

مسيل ماء، ولا فحل نخل ولا فيما لا ينقسم بحال على المشهور، وقال ابن المواز: لم يختلف قول مالك وأصحابه في وجوب الشفعة في الحمام، وقيل عنه: لا شفعة فيه، والرحى فيها الشفعة عند ابن القاسم في بيوتها وسدها ومناصبها غير الحجر المستدير فلا شفعة فيه وروى ابن وهب الشفعة في ذلك كله، قال بعضهم: فإن كانت الرحى في مجرى الوادي فهي غير مأمونة ولا شفعة فيها لأنه لا يؤم أن يقلعها الوادي فيبقى الماء ولا شفعة في الماء، وفي «كتاب ابن سهل» إذا طلب المشتري الشفيع بالاجرة التي أداها عند الابتياح وأجرة الوثيقة فإن ذلك يلزمه؛ ذكره ابن عتاب وابن القطان.

الاستحقاق، والحيازة، والغصب والتعدي، وما يجب فيه، والضرر على اختلاف وجوهه

ومن ادعى في شيء بيد غيره أنه ملكه فأنكر ذلك الذي هو بيده فلا يكلف أن يقول من أين صار له، ولا بأي وجه يملكه، وعلى المدعى إثبات تملكه له والمستحقات على نوعين: أصول وغيرها فأما الأصول فيكتب فيها:

عقد يعرف شهوده فلانا، ويعلمون له مالا وملكاً جميع الدار أو الموضع أو الضيعة بكذا حدودها كذا لا يعلمون فيها بيعاً ولا تفويتاً، ولا أنها خرجت عن ملكه بوجه حتى الآن، ويجوزون ذلك ويعينونه بالوقوف إليه مني دعوا إلى ذلك وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، وإن كان القارئ ورثة فيكتب فيه ما نصه:

يعرف شهوده فلانا ويعلمون له مالا وملكا جميع الدار أو الملك بكذا حدوده كذا لا يعلمون له فيه بيعا ولا تفويتا، ولا أنه خرج عن ملكه بوجه إلى أن مات، وأحاط بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان لا يعلمون له وارثا غير من ذكر لا يعلمون لأحد من الورثة في ذلك بيعا ولا تفويتا بوجه حتى الآن، ومن علم ذلك على حسبه، ويعرف من ذكر، ويجوز الملك بعينه قيد على ذلك شهادته في كذا.

بيان: قال ابن رشد: الذي مضى به العمل، وأفتى به شيوخنا أن من ادعى عقارا بيد غيره زعم أنه صار إليه عمن ورثه عنه أن المطلوب لا يسئل عن شيء حتى يثبت الطالب موت مورثه الذي ادعى أنه ورث ذلك العقار عنه ووراثته له، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولم يسئل من أين صار له، فإن أنكر، وقال: المال مالي والملك ملكي ودعواه باطلة اكتفى بذلك ولم يلزمه أكثر منه، وكلف الطالب إثبات الملك الذي زعم أنه ورثه وموته ووراثته له، فإن أثبت ذلك على ما يجب سئل المطلوب حينئذ من أين صار له وكلف الجواب على ذلك، فإن ادعى أنه صار من غير موروث الطالب الذي ثبت الملك له لم يلتفت إليه ولا ينفعه إثباته إن أثبتته، وإن ادعى أنه صار إليه من قبل الموروث الطالب بوجه يذكره كلف إثبات ذلك، فإن أثبتته وعجز الطالب عن المدفع في ذلك بطل دعواه، وإن عجز عن إثبات ذلك قضى للطالب؛ هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في «المدونة»، ولا اختلاف في ذلك أحفظه، وما ذكره ابن العطار أن الفتوى مضت بأن يلزمه ابتداء قبل إثبات المدعى الملك لمورثه الجواب هل صار إليه بسببه أو بسبب مورثه الذي

أثبت موته ووارثته له بعيد، وقولنا: «ويعلمون له مالاً وملكاً» هو الصواب، فإن قال ملكه خاصة أو حيزه أو سكنه، ففي ذلك اختلاف بين الشيوخ، فقال ابن مالك: الشهادة ساقطة لأن الملك لفظ محتمل غير بين، وقال ابن عتاب: إن كان الشهود لهم نباهة ومعرفة بالشهادة فهي عاملة وإلا فلا، وقال أبو المطرف: هي شهادة تامة، وقولنا: «لا يعلمون له فيه يبعاً ولا تفويتاً» هو الجاري على قول مالك إذ لا يسوغ عنده أن يقول لم يبعه ولا فوته وكذلك لا وارث له ولا مال له لأن اللفظ يعطي القطع والبت، فهو يضارع الغموس والزور؛ قاله -رحمه الله تعالى- وإن كنت لا أسوغ للشاهد أن يشهد بذلك إلا مع حصول العلم اليقين بذلك فلا أسوغ له أن يسوق اللفظ إلا على النفي للعلم، وابن الماجشون يقول بخلاف ذلك، وأنه لا بد أن يقول لم يبعه ولا فوته ولا وارث له ولا مال لأنه إن قال: أعلم أمكن أن يشهد بذلك مع غلبة الظن واختاره بعض القضاة، قال ابن رشد: وإن نص الشاهد على البت والقطع في شهادته في هذا المعنى فلا يجوز قولاً واحداً، فإن سقط هذا الفصل من العقد قال ابن عتاب: ففي أعمال ذلك اختلاف بين الفقهاء منهم من يرى ترك أعمالها مع بقاء الشهود وحيازتهم وإعمالها عند فقدهم وعدم السبيل عند استفسارهم، قال: وإذا كانوا حضوراً فلم يزيدوا شيئاً ولا فسروا فلا يجب أعمال شهادتهم، ووافقه على ذلك ابن العطار؛ ذكر ذلك ابن سهل، وقال ابن رشد: لا بد من شهادة الشهود بالملك على البت، وأما الزيادة على ذلك أنهم لا يعلمون باع ولا وهب فهو من كمال الشهادة، ومما ينبغي أن يوقف عليه، ويسئل عنه فإن أبي أن يزيده في شهادته بطلت ولم يصح الحكم بها، وإن قضى القاضي على توقيف الشهود على ذلك

وسؤالهم عنهم حتى ماتوا أو غابوا حكم بشهادتهم مع يمين الطالب إذ لا يصح للشاهد أن يشهد بمعرفة الملك إلا مع أن يغلب الشهادة على ظنه أنه لم يبيع ولا فوت فهي محمولة على الصحة، وإذا قال في إثبات الملك للمورث: على أن توفى من ورثته المحيطون بميراثه وهم فلان وفلان أو إلى أن توفى وأحاط بميراثه فلان وفلان، وأحاط في وراثته ما يخلف فلان وفلان، فذلك سواء، ومن تمام العقد توصل ملك إلى الورثة إلى حين شهادتهم بأن يقولوا لا يعلمون ملك أحد من الورثة زال عن ذلك إلى حين شهادتهم؛ ذكر ذلك ابن رشد في «نوازل» فإن لم يعلم شهود الملك الورثة فيكتب في العقد:

ويعلمون مالا لفلان إلى أن مات فقط أو إلى أن مات وورثته من وجب له ميراثه، ولا يقال: و أورث ذلك ورثته المذكورين في غير هذا فإنه تناقض؛ قاله ابن عتاب وابن مالك، قالوا: وهي شهادة تامة عاملة موجبة للحكم ويشهد بالورثة آخرون؛ ذكر ذلك ابن سهل، وإذا ثبت العقد فإن اتفق الخصمان على حدود الملك المتنازع فيه ولم يختلفا في ذلك لم يحتج إلى الحيابة، وإن اختلفا في حدين منها فأكثر فلا بد من الحيابة يتوجه الشهود المقبولون في العقد مع شهيدين مقبولين بوجههما القاضى معه المشهود فيه، ويكتب في ذلك ما نصه:

حضر بإذن القاضي فلان من يضع اسمه عقب تاريخه حيابة فلان وفلان وفلان من شهود الرسم بكذا للموضع المحدود فيه، وتطوفوا معهم عليه، وقالوا عند حيابتهم لذلك وتعيينهم إياه: هذا الذي حزننا عليكم وعيناه لكم هو الذي شهدنا فيه عند القاضي المذكور والشهادة المقيدة عنا فيه ومن حضر الحيابة عن الإذن، واستوعب مقالة الحائزين وعرفهم قيد على ذلك شهادته في كذا، قال

في «المجموعة»: ولا تعمل الحيازة حتى يقول الشهود بمحضر الحائزين هذا الذي حزنه وعيناه لكم هو الذي شهدنا فيه عند قاضي موضع كذا، فإن لم يقولوا ذلك كان جهلا منهم ومن الموجهين إلى الحيازة، ولا تتم الحيازة حتى يقولوا ذلك، فإذا ثبتت الحيازة أعذر إلى الذي الملك بيده في شهود الأصيل، قال بعضهم: وفي شهود الحيازة، وقال ابن رشد لا إعدار في شهود الحيازة لأنهما نائبان عن القاضي، وإن وجه شاهدا واحدا لذلك أجزأ والاثنان أولى، ولا يمين على مستحق الأصيل إلا أن يدعى عليه خصمه ما يوجبها، وقيل: لا بد من اليمين كالعروض والحيوان فإن ادعى مدفعا أجله. ويكتب في ذلك عقد:

أعذر إلى فلان وهو الذي بيده الموضع المذكور بكذا فيما ثبت في رسم الاسترعاء بكذا فيما وجب أن يعذر فيه، فادعى أن له في ذلك مقالا ومدفعا وتأجل عن إذن من وجب في حل الرسم المذكور والتماس منفعه فيه أجلا من كذا، وبعد أن أخذ نسخته وعرف شهوده وأشهد بذلك في كذا، ويلزم القائم بالعقد أن يعين له الشهود ويعرفه بهم إن لم يعرفهم، ويكون ذلك بعد اعتقال الملك المشهود فيه، فإن كانت دار فالقفل عليها، وإن كان أرضا فبالمنع من حرثها، فإن كانت في الملك غلة فإنه يحكم بها للقائم يوم الحكم له بالأصيل، وقيل: يوم توفيقه، فإن كانت أرضا في مزدرعة فإن كان إبان الزراعة باقيا فالكراء للمستحق منه إن كانت قد طابت، وقيل: إن كانت قد ييست، وقيل: إن كان قطعها، وإن لم تكن قد طابت فهي للمستحق باتفاق ويرجع عليه بما سقى وعالج إلا أن يكون اشتراها بعد الإبان فإن الثمرة تكون للمستحق عند ابن القاسم مطلقا، وقال أشهب: هي له ما لم تجذ، وتكلم ابن رشد على هذه

المسألة فقال: اختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق، وتكون الغلة له، ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يدخل في ضمانه، ولا تجب الغلة له حتى يقضي له به، وهو قول ابن القاسم في «سماع عيسى»، والذي يأتي على قول مالك -رضي الله تعالى عنه- في «المدونة»، وعلى قول سحنون في «نوازل»، وعلى هذا القول لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً ويحال بينه وبينه ولا توقيف غلته، وعلى قول ابن القاسم في «المدونة» أن الرباع لا توقف مثل ما يحول ويحول، وإنما يمنع من الإحداث فيها، والثاني: أنها تدخل في ضمانه وتكون له الغلة، ويجب توقيفه وقفا يحال بينه وبينه إذا ثبت له بشهادة شاهدين، وهو قول مالك في «سماع ابن القاسم»، وظاهر قوله في موطنه وقول غير ابن القاسم في «المدونة»، والثالث: أنه يدخل في ضمانه وتجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في رسم العارية من سماعه من كتاب الدعوى والصلح، قال: والنفقة أيضاً القياس فيها أن تجرى على هذا الاختلاف فعلى القول الأول لا يجب للمقضي عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضي له لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه وغلته له، وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق بشاهدين لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد الواحد لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وقد فرق في رواية عيسى عن ابن القاسم بين النفقة والضمان والغلة، فقال: إن النفقة ممن تصير إليه، والغلة للذي هي في يديه لأن الضمان منه، وكذلك ظاهر «المدونة» التفرقة،

والصواب أن لا فرق بينهما وأن يكونا جميعاً تابعين للضمان إما من يوم وجوب التوقيف بشاهد واحد أو بشاهدين أو يوم الحكم والقضاء، فإن ذهب الذي بيده الملك إلى إثبات اعتماره له فيكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه يعتمر الملك المحدود بكذا ويستغله ويتصرف فيه تصرف ذي الملك في ملكه منذ أزيد من عشرة أعوام تقدمت التاريخ حتى الآن وفلان القائم عليه الآن فيه المعروف عندهم حاضر عالم بذلك ساكت لا يغير عليه ولا يتعرض له ولا ينازعه في ذلك بطول المدة المذكورة تارك للقيام عليه من غير عذر يعلمونه له في ذلك إلى أن اتصل بهم أنه قام عليه فيه منذ كذا يتحققون ذلك، ولا يشكون فيه، ويجوزون الموضوع متى دعوا على ذلك، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا جاز الشهود كما تقدم.

بيان: إذا ثبت هذا العقد في الاعتمار، ولم يكن عند القائم فيه مدفع فإنه يظل له ما ثبت له من عقد الملك، ويبقى الموضوع للذي كان بيده، ويحكم له به وإن لم يدع فيه بيعاً ولا غيره بعد أن يحلف أنه لا يعلم للقائم المذكور فيه حقاً، ولا يكلف بأن يقال بأي شيء صار ذلك له، قال في «المجموعة»: فإن ادعى أنه ابتاعها من الذي ثبت له الملك حلف على ذلك وكانت له، وإن قال إنه وهبها له أو تصدق بها عليه كلف إثبات ذلك ولم ينتفع بما ثبت له من الاعتمار، وعلى القائم اليمين، وفي «كتاب الاستغناء»: قال المشاور: ويكون عليه في دعوى البيع أن يبين أنه دفع الثمن وإلا فيحلف القائم أنه ما دفع له ثمناً عنه ويرجع عليه بالثمن إن كان ما يدعيه من الثمن يشبه ثمن ذلك، وإلا فتلزمه القيمة ولا يسقط الثمن عنه إلا إلى الأمد الذي لا يتبايع الناس إلى مثله؛ قال:

وهو قول شيوخنا في ذلك، وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل في رجل قال لرجل بأى شيء تسكن دارى؟ فقال: اشتريتها من وكيلك، واستظهر بعقد يتضمن سكناه لها واعتماره فأجاب إقراره بالابتياح من وكيله إقرار منه له بالملك، ولا ينتفع بما استظهر به من عقد الحيازة، وإنما ينتفع بالبينة العادلة بالابتياح له من وكيله أو منه، وإنما تنفع الحيازة فيما جهل أصله ودخول الساكن فيها من أين هو وقال فيها أيضاً: إذا قام الرجل بعقد ابتياح من المقوم عليه أو من أبيه قبله وتاريخ الابتياح قبل القيام بعشرين عاماً في أملاك بيد رجل وتصيرت إليه من والده فقال المقوم عليه: لى عشرون سنة أتملك هذه الأملاك وأنت حاضر ولم تقم، فقال لم أجد وثيقة ابتياح إلا الآن، قالوا: هب أن ليس هذا من باب الحيازة فيسقط حق القائم بذلك، ولكن يحلف القائم بالله الذي لا إله إلا هو ما تركت القيام في الأملاك تسليماً منى لها ولا رضاً بترك حقى فيها إلا لأنى لم أعلم بالعقد ولم أجده وأأخذها من يده، وكذلك لو كان أبو القائم الذى اشتراها من المقوم عليه فيحلف القائم ما علمت بشراء أبى لها إلا وقت قيامى بعقدى ثم يأخذها، ولو قال القائم: إني اشتريتها ثم اعترتك إياها أو اكرتيتها منك أو أرفقتك بها؛ ولذلك لم أقم بها لكان أبين فى أن يحلف إذا استظهر بوثيقة الشراء وأأخذها ولو قال المقوم عليه أقلتك فيها بعد أن بعته منك كان القول قوله مع يمينه وتبقى بيده الأملاك، فإن أثبت القائم أن دخول المعتمر فى الأملاك وابتداء نزوله فيها كان على وجه الكراء أو الإسكان والعارية أو على وجه الغضب فلا يكون للمعتمر به حجة ويطل، وإن كان القائمون ورثة فلا يسقط قيامهم إلا أن يثبت الاعتمار بحضرة موروثهم أو يثبت أنهم علموا بذلك

وسكنوا المدة المذكورة، وحال الورثة محمول على الجهل حتى يثبت أنهم علموا، وكذلك إن أثبت الطالب أنه لم يزل يخاصم فيها ويطالب ليس أن يخاصم يوماً أو يومين ويترك نفعه ذلك وإلا لم ينفعه؛ قاله سحنون، وفي «كتاب الاستغناء»: إذا لم يزل متردداً عليه بالقيام في الأشهر والأعوام فله القيام بحجته، وكذلك الغائب قال سحنون: لا حيازة عليه في شيء من الأشياء، قال ابن حبيب: وهو على حقه إذا لم يعلم حتى يقوم طالت الغيبة أو قربت، وهو على حقه إن لم يعلم حتى تقوم البينة أنه علم، وفي «كتاب الاستغناء»: روى عيسى أنه إذا كان غائباً على نحو الثلاثة الأيام وحيز عليه أرضه بالهدم والبنيان ثم قدم كان أولى به وإن لم يظهر عذره ورب أعذار لا تعرف، ولم يستحق عليه بطول العمارة لمغيبه، قال عيسى: وسواء بلغه ذلك في مغيبه أو لم يبلغه له القيام ولا يقطع ذلك حقه قال: وبذلك قال ابن القاسم إذا علم ذلك في مغيبه فلم يقدم ولم يوكل ولم يكن له عذر حتى حيز عليه ذلك الزمن الطويل فلا حق له فيها، قال: والأول قوله، وهو أحسن قال المشاور: وبه العمل، قال عيسى: فإن قدم رب الموضوع فعلم ذلك ثم رجع وتركه ثم قام بعد ذلك بزمان فهو كالحاضر، وأما إن لم يقدم فهو له حتى يقيم الداخل في الأرض البينة على الابتياح أو الصدقة، قال بعض المفتين: إنما يقوم الغائب إذا اتصلت غيبته ولم يأت منها إلى وقت قيامه وأما من سافر وبقي في سفره عاماً أو عامين فعل ذلك مراراً ثم قام فلا قيام له، وكذلك المغيبون في خدمة السلطان يغيبون في ذلك الشهر والشهرين فلا قيام لهم، والاعتماد على قسمين بين الأجنيين وبين القرابات، فأما الاعتماد بين الأجنيين فلم يجد مالك في ذلك حداً، وفي «العتبية» من سماع يحيى: أنه حد فيه

عشرة أعوام، ومثله لربيعة في «المدونة»، وفي «الواضحة» لابن القاسم أن التسعة الأعوام والثمانية الأعوام في ذلك كالعشرة وحكمها واحد في الاعتماد بين الأجنبيين والثمانية الأعوام هي رواية يحيى عن ابن القاسم، وأما الاعتماد بين القربات فهو على ثلاثة أقسام أحدها:

أن يكون بالسكنى وازدراع الأرض ونحو ذلك فلا يحكم به حتى يزيد على الأربعين عاماً، والثاني: أن يكون بالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء ونحو ذلك فيكون الحكم في ذلك حكم الأجنبيين والحيازة في ذلك العشرة الأعوام ونحوها؛ قال ابن القاسم في رواية يحيى: وروى عنه أيضاً أن الحكم في ذلك واحد ولا بد أن يجوز ذلك أزيد من أربعين عاماً، والقسم الثالث: ما جازه بالبيع والعتق والكتابة والتدبير فلم يختلف في ذلك أنهم كالأجنبيين، وقيل: إنما يفرق بين الأجنبيين والقربات في البلاد التي يعرف من أهلها أنهم يتوسعون بذلك لقرباتهم ومواليهم وإن كانوا بموضع لا يعرف هذا فيه فهم كالأجنبيين سواء، واختلف في الأصهار والموالي، فقيل: إنهم بمنزلة القربات، وقيل: إنهم بمنزلة الأجنبيين، قال ابن رشد: الحيازة تكون بثلاثة أشياء بالبيع والهبة والعتق ووطء الإماء ونحو ذلك. الثاني: الزرع والاستغلال والسكنى، الثالث: الغرس والبناء والإحياء وأهل الحيازة أربعة أصناف:

الأول: الأب والابن فيما بينهما، الثاني: القربات الورثة وغيرهم، الثالث: الأصهار والموالي الرابع: الأجنبيون.

وكل صنف منهم شركاء وغير شركاء، فأما الحيابة بالبيع والهبة والعتق ونحو ذلك فلا اختلاف في أنها معتبرة من أي صنف كان من أهل الحيابة والحكم في ذلك واحد، فإن باع ذلك بمحضر المحوز عليه ولم يتكلم حتى انقضى المجلس فليس له إلا الثمن إن قام على قرب، وإن سكت حتى مضى العام ونحوه فلا يكون له حق في ثمن ولا مثمون، ويستحق ذلك البائع بالحيابة مع يمينه إذا انفرد بذلك الوجه الذي نذكره، وإن كان غائباً فإن قام بذلك قبل العام فهو على حقه وإن لم يقم إلا بعد العام وحوله كان له الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيابة لم يكن له شيء واستحق ذلك البائع بما ادعاه، وإن حدث ذلك بالصدقة والعتق ونحو ذلك والآخر حاضر ساكت لم يكن له منه شيء، وإن كان غائباً فقام حين علم فهو على حقه، وإن قام بعد العام ونحوه لم يكن له شيء، وكان القول قول الحائز، وأما الحيابة بالعمري والاستغلال فتختلف فأما الأب والابن فلا اختلاف في أنه لا يكون الزرع والسكنى بينهما حيابة واختلف في الحيابة بينهما بالغرس والبناء على قولين: أحدهما: أنها لا تكون حيابة إن ادعاه ملكاً لنفسه في الحيابة أو بعد الوفاة إلا أن يطول الأمد جداً إلى ما تملك فيه البيئات وينقطع فيه العلم، هو قول مالك - رضي الله تعالى عنه - في رواية ابن القاسم، والمشهور في المذهب، والثاني: أنها تكون حيابة وهو قول ابن دينار في «كتاب الجدار» ومطرف في «الواضحة»، وسواء كانوا شركاء أو غير شركاء الحكم في ذلك واحد، وأما القرابة فلا اختلاف في أن الحيابة لا تكون بينهم بالزرع والسكنى إلا ما تأوله بعض الناس على «المدونة»، وهو بعيد، واختلف في حيابة الشركاء بالميراث بعضهم على بعض بالهدم والبناء فمرة قال: إن العشرة الأعوام

في ذلك حيازة، ومرة قال: إنها لا تكون حيازة إلا أن يطول الأمد جداً أزيد من أربعين سنة كحيازة الأب على ابنه والابن على أبيه، قال: ويتحصل في القرابة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن العشرة الأعوام بالهدم والبناء حيازة في الاشتراك منهم وغيرهم، والثاني: أنها ليست بحيازة فيهما إلا مع طول المدة، والثالث: الفرق بين الاشتراك منهم وغيرهم فتكون حيازة بين غير الشركاء ولا تكون حيازة بين الشركاء، قال: ويتحصل في الموالي والأصهار ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الحيازة تكون بينهم في العشرة أعوام وإلا مع الهدم والبناء، والثالث: أنه لا تكون الحيازة بينهم إلا أن يطول الزمان جداً، هذا فيما بينهم فيه شركة، وأما فيما لا شركة فيه بينهم فمرة جعلهم ابن القاسم كالأجنبيين تكون الحيازة بينهم بالعشرة الأعوام دون هدم ولا بنیان، ومرة جعلهم مثل القرابة الذين لا شركة بينهم، وأما الأجنبيون فيما لا شركة فيه بينهم، فإن الحيازة تكون بينهم بالعشرة الأعوام بأى وجه كانت من وجوه الاعتمار، وإن لم يكن هدم ولا بنیان على المشهور في المذهب، وقيل: لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنیان، وهو قول ابن القاسم في «كتاب الجدان» وغيره، ولا اختلاف أنها إذا كانت بالهدم والبناء أنها حيازة، وأما فيما بينهم فيه شركة فلا تكون العشرة الأعوام حيازة إلا مع الهدم والبنیان وإلا فلا، ولا فرق في مدة حيازة الوارث على الورثة بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي فلا يبلغ في شيء من ذلك كله بين الأجنبيين العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول، قال أصبغ ومطرف: وما حازه الشريك أو الوارث عن

ورث معه في العروض والعبيد بالإخدام واللبس والامتهان منفرداً أنه على وجه الملك له، فالقضاء فيه أن الحيازة في ذلك عاملة والعشرة الأعوام على قدر اجتهاد الحاكم عند نزول ذلك، قال أصبغ: وأما الأجنبي فالحيازة عليه في الثياب إذا كان حاضراً عالماً بذلك العام والعامين، وفي الدابة العامان أو الثلاثة بالركوب والاستعمال لها بوجه الملك، والأمة مثل ذلك إلا أن يطأها بعلم المدعى فلم يعترض فلا كلام له بعد وإن لم يكن طول حيازة، قال: والعبيد والعروض فوق ذلك يسير.

وفي «كتاب الجدران» قال عيسى: ما حازه الوارث على سائر الورثة والشريك على إشراكه بالهدم والبناء والفرس والإحياء وما أشبه ذلك مما لا يحدثه الرجل إلا في خاصة ماله فهم في ذلك بمنزلة الأجنبيين سواء إذا مضى لذلك عشر سنين وهو في يد حائزه يلي ذلك بحضرة أشراكه^(١) ولا يغيرون عليه ولا ينكزون، فهو أحق به إذا ادعى ذلك لنفسه بأمر لا يرد إظهاره، ولم يدعه ملكاً لحيازته إياه فقط، قال: وإن كان إنما حز بعضها وكان الذي حاز مثل سهمه فهو له بسهمه، وليس له مما بقى شيء إذا ادعى إشراكه أنهم إنما تركوه يعمر هذه العمارة ليكون سهمه فيه وسهامهم فيما بقى وحلفوا على ذلك، فإن كان دعواه في الذي عمر أنه له دونهم كان ذلك له، وكان حقهم فيما بقى، وإن كان أقل من سهمه كان له وأتم سهمه فيما بقى، وإن كان أكثر فهو له مقدار سهمه بسهمه والباقي بالحيازة، قال أصبغ: إلا أن تعلم البينة دخولهم فيما عمروه وأقروا بذلك فلا يستحقونه إلا بالبينة على الابتاع أو الهبة أو غير ذلك،

(١) الأشارك: جمع شريك، وكذلك شركاء.

وإلا فهو بينهم على مواريتهم. وسئل ابن رشد في رجل توفي وترك ابنا وابنتين وملكا وعاشت البنتان مدة طويلة إلى أن تزوجتا وولدتا أولاداً ثم ماتتا وتركتا أولاداً وأزواجاً فعاش الأزواج مدة طويلة ولم يعرف لهما طلب في الملك الذي تركه المييت الأول، فقام الآن أولاد البنتين يطلبون نصيب أمهم في الملك المذكور، وعاش أخو البنتين بعد موتهما مدة من خمسة وعشرين عاماً يهدم ويبنى ويفرس بعلم الأزواج وبني الأختين ولم يعترضوا في ذلك الملك، فقال: إذا كان الابن قد حاز الملك المدة التي ذكرت بالهدم والبنيان والغرس وبنو الأختين وأزواجهما حضور لا يغيرون ولا ينكرون ولا يعترضون، وادعى أنه صار له بمقاسمة أو شراء، وانفرد به دونهم، فالقول قوله في ذلك مع يمينه، وإن أقام الذي بيده الملك بينة تشهد له بالسماع الفاشي أن أباه ابتاع الملك من القائم أو ممن يدعى القائم أنها صارت إليه بشبهة، نفعه ذلك إن كان للابتياح مدة طويلة كالستين سنة، وجوز ابن القطان ذلك في ثلاثين سنة، ذكره ابن سهل، وقيل: يجوز في العشرين سنة، وأما إن لم يسموا ممن كان للابتياح أو كان في مدة أقل من ذلك فلا يجوز ولا يقوم بشهادة السماع إلا الذي الملك في يده ولا يجوز لغيره لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز شيئاً تحت يده إلا أن تكون اليد كاليد مثل أن يكون غاصباً أو ذا سلطان غير مقسط وثبت أنه مال القائم أو ورثه على السماع أو ثبت أيضاً أنه تصير إلى الذي تملكه من الوجه المذكور يستخرج من تحت يده ما يدعيه عليه من الأملاك، ويستحق ذلك بشهادة السماع، ويحكم بذلك، ذكر ذلك ابن الحاج في «مسائله»، قال: وهذه مسألة ابن هرمز مع ابن الرماك أثبت ابن هرمز أن المال الذي بيد ابن الرماك

ماله على السماع، وأنه كان بيد ابن عباد وتصير إلى ابن الرماك من قبله فأخذه ابن هرمز واستحقه بذلك، وأما غير الأصول من الرقيق والدواب والعروض وغيرها فيكتب في استحقاقها: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون له مالاً وملكاً جارياً صفتها كذا أو فرساً أو ثوباً صفته كذا لا يعلمون له في ذلك بيعاً ولا تفويتاً ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم على عين الثوب أو الفرس أو الجارية في كذا، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين ونصه: بالله الذي لا إله إلا هو ما بعث الفرس أو الثوب أو الجارية المشهود لي به فيه ولا فوته ولا خرج عن ملكي بوجه من وجوه الفوت حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الخالف وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا، وكانت يمينه على عين الفرس أو الجارية وهو يشير إليها في يمينه، وفي التاريخ.

بيان: اليمين في هذا واجبة على المشهور، والمعمول به بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون، وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان إلا أن يدعى الخصم ما يوجبها، وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب، وكان محمد بن فرج يحلفه أنه ماله وملكه، وأنه ما باع ولا وهب، قال ابن سهل: وما تقدم هو نص «المدونة»، ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج، فإن ثبت ذلك لمن باعه من مستحقه، فلا بد أن يحلف الذي ثبت له ومن بعده، فإذا حلفوا يمين القضاء فحينئذ يحكم به لمستحقه، ذكر ذلك ابن سهل أيضاً، وفي «المجموع»: إذا كانت الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والاسم جائزة، فإن وجدت جوارٍ كثيرة على تلك

الصفة كلف الحاكم المستحق أن يثبت عنده أنها واحدة منهن، فإن لم يوجد سواها لم يكلف شيئاً من ذلك، وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل في الشهادة على الصفة، فقال: وقفت على الكتابين في المملوكة السوداء الموصوفة بهما، والذي يظهر لي أن الشهادة على الصفة فيها عاملة والحكم له بها واجب بعد أن ينظر، وسئل هل في البلد مملوكة توصف بهذه الصفة، فإن لم توجد قضيت له بها وأسلمتها إليه بعد أن يحلف، وسئل في رجل ابتاع كتاباً من كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادعاه وأتى بكتاب كذلك وقد وصف فيه الكتاب، فقال: لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادة العدول على عينه والإعذار إلى الذي هو بيده، ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند الحاكم، فإذا ثبت الاسترعاء واليمين أعذر إلى الذي ألقى ذلك بيده، فإن ادعى مدفعاً أجله ثم لا رجوع له بعد ذلك إن لم يقدر على حل ذلك على من باع منه لأنه قد أكذب ما ثبت، وإن لم يدع مدفعاً وذهب إلى الرجوع على من باعه منه.

فيكتب في ذلك ما نصه: أعذر إلى فلان وهو الذي ألقى بيده الفرس أو الجارية أو الثوب الثابت في رسم كذا فيما ثبت من ذلك بما وجب أن يعذر فيه، فقال: إنه لا مدفع له في ذلك ولا مقال إلا الرجوع على من باع منه، وأشهد بذلك في كذا، فإذا ثبت ذلك قوم المستحق ووضعت قيمته على يد أمين وأجل في ذلك ودفع له المستحق ليرجع به، وذلك إن كان الذي باع ببلد آخر، وإن كان حاضراً فلا يحتاج إلى ذلك ورجع عليه في الحال، وإن كان المستحق جارية فلا تدفع له حتى يثبت أنه مأمون عليها، وإلا دفعت إلى أمين ثقة مأمون يتوجه بها معه يستأجره هو بذلك، وإلا لم تدفع إليه بوجه، وكذلك نفقتها في

ذاهما ورجوعها وأجرة حملها هي على الذي يذهب بها، ويوجل في ذلك أجلاً بقدر بعد الموضع وقربه وما يراه الحاكم فإن رجع بذلك عند انقضاء الأجل وإلا قبض المحكوم له القيمة، فإن جاء بها وقد نقصت في بدنها أو غير ذلك كان الذي ثبت له بالخيار إن شاء أخذها أو تركها له وأخذ القيمة، وإن زادت فله أخذها أيضاً، وله أيضاً أن يأخذ أعلى قيمتها، فإذا قومت في بلد بأربعين وفي آخر بخمسين فللمستحق أن يأخذ الخمسين والنماء في القيمة له، وكذلك إن ماتت فمصيبتها من الذي توجه بها، وللمحكوم له أخذ القيمة، وإن تلفت القيمة والشئ المستحق فمصيبة كل منهما من صاحبها، وفي «سماع عيسى»: إن ضاعت القيمة وهلكت الدابة فمصيبة الدابة من الذي خرج بها ومصيبة الدنانير من الذي وضعت له وهو مستحق الدابة، وإن جاء بها وقد تلفت القيمة فله أخذ دابته ومصيبة القيمة من صاحبها، ومن ادعى في عبد أو دابة بيد آخر الملك وسأل توقيفها إلى أن يأتي بيينة فإن ادعى أنه يقيم ذلك فيما قرب من يومه وشبهه وقف له والإفلا، وقال سحنون عن ابن القاسم: إن ادعى شهوداً حضوراً رأيت أن يوقف له فيما بينه وبين الجمعة ونفقته في التوقيف على الذي يقضي له به، فإن قال: إن بينته ببلد آخر وذهب إلى أن يضع القيمة ويعطى ليذهب به، فإن قام له سبب مثل الشاهد الواحد أو شهد له بالسماع أنه متاعه أو أبق له وضع قيمته ودفع ودفع إليه ليذهب والإفلا، ومن استحق دابة أو عبداً أو غير ذلك من المغنم أخذه قبل القسمة بلائمن وبعد القسمة بالثمن الذي اشترى به وصاحبه أحق به، وكذلك ما أخذ بأيدي اللصوص فله أخذه بلائمن، فإن فدى منهم فعليه أداء ما فدى به وكذلك إن اشتراه أحد في دار الحرب

وخرج به، فإن صاحبه يؤدي إليه الثمن الذي اشتراه به باتفاق، فإن قدم به مستأمنون فباعوه في أرض الإسلام فإن البيع ماضٍ ولا شيء لصاحب المستحق لها، وكذلك إن وهبوه لأحد على المشهور، وفي «مسائل ابن الحاج»: اعترف رجل دابة في يد نصراني قدم في الرفقة في الهدنة، وأثبتها القائم بها فحكم له بها ثم رفع الأمر إلى ابن رشد، فرأى أن الحكم خطأ، وظهر لى ما ظهر له من أن النصراني أحق بها لأنها ملك حادث له؛ ولأنه صلحى قدم بمال في يده، وإن كان للمسلمين فليس لأحد أن يأخذه منه لأنه على ذلك أعطى الجزية، قال: ونزلت عند ابن رشد رجل اشترى رمكة بطليطلة فاعترفها رجل من قرطبة، وكان هذا المسلم قد جاء بها مع النصارى الذين جاؤا للتجارة في حال الصلح فاستفتاني فيها، فقلت: يثبت أنها أخذت في الصلح، فإن أثبت ذلك أخذها، وإن لم يثبت لم يأخذها، وقال في رجل أسر ثم هرب في الليل برمكة ساقها وباعها ثم جاء صاحبها الذي أخذها العدو له وأثبتها، فالواجب أن يأخذها من المتاع بعد أن يدفع إليه الثمن الذي دفعه فيها ويرجع به هو على الأسير الذي باعها لأن هذا الأسير لم يملك الرمكة، ويأتى هذا أيضاً على قول ابن القاسم في «المدونة» أن البيع يمضى، وعلى قول ابن نافع أن البيع ينتقض، والقولان في «المدونة»، وإذا استحق بعض المشتري أو المصالح به، قال بعض المتأخرين: فإن كان مثليا وهو المكيل والموزون واستحق قليلة لزم باقيه لأن القليل لا يخل بمقصود العقد والأصل لزومه، وإن استحق الكثير خير المشتري بين حبس الباقي بحصنه من الثمن لأنه حقه في العقد، وبين رده لذهاب المقصود منه وهو جل المنفعة، وإن كان متقوماً فإن استحق القليل رجع بحصته من الثمن لبقاء أصل المعقود عليه،

وإن استحق وجه الصفقة انتقضت كلها ورد باقيها لفوات مقصود العقد، قال: ويجرم التمسك بما بقى لحصته من الثمن لأن حصته لا تعرف فهو يبيع بثمن مجهول، وهذا في استحقاق المعين والعيب كذلك، وأما الجزء الشائع إذا استحق مما لا ينقسم فيخير في التمسك بالباقي بحصته من الثمن لأن حصته معلومة بغير تقويم فاستصحب العقد بحسب الإمكان.

الغضب: والغضب هو أخذ المال قهراً من غير حرابة.

ويكتب في إثباته: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون له مالاً وملكاً جميع الدار بكذا حدودها كذا لا يعلمون له فيها بيعاً ولا تفويتاً، ولا أنها خرجت عن ملكه بوجه حتى الآن، وأن فلاناً استطال عليه بجأه واستولى عليها منذ هذا على وجه الغضب والاعتداء من غير حق يعلمونه له فيها بوجه وهي بيده حتى الآن، ومن علم ذلك على حسبه وتحققه ويعرف من ذكر ويجوز الملك المذكور قيد على ذلك شهادته في كذا.

بيان: كان ابن حمدين لا يوجب اليمين على مستحق شيء من يد غاصب كان عرضاً أو حيواناً أو غير ذلك، فعلى مذهبه لا يحتاج إلى كتب اليمين في هذا الاستحقاق من يد غاصب، والمغصوبات على قسمين: أعيان، ومنافع.

فأما الأعيان فيجب ردها متى وجدت بجأها باتفاق، وإن تلفت فإما أن تكون من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم، فإن كانت من ذوات الأمثال وهي المكيل والموزون والمعدود فيجب رد مثله، فإن لم يوجد المثل فعلى صاحبه أن يصير حتى يوجد، وقال أشهب: هو مخير بين أن يصير أو يأخذ القيمة الآن، وإن كان

من ذوات القيم وهي الرقيق والحيوان وسائر العروض فإنه يغرّم القيمة يوم الغضب، وقيل: الأكثر من يوم غضبه إلى يوم تلفه، وسواء كان تلف ذلك بأمر سماوى أو غيره فعليه الغرم، واختلف في الحلى، فقيل: إنه من ذوات القيم وعليه قيمته، وقيل: مثله، وكذلك فإن أتلفه أجنبي خير بين إتباع الغاصب بما عليه أو أخذ القيمة من الجاني يوم الجناية، وكذلك من أكره رجلاً على أن يخرج له متاعاً من دار إلى آخر فأخرجه له، فإن صاحبه مخير بين اتباع الأمر أو المأمور، قال ابن رشد: لأن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق المخلوق كالقتل والضرب لا يصح، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حق المخلوق من الأقوال باتفاق، ومن الأفعال باختلاف، فإن وجدته في غير موضعه، فإن كان من ذوات الأمثال فليس له إلا أخذ مثله في مكان الغضب، وقال أشهب: يخير بين ذلك أو أخذه إن شاء، وفرق أصبغ بين القريب والبعيد، فقال في البعيد بقول ابن القاسم، وفي القريب بقول أشهب، وإن كان من ذوات القيم ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أن له أخذه، الثاني: قيمته بموضعه، الثالث: أنه إن كان حيواناً فله أخذه، وإن كان غير حيوان فهو مخير بين أخذه أو أخذ قيمته بموضعه، وإن كان قد أعطى في السلعة ثمناً فلصاحبها أن يأخذ الأكثر من القيمة أو الثمن الذي أعطى فيها إذا كان عطاء قد توطأ عليه الناس، قاله مالك ويحيى بن دينار، وقال سحنون: لا يضمن إلا القيمة خاصة، وأما المنافع فإن استغل أو استعمل فهو ضامن على المشهور وعليه الغرم، وقيل: إلا في العبيد والحيوان فلا شيء عليه، وقيل: لا شيء عليه مطلقاً وإن لم يستغل ولا استعمل كالدار ويغلقها، والأرض بيورها، والدابة يعقلها والعبد لا يستخدمه، فلا شيء عليه عند ابن القاسم، وقال غيره:

هو ضامن لذلك وعليه الغرم، وصوب هذا القول بالغرم الشيوخ، وإن غصب ما صاد به، فإن كان عبداً فالصيد للمالكه باتفاق، وإن كان سيفاً أو شبكة فللغاصب باتفاق، والفرس مثل ذلك، وإن كان من الجوارح فعلى قولين بناء على الشبهة بهما، وحيث ألزم الغاصب الغلة، فقيل: ليس له أجره سقى ولا علاج، ذكره في «المجموعة»، وقيل: له أجره سقى الأرض وعلاجها ونفقة العبد والدابة ونحو ذلك من المؤمن التي لا بد منها يحاص بها من الغلة، فإن زاد ذلك على الغلة فلا شيء له، وإن نقص أدى الباقي، وإذا تغير المغصوب بزيادة أدى صاحبه قيمتها، فإذا غصب داراً خراباً أو مركباً خراباً فأصلحه فاغتل، فقال أشهب: ما زاد للغاصب، وقال محمد بن عبد الحكم: الجميع للمالك، وللغاصب قيمة البناء، وما بنى الغاصب فله قيمة بنائه مقلوعاً، وذلك فيما له قيمة بعد القلع كالصخر والخشب دون الجص الذي لا يتفجع به بعد القلع وعمل اليد وشبه ذلك، وما هدم فعليه غرمه، فإن صبغ ثوب خير صاحبه بين أخذ قيمته أو أخذه وأداء قيمة الصبغ، وقال أشهب: لا شيء عليه في الصبغ ولو طحن القمح دقيقاً غرم قيمته، وقال أشهب: إن شاء أخذه دقيقاً، وإذا ضرب الطين لبناً رد مثله، وإن صنع من نقر الفضة حلياً ضمن مثله، وقال ابن الماجشون: له أن يأخذ ما صنع منها من حلي أو دراهم بغير غرم، وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها، وإذا حضن البيض فعليه مثله، وقال سحنون: الفراخ للمالك وعليه أجره الحضن، وقال أشهب: من غصب دجاجة فباضت وحضنت بيضها فيبيضها للمالك كالولادة، وإن حضنت غير بيضها فلا حق له في الفراخ، وإذا صار العصير خلا خير فيها أو حمر أغرم مثل العصير، وإذا

حدث به عيب سماوي فليس له إلا قيمة المصوب أو أخذه بغير شيء، وإن كان بجناية أحد خير صاحبه بين أخذه واتباعه بقيمة الجناية وأخذ القيمة من الغاصب، وإذا سافر بالدابة سفراً بعيداً ثم جاء بها بحالها فليس له إلا أخذها عند ابن القاسم بخلاف المكترى والمستعير إذا تعديا في ذلك، وإذا بيع المصوب أو ورث فإن علم بالغصب فكالمصوب، وإن لم يعلم فلا شيء عليه من غلة ولا غيرها، وكذلك أيضاً يسقط عن الغاصب الاستغلال من حين باع على المشهور، والقول قول الغاصب في تلف المصوب وصفته ومبلغه فإن كان في المصوب ثمرة رد ما أكل منها يابسة بمكيلتها، والقول قوله في مبلغ مكيلتها، وقال أشهب: القول قول المصوب منه، وإن أكلها خضراء فعليه قيمتها، فإن كانت الأرض قد ازدرعها الغاصب، فإن كان أوان الزريعة أمر الغاصب بقلع زرعه بنفسه أو بمن يستأجره، ولا يكلف ذلك رب الأرض، فإن ترك ذلك الغاصب لرب الأرض عن رضاً منه فله ذلك، فإن غفل الغاصب عن تحويل الزرع حتى خرج إبان الزريعة أو كان قيامه عليه بعد الإبان كذلك، فإن الزرع للغاصب ويكون عليه كراء الأرض ولا يؤمر بتحويله وعلى الغاصب مع غرمه الأدب بقدر اجتهاد الحاكم بالسجن والضرب، ولا يسقط ذلك عنه عفو المصوب منه، وإن كان صبيماً مميزاً فإنه يؤخذ بحق الغصب من ماله ويؤدب، وكذلك ما أفسده أو كسره بخلاف ثمن ما يبيعه، ومن غصب أمة فوطئها عالماً فعليه الحد وما نقصها، فإن ولدت فالولد رقيق ولا نسب له، وإن لم يكن عالماً فالولد له، وعليه غرم قيمته يوم الحكم إن كانت باقياً، وقال المغيرة: القيمة يوم الوضع، وكان مالك يقول: لمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة ولدها ثم رجع

فقال: قيمتها يوم استحقها ثم رجع، فقال: قيمتها وحدها يوم وطئها، قال أشهب: ثم رجع إلى القول الأول. وإن غصب حرة فوطئها فعليه مع الحد صدق مثلها إذا ثبت ذلك بالبينة على الفعل أو بإقراره، وكذلك إن شهد شاهدان أنه أدخلها منزله أو ذهب بها إلى خلوة غصباً وقهراً فغاب عليها، فقالت: أصابني، حلفت، وأخذت الصداق، ولا حد عليها، فإن نظر إليها النساء فألفينها بكرًا، فقيل: لا يقبل قول النساء ولها الصداق، وقيل: يقبل، وإذا حلفت أخذ الصداق ويؤدب هو أدباً وجيعاً، فإن لم تقم بينة بذلك وأتت متعلقة به فلا حد عليه، ويؤدب إن كان متهماً أو مجهول الحال كانت تدمى أو لا تدمى، فإن كان ممن لا يليق به ذلك فلا شيء عليه من أدب ولا غيره. قال ابن رشد: إذا ادعت المرأة على الرجل أنه استكرهها فغاب عليها ووطئها ولا بينة لها على دعواها، فإن ذلك ينقسم على وجهين:

أحدهما: أن تدعى ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك، والثاني: أن تدعى ذلك على رجل متهم يليق به مثل ذلك، وكل واحد من الوجهين ينقسم على وجهين: أحدهما: أن تأتي مستغيثة متعلقة متشبثة به فاضحة لنفسها تدمى إن كانت بكرًا، والثاني: أن تدعى ذلك عليه من غير أن تكون متشبثة به ولا تدمى وهي بكر، فيأتي في المسألة أربعة أقسام:

فأما الوجه الأول من القسم الأول: وهو أن تدعى ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك وهي غير متعلقة به، فهذا لا اختلاف في أنه لا شيء عليه، وأنها تحذ له حد القذف وحد الزنا إذا ظهر بها حمل، وأما إن لم يظهر بها حمل فيتخرج وجوب حد الزنا على الخلاف فيمن أقر بوطء أمة رجل وادعى أنه

اشتراها منه أو بوطء امرأة رجل وادعى أنه قد تزوجها، فتحد على مذهب ابن القاسم إلا أن ترجع عن قولها، ولا تحد على مذهب أشهب، وهو نص قول ابن حبيب في «الواضحة»، وكذلك المجهول الحال في هذا الوجه إن كانت هي مجهولة الحال أو لم تكن من أهل الصون.

وأما إن كانت هي من أهل الصون وكان هو مجهول الحال، فيتخرج وجوب حد القذف له عليها على قولين، ويحلف بدعواها عليه على القول بأنها لا تحد له، فإن نكل عن اليمين حلفت هي وكان لها صداقها عليه.

وأما الوجه الثاني من القسم الأول: وهو أن تدعى ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك، وتأتى متعلقة متشبثة به قد بلغت فضيحة نفسها، فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد الزنا إن ظهر بما حمل لما بلغت من فضيحة نفسها، واختلف هل تحد له حد القذف أم لا؟ فذهب ابن القاسم إلى أنها تحد له حد القذف، وحكى ابن حبيب في «الواضحة»: أنها لا تحد له حد القذف ولا يمين لها عليه على القول بأنها تحد له، وأما على القول بأنها تحد له فيحلف على تكذيب دعواها، فإن نكل عن اليمين حلفت واستحقت عليه صداقها، وهذا إذا كانت ممن تبالى بفضيحة نفسها، وإن كانت ممن لا تبالى بفضيحة نفسها فتحد له قولاً واحداً، وإن كان مجهول الحال لم تحد له قولاً واحداً إذا كانت ممن تبالى بفضيحة نفسها، وإن كانت ممن لا تبالى بفضيحة نفسها فيتخرج وجوب حد القذف إن كان مجهول الحال عليها على قولين.

وأما الوجه الأول من القسم الثاني: وهو أن تدعى ذلك على من يشار إليه بالفسق، وهي غير متعلقة به، فهذا الوجه لا يجب عليها فيه حد القذف للرجل ولا حد الزنا إلا أن يظهر بها حمل ولا صداق لها، وينظر الإمام في أمره فيسجنه ويستخير عن أمره، ويفعل فيه بحسب ما ينكشف له منه، فإن لم ينكشف له من أمره شيء استحلفه، فإن نكل عن اليمين حلفت المرأة، واستحقت عليه صداق مثلها.

وأما الوجه الثاني من القسم الثاني: وهو أن تدعى ذلك على رجل ممن يشار إليه، وتأتى متعلقة متشبثة إن كانت بكرة تدعى فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد القذف للرجل وحد الزنا إن ظهر بها حمل، واختلف في وجوب الصداق لها على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه يجب لها، وهي رواية أشهب عن مالك في «كتاب الغصب»؛ لأنه إذا وجب للأمة ما نقصها فأحرى أن يجب للحررة صداق مثلها، والثاني: أنها لا يجب لها، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في «كتاب الحدود» في «القذف»، قال: ولو كان أشرف من عبد الله الأزرق في زمانه، والثالث: قول ابن الماجشون في «الواضحة» أنها يجب لها الصداق إن كانت حرة، ولا يجب لها إن كانت أمة، واختلف إذا وجب لها الصداق بدعواها مع ما بلغت إليه من فضيحة نفسها هل يجب بيمين أو بغير يمين؟ فروى أشهب عن مالك: أنها تأخذه بغير يمين، وذهب ابن القاسم إلى أنها لا تأخذه إلا بعد اليمين، وهذا أصح، وإن كان مجهول الحال لم يكن لها صداق واستحلف هو، فإن نكل عن اليمين حلفت وأخذت صداقها والصغيرة محمولة على الإكراه على كل حال،

وإذا كانت تطبيق الوطاء فإن كان مثلها يخدع فهو إكراه، وإلا فحكمها حكم الكبيرة.

ويكتب في إثبات حال من لا يليق به ذلك: عقد يعرف شهوده فلان بن فلان، ويعلمونه من أهل الخير والديانة والأحوال المرضية ممن لا تليق به قهمة ولا ريبة، ولا يليق به ما نسبت إليه فلانة من أنه تعدى عليها وافتضاها؛ لصلاح حاله لم ينتقل عن ذلك بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا. وإذا ادعى رجل أن رجلاً غصبه داراً أو مالاً وأضافه إلى ماله وخلطه به حتى لا يعرف بعينه وقامت له بينة.

فيكتب فيه إذا شهد له بذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون له مالاً وملكاً داراً بموضع كذا أو فداناً بقرية كذا لا يعلمون له في ذلك بيعاً ولا تفويتاً، ولا أنه خرج ذلك عن ملكه بوجه حتى الآن، وأن فلاناً تعدى عليه في ذلك وأخذه له غصباً وأضافه إلى داره أو أرضه بموضع كذا بعد أن غيرها، ويعينون الناحية التي كانت فيها، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا. فإذا ثبت هذا وعين الشهود دار الغاصب أو أرضه أو الناحية التي فيها الدار المغصوبة إن عينوها حيل بين الغاصب وبين ذلك كله، وقيل للغاصب: أبرز للقائم داره أو موضعه فما عين الغاصب من ذلك كله حلف عليه، وكان للمشهود له خاصة، وإن أبي اليمين حلف المشهود له على ما يقطععه، ويقول: إنه متاعه من ذلك وأخذه، وكذلك إن أبي الغاصب أن يبرز شيئاً أو أبرز شيئاً لا بال له، هذه رواية عيسى عن ابن القاسم، قال أحمد بن سعيد: وبذلك حضرت الفتيا، والظالم أحق من حمل عليه، وروى أصبغ عنه أنه يشدد عليه ويجبس ويضيق

عليه، فإن أبرز شيئاً حلف عليه ولم يكن للمشهود له سواه، وإن أُلج في الإبابة عن الحيازة وتمادى على الإنكار حلف أنه لم يغصب شيئاً وبرىء، وإذا لم تعين البينة الشيء المغصوب ولا ناحيته وإنما شهدت أنه غصبه أرضاً بقرية كذا لم تعمل شهادتهم شيئاً، وسئل مالك - رضي الله تعالى عنه - فيمن انتهب صرة فيها مال من رجل فطرحها وادعى عدداً وأكذبه الآخر، فقال: اليمين على المنتهب، وقال مطرف وابن كنانة: القول قول المنتهب منه إذا أتى بما يشبهه، وتكلم ابن رشد في مسألة الغاصب يشهد الشهود أنه غصب أرضاً ولا يثبتون حدودها ولا حوزها لكونه خلطها أو يشهدون أنه غصب أرضاً في قرية ولا يعرفون موضعها، فقال: يتحصل في ذلك ستة أقوال:

أحدها: أن الشهادة باطلة لا توجب حكماً، والثاني: أنها توجب الشدة على المشهود عليه، والثالث: أن البينة تستتر إلى ما لا تشك فيه، والرابع: أن القول قول المغصوب منه، والخامس: أن القول قول الغاصب إلا أن يأتي بما لا يشبهه فيكون القول قول المغصوب منه، والسادس: الفرق بين أن يشهد الشهود على الأرض بعينها ولا يعرفون حدودها، فيحوز المدعى عليه ما أقربه، ويحلف على ذلك، ولا شيء عليه إلا أن يأتي من الحوز بما يستنكر فيحلف المدعى ويستحق ما حلف عليه وبين أن لا يعينوا الأرض، وإنما يشهدون أنه غصبه في القرية أرضاً فتكون الشهادة باطلة ولا توجب حكماً، فإن كان ما شهد به من ذلك لمستحق غير غاصب فإنما على المطلوب أن يحلف أنه لا يعمل للقائم في ذلك حقاً وبراً، وهو بخلاف الغاصب في ذلك، وقيل: إنما يخرج عن يده ويوقف حتى يقر بشيء كالغاصب ويحلف عليه.

وسئل ابن رشد في رجل شهد عليه أنه استغل ضيعة ظلما وعدواناً، وأن قيمة الغلة على التقريب مائتا مثقال هو تجوز شهادة الشهود على التقريب دون معاينة المستغل؟ فقال: لا تجوز شهادة الشهود على التخمين والتقريب، وإنما تجوز على القطع والتحقيق ومعرفة الاستغلال فيستزل الشاهد حتى يشهد على ما يقطع عليه ولا يشك فيه، فإن أنكر أن يكون استغل أكثر مما يشهد به عليه حلف على ذلك في مقطع الحق، ويكون له ما ادعاه في مؤنة الغلة وخراج السلطان إن كان حقاً واجباً وإلا فلا، وفي كتاب «الاستغناء»: قال سحنون في الرجل يدعى على الرجل أنه غصبه شيئاً أو سرقه فتداعيا إلى السلطان ثم اصطلحا على أن أعطاه مالا وهو يقول: إنما أعطيه المال مخافة السلطان وضرب السياط ولم آخذ له شيئاً: فلا يرجع بشيء لأن الناس لا يتداعون إلا إلى السلطان إلا أن يكون للمدعى من السلطان ناحية، ويعلم أن السلطان يطاوعه فينظر الحاكم من ذلك باجتهاده، فإن ذهب المغصوب منه إلى الاسترعاء في ترك قيامه.

فيكتب في ذلك عقد: أشهد فلان على نفسه أن الدار والموضع بكذا هو مشترك بينه وبني أخيه فلان على الإشاعة، وأن فلاناً لجأه وقدرته ابتاع ذلك من أخيه وهو يعلم الشركة بما أراد من الثمن، وأنه لا يأمن إن قام عليه في ذلك أن يضره في نفسه وماله ويتوقع تحامله عليه وإضراره به فاسترعاهم هذه الشهادة، وأنه متى أمن ما يتوقعه قام في الدار أو الموضع بالاستحقاق والشفعة، وأنه غير تارك لحقه في ذلك ولا يسقطه عند تمكنه منه، وشهد على إشهادة بذلك في كذا ممن يعلم أن فلاناً ممن يتقى جانبه ولا يؤمن ضرره.

بيان: إذا ذهب ما يتقيه وقام بهذا العقد فهو على حقه، قال ابن الهندي: فإن ترك القيام بعد زوال التقيه مدة من عشرة أعوام من غير عذر يمنعه من القيام فلا قيام في ذلك، ولا بن سهل في كتابه تضعيف ضرب ابن الهندي في ذلك عشرة أعوام، قال: والعامان تكفي في ذلك، وكذلك يسترعى أيضاً في الضرر المحدث مما يتقى، ويكون له القيام به متى زال، ويجوز الاسترعاء في الأحباس والصدقات والهبات والعتق والتدبير، وينفسخ بذلك كل واحد من العقود المذكورة وهو مصدق فيما يدعيه مما يتوقعه وإن لم يعرف ذلك إلا بقوله؛ لأن ذلك كله حق يتبرع به ولو شاء لم يفعل، وله أن يشهد بعد ذلك بإمضائه إن شاء، وأما البيع فلا يجوز الاسترعاء فيه؛ لأن ذلك خلاف ما يتطوع به وفيه حق للمبتاع وقد أخذ به ثمناً فلا يصدق فيه إلا أن يعرف الإكراه على البيع والإخافة والتوقع، فحينئذ يفسخ البيع بالاسترعاء وإلا فلا.

ويكتب في ذلك ما نصه: ممن يعرف الوجه الذي ذكره من الإخافة والإكراه على البيع، وفي كذا. قال سحنون: فإن أقام المعروف العداء البينة على أن البائع رغب إليه في البيع أو أنه وقع على الطوع صح البيع إلا أن يثبت البائع بأعدل منهم أنه رغب إليه في الشراء.

فصل التعدي

والتعدي يفارق الغضب، قال في «المدونة»: لأن المتعدي جنى على بعض السلعة والغاصب أخذها، وذلك كتخريق الثوب وقطع ذنب الدابة أو كسر يدها أو كسر الصفيحة وما أشبه ذلك، ولا يخلو أن يكون ذلك يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً فليس لصاحبه إلا قيمة ما نقصه بعد تعديله إن أمكن كرفو الثوب وصياغة الحلوى ونحو ذلك، فإن عاد إلى حاله ولم ينقص شيء من القيمة بعد تعديله فلا شيء عليه، وإن كان فاسداً كثيراً خيراً صاحبه بين أخذه مع ما نقصه أو تركه للجاني وأخذ قيمته، وقيل: يكلف إصلاحه إن أمكن باتفاق، والحيوان وغيره في ذلك سواء والكثير هو ما أفات المقصود، وإن كان في الظاهر يسيراً كقطع ذنب البغلة وشبه ذلك، ومن فتح قفص طائر فطار أو حل بميمة فهربت أو قيد عبداً فأبق فهو ضامن، ومن فتح باباً على دواب فذهبت ضمن، ومن نظر من باب أو كوة ففقا^(١) عينه ففيه القود ولو عضه فسل يده فسقطت أسنانه ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنه ضامن وهو الأصح، والثاني: أنه لا شيء عليه.

وسئل ابن رشد فيمن أسند جرة زيت أو غسل إلى باب رجل ففتح صاحب الدار بابه فانكسرت الجرة ومضى ما فيها، فقال: لا أذكر هذه المسألة منصوبة لأحد، وهي تجرى في أصولهم على قولين:

(1) في الأصل (فقد)، والصحيح (فقا) كالنبت.

أحدهما: أنه يضمن صاحب الدار، والثاني: أنه لا ضمان عليه، وهو الصحيح عندي الذي كنت أقضى به أنه لا ضمان على صاحب الدار، ومن فعل فعلاً يجوز له من طيب وصانع وشبههما على وجه الصواب وتولد منه هلاك نفس أو ضياع مال فلا شيء عليه، وكذلك الحاكم، فإن كان جاهلاً لا معرفة له بذلك الفعل أو لم يؤذن له أو قصر فيما يجب إلا أنه أخطأ في عمله أو جنى جنابة خطأ في عمله فهو ضامن، واختلف إذا كان ذلك يجب فيه الدية كاملة، فقيل: إنها تكون كلها في ماله وقيل: ما جاوز الثلث فعلى عاقلته، وما كان الثلث فأقل في ماله، ذكر ذلك ابن رشد. ولا يجزى إذن العبد للجابر أو الحجام وشبه ذلك، ومن أرسل ناراً في أرضه فتعدتها، أو أفسدت زرع جاره وشبه ذلك، فقال مالك: إذا كانت النار بعيدة من أرض جاره لا يعلم أنها تصل إليها فجاءت ريح عاصفة فاحتملتها فلا شيء عليه، وإن كانت قريبة بحيث لا يؤمن ذلك منها فهو ضامن، وإن أحرقت ناساً فديتهم على عاقلته.

وفي «الاستغناء»: إن عمل رجل نار الرماد أو غيره بقرب فدان رجل أو أندره فاحترق الزرع، فإن عليه ضمانه على الحزر والتقدير للقشاقير وغرم التبن على الحزر والتوسط ما يخرج من ذلك بعد أن يحلف صاحب الزرع على عدد القشاقير التي كانت في أندره؛ لأن القول قوله إلا أن يأتي بما لا يشبه، ومن نزل بيتاً بغير إذن صاحبه فأوقد فيه ناراً فاحترق البيت ضمن، وإن كانوا جماعة حلقوا وضمنوه، ومن نكل ضمن وحده وإن كان بإذن صاحبه فلا ضمان عليهم إلا أن يتعدوا أو يكون البيت لا يوقد في مثله نار، وإذا عدت بهيمة على أخرى أو شلتها فلا شيء في ذلك، قال ابن عبد البر: وكذلك إذا انفلتت ليلاً أو

فمأراً فوطئت على رجل نائم فجرحته أو قتلته؛ لأن جرح العجماء جبار، وكذلك ما أفسدت بالليل والنهار من الأمتعة والثياب وجميع الأشياء سوى الزرع والحوائط خاصة، فإن كان معها قائد أو سائق أو راكب فهم ضامنون لما أصابت؛ إذ هم يتسببون بها إلى ذلك، فقد ضمن عمر -رضي الله تعالى عنه- مجرى الفرس لأنه متسبب به إلى الإتلاف، وهو نص قول مالك تضمنين السائق والقائد والراكب، وقد يقوى التسبب في بعض الأحوال فيكون الضمان، ويضعف التسبب فيضعف الضمان، وإذا اصطدم الفرسان فانكسر أحدهما ضمنه صاحب الآخر بخلاف السفينتين فإنه لا ضمان فيهما، وفي «مسائل ابن الحاج»: كان الفقيه ابن رزق يفتى في الفرسان الذي يلعبون في الملاعب في الأعياد أنه إن أصاب واحد منهم الآخر فجرحه أو قتله فإنه يحكم فيه بحكم العمد لا بحكم الخطأ، وكذلك ما أصابوا فهم ضامنون له، وأما المواشى فما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً فأصحابها ضامنون كانوا معها أو لم يكونوا على ما قضى به رسول الله ﷺ في ناقة البراء بن عازب، وأما بالنهار فلا ضمان عليهم كان معهم راع أو لم يكن فيما أفسدت من الزرع بالنهار إذا أخرجها عن جملة مزارع القرية وتركها بالمسرح، وأما إن أطلقها للرعى قبل أن تخرج من مزارع القرية دون راع يذودها عن الزرع فهو ضامن لما أفسدت، وإن كان معها رعائماً فإنما يكون الضمان على الرعاة إن فرطوا أو ضيعوا حتى أفسدت شيئاً على هذا حمل أهل العلم ما ثبت من أن رسول الله ﷺ قضى على أرباب الزرع بحفظها بالنهار، وقال ابن الحاج في «مسائله»: إذا قلنا بضمان ما أفسدت بالليل فهل يتعلق الضمان برعائماً أو بأربابها؟ تكلمت فيها مع ابن رشد فظهر له

أن الضمان على الرعاة، ويحتمل أن الضمان يتعلق بأربابها لأن الراعي أجيبر
يخلف ما فرط ولا ضيع، ويغرم رب الماشية.

وسئل بعضهم عن أجراء القرية يرعون ببقر القرية على الدولة بالليل فطرقت
البقر فأفسدت الزرع على من يكون غرم الزرع على الراعي أو على أصحاب
البقر؟ فقال: إن فرط الراعي أو غفل فعليه الضمان وإن سبقته وقهرته وعلم
الناس بذلك فعلى أرباب البقر، وتجوز الشهادة على ما يكون بالليل من الفساد
للزرع إذا قطع الشهود بذلك ولا داخله في ذلك، فإن كان الزرع أخضر قوم
على الرجاء والخوف أن لا يتم وأخذ صاحبه قيمته دراهم، ولا يجوز أن يأخذ
فيه طعاماً، ويجب أن يكون الزرع إن انجبر للذى ابتاعه ودفع قيمته بخلاف
خلفة القصيل المبيع، فإنها تكون للبائع، وكذلك الشجر إذا أفسدت يغرم قيمتها
دراهم، وإن كان الزرع قد يبس واستحصد فيلزم أن يدفع مكيلته طعاماً في
الحب ومكيله تبنه تبناً إن كان استهلك التبن، قال ابن رشد: اختلاف في
وجوب تقويمه على الرجاء والخوف إذا يبس من أنه يعود لهيئته، وأما إن رعى
صغيراً ورجى إن رد لهيئته، فقيل: لا يستأنى به وهو قول مطرف، وقال
سحنون: إنه يستأنى به، واختلف على القول بأنه لا يستأنى به إن حكم قيمته
عاد لهيئته بعد الحكم هل ترد القيمة أم لا؟ وكذلك إن لم يحكم به حتى عاد
لهيئته، فقيل: تسقط القيمة فيه وهو قول مطرف، وقيل: لا تسقط فيه ويقوم
على الرجاء والخوف، وإن نبت وعاد لهيئته قبل الحكم وهو قول أصبغ، وفي
«الواضحة»، قال ابن حبيب: سألت مطرفاً عما أفسد من الزرع أخضر كيف
يقوم؟ فقال لي: سمعت مالكا يقول: على الرجاء أن يتم، والخوف أن لا يتم

فيغرم المفسد القيمة لصاحب الزرع، ولا يستأنى بالزرع أن ينبت كما يصنع بسن الصغير، قال ابن حبيب: قلت لمطرف: فإن عاد هذا الزرع بعد هذا الحكم لهيئته وإلى حالته الأولى أتمضى القيمة لصاحب الزرع؟ قال: نعم لأنه حكم قد نفذ ومضى، قال ابن حبيب: قلت لمطرف: فلو لم يحكم فيه حتى عاد لهيئته؟ فقال: إذا تسقط القيمة التي وضعت ولا يكون على المفسد إلا الأدب من السلطان بقدر سفهه وإفساده إلا أن يكون ما أفسد من ذلك كأن يرعى وينتفع به فيكون عليه قيمته ناجزاً على منفعته، وليس قيمته على الرجاء والخوف مع الأدب له في ذلك كله، قال ابن حبيب: فسألت عن ذلك أصبغ، فقال لي: عن ابن القاسم عن مالك في صدر المسألة مثل قول مطرف، قال لي أصبغ: وإذا عاد إلى هيئته قبل الحكم فهو عندي مثله يقوم على الرجاء والخوف ثبت أو لم يثبت كان ذلك قبل الحكم أو بعده، قال ابن حبيب: وقول مطرف فيه أحب إلى، وبه أقول وهو الحق.

ويكتب في تقويم ما أفسدت الماشية بعد ثبوت ذلك: عقد وقف شهوده من أهل المعرفة والبصر بما يذكر إلى القمح أو الشعير الذي لفلان بموضع كذا ونظروه قرأوا أنه أفسدته الماشية وهو ربيع فساد إلا يرجى معه الخيار، وقوموه على الرجاء أن يتم والخوف أن لا يتم بكذا وكذا ديناراً من الفضة السكة الجارية الآن تقويم السداد والاحتياط من غير غبن ولا حيف، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، وإن كان الفساد، وهو قد نض للحصاد قلت ما نصه: قرأوا أنه قد أفسدته الماشية بعد ما تم ونض للحصاد فسأداً لم يبق بعده فيه ما يستفاد،

وقدروا بكذا وبكذا قدحاً من القمح والتين والذهب بكذا من التين تقديراً تحروا فيه القصد والضواب، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

وسئل بعض الشيوخ في رجل وجد في زرع حيواناً فاستاقها إلى داره فعقرتها السباع هل هو ضامن وإن عقرتها في الدار؟ فقال: نعم، قال بعضهم: وكذلك الدجاج على أصحابها أن يمنعوا دجاجهم ويقصروها عن إذاية مزارع القرية إذا كانت طائراً لا يستطيع الاحتراس منها وهي كالماشية، فإن كانت مقصورة فهي كالماشية، فإن فتح الباب وسيبها فهو ضامن ما أفسدت والبرك كذلك إلا أن تغلب بالليل فلا شيء عليه وعليه بالنهار الضمان، وإن عقر صاحب الزرع منها شيئاً ضمن، وفي «الواضحة»، قال ابن حبيب: سألت مطرفاً عن النحل يتخذها الرجل بالقرية وهي تضر شجر القوم إذا نورت هل يمنع من اتخاذها ويؤمر بإخراجها، والبرج يتخذ فيه الرجل الحمام والكرى للعصافير تأوى إليها ويأخذ فراخها وهي كالحمام في إيذائها وإفسادها الزرع هل يمنع من ذلك؟ فقال لي: نعم أرى ذلك كله من الضرر، وأرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زرعهم وشجرهم ولا تشبه الماشية لأن النحل والحمام طائراً لا يستطيع الاحتراس منها كما يستطيع في الماشية ألا ترى أن مالكاً قال في الدابة الضارة: إنها تخرج وتباع على صاحبها فالنحل والحمام أشد، وكذلك الدجاج الطائر والأوز وما أشبههما مما لا يستطيع الاحتراس منه فأما ما يستطيع منه الاحتراز فهو كالماشية لا يؤمر صاحبه بإخراجه، وقال العتبي عن عيسى بن دينار مثله، وسألت عن ذلك أصبغ، فقال لي: النحل والحمام والدجاج والأوز عندنا كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها، وإن أضرت، وعلى أهل القرية حفظ

زرعهم وشجرهم؛ وهكذا كان ابن القاسم يقول: قال ابن حبيب، وليس يعجنى، وقول مطرف أحب إلى، وبه أقول وهو الحق - إن شاء تعالى - قال أشهب: وسئل مالك عما يصيب الحمام من زرع الناس فقال لا بأس به، وما زال هذا من أمر الناس والنحل إذا أضرت بمن يبني في منزله ومنعتهم شغلهم يؤمر صاحبها بإخراجها، وكذلك إذا أضرت بأهل القرية في أنفسهم أو دوابهم أمر أصحابها بإخراجها إلى حيث لا تضر إذا ثبت أذاها وضرها، ولا تترك وأذى الناس ساكنا كان أو غيره، وفي كتاب «الاستغناء» قال بعض أهل العلم في الدجاجة تلتقط الدراهم واللؤلؤ: أنه ما كان من ذلك أكثر من قيمة الدجاجة فعلى صاحبها أن يذبحها بعد أن يدفع إليه صاحب الدراهم أو اللؤلؤ قيمتها لربها إلا أن يشاء صاحبها أن يأخذها مذبوحة فله ذلك، وما كان أقل من قيمتها فلا شيء له على صاحبها، وقال بعض المفتين في الثور يدخل قرنيه في فرع شجرة ولا يطبق أحد نزعته: أنه ينظر إلى قيمة الثور وقيمة الغصن، فإن كان الغصن يساوى أكثر من الثور ذبح الثور مكانه ولم يقطع من الشجرة شيء ومصيبته من صاحبه، وإن كانت قيمة الثور أكثر من قيمة الذى يقطع من الشجرة ليخرج الثور قطع منها ما يمكن به إخراج الثور عنها، وقيمتها على صاحب الثور ويجوز دفع الصائل من بهيمة أو مجنون أو صبي أو كبير عاقل أو غير عاقل عن النفس والأهل والمال، فإن علم أنه لا يندفع إلا بالقتل جاز قتله قصداً ابتداءً وإلا فلا، ومن قدر على الهروب من غيره مضرة لم يجز له التعرض له بجرح أو غيره.

فصل الضرر

والضرر يكون في المباني والمساحات والقدادين والشجر ونحوها، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) فمن أحدث ضرراً على جاره في بناء أو غرس أو غير ذلك منع، فإذا أذن له فهل يكون له فيه رجوع أم لا؟ قال ابن حبيب: قلت لمطرف وابن الماجشون: إذا أذن الجار لجاره في فتح باب أو إرفاق بفناء أو مختلف في طريق أو إحداث طريق في غير موضعه وما أشبه ذلك هل يمنعه بعد ويكون له فيه الرجعة إذا شاء؟ فقالا لي: ذلك يختلف أما ما أذن له فيه مما يقع فيه العمل والإنفاق وتكلفت فيه النفقة والمؤنة مثل غرز الخشب وتأسيس الجدار والمرفق بالماء من العيون والآبار لمن ينشئ عليها غرساً أو بئراً عملاً وأنشأه ذلك مما في رده فساد وضرر وذهاب عمل وبطلان منفعة فذلك نافذ لأهله، قلت المؤنة فيه أو كثرت، وليس للأذن فيه رجوع عاش أو مات ولو اشترط أنه متى شاء رفع عمله رفعه أو أن يقطع عنه ما أذن له فيه فعل فذلك جائز لصاحبه، والشرط باطل، ولا يقضي به لمشرطه بعد عمله، وله الرجوع قبل العمل بشرطه هذا، وأما ما كان من ذلك لا يتكلف فيه عمل ولا كبير مؤنة من فتح باب أو فتح طريق إلى مختلف أو إرفاق بالسلعة ونحو ذلك فهذا للأذن فيه الرجوع متى شاء بأن يصرف ماءه إلى نفسه ويسد الباب ويقطع مختلفه عليه إلا أن يكون وقت له أجلاً للانتفاع بذلك فيلزمه، قال ابن حبيب: وبذلك قال ابن نافع وأشهب، وقال أصبغ: له منعه في الوجهين إذا أتى عليه من الزمان ما يكون لمثله عارية إلا في الغرس فإنه لا يمنعه ولا يعجبني قوله، وسئل

(١) رواه أحمد في ((المستند))، وابن ماجه في ((السنن))، ومالك في ((الموطأ)).

محمد بن تليد عن خصم في طريق فأنكره ثم قال له: إن احتجت إلى طريق أعطيتك، فقال: من أوجب لخصمه طريقاً في أرضه فهو لازم له ليس له أن يرجع فيه ويحكم عليه بما أوجب على نفسه، فإن أحدث على أحد وجه من وجوه الضرر من غير إذن منه فسكت على ذلك بعد علمه ولم ينكره مدة من عشرة أعوام أو نحوها من غير عذر يمنعه القيام بذلك فلا قيام له بعد هذه المدة وهو كالأستحقاق، قال بعضهم: والقراية وغيرهم في ذلك سواء على هذا القول، ولا يفرق بينهما كما فرق في الاستحقاق، وقال أصبغ: لا يقطع القيام في إحداث الضرر إلا سكوت عشرين سنة ونحوها، وهو بخلاف الحيازات، وبالأول الحكم إلا أن يكون من أحدث عليه ذلك صغيراً أو مولى عليه فلا يضر السكوت إلا أن يطول ذلك بعذر ولعذرهم المدة المذكورة، وفي «المنتخب»، قال ابن حبيب: وجوه الضرر كثيرة كدخان الحمام وغبار الأتادر وتنن الدباغين ونحوها، والحكم فيها أن يقال لأهلها احتالوا للدخان والغبار والتنن أن لا يضر ذلك بمن جاوركم وإلا فاقطعوا، وسواء كان قديماً أو حادثاً لأن الضرر في مثل هذا لا يستحق بالقدم، وإنما حيازة التقادم التي جاء بها الأثر من حاز على خصم شيئاً عشر سنين فهو أحق به في الأموال ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة تقوى بها حجته بل يزيده طول التقادم ظلماً وعدواناً، وفي «كتاب ابن مزين»: أن ما كان من الضرر يبقى على حالة واحدة لا يتزيد كفتح باب على جاره أو كوة أو ما أشبه ذلك فإنه يستحق بما تستحق به الأملاك على من حيزت عليه بخلاف ما يحدث من الكنف والمطامير والحفر التي لا يستنقع فيه، فإنه لا يستحق ذلك بما تحاز به الأملاك من المدة لأن ذلك كلما طال زمانه كثر

وتزيد ضرره واختلف في الضرر إن أشكل هل هو قديم أو محدث، ففي «أحكام ابن زياد»: أنه محمول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم، وفي «كتاب ابن سحنون»: أنه محمول على أنه قديم حتى يعلم أنه محدث، وبالأول القضاء.

ويكتب في إثباته: عقد شهوده يعلمون أن الدار التي لفلان بموضع كذا لم يزل ماء المطر المجتمع فيها يجرى في قناة تحت الأرض إلى دار فلان المجاورة لها من جهة كذا ومراحضها تفضى رحاضاتها إلى دار فلان على الدوام منذ عقلوا بأسنانهم من غير معترض ولا منازع، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، ومثل ذلك يعقد في أنواع الضرر من التكشف والطرق وغير ذلك، ومن أحدث عليه بناء فيه ضرر فسكت حتى فرغ ثم قام عليه بسبب ذلك فعليه اليمين أن سكوته لم يكن منه رضاً بإسقاط حقه فيه، فإن باعه بعد ما أحدث الضرر عليه ولم يقم ولا تكلم فيه لم يكن للمبتاع القيام به، فإن كان قد تكلم فيه وباعه في الخصام فإن للمبتاع أن يتكلم فيه ويقوم بما كان للبائع أن يقوم به من ذلك، فإن كان الضرر مما يخفى حدوثه بالوقوف عليه والنظر له،

فيكتب في ذلك: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر إلى الدار التي لفلان بكذا، فرأوا أن فلاناً قد أحدث عليه فرناً بإزائها يضر به دخانه الضرر البين، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، ومن وجوه الضرر التكشف فمن أحدث على أحد طاقة أو كوة أو باباً يتكشف عليه منه منع من ذلك، فإن كان ذلك قديماً لم يعرض له ويجب له في التحفظ بالدين أن يتطوع بقلعها من جهة الاطلاع على العوارث التي لا يحل، وحكى ابن يونس عن بعض الشيوخ قولاً أنه يجب غلقها، وإن كانت قديمة لأن ذلك حق لله تعالى لا يحل الشكف

على حال، وأما المحدث من ذلك فيجب سدها باتفاق وقلع العتبة إن كانت لكلا تكون ذريعة إلى ردها، وذلك إن كانت بحيث إذا نظر الناظر منها تبينت له الأشخاص والوجوه، وأما إذا لم تتبين الأشخاص والوجوه لبعدها فلا يؤمر بسد ذلك، وكذلك إن كانت الكوة مرتفعة للضوء خاصة فإنه يمنع منها إذا كان يتكشف منها عند مالك، وروى عن عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- أنه أمر أنه يوضع سريره من جهة المحدث ويقف عليه واقف، فإن اطلع على دار جاره منع وإلا فلا، والعمل على قول مالك الأول، قال ابن الحاج في «مسائله»: وإذا كان الاطلاع لا يمكن إلا بواسطة مثل سلم أو كرسي أو ما أشبه ذلك فلا يهدم موضع الاطلاع ولا يطمس، ويمنع أن لا يطلع منه، وبذلك جاءت الروايات، ويؤدب إن فعل أن لا يكون الموضع مما جرت العادة بأن يسكن فيه من لا يؤمن فإنه يطمس ولا يهدم، وبهذا نفذ الحكم عندنا، وقال لي -رحمه الله تعالى- ذكر لي ابن رشد أنه إذا جعل الباني شرحا يمنعه من إخراج رأسه أن الشيوخ كانوا يختلفون في ذلك، فمنهم من كان يراه، ومنهم من كان لا يراه ويرى التطميس لأنه ربما زال الشرح واستخف عليه الاطلاع بالقدم، ووقع ذكر الشرح في «مسائل ابن زرب»، وقال في «مسائله» أيضاً: الاطلاع من البنيان على ثلاثة أقسام: الدور، ولا اختلاف في المنع من الاطلاع عليها، والفدادين والمزارع ولا خلاف في إباحة البنيان الذي يطلع منه عليها، والجنات مختلف فيها، قاله ابن الطلاع، قال: والكروم القرية كالجنان لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم عليها، وفي كتاب «الاستغناء»: إذا كانت لرجل عرضه وبني رجل تحتها فليس له منعه من فتح الكوى والأبواب إليها حتى وإن

قال: أريد أن أبني فيها لأنه حق سبق إليه، وقد روى ابن حبيب أنه يمنعه من فتحها على العرصة قبل البناء وبعده، وذكره عيسى أيضاً في كتاب الجدار، قال فإن لم يمنعه حتى بنى وأراد منعه فإن ذلك له، قال أبو عمر: وسواء كان الزقاق نافذاً أو غير نافذ، ومن أحدث غرفة يطلع منها على أسطوان جاره منع، وقال ابن الحاج: وجدت بخط ابن عتاب في آخر كتابه: سئل يحيى بن ابراهيم عن الرجل يفتح باباً في الزقاق النافذ فيطل منه على جاره وجدار جاره قصير نحو الخيطين وشبههما، فإن بنى على خيط ثالث لم يطل عليه، فقال: يجير جاره على بناء خيط ثالث، وليس له أن يضيق بجاره ولا يمنعه من فتح باب إذا كان على هذا النحو، قال فضل: هذا جيد إذا كان الباب مع الأرض.

وسئل ابن رشد في رجلين متجاورين بينهما زقاق نافذ فأحدث أحدهما في داره باباً أو حانوتين مقابل باب جاره لا يدخل أحد من أهل داره ويخرج الأعلى، نظر من الذين يجلسون في الحانوتين المذكورين لعمل صناعتهم، وذلك ضرر بين لصاحب الدار وكشف لعياله هل يجب سد ذلك؟ فقال: إذا كان الأمر على ما وصف فيؤمر أن ينكب بذلك عن مقابل باب جاره، فإن لم يقدر على ذلك ولا وجد إليه سبيلاً ترك ولم يحكم عليه بغلقها، وقال - رحمه الله تعالى - يتحصل في فتح الرجل باباً أو حانوتاً في مقابلة باب جاره في الزقاق النافذ ثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك له جملةً من غير تفصيل، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»، والثاني: أن ذلك له من غير تفصيل إلا أن ينكب عن ذلك وهو قول سحنون، رواه عنه حبيب وابنه، والثالث: أن ذلك له إذا كانت السكة واسعة، وهو قول ابن وهب، والواسعة ما كان فيها سبعة أذرع فأكثر،

ويتحصل في فتح الرجل الباب أو تحويله عن موضعه في الزقاق الذي ليس بنافذ ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز بحال إلا أن يأذن جميع أهل الزقاق، وهذا الذي ذهب إليه ابن زرب، وأقامه من مسألة كتاب القسمة من «المدونة» في السدارين تكون إحداهما في جوف الأخرى، ولأهل الدار الداخلة المر في الدار الخارجة فيقسم أهل الدار الداخلة دارهم فيريد كل واحد منهم أن يفتح لداره باباً في الدار الخارجة أن ذلك ليس لواحد منهم، وإنما لهم المر الذي كانوا يبرون عليه قبل القسمة وبه جرى العمل بقرطبة، والثاني أن ذلك له ما لم يقابل باب جاره ولا قرب منه فقطع منه مرفقاً منه، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»، وقول ابن وهب، والثالث: أن له تحويل بابه عن هذه الصفة إذا سد الباب الأول، وليس له أن يفتح فيه باباً لم يكن قط بحال، وهو قول أشهب، قال الباجي: وذكر ابن أبي زيد في «النوادر» أن الطريق الواسعة اختلف فيها، فقيل: ثمانية أذرع، وقيل: سبعة، قال: وهذا إذا كانت الطريق لجماعة الناس، وأما إذا كانت غير نافذة فليس لأحد فتح باب فيها إلا عن رضا جميع أهل الدرب وهي كالعرضة المشتركة وبهذا القضاء، وإن لم يكن له في الزنقة باب وكان له فيها حائط مصمت، فقيل: له أن يمنع من أراد أن يحدث حذاء حائطه باباً كما لو كان له في السكة باب، ذكر ذلك ابن الحاج في «مسائله»، وقال أيضاً: إذا كانت زنقة غير نافذة وفيها دار نقضها له وقاعتها لغيره، فأراد أهل السكة أن يفتحوا فيها سرباً ومنعهم صاحب النقض فله ذلك إن كان ذلك يعيب الموضع، ولصاحب القاعة أيضاً ذلك، وقال رجل كان له باب في زقاق غير نافذ فطمسه ثم وهب

الدار لابنته فأرادت فتح الباب، فأفتى ابن رشد بأن ذلك ليس لها، وقال غيره: يحتمل أن يكون ذلك لها، وكأنها حلت محل الواهب قال ابن عبد البر: والزقاق غير النافذ ليس لأحد أن يشرع فيه باباً ولا أن يحدث فيه سقيفة ولا عسكرياً إلا بإذن أصحاب الزقاق، فإن أذن بعضهم دون بعض فإن كان الذين أذنوا في آخر الزقاق وممرهم إلى منازلهم في الموضع المحدث بإذنتهم جائز، ذكره في «الكافي»، ومن وجوه الضرر دخان الفرن والحمام، قال ابن حبيب: فمن أحدث ذلك أمر بأن يحتال لإخراج الدخان بحيث لا يضر بجاره، فإن قدر على ذلك وإلا منع لما في ذلك من الأدخنة العظيمة، فإن أراد أن يحدث تنوراً فله ذلك ولا قيام لجاره عليه لخفة أمر التنور، وكذلك من أحدث اصطبلًا عند بيت جاره لما فيه من الضرر ببول الدواب وزبولها بالحيطان مع حركتها المانعة من النوم بالليل والنهار، وكذلك كير الحداد والمطاحين يمنع من إحداثها، قال ابن عبد الغفور في «كتابه»: وعلى ما في «المدونة» من أن للمكتري أن يجعل في الدار المكتراة ما شاء من الدواب والحدادين والقصارين ما لم يكن ضرراً بالدار كما يكون لصاحبه أن ينصب في داره ما شاء من الصناعات ما لم يضر بحيطان جاره، وأما أن يمنع من دوى رحا أو كد أو دوى ضرب وشبه ذلك للصوت فلا، قال: لأن الصوت لا يخرق الأسماع ولا يضر بالأجسام إلا أن يضر الضرب بالجدارات فيمنع من ذلك، وفي «المجالس»: قضى شيوخ الفتوى بطليطلة بمنع الكمادين إذا استضر بهم الجيران وقلقوا من ذلك لاجتماع رفع ضربهم، والأول أولى، فإن أحدث في داره أو حانوته دباغاً أو مرحاضاً لم يغطه منع من ذلك بسبب الرائحة المنتنة لأنها من الضرر الفاحش إذ يصل إلى الخياشيم ويحرق الأمعاء

ويؤذى الإنسان، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «من أكل من هذه الشجرة فلا يقربن مسجدنا يؤذينا بريح الثوم»^(١)، فكل رائحة تؤذى يمنع منها لهذا وبذلك العمل، وكذلك الأندر إذا أحدثه إنسان بجوار دار أو حانوت أو مبصلة أو غيرها فإنه يمنع من ذلك لإضراره به بسبب وقوع التين والغبار وهو كالفرن والحمام، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وكذلك إذا كانت الجنان هي التي أحدثت إلى جانب الأندر فأضرَّ تين الأندر وغباره بالجنان فإن ذلك يمنع لأنها مما تحدث في كل سنة فلا يعذر أن يكون ضرراً حادثاً ومع ذلك قد كان له أن يمنع صاحب الأندر من وقوع التين والغبار في أرضه قبل إنشاء الجنان إذا أضر ذلك، وكذلك بعد الإنشاء، ومن أراد أن يبني بنياناً بجوار أندر فقال صاحبه: يمنعني الريح عند الذرو فليس له أن يبني في قول ابن القاسم، وقال سحنون: له ذلك وهي كالذى يعلى ببناءه فيمنع جاره الشمس والريح والضوء إلا أن يجد عن ذلك مندوحة وغنى فيمنع، وقال ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: له أن يبني بجوار الأندر ولا يمنع أن يبني في حقه وجد مندوحة أو لم يجد وإن ضر ذلك بالأندر ومنعه الريح، ومن له دار وأراد أن يعلى ببناءه فله ذلك، وإن قال جاره أنه يمنع الشمس والريح ويظلم داره، ولا يمنع أحد أن يفعل في ملكه مثل هذا إلا أن يكون فعل ذلك من غير منفعة له في ذلك ولا في رفعه فيمنع، وكذلك من أراد أن يبني رفاً أو عسكرياً ويخرجه على الطريق ويطل بذلك عليه فله ذلك، قال سحنون: ولم تزل الطرق كذلك، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: له ذلك إذا علاها ولم يضر من تحتها أو جاوزها من

(1) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما.

راجل أو راكب أو صاحب جمل، قالوا: فإن لم تعل وكانت تضر من تحتها أو قربها فأرى أن تقدم، وسئل سحنون عن الرجل تكون له الدار عن يمين الطريق وأخرى عن يسارها فيريد أن يرفع على السكة غرفة أو يتخذ عليها مجلساً في داره، فقال: له ذلك، ولا يمنع منه، ومن له علو تحت آخر فأراد صاحب الأعلى أن يبني على علوه شيئاً فليس ذلك له إلا الخفيف الذي لا يضر، وإن انكسرت خشبة من الأعلى أدخل مثلها ولم يدخل أثقل منها، وقال ابن عبد الحكم: قلت لابن القاسم: رأيت المرحاض إذا اختل وهو لصاحب الأعلى أو لصاحب الأسفل؟ قال: على صاحب الأسفل ببيان ما كان في الأسفل حتى يبلغ به السقف، وعلى صاحب العلو ببيان الخشب، قال: قلت له: فبئر المرحاض إذا رثت على من بنيانه؟ قال: على صاحب الأسفل، ولا يسوغ لأحد أن يضرب وتداً في حائط جاره، ولا يضم إليه ما يضر به كالزبل والتين والحطب وكل ما إذا نزل المطر ضرب فيه فطار إلى جداره كالصخر، ولا له أن يحقن ماء يقربه خوفاً أن يصل نداؤه إليه، وإذا كانت زنقة غير نافذة فأراد أن يفتح كوة ويصرف عليها ماء داره من المطر وغيره إلى الزنقة فليس له ذلك، وكذلك في السكة النافذة، وله أن يخرج ماء المطر خاصة في السكة النافذة لأن ذلك مما لا غنى عنه وهو أمر غالب، قاله سحنون، وسئل ابن رشد في عين نبعت في دار وكثر ماؤها حتى أضربها هل له إخراجها في عرصة تجاوره أم لا؟ فقال: إن كانت العين نبعت من غير أن استنبتها هو ولم يقدر على أن يغور ماءها في داره فمن حقه أن يرسله إلى هذه العرصة إن كانت في الجهة التي إليها انصباب الماء وليس له أن يحفر للماء تحتها سرباً إلا بإذن صاحب العرصة، وإن كان هو

استخرج العين من داره فليس له إرسالها إلا بإذن صاحب العرصة، هذا هو الواجب في ذلك على منهاج قول مالك، وسئل في رجل له دار بناها وأخرج ماءها من الأمطار على بابها تجتمع مع ماء المطر في الزقاق وتشق دار أحد جيرانه فمنعه جاره من ذلك، وزعم أنها كانت قليلة السقف وأنه أحدث فيها سقفاً يكثر ماءها، فقال: إذا شهد لصاحب الدار الجديدة بدليل العيان بينة عادلة بأنه لا يجرى للماء إلا على الزقاق، وأنه لا بد من خروجه عنها أو شهدت بينه عادلة على معرفة خروج المطر منها على بابها فمن حقه أن يخرج ماء المطر عنها ولا حجة فيما احتج به من كثرة الماء بسبب تكثير سقفيها، إذ من حق صاحب الدار أن يخرج جميعه ولا يغور فيها شيئاً منه، ولا يجوز صرف الماء من السقف والقنوات والميازب على الطرق ولا على دار الغير، وإن كانت الدار واسعة لا يضر بها نزول الماء فيها، وكذلك الأرض البيضاء إذا بنى فيها وأراد صرف الماء على أرض جاره، قال ابن القاسم: فليس له ذلك، والأرض البيضاء أحق أن لا يلقى فيها الماء، قال: ولا يلقى ماءه إلا في حقه ومتاعه، وكذلك إن كانت الأرض مرتفعة يسيل ماؤها على التي تحتها فبني صاحب العليا وأراد صرف الماء عليها فليس له ذلك، والطريق كذلك ليس له أن يصرف إليها ميزاباً ولا قناة كانت نافذة أو لم تكن، ويمنع أن يحدث في الطريق ما يؤذى المارة فيه، ومر عمر -رضي الله تعالى عنه- على حداد بنى كثيراً في الطريق فأمر بقطعه.

ولا يقطع شيء من الطريق، ومن فعل ذلك رده وكانت جرحه فيه، وقال أصبغ: عن أشهب إذا كان الطريق واسعاً وكان فيما بقى منها ما يحمل المارة عليها فلا يهدم، وقال به أصبغ، والأول أصح، وفي كتاب «الاستغناء»: إذا كان

الطريق يجاوره حائط محدود بالعين أو بالجبار وأخذ صاحب الحائط من الطريق نحو الأصبغ فلا يمنع من ذلك، وإن كرر من ذلك في كل عام ولا يجوز لأحد أن يحول طريقاً في أرضه إلى موضع آخر، وإن كان احسن وأرفق إلا أن يكون لقوم معلومين فله ذلك بإذنه. وقال ابن الماجشون: يرفع ذلك إلى الإمام، فإن رأى ذلك مصلحة وأرفق للمسلمين جاز وإلا فلا، وإذا فسد طريق المسلمين بسيل أو غيره ولم يكن لهم من حيث يسلكون، فقال سحنون: للسلطان أن يأخذ من أرض من جاوره بما يصلح به الطريق ويجره على ذلك، ويعطيه قيمته من بيت المال إذا لم يكن عنه غنى، فإن كان لهم من حيث يسلكون من غير مشقة على الناس ولا تعب فليس للسلطان أن يفعل ذلك، قال ابن حبيب: عن مطرف وابن الماجشون خلاف ذلك، وأنه لا يؤخذ إلا برضاه واختياره، وإن لم يكن منه غنى، وقال أصبغ أيضاً، وإذا فسد طريق القرية وأبى بعضهم من إصلاحه فلا يجبرون على ذلك، وغنما إصلاح ذلك من بيت المال، ومن له عرصة أو موضع بوسط أرض لقوم فأراد أن يبني فيها فله ذلك، وليس لجيرانه منعه، وإن احتجوا بأنه يضر بهم في زروعهم إذا جاز إلى البناء، فإن كان يدخل إليها ببقر حرثه وبدابته يقودها ويغنم يرعها في خصب موضعه فله الدخول الآن كذلك، وإن لم يكن يدخل إليها بذلك فليس له ذلك، ولأصحاب الأرض أيضاً أن يبنوا أرضهم ويتركوا له طريقاً مثل التي كانت له في السعة؛ قال أصبغ عن ابن القاسم؛ والشجر إذا كانت قرب الطريق فانتشرت وأضرت به فأرى أن يقطع منها ما أضرت به، وقال ابن وهب في الشجرة تكون للرجل: إذا انتشرت وعظمت حتى تخرج فروعها من أرض صاحبها وحدوده وتقع في أرض جاره

وحده فتضربه قطع ذلك الذى أضرب به وأذاه، ووقع فى حده، وقال سحنون: كل ما خرج فى أرض جاره فلجاره قطع ذلك حتى تعود الشجرة إلى حد أرض صاحبها لأن هواء الأرض التى امتدت فيها الفروع لصاحبها، قال بعضهم: ما أظل من الشجرة على طريق المسلمين فهو لهم، أى: ثمرها وما أظل على أرض بيضاء فلا يقطع إلا أن يشهد بالضرر، قال سحنون: ويقطع من الشجر ما دخل فى جنان جاره فأضر بشجره، قال غيره: يؤتى بقصبة طويلة فتوضع بين الحوزين فما دون القصبة إلى أرضه، ولا يجوز له أن يتواطأ معه على اجتنائها، وإذا اشتبكت الشجر من الجهتين حتى لا يعرف ما أسقطته الريح من جبهها أى من الشجر هو فأرى أن تباع من رجل واحد فيقتسمان ثمنها أو يتقاوماها فيما بينهما، قاله ابن القاسم، قال: وإذا نبت شجر فى هدف بين حائطين فإن عرف أن الهدف لأحدهما فكل ما نبت عليه من الشجر فهو له، وإن لم يعرف الهدف لمن هو قسم الهدف بالشجر بينهما، وقال أصبغ فى الشجرة تكون للرجل فتنبسط فى أرض جاره أو داره إن كان عظمها امتداداً فى الهواء فأظلت أرض جاره أو داره، فلا تقطع لأنها كالبنيان بيني الرجل فى أرضه فيمنع عن جاره الشمس والريح، فلا كلام لجاره فى ذلك، وكذلك الشجر ما لم تمل أو تنبسط فيكون له أن يقطع ما مال منها وانبسط، قال ابن حبيب: وسئل عنه ابن القاسم، فقال مثله، قال أصبغ وابن القاسم: وأما الشجرة تكون فى أرض الرجل بميراث أو قسمة أو اشتراء أو غير ذلك فتضر بالأرض بارتفاعها أو انبساطها فلا كلام لصاحب الأرض فى ذلك، ولا قيام له فى انبساطها ولا فى ارتفاعها، وإن سقطت فله أن يغرس فى مكانها أخرى مثلها ولا يغرس ما هو أضرب به، ولا ما

يعظم أكثر منها، قال ابن سحنون عن أبيه: ويقطع من الشجر ما أضر بجائط الجار ويهدمه، قال عيسى: وإنما يقطع من الأغصان ما حدث منها بعد بناء الحائط وأضر به فيشمر تلك الأغصان، فإن كانت أقدم من الحائط فلا يقطع منها إلا ما أحدث وإن كانت محدثة بعده فيقطع منه كل ما آذاه من قليل أو كثير، وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وإن كانت الشجرة أقدم من الجدار تركت وما حدث من أغصانها وإن أضر ذلك بالجدار لأنه قد علم أن ذلك من شأن الشجر، قال: وسألت عن ذلك أصبغ فقال لي مثل ذلك، وهو أحب إلى وبه أقول، وإن كانت الشجرة محدثة فيقطع منها كل ما آذى من قليل أو كثير، وقال مطرف: من كانت له شجرة يطلع منها على دار جاره إذا جناها فلا يمنع من جناها، وعليه أن يأذن جاره بصعوده حديثة كانت أو قديمة، وفي بعض الكتب: سئل بعضهم عن الذي يغرس شجرة في داره فتطول حتى تشرف على دار جاره، فإنه يقطع من ذلك ما يضر بجاره فوق الأرض وتحت الأرض إذا انتشرت وأضر بجاره.

وسئل ابن القاسم عن رجل تفتقت أرضه عن عرق من أصل شجرة في جنان رجل آخر، فقال: إن كانت فيه منفعة لصاحب الشجرة إن قلعه فله قلعه، وإلا فلا، قال عيسى بن دينار إلا أن يكون مضرًا بأصل الشجرة التي هو منها فلا يكون ذلك له إلا برضا صاحب الشجرة إلا أن يشاء صاحب الأرض أن يقطع الأصل والعروق الواصلة له حتى لا يضر بالشجرة ويعطى قيمته مقلوعاً فيكون ذلك له، ومن بنى فرناً بقرب آخر أو رحي فله ذلك، وإن كان ينقص من فائده، وكذلك برج الحمام، وسئل أحمد بن بقي بن مخلد في رجل ابتنى برجا لحمام

فلما عمر بالحمام أراد جاره بناء برج مثله يلاصقة، فقال: لا يمنع من بنائه وإن دخل من حمام البرج الأول في البرج الثاني، فإن عرفت الحمام ردت إلى قرارها إن أمكن ذلك، وإن لم تعرف فهي لمن ثبتت في برجه، وكذلك النحل تدخل من جيب إلى جيب، وقال محمد بن أيمن القرطبي: إن قال أهل البصر بالأبرجة أنه ضرر منع من ذلك.

وسئل ابن رشد في ماء جار في جنات وعليه أرحى، وأهل الجنات ينتفعون به في سقى ثمارهم وشربهم فبنى رجل عليه كرسياً للحدث واحتج بأن ذلك لا يغيره لكثرتة هل يباح له ذلك؟ وإن سكت عنه أصحاب الجنات هل ينظر فيه الحاكم إذ ينتفع جماعة المسلمن خارج الجنات؟ فأجاب: قطع هذا الضرر واجب، والحكم به لازم قام به أهل الجنات أو من سواهم، وعلى الحاكم أن ينظر في ذلك إذا اتصل به الأمر وإن لم يقم عنده به قائم بأن يبعث العدول إليه، فإن شهدوا عنده به قضى بتغييره لما في ذلك من الحق لجماعة المسلمين خارج الجنات ولا يسعه السكوت عن ذلك، قال ابن حبيب: وقال مطرف: فإذا تشاح الشركاء في الدور في كنس الكنيف فيكون بينهم على قدر الجماجم لا على قدر ملكهم لأنه قد يكون العدد الكثير في الحظ القليل، وفي «كتاب ابن يونس»: وقع في «المستخرجة» في كنس القنوات أنه إذا انسدت القناة في أولها أن الأولين يكنسون أولاً ولا كنس على من بعدهم، وإن انسدت في آخرها كنس الأولون مع الآخرين، وهذا إنما يصح في قنوات المراحيض لأنها إذا انسدت في أولها وكان باقيها غير مسدود فالضرر إنما يبقى على الأولين إذ لا منفذ لهم يجرى بمائهم وأثقالهم، وأما من بعدهم فلا سد في مجراهم آخر أو لا

ضرر يلحقهم، وإن انسدت في آخرها فالضرر يلحقهم أجمعين لأنها إذا انسدت على الآخرين طلع السد للأولين فأضر بجميعهم، فأما سواقي السقى والمطاحين فإن انسدت في أولها أو خرقت قبل أن يصل إلى ارتفاع أحد منهم فكنسها على جميعهم إذ لو لم يصلح ذلك لم يصل الماء إلى أحد منهم، فإذا بلغ الكنس إلا الأول وتم له الانتفاع من غير ضرر يلحقه إن لم يكنس بقيتها ارتفع عن هذا وكنس الباقيون ثم قال: إذا تم ارتفاع الثاني ارتفع الكنس عنه، وكذلك الثالث والرابع إلى آخرهم، ومن اتخذ كلباً عقوراً في موضع لا يجوز له اتخاذه فهو ضامن لما جنى، فإن كان في موضع يسوغ اتخاذه فما أصاب قبل أن يقتدم إليه فيه فهو له هدر وبعد التقدم ضامن.

الأحباس، والصدقات، والهبات، والعمري والمنح، والإخدام، والمرفق

والحبس جائز في الأصول المملوكة كلها من الأرضين والديار والثمرات وغيرها، وفي جوازه في الحيوان والعروض قولان، ولا يصح تحبيس الطعام، وفي «المدونة»: جواز تحبيس الدنانير وإيقائها للسلف، ولفظ الوقف يفيد التأييد، ولفظ حبست وتصدقت لا بد معهما من لفظ التأييد، فإن لم يصحبهما ما يفيد التأييد ففي حملهما على التأييد قولان، وروى ابن المواز عن أشهب فيمن وهب هبة لرجل على أن لا يهب ولا يبيع أن ذلك حبس عليه، وعلى عقبه، فإن انقرض عقبه رجع حبساً على أقرب الناس للمحبس يوم يرجع إليه، ويجوز على الكبار والصغار والجنين ومن يولد.