي من طول
المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة وعند أبي حنيفة والشافعي أنهم على الفور * قال مالك في الموازية
والجموعة لا تقطع شفعة الغائب غيبته ولو طال وان لم يشهد في غيبته انه على شفيعته ووجه ذلك أن
المغيب عن در في تركه القيام في الشفعة فلم يسقط بذلك حقه كالانحاء والجنون (مسئلة) وهذا اذا
كانت غيبته بعيدة فان كانت قريبة قال أشهب في الكتابين ان كانت غيبته قريبة لا مؤنة عليه في
الشخص فهو كال حاضر قال في المجموعة وهذا اذا طال زمانه وعلم بوجود الشفعة ووجه ذلك أنه
لا مضرة عليه في طلب الشفعة فكان طول امساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كال حاضر (مسئلة)
وأما الحاضر فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما انه لا حد لذلك والثاني
ان له حدا ووجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا على عمومته في
الاقوات والاحوال ومن جهة المعنى ان هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادر على
ان التمس عن نفسه بتوقيفه فاذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفيع
بمضي المدة ووجه الرواية الثانية ان في ترك الشفيع على شفيعته اضرارا بالمشتري ومنعاه من
التصرف في ملكه بالعارة والاتفاق له فكان له حديثه اليه من المبتاع عند انقضائه الشفعة ولا
يقطع حق المشتري تركه ايقاف الشفيع كما لا يقطع الشفيع تركه الاشهاد بالاخذ بالشفعة (فرع)
فاذا انما بتحديد المدة فقد روى ابن القاسم عن مالك السنة والسنين قريب وروى ابن حبيب عن
مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقطع الشفعة مضي السنة الا ان يوقف وقال لأرى الخس
سنتين طولا وروى عن أصبغ هو على شفيعته السنتين ونحو ذلك فاذا قلنا بالسنة ونحوها اكثر من
قول أصحابنا العراقيين فان وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرا لقطع الاعذار في الغيبة وغيرها
فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة (فرع) فاذا قلنا بالسنة فهل يكون لما قرب من السنة
حكمها فقد قال أشهب اذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة فلا شفعة له وروى أشهب عن
مالك السنة قريب وذلك يقتضي في هذا التقدير وقال ابن ميسر ما قرب السنة دخل في حكمها
ووجه القول الاول ان ما حد بالسنة كان حكمه مقصورا عليها كالسنة المضروبة للجنة والجنون
ووجه القول الثاني ان المدة المحدودة بالسنتين اذا لم تنقض الى فرقة كان حكم ما قرب السنة حكم السنة
أصل ذلك مدة الرضاع (مسئلة) وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف قبل أن تنقطع شفيعته
على حد ما ذكره بعده هذا أو يكون له عذر فلا تنقطع شفيعته بمضي هذه المدة وقال في المجموعة ليس
المرأة في ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيره وقال مطرف وابن الماجشون
وكذلك المريض والصغير والبكر كالفأب سواء كان المريض عالما بشفيعته أو جاهلا بها وقال
أصبغ المريض كالصحيح في ذلك لانه يقدر على أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة انه على
شفيعته وهذا يقتضي أن الغائب انما يبق حكم شفيعته اذا لم يعلم بذلك وأما اذا علم فانه أيضا يقدر على
اشهاده بأخذ الشفعة فان لم يفعل فحكمه حكم الحاضر (مسئلة) فاذا زالت هذه الاعذار من
الغيبة والمرض والصغر وما ذكر قبل هذا فان لم يزل عنه من المدة بعدن والها بمثل مال الشفيع
من المدة بعد الشراء رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ان مدة العذر غير
معتبر بها فاذا زال العذر اعتبر من وقت امكان الاخذ بالشفعة بقدر ما يعتبر لم يطلق الدواعي من وقت

الغائب غيبته وان طال
غيبته وليس لذلك عندنا
حد تقطع اليه الشفعة

البيع لانه في حكمه والله أعلم وهذا اذا كان الصغير لاول له من أب أو وصي أو مقدم من حاكم فان كان له ولي منهم فان له من المدة مثل ما لغير المحجور الا أن يسلمه الولي قبل ذلك فان ترك الولي الاخذ بالشفعة سنة فلا شفعة له قاله أشهب وقال مالك في المجموعة ان علم الولي بالشفعة وعلم منه في ذلك تضريط وتضييع فلا شفعة للصبي اذا بلغ بعد خمس سنين قال ابن القاسم وأشهب لان وليه بمنزلة وقول مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كانت الغيبة متصلة من قبل وقت الابتاع وأما ان كان حاضرا عند الابتاع ثم غاب فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة ففي المدونة في الشفيع يكون حاضرا عند البيع ثم يغيب عشر سنين أو أكثر ان كان خروجه في مدة اوقام فيها ثبت له الشفعة وكان سفره سفر ايهل علم أنه لا يرجع حتى ينقضي أمد الشفعة فقد بطلت شفعة وان كانت غيبته يرجع من مدها قبل انقضاء أمد الغيبة فضعه مانع فهو على شفعة بعد أن يخلف انهما كانا كالشفعة وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد ووجه ذلك انه خرج في مدة كان له الاخذ بالشفعة الى سفر ينقضي قبل أمد الشفعة فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة الى آخر أمدها فانه اذا قام في بقية من أمد الشفعة كان له الاخذ بالشفعة فان عاقبه من ذلك عائق أبقي له حق الشفعة لانها انما تنقطع بعدم العوائق ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره انه باق على شفعة لأن بقاء المدة يشهد به بذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الشفيع حاضرا والمشتري غائبا ففي المجموعة لأشهب سواء غاب بعد الشراء أو اشتراه في غيبته أو اشتراه له وكيل فالشفعة ثابتة وان طالت غيبة المشتري قال ولو قام بشفعته لحكم له بها فان لم يقيم لم يضره تأخير له عنده لتجشم الخصومة فان كتابته عليه أبخضته حسن (مسئلة) ولو كان الوكيل يبنى ويهدم ويكرى بخضرة الشفيع لم يقطع ذلك شفعة ما لم يكن وكيله على دفع الشفعة عن المشتري قاله أشهب وقال ابن ميسرة اذا كان الوكيل يبنى ويهدم بخضرة الشفيع فلا بد أن يلي ذلك معه يرسله كته في ذلك قال وهذا يقطع شفعة قال ولو لم يل ذلك معه وقامت بينة أنه علم بذلك وهو حاضر فلا شفعة له اذا مضى من المدة ما تنقطع اليه الشفعة (فصل) فاذا قلنا ان السنة قريية ولا تقطع الشفعة فهل يجب عليه بين ان لم يسكت هذه المدة لأنه تارك للشفعة روى ابن القاسم عن مالك في العتبية يخلف ان قام بعد ستة أشهر وفي الموازية عن مالك يخلف بعد سبعة أشهر أو خمسة ولا يخلف بعد شهرين فعلى هذا المدة على أن ضرب منها ما يقصر كالشهرين وما كان له حكمه ما فهدا يأخذ بالشفعة دون يمين وما خوطب أطول منها كالسبعة أشهر وما كان له حكمه ما فهدا يأخذ بالشفعة بعد أن يخلف وطويل المدة ما زاد على السنة في رواية أشهب فهذا تنقطع فيه الشفعة (مسئلة) وهذا ان علم بالشراء وثبت ذلك عليه بينة أو اقراره وان أنكر العلم به وهو مقيم بالبلد فقد قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه مصدق ولو بعد أربعة أعوام قال ابن المواز ان الأربعة لكثير ولا يصدق في أكثر منها ص (قال مالك في الرجل يورث الارض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الأب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الارض فان أبا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا على ما قال ان الاخوة اذا ورثوا أرضا فميتوا في أحدهم عن ولده ورثوه ثم باع أحد الولد نصيبه فان اخوة البائع أحق بشفعته ما باع من أعمامه لأن شركتهم أخص فتختص بمضرة الشركة وتبعيض السهام وبسبب إزالة الضرر من القسمة فكانت الشفعة بينهم أولى وقد قال ابن المواز المشتري والوارث في الشفعة سواء * وقال مالك في المجموعة والعتبية ليس المشتري كالورثة ولا العتبية كأهل السهام المفروضة فيجتمل

* قال مالك في الرجل يورث الأرض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الأب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الارض فان أبا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الامر عندنا

القول الذي في كتاب محمد المحالف رواية العتيبة ويحتمل ان يريد ان الوارث الواحد يشارك
المشتري انه بمنزلة في الشفعة ورواية العتيبة في جماعة ورثة يرثون اباؤهم ان بعضهم أحق بشفعة فيما
باعه اشركهم من الورثة لما قدمناه (مسئلة) والورثة على ضربين أهل سهم وغير أهل سهم
فأما أهل السهم كالجدين تشتري في السدس والاخوات الشقائق والاخوات للاب يشتري كن
في الثلثين والاخوة للام يشتري كون في الثلث والزوجات يشتري كن في الربع أو الثلث فقد قال مالك
في الموازية والمجموع أهل السهم أحق بشفعة ما باع أهل سهمه من سائر الورثة فان تركوا الشفعة
فأهل الميراث أحق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث فان سلم أهل الميراث فسائر الشركاء
أحق بالشفعة قال ولم يختلف فيه أصحاب مالك المغيرة وغيره الا بن دينار (مسئلة) فان كان مع
أهل السهم عصبه فباع أحد العصبه فقد قال ابن القاسم الشفعة لأهل السهم والعصبه قاله مالك
وأصحابه الا أشهب فانه قال الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهم وجه القول الاول ان أحاد
العصبه مشاركون لجهة أهل السهم فلذلك كان أهل السهم بمنزلة في حقوقهم وأحاد أهل السهم لا
يشاركون العصبه وانما يشاركونهم بالجهة لأن حقوقهم مقدمة وقد تساوا في ذلك ووجه آخر وهو
ان معنى التعصيب في هذا الموضع الورثة لا من بعده عليه ولذلك لا تتقرر سهامهم ولا تختص بسهم ما
وحق أهل السهم التقديم على العصبه بذلك السهم ولذلك يضربون به عند العول والعصبه يستقطن
عند العول فكل حق للعصبه شاركون فيه أهل السهم بذلك وحقوق أهل السهم مقصورة عليهم
لا اختصاصهم بالسهم وحقوقه (مسئلة) ومن أوصى لهم بثلاث أو بسهم فباع أحدهم فان شركاءه
أحق بالشفعة من الورثة قاله أشهب في الموازية وقاله ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم للورثة
الدخول معهم وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع أهل السهم ص قال مالك الشفعة بين
الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا قليلا وان كان كثيرا فبقدره
وذلك اذا تشاحوا فيها * قال مالك فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحدهم
الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت ان تأخذ الشفعة كلها وأسماها اليك وان
شئت ان تدع فدع فان المشتري اذا خيره في هذا أو أسماها اليه فليس للشفيع الا ان يأخذ
الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والا فلا شيء له * وهذا على حسب
ما قال ان الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الانصاف في المال المبيع بعضه وليس الشفعة على
عدد الشركاء قال ابن المواز وقاله علي بن أبي طالب قال أشهب لأن الشفعة مما وجبت لشركتهم
لا لعددهم فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة قال محمد كعتق رجلين نصيب ما في عبد فالتقوى
عليه ما بقدر نصيب كل واحد منهما * قال القاضي أبو الوالي رحمه الله وهذا عندى معنى قول مالك له
من الشفعة بقدر نصيبه ان كان قليلا قليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيه بيقظة انهم
ان لم يتشاحوا جاز لهم ان يأخذوا الشفعة على غير هذا وان لم يعط القليل النصيب من ذلك مثل
ما يعطى من كثر نصيبه أو أكثر وقد حكى القاضي أبو محمد لا تجوز عبة الشفعة ولا بيعها والمشتري
للشفيع أحق بذلك ممن وجبه اياها للشفيع أو باعها منه (فرق) والفرق ينشأ بين هذه المسئلة ان
المو هو ببالحق له في الشفعة والشفيع الذي أعطى أكثر من حقه منها له حق في الشفعة وانما
صار له نصيبه بالمشاحة ممن يستحق بذلك استحقاقه ولو ترك جميعهم الشفعة لسكان له ان يأخذ جميعها
فلذلك جاز ان يهبه شركاء بعض الشفعة أو جميعها لاني في معنى تركه الأخذ بها

* قال مالك الشفعة بين
الشركاء على قدر حصصهم
يأخذ كل انسان منهم بقدر
نصيبه ان كان قليلا قليلا
وان كان كثيرا فبقدره
وذلك ان تشاحوا فيها
* قال مالك فلما أنت
يشتري رجل من رجل
من شركائه حقه فيقول
أحد الشركاء أنا آخذ
من الشفعة بقدر حصتي
ويقول المشتري ان
شئت ان تأخذ الشفعة
كلها وأسماها اليك وان
شئت ان تدع فدع فان
المشتري اذا خيره في هذا
وأسماها اليه فليس للشفيع
الا ان يأخذ الشفعة كلها
أو يسلمها اليه فان أخذها
فهو أحق بها والا فلا شيء له

(فصل) وقوله فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه فيقول أحد الشركاء أنا أخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري اما أن تأخذ الكل أو تدع الشفعة فليس للشريك الا ذلك يحتمل أن يراد بقوله فيشتري رجل من رجل من شركائه ان رجلا أجنبيا اشترى من رجل من شركاء المالك نفسه اليه بمعنى المالك كما يقول صاحبه ومالكه ويحتمل أن يريد به ان رجلا من الشركاء اشترى من رجل من شركائه فيكون الضمير من شركائه عائدا الى المشتري فان كان المشتري من غير الشركاء فاراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة فقال المشتري اما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع فلا يخالف أن يكون سائر الشركاء غائبا أو حضورا فان كانوا حضورا وأبوا الأخذ لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك فان ترك فلا رجوع له في الشفعة فان أخذ لم يكن لاحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه ووجه ذلك ان الأخذ بالشفعة عقد لازم والترك لها مسقط لخيار الشفعة على وجه اللزوم فاذا انعقد ذلك على أحد الوجهين فقد لزمت في الجهتين فلا رجوع لاحدهما فيه (فرع) ولو أراد الشفيع أخذ الجميع لم يكن للمشتري منعه من أخذ الجميع قاله في المدونة ووجه ذلك أن الشفعة مبنية على المنع من التبعض فكليس للشفيع أن يبعضها على المشتري كذلك ليس للمشتري تبعضها على الشفيع وروى ابن حبيب عن أصبغ ان كان المسلم للشفعة ساهما على وجه الهبة للبتاع فليس للشفيع الا قدر سهمه والبتاع سهم المساهمين وان كان تسليمة على وجه كراهية الاخذ فلا شفيع أخذ الجميع فان أبى فلا شفعة له وقد تقدم انه لا تجوز هبة الشفعة لكنه انما تجوز هبتها لمن له حق في ملكها كالمشتري واذا تركها الشفيع ولم يهبها فان للشفيع الاخذ بالشفعة فقد علم عليه والله أعلم (مسئلة) وان كان اشرا كه غيبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصته اشرا كه الغيب حتى يقدموا وليا يأخذ الآن الكل أو يترك فان ترك فلا دخول له مع أصحابه اذا تمسوا وأخذوا الشفعة فان قدموا واحد من غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع ولو أخذ الحاضر الجميع فن قدم دخل معه في الشفعة ان أراد ذلك على قدر حصته كما لو لم يكن شريك غيرهما قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها (مسئلة) وأما ان كان المشتري أحد الشركاء فاراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وساهما سائرهم وقال الشفيع انك شفيع معي فأنا تترك لك بقدر حصتك من الشفعة فلم أر فيه نصا الا ما تحتمل هذه المسئلة من التأويل * قال الفاضل أبو الوليد رحمه الله والذي عندي ان للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك وليس للشفيع الا ذلك لان المشتري أكثر ما فيه انه شفيع تارك فان اراد الاخذ بالشفعة أخذ الكل والابطلت الشفعة وهي عند المشتري بالشراء لا بالشفعة والله أعلم وأحكم ص * قال مالك في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيسدرك فيها حقها فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها * ش * وهذا على ما قال ان المشتري اذا اشترى الأرض فعمرها فان عمارته لها تكون على وجهين أحدهما بالغرس والبناء وماله أصل ثابت والثاني ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحرث والاصلاح فأما ما كانت عمارته بماله أصل ثابت فان الشفيع لا شفعة له الا أن يعطيه قيمة ما عمر قاله مالك في الموازية والجموعة وغيرها ووجه ذلك انه عمر بوجه حق لانه عمر في ملكه فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة ويشاركه المشتري بالعمارة لان ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التي شرعت الشفعة لنفسيها وتصور هذه المسئلة بأن يكون المشتري

* قال مالك في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيسدرك فيها حقها فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها

اشترى الأرض كلها فعمر فيها وهو يعتقد انها له فاستحق رجل منها حصته وأراد أخذ الباقي بالشفعة وهذا معنى قول مالك ان المشتري اشترى الأرض ثم أتى رجل بعد ان عمر فأدرك فيها حقاً يريد والله أعلم استحق منها جزءاً أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة انه أراد أن يملك جميعها وأما من اشترى شقصاً من أرض فبنى فيها ثم قام الشفيع فان العماره تقوّم مطروحة نقضاً فان شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمة منقوضاً والا فمسه بقلعه قاله مالك في المجموعة ووجه ذلك انه متعبد بالبنيان (فرع) فاذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس فقد روي أشهب عن مالك في الموازية انه لما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة لانه قد يهدم قبل ذلك ويبنى ويغرس وقال أشهب وقال بعض الناس للغارس ما أنفق وليس بصواب وقد ينفق في غراس وحفر عيون الماء الكثير ولا يثبت منه الا اليسير قال ابن المواز ونحوه قال ابن القاسم وعبد الملك

(فصل) وقوله ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً يريد استحق منها جزءاً وهذا الجزء الذي استحقه وقد بنى فيه المشتري فانه ليس له أخذه حتى يدفع الى المشتري قدر حصته ذلك الجزء من البناء لما قدمناه من انه بنى بوجه حق فليس له أن يأمره بقلعه لانه ائتلاف لما بنى وغرس فان أبي المستحق من أن يدفع الى المشتري قيمة ما بنى قيل للمشتري ادفع اليه قيمة أرضه دون العماره المذكورة من الغرس والبناء فان أبي كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه والمشتري بقيمة بنائه أو غرسه وهذا المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف في احياء الموات ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق كل واحد منهم بما يحق الآخر على وجه لا يمكن ازالته منه الا بالضرر وقدم مالك الارض لان ملكه أقدم ولان الأرض أثبتت في الأصول الثابتة من البناء والشجر فاذا أبي لم يجبر على شراء ما لا يريد شراءه وعرض على الآخر أن يدفع اليه قيمة أرضه فان أجاب الى ذلك وامتنع منه صاحب الأرض أجبر على ذلك لضعف جنيته من الاباينة عن تخليص الملك فان أبي المشتري أيضاً ثم ركب بينهما لان هذا الحكم مبني على أن يجبر فيه على البيع اذا دعا اليه الآخر ولا يجبر على الشراء من أباه فلم يبق الا التشرى بينهما (فرع) فان دفع المشتري الى المستحق قيمة أرضه وأراد المستحق أخذ بقيمة الأرض بالشفعة ففي المجموعة عن أشهب انه اختلف قول مالك فيه قال أشهب واستأراه وجهه في الشفعة ما خرج به أشهب من انه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه ومعنى ذلك ان الشفعة انما تثبت لنفي الضرر وقد خرج عن الشقص الذي كان يستحق الشفعة قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له ووجه القول الثاني ان الشفعة قد ثبتت له بشراء المشتري وقد تقدم ملكه فبيعه بعد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة وانما يعتبر في الأخذ بالشفعة بوقت وجوبها وهو وقت شراء المشتري ويجوز على القول الاول أن الاعتبار بوقت الأخذ دون وقت الوجوب فان بيعه لحصته التي بها يستحق الشفعة ترك لشفعته لان الشفعة انما تثبت لازالة الضرر فاذا باع حصته من الملك لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفي الضرر عنه فكان بيعه لحصته يقتضي ترك الأخذ بالشفعة والله أعلم وأحكم (فرع) فان أبي المشتري من دفع قيمة الأرض ورجع الى الشراكة فان كانت قيمة الأرض مثل قيمة البناء فمساوياً كان بنصفين وهل تثبت بينهما الشفعة قال أشهب ففي المجموعة لا شفعة له في النصف الآخر وقال في كتاب العصب لابن المواز تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء فيكون له نصفه أيضاً بربع ثمن الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشتري بربع قيمة النقص الذي هدم منقوضاً عن مالك من باع حصته من أرض أو دار مشتركة فاما علم ان صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشتري فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

* قال مالك من باع حصته من أرض أو دار مشتركة فاما علم ان صاحب الشفعة استقال فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

أحق بها بالثمن الذي كان باعها به * ش وهذا على حسب ما قال ومعنى ذلك أن الاقالة لا تمنع الأخذ
بالشفعة لأن حق الشفيع قد وجب في الشقص المشتري وأثبت له الخيار في أخذه أو تركه فلم يكن
للمشتري والبائع أن يسقطا حقه منه بالاقالة ولا يغيرا ولا خلاف أن للشفيع أن يأخذ بالبيع الأول
وهل له أن يأخذ بالاقالة وتكون عهده على المشتري أم لا مبنى على اختلاف قولهم في الاقالة هي
بيع حادث أم نقض بيع فاذ غلنا أنها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالاقالة وإنما له أن يأخذ بالبيع
الأول وتبطل الاقالة لما كانت منبذلة لحق الشفيع بعد وجوبه ولو لم يملك قال مالك ولو سلم
الشفعة صحت الاقالة وهو الذي قاله مالك في الموازية والمجموعة قال أشهب وهذا استحسن وقال
مطرف وابن الماجشون في الواخضة أن رأى أن الاقالة كانت لقطع الشفعة فهي باطل وللشفيع
الشفعة ثابتة وإن رأى أنها على الصحة صحت الاقالة وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وإذا غلنا أنها بيع
حادث وهو الذي ذكره القاضي أبو محمد فإن له أن يأخذ بالبيع الأول أو بالاقالة فتكون عهده
إن شاء على البائع وإن شاء على المشتري مع التساوي في الثمن ولو كانت الاقالة بأقل من الثمن الأول
أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه أنه يأخذ بالأول أو الثاني أيهما شاء (مسئلة) وهذا إذا
كانت الاقالة قبل تسليم الشفعة فإن كانت بعد تسليم الشفعة في الموازية والواخضة لأشهب ومطرف
وابن الماجشون فإن للشفيع أن يأخذ بعهد الاقالة وكذلك الشفعة في الشركة والتولية ووجهه
ذلك أن الاقالة بعد تسليم الشفعة بيع حادث فكان له أن يأخذ بالشفعة وإن كان قد سلمها قبل
الاقالة كمن باع شريكه فسلم الشفعة ثم باع المشتري فإن له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني والله أعلم
ص قال مالك من اشترى شقصا في دار أو أرض وحيوانا وعرضا في صفقة واحدة فطلب
الشفيع شفعته في الدار أو الأرض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعا فاني إنما اشتريته جميعا
قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعته في الدار أو الأرض بمحضته من ذلك الثمن يقيم كل شيء اشتراه من
ذلك على حده على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذي يصيبها من القيمة من رأس
الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا إلا أن يشاء ذلك * ش معنى ذلك والله أعلم أن من
اشترى شقصا من دار أو أرض بمحافيه الشفعة ومعها في الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من
العروض فلا يتخلو أن يكون ذلك من ذلك الخائض كعبيده العاملين فيه ودوابه وآلته أو يكون مما
لا تعلق له به فإن كان من آله ففي المجموعة عن سحنون أن ما يبيع مع الخائض من آله ورقية أنه فيه
الشفعة لأن صيلاح الخائض لا يتم إلا به كالعين تباع مع الأرض وفي الموازية والدواب والريق والآلة
أنه كبعضه يريد أن الشفعة فيه على وجه التبعية للخائض قال إلا أن يكون إنما أضيف إليه يوم الصفقة
وقد كان أخرج منه قبل ذلك فلا شفعة فيه فهذا على ما قال وإنما يكون له حكم التبعية إذا كان قد أثر في
الخائض عمله أو العمل به فأما ما لم يعمل به بعد في الخائض ولم يكن فيه تأثير فلا يكون صفقة من صفات
الخائض على ما تقدم في المساقاة وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى (مسئلة) وأما أن كان غير متعلق
بالمبيع ولا تبعاله مثل أن يبيع شقصا وثوبا بثلثين فإن الثمن يفيض على الشقص والثوب وما أصاب
الشقص فهو ثمنه وبه يأخذ الشفيع إن شاء وما أصاب الثوب فهو ثمنه ويبقى للمشتري قال في كتاب
ابن المواز ولو استوجب الشقص قبل المعرفة بما يقع عليه من الثمن لم يجز ومعنى ذلك أن يستوجب
على أنه عليه بما يصيبه من القيمة دون خيار له عند معرفة القيمة فذلك غير جائز وأما أن يستوجب على
أن يأخذ بالشفعة وإن لم يعلم الثمن فذلك تأثير عندى في طول أمد الشفعة ولا يقال فيه أنه غير جائز

أحق بها بالثمن الذي كان
باعها به * قال مالك من
اشترى شقصا في دار أو
أرض وحيوانا وعرضا
في صفقة واحدة فطلب
الشفيع شفعته في الدار
أو الأرض فندال المشتري
خسما اشترى جميعا فاني
إنما اشتريته جميعا * قال
مالك بل يأخذ الشفيع
شفعته في الدار أو الأرض
بمحضته من ذلك الثمن يقيم
كل شيء اشتراه من ذلك
على حده على الثمن الذي
اشتراه به ثم يأخذ الشفيع
شفعته بالذي يصيبها من
القيمة من رأس الثمن ولا
يأخذ من الحيوان
والعروض شيئا إلا أن
يشاء ذلك

لانه على حسب ما كان عليه من الخيار اذا عرف الثمن (مسئلة) ولو باع شقصا وحدا نانير فلا بد من تقويم الشقص والقمح قاله في الموازية مالك وابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه اذا اشقلت الصنعة عليهم فلا يسيل الى معرفة حصة الشقص الا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح فيه فبعض الثمن عليهم ما ولو باع منه شقصا أو مائة درهم بدینار فلا بد أيضا من تقويم الدراهم والشقص قال محمد وهذا على قول أشهب بتجوز الصرف والبيع معا

(فصل) وقوله ولو قال المشتري خذنا اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا فانه انما يأخذ ما فيه الشفعة يريد انه لا يلزم ذلك الشفيع ولو اتفقا على ذلك جاز وكان بيعا مستأنفا ولذلك قال مالك ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا الا أن يشاء ذلك ص * قال مالك ومن باع شقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقي ش معنى ذلك ان بعض الشفعاء اذا سلم الشفعة وأراد بعضهم الأخذ بها فان أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشتري أن يمنعهم من ذلك لانه شفعي فلا تتبعه عليه الشفعة للمشتري كالأوفرد (مسئلة) فان أراد أن يأخذ بقدر حصته فلا يخلو أن يسوغه ذلك المشتري أو يمنع منه فان سوغه ذلك جاز لان الحق في استيعاب الشفعة انما هو حق لها وغير خارج عنهم ما فاذا رضيا بترك ذلك جاز كالبيع وان أبى المشتري من ذلك فعلى ما قال في الأصل لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة لمسا على المشتري في أخذ الشفعين بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته وأخذ بعضها والزامه سائرهما ص * قال مالك في نفر شركاء في دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بصحتي وأترك حصص شركائي حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاءوا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا يرى له شفعة * ش قوله في نفر شركاء في دار واحدة وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التمثيل والتقريب ولا فرق بين الدار الواحدة في ذلك والدور الكثيرة ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع انما يأخذ ما اشتراه في الثلاث الدور أو يترك الكل وليس له أن يأخذ ما اشتراه من إحدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرهما اذا كان شريكه في جميعهما وكان المشتري اشترى ذلك في صفقة واحدة قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة ووجه ذلك ما قدمنا من ضرورة تبعض الصفقة ألا ترى ان من اشترى أرضا ثم استحق الكثير منها فان له رد سائرها للضرر الشركة الطارئة بالاستحقة اق (مسئلة) ومن اشترى من رجلين شقصا من دارين وشفيعهما واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ حظ الباعين دون الآخر قاله مالك في المدونة وقاله في غيرها ابن القاسم وأشهب وغيره ووجه انه تبعض بصفقة المشتري فلم يكن ذلك للشفيع كما لو اشترى من واحد (مسئلة) ولو اشترى ثلاث رجلا من ثلاث رجلا دارا أو أرضا وتخلوا وشفيع ذلك كله رجل واحد ففي المدونة لابن القاسم انما له أن يأخذ ذلك كله أو يترك سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد أو واحد من ثلاثة اذا كان في صفقة فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر وأما الشفعة فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد فان كان ذلك على الاشاعة بينهم فبيان أيضا وقد أشار أشهب في الموازية والمجموعة الى أن هذا معنى المسئلة وقال ان له أخذ حصته أحدهم دون الباقي وان كان اشترى كل واحد منهم حظ رجلين انزرد

قال مالك ومن باع شقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقي * قال مالك في نفر شركاء في دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بصحتي وأترك حصص شركائي حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاءوا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا يرى له شفعة

بهذا أعلم وجه الصفقة لذلك ولا يظهر عندى فيه وجه لثبوت الشفعة لانه ليس فيه تبيعض لصفقة أحدهم والله أعلم وأحكم وقد قال ابن القاسم في الموازية وغيره في الرجلين يشتريان حصة رجل من أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لما ذكرناه من اشتراكهما في المبيع والصفقة وقد قال أشبه له أن يأخذ حصة أحدهما قال محمد هو أحب إلينا وقاله سحنون (مسئلة) ولو بعث حظا من دارين من رجل واحد ولكل حظ شفيع فلكل واحد منهما أخذ ما هو شفيع فيه دون ما لا شفعة فيه يفض الثمن بينهما ثم يأخذ بالشفعة ولو أخذ بالشفعة قبل معرفته ما يصيب ما يأخذه من الثمن لكان أخذ ما بطلا قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه انفاذ المبيع بثمن مجهول وذلك غير جائز ومعنى ذلك عندى على مذهب من يرى الشفعة بيعا ان ينفذ الأخذ بالشفعة فيأزم الشفيع والمشتري وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة ولم يعرف الثمن فانه ليس بأخذ لازم له وله الخيار اذا عرف الثمن ولكن له تأثير في أخذ الشفعة والله أعلم وأحكم

﴿ مالاتقع فيه الشفعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عمار عن أبي بكر بن خرم ان عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود في الارض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل ﴾ قال مالك والامر عندنا * قال مالك ولا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والامر عندنا انه لا شفعة في عرصه دار صلح القسم فيها أو لم يصلح * ش قوله واذا وقعت الحدود في الارض فلا شفعة فيها على ما تقدم من انه لا شفعة للجار لأن الحدود اذا ميزت حق كل واحد منهما بالقسمه فقد خرجوا عن حكم الشركة الى حكم المجاورة والحديث الذي ورد ان الجار أحق بصقبة لأنه محمول على الشريك بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة وهذا واضح في ذلك

(فصل) وقوله ولا شفعة في بئر يريد والله أعلم بئر لا أرض لها مشاعة ولا يقسم ماؤها وانما هي من آبار الشفة أو آبار سقي الارض الان الارض قد بيعت دونها أو قسمت وفي المسئلة عن مالك فين قاسم شريكه الأرض والنخل ثم باعه نصيبه من العين فلا شفعة فيه ولو لم يقاسمه النخل والأرض حتى باع نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها ومعنى ذلك والله أعلم ان البئر والعين لما لم يكن فيهما شفعة بنفسهما فاذا كانت تبعهما فيه الشفعة حتى تكون منفعتا مصر وفعاليها وتكون صفة من صفاتها ثبتت فيها الشفعة واذا لم تكن تبعهما فلا شفعة فيها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وآبار النخل وعيونها على ضربين منها ما يكون عددا يحتمل القسمه ومنها الواحدة التي لا تحتمل القسمه فأما ما يحتمل القسمه ففي المجموعة والموازية في الأرض بين الرجلين لها بئر أو عينان فاقسما البئر بين أو العينين خاصة فباع أحدهما عينه أو بئر وحصه الأرض فان للشفيع الشفعة في الأرض دون البئر بما يصيب الأرض من الثمن تقوم الأرض بلا بئر والبئر بلا أرض وقال في كتاب محمد ولو باع البئر دون أرض فلا شفعة فيها وجه ذلك ما قدمناه أن المبيع مقسوم فلا شفعة فيه وأما ان كانت بئرا واحدة فلا يصح فيها قسمه ولا شفعة فيها الاعلى قول من يرى الشفعة في النخلة الواحدة والشجرة الواحدة ولم أر أحدا من أصحابنا صرح بذلك وان كان قياس ما قدمناه وانفقوا على انه ان كانت الأرض باقية على الاشاعة فلا شفعة فيها وان أفردت بالمبيع وان كانت أرضها مقسومة ولا أرض لها فلم يجعلوا الشفعة فيها لنفسها على هذا القول وانما جعلوا الشفعة فيها بسبب الأرض وصرف جميع منافعها اليها وعلى هذا كان

﴿ مالاتقع فيه الشفعة ﴾
 * قال يعقوب قال مالك عن محمد بن عمار عن أبي بكر بن خرم أن عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل * قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * قال مالك ولا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والامر عندنا انه لا شفعة في عرصه دار صلح القسم فيها أو لم يصلح

يجب أن لا تكون الشفعة في العدد الكثير فيما اذا لم يكن لها أرض وان احتمل القسمة واذا ثبتت الشفعة في الكثير فيها لأنها أصل ثابت وجبت الشفعة في كثيرها اذا انفردت عن الأرض وفي الواحدة منها وان انفردت على قول من يرى الشفعة في الشجرة الواحدة ولا يرى الشفعة فيها على قول ابن القاسم الا اذا اتصل بهما من الأرض ما تجب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد تكون العين الواحدة لا تحتل رقبتهما القسمة ويكون ماؤها يقسم بالقاد ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك ان الشفعة في ماؤها وان لم يكن ملاكها شركاء في الأرض التي تسقى بتلك العين وأهل كل قلدية تشافعون بينهم دون اشراكهم وقال أشهب في المجموعة لا شفعة فيها اذا قسمت الأرض وجه القول الأول ان هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعة مقصودة تتبع أصله بمجرد العقد فتثبت فيه الشفعة كالثمره ووجه قول أشهب يجوز ان يكون على قول من لا يرى الشفعة في الثمرة ويحتمل أن لا يجعل العيون والآبار مما تثبت فيه الشفعة لان آحاده لا تحتل القسمة كالأرض التي لا تحتل القسمة وانما تثبت فيها الشفعة على وجه التبعية اذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم

(فصل) وقوله ولا شفعة في فحل النخل يريد والله أعلم أن تكون نخلة واحدة يحتاج اليها التلقيح الحائط فان كان الحائط مشتركين أرباب الفحل فحكمه حكم العين أو البئر له أرض مشتركة وان لم يكن مع النخلة من الفحل حائط يلقيح بها فحكمه حكم النخلة الواحدة وفي الموازية عن مالك اذا قسم الحائط وبقي الفحل والفحلان ولا يقدر أن يقسم فليس ذلك شفعة وقال ابن القاسم في المدونة لا شفعة في النخلة الواحدة لأنها لا تنقسم ورواه ابن حبيب عن مطرف في الشجرة وقال ابن الماجشون فيها الشفعة لأنهما من الأصول الثابتة وبه قال أشهب وأصبغ وذلك مبني على اثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك

(فصل) وقول مالك لا شفعة في طريق صالح القسم فيها أو لم يصلح وقد قال في الموازية لا شفعة في طريق ولا عرصه وان صالح فيها القسم ومعنى ذلك أن الطريق لا شفعة فيها لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها ولذلك لم يثبت فيها شفعة كبحر الماء وقال مالك في المدونة لأرى أن يقسم بحري الماء وقال ابن القاسم لا يقسم الطريق اذا أبي ذلك أحدهم وهذا يقتضي معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما عرصه الدار ففي الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك اذا قسمت البيوت وبقيت العرصه فلا أحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصه ووجه ذلك ما قدمناه من أن حكمها حكم الاشاعة وقد خرجت عن أن تكون تبعا للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت ص قال مالك في رجل اشترى شقة من أرض مشتركة على أنه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة ش معنى ذلك أن البيع اذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة لانه قد كمل وانتقل به البيع الى ملك المبتاع واذا كان على وجه الخيار فالبيع باق على ملك البائع فلا تثبت الشفعة مع بقاءه على ملك البائع قال مالك وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري قال ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان الخيار لاجنبي (مسئلة) ولو باع أحد الشركاء في عدة الخيار في الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم ان من صار اليه الشفص ببيع الخيار له الشفعة

* قال مالك في رجل اشترى شقة من أرض مشتركة على انه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة

في بيع البتل سواء صار الى البائع أو المشتري ورواه ابن حبيب عن مطرف قال ابن المواز ذهب
 ابن القاسم الى أن الشفعة للبائع بالخيار في بيع البتل نفذ بيع الخيار أو رد وقاله أصبغ وقال أشهب
 الشفعة لمبتاع البتل فيما يبيع بالخيار وجه قول ابن القاسم أن هذا مبني على أن البيع في مدة الخيار
 مراعى فان نفذ البيع علم أنه قد انتقل المبيع بعد البيع الى المشتري وان رد علم أنه كان باقيا على ملك
 البائع فبين بانفاذ البيع أو رد مستحق الشفعة في بيع البتل يوم العقد ووجه قول أصبغ أنه مبني
 على أن المبيع باق في مدة الخيار على ملك البائع فهو أحق بالشفعة فان نفذ البيع بعد ذلك فانما هو
 بيع حاضر بعد وقوع البتل فالشفعة في بيع البتل للبائع كالتقدم فيه الخيار وبيع حصته بعد البيع
 وأما قول أشهب فبني على أن عقد الخيار قد منع البائع الشفعة لعقده في حصته عقد بيع البتل فلا
 شفعة له فاذا نفذ البيع بعد انقضاء مدة الخيار كان لمشتري البتل الشفعة فيما أنفذ بعد ذلك من بيع
 الخيار (مسئلة) ولو سلم الشفع شفعته في مدة الخيار لم تبطل شفعته وكان له الأخذ بها اذا تم البيع
 من كتاب ابن المواز وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة
 فالشفعة لمشتري البتل فيما يبيع بالخيار لان بيع الخيار انما يثبت يوم يختار وقاله أشهب فتحمّل رواية
 ابن المواز على أن الشفع في بيع الخيار ليس له الأخذ ولا التسليم قبل لزوم العقد ومعنى قول ابن
 الماجشون أن البائع بالخيار ترك الأخذ بالشفعة التي وجبت له بالبيع البتل مع بقاء ماباعه بالخيار على
 ملكه فاذا ساهمه قبل لزوم بيع الخيار أو بعده فعقد المبتاع بالبتل قبل لزوم بيع الخيار فله أن يأخذ
 بالشفعة ما لزم ونفذ فيه البيع بعده والله أعلم وقد اختلف مالك في أصل بني عليه هذه المسئلة ودو
 فمين وجبت له شفعة فباع نصيبه من ذلك الملك ففي كتاب ابن حبيب عن أشهب انه اختلف في ذلك
 قول مالك قال وأحب الى أن لا شفعة له بعد بيعه وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع الا أن يبقى
 له بقية أخرى لان أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من تضيق الواسع ونزاع العاصر وهذا ليس
 له شيء بل حقه ذلك فيه وما أظهره من غلبة الشفعة ليس بشيء لان مثل هذا باع بالشركة فيما ينقل
 ويحول ولا شفعة فيه وروى عيسى عن ابن القاسم في العتية اذا باع ولم يعلم بشفعته فله الشفعة
 وتسكون عهده على المبتاع وقال ابن المواز سواء باع من شريكه أو غيره ثبت ان وجبت له الشفعة
 فشفعته قائمة (مسئلة) ومن ابتاع شقة فوجد به عيبا وأراد رده وأراد الشفع أخذه وقال أنا
 أرضى بعيبه فلم يمتنع رده ولا شفعة للشفع قاله أشهب في المجموعة وروى يحيى بن يحيى عن ابن
 القاسم في العتية فمين ابتاع دارا فردها بعيب دلس فيه به ثم استحق نصفها بعد ان ردها فالشفعة له
 ان شاء من حساب جميع الثمن فوجه قول أشهب أن المبتاع يقول لأرضى بأن يثبت على عهدة
 معيب وقد ثبت لي خيار الرد فلا تثبت الشفعة له كالبيع بالخيار ووجه قول ابن القاسم انه يبيع
 نقل المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري فثبتت فيه الشفعة كالمو لم يجد به العيب (مسئلة)
 وهذا ان أراد أن يأخذ بالبيع دون الرد بالعيب فتكون عهده على المشتري ولو أراد أن يأخذ
 بالرد بالعيب فتكون عهده على البائع فأما من قال من أصحابنا ان الرد بالعيب نقض للبيع من
 أصل البيع أو نقض له من وقت الرد بالعيب فلا شفعة فيه والله أعلم (فرع) قال ابن المواز أجمع
 مالك وأصحابه أن عهدة الشفع على المشتري قال الماضي أبو محمد سواء أخذ بالشفعة قبل قبض
 المشتري الشقص أو بعده وقال ابن أبي ليلى العهدة على البائع على كل وجه وقال أبو حنيفة
 على من يؤخذ الشقص منه من بائع أو مشتري ووجه ذلك أن المبيع يحصل في ملك المشتري بنفس

قال مالك في الرجل يشتري أرضاً فتمت مكنة في يديه حينئذ ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً بميراث أن له الشفعة أن ثبتت حقه وإن ما غلت الأرض من غلة فهي للمشتري الأول إلى يوم يثبت حق الآخر لأنه قد كان ضمنها له ذلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سبل فإن طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان فأنسى أصل البيع والاشتراء لطول الزمان فإن الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذي ثبت له وإن كان أمره على غير هذا الوجه في حدائنه العهد وقربه وأنه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الأرض على قدر ما يرى أنه ثمنها فيصير ثمنها إلى ذلك ثم ينظر إلى ما زاد في الأرض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الأرض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك

العقد اللازم ومنه ضمانه قبل القبض وبعده فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه لأن الملك إنما ينتقل عنه إليه (مسئلة) وإذا أفلس مبتاع الشقص فقال ابن القاسم الشفيع أحق به ويدفع الثمن إلى البائع ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعينه ماله إلا مع عدم الثمن الذي له وقد تعلق بحق الشفيع به بنفس ابتاع المفلس له فكان الشفيع أحق به وإذا رجع الشقص إلى البائع فلا شفيع الشفعة لأنه بيع جديد قاله سحنون ووجه ذلك أن ارتجاع البائع للمبايع عند فسخ المفلس ينقل المبيع من ملك المشتري ويرده إلى ملك البائع فكان ذلك تبعاله حكم المبيع وثبتت فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بأن ثمن فباعه الإمام للغرماء ففي العتبية عن أشهب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ص قال مالك في الرجل يشتري أرضاً فتمت مكنة في يديه حينئذ ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً بميراث أن له الشفعة أن ثبتت حقه وإن ما غلت الأرض من غلة فهي للمشتري الأول إلى يوم يثبت حق الآخر لأنه قد كان ضمنها له ذلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سبل قال فإن طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان فأنسى أصل البيع والاشتراء لطول الزمان فإن الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذي ثبت له وإن كان أمره على غير هذا الوجه في حدائنه العهد وقربه وأنه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الأرض على قدر ما يرى أنه ثمنها فيصير ثمنها إلى ذلك ثم ينظر إلى ما زاد في الأرض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الأرض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك ش ومعنى هذا أن من اشتري أرضاً ثم استحق رجل بعض ميراث أو غيره من ابتاع أقدم من ابتاع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه الاستحقاق المتقدمة فإن المستحق يقضى له بما استحق من الدار قال ويكفر له أن يأخذ باقيها بالشفعة قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية ولو كان المبتاع قد رد ما بقي يده من الدار إلى البائع لما استحق منه منها لكان للشفيع الأخذ بالشفعة لا يقطع شفعتها رد المبتاع إلى ما بقي يده إلى البائع ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أصل البيع وقد تنقل البيع ما بقي فيها إلى ملك المبتاع فثبت بذلك حق الشفعة للشفيع فإن يظلمه ما ردها إلى البائع كما لو أقاله من جميع الشقص المبيع (فصل) وقوله إن ما غلت الأرض من غلة فهي للمشتري ووجه ذلك أن ذلك كان في ملكه وميرضانه ولو تلف جميعها أو هلك ما فيها من غراس أو ذهب بسبل فوجب أن تكون الغلة له يده ما كان له حكم الغلة مثل الثمرة وما لم يكن من جنس الأصل وأما ما كان من جنس الأصل مثل الودى فإنه مثل ولد الحيوان فله حكمه في رد الباعيب والاستحقاق وقد تقدم حكم الثمرة الأخذ بالشفعة وأما ما أخذ بالاستحقاق فإن اشتراها المشتري ولا عرفها لم يؤثر ثم استحقها وفيها عمدة أبرت أو أزعجت فهي له وعليه ما أنفق وسقى المشتري ما لم تنف بجساد أو يفس فلا شيء له فيها حتى للبتاع ولو كانت الثمرة يوم اشتراها المشتري مزرعية أو مأبورة فقد قال ابن الموازي للمشتري كيف كانت ولو يبت أو جسادها المشتري أو باعها أو أكلها الغرماء المسكيلة أن عرفها أو قبضتها (مسئلة) وأما ضمان ما تلف من النخل فإن معنى ذلك أنه لا يرجع بثمنه على البائع منه ولكن لو أراد المستحق أن يفرضه ثمن ذلك أو قيمته لم يكن له ذلك وسواء تلف ذلك بفعل المشتري أو بغير فعله ولو قلع النخل أو أظفها أو كانت داراً فهدمها لم يكن للمستحق إلا أن يأخذها كما هي ولا يتبع المشتري بشئ مما هدم إلا أن يكون النقص حاضراً فيأخذها أو يرجع على البائع بثمن ما استحق ووجه ذلك أنه تصرف في ملكه بما يجوز له فلم يكن

عليه ضمان لسلامته من التعدي (مسئلة) ولو أن المشتري وهب بعض الدار أو النخل بعد أن قلعه لم يكن المستحق أن يرجع بها عليه وإنما يرجع بها أن شاء على الموهوب له فيأخذ منه النقض إن وجدته عنده أو حصته من الثمن من البائع قاله أشهر وابن القاسم ووجه ذلك ما قدمناه ولو تعدى أجنبي فهدمها عند المبتاع ثم استحققت لكان للمستحق أن لا يتبع المتعدي لانه أتلف ماله على وجه التعدي فكان له أن يضمه سواء علم انه له أو لم يعلم بذلك

(فصل) وقوله ولو طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان فنسي أصل البيع لطول الزمان لبطلت الشفعة ولم يبطل الاستحقاق يريدان لطول الزمان تأثير في ابطال الشفعة فإذا أتى من طول الزمان ما يبيد فيه الشهود وبادوا لم يحج ذلك بالشهاد على شهادتهم حتى لم يمكن اثبات ثمن المشتري فإن الشفعة تبطل بثلاثة أوجه أحدها طول الزمان فإن له تأثير في ابطال الشفعة ولذلك قلنا انه إذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع بطلت شفيعته والثاني أن الظاهر تركه الطلب بها على وجه ما يطلب بذلك ولم يصرف النظر إلى ذلك حتى طال الزمان ومضت المدد التي لا يكاد يغير فيها ذوالحق عن النظر في الطلب لحقه فإن الظاهر تركه للشفعة ولهذا أيضاً تأثير في ابطال الشفعة ولهذا ثبتت فيما قرب من المدد دون ما بعد منها والثالث أن ان لم يثبت الثمن وجهل فإن له تأثير في ابطال الشفعة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أخته به حصه من قرية وقال كنت أصبت من مورثها ما لا أعلم قدره انه لا شفعة في ذلك لأن الثمن لا يعرف قال سحنون لانه ليس ببيع ولا يعرف المقر له ولا يطلبه ولو كان عن شيء يدعيه ويطلبه فصول به لكان كالبيع تثبت فيه الشفعة بالقيمة وإن لم يسم الثمن فإذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير في ابطال الشفعة فعلى هذا لطول المدة أحوال منها أن تطول جداً حتى يأتي من المدة ما يبيد فيها الشهود وينسى الثمن فهذا يبطل شفعة الغائب والحاضر وما هو أقصر من ذلك من المدة تبطل فيها شفعة الحاضر دون الغائب وهي على ما تقدم وما دون ذلك من المدة تجب اليقين فيها على الحاضر انه ما ترك فيها القيام ترك الشفعة ويكون له الأخذ بالشفعة وما هو أقرب من ذلك له فيه الأخذ بالشفعة دون يمين

(فصل) وقوله وإن كان أمده على غير ذلك ورأى أن البائع غيب الثمن ليقطع الشفعة فالشفعة ثابتة يريد أن اخفاء قدر الثمن وجنسه بمجرد لا يقطع الشفعة وإنما يقطع ذلك اخفاء قدر الثمن وجنسه لطول المدة ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة لاتفق المتبايعان على كتابته وبطلت الشفعة وثبت الضرر وهذا باطل باتفاق

(فصل) وقوله قومت على قدر ما يرى انه ثمنها فيصير ذلك ثمنها يريد انه إذا أخفى المتبايعان الثمن فالشفعة ثابتة بقيمة الشقص لانه إذا لم يعرف العوض أو كان مما لا قيمة له فالشفعة تجب بقيمة الشقص وهذا حكم الشقص ينكح به أو يخالعه أو ما جرى مجرى ذلك فانه إنما يأخذ الشفيع بقيمة ما كان عوضه لا بقيمة فكذلك إذا جهل ثمنه والله أعلم وأحكم ص قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة ش وهذا على ما قال ويحتمل قوله والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي أن يكون الميت قد خلف ورثة فباع بعضهم أو جميعهم فلبسائر الورثة أن باع بعضهم أو لمن شركهم أن باع جميعهم الشفعة فعلى هذا يكون معنى قوله الشفعة ثابتة في مال الميت أى في المال الذي كان للميت وانتقل عنه بوراثته ويحتمل أن يريد أنه بقي على حكم الميت ما لدين لزمه يباع فيه ماله أو لوصية تعلقت

قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة

به . وقد قال في المجموعة في ميت لحقه دين فباع عليه الامام أرضه من ايدة فقال أحد الورثة بعد البيع أنا أودى من الدين بقدر ما على وآخذ بقية نصيب شركائي بالشفعة فان كان في بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك فله ذلك والا فلا شفعة له * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي انه ان أو في ثمن الأرض بالدين فان للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فان ساءل بعضهم فن تمسك بحظ منه الشفعة فيما سلم سائر الورثة لانهم في الحقيقة بائعون وهو شركائهم متمسك بحظله فله الشفعة فيما يبيع من سهام سائر الورثة وان قصر ثمن الأرض عن الدين فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فانهم في ذلك كسائر الناس فان زادوا على ما أعطى غيرهم بالأرض اشتروا الأرض وان كان بعضهم زاد وامتنع بعضهم من ذلك فن زاد منهم مشتر لا وارث فلا شفعة له مع من شركه من الشركاء من أجنبي أو وارث وان لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم فن أعطى أولاد ذلك الثمن فهو أحق به والورثة والاجنيون في ذلك سواء وقال أشهب في الموازية والمجموعة في المتوفى يحيط الدين بماله ليس للغرماء أخذ شفعة وللورثة أخذها فان أخذوها بمال الميت فلا غرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم فباقي فللورثة فان أخذوها بمالهم فان كانت تساوى أكثر من الثمن بيعت وقضى بالفضل دينه وان لم تبلغ إلا الثمن أو أقل لم تباع عليهم وقال ابن عبدوس عن سحنون مالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب وكان يعجب به سحنون ويراه أصلا وقاله المغيرة قال سحنون قال مالك يبدأ بالورثة فيقال لهم ان قضيت الدين فلكم الشفعة لان الميراث بعد الدين فان أبوا وبيع ميراث الميت لدين فلا شفعة لهم لان الشقص الذي يشفع به قد بيع ولم يلكوه في مال ولا حوا محل الميت لتبريهم من تركته قال المغيرة واذا أبى الورثة أن يقضوا الدين وأحبوا أن يباع المال فان كان فيه فضل ورثوه فلا شفعة لهم ولا للغرماء لان الغرماء لا يملكون الشقص الذي ثبتت به الشفعة وهذه المسئلة وان كان فيها معنى التفسير الذي قدمناه في المسئلة كلها فنظر لان الشفعة ليس له أن يأخذ بالشفعة لبيعها وفي هذه المسئلة أخذ الشقص بالشفعة لبيع . وقد قال أشهب في الموازية والمجموعة لو قال قائل ليس لمن أحاط به الدين شفعة لانه إنما يأخذ لبيع في دينه ما عقبه وقال سحنون انما ذلك لان المفسس محجور عليه يريد والله أعلم انه يباع عليه بالحكم ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الاصلح له في أداء دينه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا الباب مبنى على ان حق الشفعة موروث وبه قال الشافعي ومنع منه أبو حنيفة والدليل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا عام ومن جهة المعنى أن هذا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فوجب أن ينتقل الى الورثة كخيار الرد بالعيب (مسئلة) ولو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة للورثة اذا كان الميت باع قاله سحنون في العتبية والاطهر عندي في هذه المسئلة ثبوت الشفعة لان الموصى لهم وان كانوا غيرهم هين فيهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار وقد بلغني ذلك عن ابن المواز والله أعلم

(فصل) وقوله فان خشى أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسمه ثم باعوه ولا شفعة فيه يريد أن يبيع الجزء من المتاع قد ينقص من ثمنه عن ثمنه لو ميز بالقسمة لضرر الشركة ولما يخاف من الشفعة فقد تمتنع الراغب في الملك من شرائه اذا عرف ان له شفعا يأخذ الشفعة لانه ليس في التعرض لشرائه الاثبات العهدة عليه للشفيع والعناء في النقد والانتقاد وعقد عهدتين احدهما له والاخرى عليه وقد يشتري من فقير فلا يجد على من يرجع بالثمن ان استحق الشقص يوما فيز يد في ثمن المقسوم

المعين لانه لا يؤخذ منه بشقة بل يسلم له ما اشترى ويسلم من ضرر الشركة والله أعلم ص قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بقر ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح ان ينقسم ويقع فيه الحدود من الارض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه ش معنى ذلك والله أعلم ان ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض لا شفعة فيه لما قدمناه من ان غلبة ثبوت الشفعة معدومة فيه وهذا في بيعها مفردة وأما اذا كانت تبعا لغيرها كالرقيق والدواب لتعمير الأرض والحائط ففي العتية من رواية عيسى فممن اشترى شقفا من حائط وفيه رقيق ودواب فليأخذها الشئ مع رقيقه ودوابه اذا لم يكن للحائط منهم يد زادت في كتاب محمد ولو اقسام الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة فلا شفعة لاحد فيه ووجه ذلك انهم بعض صفات الحائط لا لا يكون على تلك الصفة الا به فهم منه على وجه التبعية له (فرع) فاذا قلنا لم يأخذ ذلك بالشفعة فلوان المشتري وهبهم أو باعهم فان للشفيع أخذ الحائط وما بقي بحصته من الثمن ولو ماتوا فله أن يأخذ النقص بجميع الثمن أو يترك ووجه ذلك أن الرقيق لما كانوا بعض صفات الاصل فان أتلف المشتري أعيانهم لم تقسم الثمن وان ماتوا لم يكن له أن يأخذ الباقي الا بجميع الثمن كما لو قطع النخل وباع جذوعها أو وهبها للزمة تقسيط الثمن وأخذ ما بقي بحصته منه ولو بيعت الاصول أو احترقت لم يكن له أن يأخذ الباقي الا بجميع الثمن والله أعلم (مسألة) والنخل والنقص انما تثبت فيه الشفعة اذا كان على حكم التبعية لانه من الاصول الثابتة فاذا بيع شيء من ذلك على القلع فلا شفعة فيه قاله ابن القاسم في الموازية والمجموعة فيمن ابتاع نخلة على القلع ثم اشترى الارض بعد ذلك فأقرها فاستحق رجل نصف ذلك كله فان له أن يأخذ نصف ذلك بالشفعة بنصف الثمن قال أصبغ والى هذا رجح ابن القاسم وقال سحنون وابن القاسم فيمن اشترى نقض دار على القلع ثم اشترى العرصه واشترى العرصه ثم اشترى النقض واستحق رجل نصف الدار انديا أخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن ونصف النقض بقيمة قائما وأنكره سحنون وطرحه وقال لم يطل الشفعة هنا في النقض وقال أشهب الشفعة في الأرض دون النخل والبناء قال أصبغ

ابن القاسم أصوب وعليه أحجبان

(فسر) وتوله انما الشفعة فيما يقسم وتقع فيه الحدود من الأرض يريد ما يقسم بالحدود وذلك بما يختص بالأرجح وأما ما لا يصلح فيه القسمة على الوجه المذكور فلا شفعة فيه وهذا على ضربين أحدهما ما ليس من جنس ما تثبت فيه الشفعة كالذي ذكره من الحيوان والعروض الذي تنقل ويحول ولا خلاف بين الفقهاء اليوم في منع الشفعة فيه وانما روي اثبات الشفعة فيه عن ابن أبي ليلى والثاني أن يكون من جنس ما تثبت فيه الشفعة الا انه لا ينقسم بالحدود الا بضرر كالحمام والدار الصغيرة والانداس والبقعة الصغيرة من الأرض التي ان قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم الا ما لا يفتقر به ص قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما ان يستحقوا واما أن يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشرائه فتر كرا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا بطلبون شفعتهم فلا يرى لهم ذلك أرضا لها شئع باضر فانه ان أراد قطع خيار الشفعيع رفعه الى السلطان فوقفه فاما أن يستحق ومعناه يأخذ بشفعته واما أن يسلم له السلطان معناه يحكم عليه بابطال شفعتهم ان لم يأخذ بالشفعة أو أراد من تأخير الثمن ما ليس له قال الشيخ أبو بكر انما يرفع الى الحاكم ليأخذ أو يترك لان المشتري يحتاج

قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بقر ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح ان ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما أن يستحقوا وما أن يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشرائه فتر كرا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا بطلبون شفعتهم فلا يرى لهم ذلك

الى التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والاصلاح فحق طال عليه بقاء الشفيع عندم حكم الخيار وجوز
أن يأخذ وان يترك أضر ذلك به ولا ينقطع خيار الشفيع مع جلا الابداء كره من رفعه الى السلطان
ويجعل الحكم له أو عليه (مسئلة) فاذا رفعه المشتري الى السلطان ليقطع خياره لم يخل أن يكون
المالك حاضراً أو غائباً فان كان حاضراً وسأل أن يؤخر اليومين أو الثلاثة حتى يرى رأيه فليس ذلك له
وليعدل الأخذ والترك في مقامه أو يسلم الحكم الى المشتري هذا الذي ذكره في كتاب ابن المواز وهو
لأشهب في المجموعة وقال غيره اذا طلب الشفيع عند الامام الشفعة كلف الامام المبتاع اثبات شرائه
فاذا ثبت أحسنه لقد تقدم اسمي من الثمن وما أعلن شيئاً غيره ثم قيل للشفيع خذ أو سلم ولا يبرح من
المجلس حتى يأخذ أو يسلم وقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم يؤخره السلطان اليوم واليومين
والثلاثة لينظر ويستجير ووجه ذلك انه خيار يضر بالمبتاع فليس للشفيع استدامته (مسئلة) ولو
كان المالك غائباً فقال الشفيع آخرني أنظر اليه فان كانت غيبة المالك بعيدة فقد قال مالك في العتبية
من رواية أشهب عن مالك ليس له ذلك قال ابن المواز شراء المشتري يفي الشفيع عن النظر لان
المشتري انما اشترى على صفة أو عيان ولو كانت غيبة المالك قريبة كالساعة من النهار أخر لينظر اليه
لانه ليس في ذلك ضرر على المبتاع لقرب المبيع (مسئلة) فاذا وقف الشفيع قترك الشفعة
بطلت شفعته ولم يكن له القيام بها بعد هذا وان أخذ بالشفعة وطلب أن يؤجل بالشئ ضرب به الامام
في ذلك أجلا يومين أو ثلاثة وان لم يضرب به أجلا فلا بأس به وقال مالك رأيت القضاة يؤخرونه
حينئذ وترايت عن ابن الماجشون انه يؤخر عشرة أيام ونحوها وعن أصبغ يؤخر بقدر قلة المال
وكثرته وبقدر عمره ويسره وأقصى ذلك شهر ثم لا أدري ما وراء ذلك (مسئلة) ولو أخذ
الشفيع بالشفعة لما وقف له ثم بدا له وأبى المشتري أن يقبله ففسد ويبيح بن يحيى عن ابن القاسم
في العتبية ان ذلك لازم له الآن برضى المبتاع أن يقبله ووجه ذلك ان الأخذ بالشفعة عند لازم
كالبيع المجدد (مسئلة) وهذا كله انما هو اذا أوقفه الخاكم وأماله أو وقفه غير الخاكم والسلطان
فانه على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو قاله ابن المواز ووجه ذلك ان التوقيف ينشئ
الى الحكم عليه باطل شفعته وذلك لا يكون الا بعد حكم من له ولاية فان أوقفه من لا ولاية له في الحكم
لم يلزمه حكمه في هذا كما يلزمه في غير ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو ساءم الشفيع المبتاع
في الشقص أو أكثره منه أو ساقاه اياه قال ابن القاسم في الموازية ان ذلك ساءم للشفعة وقال
أشهب لا يضره ذلك وهو على شفعته كما لو فعل ذلك بمحضره مع غيره لم تبطل بذلك شفعته وانما
على انه لو قام به لبطلت بذلك شفعته والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

حدثني يحيى عن مالك
انه قال الأمر المجمع عليه
عندنا والذي ادركت
عليه أهل العلم ببلدنا في
فرائض الموارث ان
ميراث الولد من والدهم
أو والدتهم انه اذا توفي
الأب أو الأم وترك ولدا
رجلا ونساء فلان كرمثل
حظ الاثنين فان كن نساء
فوق اثنين فلهن ثلثا
ما ترك وان كانت واحدة
فلها النصف فان شركهم
أحد بفريضة مسماة وكان
فيهم ذكر بدى بفريضة
من شركهم وكان ما بقي
بعد

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

حدثني يحيى عن مالك أنه قال الأمر المجمع عليه عندنا والذي ادركت عليه أهل العلم ببلدنا
في فرائض الموارث ان ميراث الولد من والدهم أو والدتهم انه اذا توفي الأب أو الأم وترك ولدا
رجلا ونساء فلان كرمثل حظ الاثنين فان كن نساء فوق اثنين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها
النصف فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدى بفريضة من شركهم وكان ما بقي بعد

ذلك بينهم على قدر مواريتهم * ش وهذا كما قال ان ميراث الولد من الأبوين على ضربين أحدهما أن يرثوا بالتعصيب وهو أن يكون الولد رجلاً ونساء والثاني أن يرثوا بالفرض وهو أن يكن نساء فان ورثوا بالتعصيب وكانوا رجالاً فالميراث بينهم بالسواء لتساويهم في سبب استحقاقهم وصفتهم في أنفسهم وان كانوا رجالاً ونساء فلذلك كرم مثل حظ الأنثيين * والأصل في ذلك قول الله عز وجل يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأما ان ورث البنات بالفرض لانقرضاهن فلا يخالو أن يكن واحدة أو أكثر من ذلك فان كانت واحدة فلها النصف * والدليل على ذلك قول الله تعالى فان كانت واحدة فلها النصف وان كن اثنتين فالذي عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم ان فرض البنتين فإزاد الثلثان وروى ابن عباس أنه قال فرضهما النصف ولم يثبت ذلك عنه والدليل على ضعف هذا القول الاجماع على خلافه ودليلنا من جهة المعنى ان كل نوع من النساء فرض واحدتهن النصف فان فرض البنتين منهن الثلثان أصل ذلك الأخوات (مسئلة) فان كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبة يستحق باقي المال دفع اليه وان لم يكن ذلك دفع باقي التركة الى بيت مال المسلمين ولم يرد على البنات ولا على ذي فرض من هذا على قول زيد بن ثابت وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومالك والشافعي وقدرى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه والمشهور عنه انه كان يرد ما فضل عن ذوى الفروض على ذوى السهام من ذوى الأرحام وبه قال على بن أبي طالب وهو قول أبي حنيفة والثوري وأحمد إلا ابن مسعود لم يرد على أربع مع أربع لم يرد على ابنة الابن مع ابن البنت ولا على الأخت للاب مع الأخت للاب والام ولا على ولد الأم مع الام ولا على الجدة مع ذوى الأرحام فان انفرد عن الأربعه رد عليهن وأجمعوا على انه لا يرد على زوج ولا زوجة * والدليل على صحة القول الأول قول الله عز وجل فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فوجه الدليل من الآية أن الله تعالى جعل للأخت النصف وأبو حنيفة جعل لها الكل ووجه آخر ان البارى جل وعز فرق بين الأخ والأخت وأبو حنيفة جعل حكمهما واحداً ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذؤسهم لا تعصيب له فلم يرد عليه كالزوج والزوجة

ذلك بينهم على قدر مواريتهم

(فصل) وقوله فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر يريد في الولد بدى بفريضة من شركهم يريد أن البنات اذا كان معهن ابن ذكر فانهن يرثون بالتعصيب فاذا شركهم من له فرض كأحد الأبوين أو الزوجين بدى بفريضة من شركهم لان الابن قد نقلهم من الفرض الى حكم التعصيب فوجب تقديم الفروض والأصل في ذلك ما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر ولو انفرد البنات لكن من أصحاب الفرائض يبدأن كما يبدأ غيرهن فان وسع الفرائض المال والادخل الفريضة العول في قول جميع الصحابة الاماروى عن ابن عباس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فيتعلى بهذا الفصل مسئلان احدهما في بيان من يرث من الرجال والنساء والثانية في بيان الفريضة المسماة فأما المسئلة الأولى فان من يرث من الرجال عشرة وهم الابن وابن الابن وان سفل والأب والجد وان علا والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوجة ومولى النعمة ومن النساء سبع وهن البنت وبنت الابن وان سفلت والام والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة * وأما الفرائض المقررة المذكورة في كتاب الله عز وجل فستة النصف ونصف النصف وهو الربع ونصف الربع وهو الثمن والثلثان ونصف الثلثين

وهو الثلث ونصف الثلث وهو السدس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالنصف فرض خمسة الابنة وبنت الابن اذا لم تكن بنت والأخت للاب والام والأخت للاب اذا لم تكن أخت لأب وأم والزوجة اذا لم يكن ولد ولا ولد ابين (مسئلة) والرابع فرض اثنين الزوج اذا كان له ولد أو ولد ابين والزوجة اذا لم يكن للتوفي ولد ولا ولد ابين (مسئلة) والثلاث فرض كل اثنين فصاعدا من فرضه النصف وهو كل اثنين فصاعدا من البنات وبنات الابن والأخوات للاب والام والأخوات للاب (مسئلة) والثلث فرض الأم اذا لم يكن ولد ولا ولد ابين ولا اثنان من الاخوة أو الأخوات ويفرض في الغراوين وهما زوج وأبوان أو زوجة وأبوان للام ثلث ما بقي بعد فرض الزوج أو الزوجة والثلث فرض كل اثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات للام (مسئلة) والسدس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد وفرض الأم مع الاثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات وفرض الجدات وفرض بنات الابن مع الابنة للصلب تكملة الثلثين وفرض الأخوات للاب مع الأخت للاب والام تكملة الثلثين وفرض الأخ أو الأخت للام وفرض الجد مع الولد وله فرض مختلفة نذكر في بابها ان شاء الله

ص قال مالك ومزلة ولد الأبناء الذكور اذا لم يكن ولد كمزلة الولد سواء ذكرهم كذا كرههم وانشأهم كأنشأهم يرثون كما يرثون ويحبسون كما يحبسون

قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لا ميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فاكتر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الآن يكون مع بنات الابن ذكر خو من المتوفي بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزله ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

قال مالك ومزلة ولد الابناء الذكور اذا لم يكن ولد كمزلة الولد سواء ذكرهم كذا كرههم وانشأهم كأنشأهم يرثون كما يرثون ويحبسون كما يحبسون

قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لا ميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فاكتر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الآن يكون مع بنات الابن ذكر خو من المتوفي بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزله ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

(فصل) وأما الحجب عن بعض الفرض وهو الردم فرض الى فرض فان الولد وولد الولد يرد الزوج الى الربع والزوجة الى النصف والام الى السدس والابن أو ابين الابن يرد الأب والجد الى السدس والبنات يرد بنات الابن من الثلثين الى السدس وترد بنت الابن من النصف الى السدس والأخت للاب والام ترد الأخوات للاب من الثلثين الى السدس والأخوات للاب والام الاخت للاب من النصف الى السدس

قال مالك قال اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في ولد الصلب ذكر فانه لا ميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فاكتر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الآن يكون مع بنات الابن ذكر خو من المتوفي بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزله ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

الانثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وان لم يكن الولد للصلب الابية واحدة فلها النصف ولا بنت ابنة واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فان كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة فلا فريضة ولا سدس لهم ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكروا هو بمنزلة ومن فوقه من بنات الأبناء للذكور مثل حظ الانثيين وليس لمن هو أطرف منهم شيء فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وذلك ان الله قال في كتابه يوصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف قال مالك الاطرف هو الأبعد

ش وهذا كما قال انه لا ميراث لابن الابن مع الابن لانه أقرب سببا منه الى الميت وهما يديان بالبنة ولان ابن الابن يدلي بالابن ومن يدلي بعاصب فانه لا يرث معه وان عدم الابن وكانت ابنة واحدة فان ابنة الابن ترث معها السدس تكملة الثلثين لانه فرض يرثه البناتان فاذا وبنات الابن يقمن مقام البنات عند عدمهن فلما عدم من يستحق منهن السدس كان ذلك للبنت الابن فهي أولى بالسدس من الأخت الشقيقة وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين الاما يروى عن أبي موسى وسلمان بن ربيعة ان النصف للبنات والنصف الثاني للاخت ولا حق في ذلك للبنت الابن وقد روى عن أبي موسى ما يقتضي الرجوع عن هذا القول وذلك ما رواه ذئيل بن شريحيل سئل أبو موسى عن بنت وابنة ابن وأخت فقال للبنت النصف وللأخت النصف وأنت ابن مسعود فسيبنا يعني فسئل ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتمين أقضى فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي للأخت فأئينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تستأمنوني عن شيء مادام هذا الخبر فيكم والدليل على صحة ذلك من جهة المعنى ان بنت الابن في هذه المسئلة ترث بالفرض والاخت ترث بالتعصيب ولا ميراث للعصبة حتى يستكمل ذوو الفروض ففروضهم (مسئلة) وسواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر ليس لهم الا السدس يشتركون فيه على السواء فان كان معهم ابن ابن في درجتهم أو أسفل منهم عصبن فكان النصف الثاني بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بالمأبغ وقال ابن مسعود ينظر فان كان لبنات الابن في المقاسمة السدس أو أقل من ذلك قسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فان كانت حصص البنات بالمقاسمة أكثر من السدس فرض لهم السدس ويجعل الباقي لبني الابن وكذلك يقول في الاخت لاب وأم وأخوات وأخوة لاب وبه قال أبو ثور (مسئلة) فان كن بنات الصلب اثنتين فصاعدا حجب بنات الابن أن يرثن بالفرض لانه لا مدخل لبنات الابن أن يرثن بالفرض في غير الثلثين فان كان مع بنات الابن ابن ابن هو بمنزلة من الميت أو أبعد منهن عصبن فورثن معه بالتعصيب ما فضل عن ذوى الفروض للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم الا أن هذا حكم العصبة هذا قول جمهور الصحابة والتابعين وروى عن ابن مسعود انه لا يعصبن ذكر في درجتهم ولا أسفل منهم وينفرد بالميراث دونهن والدليل على ما نقوله ان كل جنس يعصب ذكوره اناتهم في جميع المال فانه يعصبن فيما فضل منه كولد الصلب (مسئلة) وان كان الابن أقرب الى الميت حجب عن الميراث لانه أقرب من يرث بمثل سبب من التعصيب كالأخ مع ابن الأخ

الانثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وان لم يكن الولد للصلب الابية واحدة فلها النصف ولا بنت ابنة واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فان كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة فلا فريضة ولا سدس لهم ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكروا هو بمنزلة ومن فوقه من بنات الأبناء للذكور مثل حظ الانثيين وليس لمن هو أطرف منهم شيء فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وذلك ان الله تبارك وتعالى قال في كتابه يوصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف * قال مالك الاطرف هو الأبعد

(فصل) وقوله وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه يوصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الانثيين على سبيل الاحتجاج على صحة ما قاله وبيان موضع ما ذكر من أحكام الموارث في كتاب الله عز وجل

﴿ ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها ﴾ (٢٢٧) قال مالك وميراث الرجل من امرأته إذا لم

(२२२)

قال مالك وميراث الرجل من امرأته إذا لم

﴿ميراث الرجل من اصرأته والمرأة من زوجها﴾

تركت ولدا أو ولد ابن
ذكر كان أو أنثى فلزوجه
الرابع من بعد وصية
توصى بها أو دين وميراث
المرأة من زوجها ان لم
يترك ولدا ولا ولد ابن
الرابع فان ترك ولدا أو ولد
ابن ذكر كان أو أنثى
فلا ميراث له الثمن من بعد
وصية يوصى بها أو دين
وذلك أن الله تبارك
وتعالى يقول في كتابه
ولكم نصف ما ترك أزواجكم
ان لم يكن لهن ولد فان كان
لهن ولد فلكم الربع مما
تركن من بعد وصية يوصين
بها أو دين ولهن الربع مما
تركن ان لم يكن لهن ولد
فان كان لهن ولد فلهن
الثلث مما تركن من بعد
وصية توصون بها أو دين
﴿ميراث الأب والأم من
ولد هما﴾

قال مالك الأصبهاني المجمع عليه
عندنا الذي لا اختلاف
فيه والذي أدركت عليه
أهل العلم ببلدنا أن ميراث
الأب من ابنه أو ابنته إن كان
ترك المتوفى ولدا أو ولد
ابن ذكرا فإنه يفرص للاب
السدس فريضة فان لم

ص قال مالك وميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا اولادها بن منه أو من غيره النصف فان تركت ولدا أو ولدا بن ذكرا كان أو أنثى فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين وميراث المرأة من زوجها ان لم يترك ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلا امرأته الا ثمن من بعد وصية يوصي بها أو دين وذلك ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ﴿ ش وهذا كما قال وذلك ان فرض الزوج النصف ويحجبه الولد وولد الابن الى الربع وأكمل فروض الزوجة الربع ويردها الولد وولد الابن الى الثمن والأصل في ذلك الآية المتقدمة فان كانت الزوجة واحدة فهذا حكمها وان كن اثنتين أو ثلاثا أو أربعاً شككهن في ذلك حكم الزوجة الواحدة لهن الربع دون الولد وولد الابن ولهن الثمن مع الولد وولد الابن يقتسمن ذلك على السواء ولا تنقص الزوجة أو أزواج من الثمن الا أن ينقصهن العول مثل أن يترك المتوفى زوجة وأبوين وابنتين فان أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين وتعمل الى سبع وعشرين وتسمى المنبرية وذلك أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ميراث الزوجة من هذه المسئلة وعشو بخط علي المنبر فقال عاد ثمنها تسعا ومضى في خطبته

(میراث الأب والام من ولدہما) *

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته أنه أن ترك المتوفى ولدا أو ولدا بن ذكرا فإنه يفرض للاب السدس فريضة فإن لم يترك المتوفى ولدا ولا ولدا بن ذكرا فإنه يبدأ بمن ترك الأب من أهل الفرائض فيعطون ففرائضهم فإن فضل من المال السدس شافوه كاللأب وإن لم يفضل عنهم السدس شافوه فرض للأب السدس فريضة ﴿ ش وهذا كما قال وذلك أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته يكون على وجهين أحدهما أن ينفرد بالفرض والثاني أن يجمع الفرض والتعصيب وقد قال أبو اسحاق الاسنبراني وبعض أصحاب الشافعي أنه ينفرد بالتعصيب فاما موضع انفراد بالفرض فتارة يكون مع من هو أقوى تعصيا منه كالابن وابن الابن فان هذا يحجب بعصبته ويرد إلى مجرد فرضه وهو السدس والثاني أن يعطى فرضه وهو السدس ثم يستغرق أهل الفروض بقية المال فلا يبقى منه ما يورث بالتعصيب فإنه لا يرث الا ما وجب له بالفرض أولا وهو السدس وذلك أن يرث المتوفى ابنتان فأكثر وأبوان فيكون للابنتين الثلثا وللأبوين لكل واحد منهما السدس فلا يبقى من المال بعد ذلك شيء وأما موضع يجمع فيه الميراث بالفرض والتعصيب فهو أن ينفرد بالميراث فيرث سدسه بالفرض وباقيه بالتعصيب أو يبقى منه بعد ميراثه بالفرض وميراث ذوى الفروض بقية فإنه يرثها بالتعصيب مثل أن يرث المتوفى أب وزوجة فإن للزوجة الربع وللأب السدس بالفرض ويبقى نصف ونصف السدس فيكون له بالتعصيب ص ﴿ وميراث الأم من ولدها إذا توفي عنها أو ابنتها فترك

يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ذكر افانه يبدأ بمن شرك الأب من أشمل الغرائض فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السادس فافوقه كان للاب وان لم يفضل عنهم السادس فافوقه فرض للاب السادس فريضة وميراث الأم من ولد لها ذوات في ابنها أو ابنتها فترك

وجدوا زوجة لكانت الفريضة أيضا من اثني عشر للزوجة الربع ثلاثة وللأم الثلث أربعة وما بقي للجد ولو ترك أباً وجدة وزوجة لكانت الفريضة من اثني عشر للزوجة الربع ثلاثة وللجدة السدس سهمان والباقي للاب ولو توفيت امرأة وترك زوجاً وأماً وجداً لكانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم الثلث سهمان وللجد سهم وللو توفيت امرأة وترك زوجاً وأماً وجداً لكانت الفريضة من اثني عشر للزوج النصف ثلاثة أسهم وللجدة السدس وللأب ما بقي والله أعلم

(فصل) وقوله فقضت السنة ان الاخوة ابنا فصاعدا يرثان الاخوة في قول الله عز وجل فان كان له اخوة فلائمه السدس يتناول لفظ الاخوة الاخوين فصاعداً فاعلى ما ذكر القاضى أبو بكر من مذهب مالك ان أقل الجمع اثنان فان لفظ الاخوة يتناول الاثنين فإزاد لغة وشراً عاذا قلنا ان أقل الجمع ثلاثة فان هذا الحكم ثبت في الاثنين بالقياس اذ كل حكم يتغير بالاخوة فانه يتغير بالاثنيين منهم كتغير فرض الاخوة للأم من الثلث الى السدس وقد روى عن ابن عباس انه قال لعثمان أليس الاخوان باخوة في لسان قومك فقال عثمان لا أسطيع أن أغير أمر أقدمضى وهذا يقتضى انه في بعض اللغات دون بعض الآن من مضى أخذ في ذلك باللغة التي يتناول فيها لفظ الاخوة للاخوين والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الاخوة للأم ﴾

ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للأم لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابن ذكرانا كانوا أو أنثى ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيئاً وأنهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكران أو أنثى فان كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث يفتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة أو أخاً أو أختاً فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فكان الذكر والأنثى في هذا بمنزلة واحدة

ش وهذا كما قال ان الاخوة للأم لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم وأناتهم وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد ويرثون مع غيرهم من الام والجدات وسائر الورثة بالفرض دون التعصيب لانهم يستقيمون ذلك من الام وليست من أهل التعصيب وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك الا بالمولود وفرض الاثنين فإزاد الثلث ذكورهم وأناتهم في ذلك كله سواء والاصل في ذلك قول الله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ومعناه عندنا ان يورث بغير أبوين ولا مولودين ثم قال عز من قائل وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فساوى في ذلك بين الاخ والاخت ثم قال تبارك اسمهم فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فوجب أن يرجع الضمير الى الذكور والاناث وذلك يقتضى تساويهم في الثلث لان ذلك لفظ ظاهر الاشتراك في الثلث وإيضافه لما استوى ذكرهم وأنثاهم عند الانفراد بالسواء استوى عند الاشتراك في الثلث والله أعلم (فرع) وفي كتاب ابن عجلان يحيى بن محمد الفرضى في صبي يموت وله أم متزوجة فانه لا ينبغي لزوجه أن يطأها حتى يتبين ان بها حلاً لمكان الميراث لانها ان كانت حاملاً يورث ذلك الحمل أخاه لأمه الميت وقال أشهب لا يغزل عنها وله وطؤها فان وضعت بعد موته لاقبل من ستة أشهر ورث أخاه وان وضعت لتمام ستة أشهر لم يرثه لانه عزل عنها فلا يؤمن أن يطرقها او يتسور عليها وهذا اذا لم

﴿ ميراث الاخوة للأم ﴾

قال مالك الأمر المجتمع

عليه عندنا ان الاخوة

للأم لا يرثون مع الولد ولا

مع ولد الابناء ذكرانا

كانوا أو أنثى شيئاً ولا يرثون

مع الأب ولا مع الجد أب

الأب شيئاً وأنهم يرثون فيما

سوى ذلك يفرض

لواحد منهم السدس

ذكران أو أنثى فان

كانا اثنين فلكل واحد

منهما السدس فان كانوا

أكثر من ذلك فهم شركاء

في الثلث يفتسمونه بينهم

بالسوية للذكر مثل حظ

الأنثى وذلك أن الله

تبارك وتعالى يقول في

كتابه وان كان رجل

يورث كلالة أو امرأة وله

أخ أو أخت فلكل واحد

منهما السدس فان كانوا

أكثر من ذلك فهم شركاء

في الثلث فكان الذكر

والأنثى في هذا بمنزلة

واحدة

﴿ ميراث الاخوة للاب والاب ﴾ قال مالك الأمر المجتمع عليه (٢٣٠) عندنا ان الاخوة للاب والام لا يرثون مع

يكن حملها ظاهراً يوم مات الميت ولو كان حملها ظاهراً لو رث أخاه وان وضعت له أكثر من ستة أشهر أو تسعة أو أكثر من ذلك وكذلك ان كان زوجها غائباً بعيدة لايتها له الوصول اليها فانه يرث أخاه وان ولد له أكثر من تسعة أشهر والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للام والاب ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للاب والام لا يرثون مع الولد الذي كرسياً ولا مع ولد الابن الذي كرسياً ولا مع الاب دنياسياً وهم يرثون مع البنات وبنات الأبناء ما لم يترك المتوفى جداً أباً أباً مفضل من المال يكونون فيه عصبه يبدأ بن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والام يقسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو اناثا للذكر مثل حظ الأنثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم ﴿ ش وهذا كما قال ان الاخوة للاب والام لا يرثون مع الابن ولا مع ابن الابن ولا مع الاب شيئاً وذلك انهم انما يرثون بالتعصيب ويدلون بالاب فلا يرثون معه بالتعصيب وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة بدليل ان تعصيب الابن يبطل ميراث الاب بالتعصيب فاذا كان الأخ لا يرث مع الاب فبأن لا يرث مع الابن الذي هو أقوى تعصياً منه أولى واثبات الأخوات وان كن يرثن بالفرض الا انهن لا يدلن الا بما يدل به ذكرهم فاذا كان ذكرهم يحجبون بالاب والابن وابن الابن فبان يحجب به اناثهم أولى وأحرى

(فصل) وقوله وهم يرثون مع البنات وبنات الابن ما لم يترك المتوفى أباً أباً مفضل من المال يكونون عصبته يريد اذا لم يكن في الورثة أحد من ذكرنا انه يحجبهم ولم يكن فيهم جديقاً منهم كانوا عصبه يرثون مفضل من المال عن البنت الواحدة أو بنت الابن وهو نصف المال أو مفضل عن الاثنين فزائد أو على بنتي ابن أو عن بنت و بنت ابن وهو الثلث وان كان الاخوة ذكرانا فهذا الفضل بينهم على السواء وان كانوا ذكرانا و اناثا فهو بينهم للرجل مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى فان كانوا اخوة رجالاً ونساء فلان ذكر مثل حظ الأنثيين ولانهم رجال ونساء في قعد يرثون بالتعصيب فكان للذكر مثل حظ الأنثيين كالبنتين (مسألة) فان كن اناثا وكانت ابنة وابنتان فان الأخوات عصبه لمن يرثن معهن مفضل عن سهام ذوى الفروض هذا قول الجمهور وقال ابن عباس لا يعصب الأخوات البنات والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور حديث ابن مسعود المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى للابنة بالنصف ولابنة الابن بالسدس تسكيلة الثلثين وما بقى فلاخت ودليلنا من جهة المياس ان هذا ميراث فلم ينفرد به ابن العم دون الأخت أصل ذلك اذا انفرد ص ﴿ وان لم يترك المتوفى أباً ولا جداً أباً ولا ولداً ولا ابناً ذكرانا أو أنثى فانه يغرض للاخت الواحدة للاب والام النصف فان كانتا اثنتين فافوق ذلك من الأخوات للاب والام فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الأخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فافضل بعد ذلك من شيء كان بين الاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الأنثيين الا في فريضة واحدة فقط لم يكن لهم فيها شيء فاشتركو فيها مع بنى الأم في ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وترك زوجها وأما اخوتها لأمها وأبها فكان لزوجها النصف ولأبها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شيء بعد ذلك فيشترك بنو الأب والأم في هذه

الولد الذي كرسياً ولا مع ولد الابن الذي كرسياً ولا مع الاب دنياسياً وهم يرثون مع البنات وبنات الأبناء ما لم يترك المتوفى جداً أباً أباً مفضل من المال يكونون فيه عصبه يبدأ بن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والام يقسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو اناثا للذكر مثل حظ الأنثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وان لم يترك المتوفى أباً ولا جداً أباً ولا ولداً ولا ابناً ذكرانا أو أنثى فانه يغرض للاخت الواحدة للاب والام النصف فان كانتا اثنتين فافوق ذلك من الاخوات للاب والام فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الأخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فافضل بعد ذلك من شيء كان بين الاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الأنثيين الا في فريضة واحدة فقط لم يكن لهم فيها شيء فاشتركو فيها مع بنى الأم في ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وترك زوجها وأما اخوتها لأمها وأبها فكان لزوجها النصف ولأبها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شيء بعد ذلك فيشترك بنو الأب والأم في هذه

لم يكن لهم فيها شيء فاشتركو فيها مع بنى الأم في ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وترك زوجها وأما اخوتها لأمها وأبها فكان لزوجها النصف ولأبها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شيء بعد ذلك فيشترك بنو الأب والأم في هذه

الفريضة مع بني الام في ثلثهم فيكون للذكر مثل حظ الانثى من (٢٣٩) أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لامه وانما ورثوا

الفريضة مع بنى الأم في ثلثهم فيكون للذ كرمثل حظ الأنثى من أجل أنهم كلهم اخوة المتوفى لأمه وانما ورثوا بالأم وذلك ان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فليس كل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فذلك شركاء في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة المتوفى لأمه ✽ ش وهذا كما قال انه اذا كان مع الأخوات أخ فانهن يرثن بالتعصيب ما فضل عن الفروض ولا يرثن بالفرض لان حكم التعصيب قد غلب عليهن فصار ذلك حكمهن ولا خلاف في ذلك الا في المسئلة التي ذكرها وهي المسئلة التي تسمى المشتركة لتشريك الاخوة للاب والأم مع الاخوة للام في الثلث وتسمى الحجازية لان الاخوة للاب والأم قالوا اذهب ان أبانا كان حاراً على وجه الاخبار عن تساوى الاخوة للاب والام والاخوة للام في الأولى بالام وهذا مذهب مالك والشافعي وأما أبو حنيفة فيجعل الثلث للاخوة للام دون الاخوة للاب والأم حين لم

بقي لهم الفرائض سبياً واختلف في ذلك عمرو بن زيد بن ثابت وابن عباس وقال عمر حنيفة في العام الأول فلم يشر له وقضى في العام الثاني فشر له تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا وقال وكيع اختلف فيها عن جميع الصحابة الا عن علي فإنه لم يختلف عنه انه لم يشر له بينهما واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة الآية قال مالك فلذلك شور كوا في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة للمتوفي لأمه وهو سبب ميراث جميع الاخوة لا يخرج الاخوة للاب والام مناسبتهم المتوفي بالاب عن أن يكونوا اخوته لأمه فتحمل الآية على عمومها في كل أخ لام سواء كان أخا لاب أو لم يكن والاب لا يزيد ما بينهما ماضعاً بل يزيد قوة وتأكيدها ومن جهة القياس ان هذه فريضة فيها اخوة لام واخوة لاب وأم وانفرد أحدهما وورث فاذا ورث الاخ من الام وجب أن يترك الاخ من الاب والام أصل ذلك اذا لم يكن في الفريضة أم وعندى ان نفى التشريك أقيس وأظهر والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الشركة لا تصح الا بأربعة شرط أن يكون فيها زوج وابنان من ولد الأم وأخ لاب وأم وتكون معهم أم أو جدة فان خرم شرط من هذه الاربعة لم تكن مشتركة والله أعلم

﴿ میراث الاخوة للارب ﴾

ص قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن ميراث الأخوة للاب إذا لم يكن معهم أحد من بنى الأب والأم كزلة الأخوة للاب والأم سواء ذكروا أم كنهم وأنشاءم كانشاهم إلا أنهم لا يشتركون مع بنى الأم في الفريضة التي شرکہم فيها بنو الأب والأم لأنهم خرجوا من ولادة الأم التي جمعت أو وليت ش وهذا كما قال ان الأخوة للاب عند عدم الأخوة للأم بمنزلتهم في الميراث والحجب يحيط ذكروهم بجميع المال ويكون له ما فضل بعد الفرض وأنشاءم لها النصف وللثنتين فإذا زاد الثلثان إلا أنهم لا يكون حكمهم في المسئلة المشتركة حكم الأخوة للاب والأم لانهم لا يشتركون الأخوة للام لانهم لا يدلون بمثل سببهم ص قال مالك فان اجمع الأخوة للاب والأم والأخوة للاب فكان في بنى الأب والأم ذكرا فلا ميراث لأحد من بنى الأب وان لم يكن بنو الأب والأم الامرة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لاذكر معهن فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف ويفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف ويفرض للاخت السدس تنمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذكرا فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

للأخوات للاب السدس تنمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذكرا فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل (٢٣٢) كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لهم الثلثان ولا ميراث معهم للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فأن كان معهن أخ لأب بدى بمن شركهم بفريضة مسماة فاعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم * ش وهذا كما قال ان الأخ للاب والام يجب الاخوة للاب بجملة وأما الاخت للام والأب فانها تحجبهم عن النصف فان كان معها أخت أو أخوات لأب كان لهم السدس تسكيلة الثلثين لانه فرض الأخوات للاب والام والأخوات للاب فاذا حجبتهن الأخت للاب والام عن النصف بقي لهم السدس تسكيلة الثلثين والواحدة والجماعة فيما سواها فاذا كان الأخوات للاب والام اثنتين فزائدا فحجب ميراث الأخوات للاب من الفرض بجملة لانهن قد استكملن الثلثين الذي هو فرضهن اذا انفردن فلم يبق من فرضهن ما يرثن فان كان مع الأخت للاب والام أو الأخوات أخ لأب ورث الباقي بالتعصيب واحدا كان أو جماعة فان كان معه أخت عصبا فورثت معه الباقي عن فرض الأخت أو الأخوات بالتعصيب وليس في الرجال من يعصب أخته غير الأخ للاب والام والأخ للاب والابن وابن الابن وليس فيهم من يعصب عمته غير ابن الابن ص * قال مالك ولبنى الام مع بنى الاب والام ومع بنى الأب للواحد السدس وللانثيين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثي هم فيه بمنزلة واحدة سواء * ش وهذا كما قال ان الاخوة للام يرثون مع الاخوة للاب والام والأخوة للاب لانهم من أهل الفروض فوجب تقديمهم في الميراث على العصبة الذين لا يدلون بهم وانما يدلون بمثل قرهم ولا يلزم على هذا الجدمع الأب لان الجد يدلى به ولا يلزم عليه الأخت مع الأب لانها تدلى به ولا يلزم عليه الأخ للاب مع الأب لانها لا تدلى بمثل قرابته لان الأب يدلى بالابوة والأخ يدلى بالاخوة ولا يلزم عليه الأخت للاب مع الأخ للاب والام لان الأخ يعصبها ثم يكون أولى منها لقرابته بالام وأما الأخ للام فانه لا يرث الا بالفرض

* ميراث الجد *

ص * يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضى فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخلفيتين قبلك فيعطيان النصف مع الأخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث * ش قوله ان معاوية كتب الى زيد يسأله عن الجد كلام محتمل لان في الجد مسائل كثيرة في المواريث وغيرها الا انه استجاز حذف السؤال لما في الجواب من الدلالة عليه وقول زيد انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم رد العلم الى الله تبارك وتعالى واعتراف بأن طريق اثبات حكمه الاجتهاد وغلبة الظن دون القطع وذلك انه لم يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم نصا يقع له به العلم ولا بلغه عنه فيه خبر متواتر وقوله وذلك مما لم يقض فيه الا الامراء يعني بخبر صحيح من خبر الآحاد يتضمن حكمه وانه لم يتقدم فيه حكم عن النبي صلى الله عليه وسلم يكون حكمهم فيه اتباعا له ثم أخبره بما عنده في ذلك من العمل الذي يرجع الى مثله من قضاء أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وذلك بعد المشاورة فيه والمراجعة واستحسان ما نقل عنهما من حكمه وتعليقه على حكم خالفه على أن الصحابة قد اختلفت في ذلك اختلافا عظيما فروى عن أبي بكر وعمر

شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لهن الثلثان ولا ميراث معهم للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدى بمن شركهم بفريضة مسماة فاعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم * قال مالك ولبنى الام مع بنى الأب والام ومع بنى الأب للواحد السدس وللانثيين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثي هم فيه بمنزلة واحدة سواء * ميراث الجد *

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضى فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخلفيتين قبلك فيعطيان النصف مع الأخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث

وجامعة من الصحابة انهم أقاموه مقام الأب وحببوا به الاخوة وبقال أبو حنيفة وروى عن عمر
الرجوع في ذلك قال الشعبي أول جدورث في الاسلام عمر بن الخطاب مات ابن لعاصم بن عمر وترك
أخوين فأراد عمر أن يستأثر بماله فاستشار علياً وزيداً في ذلك فثللاه مثلاً فقال لولان رأيتكما اجتمع
ما رأيت أن يكون ابني ولا أكون أباه وكان زيد وابن مسعود يقاسمان الجد بالأخوة الآن تنقصه
المقاسمة من الثلث فيفرضانه له فإن كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجدا لأوفر من
المقاسمة أو ثلث ما بقي بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال وبقال الأوزاعي ومالك والشافعي
والثوري والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان
والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ولم يفرق بين أن يكون فيهم جداً ولا يكون
فيهم جداً فإن قيل انما يعنى بذلك أهل الفروض بدليل قوله تعالى مما قل منه أو أكثر نصيباً مفروضاً
فالجواب انه ليس معنى قوله مفروضاً مقدر أو انما معناه واجب وثابت والاخوة مع الجد لهم سهم ثابت
ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذكر يعصب اخته فلم يحجبها الجد عن جميع الميراث كالابن (مسئلة)
اذ ثبت ذلك فان الجد يسقط بنى الاخوة من الميراث عند قول الجمهور الا ما روى عن الشعبي عن علي
رضي الله عنه انه أجرى بنى الاخوة مع الجد في المقاسمة مجرى الاخوة ولا نعلم أحداً من الصحابة
قال به غيره والدليل على صحة ما نقوله ان هذا ذكر لا يعصب اخته فلم يقاسم الجد كالمعلم وابن العم
ص (مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض للجد الذي
يفرض الناس له اليوم * ش يحتاج في معرفته الى أن يعلم ما كان يفرض الناس له من يوم قاله قبيصة
ابن ذؤيب ومعنى ذلك والله أعلم ما تقدم من قول زيد فيه لان قبيصة مدني وقال ذلك بالمدينة وبقول
زيد كان حكم أهل المدينة في ذلك والله أعلم وسيأتى بعد هذا ان شاء الله عز وجل ذكر الجد وميراثه
وذ كراختلاف الناس فيه ص (مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار انه قال فرض عمر بن الخطاب
وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت للجد مع الاخوة الثلث * ش قوله انهم فرضوا للجد مع الاخوة
الثلث يحتمل وجهين أحدهما أن يريد انهم قدروا له تقدير الأبنية من الثلث فان نقصته من الثلث أو جبروا له الثلث
يرث بالفرض مع الاخوة الثلث وان حصل أكثر من ذلك فبالتعصيب مع الفرض أو بالانتقال من
الفرض الى التعصيب والوجه الثاني أن يريد بذلك انهم أوجبوا له الثلث وذلك ان الجد يقاسم
الاخوة للاب والام أو للاب ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث فان نقصته من الثلث أو جبروا له الثلث
فاذا كان مع الاخوين فالفرض والمقاسمة سواء واذا كان مع ثلاثة من الاخوة فالفرض أفضل
له من المقاسمة فيعطى الثلث وان كان مع أخ واحد فالمقاسمة أفضل لان النصف يحصل له فيعطى
النصف وهذا مذهب زيد فيه قاله مالك والأوزاعي والشافعي وروى عن ابن مسعود مثله ذلك
وروى عنه انه قاسم الاخوة بالجد الى سبعة والى ثمانية وروى عن عمران بن حصين وأبي موسى
انهم قاسموا الى اثني عشر والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان الاخوة للام يستحقون مع الاخوة للاب
والام ومع الاخوة للاب الثلث والجد يحجب الاخوة للام عن ذلك الثلث فكان أولى به من الاخوة
للأب والام والاخوة للاب وهو يشاركهم فيما زاد والله أعلم واحكم (مسئلة) اذ ثبت ذلك فان الجد يرث
الثلث مع الاخوة بالفرض وما زاد على ذلك يرثه بالتعصيب فلذلك لا ينقص من الثلث وثبت له بذلك
حالة من حالات الأب يرث بالفرض السدس وسائر المال بالتعصيب فان قيل كيف يكون فرضه الثلث
وهو انما يستقيده ذلك من الأب والأب فرضه السدس فالجواب ان الأب فرضه السدس مع الابن

* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن قبيصة بن
ذؤيب أن عمر بن الخطاب
فرض للجد الذي يفرض
الناس له اليوم * وحدثني
عن مالك انه بلغه عن
سليمان بن يسار انه قال
فرض عمر بن الخطاب
وعثمان بن عفان وزيد بن
ثابت للجد مع الاخوة
الثلث

وللجد السدس بسهم وبهذا قال مالك وروى عن الشعبي انه قال سألت قبيصة بن ذؤيب عن قضاء زيد في ذلك فقال والله ما فعل زيد بذلك وهو من أعلمهم بتضاء ز يدعى ان أحجاب زيد قاسوا على قوله وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضي ان لم تصح هذه الرواية عن زيد فقياس قوله أن يكون للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس وتسقط الأخت كما سقط الأخ لو كان بدل الأخت لان الأخ والأخت سيلهما واحد في قول زيد لانهم ما عندهم مع الجد عصبة ووجه المشهور عن زيد أن حال الجد مع الأخوة يتنوع على حالين أحدهما يرث بالفرض والثاني بالتعصيب فيجب أن يكون ذلك حال الأخوات معه فيكون تارة يعصبن وتارة لا يعصبن ويجب أن يكون موضع لا يعصبن فيه حيث لا يبقى من الميراث ما يكون لهن فلا يتعدى تعصبيه اليهن وإذا كن أختين وبقي من الميراث ما يكون لهن ووقعت المقاسمة بينهما وبين الجد تعدى تعصبيه اليهن فلم تعدل فريضةن وهذه المسئلة يسميها أحجابنا الغراء وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسمونها العداء وقال أبو غالب خباب ابن عباد لا تراث الأخت مع جد الأفي هذه المسئلة فسميت الغراء وهي الأكرية أيضا وكذلك يسميها جمهور أهل الفرائض الأكرية وقيل انها سميت بذلك لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له الأكرية فخطأ فنسبت اليه وقال سميت بذلك لتكدر الأقوال فيها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد اختلف على زيد في هذه الفريضة فقال على لكل واحد منهم ما أوجب له الفريضة وقال زيد يجمع ثلاثة سهام الأخت وسهم الجد فيقسمون لذلك كرمثل حظ الأنثيين وبهذا قال مالك ووجه ذلك أن الأخت انما انتقلت الى الفرض حين لم يكن الجد يعصبا فاهلها واصلها سهم رجوع الى تنفيلها (فرع) ولا تعال فريضة الأخت مع جد الأفي هذه المسئلة خاصة ولو كان فيها أختان لم يطل العول وذلك بان يترك المتوفى زوجا وأما وجدًا وأختين لأب وأم أو لأب فان للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم السدس سهم وللجد السدس سهم لانه أفضل له من ثلث مابق وهو مثل المقاسمة وللأختين السدس لان الجد يعصبن فيصرون معه كالأختين مع الأخ والفرق بين هذه المسئلة وبين الأكرية ما قدمناه من الأخوات لماورثن في هذه المسئلة من نفس المال تعدى تعصيب الجد اليهن بنفس الفرض وليس كذلك في المسئلة الأكرية فانه لم يبق الفرائض للأخت شيئا فلم يتعد تعصيب الجد اليها فوجب ردّها الى الفرض حين لم يعصبا الجد (مسئلة) فان أحاط بالميراث أم وأخت وجد فعلى مدعبي زيد للام الثلث والباقي بين الجد والأخت لذلك كرمثل حظ الأنثيين وهذه المسئلة قد اختلفوا فيها وروى عن عمر وابن مسعود للأخت النصف وللأم ثلث مابق ومابق للجد وروى عن عبد الله أنه قال للأخت النصف وللأم والجد الباقي بنصفين وهذه من مبريات عبد الله وروى عن عثمان أنه قال للام الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث وهي تسمى مثلثة عثمان وقال على للام الثلث وللأخت النصف والباقي للجد وجه قول زيد أن للام الثلث لانه فرضها مع الأخ الواحد والباقي بين الجد والأخت لذلك كرمثل حظ الأنثيين لانه اذا ورثت معه عصبا فصار كالأخ معها والله أعلم (مسئلة) فان كان مع الجد والأخوة بنت أو بنات فان عليا يجعل للجد السدس بالفرض ويجعل التعصيب للأخوة والأخوات وزيد وعبد الله يقاسمان الجد بالأخوة لا أن تنقصه المقاسمة من الثلث فانهم يفرضانه له وذلك في بنت وأخت وجد في قول على البنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت لأن زيد يجمع حظ الأخت والجد فيقسمانه لذلك كرمثل حظ الأنثيين ووجه ذلك انهم ما يرثان بالتعصيب لان الأخوة انما ترث مع البنات بالتعصيب فوجب أن

يقتسم المال كرمثل حظ الاثنين كالأخوة والأخوات ص قال مالك وميراث الأخوة للاب
مع الجد إذا لم يكن أخوة لأب ميراث الأخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنشأهم كأنشأهم
فإذا اجتمع الأخوة للاب والأم والأخوة للاب فان الأخوة للاب والأم يعادون الجد بأخوتهم لأبيهم
فيمنعونهم كمنع الميراث بعددهم ولا يعادونه بالأخوة للاب لأنه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيئاً
وكان المال كله للجد فاحصل للأخوة من بعد حظ الجد فانه يكون للأخوة مع الأب والأم دون
الأخوة للاب ولا يكون للأخوة للاب معهم شيء إلا أن يكون الأخوة للاب والأم امرأة واحدة فان
كانت امرأة واحدة فانه تعاد الجد بأخوتها لأبيها ما كانوا فاحصل لهم ولها من شيء كان لها دونهم
ما بينهما وبين أن تستكمل فريضة وفريضة النصف من رأس المال كله فان كان فيها يحاز لها
ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها للجد كرمثل حظ الاثنين فان لم
يفضل شيء فلا شيء لهم ش وهذا كما قال ان حال الأخوة للاب مع الجد عند عدم الأب والأم كحال
الأخوة للاب والأم ذكر الأخوة للاب كذكر الأخوة للاب والأم وأنشأهم كأنشأهم ووجه ذلك ان
حالم في انفراد الذكور أو انفراد الاناث أو اجتماع الذكور والاناث كحالم فوجب أن يكون حالم
كحالم إلا أن يكون هناك من يحجبهم

(فصل) وقوله فإذا اجتمع الأخوة للاب والأم والأخوة للاب فان الأخوة للاب والأم يعادون
الجد بأخوتهم لأبيهم فيمنعونهم كمنع الميراث فإصاب الأخوة للاب والأم والأخوة للاب لمقاسمة الجد
فان جميعه للأخوة للاب والأم دون الأخوة للاب وهذا مذهب زيد وبه قال مالك وقال علي وابن
مسعود يقسمان المال بين الجد والأخوة للاب والأم دون أن يعاد بالأخوة للاب وذلك في جد وأخ لأب
وأُم وأخ لأب وفي قول علي وعبد الله للجد النصف وللأخ للاب والأم النصف وفي قول زيد المال بين
الجد والأخ للاب والأم والأخ للاب أنثلاثين يرد الأخ للاب على الأخ للاب والأم سهمه فيصير للجد
الثلث وللأخ للاب والأم الثلثان ووجه هذا القول ان الأخ للاب لا يحجب الجد وانما يحجب من يقاسم
الجد فوجب أن يحتسب به عليه وينقص الجدة من موروثه كالأخوة مع الأب والأم لم تحجبهم
الأم ويحجبهم الأب فانه يحتسب بهم على الأم ويردها بهم من الثلث الى السدس

(فصل) وقوله ولا يعادونه بالأخوة للاب لأنه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيئاً وكان المال للجد
كله يرثه الأخوة للاب والأم لا يحتسبون على الجد بالأخوة للاب ووجه ذلك ما احتجوا به من أن
الجد يحجبهم عن الميراث فذلك لم يعادهم ولم يدخلوا عليه نقصاً وليس كذلك الأخوة للاب فان الجد
لا يحجبهم فجاز أن يدخلوا نقصاً عليه ووجه آخر وهو أن الأخوة للاب لا يرثون إلا بالفرض والمقاسمة
تقتضي التعصيب فلا يجوز أن يستجرب به الفروض

(فصل) وقوله إلا أن يكون الأخوة للاب وللأم امرأة واحدة فانه تعاد الجد بأخوتها لأبيها ثم يكون
أحق بذلك حتى تستكمل فريضة وهو نصف جميع المال فان فضل شيء كان لاخوتها لأبيها هذا
مذهب زيد واليه ذهب مالك وكان على يفرض للأخت للاب والأم النصف ويجعل الباقي بين الجد
والأخوة للاب ما لم تنقص المقاسمة الجدة من السدس فان نقص فرض له السدس وكان ابن مسعود
يسقط الأخوة للاب مع الجد والأخت للاب والأم وذلك في أخت لأب وأم وأخ لأب وجد وفي قول
علي للأخت النصف والباقي بين الجد والأخ للاب بنصفين تصح المسئلة من أربعة وفي قول ابن
مسعود للأخت النصف وللجد النصف تصح المسئلة من اثنين وفي قول زيد للأخت والأخ ثلاثة

الأخوة للاب مع الجد إذا
لم يكن أخوة لأب ميراث
الأخوة للاب والأم سواء
ذكرهم كذكرهم وأنشأهم
كأنشأهم فإذا اجتمع
الأخوة للاب والأم
والأخوة للاب فان
الأخوة للاب والأم
يعادون الجد بأخوتهم
لأبيهم فيمنعونهم كمنع
الميراث بعددهم ولا يعادونه
بالأخوة للاب لأنه لو لم يكن
مع الجد غيرهم لم يرثوا معه
شيئاً وكان المال كله للجد
فاحصل للأخوة من بعد
حظ الجد فانه يكون
للأخوة من الأب والأم
دون الأخوة للاب ولا
يكون للأخوة للاب
معهم شيء إلا أن يكون
الأخوة للاب والأم امرأة
واحدة فان كانت امرأة
واحدة فانه تعاد الجد
بأخوتها لأبيها ما كانوا
فاحصل لهم ولها من شيء
كان لها دونهم ما بينهما
وبين أن تستكمل فريضة
وفريضة النصف من
رأس المال كله فان كان فيها
يحاز لها ولاخوتها لأبيها
فضل عن نصف رأس المال
كله فهو لاخوتها لأبيها
لذلك كرمثل حظ الاثنين
فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم

سهام من خمسة وللجدسهمان ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف فيصح من عشرة للجدد أربعة وللأخت خمسة وللأخ سهم وجه ما قاله زيدان هذه حالة تعصيب فوجب أن يعاد فيها الجد بالأخوة للاب كحال انفرادهم معه ووجه آخر أن الاخت لما كانت تعاد الجدة بالأخوة وجب أن تعاد بهم على وجه التعصيب لانهم لا يرثان الا على وجه التعصيب فاذا انفردت معه في القسمة رجعت الى الفرض لان هذا حكم مقاسمتها له وحكم مقاسمتها مخالف لحكم مقاسمتها به وهذا كما يقول في الاب والام والأخوة ان حكم حجب الاب للأخوة مخالف لحكم حجبهم الام من الثلث الى السدس (مسئلة) فان كان مع الاخت للاب والام أخوات لاب فان عليا وعبد الله يجعلان النصف للاخت للاب والام والسدس للاخت للاب والباقي للجدوز يد يجعل للجدد الا فضل من المفاصلة أو الثلث ثم يجعل للاخت للاب والام النصف فان فضل شيء كان للأخوات للاب وان لم ينفذ شيء فلا شيء لهن (مسئلة) فان كان جد وأخت لاب وأم وأخ وأخت لاب ففي قول زيد الثلث للجدد والثلثان بين الاخت للاب والام والأخ للاب ثم تأخذ الأخت للاب والام من ذلك النصف فيبقى السدس للأخ والاخت للاب المذكور مثل حظ الاثنين

﴿ ميراث الجدة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن اسحق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شيء ومأملت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسامة الانصاري فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به الالغيرك وما أنا بزاز في الفرائض شيئاً ولكنه ذلك السدس فان اجتمعت ما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها ﴿ ش وقوله جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تسأله ميراثها يحتمل أن يريد تسأله الحكم لها ويحتمل أن يريد تسأله بمعنى تسعة قمية في مسئلتها وقوله مالك في كتاب الله شيء ومأملت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أخبار منه بعدم النص من الكتاب والسنة في حكمها لانهما المقدمان في طلب الأحكام وقوله فارجعي حتى أسأل الناس يحتمل أن يكون سألهم عن النص لتجوز به في أن يكون عندهم في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ما لم يحضره وهذا من تحفظه وتوقيفه أن لا يعمل نظره واجتهاده وقياسه وان عدم النص حتى يطلبه حيث يرجوع عنه من الناس وذلك لازم لكل مفت أو حاكم يجوز وجود نص أن يسأل عنه ويبحث في طلبه وهذه سنة في مشاورة العالم العلماء طلباً للنص ويحتمل أن يكون سألهم على سبيل المشاورة لهم والتعاون بأرائهم ونظرهم لينظر فيما ينظرون من ذلك على حسب ما يفعله العالم اذا أراد الفتيا بحضرة العلماء أن الحاكم اذا أراد انفاذ الحكومة فن الحزمه والتناهي في الاجتهاد أن يسأل من يحضره من أهل العلم فر بما ظهر له من آرائهم أفضل مما ظهر اليه ما يقوى في ظنه صحة ما ظهر اليه اذا وقف على جميع ما ظهر اليهم ورأى ما عنده أفضل ورأى اعتراضهم على ما عنده غير صحيح أو تسليمهم لقوله واقرارهم بحكته والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الجدة ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن اسحق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شيء ومأملت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسامة الانصاري فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به الالغيرك وما أنا بزاز في الفرائض شيئاً ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها

(فصل) وقوله فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس قول
 يجعل الابن يكون معنار، فمروءة من الوارثة من الجدات اذا لم تعجب السدس فرضا لزيادة عليه ولا
 ينقص منه الا بالعمى فيكون ذلك عاما في الجدات الا ما خصه الدليل وذلك بان سأل أبو بكر عن
 الجدة فأجابته بذلك المغيرة ويكره أن معنى أعطاهما السدس أى فرض لها السدس ويحتمل أن
 يكون أبو بكر إنما سأل عن الجدة ، التي عادت تسأله من عرف حالها وأى الجدات هي فقال المغيرة
 أعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس معنى تلك الجدة دون غيرها من الجدات وقول عمر بعد
 هنا وما كان القضاء الذي قضى به الا انه يركب يحتمل أن يريد ان الجدة التي كانت بسبب سؤال
 أبي بكر الناس أو بسبب قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للجدات بالسدس غير المرأة التي أتت
 عمر بعد ذلك ويحتمل أن يريد به غير هذا النبي عن الجدات وقدر روى ابن وهب من طريق ليس
 بالقوى ان الجدة التي أعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس هي أم الأم قال فلذلك اذا كانت
 هي أقرب حازته وان كانت هي أبعد شاركت فيه وأما ابن وريث أبو بكر فاما كان عمر جاءته هي
 الجدة أم الأب فقال لها ما أجد لك في كتاب الله عز وجل شيئا وسأل الناس قال فلم أجد أحدا يخبرني
 بشئ فقال غلام من بني حارثة لم لا تورثها يا أمير المؤمنين وهي لو تركت الدنيا وما فيها ورثها وهذه لو
 تركت الدنيا وما فيها لم يرثها ابن ابنتها فورثها عمر وقال ان الله تعالى يجعل في الجدات خيرا كثيرا ثم
 ورث زيد بن ثابت بعد الثالثة

(فصل) وقول أبي بكر للمغيرة لما أخبره بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك هل معك غيرك
 على معنى الثبوت وطلب تقوية غلبة الظن لا على معنى رد حديثه لأن المغيرة من فضلاء الصحابة
 وفقهاءهم فلا يرد حديث مثله ولو لم يوجد معه غيره لأضاه أبو بكر ولكنه طلب رواية غيره في ذلك
 ليعلم الاتفاق عليها لأن ذلك أبعد من السهو والغلط وريثا وجد ما يعدل به عن ظاهره بالتأويل
 ومن هنا غفلنا انه يرجع في الروايات بكثرة العمدة فما قال محمد بن مسعدة مثل ما قال المغيرة انضح الأمر
 عنده وتناهى فيه اجتهاده لاخبار فاضلين من الصحابة عن النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في ملائمة
 الصحابة استدعاهم في هذه القضية فلم يأت أحد منهم بخلافها فأخذها أبو بكر رضي الله عنه

(فصل) وقوله ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسأله ميراثها يقتضي انهما
 جدتان وارثتان ولو كانت الوارثتان من الجدات أكثر من ذلك لقال ثم جاءت الجدة الثانية أولقال ثم
 جاءت جدته ثانية فأما هذا اللفظ بالتعريف فان ظاهره أن لا يستعمل الا في الاثنين ووجه ذلك ان
 الألف واللام تقتضي التعريف فلو كان معهما من الجدات من يقع عليهما هذا الاسم لم يصح أن يكون
 ذلك معرفة فوالى هذا ذهب مالك انه لا يرث من الجدات الا اثنتان أم الأم وأم الأب وأمهاتهما وان علون
 وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وروى عن الشافعي انه يرث من الجدات ثلاث الجدتان
 المتقدمتان وأم أبي الأب وهو قول ابن مسعود وبه قال أبو حنيفة والاوزاعي وروى عن ابن
 عباس توريت أربع جدات المتقدمات وأم أبي الأم وبه قال ابن سيرين وعطاء والدليل على منع
 توريت أم أبي الأب وأم أبي الأم ما روى عن عمر في هذا الحديث للجدة الاخرى وما أثارنا في
 النرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعوا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها فجعله لها عند
 اجتماعهما وان لم يوجد في القرية الا احدهما فهو لها دون غيرها من الجدات وأبو حنيفة يجعل لها
 ولا أم أبي الأب واذا انفردت به احدها لم يكن لها ولا أم أبي الأب تشاركها فيه وهذا قول عمر

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أنه قال أتت الجدتان الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم فقال له رجل من الانصار اما انك تترك التي لوماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما * وحدثنى عن مالك عن عبد ربه ابن سعيد أن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لا يفرض الا للجدتين * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجدة أم الأم لا ترث مع الأم ذنية شيئاً وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وأن الجدة أم الأب لا ترث مع الأم ولا مع الأب شيئاً وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فإذا اجتمعت الجدتان أم الأب وأم الأم وليس للمتوفى دونهما أب أو أم قال مالك فاني سمعت أن أم الأم ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الأب وان كانت أم الأب أقعدهما أو كانتا في القعد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفين

بمحضرة الصحابة ولم ينسكه عليه أحد ودليلنا من جهة القياس ان هذه جدة تدلى بالجد فلم ترث كالجدة أم أبي الأب واستدلال في المسئلة وهو ان جنة الام في الجدات أقوى من جنة الاب بدليل أن الام تسقط الجدات أجمع والأب لا يسقط الجدة أم الأم ثم ثبت وتقرر انه لا يرث من جنة الام غير جدة واحدة فبان لا يرث من جنة الاب غير جدة واحدة أولى

(فصل) وقوله وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك يريد به القضاء الذي قضى به أبو بكر للجدة أم الأم وقوله وما أنابنا في الفرائض شيئاً يريد به القضاء الذي قضى به أبو بكر للجدة أم الأم وقوله وما أنابنا في الفرائض شيئاً يريد به القضاء الذي يفرض للجدة أم الأم وقوله وما أنابنا في الفرائض شيئاً يريد به القضاء الذي يفرض للسدس الذي فرضه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ولكن السدس يريد والله أعلم ان فرض الجدات انما هو لسدس فقط واحدة كانت أو أكثر من ذلك لانه فرض ينفراد به النساء فصاح الانفراد به والاشتراك فيه كربع الزوجات أو ثمنهن

(فصل) وقوله فان اجتمعوا فهو بينكم كيقضى ان الوارثات من الجدات هما اثنتان ولذلك ذكرهما بلاغظ التثنية وان كانت المخاطبة واحدة ولو ورثت منهن جماعة لقال فان اجتمعن فيه فهو بينكن وأيتكن خلت به فهو لها ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال أتت الجدتان الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم فقال له رجل من الانصار اما انك تترك التي لوماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما * ش قوله أتت الجدتان الى أبي بكر يريد أم الأم وأم الأب ويحتمل أن يكونا أختين في موروث واحد وفي ورثتين فأراد أبو بكر أن يجعل الموروث لأم الأم ولعله جعل حديث المنيرة وابن مسلمة أو فهم انما المراد به من قولها فعارضه رجل من الانصار لما كان أبو بكر يستشير جماعة الناس ومن يوجد عنده العلم في الاحكام بان الجدة أم الأب لها في ذلك حق وآكد نسبها ووجه الموارثة بينها وبين المتوفى بانه يرثها وبيان ذلك ان قرابة الجدة قرابة يثبت بها التوارث فاذا كانت هذه القرابة ترث من لا يرثها المتوفى فبان ترثها من يرثها المتوفى أولى وأحرى ولا يلزم هذه العمدة والخالفة لان تلك قرابة لا يرث بمثلها

(فصل) وقوله فجعل لها أبو بكر السدس بينهما يريد ان يسوي بينهما فيه فجعله لهما على السواء ولم ير الجدة أم الأب أولى به من الجدة أم الأم لما ذكره الانصارى وأما رأى أبي بكر أن سبب أم الأم أقوى من وجه آخر وهو انها تدلى بالأموثة وجنتها في ميراث الجدات أقوى من جنة الأب لانها تدلى بمثل سببها كالجد للأب جنته أقوى في الميراث من جنة الأم لان الجد للأب يدلى بمثل سبب الأب ص * مالك عن عبد ربه بن سعيد ان أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لا يفرض الا للجدتين * ش قوله كان لا يفرض الا للجدتين يريد أم الأم وأم الأب وأمهاتهما واحدة وان لا يفرض جدة غيرهما وقد روى عن علي وزيد وابن عباس انهم ورثوا الجدات وان كثرن اذا كن في رجة واحدة وتقدم من الكلام في ذلك ما يغني عن اعادته وبالله التوفيق ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجدة أم الأم لا ترث مع الأم ذنية شيئاً وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وان الجدة أم الأب لا ترث مع الأم ولا مع الأب شيئاً وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الأب وأم الأم وليس للمتوفى دونهما أم ولا أب * قال مالك فاني سمعت أن أم الأم ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الأب وان كانت أم الأب أقعدهما أو كانتا في القعد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفين

الجدّة أمّ الأم لا ترث مع الأم شيئاً قول متفق عليه لا اختلاف فيه لانها تدلى بالأم وترث بمثل سببها فكانت محجوبة بها وأمّا الجدّة أمّ الأب فهي أيضاً محجوبة بالأم لما ذكرناه من أنها تدلى بمثل سببها والأم أقرب قرابة منها فوجب أن تحجبها والأب يحجب الجدّة للأب خلافاً لما روى عن ابن مسعود ووجه ذلك انها مما كانت تدلى به على وجه الولادة من غير أن يحجبها كما يحجب الجدّة وانها وارثة تدلى بها صاب فوجب أن يحجبها العاصب كالم والجد ولا يحجب الجدّة للأم لانها لا تدلى به ولا ترث بمثل سببها لانها ترث بالأمومة وهو يرث بالابوة فلم يحجبها كما تحجب الأم

(فصل) فاذا اجتمعت الجدتان أمّ الأم وأمّ الأب ولم يكن من الابوين من يحجبهما أو أحدهما فان كانتا في قعد واحد فالسدس بينهما على السواء على حسب ما تقدم وان كانتا أحدهما أقرب فان كانت القرى من جهة الأم بدرجة أو درجات حجب البعدى وبهذا قال زيد وعلى وجهه ورثا تابعين وروى النخعي والشعبي عن ابن مسعود انه قال السدس للقرى والبعدى اذا كانتا من جهتين مختلفتين فان كانتا من جهة واحدة فالسدس لأقربهن والدليل على ما قدمناه من أن الأم تحجب أمّ الأب فكذلك أمّ الأب تحجب أمّ الأم (مسألة) فان كانت القرى من جهة الأب بدرجة أو درجات فالسدس بينهما وهذه رواية خارجة بن زيد وابن المسيب عن زيد بن مالك وهي إحدى الروايتين عن الشافعي وروى عن علي انه يجعل السدس للقرى وهي رواية النخعي والشعبي عن زيد بن مالك أبو حنيفة وهي الرواية الثانية عن الشافعي والدليل على صحة القول الأول ان الأم لا تحجب أمّ الأم فكذلك أمّ الأب لا تحجب أمّ الأم وان من يرث بالأم من جهة البنوة لا يسقط بمن يدلى بالأب من تلك الجهة وكذلك من يدلى بالأم من جهة الأمومة لا يسقط من يدلى بالأب من تلك الجهة (فصل) وقوله في فرض لها فيما سوى ذلك السدس يعني انه فرضها اذا انفردت وعلى هذا جمهور الفقهاء وروى ابن سيرين ان الجدات ليس لهن سهم وانما هي طعمة أعطى لها والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان الميراث لا يكون إلا بفرض أو تعصيب وقد ثبت أن الجدّة ليست من أهل التعصيب فلم يبق إلا أن ترث بالفرض ص قال مالك ولا ميراث لأحد من الجدات إلا للجدتين لانه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة ثم سأله أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبوت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدّة فأنفذه لها ثم أتت الجدّة الأخرى الى عمر بن الخطاب فقال لها ما أنا بآزاء في الفرائض شيئاً فان اجتمعتمافيهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها * قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم

* قال مالك ولا ميراث لأحد من الجدات إلا للجدتين لانه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة ثم سأله أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبوت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدّة فأنفذه لها ثم أتت الجدّة الأخرى الى عمر بن الخطاب فقال لها ما أنا بآزاء في الفرائض شيئاً فان اجتمعتمافيهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها * قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم

جدتين أمّ الأم وأمّ الأب وأمّهماتهما وقد تقدم ذكر ذلك وقوله وقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة يريد بذلك انه لا يثبت ميراث الجدّة إلا بأحد هذين الأمرين وهو ما بلغ أبابكر أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة وهي عنده أمّ الأم والثانية التي جاءت الى عمر فقال لها انما هو السدس فأيتكما خلت به فهو لها فان اجتمعتمافيهو بينكما وهي أمّ الأم وسائر الجدات لم يثبت لهن حق ولا ذكرهن عمر في قضائه للجدّة بالميراث وانما ذكر جدتين بالثنية فدل ذلك على اختصاص الحكم بهما وقول مالك ولم نعلم أحدا ورث غير جدتين مع ما قدمناه من الاختلاف في ذلك يحتمل أن يريد به انفاذه الحكم وان جاز أن يراه ابن مسعود وغيره ولكنه لم يبلغه انه أنفذ حكماً به لأن القائل به كان يخالفه الجمهور الغفير فكان ينفذ الحكم بقول الجماعة دون قول الواحد ولذلك لم ينسب توريت أمّ الأب الى عبد الله وحده وتوريت أمّ الأب الى ابن عباس من طرق ليست بالقوية ولعل مالكا قد أراد أن

﴿ ميراث الكلالة ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم (٢٤١) أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال له

رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف

ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة وإن ما روى من ذلك عن ابن مسعود وابن عباس لم يثبت عنهما والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الكلالة ﴾

ص * مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف في آخر سورة النساء * ش قوله إن عمر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة يحتمل أن يسأل عن حكمهم في الميراث وبجته من أن يسأل عن يستحق هذا الاسم من الورثة أو المورثين وقد روى عن أبي بكر وعمر وابن عباس الكلالة من لا ولد ولا والد وهذا يقتضي أن الكلالة المورث على هذه الصفة وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك آية الصيف يقتضي أن السؤال كان عن أحكام الرارثين وقوله تعالى وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة ظاهره أنه يورث على هذا الحال والله أعلم وقد قيل إن الكلالة اسم للورثة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف في آخر سورة النساء يريد قول الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة أن امرؤ لم يولد له وله أخت فلها نصف ما ترك الآية إلى آخر السورة وهذه الآية أنزلت في شأن جابر بن عبد الله بن عمرو السامي فيما رواه ابن المنكدر عن جابر قال عرضت فأنا في النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وهو وأبو بكر ماشين وقد أغشى على فلم أكلمه فتروضا فصب علي فافقت فقلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات فأنزلت آية الميراث يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة أن امرؤ لم يولد له وله أخت وروى أبو اسحق عن البراء أن هذه آخر آية نزلت حاتمة سورة النساء يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الكلالة على وجهين فاما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا يرث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي أنزلت في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة أن امرؤ لم يولد له وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين بين الله لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم * قال مالك في هذه الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبه إذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة * ش وهذا كما قال أن الكلالة على ضربين عند كثير من العلماء * أحدهما من لا يرث مع الوالد أو والدان والمولودين وإن سفوا كالاخوة للام وذلك ما تضمن حكمه الآية التي في أول سورة النساء وقد ذكر الله تعالى فيها الكلالة فقال وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فهؤلاء الاخوة من الأم خاصة فتى ما انفرد ذكرهم وأنشأهم فله السدس ومتى كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث * والوجه الثاني من الكلالة من لا يرث مع الابن وابن الابن ولا مع الأب ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن وذلك ما تضمن حكمه الآية التي في آخر سورة النساء وقد ذكر الله فيها الكلالة أيضا فقال يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة فهؤلاء من الكلالة التي ذكرهم مخالف

(٣١ - متقى - سادس) الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبه إذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة

فالجديرث مع الاخوة لأنه أولى بالميراث منهم (٢٤٢) وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى السادس والاخوة لا يرثون مع

أنثاهم عند الانفراد لان للأنثى منهم النصف وللذكر الجميع فلذلك اختلفوا عند الاشتراك والاجتماع فكان للأنثى منهم نصف حظ الذكر الآن هؤلاء يرثون بالتعصيب والفرض والأولون لا يرثون الا بالفرض فالجديرث مع الاخوة لأنه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى وقوله يرثون مع الجد في الكلالة يريد الاخوة للاب أو الأم أو للاب ص فالجديرث مع الاخوة لأنه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى السادس والاخوة لا يرثون مع ذكور ولد المتوفى شيئاً وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السادس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثالث مع اخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذي يجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذي كان لهم لانهم سقطوا من أجله ولو ان الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الأم فاما أخذ مالم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام ش وهذا كما قال ان الجد لا يجب الاخوة عن الميراث وذلك انه يرث مع من لا يرثون معه وهو الابن وابن الابن للجد معهم السادس لانه ذو فرض ولا يرث الاخوة معهم لانهم يرثون معه بالتعصيب والاخوات وان كن يرثن بالفرض عند الانفراد الا انهن يرثن بمثل سبب الاخوة من التعصيب فوجب أن يحجبهن عن الفرض من يجب الاخوة عن التعصيب ألا ترى ان الأم ترث بالفرض الثلث والأب يرث بالتعصيب ما زاد على السادس ثم يجب الأم عن الثلث الى السادس الابن كما يجب الأب عن التعصيب ويرد الى السادس الذي هو الفرض لما ورث الابوان بسبب واحد وهو الولادة المباشرة فلما كان هذا حال الجد كان أحق من الاخوة بهذا السادس وكان أيضاً أحق منهم بالثلث اذ لم يكن معهم في الثلث غيرهم أو كان معهم من يحجبهم عن الثلث لمعنى آخر وهو ان الاخوة للام أحق بالثلث من الاخوة للاب والام والاخت للاب والفرق بينهما وبين الاخوة مع الابوين يحجبون الام من الثلث الى السادس والاب أحق به منهم ان الاخوة يحجبون الام والاب يحجبهم فلا يرثون معه والاخوة للام يرثون الثلث مع الاخوة للاب والام ويحجبونهم عنه والاب يحجبهم فلا يرثون معه فلذلك كان أولى به لان الجد يجب الاخوة للام الذين يحجبون الاخوة للاب والام عن ذلك الثلث فكان بمنزلة الاب مع الاخوة الذين يحجبون الام عن الثلث الى السادس والاب يحجبهم فكان أحق به منهم (مسألة) فلو كانت فريضة فيها أم وزوج وجدوا اخوة لام واخوة لاب فذهب مالك أن الزوج النصف وللأم السادس وللجد الثلث ولا شيء للاخوة للاب لان الاخوة للاب أحق به منهم لو لم يكن الجد والجد يجب الاخوة للام عنه فكان أحق به منهم

﴿ ما جاء في العمة ﴾

ص ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقى أنه أخبره عن مولى لقريش كان قديماً يقال له ابن مري أنه قال كنت جالساً عند عمر بن الخطاب فهاصلي الظهر قال يا يرفاء هل ذلك الكتاب لكتبة في شأن العمة فنسأل عنها ونستخبر عنها فأتاه به يرفاء فدعابته أو فصح فيه ماء فها ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيك الله وارتة أقرئك لو رضيك الله أقرئك * مالك عن محمد بن أبي بكر بن حزم أنه سمع أباه كثيراً يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث ش قوله ليرفا بائرا ص لئلا ذلك الكتاب ليسأل عنها

ذ كور ولد المتوفى شيئاً وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السادس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثالث مع اخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذي يجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذي كان لهم لأنهم سقطوا من أجله ولو أن الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الأم فاما أخذ مالم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام

﴿ ما جاء في العمة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقى أنه أخبره عن مولى لقريش كان قديماً يقال له ابن مري أنه قال كنت جالساً عند عمر بن الخطاب فهاصلي الظهر قال يا يرفاء هل ذلك الكتاب لكتبة في شأن العمة فنسأل عنها ونستخبر عنها فأتاه به يرفاء فدعابته أو فصح فيه ماء فها ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيك الله وارتة أقرئك لو رضيك الله أقرئك * مالك عن محمد بن أبي بكر بن حزم أنه سمع أباه كثيراً يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث

ما فها ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيك الله وارتة أقرئك لو رضيك الله أقرئك * وحدثني عن مالك عن محمد بن أبي بكر بن حزم انه سمع أباه كثيراً يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث

﴿ ميراث ولاية العصبه ﴾ * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبه الأخ للاب والام أولى بالميراث من الأخ للاب والام وبنو

(٢٤٣)

الأخ للاب والام أولى من
بنى الأخ للاب وبنو الأخ
للأب أولى من بنى ابن
الأخ للاب والام وبنو ابن
الأخ للاب أولى من العم
أخى الأب للاب والام والعم
أخو الأب للاب والام أولى
من العم أخى الأب للاب
والعم أخو الأب للاب
أول من بنى العم أخى
الأب للاب والام وابن العم
للأب أولى من عم الأب
أخى أبى الأب للاب والام
* قال مالك وكل شئ
سئلت عنه من ميراث
العصبه فانه على نحو هذا

ويستخير يحتمل انه خص ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور فقهاء الصحابة الصلاة ولعله أن يكون قد تبين حينئذ اليه من حكمها ما خفي عليه قبل ذلك فأراد أن يشاورهم فيما ظهر اليه من ذلك ونحو ذلك في القدر أو التور وقوله لو رضيت الله أقرئك يحتمل أن يريد به إسقاط العمه من أهل المواريث وإن الله تعالى لو رضى الورثة لأقرها بعد الاستخارة والمشاورة بأن يقوى في نفس عمر وسائر الصحابة وجوب الميراث لها ويرى وجه الصواب في ذلك فالعلم يرمي ذلك مع ما أمرهم به من اجتهاد أن أى بطل أن يكون جعل لها في الميراث حقا ويحتمل أيضا أن يكون أراد بذلك الرقعة التي محاسنها كان فيها اثبات الميراث للعمه أو نفيه عنها وإن الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يقرهم عليها ولم يرميهم صوابها إلا أن المعروف من مذهب عمر منع العمه الميراث وسيأتي في ميراث ذوى الأرحام من المسائل التي اختلف فيها الصحابة فالمشهور عن عمر منع ذلك وبه قال زيد بن ثابت واليه ذهب مالك والشافعي وروى عن ابن مسعود توريتهم وبه قال أبو حنيفة وذوو المحارم هم بنو البنت وبنو الأخت وبنات الأخ من الأب والأم وبنات الأخ من الأب وبنو الأخوة من الأم والعمه والخالة وبنات العم والخال والعم أخو الأب للام وأولاده والجدة أم أبى الأم والدليل على ما نقلوه أن بنت البنت شخص لا ترث مع الأخ المساوى لها في القرابة فوجب أن لا ترث إذا انفردت أصل ذلك بنت العمه ولا يلزمها على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم فانه غير مساو له في القرابة

﴿ ميراث ولاية العصبه ﴾

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبه أن الأخ للاب والام أولى بالميراث من الأخ للاب والأخ للاب أولى بالميراث من بنى الأخ للاب والام وبنو الأخ للاب والام أولى من بنى الأخ للاب والأخ للاب أولى من بنو ابن الأخ للاب أولى من العم أخى الأب للاب والام والعم أخو الأب للاب والام أولى من العم أخى الأب للاب والعم أخو الأب للاب أولى من بنى العم أخى الأب للاب والام وابن العم لأبى الأب أولى من عم الأب أخى أبى الأب للاب والام * قال مالك وكل شئ سئلت عنه من ميراث العصبه فانه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن يزارع في ولايته من عصبته فان وجدت أحدا منهم يليق المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه الى الأب الأدنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدتهم كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقرعهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الأطراف وان كان ابن أب وأم وان وجدتهم مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بنى أب أو بنى أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواه منهم أمه أو أخو أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبنى أخى المتوفى لأبيه وأمهم دون بنى الأخ للاب وذلك أن الله تبارك وتعالى قال وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شئ عليم * ش

مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بنى أب أو بنى أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواه منهم أمه أو أخو أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبنى أخى المتوفى لأبيه وأمهم دون بنى الأخ للاب وذلك أن الله تبارك وتعالى قال وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شئ عليم

وهذا على ما قال ان الاخ للاب والام أولى من الاخ للاب لان الام يدلى بها الى الميراث اذا انفردت كما يدلى بالاب اذا انفرد فاذا اجتمعا كان أقوى من انفرد أحدهما وكذلك الميراث في العمومة وان كان العم للام لا مدخل له في الميراث الا انه لما كانت الام سببا في الميراث بالجملة قويت جنبته من وجدت في جهته كما أب الام بانفرداها لا تكون سببا الى ميراث جميع المال وقد يقوى جنبته الاخ للاب والام فيستحق جميع المال وهذا مع التساوي في الدرجة من الميت مثل أن يكون جميعهم اخوة أو أعماما في درجة أو بنى عم في درجة واحدة فان اختلفت درجاتهم فذلك على وجهين أحدهما اختلافها مع اختلاف الاسباب الثاني اختلافها مع اتفاق الاسباب فأما اختلاف الدرجات مع اختلاف الاسباب فكالأخوة مع الأعمام وبنى الأعمام فالأخوة أقرب لانهم يدلون بالاب والأعمام يدلون بالجدة وكذلك بنو الأعمام يدلون بالجدة فكان الأخوة أولى أخوة كانوا لاب وأم أو لاب لانهم يدلون بالاب وهو أقرب من الجد وان كانوا أعماما كلهم أو بنى عم كلهم واختلفت درجاتهم فكالأعمام أخوة الاب مع الأعمام أخوة الجد فان الأعمام أخوة الاب أولى بالميراث وهو معنى قول مالك ان من يليق الميت الى أب لا يليقه غيره الى أب أقرب منه فله الميراث ومعنى ذلك أن الأعمام يدلون بالجدة أبى الأب والأعمام أخوة الجد يدلون بالجدة أبى الأب وكل من أدلى بالأقرب فله الميراث دون من أدلى باب أبعد (مسئلة) ومن ترك أخاه وابن عم لاب وأخا لام وعوا بن عم لاب فلاخ للام السدس وما بقى بينه وبين أخا بالسوية لانهم ما بناعم في درجة واحدة ووجه ذلك أن الخال لاحظ له في الميراث والأخ للام يرث بالفرض السدس واذا اجتمع لاحد الوارثين سببان وانفرد الآخر بسبب واحد فان كان السببان من جنس واحد كابن العم أحد هما بن عم لاب وأم والآخرا بن عم لاب فان تأثيره أن يحجب ذوا السببين ذا السبب الواحد وان كان السببان من جنسين مثل أن يكون أخو الأم هو ابن عم مع ابن عم ليس بأخ لام فان تأثير السببين أن يرث بكل واحد منهما يرث بسبب الفرض أولا ثم يساويه في بقية الميراث بالتعصيب لتساويهما فيه والله أعلم (مسئلة) ولو ترك الميت أخوين لام أحدهما بن عم لورثا بالأخوة للام الثلث بينهما ثم يرث الأخ الذي هو ابن عم بالتعصيب بقية المال وذلك على ما قدمناه (مسئلة) وهذا اذا تحقق الوارث بالذكورة أو الأنوثة فان كان خنثى فانه ينظر الى مباله فال من ذكره فحكمه حكم الذكور في ميراثه وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من أحكامه وان بال من فرجه فحكمه في ذلك حكم المرأة وان بال منهما فهو الخنثى المشكل فقد قال ابن عجلان الفرضي ينظر أيهما يبدأ البول أولا وروى ذلك عن علي بن أبي طالب وان بال منهما جميعا سواء فهذا الخنثى المشكل وانفق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة فان انفرد وخدمه فله ثلاثة أرباع الميراث قال ابن غالب لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك وقد اختلفوا في الحساب فقال بعضهم من توفي وترك ابنا خنثى وابنا صحيحا فان فريضة منهما من سبعة للصحيح أربعة وللخنثى ثلاثة ومنهم من قال فريضة من خمسة للخنثى سهمان وللصحيح ثلاثة ومنهم من قال فريضة من ثمانية للصحيح خمسة وللخنثى ثلاثة وذلك كله غلط في الحساب والصواب في ذلك أن تعمل فريضة على أنه ذكر وفريضة على أنه أنثى ففريضة على أنه ذكرانه من اثنين لكل واحد منهما النصف وفريضة على أن أحدهما أنثى من ثلاثة للذكر اثنان وللأنثى واحد فاضرب ثلاثة في اثنين فذلك ستة ثم أضعف الستة فذلك اثناعشر وانما أضعفنا الستة ليكون ما يبدأ لكل واحد منهما من التضعيف والتأنيث نصف صحيح ثم اقسم الاثنى عشر على أنهما ذكران فلكل واحد منهما ستة ثم اتسما على أن أحدهما أنثى فيكون للذكر ثمانية وللأنثى أربعة وعى أسوأ حالتهما ما يصير

لهما في أفضل حالتهن مائة فيعطى شطر ما بين حالتيه وذلك خمسة أسهم ويعطى أخوه ما بين الحالتين وذلك سبعة لانه يستحق بحال ذكورة أخيه ستة وبحال أنوثته ثمانية والله أعلم ص قال مالك والجسد أبو الأب أولى من بنى الأخ للأب والأم وأولى من العم أخى الأب للأب والأم بالميراث وابن الأخ للأب والأم أولى من الجسد بولاء المولى ش وهذا على ما قال ان الجسد أبا الأب يحجب به الأخ للأب والأم وذلك أن الجسد أولى بالميراث من الأخ للأب والأم اذا ضاق عنهما لانه من أهل الفروض ولذلك يرث مع الابن السدس ولا يرث الأخ مع الابن شيئا لكنه اذا فضل المال عن فرض الجسد ورث معه الاخ بالتعصيب لان لكل واحد منهما تعصيبا والاخ يعصب أخته والجديرث مع الابن فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب وأما ابن الاخ فلا يعصب أخته ولذلك حجبته الجدة لقوة أسبابه التي يرث بها وهذا حكم الجد أبي الأب فأما أبو أبي الأب فانه أيضا أولى من بنى الاخ والاعمام وبنى الاعمام لانه جده كالإدنى وأما الجد أبو الأب فانه يحجب أباه كما يحجب الأب الجد فكل أب يحجب من فوقه كما أن كل ابن يحجب من تحته لان الميراث انما يستحق بالقرب والله أعلم

(فصل) والجدة أولى من العم أخى الأب للأب والأم ووجه ذلك أن العم انما يدلى بالجدة فكان كالاخ مع الأب لما أدلى به لم يرث معه وانما يرث مع عدمه وأيضا فان تعصيب العم ليس بالقوى لانه لا يعصب أخته فكان كابن الاخ لا يرث مع الجد لضعف تعصيبه لانه لا يعصب أخته وانما يرث مع الجد بالتعصيب من قوى تعصيبه حتى يعصب أخته كالاخ والابن وابن الابن

(فصل) وقوله وابن الاخ للأب والأم أولى من الجسد بولاء المولى ووجه ذلك أن الولاء لا يرث الا بمحض التعصيب وليس فيه فروض والأخ وابن الأخ محض تعصيبا من الجسد لانهم لا يرثون الا بالتعصيب فكان سببهم أقوى في الولاء ولا يقوى تعصيب الجد بالفرض في الولاء لانه لا يدخل للفروض فيه وأما الأب فانه أحق بالولاء من الاخوة وان كان يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بهما لان الاخوة يدلون به فكان أحق بذلك منهم وليس كذلك الجد فانهم لا يدلون به وحكم الاخوة مع الأب كحكم الاعمام مع الجد والله أعلم (مسئلة) قدمت الكلام في ذكر من يرث في هذا الكتاب فليذكر العمل في مواردهم ليتم به بيان أحكامهم ومعنى ذلك على الإيجاز أن الفروض ستة وقد تقدم ذكرها ويخرج حسابها من سبعة أصول الاثنين والثلاثة والاربعة والستة والثمانية والاثني عشر والاربعة وعشرين وذلك أن الاثنين ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف الى أربعة ثم تضاعف الى ثمانية فاذا كانت المسئلة نصفاً وما بقى أو نصفاً ونصفاً فهي من اثنين وان كانت ربعاً وما بقى أو ربعاً ونصفاً وما بقى فهي من أربعة وان كانت ثلثاً وما بقى أو ثلثاً ونصفاً وما بقى فأصلها من ثمانية وهذه الأصول الثلاثة لا يدخلها عول لاختصاص سهامها بأحد الاصلين والاصل الثاني أوله من ثلاثة ثم يضاعف الى ستة ثم يضاعف الى اثني عشر ثم يضاعف الى أربعة وعشرين فان كان في المسئلة ثلث وما بقى أو ثلث وثلثان فأصل المسئلة من ثلاثة وهذه المسئلة أيضا لا تعول لاختصاصها بأحد الاصلين وان كان في المسئلة نصف مع ثلث أو سدس فهي من ستة وان كان فيها ربع مع ثلث أو سدس فهي من اثني عشر وان كان فيها ثمن مع ثلث أو سدس فهي من أربعة وعشرين وهذه المسائل الثلاث تعول لاجتماع الاصلين فيها فأما المسئلة التي أهلها من ستة فهي تعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فاذا عالت الى عشرة سميت ذات الفروض وهي أكثر المسائل عولا لأنها عالت بقسمها واذا عالت الى تسعة فبعضهم يسميها الغراء وهي الاكدرية واذا كان أصل المسئلة

«قال مالك والجد أبو الأب
أولى من بنى الأخ للأب
والأم وأولى من العم أخى
الأب للأب والأم بالميراث
وابن الاخ للأب والأم أولى
من الجسد بولاء المولى

من اثني عشر عالت الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر واذا كان أصل المسئلة من أربعة وعشرين عالت الى سبعة وعشرين وهي المنبرية (مسئلة) فاذا تركت المرأة زوجا وأختين لأب فأصلها من ستة وتقول الى سبعة واذا تركت زوجا وأما وأختين لأم فأصلها من ستة وتقول الى ثمانية واذا تركت زوجا وجدًا وأما وأختا فأصلها من ستة وتقول الى تسعة واذا تركت المرأة زوجا وأما وست اخوات متفرقات فأصلها من ستة وتقول الى عشرة للزوج النصف وهو ثلاثة وللأم السدس وللأختين للام الثلث وللأختين للام والاب الثلثان وتقول الى عشرة وقد تقدم ذكرها (مسئلة) واذا توفي رجل وترك زوجة وثلاث اخوات متفرقات أصلها من اثني عشر للزوجة الربع بثلاثة وللأخت للام السدس باثنين وللأخت للاب والام النصف بستة أسهم وللأخت للاب السدس بسهمين تقول الى ثلاثة عشر ولو خلفت المرأة زوجا وأبوين وابنة وابنة ابن أصلها من اثني عشر للزوج الربع بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان أربعة أسهم وللأبنة النصف بستة أسهم ولأبنة الابن السدس باثنين تقول الى خمسة عشر ولو خلف رجل زوجة وأختين لأب فأصلها من اثني عشر للمرأة الربع بثلاثة أسهم وللأختين السدس بسهمين وللأختين للام الثلث بأربعة أسهم وللأختين للاب الثلثان بثمانية أسهم تقول الى سبعة عشر (مسئلة) ولو توفي رجل وترك زوجة وأبوين وابنتين فأصلها من أربعة وعشرين للمرأة الثمن بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان بثمانية أسهم وللأبنتين الثلثان ستة عشر سهما تقول الى سبعة وعشرين

(فصل في تصحيح المسائل)

وتصحيحها ان تضرب عدد من لا تنقسم عليهم سهامهم في أصل المسئلة وعولها فخرج منه تصح المسئلة وذلك مثل زوج وأخوين أصلها من اثنين للزوج النصف وللأخوين النصف لا ينقسم عليها فتضرب عددها وهما اثنان في أصل المسئلة وهو اثنان يكون أربعة منه تصح المسئلة فيكون للزوج النصف بسهمين وللأخوين النصف بسهمين لكل واحد منهما سهم ولو تركت زوجا وأختا وأختا فأصلها من اثنين للزوج النصف سهم وللأخت والأخت النصف لا ينقسم عليها فيعد الأخ باثنين لأن له مثل ما لأخته فتضرب أصل المسئلة في ثلاثة تكون ستة منها تصح المسئلة للزوج النصف ثلاثة وتبقى ثلاثة بين الأخ والأخت لذلك كرمثل حظ الاثنين والله أعلم (مسئلة) فان كان عدد الورثة موافقا لسهامهم مثل ان يكون لعددهم نصف ولسهامهم نصف أو ثلث وثلث أو ربع وربع أو ما كان من الاجزاء فيرد عددهم الى ذلك ثم تضرب الراجع في أصل المسئلة وعولها فاجتمع صحته المسئلة وذلك مثل امرأة تركت زوجا وابن عمها وأربعة عشر ابنة أصل مسألتهن من ثلاثة للزوج بالفرض والتعصيب الثلث ويبقى الثلثان وهما سهمان البنات لا ينقسم عليهن لكن توافقهن بالنصف فتضرب نصف عددهن وهو سبعة في أصل المسئلة وهو ثلاثة يكون احدا وعشرين منها تصح المسئلة للزوج سبعة والبنات أربعة عشر سهما (مسئلة) فان كان في المسئلة أعداد مختلفة لا تنقسم سهامها فاضرب الأعداد بعضها في بعض فاجتمع فاضرب به في أصل المسئلة وعولها وذلك مثل رجل توفي وخلف أربع نسوة وأربعة وثلاثين أخا لأم وسبعة وثلاثين أختا لأب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع بثلاثة لا تصح عليهن ولا توافق وللأخوة الثلث بأربعة سهام لا تنقسم عليهن ولا توافق وللأخوات للاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فتضرب أربعة في أربعة وثلاثين فاجتمع ضربته في سبعة وثلاثين فاجتمع ضربته في المسئلة فاجتمع فخرج منه تصح المسئلة

(مسئلة) فان كان من لا تنقسم عليهم سهامهم موافق عددهم بجزء من الأجزاء نصف أو ثلث أو ربع أو أقل من ذلك أو أكثر أخذت وفق عددهم لسهامهم ثم ضربت بعض ذلك في بعض فما اجتمع ضربته في أصل المسئلة وعولها ان كانت عولاً فما اجتمع ضربته منه المسئلة مثال ذلك ثلاث نسوة وأربعة عشر أخالاًم واثنتان وثلاثون اختالاًب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة سهام ينقسم عليهم وللأخوة للام الثلث بأربعة سهام وللأخوة للاب الثلثان بثمانية أسهم لا ينقسم عليهم ويوافقهم بالنصف فيرجعون الى تسعة وللأخوات الثلثان بثمانية أسهم لا تنقسم عليهم وتوافقهن بالأثمان فيرجعن الى ثمنين وذلك أربعة فتضرب ثلاثاً في أربعة ثم في سبعة فذلك أربعة وثمانون ثم في أصل المسئلة وعولها وذلك خمسة عشر فذلك ألف ومائتان وسبعون ومنها تصح المسئلة من له سهم ضرب له في أربعة وثمانين (مسئلة) فان كانت الأعداد بموافقتها اياها لسهامها موافق بعضها بعضاً فوقف وفق أحد الأعداد واردد الأعداد الأخرى الى موافقتها للعدد الموقوف فارجع ضربت بعضها في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف وما اجتمع في الأصل وعولها مثال ذلك أربع نسوة وستة وثلاثون أخالاًم وثمانية وأربعون اختالاًب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع بثلاثة لا ينقسم عليهم ولا يوافقهن وللأخوة للام الثلث بأربعة أسهم لا تنقسم عليهم وتوافقهم بالربع فيردون الى ربعهم وذلك تسعة وللأخوات للاب الثلثان بثمانية لا تنقسم عليهم وتوافقهن بالثمن فيردون الى ثمنين وذلك ستة فتبقى معاً أربعة وستة وتسعة فتوقف الستة وتجبد الأربعة توافق الستة بالنصف والتسعة توافقها بالثلث فتضرب نصف الأربعة في نصف الستة تكن ستة ثم تضربها في الستة الموقوفة تكن ستة وثلاثين ثم تضربها فيما عالت اليه المسئلة وذلك خمسة عشر تكن خمسة وأربعين منها تصح المسئلة من كان له شيء في أصل المسئلة ضرب له في ستة وثلاثين للنسوة ثلاثة في ستة وثلاثين تكون مائة وثمانية لكل واحد سبعة وعشرون وللأخوة مائة وأربعة وأربعون وللأخوات مائتان وثمانية وثمانون لكل واحد ستة (مسئلة) وان كان من الأعداد بعد ذلك اياها بموافقتها لسهامها متساوية أجزاً أحدها عن سائرهما وان كان أحد عدد الأجزاء متنسباً الى جزء من العدد الآخر مثل ان يكون نصفه أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك من الأجزاء فان الأكثر يجزى عن الأقل ويعتبر ذلك بأن ينقسم الأكثر على الأقل فسمه صحيحة أو ينقص الأقل والأكثر فيفنيه أو يزيد على الأقل مثله حتى يساوي الآخر فان لم يكن كذلك لم يكن جزءاً منه ولا دخلاً فيه مثال ذلك أن يكون أحد العددين خمسة والآخر عشرين فالخمس داخل في العشرين لانك ان نسبتها منها فهي ربعها وان زدت على الخمسة ثلاثة أمثالها ساوتها وان نقصت الخمسة من العشرين أفنتها ولو كانت ستة مع عشرين لم تدخل فيها لانك ان نقصت من العشرين ستة ثلاث مرات لم توافق بل يبقى منها اثنان ولا تنسب منها ربع ولا خمس وانما هي ثلاثة أعشار مثال ذلك أربع نسوة وستة عشر أخالاًم وأربعة وستون اختالاًب للزوجات ثلاثة سهام لا تنقسم عليهم ولا توافقهن وللأخوة للام الثلث أربع سهام لا تنقسم عليهم ولا توافقهن بالأثمان فيرجعن الى ثمنين وذلك ثمانية فصار عدد الزوجات وما بقي من عدد الأخوة أربعة أربعة فينوب أحدهما عن الآخر ثم تجدد الأربعة تدخل في الثمانية فتجزي عنها فتضرب الثمانية في أصل المسئلة وعولها فذلك مائة وعشرون منها تصح المسئلة من له شيء ضرب له في ثمانية فللزوجات ثلاثة أسهم مضروبة في ثمانية وللأخوة للام أربعة سهام مضروبة في ثمانية

(فصل) ولا يخلو التصحيح من سبع علل ثلاثة في السهام وأربعة في الأعداد فالتى في السهام أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم فلا يحتاج الى ضرب أو لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فتضرب عددهم في المسئلة وعولها ان كانت عائلة والثانية أن لا تنقسم وتوافقهم فتضرب وفق عددهم في المسئلة وعولها وأما في الأعداد فأن تكون الأعداد متساوية فيجزى أحداهما عن باقيها أو يكون أحد العددين داخلا في الآخر وجزأ منه فيجزى الأكثر عن الأقل أو تكون الأعداد مختلفة لا يوافق بعضها بعضا فتضرب بعضها في بعض ثم ما اجتمع في أصل المسئلة أو تكون الأعداد مختلفة ويوافق بعضها بعضا فأنك توقف أحد الأعداد ثم ترد الأعداد الأخرى الى الجزء الموافق لها ثم تضرب الراجع بالموافقة بعضه في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف فما اجتمع ضربته في أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وهذه طريقة البصريين في التصحيح ولكوفيين طريقة أخرى سندكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولا عند بعض من ينظر في ذلك وبالله التوفيق

(فصل) في معرفة الموافقة بالأجزاء وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما فان بقي منه يوافق بباقي أقل العددين من الأحاد فان بقي من العدد الكثير أقل من العدد القليل مانقص ذلك من العدد القليل فان في توافقاً أخذ العدد الذي يفنى به وهكذا أبدأ النزول تنقص ما بقي من كل عدد مما بقي من الآخر حتى يفنى أحدهما بالآخر فان في واحد فليست بينهما موافقة فان في اثنين فالموافقة بينهما بالنصف وان في ثلاثة فالموافقة بينهما بالثلث فان في بأربعة فالموافقة بينهما بربع فان في بأحد عشر فالموافقة بينهما بأجزاء أحد عشر وكذلك سائر الأعداد ومثال ذلك اذا قيل بما توافق ثمانية اثنين وثلاثين فتقص من اثنين وثلاثين أربع مرات فانها تفنى فيعلم أنها توافقها بالأثمان واذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون تسعة وأربعين فانقص أحد وعشرين مرتين من التسعة والأربعين يبقى سبعة فانقص السبعة من الأحد والعشرين تفنى فاعلم انهما يتفقان بالاسباع فان قيل بما توافق مائة وعشرون مائة وخمسة وستين فانقص مائة وعشرين من مائة وخمسة وستين يبقى خمسة وأربعون انتقصها من المائة وعشرين مرتين تبقى ثلاثون ثم انقص الثلاثين من الخمسة والأربعين مرتين تبقى خمسة عشر انتقصها من الثلاثين مرتين تفنى فاعلم انهما متفقان بأجزاء خمسة عشر والله أعلم وأحكم

(فصل في الوصايا)

إذا أوصى الميت بثلثه فأردت قسمة تركته فانك تنظر الى التي تنقسم عليه مثل نصفه وان أوصى بأربع زدت عليه مثل ثلثه وان أوصى بالخمس زدت عليه مثل ربعه وان أوصى بالسدس زدت عليه مثل خمسة وان أوصى بالسبع زدت عليه مثل سدسه وان أوصى بالثمان زدت عليه مثل سبعة وان أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه وان أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعة وذلك مثل امرأة توفيت وتركزت زوجها وأختين لأب المسئلة من ستة للزوج النصف لثلاثة وللأم السدس بسهم وللأختين للاب الثلثان بأربعة أسهم تعول الى ثمانية فان أوصيت بالثلث زدت على الثمانية نصفها وذلك أربعة فتكون اثني عشر ومنها تصح المسئلة في الوصية فان لم يكن ماذ كرت ضربت الفريضة في عدد يخرج منه جزء الوصية ان كانت بالثلث ضربتها في ثلاث وان كانت بالربع ضربتها في أربعة (مسئلة) ولو أوصى بوصيتين ولم يكن أصل الفريضة له يزداد عليه أجزاء الوصايا فاضرب أجزاء الوصايا

بعضها في بعض فاجتمع ضربتسه في أصل الفريضة فلو أوصى بثلاث ور بع فمثال ذلك امرأة
توفيت وخلفت زوا وأختين لأب أصلها من ستة فعول الى سبعة للزوج النصف بثلاثة وللأختين
الثلاثين بأربعة فان أوصت بالثلث لم يمكنك أن تزيد على السبعة مثل نصفها بجزء صحيح فتضرب
الفريضة بعولها في ثلاثة فتكون إحدى وعشرين فنه تصح المسئلة ولو كان أوصى بثلاث ور بع
لضربت ثلاثة في أربعة ثم تضرب ما اجتمع في الفريضة فاجتمع فنه تصح الفريضة مع الوصيتين
(فصل) في المناسختات ومعنى ذلك أن يموت ميت فلا يقسم ماله حتى يموت بعض ورثته فوجه
العمل في ذلك ان تصحح مسئلة الميت الأول ثم تصحح مسئلة الثاني ثم تقسم سهام الميت الثاني التي
ورثها من الميت الأول على سهام مسئلته فان انقسمت فقد صحت المسئلان بما صحت منه الاولى مثال
ذلك ان تخلف المرأة زوجها وأختين فالمسئلة من ستة تصح من سبعة فان ماتت إحدى الأختين
تخلفت بنتها وأختها فالمسئلة من اثنين ولها من الأولى سهمان تنقسم على مسئلتهما فقد صحت المسئلان
من سبعة للزوج ثلاثة أسهم وللأخت سهمان من المسئلة الأولى وسهم من الثانية ولبنت الميتة سهم
(مسئلة) فان لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على سهام المسئلة ولم توافقها فاضرب مسئلته
في المسئلة الأولى فاجتمع صحت منه المسئلان مثال ذلك أن تخلف ابنتين وابنتين المسئلة من ستة ثم
ماتت إحدى الابنتين وخلفت زوا وابناً وبناتاً مسئلتهما من أربعة وقدمت عن سهم لا ينقسم ولا
يوافقها فاضرب مسئلتهما في المسئلة الأولى تكون أربعة وعشرين منها تصح المسئلان من له شيء من
المسئلة الأولى مضر وباله في أربعة ومن له شيء من المسئلة الثانية مضر وباله في السهم الذي ماتت
عنه الثانية (مسئلة) فان لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على مسئلته ووافقها فاضرب
وفق المسئلتين في المسئلة الاولى فاجتمع صحت منه المسئلان مثال ذلك أن تخلف ابنتين وابنتين
المسئلة من ستة ثم مات أحد الابنتين وخلف امرأة وبناتاً وثلاثة بنين ابن مسئلته من ثمانية أسهم وقد
مات عن سهمين توافق مسئلته بالنصف فاضرب نصف مسئلته في المسئلة الاولى تكن أربعة
وعشرين منها تصح المسئلة

(فصل) في قسم التركات اذا أردت قسمة التركات وكانت دنانياً ودرهم أو ما يكال ويوزن
ويجمع في القسم فصحح الفريضة على الورثة ثم اضرب سهام كل وارث في عدد التركة فاجتمع
قسمة على سهام الفريضة فخرج فهو نصيبه وان شئت قسمت التركة على المسئلة فخرج ضربتسه
في سهام كل وارث فخرج فهو نصيبه فان وافق عدد التركة سهام المسئلة تخلفها جميعاً ثم اعمل
في وفقها ما كنت عاملاً فيها اما أن تضرب سهام كل وارث في وفق التركة فاجتمع قسمة على وفق
المسئلة فخرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسئلة فخرج بالقسمة ضربته

﴿ من لا ميراث له ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا
ان ابن الأخ للام والجد أبا الأم والعم أخا الأب للام والخال والجد أم أبي الأم وابنة الأخ للاب والام
والعمة والخال لا يرثون بارحامهم شيئاً قال وانه لا يرث امرأة هي أبعد نسباً من المتوفي ممن سمي في هذا
الكتاب برحمها شيئاً وانه لا يرث أحد من النساء شيئاً الا حيث سمين وانما ذكر الله تبارك وتعالى
في كتابه ميراث الأم من ولدها وميراث البنات من أبهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الأخوات

للأب والأم وميراث الأخوات للأب وميراث الأخوات للأم وورثت الجدة بالنبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هي نفسها لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاخوانكم في الدين ومواليكم ﴿ ش ﴾ وعلى ما ذكر ابن زيد بن ثابت وأهل المدينة لا يرثون ذوى الأرحام من الرجال وهو ابن الأخ للأم والأب والأم والأخ للأم والأخ للأب والأم والعمة والخالة فيجبون العصبه ولا أهل تعصيب ومن النساء الجدة أم أبي الأم وابنة الأخ للأم والعمة والخالة والأصل في ذلك ما قدمناه قال مالك ولا يرث من النساء إلا من سمى الله عز وجل في كتابه وثبتت السنة بميراثه وهي سبعة تقدم ذكرهن وقد نص الله تعالى على ميراث جميعهن والجدة ثبت تورثها بالسنة وهذا ميراث النسب وأميراث الولاء فترث المرأة من أعتقت أو أعتقه من أعتقت قال مالك لأن الله عز وجل يقول في كتابه فاخوانكم في الدين ومواليكم والاستدلال من هذا إنما يكون بان يثبت الميراث بالولاء وأن يكون لفظ الجمع المذكر يوقع تحته المؤنث بمجرد اللفظ فيثبتتنا والآية ميراث المرأة لمن كان مولى لها والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث أهل المال ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي عن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴾ ﴿ ش ﴾ معنى قوله لا يرث المسلم الكافر يعني ميراث المسلم ما لا يخلفه كافر من كان يرثه لو كان مسلماناً أب أو ابن أو أخ أو غيرهم وإلى هذا ذهب جماعة العلماء تعلقاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم فانهى إلى قوله فكذلك لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه لكونهم ما أهل لملتين مختلفتين وإذا كان لا يرث المسلم الكافر فبان لا يرث الكافر المسلم أولى وروى عن معاذ ومعاوية وبجسار بن الحنفية يرث الكافر المسلم وقد اختلفت الإجماع على ما ذهب إليه الجمهور من أهل عصرهم (مسئلة) وأما المرتبة فلا يرثه ورثته المسامون وماله في بيت المال ووجه ذلك ما تقدم وذلك فيمن صرح بالكفر وأعلن به فلوارتد رجل فوقف للقتل وله ابنان وأب شات أحداً بينهما ورثته أقره وجاهه بنصفين ولا ميراث لبيه المرنه وان راجع الإسلام المرتبة بعد موت ابنه فلا شيء له من الميراث لأن الاعتبار بحال الموت دون غيرهما من الأحوال وهذا في حال موت ابنه لم يكن وارثاً له (مسئلة) وأما الزنيق وهو الذي يظهر منه على كفر يسره وهو مع ذلك يدعى الإسلام فاختلف فيه العلماء فقال مالك يقتل ولا يقبل منه إلايمان إذا أسرته المنية قبل أن يتوب ويراجع الإيمان وقال الشافعي تقبل توبته ولا يقتل ولا يخيبة في ذلك قولان أحدهما مثل قول مالك والثاني مثل قول الشافعي وقد تعلقنا في ذلك بقول الله تعالى فاماروا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرت بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله وقالوا عن جماعة من أهل التفسير إن البأس في الآية السيف فاذا قلنا بذلك فهل يرثه ورثته اختلاف قول مالك في ذلك فروى عنه ابن القاسم يرثه ورثته وروى عنه ابن نافع وابن الماجشون لا يرثه ورثته فقط روى ابن القاسم أنه يقتل حداً ومقتضى رواية غيره يقتل بالكفر والله أعلم وأحكم ﴿ مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب أنه أخبره أنما ورث أباطالب عقيل وطالب ولم يرثه علي قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب ﴾ ﴿ ش ﴾ قوله أنما ورث أباطالب عقيل وطالب يريد أنهما انفردا بميراثه دون علي وجعفر وذلك أن علياً وجعفر أقدم إسلاماًهما قبل موت أبي طالب وبقي

للأب والأم وميراث الأخوات للأب وميراث الأخوات للأم وورثت الجدة بالنبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هي نفسها لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاخوانكم في الدين ومواليكم

﴿ ميراث أهل المال ﴾
﴿ حديثي يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي عن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴾
﴿ حديثي يحيى عن علي بن حسين بن علي عن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴾
﴿ حديثي عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب أنه أخبره أنما ورث أباطالب عقيل وطالب ولم يرثه علي قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب

القاسم في المدونة هو على ذلك حتى يثبت اسلامه بينة (مسئلة) فان شهد لكل واحد منهما بينة وتكافأت البيتان فانهما يفتسمان أيضا وليست الصلاة عليه بشهادة تام في كونه مسالما وقال سحنون المال للمسلم مع يمينه وبينه الاسلام أولى لانهم زادوا في شهادتهم على الأخرى وهذا أيضا اذا لم يكن معروف الحال * قال القاضي أبو الحسن فان كان معلوم النصرانية ثم ادعى المسلم انه أسلم وأقام بذلك بينة فهو أولى وكذلك لو تقدم العلم بالسلام وأقاما البينة لكانت بينة المسلم أولى (مسئلة) وان كان الموروث كافرا وجميع ورثته كفارا فاحتكموا اليان فان رضوا أجمعون بحكم الاسلام ورثوا على ذلك وان أباه أحدهم ردوا الى حكم بينهم والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن اسماعيل بن أبي حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز ذلك قال اسماعيل فأمرني عمر بن عبد العزيز أن أجعل ماله في بيت المال * ش قوله فأمره أن يجعل ماله في بيت المال يريد أن من أعتق عبد نصرانيا فانه لا يرثه بالولاء لان الولاء مشبه بالنسب فاذا منع الكفر التوارث بالنسب منع التوارث بالولاء وكذلك الصهر فأما العبد يموت وله مال فان المال لسيده وليس على وجه الميراث ولكن على وجه الملك لان ارق يمنع الميراث ولذلك لا يورث بسبب وهو أقوى أسباب التوارث فكل من فيه بقية رقيق من معتق الى أجل أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد فانه لا يورث وانما يكون ماله لسيده بالملك الا المكاتب يترك وفاء فانه ان ترك ورثة أحرارا أو ترك زوجته وأولاد معه في الكتابة أو أولادا ولدوا ليسوا معه في الكتابة فان الزوجة والأولاد الذين كانوا معه في الكتابة والذين ولدوا في الكتابة يعتقون بأداء ما بقى عليه من الكتابة فباقي من المال لم ترث منه زوجته ولا أولاده الأحرار وورثه أولاده الذين كانوا معه في الكتابة والذين ولدوا فيها قاله مالك وسيأتي ذكره بعد هذا في المكاتب ان شاء الله تعالى ص * مالك عن الثقة عنده أنه سمع سعيد بن المسيب يقول أبي عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد في العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولد لها يرثها ان ماتت وترثه ان مات ميراثها في كتاب الله * ش قوله أبي عمر أن يورث أحدا من الأعاجم الا أن يولد في العرب وأما من ولد في أرض الحرب فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهم ماثبتة بينة أو لا تثبت الا بمجرد الدعوى والافرار فاما أن يسمى رجلا ن يذكرا نهما أخوان فانهما لا ينعان من الانتساب بالاخوة ولكن لا توارث بينهما وكذلك لو سببت امرأة وهي حامله طفلا تزعم انه ابنها فانه يقبل ذلك منها في انه لا يفرق بينهما ولو لم يكن مالهما لا يورثان بذلك (فرع) فلو جاءت امرأة حامل فولدت ببلد الاسلام توارثوا ولو ولدت توأمين توارثا بالاخوة لأب وأم

(فصل) فان شهدت بذلك بينة فلا يخلو أن تكون من المسلمين أو منهم فان كانت البينة من المسلمين مثل الأسرى يكونون عندهم فيعلمون ذلك ويشهدون به فانهم يتوارثون بذلك وأما ان شهد به بعضهم ممن أسلم وعرفت عدالتهم فانهم لا يتوارثون بذلك لما يتعلق بذلك من التهمة أن يشهد بعضهم لبعض بمثل هذا فيتوصلون بذلك الى قصر مواهم عليهم (مسئلة) وأما ان أسلم أهل بلد بمجملتهم فبقوا في مكانهم أو تحموا لاجتماعهم فيشهدون بذلك فانها تقبل شهادتهم لان خبرهم يقع به العلم ويبعد عن العدد الكبير التواطؤ على مثل هذا فزال التهمة ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والسنة التي لا اختلاف فيها والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقربا ولا ولدا ولا رحم ولا يحجب أحدا عن ميراثه * قال مالك وكذلك كل من لا يرث اذا لم يكن دونه وارث

وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن اسماعيل بن أبي حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولد لها يرثها ان ماتت وترثه ان مات ميراثها في كتاب الله * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والسنة التي لا اختلاف فيها والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقربا ولا ولدا ولا رحم ولا يحجب أحدا هلك قال اسماعيل فأمرني عمر بن عبد العزيز أن أجعل ماله في بيت المال * وحدثني عن مالك عن الثقة عنده أنه سمع سعيد بن المسيب يقول أبي عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد في العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولد لها يرثها ان ماتت وترثه ان مات ميراثها في كتاب الله * ش قوله أبي عمر أن يورث أحدا من الأعاجم الا أن يولد في العرب وأما من ولد في أرض الحرب فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهم ماثبتة بينة أو لا تثبت الا بمجرد الدعوى والافرار فاما أن يسمى رجلا ن يذكرا نهما أخوان فانهما لا ينعان من الانتساب بالاخوة ولكن لا توارث بينهما وكذلك لو سببت امرأة وهي حامله طفلا تزعم انه ابنها فانه يقبل ذلك منها في انه لا يفرق بينهما ولو لم يكن مالهما لا يورثان بذلك (فرع) فلو جاءت امرأة حامل فولدت ببلد الاسلام توارثوا ولو ولدت توأمين توارثا بالاخوة لأب وأم

فانه لا يحجب أحد عن ميراثه ﴿ من جهل أمره بالقتل ﴾

(٢٥٣)

أو غير ذلك ﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن وعن غير واحد من علمائهم أنه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ثم كان يوم قديد فلم يورث أحد من صاحبه شيئاً إلا من علم أنه قتل قبل صاحبه

﴿ قال مالك وذلك الأمر الذي لا اختلاف فيه ولا شك عند أحد من أهل العلم ببلدنا وكذلك العمل في كل متوارثين هلكا بفريق أو قتل أو غير ذلك من الموت إذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحدهما من صاحبه شيئاً وكان ميراثهما لمن بقي من ورثتهما يرث كل واحد منهما ما ورثته من الأحياء

﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول لا ينبغي أن يرث أحد أحد بالسك ولا يرث أحد أحد إلا باليقين من العلم والشهادة وذلك أن الرجل يهلك هو ومولاه الذي أعنته أبوه فيقول بنو الرجل العربي قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم أن يرثوه بغير علم ولا شهادة

انته مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الأحياء

فانه لا يحجب أحد عن ميراثه ﴿ ش وهذا على ما قال انه لا يرث المسلم الكافر بقربة ولا ولا رحم ولا مصاهرة ولا يحجب من وجوده وعدمه سواء في الحجب فلا يرث رجلان مسلمين ولا يرث أبوا كافرا وأخاهما ورثه أخوه دون أبيه ولو ترك أبو بن مسلمين وأخوين كافرين لورثت الأم الثلث ولم يحجبها الأخوان الكافران عن الثلث إلى السدس لأن من لا يرث لا يحجب ومعنى ذلك أنه ليس من أهل الميراث فأما من كان من أهل الميراث فانه قد يحجب وان لم يرث فان منع غيره عن الميراث كالأبوين والأخوين من المسلمين فان الأخوين لا يرثان لأن الأب يحجبهما وهما يرثان الأم إلى السدس وكذلك الأخوة من الأم والأخوة للاب مع الزوج والجد فانه لا يبقى بعده ميراث الزوج والجد إلا الثلث والأخوة للام يحجبون الأخوة للاب عنه لأنهم أهل فرض والأخوة للاب عصبة ولا حق للعصبة مع ذوى الفروض ثم الجدي يحجب الأخوة للام عنه لأنه لا يرث الأخوة للام مع وجود وارث ذكر من عمود النسب والله أعلم وأحكم

﴿ من جهل أمره بالقتل أو غير ذلك ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن وعن غير واحد من علمائهم أنه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ثم كان يوم قديد فلم يورث أحد من صاحبه شيئاً إلا من علم أنه قتل قبل صاحبه ﴿ قال مالك وذلك الأمر الذي لا اختلاف فيه ولا شك عند أحد من أهل العلم ببلدنا

ش قوله انه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ويوم قديد وذلك ان هذه الايام كانت فيها حروب شداقتل في كل واحدة منها عدد عظيم من الناس حتى تناول ذلك كثيرا من كان يتوارث فجعل المقتول منهم أولا فلم يكن بينهم توارث لذلك ومثال ذلك ان يكون اخوان لابوين فيقتتلان في مثل ذلك اليوم فلا يعلم أيهما قتل أولا فهنا لا يرث أحدهما من الآخر وان كان لا يحجب عن ماله ويرث كل واحد منهما من بقي من ورثته ان كان بقي له وارث خاص فان لم يبق له وارث خاص فبقيت المال ص ﴿ قال مالك وكذلك العمل في كل متوارثين هلكا بفريق أو قتل أو غير ذلك من الموت إذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحدهما من صاحبه شيئاً وكان ميراثهما لمن بقي من ورثتهما يرث كل واحد منهما ما ورثته من الأحياء

﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول لا ينبغي أن يرث أحد أحد بالسك ولا يرث أحد أحد إلا باليقين من العلم والشهادة وذلك أن الرجل يهلك هو ومولاه الذي أعنته أبوه فيقول بنو الرجل العربي قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم أن يرثوه بغير علم ولا شهادة

انته مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الأحياء

قال مالك ومن ذلك أيضا
الاخوان للاب والام
موتان ولأحدهما ولد
والآخر لا ولده ولهما أخ
لأيهما فلا يعلم أيهما مات
قبل صاحبه فبراث الذي
لاولده لأخيه لأبيه وليس
لبنى أخيه لأبيه وأمه
شيء قال مالك ومن ذلك
أيضا أن تهلك العمه وابن
أخها وأبنة الأخ وعمها ولا
يعلم أيهما مات قبل فان لم
يعلم أيهما مات قبل لم يرث
العم من ابنة أخيه شيئا ولا
يرث ابن الأخ من عمته شيئا
ميراث ولد الملاعنة
وولد الزنا

حدثني يحيى عن مالك أنه
بلغه أن عروة بن الزبير كان
يقول في ولد الملاعنة وولد
الزنا أنه إذا مات ورثته
أمه حقه في كتاب الله
عز وجل وأخوته لأمه
موقوفهم ويرث البقية
مولد أمه إن كانت مولاة
وإن كانت عربية ورثت
حقها وورث أخوته
لامه حقوقهم وكان مابق
للمسلمين قال مالك
وبلغني عن سليمان بن
يسار مثل ذلك قال
مالك وعلى ذلك أدركت
أهل العلم ببلدنا

(فصل) وقوله ولا يرث أحد أحد بالشك ولا يرث الابن من العلم والشهداء يريدان يعلم ذلك
الشهداء ويتقنونه ثم يشهدون به وإذا لم يثبت ذلك بشهادة أهل العدل لم يرث بعضهم من بعض
(مسألة) ويعلمون حياة الوارث حين وفاة الموروث وحياة الموروث قبل وفاته فأما من لم تعلم
حياته فلا يرث ولا يرث فاذا ولد مولود فعلمت حياته بصراخه ورث وورث وإن لم يصرخ لم يرث
ولم يرث وروى أبو غالب الفرضي سئل مالك عن المولود يولد فيترك أو يرضع ويعطس أو
يمكث يوما وليلة وهو حي يتنفس ويرضع أو أكثر من يوم وليلة ولم يستهل صار خا أنه لا يرث ولا يرث
ولا يصلى عليه والاستهلال الصراخ وهو البكاء والصياح خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أن
حركته دليل على حياته والدليل على ما نقوله أن هذه حركة عريت عن الصراخ فلم يدل على الحياة
كالاختلاج (فرع) فأما طول الرضاع فقد تقدم أنه لا يدل على الحياة وقد قال القاضي أبو محمد أن
أقام أياما فانها تثبت بذلك حياته وجه القول الأول أنها حركة عريت عن الصراخ كالملة القليلة ووجه
القول الثاني أن من الحركات ما ينسب إليه الاختلاج فلا يدل على الحياة ومنها ما يدل على الحياة وهذا
موجود ومشاهد في الكثير وإنما الجواب عن هذا المسألة أنه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم
الصراخ وذلك معلوم بالعادة وذكر القاضي أبو محمد أنه اختلف في العطاس (مسألة) فان ماتت
أمه أو موروثه قبل أن يستهل صار خا ثم استهل فقد روى أبو غالب أن الاستهلال
نابت له بصراخه ووجه ذلك أنه يعلم وجود حياته في وقت موت موروثه والله أعلم وأحكم
قال مالك ومن ذلك أيضا الإخوان للاب والام موتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولده ولهما أخ لأيهما
فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فبراث الذي لاولده لأخيه لأبيه وليس لبنى أخيه لأبيه وأمه شيء قال
مالك ومن ذلك أيضا أن تهلك العمه وابن أخها وأبنة الأخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما
مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيئا ولا يرث ابن الأخ من عمته شيئا ش وهذا على ما قال أن
الاخوان للابوين إذا ماتا ولا أحدهما ولدا ولا أخرا ولده ولهما أخ للاب فلا يعلم أي التثنيين مات أولا
فبراث الذي لاولده لأخيه لأبيه وميراث الأخ لأبيه ولا يرث أحد التثنيين من الآخر لأنه قد جهل
أولهما موتا وعلى ذلك آثار المواريث والله أعلم وأحكم

ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا

عن مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير قال يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا أنه إذا مات ورثته أمه
حقه في كتاب الله عز وجل وأخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية مولد أمه إن كانت مولاة وإن كانت
عربية ورثت حقها وورث أخوته لأمه حقوقهم وكان مابق للمسلمين قال مالك وبلغني عن
سليمان بن يسار مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ش قوله إن ولد
الملاعنة ترثه أمه وأخوته لأمه ومعنى ذلك أنهم يتوارثونه على سنة كتاب الله تعالى لأمه الثلث إن لم
يكن له اخوان فأكثر فإن كان له اخوان فأكثر فلا أمه السدس ولا أخيه السدس فان كانوا أكثر من
ذلك فهم شركاء في الثلث وأما زوج أمه الذي انتفى منه بالعان فلا توارث بينهما ولو أ كذب نفسه
واستلحقته وذلك في حياة الابن فان الأب يجلد حد الفرية ويلحق به الولد فيتوارثان وإن استلحقته
وأ كذب نفسه بعد موت الابن فلا يخوان يكون للابن ولدا ولا يكون له فان لم يكن له ولد جلد الحد
ولم يرثه وإن كان له ولد ذكر أو أنثى جلد الحد وورثه مع ولده ووجه ذلك أنه لما يستلحق الحي فاذا

مات ولم يخلف ولدا يلحق بنسبه بالاستحقاق ولم يكن للاستحقاق تأثير ولا معنى واذا ترك ولدا صح استحقاقه وثبت نسبه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولوفى الزوج حمل امرأته بلعان فولدت توأمين فانهم ما يتوارثان اخوة لآب وأم فان مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه ورثت أمه الثلث وورث أخوه الباقي ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحمل ولدت قبل هذا الحمل فأت أحدا التوأمين فان الولد الذي ولدت له حال الزوجية أخو المتوفى لأمه فيرث منه السدس وترث أمه السدس ويرث الباقي التوأم معه وأما ولد الزنا فلأن مقتضبة أو زانية ولدت توأمين في بطن فانهم ما يتوارثان بالأمومة خاصة والفرق بينهما أن ولدا الملاعنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه وأما ولد المقتضبة وولد الزانية فليس في الوطء الذي هما عنه شبهة وانما هو محض الزنا فليس بينهما نسب الا بالأمومة وأما ولد المسيية تخرج من دار الحرب حاملا فان التوأمين عند المغيرة اخوان وذكريا بن سحنون في كتاب السرهما اخوان لأم وأب وبه قال القاضي أبو الحسن قال والفرق بين توأحي الزنا والمقتضبة انهما وان كانا لا يعرف لهما أب الآن فانه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأحي الزنا فانه لا يثبت لهما أب بوجه والله أعلم

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾
(كتاب العتاقة والولاء)
﴿من أعتق شركا له
في مملوك﴾

﴿حدثني مالك عن عبد
الله بن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال
من أعتق شركا له في عبد
فكان له مال يبلغ ثمن
العبد قوم عليه قيمة العبد
فأعطى شركاؤه حصصهم
وعتق عليه العبد والافتد
عتق منه ما عتق

(فصل) وقوله ورث البقية موالى أمه ان كانت مولاة يريدها من عصبة الذين أعتقوا أمهم من موالهم فهم يرثونه بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه وقوله وان كانت عربية ورثت حقه او ورث اخوته لأمه حقوقهم وكان مابق للمسلمين يريدها أن تكون عربية باقية على أصل الحرية ولو كانت عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم وأما الحرية فان عسيريها ليسوا بعصبة ولدها وانما هم اخوة له فلا حق لهم في الميراث وأما الولاء فان الرجل يرث من نعمته أخته وابنته لان له حكم التعصيب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما وارث المتلاعنين فان مات أحدهما قبل تمام اللعان فان كان الزوج أكل لعانه ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها إلا أن تخمس بالغضب فانه يرثها ولو مات الزوج بعدما التعن وتم لعانه بالخمس فانه يقال للمرأة التعنى وادرتى عن نفسك العذاب فان التعنت تم بذلك اللعان بينهما ما وجبت الفرقة ولم ترثه وان نكحت عن اللعان فلها الميراث من زوجها وعليها الجلدان كانت بكر او الرجم ان كانت محصنة ووجه ذلك أن تمام اللعان بينهما تقع الفرقة ويبطل الميراث * والله أعلم وأحكم

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾
(كتاب العتاقة والولاء)
﴿من أعتق شركا له في مملوك﴾

ص ﴿مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد
فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العبد فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والافتد
عتق منه ما عتق﴾ ش قوله من أعتق شركا له في عبد لفظ عام في كل معتق فان كان العبد مساميا
لمسامين فأعتق أحدهما حصته قوم عليه الباقي على ما يأتي بعدهما وان كان العبد نصرانيا لمسامين
فأعتق أحدهما حصته في الموازية وغيرهما يقوم على المعتق منهما وكذلك اذا كان العبد مساميا
لنصرانيين يريدها ان العبد المسلم لنصرانيين يعتق أحدهما حصته يقوم على المعتق حصته ثم يكتوب به
قال الشيخ أبو القاسم حكاة عنه القاضي أبو محمد وحكى عن المذهب في التقويم قال وجه ذلك أن

تكميل العتق من حقوق الله تعالى والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى قال ووجه ايجاب التقويم ان في تكميل العتق ثلاثة حقوق أحدها لله تعالى والثاني للشريك والثالث للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصراني المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصراني ومسلم وإذا كان العبد نصرانياً للمسلم ونصراني فأعتق حصته المسلم قومته عليه حصة النصراني وإن أعتق النصراني حصته قال ابن القاسم لا يقوم عليه حصة المسلم لأن العبد النصراني لو كان جميعه للنصراني فأعتق بعضه أو جميعه لم يحكم عليه بهتقه سجنون وقال غيره يقوم عليه ووجه ذلك أنه حكم بين مسلم ونصراني فطلب فيه حكم الاسلام كالأول كان العبد المسلم لنصراني ومسلم وأما ان كان العبد النصراني لمسلم ونصراني فابتدأ المسلم العتق فانه تقوم عليه حصة النصراني وإن أعتق النصراني فلا تقويم عليه عند ابن القاسم وأشهب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون تقوم على من أعتق منهما وجه القول الأول ان العبد المعتق والمبتدئ لعتقه هما نصرانيان فليس لحاكم الاسلام أن يحكم بينهما ووجه القول الثاني أن الحق في ذلك للشريك وهو مسلم فان لم يحكم فيه بحكم الاسلام (مسئلة) ولو كان العبد لعبد وسر فأعتق العبد حصته ففي الموازنة لا عتق له إلا باذن السيد فان أذن السيد في ذلك قوم في مال السيد كان للعبد مال أو لم يكن وكذلك لو كان بغير اذنه ثم أجاز قال سجنون في كتاب ابنه ويستوعب في ذلك مال السيد وان احتجج الى بيع رقة العبد قال سجنون وهو في العتبية لأصبح عن ابن القاسم لو قال السيد قوموه على العبد فيأيد لم يقوم عليه ووجه ذلك ان الجناية في هذا انما هي من قبل السيد لانه لو لا اذنه لم ينفذ عتق العبد فوجب أن يكون في ماله ثم ان شاء هو أن ينتزع مال العبد كان له ذلك

(فصل) وقوله ان من أعتق شركه في عبد يرد نصيبه في عبد وذلك يقتضي نفاذ عتقه في حصته وقد قال مالك سواء أعتق باذن شركه أو بغير اذنه لا بد أن يقوم أو يعتق ووجه ذلك انه حق لله تعالى فلا يجوز اذن السيد فيه

(فصل) وقوله فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه يقتضي والله أعلم أنه ان كان موسراً بشئ العبد ثبت عليه حكم التقويم على ما نذكره بعده هذا فلو كان معسراً قبل لشريكه التقويم عليه أم لا قال مالك في كتاب ابن المواز لشريكه أن يقوم عليه حصته ويتبعه في ذمته وقال ابن القاسم في المونة ليس له ذلك ووجه قول مالك ما احتج به من ضرر التأخير على الذي لم يعتق ولا ضرر في ذلك على المعتق وهو جان فلا يجني عليه أن يتبع ذمته بجنائيه وهي ما أدخل في حصته من ضرر شركه المعتق ووجه قول ابن القاسم ان هذا متعلق بماله دون ذمته فليس لشريكه أن يعلق ذلك بذمته والله أعلم (مسئلة) ولو كان معسراً يوم العتق فرفع الى الحاكم فحكم بسقوط التقويم ثم أيسر فلا يقوم عليه ولو لم يرفع حتى أيسر ففيه روايتان احدهما اثبات التقويم عليه والاخرى نفيه قال القاضي أبو محمد وجه اثبات التقويم عموم الخبر قوله صلى الله عليه وسلم فكان له مال وذلك عام في جميع الاوقات ومن جهة المعنى أن هذا موسراً حين التقويم عليه لم يحكم بعسره قبل ذلك فانه التقويم كالذي أيسر يوم العتق ووجه الرواية الثانية أن هذه جنائية فكان الاعتبار بيسر الجاني يوم الفعل دون يوم الجنائية كسائر الجنائيات وفي هذا الدليل نظر لان سائر الجنائيات متى أيسر بعد ذلك لزمه ارش الجنائية (مسئلة) ومما يعلم به عسره أن لا يكون له مال ظاهر ويسأل عنه جيرانه ومن يعرفه فان لم يعلمه وأماله أحلف ولم يسجن قاله عبد الملك في كتاب ابن سجنون قال سجنون وقاله

أحجبا بن جميعا إلا السير فلا يستخلف عندهم وجه القول الأول أن ظاهر عدمه يكفي منه ما تقدم فيلزمه أن يحلف ليبرأ بباطنه كالمنس بالدين ووجه القول الثاني أن هذه عين نكاحها لم يسجن ولا قضى عليه بالمال فلا تأثير لها فوجب أن يبطل (مسئلة) قال مالك في الموازية وتباع في ذلك داره وشوار بيته وكسوته من فضول الثياب ويترك له كسوة ظهره وعيشه الأيام قال أشهب إنما يترك له ما يواريه لصلاته قال عبد الملك إنما يترك له ما لا يباع على المنس ووجه ذلك أن حكمه حكم المنس بل أشد لتعلق حق العتق به ومن تعلق حق العتق بماله لم يترك له إلا ما يواريه للصلاة كالرقبة تلزمه لظهاره (مسئلة) وإن كان له مدبرون أو معتقون إلى أجل فالحكم للقيمة في مثل هذه لبعده وأما ديونه فإن كانت على أملاء حضور وأمداء قريب قومت في ذلك وتبعض ذمته وإن كانت منسية أو أهلها غيب فلا يس عليه أن يخرج منها عبده قاله ابن الماجشون وفي كتاب ابن المواز ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع وينتظر له ثلوه مالا ضرر فيه (مسئلة) ومتى برأى حاله قال ابن نافع إنما ينظر إلى حاله يوم التقويم فإن كان له مال قوم عليه وإن كان يوم العتق معسرا وقال مطرف عن مالك أن كان أعنتق وهو معسر فإن كان عدمه بينا عند الناس كلهم ثم أيسر فلا تقويم عليه إلا أن يكون العبد غائبا وروى ذلك كله ابن حبيب ووجه القول الأول أن حل العبد إنما يعتبر حل التقويم فكذلك حال العتق

(فصل) وقوله من أعتق شركا له في عبد يحتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق ويحتمل أن يكون بغيره ما إذا تضمن معنى العتق وقال مالك في العتبية والموازية في عبيدين رجلين قال أحدهما للعبد قد وهبتك نصيب منك فإنه يعتق ويقوم عليه حصته شريكه كالأول قال لعبد يملك جميعه وهبتك نفسك لكان عتقا وقاله سحنون ومعنى ذلك أن ما عتق به الكل عتق به البعض كلنظ العتق (مسئلة) ولا يخلو أن يكون عتق الجزء من العبد معجلا أو مؤجلا فإن كان معجلا ففي كتاب ابن المواز وابن سحنون فحين أعتق حصته من عبد إلى سنة عن مالك والمغيرة وابن القاسم يقوم عليه الآن ليعتق إلى الأجل قال سحنون وقال آخرون إن شاء التمسك قوم عليه الساعة وكان جميعه حرا إلى السنة وإن شاء تماسك وليس له بيعه قبل السنة إلا من شريكه فإذا تمت السنة قوم على مبتدئ العتق بقيمة يوم التقويم وقاله عبد الملك بن الماجشون وهذا إن تماسك الثاني ولو عجل الثاني العتق فروى عيسى عن ابن القاسم يقوم خدمته إلى السنة فيؤخذ من معجل العتق ويدفع إلى صاحبه قال ثم رجع وقال يقضى عليه بعتق نصفه الآن ونصفه إلى سنة ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته ولاؤه لغيره (مسئلة) ولو بطل الأول وأجل الثاني ففي المدونة لابن القاسم يفسخ ما صنع ويضمن شريكه حصته وكذلك لو دبر حصته قال ابن سحنون ورواه عن مالك أشهب وابن نافع وحكى الشيخ أبو القاسم أن أعتق الثاني حصته إلى أجل أو كاتب أو دبر وشريكه موسر لم يكن ذلك له ولو كان معسرا جاز ذلك قال القاضي أبو محمد إذا أعتق الثاني إلى أجل فهو كمن لم يعتق ودفعته إليه القيمة ونجز العتق وقال عبد الملك يقع العتق منجزا منهما ورواه ابن سحنون عن المغيرة قال لأن الثاني ترك التقويم واستثنى من الرق ما ليس له (مسئلة) ولو أعتق أحد الشركاء حصته بعد اعتاق المعسر لم يقوم عليه حصص شركائه قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك أن الجناية لتبعض العتق وقعت من غير جهته وسابقة لاعتاقه والتقويم إنما يلزم بالجناية

(فصل) وقوله فإن كان له مال يبلغ ثمن العبد يد حصه الاشتراك منه قوم قدية عدل ومعنى ذلك

أن يكون له مال يبلغ قيمة ما بقي من العبد قال فان كان له مال يبلغ بعض ذلك فقد روى القاضي أبو محمد يقوم عليه من نصيب شريكه بقدر ماله فيعتق عليه ويبقى ما زاد على ذلك لشريكه على حكم الرق قال سحنون ان وجد عنده بعض القيمة عتق منه بقدر ذلك ما لم يكن تافها لا ينزع مثله لغرمائه من الثوب له والفضل في قوته والشئ الخفيف قال القاضي أبو محمد رضى الله عنه وذلك انه يقتضى أن ما يعتق عليه باقية بتقويم السلطان لا قبل ذلك ومعنى ذلك ان لشريكه أن يعتق حصته ان شاء وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتية وروى أشهب عن مالك في الموازية ولو أقام شهرا أو خمسة أشهر ساكتا كان له أن يعتق ومعنى ذلك انما يعتق عليه بالحكم لا بالسراية قال القاضي أبو محمد وروى أظهر الروايتين ومعنى ذلك انه اذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أولا فان أراد أن يعتق فذلك له دون المبتدى بالعتق وان لم يرد المبتدى بالعتق اتمام عتق العبد وقد قيل في المبتدى يعتق نصيبه يعتق عليه بالسراية قاله الشيخ أبو القاسم وانه ضامن لنصيب شريكه قال القاضي أبو محمد وروى قول الشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق العبد فشرط في عتقه التقويم ومن جهة المعنى أن تصرف الانسان في ملكه لا يسرى الى ملك غيره كالبيع ولان التقويم لازالة الضرر عن الشريك انما يكون بالحكم كالشفعة وقد قال القاضي أبو محمد في معونته لا يعتق بالسراية في أظهر الروايتين وهذا يقتضى رواية أخرى ان العتق يكون بالسراية ووجه هذا القول انه أعتق بعض عبدا فيكمل عليه باقية فوجب أن يكمل بالسراية كما لو كان جميعه له (فرع) فاذا قلنا لا يكمل الا بحكم فقد قال القاضي أبو محمد وغيره ليس للشريك أن يقول أنا رضى ببقاء حصتي على حكم الرق ولا أريد التقويم على مبتدى العتق وروى البصريون عن مالك لا ينظر الى قول العبد لا أريد تكميل عتقي ووجه ذلك انه حق لله تعالى متعلق به فليس للسيد ولا للعبد اسقاطه كما ليس لواحد منهما رد عتقه (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قوم عليه قيمة عدل يريد قيمة لازية فيها ولا نقص وفي الموازية يعتق عليه بما أفاد بعد عتق الجز منه من مال أو ولد من أمته ولو كانت أمة قومت بالمها وولدها وكذلك لو دخله عيب فانما عليه قيمته يوم الحكم قاله مالك وابن القاسم وابن وهب وأشباههم * قال مالك في العتية في العبد الزارع ينقص ثمنه بالفسطاط يقوم بموضعه ولا ينقل الى الفسطاط وفي العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم في جارية بين رجل وزوجته أراد شراءها فأبى عليه زوجته فزادها حتى بلغت ستمائة دينار فشاور الخزومي واستغلاما فقال له أعتق حظك منها ولا يلزمك إلا القيمة ففعل فرجع الى ابن عمر فأمر بإعادة النداء عليها فان زيدا على ستمائة والألزمها بالستمائة فاستحسن ذلك وكان ابن أبي حازم يقول دهر المسكين دهر وقد قال مالك فحين أعطى برأسه ثمنه ثم قتله رجل بحدثن ذلك يلزمه الأكر من الثمن أو القيمة قال أبو بكر بن محمد قال سحنون لا يلزمه إلا القيمة (مسألة) ولو ادعى مبتدى العتق فيه عيبا كالاباق والسرقة وأنكر ذلك المتمسك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم من رواية ابن حبيب عن أصبغ عنه فقال لا يحلف بدعواه ويقوم سليما ثم رجع فقال يحلف قال أصبغ وبأخذ وجه القول الاول اننا مجرد دعوى فلا يتعلق بها يمين في عيب كالمشتري يدعى عيبا فيما اشتراه ووجه القول الثاني ان المعتق يدعى على المتمسك بالرق ما يوجب نقص القيمة ويضيف ذلك الى عامه فلا يستحق جميعها عليه الا بعد يمينه (فرع) فاذا قلنا انه لا يحلف بمجرد الدعوى فأقام شاهدين فانه يقوم معيبا وان أقام شاهدا واحدا أحلف فان نكل حلف المتمسك

ما علم بما ذكر من الغيب قاله مالك في العتية والواضحة وقال ابن المواز لا يوجب الشاهد على العبد
 يمينا وقال أشهب وابن عبد الحكم يخلف المتمسك إذا شهد بالغيب غير العبد والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقوم عليه لفظ يقتضي أن المبتدئ بالعتق واحد ولو كانا اثنين
 ابتداء بالعتق معا فإنه يقوم عليهما فلو كان لاحد الشر كاء نصفه وللآخر ثلثه والثلث سدسه فأعتق
 صاحب الثلث والسدس معا فمالك في الموازية يقوم على كل واحد منهما بقدر ماله فيه كالشفعة في
 اختلاف الانصباء قال سحنون وهو قول ابن القاسم وأشهب قال ابن المواز وقال المغيرة يقوم بينهما
 بنصفين وكان يقول بالأول ثم رجع عنه قال سحنون وبالقول الثاني قال عبد الملك ورواه
 ابن نافع عن مالك ووجه القول الأول أنه حق يتعلق بالمال لازالة الضرر عن الشركا، فكان
 على قدر الانصباء كالشفعة ووجه القول الثاني أن الموجب للتقويم عليهما الجناية بالعتق وذلك
 لا يختلف بقله السهم وكثرته فوجب أن يستويافي ذلك (فرع) فإن كان أحدهما معسرا والآخر
 موسرا ففي الموازية أن مالكا وأصحابه أجمعوا على أنه يتم عتقه على الموسر وروى ابن حبيب عن
 مالك أنه لا يقوم عليه الا ما كان يقوم عليه لو كان صاحبه موسرا قال ابن حبيب وهو قول جميع
 المصريين قال ورواه سحنون عن مالك عن عبد الملك وقوم من أصحابنا لم يسهمهم وجه القول الأول
 أن الموسر لو انفرد بعتق نصيبه للزومه قيمة باقي العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شيء فلم يكن لجناية
 المعسر تأثير كما لو انفرد كل واحد منهما ووجه القول الثاني أن الجناية موجودة منهما وهي توجب
 التقويم فلم يقوم على أحدهما الا على حسب ما يقتضيه اشتراك كالأول كالمليين (مسألة) ولو أعتق
 أحدهما أولا وهو معسر ثم أعتق الثاني بعده وهو موسر ففي كتاب ابن حبيب قال مالك وجميع
 أصحابه لا يقوم على الثاني وقال ابن نافع يقوم على الثاني ان كان مليا وعاب ذلك ابن حبيب قال
 سحنون واحتج ابن نافع لذلك فقال رأيت أن أراد المتمسك أن لا يقوم ويرضى بالضرر وأبى العبد
 أليس ذلك للعبد يد أن ذلك فيه حق للعبد والثاني قد أدخل فيه من تبعض العتق ما أدخله الأول
 فاذا لم يكن للعبد أن يقوم على الأول لعسره قوم على الثاني ووجه قول مالك أن التقويم انما يختص
 بمن ابتداء العتق ولذلك لا يلزم الشريك المتمسك بارق وعندما عدوم في الثاني لأنه لم يبتدئ العتق
 فلا يلزمه التقويم (فرع) ومن ورث جزءا من أبيه لم يتم عليه عتقه ثم ان ابتاع مارق منه شيئا أو وهب
 له أعتق ذلك الجزء فقط ولم يتم عليه باقية قاله مالك في الموازية وروى سحنون عن ابن نافع يقوم عليه
 الباقي ووجه ذلك أن الجزء الذي أعتق عليه بالميراث هو ابتداء الضرر في الملك ولم يكن من فعله
 فلا يقوم عليه ثم ما ابتاع بعد ذلك لم يقوم عليه باقية لان ابتداء الضرر قد وقع بجزء الميراث ولا صنع له
 فيه ولذلك قال الشيخ أبو محمد وذلك اذا اشترى أو قبل الهبة بعدما ورث منه ووجه ذلك أن الميراث
 معنى يعتق به عليه ما ملك منه فلم يمنع من أن يعتق عليه ما ابتاع منه بعده كالأول ابتاع جزءا فاعتقه ثم ابتاع
 جزءا آخر (فرع) ولو وهب له جزء ممن يعتق عليه فقبله تم عليه عتقه وان لم يقبله عتق الجزء
 وحده رواه ابن المواز عن مالك وقال ابن الماجشون ان قبضه أو لم يقبله لا تقويم عليه ويعتق
 ذلك النقص وقال ابن حبيب عن أصبغ في الهبة ان لم يقبله لم يعتق منه شيء ووجه القول الأول أنه اذا
 قبله فقد وجد القبول لا دخال الضرر في العتق كالأول ابتاعه واذا لم يوجد منه القبول فلم يوجد من جهته
 ضرر فلا يقوم عليه كالأول ورثه ووجه قول ابن الماجشون ان قبوله لا تأثير له في رد الهبة ومنع
 ما وهب من العتق فلم يوجب ذلك التقويم عليه كالأول قبل ما ورث ووجه قول أصبغ ان الهبة لا تتم الا

بالقبول فاذا لم يوجد القبول لم تصح الهبة واذا لم تصح لم يعتق منه شيء

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فاعطى شركاؤه حصصهم يريد والله أعلم اعطى كل واحد منهم بقدر ماله في العبد من القيمة التي لزمت المعتق بالتقويم واعتق عليه العبد يدان العتق يكون له ومعنى ذلك ان ولاء العبد يكون له لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انما الولاء لمن يعطى الورق ومن جهة أخرى وانما الولاء لمن أعتق وقد وجد منه الاصران العتق واعطاء الورق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والافقد عتق منه ما عتق ظاهره انه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لانصاله بحديثه وليس فيه ما ينفي ذلك وكذلك واهماله وعبيد الله بن عمر وقال أيوب عن نافع من أعتق نصيبه في مملوك أو شركاه في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقية عبد فهو عتق قال نافع والافقد أعتق منه ما أعتق قال أيوب لا أدري أشئ قاله نافع أو شيء في الحديث وقول مالك وعبيد الله أولى لانهما قد حقه الرواية ولم يشكوا ومالك وعبيد الله أثبت من نافع ومن أيوب وان كان أيوب ثبتا فقد ما فيه وذلك يقتضي انه يقتضي بالعتق عند عمر مبتدىء العتق على من أعتق منه وهذا يمنع الاستسعاء وقال أبو حنيفة يستسعى العبد في قيمته والدليل على ما نفعه الحديث المتقدم والا فقد عتق منه ما عتق ومن جهة المعنى انه استسعاء فم يكن لازما كالكتابة والعبد لم يحز ولاء سيده المتسلك بنصيبه فكالا ياترهما الاستسعاء قبل أن يبدأ العتق فكذلك بعده (مسئلة) اذا ثبت ذلك فال كان عنه من المال مائة وم منه بعض ما بقي من العبد على حكم الرق عتق منه بقدر ذلك واسترق الباقي المتسلك بالرق ويجرى الحكم بينه وبين سيده في عمله وغلته ونفقته على ما تقدم في كتاب الوصايا من حكم المعتق بعضه والله أعلم (مسئلة) وهذا الحكم في عبد مشترك فأما ان أعتق شقصا من عبده فانه يعتق عليه باقيه ووجه ذلك أنه يكمل عليه عتقه اذا كان الباقي لغيره وبزوال عنه ملك الغير ويجبر على شرائه فبأن يكمل عليه عتقه وهو ملك له أولى وأخرى ولانه لما كان باقي العبد له كان موصرا بعتقه والله أعلم (فرع) وهل يعتق عليه بالحكم أو بالسرية قال القاضي أبو محمد اختلاف في ذلك عن مالك فغنه فيه روايتان احداهما بالحكم والثانية بالسرية وجه قولنا يعتق عليه بالحكم انه عتق يقيم على مبتدئ فثبت بالحكم كالذي يعتق حصته من عبد مشترك ووجه القول بالسرية ان العتق يبني على التغليب والسرية فاذا بعضه في حق نفسه سرى الى جميعه كما لو قال يدك حر أو رجلك حر ص قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا في العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهما من الأسهم بعد موته انه لا يعتق منه الا ما أعتق سيده ومعنى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان خيرا في ذلك ما عاش فاما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقي من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق ما بقي من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤا العتاق ولا أنبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذي اعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك في مال غيره الا أن يوصى بان يعتق ما بقي منه في ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو في ثلث مال الميت لأنه ليس على ورثته في ذلك ضرر

قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا في العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهما من الأسهم بعد موته أنه لا يعتق منه الا ما اعتق سيده ومعنى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان خيرا في ذلك ما عاش فاما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقي من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق ما بقي من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤا العتاق ولا أنبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذي اعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك في مال غيره الا أن يوصى بان يعتق ما بقي منه في ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو في ثلث مال الميت لأنه ليس على ورثته في ذلك ضرر

المال ينتقل عنه إلى الورثة بموته وليس له منه الامتسك به من ثلثه ولم يمتسك إلا بما أوصى بعتقه
وقد قال مالك لو رثته باقي العتق فلا يعتق عليهم وهم لا يحبوا العتق فساكن ذلك بمنزلة من أعتق
شقصه من عبد وليس له مال غير ذلك الشقص فان باقية يرق والله أعلم

(فصل) ولو أوصى أن يعتق عليه في ثلثه فقد قال مالك يقوم في ثلثه ووجه ذلك انه قد تمسك بهذا
القدر من ماله فازم أن يعتق عليه فيه كالحى الغنى

(فصل) وليس لشركائه أن يأبوا ذلك ويأزمهم ويأزم ورثته يريد انه إذا أوصى بذلك لم يكن لو رثته
الامتناع منه اذ الثلث يحمله ولا يكون لشريكه الامتناع منه لأنه قد رزقه أن ينفذ عتقه أو يقوم على
الموصى قال سحنون للتمسك أن يعتق نصيبه ولا يقوم وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال
وقال مطرف عن مالك ليس لشريكه أن يعتق ويأزمه التقويم كما لو أعتق الشريك جميعه فاما قول
ابن الماجشون فلان هذا مبتدئ عتق عبد مشترك فكان لشريكه انفاذ عتق حصته كما لو أنفذ
عتق ذلك الشقص وهو صحيح والذي رواه مطرف عن مالك يحتمل أن يكون على قول من قال
يعتق بالسراية قال سحنون ورأيت رواية لابن وهب عن مالك وهى وهم لا يعرفها اذا أبى شريكه
فانه يعتق منه ماله فقط وباقي الثلث للورثة

(فصل) وقوله وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت بعد وفاة الموصى وكان مخيرا في ذلك
ما عاش يريد ان من أوصى بعتق شقص من عبده أو بعتق شقص له من عبده سائر لغيره فانه
لا يقوم عليه الآن ولا يعتق عليه سائر لان عتقه بعد لم يأزم وانما يأزم بموته من ذلك لان الرجوع
عنه في حياته (مسألة) ومن أعتق بعض عبده في مرضه كمل عليه باقية في ثلثه ولو أوصى
بعتق جزء منه بعد موته ففي تكميله روايتان احدهما وجوبه والاخرى نفيه وجه الرواية الأولى
انه مختار لتبعض العتق فزاد التقويم في ماله كما لو أنفذ عتقه ووجه الرواية الثانية انها وصية
بعتق بعض عبد فالعتق انما يقع بعد موته وحينئذ يوجد التبعض منه بوقوع العتق وذلك وقت
لامال له لا سيما ولم يستثن منه شيئا فأشبهه المعسر يعتق بعض عبده فانه لا يتم عليه ص قال مالك
ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فثبت عتقه عتق عليه كله في ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة
الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لان الذى يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه
وان العبد الذى يبت سيدة عتق ثلثه في مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه في ثلثه
وذلك ان أمر المريض جائز في ثلثه كما ان أمر الصحيح جائز في ماله كله ش وهذا على نحو ما قال ان
المريض اذا أعتق جزءا من عبده فانه يعتق جميعه في ثلثه وذلك ان مات في مرضه ذلك وفرق مالك بين
هذا وبين الذى يوصى بعتق ثلث عبده بان هذا قد رزقه العتق وان عاش تم عليه والذى أوصى بعتق
ثلث عبده لو عاش كان له الرجوع عنه (فرع) ومتى يقوم باقى العبد الذى أعتق المريض شقصا
منه روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فى الذى يعتق شقصه من عبده يقوم عليه في ثلثه سواء
عثر عليه قبل أن يموت أو بعده وقال ابن الماجشون لا يقوم عليه حتى يصح فيقوم عليه في ماله أو يموت
فيعتق في ثلثه ما أعتق ولا يقوم عليه نصيب صاحب وان حمله الثلث لان التقويم لا يزم الا فى عتق
يتعجل أو يتأجل الى أجل قريب لا يرد دين وهذا قد رده الدين الا أن تكون له أموال مأونة
فيقوم عليه ويهمل له العتق قبل أن يموت وروى سحنون عن أبيه عن ابن القاسم يوقف فان مات
قوم عليه في ثلثه أو ما حل منه وان كانت له أموال مأونة قوم فيها وجه القول الأول ان ابتداء العتق

قال مالك ولو أعتق الرجل
ثلث عبده وهو مريض
فثبت عتقه عتق عليه كله
في ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة
الرجل يعتق ثلث عبده
بعد موته لأن الذى يعتق
ثلث عبده بعد موته لو
عاش رجع فيه ولم ينفذ
عتقه وأن العبد الذى
يبت سيدة عتق ثلثه في
مرضه يعتق عليه كله ان
عاش وان مات عتق عليه
في ثلثه وذلك ان أمر
جائز في ثلثه كما ان أمر
الصحيح جائز في ماله كله

جناية فلم يمنع مرضه من مطالبته بها ولا تقوت بموته إلا أنه لما كان من باب البر لم يكن له أن يتجاوز بذلك ثلثه ووجه القول الثاني ما تقدم من قول ابن الماجشون والله أعلم (مسئلة) ومن أعتق في مرضه عبد الله فلم يحمله الثلث فأجاز بعض الورثة حصته فلا تقويم عليه والولاء للميت رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك أن الوارث إنما أجاز فعل الميت فلم يدخل ضرر رافي الملك وقدر روى مطرف عن مالك أن أعتق الوارث سهمه مما راق منه لم يقوم عليه وله ولا تلك الحصصه وإن لم يقوم عليه لأنه لم يبتدئ بإدخال الضرر وقد تقدمه بذلك الميت كثلثة اشراك ابتداءً أحدهم بعق حصته وهو معسر ثم أعتق الثاني وهو موسر فلا يقوم عليه ويأتي على قول ابن نافع أنه يقوم عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فقدر روى في الموازية أشهب عن مالك أنه إن لم يتم عليه حين مات أنه لا يتم عليه باقية قال سحنون في كتاب ابنه هذا قول أصحابنا ولو مات مكاه أو أفلس وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك من أعتق بعض عبده أو سهم من عبده باقية لغيره فلم يتم عليه حتى أفلس فلا يتم ما بقي كالومات ووجه ذلك أن حق الغير قد تعلق بالمال فكان بمنزلة حال المعسر بل «وأشد حالاً منه لأن الميت متيقن العدم والمفلس مطلوب بحقوق متقدمة ولم يدفعه للجناية لأن حتى الشريك باق بيده إنما أدخل عليه فيه ضرر والله أعلم وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية من أعتق شقصاه في عبدي حخته فلم يقوم عليه حتى مات بحدثنان ذلك فإنه يقوم عليه قال في العتبية يعتق عليه جميعه من رأس ماله قال سحنون في كتاب ابنه لا يقوم عليه قال أشهب في الموازية لأن هذا حق قد ثبت لشريكه ولم يفرط ولو طال ذلك لم يقوم في رأس مال الميت ولا ثلثه وروى ابن حبيب عن مطرف مثل رواية أشهب وقال هو كالممتنع يموت ولم يهدفان لم يفرط أهدي عنه من رأس ماله وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وهو بخلاف معتق بعض عبده فإنه لا يتم عليه باقية وإن مات بحدثنان وجه تسوية ابن القاسم بين من أعتق حصته من عبده وبين من أعتق حصته من عبده لغيره باقية إن العتق عمل يد فإذا أجاز أن يتم عليه لغيره فبأن لا يتم عليه من ماله أولى ألا ترى أن المعسر يتم عليه عتق عبده ولا يقوم عليه حصته غيره ووجه قول الجماعة أن حق الغير متعلق بماله بجنايته عليه فيلزم أدائه من رأس ماله في مرضه وبعد موته إلا أن يوجد من صاحب الحق من التفريط ما يقتضي التسليم والترك فلا يبقى إلا حق الباري تعالى في تسمي العتق فيكون حينئذ بمنزلة من أعتق حصته من عبده والله أعلم قال سحنون وقد أجمعوا على أنه من مات قبل أن يتم عليه عتق عبده أنه لا يتم عليه بعد موته وإن عثر على ذلك في مرضه فقد قال مالك من رواية عيسى عن ابن القاسم عنه فممن أعتق بعض عبده أو نصيباً من عبده لغيره باقية أعتقه في حخته فعلم بذلك في مرضه فإنه يقوم عليه باقية في ثلثه وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فممن أعتق بعض عبده في حخته وقيم عليه وهو مرض فانه ان صح عتق عليه كله وإن مات فالباقي في ثلثه وخالفه ابن الماجشون فقال إن قيم عليه في مرضه فلا يقوم عليه إن مات وجه القول الأول أنه وجد منه في حال صحته ما يلزمه العتق في المستقبل فكان ذلك في حياته من رأس ماله وبعد موته من ثلثه ووجه القول الثاني وهو المشهور ما تقدم (فرع) فإذا قلنا أنه يتم على المريض العتق فقدر روى ابن المواز عن أصبغ إذا أعتق شقصاه من عبده لغيره باقية فلم يقوم عليه حتى مرض يحكم بالتقويم إلا أن يوقف المال حتى يعتق ما جل الثلث من تلك القيمة التي كانت في المرض إن مات مبدأً على جميع الوصايا وما أعتق أولاً من رأس ماله وإن صح لزومه القيمة

ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال ابن عبد الحكم لا يقوم في مرضه وليوقف أباه حتى يموت فيعتق ما بقي في ثلثه أو يصح فيكون من رأس ماله الآن يعتق الشريك وجه القول الاول ان القيمة انما تلزمه يوم الحكم فيه لكنه حكم متوقف لتجوز الصحة والموت فان صح لزمته تلك القيمة من جميع ماله وان مات لم يمت في ثلث ماله ووجه القول الثاني انه اذا لم ينفذ العتق الآن فلا معنى لتعجيل التقويم والله أعلم وأحكم

﴿ الشرط في العتق ﴾

﴿ الشرط في العتق ﴾
 * قال مالك من أعتق عبد الله فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حريته ويثبت ميراثه فليس لسيدته أن يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده ولا يحمل عليه شيئاً من الرق لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاؤه فاعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصاً أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشيء من الرق * ش معنى ذلك ان من بطل عتق عبده معجلاً ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق ان يشترط عليه عملاً لان ذلك بمنزلة ان يبقى عليه شيئاً من الرق وذلك مخالف للمال المشترط عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فمين قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شيء عليه وروى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب الي وروى في العتبية يحيى عن ابن القاسم فمين قال لعبده أنت حر على ان عليك خمسين ديناراً ان العبد مخير ان شاء أن يتبع بها ويسجل عتقه وان كره أن يكون غيراً فلا عتاقه له وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه وجه القول الاول ما احتج به ابن المواز انه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كماله أن يلزمه ذلك لغير سريته فلم يزد ذلك الحرية الا صحة واحتج لذلك أصبغ بان له أن يكرسه على النكاح والبيع وانتزاع المال فكأنه باعه من نفسه ووجه قول ابن القاسم في متابعة سعيدان العتق قد أوقعه فيلزمه لانه لم يستثن فيه خياراً ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما لا يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من انه ليس للسيد أن يشغل ذمته الا برضاه ألا ترى انه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه الا برضاه (مسئلة) وأما ان شرط عليه عملاً فان كان قبل العتق مثل ان يقول أنت حر على أن تخدمني سنة فذلك عليه قاله ابن القاسم وأما ان كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم ان قال لعبده أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شيء عليه وكذلك لو قال له أنت حر على أن لا تفارقني قال محمد هو حر وشرطه باطل ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع ابقاء شيء من الرق وذلك متناقض يفسد العتق ويبطل ما بقي من الاسترقاق لأن العتق مبني على التغليب والسرية وليس كذلك الدين في ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الاحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بدم العبد فلا ينافي الحرية بل اذا تعلق بدمه العبد على وجه ما يتعلق بدمه الحر كذا الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر وعليك كذا هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك للعبد وأما قوله أنت حر على ان عليك كذا فقد قال ابن الماجشون اللفظان سواء ويثبت فيهما الخيار وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدي الى كذا فقال هذا

ص * قال مالك من أعتق عبد الله فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حريته ويثبت ميراثه فليس لسيدته أن يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده ولا يحمل عليه شيئاً من الرق لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاؤه فاعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصاً أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشيء من الرق * ش معنى ذلك ان من بطل عتق عبده معجلاً ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق ان يشترط عليه عملاً لان ذلك بمنزلة ان يبقى عليه شيئاً من الرق وذلك مخالف للمال المشترط عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فمين قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شيء عليه وروى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب الي وروى في العتبية يحيى عن ابن القاسم فمين قال لعبده أنت حر على ان عليك خمسين ديناراً ان العبد مخير ان شاء أن يتبع بها ويسجل عتقه وان كره أن يكون غيراً فلا عتاقه له وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه وجه القول الاول ما احتج به ابن المواز انه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كماله أن يلزمه ذلك لغير سريته فلم يزد ذلك الحرية الا صحة واحتج لذلك أصبغ بان له أن يكرسه على النكاح والبيع وانتزاع المال فكأنه باعه من نفسه ووجه قول ابن القاسم في متابعة سعيدان العتق قد أوقعه فيلزمه لانه لم يستثن فيه خياراً ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما لا يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من انه ليس للسيد أن يشغل ذمته الا برضاه ألا ترى انه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه الا برضاه (مسئلة) وأما ان شرط عليه عملاً فان كان قبل العتق مثل ان يقول أنت حر على أن تخدمني سنة فذلك عليه قاله ابن القاسم وأما ان كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم ان قال لعبده أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شيء عليه وكذلك لو قال له أنت حر على أن لا تفارقني قال محمد هو حر وشرطه باطل ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع ابقاء شيء من الرق وذلك متناقض يفسد العتق ويبطل ما بقي من الاسترقاق لأن العتق مبني على التغليب والسرية وليس كذلك الدين في ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الاحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بدم العبد فلا ينافي الحرية بل اذا تعلق بدمه العبد على وجه ما يتعلق بدمه الحر كذا الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر وعليك كذا هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك للعبد وأما قوله أنت حر على ان عليك كذا فقد قال ابن الماجشون اللفظان سواء ويثبت فيهما الخيار وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدي الى كذا فقال هذا

لا يمتنع حتى يؤدي وية بل ذلك العبد ووجه ذلك ان الذي قال له علي أن عليك علق العتق بشئ يتعجل وهو ثبوت الدين في ذمة العبد والذي قال علي ان تؤدى الى أو علي ان تعطيني علق العتق بشئ لا يوجد بنفس العتق ولا يوجد الا بمعنى مستأنف ور بما تعجل الأمد البعيد ور بما تعذر فكان العتق يتأجل بتأجله (مسئلة) ومن قال لأمتيه أنت حرة على أن تسامى فقد قال ابن حبيب عن أصبغ ان أبت لآخية لها كقوله ان شئت وليس كشوله أنت حرة على ان تنكحني فلانا ثم تأبى ان العتق ماض في هذه والفرق بينهما انها ان رضيت بذلك فبنفس العتق تكون مسامة كقوله علي أن عليك عشرة دنانير وقوله علي ان تنكحني فلانا فاعا شرط عليها عملا تعمله بعد تمام العقد يصح ان يتأخر الزمان الطويل وهو باحثة بعضها وقبول الزوج فكان بمنزلة ان يشترط عليها عملا أو خدمة أو بمنزلة قوله أنت حرة على أن لا تفارقيني فانها تكون حرة ولا يلزمها الشرط

✽ من أعتق رقيقا لا يملك ما لا غيرهم ✽

ص ✽ مالك عن يحيى بن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبي الحسن البصرى وعن محمد بن سيرين أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبدا له ستة عشر أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد ✽ قال مالك وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم ✽ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رجلا في إمارة أبان بن عثمان أعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثا ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الأثلاث فعتق الثلث الذي وقع عليه السهم ✽ ش هذا الحديث مرسل وقدا أسند من حديث عمران بن حصين أخرجه مسلم من رواية اسماعيل بن علية عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة عبيد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين ورق أربعة وقال له قولا شديدا وأخرجه من حديث الثقفى عن أيوب أن رجلا من الأنصار أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين والأول أكتر رواه ابن علية وحجاده عن أيوب ور رواه هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين قال ابن سحنون عن أبيه وروى عمران بن حصين أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم بين الستة العبيد الذين أعتقهم رجل عند موته لا يملك غيرهم وحكم بذلك عندهم بالمدينة مالك وذلك أحسن ما سمعت هذا مذهب مالك رحمه الله وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تدخل القرعة في العتق ويعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في بقية قيمته فاذا أداها الى الورثة عتق والدليل عليه الحديث المتقدم ويقضى العتق بالقرعة وفي ذلك أدلة أحدهم بالحكم بالقرعة وأبو حنيفة ينفىها والثانى أنه قال فأعتق اثنين ورق أربعة وعند أبي حنيفة لا يكمل عتق أحدهم ولا يرق جميع أحدهم وانما يعتق ثلث كل واحد منهم ثم يستسعى ومن جهة المعنى أن المريض ليس له أن يعتق جميع عبيده اذا كانوا جميع ماله فاذا فعل ذلك لم يعتق الاثلثهم واحتج الى القرعة لتميز الثلث والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله أعتق ستة عبيد له عند موته قال سحنون قيل بتلهم وقيل أوصى بهم فحسن نستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق في المرض أو الوصية في جملة بعتقهم بضيقت ثلثه عنهم وكذلك في الجهول من جملة رقيق اذا كان في مرضه أو وصيته ولا يسهم بين المدبرين في الصحة لاننا لنعدها

✽ من أعتق رقيقا

لا يملك ما لا غيرهم ✽

✽ حدثني مالك عن يحيى

ابن سعيد وعن غير واحد

عن الحسن بن أبي الحسن

البصرى وعن محمد بن

سيرين أن رجلا في زمان

رسول الله صلى الله عليه

وسلم أعتق عبدا له ستة

عند موته فأسهم رسول

الله صلى الله عليه وسلم

بينهم فأعتق ثلث تلك

العبيد ✽ قال مالك

وبلغنى أنه لم يكن لذلك

الرجل مال غيرهم

✽ وحدثني مالك عن

ربيعة بن أبي عبد الرحمن

أن رجلا في إمارة أبان

ابن عثمان أعتق رقيقا له

كلهم جميعا ولم يكن له مال

غيرهم فأمر أبان بن عثمان

بتلك الرقيق فقسمت

أثلاثا ثم أسهم على أيهم

يخرج سهم الميت فيعتقون

فوقع السهم على أحد

الأثلاث فعتق الثلث

الذى وقع عليه السهم

ما جاء فيه الخبر ويحتمل أن ير يد بقره أعتق عبدا له عند موته أن يعتقهم لتفح حريتهم موته فيحتمل قول سحنون فليل بتلهم وقيل أوصى بعتهم بينهم ير يد بذلك انه قد بلغته الر وايتان من وجه يجوز له التعان بها فملها على قصتين أو على قصة ثبت فيها حكمان لا يتنافيان فيحمل عليهما (مسئلة) فأما الوصية بعتهم فلا خلاف يعلم في المذهب في انه يقرع بينهم بالسهم وأما ان بتلهم في المرض فقدر روى ابن المواز عن ابن القاسم انه يقرع بينهم ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقال أبو زيد وأصبغ والخارث يعق من كل واحد منهم بغير سهم وانما السهم في الوصية وانما وجب الاختلاف في هذا لاختلاف لفظ الحديث ففي حديث عبد الوهاب ان ما حكم فيه النبي صلى الله عليه وسلم بالقرعة انما كان في وصية الانصارى بعتي ستة أعبدله وروى اسماعيل بن علية وحامد بن زيد انه أعتقهم عند موته وذلك يحتمل ايتاع العتق بالقرب من وقت موته وظاهر حال المرض ويحتمل أن ير يد ببعده موته والله أعلم وجه القول الأول أن العتق في المرض خارج من الثلث فأشبه الوصية ووجه القول الثاني انه عتق لارجوع له فيه كالعتق في الصحة (فرع) فاذا قلنا ان القرعة تستعمل في العتق فقدر روى عيسى بن دينار وشحميد بن عيسى الأعشى عن ابن نافع انه لا يسهم في الرقيق في العتق اذا كان للمالك شيء من مال وأما السهمان اذا لم يكن للمالك الا ذلك الرقيق فقط وقال ابن نافع وانما أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقيق الستة الذين أعتقهم بهم عند موته لانه لم يترك مالا غيرهم قال ابن مزين وسعدت مطرفا يقول مثل ذلك فقلت له هو قول مالك فقال هو الذي لا يعرف غيره وهو الذي روى ابن المواز عن ابن القاسم ان القرعة لا تكون الا لمن قال في وصيته رقيق أحرار ولم يدع مالا غيرهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان بتلهم في مرضه أو بتل بعضهم أو أوصى بعتهم فلم يسهمهم الثلث فلم يقرع بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن وقد تقدم من قول سحنون ورواية غيره عن مالك انه يسهم بينهم اذا ضاق الثلث عنهم وذلك يقتضي ان له مالا غيرهم وجه قول ابن نافع تعلقه بلفظ حديث اسماعيل بن علية وحامد بن زيد أن رجلا أعتق ستة مجاو كين له عند موته ولا مال له غيرهم ومن جهة المعنى انه اذا لم يكن له مال غيرهم وأعتق جميعهم لم يدخل التبعية في عتقه لانه قصد الاجال فاما يحتاج الى القرعة لتمييز من يجوز عتقه ممن لا يجوز عتقه لحق الورثة وان كان له مال فقد قصد التبعية لانه لم يخرج بالعتق من جميع ماله فاذا أعتق ثلث كل واحد منهم لم يخالف صورة ما فعله بعتقه من التبعية ووجه القول الثاني التعلق بلفظ حديث مالك وليس فيه انه لا مال له غيرهم فجعل علة القرعة انه أعتقهم عند موته وظاهر حال المرض أو الوصية فاما يعتبر في ذلك الثلث والله أعلم وأحكم (فرع) ولو قال ثلث رقيق أحرار ثبت في ذلك حكم القرعة ولو قال ثلث كل واحد من رقيق حر لم يقرع بينهم لانه قد ميز نصيب العتق من نصيب الرق وبين انه قصد التبعية قاله القاضي أبو محمد ولو قال في وصيته أعتقوا عبيدي في ثلثي أو ما حل ثلثي منهم فقد قال ابن كنانة لا قرعة فيما وبعثي منهم بالخصص يحمل الثلث وقال عيسى عن ابن القاسم ذلك سواء وفيه القرعة ووجه قول ابن كنانة ان اضافة ذلك الى الثلث مخالف لاطلاق اللفظ لانه اذا أطلق اللفظ لم يقصد التبعية واذا أضاف ذلك الى الثلث قصد التبعية فلم يحتاج الى القرعة ووجه قول ابن القاسم ان العتق تاول جلتهم دون تبعية العتق فيهم ولا يميز ما يعتق من كل واحد فلزم القرعة لتمييز ذلك (فرع) وقال سحنون يفرق عندنا على حكم التسحية من غيرها فاذا قال ميمون ومزوق حران تحاصفي ضيق الثلث وان قال عبداي حران أو غلامي أحرار أفرع

بأموالهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا جرح أخذه هو وماله ولم يؤخذ ولده * ش قوله مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله يريد أن ماله يبقى على ملكه ولا يكون لسيده انتزاعه منه إذا أعتقه ولم يستثن ماله ولا شيئا منه لأن لفظ العتق لم يتناول ماله وإنما قوى ملكه له بخلاف البيع فإنه وإن كان لا يتناول أيضا إلا العبد دون ماله فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله مالا دول فكان الأول أحق به لأن بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه وذلك جائز له (مسئلة) وهذا حكم عتقه المباشر البتل والوصية لأن الوصية بالعتق عتق فيلزم أن يتبع المال المعتق وقال أشهب ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل انفاذ عتقه إن كان العتق معجلا وإن كان مؤجلا بعد الموت فقد قال أشهب للورثة انتزاعه ما لم يقرب الأجل وبه قال ابن المواز وقال ابن عبد الحكم ليس للورثة ذلك وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الورثة حكم الموروث فن أعتق عبده إلى أجل كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل فكان ذلك ورثة المعتق إلى أجل (مسئلة) وأما الموصى به إلى أجل لرجل ففي العتبية من سماع ابن القاسم أن مال العبد للموصى له برقة العبد بخلاف الهبة والصدقة وفي الموازية من رواية ابن وهب عن مالك لا يتبعه ماله في وصية ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا رهن إلا في عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية قاله ابن القاسم ورجع ابن القاسم في الوصية وجه رواية ابن القاسم في الوصية أنها وصية بالعبد كالوصية بعتقه ووجه رواية ابن وهب وهي رواية أشهب عن مالك في العتبية أنه أخرج العبد إلى مالك فلم يتبعه ماله كما لو وهبه (فرق) والفرق بين الهبة والوصية على منهب ابن القاسم أن الهبة إنما ينزع المال الواجب ويقول لم أرد اتباع العبد ماله وأما في الوصية فأنما يريد انتزاع مال العبد الورثة لا الموصى (مسئلة) وأما الهبة ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك فممن وهب عبد الثواب أو لغير الثواب أو تصدق به فإن ماله لا يتبعه وقال القاضي أبو محمد لم يختلف قول مالك في العتق أنه يتبع العبد ماله وفي البيع أنه لا يتبعه واختلف عنه في الوصية به وهبته لغير عوض والتصدق به وإسلامه في الجناية فعنه في روايتان أحدهما أن ماله يتبعه والثانية لا يتبعه وإنما اختلف قوله في ذلك لاختلاف تعليل الأصلين البيع والعتق فن قال إن في البيع إخراجا عن مالك بعوض فلذلك لم يتبعه ماله وفي العتق أخرجه إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله ومن قال أنه يتبعه ماله في الوصية والهبة والصدقة لأنه أخرجه عن ملكه بغير عوض كالعتق وقال في الجناية لا يتبعه ماله لأنه أخرجه عن ملكه بعوض ومن علل في البيع أنه أخرجه عن ملكه إلى مالك فلذلك يتبعه ماله وفي العتق أخرجه إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله وفي الصدقة والهبة والجناية والوصية لأنه أخرجه من ملكه إلى مالك كالبيع

(فصل) وقوله ومما يبين أن العبد إذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب يتبعه ماله لأن عقد الكتابة هو عقد الولاء يريد أنه عقد يقتضي ثبوت الولاء كالعتق وهو بمعنى قولنا أنه أخرج العبد عن ملكه إلى غير مالك فهذا حكم العتق والكتابة وإن اختلف في أن الكتابة عتق بعوض وكذلك القطاعة والعتق المطلق عتق بغير عوض وهذا يدل على أن التعليل الصحيح من ذلك أنه خارج إلى غير مالك ولو علل بأنه خارج بغير عوض لبطل بالكتابة والله أعلم وأحكم وأما الكتابة فحق تعلق بعين العبد بنقله إلى مالك من غير عقد فتبعه ماله كالورثة والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد لأن الولد بمنزلة الرقة لا بمنزلة

بأموالهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا جرح أخذه هو وماله ولم يؤخذ ولده * ش قوله مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله يريد أن ماله يبقى على ملكه ولا يكون لسيده انتزاعه منه إذا أعتقه ولم يستثن ماله ولا شيئا منه لأن لفظ العتق لم يتناول ماله وإنما قوى ملكه له بخلاف البيع فإنه وإن كان لا يتناول أيضا إلا العبد دون ماله فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله مالا دول فكان الأول أحق به لأن بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه وذلك جائز له (مسئلة) وهذا حكم عتقه المباشر البتل والوصية لأن الوصية بالعتق عتق فيلزم أن يتبع المال المعتق وقال أشهب ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل انفاذ عتقه إن كان العتق معجلا وإن كان مؤجلا بعد الموت فقد قال أشهب للورثة انتزاعه ما لم يقرب الأجل وبه قال ابن المواز وقال ابن عبد الحكم ليس للورثة ذلك وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الورثة حكم الموروث فن أعتق عبده إلى أجل كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل فكان ذلك ورثة المعتق إلى أجل (مسئلة) وأما الموصى به إلى أجل لرجل ففي العتبية من سماع ابن القاسم أن مال العبد للموصى له برقة العبد بخلاف الهبة والصدقة وفي الموازية من رواية ابن وهب عن مالك لا يتبعه ماله في وصية ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا رهن إلا في عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية قاله ابن القاسم ورجع ابن القاسم في الوصية وجه رواية ابن القاسم في الوصية أنها وصية بالعبد كالوصية بعتقه ووجه رواية ابن وهب وهي رواية أشهب عن مالك في العتبية أنه أخرج العبد إلى مالك فلم يتبعه ماله كما لو وهبه (فرق) والفرق بين الهبة والوصية على منهب ابن القاسم أن الهبة إنما ينزع المال الواجب ويقول لم أرد اتباع العبد ماله وأما في الوصية فأنما يريد انتزاع مال العبد الورثة لا الموصى (مسئلة) وأما الهبة ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك فممن وهب عبد الثواب أو لغير الثواب أو تصدق به فإن ماله لا يتبعه وقال القاضي أبو محمد لم يختلف قول مالك في العتق أنه يتبع العبد ماله وفي البيع أنه لا يتبعه واختلف عنه في الوصية به وهبته لغير عوض والتصدق به وإسلامه في الجناية فعنه في روايتان أحدهما أن ماله يتبعه والثانية لا يتبعه وإنما اختلف قوله في ذلك لاختلاف تعليل الأصلين البيع والعتق فن قال إن في البيع إخراجا عن مالك بعوض فلذلك لم يتبعه ماله وفي العتق أخرجه إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله ومن قال أنه يتبعه ماله في الوصية والهبة والصدقة لأنه أخرجه عن ملكه بغير عوض كالعتق وقال في الجناية لا يتبعه ماله لأنه أخرجه عن ملكه بعوض ومن علل في البيع أنه أخرجه عن ملكه إلى مالك فلذلك يتبعه ماله وفي العتق أخرجه إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله وفي الصدقة والهبة والجناية والوصية لأنه أخرجه من ملكه إلى مالك كالبيع

المال يريد أن رقبته ملك لغيره وكذلك رقبته ولده وماله ملك له ولذلك إذا أعتق بقي ماله على ملكه وبقي ماله على ملك سيده على حسب ما كان عليه قبل العتق والكتابة وهذا في العتق البتل وكذلك المعتقة إلى أجل فيما ولدته قبل العتق فأما ما ولدته بعد العتق فخكمه حكمها لاندس حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في كل من تلده في المستقبل كالرق والحرية (مسئلة) وأما ولد المدبرة فجنزلة ما ولدته قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته ووجه ذلك أنه ولدته بعد عقد لازم بحريتها فكان حكم الولد حكمها كالمعتق إلى أجل وأم الولد (مسئلة) وأما الموصى بعتقها أو لفلان فأولده قبل موت الموصى فرقيق لورثته لا تتعلق به الوصية ومات له بعد موته فخكمه حكم أمه رواه ابن عبدوس عن مالك ووجه ذلك ما أشار إليه من أن عقد عتقها قبل موت السيد غير لازم وهو بعد الموت لازم (مسئلة) ومن حلف بحرية أمته ليفعلن كذا فولدت بعد اليمين وقبل الحنث فهو بمنزلة ما قاله مالك وأما ما ولدته قبل اليمين فلا تتعلق به اليمين ومعنى ذلك أن العتق فمتعلق بها تعلقا لازما لا يخرج عنه إلا بعمل وتكليف فكان ولدها بمنزلة ما قاله الله أعلم وأحكم

(فصل) قال مالك ومحمدين أن الولد مخالف لمالك العبدان العبد والمكاتب إذا أفلسا أخذت أموالهما وأمها أولادهما ولم يؤخذ أولادها ير يدان له لا تتعلق لأمته بولده وذلك يدل على أنه ليس بماله ولو كان من ماله لقضى منه دينه قال وكذلك لو شرط المبتاع ماله لم يكن له ولده ير يدان الولد لا يتناوله اسم المال ولا حكمه

(فصل) وقوله وكذلك العبد إذا جرح أخذه هو وماله ولم يؤخذ بولده على ما قدمناه من أن المال يتبع العبد في الجنابة وقد تقدم من قول القاضي أبي محمد أنه لا يتبعه على إحدى الروايتين وقد تقدم بيانه والله أعلم وأحكم

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أبا وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا مات فهي حرة ﴿ ش قوله أبا وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وكذلك لا يجوز له أن يسيدها في جنابة ولا يسيل لغرمائه عليها في فلس يريد أنه لا يصح إخراجها عن ملكه لأن ما ذكر من ذلك هو معظم الوجوه التي يخرج بها الرقيق عن ملك السيد فإذا لم يصح إخراجها عن ملكه يبيع ولا غيره لم يكن له الإبقاء على ملكه أو تعجيل عتقها وعلى هذا فقهاء الأمصار وقد تقدم الكلام في ذلك في النكاح بما يعني عن إعادته (مسئلة) وإذا أسلمت أم ولد الذمي عرض عليه أن يسلم فإن أسلم فهي أم ولد على ما كانت وإن لم يسلم ففي الموازية تعتق عليه بالحكم وهو قول مالك وأصحابه ابن القاسم وغيره وفي كتاب ابن سحنون عن مالك في ذلك روايتان قال تعتق ثم قال توقف الآن يموت أو يسلم ثم رجع إلى العتق وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن أنفق عليها وقفت حتى يموت أو يسلم فتكون أم ولد وقال ابن عبد الحكم توقف حتى تحيض حيضة فإن أسلم فيها والاعتقت وجه القول الأول بتعجيل عتقها أنه إن ماله فيها الاستمتاع فإذا حرم مجمل عتقها إلى أن يرى أن المعتق إلى أجل إذا وهبه سيده خدمته مجمل عتقه للمسبق له فيه تصرف ووجه القول الثاني أنه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأبسد وانما حرم لسبب يمكن زواله كالوزوجها والله أعلم (مسئلة) وأما المرتد فقد قال أشهب قد عتقت أم ولده

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أبا وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا مات فهي حرة

باردة فلا ترجع اليه كغيره زوجته وقال ابن القاسم تحرم عليه بالردة فان تاب رجعت أم ولد له وان قتل عتقت رواه ابن المواز عنه ووجه قول أشهب ما احتج به من قياسه الطلاق ووجه قول ابن القاسم انها ملك له فلا يزول ملكه عنها برده وانما يبقى مراعاة لسائر رقيقه والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله ويستمتع بها يريد أن له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع بها لان اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كله وجعل له الاستمتاع منها مدة حياته ولم يذكر أن له استخدامها وقال القاضي أبو محمد في معونته له استخدامها فيما يقرب ولا يشق وقال في الاشراف ليس له اجارها خلافاً لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله انه نوع من العوض كان يملكه عليها قبل الاستيلاء فلم يملكه بعده كبيع رقيقها

(فصل) وقوله فاذا مات فهي حرة يريد انها تعتق بموته من رأس ماله لا يردها دين ولا غيره لانه لم يكن بقي له فيها الامتنع يختص به وهو الاستمتاع وذلك محرم فيها على غيره بملك اليمين فاذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف فوجب أن تعتق والله أعلم (مسئلة) واذا اشترى السفينة المحجور عليه أمة فأولدها رد عليه ما أعطى من ثمنها وهل تكون له بذلك أم ولد أم لا ص * مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخته وليدة قد ضرب بها سيدها بناراً وأصابها بها فاعتقها * ش الاصابة بالنار على ضربين أحدهما العمد والثاني الخطأ فأما العمد فثور في انجاز العتق وأما الخطأ فليس بمؤثر فيه وفي العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم فممن ضرب عبده بسوط في أمر عتبه عليه فيه فقفاً عينه قال لا يعتق عليه قال ابن القاسم وانما كان يعتق ما كان على وجه العمد لا على وجه الخطأ يريد أن يقصد فق عينه وأما ان قصد ضرب به فأخطأ فأصاب عينه فقفاً فلا يعتق عليه قال سعدون ومن ضرب رأس عبده فنزل الماء في عينيه فليس بمثلة يعتق بها ووجه ذلك ما قدمناه من انه لم يقصد الى ذلك وانما قصد الضرب والله أعلم

(فصل) وقوله وأما العمد وهو القصد الى اتلاف عضو أو إحداث ما يتولد عنه الشين فهو على ضربين ضرب يبلغ بالعمد شيناً فاحشاً فلهذا يعتق به العبد على فاعله المالك له وان لم يبلغ ذلك لم يعتق به فانما يعتق عليه باجماع أمرين العمد وبلوغ الشين الفاحش قال عيسى بن دينار ورواه ابن المواز عن أشهب وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه عبده في شيء من ذلك وتعلق أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من مثل بعبده عتق عليه ولم أره من وجه صحيح والله أعلم وروى سلامة بن روح بن زنباع عن أبيه عن جده انه قسم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خصى غلامه فأعتقه النبي صلى الله عليه وسلم بالمثلة ومن جهة المعنى قال القاضي أبو محمد يعتق عليه زجر عن معاودة مثله كالقاتل عمداً يمنع الميراث (فرع) ومن أبق عبده فوسم في وجهه أو جبهته كتب فيه أبق يريد بنار فقد قال أشهب وابن وهب وأصبع يعتق عليه قال أصبغ فأما لو فعل ذلك في ذراعيه أو باطن جسده فانه لا يعتق عليه ومعنى ذلك لما في الوجه من التشويه البين وأما في الذراع أو باطن الجسد فهو حرق قليل وليس فيه شين فاحش فافترق ذلك وأما لو وسمه في وجهه عمداً أو برة على ما يفعله الناس فقد قال عبد الملك بن الحسن في العتية عن ابن وهب يعتق عليه قال أشهب لا يعتق عليه وجهه قول ابن وهب ما فيه من المثلة والتشويه وتغيير الخلقة الظاهرة ووجه قول أشهب انه انما يفعله الناس على وجه الجمل مع ما فيه من قلة الألم وقلة الشين وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبع من وسم وجه عبده عمداً عتق عليه ولم يفرق بين نار وغيرها (مسئلة) ومن قطع

* وحدثني مالك انه بلغه
أن عمر بن الخطاب أخته
وليدة قد ضرب بها سيدها
بناراً وأصابها بها فاعتقها

من عبده عضوا اليه أو الرجل فقدر روى أشهب عن مالك من محمد لقطع أذنه أو طرف أذن أو أرنبة أو قطع بعض الجسد فإنه يعتق عليه ويعاقب قال أشهب ويسجن وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ من قطع طرف أذنه أو قطع ظفره أو شرف أذنه أعنتق عليه ووجه هذا كله أنه أتى على وجه العمد ما فيه نقص من الخلقة وشين فيعتق عليه (فرع) وهذا فيما بين من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع قال ابن اسحق عن أبيه وأما ما يعود من الجراح فليس بمثلة وهذا القول والله أعلم فيما عاده على غير شين وأما ما عاده على شين فاحش فقد تقدم فيه القول في حرق النار وأما قطع العضو فهو شين في نفسه فلا يحتاج من الشين إلى أكثر من ذلك والله أعلم (مسألة) وأما قلع الأسنان فقدر روى ابن المواز عن أشهب عن مالك أنه مثله توجب العتق وكذلك قال ابن القاسم في جل الأسنان وأما الضرس الواحدة فقدر روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن قلع ضرسه أو سنه عتق عليه وقال أصبغ لا يرى ذلك إلا في جل الأسنان أو الأضراس وأما السن الواحدة أو الضرس الواحدة فلا وجه قول ابن الماجشون أن السن الواحدة بعض عضو كالأذنه ووجه قول أصبغ أن السن الواحدة ليس فيها شين ظاهر ولا نقص عضو وإنما هو عظم عار (فرع) ومن سحل أسنان عبده فقدر روى عن مالك أنه يعتق عليه لما في ذلك من نقص الأعضاء لأن سحل الأسنان هو أن يبردها حتى يذهبها وأما أن سحل له سنا واحدة ففي الموازية عن عيسى بن دينار أنه يعتق عليه وقال أصبغ لا يعتق عليه في السن الواحدة وشأنها خفيف وعلى قول عيسى هذا من قلع له سنا واحدة يعتق عليه (مسألة) وأما حلق الرأس واللحية فقدر روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك في حلق الرأس واللحية ليس ذلك بمثلة في عبده ولا أمة قال ابن المواز عن ابن وهب يؤدب من فعل ذلك بعبده أو حلق رأس جاريته على وجه الغضب * قال مالك من رواية ابن الماجشون إلا أن يكون العبد التاجر النبيل الوجه اللائق بالحرار في هيئة يخلق سيده لحية والأمة الفارسة الرفيعة يخلق سيدها رأسها فأنها مثله ووجه ذلك أن هذا شعر وليس في إزالة ألم وأنما هو جمال فإذا كان السيد الوغد والأمة التي لا خطر لها فليس ذلك بمثلة في حقها الضعفا وأما العبد النبيل الذي قد عظم قدره أو الجارية التي لها قدر رفيع لا تصلح للإمتهان فإن ذلك مثله في حقها فمن بلغه منها عتق عليه (مسألة) ومن عض جسد جاريته فقد قال مالك في امرأة عضت لحم جاريته وأثرت بذلك أثرا شديدا أتباع عليها قال أشهب ولو عضها لم تعتق ما لم يقطع بذلك شيئا من جسدها أو يبين منه ووجه ذلك أن هذا ليس فيه شين ولا قطع عضو فلا يعتق بذلك ولما كان فيه من الألم الشديد والتعذيب بيعت عليه لإزالة الضرر عنها قال أشهب وذلك لمن تتابع منه فإن من كانت هذه منه فلهة فإنها لا تتابع عليه (مسألة) وأما الجلد السرف فقد قال أصبغ ليس فيه مثله وفي العتبية من مباع أبي زيد عن ابن القاسم فحين ضرب عبده فأنه كانه لا يعتق عليه إلا أن يبلغ منه ما يكون مثله شديدا مثل ذهاب لحمه أو بئنا كل لحمه لذلك وبقي جلده على عظم فيعتق عليه وروى ابن المواز عن أصبغ ومثل أن يحرق يؤدب من ضربه وتبلغ الزمانة الظاهرة والباطنة قال ابن القاسم ويعاقب عتق عليه أو لم يعتق (مسألة) ومن حلف ليضرب عبده مائة سوط فقدر روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قد أساء ويترك وإياه فإن ضربه ولو كانت أمة حاء لا فقد قال ابن الماجشون يمنعه السلطان من ضربها وهي حامل فإن ضربه في يمينه وأثم عند ربه وإن حلف على أكثر من مائة مما فيه عطب عجل عتقه وقال أصبغ أرى المائة مما فيه العطب فليعتجل

عقته ووجه القول الاول ان هذا حد ولو كان يخاف منه الهلاك لما حصد به من يراد استبقاء حياته
فلذلك مكن من ضربه وانما يمنع من الضرب الذي يخاف عليه منه ووجه القول الثاني ما احتج به
أصابع انه قدر يخاف عليه منه القطب فلا يمكن من ضربه وليعجل عقته
(فصل) ومن أعتق على سيده بالمثل فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم لا يعتق الابالحكم وقال
أشهب بالمثل تصير حرا وان مات السيد قبل ان يعلم به فهو من رأس ماله وقال ابن عبد الحكم أما المثلثة
المشهوره لا شك فيها فهو حر بنفس المثلثة وأما ما يشك فيه فلا يعتق الابالحكم كالايلاء البين فأجله من
وقت اليقين وأما ما يدخل عليه بسبب فن يوم الحكم قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى أنه فعل
يستحق به العتق الى حكم كتبه بعض العتق ووجه الرواية الثانية أنه معنى يوجب عتق عبده معين
فوجب أن يقع العتق بوجوده أصل ذلك شراء من يعتق عليه فيحتمل أن تكون الوليدة التي
أعتقها عمر بن الخطاب تعمد سيدها ضربه بانرا أثرت في جسدها شيئا فاحشا فحكم بحرقها
ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حين الضرب وحكم باخراجها عن يده وتخليتها أحررها
والله أعلم وأحكم (مسألة) ومن مثل بعبده أو امرأته فادعى الخطأ وأدعى العبد أو المرأة العمد قال
سحنون في العتبية القول قول العبد والمرأة قال ثم رجع فقال القول قول الزوج والسيد حتى يظهر
العداء ووجه القول الاول انه ضربه عمدا وانما يراعى انه لم يقصد المثلثة ولم يأذن له العبد ولا المرأة في
ذلك الضرب فكل ما تولد منه فهو لا على العمد ووجه القول الثاني انه ابتداء عمل مباح فلم يضمن
جنائته الا ان يثبت تعمد كالتطبيب (مسألة) وأما ان مثل الذي بعبده النصراني ففي كتاب
ابن سحنون قال أشهب يعتق عليه بالمثل ولو كان معاهدا حر يالم يعتق عليه وقال ابن القاسم لا يعتق
على الذي الا ان يمثل به بعد ان أسلم العبد وقاله سحنون في العتبية ووجه قول أشهب انه تازمه أحكام
الاسلام في النظام كالمسلم ووجه قول ابن القاسم انه حكم يختلف باختلاف الشرائع فوجب أن
يحموا فيه على شريعتهم وان كان العبد مسلما غلب حكم الاسلام (مسألة) واذا مثل السفينة بعبده
فقد روى ابن المواز عن أصبغ قال ابن القاسم يعتق عليه وبه قال ابن وهب وأشهب ثم رجع ابن
القاسم فقال لا يعتق عليه وكذلك روى عنه يحيى بن يحيى في العتبية وابن حبيب في الواخجة ووجه
القول الاول انه فعل يثبت به الحكم فكان حكم السفينة فيه حكم المالك لأمره كالاستيلاء ووجه
القول الثاني ما احتج به ابن القاسم ان كل من لا يجوز عتقه فلا يعتق عليه بالمثلثة كالصغير ومن يجوز
عتقه فهذا الذي يعتق عليه بالمثلثة (مسألة) واذا مثلت ذات الزوج بعبدها فقد قال ابن وهب في
العتبية يعتق رضى الزوج أو كره وقال سحنون لا يعتق اذا كان أكثر من الثلث رواه عن ابن
القاسم وكذلك اختلفوا في المديان والعبد فقال أشهب يعتق على العبد والحر يحيط الدين بماله بالمثلثة
ورجع ابن القاسم الى انه لا يعتق بالمثلثة على العبد ولا على المديان ولا على السفينة وروى يحيى بن
يحيى عن ابن القاسم في المريض يمثل بعبده انه يعتق عليه في ثلثه فان صح في رأس ماله وأصله
ما تقدم (فرع) اذا قلنا ان السفينة ان مثل بعبده يعتق عليه فقد روى العتبي عن ابن وهب يعتق
عليه بالمثلثة ولا يتبعه ماله وروى ابن المواز عنه يتبعه ماله ووجه القول الاول أنه إنما أعتق عليه
بالمثلثة وذلك لا يتعدى الى ماله ووجه القول الثاني أنه عتق لم يستثن فيه المال فتبع العبد كالعتق
المبتدئ يقع ممن يتبدى حرته (مسألة) ومن مثل بعبده من له حق في ماله ففي الموازية المالك
من مثل بعبده أولام ولده أعتق عليه ومن مثل بعبده ابنة الصغير أعتق عليه وغرم القدية ومن

مثل بعدل زوجته غرم ما نقصه إلا أن تكون مثله مفسدة فإنه يعتق ويوفي القيمة كعبد الأجنبي
 ص قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أنه لا تجوز عتاقة رجل وعليه دين يحيط بماله وأنه
 لا تجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز عتاقة المولى عليه في ماله وإن بلغ الحلم
 حتى يلي ماله ش وهذا كما قال ابن من أحاط الدين بماله فإنه لا يتبدى عتق عبده فإن فعل ذلك
 وأعتق عبده فإن للغرماء رد ذلك بحكم حاكم وليس لهم رده دون الامام فإن ردوه وباعوه ففي الموازية
 يرد الامام بيعهم ويعتقهم ومعنى ذلك أنه يردهم الى الحالة التي كانوا عليها ثم ينظر في أمرهم فإن كان
 متصل بعدم ردعتقهم ووجه ذلك أنه حكم بين الغرماء والعبدة فليس له امضاؤه والنظر فيه وإنما
 يرضيه دونهم (مسئلة) وإن أمسك الغرماء عن القيام في ذلك بعد العتق قال ابن عبد الحكم
 ان قام الغرماء بعد ثلاث سنين أو أربع وهو في البلد وقالوا لم نعلم بذلك لهم كانوا رجالا أو نساء حتى
 تقوم بينة انهم علموا وأما في أكثر من أربع سنين فلا يقبل منهم وقال مالك في الموازية استحسن
 انه اذا طال الزمان حتى يوارث الأحرار وجازت شهادته ونحوه قال ابن القاسم يريد ان يشهر
 بالحرية ويثبت له أحكامها بالموارثة وقبول الشهادة ولم يمنع من ذلك الغرماء فإن ذلك يجوز على
 الرضا بعتقه وقال أصبغ ان ذلك انما هو في التطاول الذي لعله أثبت على السيد فيه أوقات يسر ولو
 تيقن بشهادة قاطعة أنه لم يزل عديا متصل بعدم مع غيبة الغرماء ومن غير عاههم فإنه يرد عتقه ولو ولد
 له سبعون ولدا (فرع) ولو قال الغريم في ثلاث سنين وأربع علمت بعتقه ولم أنكره لما اعتقدت
 أن الدين لا يحيط بماله فقد قال ابن عبد الحكم لا ينفذه ذلك وينفذ عتقه وقال أصبغ عن ابن وهب
 لا يرد الدين هذا الغريم فإن كان معه غريم غيره رد ذلك الغريم ودخل معه هذا قال أصبغ بل يرد
 لهذا الغريم وان كان وحده (مسئلة) وإن أيسر المعتق ثم قام عليه الغرماء وقد أعسر فقد قال
 مالك لا يرد عتقه ولو رد الامام عتقه ثم أيسر السيد قبل بيعه لمعتق رواه ابن القاسم وأشهب عن
 مالك في كتاب ابن سحنون قال وليس رد السلطان برد حتى يباع ما لم يقسم بين الغرماء أو لم يفت
 ذلك وقال ابن نافع لا أعرف هذه الرواية والذي أعرف ان رد السلطان رد المعتق وان لم يبيع في
 الدين فلا يعتق بعد ذلك وان أفاد مالا وجه الرواية الأولى ان رد السلطان ليس بحكم وانما هو توقيف
 ونظر ولوماتوا السكا من السيد فاذا طرأ له مال بعد ذلك لم يبطل نظره وتوقيفه المعتق ووجه قول
 ابن نافع أن حكم السلطان في ذلك حكم برد العتق وإثبات الملك ويلزم على هذا أن يكونوا من ضمان
 الغرماء لان العتق لهم رد (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فرد السلطان عتق الرقيق فليس
 للسيد الوطوله استخداهم فإن أفاده مثل دينه عتقوا وان أفاد أقل من ذلك فإن كان العتق في كلمة
 يبيع منهم عاقي بالخصص وان أعتقهم واحدا بعد واحد يبيع الآخر وأعتق من بقي كمن أعتق وله وفاء
 ببعض دينه قاله ابن القاسم (مسئلة) ولو قال عبدي يخدم فلانا سنة ثم هو لفلان فقد روى
 عيسى عن ابن القاسم ليس للغرماء رده حتى تنقضي السنة ويخلص للثاني بتلافئ ما يكون
 للغرماء رده واجازته وهذا يقتضي ان منافعه لا اعتراض للغرماء فيها ولا تتعلق حقوقهم بها وانما
 تتعلق برقبته

قال مالك الأمر المجمع عليه
 عندنا أنه لا تجوز عتاقة
 رجل وعليه دين يحيط
 بماله وأنه لا تجوز عتاقة
 الغلام حتى يحتلم أو يبلغ
 مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز
 عتاقة المولى عليه في ماله
 وإن بلغ الحلم حتى يلي ماله

(فصل) وقوله ولا تجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يريد ان الصغير الذي لم يبلغ سن
 الاحتلام لا ينفذ عتقه لبعده ولو أجازة المولى ووجه ذلك أنه غير مكلف كالمجنون
 (فصل) وقوله يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يجوز أن يكون على وجه الشك من الراوى ويحتمل أن يريد

﴿ مايجوز من العتق في الرقاب الواجبة ﴾

حدثني مالك عن هلال بن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الخطاب أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان جارية لي كانت تربي غنما لي فبعتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بني آدم فلطمت وجهها وعلى رقبة أفاعتها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت في السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * وحدثني مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتشاهدين أن لا اله الا الله فقالت نعم قال أنتشاهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أنتقين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها

أن يكون به علامات الاحتلام ووجوده وهي الانبات أو السن وذلك أن الحكم إذا كان بين العبي وغير من الآدميين ووجدت به علامات البلوغ حكم له بحكم الرجال البالغين وذلك أن يوجد قد أنبت (فصل) وقوله ولا تجوز عتاقه المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم يريد أن السفينة لا يجوز زعمته لاسيما اذا كان مولى عليه ممنوعا من التصرف في ماله لان ذلك حكم برد أفعاله وأمان كان غير مولى ففي العتية والموازية عن مالك في السفينة يلى ماله أنه يجوز زعمته وروى زياد عن مالك ان البين سفينة أفعاله جائزة حتى يحجر عليه وهذا قول أصحاب مالك الا ابن القاسم فانه قال في الذي سفينة بين يحجر على مثله لايجوز أمره وجه قول مالك بأنه غير محجور عليه فجازت أفعاله كما يشهد بذلك ان عدم الحجز حكم بالطلاقة ووجه قول ابن القاسم ما احتج به ان حاله حال من يحجر عليه وانما أخطأ الحكم في ترك الحجز عليه وذلك لا يبيح ماله (مسألة) فاذا قلنا ان عتق المولى عليه غير جائز فقد قال مالك في الموازية أنه لايجوز عتقه وان أجاز له وليه ووجه ذلك انه ليس لولي له اتلاف ماله فاذا ارشد فقدر في العتية عيسى عن ابن القاسم له ردّه اذا ارشد كالصبي وقال ابن القاسم اذا لم يرد عتقه حتى ارشد والعبد في يده لم يازمه عتقه وان كان زال عن يده وولى نفسه فتركه وأمضى عتقه فذلك يازمه اذا أمضاه بعبد ارشده (مسألة) وأما عتق السفينة أم ولده فقدر في الموازية أجمع مالك وأصحابه ان عتق السفينة لا يملكه لأم ولده لزم جائز وروى ابن سخنون عن أبيه عن المغيرة وابن نافع أن عتقه أم ولده لايجوز بخلاف طلاقه ووجه القول الأول انه ليس له فيها الا الاستمتاع فجازت ازالته كالطلاق ووجه القول الثاني انه عتق فلم يصح منه كعتق عبده (فرع) فاذا قلنا يملكه العتق فيها فهل يتبعها ماله قال ابن القاسم ولا يتبعها ماله الا التافه قال سخنون كان تافها أو غير تافه وفي العتية والموازية لأشهب عن مالك يتبعها ماله ان لم يستثنه وجه القول الأول انه سفينة فلا سبيل له الى ازاله ملكه عن ماله بالقول بغير عوض ووجه القول الثاني ان المال تبع لازالة ملكه من الرقبة فاذا أصبح ازاله ملكه عن العين تبعها المال كالوطاق ويبقى المهر للزوجة ولان المال انما كان لأم الولد ولم ينتزعه بالعتق

﴿ مايجوز من العتق في الرقاب الواجبة ﴾

ص * مالك عن هلال بن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الخطاب أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان جارية لي كانت تربي غنما لي فبعتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بني آدم فلطمت وجهها وعلى رقبة أفاعتها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت في السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتشاهدين أن لا اله الا الله فقالت نعم قال أنتشاهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أنتقين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * ش قال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى فأسفت عليها يريد غضبت عليها قال عيسى في قوله تعالى فاما آسفونا انتقمنا منهم معناه أغضبونا وقوله وكنت من بني آدم يعني انه يتركه من الغضب ما يدرهم وقوله

فلطمت وجهها وعلى رقبة يحتمل أن يريد أن عليه رقبة بلطمه أياها ان كان قد شج وجهها ويحتمل أن يريد أن عليه رقبة من معنى آخر كفارة أو غيرها فأراد أن يخصها بالعق في ذلك لما تداها من اذلالها وسؤال النبي صلى الله عليه وسلم لها عن معاني الايمان يقتضي ان الرقبة كانت واجبة عليه من كفارة يشترط فيها الايمان لان العتق للمتمثل لا يعتبر فيه الايمان

(فصل) وقوله للجارية أين الله فقالت في السماء لعلها تريد وصفه بالعلو وبذلك يوصف كل من شأنه العلو فيقال مكان فلان في السماء بمعنى علو حاله ورفعته وشرفه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لها من أنا فقالت رسول الله يقتضي أن الايمان لا يتبعض ولا يصح الايمان بالله مع الكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم اعتمها يقتضي ان الايمان يحصل بالاقرار بذلك والاعتقاد وان لم يقترن بذلك نظر ولا استدلال * قال القاضي أبو جعفر وفي الحديث الثاني ان السائل قال ان علي رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتمها فسأله النبي صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا اله الا الله قالت نعم قال أفتشهدين أن محمدا رسول الله أفترقبين بالبعث بعد الموت فاما قالت نعم قال اعتمها وذلك يقتضي انه حكم بكونها مؤمنة دون أن يسأله عن نظر واستدلال وكذلك كل من أتى ليؤمن أخذنا عليه الشهادتين فاذا أتم بهما حكمه نأيا بآيمانه ولم نسأله عن نظره واستدلاله وان كنا نأمره بذلك ونحضه عليه بعد آيمانه وترجم مالك على هذين الحديثين بما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة فاقضى ذلك تأويله في العتق المذكور في الحديث انه عتق واجب وانه غير معين وقد تقدم وصفنا لما يجزى من ذلك مما لا يجزى في كتاب الايمان والندور والله الموفق للصواب ص * مالك أنه بلغه عن المقبري أنه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون غليم رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك يجزى عنه * مالك أنه بلغه عن فضالة بن عبيد الأنصاري وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له أن يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزى عنه * ش قوله ولد الزنا يجزى عتقه عن الرقاب الواجبة يريد أن من وجب عليه عتق رقبة لكفارة أو نذر أو غير ذلك فانه يجزئه أن يعتق في ذلك ولد زنا لان ذلك التقص لا يختص به وانما يختص بنسبه وذلك غير مؤثر في العتق كما لو كان أبواه مجوسين وقال زيد بن أسلم هو خير الثلاثة لم يعمل سوا قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وقال ربيعة اني أجدي في الاسلام شأنه تاما وقد روى في العتبية أشهب عن مالك أحب الى أن لا يعتق ولد الزنا في الرقاب الواجبة والله أعلم وأحكم

✽ ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ✽

ص * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشتري بشرط فقال لا * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت في الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذي يعتقها فيما وجب عليه بشرط على أن يعتقها لانه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لانه يضع من ثمنها الذي يشترط من عتقها * ش وهذا على ما قال ان من كانت عليه رقبة واجبة عن كفارة أو نذر لانه لا يجزئه أن يشتريها بشرط العتق لما احتج به لانه يحيط عنه من ثمنها لما شرط عليه من عتقها فلم يعتق رقبة تامة ووجه آخر ان العتق لا يوقعه وحده بل يوقعه معه من شرط عليه وروى عن عيسى في المدينة سألت ابن القاسم عن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أريت ان أعتمها فقال ان كان المبتاع عالما بأن ذلك لا ينبغي فعليه

* وحدثنى مالك انه بلغه عن المقبري انه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك يجزى عنه * وحدثنى مالك انه بلغه عن فضالة بن عبيد الأنصاري وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له أن يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزى عنه

✽ ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ✽
* وحدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشتري بشرط فقال لا قال مالك وذلك أحسن ما سمعت في الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذي يعتقها فيما وجب عليه بشرط على أن يعتقها لانه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لانه يضع من ثمنها الذي يشترط من عتقها

عتق رقبة أخرى وان كان جاهلا لا علم له نظره فان كان اشتراها بغيرها دون نقص فلا شيء عليه وان كان
وضع له من الثمن شيء لم يجز له وعليه رقبة أخرى لان لم يعتق رقبة تامة قال عيسى وبلغني عن ابن كنانة
انه قال ان كان جاهلا لم يؤمر بالاعادة وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع لا يجزئه وجهه قول ابن القاسم
مرعاة الخلاف وانه من اعتقد في ذلك ما يعتقده من أنه لا تجزئ ففعل ذلك فقد دخل على أنها
لا تجزئ ومن كان يعتقد جزء ذلك فهو قول قوم من أهل العلم لم ينكر عليه ما اعتقده ووجه قول
ابن نافع ان الحكم في الأمور الدينية العامة انما تجزئ على قول المفتي والحاكم فيلزم ذلك سائر الناس
بالتقوى ان استفتوه وبالحكم بذلك اذا كان مما يفتقر الى حكم حاكم وقدرى ابن المواز عن
مالك انه اختلف قوله فبين اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب فقال مرة يعتق عليه
وان كرهه قال أبو محمد يرد ولا تجزئه عن الواجب اذا اشتراه بشرط العتق قال محمد ثم رجع مالك
فقال لا يعتق عليه الا أن يشترىه على ايجاب العتق وقاله ابن القاسم قال محمد والايجاب على أنه لا على
أن يعتقه فهو القول الاول انه عقدي بيع قد انعقد على شرط جائز على وجه اللزوم فوجب أن يلزمه كما
لو شرط زيادة في الثمن أو عملا ولان المشتري ملك العبد بهذا الشرط وعلى هذا الوجه فليس له
الانتقال الى غيره ووجه القول الثاني أن الشراء قد وقع على وجه تقرر الملك وثبوته ثم يستأنف بعد
ذلك العتق ووجوب العتق ينافي تقرر الملك فلذلك كان له الامسالك عن العتق ولان البائع علق
العتق بفعل المشتري ولم يشترط وقوعه بنفس الملك فاقضى ذلك أن يكون موقوفا على اختيار
المشتري ومختصا بابقاعه دون ايقاع غيره (فرع) واذا قلنا ان للمشتري الامتناع من عتقه فلا
يحتاج أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه فان قام عليه فان له أن يطلبه بالعتق أو الرد قاله ابن عبد الحكم
عن مالك ووجه ذلك أنه لما شرط شرطا جائزا كان له أن يطلب به فاما أن يوفيه اياه واما أن يترادا
البيع (فرع) وهذا اذا كان العبد بغيره وقام الغرماء بقرب البيع فان أدركه عيب وذلك بقرب
البيع بأيام يسيرة فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك للبائع أن يأخذه بغيره أو يترك شرطه وقال
ابن القاسم ان مات بقرب البيع فان أدركه عيب أو دخله عيب مفسد فلا شيء على المبتاع واما ان
مضى للبيع شهر فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك على المبتاع قيمته يوم البيع بلا شرط ان لم يكن
للبيع علم بترك المبتاع العتق ومثله قال ابن القاسم في وجوب القيمة لمضى الشهر ووجه ذلك انه
لما كان للمشتري أن ينفذ العتق أو يمسك عنه وكان للبائع المطالبة بالعتق أو تسويغ الترك فكان
البيع وقع على الخيار من هذا الوجه فاصابه في مدة الخيار المطالبة فهو من البائع ان اختار ارتجاع
العبد والبائع على خياره في امضاء البيع أو رده فان مضت مدة لا يصح فيها الخيار في الرقيق فان علم
البائع بترك المبتاع العتق ولم يعترض منه المدة فقد لزمه البيع وبطل شرطه من العتق ولا شيء له من
زيادة القيمة ولا يلزم المبتاع عتقه قال ابن القاسم فان لم يعلم فهو على شرطه ولم يفت ارتجاع العبد
بمادخله من العيب فعلى المبتاع قيمته دون شرط لما تعدى به من منع العتق وهذا ما كانت القيمة
أكثر من الثمن فان كانت أقل من الثمن فلا رجوع على البائع لان المشتري قد رضي بذلك الثمن
بالشرط فلا يحط عنه وقد سقط الشرط (فرع) واذا فات العبد عند المشتري ولزمته قيمته لعيب
حدث به بعد شهر أو طول زمان فأعتقه حينئذ المشتري عن ظهار أو عتق واجب أجزأه ان كان
العيب الذي حدث به لا يمنع الاجزاء والطول المعتبر في ذلك السنة والسنة ونصف والسنتين أبين
فاذا أعتقه بعد ذلك المشتري لزمته قيمته دون شرط العتق وأجزأه ووجه ذلك أن التغيير الظاهر

في الشهر أو طول المقام دون عيب يقتضي فوات العبد عند المشتري فإذا كان البائع لم يسلم بترك
 العتق لزم المشتري قيمته دون شرط وتقرر ملكه عليه سالما من الشرط فإذا أعتقه حينئذ عن
 ظهار أو أوصى واجب أجرأه (مسئلة) ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق فليشتري على بيع البراءة
 ولا يشتري به مدة الثلاثين سنة إلا من القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك أن العبد إنما هو ليعلم سلامته
 من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره فلم يصح البها فيا يشتري العتق وقد قال مالك فيمن
 أوصى بعتق عبد مدين فرض العبد عمر ضا شديدا أنه يعتق إذا اجتمع المال ولا يؤخر لمرضه والله أعلم
 وأحكم من قال مالك ولا بأس أن يشتري الرقبة في التطوع ويشتري أنه يعتقها * ش
 وهذا على ما قال أنه من اشتري رقبة تطوع بشرط العتق أجرأه ذلك لأن الرقبة لم تزل مبيعة بعد وإنما هو
 متبرع بعتق ما ملك منها سواء كان ذلك جميعها أو بعضها ومن أوصى غيره أن يشتري له رقبة يستحقها
 لتطوع وقد رآه ثمانية المأمور له في ثمنها (١) (مسئلة) والموصى إذا اشتري رقبة التطوع
 واشترط العتق لم يضمن إذا كان الثمن مبلغ وصيته قاله مالك من قال مالك أن أحسن ما سمع
 في الرقاب الواجبة أنه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد
 ولا معتق إلى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لأن الله تبارك
 وتعالى قال في كتابه فإما من بعد وأما فداء فالمن العتاقة * قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله
 في الكتاب فانه لا يعتق فيها إلا الرقبة مؤمنة * قال مالك وكذلك في الكفارات
 لا ينبغي أن يطعم فيها إلا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الإسلام * ش وهذا على ما ذكر
 أنه لا يعتق في الرقاب الواجبة يهودي ولا نصراني ولا يعتق إلا مؤمن لأن الله تعالى قال في كتابه ومن
 قتل مؤمنا خطأ قصير رقبة مؤمنة فقمدها بالإيمان ثم قاس أهل العلم سائر الكفارات على كفارة
 القتل غير مروي عن أبي حنيفة أنه أجاز في كفارة الظهار وكفارة الأيمان عتق رقبة غير مؤمنة وقد
 تقدم ذكره (مسئلة) وأما من يجبر على الإسلام من أهل الكفر فقد روي ابن المواز عن ابن
 القاسم أن أعتق عن ظهاره من يجبر على الإسلام قبل أن يسلم أجرأه وقال أشهب لا يجزئه حتى يجيب
 إليه أو ينفقه ومن عرف القبلة أحب إلينا ومعنى قوله أن لا يقر على الإسلام يريد أهل الأوثان
 فانه لا يقر في الاسترقاق عنده على دينه وجه قول ابن القاسم أنه لما كان لا يقر على دينه ويحمل على
 الإسلام وكان الغالب من جميعهم الدخول في الإسلام كان له حكم المسلم لانه لا يقر على سواء ووجه
 قول أشهب أنه لما لم يظهر الرضا بالإسلام والميل إليه فليس له حكم الإسلام لجواز أن يرضى بما يليق
 المتمسك بدينه فإذا أظهر الإسلام يريد أظهر الأجابة إليه فانه مسلم وإن لم يتناظر بذلك لأن الأيمان
 إنما هو التصديق بالقلب قال محمد وهذا أحسن وهو معنى قول مالك في الأعجمي من قصر النفقة
 يعني من أسلم أحب إلينا من صلى وعرف القبلة أو عرف الله سبحانه وأما قبل أن يسلم فلا يجوز لأن
 النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر رب السوءاء أن يعتقها حتى أفترت بالإيمان وعرفته وقول محمد
 وعرفته ليس في ظاهر الحديث ما يدل عليه إقرارها به وإنما فيه ما يدل على ذلك (مسئلة) ويجوز
 عند ابن القاسم عتق الصغير وأبواه كافرين إذا كان يريد إدخاله في الإسلام رواه عنه ابن المواز
 والذي يقتضي مذهبه في المدونة أنه لا يجوز له لانه قال لا يصلي عليه حتى يفهم ويحبب إلى الإسلام وإذا
 حكمنا له بحكم الإسلام لاعتقاد سيده إدخاله في الإسلام فيجب أن يصلي عليه ويدفن مع المسلمين
 وهذا إنما يعرف من مذهب ابن الماجشون

* قال مالك ولا بأس أن
 يشتري الرقبة في التطوع
 ويشتري أن يعتقها * قال
 مالك أن أحسن ما سمع في
 الرقاب الواجبة أنه لا يجوز
 أن يعتق فيها نصراني
 ولا يهودي ولا يعتق فيها
 مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد
 ولا معتق إلى سنين ولا أعمى
 ولا بأس أن يعتق النصراني
 واليهودي والمجوسي
 تطوعا لأن الله تبارك
 وتعالى قال في كتابه فإما
 من بعد وأما فداء فالمن
 العتاقة * قال مالك فأما
 الرقاب الواجبة التي ذكر
 الله في الكتاب فانه لا
 يعتق فيها إلا الرقبة مؤمنة
 * قال مالك وكذلك في
 اطعام المساكين في
 الكفارات لا ينبغي أن
 يطعم فيها إلا المسلمون
 ولا يطعم فيها أحد على غير
 دين الإسلام

(فصل) وقوله ولا يعتق فيها مكاتب عتق المكاتب على ضربين أحدهما أن يكتبه ثم يعتقه عن ظهاره والثاني أن يشتري مكاتبه ثم يعتقه عن ظهاره فأما الذي يعتقه بهما مكاتبته فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يجزئ في الرقاب الواجبة مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق إلى أجل ولا معتق بعهده ولا مثل به ولا من يعتق بالقرابة ووجه ذلك أن كل واحد منهم قد تعلق به عتق ليس للسيارده فليس له صرفه إلى وجه آخر وجب عليه (مسألة) وحدها فمن كتبه هو أو دبره فإن كتبه غيره فاشتراه هو ثم أعتقه عن ظهاره فقد روى ابن المواز عن أصبغ لا يجزئه في قول مالك الأول الذي قال يرد عتقه وينقض البيع وبه قال أشهب وفي قوله الآخر يجزئه لأنه جعل عتقه فوتا ولم يرد قال ابن المواز ودنا أحبا إلى قال ابن القاسم وأما عتق مكاتبه فلا يجزئه (مسألة) ومن ابتاع مدبرا كتبه البائع تديره فأعتقه عن واجب أجره قاله ابن القاسم واختاره ابن المواز وقال أشهب لا يجزئه (مسألة) ولا يجوز في الرقاب الواجبة عتق عبد من تهن يمين قاله أصبغ في الموازية ووجه ذلك ما قدمناه من أنه قبل من عتق لا يقدر على إزالته عنه لغير هذا الوجه فلم يكن له صرفه إلى غيره وقد قال محمد بن عبد الحكم فحين قال الله على عتق عيسى مهيون ثم أعتقه عن ظهاره فإنه لا يجزئه عن ظهاره ولا شيء عليه ومعنى ذلك أنه لم يفت لنزله وقد فات بالعتق عن ظهاره والله أعلم (مسألة) ومن اشترى زوجته فأعتقها عن واجب فإن لم تكن حاملًا منه أجزأه وإن كانت حاملًا منه لم تجزئه لأنها صارت بالشراء أم ولد قاله ابن القاسم في العتبية قال محمد وهو قول مالك وأصحابه وقال أشهب لا تكون به أم ولد وتجزئه إن كانت بينة الحلفات شك فيها انتظر فإذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من يوم الشراء أجزأته وإن وضعت لاكثر لم تجزئه لأنها بعد الشراء حلت به وقد تقدم توجيه ذلك والله الموفق للصواب برحمته

(فصل) وقوله ولا بأس أن يعتق اليهودي والنصراني والمجوسي تطوعا غير بد ابتداء من لم يلزمه عتق أولئك بالنذر عتق لم يشترط فيه الإيمان قال لأن الله تعالى يقول فاما من بعد وأما فداء والمن العتاقة وهذا كلزم فيه تجوز لانه وإن كانت العتاقة نوعا من المن الآن اسم العتق أخص بما تقدم الملك عليه واسم المن أخص بما من عليه قبل تقرير الملك وذلك أن أصحابنا قالوا إن الامام في الاسرى مخير بين خمسة أشياء القتل والفداء أو المن أو الاسترقاق أو عقده الذمة

﴿ عتق الحى عن الميت ﴾

﴿ عتق اخى عن الميت ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن عبد الرحمن بن أبي
 عمرة الانصارى ان أمه
 أرادت أن توصى ثم
 أخرت ذلك الى أن تصبح
 فهلكت وقد كانت همت
 بأن تعتق فقال عبد
 الرحمن فقلت للقاسم بن
 محمد أينفعها أن أعتق عنها
 فقال القاسم ان سعد بن
 عبادة قال لرسول الله
 صلى الله عليه وسلم ان أمي
 هلكت فهل ينفعها أن
 اعتق عنها فقال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم نعم
 * وحدثني مالك عن يحيى
 ابن سعيد انه قال توفى
 عبد الرحمن بن أبي بكر في
 نوم ناه فاعتقت عنه
 عائشة زوج النبي صلى
 الله عليه وسلم رقبا كثيرة
 * قال مالك وهذا أحب
 ما سمعت الى في ذلك

ص * مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصارى أن أمه أرادت أن توصى ثم أخرت ذلك إلى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها أن أعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمي هلكت فهل ينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال توفى عبد الرحمن بن أبي بكر في نوم ناه فاعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقبا كثيرة قال مالك وهذا أحب ما سمعت إلى في ذلك * ش ومعنى ذلك أن العتق على الميت لا خلاف في جوازه فأما عن الحى فقد قال مالك وابن القاسم من أعتق عن رجل في الزمة من واجب بأمره أو بغير أمره أجزأه وكذلك إن أطعم عنه أو كساو ذلك كسكفيه عن الميت وقال أشهب لا يجزئه بأمره ولا بغير أمره لأن الأمر يمكن كالأعطاء على ذلك عوضا ويصح أن يفرق بينهما بأن الميت

لو اشترى المعتق عنه من يعتق عليه أجزاء ما لم يوص الميث بعقته عنه بعينه فلا يجزئ ولا يجزىء في الحى أن يشتري ويعتق عنه عن ظهره من يعتق عليه بالملك (مسئلة) ولو أعطاه عوضا على أن يعتق عنه لم يجزه قاله مالك وابن القاسم ومعنى ذلك أنه من باب الشراء بشرط العتق وقد قال مالك إن اشترى الوصى الرقبة الواجبة بشرط العتق ضمن ولم يجزه (مسئلة) وأما في التطوع فيشتري له من يعتق عليه في حياته والعق عنه على ضربين أحدهما ابتداء فمن أعتهق عنه من مؤمن أو كافر أو ناقص الخلقة أو كاملها فذلك جائز وأمان أو وصى بذلك فقد قال أشهب إن اشترى الوصى في التطوع نصرانيا ضمن علم بذلك أو لم يعلم ومعنى ذلك أن كسرها عيب فيها فليس له وقد أوصى على الإطلاق الذي يقتضى السلامة أن لا يشتري له معيها (فرع) ومن أعتهق رجل عن غيره في كفارة لزمته فولاؤه

﴿ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها ﴾ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه ﴿ ش قوله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا يقتضى الاعتبار بزيادة الثمن وقد يكون ذلك على وجهين أحدهما أن يزيد في الثمن على القيمة والثاني أن يزيد الثمن لزيادة القيمة فأما زيادة الثمن على القيمة فعندي أنه لا اعتبار به إلا أن يأبى أهلها من بيعها إلا بزيادة على قيمتها ويرغب في عتقها لأن الميث أوصى بذلك أو لمعنى يخصها (مسئلة) وأما زيادة الثمن لزيادة قيمتها فيعتبر به على كل حال لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد نص على أن أفضل الرقاب أغلاها ثمنا وقد قال ابن القاسم فيمن أوصى أن يعتق خيار رقيقه بدى باغلاهم ثمنا وهذا إذا كانت الرقبتان متساويتين في الإسلام والصالح فإن كانت أحدهما مسامة والثانية نصرانية وهى أكثرهما ثمنا فقد روى ابن حبيب عن زياد عن مالك أن عتق الكثيرة الثمن أفضل وإن كانت نصرانية وقال أصبغ عتق المسامة أفضل ولو كانتا مسامتين واحداهما أصلح ديننا وهى أقل ثمنا فالكثيرة الثمن أولى وجه قول مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتبار غلاء الثمن لأنه هو الذي يخرج المعتق وأما الذين فاعنا عوشى يختص بالرقبة ولذلك قدمنا الكثيرة الثمن على الأصلح ديننا ووجه قول أصبغ حمله الحديث في غلاء الثمن على التساوى في الإسلام ولا اعتبار بزيادة الصلاح لأنه لا تأثير له في المنع من أجزاء الرقبة الواجبة ولكن كثر تأثير في ذلك وقد روى عن ابن القاسم أن الرقبتين إذا اتقار بتما في الأثمان بدأ بالأصلح وروى أصبغ عن ابن عباس أنه سئل عن رقبتين أحدهما لغية أيهما أفضل فقال أغلاهما ثمنا بدينار

﴿ مصير الولاء لمن أعتق ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبته أهلى على تسع أواق في كل عام أو قية فأعينيني فقالت عائشة أن أحب أهلك أن أعدها لهم عددها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

﴿ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا ﴾ ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها ﴾ وحدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه ﴿ مصير الولاء لمن أعتق ﴾ ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبته أهلى على تسع أواق في كل عام أو قية فأعينيني فقالت عائشة أن أحب أهلك أن أعدها لهم عددها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

فأبوا على أن يكون الولاء لهم فسمع ذلك

(٢٧٩)

رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألهما فأخبرته عائشة

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واشترطى
لهم الولاء فانما الولاء لمن
أعق ففعلت عائشة ثم
قام رسول الله صلى الله
عليه وسلم في الناس فحمد
الله وأثنى عليه ثم قال أما
بعد فإبالي رجال يشترطون
شرطا ليست في كتاب
الله ما كان من شرط
ليس في كتاب الله فهو
باطل وإن كان مائة شرط
قضاء الله أحق وشرط الله
أوثق وإنما الولاء لمن أعق
* وحدثنى مالك عن نافع
عن عبد الله بن عمر أن
عائشة أم المؤمنين أرادت
أن تشتري جارية تعتقها
فقال أهلها نبيكمها على
أن ولأهلنا فذكرت
ذلك لرسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال لا يمنعك
ذلك فانما الولاء لمن أعق
* وحدثنى مالك عن يحيى
ابن سعيد عن عمرة بنت
عبد الرحمن أن بريرة
جاءت تستعين عائشة أم
المؤمنين فقالت عائشة إن
أحب أهلك إن أصب
لهم ثمنك صبة واحدة
واعتقك فعلت فذكرت
ذلك بريرة لأهلها فقالوا
لا إلا أن يكون ولاؤك لنا
قال يحيى بن سعيد فزعمت

فأبوا على أن يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألهما فأخبرته عائشة فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واشترطى لهم الولاء فانما الولاء لمن أعق ففعلت عائشة ثم قام
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فإبالي رجال يشترطون
شرطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط
قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعق * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة
أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيكمها على أن ولأهلنا فذكرت ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعق * مالك عن يحيى بن سعيد
عن عمرة بنت عبد الرحمن أن بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة إن أحب أهلك إن
أصب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فقالوا لا إلا أن يكون ولاؤك
لنا قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقها فانما الولاء لمن أعق * ش قول بريرة كاتبت أهلي على
تسع أواق في كل عام أوقية يقتضي أن الكتابة على النجوم جائزة وتكون الكتابة شيئا مقدرا وما
يدفع منه في كل عام مقدرا وقولها فاعينني دليل على جواز السعي وأخذ صدقات التطوع لتؤدي
بها عن نفسها وأما الصدقات الواجبة من الزكوات فإن مال الكافل أن أعطى منها ما يتم به عتق
المكاتب فجائز وغيره أحب إلى وأما أن يعطى منه ما يستعين به على كتابته مع بقاء رقه فلا وليس
في قول بريرة فاعينني ما يدل على زكاة ولا على غيرها وإنما طلبت العون على الأداء

(فصل) وقول عائشة إن أحب أهلك إن أصب لهم ثمنك صبة واحدة ويحكم أن يكون ولاؤك فعلت يحتمل أن
يكون على معنى شراء المكاتب مع تمكنه من الأداء ويحتمل أن يكون بمعنى شرائها بالعجز عنها عن
الأداء أو رجوعها إلى الرق قال ابن مزين لعيسى كيف جاز لعائشة أن تشتري بريرة وهي مكاتبه فقال
نحوه على أنها عجزت وقاله يحيى بن يحيى عن ابن نافع فأما شراء المكاتب فاختلف فيه قول مالك
فقال مرة أن فات بالعتق لم يرد وقال مرة يرد وينقض البيع وجه القول الأول أن العتق البطل أقوى
من الكتابة ووجه القول الثاني أن العتق انما يترتب على صحة البيع والبيع لا يجوز لأن فيه نقضا
للكتابة وعقد الكتابة عقد لازم ولا ينقضه إلا بالعجز عن الأداء وأما حمل اللفظ على العجز عن
الأداء فيحتمل أن يعجز عنه فتلوم أهلها عليها لاستبراء حالها فخرجت تسعى في أداء نجمها فاخترت
عائشة أن تترك السؤال وترضى بالعجز لتشتريها فتفقد عتقها فيكون ذلك أرفق وأتم لعتقها لأنها
ر بما عجزت عما بقي من نجومها بالمكاتب فيكون ذلك وإن أرادت النجم الذي حل باعطاء من عائشة أو
غيرها ثم إن كانت بقيت النجوم على ما يقتضيه اللفظ مع الأداء بتعجيل عتقها تسع سنين ويكون
إذا اشترتها عائشة يكون الولاء لها على ما يقتضيه الشرع أو على ما ظنت أنها لا يثبت لها إلا بالشرط
(فصل) وما ذكرنا أن أهلها أبوا إلا أن يكون لهم الولاء يحتمل من جهة اللفظ أنهم إنما أرادوا بيع
الكتابة لا بيع الرقبة وذلك أن بيع الكتابة يقتضي بقاء الرقبة والكتابة تقتضي أن يكون الولاء
للمن كاتبه ويحتمل أنهم قد أرادوا بيع الرقبة أجمع بقاء الكتابة وأما بعد فسخ الكتابة إلا أنهم اعتقدوا
أن اشتراط الولاء لهم جائز مع ذلك وهذا هو الأظهر من الحديث لما قضى بالولاء لعائشة رضي الله عنها
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذوها واشترطى لهم الولاء ظاهره اشتراطه للبائع وقال أبو جعفر

عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقها فانما الولاء لمن أعق

ابن النحاس معنى ذلك اشترط عليهم الولاء لنفسك وان لهم بمعنى عليهم وهذا غير صحيح فان في رواية ابن عمر في هذا الحديث انهم أبو الا أن يكون لهم الولاء فمال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يملك ذلك فان الولاء لمن أعتق ثم بين ذلك بقوله ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عز وجل من اشترط شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وذلك يقتضي أنهم وان اشترطوا الولاء لأنفسهم في البيع فان اشترط ذلك لا ينفع ولو اشترطوه مائة مرة فان شرط الله يعني ما أمر به وشرعه أحق وأوثق وانما الولاء لمن اشترط الولاء بالعتق لا بالشرط * وقد روى في المزنية عيسى عن ابن القاسم في مكاتب باعه أهله من رجل على أن يعتقه ويكون الولاء لمن باعه فقال الولاء لمن أعتقه والشرط باطل وقد قال سحنون في كتاب ابنه انما أمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة بشراء بريرة ويشترط الولاء للبائع على معنى الخديعة يريدون ولكن بعد الاعلام لهم بوجه الحكم في ذلك مع الشرط قال سحنون اذ لا يحل القول من القابو محل الحكم كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اني لانسى أو انسى لاسن يريدان الفعل أثبت في النفوس من التعليم بالقول وأنكر قول من قال اشترطى لهم بمعنى عليهم وقال ما عادت من قاله

(فصل) وقوله فانما الولاء لمن أعتق قال سحنون معناه من أعتق عن نفسه لانهم أجمعوا ان الوصية بعتق عن الميت فان الولاء للميت وروى ابن سحنون عن أبيه من أعتق عبده عن غيره فولاؤه للغير وان كره * قال القاضي أبو محمد سواء أعتق عنه باذنه أو بغير اذنه وقال أبو حنيفة والشافعي الولاء للعتق اذا أعتق عنه بغير اذنه ودليلنا على ما قدمناه ان الولاء يعني يورث به على وجه التعصيب فلا يشترط حصوله لمن حصل له الى اذنه كالنسب ودليل آخر ان الولاء تعصيب ثبت بالاذن فوجب أن يثبت بغير اذن أصل ذلك الرجل يعتق عبده فيثبت ولاؤه لعصبته وان كرهوا ذلك (مسألة) ومن هذا الباب عندى من يعتق في الزكاة ان الولاء لجماعة المسلمين دون المعتق لانه لم يعتق عن نفسه وانما أعتق عن غيره فقوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق محمول على عمومه الا انه خص منه المعتق عن غيره وقد روى عنه ان الولاء لمن أعطى الورق وقد يكون في الأغلب معطى الورق من يعتق عنه دون مباشرة العتق وأما المعتق في الكفارة فولاؤه للمعتق لانه أعتق عن نفسه (مسألة) ومن أعتق مدبره عن فلان فالولاء للمعتق قاله ابن القاسم في العتبية والموازاة قال عنه عيسى ولا أحب ابتداء ذلك ومعنى ذلك ما فيه من اتمام نقل الولاء عن المدبر قال عيسى قيل لابن القاسم فماله كاتب مثله قال ما أشبه به يريدان من أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق قد ثبت له بعقد الكتابة ولا يقدر أن يفسخ بمال وكذلك لو باعه ممن يعتقه لكان الولاء للسيد وهذا في البيع بشرط العتق لانه لم يسوغه نقض عقد الكتابة وقد قال عنه أصبغ في المدبر يبيعه من غير شرط فيعتقه المبتاع ان الولاء للمبتاع لانه قد سوغه باطلاق البيع للملك الذي يبطل الولاء فاذا فات رد البيع بالعتق والولاء للمبتاع المعتق (مسألة) ومن أعتق أم أو ولد عن أجنبي فولاؤه للمعتق وكذلك لو باعها ممن يعتقها قال أصبغ الولاء للبائع والعتق ماض كما لو أعطاه مالا على العتق وروى عن سحنون العتق باطل وترد الى سيدها أم ولد وجه القول الأول ما أشار اليه من أن يبيعها ممن يعتقها وان كان لفظه لفظ البيع فان معناه أن يعطيه المبتاع مالا على أن يعجل عتقها وذلك جائز فيحمل أمرها على الجائز من المعنى دون المنتزع من اللفظ وجه القول الثاني ان العقد انما يباشر البيع بشرط أن يعتقها المبتاع فاذا بطل البيع بالشرع في أم الولد لم يصح العتق لانه مترتب على ملك المبتاع لما ابتاع (فرع) فاذا

فلما نفذ العتق فان المال سائغ للبائع وروى ابن الماسجشون الولاء للبائع والعتق ماض ويرد الثمن وجه القول الأول ماتقدم من انه بمنزلة اعطاء المال على تعجيل العتق وذلك جائز ووجه القول الثاني ان العتق لما وقع باذن سيدها نفذ بمنزلة من اذن لرجل في ان يعتق أمته ولما بطل البيع رد ما تعلق به من الثمن لانه انما اخذه على وجه الثمن ص * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته * ش نهيه عن بيع الولاء وعن هبته أصل ذلك أن ينفر دبالبيع دون الرقبة اذا ثبت بعتق أو بعقلا لازم يقتضي العتق فانه لا يجوز نقله عن محله ببيع ولا هبة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق يريد أن الولاء انما ثبت لمن أوقع العتق عن نفسه وقال العلماء ان معناه اذا أوقع عنه العتق غيره ومن ابتاع الولاء بعد ثبوته أو هبته فليس بعتق ولا معتق عنه وأما انتقال الولاء بالمواريث والجدة في باب ميراث الحقوق بسبب المعتق الموروث لا على أن الولاء ينتقل وانما هو باق كالنسب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فن باع ولا معتقه فقد قال الشيخ أبو اسحاق يبطل بيعه ويرد الثمن على المبتاع ولو وهبه لم تمض هبته وكان الولاء له لا للموهوب له قال لان الولاء لا ينتقل كما لا ينتقل النسب قال وقد روى عن بعض الصحابة اجازة هبة الولاء والدليل عليه ماتقدم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم ص * قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أنه يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالى من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع العبد نفسه من سيده على أنه يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيد من يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالى من شاء فذلك الهبة * ش قوله ليس للعبد أن يبتاع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء صحيح لانه بمنزلة أن يعتقه على أن يكون ولاؤه لزيد أو لعمرو أو لمن يختار العبد وقال صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق وقد قال العلماء معناه أو أعتق عنه وهذا الذي يختار العبد موالاه في المستقبل لم يعتق ولا أعتق عنه ونهى أيضا صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته وما يختار العبد من صرف ولأنه الى من شاء اذا لم يكن العتق فلا يتخلو أن ينتقل عن المعتق عنه الى من يختاره العبد ببيع أو هبة لانه لم يثبت له ابتداء وكل الوجهين ممنوع نهي صلى الله عليه وسلم عنهما وفي الزانية سألت عيسى عما كرم مالك من أن يبتاع العبد نفسه من سيده على أن يوالى من شاء أرأيت ان وقع ذلك أ يكون له أن يوالى من شاء قال الولاء للسيد والشرط باطل

* جر العبد الولاء اذا أعتق *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالى وقال موالى أمهم بل هم موالى فاختصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم * ش قوله ان الزبير اشترى عبدا له بنون من امرأة حرة فأعتقه فقضى له عثمان بولائهم قال ابن سحنون عن أبيه قامت السنة عن الصحابة والتابعين وغيرهم ان ولد المرأة الحرة المعتقة ولاؤه لموالى أمه ما كان أبوه عبدا فاذا عتق جره الى مواليه وان كانت عربية فولاءه للمسلمين حتى يعتق أبوه فعلى هذا في مسألة الزبير كانت زوجة العبد مولاة فكان ولايتهم لموالى أمهم فلما أعتق الزبير أباهم رأى انه قد جرح ولاهم وصار موالى له قال ابن المواز عن مالك ولو كان عتق العبد قبل موته بساعة يريد ان بنفس العتق ينجر الولاء ولا يفتمقر الى

* مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أنه يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالى من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع العبد نفسه من سيده على أنه يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيد من يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالى من شاء فذلك الهبة

* جر العبد الولاء اذا أعتق *
* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالى وقال موالى أمهم بل هم موالى فاختصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم

وحدثني مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل (٢٨٧) عن عبده ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيد إن مات أبوهم

وهو عبد لم يعتق فولأؤهم لموالي أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملائنة من المولى ينسب إلى موالى أمه فيكونون هم مواليه إن مات ورثوه وإن جريرة عتقوا عنه فإن اعترف به أبوه ألحق به وصار ولأؤه إلى موالى أبيه وكان ميراثهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الخ قال مالك وكذلك المرأة الملائنة من العرب إذا اعترف زوجها الذي لا عنها بولدها صار مثل هذه المنزلة إلا أن بقية ميراثه بعده ميراث أمه وأخوته لأمه لعامة المسلمين ما لم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملائنة المولودة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبة فلما ثبت نسبه صار إلى عصبته * قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد سراً الجد أبا العبد يجزى ولأؤه ولد ابنه الأحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوه عبد فإن عتق أبوه رجعت الولاء إلى مواليه وإن مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وإن العبد كان له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد

حكم ولا رضا أحد وقال مالك في العتبية من رواية أشهب ولو كان العبد من يضاها فاعتق غدوة ومات عتبية إذا ناله العتق حياً ووجه ذلك أن الولاء يثبت بنفس وجود نسبه بعد ثبوته لغير من يجزى إليه كابن الملائنة يثبت ولأؤه لموالى أمه إن كانت مولودة فإن أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء إليه فورث (مسئلة) ولو أن ابن العبد من الحرة اشترى أباها فعتق عليه كان ولأؤه أبيه له يجزى إلى موالى أمه وفي العتبية أشهب عن مالك قال سحنون وهو قول جميع أصحابنا إلا ابن دينار فإنه قال هو كالسائبة ولأؤه للمسلمين وجه قول مالك أن الأب لما أعتقه ابنه كان ولأؤه له ولم يثبت له ولأؤه الابن ووجه قول محمد أن الابن لا يجزى ولا يثبت ولأؤه للأب لجماعة المسلمين ص * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن عبده ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيد إن مات أبوهم وهو عبد لم يعتق فولأؤهم لموالى أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملائنة من المولى ينسب إلى موالى أمه فيكونون هم مواليه إن مات ورثوه وإن جريرة عتقوا عنه فإن اعترف به أبوه ألحق به وصار ولأؤه إلى موالى أبيه وكان ميراثهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الخ قال مالك وكذلك المرأة الملائنة من العرب إذا اعترف زوجها الذي لا عنها بولدها صار مثل هذه المنزلة إلا أن بقية ميراثه بعده ميراث أمه وأخوته لأمه لعامة المسلمين ما لم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملائنة المولودة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبة فماتت نسبه صار إلى عصبته * ش قول ابن المسيب في عبده ولد من امرأة حرة إن مات أبوه عبد فولأؤهم لموالى أمهم ظاهر أنهم ولدوا بعد عتق الأم لأنه شرط في ذلك أن يموت أبوه عبداً لأن هؤلاء لو أعتق أبوهم لجزى الولاء ولو ولد هؤلاء في حال رق أمهم فمالهم الرق ثم عتقوا مع أمهم أو أفردوا بالعتق حال الجلب أو بعد الولادة فإن ولأؤه يكون لمن أعتقه سواء بقي أبوه على حال الرق أو انتقل بالعتق إلى حرية ولا يجزى ولأؤه لان الولاء الثابت بالعتق لا يجزى عتق أب ولا شيء وانما يجزى ولأؤه ثبت بالولادة دون العتق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول مالك ومثل ذلك ولد الملائنة ينسب إلى موالى أمه فإن اعترف به أبوه ألحق به وصار ولأؤه لموالى أمه به يريد أنه إذا كانت أمه مولودة لقوم وبطل نسبه من أبيه وهو مولى باللعان صار ولأؤه لموالى أمه فإن اعترف به أبوه رد ولأؤه إلى مواليه فجعل اللعان كحال كون الأب عبداً وحال الاعتراف بعد ذلك كحال ما يطرأ على الأب من العتق فيجزى به ولأؤه إلى مواليه

(فصل) وقوله وكذلك إذا كانت أمه من العرب فيعرف زوجها فولد مثل ذلك يريد أن نسب الابن يرجع بالاعتراف إلى نسب الأب إلا أن ابن العربية إذا ورث ذوى الفروض حقوقهم وفضلت فضلة كانت لجماعة المسلمين وولد الملائنة يرث موالى أمه الباقي وذلك أن الولاء كالتعصيب يستوفى به الميراث فبقاء موالى الأب في ذلك المولى بمنزلة بقاء عصبة الأب في العربي والله أعلم وقال ابن عزمين سألت عيسى عن تفسير قول مالك في ولد الملائنة العربية وولد الملائنة المولودة يرث أمه وأخوته لأمه حقوقهم ويرث بقية ميراثه موالى أمه ولا يرث عصبة المرأة العربية بقية الميراث فقال عصبة المرأة العربية أخوال ولدها وكذلك لو كان للمرأة أخوة لكانوا أخوالاً لا يرثون ويكون بقية ميراث ولدها لموالىها فإن لم يكن لها موال فلجماعة المسلمين وأما موالى الأم فانهما يرثون بالولاء ص * قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حران الجد أبا العبد يجزى ولأؤه ولد ابنه الأحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوه عبد فإن عتق أبوه رجعت الولاء إلى مواليه وإن مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وإن العبد كان له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد

جرّ الجدا أبو الأب والولاء والميراث ۞ ش ومعنى ذلك أن الجد يجر إلى مواليه ولا ابن ابنه ما كان
الأب عبدا قال ابن المواز مات أوعاش ووجه ذلك أن جر الولاء معنى يختص بالأبوة ولا يشارك في
ذلك الأب غير الجد قال معنون عن ابن الماجشون وكذلك أبو الجد إذا كان حرا وكان الجد وابنه
عبيدين فإنه يجر إلى مواليه ولا ابن ابنه حتى يعتق الجد فينتقل الولاء إلى موالي الجد أو حتى يعتق
الأب فينتقل الولاء إلى مواليه وإن مات الأب عبدا ثبت الولاء لمن جرّه إليه الجد قال في كتاب ابن
المواز ولا ينقل أحد من القرابات الولاء إلا الأب

بحر الجدة أبو الأب الولاء
والديارث * قال مالك
في الأمة تعتق وهي حامل
وزوجها مملوك ثم يعتق
زوجها قبل أن تضع
حملها أو بعد ما تضع ان ولاء
ما كان في بطنها للذي
اعتق أمه لأن ذلك
الولد قد كان أصابه الرق
قبل أن تعتق أمه وليس
هو بمنزلة الذي تحمل به
أمه بعد العتاقة لأن الذي
تحمل به أمه بعد العتاقة إذا
عتق أبوه بحر ولأه * قال
مالك في العبد يستأذن
سيده أن يعتق عبدا له
فيأذن له سيده ان ولأه
العبد المعتق لسيده العبد
لا يرجع ولأؤه لسيده
الذي أعتقه وان عتق

(فصل) وقوله وان كان للعبد ابنان حران وأب فبات أحد الابنين جردا والاولاء والميراث ير يدان الأب مادام عبد لا يرث ولا يجبر ولاء ولا يحجب من مات من ولده فالجد أبو الأب يجبر ولاء الميت لأن الأب عبد والعبودية تمنع الميراث وجرد الولاء والأخ لا يجبر ولاء ص قال مالك في الأمة تعتق وهي حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجهما قبل أن تضع حملها أو بعد ما تضعه ولاء ما كان في بطنها للميت أعنتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذي تحصل به أمه بعد العتاقة لأن الذي تحصل به أمه بعد العتاقة اذا عتق أبوه جرد ولاءه ش وهذا على ما قال ان من أعنتق أمته وهي حامل وزوجها حين أعنتقها مملوك ثم يعتق زوجهما قبل أن تضع حملها أو بعد ما تضعه ان ولء الولد يثبت لموا الى أمه لا يجبره أبوه اذا عتق قال سحنون عن ابن الماجشون وذلك اذا ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت الأم فان ولدته لسته أشهر فأكثر قال الشيخ أبو محمد يريد وليست بظاهرة الحمل والزوج مرسى عليها فان الأب يجبر ولاءه الى معتقه ووجه ذلك ان الولد اذا مسه الرق فعتق فان ولءه قد ثبت لمعتقه لقوله صلى الله عليه وسلم وانما الولاء لمن أعنتق ولا ينتقل عنه بجبر أب ولا غيره والذي يعلم به انه قد مسه الرق ان تضعه الأم لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت أو تكون يوم عتقت ظاهرة الحمل أو يكون زوجهما ممنوعا منها لا يصل اليها فهن ثابت ولاء ما وضعته لسيدها لأنه يعلم انها حملت به قبل أن تعتق فقد مسه رقه وعنتق بعتقه فثبت ولاؤه لثبوتها لا ينتقل عنه وانما ينتقل من الولاء ما لم يثبت بالعتق وانما يثبت بجبر الأم مثل أن تحصل به بعد أن تعتق فيجبر ولاءه الى مواليها لأن الأب عبد لا مدخل له في الولاء فاذا عتق الأب بعد ذلك ذلك جرد ولاء ابنه لأن الولاء ثابت في الجنبتين بالجر وجنبه الأب أقوى في جرد الولاء من جنبه الأم (مسئلة) ولو ادعى معتق الأب انها حملت به بعد العتق وقال سيده الأمة انها كانت حاملا يوم العتق فعتق الأب مصدق قال أشهب لأن الظاهر انها ولدت وهي حرة وانما شك في وقت الحمل وذكر في كتاب محمد إلا أن تكون ظاهرة الحمل يوم العتق أو تضعه لأقل من ستة أشهر على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تزوج مدبرة فبات السيد وقد ولدت أولادا وهي حامل يوم موته فولاؤه لمن يعتق في ثلثه وان كان زوجهما عبدا ثم أعنتق لم يجبر ولاءهم إلا ان تحصل بهم بعد موت سيدها قاله أصبغ في الموازية ووجهه ما قدمناه والله أعلم وأحكم ص قال مالك في العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان ولء العبد المعتق لسيده العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذي أعنتقه وان عتق ش وهذا على ما قال ان العبد اذا أعنتق عبده لم يحل ان يعتقه باذن سيده أو بغير اذنه فاذا أعنتقه باذنه ثبت ولاؤه لسيده لأنه هو المعتق ثم ان أعنتق العبد بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء لأنه قد ثبت لسيده بالعتق فلا ينتقل عنه بحرية العبد المعتق واذا أعنتقه بغير اذن سيده ثم علم به السيد فلم يجبر ولم يرد حتى عتق العبد ففي الموازية ان ولء للعبد ووجه ذلك انه لم يوجد فيه من اذن السيد

ما يستحق به ولاءه كما لو لم يعلم بالعتق حتى يعتق العبد (مسئلة) وأما عتق المدبر وأم الولد فان أعتق أحدهم باذن السيد في وقت للسيد انتزاع ماله فولاء ما أعتق للسيد ثم لا يرجع الولاء لمن أعتق المدبر وأم الولد لأنه اذن في العتق في وقت كان له انتزاع المال كاذن للعبد وان كان العتق باذن السيد في وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع ماله من مرض السيد فان ولاء ما أعتقه باذن السيد يرجع اليهم اذا عتقوا وكذلك المعتق الى أجل في قرب الأجل الذي يمنع انتزاع ماله وبعده الذي لا يمنع منه قتاله مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وقال عبد الله بن عبد الحكم اختلف في ولاء ما أعتق المدبر وأم الولد وأحب الى أن يكون للسيد وان مات من مرضه لا يرجع اليه ما وان عتق لانه كان له أخذ ماله بسبب صحته ان صح يريد لانه لا يقطع بمنعه من ماله لما يجوز عليه من الصحة وذلك يجعل الولاء له (مسئلة) وأما من أعتق منهم بغير اذن السيد فلم يعلم به حتى عتقوا فان ولاء ما أعتقه يكون لهم دون السيد ان لم يكن السيد استثنى ماله وان استثنى ماله بطل العتق وروى السيد قتاله كله في الواضحة مطرف وابن الماجشون ورواه أصبغ عن ابن القاسم (فرع) فاذا قلنا ان ولاء من أعتق المدبر وأم الولد في مرض السيد لها دون السيد فان صح السيد من مرضه ذلك قال أصبغ الولاء لهما لا يرجع الى السيد وقال محمد بن حاتم ذلك حكم ماله ان انتزعه في مرضه فأت رد عليه ما وان صح فهو له فكذلك ولاء ما اعتق باذنه من اعي على ما تقدم (مسئلة) وما أعتقه المكاتب ثم عجز فولاه للسيد ثم ان أعتق المكاتب بكتابة أخرى أو بأى وجه كان لم يرجع اليه الولاء وذلك في الموازية ووجه ذلك انه أعتق باذن سيده ثم ظهر انه ممن يجوز انتزاع ماله فلا يرجع الولاء اليه وان عتق كالعبد القن وهذا على قول مطرف وابن الماجشون وابن القاسم في المدبر وأم الولد يعتقان في مرض سيدهما ثم يعتق السيد والله أعلم

ميراث الولاء

ص مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبيه انه أخبره ان القاضي بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعله فلهك أحد الذين لأم وترك مالا ومواليا فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاءه مواليه ثم هلك الذي ورث المال وولاء الموالي وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبي أحرز من المال وولاء الموالي وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت ما كان أبي أحرز من المال وولاء الموالي فلا أرايت لو هلك أخي اليوم أليست أرثه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالي ش قوله ان عثمان رضي الله عنه قضى بالولاء لمن هو أحق به يوم الاستحقاق ولا يجزى في ذلك مجرى المال لان المال يتبطل بغيره بموت من يورث عنه وأمر الولاء باق بعد ذلك يعتبر بحال الاستحقاق ولذلك اذا مات أحد الأخوين الشقيقين ورثه أخوه شقيقه دون الأخ للاب وتبطل أخذ المال ثم لمات الثاني من الشقيقين ورث بنوه ما انتقل اليه من المال ولم يرثوا الولاء لانه أمر باق بعد فن مات من موالي أول الشقيقين موتا ورثه أخوه لأبيه دون ولد الشقيقين لانه انما يعتبر في الأحق به من كان أحق بمعتقهم يوم موت الموالي ولا خلاف ان الأخ للاب أحق بأخيه من ولد أخيه الشقيق يوم مات الموالي والله أعلم وأحكم وقد قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الأخ الشقيق أولى بالولاء من الأخ للاب والأخ للاب أولى من ابن أخ شقيق وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب وعلى هذا قال ابن المواز الابن

ميراث الولاء

* حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبيه انه أخبره أن القاضي بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعله فلهك أحد الذين لأم وترك مالا ومواليا فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاءه مواليه ثم هلك الذي ورث المال وولاء الموالي وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبي أحرز من المال وولاء الموالي وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت ما كان أبي أحرز من المال وولاء الموالي فلا أرايت لو هلك أخي اليوم أليست أرثه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالي

* وحدثني مالك عن
عبد الله بن أبي بكر بن
حزم أنه أخبره أبوه أنه
كان جالسا عند أبان بن
عثمان فاختصم اليه نفر
من جهينة ونفر من بني
الحارث بن الخزرج
وكانت امرأة من جهينة
عند رجل من بني الحارث
ابن الخزرج يقال له
ابراهيم بن كليب فانت
المرأة وتركت مالا وموالي
فورشها ابنها وزوجها ثم
مات ابنها فقال ورثته لنا
ولاء المولى قد كان ابنها
احرز فقال الجهينيون
ليس كذلك انما هم مولى
صاحبتنا فاذامات ولدها
فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم
فقضى أبان بن عثمان
للجهينيين بولاء المولى
* وحدثني مالك انه بلغه
أن سعيد بن المسيب قال
في رجل هلك وترك
بنين له ثلاثة وترك مولى
اعتقهم هو عتاقه ثم ان
الرجلين من بنيه هلكا
وتركا أولاد فقال سعيد
ابن المسيب يرث المولى
الباقى من الثلاثة فاذا
هلك هو فولده وولده أخويه
في المولى شرع سواء

أحق الناس بولاء مولى أبيه ثم الأب ثم الأخ الشقيق أولاد الأب هما أولى
من الجد وأما الأخ للام وابنه فلاحظ له في الولاء واجداً أولى من العم وجهته تقديم الاخوة وبني الاخوة
على الجد في الولاء بخلاف الميراث ان الميراث انما يرث بالتعصيب المحض دون الفروض والاخوة
وبني الاخوة أثبت منهم في التعصيب من الجد لانهم لا يرثون بفرض والجد يرث بالفرض مع انهم
أقرب الى الميت من الجد لانهم يدلون بالبينة والجد يدلي بالأبوة والبينة أثبت في التعصيب من الأبوة
(مسئلة) واذا توفي رجل له عاصبان متساويان في القعد أحداهما أخ لأم ففي كتاب ابن المواز عن
مالك وابن القاسم هما سواء في استحقاق ولأمواليه وقال أشهب الأخ للام أحق من سائرهم كالأخوين
أحد هما شقيق والأخر للاب الشقيق أولى لزيادة القرابة بالأم وكذلك العم الشقيق مع العم للاب
ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم انه أخبره أبوه انه كان جالسا عند أبان بن عثمان
فاختصم اليه نفر من جهينة ونفر من بني الحارث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من
بني الحارث بن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فانت المرأة وتركت مالا ومولى فورشها ابنها وزوجها
ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولواء المولى قد كان ابنها احرز فقال الجهينيون ليس كذلك انما هم مولى
صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهينيين بولاء المولى * مالك
انه بلغه أن سعيد بن المسيب قال في رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك مولى اعتقهم هو عتاقه ثم ان
الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولاد فقال سعيد بن المسيب يرث المولى الباقى من الثلاثة فاذا هلك هو
فولده وولده أخويه في المولى شرع سواء * ش قوله في المرأة الجهينة التي توفيت عن مال وموال
فورشها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولواء المولى قد كان ابنها احرز وقال الجهينيون هم
مولى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم فقضى أبان بن عثمان بولاءهم للجهينيين يرث ما قدمناه من
ان الاعتبار في الولاء لمن كان أحق به يوم موت المولى وذلك ان الولاء بمنزلة النسب فانتقدم من ثبوت
الولاء انما هو بمنزلة ثبوت النسب قد يكون اليوم الرجل أحق بالرجل من جهة النسب ثم ينقل الأمر
فيكون غيره أحق به منه عند الميراث وقد يبعد عنه اليوم ويكون غيره أحق به ثم يكون عند
الميراث وكذلك الولاء يعتق الرجل المولى ثم يموت عن أخ وولد فالولد أقرب الى المولى لانه أقرب
الى المعتق فان مات الابن عاد القرب والحق للأخ فن مات من المولى بعد موت الولد ورثه الأخ
دون ورثته لانه انما ينظر الى استحقاق المال يوم مات المورث لا يوم استحقاق سببه سواء كان ذلك
بنسب أو ولأه وفي الموازية في امرأة ماتت عن ولد ذكر من غير قومها وتركت مولى ثم مات الابن
وترك عمه وخاله فالولاء لخاله دون عمه لان الخال عصبة أمه يرثه أخوها ولما ماتت الأم كان الابن
أقرب اليها من أخيها وأحق بميراث موالها وروى عيسى عن ابن القاسم ميراث مولى المرأة لولدها
الذكور وعقلهم على قومها واليهم ينسبون ولم يثبت له الولاء بموت ولأه من أعتق وانما يثبت له منه انه
أحق به الآن من أخيها ولو لم يكن له ملكة أو لا من أعتق لا ينقل عنه الى غيره فلما مات الابن صار أخوها
لذلك أحق من غيره وأما عم الابن فلا مدخل فيه لانه لا نسب بينه وبين أم ابن أخيه فينجر اليه ولأه
من أعتقت وقد قال أشهب في هذه المسئلة وما ورث ابنها الولاء الارحفاير يدان له ليس من قومها ولو كنه
لما كان الولد أقوى تعصبا والولاء يختص بالتعصيب قدم على قومها فاما مات قدم أقرب قومها اليها
(مسئلة) ولو أن عبد الله بن وابنة اشترياه فعتق عليهما ثم أعتق الأب عبد الغات الأب ثم مات مولاه
فميراث الأب بينهما بالنسب وميراث المولى للابن وحده وكذلك لو أعتقت الابنة وحدها الأب قاله مالك

وابن الماجشون وهو في الموازية وكتاب ابن مخنفون قال لا يورث بالولاء الامع عدم النسب فولد الرجل يرث مواله دون من أعتق أباه ومعنى ذلك ان من أعتق عبدا له ولد حر ثم أعتق الأب عبدا أو مات فان الولد يرث المولى دون من أعتق أباه لان وراثته الابن مولى أبيه وراثته بالنسب ثابت بالولاء ووراثته معتق الأب لمولى الأب وراثته بالولاء ما ثبت بالولاء وفي الكتابين ان محاميين هذا انه لو كان موضع الابنة أجنبي لورث مولى الأب الابن دون الأجنبي لما قدمناه أن الابن يرثهم بالنسب والأجنبي يرثهم بالولاء

﴿ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودي أو النصراني ﴾

ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن السائبة فقال يورث من شاء فان مات ولم يورث أحد فإيراثه للمسلمين وعقوله عليهم ﴾ قال مالك ان أحسن ما سمع في السائبة لا يورث أحد أو ان ميراثه للمسلمين وعقوله عليهم ﴿ ش وهذا على ما قال انه قد يعتق الرجل عبده سائبة وروى في العتبية أصبح عن ابن القاسم أكره عتق السائبة لانه كهبة الولاء قال عيسى عنه أكرهه وأنها عنه قال أصبح وسخنون لا تعجبنا كراهته لذلك وهو جائز كما يعتق عن غيره يريد عن معتق (مسئلة) ومن قال لعبده أنت سائبة يريد العتق قال في العتبية أصبح عن ابن القاسم هو حر وان لم يذكر الحرية ومن أعتق عبده سائبة فغناه انه أعتقه عن جماعة المسلمين فثبت ولاؤه لهم وبه قال عمرو بن عمرو بن عباس وبه قال ابن القاسم ومطرف قال ابن حبيب عن ابن نافع وابن الماجشون وولاءه لمعتقه وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه قال لا سائبة عندنا اليوم في الاسلام ومن أعتق سائبة فولأؤه له وجه القول الأول ان الولاء لمن أعتق عنه كما لو أعتقه عن رجل معين ووجه قول ابن نافع ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما الولاء لمن أعتق وهذا معتق ولا نه لم يعتق عن معين فكان الولاء له كما لو أطلق العتق ص ﴿ قال مالك في اليهودي والنصراني يسلم عبدا أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا قال ولكن اذا أعتق اليهودي أو النصراني عبدا على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودي أو النصراني الذي أعتقه ثم أسلم الذي أعتقه رجح اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه ﴾ قال مالك وان كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودي أو النصراني اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذي أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلما لم يكن للمولود النصراني أو اليهودي المسلمين من ولاء العبد المسلم شيء لانه ليس لليهودي ولا للنصراني ولا فلولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين ﴿ ش قوله في اليهودي والنصراني يسلم عبدا أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه يقتضي أنه يباع عليه ان لم يخرج عن ملكه ووجه ذلك انه لا يجوز استرقاق كافر مسلما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يظلمه وليس حين أناله له أعظم من أن يسلمه الى استرقاق الكافر

(فصل) وقوله وان ولاء العبد للمسلمين سواء عبدا على وجه التجوز ومعناه انه كان عبدا وانما هو الآن بعد العتق حر ولو كان عبدا لم يثبت له ولاء لو ورثه مولا الكافر بحكم الرق وفي الموازية يرث المسلم عبده النصراني أو المجوسي بالرق ولو أسلم عبدا المجوسي ثم مات قبل أن يباع عليه ورثه الكافر بالرق قال وكذلك مدبره وأم ولده ووجه ذلك انه ليس على معنى الميراث لانه لو كان على وجه الميراث

يورث من شاء فان مات ولم يورث أحد فإيراثه للمسلمين وعقوله عليهم ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع في السائبة أنه لا يورث أحد أو ان ميراثه للمسلمين وعقوله عليهم ﴿ قال مالك في اليهودي والنصراني يسلم عبدا أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا قال ولكن اذا أعتق اليهودي أو النصراني عبدا على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودي أو النصراني الذي أعتقه ثم أسلم الذي أعتقه رجح اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه ﴿ قال مالك وان كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودي أو النصراني اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذي أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلما لم يكن للمولود النصراني أو اليهودي المسلمين من ولاء العبد المسلم شيء لانه ليس لليهودي ولا للنصراني ولا فلولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين

لسكان أحق بميراثه من يرثه بالنسب والرق ينافي التوارث ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه له
(فصل) وقوله وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبداً وذلك ان العتق
وقع في وقت يمنع ثبوت الولاء افتراق الدينين لانه لا يثبت ولا مسلم للكافر قال الله تعالى يا أيها الذين
آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض فاذا أعتق الكافر المسلم ولم يصح ثبوت
الولاء للكافر ولا بد من الولاء لم يكن له موضع يرجع اليه الا الى جماعة المسلمين فيثبت ولاؤه لهم
لقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض

(فصل) وقوله وان أعتق اليهودى أو النصرانى عبداً على دينه ثم أسلم المعتقد ثم أسلم من أعتقه رجع
اليه ولاؤه لانه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه يريد ان النصرانى ان أعتق عبده النصرانى فقد ثبت له
ولاؤه لاتفاق الدينين فان أسلم أحدهما ثم مات المعتقد لم يرثه المعتقد لاختلاف الدينين وذلك معنى
يمنع التوارث مع النسب وكذلك مع الولاء ولو جمعهما الاسلام بعد العتق ثم مات لورثه المعتقد
لاجتماعهما في الدين ولا يمنع من ذلك افتراقهما في الدين بعد ثبوت الولاء كما لا يمنع من ذلك افتراقهما
في الدين بعد ثبوت النسب اذا كانوا مسلمين يوم التوارث فالمرأى في ثبوت الولاء يوم العتق أن
يكونا على دين واحد لا يبالى أى دين كان من ايمان أو كفر والمرأى في استحقاق الميراث ليوم الموت
أن يكونا على دين الاسلام وذلك أن الكفر لا يمنع ثبوت الولاء وانما يمنع اختلاف الدينين

(فصل) وقوله وان كان لليهودى أو النصرانى ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى
اذا أسلم المعتقد قبل ان يسلم الذى أعتقه يريد ان الكافر اذا أعتق عبده الكافر ثبت له ولاؤه على
ما تقدم فاذا أسلم المعتقد بعد ذلك ثم مات ولم يعتقه ولد مسلم ورثه الولد المسلم لأنه قد وجد حال العتق
ما يوجب ثبوت الولاء من اتفاق دين المعتقد والمعتق باليسل ان لو أسلم المعتقد ثم أسلم المعتقد ورثه ثم
وجد يوم التوارث اتفاق دين الوارث وهو ولد المعتقد ودين المورث وكان المعتقد لكفره لا يرث
المعتقد المسلم ولا يجب أحد عن ميراثه كما لو مات فان ولده يرث من ثبت له ولاؤه (مسألة) ولو ان
اليهودى أو النصرانى اتخذ أم ولد على دينه ثم أسلمت ثم أعتقها بعد الاسلام ثم ماتت ففي كتاب ابن
المواز يرثها ولده المسلم لأنه كان يرجع اليه ولاؤه وان أسلم قال وكذلك مدبره ومكاتبه لعقده ذلك في
نصرانيتها والله أعلم وأحكم

(فصل) ولو كان المعتقد حين أعتق مسلماً لم يرثه المسلم من ولد النصرانى واليهودى لأنه ليس
ليهودى والنصرانى ولاؤه ولاؤه للمسلمين يريد انه ان أعتق النصرانى عبده المسلم ثم مات المعتقد لم
يرثه المسلم من ولد النصرانى المعتقد لأن الولاء لم يثبت للنصرانى على المسلم لاختلاف دينهما حين
العتق فالما يثبت الولاء للنصرانى ثبت لجماعة المسلمين فاذا مات العبد المعتقد ورثه المسلمون لأن
ولاؤه لم يثبت (مسألة) واذا أعتق المسلم نصرانياً فقد قال القاضى أبو محمد الولاء مراعى فان
أسلم ثبت ولاؤه له ورثه وان مات النصرانى قبل ان يسلم فلا ولاؤه للمسلم عليه ولا يرثه وقال الشافعى
ولاؤه ثابت ويرثه والدليل على مانقوله ان الولاء معنى يتوارث به فوجب أن يعتبر فيه اتفاق الدين
كالنسب والصهر لأن من لا يرث بالنسب لا يرث بالولاء أصل ذلك القائل عمداً والله أعلم وأحكم

﴿ تم الجزء السادس من كتاب المنتقى * ويليه الجزء السابع وأوله القضاء في المكاتب ﴾

صحيحة

- ٢ القضاء في المنبوذ
 ٤ القضاء بالحق الولد بأبيه
 ١٦ القضاء في ميراث الولد المستحق
 ١٩ القضاء في أمهات الأولاد * وفيه أبواب
 ٢١ الباب الأول في ماذا تصير الأمة به أم ولد
 ٢٢ الباب الثاني في أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها
 ٢٣ الباب الثالث في حكم ما بقي له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها
 ٢٤ الباب الرابع في حكم مالها في حياته
 ٢٥ الباب الخامس في حكمها وحكم مالها بعد موته
 ٢٦ القضاء في عمارة الموات وفيه أبواب
 ٢٧ الباب الأول في صفة الأرض التي تملك بالاحياء
 ٢٩ الباب الثاني في صفة المحي للأرض وحكمه
 ٣٠ الباب الثالث في صفة احياء الأرض
 ٣٠ الباب الرابع في حكم مأحى من الأرضين ثم مات وعاد الى ما كان عليه
 ٣١ الباب الخامس في حكم الأرض الموات والأبوار في القسمة والبيع
 ٣٣ القضاء في المياه
 ٤٠ القضاء في المرافق
 ٤٨ القضاء في قسم الأموال
 ٦١ القضاء في الضواري والخریسة
 ٦٦ القضاء فيمن أصاب شيئاً من البهائم
 ٦٨ القضاء فيما يعطى العمال
 ٨٠ القضاء في الجمالة والحول وفيه أبواب
 ٨٣ الباب الأول فيما تصح الجمالة به
 ٨٤ الباب الثاني في ذكر ما تصح الجمالة منه وتمييزه عن لا تصح جماله
 ٨٦ الباب الثالث فيمن تصح الجمالة عنه وتمييزه عن لا تصح عنه
 ٨٦ الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الجميل
 ٨٨ الباب الخامس في رفق الطالب بالغريم أو الجميل
 ٨٨ الباب السادس في قضاء الحق
 ٩٠ القضاء فيمن ابتاع ثوباً وبه عيب
 ٩٢ ما لا يجوز من التحل



- ١٠١ باب فيما يمنع الحيازة ويبطل العطية
 ١٠٦ باب في الدين يحاز عليهم
 ١٠٨ ما لا يجوز من العطية
 ١١٠ القضاء في الهبة وفيه أبواب
 ١١٠ الباب الأول فيما يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضا في هبة الثواب
 ١١١ الباب الثاني فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط
 ١١٣ الباب الثالث في مقتضى هبة الثواب من الزوم أو الجواز
 ١١٣ الباب الرابع فيما تفوت به هبة الثواب وتزوم به القبة
 ١١٣ الباب الخامس في حكم وجود العيب بها
 ١١٦ الاعتماد في الصدقة
 ١١٩ القضاء في العمرى وفيه أبواب
 ١١٩ الباب الأول في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها
 ١٢٢ الباب الثاني فيمن يصح التحبيس منه ومن يصح عليه وما يصح تحبيسه
 ١٢٣ الباب الثالث في دخول العقب مع العطي
 ١٢٤ الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة
 ١٢٥ الباب الخامس في قسمة منافع العمرى والحبس
 ١٢٧ الباب السادس في استحقاق القسمة بالولادة وانتقاله بالموت
 ١٢٩ الباب السابع في بيع العمرى والحبس
 ١٣٤ القضاء في اللقطة
 ١٤١ القضاء في استهلاك العبد اللقطة
 ١٤٢ القضاء في الضوال
 ١٤٤ صدقة الحى عن الميت
 ١٤٥ الأمر بالوصية وفيه أبواب
 ١٤٦ باب في الموصى
 ١٤٩ باب في الوصية التي يلحقها التغيير
 ١٥٠ باب في صفة تغيير الوصية
 ١٥٤ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه
 ١٥٥ الوصية في الثلث لا تعدى وفيه أبواب
 ١٦٠ الباب الأول في التحاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها في التقديم
 ١٦٣ الباب الثاني في أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به
 ١٦٦ الباب الثالث في المحاصة بالتعمير ومدته
 ١٦٧ الباب الرابع في تبدلته ببعض الوصايا على بعض
 ١٧٦ الوصية للوارث والحيازة

- ١٨٢ ماجاء في الموت من الرجال ومن أحق بالولاية وفيه بيان
- ١٨٩ الباب الاول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين
- ١٨٩ الباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق وكم قدر المسافة التي لا تأثير لها وتميزها من المسافة المؤثرة
- ١٩٠ العيب في السعة وضمانها
- ١٩٢ جامع القضاء وكراهيته
- ١٩٨ ماجاء في أفسد العبيد وأوجز حوا
- ١٩٨ ما يجوز من التحل
- ١٩٩ كتاب الشفعة * ما تقع فيه الشفعة
- ٢١٦ ما لا تقع فيه الشفعة
- ٢٢٣ كتاب الفرائض
- ٢٢٣ ميراث الصلب
- ٢٢٧ ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها
- ٢٢٧ ميراث الأب والأم من ولدهما
- ٢٢٩ ميراث الاخوة للام
- ٢٣٠ ميراث الاخوة للام والأب
- ٢٣٩ ميراث الاخوة للأب
- ٢٣٢ ميراث الجد
- ٢٣٧ ميراث الجدة
- ٢٤٩ ميراث المسكولة
- ٢٤٢ ماجاء في العمة
- ٢٤٣ ميراث ولاية العصة
- ٢٤٦ فصل في تصحيح المسائل
- ٢٤٨ فصل في معرفة الموافقة بالأجزاء
- ٠٠٠ فصل في الوصايا
- ٢٤٩ فصل في الناسخات
- ٠٠٠ فصل فان لم تنقسم السهام
- ٠٠٠ فصل في قسم التركات
- ٠٠٠ فصل من لا ميراث له
- ٢٥٠ ميراث أهل المال
- ٢٥٣ من جهل أمره بالقتل أو غير ذلك
- ٢٥٤ ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا
- ٢٥٥ كتاب العتاقة والولاء

حكيمة

- ٢٥٥ من أعتق شركاه في مملوك
 ٢٦٣ الشرط في العتق
 ٢٦٤ من أعتق رقيقاً لا يملك مالا غيرهم
 ٢٦٦ القضاء في مال العبد إذا عتق
 ٢٦٨ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة
 ٢٧٣ ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة
 ٢٧٤ ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة
 ٢٧٧ عتق الحى عن الميت
 ٢٧٨ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا
 ٢٨١ جرد العبد الولاء إذا أعتق
 ٢٨٤ ميراث الولاء
 ٢٨٦ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى

﴿ تم ﴾