

﴿ الجزء السادس من ﴾

كِتَابٌ

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

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أبي يزيد بن وارث

الباغي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة

المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

رحمه الله ورضي عنه

« الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ »

بمطبعة البنغازة بجزيرة محاذية بطنجة

الطبعة الثانية

دار الكتاب الإسلامي

القاهرة

وليس له نسب ثابت بغيره كما لو ملك أمه

(فصل) وقول سنين وجنتها ضائعة فأخذتها يريد أنه أخذها لهذا الوجه لا لغيره من الوجوه التي يحتمل أخذها له وإن كان بعضها مكرها وبعضها مباحا وإنما أخذها لأنه وجد في موضع يضيع فيه إن ترك فأخذها لذلك ومن وجد بهذه الصفة لزمه أخذها لأنه لا يجعل تركه للهلاك وأخذها على وجهين أحدهما أن يأخذها ملتقطا لبريه فقد قال أشهب ليس له رده وأما أن يأخذها ليرفعه إلى السلطان فلم يقبله منه السلطان فلا ضيق عليه في رده إلى موضع أخذها ومعنى ذلك عندى أن يكون موضعا لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذها

(فصل) وقوله عريفه العرفاء رؤساء الاجناد وقوادهم ولعلمهم معوا بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الخيش وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين لما رأى أن يرد السبي إلى هوازن فأذن له في ذلك الناس فقال انما لندري من أذن في ذلك منكم لمن لم يأذن فارجعوا حتى يرفع الينا عرفاؤكم وقال علي إن عمر دون الدواوين وجعل فيها أرباعا وجعل عليهم عرفاء وقال يعجبني من الرباع في جند الشام والاسباع في جند الكوفة والاحاس في جند البصرة قال عيسى فكان الذي وجد المنبوذ من عرفاته هذا الرجل الجالس عند عمر فقال لعمر انه رجل صالح على معنى ان يصدق عمر في قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهته أن يظن الأمر على غير ما يرضيه من أن يأخذها للوجوه التي نطلبها أن يكون انما التقطه ليقرض له نفقته في بيت المال ويبقى عنده فيراه عريفه من ذلك بما أخبر به عنه مما علمه منه من الصلاح والدين وليس هذا من باب التزكية التي يثبت بها قبول الشهادة وليس كل رجل صالح تقبل شهادته وتثبت عدالته وانما يفتني بهادته ما ينافي الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوذ له والله أعلم

(فصل) وقول عمر أ كذلك على وجه التحقيق والاستبانت وقوله هو حر على وجه الاخبار له بحكمه وان اللقيط حر وفي كتاب ابن المواز ان اللقيط حر وان التقطه عبدا ونصراني ووجه ذلك انه لا يتقن فيه سبب من أسباب الاسترقاق (مسألة) واللقيط على الاسلام وذلك انه لا يجاوز 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 يولد للشرك 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 تأثيرا وللتقط في ذلك تأثير فوجب أن يغلب حكم الاسلام وكذلك لو التقطه في كنيسته حكمه بحكم الاسلام كما يحكمه بحكم الحرية (مسألة) فان التقط بقريه من قري الذمة ليس فيها مسلم الاثنتان 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 الملتقط ووجه قول أشهب ان الدار دار الاسلام ولذلك لا يسترق وانما يسكنها أهل الذمة بالخزيرة (فصل) وقوله ولك ولاؤه يريد تخصيصه بذلك وذلك يقتضى 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 للملتقطه والحديث صحيح لا شك فيه لأنه يرويه عن ابن شهاب عن سنين أبي جيلة وهو من الصحابة ولكنه

لفظ يحتمل التأويل فيكون معنى قول مالك ذلك ان لو علم ان عمر أراد مايتأ ولو نه عليه لم يخالفه لتقارب الأدلة في ذلك و مرجحها ولو ان مالكاً قد تأول قول عمر لك ولاؤماى قد جعلت لك أن تتولى تربيته والقيام بأمره وأنت أحق به من غيرك وذلك ان من التقط لقيطاً فهو أحق به من غيره فان نزع منه غيره فقد قال ابن القاسم ان كان ملتقطه فويأعلى مؤنته وامساكه رد اليه قال أشهب ان كانا سواء أو متقار بين فالاول أولى فان خيف أن يضيع عند الاول فالثاني أولى به الا ان يطول مكثه عند الاول وليس اللقيط في ضرر فالاول أحق به وهذا ان كانا مسلمين فان كان ملتقطه نصرانياً فقد قال أصبغ ينزع منه ثلاثين صرة أو يدرس أمره فيستره وهذه ولاية الاسلام لا ولاية المعتق لأن اللقيط مجهول النسب ولاؤه 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 الغنى 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 بر يمتونه 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 أخذ ملتقطاً فقد نزع 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 بيئته أو غيرها رجوع عليه بما أنفق ان كان تعدد طرحه وهو ملق وان لم يطرحه فلا شيء على الاب وقال أشهب لا شيء على الاب بكل حال لأن هذا أنفق على وجه التطوع ص قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في المنبوذ وهو المطروح من قولهم نبذت الشيء اذا طرحت قال عنه ش وهذا على حسب ما قال ان المنبوذ وهو المطروح من قولهم نبذت الشيء اذا طرحت قال الله تعالى فنبذناه بالبراء وهو سقيم الا انه في عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الاطفال على وجه الاستمرار به فيلقطه من يخاف عليه الضيعة فقال مالك انه حر ووجه ذلك انه حر من أسباب الاسترقاق فهو لاحق بالاحرار وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون انما يحملهم على الحرية لعدم معاني الاسترقاق

(فصل) وقوله ولاءه للمسلمين بر يدان ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين وقد تقدم القول في ذلك بما نفى عن اعادته وقوله وهم يرثونه ويعقلون عنه على معنى تفسير المولى الذي أثبت 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 عهداً إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذ سعد وقال ابن أخي قد كان عهداً إلى فيه فقام اليه عبد بن

قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر 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 عهداً إلى أخيه سعد بن أبي وقاص ان ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذ سعد وقال ابن أخي قد كان عهداً إلى فيه فقام اليه عبد بن

زمنة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد
 يارسول الله ابن أخى قد كان عهد الى 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 للفراش
 وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمنة احتجى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت فما
 رأها حتى لقي الله ﷻ ش قولها أن عتبة بن أبى وقاص عهد الى 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 ضرب أحدها الاستبضاع وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله
 وتقدمه فإما من تكون له من حرة أو أمة أن تبيح نفسها له فإذا حلت منه رجوع هو الى وطئها حرصا
 على نجابة الولد والثاني أن تكون المرأة لازوج لها يغشاها الجماعة من الرجال منفردين أو مجتمعين
 فإذا استمر بها حل دعتهم وقالت لأحدهم هذا منك فيلزمه ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه
 والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن فمن رأى تلك الراية علم انه موضع بغى فيستكر
 عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى اذا استمر بها حلها قالت لبعضهم هو منك فيلحق به والرابع
 النكاح الصحيح فأبطل الاسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة وأثبت النكاح فاعل النكاح ما قال عتبة بن أبى
 وقاص ابن وليدة زمنة منى انما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التي أبطلها الاسلام فلما
 أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه ولم يبق له بينة من أقرارها لم يلحق به وأمان استلحق ولدا فلا
 يخلو أن لا يكون عرفى له ملك أمة ولا نكاحا أو قد تقدم له ذلك فيها فان لم يعرف له ملك أمة بنكاح
 ولا بملك يمين فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق ذلك به ما لم يتبين كذبه وان لم يكن له
 نسب معروف وبه قال مالك وقال ابن القاسم أيضا 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 موضوعة على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت الا باقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده فإذا لم يكن
 ثم نسب مانع خلق من استلحقه ووجه القول الثاني ان النسب انما يؤثر فيه الاستلحاق اذا كان
 ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح فإذا لم يكن ثم سبب يقوى الدعوى وجب أن تبطل لانه
 لو ثبت بمجرد الدعوى لكثير تعرض الدعوى في ذلك وفسدت الأنساب (مسئلة) وأمان
 ملك أمة قبل ذلك فان ادعاهم مع بقائهم في ملكه فلا خلاف في المذهب انهم يلحقون به وفي كتاب
 ابن المواز عن ابن القاسم فيمن بيده أمة لها ولد وعليه دين محيط بماله فاستلحق الولد لخلق به وتكون
 الأمة بذلك أم ولده ووجه ذلك ان 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 قلبا مع أمه ثم ادعى وهو معلوم انه ابنته 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 أيضا انه يصدق في الولد ولا يصدق في أمه ويرد اليه الولد بمحضته 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 ارتجاعه الأم الا
 ترى ان ولد الملاعنة يستلحقه الملاعن ولا يقتضى ذلك ارتجاع أمه لان استلحاق الولد عمن التهمة

زمنة فقال أخى وابن وليدة
 أبى ولد على فراشه فتساو
 الى رسول الله صلى الله
 عليه وسلم فقال سعد
 يارسول الله ابن أخى
 قد كان عهد الى 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
 للفراش وللعاهر الحجر
 ثم قال لسودة بنت زمنة
 احتجى منه لما رأى من
 شبه بعتبة بن أبى وقاص
 قالت فما رأها حتى لقي الله

لما جبل عليه الناس من نفي ما يشك فيه من النسب فكيف بما يتيقن انتفاؤه والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان مليا وقباعها ثم ادعاه فانها يردان اليه الا ان يتهم فيها بصباة اليها فيصدق في الولد ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصباة بها قال أصبغ لا يتهم في غناه سواء بعباءها بالولد أو ولدت عنده المتباع لما يولد مثله وجه قول ابن القاسم أن كلفه بهاتمة بمنعه ردها فنع من ذلك وصح استلحاقه للولد لانه مقر له لحق النسب مع تعريه من التهمة وجه قول أصبغ انه اذا صح استلحاقه للولد لسبب ملك الميمن يضمن ذلك كون الأم أم ولده ولا تهتم مع الغنى لانه يرد عوضها ولو قيل في هذا يرد الاكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا ما لم يعتمها المتباع فان أعتقها ثم استلحق الولد البائع فقد قال ابن القاسم لا يصدق البائع فيها ثم رجع فقال يقبل قوله في الولد وحده ويثبت نسبه وجه القول الأول ان الولاء ان نسب ثابت فلا يرد بالاستلحاق كما لا يرد نسب ثابت وجه القول الثاني ان النسب أقوى من الولاء لان الولاء مشبه به فالنسب يبطل الولاء ولو كانت الأمة انما ثبت لها الولاء في الوجهين لم يبطل الثاني الأول وكان الأول أولى (مسئلة) فاذا قلنا لا يقبل قوله في الأمة فان عتقها يثبت للمتباع ويرجع بالميمن على البائع وجه ذلك انه مقر لها بقنها فكان عليه أداءه ولا يقبل ان على نقل الولاء لانه لا يجوز ذلك فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته (مسئلة) وهذا كله ما لم يدعه المشتري ولدا فان ادعاه فقد قال ابن القاسم المشتري أحق به وجه ذلك ان اليه وقد ضعفت دعوى البائع بتكذيب نفسه بيعة اياه فاما يقبل قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه من 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 بعدما أسلم في الاسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه رواء عيسى عن ابن القاسم وفي مسئلة ولد زمة قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا وهو ادعاه الفرائش له فان أمة زمة ادعى ابن زمة لها الفرائش ومعناه وطء أبيه لها لان الأمة تصير عندنا فرائشا بالوطء أو بالاقرار به ومعنى ذلك ان من أقر بوطء أمته ثم ولدت ولدا ألحق به وان لم يقر به ومات قبل وضعه ويحتمل أن يكون ما ادعاه عتبة لم يثبت عنه وانما كان في ذلك مجرد دعوى سعد أخيه له ولا يصح استلحاق العم ابن أخ

(فصل) وقوله فتنساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريدان كل واحد منهما ساق صاحبه لما زعمته في ادعاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليحكم بينهما في دعواهما فأدلى سعد بحجته فقال ابن أخي قد كان عهدا لي فيه ولم يدع بينة علي ذلك وانما ادعى انه عهدا لي فيه ولم يمنعه من ذلك عبد بن زمة لانه لا طر يق له الى معرفة ذلك بل الظاهر صدق سعد ولكنه انما أدلى بحجته أيضا فقال أخى وابن وليدة أبي ولد علي فرائش فادعاه أخا ولم يدع بينة علي استلحاق 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 هولك يا عبد بن زمة ولا يقتضى ذلك انه ألحقه بأبيه زمة لانه لم يرضه اليه ولا قال هو ابن زمة وانما أضافه الى عبد بن زمة لانه ابن أمته أبيه ولو لم يدعه أخا لفضي له به عبدا ولكنه قد أقر بحريته واخوته فقيل له أنت أعلم بما تدعيه فيما يخصك ولا يصلح استلحاق الرجل أخا قال أشهب في كتاب ابن سحنون ومن استلحق أخا في بلاد الاسلام لم يوارثه ولا يستلحق الأخ وفي المدينة من روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فممن شهد ان أباه كان مقرا بوطء جارية فهلك عنها أبوه وهي حامل قال

لا يقبل شهادته وحده ولا يرث معه في حظه وانما هو عبد للورثة ولو شهدان أباه كان أقر بولد من امرأة
حرة ورث معه في حظه خاصة ما لم يكن سفها مولى عليه قال عيسى وقاله ابن القاسم ومعنى ذلك أنه
أقر بحمل جارية فالولد عبد لجميع الورثة فلا يرث شيئا من حظه ولا حظ غيره واذا أقرانه من حرة فهو
حرف ذلك كان له حق في حظه وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه لانهما كانا كافرين وسودة أخته
مسلمة فلم يرثه ولم يذكر في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم ورثه وانما أضافه الى عبد اذا قد أقر بانه
أخوه وهو المنفرد بميراث أبيه فلا يحصل له يبعه ولا يثبت بذلك نسبه لان النسب انما يلحق الأب فلا
يلزمه ذلك بقول عبد الاعلى وجه الشهادة عليه فيلزمه ذلك اذا كملت الشهادة والله أعلم وظاهر قوله
هو لك يا عبد بن زمعة انه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية فانت أعلم بقولك في ذلك فيما يخصك
وذلك لو أقر رجل بشئ في يده لصح أن يقال له انه لك بمعنى انه قد كان لك منعه فاذا أقررت به لغيرك
فانت وذاك وقال الطحاوي معنى قوله هو لك انه يملكك لانك 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 وانما صلى الله عليه وسلم حكم به لزمعة وسياق ذكره
بعد ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الجدي فهل يصح استلحاقه في كتاب ابن محنون عن مالك
لا يصح ذلك الا من الأب قال مهنون وما عدت 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 صحته 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 فنأقران فلانا أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولاه فانه
يشارك في ميراث من قد توفي ممن يوجب له ذلك الاقرار بميراثه وذلك مثل أن يموت رجل ويترك
ولدا فيقر ذلك الولد بأخيه فانه يرث معه أباه فإخذ نصف ما ترك من المال ولكن لا يثبت نسبه بذلك
ولو ترك الميت ولدين فأقر أحدهما بثلاث فانه يدفع اليهما كان يستحقه مما ييدم لو ثبت نسبه ولا يدفع
الأخر اليه شيئا الا أن يكون المقر له عدلا فيصنف مع شهادته ويأخذ مما ييدم الآخر حصته أيضا ولكن
لا يثبت بذلك نسبه من الميت ولو أقراله جميعا بانه أخ لهما وهما من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما
وهذا كله قول مالك وجهه وأصحابه ووجه ذلك انه من أقر له بالأخوة فهو مقر له بمال في يده
فيقتضى عليه باقراره على نفسه ويقال له أنت أعلم بذلك ولا يقتضى على الميت بالخاق نسبه به لانه
لا لحق به الابشادة كاملة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من قال فلان أخى أو عمى أو ابن عمى أو
وارثى فلا يخفى أن يكون ثم نسب معروف فان كان ثم نسب معروف يخالف ما أقر به فثبت بالبينة
أولى من دعواه وان لم يكن ثم نسب فان المقر الذي عليه مالك وجهه وأصحابه انه ان لم يكن للمقر
وارث مستحق لذلك فان المقر له يرثه من باب الاقرار ولا يثبت نسبه بذلك وقاله أصبغ ومهنون ثم
قال لاميراث له لان المسادين يرثونه وجه القول الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث
هو لك يا عبد بن زمعة وهذا يقتضى اضافته اليه على ما دعاه وقد قلنا ان نسبه لا يثبت بذلك فلم يبق
أن يضيفه على شيء مما دعاه الا ان يثبت بينهما بذلك توارث على وجه ما وهو 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 فلذلك 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 الوجع مانع وهو أقوى منه كما لو أقر رجل في مرضه بدين يستغرق جميع ماله ثم يموت فإن ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله وبطل اقراره لمن أقره في مرضه وبما 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 يجعلون المال للقر له بالنسب وما يبين ذلك أيضا ان سحنون وسائر أصحابنا يقولون من أقر بعد موت أبيه بأخ قامه مال أبيه ولا يثبت له بذلك نسب ولو كان «ندا 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 لانها تصير فراشا باقرار السيد بالوطء ومعنى ذلك ان الولد لصاحب الفراش قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يكون المراد بالفراش ما يفتش وذلك ان الوطء غالبا إنما يكون على شيء يفتش 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 فأتت بولد مثل ما بولد منه بعد وقت الاقرار لحق به الولد وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش عام في الحرمة والأمة فيحمل على عمومها لا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذه حرمة تثبت بعقد النكاح فثبت بالوطء في ملك اليمين أصل ذلك حرمة للمصاهرة

(فصل) وأما قوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر فعناه اذا ادعى ولد صاحب الفراش من أمة أو حرة وأما ان لم يدعه في المدينة ان محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجماعتهم وتعملوا الى دار الاسلام فادعى بعضهم ولد زنية يلحق به قال نعم من حرة كان الولد أمة إلا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرمة 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 كل العهر في أهل الجاهلية ظاهرا وهو الزنا وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه فهو آثم وما كان خفيا أو متخذة خدنا فلا بأس به فأترل الله تبارك وتعالى قل إنما حرم بي الفواحش ما ظهر منها وما بطن وأترل ولا متخذات اخدان فلما جاء الاسلام كان من عهر بأمة ملكها غيره أو حرة تزوجها غيره 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 فلما قصد أن يثبت الزنا والعاهر ما أخبر عنه بأشد أحكامه في الدنيا لان منهم من حكمه جلع مائة أو جلد خمسين وعلى حسب

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

(فصل) وقوله ثم قال لسودة احتجبي منه معني ذلك والله أعلم انه لم يثبت نسبه وانما أقره عبد بالأخوة ولم يكن بذلك أخا لسودة ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الأخوة فيكون بذلك من ذوى عمارها ولذا لو توفي رجل وترك ابنا وبناتا فافر الابن بأخ من أبيه لأخذ من تركه الأب ما يستحقه من حصة الابن المقر ولم يأخذ مما يهد الأخت شيئا ولا كان لها بذلك أخا ولا ذا محرم فلا يحل له أن يدخل عليها لانه أجنبي منها حين لم يثبت نسبه من أبيها فبطل هذا جرى حكم سودة مع الذي ادعاه أخوها والله أعلم وقال الكوفيون في قول النبي صلى الله عليه وسلم احتجبي منه يا سودة دليل على أنه جعل للنزاحك محرم به رؤية المستلحق لأخته سودة فقال لها احتجبي منه يا سودة لما رأى من شبهه بعتبة فنعهما من أخيهما في الحكم لانه ليس بأخيهما في غير الحكم لانه من زنا في الباطن إذ كان شبيها بعتبة فجعله كالأجنبي لا يراه بحكم الزنى وجعله أحالها بحكم الفرائض قالوا وما حرمه الخلال فالزنى أشد تحريمًا له وهذا غير صحيح لما قدمناه وهو عائد عليهم لان الخلال يؤيد التحريم في الأخوة فكان يجب أن يؤيده الزنا أكثر ويحرم النكاح وهذا مما لا خلاف في إبطاله وقال الشافعي رؤية ابن زمة لسودة مباح في الحكم ولكنه كرهه وأمرها بالنزاه عنه اختيارا قال أصحابه لما كان للنزوح منع زوجته من رؤية أخيهما وهذا أيضا ليس بصحيح لانه لو كان مباحا لما نهاها عنه وأمرها بقطع روجه وقد أمر صلى الله عليه وسلم عائشة أن يدخل عليها من الرضاة وقال لها هو عمك فليج عليك مع ما علم من غيرته صلى الله عليه وسلم وقال أتعجبون من غيرة سعد لانا غير منه والله أغير منا ودخل على عائشة وعند هارجل فقال من هذا فقالت أختي من الرضاة فقال انظرن من اخوانك فاما الرضاة من الجماعة ومع ذلك فقد أمرها أن يلبس عليها من الرضاة والشبه لا تأثير له في الأنساب وقال أبو ابراهيم المزني يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أجاب عن المسئلة فأعلمهم بالحكم انه كذلك يكون اذا ادعى صاحب الفراش الولد وصاحب زنى لا على انه يلزم عتبه دعوى أخيه سعد ولا يلزم زمة دعوى ابنه عبد وبين ذلك بقوله لسودة احتجبي منه وهذا أصح هذه الأقوال وهو يحو

مأذنبنا إليه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عائشة لما رأى من شبهه بعتبة تأول منها وتمتلق بهذا سعد وقال ابن أختي عتبه نظرت الى شبه بعتبة فلم يحكم له بذلك ولا رآه معني موجبا لما ادعاه وقد يشابه الناس ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب الى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعلم لمن ينسب اليه 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 عندي دليل على المنع من ذلك بما قدمته واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم في قضية دلال بن أمية ان جاءت به على نعت كذا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله عز وجل لكان لي ولها شأن وهذا أيضا عندي حجة على المنع من ذلك لانه لم يحكم في شيء من ذلك بالشبه بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم العان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله وقد يجوز أن يكون ما قاله عائشة كدعوى احتجاب سودة منه فاما أن يوجب ذلك فلا كما لم يوجب ذلك التشابه الى عتبه وانما تعلقت بعائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن والله أعلم ولذلك ترجح

به عند تساوي الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم مختص به القافة ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة ولو جب أن يستدل به على اثبات الانساب ولا يقصر على الترجيح دون الاستدلال وقد قال بعض أصحابنا إن هذا من الحكم بالذرائع لما تأول في ذلك من أنه حكم بالنسب لعبدورا على التصريح في جنبه سودة ففهمه 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 الشر يكين فإنه محرم على كل منهما وطؤها تغليباً للخطر على الاباحة وما قلناه أولاً بين ولو حكم بتبوت نسبه من زمة لحكم باباحة دخوله على سودة ألا ترى أن الرجل ينفى ولده ويلاع عن فينتفي عنه ويحرم بذلك دخوله على بناته ثم يستلحقه فيلحق به ويباح بذلك الدخول على بناته

(فصل) وقوله فأراها حتى لقي الله أمثالاً لأمر النبي صلى الله عليه وسلم وانتهاء إلى حده وامتناعاً مما منع منه لأنه لم يثبت بينهما اخوة ولومات سودة لم يرهما للحكم به في أمرهما الآن يثبت نسبه ص بمالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادي عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت حين حلت فكنت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولداً تلمأ فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية فدماء فساءهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حلت فهاجر يفت 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 أمانه لم يبلغني عنكما إلا خبر وألحق الولد بالأول ب ش قوله إن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشراً يريد كرات عدة الوفاة فذكر أيام العدة ولم يذكر الحيض غير أن قول المرأة آخر الحديث فهاجر يفت عليه الدماء دليل على أنه كان مع الأربعة أشهر وعشراً حية

(فصل) وقوله ثم تزوجت حين حلت فكنت 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 ينكره وأما الولادة فله وقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه فاقبل 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 حولين كاملين فاقتضى ذلك أن الحمل ستة أشهر (فرع) وأما الذي يراعى في الأشهر قال أكثر أصحابنا ستة أشهر على الإطلاق وقال في العتبية ابن القاسم ستة أشهر ومقدار انفصالها 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 الواضحة إن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للاول وإن لم يكن بين وطئها الا يوم ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم وهذا يقتضي مراعاة اليوم الواحد في تمام ستة أشهراً ونقصها فعلى هذا ينضج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء فإن كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم وإن كان بعد الفجر لم تعتد به وعلى قول صنون 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 التيمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت حين حلت فكنت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولداً تلمأ فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية فدماء فساءهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حلت فهاجر يفت 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 أمانه لم يبلغني عنكما إلا خبر وألحق الولد بالأول

يعتبر 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
 فذكر له ما أنكروا من ذلك ولم يعنده فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدما لما اعتقد من معرفتهم
 يمثل هذا ما قد عهدن من الولادات وتكرز عليهن من ذلك في طول العمر من المعتاد وغيره وهذا
 يقتضي أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين ولذلك احتاج 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 ادعت من الحيض فقالت له منهن من
 ادعت العلم أنها أخبرك عن هذه المرأة أن زوجها هلك عنها حين حملت وبدأ أول الحمل وقبل أن يقوى
 فأهرقت عليه الدماء تريد أنها حاضت الحيضة التي كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر
 فحش ولدها في بطنها قال عيسى معناه ضعف ورق قال ابن كنانة من رواية محمد بن عيسى أنحس
 قال وذلك مثل البضعة تلتقي على الجرة فتنبض وذلك الانقباض هو الانقباض وقال صاحب العين
 حش الولد في البطن إذا يبس والمرأة محش

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

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

(فصل) وقوله والحق الولد بالأول يريد الحق نسبه به 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 الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدهى ولد
 امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال القائف لقد اشترى كافيه فضر به عمر بالدرة ثم دعا
 المرأة فقال أخبريني خبرك فقالت كان هذا الاحد الرجلين يأتيني وهي في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى
 يظن وتظن أنه فداستمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهرقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعنى
 فلا أدري من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت ش قوله ان عمر كان
 يلبط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام يريد أنه كان يلحقهم بهم وينسبهم اليهم وان كانوا زنية
 وروى عيسى عن ابن القاسم في جماعة يسلمون فيستلحقون أولاد من زنى فان كانوا أحرارا ولم يدعهم
 أحد لفراش فهم أولادهم وقد ألات عمر من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام الآن يدعيه
 معهم سيد الأمة أو زوج الحر لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش والعاهر الحجر ففراش
 الزوج والسيد الحق واللاطة هي الاخلاق قال ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولاد من الزنا
 فيلأطوا بهم لانهم يستلخون الزنا في دينهم فجعل ذلك باستعمالهم الزنا وروى ابن حبيب عن مالك
 من أسلم اليوم فاستلأط ولدا بزنا في شركه فهو مثل حكم من أسلم في الجاهلية وقال ابن الماجشون

• وحدثني مالك عن
 يحيى بن سعيد عن سليمان
 ابن يسار أن عمر بن
 الخطاب كان يلبط أولاد
 الجاهلية بمن ادعاهم في
 الاسلام فأتى رجلان
 كلاهما يدهى ولد امرأة
 فدعا عمر بن الخطاب قائفا
 فنظر إليهما فقال القائف
 لقد اشترى كافيه فضر به عمر
 ابن الخطاب بالدرة ثم
 دعا المرأة فقال أخبريني
 خبرك فقالت كان هذا
 لأحد الرجلين يأتيني وهي
 في ابل لاهلها فلا يفارقها
 حتى تظن وتظن أنه قد
 استمر بها حبل ثم انصرف
 عنها فأهرقت عليه دماء
 ثم خلف عليها هذا تعنى
 الآخر فلا أدري من أيهما
 هو قال فكبر القائف
 فقال عمر للغلام وال أيهما
 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 بنينا أهل الجاهلية فلا (مسئلة) فن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصراني لحق به فان عتق يوما كان ولده وورثه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال الآن بدعيه زوج الحر أوسيد الأمة فيكون أحق به ومعنى ذلك أنهم إذا استحلوا الزنا وأثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب إلا بعد الفاسد فإذا اذبح ذلك بعد الإسلام حكمه بما تقدم له منه في الجاهلية وانما يلحق به ان لم يكن مدع ثم أحق به منه (مسئلة) ولا يخلو أن يكون المدعي للولد من قوم بقوا في بلادهم أما بان أسلموا فبقوا في بلادهم أو أقرروا فيها بصلح تصالحوا عليه ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة فأقرروا فيها ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو يكونوا متصليين عن مواطنهم إلى بلاد المسلمين فان كانوا أقرروا في بلادهم في العتية من سماع ابن القاسم عن مالك ان كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون فليتوارثوا بقرايتهم بالنسب وروى يحيى عن ابن القاسم في أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح وقاله أشهب قال ويعتبر ذلك بأهل حصر وأهل الشام غلبوا عنوة أيام عمر غازي الوائتوارثون إلى اليوم (مسئلة) وان كانوا متصليين عن مواطنهم فلا يخلو أن يكونوا عددا كثيرا أو يسيرا فان كانوا كثيرا بعد عنهم التواطؤ على الكتمان كأهل مصر أسلموا أو جماعة لهم عدد فصالحوا اليها في العتية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك أنهم يتوارثون بأنسابهم قال ابن القاسم وان كانوا عشرين فأما النفره مثل سبعة وثمانية فلا يتوارثون قال مصنون لأرى العشرين عدد يتوارثون فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد اليسير واختلفا في تقديره فعند ابن القاسم ان العشرين في حيز الكثير وعند مصنون في حيز اليسير (فصل) وقوله فأتى رجلان كلاهما يدعى ولدا امرأة أنه ولده يريدانه أتى رجلان كل واحد منهما يدعى ولدا امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الحال التي كان يلاط ولدها به ولعل عمر يفهم منها وجه ادعاء كل واحد منهما له انه وجه أشكل به عليه الحسب في افراد أحدهما به وقد وجد من أحدهما وطؤها بعد الآخر قبل الاستبراء وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون كل واحد منهما وطني بنكاح والثاني أن يكون كل واحد منهما وطني بنكاح في نفسه النسب فأما اذا كان وطؤها جميعا بنكاح فان أنت به لاقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للاول وان أنت به لاكثر من ستة أشهر من وطئه في 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 بمثل اليقين فوطئ الأول ثم وطئ الثاني بعد استبراء من الأول فان أنت به لاقل 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 فأتت به لاقل من ستة أشهر فهو للاول رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتية وزاد مطرف وابن الماجشون في الواخحة سواء كان سقطا أو تاما حيا أو ميتا ولو لم يكن بين وطئها الا يوم فأما الحمل فلا خلاف عند مالك وأصحابه في اعتبار الأشهر الستة بين الوطأين وأما الاسقاط فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون في ذلك ما تقدم وقال مصنون في كتاب ابنه في وطء الأمة الشريكة أو المتبايعين ان أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها انها تعلق عليهما ويضمن المشتري الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها ونصف الثمن وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما حوا عليه الأمة من أمها في ضمان البائع قبل الستة

الأشهر فكما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم يحض فهي من
 البائع لان الاستبراء لم يتم والمدة مختصة بالحمل فكل سقط أو ولد يكون فيه فهو له فان أكلت الستة
 الأشهر فضما منها من المتناع وكذلك اذا ولدته ميتا كانت به أم ولد لانه قد تمثر النظر اليه لان الذي يولد
 ميتا لا يعلم انه لعلة 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 الوالدة المعتادة التي يعتبر بها في اثبات النسب فأما الولادة التي لا يعتبر
 بها في ذلك فلا مدخل للقافة فيه وانما يعتبر بالوقت خاصة فان كان قبل الستة الأشهر فهو للاول وما كان
 بعدها فهو للثاني ووجه ما قلناه سحنون ان السقط لا يختص بوقت لانه قد يصح أن يكون من شهر
 وأقل وأكثر فلما اشتركا فيه وتعدرت بيزه والخافه بأحد هما من جهة الوقت أو القافة وجب أن يكون
 الامر بينهما فيضعان الأم اذ ليس التزام ذلك أحدهما بأولى من الآخر ولما كان السقط بعد ستة أشهر
 يمكن أن يكون من كل واحد منهما ولا يختص بأحدهما ولا يميز أمره بالنظر اليه حل على أنه منهما
 وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر والله أعلم (مسئلة) وان أتت
 به لأكثر من ستة أشهر فقد قال ابن القاسم في العتبية تغارب الوطنان أو تباعدا والولد حي فهو الذي
 يدعى له القافة وقاله مطرف وابن الماجشون في الواخعة وبه قال مالك والشافعي وروى عن عمر
 وابن عباس وأنس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق وروى
 عن عمر وعلى بن أبي طالب وقالوا اذا ادعى رجلان ولدا فهو لهما وكانت أمه أم ولد لهما فان ادعاه ثلاثة
 لم يكن ولدا لهم عند أكثرهم والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 دخل عليها تبرق أسارى بوجهه فقال ألم ترى أن محرزا المدلجى قال في اقدام 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 وضعت ميتا قال ابن القاسم في العتبية سقطا أو تاما فان كان بعد ستة أشهر فهو من المتناع
 والوليله وهى أم ولده ولا قافة في الأموات وقال سحنون في السقط انه منهما على ما تقدم وقول ابن
 القاسم لا قافة في الأموات يحتمل أن يريد به من ولد ميتا وقد قال سحنون ان مات بعد وضعه حي ادعى
 له القافة اذ 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 أحقوه به لحق وان لم يلحقوه به فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه
 لا يلحق به ولا بالميت قال ابن حبيب عن أصبغ 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 الميت وقد ذكر في كتاب ابن سحنون ان القافة لا تلحق باب ميت وقد تقدم قول
 سحنون انه ينظر الى الابن بمنا 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 الاخاق به مدعيه له فاذا مات فقد عدم
 ذلك فلم يصح الاخاق به والابن ليس من جهة اقراره ولا انكاره فجاز أن يكون حين الاخاق به حال موته
 وأما على قول ابن الماجشون وتعليله ان الميت من الأبوين لو كان حيا لجاز أن ينفيه عنه القافة فيصح
 أن يريد بذلك ان الأب لما لم يصح الاخاق به بالقافة دون دعواه لم يصح أن ينفى عنه القافة وتحصر بذلك
 والذي يتحقق منه ان ادعاء الأب الابن على مله بن الماجشون يجب أن يكون مقارنا للاحاق القافة
 الابن به وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة به بدعوى متقدمة ويصح أن يردها بن الماجشون

بذلك ان الميت لا ينظر اليه لان التغيير يلحقه فعلى هذا لا يجوز ان 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 لما لم يجد غيره ويحتمل انه اقتصر عليه لتحقق جواز الحكم وقد روى ابن حبيب عن مالك انه يجزى القائف الواحد ان كان عدلا ولم يوجد غيره وهو قول الشافعي وعليه جماعة أصحابنا الاماروي أشهب عن مالك انه لا يجزى الا قائفان وبه قال عيسى بن دينار وجه القول الأول ان هذه طريقة اخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والفتى ووجه القول الثاني أنه يختص بسماعه والحكم به الحكم فلم يجز في 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 في القول بالقامة في أولاد الاماء وأما أولاد الخرائر فالمشهور عنه انه لا يدعى لهم القافة وجه القول الاول انه يجوز ان يشترك السيدان في ملكها ويجوز أن يشترها الرجل ولم تستبرأ من الأول وذلك ممنوع في الحرمة فلما كثرت أسباب الاشتراك في الاماء دون الخرائر اختص أولادهن بحكم القافة ووجه القول الثاني وبه قال الشافعي ان المرأة تلحق ولدها

(فصل) وقول القائف لقد اشترت كافيه يريد انه من واطنين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما فضر به عمر بالدرجة لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة واعتقده من التصغير عن النظر الذي يلحقه بأحدهما

(فصل) وقوله فدعا عمر المرأة فقال اخبريني خبرك على معنى الاجتهاد في طلب الحق لعله أن يجدي قولها ما يقوى الحق عنده أو ما يتسبب به الى معرفة الحق ومثل هذا يلزم الحاكم فإنه 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 يأتها ولا يفارقها حتى يظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فأهرقت عليه دماء ثم خاف عليها الآخر فلا أدري من أيهما هو ترديد أنه أشكل عليها أيضا الأمر لان الأول لم يفارقها الا وقد ظنت انها حامل منه ولم تتحقق الأمر ثم أهرقت عليه دماء ثم واقعها الآخر بعد ذلك فأشكل عليها الأمر لانها عليها لم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء وانما رأته دفعة ولذلك لم تقل انها حاضت وانما قالت انها رأت الدم الذي يكون به استبراء ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغايا الجاهلية لانه لم يستبرأ الوطء الاول والثاني الى نكاح ولا ملك بين وأما في الاسلام فاذا وطئ الثاني بعد حيضة كاملة وأنت به لستة أشهر فهو له دون الاول لان ذلك مسند الى ملك اليمين

(فصل) وقوله فكبر القائف يريد انه لما جاء من خبر المرأة ما يصدق قوله كبر كقول الغالب الذي صح قوله وتبين فعله فقال عمر للغلام والأيها ما شئت يقتضى أن الغلام ممن يصح منه أن يحتار ويميز ويكون له قصد قال ابن حبيب وكذلك قال ابن القاسم ورأه عن مالك في الأمة تأتي بولد من وطء الشريكين فيقول القائف له لقد اشترت كافيه فليوال أيها شاء وروى ابن حبيب عن مطرف بل يقال للقافة أختوه بأصح ما به شبها فقد اشترت كافيه ولا يترك وموالاة من أحب وقاله ابن نافع وابن الماجشون قال سحنون وقد قال لي غير ابن القاسم انه ليس له موالاة أحدهما اذ بلغ ويبتى ابناهما وجه القول الاول ماروى عن عمر انه قال له وال من شئت منهما ومثل هذه القضية مما يشيع وينتشر ولم يخالفه أحد من الصحابة فثبت انه اجاع ومن جهة المعنى انه لا يصح الاشتراك في النسب ولذلك لم

يجز أن يتزوج رجلان امرأة ما كان في ذلك من الشرك في النسب ويصح أن يتزوج الرجل
المرأتين لما لم يتود 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 انه
قد اشترك فيه الرجلان ولكن يلحق باواهما شبا به في المعاني التي توجب الإلحاق فيغلب ذلك وأما
التصيير فإن الانساب لا تثبت به ولا تأثير له فيها ووجه القول الثالث ان النسب أصله وحقيقته يكون
مخلوقا من مائه على الوجه الذي يخلق به فلما ظهر الينا انه مخلوق من مائهما ووجب أن يكون ابنا لهما قال
وسمعت مالكا يقول فإذا قلنا انه يوالى من شاء متى يكون له ذلك روى ابن حبيب عن ابن القاسم
عن مالك ان ذلك اذا بلغ وقال أصبغ وروى ابن زيد عن أصبغ ان ذلك له اذا عقل وان لم يبلغ الحلم
وجه القول الأول ان ذلك وقت تلزمه الأحكام ويحكم عليه باقراره ووجه القول الثاني أن هذا طريقه
الاختيار فإذا عقل صح اختياره فكان له أن يوالى من شاء (فرع) ومن الذي 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 انه لما كان موقوفا لهما لم يكن أحدهما أحق بالانفاق عليه
دون الآخر فلزمهم ما الاتفاق عليه ووجه القول الثاني ان المشتري اليد فكانت عليه النفقة (فرع)
فإذا اتفقا 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 انه أنفق عليه على غير وجه الساق ولم يعتقد الاتفاق
عليه فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والدي واليه ووجه القول الثاني انه انما أنفق عليه ليرجع به على
مستحق ولايته كالمجدي يوقف فينفق عليه المتدعيان ثم يستحقه أحدهما (مسألة) فان بلغ وقال
لا والى واحدا منهما فقال سحنون ذلك له ويكون ابنا لهما ووجه ذلك أن هذه حال لم يصير فيها لم يختص
بواحد أحدهما أصل ذلك حال الصغر وهما أحق بولايته من غيرهما فكان ذلك لهما لانه قد ساوى بينهما
كما لو والاهما ص **ع** مالكا انه بلغه ان عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرت
رجلا بنفسها وذكرت انها حرة فتزوجها فولدت له أولادا فقضى أن يفسى ولده بمثلهم قال يعنى سمعت
مالكا يقول والقبعة أعدل في هذا ان شاء الله تعالى **ع** ش قوله ان عمر بن الخطاب أو عثمان على وجه
الشك منه أو ممن بلغه ذلك منه قضى في امه غرت رجلا بنفسها وذكرت انها حرة يريدان الأمة قد
تغر من لا يعرف انها أمة بنفسها وتزعم انها حرة فيتزوجها فان علم بذلك والزوج ممن يحكم له بحكم
الارقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل فان ولدها رقيق لسيدها ووجه ذلك انه ان
يباع الأب فحكم الرق يلحقه فكان تبعه للامام (مسألة) وان كان الزوج حرا وقال تزوجها على
انها حرة وقال سيدها بل على انها أمة ففي كتاب محمد الزوج مصدق ويأخذها سيدها وقيمة ولدها يوم
الحكم ووجه ذلك ان الحرية الأصل وأحكامها ثابتة دون اثبات فكان القول قول مدعى ذلك دون
مدعى اشتراط الرق لانه حكم طار لا يثبت الا بالقرار (مسألة) واذا ثبت انه تزوجها على الحرية
فاستمعت بالرق فليسيدها أخذها وقيمة ولدها وهو معنى ما قضى به عمر أو عثمان اذا قال قضى أن يفسى
ولده بمثلهم وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والسافعي وقال أبو ثور والولدرقيق ولا قيمة فيهم وجه قول
مالك ان الولد تبع للام في الرق والحرية فمن ملك الأم ملك ولدها غير ان الأب لم يتزوجها على حرة
فقد تزوج على حرية ولده فكان له شرطه وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حررتهم
وما من اشتراطهم لهم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك على الأب ووجب أن يكون ذلك فيجتم

* وحدثنى مالك انه
بلغه أن عمر بن الخطاب
أو عثمان بن عفان قضى
أحدهما في امرأة غرت
رجلا بنفسها وذكرت
انها حرة فتزوجها فولدت
له أولادا فقضى أن يفسى
ولده بمثلهم * قال يعنى
وسمعت مالكا يقول
والقبعة أعدل في هذا ان
شاء الله

يوم الحكم و به قال أبو حنيفة والشافعي قيمتهم يوم ولدوا وقال المغيرة 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 حكم فلما احتاج إلى حكم 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 قسما أو فلائشي للاستحقاق من قيمتهم إلا أن يكونوا قتلوا واخذ الأب الدية فقد قال ابن القاسم للاستحقاق الأقل من قيمتهم أو ما أخذه السيد من ديتهم وكذلك لو ضرب بطن الأم فالقت جنيئا فاخذ الأب فيه غرة وقال أشهب لاشي على الأب في شيء من ذلك كله وجه قول ابن القاسم أن هذا العوض إنما أخذ الأب بدلا من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم فكان للسيد أن ينتزع من الأب ما أخذ من قيمتهم إلا أن يأخذ أكثر من قيمتهم فلا ينتزع 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 ابن القاسم أن يقول إن الحكم قد أدرك الدية وللحاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم في الولد لأنها بدل منهم والله أعلم

(فصل) وقوله أن يمدى ولده بمن لهم قد اختلف قول مالك فممن أتلف شيئا من الحيوان أو العروض التي لا تسكال ولا توزن فقال مرة في ذلك المثل وقد قال ذلك فممن بأعبيرا أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك ثم استثنى المشتري البعير فإن الذي استثناءه شيء في جلده يريد مثله ثم قال أو قيمته والقيمة أعدل والقول الذي عليه يعتمد من مذهب مالك أن في ذلك كله القيمة وإنما يكال أو يوزن ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القيمة عنده فيه أعدل لأنه أقرب إلى المماثلة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه لا يرجع على الغار بقيمة الولد وإنما يرجع عليه بالمهر قاله ابن القاسم وقال الشافعي يرجع على الغار بقيمة الولد ولا يرجع عليه بالمهر والدليل على ذلك أنه لم يفرغه من الولد وإنما فرغه بالنكاح الذي أخذ عوضه المهر (فرع) وهذا إذا كان الغار 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 بعاقده على الحقيقة (مسئلة) وإذا غرت الأمة من نفسها فزوجت على أنها حرة فدخل بها فقد قال مالك لا يؤخذ منها المهر و به 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 بارق فموجد في العوض فكان للزوج الرجوع بما فضل عنه على عوضه معيبا بعيب الرق

القضاء في ميراث الولد المستلحق

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

القضاء في ميراث الولد

المستلحق

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

وهذا كما قال ان ملهيب أهل المدينة على ساكتها السلام في الذي يتوفى ويترك ولدين ويترك ستائة
ديناران لكل واحد منهما ثلاثمائة دينار فان قال أحدهما ان أباه أقر رجلا انه ابنه قيل له قد أقررت له
بمال فينظر الى ما في يديك بما كان يصيره لو ثبت نسبه فتمنعه اليه لانك مقر له به ولو ثبت نسبه لك كان
لكل واحد منهم مائة دينار وقد أخذ هذا ثلاثمائة دينار فالمائة الزائدة قد أقر بها المقر به وهذا قال
مالك وقال الشافعي لا يلزمه أن يعطيه شيئا لانه أقر له بشئ لا يستحقه الا من جهة النسب ولا يثبت نسبه
ياقرار أخيه وحده اذا كان ثم من الورثة من يرفعه عنه والدليل على ما نقوله ان اقراره يتضمن
شئين أحدهما النسب وهذا اقرار على غيره لانه لا يثبت بمجرد قوله والثاني اقرار بمال في يده فلزمه
فيه كما لو توفى رجل وترك ولدا واحدا فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي وقاسه 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 بأيديهما والذي كان يجب له بذلك
من الستائة مائتان فقد أقر له مما بيده مائة وشهد له على أخيه بمائة أخرى مما بيده فان كان من أهل
الدل 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 يدا كل واحد منهما (مسئلة) ولا يخفى هذا
الاقرار أن تكون التركة عينا أو عرضا فان كانت عينا فعلى ما تقدم وان كانت عرضا مثل أن يترك
المتوفى عبدا أو أمة فأخذ المقر العبد وأخذ أخوه الأمة ثم أقر أحد الأخوين بأخ قال ابن ميسر فهذا
قد أقر بثلاث العبد وثلاث الأمة وقد كان للقر قبل الاقرار نصف كل واحد منهما في الانكار فأقر في كل
نصف وجب له بثلاث الثلث النصف وهو سدس العبد فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد ضمن
لأخيه سدس قبة الأمتو أمثلث العبد فواجب له لان سدسه كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه
فابتاع ما لا يعمل له كمن اشترى شيئا ثم أقر انه لأخر فليس له اليه فقد وجب له ثلث العبد بكل حال وهو
مخير في سدس الأمة أن يأخذ منه قبة أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد وللمقر
نصف هذا الذي ذكره أحد بن ميسرة وقال أبو أيوب البصري ان قول أهل المدينة أنه يعطيه ثلث
العبد الذي صار له ويضمن له سدس قبة الأمة لانه باع ذلك بسدس من العبد وهو مقر انه لأخيه قال
الشيخ أبو عمر وهذا الذي قاله أبو أيوب هو الصواب وليس فيه تحصيل لان الذي أقر له به من العبد اشترى
نصفه بسدس الأمة الذي كان بيده أخيه من العبد الذي كان بيده (مسئلة) فان مات المقر لم يرته وانما
يرته أخوه الثابت النسب قاله سحنون في العتية ووجه ذلك ان الاقرار لا يورث به الا مع عدم وارث
ثابت النسب ولهذا المقر أخ ثابت النسب فلا يرته المقر له قال سحنون ولو لم يكن له وارث غير المقر له
لورثه ولو مات المقر له فقد قال سحنون يرته المقر به والمنكر له قال يحيى بن عمر يأخذ المقر من تركته
بدأ مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقي بينهما لان المنكر جحد اياه * قال القاضي أبو الوليد رضي
الله عنه وكان عندي يجب أن ينظر الى ما كان يستحقه بما أخذه المنكر من مال أبيه لو ثبت نسب
المقر له فان كانت مائة دينار أضيفت الى مال المقر له فان كان ذلك ثلاثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة
وخمسين وبقيت خمسون من مال المقر له فووقت فان أقر به المنكر دفعت اليه وكل بذلك وبالمائة
التي كان يأخذها منه ما لو أقر به تمام نصيبه من ميراثه وذلك مائة وخمسون فانما المائة الدينار التي بقيت
بيده من تركته أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله أقر له الآخرا استكمل حقه وثبت نسبه ير يدلان الأخوين قد شهدا له بالنسب وهما

من أهل العدل ويجب على هذا إذا كان أحدهما شاهداً له أن لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه لأن النسب يثبت بشاهد ويمين ولا يستحق بذلك المال لأنه قد استحقه الثابت بالنسب ولم يكن هناك وارث معروف فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أنه يقضى له بالمال لوجه 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 ويأتي من يدعي أنه ابنه فيقيم شاهداً واحداً فعلى قول ابن القاسم يحلف ويستحق المال دون النسب وعلى قول أشهب لا يستحق شيئاً وجه قول ابن القاسم أنه قد ينفصل 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 المان إنما يستحق من جهة النسب فإذا لم يثبت النسب لم يستحق شيئاً من جهته كسائر أسباب الاستحقاق وليس ههنا مقر بحق ينه رده فله من نسبه وانما يدعي حقاً ثابتاً لجامعة المسلمين فلا يسيل له إليه الأبعاد ثبات النسب الذي يستحق به والله أعلم وأحكم

ص **قال مالك وهو أيضاً بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع إلى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصبها من ذلك الدين لو ثبتت 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 اليه من أقربه من النساء** ش وهذا على ما قاله إن مسألة الإقرار تجرى مجرى ما ذكره من المرأة تقر بدين على مورثها وينكر ذلك سائر الورثة فإن كانت بنتاً ترث النصف فإما يزوجها من الدين بقدر ذلك وهو نصفه وإن كانت زوجة ترث الثمن لأن للثمن ولداً أو ولداً بناتاً عليهم من الدين ثمنه ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن فورث الربع لكان عليها من الدين ربعه وكذلك لو ارثت إذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث فإما عليه أن يدفع اليه ما صار إليه من الثلث ولو كانت زوجة لها الثمن فأقرت بدين لم يكن عليها أن تعطيه شيئاً لأن مورثها وبنه ومعه لا يزبد ولا ينقص فلا يؤثر إقرارها فيما يدها وقال ابن حبيب أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما لأنه لا ميراث لو ارث الأبعد قضاء الدين فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه وأما لو ارثت فانه وارث مع المقر وليس يوارث 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 أقر به وقد قال الشيخ أبو بكر الدين كالميراث الآن يكون الدين محيطاً بالميراث فإنه يؤخذ من المقر جميع ما يبيده لأنه لو ثبت الدين بشهادته لأخذ منه جميع ما يبيده ووجه قول أشهب أنه لو قامت بينة بالدين فلم يجد أحد منهما شيئاً لأخذ مما يبيده الآخر جميع حقه وإنما استغرق ما يبيده ثم يرجع ذلك على أخيه بما ينوبه من ذلك فكذلك إذا أقر به أحدهما وأنكره الآخر أخذ من المقر جميع حقه ونعبر به 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 العدم **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 وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع إلى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصبها من ذلك الدين لو ثبتت 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 اليه من أقربه من النساء **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**

يخلف أخذه من ميراث الذي أقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لانه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره ❦ ش وهذا كما قال انه ان شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة ان لهذا الغريم على ابنه ديناً وكان الشاهد من أهل العدل فان الغريم يخلف مع شهادته ويستحق جميع الدين الذي شبهه به شاهده وان كان الشاهد انما أورد ذلك على سبيل الاقرار فانه لا ينافي الشهادات ويخالف ذلك المرأة فانه لا يخلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل فيخلف مع شهادتهما فان أبي الغريم أن يخلف استحق على المقر له من دينه بقدر حصته من الميراث ولم يحتم في استحقاق ذلك الى عيين 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 يمتد اليه اذ الميراث المدعى أن يخلف مع شاهده والله أعلم

❦ القضاء في أمهات الأولاد ❦

ص ❦ مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلونهم لاتأينى وليده يعترف سيدها أن قد أم بها إلا ألحقت 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 وان كان غير محرم في الاماء فان غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفي عن نفسه ما أتت به من ولد وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أقر أنه يوطأ جاريته ويعزل فان الولد يلزمه ان لم يدع استبراء ووجه ذلك انه لا يتيقن حقيقة العزل وقد يغلبه أول الماء أو اليسير منه ولا يشعربه وقال موسى بن معاوية عن ابن القاسم ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم يلزمه الولد ووجه ذلك أن عدم الانزال متيقن ولا يصح معه ولد (مسئلة) ولو قال كنت أطأ بين الفخذين فأنزل في كتاب ابن الموزان يلزمه الولد في الأمة ولا يلتمع في الحرة وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج فان الماء يصل اليه قبل التغير والاستحالة فيلحق منها الولد وهذا بعد عندي لانه لو جرت العادة بخلاف ولد من منى لم ينزل في الرحم للزوم من ظهر بها حمل حدلان من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليها حمل فيصح أن يكون الولد من غير جامع وهذا باطل باتفاق والمعنى الثاني ان مثل هذا يكثر فيه الوهم والغلط ولا يكاد يتحققه الواطئ في بعض الأوقات

(فصل) والمعنى الثاني الذي يحتمله قوله يعزلونهم أن يريد باعترافهن في الوطء الازالة لهن عن حكم التسري على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء وانما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحمل عنه الى غيره وبماذا يكون ذلك المشهور من المذهب ان الاستبراء بالحيض وفي كتاب ابن سحنون عن المغيرة لا تبرأ منه اى خمس سنين ووجه القول الأول ان الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين وان لم يكن بعده ووطء لغيره كالأوطء عتقها أو وهبها لامرأة ووجه القول الثاني ان الوطء المباح الذي يلحق به النسب لا يبطل حكمه الحيض دون ووطء ينسب اليه الحمل أصل ذلك الوطء بالنكاح (فرع) فاذا قلنا ان الاستبراء يبطل حكم الوطء فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه انه 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 ان هذا استبراء في ووطء بملك اليمين فأجزأ في ذلك حيضة واحدة كالاستبراء في البيع والشراء ووجه القول الثاني ان الحيض اذا

يخلف أخذ من ميراث الذي أقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لأنه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره ❦ القضاء في أمهات الأولاد ❦

❦ قال يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلونهم لاتأينى وليده يعترف سيدها ان قد أم بها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا

لم يقرن به انتقال من الملك لضعف فلا يقع للمرأة منه الإبلاث حيض وأما الحيضة الواحدة فانما يقع
البراءة بهامع الانتقال الى ملك ولذلك تأييد الأثرى أن الزوج اذا طلق امرأته فتعتد بثلاثة أقراء
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 ألحق بالأول (فرج) وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء بين
قال بصون والذي ثبت عندنا عن مالك أن لا يمين عليه وروى عبد الملك عن مالك أنه يحلف 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 مقبولاً لئني الواطئ أولاً ووجه الرواية
الثانية ان اقراره بالوطء معنى يلحق به الولد فلم ينف عنه اليمين في الزوجية في الأحرار اما 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 يقتضى 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 فراشاً له ولم يملك ولداً 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 حياً أو ميتاً أو سقطاً ووجه ذلك أن الايمان في نفي النسب لا يتعلق بمجرد
الدعوى وكذلك كل يمين يتعلق بها حكم في جنسين فلا يجبر بمجرد الدعوى كالطلاق والعتق
(مسألة) فان شهد اقراره بالوطء شاهد في 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 هناماً معنى يقتضى نفي الاسترقاق فاذا شهد به شاهد من السيد اليمين على نفيه
كالعتق ووجه الرواية الثانية أن ههنا فصلين أحدهما الاقرار بالوطء والثاني الولادة ولم يثبت أحدهما
ولو أقر بأحدهما ونفي الآخر لم يثبت به النسب فلذلك لم يلزم اليمين لضعف اليمينتين (مسألة) وان
لم ينكر الوطء ولكنه أنكر الولد لانه قال وجدت معها رجلاً وصدقته وأثبت الزنا بربعة شهداء فلا
ينفي الولد بذلك وان كان يعزل 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 وانفرد

وحدثني مالك عن

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها يريد رضى الله عنه
ألحقت بالسيد المقر بالوطء ومعنى ذلك ان أنت به لمدة الحمل من وقت الوطء الى وقت الاستبراء قال
سحنون أجمع أصحابنا انه اذا أقر بوطء أمته لم يمت ما أنت به ولو الى أقصى حمل النساء الا ان يدعى استبراء
لم يمس بعده فلا يلزمه ما أنت به بعد الاستبراء الا ان تأني به لأقل من ستة أشهر لم يلزمه ووجه ذلك ان
استبراء السيد منع الحاق النسب به فلا يلحق به بعده الا ولديتيقن انه قد وجد قبل الاستبراء وذلك ان
يأتي لأقل من ستة أشهر لم يلحق به

(فصل) وقوله فاعتزلوا بعداً واتركوا اعلامهم بأن ما أتون به بعد من العزل لا منفعه لهم فيه ولا يفتق
بذلك ولد عنهم ولم يرد بذلك التخصير 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 قدامها الاقدأ لحقت به ولدها فارس لو هن بعد أو أسكوهن **ش** قوله ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يدعونهم بعد يخرجون يحتمل أن يريد به الخروج والتصرف في الخدمة التي لا تصرف في مثلها السراري تحفظا بهن فان من تسرى بأمة منعها الخروج جلة أو منعها منه مما يتقى عليها فيه من التصرف في المواضع المخوفة التي لا يؤمن عليها فيها وفي كتاب ابن سعدون عن مالك فيمن يظأ 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 للانفراد بها ولا تخادعتها وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان اذا وطئ أمة جعلها عند صفية بنت أبي عبيد حتى يظهر بها حمل أو يمحيض يحتمل أن تكون هذه الأمت قبل ذلك ممن لا تسأكن أهله بل تصرف بالتكسب لصنائع والعمل أو تكون مع جلة أمانه في غير دار سكناء مع زوجها صفية فاذا وطئها ضمها الى دار زوجها صفية المدكورة لأنها أحسن لهن وأمكن من التحفظ بهن ويحتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج فاذا وطئها منعها ذلك ولو تمت هذه الدار التي يمكن فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ما هي عليه من حمل أو براءة رحم يمحيض فعلى هذا التأويل الثاني يحتمل أن يريد عمر ثم يدعونهم يخرجون المنع من الخروج جلة **ص** قال يحيى سمعت مالك الكايقول الأمر عندنا في أم الولد اذا جنت جنابة ضمن سيدها ما بيننا وبين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يعمل من جنابتها أكثر من قيمتها **ش** وهذا كما قال ان أم الولد اذا جنت ضمن سيدها الجنابة وليس له أن يسلمها لانه ليس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم في جنابة ولا يبيع ولا معاوضة ولا هبة ولا غيرها الا بالعتق الذي يسقط ما بقي له فيها من الاستمتاع والمنفعة دون التصرف في رقيتها وفي هذا خمسة أبواب **ح** أحدها في ماذا تصير الأمة به أم ولد **ح** والثاني في أنه لا يجوز أن يملكها غيره **ح** والثالث في حكم ما بقي له من المنفعة والتصرف فيها وفي ولدها **ح** والرابع في حكم مالها في جنابة **ح** والباب الخامس في حكمها وحكم ولدها وحكم مالها اذا توفي

(الباب الاول في ماذا تصير الأمة به أم ولد)

في كتاب ابن سعدون 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 قولى الشافعي وقال أشهب اذا طرحت دما مجتمعا أو غير مجتمع فلا تكون به أم ولد فاذا صار علقته خرج من حد النطفة والدم المجتمع وهو أحد قولى الشافعي وقال ابن القاسم في المدونة وغيرها وان لم يتبين شيء من خلقه اتفق النساء انه ولد مضغة كان أو علقة 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 مصورة واليه ذهب الشافعي وأما الدماء فقد تزخها 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 بجمع خلق أحدكم في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة 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 ان قدامها الاقدأ لحقت به ولدها فارس لو هن بعد أو أسكوهن **ح** قال يحيى سمعت مالك الكايقول الأمر عندنا في أم الولد اذا جنت جنابة ضمن سيدها ما بيننا وبين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يعمل من جنابتها أكثر من قيمتها

ما صفة هذه النطفة أذ كرام أنتى مارزقها وما أجلها فعلى هذا المخلقة من صفة النطفة فما كان
ترخيها الأرحام مما لم يخلق بعد وليس يولد فلا تكون به أم ولد ووجه قول أشهب أن الدماء قد ترخيها
الأرحام ولا يكون ولدا كالحيض والاستعاضة فلا يكون شيء من ذلك ولدا وإنما يكون الولد المصنعة
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 كالمصنعة (مسئلة) ولو أقر بالوطء السيد وقال له لم تلدى هذا
الولد ففي كتاب ابن المواز قال مالك هذا لا يخفى على الخبران وقال مرة أخرى وهي مصدقة وقال
في موضع آخر هو بها لاحق وإن لم يعرف الخبران منها جلا ولا ولادة ولا طلقا إذا كان معها الولد وإن لم
يكن معها ولد فقالت أسقطت أو ولدت فلا تصدق إلا بما رأتين عادلتين على الولادة ولا يلزمه بواحدة
الإلحاح عند أشهب

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

هو من ذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي وجماعة الفقهاء من الصعابة والتابعين وقد تقدم في تفسير
حديث أبي سعيد الخدري في غزوة بني المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما ينفي عن
إعادته والدليل على ذلك إجماع الصحابة روى الشعبي عن عبيدة السلماني قال خطبنا على بن أبي
طالب فقال رأى أبو بكر رأيا ورأى عمر رأيًا عمتق أمهات الأولاد حتى مضى السيل ما ثم رأى عثمان
ذلك ثم رأيت أنا بعد بيعهم في الدين فقال عبيدة فقلت لعلي رأيتك ورأى أبي بكر وعمر وعثمان في
الجماعة أحب إلينا من رأيتك بانفرادك 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 رأي في بيعهم في الدين خاصة فهذا يقتضي انفرادهم بهذا القول ثم صدقه وقبل منه في إثبات
القول الأول فبعد 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 يبيعن في دين
ولا يعتقن من ثلث وفيه غضب سعيد على الزهري حين حدث ببعثته عبد الملك وقال مالك أنه حدثه
ابن المسيب قال إن عمر أعتقهن ومن جهة المعنى إن الأمة إذا حلت حرم بيعها لأجل الجنين الذي هو
في حكم عضو من أعضائها ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها ولا تفرد بالبيع دونه ففسرى إليها حكم
الحرية كما كان يسرى من تعليق العتق على عضو من أعضائها ودليل آخر من جهة القياس أنها
حلت بغير فسخ ذلك بيعها أصله إذا أراد بيعها وهي حامل (مسئلة) وسواء كان عليه دين
يحيط بماله أو لا دين عليه في ثبوت هذا الحكم لها وهذا إذا كان السيد حرا مسلما فإن كان غير حرا
ففي كتاب ابن المواز قال محمود أحب إلى في ذلك في أم الولد المكاتب والمدبران عتق وهي في ملكه
أن تكون به أم ولد وإن لم يكن لها الآن ولد كان ما تقدم لها سقط أو ولد ذكر ابن سحنون عن أبيه
وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك في المكاتب دون المدبر قال والفرق بينهما أن للسيدة انتزاع أم ولد
المدبر عند مالك وإن لم تكن حاملا يريدون المدبر وليس ذلك في المكاتب وأيضا فليس للمكاتب
بيعها بآذن السيد الآن يخاف العجز وللدبر بيعها بآذن 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 للولد حكم الأب وقال القاضي أبو محمد في أم الولد المكاتب خلأق لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من
غير دين وهذا يدل على أنها لا حرية لها بالاستيلاء وقول آخر أنه ليس له بيعها إلا أن برهقه دين قال

فوجه الر واية الاولى ان حرمتها ضيقة لضف حرمتها لانه يعتق بالاداء ويرق بالعجز فلذلك لم
يثبت لها حرمة الاستيلاء 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 يكمل فلم تحصل أم
ولدى استيلاءها في تلك الحال كلامة للعبد القن ووجه الر واية الثانية ان سيد المكاتب ممنوع من
ماله لعقد عتقه فيثبت لأم ولده حرمة الاستيلاء كالعتق المبطل (مسألة) وأما أم الولد المبرق فقد
تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها وقال القاضي أبو محمد فيها عن مالك روايتان احدها بان
الحرمة لها والثانية نفيها عنها ووجه ثبوتهما انه 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 الاستيلاء كذلك العبد القن (فرع) قال القاضي أبو محمد فاذا
قلنا ثبتت لها حرمة الاستيلاء لم يكن لسيدته انتزاعها منه حاملا كانت أو غير حامل فاذا نفيها عنها حرمة
الاستيلاء فان للسيد انتزاعها قولا واحدا لأن الولد داخل في تدبير أبيه ومثل هذا توجه من الخلاف
في أم ولد المعتق الى أجل لأن محمدا قال ان قول مالك قد اختلف في انتزاع أم ولده منه (مسألة)
اذا ثبت ذلك فانما تكون أم ولد بمثلها لا أكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير والكتابة أو
العتق الموجل فان ولدته لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد قاله ابن المواز وقال في موضع آخر ان
يملك المكاتب ما في بطن أمته الحامل في الكتابة فانها تكون به أم ولد وقال أشهب وعبد الملك انما
تكون أم ولد بمثلها ستة أشهر من يوم عتق أمه ولا تكون أم ولد بمثلها لأقل من ذلك قال لأن
الولد لم يملكه الأب وقد جرى منه فيه لغيره حرية فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الأب (مسألة)
وانما تكون أم ولد اذا حلت بملك اليمين فاذا حلت بنكاح أو ولدت بنكاح فلا تكون بذلك أم
ولد وقال أبو حنيفة ان اشتراها الزوج بعد ان ولدت فانها تكون به أم ولد والدليل على ذلك انه
سبب عتق لم يحصل لها بالولادة فلم يحصل لها بالشراء كعتق الكتابة والتدبير (مسألة) وأما
اذا حلت بنكاح وولدت في ملك اليمين كالرجل يتزوج الامه فحصل منه ثم اشتريها وهي حامل فلا
يخلو أن تكون الامه لأبيه أو لغيره فان كانت لأبيه لم تكن به أم ولد لأنه قد اعتق على جده ولم يملكه
أبوه وقتل محمد بن من اشترى زوجته بعد أن اعتق السيد ما في بطنها ان شراه جائز وتكون بما
تضع أم ولد لأنه انما اعتق ابنه بالشراء ولم يصبه عتق السيد اذ لا يتم عتقه الا بالوضع لأنه يباع عليه في
فلسه ويبيعه ورثته قبل الوضع ان شاء أو ان لم يكن عليه دين والثالث يجعلها ولو ضربها رجل فألقت
جنينها فانما فيه ما في جنين أمة ولو كان بعد ان اشتراها الزوج فانما فيه جنين حرمة (مسألة) فان
كانت لغير أبيه فانها تكون أم ولد لأنه قد ملك ابنه فعتق عليه فاعتقها فحلت 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 حلت 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 دينية وتبتل الدينية في الخواص الخفيفة مما لا يتبتل فيه الرفعة
وقال القاضي أبو محمد استفادها بما يقرب ولا يشق وقال أبو حنيفة والشافعي لها فيها الخدمة والاستمتاع
• قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهو الاظهر عندى لأنه المقصود من ملكها وهي باقية على حكم

ذلك الملك وانما منع من تملكها غيره ووجه آخر وهو انه لا خلاف ان للسيد استخدام ولد أم الولد
وحكمهم حكمها لان كل ذات رحم فولدها بمنزلة الرق والحرية فعلى هذا يكون له استخدام الام
ووجه ما تعلق به مالك وأصحابه في نفي استخدامها أنها ممنوعة من بيعها ولا تعتق في ثلثه فلم يكن له
استخدامها كالخوة (مسئلة) وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا كره مالك أن يزوج الرجل أم
ولده قال الشيخ أبو بكر انما كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده لانه ليس له فيها الا الاستمتاع دون
سائر المنافع فكره له أن يزوجها وان رضيت * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي
أنه شبهها بالزوجة التي ليس له فيها الا الاستمتاع ولا يجوز لها أن تزوج مع بقاء ذلك السبب قال ابن
حبيب يكره له أن يزوجها الا أن يخاف عليها وهذا أخذ بجميع أصحاب مالك (فرع) فان زوجها
فقد قال ابن القاسم في المدونة لا أفسخه وقال الشافعي في أحد أقواله لا يجوز له أن يزوجها والدليل
على ما نقوله انه ولي لها فجاز انكاحها كما لو نفذت عتقها وكل (مسئلة) واختلف قول مالك في
اجبارها على النكاح وقد قال ابن حبيب في واخفته له أن يكره أم ولده على النكاح واختلف فيه
قول مالك وثبت على انه لا يزوجها الا برضاها وجه القول الاول انها أمة يملك الاستمتاع بها يملك
اليمين فلك اجبارها على النكاح كالأمة الثمن ووجه القول الثاني انها ثبت لها سبب حرية يمنع
رهنها واجارتها فوجب أن يمنع اجبارها على النكاح كالمكاتبه وقد قال الشافعي بالقولين جميعا
(مسئلة) وعلى السيد الانفاق على أم الولد فان أعسر فهل تعتق عليه للاعسار بالنفقة أم لا وفي
كتاب الرق لا تعتق عليه وبما قال جماعة من القرويين وقال أبو بكر بن اللباد سألت عنها يحيى بن
عمر وقت 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 تزوج ممن ينفق عليها وهذا فارق الزوجة
فانها لا تتوصل الى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقاءها على ملكه ووجه القول الثاني انها بقيت على
الرق فجاز أن يزول ملكه عنها بالاعسار كالأمة وأيضا فانه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجة (فرع)
ولو غاب عنها سيدها فلم يترك ما ينفق عليها فقد قال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه ولا يزوجها
الحاكم لان زواجها مكروه ولا يؤمر به السيد فكيف يؤمر به الحاكم وقال غيره من القرويين
تزوج عليه ان كان غائبا يزوجها هو ان كان حاضرا وعجز عن الانفاق عليها والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع في حكم مالها في حياته)

فان للسيد أن يأخذ مالها 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 المخوف ابقاء
على ورثته لقرب وقت استحقاقه له كالمعتق الى أجل لسيدته أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل * قال
القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندي أن من تقرر ملكه على مال بموت انسان فانه لا يملك
انتزاعه منه في مرضه كالوارث (مسئلة) وان أفلس السيد في المدونة ليس لفرمائه أخنمال أم
ولده ولا أن يجبروا السيد على ذلك والسيد أن يأخذه لنفسه أو لقضاء دينه ووجه ذلك ان انتزاع مال
أم الولد يملكها 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 فأنها تعتق بموته من رأس ماله وإن كان عليه دين يحيط بماله فأنها حرة وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته فأما إذا توفي وهي حامل ففي العتبية عن أشهب عن مالك وفي الواضحة عن مطرف أنه إن كان الحمل بينا فقد تمت حرمتها في الشهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك قيل له قد يظهر البطن ويقول النساء هو حمل ثم ينفش فقال إذا ظهر واستوفى تمت حرمتها قبل أن تضع رواه ابن القاسم عن مالك وقيل عن المغيرة توقف أحكامها وجه القول الأول إن الموجب كمال حرمتها بتيقن الحمل بها مع موت السيد وقد وجد فوجب أن يحكم بكامل حرمتها ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفساشه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل وإن كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره ووجه القول الثاني ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش فلا يكون له حكم الحمل إلا بالولادة أو الاسقاط فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم (مسئلة) فإذا توفي السيد فالأم الولد تبغ لها لأن كل معتق يتبعه ماله لأنه خارج من ملك إلى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده وأما ما كان لها من حلى أو متاع ففي العتبية من سباع ابن القاسم أنه لها الأمر المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها في حياة السيد وإن لم يكن لها بينة على أصل العتبية ومعنى ذلك عندي أن ما كان في ابتدائها ولبسها فهو الذي يكون لها منه ما لا يستنكر لأن ظاهر لبسها له وابتدائها يقتضي أنه عن ملك وأما ما يستنكر مثله مما يعلم أنه يقصد به المحبة وإنما يقصد به أن تلبسه وتجميله فإن عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكه بأي وجه فإنه يكون لها ما كان وقال أشهب عن مالك في العتبية ما أعطاه سيدها من حلى وثياب فذلك لها إذا مات وما أودعها من متاع البيت ككفنت البينة وإن كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة وأما الفراش والحلى واللحاف والثياب التي على ظهرها فذلك لها يريد ما يعلم أنها تستنى عنه في لباسها وابتدائها فذلك لها دون بينة ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت إلا ببينة والله أعلم

(فصل) وقوله إذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها الضمير في قوله بينها راجع إلى الجنابة وفي قوله قيمتها راجع إلى أم الولد الجنابة يريد أنه يلزمه أن يفتردها بالأقل من ارش جنابتها أو قيمتها لأنه لما لم يكن له أن يملكها غيره لم يكن له أن يملكها ولو كانت أمة لكان له أن يفتردها بارش الجنابة أو يسلمها بغيرها لأنها بدل منها عند تعدد إسلامها (فرع) واختلف أصحاب مالك في تقويمها فقال أشهب في الموازية خالفني ابن القاسم والمغيرة في أم الولد وإنما عليه قيمتها يوم جنت فرجع ابن القاسم وتماذى المغيرة وإنما عليه قيمتها يوم الحكم (فرع) فإذا قلنا إنها تقوم فهل تقوم بمالها أو بغير مالها قال ابن المواز عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك وروى البرقي عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها وأنا أرى أن تقوم بمالها وبه قال المغيرة وعبد الملك وجه القول الأول أن الأمة الجنابة إذا لم تسلم لملكها المجنى عليه لم يكن للجنابة بها تعلق بمالها ألا ترى أنه لو قتل عبد فاقص منه فإن ماله يبقى لسيدته ولا خلاف في ذلك في قول أصحابنا ولو عفا عن قتله وأسند لملك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فرة قال يتبعه ماله وبه قال عبد الملك وأشهب ومرة قال لا يكون ماله تبعاله فلما كانت أم الولد إذا جنت لم تسلم لم تنطق الجنابة بمالها ووجه القول الثاني ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت حرة لقومت أمة فأسلمت لأسمت بمالها فكذلك إذا قومت وجب أن تقوم بمالها (مسئلة) ولو ماتت أم الولد بعد أن جنت فتركت مالا

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

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

(فصل) وقوله وليس عليه أن يتحمل من جنائنها أكثر من قيمتها يريدان 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 بعدها حكم الأولى على ما قدمناه وان جنت جنائنها قبل القيام عليها ثم قام المجني عليهم في المدينة من رواية محمد عن مالك ليس عليه الا قيمتها لجميع الجنائمتوان كان ارشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات ووجه ذلك ان الحكم فيها لما كان حكما واحدا كان حكم جنائنها حكم جناية واحدة الا ترى ان الأمة لو جنت جنائنها لم يكن على سيدها الا أن يسلمها وهذا قال أبو حنيفة وهذا أحد قول الشافعي وله قول آخر ليس عليه في كل جناية تجنبها 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 المجني عليه لا يملك الارش أبد الا انها كلما جنت رجع عليه فيها أخذ وهي في غير ملكه والعباد اذا جنى جناية ثانية لم يتحمل المجني عليه ولا جناية كالعبد القن (مسئلة) وليس على العاقلة شئ من جناية أم الولد لانها أمة ولا تحمل العاقلة الا جنابة الأحرار وقال أبو يوسف ان لم يفتدها السيد اعتقناها عليه وجعلت دية فتيلها على عاقلتها وهذا غير صحيح وانما يتحمل العاقلة عنها بما لها يوم جنائنها وهي يوم جنائنها أمة وقد أجمعنا على ان الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تتحمل العاقلة ديتها (مسئلة) ولا يرجع على أم الولد اذا أعتقت بشئ من جنائنها وذلك اذا أقيم عليها بعد الجنابة فحكم على السيد بالقيمة وهي أقل من ارش الجنابة ثم عتقت فلا يرجع عليها بشئ لان جنائنها انما تعلقت بعينها دون ذمتها وأما اذا جنت جناية فقبل أن يقوم المجني عليه توفي سيدها فعتقت بموته ولها مال قال ابن كنانة في المدينة وان كان لها مال ولا مال للسيد لم يؤخذ منها شئ قد وجب على السيد ولم يبين هل قيم على السيد أم لا

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

﴿القضاء في عمارة الموات﴾

ص * يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيأ 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 أحيأ أرضا ميتة فهي له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيأ أرضا ميتة فهي له احياء الأرض في هذا الحديث والله أعلم عمارتها وموتها بتبورها وعدم

الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرب والنبات وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها وتغير نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها قال الله تبارك وتعالى فانظر الى آثار رحمة الله كيف يحيى الأرض بعد موتها ان ذلك لمحي الموتى وهو على كل شئ قدير وقد قال أبو حنيفة كل ما قرب من العمران فليس بموات وما بعد منه ولم يملك قبل ذلك فهو موات وروى ابن مسنون عن ابن القاسم ان ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث فيصنم أن يريد ان اللفظ عام فحين أحيما ما بعد وقرب نخص منه من أحيما ما قرب بدليل ظهر اليه فثبت بذلك ان المراد به ما بعد ويحتمل أن يريد ان لفظ الأرض لما ورد منكر الم يقتض العموم وانما أريد به ما بعد دون ما قرب ويحتمل قول أبي حنيفة الوجهين وأنكر مسنون قول ابن القاسم هذا وقال المعروف انه لا يجوز احياءه الا باذن الامام وعندى أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه مسنون من قوله المعروف وقروى ابن مسنون عن أبيه قال مالك معنى الحديث في بقاى الأرض وما بعد من العمران وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول مسنون فثبت بذلك ان الذى أنكره مسنون حل قول ابن القاسم على انه لا يجوز احياءه فيما قرب من العمران وان أذن فيه الامام على وجه التملك بالاحياء وان جاز أن يملكه الامام على وجه الاقطاع وقروى مسنون عن مالك وابن القاسم ما قرب من العمران لا يحميه الا بقطيعة ونحوها روى عن ابن نافع والله أعلم وأحكم وقال الشافى ما يملكه أحد في الاسلام ولا عمر في الجاهلية عمارة ورثت في الاسلام فذلك الموات المذكور في الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم من أحيها فمى له يقتضى ظاهره ملكه لها وفي ذلك خمسة أبواب * الأول في صفة الأرض التى تملك بالاحياء * والباب الثانى في صفة المحي لها وحكمه * والباب الثالث في صفة الاحياء والباب الرابع في حكم ما أحيى من الأرض ثم مات * والباب الخامس في حكم الارض الموات والابراز في البيع والقسمة وغير ذلك

(الباب الاول في صفة الارض التى تملك بالاحياء)

قال مسنون في المجموعة الارض على ثلاثة اضرب عنوة أو صلح أو بما أسلم عليها أهلها فالما عنوة فما كان فيها من موات وشعار لم تتمم ولا جرى فيها ملك لأحد فهى لمن أحيها كذلك أرض الصلح ما كان منها موات لم يتمم ولا حيز بهارة فهى لمن أحيها وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها فاتها على ما أسما عليه وهو تملك على وجهين أحدهما أن تكون معدودة ولها ملك معروف مخصوص والثانى أن تكون من الاودية والمرامى ليست بمعدودة ولها ملك معين وقال في موضع آخر انها لا تملك حقيقة الملك وانما هى للرافق والمنافع فما كان من أرض الاعراب على غير هذين الوجهين فهى لمن أحيها وعندى ان هذا التقسيم لا يحتاج اليه الا معنى التفسير لان حكمها بما ذكره واحد ووجه ذلك ان كل وجه ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة فانما يملك منها ما تقدم ذكر الملك له اما بملك الرقاب على وجه مخصوص أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام وبهذين النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفيافي والقفار فمن أحيأ أرضا لم يتعلق بها حق لاحد فهى له بالاحياء دون غيره (مسألة) وما كان من بئر ماشية فلا يغر من أحد عليه غرسا ولا يحيى عليه حقا قاله ابن كنانة في كتاب ابن مسنون وجه ذلك ان بئر الماشية مما يملك أهلها الانتفاع به ومالك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالاحياء كالمرامى التى قد ذكرناها (مسألة) اذا ثبت ذلك فالموات على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب فالما يبعد من

العمران فقد قال مالك يحميه بغير اذن الامام خلافاً لأبي حنيفة في قوله ليس لأحد أن يحيي موأناً
 من الأرض الا باذن الامام وقد رواه يحيى عن ابن نافع والدليل على ما نقله قوله صلى الله عليه وسلم
 من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وهذا عام فيصم على عمومه ودليلنا من جهة المعنى ان هذه أرض لا يتعلق
 بها حق لغير المحي فلم يمتح في احيائها الى اذن الامام كالمالكية المحي (فرع) فان عمرها بغير اذن
 الامام ففي كتاب ابن سحنون عن مالك ما علمت اختلافاً بين أهل العلم من أحيأ أرضاً ميتة بعيدة
 من العمارة بغير اذن الامام ان ذلك له وفي كتاب ابن مزين عن ابن نافع ان عمره بغير اذن الامام
 فهو له وقال في العتبية يقتطع الموات البعيد فبهي بغير اذن الامام ينظر فيه الامام فان رأى أن يقره
 أقره وان رأى أن يخرجه أخرجه (مسألة) وأما التي تقرب من العمران فلا يحميها أحد الا باذن
 الامام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافاً للشافعي في قوله يحميها من شاء بغير
 اذن الامام ورواه ابن عبدوس عن أشهب قال سحنون وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم
 والدليل على ما نقله قول النبي صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق والذي يحيى بقرب العمران
 قد ينظم في احيائه ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم
 ومرعى أغناهم فاحتاج الى نظر الامام واجتهاده في ذلك قال سحنون في المجموعة وقد أقطع عمر
 العقيق وهو قرب المدينة واحتج أشهب في المجموعة 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 يحمي الا باذن الامام فأحبار 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 وقاله ابن
 القاسم ورواه عن مالك وقال أصبح ان أحيأ بغير اذن الامام أمضيته 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 يحميها أحد
 الا بقطيعة من الامام فيصم قول ابن نافع هذا المعنى من يملكه بالاحياء ويدل على هذا التأويل انه
 قال ما بعد عن الامام فلا يامر الا بامر الامام وما قرب من الامام لا يكون لأحد بغير قطيعة من الامام
 ففرق بين الأمر والافطاع 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 ولا ضرر فيه على غيره
 فكذلك اذا تعدى وعمره بغير اذن الامام لكون النظر فيه للامام باقياً ولا يخرج بتعديده فيه وسبقه
 اليه عن نظر الامام واجتهاده ووجه قول أصبح يقتضى مذهب أشهب انه يستحب مشاوره الامام
 واستئذانه الا ان ذلك شرط في صحة تملكه ووجه قول ابن القاسم هذا ان من أهل العمران متعلق
 به فليس 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 قيمة عمله منقوضاً أو
 يعطيه اياه بعد أمره بقلعه وهذا يقتضى انه متعدد بالعمل فيه وان للامام أن يأخذه لجماعة المسلمين
 فيعطيه قيمة نقضه من بيت المال أو يصرفه الى رجل من المسلمين فيعطى قيمة النقض من بيت مال
 المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المالك اليه من ماله وهذا القول مبنى على ان الامام ينظر في
 أمر من أحد هما أن يكون الموضوع لاضرر في احيائه والثاني أن يكون المحي لا يستضر أهل العمارة

به أو يكون هو أصلح لهم من غيره فلذلك كان للإمام إذا أحيى بغير إذنه أن يصرفه إلى غيره ممن لا يستضر بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه (فرع) ومن أحيى أرضاً في الفياض فليس لغيره أن يحيى بالقرب منه إلا بإذن الإمام قاله سحنون في المجموعة قال لأنه قد صار بالأحياء عمراناً فلا يعمر بقربه إلا بإذن الإمام (مسألة) إذا ثبت ذلك فاحد القرب والبعد المذكورين قال سحنون في كتاب ابنه ماريات من وقت فيه من أصحابنا وما كان من العمار على يوم ومالاته ركة المواشي في غنوهاور واحها فأراه من البعيد وأما تدركة المواشي في غنوهاور واحها وأبعد من ذلك قليلاً مما فيه الرفق لأهل العماره فهو القرب يدخله نظر السلطان فلا يحيا إلا بإذنه وقال أبو يوسف الخدي في ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته وما قاله سحنون أظهر لآل اعتبار في ذلك إنما هو بارتفاق أهل العمران بالمرح والمخطب 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 مخرج أو مخرج أو مخطب ونحوه منع منه وإن لم يكن فيه ضرر أمضاه وقد تقدم من قولنا أنه ينظر مع ذلك من هو أصلح مجاورة والله أعلم وفي المدينة في غنى اقتطع مواعيل بعيداً فحيا بغير أمر الإمام ينظر فيه الإمام وإن أحيى في ما يقرب من العمران بغير أمره وكان هناك من هو أحوج إليه منه منع إياه وإن لم يكن ثم من هو أحوج إليه أقره في يديه ولا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفيهم فاعتبر بالثني والفقير ولعل هذا الاعتبار مقصور على الاقطاع دون الأحياء لأن الأحياء لا يملك به الأرض إلا بالارتفاق والعمل فالغنى أقدر عليه والاقطاع يملك الأرض دون عمل ولا نفقة فالفقير أحوج إليهم الغنى والله أعلم

(الباب الثاني في صفة المحي للارض وحكمه)

وذلك أن المحي للارض في بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلماً أو ذمياً فإن كان مسلماً فحكمه ما تقدم وإن كان ذمياً ففي المجموعة عن ابن القاسم هي له لماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيى أرضاً مسلمة فهي له الآن يكون ذلك في جزيرة العرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقيم دينان بأرض العرب (فرع) فإذا ثبت أن الذي يحيى في بلاد المسلمين فإن ذلك فيما بعد من العمران فاما فيما قرب من العمران فإنه يخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لأن ما قرب من العمران بمنزلة النبيء والذي لاحق له في النبيء وكذلك إن عمر في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجد 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 النبيء فإنه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا يبعه ولا شراؤه لأن هذا حكم النبيء من الأرض عند مالك ويلزمه على هذا القول أن لا يصح احياءه من العبد والمرأة لانهما ليسا من أهل النبيء ولا يصح ممن لم يفتح ذلك البلد له ليس من أهل ذلك النبيء ولو قال قائل إن حكمه في ذلك حكم المسلمين لم بعد كما أن حكمهم حكم المسلمين في احياء 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 فإما ينظر فيه المحي ولعامة المسلمين فإذا لم يكن على جماعة المسلمين في ذلك مضرة فن حق المستأذن أن يأذن له وإن كان عليهم في ذلك مضرة فن حقهم

أن يمنعه وفي احياء غير المسلمين ما قرب من مواطنهم وعمارتهن مضره فلا يجوز للامام أن يأذن له فان تعدى وعمر بغير اذن نظر للمسلمين باخراجه من أن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف اليه أو يؤمر بفعله ولا تسوغ المشاركة أن لم يأخذه لأحد ورأى المصلحة للمسلمين في منع احيائه والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في صفة احياء الأرض)

قال مالك في المجموعه وكتاب ابن سحنون احياء الارض أن يحفر فيها بئرا أو يجرى عينا ومن احياء غرس الشجر والبنيان والحرف فافعل من ذلك فهو احياء وقاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان احياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البنيان وتسييل ماء الردغ من الارض وقطع الحياض والفحص عن الارض بما تعظم مؤنته وتبقى منفته حتى يصير ما لا يعتد به فهذا وما أشبه احياء (مسئله) وأما الرعي فلا يكون احياء قاله ابن سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا وقد قال أشهب من نزل أرضا فرعى ما حولها فهو أحق بها من غيره وذلك احياء وجه قول ابن القاسم انه ليس له أثر باق في الارض لان هذه حال سائر الارضين المبورة فلا يكون احياء كالمبتنى فيها واحتج أشهب في كتاب ابن سحنون بأنهم قدرعوا وينظرون ان يرعوا واحتج في المجموعه بالمعدن يحوزه رجل بالعمل فيه فانه له ما أقام عليه فكذلك هذا وان لم يعجب سحنون قول أشهب والله أعلم وأحكم (مسئله) وليس حفر بئر الماشية احياء قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك أن هذا يعمل لمعنى احياء الارض وانما يعمل لمنافع الماشية كالراعي (مسئله) وليس التعجير احياء قاله ابن القاسم في المجموعه وغيرها ووجه ذلك أن التعجير ليس فيه احياء للارض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والافنى باقية على صفتها قبل التعجير (فرع) اذا ثبت ذلك فنحجر أرضا لغيره من العمران فقتال أشهب لا يكون أولى بها حتى يعلم انه يحجرها لعمل فيها الى أيام يسيرة ليمكنه العمل لبيس الارض أو لفلاء الاجر ونحوه من العذر الذي يؤخره الناس فذلك له وأما من يحجر ما لا يقوى عليه فله منه ما عمر قال أشهب في المجموعه وقدر روى عن عمر فممن حجر أرضا ولم يعمرها انه ينتظر به ثلاث سنين وأراه حسنا

(الباب الرابع في حكم ما أحيى من الارضين ثم مات وعاد الى ما كان عليه)

الارضون على ضربين ضرب يفتح ملكه وضرب يتملك عن مالك فأما ما افتتح ملكه فعلى قسمين أحدهما اقطاع الامام والثاني احياء فأما ملك باقطاع من الامام في العتيبة من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فممن أقطعه الامام أرضا بقرب العمران كانت له وان لم يعمرها ويبيع ذلك ان شاء ويورث عنه وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الذي يقطعه الامام أرضا فلم يتوع على عمارته ان يبيعها ويتصدق بها ما لم ينظر في عجزه عنها فيقطعها غيره وجه قول ابن القاسم ان الاقطاع عنده معنى التملك الثاني الذي لا يفتقر الى عمارة كالبيع والميراث ووجه القول الثاني ان الاقطاع انما هو اذن في احياءه ومن شرط ذلك العمارة فأما ما افتتح ملكها بالاحياء ففي المجموعه عن ابن القاسم انه بلغه عن مالك فممن أحيى أرضا مبيته ثم تركها حتى عفت آثارها وهلكت أشجارها واطال زمانها ثم أحيىها غيره انها الثاني وقال سحنون من أحيى أرضا موافقا لملكها ولا تخرج من يده لتعطيله لها وان عمرها غيره فالاول أحق بها وجه القول الاول ما احتج به ابن عبدوس

لكثرة بور ترمي فيه غنهم ويحتطبون فيه ليس لهم قسمته ويبقى مرمى لهم وللارة وروى عنه ابن
سحنون انهم اذا ارادوا قسمته قسم بينهم وكلا القولين مبنى على ما تقدم (فرع) فاذا قلنا يقسم
بينهم فاما يقسم على عدد القرى ويعطى كل قرية بما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء
الكريم بقبته والتسيم بقبته رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون
وساوى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسألة) وهذا اذا كانت القرى متصلة بالشعراء
والابوار فان حال بينهما جبل أو صخرة أو نهر عظيم فان ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ الا أنه قوموا
بينة بالملك رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون
يدخل معهم أهل القرية التي حال بينهما نهر أو جبل أو صخرة أو خرب لا تحرث واختاره ابن حبيب
قال سحنون فلو قال ابن الماجشون ان السلطان يقطعهم اياه بينهم لثلاثي ضربهم من يحببه من غيرهم
لكان وجهها وقد خلط في بعض قوله فقال فادعى أهل القرية التي خلف النهر والصخرة ان لهم في
الشعراء حقا معهم وقد قال أهل القرى ان الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرما أو دناءة قال
سحنون فصار هذا كاتفرار منهم (مسألة) واذا كانت الشعراء تلي القرية ويقطع بين الشعراء
وبين قرى أخرى ترمي فيها مواشهم فأهل القرية التي تليها أحق بها رواه ابن سحنون عن ابن
القاسم قال ويقسمه أهل تلك القرية على قدر أملاكم في القرية يقسمونها بالقسمة أو بالسهم
وهكذا ذكر أصحابنا فيا يقسمه أهل القرية في الشعراء انهم يقسمونها على قدر أملاكم فيها وما
يقسمه أهل القرى فانه يقسم بينهم صغرته القرية أو عظمت (فرق) والفرق بينهما ان أهل
القرى انما يستحقون الابوار والشعاري ويتشتركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات
والى ذلك يرجع بعد القسمة وذلك بمعنى تتساوى فيه القرى فقلبيكون 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 فاما يستحقون أو بارها
وشعراها بسبب أملاكم وينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة ويتصرف فيه بأى وجه شاء من
عمارة أو غيرها فيكون له حكم ملكه فلذلك روى فيه قدر حقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق فسره مالك فقال ان العرق الظالم ما احتفر
أو اتخذ أو غرس بغير حق قال عروة ووربيعة العروق أربعة عرقان فوق الارض وهما الغرس والبناء
وعرقان في جوفها المياه والمعادن وقال عروة والباطنان البئر والعين قالا فكل من عمل شيأ 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 ظالم في ملك غيره ليس له أن يبقيه وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرجه منه بأن يدفع اليه
قيمة غرسه متقولا وقيمة بنيانه متقولا فيما له قيمة وما لم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على
ملكه دون عوض يعوضه منه ويحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم ليس له حق بملك ولا انتفاع
ويكون المراد به في العيون والآبار وذلك ان من حفر بئرا أو أنبت عينا في ملك غيره فانه ليس له أن
يملكه وينتفع به ولصاحب الملك أن يعيره على اعادته على ما كان عليه أو يملكه ويعطيه قيمة ماله
قيمة بعد ازالته واذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما 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 انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذنب يمسك حتى السكبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل ﴾ ش قال عيسى بن دينار وسخنون مهروز ومذنب واديان بالمدينة زاد سخنون وليس ملكهما لاحد كانا يسقيان بالسيل فاذا أتى السيل سقى الأعلى حائطه ثم الذي يليه وذلك ان المياه التي تسقى على ضربين ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار وضرب يملك أصله كالعيون والآبار فأما ما يملك أصله فلا يملكه أن يكون طريقه في أرض مباحة أو في أرض يملكها رجل معين أو في أرض يملكها رجال معينون فأما ما كان طريقه في أرض لا تملك مثل المياه التي تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كهروز ومذنب فتسيل مياهها في أرض مباحة غير متصلة إلى أرض من يسقى بها ثم يتصل جريها في مثل ذلك ويحاذي مجرى الماء في إحدى جانبيه أو في جانبيه جميعاً من أروع وحدائق للناس ويسقون به فهذا حكمه أن يسقى به الأعلى فالأعلى وذلك اذا كان احياء وهم معاً وحياء الأعلى قبل الأسفل وهو معنى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم الى هذا ذهب مالك وأصحابه قال ابن نافع وهذا حكم النيل أيضاً فان احيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه ماء هو أقرب إلى أعلى سيل منه وأراد أن ينفر بالماء ويسقى به قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف غرسه وزرعه فقد قال سخنون اذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء ووجه ذلك ان استحقاقه للماء تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك (فرع) فان كانت الجنتان متقابلتين فالحكمه أن يكون الأعلى بالأعلى فقد قال سخنون في كتاب ابنه يقسم بينهما الماء ووجه ذلك تساويهما في وجه الاستحقاق فان كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكماً لا كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان منه مقابلاً بحكم المقابل (مسألة) وان كان جرى الماء في أرض رجل معين فقد قال سخنون ما كان من سيول المطر في أرض الناس المرور فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويجب سقى أرضه قل أو أكثر ولا يرسل منه شيئاً إلى من تحته الا أن يشاء ووجه ذلك انه بدخوله في أرضه قد صار أحق به من غيره وانما يتنازع فيه قبل دخوله في أرض أحد فأما ما سال في أرضه فهو حق له فله منعه ان شاء وباللغة التوفيق (مسألة) وأما ما كان سيله في أرض يملكها قوم معينون مثل أهل النهر يجتمعون على اخراج ماء منه فيصملونه في أرضهم أو في أرض مبرورة ملكوها الشق ساقيتهم فيها وذلك نوع من الاحياء فان هؤلاء أحق بما هم وهم فيه سواء في حكم التثويم لا يقدم الأعلى على الأسفل وانما يسمونها بما يقسم به الماء الذي يملك أصله وسنينه بعد هذا ان شاء الله تعالى (فصل) وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقد قال سخنون ان هؤلاء يقسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد ولا يقدم أحد على أحد ولكن يأخذ كل واحد ماءه يصنع به ما شاء ووجه ذلك ان رقبة العين والبرم ملك ولكل ذي حظ فيها الانتفاع بحظه والتصرف فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك ومن المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في أرض هي مقسومة بين قوم ولم يشرب فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشرب إلى أرض له الأخرى ان له ذلك عطل حصته من الأرض أو لم يعطها قال الشيخ أبو محمد يريد بالأرض مقسومة قال لان له أن يمنع ذلك وكذلك يكون له أن يصرف حيث شاء ما لم يبره في حصته غيره فلا يكون له ذلك الا باذنه وأما اذا كانت الارض مشتركة بينهم على الاشاعة

﴿ القضاء في المياه ﴾

• حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذنب يمسك حتى السكبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل

فليس لاحد منهم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها لان ذلك يضر بعضهم منها والله أعلم وأحكم (مسئلة) والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر وينقب في أسفلها ثقب ويملا من الماء ويكون قدر أقلهم نصيبا مقدار ما يجري ماؤه على ثقبه تلك فتملأ ولا يزال صاحب الحصة من الماء يأخذ الماء العين كله ويصرفه فيما شاء الى أن يفنى ماء القدر ثم يملا للذي يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بحسب حصته والله أعلم وقال ابن حبيب تفسير ذلك أن يأخذ الامام رجلين مأمونين أو يتراضى الشركاء عمن شأوا أو يؤخذ قدر فخار أو غيره ينقب في أسفله بثقب ثم يرفع المثقب ثم يعلق القدر ويجعل تحته قصرية ويعلماء في جرار فاذا انصدع الفجر صب الماء في القدر فسال الماء من الثقب فكلام الماء أن ينصب صب حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلا النهار كله والليل كله الى انصدع الفجر ثم ينهي القدر ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهما كيلا أو وزنا ثم يجعل لكل واحد منهم قدر يحمل سهمه من الماء وينقب كل قدر منها بالثقب الذي ينقب به القدر الأول فاذا أراد أحدهم السقي علق قدره بعائه وصرف الماء كله الى أرضه فيسقي ما سال الماء من قدره ثم كذلك يقسم فان تشاحوا في التبدئة استموا على ذلك

(فصل) وقوله بمسك حتى للكعبين ثم رسل الأعلى على الأسفل اختلف أصحابنا في تأويل ذلك فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون يرسل صاحب الحائط الاعلى جميع الماء في حائطه ويسقي به حتى اذا بلغ الماء من قاعة الحائط الى كعب من يقوم فيه أغلق مدخل الماء وقال ابن كنانة بلغنا انه اذا سقى بالسيل الزرع أمسك حتى يبلغ الماء شراك نعليه واذا سقى التخل والشجر وماله أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين وأحب الينا أن يحبس في الزرع والتخل وماله أصل حتى يبلغ الكعبين لانه أبلغ في الري وفي المدينة عن عيسى عن ابن وهب ان الأول يسقي حتى يروي حائطه ثم بمسك بمدري حائطه فيما كان من الكعبين الى أسفل ثم يرسل وروى محمد بن عيسى عن زياد ابن عبد الرحمن عن مالك انه قال تفسيره أن يجري الأول من الماء في ساقيته الى حائطه قدر ما يكون الماء في الساقية الى كعبه حتى يروي حائطه أو يبقى الماء فاذا روى حائطه أرسله كله قال يحيى بن مزين روى زياد عن مالك أحسن ما فيه والذي روى مسندا في هذا الباب ما روى ابن جريج حدثني ابن شهاب عن عمرو بن الزبير أنه حدثه أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في شراج من الحرة يسقي به التخل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسق يا زبير فأمره بالمعروف ثم أرسل الى جارك قال الأنصاري أن كان ابن عمك فتلون وجه النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال اسق ثم احبس حتى يرجع الماء الى الجدر واستوعى له محقه فقال الزبير والله ان هذه الآية نزلت في ذلك فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك الآية فقال ابن شهاب فقد رت الأنصار قول النبي صلى الله عليه وسلم اسق ثم احبس حتى يرجع الى الجدر فكان ذلك الى الكعبين (مسئلة) فان كان بعض الحائط أعلى من بعض فقد قال سمنون يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها الى الكعبين ووجه ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ الى الكعبين إلا بان يملو في بعضه قامتين ولكن ان تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستوع على حدته ص مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلا ش قوله لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلا قال مالك في المجموعة والواحدة معنى ذلك في آبار الماشية التي في الفلوات لانه اذا منع فضل الماء لم يرجع ذلك الكلا الذي بذلك الوادي لعدم الماء فصار منعا للكلا وقال

• وحدثنى مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلا

ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن نحنون أن ذلك في الأرض ينزلها للرجي للعمارة فهم والناس في
الرجي سواء ولكن يبدون بما هم (مسألة) إذا ثبت ذلك فإن بئر الماشية هي ما حفره الرجل في غير
ملكه على ما عهده مما يحفره الرجل لماشيته في البراري وفيافي القفار فهذه البئر إذا حفرت فأنما
جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته ويتصدق بما فضل من مائها ويسمعه للناس فاتفق مالك وأصحابه
على أنه لا يمنع ما فضل عنه من مائه قال مالك في المدونة لا يباع بئر الماشية ما حفر منها في جاهلية ولا إسلام
وإن حفرت في قرب قال ابن القاسم يريد قرب المنازل إذا كان إنما احتفر للصدقة قال ابن القاسم
وإنما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها إذا فضل عنهم فضل فالناس فيه
أسوة قالوا وأما من احتفر بئر في أرضه لبيع مائها أو لسقي ماشيته ولم يحتفرها للصدقة فلا بأس ببيعها
فتقرر من هذا أن ما احتفره في أرضه فالظاهر أنها على الملك وإباحة البيع حتى يبين أنها للصدقة
وما احتفر في غير أرضه للماشية أو للشرب فقط ولم يحفرها لإحياء زرع أو غرس فالظاهر أنه
احتفرها ليكون المقدم في منفعتها وللناس فضلها لأنه إنما يحفرها بحيث لا يباع ماؤها ولا جرت به
العادة إلا بندها فأنما ينصرف عملها دون شرط إلى المعتاد من حالها وعلى ذلك يحكم وبهذا الحكم
يحكم لها (مسألة) فإن بين وأشهدانه يريد به التملك فلم أر فيه نصا والظاهر عندي أنه على شرطه وبهذا
تتعلق الكراهية عندي ويكون بمنزلة من أحيا أرضا فإن كان بالبعد وحيث لا يضرب أحد فلا
اعتراض فيه عليه وإن كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار نظر فيه الامام (مسألة) وهذا حكم
الآبار فأما في المواجل ففي المدونة قال ما عمل منها في الصعاري والفيافي كواجل طريق المغرب
فإنها كالآبار التي تحتفر للماشية وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة في جباب البادية التي تكون
للماشية لا ينبغي أن يمنع فضل مائها لمنع به الكلاء قيل له فاجباب التي تجعل الماء السماء قال ذلك أبعاد
وقال المغيرة من حفر جباله منع أن يشرب منه غيره فليس كالبئر ووجه القول الأول أن هذا عمل
ليتوصل به إلى رعي الكلاء بالماء فأشبه البئر (مسألة) ووجه القول الثاني أن المواجل ليست
مما يتخذ غالباً للمواشي لما فيها من النفقات والموتن وغالب عملها للتمليك الآمن أعلن بالصدقة إذا قلنا أنه
لا يتباع بئر الماشية ولا يباع ماؤها ففي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك لا يورث ولا يوهب ولا يباع
وإن احتاج ولا يريد بقوله لا يورث أنه لا يكون ورثة محتفرها أحق بمائها وقد قال ابن حبيب في
معنى قول مالك أنها لا يتباع ولا تورث وصاحبها الذي احتفرها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها قال
وهو قول جميع أصحابنا وروايتهم عن مالك قال عن ابن الماجشون لا تقع في بئر الماشية الموارث
بمعنى الملك ولا حظ فيلز وجه ولا زوج من بطن على بطن قال ومن استغنى منهم عن حظه من الشرب
فليس له أن يعطى حظه أحدًا وسائر أهل البئر أولى منه ومن غاب وأوصى بثلث بئر ماشيته لانسان
فقد قال أشهب عن مالك أن البئر لا يباع ولا يورث يعني أن الوصية لا تنفذ فيه لأنه وجه من العطية
كالهبة قال أشهب في المجموعة لا يباع بئر الماشية لأنه إذا كان فضلها لغيره فقد اشترى من مائها
ما يرويه وذلك مجبول (فرع) فإذا نزلنا بالمنع من بيع بئر الماشية فظاهرها في المدونة أنه على
الكراهية لأنه قال أنه كره بيع مواجل الطريق وإنما كان يعتمد في ذلك على الكراهية وهي
كالآبار التي تحفر للماشية وقال في الجمل والإجارة ولا يرى بيع ذلك حراما وبه قال الشافعي وظاهر
ما في المجموعة التحريم لأنه 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 فمنع فضل مائها لا يجوز فإنه من

بيع الكلاء المباح وقال في المدونة والناس ما فضل وعلى ذلك أشهب بأن ما يشتر به مجهول وقال ابن القاسم لا يباع لأن للناس فيه حوائج ويدل عليه نبيه صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليعتد به الكلاء وظاهر النهي التصريم وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم ولو كان على ما قال أشهب لجاز أن يورث وتوهب لأن الجهالة لا تمنع ذلك قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه إنما تنصرف الكراهية إلى أن يحفر أو لا بمعنى الانفراد به وأما إذا حكم له بحكم الإباحة لفضيحة فإنه يجب أن يحمل على التصريم من منعه وهو ظاهر الحديث ومقتضى منع الزوجة والزوج من المشاركة فيه ومنع 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 جلاو عليه والاسْتَهْمُوا ووجه ذلك أن من استحق التقديم لسنة استقرت له وإن لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم لأنه السبيل إلى تقديم من لا يستحق التقديم بغير هذا السبب ولا يستحق عليه (مسئلة) 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 اليد واجبا وأما ما فضل منه فالناس فيه سواء (مسئلة) وأما ابن السبيل فقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية وقد كان يكتب على من احتقر أن أول ما يشرب بهذه الآبار المحدثه أبناء السبيل قال ابن القاسم كل بئر كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقياء ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية ولا يمنع من ذلك بعد أن يروى أهلها فان منعهم أهل الماء بعد ربه لم يكن عليهم دية قراهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع بئر قال ابن القاسم ولو منعهم حتى مات المسافرون عطشنا كانت لهم دياتهم على عاقلة أهل الماء والكفارة على كل رجل منهم كفارة عن كل نفس منهم مع الأدب الموجه من الإمام وقال أشهب في المجموعة لابن السبيل إن يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل الآن يكون فيه فضل وقد اضطرت دوابهم إليه والمسافة إلى ماء آخر بعيدة فيكون ذلك بينهم أسوة الآن يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر فيكون السفر أولى به في أنفسهم ودوابهم وقد كتب عمر بن عبدالعزيز في الآبار التي بين مكة والمدينة ابن السبيل أولى من شرب بها وهو حسن لا يضطراره إلى ذلك ويتزود منه وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم ومحارم بترهم وهم مقيمون والسفر راحلون (مسئلة) وأما الماء الذي لأهله يبعه كالبئر يحتقرها الرجل في داره وأرضه لبيع ماءها فله أن يمنع ابن السبيل من مأنها إلا بالثمن إلا أن يكون ابن السبيل لا يمنعه وان منع خيف عليه أن لا يبلغ الماء فلا يمنع فان منع جاهدتهم عليه وان لم يخف عليه ضرر

كان لهم منعه والله أعلم

(فصل) وأما ما يحدث في المياه من الخيتان في المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في البركة والغدر والبصرة فيها الخيتان لا يعجبني أن يبيعها أهلها ولا ينبغي أن يمنعوا صيدها وروى ابن حبيب عن أصبغان ابن القاسم سوى بين الناس فيما كان في ملكهم أو في غير ملكهم كالكلاء وقال أشهب في المجموعة من كانت له عين أو غدير فيها سمك فان كان طرح فيها سمكاً والدت فهو أولى به وان كان ذلك جاء مع الطين فليس له أن يمنع من يصيد فيه إلا أن يضربه الصيادون وقال في المجموعة يحسبون له أن يمنع من أراضه وحياتان غديره لأن ذلك في ملكه وحوزه 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 بسكناه وحقه ان يمنع منه طارئا
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع فضل الماء لمنع به الكلا قيل انه يقتضى النهى عن الذرائع
ومعنى ذلك ان من منع فضل الماء ليتسبب به الى منع الكلا المباح لا يقر على رعيه من منع فضل الماء
والمانع فيما يحتاج اليه من الماء يقصد غالباً الافراد بالكلا فمنع من ذلك ووجب على هذا على أصل
مالك وأصحابه في الذرائع ان يمنع منه من قصد الكلا ومن لم يقصده والله أعلم (مسئلة) وأما
الكلا فعلى ضربين ضرب في فيا في الارض وضرب في العارة قال مطرف لما كان في فيا في
الارض فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء لمنع
بذلك الكلا قال ابن القاسم في المجموعة انما ذلك في الفيا في والقفار فتقرر من ذلك انه لا يجمي شئ
من ذلك الكلا ولو جازت مباحثه بالمنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به الى منع
الكلا ووجه آخر أن النبي انما توجه الى منع فضل الماء وأن يتوصل به الى منع الكلا ولم يتوجه
به الى المنع من فضل الماء وانما ضمن ذلك المنع من الكلا على الاطلاق وأما ما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه حرم البقيع نخيله وان أبا بكر حرم الر بذة وان عمر حرم سرف والر بذة فان ذلك انما
هو أن يجمي موضعاً لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك لما شية الصدقة التي يحتاج
اليها والخيل التي يعمل عليها وقدر روى عن عمر انه قال والذي نفسي بيده لو لا المال الذي أحل عليا في
سبيل الله ما حيت عليهم من بلادهم شبرا انما البلادهم قاتلوا عليا في الجاهلية وأسلموا عليا في الاسلام
وقدر روى ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لا حى الا لله ولو سوله بر يد والله أعلم انه لا يمنع الناس منها الا ما كان لله تبارك وتعالى كابل الصدقة فلا
يكون ذلك الا فيما ذكرناه من فيا في الارض التي هي جماعة المسلمين 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
بمرعى لطول مقامه به أو استيلائه عليه واسلامه عليه فقد قال ابن عبدوس ما سلم عليه القوم من أرض
الاعراب وفيافهم اذا لم يكن فيها فضل عن رعى ماشيتهم لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس
الدخول عليهم فيها ولهم منعهم منها وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم مبدون بمائها وبرعى كلثها
ولهم منع فضلها ويدل على هذا قول ابن الماجشون في بئر الماشية بموت صاحبها انها لورثته لاحق فيها
لزوج ولا زوجة اذا لم تكن من ذلك البطن وقدر روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم في احياء
أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم لهم ميل في ميل لرعى غنهم ولقاحهم وهم ابط خيلهم
ومخرج نسايتهم وكان صنعون يعجبه حديث ابن سمعان هذا وروى عن عمر بن عبد العزيز ان قال
لهم ما تناذراع بحيث لا تبين المرأة ولا يسمع الصوت وهذا يحتمل ان يكون لما تقدم من انهم يملكون
ذلك ملكا غير تام أو يملكون الانتفاع به قال عبد الملك اذا كانت معروفتى من العرب فانها
حقهم فلهم منعها وملكهم اياها كالعمرى وهو بخلاف حق من شرى أو أحيأ أو ورث أو وهب له
وقان غيرهم ليس ملكهم لها بالتام ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر الا لاحق بالمجاورة قال صنعون
عن ابن وهب فهذه الاحية انما كانت في مثل هذه الاراضى بالبقيع قدر ميل في ستة أميال ما بين
ميل الى ميلين واستعمل أبو بكر على حياة الر بذة قرطبة بن مالك وكان ما حى منها قريبا من خمسة
أميال في مثلها ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب واستعمل عليه مولاه سلامة وحى بسرف نحو ما
حى بالر بذة واستعمل عليه مولاه هنبيا (مسئلة) وأما ما كان منه في القرى ومواضع العارة فلا

يغفلون يكون لغير معين كسارح القرى أو لعين كارض رجل بعينه فأما ما كان لغير معين وهو من
 مسارح القرى فبني على ما تقدم من جواز قسمتها أو منع ذلك فن جواز قسمتها أجزاها مجرى الملك
 المعين ومن منع اقتسامها أجزاها مجرى مسارح القيا في لاسباع على قول من قال ان أهلها الذين أسلموا
 عليها أحق بها قال ابن القاسم في المجموعه وأما القرى والارضون التي عرفها أهلها فلم يمنع كلها عند
 مالك ان احتاجوا اليه (مسئلة) وأما ما كان في أرض رجل معين فلا يغفلون ان يكون محظر اعليه أو غير
 محظر عليه اما ما كان محظر اعليه فقد قال عيسى بن دينار في المدينة له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه فلا
 يجوز منعه الا ان يحتاج اليه لما شئته ودابته وفي المجموعه عن ابن القاسم عن مالك في الرجل له أرض
 فيها العشب ان له ان يمنع ان كلن له به حاجة والافليس له ذلك ويخلى بين الناس وبينه وله بيع مراعى
 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 وان كانت له أرض فله منع
 كلها ان احتاج اليه والافليخل بين الناس وبينه ومن قوله لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك اذا بلغ
 أن مراعى خصب يبيعه للناس وأي خصب يبيعه فقال الخصب الذي يبيعه يمنع الناس منه وان لم يمنع
 اليه في ماء مرجه وجاء وأما الذي ليس له منعه ولا له يبيعه الا ان يحتاج اليه فا كان من خصب فدأدينه
 وفحوص أرضه قال ابن حبيب وسألت ابن الماجشون عن ذلك فسأوى بين الوجهين وقال هو أحق
 بخصب أرضه البيضاء كلها التي يزرعها ان لم يكن حتى ولا مخرج ان شاء باع وان شاء منع أو مراعى وانما
 لا يجعل له يبيعه ولا منعه ان لم يمنع الى رعايته خصب القناء من منزله قال أصبغ ورأيت أشهب ينكر
 رواية ابن القاسم عن مالك ان الرجل منع خصب أرضه وكان لا يجيز بيع الكلاب بحال وان كان في
 أرضه وجاءه ومراعى الكلاب كالماء الذي يجرى به الله على وجه الأرض فلا يملك ولا يباع وهو لمن
 أبتة الله في أرضه له أن يحميمه لمنافعه فان استغنى عنه لم يكن له منعه من احتاج اليه ولا يبيعه الا ان
 يجتره ويعتله كما يفعل الناس في بيعه ولو كان هذا المن هو في أرضه كان ذلك للامام في أرض العنوة
 وفرق عيسى بين ما حظر عليه وبين ما لم يحظر عليه من أرضه والفرق بينهما ان ما حظر عليه يلحقه
 المضرة مراعى عشب والتوصل اليه بافساد حظاره ولذلك قال من كانت له أرض فيها عشب له
 وحواليها أرض مزرعة له يضر به الدخول الى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك وهذا انما يقتضى
 المنع من المراعى لا من الاحتشاش وأما المنع من ذلك كله فاما هولاء يرى انه يملكه بالخضر عليه كما
 يملكه بالاحتشاش لكونه في ملكه ويده وفرق في رواية ابن القاسم عن مالك بين مراعى أرضه
 وبين عشب مزارعه ان مراعى أرضه لذلك اتخذت وأما عشب مزارعه فلم اتخذ لذلك وانما اتخذت
 عنده للزرع وأما العشب فعلى حكم بئر الماشية ووجه قول أشهب في منع العشب جملة ان أصله
 الاباحة كالمياه التي هي في أصل مباح وفرق بين المياه في الأرض المملوكة والكلأ في الأرض
 المملوكة ان الكلأ 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 انها أخبرته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نفع بئر ش قوله لا يمنع
 نفع بئر قال مالك في المجموعه معناه لا يمنع رحو بئر قال القاضي رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي
 منع فضل الماء وقد قال ذلك جماعة من العلماء في الواحظة قال مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع
 نفع بئر وفي حديث غيره ولا رحوها قال أبو الرجال النقع والرء والماء الواقف الذي لا يستقى عليه

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

أويسقي عليه وفيه فضل قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك في تفسير نقع بئر أور هوها البئر يكون بين الشريكين يسقي هنا يوما وهذا يوما وأقل من ذلك وأكثر فيسقي أحدهما فيروي نخله وزرعه في بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقي فير يد صاحبه أن يسقي بمائه في ذلك اليوم ليس له منه مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله وقال مالك وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين في حائطه فيحتاج الذي لا شريك له في البئر أن يسقي حائطه بفضل ما فيها فليس له ذلك إلا لكون بئرته تهورت فيقضى له أن يسقي بفضل ماء جاره إلى أن يصلح بئرته ويدخل حيث في تفسير الحديث لا يمنع نقع بئر وليس له أن يؤخر إصلاح بئرته اتكالا على فضل ماء جاره قال ابن حبيب وقاله ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وأصبخ هو قول ابن وهب وابن القاسم وروايتهم عن مالك ومعنى ذلك عندي أن يكون هذا الوجه استحقاقهم للماء بأن يكون من الماء الذي لا يملك أصله ولا يجراه فيسقي به الأعلى فالأعلى فمن استغنى منهم عن السقي بما يستحق من ذلك كان للآخر أن يسقي به أو يكون لا منفعة في ذلك الماء إلا لسهبها خاصة فإذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بهما من تضييعها وليس لشريكه أن يقول أنا أو ثريا على انتفاعك عندي ويحتمل عندي أن يكون يريد بذلك منع فضل بئر الماشية على ما تقدم ويحتمل أن يريد به ما فضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه فيسقي جاره بذلك الفضل بشرط أحدها أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فاهارت البئر أو غارت العين فإما أن يغرس أو يزرع على غير أصل ماء فليس له أن يسقي بفضل جاره إلى أن يصلح بئرته رواه عن مطرف عن مالك وبه قال ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وأصبخ وبه قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب وروايتهم عن مالك ووجه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يمنع نقع بئر وقد تقدم من قول أبي الرجال وغيره أنه فضل الماء وقد روى لا يمنع رهوما والر هو 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 التملكات فإذا ثبت ذلك كان من دعت ضرورة إلى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بذله لغيره وإذا كانت الشفعة ثابتة في الأملاك لرفع الضرر بسببها وكان أصلها المشاحة فبان تثبت المواساة في المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على المواساة أولى وليس كذلك من غرس على غير ماء فإنه لم يكن مضطرا وقد قال الشافعي لا يمنع الجار جاره أن يغرس خشبه في جداره إذا لم يكن عليه في ذلك مضرة بينة ويقضى بذلك عليه فالتقضاء عليه في الماء أبين وقد ورد النهي فيها علما والله أعلم (مسئلة) والشرط الثاني أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء فإن لم يخف على زرعه لم يكن له في فضل ماء جاره قاله أشهب في المجموعة عن مالك ووجه ذلك أنه إنما يبيع له ذلك للضرورة فإذا لم يخف على زرعه فليس مضطرا كالذي يضطر إلى الطعام ويجعل غيره فإن 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 فإن 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 أنهما إذا تساويا في الحاجة فصاحب الماء أحق به كقوله الغني عنه (مسئلة) والشرط الرابع إذا تساوى في الماء فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئرته أو غارت عينه في إصلاحها على حسب المعروف والإمكان فإن ترك ذلك واعتقد على السقي من ماء جاره فقد روى أشهب في المجموعة عن مالك ليس له

أن يسقيها إن كانت روت حتى يبلغ وانما ينظر في هذا الماء الى قدر ما نزل به وقال مطرف في الواحمة سقى بذلك الى أن يصلح بئرهم وقال مالك ووجه ذلك ان هذا الماء أيسح له مع الضرورة التي ذكرناها والذي يترك اصلاح بئرهم واسترجاع ما فيه غير مضطر وذلك مثل الذي يضطر الى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه لا يباح له أن يقيم ويأكل من ماء غيره وانما يباح 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 يتعمق في المزينة عن عيسى لا يقضى عليه بذلك ورواه ابن نافع وانما يؤثر مر به وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك يقضى عليه بذلك لجاره ويجبر عليه ووجه قول عيسى ان هذا ملكه فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنانيره ودراهمه 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 بفنائه في المدينة روى عنه أصبغ وذلك عندي اذا أتى بالثمن وقال في رواية غيره بلائمن ووجه الرواية الاولى في اثبات الثمن انه عقد تسليمك وجب الحكم به لدفع ضرورة فكان ذلك بالعوض كالشفعة ووجه الرواية الثانية في نفيه انه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه ولا انتقاله اليه كان ذلك بغير عوض كالاتحقات ولانه فضل ما يقضى به فلم يكن له ثمن كبر الماشية وقال أشهب في المجموعة ان كان عنده ثمن فله فضل ما يكون بالثمن وان لم يكن عنده ثمن سميت له بغير ثمن (فرع) واذا قلنا انه لا يقضى عليه به فقد قال في المدينة ان باعه كان جاره الذي انقطع ماؤه أولى به بالثمن ووجه ذلك ان انتقال الملك مؤثر في أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة في الشرك من الأرضين والرابع

﴿ 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 التأكيديكون 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 الخشني 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 اتخذوا مسجدا ضرارا وكفرا وتمتعوا بقايا بين المؤمنين ويحتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضراً أحد الجارين بجاره والضرار أن يضركل واحد منهما بصاحبه لان هذا البناء يستعمل كثيرا بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام وكذلك الضرر فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أن ينفراد أحدهما وغيره بالاضرار بجاره عن أن يقصد ذلك جميعا وليس استيفاء الحقوق في القصاص من هذا الباب لان ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم وانما الضرر فيما ليس فيه الا مجرد الاضرار بصاحبه فاما الضرر على هذا التأويل فمثل ما يحدثه الرجل في عرصته مما يضرب بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كبر له مل الحديد أو رحي مما يضرب 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 احدائه على من يستضر به (مسئلة) فاما الرحافان الذي ينال منها الجيران امران أحدهما افساد الجدران والثاني صوتها فلما افساد الجدران فان ثبت ان هذا يضر بالجيران يهدمها فانه من الضرر الذي يمنع وأما صوتها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الفسار والضراب يؤذى جاره وقع صوتها منه لا يمنعها من ذلك فيتمطرر وايضا ابن القاسم الخلاف في ذلك لانه لم يبين وجه الضرر الذي يمنع منه ووجه القول الاول غندي انما ذلك في الصوت الصغير الذي ليس له كبير مضرة أو يكون في بعض الأوقات ولا يستدام وأما ما كان صوتا شديدا أو يستدام كحوائت السكاكين تتخذ عند دار الرجل أو حوائت الصغارين أو الرحاف التي لها الصوت الشديد فانه ضرر يمنع منه والله اعلم ووجه القول الثاني انه ضرر يصل اليه في منزله فتعلق المنع به كضرر الرائحة (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 الممنوع (مسئلة) ومن ذلك الكنيف يحدثه الرجل فيضرب بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة والبلل في ملك جاره ووجه ذلك انه أحدث على جاره فسادا في ماله فنع منه كالحدم (مسئلة) ومن كان له أندر الى جانب جنان رجل يضر به تبته قال مطرف وابن الماجشون يمنع من ذلك وقال سمنون في العتبية اذا كان الاندر قبل بنبان الجنة لم يضر وجه القول الاول ان البنيان وان كان محدثا فان لصاحبه أن يمنع صاحب الاندر وان كان قديما يمنع من وقوع تبته في أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول الى أرضه وبالله التوفيق ووجه قول سمنون انها منفعة استحقها بالتقدم فلم يمنع منها (مسئلة) ومن رفع جداره فنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح فقد روى ابن نافع عن مالك في المجموعة لا يمنع من ذلك وقاله ابن القاسم وهو في كتاب البيان 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 يستتبت منه في ملك جاره ولا يمنعه المنفعة المقصودة من داره فلا يمنع من عمله في أرضه ووجه آخر انه لو جاز ذلك لبطل البنيان لان ما من أحد يبنى حائطا في آخر ملكه الا ولا بد أن يمنع الشمس من ملك جاره ويمنع الريح ولما أجمع المسلمون على جواز البنيان وان منع هذا فكان في مسئلتنا مثله (مسئلة) ومن كانت له أرض ملاصقة اندر غيره فأراد أن يبنى فيها ما يمنع الريح عن الاندر ويقطع منفعته قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يمنع ما يضر بجاره في قطع مرافق الاندر التي تقادم وقال ابن نافع ليس لأحد أن يحدث بقرب الاندر ما يضر بصاحب الاندر وان احتاج الى البنيان وقد قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وقاله سمنون ووجه القول الاول ما احتج به سمنون في العتبية ان الباني أن يبنى فان منع هبوب الريح منع كما لو منع هبوب الريح وضوء الشمس من دار جاره ووجه القول الثاني ان المقصود من الأندر هذه المنفعة فليس لأحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكني الدار (مسئلة) ومن اتخذ كوى وأبوابا يشر في 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 البيان اذا كانت من كوى لاحقة بالسقف ومقار به لا يطلع منها لم يمنع من ذلك وأما ما يطلع منه فانه يمنع وقال ابن وهب عن مالك نحوه وزاد لا يكلف الأسفل أن يعلى بنيانه حتى لا يراه ووجه ذلك أن هذه

مضرة أحدثها على جاره في مسكنه فلزمه أزالتها (مسئلة) ومن بنى مسجدا على ظهر حوائط له وجعل له سطحاً يطلع منه على دار رجل فان باى 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 الأضرار بالرجل فعليه أن يستريح عليه لأنه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه في داره (مسئلة) ومن بنى غرفة تفتح فيها أبواب وكوى يطلع منها على قاعة لغيره فأراد صاحب القاعة منعه من ذلك وقال هذا يضر بي اذا بنيت فقد قال ابن الماجشون ليس له منعه وقال مطرف له منعه قبل أن يبني وبعد أن يبني ووجه القول الأول ان هذا مما لمضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه وانما يراعى الضرر حال حدوثه لا ما يؤول اليه بعد ذلك ووجه قول مطرف ان من منافع صاحب القاعة أن يبني فيها دارا فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنع من تلك المنفعة ولا يضره فيها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ليس له منعه عند أحداث الاطلاع انه يطلع منه على موضع لا يضر بالاطلاع عليه وان بنى في القاعة دارا لم يكن له أيضا أن يمنع الاطلاع لانه قد استحق ذلك لقدم اطلاعه قبل بناء داره قاله ابن الماجشون * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وأذكر انى رأيت لابن القاسم أن له منعه اذا بنى وجه قول ابن الماجشون ما تقدم ووجه القول الثانى الذى أوردته لابن القاسم انه لم يكن له منعه قبل البناء لانه لم يمنع بذلك منفعة أرضه ولا أدخل عليه ضررا باطلاعه فاذا بنى الثانى دارا يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه (مسئلة) ولا يخفى أن يكون الضرر فيما لا يتزايد وفيما يتزايد فان كان مما لا يتزايد فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين ما كان من الضرر باق على حال واحدة لا يتزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه فانه يستغنى من أحدثه بطول الزمان وما يحدثه الرجل فميكث عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان فا كان يتزايد ضرره كالكنيف يحدثه فان شكك جاره الضرر بعد طول زمان فله أن يغيره وكذلك ما ينفعه كمنع الماء وكذلك اللباغ ان ضرر ذلك يتزايد فعلى هذا الضرر الذى هو أقدم مما يضر به لا يغير قولنا واحدا وما أحدث بعد ما يضر به فعلى قسمين أحدهما أن يترك القيام عليه والمنع منه حتى يطول زمانه ويستحق ها كان من لا يتزايد أو يتزايد فعلى ما تقدم والقسم الثانى أن يقام بمنعه عند أحداثه فهذا الاخلاف فى المنع منه وازالة الضرر به وبالله التوفيق (مسئلة) ومن فتح مطعاً على دار غيره فلما قام عليه سد ذلك فطلب أن يسدّها من خلفها فقد قال سحنون فى كتاب ابنه ليس له ذلك وليقلع الباب ويسدّه لان ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة فيصير حيازة (مسئلة) ومن باع دارا وقد أحدث عليه جاره مطعاً أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر فيها له فيه القيام فقد قال مطرف وابن الماجشون ان كان المانع لم يتم فى ذلك حتى يباعها فلا قيام للمشتري فلو كان قد قام بنفاصم فلم يتم له الحكم حتى يباع بعد القيام فللمشتري أن يقوم ويجعل محله وقاله أصبغ ووجه ذلك ان ترك من أحدث عليه الضرر القيام فى ذلك حتى يباع يقتضى الاباحة وأنه يباع على أن ذلك حق قد تخلى عنه محدثه واذا باع بعد القيام فيه فقد أظهر انه لم يبيع له ذلك ولا أقره عليه وقبائح الدار بجميع منافعها وازالة الضرر من جهة ذلك (مسئلة) ومن كانت فى داره شجرة اذا صعد فيها ليجنيها 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 فى العتيقة عن ابن وهب نحوه ومعنى ذلك أنه ليس هذا الاطلاع مما يستدام وانما يفعل فى الضرورة على وجه الاجتناء

وتحصيل المنافع لاعلى 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 الخيطان الى طرق المسلمين فقد روى ابن القاسم عن مالك لا بأس
 بذلك قال ابن القاسم واشترى مالك دارا لها عسكر فقال الآن يكون جناحاً أسفل الجدار حيث
 يضر بأهل الطريق فإنه يمنع منه وقال أبو حنيفة يمنع منه على كل حال والدليل على ذلك أنه منفعة
 مباحة يعتازها المضره فيها على غيره ولا تضيق لفنائها فلم يمنع من ذلك كضوء السراج وظل الحائط
 (مسئلة) ومن بنى بنايطة لمنه على غيره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من بنى
 على شرف يطل منه على موردة القريفة على قدر غلوة أو غلوتين فان كان لا شرف 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 البارئ تعالى وحال بقعة الأرض لم يمنع لأنه أمر قد تقدم واستحق وانما
 يغير المحدث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالضرر على ضربين محبت وقديم فأما المحدث فقد تقدم حكمه
 وأما القديم فقد قال مصنون في قناة قد يمتد في حائط رجل لا يغير القديم وان أضر بجاره وكذلك قال
 في الأفران توقد للفخارين بين دور قوم ربما شكجرا منها ذنابها ان القديم منها لا يعرض له وقال
 ابن القاسم في المجموعة من كانت له كوة قديمة يضر بجاره لا أمنعه من القديم وهذا كله على نص غير
 ما ذكر عن مطرف وابن الماجشون في تبن الأندلس فاتهم ما منعه ويلزمها مثل ذلك في القناة
 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 يفرزها في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي
 أراكم عنهم معرضين والله لأرمن بهابين أكتافكم ثم نبيه صلى الله عليه وسلم عن أن يمنع جاره
 يفرز خشبه في جداره روى في المجموعة ابن نافع عن مالك ان ذلك على وجه المعروف والترغيب
 في الوصية بالجوار ولا يقضى به وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا وما أراه الا دلالة على المعروف وانى
 منه في شك وروى ابن وهب 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 الآن ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه
 الوجوب ولكن يمدل عنه بالدليل وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي هو على الوجوب اذا لم يكن
 في ذلك مضره بينة على صاحب الجدار وبه قال أحمد بن حنبل والدليل على ما نتوله ان الجدار ملك
 موضوع المشاحة فجازله أن يمنع منافعه بضر ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه وقد كان
 أبو هريرة يصل بهذا الحديث ما رأى أراكم عنهم معرضين والله لأرمن بهابين أكتافكم فيصم قوله
 ذلك انه كان يعمل على الوجوب ويحتمل انه كان يعمل على الندب لكنه كان يوجب من كان يترك
 اباحة ذلك لجاره ويشح بحقه فكان يجرى الى تويضه على ترك الأخذ بما ندب النبي صلى الله عليه
 وسلم اليه ورغب فيه وكذلك اعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين أحدهما أن يكون
 جماعة من علماء الصحابة كانوا يعملون 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 علموا من أبي
 هريرة انه كان يعمل على الندب والترغيب ويعيب من يتركه ولا يعمل به فيعرضون عما يدعوه

مالك عن ابن شهاب عن
 الأعرج عن أبي هريرة
 أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم
 جاره خشبة يفرزها في
 جداره ثم يقول أبو هريرة
 مالي أراكم عنهم معرضين
 والله لأرمن بهابين
 أكتافكم

البع ويؤرون التمسك بما لم التمسك به ويؤيد هذا التأويل انه لو كان أبو هريرة يرى الزامهم ذلك
 لحكم به وروج الحكم على ترك الحكم به ولم يوجب الناس على ترك الاباحة لما يلزمهم اباحت لان
 الحكم لم اجبارهم ويمتثل عندي على رواية زياد بن عبد الرحمن في القضاء بالمرفق أرض الرجل
 لجاره اذا المضر به أن يكون في مستلثنا مثله فيصم الحديث على ظاهره والله أعلم وأحكم (فرع)
 قال مطرف وابن الماجشون وكل ما طلب بجاره من فتح باب وارفاق بما أو مختلف في طريق أو فتح
 طريق في غير موضعه وشبه ذلك فهو مثل ذلك لا ينبت في الترغيب أن يمنع مما يضره ولا ينفعه
 ولا يحكم به عليه (مسألة) اذا ثبت ذلك فن أباح لجاره أن يغرز خشبة في جداره فقد قال مالك
 لا يزرعه 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 يزرعها طال الزمان أم قصر احتاج الى جداره أو
 استغنى عنه مات أو عاش باع أو ورت ووجه رواية ابن القاسم ان صاحب الجدار أملك بجداره وقد
 أباح لجاره منفعة كلفهها مؤنة ونفقة فليس له أن يبطل عليه نفقته وما يعون 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 وقد قال مالك ذلك على الحض وروى عن أبي هريرة ما روى واذا أذن له فلا رجوع له
 والأظهر عندي انها عطية يتكلف من أجلها مؤنة وعمل كما لو وعده أن يعبره 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 لزمته ما تقدم من قولها انه اذا أذن له فلا رجوع له وقالان ذلك مختلف
 فيما أذن فيه مما يقع فيه العمل والارتفاق من غرز الخشب وبناء أساس جدار والارفاق بماء العيون
 والآبار لمن ينشئ عليها غرسا ويتسنى عملا ما قلعه وردة كما كان فسادا أو ضررا صغرت المؤنة أو
 عظمت فلا رجوع له عاش أو مات باع أو ورت احتاج أو استغنى وهو كالعطية وما كان من ذلك لا
 يتكلف فيه كبير عمل ولا انفاق من فتح باب أو فتح طريق الى مال الأذن أو أرضه أو رفاق بالشفعة أو
 لسقي شجر قد سقيت قبل ذلك ثم نصب ماؤها فهذا له الرجوع اذا شاء ويقطع ما أذن فيه وهذا
 الذي قالاه 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 اصبح ذلك كله سواء عندي ما فيه عمل وانفاق
 وما ليس فيه شيء من ذلك اذا أباحه وأق 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 فيما فيه انفاق وعمل مع اطلاق
 الاذن فان شرط الرجوع في ذلك متى شاء فقد قال مطرف وابن الماجشون الشرط باطل لان هذا
 من شرط الضرر والتغريب 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 الانفاق فيه مع
 اطلاق الاذن فاذا قيد بأجل فقد قال مطرف وابن الماجشون ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ
 الأجل ووجه ذلك انه وهب له منفعة مقدرة بزمان فليس له الرجوع في هبته (فرع) فاذا قلنا
 بقول مالك فأباح له وضع الخشب اباحة مطلقة من غير تقييد بأجل فقد قال مالك من رواية ابن القاسم
 وأشهب عنه فممن 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 لزمته ذلك بمجرد الاذن وجه قول مالك انه

اذن فيها له منعه فكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل أصل ذلك إذا أذن
 لعبده في التجارة ووجه قول ابن الماجشون انه إذا أذن له في عمل يلزمه به التمون والنفقة أصل ذلك
 إذا قال اشتره هذه الدابة وأنا أسلفك تمها (فرع) وأما إذا بنى ثم أراد إخراجه انه ليس له أن يخرج
 الا ان أعطاه قيمة ما أنفق وروى الدمياطي عن ابن القاسم ليس له أن يخرج وان أعطاه ما أنفق
 وقال أصبغ ليس له أن يخرج وان أعطاه قيمته قائما واختاره يحيى بن عمر وقال أشهب في كسبه
 إخراجه ويأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمته منقوصا ووجه القول الأول ان العقد غير لازم لانه اذن في
 منفعة على ما تقدم ولكن لما تمون وأنفق تعلق حقه بذلك فليس له أن يخرج الا أن يجبر عليه ما كان
 اذنه سببا لالتلافه ووجه القول الثاني انه عقد لازم لما اقترب بالوعد من النفقة والمؤنة ووجه القول
 الثالث انه عقد غير لازم فلا آذن أن يرجع فيه متى شاء والمعارف حيث لم يتوثق بضرب الأجل
 وبهذا احتج أشهب (فرع) وإذا قلنا له إخراجه إذا دفع اليه حقه ففي نوادر أبي محمد قال في
 المدونة يدفع اليه ما أنفق قال وفي موضع آخر إذا دفع اليه قيمة ما أنفق وهذا الذي ثبت في كتابي
 في المدونة وقال مصنون عن المغيرة وابن كنانة يدفع اليه قيمة بنيانه قائما ونحوه قال مطرف وابن
 الماجشون عن مالك ووجه قوله يدفع اليه ما أنفق ان ذلك الذي يمونه لسبب اذنه فكان عليه اذا
 أراد إخراجه عدم ذلك ووجه القول الثاني انه أتلف عليه قيمة نفقته وأما ما زاد على ذلك تبذيرا
 وخطأ فلم يجده عليه اذنه ووجه القول الثالث ان البيان قدمه بتمامه بالنفقة والتمون وهو الذي
 أتلفه عليه بإخراجه بعد الاذن فعليه غرم قيمة ذلك (فرع) فإذا قلنا ليس له إخراجه بقرب
 تمام بنيانه متى يكون له ذلك قال في المدونة اذا استكمل ما يرى الناس انه بنى ليسكن مثل هذه المدة
 لطولها وروى عنه الدمياطي اذا مضى من المدة مقدار ما يعار الى مثله فالعنان متقاربان وروى
 مطرف وابن الماجشون عن مالك ان كل بان وغارس في أرض قوم باذنهم أو عليهم فلم ينعوه فله قيمة
 ذلك قائما كالباني بشبهة ووجه القول الاول ان العارية لا تقتضي تملك الرقبة وانما تقتضي الأرفاق
 بالمنافع مدة فان لم تكن المدة مقدرة بالأجل رجوع في ذلك الى العرف والعادة وقول مطرف وابن
 الماجشون مبني على ما تقدم لهما من أنه ليس له إخراجهما بابطال ما بنياه فعليه أن يعطيه ما قيمته قائما
 كالباني بشبهة (مسألة) وأما ان ضرب لذلك أجلا في المدونة عن مالك ليس له أن يخرج قبل
 الاجل وقبل البناء ولا بعده قال لانك قد أوجبت ذلك له ووجه ذلك انه عقد لازم لما تقرر بالعقد
 بمنزلة رجل يقول لرجل أسلفك أو أرهنتك ولم يقرر السلف ولا الهبة فانه لا يلزم بذلك ولو قدرها للزمه
 ذلك اذا علق ذلك بعهده أو عمل فيه نفقة

(فصل) وتوله أن يغرز خشبه في جداره هكذا تقيد 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 خشبه على
 التوحيد والمعنى متقارب والله أعلم وأحكم من 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 مسلمة فأبى محمد
 فقال له الضحاك لم تمنعني وهولك منفعة تشرب به أولا وأخرا ولا يضرك فأبى محمد فكم فيه الضحاك
 عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يحل سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم
 تمنع أخاك ما ينفعه وهولك نافع تسقى به أولا وأخرا وهولك لا يضرك 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 مسلمة فأبى محمد
 فقال له الضحاك لم تمنعني
 وهولك منفعة تشرب به
 أولا وأخرا ولا يضرك فأبى
 محمد فكم فيه الضحاك
 عمر بن الخطاب فدعا عمر
 ابن الخطاب محمد بن مسلمة
 فأمره أن يحل سبيله
 فقال محمد لا فقال عمر لم
 تمنع أخاك ما ينفعه وهو
 لك نافع تسقى به أولا وأخرا
 وهولك لا يضرك فقال محمد
 لا والله فقال عمر والله

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك ﴿﴾ ش قوله ان الضحاك ساق خلابجا
 له وهو الماء بختلج من شق النهر والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة وكان بين الخليلج وأرض
 الضحاك أرض لمحمد بن مسلمة فأراد أن يمر فيه فثمنه محمد بن مسلمة فأحجج عليه الضحاك بأن قال له
 لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وأخرا ولا يضرك يحتمل أن يريد الضحاك أن يمره في أرضه
 بهذا الشرط وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز لأن مقدار
 شربه أولا وأخرا مجهول وقد روى ابن سمعون عن أبيه فممن أعطى رجلا أرض حائط له وترابه
 على أن يبنيه الرجل بطور به ونفقته فاذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ماشاء 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 ان كان مجرى الماء متصلا بأرضه فيصل في أرضه وهو غير مملوك وإنما
 كان له مجرى على غير أرض محمد فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد ليتوصل بذلك
 إلى سقي أرضه فيكون محمد أحق به لانه 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 بها من يوثق به فلو كان معتدلا في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر
 رأيت أن يقضى له باجراء مائه في أرضك لأنك تشرب به أولا وأخرا ولا يضرك ولكن فسد الناس
 واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء وقد يدعى جارك عليك
 به دعوى في أرضك وقال ابن كنانة تصوه 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 احياء
 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 فلي هذا يحتمل
 فعل عمر وجهين أحدهما انه على ظاهره ومالك فيه ثلاثة أقوال أحدها المخالفة له على الإطلاق
 وهي رواية ابن القاسم واختارها عيسى بن دينار وبه قال أبو حنيفة والدليل على صحته ما روى
 عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجعلن أحدكم ماشية أخيه إلا بذنه واللبن يتجدد ويخلفه غيره
 والأرض التي يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها والثاني الموافقة له على وجه 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 باستئصال ما لم يكن يستعمله أهل زمن عمر بن الخطاب وأن حكم ابن
 الخطاب تمثل في الأزمنة التي يم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتخرج عما لا يصلح وأن الزمن
 الذي يم أهله أو يغلب عليهم استئصال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك
 لانه قد يطول الأمر فيسعى صاحب الماء الممر في أرض من قضى له بأمراره في أرضه فيسعى ملك
 رقبة الممر ويدهى فيها حقوقا فيشهد له ما قضى له به وهذا رواية أشهب واختارها ابن كنانة ووجه
 آخر وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسلمة إنما صارت إليه بلن أحياء بعد ان أحياء الضحاك
 ابن خليفة أرضه وملك ماؤه 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 وأسكر الشافعي على مالك أنه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذه وليس كما أنكر فان محمد بن مسلمة ممن خالفه في ذلك وخالف على منعه ذلك ولو اعتقد انه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره على اننا ذكرنا وجوها من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة وإنما أقسم عليه لما أقسم تحكما عليه في الرجوع الى الأفضل فقديمه قسم الرجل على الرجل في ماله تحكما عليه وثقة بأنه لا يمنعه فيبر بقسمه وان كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه كما ما له وإيجابا لاسبابا اذا دعاه الى أمر هو أفضل مما ذهب هو اليه في الدين والدنيا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عمر لابن مسلمة والله ليمرن به ولو على بطنك دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الأيمان لانه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد وان كان يمينه على معنى التمسك عليه فان محمد بن مسلمة لا يسمع بمثل هذا ولا يتصمك عليه بمثله ويحتمل أن يريد به ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى انه الحق وحاربت وأدت المحاربة الى مالك واجرائه على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق والأول أظهر والله أعلم وأحكم ص **ع** مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن ابن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فنهض صاحب الحائط فكمم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك ففضى لعبد الرحمن بن عوف بنحوه **ع** 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 الى مكان هو أقرب الى حائطه ليقترب تناوله وتقل مسافته لما يحتاج من اصلاحه ففضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط وقهر روى ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك ولم يأخذ مالك بما روى في ذلك عن عمرو روى عيسى في المدونة عن مالك انه لا يرى له تحويله وان لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر الا أن يرضى به وبه قال أبو حنيفة وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك ان لم يضر ذلك به فليقض عليه بذلك قال ابن نافع وهذا فيما براد تحويله وقال عيسى بن دينار يقضى عليه بذلك ورواه يحيى عن ابن نافع ووجه القولين على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد يريد صاحب الحائط تحويل ساقية أو طريق لغيره في أرضه الى موضع هو أقرب به وروى عن مالك في أرضين لرجل بينهما طريق فأردت دفع الطريق الى أرضي اذ هو أقرب بي وبأهل الطريق فقال ليس ذلك الا أن يكون الشيء القريب كقدر عظم الذراع ولا مضرة في ذلك وقال ابن حبيب قال ابن القاسم ليس لأحد أن يجرى طريقا وان كانت أسهل من الاولى وان أذن بذلك من جاوره من أهل القرى لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم الا أن تكون الطريق لقوم معينين فيأذنون فيها وقال ابن الماجشون ينظر الامام في ذلك فان رأى تحويلها منفعلة عامة في سهولها وقربها أو أقرب وسهل فله أن يأذن في ذلك وان رأى في ذلك ضررا على أحد منع منه وان حوّلها بغير إذن الامام نظره فيه فان رأى ذلك صوابا أمضاه والارده

• حدثني مالك عن عمرو ابن يحيى المازني عن أبيه انه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن ابن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فنهض صاحب الحائط فكمم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك ففضى لعبد الرحمن بن عوف بنحوه

﴿ القضاء في قسم الاموال ﴾

ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الدبلي انه قال بلغني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام ﴾ ش قوله أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية يحذف أن يريده نفلت قسمتها في الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا ويحتمل أن يريدها استصقت سهامها في الجاهلية بان مات ميت فورثه ورثته قبل أن يسلموا فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها يرد صلى الله عليه وسلم ترك الرذائل سلف من عقودهم في جاهليتهم وامضائها على ما وقعت عليه ولذلك لا يرد شيء من يوعدهم ولا أنكحهم وان كانت فاسدة بل يصحح الاسلام الملك الواقع بها

(فصل) وقوله وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين والظاهر منه والله أعلم 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 دارا في الجاهلية فلا يقسمونها حتى يدخل على جميعهم الاسلام فانهم يقتسمونها على موارد الاسلام وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ان ذلك في المجوس والفرس والفرانجية وكل من ليس له كتاب فأما اليهود والنصارى فإن أسلموا بعد ان ورثوا دارا فانهم يقتسمونها على مقتضى شرعهم يوم ورثوها وروى مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن نافع عن مالك ان ذلك في الكفار كلهم أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب وبدل قال أبو حنيفة والشافعي وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شرعيتهم أحكامها ثابتة مشروعة وان كمالا ندرى ما غير وانها وقد طرأ عليها النسخ ولذلك كانت أحكام نسائهم في جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب ولذلك جزئنا كل ذبايحهم دون ذبايح غيرهم والمواريث انما يراعى استعمالها يوم التوارث لا يوم القسمة الأتري ان النصراني اذا أسلم ثم مات لم يرثه 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 وانه أريد به من ليس من أهل الكتاب ولذلك ذكر الجاهلية وانما ينطلق ظاهرها على مشركي قريش ونحوه أيضا على ما قدمناه من أنه أدرك الاسلام قدمتها 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 حزم عن ابن نافع وقال بعض شيوخنا ان حكم الاسلام يغلب على حكم الكفر الا في هذه المسئلة وفي هذا القول نظر لأنهما يوم القسمة كانا كافرين ولولا ان الفقهاء اتفقوا على حمل 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 صفة من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عندهم من جعلها بيعا وسلامته مما يفسد القسمة عندهم من جعلها تمييزا حق وان تكون مقادير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجه 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 الدبلي انه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها 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 ولاصحابنا مسائل تقتضي كلا القولين ونحن ننبه عليها عند ذكرها ان شاء الله تعالى ونقل مالك في المدونة ان القسمة بيع من البيوع ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته بما خرج عنه بحصة شريكه بما صار اليه لأنه ملك حصته صاحب من الجزء الذي صار اليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه وهذه معاوضة ومبايعة محضة ووجه قولنا انها تمييز حق انه غير موقوف على اختيار المتقاسمين بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة وذلك ينافي البيع فثبت انها تمييز حق وقد روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة في ثلاثة اخوة ورثوا ثلاثة أعبدنا قسموهم فأخذ كل واحد عبد اثنتي عشرة عبد منهم واعترف عبد الآخر من ماله 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 يسده ثلثاه قال أشهب في المجموعة فلا كانت القسمة كالبيع لرجوع من يستحق من يديه العبد على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته ولكن ليس كالبيع فقد قال مصنون القسم ليس كالبيع (مسألة) اذا ثبت ذلك فقد قال القاضي أبو محمد ان القسمة في الاصل على ثلاثة أوجه قسمة مهايأة وهي ان يتباها الشريكان فيأخذ احدهما يسكنها وهذا ادا ريسكنها وهذا أرضا يزرها وهذا أرضا يزرها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباها لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع بأخذ أحد الشريكين دارا على أن يأخذ الآخر دارا أخرى فهذه قسمة جائزة لأنها بيع وعصمها أن يباع أحدهما حصته من إحدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى وهو الوجه الثاني والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل وذلك اذا كانت الداران مختلفتي البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شئ منه من نخل وشجر فان عدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم وهذا الذي قاله كل فيه ينظر وذلك ان الذي ذكره شيخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب قسمة قرعة بتعديل وهي التي يجبر عليها من أبي القسمة فيما ينقسم وقسمة مراضاة ومهايأة بتقويم وتعديل وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل ولكل واحد من هذه الاضرب أحكام يختص بها (فرع) فأما قسمة القرعة فانها تصح في المتائل أو المتجانس وسيا أي ذكر ذلك وشرحه بمسألة ولا يصح أن يجمع فيها أيضا الثمن لغيره بل يقدر نصيب كل انسان قله مالك في المدونة ووجه ذلك انها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه الى جانب سهم آخر معين ينافي استقصاء الحقوق (مسألة) وصفت ذلك أن يقسم المرصعة وتحقق على أقل سهام الفريضة فا كان متساويا قسم بالذرع وما اختلف أجزاءه قسم بالقبة رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وقال هو قول جميع أصحابنا قال القاضي أبو محمد فرما كان الحد الواحد من أحد طرفي المرصعة يصل حدش من ناحية أخرى وحكى ابن عبدوس عن مصنون في الشجر يقوم القاسم كل شجرة ان كان ممن يعرف ذلك والاسأل أهل المعرفة بالقبة ومن يجس حل كل شجرة قرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها وأخرى يكثر حلها ولا منظر لها واذ أقوم ذلك كله جمع القيمة فقسمها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشركاء في رقاع ويجعل في طين أو شمع ثم يري كل بندقة في حقه فن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلا في تلك الجهة وقيل تكتب الجهات ثم يخرج أول بندقة من الأسماء وأول بندقة من الجهات فيعطى من خرج اسمه في تلك الجهة فهذا الذي ذكره

القاضي أبو محمد وهو قريب بما يقتضيه قول مالك والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسهم في رقاع وان اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت قال ابن الماجشون فهذه تقسم الأرض على خمسة أسهم وتضرب بثلاثة أسهم يريد يكتب اسم كل واحد منهم في رقعة وهم ثلاثة قال وقيل يضرب بخمسة أسهم يريد يكتب اسم كل واحد منهم في رقعتين واسم البنت في رقعة قال والأول أصوب قال الشيخ أبو محمد يدلان الضرب انما يفرجك الى ثلاثة أسهم والضرب بها يكون ضرب بين الأكثر قال ويستمر ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها أي جهة من الجهات فان اختلفوا أفرع على أي الجهات يبدأ بالأخذ منها أي جهة تخرجت 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 اليه حقه ولا سبيل لأحد أن يأخذ شيئا متملا بالسهم الأول حتى يستوفي هذا حقه ثلاث دخل عليه مضرة تفرق حصته فاذا استوفى حقه هذا تميز حقه وبقي باقي الأرض بين باقي الاثراك فيعمل لم في باقي الأرض مثل ذلك حتى تميز 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 وزوجه وهذا الذي أنكره أبو محمد وقيل 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 الموضوع الذي فسر به لا يتصور فيه اختلاف وانما ثبت اختلاف 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 الاجمبب ما تجمعه القرعة أو تفرقها والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان هذه القسمة ان ثبت فيها بعد هذا غبن في قيمة أودرغ كان لمن وجدت في حصته المطالبة بها لانه دخل على قيمة مقدرة أودرغ مقدر فان وجد في ذلك نقصا كان له الرجوع به

(فصل) وأما قسمة المراضاة بقصد التقويم والتعديل فهو أن يعمل الأرض بقدر السهام على اختلافها من كل له نصف ميزله النصف ومن كل له ثلث ميزله الثلث ومن له السدس ميزله السدس وان كانت الأرض متساوية فالذرع وان كانت مختلفة فبالتقويم أو بهما يتراضون على ما خرج لكل واحد منهم ويرون انهم قد تساوا وواسوا كان ذلك في جنس واحد أو أجناس مختلفة متباينة فان ذلك كله جائز وهذه القسمة أيضا متى ظهر فيها على غبن في ذرع أو قيمة كان للغبون المطالبة بذلك

لما قدمناه

(فصل) وأما قسمة المراضاة بتقويم 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 للغبون لانه لم يأخذ ما صار اليه على انه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدرة ولا على انه مماثل لجميع ما كان له وانما أخذ به بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه سواء كان أقل منه أو أكثر فالضربان الأولان من القسمة أقرب الى تميز الحق وهذا الضرب أقرب الى انه يبيع من البيوع والله

أعلم وأحكم (مسئلة) أجرة القسام على عدد الرؤس عند مالك وقال أصبح على قدر الانصاء وبه قال الشافعي وجه القول الأول ان اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بل ربما أقليل الانصاء من زيادة في العمل وذلك انه لو كان لثلاثة أفرس الأرض لاحد منهم نصفها وللآخر ثلاثة أعمانها والثالث ثمنها لثلاثين لمسفره زيادة في العمل ولاحتاج بسببها أن يقسم الأرض كلها أعمانا ولو انقسمت على النصف بأن تكون لثنتين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمتها أقل فاذا كان قليل الجزء يؤور في العمل ما لا يؤثره كبره 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 بعد الرؤس ووجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكبير أكثر لانه يقسم أعمانا أربعة وصاحب الثمن لا يقسم له الا جزء واحد وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والزرع الى أكثر مما يحتاج اليه الجزء الصغير وبموجب ذلك يجب أن تكون الأجرة لأصحابها عوض عن العمل وقول أصبح أظهر لاسيما اذا كانت القسمة بالقرعة والسهام وأما اذا كانت قسمة مرأضة دون تقويم ولا تعديل فالعمل متقارب فهي الى أن يكون الى عدد الرؤس أقرب والله أعلم وأحكم ولو طلب جميعهم القسمة الا واحد منهم أبي ذلك أجبر عليها فقد قال مالك على الآبي والطالب أجرة القسام على السواء (مسئلة) واذا شهد القاسم في القسمة فقد قال مالك لا يجوز شهادة القاسم قال ابن سحنون عن أبيه سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره لانه شهد على فعل نفسه وقال ابن الماجشون ان كان القاضي أمره بالقسمة وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة اذا ذكر القاضي اليوم انه أمره بذلك وكذلك العامل والمحلف والكتيب والناظر الى العيب وكل ما لا يباشره القاضي قال ابن حبيب وان لم يمكن هذا القاضي هو أمر القاسم وانما أمره من قدرج من الحكم أو قوم تراضوا به في القسمة فلا يجوز 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 نظر لان القسمة تصح من غير القاضي وانما يستيب القاضي فيما يختص به من الأحكام كالأعداء الى من شهد عليه عنده ونحوه والله أعلم وأحكم

(فصل) وعاد الكلام الى ما قاله القاضي أبو محمد فأول قوله ان أخذ أنواع القسمة قسمة المياأة وهو أن يسكن أحد الشريكين دارا والآخرة اأخرى 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 التهايا بالأزمان فعلى ضربين أحدهما أن يقول لا يستختم أحدهنا العبد يوما ويستخدمه الآخر يوما ويزرع أحدهنا الأرض عامنا ويزرعها الآخر عاما والضرب الثاني أن يقول لك غلته يوم ولى غلته يوم آخر فأما التهايا 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 وأجازته 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 الضرر في ذلك قليل لقصر المدة وتماز بها وتساوى غلتهما في ذلك في غالب الحال ويعتدل أن تكون

رواية المنع مبنية على أن القسمة يبيع ورواية الإباحة على أنها تميز حق (مسئلة) وأما في الخدمة وهو قوله يخدمني اليوم ويخدمك غدًا فتفقوا على تجوزيه في الأيام اليسيرة فقال ابن المواز إنما 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 فجبهولة وقد يتعذر على أحدهما استيفاءه مثل ما استوفاه صاحبه فإذا طالت المدة كثرت المخاطرة (مسئلة) وأما الدور والأرضون فقد قال ابن القاسم في المجموعة إن التباين يجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها ووجه ذلك أنها مأمونة لأنه إن كان التباين في أرض المزارعة فلا يجوز عندي الآن أن تكون مأمونة

(فصل) فأما التباين بالأعيان فإن يستخدم هذا عبداً ويستخدم هذا آخر ويزرع هذا أرضاً ويزرع صاحبه أخرى ففي المجموعة عن ابن القاسم يجوز هذا في سكنى الدور وزراعة الأرضين ولا يجوز في الغلة والكرء ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وقوله لأن قسمة المنافع ليست بقسمة يبيع وقسمة الرقاب قسمة يبيع أيضاً فيه نظر لأنه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل الأول غير أنه أن يعكس عليه القضية بغير دليل وأدق أخرجه قسمة إلى أن جعل قسمة المراضاة قسمة يبيع وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها والله أعلم وأحكم

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

(فصل) وقوله وليست قسمة المهادية في المنافع واجبة بغير عليها من أباها قول فيسنتظر فإن قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضاً حدوداً بما يجبر على قسمة القرعة خاصة إذا وجبت وقد أشار مطرف وابن الماجشون في الواضحة إلى أنها لا تثبت في حق الصغار فقال إن كانت الأرض مستوية في كرمها أو لو تمها قسمت بالقيمة وإن تراضوا وهم أكبر على قسمتها بالتحري والمراضاة على السواء أو التفاضل على غير قيس ولا قيمة فنلك جائز قاله أصبغ فشرطوا في جواز هذه القسمة كون المتقاسمين أكبر وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا أنه لا يجوز على الأصغر الاقصة

القرعة وهو الذي يقتضيه النظر الآن أن يكون في قسمة المراضاة وجهين من المصلحة للإيتام فذلك جائز كالبيع عليهم والله أعلم وأحكم من قال يبيعي سمعت مالك يقول فبمن هلك وترك أموالاً بالعالية والسافلة إن البعل لا يقسم مع النضح الآن يرضى أهله بذلك وأن البعل يقسم مع العين إذا كان يشبهها وإن الأموال إذا كانت بأرض واحدة الذي يبيها متقارب فإنه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهنه المنزلة من وهذا على حسب ما قال إن من ترك أموالاً بالعالية والسافلة وهما جهتان بالمدينة وأشار بالأموال إلى الأرضين وما فيها من الشجر وإن كان اسم المال واقعاً على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك الآن عرف أهل المدينة كان في ذلك الزمن إطلاق اسم الأموال على الأرض وما فيها من النخيل والأعناب وقال إن البعل لا يقسم مع النضح وقد تقدم ذكر البعل والنضح في كتاب الزكاة فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان في القسمة بربقة القرعة التي تكون بالجبر ولا خلاف في ذلك ولذلك قال مالك الآن يرضى

قال يبيعي وسمعت مالك يقول فبمن هلك وترك أموالاً بالعالية والسافلة إن البعل لا يقسم مع النضح الآن يرضى أهله بذلك وإن البعل يقسم مع العين إذا كان يشبهها وإن الأموال إذا كانت بأرض واحدة الذي يبيها متقارب فإنه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهنه المنزلة

أهله بذلك وهذا اللفظ يحتمل وجهين أحدهما الإبرضا أهله بذلك فيقسم بينهما بالقرعة وانما ينفي مالك في موطنه القسمة على هذا التأويل اذا أبى ذلك أحدهما ويثبت الجواز اذا اتفقا على المراضاة بذلك وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين لا يقسم بينهما بينهما إلا أن يراضيا ويعتد لافي القسم يريد بالقيمة قال معنون ترك ابن القاسم قوله وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين وان تراضيا فقولها إلا أن يعتد بالقيمة دليل على انه أراد القسمة بالقرعة لانه لا خلاف أن لها أن يأخذ أحدهما النخلة والأخر الزيتونة من غير قرعة وهذا نصريح بتجوز جمع المختلفين في قسم القرعة اذا تراضى بذلك المتقاسمان وانما يمنع منه اذا أباه أحدهما وذكر معنون عن ابن القاسم ان قوله المعروف انه لا يجوز ذلك وان تراضيا وقال ابن عبدوس عن أشهب ان الشركاء اذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب ومن وافقه يكون معنى قوله إلا أن يرضى أهله بذلك يريد انه ان يرضى أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه إلا أن يرضى أهله بذلك انه لا يجوز هذه القسمة بالقرعة إلا أن يرضى أهله بذلك فيقسمونه 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 السبخ لانهما مما يركى بالعشر والنضح يخالف لهما في ذلك فانه مما يركى بنصف العشر وقدر وي في المجموعة بن وهب عن مالك نحوه وكذلك قال انه يجمع في القسم الأموال التي بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة الأما كن دون ما تباعد منها قال والمساكن والدور بهذه المنزلة يريد انه يرضى فيها تقارب الأما كن وتفسير ذلك ان كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والأرحى والأنهار على اختلاف أنواعها وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والثياب والعروض على اختلاف أنواعها فأما الأصول الثابتة اذا 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 حصة من كل موضع فان ملهى مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء في موضع منها بشرط تفسيرها بعد هذا ان شاء الله وقال أبو حنيفة والثنا في بقسم لكل انسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض والدليل على ما نقوله ان القسمة على العدد مع اتفاق المنافع والأما كن أعود بالنفعة وأبعد من المضرة لانه اذا قسم كل دار وكل أرض قلت قيمتها وفسد كثير من منافعها ولذلك أثبت الشفعة في الأملاك وذلك مما يفي قيمتها ومن الأمر البين من حصلت له دار بأكملها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها فكان ما قلناه أولى

(فصل) وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وأكثر أصحابنا على الإطلاق وقال ابن عبدوس عن أشهب في أمر جنين قوم أراد بعضهم أن يعطى حصة من كل أرض وقال بعضهم يجمع نصيبه ان كانت في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته في مكان وان زاد حظه على أرض واحدة أخضع من أخرى تمام حقه فاذا استوفيت انصباة الذين أرادوا الجمع قسم للذين أرادوا التفرقة على ما تراضوا به قال ابن عبدوس تجعل سهام الذين يريدون التفرقة بينهما واحدا وسهام الذين يريدون الجمع بينهما يفرع فان خرج سهم من يريد التفرقة جمع السهام في حقوقهم وصار لكل رجل واحد حينما خرج منهم أحدهم من يريد الجمع أخذه ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل أرض على حدة وقال أشهب وان تباعدت الارض ليست في نمط قسم الذين أرادوا التفرقة

انصباءهم في كل أرض ثم يقسم الذين أراذوا والجمع على ما تراضوا عليه من الجمع قال ابن عبدوس يجعل سهم من أراذال جمع ههنا بينهما شيئا واحدا يسهم لهم في كل أرض ويجمع سهامهم فيها وأعطى من أراذال التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع قال ابن عبدوس وليس هذا أصل مالك وأصحابه لانه لا يجمع عندهم حظ اثنين في القسم وهذا أيضا على ما ذهب اليه أشهب ان الشركاء اذا رضوا يقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز ذلك وخالف فيه أصحابه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمرعى فيما يلزم به الجمع شرطان أحدهما تقارب المنافع وتجانسها والثاني تقارب المواضع فان انحصر من هذين الشرطين أحدهما لم يلزم الجمع وفي الضئيفة والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في الأرضين اذا تقاربت وبعضها بعين وبعضها بنضح لم تجتمع وان تباعدت وكانت كلها نسقي بعين أو بنضح لم تجتمع وان تقارب سقيا كلها بنضح أو بعين جعت (فرع) اذا ثبت مراعاة هذين الشرطين فقد قال في الأصل ان البعل يقسم مع العين وهو المشهور من المنهب وروى أشهب وابن وهب عن مالك في المجموعة لا يقسم مع السقي وان تقاربت الحوائط وقال ابن حبيب لا يضم ما نسقي بعين أو بنضح مع البعل في القسم ولا النضح مع السبيع لاختلاف المئون (مسئلة) وأما الأرض الكريمة والثلثة فقد قال ابن الماجشون في المجموعة اذا تدانت الأرض في كرمها واشتبهت الحوائط جعت في القسم ان تقاربت مواضعها وقال ابن القاسم في المدونة ان اختلفت العيون في سقيا الارض واختلفت الارض في كرمها قسمت كل أرض مع عيونها على حدة قال سحنون أيضا في المجموعة وأما الارضون في نمط فتجمع وان تقاربت في الكرم قال سحنون وابن القاسم لا يجمعها وقال عيسى ان كانت الارض الكريمة تحتل القسمة والارض الثلثة تحتل القسمة قسمت الكريمة على حدة والثلثة على حدة وجر رواية المنع أن اختلاف المنافع في الجنس الواحد وتباينها يقتضى اختلافها في الجنس كرفيق الثياب وغلظها في السبع الى أجل وقول ابن القاسم في الدور خلاف قوله في الثياب ولعله قد قال في المسئلة بقولين والله أعلم وأحكم وجه الجواز ان المرعى في القسمة جنس المنافع دون تفاضلها ولذلك تجتمع ثياب الحرير وغلظها ورقيقها مع الفراء وثياب الكتان وغلظها ورقيقها ويشبه أن تكون رواية المنع مطردة على قول أشهب في الثياب ورواية الاجازة على قول ابن القاسم (مسئلة) وأما الأشجار فقد روى أشهب عن مالك في الحائطين المتقاربين المشتبهين في السقي أحدهما مجموعة والآخر صيحاني يجمعان في القسم ولم يراع فيه جودة الثمر ولا رداءته لانه أمر غير موجود حين القسمة ولا ثابت فاما يلزمه أن يراعى جودة الشجر في أنفسها وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى وقد قال مالك في النخل تختلف ألوانه في الحائط كالبرني والصيحاني واللون والجعرور انه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد حظه في موضع من الحائط ولا يلتفت الى ما صار لكل واحد منهم من أنواع الثمر وهذا في الجنس الواحد لتقارب منافعه وأما الأجناس المختلفة في المجموعة عن ابن القاسم في شجر تفاع ورمان وخوخ وتمر وغيرهما من الفواكه محتلفة في جنان واحده يجمع ذلك كله في القسم بالقيمة والسهم قال سحنون هو استحصان الفرق باجتماع السهم وأنا أكره أن يقسم هنا قسمة واحدة وزاد في المدونة بانه اذا قال في الفواكه فان كل شيء من ذلك على حدة يحتل قسم كل جنان على حدة قسم فضلى هذا القول لابن القاسم وما تقدم له قبل أن ما يقسم على ثلاثة أضرب يجمع بينه في القسمة وان كان كل نوع منه يحتل القسمة بانفراده كالنخل منها البرني والصيحاني وسائر أنواع الثمر وضرب يجمع بينه اذا لم يحتل أنواعه في القسمة ولا يجمع بينه اذا احتلته كالفواكه والجيد مع الرديء وهذا

القسم الاول هو الذي قال فيه سخنون لما أورده مطلقاً من هذا التقييد انه استحسان وهو مطرد على قول ابن القاسم في جمعه غليظ الثياب وورقيتها والفراء مع القمص وضرب لا يجمع بينه بوجه كالحلى مع الثياب والبعل مع النضج وأما تفاضل الأشجار في أنفسها فقد حكى ابن عبدوس عن سخنون في الشجران كان بعضها أقل من بعض والارض بعضها أكرم من بعض جعلت 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 سخنون في كتاب ابنه ان كانت احدى الدارين قاعة لم يجمعها في القسمة وان كان بناء احدى الدارين أجود من بناء الأخرى جمع في القسم اذا كانت في نمط واحده و قول عبد الملك بن الماجشون في المجموعة اذا اشتبهت الدور في بنائها وتقاربت جمع في القسم فيجب من مجموع قولها مراعاة فصلين أحدهما ان كانت احدى الدارين عارية من البنين أو خربة في حكم العارية لم تجمع مع المبنية والفصل الثاني أن يكون بنينا متبايناً فيقتضى قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده انهما لا يجمعان وهو عندى 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 سخنون 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 اشهب في المجموعة اذا كانت الدار في نمط واحد جعلت في القسم وان كان بعضها أكرم من بعض كالارضين في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض قال سخنون وليست الدور كالارضين فقد تكون الدور في نمط ونفاقها مختلف ومن دارى الى الجامع نمط واحد وهو متباين الاختلاف فنبت الاختلاف بين أشهب وسخنون 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 الموضوع للتقارب في الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والربض الواحد ويحتمل أن يريد به التقارب في المكان فقد جعل أشهب ذلك شرطاً في صحة الجمع ومنع منه سخنون الابان يضم الى ذلك صفة أخرى وهي التقارب في رغبة الناس فقد يكون أحد طرفي المحلة أو الموضوع الذي يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من مرافق من المرافق جامع أو مسجداً أو سوقاً أو غير ذلك غير أن أشهب جوز الجمع بين ما تقاربت مواضعه وان كان بعضهما أكرم 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 يختلف فيه المنافع اختلافاً بينا وقال ابن حبيب قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والأخرى بعيدة من ذلك فلا يجمع بينهما الا بتراض بغير سهم فيبين بعض الوجوه المرادة في تفضيل الأماكن ولم يرد كمران ذلك في نمط واحد وإنما مط 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 احدى الدارين في ناحية من المدينة والدار الأخرى في ناحية أخرى بعيدة من الأولى الآن رغبة الناس في الموضوعين سواء فانهما يجمعان في القسم لان الدارين سواء

في الموضوع والنفاق فلا يلتفت الى افتراقهما فذهب الى ان المراعى في الأماكن تساويهما في رغبة الناس وان تباعدت وفرق بين الدور والأرضين ان البلدة الواحد لا يختلف اغراض الناس فيه مع تساوي الموضوعين في النفاق والمرافق وتختلف في البلدين فتلخص من هذا ان أشهب يراعى في الأماكن تقارب الدور في النطق 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 الدار بن مثل منزلي هذا او منزل آخر

بالثنية لم يجمع في القسم بخلاف الضيل والحوائط (فصل) وأما البعد في الأرضين قال ابن القاسم ان كانت القرى متباعدة اليوم واليومين قمعت 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 ذكرنا من انه ليتقوى به المجتهد على ما يريه من النظر والاجتهاد وقد قال ابن الماجشون في المجموعة ليس للقرب حدة الا بقدر ما يرى يوم يقع (مسألة) وأما الأثجار فان ابن حبيب يجمع البعل كله اذا تجاور في الموضوع كالميل 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 بناحيها قال عنه أشهب يختلف الدور وقد قال عن مالك في المدونة في الحوائط المتباعدة بينها اليوم واليوم 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 قسمة ضرر قال عبد الملك في المجموعة لم أعلم أحدا من أصحابنا وافق مالك كاعلى 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 حفظه انتفاع في وجه من وجوه المنافع وان قل مما لاضرر فيه فالقسم قائم قال ابن حبيب ورواه أصبغ عن ابن القاسم قال مطرف والذي أخذ به ان كان لبعضهم في ذلك منفعة لسعة سهمه وبعضهم لا ينتفع به لصيق سهمه فيقسم بينهما كما قال مالك وان كان لا ينتفع به واحد منهم فيبعضه وقسمة ثمنه أولى بالصواب واحتج مالك لقوله بقوله تعالى مما قبل منه أو كثر نصيبا مفروضا وقال من خالفه في ذلك من أصحابنا معنى الآية ثبوت حقه ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث ويقسم ثمنه دون عينه واحتج ابن القاسم بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ضرر ولا ضرار وهذا أيضا يحتاج الى تأمل قلذكرته في الاستيفاء (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يقسم الحمام ولا الفرن 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 تقسم ومعنى الضرر في ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم ان 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 حاما في الأغلب ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم ويراعى مع ذلك أن لا تذهب القسمة معظم منافعه وان بقي على حكم منفعة وأما ما يراعى ابن الماجشون وساير 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 والسياب فاما العبيد فإنه يجمع في القسم ذكورهم وناثهم صغارهم وكبارهم وأجمعهم وفصيحهم وحسنهم وقبيحهم زاد ابن القاسم والهديم وان تقاربت أثمانهم اذا اعتدلت في القيمة قاله ابن حبيب قال روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك لجماعة فأراد بعضهم قسمه ان استطيع أن يقسم قسم والا يبيع فان كان من جماعة الرقيق ما لا ينقسم 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 يعقوب ابن يعقوب في العتبية بلغني عن ابن الماجشون انه لا يقسم شئ من الحيوان والعروض بالقيمة 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 تنقسم آحاده فلا تنقسم جماعته والأول أظهر في المذهب (مسألة) وأما الثياب فاعتدلت ابن حبيب ذهب ابن القاسم الى ان البرز كله من الخبز والحرير قال في المدونة والديباج قال ابن حبيب عنه في القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء كلها جنس واحد في القسمة قال في المسونة اذا كان كل صنف لا يتعمل أن يفرز بالقسمة وأما البسط والوسائد فلا يجمع مع البرز والثياب وعندى ان ظاهر هذا أن الفراء من جله البرز وان هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئي بمعنى التجميل على الجسد وعلى هذا يجب أن يدخل في البرز الأكسية والملاحف لانها تلبس على هذا الوجه وبذلك يتميز البرز من غيره من الأجناس وهي عنده علة الجمع في القسم قال ابن حبيب وخالفه مطرف وابن الماجشون لا يقسم ثياب الخبز والحرير مع ثياب القطن والكتان ولا مع الفراء ولا يقسم الصوف والمرعزى 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 الوشى وغيره صنف واحد اما كان من وشى يريد في المدونة والله أعلم وشى القطن والكتان فلا يقسم مع وشى الخبز والحرير وليقسم وحده قال وثياب الديباج صنف لا تقسم مع ثياب الخبز والحرير وثياب الصوف والمرعزى صنف وان كان منها جيب وتيجان وفراء الخ فان صنف لا يضم الى فراء الفئليات وقال أشهب في المجموعة كل ما يجوز من هذا أن يباع واحداً بثنين الى أجل فلا يضم له في القسم لانها صنفان وكل ما لا يجوز ذلك فيه فهو صنف واحد يجمع في القسم قال أشهب ولو جمع ما يقع عليه اسم بزوجب أن يجمع ما يقع عليه اسم دابة فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الجبر والابل قال ابن عبدوس ومذهب أشهب في هذا أصح عند سحنون وعندى انه لا يلزمه على هذا قسمة الزيتونة والنخلة لانه لا يسلم في شئ من ذلك رأسا والله أعلم وأحكم قال 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 يجرى فيه الزبال أو مما لا يجرى فيه الزبال فان كان مما لا يجرى فيه الزبال فلا يخلو أن يكون جزافاً أو مكيلاً أو موزوناً فان كان جزافاً وكان مما تدعو الى قسمته في رؤس شجره حاجة فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة وأشهب في المجموعة والعتبية عن مالك اجازة ذلك بشرط اتفاق على بعضهاهما اتفاقاً أن تختلف حاجتهم الى ذلك بان يريد بعضهم

يباعو بعضهم أن يأكل رطباً وبعضهم أن يبيع وأما أن أراد أحدهما يبيعه والآخراً كله 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 مالكاً جوز
 قسمته من غير جدفن أراد أن يجعل الجدعجل ومن أراد أن يؤخره آخر ولو كان على الجدعنا قسم
 الإبالكيل ولذلك قال ابن عبدوس لا تجوز قسمته إذا أتمر وقال في المدونة ولو اقتسمه بعدما أزهى
 حين اختلفت حاجتهما فتر كاه حتى أتمر لم تنتقض القسمة وقال في موضع آخر منها لأن قسمة
 ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة قبض والخرص هو الكيل وليس كل من أراد أن يبيع يجد
 ويباشريه بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله وكذلك من أراد أن
 يأكل لا يمكنه منه إلا حسب حاجته إلى أكله وذلك لا يتقدر إلا بحسب ما يبدو إليه عند الحاجة
 (فرع) وروى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة أن ذلك إنما يكون إذا طاب وحل يبيعه
 قال ابن القاسم في المدونة فإن لم يطب الخل والعنب لم يقسم بينهما بالخرص قال ولا يقسم الخل على
 حال إلا أن يجده أو يترك حتى يطيب فيقتسمه وقال ابن القاسم في المدونة قاله هو وأشهب في
 المجموعة ولم يقسم البلح الأرض الكبير على الخرص وإن لم يجد أحدهما إلا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة
 أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهى فتنقض القسمة لأنه من يبيع الفخر قبل بدو صلاحه فقبض
 بهذا إن منعه قسمة البلح على الإطلاق وإنما هو لمن أراد أن يبيعه حتى يزهى (فرع) والشرط
 الثالث أن يكون مما يخرص وهو الخل والعنب فلم يجوز ابن القاسم ذلك في غيرهما وقال لا تقسم
 الفاكهة بالخرص وإن احتاج إليها أهلها وإنما ذلك في الخل والعنب وقد ذكرنا في بعض أصحابنا أن
 مالكاً رخص فيه فسألته عنه فقال لا أرى ذلك وروى أشهب عن مالك في المجموعة لأبأس به في
 الخل والعنب والتين وغير ذلك وجه القول الأول أنه معنى شرع فيه الخرص فوجب أن يختص
 بالخل والعنب كالزكاة ووجه القول الثاني أن الحاجة في الزكاة إلى الخرص إنما هي لأنها ما جرت
 العادة بأكله رطباً فخرص عليهم ليتقرر مقدار الزكاة في الفرة وتطلق أيديهم عليها وهذا معنى
 يختص بالخل والعنب مما فيه الزكاة عند ابن القاسم والمشهور من قول مالك وأما القسمة فالحاجة
 إليها في سائر الثمار كالحاجة إليها في الخل والعنب فإباحة الخرص للقسمة في جميعها إذا سبيل إليها
 يسهره (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 بسر أو الآخر رطباً وإن كان بالخرص ولكن لا يقسمان
 الرطب ويقسمان بسر قاله أشهب في المجموعة وجه المنع من بيع الرطب بالتمر والبسر بالرطب
 لاختلاف صفتيهما وتعذر معرفة تساويهما حال الادخار وذلك شرط في صحة بعضه ببعض (فرع)
 والشرط السادس أن يتحرى تساوي الكيل في الكيل وإن كان بعض الكيل أفضل من بعض
 كالبرني والسيحاني والمجوة والعنب الأحمر والأسود فإنه يجمع في القسم على تساوي الكيل
 فإن أبيض ذلك أحسن قسم كل نوع مفرد أقاله مالك قال وإن أحببنا المقايمة جاز ذلك ومن طلب منهما
 القسمة فذلك له به قال القاضي أبو الويلد رحمه الله وعندى أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة وهو
 ظاهر قول أصحابنا لأنها تميز للحق وأما للراضاة فإنه يبيع محض ولا يجوز أن ينقصد في المطعوم إلا
 بقبض ناجز (مسئلة) فإن اقتسمت الأصول وفيها تمر فلا يخالو أن يكون من هياً وغير من هـ فإن كانت

الثمرة بلحا أو طلعا فقد قال أشهب انه يجوز أن يقسم ذلك مع الغبل ما لم يبلغ أن يكون طلعا أو
 يكون بلحا حلوا فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان منعه قسمتها مع
 الطلع لانه لا يجوز قسمتها دون الطلع لانها ثمرة لم تثور ولا يجوز قسمتها مع الطلع لانه ما كره
 يجرى فيه الربا وقال ابن القاسم تقسم الرقاب ويترك البلح والطلع وأنكر سحنون ذكره للطلع
 وقال اذ لم تثور لم تجز قسمته (مسئلة) وأما ما ليس له أصل ثابت كالزرع والبقول فانه لا يقسم
 شيء من ذلك بالخرص حتى يجز قال ابن حبيب كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام فلا يقسم
 بالتصرى لازرعا ولا حصيدا ولا مدر وسا ولا مصبرا الا كيلا فيما يكال أو وزنا فيما يوزن أو عددا فيما
 يعد ما خلا الثمار اذا بدأ صلاحها وقاله مالك ومن أحصاه بمطرف وابن الماجشون وذلك يحتمل
 أن يعلل بعلمين على أصل ابن القاسم لانه لا يجزى فيه الخرص فلا يصح التساوى فيه والثاني انه
 لا يقبض في الوقت وعدم التقابض فيه يفسد قسمته وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم انه كره
 قسمة البقول بالخرص قال ابن عبدوس لانه لا يقبض كل واحد منهما ما صار اليه وقد أخطأ من قال
 عنه انه لا يجزى قسمته بالتصرى بعد الجذ وهو يجزى بالتصرى في الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه
 التفاضل (مسئلة) وان كانت الثمرة قد أزهت أفردت الرقاب بالقسمة ثم ان قسمت الثمرة بعد
 ذلك لاختلاف الحاجة فيسقى كل واحد نخله وان كانت ثمرتها الغيرة كبائع ثمرة نخله وأنكر ذلك
 سحنون وقال القسم تميز حق والسقى على من له الثمرة بخلاف البيع ولو كان كالبيع لم يكن على
 صاحب الاصل الا ان يسقى نصف ماله في أصله ونصف ما في نخل صاحبه لأن الثمرة قد تختلف في
 الخرص فتعدل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فيختلف السقى والخرص سواء وفرق آخران الجملة في
 البيع دون القسمة (مسئلة) فان قسمه صبرا فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتصرى فان
 قسم بمقاديره فقد قال ابن الماجشون في المجموعة في قسم الرطب والتمر والعنب انه يقسم على الأكثر
 من شأنه في البلد من الوزن أو الكيل قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم القاضي الزيت كيلا أو
 وزنا أي ذلك شاء فعل وقد قال أشهب في المدونة يبيع الزيت بالكيل فاما بالوزن فأى عرف ما في ذلك
 من الكيل فلا بأس به وان كان ذلك يختلف فلا خير فيه فجعل الاصل فيه السكيل وان قسم على
 التصرى فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل أو مما يجوز فيه التفاضل فان كان مما يجزى فيه
 الر بافقد حكي ابن حبيب في واخه عن مالك وأصحابه ان ما لا يجوز فيه التفاضل لا يجوز قسمته مصبرا
 بالتصرى الا كيلا في المكيل أو وزنا في الموزون أو عددا في المعدود وحكى ابن القاسم عن مالك انه
 يجوز قسمة الخبز واللحم والحيتان بالتصرى وجه القول الاول انه مما يجزى فيه الر باويلزم فيه التساوى
 ولا يوصل الى حقيقة ذلك بالتصرى لأن التصرى ليس بمقدر في نفسه فيعرف به التساوى وانما يتصرى
 به الموزون أو المكيل ولا يدرك حقيقة ذلك بالتصرى ووجه القول الثاني أن التصرى طريق الى
 معرفة التساوى والتفاضل كالوزن والكيل ولا شك ان التساوى في أحد المقدارين لا يمنع التفاضل
 بالمقدار الثاني (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بشرطين أحدهما ما ذكره في كتاب ابن المواز
 انه لا يجوز ذلك في المكيل وانما يجوز في الموزون كاللحم والخبز والحيتان واحتج لذلك ابن
 حبيب بان التصرى انما يجوز عند عدم ما يقدر به والكيل لا يعنى ولو بالحفنة وانما يعنى الموازين
 وظاهر قول مالك في المدونة يجوز السلم في الخبز بالتصرى يدل على انه يجوز ذلك مع وجود الموازين
 لأنه في الغالب انما يسلم اليه في أمد يمكن تحصيل الموازين فيه وكل موضع يكون فيه استيفاء ما يوزن

غالب يوجد فيه الموازين فان قال بهذا أحد من العلماء فيجوز على قوله بالتصري (فرع)
والشرط الثاني واه عيسى عن ابن القاسم في العتيسة ان ذلك في الشيء القليل ووجه ذلك ان
الكثير لا يتحقق فيه التساوي بالتصري 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 الإباحة وينافيا والله أعلم (مسئلة)
وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص فقد روى ابن
حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون انه يجوز اقتسامه تصريا 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 بالتصري وقس قيل لا يجوز واجازته أحب الينا
وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم انه لا يجوز قسم الحناء والتبن والنوى والسكتان
والمسك الا كيلا في المكييل أو وزنا في الموزون الا ان يتبين التفاضل البين قال ابن عبدوس
وقول ابن القاسم بعد في الاصل وأحب الي وقال ابن عبدوس في البقول قد أخطأ من قال في البقول
عن ابن القاسم انه لا يجوز قسمها بعد الجدة على التصري وهو غير التصري في الخبز واللحم فكيف بما
يجوز فيه التفاضل وهذا خلاف ما اختاره في قسمة الحناء والسكتان والمسك والخلاف في هذه
المسئلة ظاهر في المنه والوجه رواية الجواز انه يجوز فيه التفاضل فاذا تصري المساواة فهو أجز
لأن كل ما يجوز فيه التفاضل يجوز فيه التساوي وقد يجوز التساوي فيما لا يجوز فيه التفاضل
ووجه رواية المنع أن التصري مع عدم التفاضل بين 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 فيها يكال ويوزن
فقد قال بعضون لا يكون فيه السهم يريد لا يقسم بالقرعة وكذلك عندي ما قسم بالتصري لأن التصري
يبدل من الوزن وذلك اذا تساوت السهام في الجودة والجنس والقدر لم يجمع في ذلك الى سهام
كالدنانير والدراهم بخلاف ما يحتاج الى التمود فانه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه

(فصل) وأما ما لا يقسم الا بضرر فغنى ما لا يصح ذلك فيه كالعبد والداية ومنه ما يمكن ذلك فيه
ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو السكتان أو المصوف أو الحرير أو الخز أو الجمل أو
الجذع من الخشب وقد قال أشهب في المجموعة لا تقسم الخشبة فان قيل من الخشب ما يصلح بالقطع
وكذلك من الشيا ما يكون قطعه صلاحا ولا يكلف ذلك من أباه وانما القسمة في غير الرباع من
الارضين فيما لا يحال عن حال ولا يحدث بالقسمة فيما لم يكن فيه من قطع ولا زيادة دراهم وقال ابن
حبيب أيضا لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد (مسئلة) وما كان في حكم العين الواحد كاللباس
والخفين والجور بين وحكمه في منع القسمة اذا أبي ذلك أحد مما حكم العين الواحدة قاله ابن القاسم
وغيره من أصحابنا واختلفوا في الثوبين فقال ابن القاسم في المدونة ان لم يكن في ذلك فساد
فسمتهما بين الثريتين وان كان فيهما فساد لم أقسهما والله التوفيق وقال ابن حبيب لا تقسم
وجعلها كالخرج وجوز أشهب قسمتها في المجموعة وجه القول الاول ان الغالب من حالهما
استعمالهما جميعا في الحمل على الدابة فلا يقسمان كالخرج ووجه القول الثاني انه قد تستعمل الواحدة
منهما غالبا على الدواب وعلى ظهور الرجال فثبت لها حكم القسمة (فرع) اذا ثبت ان ذلك لا يقسم
فان اتفقا على بقا ذلك على حكم الشركة جاز ذلك وان أرادوا أن يتهاونوا في ذلك جاز ولا يجبر أحد

على ذلك ومن دعوى البيع أجبر اشراكه على التسوية معه فان أراد البيع من دعواه قبل لمن
أباه من اشراكه اما ان تأخذ حصته بما أعطى فيها واما ان يبيع معه

﴿ القضاء في الضواري والحريسة ﴾

قوله الضواري يريد ما ضربت أكل زروع الناس من البهائم والحريسة الماشية المحروسة
والضواري هي التي تسمى العوادي وقد قال مالك في المدونة في الابل والبقر والرمك التي تعد في
زروع الناس قد ضربت ذلك أرى أن تغرب وتباع في بلاد زرع فيها قال ابن القاسم وأرى الغنم
والدواب بحسب اتباع الا ان يحبسها أهلها عن الناس يريد ان استطاع أهلها أن يحبسوها لكون
الدواب مستخدمة غير مهملة والغنم يجب حفظ رعيها فذلك لم وان لم يستطيعوا ذلك ووصل ضررها
الى الزرع بيعت على الوجه المذكور وقال ابن حبيب قال مالك يأمر الامام ببيعها وان أكره رعيها
ووجه ذلك انه ليس له الاضرار بجيرانه 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 يكف
أذاها بنديج أو تغريب الى بلد لا زرع فيه الا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها فله ذلك (مسئلة)
وأما ما كان من الحيوان مما لا استطاع حراسته ومنعه من الأذى كالنحل يتغذى الرجل في القرية
يضر بشجر القوم أو يتخذ فيها برجا أو ياله العصافير والحمام فيصيب من فرخها فتضر بالزرع قاله
مطرف أرى أن يمنع من اتخاذها ما يضر بالناس في زرع وعهدهم وشجرهم لان هذا طائر ولا يمكن
الاحتباس منه كما استطاع ذلك في الماشية وقد قال مالك في الدابة التي ضربت بافساد الزرع ولا
يحرس منها تباع وتغرب فالنحل والحمام أشد وكذلك الدجاج والاوز وشبهها مما لا استطاع
الاحتباس منه واما ما استطاع الاحتباس منه فلا يؤمر صاحبه باخراجه واختاره ابن حبيب ومعنى
ذلك ان الماشية وما يمكن الاحتباس منه بالحفظ المهور لا يؤمر أهله ببيعها وانما يؤمر بذلك فيما تعذر
ولا يمنع بالحفظ المعتاد لما برته على ذلك وهو بمنزلة النحل والطير الذي لا يمكن التصرز منه فانه يؤمر
بإزالته ابتداء وان لم يخرج على عادة جنسه ووجه ذلك انه لا يمكن التحفظ منها ولا دفع أذاها وقال
أصبغ النحل والحمام والدجاج والاوز كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وان ضربت وعلى أهل
القرية حفظ زرعهم وعهدهم وشجرهم وكذلك قاله ابن القاسم وقال ابن كنانة في المجموعة وزاد وما أحب
أن يؤذى أحد ووجه هذا ان هذه معان لا تضرى الابل النهار ولا يجرد الناس بدامن 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 اتخاذه فهو ضامن تقدم اليه أو لم يتقدم وذلك يقتضي ان ما أفسدته المواشي حيث
لا يجوز اتخاذها لانه ليس بموضع مسرح ولا جرت العادة بارسال المواشي فيه فان على أهلها ضمان
ما أفسدته ليلا أو نهارا قبل التقدم وبعنه والله أعلم وأحكم ص مالك عن ابن شهاب عن حرام بن
سعد بن عبيدة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل ففسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان على أهل الحوائط حفظها وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها ﴿ ش ما قضى
به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار يريد والله أعلم أحد معنيين اما أن

﴿ القضاء في الضواري ﴾

والحريسة ﴿

﴿ حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن حرام
ابن سعد بن عبيدة ان
ناقة للبراء بن عازب دخلت
حائط رجل ففسدت 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 فلما وجب لذلك حفظ الزرع التي هي معظم الأقوات وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزرع ولا يلزمهم ذلك بالليل لانه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم وليس بوقت رعى الماشية في غالب الحال والوجه الثاني ان أهل الزرع ان أرادوا حفظ رزقهم ودفع الضرر عنها فان عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعى المواشي بالنهار ولا بد مع ذلك من الأهمال وليس كل أحسنه من رعى لثقتهم وادابته فان منعها الرعى اضربها وان أراد الحفظ لها لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم وفائدة الكلام على الوجهين انه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وقال الليثي ضمن أرباب المواشي ما أفسدت بالليل والنهار والدليل عليه الحديث المتقسم والمعنى الذي ذكرناه وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى وداود وسليمان اذ يصحكان في الحرث اذ نفست فيه غم القوم وكننا الحكمهم شاهدين قالوا والنفس لا يكون الا بالليل وقد ذكر مثل هذا عن شرح وهذا ليس بين لانه لو كان في الآية التصريح بالحكم انه ضمن أهل الماشية التي نفست لم يكن فيه نفي الحكم بذلك في الراعية بالنهار الا من جهة دليل الخطاب وليس عندي دليل صحيح فكيف والآية لم تتضمن تفسير الحكم ولا يبيانه وانما في ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فسواء كان محظرا أو غير محظر عليه واه أشهب وابن نافع في العتية عن مالك وزاد في المزنية عيسى عن ابن القاسم وجميع الأشياء في ذلك سواء

(فصل) قوله وما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها بمعنى مضمون وبهذا قال مالك والشافعي روى ابن القاسم عن مالك أرى أن يقضى فيما أفسدت المواشي بما جاء في الحديث والزرع مثل الحوائط 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 ان أهمالها بالليل من باب التعدي لانه ليس بوقت رعى معتاد فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالثاقب والسائق فيما أفسدت الدابة (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشي ضمان ما أفسدته بالليل فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عليهم قيمة ما أفسدت على الرجا والخوف أن يتم أو لا يتم زاد أشهب وابن نافع عن مالك في المجموعة وان لم يبد صلحه وزاد عيسى عن ابن القاسم قيمة لو حل يبعه قال في رواية مطرف ولا يستأنى بل زرع أن ينبت أو لا ينبت كما يمنع بسن الصخبر وجه قول مالك ان ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه لانه كان قائما على أصله بين رجا وخوف أن يعوقه عائق من كثرة ماء أو قلة وغير ذلك فعلى ذلك تعتبر قيمته ولما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله ولا يحكم لصخبره بحكم كبير لمزم غرم قيمته على صفته ولم يعتبر بان يخلف بعد ذلك أو لا يخلف بخلاف السن الذي انما يراعى الجمال والمنفعة بها فاذا ثبتت كانت الجناية عليها أخف ولم يلزم ضمانها جلة واذا ثبت من نباتها لم يمت فبها ديتها دون قيمتها والبيات محتصة بما يتلف ولا يعود فلذلك استثنى ليحلم من نباتها أو عدمها يجب من قيمته أو ديتها والله أعلم (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشي قيمة ما أفسدت فيلزمهم ذلك وان كان أكثر من قيمتها رواد ابن القاسم عن مالك وقال الليث انما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت والدليل على ما قاله مالك ومن تابعه ان هذه الجناية ليست من المواشي وانما هي من أربابها فلا يجوز لهم تسليها بجنايتها ولا يقصر الارش على قيمتها كما لو أصابت مع الثاقب والسائق (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 فان كانت فيه منفعة فعليه قيمته حين الرعي لا يراعى فيه رجاؤه ولا خوف مع الأدب وان لم يكن فيه منفعة فلا شيء عليه في ماله وعليه الأدب بقدر سفته وافساده رواه ابن حبيب عن مطرف وقال أصبغ وان عاد لهيئته فانه يقوم على الرجاء والخوف نبت أو لم ينبت قبل الحكم وبعده وجه القول الأول ان الزرع له قيمتان احدهما ان يكون في نفسه ينتفع به ويرجى تزايد منفعته والثاني ان لا يكون في عينه منفعة الا ما يرجى من انتهائه اليه فان كانت فيه منفعة لنفسه ان حكم عليه قبل نباته قيمة المنفعتين لان عليه قيمة مثل ذلك الزرع على قوة الرجاء فيه وان نبت قبل الحكم عليه وصار على ما كان عليه فمعدا الى ما كان عليه فعمله لم يتلفه عليه ولزمنه قيمة البقل الذي هو من نبات أصل زرعه وأما ان كان حين رعيه لا منفعة فيه ثم عاد الى ما كان عليه قبل الحكم فلم يتلف شيأ له فيه فلا شيء له عليه ووجه قول أصبغ ان ما تلف عليه يلزمه فيه قيمة الرجاء والخوف وما تلف فاتمها وفاؤدة الأصل الذي بقي في الارض فهو لا يأخذ منه قيمة الأصل وانما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع ولانه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب ان لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل يعود بالنبات فتبطل القيمة أو لا يعود فيثبت وجوبها كمن الصبي (مسئلة) وهذا حكم ما أفسدت من الزرع والحوائط والحراث وأما لو خرجت ليلا فوطئت رجلا قائما فقطعت رجلاه فانه هدر قال ذلك كله عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال جرح العجماء جبار ومن جهة المعنى ان هذا الأمر لا يقصده المواشي غالباً فلا تحرس منه

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

(فصل) وهذا نص ذكره أصحابنا في هذه المسئلة وهو عندى في الموضوع الذي يكون فيه الزرع أو الحوائط مع المسارح والمواضع عندى ثلاثة أضرب موضع تتداخل فيه المسارح والمرامى والثاني ان تنفرد المرعى أو الحوائط وليس بمكان مسرح والثالث ان يكون موضع مسرح وليس بموضع زرع فيحدث فيه انسان زرعاً فان كان موضع زرع ومسرح فقد تقدم ذكر حكمه وهو الذي ورد فيه الحكم عندى والألف واللام في الحائط والمواشي المذكورين في الحديث للعهد لاجتماع الأمرين فيه فالوالم يكن لأهل المواشي ارسالها بالنهار فيها لخرج عن أن يكون لها مسرحاً ولو لم يرد هذا بالحديث وأرى يده الشاذة من المواشي لما قضى على أهل الحوائط بحفظها بالنهار لان ما يشذ ويندر لا يحتاج الى الحفظ وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل وان كان موضع زرع دون مسرح فهذه عندى لا يجوز ارسال المواشي فيها وما أفسدت ليلاً أو نهاراً فعلى أصحاب المواشي ضمانه وقد قال أصبغ في المدينة ليس لأهل المواشي أن يخرجوها الى قرى الزرع بغير ذواد ولكن عليهم أن ينودوها عن الزرع فاذا بلغوا المرعى والمسارح سرحوها هنالك فاشذ منها الى الزرع والجنات فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعها وأما الموضوع الثالث وهو موضع مسرح جرت عادة الناس بارسال مواشيهم فيه ليلاً ونهاراً فحدث رجل فيه زرعاً من غير اذن الامام في الاحياء فانه ليس على أهل المواشي الامتناع من ارجاء مواشيهم ليلاً أو نهاراً وما أفسدته من زرعه بالليل فلا ضمان عليهم فيه لانه جرح الجنابة الى نفسه حيث زرع بموضع المسرح وأراد منع الناس من منافعهم التي قد ثبتت لهم والله أعلم (مسئلة) واذا كانت الدواب تعبر في الزرع فتنفسه فخررب الزرع حول الزرع حفر المسكان الدواب فوق بعضها في ذلك فأت فروى أصبغ عن ابن القاسم لا شيء عليه ولو لم يندبرهم قال أصبغ وهو قول مالك ان شاء الله تعالى وقد قال فيمن يحفر للسارق زبينة فوق وقع فيها السارق أو غيره انه يضمن ص مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقاً

لخاطب سرقوا ناقلة رجل 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 لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للزني كم بمن ناقتك فقال المزني كنت والله أمتعها من أربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى وسعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القية ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يفرم الرجل قيمة البعير والدابة يوم يأخذها ثم ش قوله ان رقيقا لخاطب سرقوا ناقلة رجل من مزينة فانتحروها لا يخلوا أن يكون ثبت ذلك عندهم بينة أو باقرار العبيد مع دعوى المزني أو بدعوى المزني في ذلك معرفة خاطب وطلبه يمينه على ذلك فنكل خاطب وحلف المزني فان كان ذلك بينة أو نكول خاطب وحلف المزني فعلى ماتقدم في سائر الحقوق وقال ابن عباس في عبد انتحرجارا وقال خفت أن أموت جوعا لا يقطع ويغرم سيده بمن الحار وقال محمود ذلك اذا ثبت أن السيد كان يجيعه فيغرم أو يسلمه وانما غرم عمر خاطبا وترك قطع عبيده لانه كان يجيعهم فعلى هذا أيضا يجمع بين القطع والقية وقد قال في الحديث انه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم فعلى رأى ابن المواز انصرف عنه الى التقويم لما ثبت عنده انه كان يجيعهم وعلى رأى أصبح انه جمع بين الأمرين ولعله كان للعبيد مال فوقع الغرم منه وقال لخاطب لأغرمنك غرما يشق عليك يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذي كان له أخذه ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه فبه 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 بما يقويها وأما اذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الخال فان اقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده وقد قال مالك في عبد أصاب صبيا بموخذة فأتى متعلقا به ولا يئنه له فأقر العبد بما كان قريبا من فعله ويأتى مكانه متعلقا به فليقبل منه فأما ما بعدوا عما يقول كنت فعلته فلا يقبل منه وقاله ابن القاسم وقد قال مالك في عبيد دخل عليهم وعندهم شاتان مذبوحتان يعرفان لجارهم فأقر اثنتان منهم ووجد الثالث ان غرم ذلك على سادتهم فعلى هذا أيضا يحتمل أن يكون انما أغرم خاطبا لما وجدت الناقه بين أيدي العبيد وعرف انها كانت للزني 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 حوزها ولم يسرقوها من المرعى وسيأتي معنى الحرز مفسرا في كتاب القطع في السرقة

لخاطب سرقوا ناقلة رجل 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 لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للزني كم بمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله أمتعها من أربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى سعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القية ولكن مضى أمر الناس عندنا على انه انما يفرم الرجل قيمة البعير والدابة يوم يأخذها

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

(فصل) وقوله والله لأغرمنك غرما يشق عليك يريد به الغرم الكثير الذي يعلم أن خاطبا يتوجع له مع كثرة ماله ولعله أداه اجتهاده على أن ذلك يجوز له على وجه الادب والتعزير لخاطب على اجاعته لرقيقه واحواجه لهم الى السرقة التي كانت سبب قطع أيديهم وسبب اتلاف ناقته المزني فرأى أن يفرمه اياها ولعله قد كان كرر نهيها عن ذلك وحمله في قوتهم حدا لم يمتثل له قال مالك فبين اتخذ

في ماشيته كلبا عقور افتقد الى الامام في ازالته فلم يزله وقتل احداً ان علي صاحب ديتيه ولا شك أنه لو كان عبداً للزمته قيمته وقد قال مالك فمين غش لبنا أوزعفرانا أو مسكلاً بهراق وليتصدق به ولم يخص قليلاً ولا كثيراً وقال ابن القاسم وغيره انما ذلك في اليسير فأما الكثير فلا يتصدق به ويوجع أدباهذا الذي أشار اليه أصحابنا في تأويل هذا الحديث ويحتمل عندي أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقه لما اعتقده من كثرة قيمتها وان حاطب اشق عليه غرم مثلها والله أعلم وقد سأل ابن مزين أن أصبح عن قول مالك ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة ان كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضعيف قال أصبح لا يمازم السيد من ذلك الاقيمة واحدة لا أقل ولا أكثر الا في ماله ولا في رقاب العبيد القطع الذي وجب عليهم قال الداودي غلط من ظن أن القطع نفذ وانما كان عمر أمر بقطعهم ثم قال أراك تجيعهم ثم أمر بصرفهم ولم يقطعهم وعذرهم بالجوع وهذا معلوم من سيرة عمر في عام الرمادة فانه لم يقطع سارقاً وقد روى ابن وهب في موطنه حدثنا مفسران من حديث أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبد الرحمن بن حاطب قال توفي حاطب وترك أعبدانهم من يمنة من ستة آلاف يعملون في مال لحاطب بسوان فأرسل عمر فقال هؤلاء عبيدك قد سرقوا ووجب عليهم ما وجب على السارق فانتحروا ناقه رجل من مزينة واعترفوا بها ومعهم المزني فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم أرسل وراءه من يأتيهم فجاءهم فقال لعبد الرحمن بن حاطب أما لولا اني أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتمهم ولكن والله اذا تركتم لأغرمنك غرامة توجعك (مسئلة) وان كان للعبيد أموال فقد قال أصبح انما كان يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال والا فلا شيء وانما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها في غير السيدين اسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها وقال ابن المواز لا يتبع في السرقة التي تقطع في رقبتها ولا في يده ولو ثبت ذلك بالبينة اذا لم توجد بعينها لان ماله انما صار له بعد العتق (فصل) وقوله للمزني كم بمن ناقته يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما اتفق حاطب من معرفة قيمتها لان القول قول الغارم ويحتمل أن يكون بدأ بالمزني ليعرف منتهى ما يدعيه ثم توقف حاطب عن الاقرار بذلك والانسكار له وهكذا وجه العمل لانه لا يوقف مدعي عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعي في دعواه تلك في قدرها وجنسها فيصح توقيف المدعي عليه على ذلك ليقرر بعد ذلك أو ينكر (فصل) وقول المزني كنت والله أمتنعها من أربع مائة درهم على معنى الاخبار بقيمتها على التعري بذلك وان ذكر أقل ما يمكن من قيمتها وما كان يتنع من بيعها به ويحتمل أن يكون قسمه على معنى تحقيق دعواه والاخبار عن ثبته كما قال وما ادعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه ولم يمتنع عمر أن يحلفه إيمان حاطب بصدقه لان قوما شهدوا له بذلك اولانه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه باجاعة رقيقه ولذلك لم يقتصر على ما ادعاه المزني من قيمة ناقته حتى أضعف ذلك عليه ورأى المزني أحق الناس بذلك لانه هو الذي جنى عليه بتفويت ناقته لانه وان كان أخذ قيمتها أربع مائة درهم فقد كان له غرض في عينها ففوتته عينها بسرقتها ونحرها وهذا وان كان وجهها لا يجتهد عمر بالقضاء اليوم لا يرون ذلك ويرون على من جنى بتعدا وغيره قيمة واحدة هذا اذا حملنا قول عمر على أنه قصد تضعيف القيمة عليه ويحتمل انه لم يقصد ذلك وقصد وجهها من وجوه سند كبر بعضها بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله أعطه ثمانمائة درهم ظاهره تضعيف القيمة التي ادعاه المزني وقد قال مالك باثر

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 ويعتدل عندى أن يكون عمر إنما أضعف القيمة لأن المزني ادعى لنفسه قيمة ناقة في بلد أو زمن غير البلد أو زمن التي سرقته والقيمة تتضاعف فيه ولذلك قال وإنما يفرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه يريد أن قيمته ان زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغيير الأسواق بانتقال زمن أو ينقله إلى مكان فإن تلك الزيادة له ولو نقصت لكان النقصان عليه وقد قال الشيخ أبو محمد رأيت لأبي كنانة أنه إنما سأله عن ثمن ناقته فأضعفه يعتمل 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 أمر يجب المصير إليه غير أن الأول أظهر والله أعلم وأحكم (فصل) وقول مالك وإنما يفرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه يريد أن مالقه من نقص في ضمان من أخذه فإن أدركه نقص ثم هلك ضمنه الآخذ سالما من ذلك النقص وإن وجهه ناقصا فعلى ما قدمناه قبل هذا من مرعاة النقص إن كان من فعل الآخذ أو من فعل غيره وإن زاد عند المتعدى فوجده صاحبه كان له أخذه بزيادته وإن هلك بعد الزيادة لم يكن عليه الا قيمته يوم الأخذ والله التوفيق

﴿ القضاء فيمن أصاب شيئا من البهائم ﴾

ص • قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أصاب شيئا من البهائم ان على الذي أصابها قدر ما نقص من ثمنها • ش وهذا على حسب ما قال ان من أصاب شيئا من البهائم فقيمتهما جنايته تنقصا لم يمنع منفعتهما المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها وذلك أن تساوى سالمة عشرة دنائير وتساوى بالجناية ثمانية فإن عليه ما نقص منها وذلك خمس قيمتها وذلك ما تلف منفعتهما المقصودة منها فإن أتلقت منفعتهما المقصودة منها من عملها أو غيره فعليه قيمتها وبه قال الليث وقال الشافعي ليس عليه الا ما نقص منها وبه قال أبو حنيفة في عين الدابة والبقرة ربع ثمنها وفي شاة القصاب ما نقصها قال الطحاوي وهذا استحسن وقد تقدم الكلام في هذا في باب القضاء في استهلاك الحيوان بما يغني عن اعادته والله أعلم ص • قال يحيى سمعت مالكا يقول في الجمل يصل على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فإنه ان كانت له بينة على أنه أراد وصل عليه فلا غرم عليه وإن لم تقم له بينة أمقالته فهو ضامن للجمل • ش وهذا على ما قال ان من صال عليه جمل أو دابة فقتلها أو قامته بينة بأنه قد خافها على نفسه أن تقتله فلا ضمان عليه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري هو ضامن والدليل على ما نقوله ان من قتل نحوفا على نفسه دفعاله عنها فإنه لا ضمان عليه كالعبد ير يد قتل الحرفيقتله الحر دفعاله عن نفسه فإنه لا شيء عليه من قيمته (مسئلة) وهذا حكم الجمل اذا صال فقتل أو عض فلا يجلو أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس ولم يتكرر ذلك منه أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهر بذلك وخيف من أجله فإن كان لم يشتهر بذلك فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم اليه السلطان فيه فاذا تقدم اليه فيه فقد قال مالك اذا تقدم اليه في البعير والدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلا أو نهارا وقال أشهب في العتية لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم اليه السلطان في ازالته أو جبرانه فهو حكم عليه بضمان ما يتلفه فلزمه بذلك كالحائط المائل وجه قول أشهب قوله صلى الله عليه وسلم جرح المعجاء جبار ومن جهة المعنى ان اتخاذ مباح ولو لم يكن اتخذها مباحا على

﴿ القضاء فيمن أصاب شيئا من البهائم ﴾
• قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أصاب شيئا من البهائم ان على الذي أصابها قدر ما نقص من ثمنها • قال يحيى سمعت مالكا يقول في الجمل يصل على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فإنه ان كانت له بينة على أنه أراد وصل عليه فلا غرم عليه وإن لم تقم له بينة أمقالته فهو ضامن للجمل

الاطلاق لضمن جنائته وان لم يتقدم اليه (فرع) اذا قلنا يضمن فهل يكون ذلك في ماله أو على عاقلة
 قال مالك في الجمل الصؤل قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة انه يضمن ما أصاب وهو على العاقلة
 وقال ابن المواز ما بلغ ثلث الدية فعلى العاقلة وقد روى عيسى عن ابن القاسم ان هذه الجنابة تكون
 في مال صاحب الجمل الصؤل والكلب العقور ولا شيء من ذلك على العاقلة وجه القول الأول انها
 جنابة مضاف خطأها الى صاحب الدابة فاذا بلغت الثلث فهي على العاقلة كما لو باشرها ووجه
 الرواية الثانية انها جنابة من مملوك فلم تجاوز مال صاحبه الى العاقلة أصل ذلك جنابة العبد (مسئلة)
 وأما الكلب العقور فان المعاني المؤثرة في ضمان صاحبه أن يتخذ وهو يعلم انه يعقر والثاني أن
 يتخذ لما 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 الحائط المائل وقد
 قال أشهب في المجموعة في الحائط المائل المخوف الذي بلغ شدة الغرر فلم يهدمه وقد أمكنه هدمه يضمن
 ما سقط عليه أو شهد عليه أو لم يشهد عليه لانه متعدي كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له وان لم يبلغ ذلك
 لم يضمن أو شهد عليه أو لم يشهد ويضمن اذا تقدم اليه السلطان وأما اذا كان الكلب 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 لما 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 فممن اتخذ كلبا في داره ماشيته انه يضمن ما عقر قال محمد لانه للناس اتخذه لان الماشية
 انما يخاف عليها في الدار من الناس وانما أبيع اتخاذا الكلب للزرع والحرب والماشية في مواضع رعيها
 وحيث يدفع الذئب عنها قال محمد وهو قول أشهب وروى أصبغ عن ابن القاسم في المزنية ان
 اتخذه حيث يجوز له اتخاذه لم يضمن حتى يتقدم اليه فيه وان اتخذه حيث لا يجوز له ضمن 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 ضمن 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 مر بوطاة أو تنفلت من رباطها وقد أغرر 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 سبباً لاتخاذه على ذلك الوجه وانما الكلب العقور الذي شهى 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 حال أشهب في العتبية لا يضمن رب الدابة على حال تقدم اليه السلطان
 أو جبرانه فيحتمل أن يربد دابة خيف ذلك منها ولم يتقدم لها عقر ولا شهرت به فيكون وفاقاً لما تقدم
 ويحتمل أن يربد الذي تقدم لها الصول والأذى فيكون خلافاً لقول مالك ويفرق بينه وبين
 الكلب بان الكلب منهي عن اتخاذه وانما أبيع اتخاذه لدفع الضرر على وجهه ما والحى مباح اتخاذه
 على الاطلاق وانما يؤمر صاحبه بكف ضرره اذا ثبت ضرره (مسئلة) والتقدم الى صاحب
 الكلب والجمل انما يكون اذا ثبت ضرره ويحتمل عندي أن يتقدم اليه فيه اذا ثبت انه على حال كان
 يتقى ضرره ولا يؤمن عقره كالحائط المائل وقد قال ابن مزين لا يكون التقدم الاعند السلطان اذا
 كان بموضع فيه سلطان فان كان بموضع لا سلطان فيه أو شهد عليه العدول بالتقدم اليه فقط ووجه ذلك

ان هذا حكم ولا يثبت حيث يكون حاكم الاجمعه وأما موضع لاحاكم فيه فجماعة المسامين تقوم مقام
الحاكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس اليها 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 الخائط
المائل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره روى عنه ابن المواز عن
ابن القاسم وليس له اتخاذها في داره لحراسة الناس ولا يمن يسرق لانه ليس من الوجوه التي ورد
الشرع بإباحة اتخاذها لانه لا يباح له عقير السارق ولا قتله وإنما يباح له طرده وعقر السباع المؤذية
في الزرع والماشية مباح وكذلك الصيد للكل والله أعلم

(فصل) وقوله فان لم يتم له بينة الاقوله ضمن ولم يذكر ان كان يثبت ذلك بشاهد ويمين أم لا
ويحتمل أن يكون فيه الخلاف على ما يأتي بعد هذا وأما اذا صال الجمل فقتل فقدر روى عيسى عن ابن
القاسم في المزنية في الكلب العقور أو الجمل الصول والثوران أصابوا رجلا بعد التقدم الى أر بابها
ولم يشهد على ذلك الا شاهد واحدان ورثته يحلفون يمينا واحدة ويستحقون دية صاحبهم وقال
أصبغ لا يثبت من هذا الا ما شهد به شاهدان وأنكر روى عيسى في ذلك انكارا شديدا وقال دية
الحرام المسلم لا تثبت بيمين وشاهد واحد وجه قول ابن القاسم ان هذه شهادة لا يستحق صاحبها غير المال
وجه فثبتت بشهادة ويمين كالقرض والقراض ووجه رواية أصبغ ان دية جنانية في الجسد على
حرف لم تثبت الا بشاهدين كما لو جناها انسان

﴿ القضاء فيما يعطى العيال ﴾

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن دفع الى العسال ثوبا يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب
لم أمرك بهذا الصبغ وقال العسال بل أنت أمرتني بذلك فان العسال مصدق في ذلك والخياط مثل
ذلك والصانع مثل ذلك ويحلفون على ذلك الآن يا توبأبأمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم
في ذلك ويحلف صاحب الثوب فان ردها وأبأمر 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
العسال انه أمره بذلك وهذا ظاهر لفظ الكتاب الآن صاحب الثوب قد ينكر وهو على وجهين
أحدهما أن يقول أمرتك أن تصبغه والثاني أن يقول لم أمرك بصبغه فاذا قال أمرتك أن تصبغه
فانه أيضا على قسمين أحدهما أن يقول له أمرتك بغير هذا الصبغ والثاني أن يقول له أمرتك بهذا
الصبغ ويختلفان في القدر فان قال أمرتك بغير هذا الصبغ ولم يكن لواحد منهما يمينت فلا يخلو أن
يكون قبل العمل أو بعده فان كان قبل العمل فقد قال يتعالفان ويتفاسخان ووجه ذلك انه لم يفت
بالعمل وقد تعالفا في صفة ما وقع التبايع عليه فوجب أن يتصالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان
(مسئلة) فان تعالفا بعد العمل فالقول قول الصباغ وكذلك ساثر 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 حائر فلا يستحق أخذه منه الا بعد أداء ماله فيه وصاحب الثوب مدع
لأخذه مافي 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 الخائط يقول أمرتني أن أسج لك سبعافي
ثلاث وقال صاحب بل سبعافي أربع ان الخائط مصدق مع يمينه ولو قال البناء أمرتني أن أبني بيتا

﴿ القضاء فيما يعطى العيال ﴾
قال يحيى سمعت مالكا
يقول فيمن دفع الى العسال
ثوبا يصبغه وصبغه فقال
صاحب الثوب لم أمرك
بهذا الصبغ وقال العسال
بل أنت أمرتني بذلك
فان العسال مصدق في ذلك
والخياط مثل ذلك والصانع
ويحلفون على ذلك الا
أن يا توبأبأمر لا يستعملون
في مثله فلا يجوز قولهم
في ذلك ويحلف صاحب
الثوب فان ردها وأبأمر أن
يحلف حلف الصباغ

خسافي خمس وقال رب العرصة بل عشرة في عشرة تحالفان حلفا فسبح فلذلك ويقطع البناء
 نقضه الآن يشاء رب العرصة أن يدفع اليه قيمته مقلوعا وان نكل البناء وحلف صاحب العرصة لزمه
 ما قال البناء والفرق بينهما ان الحائث حائز لما صار في يديه والبناء لم يعجز العرصة ولا ما بني فيها بل
 صاحب العرصة حائز لذلك كله لانه في يده والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا اذا اختلفا في العمل
 فان اختلفا في الأجرة فيقول الصانع عملته بأربعة دراهم ويقول صاحبه استأجرتك بدرهمين فان
 كان لم يفت بالعمل تحالفا وتفا سخاوان فات بالعمل فالتقول قول الصانع بخلاف البناء فالتقول
 قول صاحب العرصة بمد البناء ذكره ابن نافع في النوادر عن مالك وذلك ان الصانع له يدعى ما صنع
 فيه فالتقول قوله فيها يديه ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب الثوب والبناء
 عليه يد صاحب العرصة فالبناء يدعي عليه زيادة في ثمن عمل قد فات وقبض منه فالتقول قول صاحب
 العرصة لانه غارم مدعي عليه فيها يديه والله أعلم (مسئلة) ولو قال الصانع لم تأمرني بشئ وقال صاحبه
 أمرتك بكذا ففي كتاب محمد في الخائط يقطع الثوب فيما يقول صاحبه أمرتك بقطع ففرملا أن
 الخياط مصدق ولا يضمن اذا حلف الا أن يقطعه قطعاً لا يلبسه الأمر وقال ابن ميسر اذا أقر الصانع
 انه لم يأمره بشئ فهو متعد وانما يصح الجواب اذا قال له صاحب الثوب اقطع على ما ترى وقد عرف
 ما يقطع للرجل فوجه القول الأول ان العامل لما كان مصنفاً عينه في العمل لمكان اليد صدق
 في انكار الصفة وكان سكوت رب الثوب عن الصانع يعني اصنع ما تراه وانما يجب أن يكون ذلك
 اذا افتراق عن أن يشرع في العمل دون وصف وأما اذا افتراق عن أن يعود اليه فيصغله ما يريد فهو
 على ما قاله ابن ميسر ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث الا بأن يفارقه صاحب الثوب على
 أن يعود اليه للوصف ويعتقد الصانع انه قد أذن له في العمل فعلى هذا يجب أن يكون القول قول
 العامل لانه حكم ما تركه عنده غالباً والله أعلم وأحكم وجه قول ابن ميسر انه أقر الصانع أنه لم يؤمر
 بشئ فهو متعد لا قدماه على العمل دون صفة ودون ما يقوم مقامها من العرف (مسئلة) فان اتفقا
 على انه لم يصغله شياً فيقول له صاحبه أردت كذا ويقول الصانع رأيت هذا مما يصالح لك ففسر روى
 عيسى عن ابن القاسم فبين دفع الى صانع جلدا ليعمل له خفين اذا جعل ما يشبه لباس الناس ولباس
 الرجل لم يضمن ولانه فوض اليه قال وكذلك الخياط في الثوب وعامل القلائس في النظارة
 ووجه ذلك أنه اذا قال اصبغ ثوبي هذا لونا فان أمره يتناول كل لون فأى لون صبغه الصباغ
 كان به متمثلاً لأمر الأمر وهذا اذا كان اللفظ يقتضي التفويض لمنعه أو اقترن به ما يقتضي
 التفويض ولو اقترن به ما يقتضي لونا يكون ان رب الثوب تعيينه لكنه أخر ذلك لوجه رآه فقد
 روى عيسى عن ابن القاسم وأما الصباغ يصبغ الثوب لونا بغير اذن ربه فهو ضامن كمن أمر رجلا
 بشراء خادم أو جارية ومعنى ذلك انه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضي التفويض اليه لان ذلك
 اذن له يدل على ذلك ما تقدم في قوله في مسئلة الخفين واذا تقدم هذان القسمان فان قول رب
 الثوب اصبغ هذا الثوب لونا يقتضي باطلاقة التفويض الى الصباغ ولا سيما على قول من قال من
 أصحابنا ان الأمر على الفور وذلك أيضا على قول من يقول انه على التراخي لانه لا خلاف انه يجوز
 للأمر امتثال الأمر المطلق على الفور الا أنه على القول الأول أزم الآن يقترن به ما يمنع التفويض
 وهذا أيضا معنى قوله اشترى خادما وفي المسئلة من قول مالك في الرجل يأمر الرجل يشترى له
 خادمة ولا يصفها له أنه ان اشترى له من يكون مثلها من خدمه لزم الأمر وهذا التخصيص بالعرف

ولولا العرف للزمه أى خادم اشترى له إذا اقتضى اللفظ ذلك وتعنى عما يصرفه عن مقتضاه
 (مسئلة) وأما إذا قل أمرتك بهذا الصبغ واختلاف في القدر في المدونة من قول مالك في الصباغ
 يصبغ الثوب فيقول صبغت بعشرة دراهم ويقول صاحب الثوب أمرتك بخمسة دراهم القول
 قول الصباغ إذا كان ما في الثوب من الصبغ يشبه ذلك فإن أى 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 أحدها ما تقدم وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه
 ما قال والشرط الثاني أن يتفقا أو يقول الصباغ لم يكن في صبغ فان 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 ويصبغ عليه فأما إذا لم يدفع إليه الثوب ولم يصبغ عليه ففي
 المدونة في مسألة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب لأن اليد لله والله أعلم وأحكم
 (مسئلة) وإذا قال رب الثوب عملته 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 مقرانه دفعه إليه ليصبغه ويدعى عليه هذه الأجرة وههنا ان كان ادعى الصباغ أجر
 مثله فلا يمين على رب الثوب لانه يدفع عن نفسه به شياً وان ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف
 رب المتاع ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل

(فصل) وأما إذا قل لم أمرك بصبغه فلا يجزى أن يقول دفعته اليك ولم أمرك بصبغه أو يقول لم
 أدفعه اليك فان قال دفعته اليك ودبعت 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 صاحبہ بتسليمه اليه فوجب أن يكون القول قول العامل في صفة القبض ولا يكون للدافع
 قبضه منه الا بينة أو اتفاق ووجه القول الثاني أن اقرار رب الثوب بما هو في تسليمه اليه أو ما
 الاذن فيا فيه من العمل فقد ادعاه العامل وأنكر رب الثوب فالقول قوله ان لم يكن للعامل بينة
 (فرع) إذا ثبت ذلك فالقول قول العامل فيا يشبه من الأجرة والارد إلى أجرة مثله قاله ابن القاسم
 في المدونة وقال غيره له الاقل من أجرة المثل أو ما دعاه وقد قال أبو محمد عبدالحق ان العامل إذا ادعى
 ما يشبه أجرته فلا يمين على رب الثوب لأنه لا يحيط عن نفسه بها شيئاً وإن ادعى أكثر من ذلك فعليه
 اليمين ليحط عن نفسه ما زاد على أجرة المثل (مسئلة) وإذا قال رب الثوب سرق منى ولم أدفعه
 اليك وقال بل استعملتني فقد قال ابن القاسم في المدونة يتحالفان ويقال لصاحب المتاع خذ منه عمولا
 وأدفع أجرة مثله فان أبى قيل للعامل خذ منه وأدفع قيمته غير معمول فان أبى كاتاشر يكن 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 اليه قيمة الصبغ أو يلم بقيمة الثوب غير
 مصبوغ الآن يشاء الصباغ أن يسلم اليه الثوب مصبوغاً بغير شئ فان أبى كاتاشر يكن صاحب
 الثوب بقيمة أبيض والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ رواه أصبغ عن ابن القاسم وقال النير في
 المدونة لا يكونان شر يمين والعامل مدع وجه القول الأول انه لما كان لكل واحد منهما شبهة ولم
 يعلم بتعدى العامل أو تهما الاباية إلى الشركة كالذي يبنى في أرض غيره بشبهة ووجه قول الغير ان

الصانع مدع فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب (فرع) اذا ثبت ذلك فوجه العمل في التعالف قال الشيخ أبو محمد ان 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 وان كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع حلف رب الثوب مادفع اليه ويؤدي قيمة الصبغ فان قال أريد أن أضمنه فان طاع الصباغ ان يعطيه قيمة ثوبه أبيض فلا يمين على واحد منهما وان أبي تحالفوا وكانا شرعيين في الثوب هذا من ذهب ابن القاسم وأما على قول الغير ان الصانع مدع فيحلف رب الثوب انه مادفعه اليه ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب هذا قول الصقليين والقرويين من شيوخنا وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضى التعالف قبل التخيير وعلى ما تأولو به ثبت التخيير قبل التعالف * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذي عندي ان حمل اللفظ على ظاهره أولى وهو ان يبدأ بإيمانها قبل التخيير لأن التخيير بما يستحق بعد الأيمان بخلاف أول الرب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الاذن في الصبغ ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدي فاذا اكمل ذلك بينهما بدى بتخيير رب الثوب لأن الاصل له وقد بسطت القول في هذه المسئلة في شرح المدونة والله أعلم بالصواب ص قال وسهت مالكا يقول في الصباغ يدفع اليه الثوب فيحطى به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذى أعطاه اياه انه لا يسه غرم على الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذى دفع اليه على غير معرفة بأنه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له * ش قوله ان الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب التى بعضها للقباض لها يقتضى ضمان الصانع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد هذا وضمانهم فى الجملة مما أجمع عليه العلماء وقال القاضي أبو محمد انه اجاع الصحابة وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه لا يصلح الناس الا ذلك * قال مالك فى المدونة والموازية وغيرها وذلك لمصلحة الناس واذا لاغنى بالناس عنهم كما نهى عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى للمصلحة وبمثل ذلك ضمن الاكرىء الطعام خاصة للمصلحة وما أدركت العساء الا وهم يضمنون الصانع قال القاضي أبو محمد لأن ذلك تتعلق به مصلحة وتظر للصانع وأر باب السلع وفى تركه ذريعة الى اتلاف الاموال وذلك أن بالناس ضرورة الى الصانع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه فلو قلنا القول قول الصانع فى ضياع الاموال لتسرعوا الى دعوى ذلك وللحق أر باب السلع ضرر لا بينهم بين أمرين اما أن يدفعوا اليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه ولا يدفعوه فيضر بهم فكان تضمينهم خلافا للفرعيين ودليلنا من جهة المعنى انه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للاخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية (مسئلة) ولو شرط الصانع انه لا ضمان عليه فى العتية والموازية عن أشهب عن مالك لم ينفعه الشرط وروى عن أشهب أن ذلك ينفعه وجه القول الاول انه محل للضمان متفق عليه فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه فى القرض والبيع ووجه القول الثانى انه شرط الضمان فيا يسقط عنه الضمان بالبينة عن تلفه من غير تعد فوجب أن ينفعه ذلك ويسقط عنه لأن معنى ذلك تصديقه فى الضياع ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك فى الاقتضاء والمشهور عن أشهب انه ضامن مع البينة والله أعلم (مسئلة) ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه فقال يكون عندي حتى آتى فأعمالك فيه فيضيع فقد روى ابن حبيب عن أصبغ انه ضامن لأنه تركه عنده على العمل لاعلى الامانة (مسئلة) وسواء كان الصانع

* قال وسهت مالكا يقول فى الصباغ يدفع اليه الثوب فيحطى به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذى أعطاه اياه انه لا يسه غرم على الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذى دفع اليه على غير معرفة بأنه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له

خاصاً أو مشتركاً خلافاً لأبي حنيفة في قوله يضمن المشترك وللشافعي في قبض المشترك قولان هذا
 الذي حكاه القاضي أبو محمد وحكى ابن حبيب عن مالك لا يضمن الصانع الخاص وهو الذي يجعله
 إلى مكانه يصنع فيه والذي يعمل في حانوته هو المشترك قال وقاله كله أصبغ وإذا كان معنى الخاص
 الذي يعمل عندك فالمشهور من المذهب أنه غير ضامن وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا وإن
 كان معنى الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل وإنما عمل بهذا خاصة في العتبية قال عيسى من دفع
 ثوباً إلى رجل بقصره أو يخبطه أو يرقعه فضاع عنده لم يضمنه إذا لم ينصب نفسه صناعاً وهو كالأمين
 حتى ينصب نفسه لذلك فيضمن فإذا قلنا إن الخاص هو من عمل في منزل صاحب المتاع وأنه لا يضمن
 ففسر وي عيسى عن ابن القاسم وابن وهب في العتبية أنه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد
 إلا إن يغر من نفسه فيضمن وجه القول الأول أنه صانع فكان ما يأخذه على حكم ضمان الصانع
 كالمشترك ووجه القول الثاني أنه غير قابض لما يصنع فيه فلم يضمنه باليد كما لو تلف قبل أن يتقبضه
 الصانع (مسئلة) وسواء عملوه بأجر أو بغير أجر فانهم 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 يتم له بينة
 على هلاك 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 إن كمر الثوب بحضرة صاحبه
 فقطعه من غير تفریط ولا تعذبه يضمن ومعنى ذلك إن الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم يتم به بينة
 وإذا أصابه أمر من قبله فهو أحق بالضمان لأنه لا يعلم فصدته (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 منه ما يزم الصانع نصف ما نقصه ووجه ذلك أنه لو كان من فعله مال كان
 منه ما فإذا تردت بينهما ولم يكن أحدهما أخص به من الآخر فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما (مسئلة)
 ويضمن الصانع ما أصاح فيه اليسير وإن كان بغير أجر مثل فص خاتم ورقيقة ثوب أو زره أو سير في
 قلاوة بقمته 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 مسثلتنا 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 صحیحاً وما قيمته ذلك اليوم مرفواً فيغرم ما بين ذلك وإن كثرا ضمن قيمته كله يوم دفعه إليه وروى
 ابن وهب عن مالك إذا أفسده بخصيطة فله أن يضمنه قيمته يومه صحیحاً وقال مالك في الموازية ولا يضمن
 من دفعت إليه لؤلؤة لثقبها إذا كسرت قال أصبغ في العتبية أو يخرم موضع الثقب ولو تعدى
 الثقب لضمن قال مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك الفوس تدفع لمن يعمرها والرمح لمن يقوم
 والفص لمن ينقشه والدابة يسرجها البيطار والسيف يقومه الصقال فينكسر ذلك كله أو المر يرض
 يسقى الدواء أو يكونه الطيب فيموت من كيه أو الخاتن يخنن الصبي فيموت من خننته أو الخجام
 يقلع الصرس فيموت صاحبها لا يضمن أحد منهم (فرق) والفرق بين هذا وبين ما تقدم مقاله
 ابن حبيب أن الغالب في هذا كله الفرر فصاحبه إذا أذن في العمل وعمل على ما جرت به العادة من
 العمل فقد عرضه لما حدث عليه فلا ضمان على الصانع وإنما يضمن بالتعدى أو بتلف بغير بينة فإذا لم
 يوجد منه تعد ولا تلف مجهول فلا ضمان عليه وقيل مالك في الموازية والمدونة في الفران لا يضمن
 ما أحرق من الخبز والفرل لأن احتراقه ليس من سببه وهو من غلبة النار إلا أن يغر من نفسه أو

يفرط فيضمن وذلك اذا غر من نفسه فقد تعدى من تناول ما لا يحسن وقد فسد بسببه وعمله فكان
 عليه ضمانه والفران اذا غر من نفسه وهو لا يحسن الخبز وفرط فقد وجد منه التعدى الموجب للضمان
 وأما الخياط تفسد الثوب خياطته والطاحن 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 انه لو احترق بتضييع منه أو عبث في وقيد لضمن وكذلك في اللؤلؤة اذا
 تناول ثقبها من موضعه فلا ضمان عليه وان انخرمت لانه أمر غالب وان قال أهل البصر بذلك انه
 تناول من غير موضعه فهو ضامن (فرع) اذا كمل ذلك فترجع الى أصل المسئلة فعلى الصانع في
 ضمان الثوب قيمته يوم قبضه ووجه ذلك انه حينئذ ضمنه كالمشترى والمشتري ولو تلف بعد كمال الصنعة
 وقامت بينة بتام الصنعة فيه ثم تلف فقد قال ابن المواز عليه ضمان قيمته يوم قبضه ونحوه قال ابن القاسم
 في المدونة ولو قامت بينة بضياعه فقد قال ابن المواز هو من صاحبه وعليه الاجرة وقال ابن القاسم في
 المدونة لا اجرة 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 يملكه فكان عليه عوض ذلك العمل ووجه قول ابن
 القاسم ان حصول الصنعة في الثوب ليس بقبض لها وانما يحصل القبض لها بوجوع الثوب الى يد
 صاحبه يدل على ذلك انه لو تلف الثوب بغير بينة وقد قامت بينة بتام 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 أصلاً ولم
 يعرف الا بقوله انه احترق لضمن ووجه ذلك انه اذا ادعى ضياعاً وتلفاً غير معلوم فهو عندى على وجه
 الضمان ولا يصدق فيه وأما اذا كان الخبز باقياً فهو مصدق في قوله انه غلبته النار بغير بينة وصاحبه مدع
 التعدى قال بذلك أصبغ في العتبية في ثقب اللؤلؤة ثم قال وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى
 وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك في فرض الفأر وطس السوس اذا ادعى صاحب الثوب تضييع
 القصار لانه مدع في ذلك والقصار مصدق لان التعدى لا يلزم بالدعوى (فرع) ولو تلف الخبز عند
 الفران فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا هو له ضامن وقد أسماه اليه صاحبه وقد قال سحنون لو
 تركه صاحبه ولم يعلم به الفران فلا ضمان عليه واذا وجب عليه الضمان بتسليمها اليه في سماع ابن وهب
 والمختصر الكبير لا يعجزني أن يعطيه غير خبزته وليعطيه مثلها ولا بأس أن يأخذ أصفر من خبزته ولا
 يأخذ أكبرها وقال محمد بن عبد الحكم لا يأخذ غير خبزته في قول مالك قال الشيخ أبو محمد يردان
 الفران ضامن للرجلين (مسئلة) وأما الخسائن فلا ضمان عليه في موت الصخبر الا أن يخطئ بقطع
 الحشفة أو بعضها فعلى عاقلته من ذلك الثلث فاكثر وما قصر عن الثلث ففي ماله ان كان من يحسن
 وان كان ممن لا يحسن وغر من نفسه فذلك كله في ماله وكذلك الطيب وقالع الضرس والبيطار
 ويعاقبون 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 فيه روى محمد بن
 مالك هو ضامن وكذلك الرهن قال محمد حتى يعلم ان النار من غير سببه أو سبيل يأتي أو يهدم البيت
 فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان وهذا الذي رواه محمد بن مالك مخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك
 في فرض الفأر واذا ادعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه وقول مالك الصانع مصدق والتعدى
 لا يلزم بدعوى صاحب المتاع والله أعلم وأحكم فعلى هذا فقيا أشكل وجه سببه وايتان احدهما ان

الصانع ضامن والثانية انه مصدق ووجه الرواية الأولى ان التعدي سبب الضمان فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة 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 وجه سببه وتيقن السبب كالحرق وقرض الفأر وأما 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 بينه أن الفار قرضه وقال في الموازية ويثبت ذلك للناظر 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 ضيع ففي هذا الوجه قول مالك وهو الضمان والله أعلم (مسئلة) واذا جعل الخياط وجه الثوب الى داخل فانه يفتقه ويعيده فان كان الفتق ينقصه خبير به بين أن يضمنه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه واعادة خياطته قال سحنون في كتاب ابنه ووجه ذلك ان هذا العمل ينقصه ويمنع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال وهو مما يستطاع تغييره واستدرا كه فان كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدرا كه وازالة ما دخل من الفساد فيه وان كان ذلك ينقصه فعلى ما تقدم من التغيير لان صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه والله أعلم (مسئلة) واذا أخرج القصار للثوب أسود رديئا فقد قال سحنون في كتاب ابنه عليه أن يعيده حتى يعود له فان كان رده بنفسه بأن يسترخي وينكس وجهه وخيف أن يعترق فلا يرد وينظر فان أفسده بذلك فسادا يبيناض من قيمته أسمر يرد عن سلبى يوم قبضه خاما وان كان الفساد يسيرا أعطاه به قيمة العمل الرديء قال الشيخ أبو محمد لم يجاوز شرطه ووجه ذلك أن استدراك تبييضه اذا أمكن من غير افساد الثوب لزمه عمله لان عمله الأول الذي استؤجر عليه لم يرضه بعد فعله اتمامه وان كان لا يتم ذلك الا بافساد الثوب فهو مخير بين أن يضمنه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه وقال في الفساد الكثير يضمنه قيمته ومعنى ذلك عندي ان شاء أن يضمنه وقال في الفساد اليسير ان له أن يدفع اليه قيمة العمل الرديء ولم يجعل له خيارا في تضمينه القيمة وهو الصواب ان شاء الله تعالى (مسئلة) واذا 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 الحامل المنفرد لجل الطعام هو ضامن له (فرع) اذا ثبت أنه ضامن فقد قال ابن القاسم يعطى قدر ما نقص دقيقا على ما يعرف الناس يريدانه أخذه بالكيل فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس انه ينتهي اليه بالطحن ما نقص من القمح وللطحان الأجرة كاملة وقال ابن المواز عليه قمع مثله وهو قول مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه ووجه القول الأول انه قد استؤجر على طحن القمح ولا يتعين بالاجارة على هذا الأصل فعليه أن يأتي بقمح مثله ويطحنه وتكون له الأجرة وعلى قول ابن المواز يضمن قحما مثله ولا يكون عليه طحنه وسقط من الأجرة بقدره لان الاجارة اختلفت بتلك العين لاختلاف القمح في الطحن أولان الضياع جاء من قبل الطحان والله أعلم (فرع) واذا طحن الطحان القمح على النقش فأفسده بالاجارة ففي الموازية والعتبية من رواية أصبغ عن أشهب عليه قمع مثله وقال به أصبغ (مسئلة) واذا أفسد الحائك الثوب قال ابن حبيب يضمن الغزل قال ابن القاسم ان وجد مثل الغزل الحائك أتاه به وعليه عمله وان تعدر مثله فعليه قيمته

يوم يقبضه وتنفع الاجارة بينهما هذا الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وفي المدونة عن ابن القاسم في الذي يضمن الحائك لانه نسجه له على أقل من العرض والطول الذي شرطه له قيمة غزله وليس له مثله ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته لا مثله لان مال كآقال 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 يتخذ 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 لما اختلف جنس أصله في الجودة وكانت صناعته مختلفة متفاوتة ولم ينظر الى تماثله من جهة الذرع عدل الى القيمة والله أعلم وأحكم وجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن (فرع) اذ اثبت أن عليه القيمة على الوجه الذي ذكر فقال ابن القاسم تنفسخ الاجارة بينهما وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن الاجارة قائمة باخذ القيمة ويأتي بغزل مثله فينسجه له واختار ابن حبيب قول ابن القاسم واحتج لذلك بأنه غزل معين فاذا هبت 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 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 لنسجه سبعا في ثمان فنسجه ستا في سبع ففي المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله أو يأخذه وعليه جميع أجره وقال غيره له من الأجرة بحسب عمله فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سلمة أن النقص انما هو في هذا الثوب عيب من العيوب في العمل فاذا رضى به كان عليه جميع العوض كالتن في البيع ووجه قول الغير انه من باب النقص من جملة ما استؤجر عليه فوجب أن ينقص من عوضه كالطعام ينقص بعض ما اشترى من مكيله (فرع) اذ اثبت ذلك فان قلنا بقول الغير فعناه 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 سلمة لأجرة له في الزيادة على قول ابن القاسم انه عيب وله الأجر على قول الغير

(فصل) وهذا حكم ما يعمل فيه فأما صياح ما لا يعمل فيه عند الصانع فهو على ضربين ظرفي أو مثال فأما الظرف فعلى قسمين قسم يستغنى عنه ما يعمله وقسم لا يستغنى عنه ما يعمله فأما ما يستغنى عنه فالذي عليه جمهور أصحابنا انه لا يضمنه الصانع وقد روى في العتبية أصبغ عن أشهب في الثوب يدفع الى الصانع في منديل ان كان الثوب ربيعاً يحتاج الى وقاية ضمنه الصانع وان كان لا يحتاج اليها لم يضمنه قال في الواححة انه لا يضمن منديل الثوب اذا صاع وقد صاع ملفوفاً به أو قدزايه إذا ضرورة بالثوب اليه ولا يضمن الفران ما صاع من صحافى الخبز فارغة ولو صاعت بما فيها الضمها مع الخبز إذا غنى بالخبز عنها فانما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب في صفة الحاجة لاني مرعاة الحاجة فعند أشهب ان ضمانه ما يحتاج الى صيانة عن الحاجة المؤثرة في الضمان وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر وانما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه (مسألة) ومن أتى بخرفين الى خراز يصلح أحدهما فضا عافى العتبية عن أصبغ لا يضمن الا الذي فيه العمل ووجه ذلك انه لا تعلق لعمله به كالظرف 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 الخباز أو قصفته أو ضاع عند الصيقل عند السيف أو عند الخياط مندبل الثوب لم يضمن شيئا من ذلك ويضمن المثال ليعمل عليه وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك ضمان المثال وقد روى سمنون لا يضمن الوراق الأم التي يكتب منها وهذا يقتضى انه لا يضمن المثال وجه قول ابن المواز في نفي ضمان الظرف وإثباته في المثال ان الظروف لا يتعلق عمله بها فلم يضمنها والمثال عمله متعلق به قال مالك لا غنى به عنه ووجه قول سمنون انه لا يعمل فيه وانما يعمل في غيره فكان المثال كالظروف

(فصل) فهذا حكم الصانع وأما الاجراء فهم على ضربين أجراء للصانع وأجراء للمحفظ والرعاية فاما أجراء الصانع فالذي روى ابن المواز عن ابن القاسم أن أجير القصار لا يضمن والقصار ضامن لما أقصده أجيره قال ابن حبيب ولا يضمن الأجير للقصار والصباغ شيئا وهذا في الأجير المتصرف بين يدي القصار بحسب اختياره وليس بجائر لما يعمله فأما ان كان يتصرف في العمل باختيار نفسه ويحوز ما يعمل فيه فقد قال في العتبية والموازية عن أصبغ عن أشهب ان كثير على الغسال الثياب فآجروا فبعثهم الى البحر بالثياب فيسعدون تلفها أنهم ضامنون وكذلك اجراء الخياط يتصرفون في الثياب فتتلف فهم ضامنون وقال ابن ميسرة وذلك اذا آجرهم على عمل أثواب مقاطعة فهذا معنى ما قدمناه لانه اذا قوطع على عمله فقد صار له حكم الصانع وأما اذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة فحكمه حكم الاجراء (مسئلة) وأما الاجراء للمحفظ فعلى قسمين قسم لهم تعلق بالعمل وقسم لا تعلق لهم بالعمل فأما من له تعلق بالعمل فكصاحب الحمام يوضع عنده ثياب الناس فقد قال مالك في العتبية من سباع ابن القاسم عنه قد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس فيضمنونها أو يأتون بمن يحرسها قال الشيخ أبو محمد في نوادره باثره 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 المدونة 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 عندي مما نحن فيه بسبيل لان اجراء الصانع لا يضمنون وانما يضمن الصانع أو من هو في حكم الصانع وصاحب الحمام ليس بأجير محض الاجارة بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والاغتسال 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 ضمان في ذلك أو يكون أجيره له تعلق بالعمل فيكون كالحال يستأجر على الحمل فيضمن ما جرت العادة بتسريحه اليه كالطعام ونحوه لانه مما جرت عادة الجمالين بالخيانة فيه والتسرع اليه وكذلك صاحب الحمام وهو المالك لامره والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ما جرت العادة بخيانتته فيه والتسرع اليه وهي ثياب الناس والله أعلم ومغيبه عن ثيابه الى داخل الحمام مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بمغيب صاحب الثياب وقد قال ابن حبيب في الواضحة في الطحان يطحن القمح بمحضرة صاحبه لا يضمن ظرفا ولا قحالا أن يخرج الناس عن الرحي للزحمة فيضمن القمح وظرفه وكذلك الفران فجعل 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 التعدي وقد قال مالك في المستأجر ليمرس بيتا أو خيلا أو غنما

فينام فيسرق مافي البيت أو يذهب بالخيل أو والغنم لاضمان عليه وله أجره كاملا قال ابن القاسم
 لا يضمن الأجير الا ماضيع أو فرط وقال ابن المواز لا يضمن جميع الحراس 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 والمشرك يضمن قال ابن حبيب ومن
 أخذ به فهو حسن فحمل هذا على ظاهره وقال ابن وهب معنى المشرك ههنا أن يأخذ ما لا يقوى
 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 تعدد كالمودع (فرع) فاذا ضمن بالتضييع فقد قال ابن القاسم
 من التضييع أن يترك ما وكل به ويذهب الى غيره فليس النوم والغفلة من التضييع ووجه ذلك انه
 لا بد لكل أحد منه ولا يمكنه الاحتراز منه فأما من ترك حفظ ما وكل بحفظه والاستعمال لغيره فما يمكن
 الاحتراز منه ولا يمكن الحفظ معه (فرع) وأما الحارس الذي لا تعلق لحراسته بعمله فله الاجر
 كاملا وان ضاع ما استعطف وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك في الطريق بفعله فلا أجر له حتى يبلغه
 وكذلك ما يعطب في السفر لانه من سبب السفينة يهلك وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة
 أو يتلف ثمنها انه لا أجر له قاله ابن المواز لان هذا من باب الجعل فلا جعل له الا بتام العمل وهو أن
 يوصل اليه ما ابتاعه أو عن ما باع له وفي العتبية لابن القاسم عن مالك فممن بعث معه بخادم يبلغها
 يجعل فنام في الطريق فذهب ان له من الاجر بحسب ما بلغ ولا ضمان عليه قال الشيخ أبو محمد
 يريد انها اجارة ليست بجعل وقد قال 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 فها هنا اختلف قول مالك مرة ففسخ الاجارة بفوات العين وجعل له من
 الاجر بحسب ما عمل ومرة أبقاها وجعل له الاجر كاملا والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من
 استؤجر ليضرب بعمله فعلى ضربين أحدهما أن يكون له مع ذلك عمل أو لا يكون له عمل فأما الذي له
 مع عمله عمل فكالوكيل يخطئ الطريق فقد قال أشهب عن مالك ان كان عالما بذلك فلا شيء عليه
 والكراه له وأما الجاهل به فلا شيء له وقال أشهب لاشئ لها 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 جاهل فلا شيء له وعليه الأدب (مسئلة) ومن قال خياط ان كسائي هذا الثوب
 اشتريته فقال يكسوك فلم يكس في العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك الشراء له لازم ولا ضمان على
 الخياط وله الاجر كاملا ان كان بصيرا واختلف قول مالك في تخمينه اذا غر بجهله فقال يضمن وقال
 لا يضمن ولا أجر له وقال ابن دينار المدني فممن استأجر من ينقد مالا فوجد فيه ردينا ان كان بصيرا
 وهذا الردي مما يختلف فيه لم يضمن وان كان مما لا يختلف فيه لبيان فساده فهو ضامن لانه قصر فيها
 كان يدركه لو اجتهد فلو كان جاهلا غر من نفسه فان كان الردي بينا لا يختلف في مثله ضمن وعوقب
 وان كان مما يختلف في مثله لم يضمن وان لكل واحد منهما أجرته

(فصل) وقوله لا غرم على اللابس ويغرم الغسال هو قول مالك في الموطأ وهو المشهور عنه
 وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه وقال أشهب عنه في الموازية وذلك اذا لبسه أياما إلا أن
 يكون أبلاه وقال أشهب في النوادر وان دفع الصباغ ثوب هذا الى هذا وثوب هذا الى هذا فان لبسهما

حتى خلقا ضمن كل واحد قيمة الثوب الذي لبس وان لم يخلقا 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 صبغه ليلبسه فاذا رده اليه على أنه ثوبه فقد سلطه على لبسه والثوب يتغير بالعمل فلم يميزه صاحبه فالضمان عليه ولو لم يميزه الضمان للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم ووجه قول أشهب انه أكثر ما في حال اللابس انه مخطئ بالتلاف مال غيره فعليه الضمان والاتلاف انما وجد من اللابس فوجب أن يبدأ بالضمان فلو تعدر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال لانه سبب اتلاف ثوبه بدفعه الى من أتلفه وتعدر الاستيفاء من جهته (فرع) اذا قلنا لا يضمن اللابس ما أتلف فقدر وي عيسى عن ابن القاسم ان كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين بقيمة الآخر ديناراً لم ينقص ثوبه عن الثاني ان لولبس في تلك المدة فان كان ينقص نصف دينار وقد نقص من الملبوس ديناراً 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 ديناراً وقيمة الذي لم يلبس دينارين وكان ثوب اللابس لولبسه 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 منهما ثوب صاحبه وهو لا يعلم فقد قال سحنون يرجع من له فضل على الغسال وحكاه 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 هبك 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 فعلي الغسال لانه هو الذي أتلفه فيكون معنى قول مالك في الموطن على هذا التفسير انه لا ضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب الذي لبس وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لولبسه 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 لبسه من دفع اليه فاما لو قطعه فان لم يأخذ ثوبه وأضمنه القصار دون الذي قطعه أو نقصه القطع أو الخياطة لم يكن له أن يأخذ ثوبه وانقصه 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 متعدي فالتك لم يضمن ما نقصته الخياطة والناصب يرد ما قطع وما ينقص القطع لانه متعدي ومن وجد بثوب 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 ويغرمه خياطته ويعطى القصار أجره ولا يرجع عليه بأجر الخياطة قاله ابن القاسم في المواز ية وفي المدونة في بعض الروايات عن ابن القاسم ان أبي صاحب الثوب أن يدفع أجر الخياطة فللذي خاطه أن يعطيه قيمته محصياً أو يدفعه اليه مخيطاً فان دفعه اليه فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته وقال سحنون اذا أبي صاحب الثوب من دفع أجر الخياطة فليس له الا أن يضمن القصار فان ضمنه قيمته .

لاقصار ادفع أجرة الخياطة للذي خاطه وخذته فان أبي قيل للآخر ادفع اليه قيمة الثوب فان أبي كانا
 شريكين هذا بقيمة الثوب وهذا بقيمة الخياطة
 (فصل) وقوله فان لبسه وهو يعرف انه لبس بوجهه فوضا من يربدانه يضمن ما نقصه لبسه قل ذلك
 أو كثر قاله عيسى عن ابن القاسم قال ولا تبي على الغسال إلا أن يهدم اللابس فيغرم الغسال ويتبعه به
 في ذمته ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذي دفع اليه عالمين واختلفت قيمة اللبس ورجع من له فضل
 على صاحبه فان استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه (مسئلة) ومن اشترى من رجل شيئا وشرط
 عليه فيه عملا في العتبية لعيسى عن ابن القاسم ان كل ما يعرف صفة تخروجه بعد العمل فلا بأس أن
 يشتر به ويشترط على البائع عمله كالنعل على أن يخرز والقميص على أن يخطاط والقنسية على أن
 تعمل والقمح على أن يطحن وقد فرض مالك القمح في بعض قوله وأجاز ابن القاسم وأجاز النحاس
 على أن يعم له تور أو قيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمله
 قيصا والظهارة على أن يعملها جبة والحديد على أن يعمله قدرا أو عودا ينحته سر جا 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 أيضا مالك في الغزل على أن
 ينسجه والزيتون على عصره الاما 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 يبطل صفة الخارج منه انه لا يجوز قول واحد او ياتعرف صفة الخارج منه
 القولان المنع والاجارة المعروفة وجه الاجارة بصفته كالجو 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 فقد قال سحنون لا يضمن الخياط ويحط عن المشتري من الثمن بقدر خياطة
 الثوب وطحن القمح إلا أن يكون البائع ممن به مل 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 يعمل الأعمال والتمتع اتمام الصناعات فيما
 دون أن يتولى عملها وانما يدفعها الى الصانع وقد علم ذلك منه لانه ليس من أهل العمل ولا معروف
 بتناوله فانه لا ضمان عليه وهذا الذي باع الثوب على أن يدفعه الى الخياط قد التزم خياطه بأجرة وهي
 من جلة 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 يقبضه ويجب
 على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم لانه لا يصدق عنه في قوله ردته اليك كان
 يجب أيضا على قول ابن الماجشون أن لا يصدق في قوله دفعته الى الغسال اذا أنكر الغسال وقد
 صدق في قوله اذا قال ردته اليك كالوكيل يصدق في قوله ردته اليك ولا يصدق في قوله
 دفعته الى الصانع اذا كذبه الصانع وعلى أن مسئلة ابن حبيب هذه ان كان التزم الخياط الغسل
 في ذمته بأجرة أخذها مع أجرة خياطته فهي تشبه مسئلة سحنون وان كان انما ناب في تسليمه الى
 الغسال عن المشتري إما بان وكله على استئجار الغسال على ذلك وإما بان 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 يضع من كل من أخذ ثوباً على أن يعمل فيه عملاً زمه 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 بدين له عليه أنه ان أفلس الذي احتيل عليه أومات فلم يدع وفاء فليس للحتال على الذي أحاله شيء وأنه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا * ش وهذا على ما قال ان عقد الحوالة عقد لازم يقتضي ابراء ذمة المحيل من دين المحال فإطرأ بعد ذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشعب بفلسه فلا رجوع للمحال بذلك على المحيل لانه عيب طرأ على ما قد صار اليه حال سلامته ورضى به فلا انتقال له عنه بما يحدث فيه بعد العقد ولو كان العدم موجودا قبل الحوالة فان لم يعلم به المحيل فلا رجوع عليه وان كان قد علم به وكنمه وغر منه فالرجوع عليه وقد تقدم في البيوع بما يفنى عن اعادته وبالله التوفيق ص * قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم بهلك المتحمل أو يفلس فان الذي يتحمل له يرجع على غيره الأول * ش وهذا على ما قال ان من تحمل لرجل بمال له على رجل آخر فإنه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه الى ذمة المتحمل وانما المحيل وثيقة من حقه على من هو عليه فان أفلس المحيل أومات لم يبطل حقه بل هو ثابت على حسب ما كان على غيره وانما الجمالة معناه أن يلزم المتحمل احضار ما يتحمل به وهي الكفالة والزعامة والضمان قال القاضي أبو محمد كل ذلك بمعنى واحد وقال في المدونة اذا قال أنا لك ضامن أو كفيل أو حميل أو زعيم أو هولك عندي أو على أو قبلي فهو كله ضمان لازم في الحق والوجه قال والأصل في جوازها قوله تعالى ولن جاء به جيل بعير وأباه زعيم وهذا ان استدل به على ثبوت هذا الاسم له من جهة اللغة فبين وأمان استدل به على ثبوت حكمها على ما ذكره القاضي أبو محمد فانما هو على رأى من يقول ان شرع من قبلنا شرع لنا الا ما خصه الدليل وهو المشهور من منهب مالك والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجمالة على وجهين حالة بالوجه وحالة بالمال فأما الجمالة بالوجه فهي جائزة خلافا للشافعي في منعه من ذلك والدليل على ما نقوله ان المقصود منها المسال لانه حيل بوجه الغريم ليطالب بالمال فنقول انه وثيقة تتوصل بها الى المطالبة بالمال فصح تعلقها بالوجه كالشهادة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالجمالة بالوجه على وجهين أحدهما الجمالة بالوجه على الاطلاق فان جاء الكفيل بالتكفل به برى * ووجه ذلك انه قد وفاه ما يتحمل له من احضار وجهه (مسئلة) وهذا اذا لم يعين لحيته به وقتا حتى جاءه به برى * وان ضرب لحيته به أجلا فجاءه به عند الأجل برى * قاله مالك في المدونة لانه 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 زيد في العتبية عن ابن القاسم ووجه ذلك انه شرط احضاره في وقت معين فلا يبرأ بحضوره قبله أصل ذلك حضوره يوم الجمالة (مسئلة) ومن شرط صحة الاحضار ان يحضره الحميل أو وكيله على ذلك فان أحضره أجنبي وسماه الى الطالب لم يبرأ بذلك الحميل وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد انه قد سلم نفسه اليه عن الحميل لم يبرأ الحميل بذلك قاله في المدونة زاد في كتاب ابن المواز الا أن يأمره الحميل بذلك فيكون ذلك كدفع الحميل لانه قد وكله على النيابة عنه في ذلك فاذا أشهد بذلك لزم الطالب وان أباه * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله

القضاء في الجمالة والحول

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه أنه ان أفلس الذي احتيل عليه أومات فلم يدع وفاء فليس للحتال على الذي أحاله شيء وأنه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا * قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم بهلك المتحمل أو يفلس فان الذي يتحمل له يرجع على غيره الأول

وهذا عندى اذا لم يرد الطالب قبوله الابتسليم الجميل لانه حق قد لزمت الجميل فلطالب ان لا يقبله من غيره وله ان يقبله فيبراً الجميل كالمو كان عليه دين فدفعه عنه اجنبي فان للطالب ان لا يقبله من الاجنبي الابتوكيل الغريم وله ان يقبله فيبراً بذلك الغريم (فرع) وهذا على اطلاق الجمالة ولو شرط الجميل على الطالب اذا لقيت غريمك فتلك براءتى فقد روى حصين بن عاصم وابن القاسم فى العتية انه ان لقيه بموضع يقدر عليه فقد برى له شرطه ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبراً الجميل (مسئلة) ومن شرط صحة الاحضار ان يحضره ويسلمه اليه حيث تنفذ الأحكام عليه وان كان بغير بلده وأما ان دفعه اليه بحيث لا يستطيع حمله أو لسلطان فيه ولا حاكم أو حال فتنة أو مفازة أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه فانه لا يبراً بذلك قاله كله فى المدونة قال فى كتاب محمد ولو أسلمه اليه وهو محبوس فى دم أو دين أو غيره فقد برى ويكفيه ان يقول قد برئت اليك منه وهو فى السجن فمأنتك به ووجه ذلك انه انما تكون البراءة بتسليمه مفسك به من طلب حقه وأما بتسليمه لا يتمكّن به من طلب حقه واستيفائه منه فليس هو الذى شرط عليه ولا يتوصل به الى الغرض من الجمالة فلا يبراً به الجميل والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو مات الغريم لسقطت الجمالة عن الجميل لانه انما تحمل للطالب باحضار نفسه وذلك يقتضى ان تكون موجودة ونفسه قد ذهبت لموته وعدمه بذلك شرط التمكن من احضارها (فرع) وهذا ان مات ببلده قبل ان يلزم الجميل احضاره أو بعده رواه عيسى عن ابن القاسم وقال لانه وان كان حان الأجل فليطلب به فلا شئ عليه وان مات بغير البلد فقد قال أشهب لأبى مات غائباً أو فى البلد قال الشيخ أبو محمد يريد لا يغرّم الجميل وقال ابن القاسم فى العتية والمواز يغرّم فى موت الغائب ان كان الدين حالاً قربت الغيبة أو بعدت فان كان الدين مؤجلاً فمات قبله بمدة طويلة لو خرج اليه لجا به قبل الأجل فلا شئ عليه وان كان على مسافة لا يمكنه أن يجىءه الا بعد الأجل فهو ضامن وانما يلزمه ضمان المال بغير الغريم لانه لا ضمان له يتسبب به الى استيفاء ماله فاما لم يف بذلك لزمه المقصود الذى اتفق عليه بما عتد من احضاره وهو المال (مسئلة) واذا حان الأجل فطلب الجميل بالغرّم وقد غاب فسأل أن يؤخره فى العتية من رواية يحيى عن ابن القاسم ان كان قريب الغيبة قال فى المدونة أليوم ونحوه مما لا مضرة فيه على الطالب فله ذلك وان كان بعيد الغيبة فليس له ذلك وليغرّم مكانه وقال ابن وهب فى الموازية اذا غاب الغريم قضى على الجميل بالغرّم 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 يضرب له أجل قريب لم ينتفع به فى الظاهر وان ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب وفى الغيبة القريبة يضرب له أجل قريب رجاء أن يحضره فى مدة قريبة لا مضرة فيها على الطالب فيبراً الجميل ولا يستضر الطالب (مسئلة) ولو كان للغريم مال حاضر فسأل الجميل أن يباع له فى سماع يحيى من العتية وهو فى الموازية عن غيره ان كان على مسيرة عشرة أيام يبيع ماله عليه وأما على يومين فلا وليكاتب حتى يبعث أو يأس منه فيباع عليه ولا يؤخر جميل المال وهو كالغريم نفسه * وقال مالك فى المدونة يباع له الباع وغيرها وذلك أن قول مالك اختلف فى الحكم على الغائب فى الرباع وقد روى يحيى بن يحيى فى عشرته عن ابن القاسم انما اختلف قوله فى الحكم فيها وأما يبيعها فى الدين فقوله انها تباع فى الدين وفائه مخالفة العتية لرواية يحيى فى عشرته ومتضمنه ان الخلاف فى بيعها فى الدين (مسئلة) ولو غاب الغريم فتلوم على الجميل ثم قضى عليه بالغرّم

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 بيرا من الجمالة فاذا ظهر بالبينة انه كان ميتا يوم الحكم عليه فقد تبين انه حكم عليه بما لا يلزمه فلذلك وجب له الرجوع فيه وفي الموازية في الجميل بالمال ان الطالب اذا حكم له على الجميل بمقتوه بما 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 ان شرط جمالة الوجه ليست من المال في شيء قال محمد أو يقول لأضمن لك الالوجه فهذا الايضمن الالوجه غاب الغريم أو حضر أو مات أو أفلس ليس عليه الا احضاره وفائدة هذه الجمالة يضمن الاحضار خاصة وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من معيبه فاذا قيد الجمالة بانه لا تتعلق جمالته بالمال لم يلزمه غير ما التزم من الاحضار وجزأت هذه الجمالة لتعلقها في الجملة بالمال المتعلق بالذمة ولو لا أن المقصود منها طلب الذمة لما جزأت هذه الجمالة لان الأعيان لا يصح تعلق الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبد يحضره له أو ضمن من وجب عليه حبه أو تهرز يران الضمان لا يتعلق له بالذمة ولا مال ان طلبها ولذلك لم تصح والله أعلم وأحكم (مسئلة) قال أحضر الجميل بالوجه على شرط الغرم برىء وان جاء الأجل فلم يحضره فلا شيء عليه الا احضاره لا يكف غير مال ولا غيره وروى حسين بن عاصم في العتية عن ابن القاسم ان أجسل في طلبه آجالا كثيرة فقد قال مالك لا شيء عليه غير طلبه وان طال ذلك فعلى ما شرط (فرع) وان قال 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 يكفه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان جهه 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 يغيرم الا في البعيد المتفاحش وجه القول الأول مراعاة حال الجميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه لانه انما دخل على ما يطقه ووجه القول الثاني مراعاة ما يتكاف من الأسفار غالباً لانه ان لم يقدر على مباشرة المسير اليه استتاب غيره (فرع) ولا يضمن المال الا أن يلقاه فيتركه أو يفيقه في بيته فان ثبت ذلك بينة ضمن وروى حسين عن ابن القاسم وقال أشهب اذا لقيه فتركه ضمن ووجه ذلك انه يضمن احضاره دون احضار المال وان غاب عنه وتعدر عليه احضاره فهو على شرطه وان ترك احضاره مع القدرة عليه فقد أتلف على الرجل ماله حين تركه الجميل بما يضمن من احضاره ثم قصد ان تركه أو يستره في بيته فكان عليه ضمان ما أتلفه عليه

(فصل) وأما الجمالة بالمال فعناها التزام ايصال المال الى من تعمل به ولا تبرأ بذلك ذمة المتحمل عنه خلافاً لابن أبي ليلى في قوله ان ذلك يبرى ذمة المتحمل عنه قال القاضي أبو محمد لانها وثيقة فلم يبرأ بهامن 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 من 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 تصح الجمالة به)

أجمالة تصح في المعلوم والمجهول خلافا للشافعي في منعها من المجهول والدليل على ما نقوله ان هذه وثيقة بحق فصحت في المجهول كالشهادة بالوصية اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في الموازية من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دينه فذلك جائز سمى الدين أو لم يسمه والغرماء حضوراً أو غياباً في الصحة أو في المرض وفي العتبية من سباع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فبين مات وعليه من الدين ما لا يدري كم هو وترك ما لا من عين وعرض لم يحصر ولا يدري كم هو فتعمل بعض ورثته بدينه الى أجل على أن يخلى 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 تعمل به نقداً أو مؤجلاً لانه صنع 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 به قال ذلك مالك وابن القاسم ووجه ذلك انه قد التزم أداء ديونه على العموم ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه والالتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لزم والالتزام بالمجهول لازم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال أناضامن لمأضي 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 فلزمت لزوم الدين (مسئلة) ومن قال لرجل بائع فلان وأناضامن لمأعبته به لزمه ذلك اذا ثبت ما يباعه به قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره انما يلزمه من ذلك ما يشبهه أن يعامل به المتحمل عنه ولا يبعد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم ويراعى فيه أيضاً حال المتحمل له قال القاضي أبو محمد هذه المسئلة مبنية على ثلاثة أصول أحدها أن ضمان المجهول جائز والثاني ان ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق مالك في البصر وعلى ضمانه والثالث أن اطلاق مثل هذا المحمول على العرف والعادة ووجه ذلك ان من قال لبائع فاكهة يريده مبيعة رجل بالدرهم والدرهمين أناضامن لمأباعت به فلان فاعامله بشباب قرقية باعها منه أو يواقيت وجواهر لها الثمن الكثير من آلاف الدنانير لم يلزمه ذلك لانه يعلم انه لم يرد هذه المعاملة ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان وانما أراد ما جرت به العادة في مثله من مبيعة مثله فيما يباعه على وجه التفكه الشيء بعد الشيء والله أعلم وأحكم (فرع) ولو رجع الحميل قبل أن يعامله المتحمل منه في المدونة عن ابن القاسم له ذلك بخلاف من قال لمن يخاضم أخاه احلف على ما تدعيه قبل أخى وأناضامن ثم أراد الرجوع فليس له ذلك والفرق بينهما ان الحميل لما يعامل به في المستقبل لم يعمل شيئاً ماضياً ولا حقاناً بتأويتا وعبداً الجمالة في المستقبل اذا وجد الدين فله أن يرجع قبل أن يلزم الجمالة بوجود الدين والذي قال له احلف بما تدعيه وأنت الله ضامن يضمن أمر افدت قدس وجوده فكان للطالب أن يحقق وجوده في الماضي بيمينه في المستقبل فلذلك لم يكن له الرجوع لانه قد تضمن ديناً ماضياً على صفة توهم وجود اليمين المثبتة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن اشترى جارية فتكفلت له بما أدركه فيها من درك لزمه ضمان ذلك ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول (مسئلة) ومن أعتق عبده على ألف درهم جازله أن يأخذ منه بها جيلاً ولا تجوز الجمالة بكتابة المكاتب وان لم يتعجل العتق والفرق بينهما ان محمول عتقه على مال لزمه ذلك المال في ذمته فلذلك صحت الجمالة به وما على المكاتب من غرم كتابته فغير معاق بصفة ولا هو دين ثابت عليه لانه يسقط بالعجز عنه فلذلك لا تصح الجمالة (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ جيلاً لمعين اشترى به قاله ابن القاسم في المدونة قال لان

مال كقال لا يجوز أن يأخذ حبيلا بسلمة غائبة اشترى بها بعيدة كانت أو قريبة يجوز فيها النقد ووجه ذلك ان عين المعين لا يقدر الحيل على احضارها ولا تتعلق بذمته ومعنى الجمالة تعلق الحق المتحمل به بذمة الحيل والاعيان لا تتعلق بالذم فلذلك لا يجوز التحمل بها (مسئلة) ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك انها متعلقة بمعينين ولا تعلق لها بالذم فلا تصح الكفالة فيها ومن استأجر أجرا أو صانعا معيناً لم تصح فيه الكفالة لانه لا يصح أن يقوم غيره مقامه في العمل وانما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذم قاله ابن القاسم في المدونة ولو كانت خدمة في الذمة مقدرة بزمن أو عمل لصحبت الجمالة بها (مسئلة) والجمالة بالجعل حرام قاله مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلاً على حاله تقال في العتبية ويرد ما أخذ قال في الموازية فان كان صاحب الحق عالماً بذلك سقطت الجمالة ورد الجعل فان لم يعلم بذلك فالجمالة لازمة والجعل مردود ومعنى ذلك انه عقد يمتص بالمعروف فلم يصح فيه العوض كالفرض وقد قلنا أصبح في الموازية كل جمالة وقع حراماً بعقدين الحيل 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 الحيل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلاء علمه الحيل أو جهله وقد قاله أشهب في دافع دينار في دينارين الى أجل وأخذ بهما حبيلا الجمالة ساقطة وكذلك كل جمالة بامر فاسد قال محمد ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك وقد قال ابن القاسم فيمن دفع ديناراً في دينارين أن الجمالة في ذلك ساقطة وكذلك في فسح الدين في الدين وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان لم يعلم الحيل بذلك فالجمالة ساقطة وان علم لزمته في دينار من الدينارين وبطل الربا فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم في ابطال ذلك أن الجمالة إنما علقفت بأحد عوضى عقد البيع وذلك لا يكون الا بعد صحة العقد فاذا بطل العقد لفساده بطل العوض منه ووجب أن تبطل الجمالة لما بطل ما علقفت به ووجه رواية عيسى ان الحيل اذا علم بذلك فأنما تضمنت حالتها رد ما صار الى المتحمل عنه اذا وجب عليه رده بالشرع واذا لم يعلم بذلك فأنما التزم المتحمل العوض في عقد وذلك لعدم في هذه المسئلة للاتفاق على ابطال عقد البيع (مسئلة) ومن باع طعاماً من مبيع قبل قبضه وأخذ به حبيلاً فقد روى أصبح عن ابن القاسم وأشهب ان الجمالة ساقطة ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمله به لا ينفذ على حسب ما تحمله به فبطلت الجمالة (مسئلة) ومن أسانف سلفاً فلا بأس أن يأخذ به حبيلاً قال مالك في الموازية قال ومأعلم أحدنا كرهه الا الحسن ووجه ذلك انه وثيقة تجوز في البيع جازت في القرض كالشهادة (مسئلة) والجمالة بما على الميت جائزة وان لم يترك وفاء وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز ذلك اذا لم يترك وفاء والدليل على ما نقله ما روى سلمة بن الأكواع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال هل عليه من دين قالوا نعم قال هل ترك شيئاً قالوا لا قال صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة صل عليه يا رسول الله وعلى دينه فصلى عليه ومن جهة المعنى ان كل دين صحته الجمالة به مع اليسار فانها تصبح به مع الاعسار كدين الحى

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

الذي تصح حالته كل مالك لأمره لا حجر لا حد عليه سواء كان يقدر على النطق أو كان أخرس اذا فهم مراده قال مالك في المدونة يجوز كفالة اذافهم عنه وأمان عليه حجر لحقه ولحق غيره فانه يعتبر

أمره فان كان محجورا عليه خلق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه لم يازمه الجمالة وأما البكر التي لم
تعتس فممن كالصغير في ذلك وأما التي اعتست وأونس رشدها في بيت والدها في المدونة أنه يجوز
جمالها عند ابن القاسم ووجدته في كتاب عبد الرحمن عن مالك وقال مالك لا تجوز هبتها وكذلك
كفالتها لان بضعها يبدأ بها ووجه ذلك انه لما سقط التعيس ولا يتعالب في البضع لم يسقط في المال
وجه القول الاول ان الولاية في البضع لا تزول بالرشد والولاية في المال تزول بالرشد لانها تتراد لحفظ
المال فاذا حفظ الماز بالرشد زالت ولاية المال وبقيت ولاية البضع لانها تتراد لحفظ البضع مما يغيب
ثمنها باقية ما بقيت المرأة فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من كان محجورا عليه خلق غيره
كالعبد والمستغرق في الدين والمريض والمرأة ذات الزوج فان العبد والمكاتب والمدبر 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 وجهه قول أصحابه بمعنى
يدخل في ذمته نقصا وعيبا فلم يكن له ذلك بغير اذن سيده كالمداينة وأيضا فإنه 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 يستغفره الدين فلا يجوز وان أذن له السيد ووجه ذلك كله
ان الحجر انما يتعلق به خلق سيده فاذا أذن له في ذلك جازت له جماله ولو كان عليه دين يفتقر ماله لم
يجز ذلك لانه محجور عليه خلق الغرماء فلا تصح جماله اذن له السيد أم لم يأذن له وأما المكاتب فقد
قال ابن القاسم في المدونة ان اذن السيد للمكاتب والمدبر 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 فجاز ما يفعله من ذلك باذن السيد اصل 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 للسيدا كراه العبد على الجمالة قال ابن القاسم في المدونة ليس له ذلك وقال ابن
الماجشون في النوادر له ذلك وجه قول ابن القاسم ان السيد ليس له ادخال نقص في ذمته عبده كما
ليس له أن يثبت ذلك ديناعليه ووجه قول ابن الماجشون ان له انتزاع ماله وهو بمعنى ذمته فكان له
شغل ذمته على هذا الوجه (مسئلة) وأما المستغرق في الدين ففي العتبية والموازية عن مالك لا يجوز
جماله من أحاط به الدين كصدقته وتغيب لانها من المعروف ووجه ذلك ان من كان للغرماء ردعتفه
كان لهم رد كفالتة وهبته كالمضروب على يديه (مسئلة) وأما المريض في المدونة عن ابن القاسم
يجوز كفالة المريض في ثلثه وروى ابن المواز عن عبد الملك ان كان المحمول به مليا لزمته وان
كان عديما بطلت ولم يكن في الثلث اذا لم يرد بهذه الوصية ووجه قول ابن القاسم انه معروف يفعله
المريض فكان في ثلثه كهبته ووجه قول عبد الملك ما احتج به (مسئلة) وأما كفالة ذات الزوج
في المدونة عن ابن القاسم ان ذلك في ثلث مالها فان زادت على الثلث في كفالتها فلا زوج ابطل
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 تكفلت المرأة بزوجهما في
المدونة قال مالك عطية المرأة وزوجهما جميع مالها جاز 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
فأذن الله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فمين نصح الجمالة عنه وتمييزه من لا نصح عنه)

وتحرم بذلك انها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أدائه من ماله وأما المولى عليه فلا يخلو أن يكون تحمل عنه حيل بما تقدمت المعاملة فيه أو بما تستقبل المعاملة فيه فإن كان تحمل عنه بمن ما قد ابتاعه فقد قال ابن القاسم في العتبية والموازية أن كل ما تحمل به مما يلزم اليتيم لزم الحيل ويرجع به في مال الصبي وقال عبد الملك لا يلزم المولى عليه شيء مما تحمل به فإن كانت المعاملة قبل الجمالة لم يلزم الحيل شيء يريد أنه لم يتحمل عنه بدين عليه ولا عامله المتحمل له بسببه فلا يلزم الحيل شيء وإن كانت المعاملة بعد ذلك لزم الحيل الغرم ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم وإن كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط فيسلفه النفقة فيها فهذا يلزم الحيل فعلى هذا فلا يتحمل به عن اليتيم على ثلاثة أقسام قسم يلزم الحيل ويرجع به وهو ما يلزم مال اليتيم وقسم يلزم الحيل ولا يكون له الرجوع به وهو على ما عومل به بسبب الجمالة ولا يلزم مال اليتيم وقد قال أصبغ في العتبية فمين اشترى من سفينة وأخذ حميلاً بما يلزمه من قبله فأبطل البيع والتمن على السفينة فإن الحيل يغرم التمّن ولا يرجع به على أحد وقسم لا يلزم الحيل ولا يرجع به كالتحمل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله

(الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الحيل)

لا يخلو أن يكون الحيل واحداً أو جماعة فإن كان واحداً فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه اختلف فيه في قول مالك فقال في المدونة في الحيل بالمال للطالب طلبه في مال الغريم وحضوره قال القاضي أبو محمد وبه قال مالك والشافعي ثم يرجع مالك فقال لا يبيعه الا في عدمه أو غيبته قال القاضي أبو محمد وبه قال عبد الملك وجه القول الاول ان الحق متعلق بذمته في حال عدم الغريم فوجب أن يكون متعلقاً بذمته 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 الحيل ملازمة الغريم حتى يدفع ماعليه اذا كان موسراً قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه وثيقة بالحق من الغريم وانما له مطالبة يدفع الحق يرجع اليه عند تعذر استيفائه وليس بوكيل على المطالبة بالدين (مسئلة) وليس للمحيل أخذ الحق الى الطالب ووجه ذلك ان الحيل 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 يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها فإن كان بعيد الغيبة ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الحيل وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في البعيد الغيبة والذي لا يدري أين هو فلا يضرب له أجل فإن كان له مال حاضر فلا يخلو أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو في حكمه أو يبعده تناوله كالدار تباع وما يطول أمده ويكون فيه التربص فإن كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب وان كان مما يبعده تناوله أخذ الدين من الحيل ثم للحميل أن يباع له ذلك وان كان قريب الغيبة أجل الحيل أجل قريباً وكرهان أبي والافعل به ما ذكرناه قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم (مسئلة) واذا حل الاجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الحيل وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية ان قال الطالب ان الغريم عديم وقال الحيل هو ملى ولم يعرف له مال ظاهر غرم الحيل ومعنى ذلك ان ذمة الحيل قد تعلق بها الحق فلا يبرأ الا بالأداء وانما يبرأ الغريم بالمطالبة اذا كان له مال فعلى الحيل الذي يدعي يسره اظهار ذلك المال فيبرأ والا لم يبرأ من الدين (مسئلة) وهذا فيما ثبت من دين الغريم بالينة فأما ما لا يثبت الا بالينة

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

(فصل) ومن قام على منكر بدين فقال له الرجل ان لم آتك به غدا فالمال على وقد سماه لم يلزمه المال وان لم يأت به حتى يبينه الطالب بيينة ولو أقر المطلوب بعد الجمالة لم يلزم ذلك الخليل الا بيينة وكذلك من ادعى على غائب ألف درهم فتكفل به رجل فقدم الغائب فأنكر أو أقر لم يلزم الخليل ذلك الا بيينة على أصل الدين أو بيينة على اقرار الغريم قبل الجمالة قاله كله في الموازية ونحوه في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم (مسألة) ولو أنكر الغريم الدين وأقر به الخليل في كتاب ابن سعنون عن أبيه يغرّم الخليل ثم ان قامت له بيئته يترجم على الغريم بما أدى عنه ورواه في العتبية يحيى عن ابن القاسم قال وان لم يكن للحميل بيينة لم يرجع الغريم بما آذاه

(فصل) وان كان الحملاء جماعة تكفلوا له بمال فلا يبخأون يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أوله أخذ من شاء منهم بجميع حقه فان أطلق لفظ الكفالة فأعسر الغريم عند الاجل فقد قال مالك ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال وانما له أن يأخذ كل واحد منهم بحصته منه فان كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال ووجه ذلك أنهم اذا تكفلوا بما آذاه فاما تكفل كل واحد منهم بثلث المائة فلا يلزمه سواها (مسألة) وان شرط عليهم وبعضهم كفلاء عن بعض كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه وان كانوا موسرين فان أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك انه اذا كان بعضهم حلاء عن بعض كان لهم حكم الجمالة فليس لهم أن يأخذوا واحداً منهم الا بما يجوز له أن يعدل به عن الغريم الى الخليل من الاعسار أو الغيبة والله أعلم وأحكم (فرع) ولو غاب الحملاء الا واحداً منهم فغرّم الحاضر المال ثم قدم الخليلان والغريم فقد قال ابن القاسم في المدونة للحاضر الذي غرم أن يرجع على صاحبه بثلثي المال وان كان الغريم ملياً وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذ من الخليل اذا كان الغريم موسراً حاضراً ووجه الفرق بينهما ان الخليل انما أخذ وثيقة من الدين الذي على الغريم فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم والحميل الذي غرم في غيبة الحملاء والغريم فكل واحد منهم حيل بجميع المال فاما غرم عن الخليل كما غرم عن الغريم لانه لو حضر صاحبه في الجمالة لزمه الغرم معه فلما كان آذاه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم (مسألة) فان اشترط ان له أخذ من شاء منهم بجميع الحق في المدونة عن ابن القاسم له أن يأخذ من شاء منهم بحقه وان كان شركاً أو في الجمالة حضوراً موسرين لانه قد شرط ذلك واذا أخذ أحدهم بجميع المال لم يكن له أن يرجع على أصحابه بشئ مما آذاه لان الطالب قد شرط في الجمالة أن له أن يطلق حقه بذمة من شاء منهم فاذا عين حقه عند أحدهم فاما ذلك عن نفسه لا عن أصحابه فلذلك لم يجز له أن يرجع عليهم بشئ مما آذاه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب ان الشرط باطل وليس له اتباع أحدهم بأكثر من نصيبه الا في عدم أصحابه أو غيبتهم (فرع) فان شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه ان بعضهم حلاء عن بعض فأخذ حقه من أحدهم كان لمن أدى الحق أن يرجع على أصحابه بما أدى عنهم لانهم قد شرطوا انه ان عين حقه عند أحدهم فعلي وجه ان بعضهم حلاء عن

بعض فقد تعلق الحق بحمالة جميعهم على ان الطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم وفي المسئلة الأولى لم يتعلق الدين بحمالة جميعهم وان تعلق بحمالة واحد غير معين فلطالب أن يعينه من شاء منهم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تحمل له دينه رجل ثم لقي الغريم فأعطاه حميلاً آخر فقد روى ابن الماجشون عن مالك أنه أن يتبع أي الحميلين شاء ووجه ذلك ان كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضى 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 بالحميل فأنما له أن يطلب الغريم فان غاب أو أعسر انتقل الى طالب الحميل الأول فان غاب أو أعسر انتقل الى الحميل الثاني قاله ابن الماجشون ووجه ذلك أن حاله مع الحميل الأول والثاني كحاله مع الحميل الأول والغريم وقد تقدم ذكره والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في رفق الطالب بالغريم أو الحميل)

وجه ذلك ان الطالب قد يهب حقه الغريم أو الحميل أو يؤخر أحدهما فاما الهبة فان وهب الغريم فقد برى الحميل لان الهبة كالاقتضاء ولو اقتضى حقه لبرى الحميل فكذلك اذا وهبه ولو وهب الحق الحميل لم ير الغريم عليه أن يؤدى الى المتحمل له (فرع) ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على ان له أن يأخذ أيهما شاء بمحقه فان الغريم فأحاله الطالب ثم أراد أن يطلب الحميل ففي العتبية والموازبة لأشبه عن مالك يحلف ما وضع الاليت وهو على حقه قال محمد في هاشئ وقال في موضع آخر فيها نظر وروى في موضع آخر عن مالك ان كان أخر بعض الحق من تركه الميتم كان مأخذاً بالخصص بين الحقين ويحلف ما وضع الاليت ويكون على الحميل حصته بمابق (مسئلة) وأما ان أخذ الغريم ففي العتبية والموازبة لأشبه عن مالك ان أخذ الغريم سنة فالحمالة ثابتة الا ان للحميل أن يمنع التأخر ويقول أخاف أن يفلس فليس له التأخير قال ابن القاسم في المدونة الأرسقط الجمالة وقال غيره في المدونة اذا أخر الغريم وهو موسر تأخرنا فسد سقطت الجمالة عن الحميل وان كان الغريم معسراً فله أن يقوم على الكفيل وأن يقف عنه وجه قول ابن القاسم ان تأخر الغريم لا ينافي حاله الحميل فليس فيه دليل على ابراء الحميل ولا يكون تأثيره في اسقاط الحق عن الحميل أكثر من تأثيره في اسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بدمتهما ووجه قول الغير انه لما يلزم الحميل تأخير الغريم كان الظاهر من تأخير ابراء الحميل والله أعلم (فرع) ولو علم الحميل بتأخيره فسكت لزمته الجمالة فان لم يعلم بذلك حتى حل الأجل حلف الطالب ما أخره ليبرى الحميل وتثبت له الجمالة قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ان ترك الاعتراض من الحميل في تأخيره رضاه فان لم يعلم بذلك واحتمل تأخير الطالب للغريم الذي لا يلزم الحميل تجوز به أن يريده ابراء الحميل كان على الطالب اليمين انه لم يرد به ابراءه وانما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقاً بحمالة الحميل (مسئلة) ولو أخر الطالب الحميل فذلك تأخير للغريم الا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً فان نكل لزمه التأخير لانه لو وضع عن الحميل الجمالة لكان له أن يتبع الغريم قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ما لزمه من اليمين ان تأخير الحميل محتمل لتأخير الغريم له فلزمته اليمين انه ما أراد ذلك ولا قصد

(الباب السادس في قضاء الحق)

فان دفعه الغريم برى وبرى الحميل وان دفعه الحميل 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 دنائير فيدفع عنه الحميل دراهم فان ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضي
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 بالتخاذه المصارفة لان
ذلك متعلق بدمته 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 الدناير ولكن
يخرج الغريم الدناير ثم يشتري بها دراهم فان نقصت لم يكن للحميل غيرها وان زادت فليس له
الفضل وكان ابن القاسم يقول الغريم مخيران شاء دفع الدناير أو الدراهم ثم يرجع 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 للدناير لانه تأخير في الصرف فوجب أن يصح بأن
يخرج الغريم ما كان عليه فلا يفسد من جهته 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
ايه فلا يأخذ أكثر منه ووجه القول بالتصير ان هذا تخيير ثابت بالشرع فلا يبطل الصرف بتخير
من وجد في عوض الصرف زائفا فانه غير بين أن يرد المعيب أو يمسك ولا يمنع صحة ذلك الصرف
(فرع) فان قلنا بوابة المنع فلا يجوز أن يصالح الكفيل طالب الحق اذا كان الدين دنائير بدراهم
ولاشئ مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء الا بالجزاف 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 يقوم بجنس الدين فلا يدخله تخيير ولا
فسخ دين في دين (مسألة) ومن تحمل بمال لرجل الى أجل فبات الحميل قبل الأجل ففي المدونة
لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله قال في المدونة وان كان الغريم مليا حاضرا فليس لورثته أن
يأخذه من مال الغريم قبل الأجل وقال ابن الماجشون لا يحل الحق بموته ولكن بوقف من ماله
بقدر الدين وجه القول الأول أن الدين متعلق بدمته فوجب أن يحل بموته ويتعجل طلبه منه
كالغريم ووجه القول الثاني انه حميل فلا تطلب تركته بالدين لموته اذا كان الغريم حاضرا مليا
أصل ذلك اذا مات بعد الأجل (فرع) ولو مات الحميل مفلسا فان لصاحب الحق أن يحاص الغرماء
في ماله قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك أنه يحل الدين بموته فوجب أن يحاص الغرماء في ماله
كالغريم (مسألة) ولو مات الحميل عند الأجل أو بعده فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية
هنا يبدأ بالغريم فان كان غائبا أو عديما أخذ من مال الحميل ووجه ذلك انه قد كان له أن يطالب
الغريم فلم يكن له أن يطالب الحميل وانما له مطالبة الحميل اذا لم يكن له مطالبة الغريم (مسألة)
ولو مات الغريم قبل الأجل فلا يطالب أن يتعجل حقه من ماله وان لم يكن له أن يطالب به الحميل حتى
يحل الأجل قال ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ان الدين يحل بموت من يتعلق بدمته فان طلب
من الغريم وعيت حاله في أخذه منه بموته وان طلب من الحميل وعيت حاله فلا يحل بموت غيره كما
لومات الحميل قبل الأجل فانه لا يكون ذلك سببا لمطالبة الغريم والله أعلم وأحكم

(فصل) اذا ثبت ذلك فنرجع الى تقسيم لفظ مسألة الأصل وهو قوله فان هلك الحميل أو أفلس فان
الذي تحمل له يرجع على غريمه الأول برده ان مات مفلسا أو أفلس مع بقاء حياته لان حقه لم ينتقل

عن ذمة الغريم بالحالة وإنما أخذ الجميل وثيقة لحقه كالرهن ففلس الجميل بمنزلة ضياع الرهن والله أعلم
 وجه ذلك أن موت الجميل مع كونه عيباً لا يوجب رجوع الطالب على الغريم بل له على قول ابن
 القاسم أن يتعجل من ماله ديناً وعلى قول ابن الماجشون يوقف من ماله بقدر الدين لحكم الحالة باق
 على القولين والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله يرجع على غيره الأول لفظ الرجوع يقتضى ظاهره أنه قد كان تعلق بمطالبة الجميل
 أولاً وأنه كان له ذلك وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الأول أن له أن يبدأ بمطالبة الجميل إن
 شاء فإن مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفي منه كان له أن يرجع إلى المطالبة الغريم ومنها إذا باع
 من الغريم سلعة أو أساقفاً ما لا كان له أن يرجع إلى المطالبة الغريم ومنها أنه إذا باع من الغريم وأخذ
 منه جيلاً وشرط أن له أن يأخذ ما شاء فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية أن له ذلك
 وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك في العتبية والموازاة فعلية هنا أيضاً إن مات الجميل أو أفلس
 كان له الرجوع إلى المطالبة الغريم ويحتمل أيضاً أن يريد به أن الغريم كان مقلساً فاشترى مطالبة
 الجميل فلما تعذر الاستيفاء من جهته رجع إلى اتباع الغريم في ذمته بما بقى عليه ويحتمل أن يريد
 بقوله يرجع على غيره معناه يبقى حقه ثابتاً على غيره لا يبطل بموت الجميل بخلاف الحوالة التي
 تبطل حقه بموت المحال عليه ولا يكون له مطالبة الجميل والله أعلم أي ذلك أراد

﴿ القضاء فممن ابتاع ثوبا به عيب ﴾

ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول إذا ابتاع الرجل ثوبا به عيب من حرق أو غيره فدعه البائع
 فشهد عليه بذلك أو أقر به فأحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص من الثوب ثم علم المتاع
 بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه إياه ﴾ ش وهذا على ما قال أنه
 إن أحدث المتاع بالثوب حدثا من تقطيع أو غيره ثم اطاع على عيب كان عند البائع فلا يخلو أن
 يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره في المسئلة أو لم يدلس به فإن كان دلس به فلا يخلو أن يكون
 ما أحدثه فيه المتاع بما جرت العادة به وبما يشترى غالباً له أو يحدث في ما لم تجر العادة بمثله فاما القسم
 الأول في تقطيع ما جرت به العادة في مثله من الثياب فما أحدث المتاع من هذا مما ينقص المبيع
 فلا متاع 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 رقيق فيقطعه جوارب أو رقاعاً فهذا لا يرد على المدلس لأنه قد خات
 بذلك من الفعل ويرجع بما نقصه قاله ابن القاسم في المدونة وذلك إن البائع قد علم أن المتاع يتصرف
 في المبيع التصرف المعتاد فإذا أسامه إليه على وجه التملك مع ما دلس به من العيب فقد أذن له في
 ذلك فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل ولم يأذن له في التصرف الذي ليس بعتاد فلذلك يلزم من
 فعله (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن أقر المتاع بالتدليس أو قامت البينة بأنه كان عالماً بالعيب عند
 المبيع فلا متاع رده وأخذ جميع الثمن وهل له أمساكه والرجوع بقية العيب قال ابن القاسم له ذلك
 وقال ابن المواز ليس له ذلك إذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطع فإن كان صناعة كالصبغ والخياطة
 كان له ذلك لأن له أن يمتنع من تسليم صناعته وحكى ذلك عن أصبغ ووجه ما قاله ابن القاسم أن
 العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصناعة وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث
 ووجه قول ابن المواز للمتاع رد المبيع دون غرم فلم يكن له أمساكه والرجوع بقية المبيع إذا لم يكن

﴿ القضاء فممن ابتاع

ثوبا به عيب ﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا

يقول إذا ابتاع الرجل

ثوبا به عيب من حرق

أو غيره قد علمه البائع

فشهد عليه بذلك أو أقر

فأحدث فيه الذي ابتاعه

حدثا من تقطيع ينقص

من الثوب ثم علم المتاع

بالعيب فهو رد على البائع

وليس على الذي ابتاعه

غرم في تقطيعه إياه

فيمع بن فوته أصل ذلك إذا لم يحدث عنده عيبا (مسئلة) فان ادعى المبتاع على البائع التديس
وانكره البائع وادعى النسيان ولم تتم بينة له بشئ من ذلك فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على ما قال
ويخبر المبتاع بين أن يرد المبيع وقصة العيب الحادث ويأخذ الثمن أو بمسك المبيع ويرجع بقية
العيب القديم وروى ابن المواز عن مالك لا يحلف البائع حتى يخبر المبتاع فان اختار الرجوع بقية
العيب لم يحلف البائع اذلا فائدة في استخلافه لان حاله في الرجوع بقية العيب في التديس وغيره
حالة واحدة عندهم يرى التخيير ثابتا في التديس وان أراد الرد استحلف البائع فان حلف رد المبتاع
مع المبيع قبة العيب الحادث وجه قول ابن القاسم بتقديم العيب ان التخيير لا يثبت الحكم به الا بعد
اليمين وأما قبل اليمين فحكم التديس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخيير وقد تقدم ذكره فاذا حلف
بطل حكم التديس ولزم الحكم بالتخيير ووجه قول مالك ان التخيير ثابت بحدوث العيب الحادث ولا
معنى لليمين الا اثبات قيمة العيب الحادث على المبتاع وانما ذلك في الرد فاذا لم يختر الرد فلا معنى لهذه
اليمين لانها غير مؤثرة في الامسالك والرجوع بقية العيب القديم وهذا القول أجرى على قول ابن
القاسم في اثبات التخيير مع التديس وقول ابن القاسم في هذه المسئلة أجرى على قول ابن المواز
وأصبع في اسقاط حكم التخيير مع التديس وانما لزم المدعى النسيان اليمين لانه يمكن أن يكون عالما
بالعيب عند البيع فاذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينكره لزمته اليمين والله أعلم وأحكم ص **هـ** قال مالك
وان ابتاع رجل ثوبا به عيب من حرق أو عوار فزعم الذي باعه أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي
ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب
و بمسك الثوب فعل وان شاء أن يغرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده وهو
في ذلك بالخيار فان كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد في ثمنه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع
عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وان شاء أن يكون شريكا للذي باعه الثوب فعل وينظر كم
الثوب وفيه الحرق أو العوار فان 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 **ش** وهذا على ما قال ان المبتاع اذا وجد بالثوب عيبا دلس به البائع بعد ان أحدث فيه
المبتاع صبغا زاد في ثمنه فان المبتاع مخير بين أن يمسه ويرجع بقية العيب على ما تقدم في كتاب
اليوع من حكم رد العيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه معيبا غير مصبوغ ثم يقومه تقويمه بما ثاب
مصبوغا فيكون المبتاع شريكا بما زاد الصبغ في قيمته وهذا معنى ما في المدونة عن ابن القاسم ورواه
داود بن سعيد بن زبيد عن مالك في المدينة وزاد فيها انه شريك بما زاد الصبغ والبائع شريك بثن
ثوبه معيبا يرفقته وحكى عن الشيخ أبي بكر انه قال يعتبر بقيمة يوم الحكم (شرف) قال في
هذه المسئلة يكون شريكا بما زاد الصبغ في قيمة الثوب وقال فيمن اشترى ثوبا فصبغه واستحق من
يده وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه انه يكون شريكا بقيمة
الصبغ قال الشيخ أبو محمد عبد الحق لفرق بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسه أو يرد فيشارك
والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة فلذلك اختلفا **ح** قال القاضي أبو الوليد رحمه الله
وهذا عندي ليس بالبين لان من بيده الثوب لا يجبر على المشاركة اذا رضى بدفع ثمن الثوب كالذي
يجد العيب اذا رضى بامضاء المبيع لم يجبر على المشاركة فلا فرق بينهما من هذا الوجه والأظهر عندي
في الفرق بينهما انه انما ثبت له قيمة في الشركة ما كان لصاحبه أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته اليه

قال وان ابتاع رجل ثوبا به
عيب من حرق أو عوار
فزعم الذي باعه انه لم يعلم
بذلك وقد قطع الثوب
الذي ابتاعه أو صبغه
فالمبتاع بالخيار ان شاء أن
يوضع عنه قدر ما نقص
الحرق أو العوار من ثمن
الثوب و بمسك الثوب
فعل وان شاء أن يغرم ما
نقص التقطيع أو الصبغ
من ثمن الثوب ويرده
فعل وهو في ذلك بالخيار
فان كان المبتاع قد صبغ
الثوب صبغا يزيد في ثمنه
فالمبتاع بالخيار ان شاء أن
يوضع عنه قدر ما نقص
العيب من ثمن الثوب
وان شاء أن يكون شريكا
للذي باعه الثوب فعل
وينظر كم الثوب وفيه
الحرق أو العوار فان 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

فتثبت له تلك القيمة في الشركة فلما كان في مسألة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله ويخرجه تشاركاً عند الإبانة بقيمة الصبح وقيمة الثوب ولما كان في مسألة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع إلى المشتري قيمة صبغه ويخرجه عنه لم تثبت للصبح قيمة بانفراذه وانما تثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه لأن اللبتاع أن يدفع إليه عوضه ويخرجه عنه وذلك إن المشتري ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصاً عما اشتراه فلوشاركة بقيمة الصبح وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قدره إليه ثوبه ناقصاً بالنقص الذي أحدث فيه بالصبح ولم يرد إليه ذلك النقص فلذلك جبره بالصبح وشارك بما زاد الصبح على قيمة الثوب والله أعلم وأحكم

﴿ ما لا يجوز من النخل ﴾

صح **﴿ يعجب عن مالك عن ابن شهاب عن جريد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال أن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتى نخلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلة مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه ﴾** ثم قوله أن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتى نخلت ابني هذا غلاماً النخل 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 حميد بن عامر عن الشعبي عن النعمان بن بشير أعطاني أي عطية فقالت عمرة بنت رواحة أَرْضِي حَتَّى تَشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ إِنِّي أُعْطِيتُ ابْنِي مِنْ عَمْرَةَ بِنْتِ رَوَاحَةَ عَطِيَّةً فَأَمْرَتَنِي أَنْ أَشْهَدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ أُعْطِيتُ سَائِرَ وَلَدِكَ مِثْلَ هَذَا قَالَ لَا قَالَ اتَّقُوا اللَّهَ وَعَدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ قَالَ فَرَجَعْتُ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ

(فصل) وقوله فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلة مثل هذا استفهام عن صفة هذا النخل إذ كان منه ما يمنعه الشرع ومنه ما يبيحه فاستوصفه عن صفته ليعلم أن المباح هذا أو من الممنوع ليبين له حكم القسمين أولاً أمره بارتجاع الممنوع أو أمضاء المباح فله أن قال له بشير لا وبين أنه لم يخل سائر بنيه على مثل ما نخل هذا وذلك أن يكون قد نخل سائر بنيه أقل مما نخل هذا أو لم يخلهم شيئاً أو نخل بعضهم دون بعض فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه يريد بإبطال النخل وارتجاعه من ابنه المتحول إلى ملك الناحل ويحتمل أن يكون إنما جوز ذلك صلى الله عليه وسلم لما علم أن الهبة كانت هبة يجوز لها اعتبارها فلما كانت مكرهة غير شرعية وكانت على وجه يجوز ردها لأنها لم تفت بما تفت به الهبات وينع الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك ردها وكذلك كل ما منعه الشريعة رد ما لم يفت وإلى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن مزيين عنه ويحتمل أيضاً 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 والموازقة عن مالك في الحديث الذي جاء في الذي نخل ابنه عبداً له فقال النبي صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلة مثل هذا قال لا قال فارتجعه قال مالك إن ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره فقلت له فإن لم يكن له مال غير ما يرد قال إن ذلك لي قال وقد قضى به

﴿ ما لا يجوز من النخل ﴾

حدثنا يعجب عن مالك عن ابن شهاب عن جريد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال أن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتى نخلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلة مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه

في المدينة وقال عنه ابن القاسم في العتبية من تصدق بماله كله على بعض ولده لأراه جائزا وقال
سحنون في العتبية إذا تصدق بكل ماله ولم يكن فيما بقي منه ما يكفيه ردت صدقته وان كان في ماله بقي
ما يكفيه لم يرد وقال مالك في العتبية والموازبة 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 وأنه جعل بعض ولده
فأمره برده وقد جعل يعقوب بن يحيى ذلك على الكراهية فروى عنه ابن مزيق أنه قال إنما أمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم باسترجاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض فقال ارتجعه وأهل
العلم يرون ذلك جائزا في القضاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفسخه وإنما نذر به إلى ذلك وإلى
هذا ذهب القاضي أبو محمد انه يكره للإنسان أن يعطي بعض ولده جميع ماله واحتج بحديث النعمان
ابن بشير وجوز أن يعطيه بعض ماله واحتج بحديث أبي بكر اذ قال لابنته عائشة اني كنت نحلكتك
جادعشرين وسقا قال والفرق بينهما انه اذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة لانه قد بقي ما يعطى
الباقين واذا أعطى الكل لم يبق ما يعطى الباقين فثبت الأثر وأدى ذلك إلى العداوة والبغضاء
قال فان وقع ذلك ووهب أحدهما الكل نفذ وان كان مكرها وخلافا لأحد بن حنبل وقد تقدم
الكلام في ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه 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 تليزمه أو خير يظهر منه فيخص بذلك خيرهم على مثله والله أعلم فاذا قلنا بالرد فتأويل الحديث
ظاهر وهو من جهة المعنى قال بعض البغداديين من أحببنا ان الانسان ممنوع من ماله لحق نفسه
كما هو ممنوع منه لحق غيره فنع من اتلافه لحق الوارث والزوج فبان يمنع منه لحق نفسه أولى وان
قلنا بامضاء ذلك فيحتمل أن يريد بالحديث رد عطية إلى العدل بين ولده بان يعطيهم مثل ما أعطاه
ويحتمل أن يريد به انه لم يكن انعمت العطية بعد وانما ارادها فمما علم بما فيها رجوع عن امضائها
ورد العطية إلى بقائها على ملكه ويحتمل أن يكون كان أعطاها ابنه على حكم الوصية فأمره بنقض
ذلك لأنه لا وصية لو ارث ويحتمل أن يكون كان أعطاها اياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه من
النفقة عليه لمدة تناول لم يبط سائر ولده مثل ذلك لذلك الوجه ولا غيره ايثار له عليهم فلما أمره النبي
صلى الله عليه وسلم أن يعيد بينهم رد ذلك البيع ورأى في رده السداد لابنه والله أعلم أي ذلك كان
ويحتمل أن تكون هذه الهبة لم تبق بيده ما ينفق على نفسه ولا على ولده ولعله بعد كانت عليه نفقات
تعلقت بدمته فيمنع 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 نحلها جادعشرين وسقا من ماله
بالغاية فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنيتي ما من الناس أحبا إلي غني بعدى منك ولا أعز علي
فقرا بعدى منك وانى كنت نحلكتك جادعشرين وسقا فلو كنت جدديته واحترتيه كان لك وانما هو
اليوم مال وارث وانما أخواتك فاختاك فاختامه على كتاب الله تعالى قالت عائشة فقلت
يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته انما هي أسماء فبن الاخرى فقال أبو بكر ذوبطن بنت
أراها جارية * ش قولها ان أبا بكر كان نحلها جادعشرين وسقا من ماله بالغاية الحديث يقتضي
انه خصها بالهبة دون سائر اخواتها ورأى ذلك جائزا له وان كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال لبشير
في ما وهب لابنه النعمان أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال ارجعه فيحتمل أن يكون أبو بكر تأول

* مالك عن ابن شهاب
عن عروة بن الزبير عن
عائشة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم انها
قالت ان أبا بكر الصديق
كان نحلها جادعشرين
وسقا من ماله بالغاية فلما
حضرته الوفاة قال والله
يا بنيتي ما من الناس أحد
أحب إلي غني بعدى منك
ولا أعز علي فقرا بعدى منك
وانى كنت نحلكتك جاد
عشرين وسقا فلو كنت
جدديته واحترتيه كان
لك وانما هو اليوم مال
وارث وانما أخواتك
فاختاك فاختامه على
كتاب الله قالت عائشة
فقلت يا أبت والله لو كان
كذا وكذا لتركته انما هي
أسماء فبن الاخرى فقال
أبو بكر ذوبطن بنت
أراها جارية

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

(فصل) وقوله من ماله بالغابة الغابة موضع وذلك يقتضى صحة الهبة وان لم يقترن بها قبض وإنما 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 لابي حنيفة والشافعي في قولهما لا تنعقد الهبة الا بالقبض والدليل على ذلك قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى انه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده الى القبض كالبيع

(فصل) وقوله فاما حضرته الوفاة قال يابنية والله ما من الناس أحب الي 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 بان لا يمنع من امضاء هبته لها عدم اشفاقه عليها ومحبتها لها وإنما يمنع من ذلك ما ذكره بعد هذا وقوله أحب غني بعدى منك يحتمل أن يريد بقوله بعدى بمن يخلفه بعد الموت ويحتمل أن يريد في حياته ويكون معنى بعدى غيري

(فصل) وقوله جادعشر بن وسقان تمر قال عيسى بن دينار معناه جادعشر بن وسقان تمر نخله اذا جاد وقال ثابت قوله جادعشر بن وسقا يعني ان ذلك يجدمنها ويصرم قال الأصمعي يقال هذه أرض جاد مائة وسق يريد أن ذلك يجدمنها فعلى تفسير عيسى قوله جادعشر بن وسقا صفة للثمرة الموهوبة فتقديره وهبا عشر بن وسقا محدود وعلى تفسير ثابت قوله جادعشر بن وسقا صفة للنخل التي وهب ثمرتها فعناه وهبا ثمرة نخل يجدمنها عشر بن وسقا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فلو كنت جد ديتيه واحترتبه لكان لك يقتضى ان الحيابة والقبض شرط في تمام الهبة وأنها لما تمعز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة فان كانت هبة الثمرة على الكيل فان الحيابة لا تكون فيها الا بالكيل بعد الحد ولذلك قال له لو كنت جد ديتيه وحترتبه وان كان وهبا 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 المواز فيه 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 يقتضى 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 الموت الحيابة لانه يؤدي الى ابطال حق الورثة فيتصدق 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 بيان أحدهما ما يكون حيابة والثاني ما يمنع الحيابة فأما الحيابة فلا تخلو أن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه فان كانت حاضرة فلا تخلو 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 انها عطية كل فيها العقد اللازم
وليست في يد المعطي ولا في يدي غيره فلم تفتقر الى مباشرة القبض كالدن (مسئلة) وأمان
كانت من أرض الزراعة فلا يخلو 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 بالينة على حدودها ويشهد مع ذلك على قبضها قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب
وقدر وي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام الحرب وأشهد
على الحيازة ثم مات بعد ذلك بنحو شهر ولم تحدث المرأة فيها حدثا ولا غيره ان كان لها عذر بين مثل ان
يفجأ موته قبل ان يمكنها عمل أو اجناء شجر أو احياء أو غرس أو اصلاح أو نحو ذلك فالصدقة ماضية
ووجه ذلك انه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة فأشبهت ما لا يعمل من الأرض (فرع) وهذا انما
يكون حيازة في مثل هذه الأرض اذا قامت حيازتها المختصة بموت الوارث أو مرضه مرض الموت
فأمان بقي الواهب حتى يمضي وقت عملها فلم يعملها للموهوب 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 الموهوب له العمل
فيها فقد ترك حيازتها (فرع) فان تعرض الموهوب له للعمل فثبته الواهب لم يبطل ذلك
الحيازة قاله أصبغ لان الذي أمكنه من الحيازة التعرض للعمل وقد وجد منه فاذا منع من العمل
مانع يبدغالبه فهو على هبته الا أنه يجب أن يكون من الطلب والسعي في التمكن من العمل على حالة
يعلم بها أنه غير تارك للعمل (فرع) فان منعه من العمل ضعف فلا يخلو أن يكون ضعيفا عن
البقر والآلة مع التمكن من أن يكري أو يساقى أو يرفق غيره أو يكون محجز عن وجوه العمل كلها
فان كان لضعف في الآلة مع التمكن من العمل بالكراء والاكثر أو المساقاة أو الارفاق و احياء
الشجر فالصدقة تبطل بالموت وأما ان محجز عن العمارة بكل وجه وتعرض لها بوجه من الوجوه
المدكورة فلم يصل اليها فان الصدقة ماضية والاشهاد يجزي في هذا الحوز ولو أقامت أعواما والموهوب
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 المتصدق (مسئلة) ولو وهبه تخلل به
مطلقة وفيها ثمرة فالتمة للواهب كالبيع وحوز الموهوب له قبض الخل والسقي في مال الواهب
وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يسبقها العشر سنين فقد وهبها بعد عشر
سنين فان مات قبل ذلك أو لحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن المواز ووجه ذلك ان القبض شرط
في تمام الهبة فان مات قبل القبض بطلت الهبة وان أسلم اليه الخل يعمرها المعطي وتكون الثمرة
للمعطي صح القبض وكملت الهبة والله أعلم (مسئلة) ومن وهب مافي بطون غننه أو أمته فحاز
المعطي الأمهات حتى تضع فتلك حيازة تامة كالخل يهبه الثمرة قبل بدو الصلاح فيحوز 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 والدين والثمره قال وأما الأجنة فلا تتم الحيازة فيها الا بعد الولادة لان العتق فيه لا يجوز قبل
الولادة وقد تباع أمة قبل ذلك في الدين المستحدث بخلاف الثمرة والزرع فان الثمر يرهن ولا يرهن

الخنين وجه قول ابن القاسم انه نماء حادث في العين ينفصل منه فكملت العطية فيه بقبض الأصل
 كالصوف والتمررة ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه ان العتق أقوى من الهبة لانه مبني على
 السراية فاذا لم يتعجل العتق في الخنين قبل الولادة فبان لاتعجل فيه الهبة أولى وأحرى وفي المدونة
 عن ابن القاسم في الذي يهب للرجل ما تلبس جاريته عشرين سنة ان ذلك جائز اذا قبض الجارية أو
 وضعت له على يد حائله كالنخل يهب ثمرتها (مسئلة) وأما هبة عمر النخل فجوز قبل الابار وبعده
 ومعنى ذلك ان هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله وكذلك الحيازة اذا
 أسلم الرقبة وفي المدونة عن مالك في الذي يهب ثمرة نخله عشرين سنة ان ذلك جائز ان حاز الموهب له
 النخل أو جعلت على يده من يحوزها له وقد قال مالك في المدونة يجوز ان يهب الرجل ثمرة نخله عشرين
 سنة اذا حاز الموهب له النخل أو حيزت له ووجه ذلك ان قبض النخل أكثر مما يمكن من حيازتها
 وليس للواهب أن يمتنع من تسليمها (فرع) فان كانت العطية على وجه العري لا يحاول المعري
 عملها ولا الانفراد بها فقد روى ابن حبيب في العري لا يصح حيازتها الا باجتماع أمرين أن يطلع فيها
 ثمرة ويقبضها المعري فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعري بطل الاعراء وقال أشهب تجوز
 الحيازة بوجود أحد الأمرين الابار أو تسليم العطية ومعنى ذلك ان المعري انما أعطى الثمرة على هذا
 الوجه عطاء مؤجلا لا يقتضي اخراج الأصل عن يده ولا قبض الثمرة الا بعد بدو الصلاح ولذلك كان
 العمل على المعري ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيازة لان عطيته لم تكن على هذا الوجه فان
 سلمها على قول ابن حبيب الى المعري صححت الحيازة بعد أن تظهر الثمرة لانها لم تتضمن عطية قبل
 وجودها فاذا وجدت وتبرع بالتسليم صححت الحيازة 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 التأبير عند أشهب يمنع الحيازة وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيازة مع ظهور الطلع لانه عند
 نفس الثمرة وانما هذه حالة من أحوالها والوجه الثاني ان ابن حبيب يراعي مع كون الثمرة على صفة يصح
 حيازتها أن يوجد قبضها قبض الأصل ولم يشترط ذلك أشهب غير انه قد احتج لصحة ذلك بأن قال ان
 دخول المعطي وخروجه حيازة فرجع الأمر الى أن هنالك نوعا من القبض به تكون الحيازة
 وظاهر قول ابن حبيب أيضا انها تقتضي حيازة فيحصل أن يجتزى في ذلك بما ذكره أشهب من
 الحيازة ويحتمل أن لا ينفذ ذلك للمعري الا قبض الثمرة مع الأصل في حيازة المعري والله أعلم
 (مسئلة) وان كانت الهبة من الدووفلا تخالوا الدار ان يكون الواهب يسكنها ولا يسكنها فان كانت مما
 يسكنها فلا تصح فيها حيازة الا باخلاء الواهب لها اذا لم يكن فيها فضل عن سكنها قال مالك في العتبية
 وان كانت الدار ذات منازل يسكن في بعضها حيزت كلها قال وذلك ان عبد الله بن عمرو بن عبد الصاحب
 النبي صلى الله عليه وسلم حبس ادارين لها فسكنها فيها حتى ماتوا ولم يكن ذلك جلمها لحازها ما سكنوا وما لم
 يسكنوا قال ابن القاسم ولو كانت دورا فسكن واحدة منها ليست جلمها وهي تبع حاز منها ما سكن وما
 لم يسكن سواء كان المحبس عليه صغيرا في حجره أو كبيرا حائرا لنفسه (مسئلة) ولو بقي فيها
 باكثراء أو ارقاق أو اعمار أو أي وجه كان فان عيسى روى عن ابن القاسم في العتبية ذلك يمنع صحة
 الحيازة لانه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكني الواهب لها الا أن تكون الواهب تزوجت الموهب
 له فيتأدى على السكنى معها فيبارى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فان ذلك لا يمنع صحة الحيازة ولو
 كان الزوج الواهب للزوجة فيتأدى على السكنى معها فيمنع ذلك صحة الحيازة لان سكنها على الزوج

دون الزوجة فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس يبدلها وإنما اليد للزوج في المسكن فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها ومثل هذا أن يخاف الواهب فيختفي عند الموهوب له في تلك الدار أو يضيفه الموهوب له فيمرض 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 باكثر أو ارافق فان كان رجع اليها بعد المدة القريبة مما يرى انه قصد الى أن لا يخرج منها 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 باكثر أو اسكن بعد حيازة المعطى المدة الطويلة ومات فيها فان الصدقة تبطل وجه القول الأول ان المعطى اذا كان مالك أمره وحاز لنفسه حيازة بينة تبطل الهبة فقد صحت الهبة وكلت فلا يضرها ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطى ووجه قول ابن الماجشون ان رجوع الواهب فيها وهب مما كان عليه من السكنى وموته فيها على ذلك يبطل الحيازة أصل ذلك اذا كان الموهوب له صغيرا أو أمان كان الابن صغيرا فخاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب اليها قبل أن يكبر او يحوزون لأنفسهم سنة فبطلت باطله قال ابن المواز لا يختلف في ذلك قول مالك وأصحابه ووجه ذلك ان الكبير الحاضر لنفسه يقدر على منع الأب الواهب من ذلك فلا يدر جوعه اليها رجوعا في هبته والصغير لا يقدر على ذلك وليست حيازة الأب حيازة تامة لانه قديرا فالفساد فلذلك تبطل الهبة ب رجوع الأب اليها (مسئلة) فاما ان كان لا يسكنها الواهب فحكمها حكم الأرضين غيرها تختص بالخلق والقفل عليها فان فعل ذلك الحائز فيها فهو عام الحيازة لها وقدر روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فبين 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 عندي بما يتعلق به من السكنى بالاكثر أو الانتفاع الدائم بها ولو كانت مهمله غير مغلقة ولا ينتفع بها في كراء ولا غيره لرأيت ان حكمها حكم الأرض التي لم تزرع في ابا نزرعتها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول فان الحيازة فيه بان قبضه المعطى ويخرجه عن يد المعطى وانتفاعه به فان كان ثوبا منع المعطى من بسه وانفرد المعطى بلبسه وامسكه وان كان من المتاع الذي يستعمل والريق الذي يستخدم فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفرده ولو وهب أحد الزوجين الآخر خادما أو متاعا من متاع البيت فقدر روى ابن القاسم عن مالك في العتية والموازية فبين تصدق على امرأته بخادم وهي معه في البيت فتخدمها بحال ما كانت فذلك جائز وقال ابن المواز عن ابن عبد الحكم وابن القاسم عن مالك وكذلك متاع البيت وبه أقول وقال أشهب في الكتابين اذا شهد لها بهذه الخادم فتكون عندها كما كانت في خدمتها فهذا الى الضعف وما هو بالبين وكذلك لو وهبته خادما لمتاع البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهو ضعيف ووجه رواية ابن القاسم ان المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة لما كان له حظ من اليد في ذلك المسكن وتصرفه فيما لا يلزم المعطى بخلاف الدار ان سكنت الزوجة فيها على الوجه الذي يلزم الزوج اسكانها عليه ووجه رواية أشهب ان الهبة على الصورة التي كانت عليها قبل العطية فلا يصح فيها حيازة الابتنعيرها عما كانت عليه بالنقل الى ما ينفرده المعطى

وخروجهما عن يد المعطى (فرع) وهذا فيما يستعمل غالبا على الوجه من الاستخدام والاستعمال
وأما ما يستعمل منفردا كالعبد يخارج في العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك في امرأة تحملت ابنا
لهما صغيرا عبدها وله مال فلم يحزها الأب ولا الولد حتى ماتت الأم ان ذلك يختلف فاما الغلام الذي هو
للخارج فان ذلك ليس يجوز للصبي وأما الغلام الذي اتماه للخدمة فيخدمه يختلف معه ويقوم في
حواشيه فانه حوز وكذلك لو غل أبوه الغلام وهو مع أبيه لكان اختلافه معه وخدمته له حوزا قال
مالك في العتبية وان خدم الأب مع الغلام الى ان مات الأب فقدر وي يحمي بن يحيى عن ابن القاسم
فمن تصدق على أم ولده بخادم وابنه مما يكون معها في البيت فلا شهاد في كل ذلك حوز وأما
العبد يخارج والدار تسكن والشجر وما هو بآن عنهما فلا بد ان يحوزه فيما خذ الخراج من العبد
ويخرج السيد من الدار ويحمي الشجر ونحوها وأما العروض فبالقبض واللباس والعارية
ونحوها حوزها والافلاشي لها وقال أصبغ الاشهاد حوز وان كان ذلك في يدها وان لم تعرف
اللباس والعارية (فرع) وأما ما وهب لابنه الصغير في العتبية عن أصبغ ان تصدق عليه ببقر
وغنم وعبيد خا حناب الغنم واعقل البقر واستخدم العبيد امرأ خفيفا أو امرأ ممزوجة لخصيف
ومرة لابن ومرة لهما فذلك جائز ويكون حيازة وصديقة تامة

(فصل) وهذا اذا كانت الهبة حاضرة بيده والمعطى حاضر فان كان المعطى والمعطى غائبين أو
أحدهما غائبا فلا يخلو ان تكون الهبة بيد المعطى أو في يد غيره فان كانت في يده وكان المعطى
والمعطى غائبين عن الهبة ففي العتبية من سماع ابن القاسم فمن تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة
أخرى فلم يقبضها حتى مات الابن ان كان صغيرا فذلك جائزه 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 تمها للخروج أو وكل فلم يخرج حتى مات الأب فهي جائزة وان فرط فذلك باطل ورواه أيضا
ابن القاسم عن مالك وجه القول الاول ان للمعطى قبيل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر ووجه
القول الثاني ان الهبة قد وجد طرفاها من الايجاب والقبول ولم يوجد تنفر يطهما في قبضها يبطل
حكمها فوجب أن تصح كالأول أنفذها المعطى الى المعطى (فرع) فاذا قلنا انها تصح مع الاجتهاد
وتبطل بالتفريط فجهل الأمر فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة انها على التفريط حتى ثبت
الاجتهاد ووجه ذلك أن عدم القبض يقتضي ابطال العتبية وصورة المسئلة صورة ترك القبض
فلا يعدل به عن ذلك الا أن يتبين الاجتهاد الذي يخرج عن مقتضاه وظاهره اني ما يقوم مقام القبض
(مسئلة) وان كان المعطى غائبا فقد روي في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فمن تصدق على ابنه
الكبير الغائب بعبدا ودار فمات الأب قبيل الحيازة فذلك باطل وكذلك لو كان قريب الغيبة فمات
الأب قبل القبض ونحوه وروي عيسى عن ابن القاسم وروي أشهب عن مالك في العتبية والموازاة
فمن تصدق في سفره على امرأته أو ابنته وليستاهمه بعد فمات السيد قبل أن يقدم والعبد يخضعه انه
ان أشهد على الاتفاذ من يعرف المرأة أو الابنة فذلك نافذ وان أشهد هكذا من لا يعرفها فلا أدري
ما هذا وجه القول الاول ما قدمناه من ان موت الواهب قبل القبض يبطل الهبة أصل ذلك الحاضر
ويقوى ذلك عدم القبول ووجه الولاية الثانية ان الاشهاد بانفاذها أكثر ما يمكن أن يأتي به من
حيازة الهبة (فرع) ومثل ذلك ما يشتره الرجل في الحج من الهدايا ويحمله معه أو يبعثه من
صلة أو هدية الى غائب فموت المعطى أو المعطى قبل وصول ذلك فانه ان أشهد بذلك فهي للمعطى

وان لم يشهد بذلك في المدونة من مات منهما رجعت الى وريثة المعطى وفي كتاب ابن حبيب من مات
منهما رجعت الى وريثة الميت فعنى ما في كتاب ابن حبيب أنه ان مات المعطى بطلت الهدية فرجعت
الى وريثته وان مات المعطى صحت الهدية فكانت لورثته وما في المدونة فقد قال أشهب في كتاب ابن
المواز مثله مفسرا ان من مات منهما فلاحق فيها للمعطى ومعنى ذلك ان عدم القبول يفسد الهدية
وان كان المهدي حيا (فرع) فاذا قلنا ان الاشهاد يقوم مقام الحيابة فقد قال أشهب عن مالك لا
يكفي في ذلك أن يذكر ذلك للعدول حين الشراء أو غيرهم حتى يشهدهم والذي يجزى من الاشهاد
قال محمد ذلك انه اذا قال اشهدوا على فلان فانه اشهاد تام وقال ابن عبد الحكم عن ابن القاسم انه ان قال
لسولين ادفعوا ذلك الى فلان فاني وهبته ذلك فهي شهادة وان لم يذكر فاني وهبته فليس بشئ وروى
ابن القاسم وأشهب عن مالك ان ذلك لا يتم وان شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدا على ذلك اشهادا
أو يصل ذلك الى المعطى في حياة المعطى وجه القول الاول انه اذا سمع منه ما يقتضى تبثيلها فان
ذلك يقوم مقام الاشهاد بها في الاتيان بأكثر مما يمكن من تبثيلها فقله اني قد وهبته اياها مع أمر
الخاملين بايصالها الى المعطى يقوم مقام الاشهاد بها ووجه القول الثاني أنه لا يجزى الا القصد الى
الاشهاد به الان ذلك أكثر مما يمكن أن يفعل في أمرها فاما اذا أخبر بذلك العدول حين الشراء أو
بعد ذلك ولم يقصد الاشهاد فان وصلت اليه في حياة المعطى فهي له وأما بعد موتها فلا يكون ذلك
حيابة لانه لم يوجد القصد الى ذلك من المعطى ولا قبضت في حياته (مسألة) وان كانت الهبة
بغير يد المعطى بخيابة المعطى بالطلب لها أقوى وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فبين
تصدق بعبد الآبق على رجل فطلبه المعطى واجتهد فلم يجده الا بموت المعطى قال هو فانقله لانه
لم يكن ذلك بيد المعطى فالاشهاد فيه وطلب المعطى له حوز كالدين (مسألة) ومن كان له عند
رجل وديعة فقال اشهدوا اني قد تصدقت بها على فلان ولم يأمره بقبضها ثم مات المتصدق قبل
القبض فان علم الذي هو عنده فتلك حيابة وان لم يعلم بطلت الصدقة لأنه اذا علم صار حائزا للمعطى
فلو دفعها بعد ذلك الى المعطى ضمنها رواه سحنون عن ابن القاسم في العتية وروى عيسى عن ابن
القاسم فبين تصدق على رجل بمائة دينار وكتب الى وكيله يدفعها اليه فاعطاه الوكيل خسين ومات
المعطى قبل أن يقبض الخسين الباقية لاشئ له غير ما قبض لان وكيله يدفعها اليه فاعطاه الوكيل خسين ومات
مطرف وأصبح والفرق بين الوكيل والمودع ان الوكيل مأمور بالدفع فهو فيه نائب عن المعطى
والمودع ليس بمأمور بذلك وانما هو مأمور بحفظ الوديعة فاذا علم أنها قد صارت للمعطى صار
حائزا لها وصارت يده يده قال ابن المواز في الوديعة اذا جمع بينهما وأشهد صحت قال وكذلك لو قال له
المعطى دعها لي بيدك ومعنى ذلك كله أن تعود يد المودع للمعطى فيكون قابضه وحائزا لها أعطى
بأمره فتصح بذلك الحيابة (مسألة) ومن أعطى رجلا غلعة كرمه سنين أو أسكنه داره ثم تصدق
بالرقبة على ابنه الصغير قال سحنون في العتية ذلك جائز والصدقة للابن وان لم يشهد بأنه جعل
للساكن الحيابة لابنه ولو أشهد بذلك لكان حسنا قال وأحب الى أن لو كان ذلك في فور واحد
لان أصحابنا اختلفوا فيها وهو جائز وان لم يكن في فور واحد وهذا قال ابن القاسم ومطرف وأصبح
من رواية ابن حبيب عنهم وروى عن ابن الماجشون انه ان كان ذلك في فور واحد فهو حيابة لمن
أعطى الرقبة وان كان أسكن ثم أعطى الرقبة فان رجعت الرقبة والمعطى حتى فهي للمعطى وان مات
المعطى أو أفلس أو مرض قبل أن يرجع الرقبة فلا شئ للمعطى قال وكذلك من أخذ من رجلا عبدا ثم

بتل رقبته للآخر وجه القول الاول ان يدالسا كن ليست بيد المعطى فجاز أن يجوز للمعطى كما لو كان الاسكان والعطية في فور واحد ووجه القول الثاني ان السا كن لما انفردت عطيته وتقدمت وحاز لنفسه لم يكن حاز الغيره كالمعطى (مسئلة) ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو ودعة أو اجارة فقول المعطى قبل حيازة وان كانت الهبة بغير ذلك البلد وأما اذا كان ذلك بيد 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 يحسن بر يد حياته أو عارية فيجوز للمعطى وان مات المعطى وأما في الاجارة والرهن فلا يكون حوزا الآن 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 وهبه ما يبدغاصبه 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 وهبت ديناً لك على غريم لك غائب فدفعت اليه ذلك الحق وان لم يكن له ذكر حتى فأسهدت وقبل المعطى جاز لان الدين هكذا يقبض لانه ليس 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 لأرضي لم يكن له ذلك (مسئلة) ولو وهب المستودع ما عنده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب قال ابن القاسم القياس أن تبطل وقال أشهب بل هي حيازة جائزة الا أن يقول لا قبل قال محمد وهو أحب الي وذلك ان العطية بيد المعطى فتأخر القبول لا يمنع صحته قال وذلك بمنزلة من وهبت هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فأت المعطى فهي ماضية ان رضيا وله ردها بمنزلة من بعث نهبته الى رجل فأسهد فلم يصل اليه حتى مات المعطى فله أن يقبلها فتكون من رأس المال فله ردها ووجه ما قاله ابن القاسم ان الهبة يمنع صحته عدم القبض فبان يمنع صحته عدم القبول أولى وأحرى

(فصل) ومعنى القبض أن يقبض المعطى العطية وتصور في يده وان كان ذلك بغير علم المعطى ولا اذنه فأت المعطى قبل أن يعلم ويرضى فذلك حوز عند ابن المواز قال لانه لو منعه قضى عليه بذلك ووجه ذلك ان القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه فصح بغير اذنه كما لو امتنع من ذلك فقضى به عليه (فرع) ولو مات المعطى وعليه دين فقام غريمه فخازه والمعطى غائب فقبضت بيده حتى مات المعطى فتلك حيازة تامة حازها بسطان أو بغيره رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى روى ابن حبيب عن مطرف فممن تصدق على ابنته وهي ذات زوج بمسكن نفخرن 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 ووجه القول الاول ما قدمناه أن الهبة لم تنبثق بيد الواهب بل هي على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم يمنع صحة الحيازة كالدين ووجه قول أصبغ انها هبة 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

أعلم (مسئلة) ومن تصدق بدار ثم أنكرد ذلك نفاصمه المعطى وأثبت بينته فحكم له بها فلم يقبضها حتى مات المعطى فقدر وى ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس الحكم يجوز كالأخذ المعطى ومات قبل أن يقبضها المعطى وقال أصبغ ومطرف هو حوز كالأوقام البائع بطلب سلته في التفليس وتقوم بينة في موت المفلس قبل الحكم انه يقضى له بها وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من أن المفلس لا يقبل اقراره لخصمه وأما بينة المعطى فانها بينت اقرار المعطى ووجه قول مطرف ان منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها ليس بأثبت من انفاذه لها في موت قبل أن تصل الى المعطى وذلك لا يمنع الحيابة فنعه اياها عذر يصح معه الحيابة وقد وجد من المعطى القبول والطالب الذي يقوم مقام القبض والذي بعث اليه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب وقد قضى بحيازته لعذر المسافة في مسئلتنا أولى وقدر وى ابن المواز عن ابن القاسم اذا وقف الامام العطية حتى ينظر في حاجتها فانه يقضى له بها كما لو قام في الفليس في سلته فلم يقض له بها حتى مات المفلس فقد قال مالك البائع أحق بها وقال أشهب أما ادخال القاضى بين الواهب وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها فيقضى بما ثبت عنده فيها كما كان يقضى في حياته وأما ان لم يكن الواهب منع منها المعطى فلم يطلها فهي باطل (مسئلة) ولو باع المعطى الهبة فلم يقبضها المشتري حتى مات المعطى قال مطرف وابن الماجشون البيع حيابة واه ابن وهب عن مالك وقال أصبغ ليس البيع بحيابة ولا غير ذلك الا العتق وحده وجه قول الجمهور ان البيع اخراج عن الملك فأغنى عن الحيابة كالعتق ووجه قول أصبغ ان العتق مبنى على التغليب والسراية ويؤثر في غير ملكه وذلك اذا أعتق حصة من عبد فانه يعتق عليه سائرته وليس كذلك البيع فانه لا يسرى الى غير ملكه فلم ينع عن الحيابة (مسئلة) ولو وهبه المعطى ثم مات المعطى فقدر وى ابن وهب عن مالك ان الهبة حوز وبه قال مطرف وقال ابن القاسم وابن الماجشون ان الهبة لا تسكون حيابة لانها محتاجة الى حيابة وجه القول الأول أن خروج العطية عن الملك حيابة كالبيع ووجه القول الثانى أنها لا تستغنى عن الحيابة في نفسها فلم ينع عنها غيرها من الهبات (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد قال أشهب اذا وهبه المعطى لآخر فمات المعطى قبل أن يحوزه فهو له اذا وجد به موت السيد أو الواهب الأول واذا قلنا بقول ابن القاسم فلم يقبضه الآخر حتى مات الواهب الأول فلا شيء له

(باب فيما يمنع الحيابة ويبطل العطية)

ويدوان يموت الواهب قبل أن يوجد ما ذكرناه من الحيابة أو يفلس أو يمرض مرض موته فاذا مرض توقف عن انفاذ الهبة فان مات من مرضه قضى له باطلها وان صح كان حكمه حكم من لم يمرض في صحة عطيته وابطالها ولذلك قال أبو بكر رضى الله عنه وقد بلغ من مرضه مبلغاتين الموت منه فلو كنت جد دتبه واحترتبه كان ذلك وانما هو اليوم مال وارث (فرع) اذا ثبت ذلك فهذا حكم الهبة للواحد يبطل جميعها أو يصح جميعها فن تصدق على ولده الصغير ولده الكبير أو أجنبي فلم يقبض الأجنبي حتى مات الواهب فقدر وى ابن القاسم عن مالك تبطل حصة الصغار وحصة الكبار قال ابن القاسم لا يعرف انفاذ الحبس للصغار الا بحيابة الكبار وروى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك نصيب الصغير جائز ويبطل نصيب الكبير بخلاف الحبس فانه يبطل الجميع وجه رواية ابن القاسم ان الخلاف في هذه المسئلة مبنى على الخلاف في هبة الجزء المتشاع ويحتمل أيضاً أن يكون معنى ذلك أن هذه عطية فاذا بطل بعضها لعدم الحيابة بطل جميعها كالحبس ووجه

الرواية الثانية في الفرق بين الصدقة والهبة والحبس ان الصدقة لجماعة مقتضاها القسمة فجاز أن
 يبطل بعضها ويصح بعضها والحبس ينافي القسمة لان الرقبة باقية على ملك المحبس وانما تقسم الغلة
 فاذا بطل بعض الحبس لعدم الحيازة بطل جميعه (مسئلة) وأما ذهاب العقل ففي العتية من
 رواية عيسى عن ابن القاسم في امرأة تصدقت بعبداً وبنائير في صحتها فلم يحز 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 وقدر روى هذا اللفظ وانما يريدون به معنى
 الحيازة 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 حيازة العطية بطلت قال أصبغ في العتية ان كانت قيمة العبد أكثر من الدين ان
 يبع جميعه وان يبع منه قدر الدين قصر بعنه عن مبلغ الدين للتبعض يباع جميعه فيقضى منه الدين
 ويعطى ما بقى للمتصدق ولا شيء فيه للمتصدق عليه لان الغرماء لما استحقوه من يده فيبع لهم في دينهم
 بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق (مسئلة) وهذا حكم عدم الحيازة فاما اذا حاز العبد وقد كان
 تداين ديناً يحميط بماله قبل العطية فان ذلك يمنع العطية قبضت أو لم تقبض لانه ليس له أن يعطى مال
 غيره واما ان اذ ان بعد العطية وقبل الحيازة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون
 الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة قال أصبغ الصدقة أولى من الدين المستحقة بعدها وان لم يقبض
 وانما يراعى في ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيازة وانما يراعى في ذلك مطرف وابن الماجشون يوم
 الحيازة 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 استغل ما تصدق به عليهم ولم يدر استغل
 لنفسه أو لم يدر فان الصدقة ماضية حتى يعلم انه انما كان يستغلها لنفسه دونهم وقال ابن القاسم من
 رواية أبي زيد عن في الصدقة المقبوضة عنه لا يدرى الدين قبلها أو بعدها فالصدقة أولى حتى
 يعلم أن الدين كان قبل الصدقة ولو كان الأب حاز لابنه الصغير لكان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة
 قبله ونحوه لابن القاسم في المدونة (مسئلة) ومن تصدق بشئ أو وهبه فلم يحز عنه حتى يباعه
 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 يباعها للمتصدق نفذ البيع والتمن
 للمتصدق عليه وان لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة فالبيع مردود 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
 عقده حيازة يضع به المبيع وان لم يقبض وجه القول الثاني ان كلا العقدين يقتضى التمليك
 فكان أسبغيهما أولى كالبيعتين (فرع) فان قلنا ان البيع يبطل فقد روى ابن المواز عن ابن
 القاسم انما ذلك اذا كان العطاء لمعين يقضى له به فان كان لغريمين مثل أن يجعل داره في سبيل الله
 ثم يبيعها لم أفسخ البيع لانه لا يقضى عليه بها وان قلنا ان البيع ينفذ فقد قال أشهب تبطل الصدقة ولا
 شيء للمعطى من الثمن وقال ابن عبد الحكم الثمن للبائع لا شك فيه وروى ابن حبيب عن مطرف ان
 كان المعطى حاضر فلم يتم حين علم بالبيع فلا يسيل له الى رده وله الثمن على المعطى فان مات المعطى

قبل أن يأخذ منه الثمن فلا شيء عليه فأما القول الأول فبني على مانص عليه أشهب من أن الصدقة تبطل وأن البيع الحادث قد منع من الحيابة وأما القول الثاني فبني على أن الصدقة صحيحة فإن قام المعطى على اثر ذلك ولم يقر بإبطال البيع لكون العطية ملكا له وان ترك ذلك كان كمن يبيع ملكه وهو عالم فلم ينكر فله الثمن إلا أنه لما كان أصله الهبة والعطية ولم يتقدم فيه حيابة فإن قبضه قبل فوات الحيابة يموت المعطى كملت العطية والابطلت ولذلك قال مطرف انه لو كان المعطى غائبا تقدم في حياة المعطى كان مخيرا بين رد البيع أو أخذ الثمن وقروى ابن حبيب والعتبي مثل ذلك عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أعطها الواهب لرجل آخر قبل ان يقبضها الاول فان حازها الثاني فقروى ابن المواز عن ابن القاسم الاول أولى وتنزع من الثاني قال ابن المواز ليس هذا بشئ والحائز 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 حتى 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 ففأجابه 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 استولد الأمة فقد قال ابن القاسم ينفذ العتق والاستيلاء ولا شيء للمتصدق عليه وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب يرد العتق واذا حلت منه الأمة فعليه القيمة وجه القول الاول ما بنى عليه العتق من التغليب والسراية ووجه قول ابن وهب ان الهبة تقتضي التمليك فلا يصح فيها عتق المملك كالبيع وعليه في الأمة القيمة لشبهة عدم القبض (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم وكتب الواهب العبد وأدبره أو أعتقه الى أجل فقد قال أصبغ لا يرده شيء من ذلك ولا شيء للمعطى في خدمة المدبر ولا كتابة المسكتب ولا رقبته وان هجر قال أصبغ عن ابن القاسم ولو قتلها رجل فالقيمة للموهوب له ومعنى ذلك ان قتل القاتل له ليس بمعنى الرجوع في الهبة وأما العتق وما كان في معناه فانه رجوع في الهبة ومبطل لها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان كان المعطى رهن العطية قبل القبض فقد قال ابن القاسم فبين حبس على ابنه ثم رهنه فأت بيطل 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 فبقيت في يده ثم باعها فقروى عيسى عن ابن القاسم في رجل تصدق بثلاثي غنم معينة على ابنه الصغير وثلاث صدقة في سبيل الله فبقيت في يده زمانا ثم عدا عليها فباعها ثم مات والابن صغير ان صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله ولا شيء للسيد 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 القرماء بمال المفلس ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لما تبين الوفاة ويحتمل أن يكون قاله توقفا لها وذلك بمنع الحيابة أيضا على وجه التوقيف فيها لأنها مترقية ممن حاز في ذلك الوقت فان صح صححت افاقته الحيابة

(فصل) قال وانما هو أخواك وأختاك هكذا ورد هذا الحديث ان ورنته من ذكر وقدرته مع ذلك زوجه أسماء بنت عميس وزوجه بنت خارجة وترثه أباه أبا قحامة عثمان بن عامر ومات بعد في خلافة عمر بن الخطاب الأناهر وروى انه رد سدسه على ولد أبي بكر ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته

ويحتمل أن يريد انما يرثني بالنسبة أنت وأخوالك وأختاك يريد أن الذين يشاركونك في هذه العطيبة انما هم اخوتك على معنى التولية لها عما صار الى غيرها من ذلك بان من يصير اليهم ذلك ممن يترك غناهم فقالت لو كان كذا وكذا لتركته ويحتمل أن تريد لتركته اذا لم أستحقه ويحتمل أن تريد لتركته وان كان لي ممن ذكرته ممن أحبه الغنى والخير ممن يشفق عليه

(فصل) وقولها وانما هي أسماء فن الاخرى لما لم تعلم لنفسها أختا غير أسماء فقال لها ذوبطن بنت خارجة يريد ان حمله يوجد ويقال ان اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك الخزرجي يعتقد فيها انها جارية قال ابن مزين قال بعض فقهاءنا وذلك لرواها أبو بكر تأول فيها ذلك وهذا لا يمتنع فولدت بنت خارجة بنتا سميت أم كلثوم والله أعلم ص مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري ان عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم فحلوا ثم يسكنونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات هو قال هو لا بني قد كنت أعطيتهم اياه من نحل نحلته فلم يحجزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة ش قوله ما بال رجال ينحلون أبناءهم فحلوا ثم يسكنونها الحديث يقتضي ان اخراج العطيبة من يد الاب الناحل هو الواجب أو الافضل فان كان الابن بالغاً مالكا لأمر نفسه فحكمه حكم الأجنبي على ما تقسم وان كان صغيراً فان من العطايا ما لا يصح الا باخراج الاب العطيبة 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 كالدينار والدرهم ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والسيارات فاما الدينار والدرهم فانها ان بقيت بيد الواهب غير محتوم عليها يتصرف فيها الابن الصغير فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه ان مات الاب وهي على ذلك فالعطيبة باطلة وكذلك لو صدق عليه بعشرة دنانير من دنانير معينة ففي العتبية عن مالك لا يجوز وان طبع عليها حتى يدفعها الى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك انها غير معروفة العين ولا متعينة 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 الشهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون وروى عنه أن العطيبة ماضية وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمدنيون قال مطرف اذا ختم عليها بحضور الشهود وان لم يختم عليها الشهود وجه القول الاول انها مما يتعين بالعقد فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطي كالتي لم يختم عليها وجه القول الثاني انها تتعين بالعقد فاذا تميزت بالختم عليها صححت الحيازة فيها (فرع) فأما اذا وهبه دنانير فوضعها على يد رجل يحوزها له فحدث للرجل سفر ومات فقبضها الاب فقات فقد روى عيسى عن ابن القاسم انها ماضية لأنها حيزت مدة فلا يبالي قبضها الاب بعد ذلك أو لم يقبضها كالدار يتصدق بها على ولده فيموزها عنه سنة وفي كتاب محمد بن علي بن محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بمائة دينار وجعلها له على يد غيره ثم تسلفها فقات فذلك باطل بخلاف ما لو وهبه ديناً ثم قبضه الأب فظاهر هذه المسئلة ان قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك لانه علل امضاء الهبة بانها حيزت مدة وشبه ذلك بالدار فحاز سنة ثم رجع الواهب الى سكنها فظاهر ان الواهب لو تسلفها بعد ان حيزت عنه نفقت الهبة غير انه انما يصح على القبض في مسئلة السفر وان ذلك ان كان لعذر السكنى جائز ولم يذكر انتفاع الأب بها بعد القبض وذكر في مسئلة الدين قبض الأب للدين ولم يذكر تساقطه

مالك عن ابن شهاب
عن عروة بن الزبير عن
عبد الرحمن بن عبد القاري
ان عمر بن الخطاب قال
ما بال رجال ينحلون أبناءهم
فحلوا ثم يسكنونها فان مات
ابن أحدهم قال مالي بيدي
قال هو لا بني قد كنت
أعطيتهم اياه من نحل نحلته
فلم يحجزها الذي نحلها حتى
يكون ان مات لورثته
فهي باطلة

ولا انتفاع به إلا أنه لما شبه مسئلة 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 وإنما يبطلها انتفاع الأب بها وسلفها أياها 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 يبيده وقد اتفقا على صحته ووجه القول الثاني أن حيازة الأب لابنه الصغير فيها ضعف وكذلك الغائب عنها وإنما 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 تم حيازتها لم تبطل الهبة وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فحين تصدق أو حبس على صغار ولده فجعل من يجوز لهم فحاز ذلك الأب ثم مات الأب فوجدت عنده فإن ذلك يبطل قال مطرف الآن يشهد الأب أنه رد حيازتها إليه قال ابن الماجشون لا ينفعه ذلك الآن يكون حدث في من كان يجوزها سلفه فإنه يجوز ذلك إذا أشهد وقاله أصبغ وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم أنه يشترط الأشهاد في أن قبضها للحفظ للأب وقول ابن الماجشون كذلك إلا أنه يشترط الأشهاد ضرورة الاختلاف من الحازر بسفبه واتفق أقوالهم على أن حيازة الأجنبي تأثيراً في صحة الحيازة والله أعلم (مسئلة) وأما الخنطة والشعر وما يكال أو يوزن فقد روى القاضي أبو محمد في معونته من قبض لابنه الصغير ما في يده وحازله من نفسه جاز إذا كان شيئاً معيناً ولا يجوز فيها لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون الآن يضعه بيد غيره ويشهد عليه فإن أمسكها بيده لم تصح وقال أبو حنيفة يصح قبضه وإن كان مما لا يعرف بعينه ووجه ذلك أن الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف بغير سببه ولا يمكن أن يعرف عينه فلا يعلم أن كان ما وجد هو الذي كان وهبه أو غيره (فرع) إذا ثبت ذلك ففسخ الشئ أبو بكر يجوز أن يجوزها الأب إذا وضعها في شئ وختم عليها وأشهد عليها إلا أنها حينئذ تتميز ويمكن الأشهاد عليها ويكون كالعبد والثوب وما يتميز بعينه وهذا على قول المدنيين في حيازة الدنانير والدرهم ظاهر وأما على قول المصريين فيجوز أن يقول مثل ذلك في كل مكيل أو موزون أو معدود ويحتمل أن يفرض بينهما بأن الدنانير لا تتعين بالعقد وهذا متفق على أنها تتعين بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير بدار فلم يخرج منها حتى باعها ثم مات فيها قبل أن يقبضها المشتري فقد روى ابن حبيب عن أصبغ الصدقة جائزة والنحن للولد لأنه انعامات في دار المشتري وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البيعة أنه باعها لنفسه استرجاعه فيها فإن 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 فسواء باعها لنفسه استرجاعاً أو على غير ذلك فالبيع مردود للولد مات الأب ولم يمت ويرجع المشتري بالنحن في تركه الأب زلاني على الابن وإن لم يترك الأب شيئاً وذلك يقتضى أنه لو لم يكن ساكناً فيها وأشهد على احتيازها لابنه ثم باعها باسم الاسترجاع أنه بمنزلة الذي باع بعد أن أخلاها من سكنه وقال ابن القاسم في العتبية فحين تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ومساكر لها غلات فلم يعلم أنه كان يكرها للابن باسمه أو باسم نفسه فذلك للابن وكذلك لو أكرها ولم يقل أكرهت لابني وإن لم يخرج ذلك إلى أحد غيره يجوز له لابنه وقاله مالك وأسكر قول من يقول لا يجوز ذلك إذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة وقال هذا خلاف سنة المسلمين (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير

بما نشأه من غنمه ولم يعينها فمن مالك في ذلك روايتان في الموازية والعتيبة عن مالك ان لم يسم الغنم
أو يصفها بما تعرف بأعيانها وأهل البادية يسمون الابل والغنم كما يسمي أهل مصر الخيل لم يجز ذلك
وبه قال ابن القاسم ومطرف وفي كتاب ابن المواز وابن حبيب قال أصبغ وقد كان يقول اذا ذكر
عدة من غنمه أو خيله وترك ذلك شركة فهو جائز ثم رجع عنه زاد في العتبية هو وأصحابه قال ابن حبيب
وبهذا أخذ ابن وهب وابن عبد الحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار واستثنى ابن الماجشون
العين والمسكن والملبوس فانه يبطل يريد اذا لبسه أو سكنه وجه القول الأول انه اذا لم يعينها فانه لا يصح
حيازتها لانه انما يتصرف لنفسه فيها فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع لو بقي بيد الرهن لم تصح
الحيازة فيه ووجه القول الثاني ان القبض والتسليم يصح والفرق بين العتبية والرهن انه يجوز الأب
لابنه الصغير العتبية ولا يجوز أن يحوز له ما وهب له اياه (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير أو
وهه نصف غنمه أو نصف عبيده أو داره مشاعا قال القاضي أبو محمد فيهما روايتان احدهما الجواز
والأخرى الابطال ومعنى ذلك ان من تصدق بجزء من ذلك وترك باقيها لنفسه أو جعل الباقي للسبيل
فحاز ذلك الأب حتى مات ففي كتاب محمد والعتبية 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
المستثنى جميعا ولا شيء للابن ولا للسبيل وجه القول الأول ان قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح في
العين المفردا لتمييز ويبطل ما لابن السبيل لانه لا يحوز لهم ووجه القول الثاني ان قبضه الجزء المشاع
لابنه وما يقبله أو راجع اليه لا يصح لانه لا يميز ما يقبضه لابنه مما ابقاه على ملكه كالماله وهه عدة من جملة
دراهم فانه لا يكون اشهادا بالحيازة لابنه حيازة وقد رأيت معناه للقاضي أبي محمد والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ولا يجوز أن يحوز للصغير والسفيه ما وهب له الاب أو الوصي أو السلطان أو من يليه فاما غير
هؤلاء من أم أو أخ أو جد أو غيره فلا يحوز له ما وهب له اياه كان أو ذا أب رواه أشهب عن مالك وبه قال
ابن القاسم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيها
وهبته له أو وهبه له أجنبي وكذلك من ولي صبي على وجه الحسبة من الأجنبي أو من قريب فحيازته له
جائزة فيها وهبه له هو أو غيره وان كانوا انما ابتدؤا ولايته من يوم الصدقة فذلك باطل وقاله ابن نافع
وأصبغ وروى يعقوب بن يعقوب عن ابن وهب فممن تصدق على يتيما له أو صغير في حجره هل يحوز له
فقال لا يحوز له الاب أو الوصي أو الأم وان لم تكن وصية والاجداد كالأب في عدمه والجدات
كالأم اذا كان في حجر آخر من هؤلاء أو ما 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 الأم
وجه قول ابن الماجشون ان هذا قد تقدمت له ولاية ونظر فصحت حيازته له وليس كل أحد يوصي
على ولده ولا كل أحد يستطيع ان يصل خبره الى السلطان فليبه أو يولي عليه فن كان وليه غيره 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 يتيمة
ما أعطاه فقد قال أبو عبد الله بن العطار انما ذلك اذا كان مفردا النظر فان شاركه غيره لم يجز له ذلك
ويضرحها الى شريكه أو الى غيره 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

شيوخنا 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 يختلف في الصغير انه اذا بلغ لم يدفع اليه مال حتى
 يؤنس رشده قاله محمد خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يدفع اليه مال بنفس البلوغ والدليل
 على ذلك قول القمعي وابن ابي عمير حتى اذا بلغوا النكاح فان استتم منهم رشد افادوا اليهم
 أموالهم فجعل تعالى ابناس الرشد شرط في دفع المال اليهم بعد البلوغ ومن جهة المعنى ان الصغير انما
 يخاف عليه افساد المال وتأثير الرشد في حفظ المال أكثر من تأثير البلوغ فاذا روي البلوغ فبان
 برأي الرشد أولى وأحرى (مسئلة) وأما البكر البالغة فحكمها حكم الصغير في الحجر ما لم تنس
 فان عنست ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يحوز لها أبوها وان عنست وقال أيضا الا ان
 تكون عنست ورضيت وجه القول الاول انها بكر ذات أب فلهما حجره كالثي لم تنس ووجه
 الرواية الثانية انها بالغة رشيدة خيرة بما لحها فزال عنها الحجر كالثيب (فرع) اذا ثبت ذلك فقد
 قال ابن عبد الحكم في الموازية يحوز لها ما لم تبلغ التعنيس الكثير فاذا بلغت الحسب والسنتين
 فهذه تحوز لنفسها ولا شيء لها الا ان تحوز لنفسها وهي كالثي تلي مالها ولا بزوجه أبوها الا برضاها فان
 زوجها بتغير رضاها لم أفسدته وروي ابن القاسم عن مالك تحوز حيازته عليها وان رضى حالها
 وجاوزت الثلاثين قال ابن القاسم ما لم تنس جدا فتبلغ الستين ونحوها فهذه ان لم تحوز لنفسها فلا
 شيء لها ووقع الاتفاق على التعنيس الكثير وهو بلوغ الحسب والسنتين وانما وقع الاختلاف بينهم
 في ظاهر الأمر في التعنيس 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 يرد هبتها ولا عتقها ولم
 يحد وقال عن مالك لا يجوز فعلها وقال في المدونة أشهب عن مالك التي بلغت أربعين سنة
 وخسين سنة اذا رضى حالها جاز فعلها قال محمد وذلك عندنا في التي لأب لها ولا وصى ولا ولي من
 السلطان فلم يسلم من الاختلاف بالتصديق الا التي بلغت الستين لانها نهاية التعنيس وابتداء
 الشيخوخة والله أعلم (مسئلة) وأما السفية فهو الذي لا معرفة له بحفظ ماله ووجه اصلاحه
 وهل يراعى في ذلك أن يكون معه فسق في دينه أم لا قال أشهب لا ينظر الى سفهه في دينه اذا كان
 لا يجتمع في ماله وبه قال ابن القاسم وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المولى عليه
 لا يدفع اليه مال حتى يحكمه بالرشد في الحال والمآل وهذا عندنا في ازالة الحجر عنه وأما في رده الى
 الحجر فلا يراعى فيه فسقه وهو قول المدنيين من أصحابنا وقول الحسن البصري وجه قول أشهب ان
 الصلاح في الدين معنى لا يراعى في الحجر عليه فلم يراع في حفظه كحفظ القرآن ووجه قول ابن
 الماجشون ان الصلاح في الدين أولى بالاعتبار وبه يعلم اصلاحه للمال (مسئلة) وأما أم الولد ففي
 العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في أم الولد يتصدق عليها سيدها حالها في الحيازة حال
 الحررة قال أبو عبد الله بن العطار ويحوز السيد لأم ولده ما حبس عليها ما في كتاب الحبس والصدقة
 من المدونة ان الرجل يحوز عطية لمن يلى أمره ويحوز عليه قضاؤه يريد ان قضاء السيد يجوز على

أم الولد في مالها فكانت من يحوز عليها

(فصل) وقوله فان مات ابن أحدكم قال مالي يعني لم أعط أحدا يريدانه يمنع منه ورثة الابن وان مات
 هو قال هو لابني قد كنت أعطيته أياه فوعظ عمر ونهى عن مثل هذا وأعلم انه لا يجعل لشاعله وانه اذا
 أعطى ابنه عطية ثم مات لم يحصل له أن ينفر دبرها ويقول هذا مالي ورمح حجر الاعطاء وأخفى وثيقة

العطية ولا يجعل أيضا أن يعطيه عطاء لم يبتله له ثم يدرك الموت الأب فيعبر به عن بعض ورثته ويقول
قد كنت وهبته لابني وهو لم يبتل تلك الهبة ثم قال رضى الله عنه من نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها
حتى تكون لورثته فهى باطل وظاهر هذا اللفظ يقتضى انه كان المنحول كبيرا يجوز لنفسه وأما
لمغير فقد بينا انه قد يجوز له غيره وقد يجوز للكبير غيره على ما قد سنا ذكره وانما 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 فبين أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها فاشهد
عليها فانها ثابتة الذى أعطىها إلا أن يموت المعطى قبل أن يقبضها الذى أعطىها قال وان أراد المعطى
امساكها بعد أن أشهد عليها فليس ذلك له اذا قام عليه بها صاحبها أخذها ﴿ ش وهذا كما قال ان
من أعطى عطية لا يريد بها الثواب ولا العوض وانما يبتلها للمعطى دون عوض وأشهد عليها فانها
بالاشهاد تثبت للمعطى فليس للمعطى الرجوع فيها لان الهبة تلزم بالقول خلافا لأبي حنيفة والشافعى
في قولهما ان الصدقة والهبة عقد جائز وانما تلزم 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 كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد فلم يفتقرزومه الى
قبض المعقود عليه كسائر العقود (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه على ضربين ضرب لا يقضى به
وضرب يقضى به فاما ما لا يقضى به فاما كان من صدقة أو هبة أو حبس على وجه التمين على معينين أو
غير معينين اتفق أصحابنا ابن القاسم وأشباه وغيرهما على أنه لا يقضى عليه بذلك ولكنه يؤمر به
ووجه ذلك انه لم يقصد به البر وانما قصد اللجاج وتحقيق ما نازع فيه فيؤمر به ولا يقضى به عليه ومثله
روى ابن المواز عن ابن القاسم فبين قال لا امر أنه كل جارية أنسر رها عليك فهى صدقة عليك وان
وطئت جارية فهى صدقة عليك فتسر رها لاشئ عليه قال محمد بن زيد لا يقضى عليه بها وأما
ما كان من ذلك بغير تمين فانه يجبر على اخراجها وحكى محمد عن أشهب لا يجبر على اخراجها الا اذا
كانت الصدقة على معين بل خصومته لا لاساكين وجه قول ابن القاسم ان هذه صدقة على وجه
البر فوجب أن يقضى عليه باخراجها كالحباس ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه اذا كانوا غير
معينين لم يستحق أحد المطالبة بها فيقضى له ص ﴿ قال مالك ومن أعطى عطية ثم نكل الذى
أعطىها فبجاء الذى أعطىها بشاهد يشهد له انه أعطاه ذلك عرضا كان ذلك أذهبا أو ورقا أو حيوانا
أحلف الذى أعطى مع شهادة شاهده فان أبى الذى أعطى أن يحلف حلف المعطى وان أبى أن يحلف
أيضا أدى الى المعطى ما ادعى عليه اذا كان له شاهد واحد فان لم يكن له شاهد فلا شئ له ﴿ ش قوله
من أعطى عطية ثم نكل المعطى يريد أنكر ذلك فشهد للمعطى شاهد واحد على ما ادعاه من أن
المعطى أعطاه ما أشار اليه من عرض أو حيوان أو ذهب أو ورق مثل أن يكون الذهب والورق
مما يتعين كالحلى والتبر ويحتمل أن يكون دنانيرا أو دراهم على قول من يقول لا يتعين بعقد فكان
ما أشار اليه من ذلك بيد المعطى فحكمه حكم ما فى ذمته مثل أن يقول للرجل اشهد أن لفلان فى مالى
مائة دينار صدقة فقدر وى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان ذلك لازم له وأما الرجل

﴿ ما لا يجوز من العطية ﴾
قال يحيى سمعت مالكا
يقول الأمر عندنا فبين
أعطى أحدا عطية لا
يريد ثوابها فاشهد عليها
فانها ثابتة للذى أعطىها الا
أن يموت المعطى قبل أن
يقبضها الذى أعطىها قال
وان أراد المعطى
امساكها بعد ان أشهد
عليها فليس ذلك له اذا قام
عليه بها صاحبها أخذها
﴿ قال مالك ومن أعطى
عطية ثم نكل الذى
أعطىها فبجاء الذى أعطىها
بشاهد يشهد له انه أعطاه
ذلك عرضا كان أو
ذهبا أو ورقا أو حيوانا
أحلف الذى أعطى مع
شهادة شاهده فان أبى
الذى أعطى أن يحلف
حلف المعطى وان أبى أن
يحلف أيضا أدى الى المعطى
ما ادعى عليه اذا كان له
شاهد واحد فان لم يكن له
شاهد فلا شئ له

يسأل الرجل السلف أو الهبة فيقول أنا أسلفك وأنا أهيك في العتية والموازبة عن مالك أن ذلك غير لازم له ووجه ذلك انه موعده لغير سبب (مسئلة) وأما اذا كان السلف والعدة لغير سبب يتسبب به ولا حاجة يدكرها فان كانت العدة من رجل بسبب يتسبب به مثل أن يقول أريد الحج أو السفر أو نكاحا أو شراء سلعة أو هدم دارى وبنائها فيقول له الرجل افعل ذلك وأنا أسلفك في العتية لسخون ان هذه العدة لازمة لمن وعد بها يقضى عليه بها لانها لازمة بالقول كالنظرة بالدين تازم بالقول سواء قال أنظرك أو أنظرتك وكذلك في هذا سواء قال أسلفك أو أسلفتك سواء ذكر أجلا للسلف أو لم يذكره فان ذكر الاجل لزمه وان لم يذكره لزمه من الاجل بقدر ما يرى ان مثله في غناه وقوته على السلف يسلف مثل التسلف في غناه وقوته على الاداء يراعى الأمران في ذلك وعنه أنه يراعى مع ذلك قدر الدين (مسئلة) ولو كان ما استسلف أو استعار بسببه لا يقضى الى التسبب بشئ ولكن كنه أسلف لحاجة ذكرها مثل أن يقول له ان غرمائى يلزمونى بدن فأسلفنى أقضهم أو يقول أعرنى دابتك أركبها غدا الى موضع كذا ويدكر حاجته فيعده على ذلك ففي العتية لأصبح يلزمه ذلك بالقول تسبب لحاجته أو لم يتسبب لها إلا أن يترك حاجته تلك فيسقط عن الواعد حكم عدته وباللله التوفيق

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

(فصل) وقوله ويحلف المعطى مع شاهده مبنى على ما تقدم من الحكم باليمين مع الشاهد فان أبى المعطى أن يحلف لقد أعطاه ما شهد به شاهده حلف المعطى انه ما أعطاه شئاً 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 زيد ما لا فم يحلف زيد ورد اليمين على المدعى فنكل فانه يقضى عليه ببطلان 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 انه لا يمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى ووجه ذلك ضعف سبب المدعى لان في دعوى الحقوق اللازمة باتفاق لا يجب اليمين الا بسبب تقوى الدعوى فكان يضعف الهبة لاختلاف الناس في لزومها وحاجتها عند مالك الى الحيابة وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه على المدعى عليه الهبة اليمين فان حلف برى وان نكل المدعى عليه الهبة اخذ منه ذلك (مسئلة) وأما ما كان في ذمة مدعى الصدقة مثل أن يكون له مرودين قبل زيد فيطلبه منه فيقول زيد قد وهبته فالظاهر انه لا يحكم لمرود على زيد بذلك الدين الا بعد أن يحلف انه ما وهبه ووجه ذلك ان المعطى يريداخراج ما عنده فان ادعى الغريم فيه ما يري ذمته لم يحكم له الا بعد يمينه على ابطال تلك الدعوى كما لو ادعى القضاء ويحتمل عندى قسعة أخرى ان كانت الهبة بغير يد الموهوب فلا يمين على الواهب وان كانت بيد الموهوب له لم يكن للواهب انزاعها منه الا بعد يمينه انه ما وهب سواء كانت الهبة عرضاً أو عيناً يصح هذا التقسيم ان من استحق عرضاً ييدر رجل وزعم أنه اشتراه انه لا يأخذ منه حتى يحلف انه ما باع ولا وهب والله أعلم وأحكم * قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته وان مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلا شئ له وذلك انه أعطى عطاء لم يقبضه فان أراد المعطى أن يمسكها وقد أشهد عليها حين أعطاها فليس ذلك له اذا قام صاحبها أخذها * ش قوله من أعطى عطية لا يريد ثوابها فان المعطى فورثته بمنزلته يريد

ان هذا حكم هذه الهبة وان كانت لغير ثواب لان حكم هبة الثواب مخالف لحكم هذه الهبة وهذا يدل على
 أن مالكاً كان يقول بدليل الخطاب فأخبار موت المعطي لا يبطل الهبة وهو الصحيح لان القبض
 الذي يبطل الهبة عنده لا يفوت بموت المعطي فورثته يقومون مقامه لهم من القيام بطلبها وامضاء
 ما كان له وانما يبطل بموت المعطي قبل القبض لان تمام العطيبة بالقبض قد فوات 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 هبة لصلته رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد بها الثواب فهو
 على هبته يرجع فيها اذ لم يرض منها ﴿ ش قوله من وهب هبة لصلته رحم أو على وجه صدقة يريد ان
 يقصد بها القرية فانه لا يرجع فيها يريد انما لا يزمته ليس له الرجوع فيها سواء قبضت منه أو لم تقبض
 وقد تقدم ذكره ومن وهب هبة رأى انه أراد بها الثواب وليست على وجه القرية وانما هي على وجه
 المعاوضة فاذا لم يرض منها كان له ارتجاعها كالسلمة يعرضها للبيع فاذا لم يرض 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 جبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك وهو كبايع السلعة بقبيتها ولكن ان وهب
 وسكت عن ذكر الثواب ثم قام يطلب الثواب فهو الذي جاء فيه قول عمر رضي الله عنه قال أصبغ
 ذلك جائر في الوجهين قال الشيخ أبو محمد وهو قول ابن القاسم في المدونة وهو أولى لانه وان لم يشترط
 الثواب فقد عرف انه المتصود والمعروف كالشرط ﴿ وفي هذا خمسة أبواب ﴾ الباب الأول فيما
 يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضاً 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 تفوت به الهبة للثواب ﴾ الباب الخامس في حكم وجود العيب بها

﴿ القضاء في الهبة ﴾

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

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

اعلم ان ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته للثواب كالعبد الآبق والجل السارد والجنين في بطن أمه وما لم يبد
 صلاحه من ثم أو حب 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 مردودة وهو المشهور عن مالك وروى ابن المواز عن
 ابن القاسم انه ان اشترط فيكون ذلك عرضاً أو طعاماً 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 القيمة انما تكون بالعين فاذا كانت الهدية عينياً فاما تكون قيمتها
 من أصناف العروض ثبتت في الذمة غير موصوفة ولا موجهة 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 تحف به الواهب مما يكون فيه غرض للموهوب به فيثبت عليه بمثل قيمته أو أكثر
 ووجه القول الثاني ان كل ما صح بيعه صح أن يوهب للثواب كالعروض (فرع) فاذا قلنا انه

يجوز ذلك في الدينار والدرهم وهو الأظهر من المذهب فلا يجوز ذلك في السبائك وروى
عيسى عن ابن القاسم وكذلك السفايح والنقار والخلي المكسور ووجه ذلك أنه ذهب أو فضة
لا غرض في هبته غير مبلغه فلا يوجب للشواب وإن وهب فهو مردود كالدنانير والدرهم (فرع)
وأما الهبة الخلى المصوغ للشواب فأجاز مالك في المدونة والموازية قال ابن المواز لا يجوز هذا بحال
وجه القول الأول أن هذا مما يجوز يمه وفي عينه غرض مقصود فجاز أن يوجب للشواب 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 فمين تحمل هبته على الشواب من غير شرط)

الواهب إذا وهب وشرط الشواب فلا خلاف في أن هبته محمولة على الشواب اقتضى ذلك الجواز أو
المنع وأما أن وهب من غير شرط ثم ادعى أنه قصد الشواب وطلبه فإن كانت هبته من جنس ما لا يوجب
للشواب كالدنانير والدرهم فدعواه غير صحيح وقوله مردود ولا شيء له من العوض رواه ابن المواز
عن مالك وروى ابن القاسم وأشهب لا يقبل دعواه أنه وهب للشواب وقد روى ابن المواز من
وهب قحاً وشعيراً ففيه الشواب وأما الذي لا ثواب فيه منه مثل الفاكهة والرطب يهدى للقادم قاله
مالك وإن قام يطلب منه ثواباً لم يعط قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك أن الدنانير لا غرض في
أعيانها وإنما يوجب للشواب ما يكون الغرض في عينه كالتقمح والشعير والعروض والحيوان
والعقار وأما الفاكهة فلم تجز العادة بطلب الشواب على ما يوجب منها للقادم ومثله وإنما جرت العادة
بان توجب على سبيل التنازل فكانت محمولة على غالب المعتاد الآن يشترط غير ذلك فيها وقال
أبو عبد الله محمد بن العطار وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من التصف كالتمر وشبهه
(فرع) فإن كان قدفات 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 بكر أن بعض
أصحابنا يرى له أخذه إن لم يفت وجه القول الأول أن هبته محمولة على غير العوض فليس له أخذ
هبة قد قبضت منه ووجه القول الثاني أنها لم تنفد واحتمل وقوله وتقوم بملكه ويده حلف وردت إليه
والله أعلم وأحكم (مسألة) وما جرت عادة الناس ببلدنا من اهداء الناس بعضهم إلى بعض الكباش
وغيرها عند النكاح هذا قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار إن ذلك على الشواب وكذلك رأيت القضاء
في بلدنا قال أبو عبد الله لأن ضمان المهدين والمهدي إليهم على ذلك يريد أنه المعروف قال وذلك
كالشرط ففضي للمهدي بجمعة الكباش حين قبضها المهدي إليه إن كانت محمولة الوزن فإن كانت
معلومة الوزن فضي بوزنها وإن كان المهدي إليه بعث إلى المهدي قدر 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 بشواب
وهذا الذي قاله عندي فيه نظر (مسألة) ومن وهب له ولم يذكر ثواباً ثم ادعاه فإنه ينظر إلى
ناحية المعطى والمعطى فإن وهب غنى لفقير دابة أو كساة ثوباً أو أعطاه ما يرى أنه أراد به صلته فلا شيء
له وإن وهب فقير لغنى فله الشواب رواه ابن المواز وقال أشهب في فقير وهبه غنى أو فقير الشواب
على الغنى وهبه غنى أو فقير ووجه ذلك أن الفقير لا يطلب منه استقرار العوض والهبة للشواب
مقتضاها المكارمة وإن تموض المعطى أمثال ما صار إليه وهذا المعنى معدوم في الفقير وموجود
في الغنى قال الشيخ أبو القاسم ومن وهب هبة مطلقاً فادعى أنه وهب للشواب عمل على المعروف فيه

فان كان مثل الواهب يطلب الثواب على هبته فالقول قوله مع يمينه وان كان مشله لا يطلب الثواب على هبته فالقول قول الموهب 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 لانه ليس مما يعرف ان ذا السلطان يطلب استقرار ثواب وانما يطلبه غيره منه وأما ما يهيه 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 فانما يقصد التقرب منه فعلى ذلك تحمل هبته مع الاطلاق ووجه القول الثاني ان عطيته وهبانه 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 الغنى فيجب أن يكون حكمه في ذلك حكم سائر الاغنياء (مسئلة) ولا ثواب على سيد فيها أهناه اليه مولاه ووجه ذلك ان الظاهر انه انما يهدي اليه شكر الانعام عليه بالعتق (مسئلة) وأما هبة ذي الرحم فليست على الثواب قال ابن القاسم في المدونة الا ان يرى الناس انه وهبه للثواب مثل ان يطاب الموهب له ما يستحسنه عند الواهب فيه اياه استقرار العوض فهذا محمول على الثواب ومعنى ذلك ان المميين وجه الثواب فهو على غير الثواب ووجه ذلك ان هبته محمولة على صلة الرحم وكل هبة لها وجه غير الثواب في الاغلب 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 معونته ان في الهبة المطلقة وايتين احدهما انها تقتضى الثواب والثانية لا تقتضى الثواب وجه الرواية الاولى ان الملكيين مقبران وان المعاوضة مطلوبة بينهما ووجه الرواية الثانية ان العرف جار بان كل واحد منهما ما يتقرب الى الآخر بالهدية ويجب التقرب اليه وقد ذكر في كتاب الدور والارضين من المدونة فيمن تزوج امرأة تسكن في بيت بكراء فساكنها حتى انقضت المدة انه لا شيء على الزوج من الكراء الا ان تكون المرأة يئنت له بذلك وأعلمته بالكراء وقالت ان شئت فأذه وان شئت فاخرج وذلك بمنزلة ان يتزوجها وهي ساكنة في دارها ثم طلبت كراءها فلا 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 ان لها ذلك ان كان موسرا حين السكنى وقال بعض شيوخنا الاندلسيين ان المسئلتين مختلفتان وقال القاضي أبو الوليد رحمه الله تعالى ومعنى ذلك عندي ان المعتدة سكنت في وقت لا يظن به الصلة وقد بسطت القول في هاتين المسئلتين في شرح المدونة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا انها تقتضى الثواب مع الاطلاق ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم انها ان ادعت انها شرطت عليه الثواب تحلف على ذلك وتبرأ ووجه ذلك انها ادعت انها شرطت ما لا يقتضيه الاطلاق فان لم يكن لها يئنت بذلك فالقول قول الزوج في انكار دعواها كادعائها سائر الشروط (مسئلة) وهذا 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 لزوم أو الجواز)

الذي عليه ظاهر المذهب ان الهبة باللفظ لازمة للواهب فان أخذ المعطى قيمتها فلا سبيل له اليها وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) فان زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها فقد قال محمد ليس له منعه من قبضها ولا من بيعها والظاهر من قول أشهب انها وان كانت تلزم بالقول الآن للواهب منع المعطى من قبضها حتى يشبه وجه القول الاول ان مقتضى هبة الثواب الاستسلام وترك المشاحة وذلك مخالف للنوع من القبض ووجه القول الثاني ان هذه معاوضة فكان للبائع امساك ما باع حتى يقبض الثمن كالبيع المطلق فان قبضها المعطى بغير اذن المعطى فقد قال أشهب يرجعها حتى يشبه وليس للواهب أن يبدوله وقال ابن القاسم لا يرجعها ويتسلم فان أتاه بالاردها والقولان مبنيان على ما تقدم في منع الواهب الموهوب من قبضها والله أعلم وأحكم (مسألة) فان فاتت الهبة فقد لزمت المعطى بالقيمة ككساح التفويض يلزم بالدخول مهر المثل فان كانت القيمة التي تلزم في الهبة والثواب عين لزم قبضها والرضاها وان كان الثواب ديناً مثل ان يهب داراً فيثبته منها ديناً في كتاب أبي محمد يجوز حل الدين أو لم يحل قال محمد يريد ان حوالته ويريد اذا كان مما تقوم به الهبة في الاستهلاك من الدنانير والدرهم ولا يجوز أن يعوضه منها سكنى دار ولا خدمة عبد سنين لأنه فسح 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)

وسياً في ذكره بعد هذا ان شاء الله

(الباب الخامس في حكم وجود العيب بها)

فانه ان اطلع على العيب قبل ان يشبهه وقبل أن تفوت فان علم الواهب بالعيب فليس له الاقيمتها معينة لأنهما عالمان بالعيب قاله محمد ووجه ذلك ان الواهب وهبها على انها معينة فله قيمتها على ذلك وان لم يكن عالماً بالعيب فله قيمتها صحيحة غير معينة كان فاتت بحواله أسواق أو كانت جارية ففاتت بوطء قاله أصبغ في العتبية ووجه ذلك أن الرد بالعيب لا تفتيته حواله الأسواق والواهب وهب على الصفة فالما أن يرضى المعطى أن يشبهه على ذلك أو يرد (مسألة) فان ظهر العيب بعد ان أتاه وقبل الفوات فله ردها والرجوع في الثواب أو امساكها ولا يرجع بشئ مما أتاه وذلك كالبيع وقد قال محمد ان لم يعلمه بالعيب حتى فاتت بحواله الأسواق لزمه قيمتها صحيحة فان شاء حبسها بذلك والاردها وذلك انه أراد ان فوات الهبة الموجب لقيمتها بقوت سوق أو زيادة بدن أو وطء لا يمنع الرد بالعيب (مسألة) ولو كانت قد فاتت بما لا يقدر على ردها فأتاه ثم ظهر على العيب رجح بقدر العيب مما أتاه به ان كان الثواب أقل من قيمة الهبة أو أكثر ظهر على العيب قبل أن يوفي القيمة أو قبل أن يشب لكانت عليه قيمتها معينة (مسألة) فان وجد العيب بالعوض قبل ان يفوت فله رده قال ابن القاسم الا ان يكون في العوض الميعب مثل قيمة الهبة فلا يرد أو يكون أقل فتم له القيمة فلا يرد قال أشهب له رده كما ترد الهبة لأنه يرى ان لا يقبل من عوضه الا العين فأخذ العوض شراً له بالقيمة التي وجبت له واختيار له

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها تأول مطرف ذلك على ظاهره على أن له أن يرجع في هبته وان أعطى قيمتها الا ان يرضى منها فاجعل عقد الهبة للثواب غير

لازم الواهب ونحوه في العتية من سماع ابن القاسم عن مالك وقال مالك ليس له أن يرجع وان لم تخرج من يده واذا 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 يريد يعطى قيمتها * قال مالك ما أتوا ب مثلها أو ردها فعني قوله ما لم يرض منها على قول مطرف ما لم يأخذ ما يرضيه وان كان قد أعطى أكثر من القيمة ومعناه على قول مالك ما لم يعط ما هو راضا عنه 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 يراضيا على شيء يجوز وفي المدونة لابن القاسم ما أثابه من السلع مما يثاب بمثله فذلك يلزم الواهب اذا كانت قيمته قيمة الهبة وكان مما يعطاه الناس في ثواب الهبات بينهم ولا يلزم أن يشبهه حطبا ولا تبنالا 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 الا منهما عند المشاحة ووجه قول ابن القاسم ان أعواض المبيعات على حسب العرف ولذلك كانت في بعض البلاد ورقا وفي بعضها ذهبا وكانت الدية على أهل الأبل والأبلاب ولو جرت العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع ما ذنب عليه من التوسعة ولذلك صحت مع ترك قدر الثواب وذكركم جنسه والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فيلزمه أن يحتص الثواب بالعين التي تجرى في بلد الهبة وتلك السكك لان التقويم انما يكون بهادون ما تروا أنواع العين والسكك فان قلنا بقول ابن القاسم فعلى حسب ما قدمناه أنه أمر مصروف الى اختيار الموهوب له مع العرف (فرع) وهذا مع التشاح وأما مع التسامح نظرت فان كانت الهبة لم تفت بجوز أن يعوضه منها كلما يجوز أن يسلم الهبة فيه قال ابن القاسم في المدونة ان وهبه أو ابا فسطاطية لم يجزله عند مالك أن يشبهه منها أو ابا فسطاطية أكثر منها ولو وهبه حنطة لم يجزله أن يعوضه منها حنطة ولا مما يؤكل ويشرب إلا أن يعوضه مثل طعامه في صفته وجودته وكيله (مسألة) فان كانت الهبة حليا وقلنا بجواز هبته للثواب في المدونة يشبهه قيمة الحلبي عروضا ولا يأخذ دراهم ولا دنانير وان كان الحلبي من غير جنس الثواب يريد بعد أن يفترقا وقبل أن يغيب الحلبي لجاز وفي الموازبة يكون الثواب على حلبي الذهب ورقا وعلى حلبي الورق ذهبا فان في المدونة مبني على اعتبار التناجز بالقبض في مجلس الهبة وبمحضرتها لانه صرف وما في غير المدونة مبني على اعتبار القبض في مجلس الهبة لانه بمعنى علم القيمة بعد وفاة الهبة ولذلك قال شيب عن حلبي الذهب ورقا وعن حلبي الورق ذهبا والله أعلم وأحكم ص * قال يعني سمعت مالك يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تبرت عند الموهوب له للثواب زيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها * وهذا كما قال ان الهبة للثواب غير لازمة للموهوب له وان قبضها لم تتغير عنده زيادة أو نقصان في عينها فان حدث بها شيء من ذلك فقد فدت ردها الى الواهب ولزم الموهوب قيمتها هذا المشهور عن مالك ان الزيادة والنقص في البدن مما تفوت به الهبة للثواب وتلزم المعطى قيمتها وفي العتية عن ابن القاسم ان الزيادة لا يلزم بها المعطى قال وقاله مالك ثم قال ابن القاسم الغناء والنقص فوت ويجبر الموهوب له على الثواب وروى ابن المواز عن أشهب للموهوب ردها في الزيادة وأما معنى قول مالك ليس ذلك للموهوب في النقص وللواهب في الزيادة ورواه ابن وهب عن مالك وأخذ به ابن عبد الحكم وقال ليس الراد الا اجتماعهما زادت أو نقصت وجه القول

* قال يعني سمعت مالك يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تبرت عند الموهوب له للثواب زيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها

الأول انه انما زمته الهبة بالقبض لانه ضامن لما ذهب منها وكذلك تكون الزيادة له فيمنعه من الرد كالبيع ووجه القول الثاني ان العقد لما كان لازما في جنبه المعطى دون المعطى وكانت الزيادة للمعطى كان له تركها وورد العطية وأما النقص فهو اتلاف بعض العطية فليس له أن يردها ناقصة فلزمته بالنقصان دون الزيادة (مسئلة) وأما حوالة الأسواق عند ابن القاسم وأشهب فليست بفوت وقال أصبغ اختلاف الأسواق فيها فوت وقدر روى ابن المواز عن ابن القاسم ان الفوت فيها كالنفوت في البيع الفاسد في العروض والحيوان والرباع ووجه القول الثاني ان الهبة للثواب تول الى الزوم بالقيمة فكان تغير الأسواق مفيتها كالبيع الفاسد ووجه القول الاول أن هذه هبة يجوز ردها فلم يمنع ردها حوالة الأسواق كهيئة الأب لابنه على وجه الاعتصار (مسئلة) والبيع فوت فان رجعت الى المعطى قبل أن تحول الأسواق فهو فوت ولا رده رواه ابن المواز ووجهه على قول أشهب في البيع الفاسدين واضح وأما على قول ابن القاسم فان مات نفوت به هبة الثواب فما يتم به العقد الصحيح ويكمل بالقبول مع الايجاب في البيع الصحيح وأما البيع الفاسد فانه لا يتم به البيع وانما رده عما عقد عليه الى وجهه من الصحة لعدم الرد وتعدره ولو أمكن ذلك لما وجب امضاؤه فعلى هذا متى وجد ما نفوت به هبة الثواب وتجب به القيمة فقد لزم العقد وتم ولا يثبت بخيار الرد زوال ما طلت به ولا عدمه ولذلك لو التزم قيمتها قبل الفوات لزمت القيمة ولو التزم ذلك في البيع الفاسد لم يلزمه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك انه بما نفوت به البيع الفاسد فانت به هبة الثواب كالزيادة والنقص (مسئلة) (١) الموهوب له لأهيتها فالواهب أحق بها كالبيع الآن يشاء الغرماء أن يعطوه قيمتها ورأيت لبعض أصحابنا أن القيمة قيمتها يوم الهبة قاله ابن القاسم (مسئلة) ومن وهب جارية للثواب فوطئها الموهوب فذلك فوت يوجب عليه القيمة وقال ابن القاسم في العتيبة روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا غاب عنها فقد لزمه الثواب وان لم يبطأها ولم تتغير

(فصل) وقوله فقد لزمته قيمتها يوم قبضها يريد أنه ليس للموهوب ردها ان اختار ذلك وليس ذلك للواهب قال ابن القاسم الا أن يجفعا على ردها قال مطرف وذلك اننا اذا قلنا انها تلتزم الواهب باللفظ فانها اذا فاتت لزمتهما جميعا وان قلنا لا تلتزم الواهب باللفظ فلا خلاف أنها بالفوات قد لزمتهما وان وجد الاختلاف فيما نفوت به فاذا اتفقا بعد الفوات على الرد فان ذلك المعنى الاقواله في البيع (مسئلة) فان اتفقا على الرد جاز ذلك وكيف صفته قال محمد بعد معرفتهما بما لزم المعطى من القيمة ثم رجح محمد فقال يجوز اذا رضى بدها وان لم يعرف القيمة لانها هبة (٢) الآن يوجهها له على قيمتها يريد أن يثبها 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 يرجع الى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد فوات السلعة بالقبض فان له امساكها بما يلزمه من الثمن بعد طرح ما ينوب قيمة العبد من الثمن قبل العلم بما يلزمه من الثمن بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد التفويض فبان يجوز ذلك مما لا يحتاج الى تقويم واحد أولى وأحرى

(فصل) وقوله فان على الموهوب له أن يعطيه قيمتها يوم قبضها قال محمد يوم قبضها أصوب ووجه الرواية الاولى أن العقود التي لا تلتزم ولا تنول الى التملك بزيادة أو نقصان فانما يراعى يوم القبض قيمة العقود وعليه كالبيع الفاسد لان المعطى انما ضمنها بالقبض ووجه الرواية الثانية ان الهبة قد لزمتم

الواهب بالقبول فاذا هابت ولزمت المعطى وجب أن يلزمه بقيتها يوم لزمت المعطى لان المعطى له أن يأخذها بموافيقها من الزيادة قبل القبض فيجب أن يكون عليه تقصها قبل القبض كبيع الخيار اذا رضي مشروط اختيار المبيع فله ما حدث في مدة الخيار من الزيادة وعليه النقص وليس له أن يقول أنا أخذه ويحط عنى نقصه في مدة الخيار وانما قال ابن المواز يوم القبض أصوب لان الهبة للشواب بالقبض تأتير 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 ينقد ببيع المثلن المسمى والهبة للشواب بالقيمة فوجب أن تراعى فيه يوم القبض كالبيع الفاسد

﴿ الاعتمار 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 لأمر نفسه أو الصغير في حجره فليس للتصدق اعتصارها اذا قبضت وحيزت لان الصدقة لا اعتصار فيها لانها على وجه القرية بما كان من العطية على وجه القرية فلا اعتصار فيه وقد تقدم من قولنا ان العطايا المنفردة بالازم متبالعقد 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 فيقضى على الأشهاد له بالصدق ولم يدكر الحيازة له فلا اعتصار له في أحد الوجهين لما احتج به من أنه لا يرجع في شيء من الصدقة ومعنى ذلك ما يأتي بعد هذا من أنه لا يجوز أن يشتري صدقته ويأخذها بعوض فبأن لا يكون له أن يأخذها بتغير عوض أولى (مسئلة) فان أي بلفظ محتمل للقرية وغيرها كالهبة والعطية فان قرن به ما يقتضى القرية كقوله هبة لله أو لوجه الله أو لطلب الأجر أو لصله رجه فقد قال ابن الماجشون لا يعتصر هذا ووجه ذلك ان هذا مال يخرج عن وجه القرية فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة (مسئلة) ومن وهب هبة يريدها الصلة فقد قال سحنون لا يعتصرها كالصدقة وذلك أن يكون له ابن أو ابنة محتاجان صغير في حجره أو كبير بائن عنمو فليكون الابن الصغير يصله لما يضاف عليه من الخصاصة وانما يقتضى 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 يقترن بها ما يخصصها للقرية فلم يمنع ذلك اعتصارها كالهبة للغير وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير بل قد يوصل الغنى وغيره فلا يمنع ذلك الاعتصار (مسئلة) فاذا قيد الهبة أو العطية أو الصلة فقال اني قد سلطت عليها حكم الاعتصار فلا خلاف في المنع في جواز الاعتصار للأبوين ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى الثمان بن بشير ان أبا أيوب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحللت ابني هذا 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 هبته لمنه جائزا لما أمره بذلك ومن جهة المعنى ان الابن قد أضيف الى الأب مع ماله في الشرع فكان لتلك تأثير في انتزاع ما بيده كالعبد (مسئلة) ولا يجوز ذلك لغير الأبوين خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى ابن

﴿ الاعتمار 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 العائفة في هبته كالكلب يعود في قيته ودليلنا من جهة المعنى ان
من لا يلي ماله الا بتولي لم يرجع في هبته كالابن يهب أباه (فرع) فاذا ثبت ان الاعتصار جائز في الهبات
والعطايا فان أطلق لفظ الهبة أو النحلة فان له أن يعتصر قاله ابن الماجشون وأصبغ في العتبية ووجه
ذلك ان هذه عطية لم يقترن بها ما يخلصها للقر به فجاز فيها الاعتصار كالتى شرط فيها الاعتصار
قال وسعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فمن نحل ولده نحلأ أو أعطاه عطاء ليس بصدقة
ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستعد الولد ديناً يدينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء
الذى أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً بعد أن تكون عليه الديون أو يعطى الرجل
ابنه أو ابنته المال فتسكح المرأة الرجل وانما تسكحه لغناه وللمال الذى أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر
ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما ينز وجهها ويرفع في صداقها لغناها ومالها
وما أعطاه أبوها ثم يقول الأب أنا اعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنته شيئاً من ذلك
اذا كان على ما وصفت لك شق قوله الأمر المجتمع عليه عندنا يرد أهل المدينة على ساكنها السلام
ثم قال فمن نحل نحلأ أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستعد الولد ديناً يخص
الولد بذلك لان الظاهر من مذهب مالك انه لا يعتصر الا الأبوين من الابن والابنة صغاراً كانوا أو
كباراً فاما الجد والجددة فاختلف قول مالك فيهما فروى عنه ابن وهب لا يعتصر ولا يلزمه النفقة
ويرث معه الاخوة ولا يكون بيده بضع بنات الابن وروى عنه أشهب ان الجد والجددة يعتصران
كالأبوين وبه قال ابن عبد الحكم وجه القول الأول وهو المشهور من المذهب ان الجد لا يلزمه
النفقة فلم يكن له الاعتصار كالم وجه القول الثاني انه أدلى بالابوة ويقدم في الميراث على الاخوة
كالأب (مسئلة) اذا ثبت ان الأم تعتصر فانها لا تعتصر من يتيم قال ابن المواز الهبة لليتم للاشفاق
عليه وخوف ضياعه وهذا معناه الصلة والقر به فلذلك كان حكمها حكم الصدقة وقدر وى ابن القاسم
عن مالك للاب أن يعتصر وان لم يكن لولده أم وليس للام أن تعتصر اذا لم يكن لولدها أب لان اليتيم
من قبل الأب لا من قبل الأم وهذا قول جمهور أصحاب مالك وروى ابن المواز عن أشهب ان اليتيم
اذا كان غنياً فان للام أن تعتصر منه كما تعتصر من الكبير قال مالك للام من الاعتصار مال للاب
ووجه ذلك انها أحد الأبوين فجاز أن تعتصر وان مات الآخر كالأب (فرع) فاذا قلنا لا تعتصر
الأم من اليتيم فوهبت ابنتها الصغير في حياة أبيه ثم مات الأب لم يجز لها أن تعتصر وان كبر ولو كبر
الابن قيل أن يموت أبوه ثم مات الأب كان لها أن تعتصر لان الصغير قد انقطع عنه الاعتصار (مسئلة)
وتعتصر الأم ما وهبت لابنتها الكبير لأب له لانه خرج عن حد اليتيم ومعنى ذلك أنه لم يكن يتيم حين
الهبة ولا بعدها الى وقت الاعتصار وذلك ان ما بنا في الاعتصار وقت الهبة من اليتيم ان وجد قبل
الاعتصار منع الاعتصار لانه ينافيه في جميع أحوال الهبة ويخرجها عن حكم الهبة الى حكم الصدقة
(فصل) وقوله فله أن يعتصر ما لم يحدث الولد ديناً يدينه الناس به من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه
أبوه لم يكن للاب أن يعتصر لان ذلك يذهب أموال الناس وقد صار ذلك الحال للموهوب من أجل
ذمته التى تطلت حقوق الناس بها وذلك يمنع الاعتصار (فرع) ولو كان الابن مديناً فوهبه الأب
فقدر وى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الأب اذا وهب ابنته المزوجة أو ابنه المريض أو المديان لم
يعتصر كما لو تقدمت العطية على هذه الحوادث قال أصبغ اذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة
فله الاعتصار وجه القول الأول ان ما منع الاعتصار اذا حدث بعد الهبة بمنعها اذا كان موجوداً وقت

قال وسعت مالكا يقول
الأمر المجتمع عليه عندنا
فمن نحل ولده نحلأ أو
أعطاه عطاء ليس بصدقة
ان له أن يعتصر ذلك ما لم
يستعد الولد ديناً يدينه
الناس به ويأمنونه عليه
من أجل ذلك العطاء
الذى أعطاه أبوه فليس
لأبيه أن يعتصر من ذلك
شيئاً بعد أن تكون عليه
الديون أو يعطى الرجل
ابنه وابنته المال فتسكح
المرأة الرجل وانما تسكحه
لغناه وللمال الذى أعطاه
أبوه فيريد أن يعتصر ذلك
الأب أو يتزوج الرجل
المرأة قد نحلها أبوها النحل
انما ينز وجهها ويرفع في
صداقها لغناها ومالها وما
أعطاه أبوها ثم يقول
الأب أنا اعتصر ذلك فليس
له أن يعتصر من ابنته
ابنته شيئاً من ذلك اذا كان
على ما وصفت لك

الهبة كاليتيم ووجه القول الثاني ان دينه لم يتعلق به من أجل الهبة فلا يمنع اعتسارها وانما يمنع
 الاعتسار دين بسبب الهبة (فرج) واذا وهب الرجل ابنه الكبير الغني الهبة اليسيرة التي يرى انه
 لا يدين بمثلها فاذا كان تزوج فقتل ابن الما جشون ذلك يرفع الاعتسار وقال مطرف عن مالك
 لا يمنع ذلك الاعتسار وقوله ابن القاسم في العتية وجه القول الأول ما احتج به ابن الما جشون من ان
 تلك الهبة قد قوته على ذلك ووجه القول الثاني انه لم يتعلق بهذه الهبة حتى أدى لانه لم يدين ولم
 يتزوج من أجلها

(فصل) وقوله أو يطي الرجل ابنه أو ابنته المال فتسكن المرأة الرجل انما تسكنه لغناه وللمال الذي
 أعطاه أبوه أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها للمال وما أعطاها فليس للاب أن
 يصتسر يرد أن النكاح قد يفسد فيه المال ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نحل تسكن
 المرأة لدينها وكالمال وجالها فانظر بذات الدين تربت يداك فاذا كان المال من اغراض النكاح وكان
 أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجل عطية أبيه فليس للاب أن يزيل تلك العطية فتبطل زيادة
 من زاد في نكاحه من أجلها ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده فقدر روى عيسى
 عن ابن القاسم لا يعود حكم الاعتسار سواء دخل أو لم يدخل بها ووجه ذلك أن الأب قد عسر ضللك
 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 الاتي وروى ابن حبيب عن ابن دينار أن نكاح الولد
 الذكرا بمناله لا يمنع الاعتسار وقال لان الولد الذكرا دخل في ما يخرج منه يسهو دخلت الابنته في
 المخرج منه يسهو غيرها ووجه قول عبد الملك ان حق الزوجة قلنطلق بمال الزوج كما تعلق حق الزوج بمال
 الزوجة قبل تعلق حق الزوجة بمال الزوج أقوى بما في من الما ينسئ وتوليا يجب لها من النفقة والكسوة
 والسكنى في ماله فان كان نكاح الابنته يقطع الاعتسار فبان يقطعه نكاح الذكرا أول (مسألة)
 وينع الاعتسار مرض المعطى فان مات المعطى فروى عيسى عن ابن القاسم انه يمنع الاعتسار
 ورواه ابن حبيب عن مالك لا يصتسر مرض ولا يصتسر منه فاما المريض فانه لا يصتسر لانه يصتسر
 لغيره من الورثة وليسوا باآباءه ولا يصتسر الا الأب وأما المريض فلا يصتسر لان حقوق الورثة قد
 تعلقت بماله كما وتعلقت حقوق الغرماء بماله لا تمنع الاعتسار (فرج) فان زال المرض فهل يعود
 الاعتسار رواه عيسى عن ابن القاسم يعود حكم الاعتسار بخلاف النكاح والدين قال أصبح ما زال
 به الاعتسار من مرض أو غيره يوما واحدا فلا يعود بزواله وجه القول الأول ما احتج به مطرف من
 ان المرض لم يحد له الولد والدين والنكاح بسببه فنع ذلك أن يعود به الاعتسار ووجه آخر وهو ان
 المرض الذي يؤثر في الهبات انما هو المرض الذي يتصل بالموت وأما المرض الذي يتصل بالبرء
 فلا تأثير له فيها ووجه القول الثاني ان الاعتسار اذا زال بسبب لم يصد بزواله كالنكاح والدين
 (مسألة) وتغير الهبة على وجهين في ذاتها وفي قيمتها فاذا تغيرت في قيمتها بتغير الأسواق لم يمنع ذلك
 الاعتسار قاله مطرف وابن الما جشون وأصبح ووجه ذلك ان الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها
 لا تعلق به ولا تأثير له في صفتها فلم يمنع الاعتسار كمنقلها من موضع الى آخر (مسألة) وأما تغيرها
 في عينها ونقصها فلا يمنع اعتسارها وقال أصبح ذلك يمنع اعتسارها وهو الظاهر من قول مالك وابن
 القاسم ووجه قول مطرف ان نقص الهبة يزيدتها لا يمنع الاعتسار كنقص القيمة ووجه القول
 الثاني أن تغير حال ذمة المعطى يقطع الاعتسار فبان يمنع تغير الهبة في نفسها أولى وأحرى (فرج)

وللاب أن يعتصر ما وهب ابنه وابنته من الدنانير والدرهم الآن يجعلها حطيا فليس له اعتصارها قاله مالك ورواه مسنون عن ابن القاسم ووجه ذلك ان هنا تغير في الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة والنقصان فيها (مسئلة) فان كانت جارية فوطئها الابن فالذي قاله مالك وابن القاسم وأكثر أصحابنا ان الوطئ يفسدها وان كانت ثيبا ولم تحمل وقال المغيرة لا يمنع الوطئ الاعتصار وبقال ابن الماجشون وقال ويوقف حتى تستبرأ فان حلت بطل الاعتصار وجه القول الاول ان الوطئ غير ما أبيع من تمام ملكه ويكمل كاحد الشمر يكن يأذن لشريكه في وطئ الجارية ووجه القول الثاني ان وطئ المعطى لا يوجب الانتزاع كوطئ العبد اذا أعطاه اياه سيده (مسئلة) فان خلاها الابن وادعى الوطئ فانه يمنع ذلك اعتصارها قاله يحيى بن عمر وفي كتاب الاستبراء من الملوثة ان للاب أن يعتصرها من ابنه الكبير ويستبرئ اذا غاب عليها ولم يذكر انه ادعى وطأ والظاهر انه لم يدعه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك ان ادعاء الوطئ مع امكانه بالخلوة مؤثر في الحكم كالزوج يخلو بزوجته وتدعى عليه الوطئ قال القاضي أبو محمد أو يكتب العبد على هذا عندى يجب أن يكون العتق والتسير والاستيلاء وفوات العين ببيع أو هبة أو ما يكال أو يوزن أو يعد فقد قال القاضي أبو محمد ان خلطه الابن بمثله فلا يسيل للاب الى اعتصاره قال لان ذلك جرى مجرى اتلافه وذلك يمنع الرجوع فيه

﴿ القضاء في العمري ﴾

﴿ القضاء في العمري ﴾
 • مالك عن ابن شهاب
 عن أبي سلمة بن عبد
 الرحمن بن عوف عن جابر
 ابن عبد الله الأنصاري أن
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال أيما رجل أعمر
 عمري له ولعقبه فأنها للذي
 يعطاها لا ترجع الى الذي
 أعطها ابدالاته اعطى
 عطاء وقعت فيه الموارث

ص مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه فأنها للذي يعطاها لا ترجع الى الذي أعطها ابدالاته اعطى عطاء وقعت فيه الموارث ﴿ ش معنى العمري هبة منافع الملك مئة عمر الموهوب له أو مئة عمره وعمر عقبه فسميت عمري لتعلقها بالعمر وانما يتناول الاعمار هبة المنافع لاهبة الرقة وقال النبي صلى الله عليه وسلم من أعمر عمري له ولعقبه فأنها للذي يعطاها يريد والله أعلم ان ما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه ولا تبطل لعقبه بعد موته ولا ترجع بذلك الى الذي أعطها لانه اعطى عطاء وقعت فيه الموارث فوجب أن ينفذ عطيته على ما أعطها من وجوب التوارث فيها وان يتنقل المنافع الى عقب المعطى بعلموته وهذا كله راجع الى المنافع ومتعلق به دون رقة الدار لان رقتها لم يعطاها عطاء وقعت فيه الموارث بشئ ولا غيره ولا خرجت عن ملكه وفي معنى هذا الحديث ثمانية أبواب • أحدها في معنى العمري وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها • والباب الثاني فيمن يصح منه التعيس ومن يصح عليه وما يصح تحسيسه • والباب الثالث في دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده • والباب الرابع في معنى العقب والذرية والبنين والمولى • والباب الخامس في قسمة منافع العمري • والباب السادس في استحقاق القسم فيها بالولادة وانتقاله بالموت • والباب السابع فيما يجوز من بيع العمري والحبس • والباب الثامن في من تعود اليه منافع العمري والحبس بعلموت العمري ومن حبس عليهم

(الباب الاول في معنى العمري وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها)
 اذا ثبت أن العمري هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مئة عمره وعمر عقبه فقد سمي الملك عمري لجواز أن تعلق العمري بمنافعه وقد روى ابن القاسم عن مالك من أعمر رجلا عمري له ولعقبه رجعت الى صاحبها ان كان حيا أو الى ورثته يوم مات ان كان ميتا وقال أبو حنيفة

والشافعي يكون ملكا للعمير ولعقبه بعده فان مات ولا عقب له فليت المال ودليلنا من جهة القياس
أن تعليق الملك بوقت معين يقتضى تملك المنافع دون الرقبة لان تعليق الملك لوقت ينتهي اليه يمنع
ملك الرقبة لملك الرقبة بمعنى مزيد أو نزول المطر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للعمير الألفاظ من
نيتها ونذ كرم يقرب منها بما يخالفها وذلك اذا كان معنى العمري هبة المنافع دون الرقبة فان كان
ما كان من الألفاظ يقتضى 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 فممن قال أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت الى صاحبها وكذلك لو قال هذه الدار لك
ولعقبك سكني وفي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب اذا قال هي لك صدقة سكني فليس
له الاسكناها صدقة دون الرقبة قال محمد حياته (مسئلة) وأما اذا قال هذه الدار حبس على
فلان ولم يزد على 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 بما قدمناه من أن التمسيس انما يقتضى
هبة المنافع فاذا قال على فلان اقتضى ذلك اختصاص الهبة دون غيرها من وارث أو غيره وذلك
يقتضى أنه انما وهب المنافع دون مدة عمره وذلك بمعنى العمري ووجه القول الثاني ان لفظ التمسيس
ظاهره يقتضى المنع من رجوع المنافع اليه لان معنى التمسيس أن تكون المنافع محبوسة على وجوه
نص عليها أو اخر تعيينها واذا حبسها على فلان انصرفت اليه منافعها عمره فاذا انقضى عمره لم يرجع
الى الحبس لانه معنى يمنع ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فان كان المحبس حيا ففي كتاب ابن المواز
عن مالك يسأل عما أراد من عمري أو حبس فيصل على ذلك ويقبل قوله فيه فان مات قبل أن يسأل
فقد اختار ابن المواز أن يعود ميراثا لو رثتمو بجوز أن يجري في ذلك الخلاف المتقدم لانها مسئلة
الخلاف التي قدمناها وانما قبل قوله لما احققت الوجهين جميعا فكان هو أعلم بما أراد من ذلك فيصل
عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال دارى هذه حبس لاتباع ولا توهب ما عاش المحبس عليهم
ففي كتاب ابن المواز عن مالك انه حبس مؤبد ووجه ذلك ان قوله لاتباع ولا توهب تصرح في
تأييد التمسيس وان كان فلعلقه بهذه لان العمري فيها (١) والبيع اقتضى ذلك
التمسيس المؤبد لانه الذي يحتص (٢) وقد قال القاضي أبو
محمد اختلف أصحابنا في مخرج قول مالك في ذلك ففهم من قال انها على روايتين كقوله حبس فقط ومنهم
من قال على رواية واحدة انها حبس والله أعلم وأحكم ولو قال دارى حبس على فلان وولده فان كان
ولده معينين مثل قوله دارى حبس على فلان وبنين يده وعمرو وخالد فهذه المسئلة المتقدمة وان قال
مع ذلك وعلى من يحسنه بعد من ولد في المجموعة عن عبد الملك انها حبس لتعلقها بمجموعين وان
لم يرسم الأولاد في قوله هي حبس على فلان وولده أو على فلان وعقبه أو على قوم غير معينين كبنى
نميم أو فريش أو قال حبسا مؤبدا أو حبسا لاتباع قال ابن عبادوس عن معنون فهو كقول لاتباع ولا
توهب أو حبسا صدقة على قوم معينين أو غير معينين فان هذا لم يختلف فيه قول مالك في أنه ترجع
منافعه الى المحبس عليهم كما لو قال جعلت دارى مسجدا ووجه ذلك ان هذه تقتضى التأييد فحيات
على مقتضاها وأما قوله حبسا صدقة فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون هي عمري ان لم يذكر
عقبها ولا يمنع البيع وبه قال ابن كنانة وقال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في مخرج قول مالك

في ذلك فثمنهم من قال انها على روايتين كقوله حسبنا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها ترجع
حسبا (مسئلة) ومن قال حسبت هذه الدار ولم يزد على ذلك ولم يذ كر مطرف الحكم الى معين
ولا غيره فانه يصح الحبس ويلزم قاله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافا للشافعي في أحد قولي لا يصح
ذلك وأما من قال داري هذه عمري فلا يلزمه شيء حتى يذ كر العمري والفرق بينهما ان لفظ
التصبيس أكثر ما يستعمل على وجه القرية ولفظ العمري لا يستعمل في القرية فأشبهه الصدقة
والهبة (مسئلة) 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 اللوام (مسئلة) وأما لفظ الصدقة فان أراد به تمليك الرقبة فهو على ما أراد كالهبة وان
أراد به معنى الحبس فان كان على معين ولم يقترن به ما يقتضى التأييد ففيه روايتان على ما تقدم
في الحبس قال ذلك كله القاضي أبو محمد في معونته قال وذاكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا
في الذي يقول ملكي هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حسبنا انه يكون ملكا لآخر العقب
من رجل أو امرأة يتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثرا أصحابنا يرونه حسبنا وجه
القول الأول ان لفظ الصدقة وان كان ظاهرا 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 القاضي أبو محمد موجود في المذهب في الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن
الرجل يقول داري صدقة على فلان وولده ما عاشوا انها ترجع اذا انقضوا مرجع الاحباس
وروى في الموازية أشهب عن مالك قال ان لم يبق من العقب الابنت ان لها يسع الدار وقال ابن
القاسم وقدم روى حمر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر أن عمر تصدق بماله يقال له نعم فقال
يل رسول الله اني استفتيت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبي صلى الله عليه وسلم
تصدق بأصله لا يبيع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمره فتصدق به عمر فصدقه تلك في سبيل الله
وفي الرقاب والمسكين والضيف وابن السبيل ولذي القربى والاجناح على من وليه أن يأكل منه
بالمعروف أو يؤكل صليقه فاستعمل لفظ الصدقة فيها معناه التصبيس ووجه الرواية أن 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 (مسئلة) وهذا الذي قاله اذا عرأ لفظ الصدقة عن لفظ
التصبيس فان اقترن به ما يقتضى تبديل الصدقة فهو على ذلك وان اقترن به من صفة التصدق عليهم أو
صفة الصدقة ما يقتضى التخصيص فهو على ذلك واذا عرأ من ذلك فقد قال القاضي أبو محمد انها لا تكون
بمعنى التصبيس لان الصدقة ظاهرها تمليك الرقبة وانما يصرف الى المنافع (مسئلة) اذا
ثبت ذلك فان الحبس وما في معناه باي لفظ كان تبقى الرقبة على ملك الحبس وللشافعي ثلاثة أقوال
أحدها مثل هذا والثاني ينتقل الى الموقوف عليهم والثالث ينتقل الى البارئ تعالى والدليل على
مانقوله ومن جهة المعنى انه بدل المنافع فلا تخرج بذلك الرقبة عن ملك الباذل بالعارية
ودليل ثان ان كل ما لا يصح عتقه فلا يجوز للملك من رقبته ويبقى الملك على منافع كالحياوان
والعروض

(الباب الثاني فممن يصح التخصيس منه ومن يصح التخصيس عليه وما يصح تخصيسه)

التخصيس 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 بوصى في مرضه أو بوقف بعد موته فيصح ويكون من ثلثه كالوصية الا أن يكون مسجداً أو سقاية فان ذلك يلزم ولا يفتقر الى حكم حاكم وهذه المسئلة التي كلفها أبو يوسف مالكاً 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 مذهب 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 بخصير أرفأ في النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت أرفأ لم أصب ما لقط أنفسي منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست أصلها وتمدحت 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 تخصيس عقار على وجه القرية فلم يفتقر الى وصية ولا حكم حاكم كالمسجد والمقبرة (مسئلة) اذ اثبت ذلك فان له في تخصيس الرباع واعمارة اقوالاً واحداً وهو الجواز وأما الحيوان والعروض ففي الموازية عن مالك انه كره الحبس في الحيوان وقد قال ابن القاسم في المجموعة من أمر دابته وأداره أو عبيده في حياته جاز ويرجع بعد موته الى ورثته قال ابن القاسم في العتبية لم أسمع من مالك في تخصيس الثياب شيئاً ولا بأس به وقال أشهب ذلك جائز (فرع) اذ اثبت ذلك فان قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازماً لموافقة الشرع مع كونه من العقود اللازمة وان قلنا بكرهه ذلك ففيه روايتان احدهما الجواز والثانية للزوم 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 فذلكه وقال أشهب الحبس في الحيوان لازم على ما شرط كالرباع وجه اللزوم قول النبي صلى الله عليه وسلم ان خالداً حبس أدراعه وأعبده في سبيل الله ومن جهة المعنى انه أصل بيتي ويصح الانتفاع به كالعقار ووجه القول الثاني ان التخصيس يقتضى التأييد وذلك محتص 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 كالأول وهب نفسه ماله وقال الشيخ أبو اسحق من حبس على نفسه وعلى جيرانه صح حبسه ودخل معهم وانما يرد ما حبس على نفسه خاصة (مسئلة) ومن قال دارى هذه حبس أو موقوفه ولم يذكر وجهها تصرف اليه فان ذلك يحمل على المقصود باحسان تلك الجهة ووجه الاحتجاج بها وقال ابن القاسم في العتبية يكون للفقراء والمساكين قيل له انها بالاسكندرية قال يجنبه الامام في ذلك ووجهه ان معظم البلاد معظم حاجتها في اعطاء المساكين لانها أحد وجوه البر وأعمها وأما الثغور فربما كانت الحاجة الى ما يصرف في وجوه الجهاد كدفي نظير في ذلك الامام فيصرف الاحباس المطلقة الى ما هو أكدر

حاجة وأعم وقت عقد التخصيس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو حبس ذمي دارا على مسجد في العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ورواه معن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت دينارا الى الكعبة أيجعل في الكعبة قال يرد اليها ووجه ذلك ان هذه أموال هي أطهر 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 كما لو صرفها 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 تفضيل بعض البنين بالعتبية لاسيما مع ما فيه من شبهة فعلى 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 تحبيسه وكذلك من شرط ان من تزوجت منهن يبطل حقها الا أن يرد هاراد وينقص ذلك حتى يردا الى الفرائض قال ابن القاسم أرى ان فات ذلك ان يضمن على ما شرط وان كان حيا لم يجز عنه أن يردده ويدخل فيه البنات وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه وأنكر هذه الرواية لمضمون والخلاف في هذه المسئلة مبني على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض قال ابن المواز وان نقص اذا الميراث المحبس 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 أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه وذلك ان اعطاء المنافع في العمرى أو الحبس لا يخالو أن يكون لغير معينين أو لمعينين وغير معينين فأما غير المعينين فكمن قال أعمار هذه الدار ولد فلان أو عقبه في الموازية والعتبية من حبس على ولده دارا فولد له أولاد فانهم مع الآباء في حياة الأب وكذلك قال مالك في المجموع في المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك انه بمنزلة قوله ولدي وولد ولي يبدأ بالآباء فيورثون وان فضل فضل كان لولد الولد قال عبد الملك كان مالك يورث الاعلين 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 يتناول واحدا فوجب أن يتساوا ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز ان شأن الاحساس أن يورث أقربهم من المحبس وكان الاولى أن يحتج بالآية لمالك وابن القاسم ان الآباء يورثون في الميراث قوله ولدي يتعدى الى ولد الولد وتام قوله هذا ان يقول القائلين في بعض أحكامه يقتضى انه اذا قال ولدي فان ذلك يتناول من يكون من ولده ما تناسلوا وكذلك اذا قال ولد ولي وهو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه (مسئلة) وأما اذا قال فلنا يورث الأقرب في قوله ولدي فبان يورثهمنا الأقرب أولى واذا قلنا قوله ولدي فقد تقدم وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فممن حبس على ولده وأعقابهم ثم بقي بنوه وبنو بنيه فانه يسوي بينهم مع استواء الحال (فرع) بين الاعلون فان ذلك تساوى حال في الحاجة يبدأ الاعلون ويعطى ما فضل فان كانت الحاجة في ولد أو وواو يكون الأب معهم قاله ابن القاسم وعبد الملك

قال ابن الموزان قول ابن القاسم استحسن وقد قال مالك لا يدخل ولد الولد الا في الفضل وشأن الاحباس إينار الاقرب وكذلك مر جها 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 داري هذه حبس على فلان ثم على ولده أو على فلان بعده ففي المجموعة عن عبد الملك فممن تصدق على ولده الذين هم أخياء 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 يبدأ الاولون ولا يكون لمن بعدهم شيء الا بعد انقراضهم وأما الواو فهي للجمع فاقترضت التثنية والله أعلم (الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة)

قال مالك رواية ابن القاسم عنه في المجموعة ان العقب الولد ذكر ا كان أو أنثى وليس ولد البنات عقبا ذكر ا كان 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 رضي 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 اناثهم وقد قال مالك في المجموعة من حبس على ولده وولد ولده لم يدخل فيه وولد البنات لأنه من قوم آخرين لم يدخلوا في الموارث قال عبد الملك وابن كنانة تغلنك 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 وورثه 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 وولدى وولد ولدى أبين (مسئلة) وأما البنون فانه يتناول الولد وولد الولد ذكورهم واناثهم قال مالك ومن تصدق على بنيه وبنى بنيه فان بناته وبنات بنيه يدخلون في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم فممن حبس على بناته فان بناته وبنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه والذي عليه جماعة أصحابنا أن ولدا البنت لا يدخلون في البنين وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للحسن ان ابني هذا سيد فعلى سبيل المجاز والثناء عليه والاخبار بحسنة لاعلى 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 الدرية فقد قال أبو عبد الله محمد بن العطار لا خلاف في دخول ولد البنات في ذلك لقول الله عز وجل ومن ذرية داود وسليمان وأيوب ويوسف الى قوله وزكرياء 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 والمهات ولا يدخل في ذلك الاخالات ومعنى ذلك عندي العصبة أو من كان في قعددهن من النساء وقد قال مالك في من حبس على رجل وعلى أهله أو سقاهما من

حائطه فهل ولد من ولد ذلك الرجل وولده آخر فانه يدخل في ذلك الحبس وما روى عن مالك بن أنس أنه قال في قول المسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد آل محمد كل تقى واحتج بقوله تعالى أدخلوا آل فرعون أشد العذاب فان ذلك يعمل عليه اللفظ بآلة اقترنت به صرفتم عن ظاهره واطلاق اللفظ يقتضى ما قدمناه أولاً وهذا المشهور من المذهب وقال الشيخ أبو اسحق ويدخل في الأهل من كان من جهة أحد الأبوين بعدوا أو قرى أو ولو قال على آباءه دخل الآباء والأمهات والاجداد والجدات بعدوا أو قرى أو وكذلك العمومة قال الله عز وجل نعبد الهك واله آباءك إبراهيم واسماعيل واسحق وقد اختلف في الأحوال والخالات والأختان أن يدخلوا وهذه المعاني إنما وردت على سبيل المجاز ومقتضى مذهب مالك حقائقها أو عرف استعمالها الغالب على حقائقها (مسئلة) وأما القرابة في الموازية والمجموعة عن مالك من أوصى بمال لا تار به انه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد قال مالك في العتبية ولا يدخل في ذلك ولد البنات وولد الخالات وروى ابن عبدوس عن ابن كنانة يدخل فيها الأعمام والعلمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت وروى على بن زياد عن مالك يدخل فيه أثار به من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة ان كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم فهو ذوقرابة وقد ذكرت 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 تعدد عصبة ووجه القول الثاني ان العلمات والخالات يناسبونه الى أحد جديهم وذلك يقتضى القرابة ويلزمه على قوله في بنات الأخ أن يدخل في ذلك بنو الخالة الا أن يكون لجنبه الأب قرابة يدخل بها وولد النساء دون جنبه الأم لأن جنبه الأب في القرابة لها وجه الا أنه لم يفسر ذلك تفسيراً يميز به القرابة من غيرها (مسئلة) ولو حبس على قومهم أو قوم فلان فقد قال الشيخ أبو اسحق ذلك على الرجال خاصة من العصبة 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 استروا في الحاجة وان كان الأقرب غنياً أو اثر المحتاج الأبعد عليه وقاله مالك في العتبية في موالى الأب والابن

(الباب الخامس في قسمة منافع العمرى والحبس)

فأما العمرى والحبس الذي تقدم معناه أنه اذا كان على معينين فانهم فيه بالسوية وقد قال في المجموعة ما حبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أو ثمر لم يخل فذلك بينهم بالسواء وللدكر مثل مال لا يثنى 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 والزمانه بقدر ما يراه من ولي ذلك وروى ابن المواز عن عبد الملك لا يفضل ذو الحاجة على الغنى في الحبس الا بشرط من المحبس ووجه القول الأول ان معنى الحبس القرية واثار ذوى الحاجة يقتضى القرية الآن يصرف عن ظاهره بشرط والفرق بين هذا وبين الحبس المختص بالمعنيين على هذا القول ان من حبس على معينين فقد قصد استيفاءهم والمساواة بينهم واذا أفر دغير معينين وأضافهم الى معينين فقد علم انه لم يقصد الاستيعاب ولا المساواة لانه لا يمكن ذلك فيهم فكان ذلك مقتضى حبسه والله أعلم وأحكم وجمقول عبد الملك ما احتج به من أن المحبس تصدق على ولده وهو يعلم أن منهم الغنى والمحتاج (فرع) اذا ثبت ايثار ذوى الحاجة في الموازية لابن القاسم عن مالك فيمن حبس على الفقراء أو في سبيل الله وابن السبيل وذوى القربى وفي قرابته غنى لا يعطى منه ولكن ذوى الحاجة وفي المجموعة من حبس على قوم وعلى أعقابهم ان ذلك كالصدقة لا يعطى منه الغنى شيئاً ويعطى المتوسط بقدر حاله فان كان للأغنياء اولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم ومعنى ذلك ما قدمناه من أن ظاهر الحبس ومقتضاه القرية وسد الخلة وذلك مختص بذوى الحاجة وأما المسد فهو الذى له كفاية وبما ضاقت حاله بكثرة عياله وأما ولد الغنى لا مال له فهو فقير واذا بلغ صحياً فلم يلزم الأب الاتفاق عليه فهو من الفقراء وذوى الحاجة (فرع) واذا تساوى أهل الحبس في الفقر والغنى أو في الأقرب ويعطى الفضل من يلبه وان كان الأبعد غنياً أو ثرا الفقير الأبعد ذكره ابن عبدوس في المجموعة ووجه ذلك انه لما قصد بالحبس قرابته كان للقريب تأثير في الايثار الآن تأثير ذوى الفقر والحاجة أكثر لانه مقصود الصدقات والأحباب وهذا اذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر ولا يفضل عن فقرائهم شيئاً فانه يصرف الى الأغنياء وقد رواه عيسى عن ابن القاسم ووجهه أن الحبس لا يختص بالفقراء ولذلك لا يجوز أن يحبس على رجل غنى وانما يؤثر الفقراء فان فضلت فضلة جازر فيها الى من شرك الفقراء في معنى الحبس من الأغنياء (فرع) والذكر والأثني في الحبس سواء قال ابن حبيب وهو قول مالك وأصحابه الا أن يكون بشرط ووجه ذلك ان لفظ التشرىك يقتضى التسوية ولذلك قال الله تعالى في الاخوة للام فهم شركاء في الثلث وسوى بين ذكورهم واناثهم في ذلك الثلث (مسألة) واذا قسم الحبس بين أهله 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 المحبس وروى عيسى عن ابن القاسم ان تساوى فى الغنى والحاجة فمن سبق الى سكنائها منهم فهو أحق ولا يخرج لمن بقى وليس على عددهم ولكن بقدر كثرة العيال وليس الأغرب في السكنى كالمأهل المعقب ر واه عيسى عن ابن القاسم فأما ان كان بعضهم غائباً والحاضر أولى منه بالسكنى لان الغائب لا يمكنه سكنائه فكان الحاضر أولى به لانه يمكنه الانتفاع به على الوجه الذى حبس عليه ومعنى ذلك أن المعاقب المؤثرة في التقديم الحاجة والقرابة والبدار والحاجة مقدمة فان تساوى في الحاجة والقرابة فمن يادراى السكنى كان أحق به وفي معناه ان الحاضر أحق من الغائب لان الحاضر يادراى السكنى قبله والاعتبار

في ذلك ابتداء السكنى والله أعلم (فرع) فاذا ثبت ان الحاضر أولى بالسكنى من الغائب فعناه أن يغيب قبل أن يسكن فانه اذا قدم لم يخرج له من قد سكن ولا يخرج أحداً الا أن يخرج في سفر انقطاع ولو خرج مسافراً 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 وحضوره فاستغنى وقدم الغائب فروى ابن القاسم عن مالك في المجموعة لم يخرج أحد منهم لقموم الغائب ولا حاجة 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 قورياً 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 ثم تزوج منهم فله حقه في المسكن وهذا في الذكور وأما الإناث فلا مسكن لهن وان بلغن لانهن في كفاية الأب قاله عبد الملك في المجموعة (مسألة) وأما السكراء والغلات من الثمر وغيره فان حق من انتجع أو غاب لا يستقط 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 المحبس أو المعمر عليهم فلا يخول أن يكون ذلك بلفظ الاشاعة أو الإبهام فان كان بلفظ الاشاعة فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وابن وهب وأشباههم حبس داراً أو حائطاً على قوم خات بعضهم فان ما كان لليت من ذلك راجع الى بقية أصحابه حتى ينقضوا وذلك في الاحباس كلها من غلة أو سكنى أو خدمة أو دار محبسة كان مرجع ذلك الحبس الى صاحب الأصل أو غيره أو الى السبيل وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك أن 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 وقوله المعيرة فيما ينقسم وما لا ينقسم الا ابن القاسم فانه أخذ يرجع مالك في هذا بعينه فقال يرجع على من بقي 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 اشراكه ويوجب انقطاع حكم العمرى منها لموته (مسألة) اذا ثبت ذلك وراعيها ما ينقسم فان مطرفاً قال عن مالك في المسكن ان جزءاً المحبس الدار بينهم فنصيب الميت راجع الى رب الدار وان جزؤها هم بينهم فنصيب الميت راجع الى أصحابه وقال سحنون ان هذا فيما لا ينقسم لان سكنهم الدار سكنى واحد واختدامهم العبد كذلك قال وقال عبد الملك وما كان من غلة تنقسم أو دار تكثرى أو عبيد مخارجين فان نصيب من مات منهم يرجع الى من اليه المرجع وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فممن حبس خادماً على أهل بيت لم يدخل عليهم غيرهم أو على ناس مجتمعين حياتهم فان مات منهم أحد فنصيبه على من بقي ولو كان على رجلين متفرقين هذا على حدة وهذا على حدة فنصيب من مات للحبس وفي المجموعة والموازية قال محمد وهذا على ما ذكرنا من التفسير الأول ولو جعل ذلك على أهل بيت واحد أو مجتمعين ونصيب كل واحد معروف فلا يرجع نصيب الميت على أصحابه ولو حبسه

على المفرقين وجعل ذلك مشاعا كان نصيب من مات منهم لأصحابه قال سحنون في العتبية اذا قاتل
 غلام يخدم فلانا يوما وفلانا يوما فلهما قدمة من مات منهم مرجع نصيبه الى أصحابه (مسئلة) اذا ثبت
 مراعاة القسمة فان ظاهر قول سحنون يقتضى مراعاة قسمة المعطى ذلك بينهم في نفس العطية
 وهو ظاهر قول مالك وقول ابن الماجشون يقتضى أن المراد في ذلك أن تكون العطية مما ينقسم
 كالعبيد الخارجين والغلة تنقسم والدار تكرى وهو قول العراقيين من أصحابنا ورأيتهم عن
 المنهب والله أعلم (فرع) فاذا قلنا باعتبار قيمة المعطى عند العطية فهذا حكمه اذا بين (فرع)
 فاذا أبهم فقدر وى ابن المواز عن مالك انه على الاشاعة حتى يبين ووجه ذلك ان لفظ الإبهام
 يقتضى الاشتراك والاشاعة تحمل عليه وأما اذا كان على وجه التعيين ومعناه أن يعين الخلو
 فيسمى لكل واحد يوما معيناً ونصيباً مسمى أو سكنى معروفة فان نصيب من مات منهم يرجع الى
 صاحب المرجع ورأه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أن تعيينه وتعيين نصيبه يقتضى منع
 الاشتراك ويجعل حكم كل انسان منهم يختص به فاذا توفي استحق ما كان له صاحب المرجع (مسئلة)
 وهذا اذا كان التخصيص أو التعبير على معينين فان كان على غير معينين مثل أن يقول على فلان
 وعقبه وعلى بنى نعيم فهذا ان بقى منهم واحداً أخذ جميع الغلة اذ لا منازع له في صفة التخصيص وقد قال
 ابن كنانة فمين حبس على امرأتين وعقبهما فهنا يرجع نصيب الميتة منهما على صاحب المرجع قال
 الشيخ أبو القاسم من حبس حبسا على رجلين حياتهما ثم لرجل بعدهما في وجه آخر فمات أحد
 الرجلين يرجع نصيبه ما على الآخر وقد قيل يرجع نصيب الميتة من مافي الوجه الثاني والله أعلم وأحكم
 (فصل) واذا كان الحبس حائطاً لمخات 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 القرى ولورثته وان مات بعد الابار فقد روى ابن المواز عن مالك
 وابن القاسم لاشئ له ولورثته من القرى وهى لمن ولد بعد الابار وقبل بدو الصلاح وقال أشهب
 هى لورثته من مات بعد الابار ومن مات قبل الابار فلا شئ له منها ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون
 وفي المعسر يموت وفي الحائط ثمرة قد أبرت انها لورثته ووجه القول الاول انه يتعلق بالثمرة مع بقاء
 الرقبة على ملك صاحبها فوجب أن يتعلق بدو الصلاح كالكافة لان من كان من الحبس ذلك الوقت
 جاز له الانتفاع بكلها طبا لانه انتفاع مقصود فلا ولا استحقاقه للثمرة لمنع الانتفاع بها ووجه قول
 أشهب انها عطية فوجبت بالابار كالصدقة المبتلة فقد قال مالك وابن القاسم يستحق فيها بالابار
 فكذلك هذا (مسئلة) وأما بعد بدو الصلاح وقبل القسمة فالذى 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 فمين حبس على ولد فلان فان الغلة تقسم على من كان حيا أو
 مولودا يوم تقسم الثمرة وفي المجموعة عن ابن كنانة فمين 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
 معينين باسمائهم من أدرك طيب الثمرة فحقه فيها ثابت ووجه القول الأول ما قدمناه ووجه قول ابن
 كنانة أن الانتفاع بالغلة انما يكون بعد القسمة والاحباس موضوعة على انها تستحق بان كان
 الانتفاع كالسكنى (فرق) والفرق بين الصدقة والحبس على قول مالك وابن القاسم ان الصدقة

أقوى لانها عينته ومتعلقة بعينين وأما ما كان على وجه الحبس وتميز من يستحق الثمرة فاما يكون بعد بدو الصلاح لانه وقت الانتفاع بها والانتجاع لها (مسئلة) ولو كانت أرضا فخرتها ثم مات فربها غير ان شاء أعطى الورثة كراء الحراث أو سلمها اليهم بكراتها تلك السنة ولومات وفيها زرع فالورثة الزارع ولا كراء عليهم

(الباب السابع في بيع العمرى والحبس)

أصل ذلك ان عقد العمرى والحبس عقد لازم لانه هبة للنافع بالعمرى والحبس يكون على ضربين أحدهما على غير موجود عند التصيب والثاني على موجود فاما ان كان على موجود مثل أن يعمر زيدا أو يعمره وعقبه أو يحبس على زيدا أو عليه وعلى عقبه وواحد من أعمر أو حبس عليه موجود عند العمرى فقد امتنع البيع بنفس العقدان كان جميعهم غير موجودين مثل أن يحبس على ولده ثم هو في سبيل الله فله أن يبيع ما لم يلد فاذا ولده فلا يجوز له البيع قال ابن القاسم ليس له أن يرجع حتى يؤسس له من الولد ولو أجزت له هذا أجزت له أن يبيع اذا 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 وبما من ذكر فيه لا يخلو فاذا ولده فقد تعلق حق 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 يؤسس من وجود الحبس عليه لان ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم فاذا يئس منه علم ان الحبس لم ينفذ بصرفه الى من قد ظهر انه لا يوجد ولا يثبت له حق ووجه قول عبد الملك ان عقد الحبس عقد يلزم وان لم يذ كر من حبس عليه فلو قال حاطي حبس للزم وأكثروا في قوله حاطي حبس على ولدي ولا يوجبه ولد ان يكون بمنزلة من لم يذ كر الحبس عليه وذلك لازم ويوجب تصرفه الى من قررت الشرع عقدها اليه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فقد قال فيمن قال صدقني هذه على ولدي ولا ولده فهي حبس تخرج عن يده الى يد ثقتي وثمها بعد ذلك حبس فان مات قبل أن يولد له رجعت هي وغلها الى أولى الناس بالحبس يوم حبسها ووجه ذلك انه لما كان عقد الحبس لازما وقتئذ بمن لا يجوز له لزوم اخراجه من يده ليصح الحوز فيه فان حدث له بعد ذلك ولد رداليه لانه يصح حوز له وقال غير ابن الماجشون ولا يضر ذلك من مرجه اليه لان الحوز قد تم فيه (مسئلة) اذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود ثم وجد فقلزم 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 من بعدهم على المساكين ثم تعدى فباعه مقابضة أو بعد طول زمان كان البيع منقوضا ويرد الى الحبس ولا ينظر الى تواتر هؤلاء في قبضه لانها بعدهم على المساكين فان أعدم يائمن اتبع به ووجه ذلك ان عقدا الحبس لازم فلا يحمله عن مقتضاه تعدى الحبس فيه ويجب نقض بيعه ويتبع بالشر في ذمته كما لو استحقه أجنبي لان ما باعه فقد استحق عليه (مسئلة) ومن بنى مسجدا في قرية ثم صلى فيه ثم باعه أو تصبى به على من هدمه وبناه دارا 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 بل هي أو كلها لانها خالصة لله تعالى ومضافة اليه لقوله تعالى ومن أظلم ممن منع مسجدا لله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها وأما قول مطرف من بنى مسجدا يريد على الصورة المختصة بالمسجد قال ثم هدمه المبتاع وبناه دارا 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 يرباها لمن صلى فيه فان ذلك مما يلزم به تحييسه وان كان لم يتلفظ بالتحسيس ولو تلفظ به للزم مع ذلك وظاهر قول مطرف وهو معنى ما في المدونة انه لا يلزمه مجرد البنيان وفي هذا عندي نظرية قد كان يجب أن يلزم لجرد البنيان لانه لا تتم الحيازة فيه الا باباحته واقام الصلاة فيه قال أصبغ أبو اسحق اذا خلى بين الناس وبينه فهو ماض ولا يحتاج الى أن يجعل يمينه فم 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 حيازا والله أعلم وأحكم (فرع) وما كان في المساجد من بيت الماء أو بيت لزيته وحصره وآلته فان ذلك تبع له وكذلك سلاسله وفتاويله وبنيانه وجدوعه ما انكسر منها رد اليه (مسألة) ومن حبس حبسا وعليه دين قبل الحبس واستحدث دين 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 للاولين بقدر ما انتقصهم الآخرون ثم يدخل عليهم الآخرون وهكذا أبدأ حتى يستوفوا أو يفرغ الحبس وكذلك لأصحابنا قولان (مسألة) ولو كان رجلا من حبس على كل واحد منهما حبس منفرد لم يجز لها أن يتناقلا وهو كالبيع رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة ووجه ذلك انه عقد لازم فلم يصح فيه المبايعة والمناقلة توع من البيع والله أعلم وأحكم (مسألة) ولو كانت أرضا محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها فارادوا أن يوسعوا أو يفتوا أو يجانها مسجدا فارادوا أن يفتوا 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 بصرف بعضها الى بعض على الوجه الذي ذكره من نقل المقبرة الى المسجد يدفن الميت في المسجد على سبيل التوسع فاما ما كان للخالفين 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 وانما 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 دور 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 فتي ضاق مسجد بني بالقرب منه مسجد يتسع فيه ولا يصح ذلك في الجوامع وأما على تجوز مالك ذلك في الطرق فيصح ذلك في مساجد القبائل وغيرها (مسألة) وعقد الحبس لازم مؤبدا فلا يجوز بيع شيء من الاحباس خلافا لابن حنبل في تجوز ذلك ورواه ابن وهب عن ربيعة والدليل على ما نقله ما احتج به مالك فانه قال وبقاء احباس السلف دائرة دليل على منع ذلك ودليل آخر وهو ان مالك لا ينقل الحبس عن مقتضاه اذا لم تغرب فانه لا ينقله عن مقتضاه وان خرب كالغصب

(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 يباع الدار المحبسة وان خربت وصارت عرصة وقد قال في الموازية ما خرب من الحبس وانتقل الى أهل تلك الناحية وبطل الموضع وأراد أهله يبعه والانتفاع بثمنه بما هو أفضل منه انه لا يجوز في الرباع بمال قال الشيخ أبو اسحق ولا ينافى الوقف وان خرب ما خواله وقد تعود العمارة بعد الخراب (فرع) قال الشيخ أبو اسحق لا يباع بعض الوقف ومن أحصا بنان من يرى يبعه ولست أقول به (مسئلة) وهذا في الرباع والأصول الثابتة التي لا تنتقل ولا يحول فلما ما ينقل كالحيوان والنياب فقد قال مالك في المجموعة في القرس المحبس يضاعف فلا يبقى فيه قوة للغز ولا بأس ببيعه ويجعل ثمنه في آخر قال ابن القاسم وان لم يبلغ شورك به والنياب تباع ان لم يبق فيها منفعة ويشترى 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 قساذين من صلاحه ولا ترجى عودته الى ما كان عليه وليست كذلك الرباع فانها تمر 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 وطاب بعض الشركاء القسعة أو البيع فقال ابن الماجشون ان كان ينقسم بقاسم فواقع للحبس كان حبسا ووجه ذلك ان المحبس اذا حبس جزءا لا ينقسم فذكان حق شريكه ان أراد البيع أن يبيع معه فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتحييسه (فرع) واذا بيع الحبس بما ذكرناه ولان السلطان اشترى ذلك فأدخله في موضع أو مسجد فقد قال مالك وابن القاسم يشترى به دور مكانهما من غير أن يقضى به عليهم وقال عبد الملك يقضى ولو استحق الحبس فأخذ ثمنه فليضع به المحبس ماشاء وجه القول الأول انه معنى أوجب اخراج ما حبس عن المحبس والرجوع بثمنه فلم يوجب شراء مثله بذلك الثمن كالاتحقاق ووجه قول ابن الماجشون ان المحبس اذا حبس ما يملك فقد بطل حق المحبس بتلك العين على الزوم فاذا اوجب اخراج عن ذلك الوجه من الحبس والحبس جله لزم أن يجعل ثمنه في بدله لان التحييس حق لازم وكذلك الاستحقاق فان الاستحقاق قديين ان الحبس لم يتعلق بتلك العين لان المحبس حبس ما يملك فلم يتعلق به الحبس (مسئلة) وأما العمري فانه يجوز للعمري أن يشترى به مرجع الدار العمرة وفي العتبية من سباع ابن القاسم فبين حبس داره على ولده وابن أخيه حياتهما انه يجوز للمحبس أن يشترى من ابن أخيه مرجعها لانها عمري (الباب الثامن فبين تعود اليه منافع العمري والحبس بعد موت العمر والمحبس 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 العتبية من سباع ابن القاسم عنه فبين أعمردا أواخادما 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 التأييد فبقى الباقي على ملكه (مسئلة) ومن ذلك صدقته على رجل حياته أو على قوم حياتهم فقلنا 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 مرجعا فقد قال مالك يرجع الى أولى الناس ممن حبسه حبسا عليهم ووجه ذلك انه لما اقتضى

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 الي أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثا وينقل 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 حيسا فلا وهم به يوم يرجع ووجه ذلك ان ما يرجع
 ملكا اليه أو الى ورثته ملكه عليه تام باق لانه انما هو به منفعته مدة مؤقتة فاذا مات ورثته عنه ورثته
 وأما ما خرج عنه على وجه الحبس فقل 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 بعد انقرض الحبس عليهم المممين في الحبس كما لو جعل
 لها من جمع بعد 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 يرجع الى عصبه الحبس في السكنى والعتلة 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 حيسا
 عليهم رجلا كانوا أو نساء وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يرجع الى عصبه الحبس قيل له انه
 ابنة واحدة قال ليس النساء عصبه انما يرجع الى الرجل وقار أصبغ هي كالعصبه لانها لو كانت رجلا
 لكانت عصبه وأرى ذلك كلهما وجه القول الاول أن الحبس انما يصرف 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 كالحالة (فرع) فاذا قلنا ان للنساء في ذلك مدخلا فقد قال مالك
 في الموازية كل امرأة لو كانت رجلا كالعصبه للحبس 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 العمات
 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 العمات وبنات الام وبنات الأخ فلا تدخل لهن فيه وفي العتبية من رواية معنون عن ابن
 القاسم أن الحبس انما يرجع من النساء الى من يرثه دون من لا يرثه من عمه وخاله ونحوهما وجه قول
 مالك أن مكانهن مكان التعصيب وللنساء مدخل في مرجع الحبس فلما كان الرجال يدخلون فيه
 بالتعصيب وكان للنساء فيه مدخل ولا تعصيب لهن اعتبر فيه فعدوا بالتعصيب ووجه قول ابن الماجشون
 أن من لا مدخل له في الميراث فلا مدخل له في مرجع الحبس كالأجنبي 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 الأخ والعمات (مسألة) وسواء كان أهل
 المرجع ذكورا أو إناثا قاله مالك في الموازية فان كان أختا أو أختا فهو بينهما بالسواء كان كان قد شرط

في حبه للذكر مثل حظ الانثيين قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك انه راجع اليهن بمعنى التثريك في الحبس لاعلى معنى التوارث (مسألة) 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 الاقرب فالأقرب فان كانوا مواليه فهم عصبة ان لم يكن ثم عصبة أقرب منهم وفي العتبية لمن سباع ابن القاسم يدخل النساء مع العصبة في السكنى والغلة ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن ابن القاسم انه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري وما يقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا وهم على شر وطهم في أموالهم وفيما أعطوا * قال يحيى وسمعت مالكاً يقول وعلى ذلك الأمر عندنا ان العمري ترجع الى الذي أعمرها اذا لم يقل هي لك ولعقبك * ش يحتمل أن يكون مكحولاً انما سأل القاسم بن محمد عن العمري لما بلغه فيها من اختلاف الناس ويحتمل أن يسأله عنها لما أشكل عليه حكمها وان لم يبلغه فيها قول لمن يعتبر بقوله فأراد أن يعلم ما عند القاسم من ذلك لياخذ به أو لينظر فيه وقوله عن العمري وما يقول الناس فيها يحتمل أن يسأله العمري ويعلمه بقول الناس فيها وسأله عما يختار الناس من ذلك ويحتمل أن يريد انه يسأله عن العمري وعماعنده 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 شر وطهم والظاهر انه أجابه على حسب سؤاله ولو كان سأل عن الحكم خاصة لأجابه بما عنده في ذلك

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

(فصل) وقوله ما أدركت الناس الا وهم على شر وطهم في أموالهم معناه ان المعمر لما شرط استيفاء الرقبة وافراد المنافع بالهبة مدة مقسرة بعمر المعطى أو بعمره وعمر عقبه كان شرطه تاماً وكانت عطية على ما شرط لا تتجاوز ذلك وقديين ذلك مالك بقوله ان الأمر عندنا على ذلك يريد ان الحكم جار عندهم يريد علماء المدينة بأن العمري ترجع الى الذي أعمرها يريد بعد استيفاء منافعها الموهوبة منها لان العطية انما تلقت بالمنافع خاصة لما تقدم من لفظ العمري الذي يقتضى التوقيت

(فصل) وقوله اذا لم يقل هي لك ولعقبك فاذا قال هي لك ولعقبك فان جواب ابن القاسم وتفسير مالك غير متناول لهذا اللفظ فيجب أن ينظر في حكمه وفي الموازية من قال دارى هذه لفلان ولعقبه فليس له أن يستهلكها ولا يقطع منفعتها عن عقبه وله غلتها ومنافعها دون ضمان عليه في شيء من ذلك قال محمد لانه ادار ولو كانت مالا أو شيئاً يغاب عليه لضمن وجه ذلك ان قوله دارى هذه لفلان ولعقبه يقتضى التملك لان ظاهر اضافته اليه يقتضى التملك وقوله لفلان أو لفلان وعقبه يقتضى أيضاً تملك الرقبة لتضمنه التأيد ولو اقرن به ما يدل على المنافع من قوله عمري أو سكنى يجعل على المنافع أو وقت ذلك بزمن فقال هي لفلان حياته ولعقبه ما كان منه حتى يجعل على المنافع لان ملك الرقبة لا يتوقت (مسألة) وأما التعقيب فلا يمنع تملك الرقبة بمجرد لانه يقتضى التثريك في المنافع بين أهل العطية ليصل ملك الرقبة الى آخرهم ولو ملك أو لم الرقبة لجاز أن يفوتها لان ذلك فائدة ملكها فلا تنصل الى آخرهم ولكنها كما صارت بيد انسان بقيت عنده مراعاة فان جاء من يستحقها بعلمه علم أنه ليس هو الذي ملك الرقبة وان لم يأت من يستحقها بعلمه بأن تكون امرأته فلا

يكون ولدها من العقب أو يكون من الرجال قد بلغ الى حد من اليأس من أن يولده كالمحبوب ونحوه
فبين بذلك انه هو الذي قصد بالتخليك فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره ص ﴿ مالک عن نافع
ان عبد الله بن عمرو بن عثمان بن عفان قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب
معاشرت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمرو المسكن ورأى انه له ﴿ ش قوله ان عبد الله بن
عمرو بن عثمان بن عفان قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب تلك الدار معاشرت وهذا معنى العمري فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمرو
بمعنى الميراث الذي تقدم ذكره لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت فرأى عبد الله بن عمرو انه قد انقطع
بذلك حكم العمري فان مات تقدم فيها من العمري لم يخرجها عن ملك موروثه ولا منعه من تملكه
بالميراث عن حفصة وهذا من ذهب مالك رحمه الله وقول جماعة من أصحابه فان سلمه من يخالف ذلك فسنا
عليه ما كان عمري للعطى ولعقبه وحلناه 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 وبين لعناه ومقرر لحجته مالك فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد بن مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني انه قال
جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها وكاهاتم عرفها
سنة فان جاء صاحبها والافشأ نك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هي لك وألأخيك أوللذئب قال
فضاله الابل فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها وترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربه ﴿ ش
قوله جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فيحمل أن يكون سألته عن جواز
أخذها ويحتمل أن يكون سألته عن حكمها وما يترتب فيها وما يجوز لئلا يأخذها فأما جواز أخذها
فقد روي نافع عن ابن عمر انه كان يمر باللقطة فلا يأخذها وفي العتبية من سباع ابن القاسم عن مالك
انه قال لأحب أن يأخذها من وجدها إلا أن يكون لها قدر وقال في موضع آخر أولذي رحمه وأما
الشيء الذي له بال فأرى له أخذه ويرى عنه أشهب أما الدنانير وشئ له بال فأحب الى أن يأخذها وليس
كالدرهم ومال باله لأحب له أن يأخذ الدرهم ومعنى ذلك ان الشيء الكثير الذي له بال يخاف
عليه الضياع ان تركه فأخذ له على وجه التعريف به والحفظ له الى أن يجده صاحبه 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 أخذه الملتقط لتكلف من تعرفه ما عليه فيه مشقة ور بما ضيع ذلك لقلة
اللقطة وتفاؤها وان العادة جارية بان من سمع خبرها لا يكاد أن يبلغه ولا يتعدت بجبره بخلاف اللقطة
التي لها بال فان العادة جارية بان من سمع خبرها غفلة تحدث به حتى يصل خبرها الى صاحبها وأما من
التقط مثل الخلالة أو الدلو أو الحبل أو شبه ذلك فقد قال مالك في العتبية ان كان في طريق وضع ذلك
في أقرب الاماكن التي يعرف به وان كان في مدينة فلينتفع به ويعرفه وأحب الى أن تصدق به فان جاء
صاحبه أداه اليه وفي سباع أشهب فممن وجد العما والسوط قال لا يأخذها فان أخذها عرفه فان لم
يعرفه أرجو أن يكون خفيما ولو وجب بقرية عرف بها فان عرفت والآن صدق بها وضمن قيمتهال بها
ومعنى ذلك انه اذا كان بطريق وضع ذلك في أقرب الاماكن التي يعرف به لأن ذلك هو الموضع

﴿ مالک عن نافع ان عبد الله
ابن عمرو بن عثمان بن عفان
بن عبد الله بن عمرو بن عثمان
بن عفان قال وكانت حفصة
قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب
معاشرت فلما توفيت بنت زيد
قبض عبد الله بن عمرو المسكن
ورأى انه له

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

• مالک عن ربيعة بن
أبي عبد الرحمن عن زيد بن
مولى المنبعت عن زيد بن
خالد الجهني انه قال جاء رجل
الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسأله عن اللقطة
فقال اعرف عفاصها
وكاهاتم عرفها سنة فان
جاء صاحبها والافشأ نك
بها قال فضالة الغنم يارسول
الله قال هي لك أولأخيك
أوللذئب قال فضالة الابل
قال مالك ولها معها سقاؤها
وحذاؤها وترد الماء وتأكل
الشجر حتى يلقاها ربه

الذي يمكن صاحبه أن يطلبه فيه بنفسه أو بوصيته وعليه يسلك من سماع التعريف ممن يعرض الى موضع صاحب اللقطة في الاغلب فيكون أقرب الى معرفة صاحبه به وأما ان كان بمدينة فلا يخرج اللقطة عنها لأن صاحبها يطلبها كان منها أو غيرها وأباح له الانتفاع بها ان كان ذلك لا يتلفها ولا ينقصها قبل الحول وأما بعد الحول فعلى وجه الضمان لها وقدر روى سويد بن غفلة قال كنت مع سليمان بن ربيعة وزيد بن صوحان في غزوة فوجدت سوطا فقالا لي ألقه قلت لا ولكني ان وجدت صاحبه والاستمعت به فلما رجعنا حجبنا فررنا بالمدينة فسألت أبي بن كعب فقال وجدت صرة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فيها مائة دينار فأتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً عرفتها حولاً ثم أتيت اليه فقال عرفها حولاً ثم عرفتها حولاً ثم أتيت فقال عرفها حولاً ثم أتيت الرابعة فقال عرف عدتها وكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والاستمعت بها وقال بعد ذلك سويد بن غفلة لأدرى ثلاثة أحوال أو حولاً واحداً (مسئلة) فان أخذ اللقطة فان ذلك لا يخلو من أحد وجهين أحدهما أن يأخذها ولا يريد التقاطها والثاني أن يأخذها ملتقطاً لها فأما الاول فان يجد ثوباً فيظنه لقوم بين يديه فيأخذها فيستلمهم عنه فلا يدعونها فهذا الذي له رده حيث وجهه ولا ضمان عليه فيه قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصر في يده ولا تصدى عليه وانما علم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة والوجه الثاني أن يأخذها ملتقطاً لها وبذا قبلت منه عند ابن القاسم حفظها وتعرفها فان ردها بعد ان أخذها قال ابن القاسم يضمها وقال أشهب لا يضمها ان ردها في موضعها بقرب ذلك أو بعده فلا شهادة عليه في ردها وعليه اليمين لردها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن وجه القول الاول أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم عليه بالتعريف بها فان جاء صاحبها أداها اليه لم يقل له اتركها في موضعها كما قال في ضالة الابل مالك ولها ولائها لما قبضها ملتقطاً لها وقد أجاز الهاعن الفررا في حالة يؤمن عليها فان ردها الى موضعها فقد أعادها الى الفرر فعليه ضمانها كمن أخرج صبياً لغيره من بئر يخاف عليه فيها الهلاك ثم رده فيها فهلك فانه يضمها أو أخرج ثوباً من النار قبل ان يحترق ثم رده في النار فاحترق ووجه قول أشهب انه لم يأخذها على وجه التعلى والضمان فاذا أعادها الى موضعها فتلفت فيه فذلك بمنزلة أن يتركها فيه أو لاقلته فيه فلا ضمان عليه كضالة الابل (مسئلة) ولودفع الملتقط اللقطة الى غيره يبرها فضاءت فلائق على الملتقط قاله ابن القاسم قال ابن كنانة وكذلك لو قال له اعمل بها ما شئت ووجه ذلك ان يكون دفعها الى مثله في الثقة والامانة وقدر روى ذلك عن ابن القاسم واذا قال له اصنع بها ما شئت وذلك ان يكون دفعها الى مثله فهو قد أعادها بأصلها فلا يؤثر قوله له اعمل بها ما شئت لأنه ليس الثاني أن يعمل بها الامال الاول وانما جاز في اللقطة أن يخرجها عن يده لغير ضرورة ولم يجز ذلك في الوديعة لأن المودع دفع اليه الوديعة صاحبها ولم يرض الابا منته فهو متعدان دفعها الى غيره وأما اللقطة فلم يأخذها باختيار صاحبها فكانت حاله وحال من هو مثله في الامانة سواء لأن صاحبها لم يعين حفظها (مسئلة) ولو ادعى الملتقط ضياع اللقطة فقد قال ابن القاسم لا شيء عليه قال أشهب وابن نافع عليه اليمين قال أشهب وان ادعى صاحبها فيها انه التقطها ليذهب بها فهو مصلق في قوله التقطتها لا عرف بها فلا يمين ووجه ذلك ان يده يدا مائة فلا ضمان عليه في الضياع ولا طريق الى معرفة ما في نفسه من التعريف بها أو غيره فلا يلزمنا اليمين لا ترتفع أهل العدالة والخير عن حفظ لقطة ليدفع عن نفسه اليمين اذا لطريق الى دفع ذلك عن نفسه والاطلاع على ضميره فلم يجب عليه يمين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها قال ابن القاسم العفاص الخرقه
والخریطة والوكاء الخيط الذي تربط به . وقال عمر بن عيسى الأعشى وعن أشهب في النوادر
العفاص والرباط والوكاء فيه اللقطة من خرقه أو غيرها والذي قاله ابن القاسم أصح لان الوكاء في
كلام العرب ما يربط به وكذلك روى في حديث أبي المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قاله
اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها فاجعل مكان العفاص الوعاء وأثبت الوكاء الذي يوكأ به الوعاء فصح
انه الخيط الذي يربط به

(فصل) وقوله اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة معناه عندي والله أعلم ان يحفظ صفة
العفاص والوكاء ويكتم ذلك لينفرد بحفظه وفي النوادر لابن نافع عن مالك انه قال ينبغي للذي
يعرف اللقطة ان لا يريها أحدا ولا يسهبها بعينها ولا يقول من يعرف ذنابها أو دراهم أو حليا أو عرضا
لكن يعمى ذلك لئلا يأتى مستعمل فيصنفها بصفة المرفى فأخذها وبين ذلك بقوله صلى الله عليه
وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها ولم يقل ثم عرف بذلك لولا ان برزها وأظهرها ولو جازله أن يذكر
صفتها لما احتاج الى حفظ العفاص والوكاء ولا غنى عن ذلك اظهارها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ثم عرفها سنة في حديث زيد بن خالد سنة التعريف بالسنة وفي حديث أبي
انه امره بذلك ثلاث مرات ثم شك في ثلاثا وواحدة فان ثبتت الأعوام الثلاثة في حديث أبي دون
شك فلم يأمره كل مرة الا بالتعريف سنة ومعنى ذلك ان يكون الأصل حديث زيد بن خالد الجهني
لانه سالم من الشك وحديث أبي شك فيه الراوى والثاني ان يجمع بين الحديثين فان السائل في
حديث زيد بن خالد هو اعرابي وكذلك رواه سفيان الثوري عن ربيعة فأمره النبي صلى الله عليه
وسلم بلحق الواجب الذي لا يستبجح اللقطة ووهو أبو بن كعب من فقهاء الصحابة وفضلهم ومن أهل
الورع والزهادة بنده النبي صلى الله عليه وسلم الى التوقيف عنها أعواما وان كانت مباحته بعد أول
عام لكن مثل أبي من أهل العلم والورع لا يسرع الى كل 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 تمثل فيه الأنبياء وترد في الأخبار والله أعلم وأحكم (مسألة) وصفة التعريف
قال ابن نافع عن مالك يعرفها كل بومين أو ثلاثة وكل ما يتفرغ ولا يجب عليه أن يدع التصرف في
حوادثه ويعرفها

(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والافشأ نك بها يريد والله أعلم من تعلم انه صاحبها أو يظن على ظنك
انه صاحبها بيينة أو باخباره مما أمرت بحفظه من صفاتها فتدفعها اليه وقال الشافعي لا يدفع الا الى من
يقوم بيئتها والدليل على ما نقله قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري عن سفيان
عن ربيعة عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكائها والافشأ تنفق
بها وهذا نص في موضع الخلاف وهذه فائدة حفظ صفة العفاص والوكاء أن يكون من أي فاجبر عنها
بذلك انه صاحبها ودفع اليه ان الأغلب من حالها انه لا يأتى بصفتها الا صاحبها ومن جهة المعنى انه
لا يقدر أحد ان يشهد على كل ما معه من ماله وما يخرج بتمن نفقتك لقطعة الاعلى من يقيم بها بيئته
لذهب أكثر ذلك بل جميعه فلا يكاد ان يقوم شيء منه بيئته (مسألة) والمرامى فيما يصف من ذلك
صفة العفاص والوكاء والعددان كانت دراهم أو دنائير قاله ابن القاسم وأشهب وعند أصبغ
العفاص والوكاء وأصل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي بن كعب اعرف عدتها

ووكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والافاستمتع بها فأمر باعتبار هذه الثلاثة فن وصفها استعق اللقطة ومن جهة المعنى ان الغالب من أحوال الناس معرفة صاحبها صفة ووعاء الدراهم وصفة الوكاء وكثير من الناس يعرف العدد ان كانت معدودة أو الوزن ان كانت موزونة وظاهر قول أصبغ مبنى على التعلق بحديث زيد بن خالد وليس فيه ذكر العدد (فرع) وهل يلزمه مع هذا بين أم لا المشهور من المنهب وهو الظاهر من قول ابن القاسم أن لا يمين عليه وقال أشهب ان وصف ذلك كله لم يأخذها الا بيمينه اناله وجه قول ابن القاسم انه ليس هناك من ينازعه فيها ولا من ينازعه عنه فلا معنى لهذه اليمين ولا نهالو كانت اليمين تجب لغائب لم يصح الا بأمر حاكم ووجه قول أشهب ان هذا نوع من الاستحقاق من يمدح (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 الا في معنى واحد ان يصف عددا فيوجد أقل وقال أشهب ان عرف منها وصفين ولم يعرف الثالث دفعت اليه وقال أصبغ ان عرف العفاص وحده فليس متبراً فان جاء أحد والا أعطيها وماذا كرفي الحديث اعرف العفاص والوكاء ليس على أن يستحقها الا بمعرفة كما جاز في شرط الخليطين أصناف تجرى وان انخرم بعضها فالظاهر من قول أشهب انه لا يعطى أبداً قل من وصفين انه أقل ما يعتبر في الحديث قال الشيخ أبو محمد وقد رأيت لبعض أصحابنا لا يأخذها الا بمعرفة العفاص والوكاء وقول أصبغ ظاهر في انه يعطى من أي بالصفة الواحدة من الصفتين المتقدمتين ولا يبعد أن يكون مذهب ابن عبد الحكم موافق له لانه انما امتنع من دفعها اليه اذا أخطأ في الصفتين وصف شيئاً من ذلك بغير صفة وقد اختلف في هذا قول أصبغ فقال ان قال في خرقة حمراء وخيط أصفر فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود فقال يستبرأ أيضاً أمرها ثم رجع ثم قال هذا كذب نفسه في ادعائه المعرفة فلا يصدق وانما يصدق لو أصاب في بعض وادعى الجهالة في بعض وهذا الذي قال أشهب يدفع اليه لانه قسمي 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 والحزر لانه اذا وصف صفة فخطأ فلا بد أن يصادف فيما خلت ليس له فذلك يؤخذ بأول قوله ووجه قول أصبغ انها صفات ورد الشرع باعتبارها فجاز أن يقتصر على بعضها كمفات الخلطاء (مسألة) ولو عرف رجل عفاصها ووكاءها أو وكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العفاص والوكاء أو الوكاء وحده قاله في العتبية أصبغ وزاد ابن حبيب عنه انه قال ولكني أستحسن أن يقسم بينهما كما لو اجتمع على معرفة العفاص والوكاء ويتصالحان فان نكل واحد منهما دفعت الى الخالف وهذا جنوح منه الى الخالف معرفة العدد بمعرفة العفاص والوكاء (مسألة) وأما معرفة سكة الدنانير أو الدراهم فقد قال سحنون في كتاب ابنه اذا وصف سكة دنانير اللقطة طالها لم يستحقها بذلك حتى يذ كر علامة فيها غير السكة وقال يحيى بن عمر مائتين في قول سحنون وأرى اذا وصف السكة في الدينار وذ كر نقص الدنانير ان كان فيها نقص فأجاب بذلك انه 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 ان تكون من سكة البلد الذي لا يجري فيه غيرها وانما يكون ذلك لو كانت سكة شاذة ليست بمعرفة فيها ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة في دينار من الدنانير مما لا يكون معتاداً ولعله هذا الذي أراد يحيى بن عمر أو يكون ببلد فيه سكة مختلفة على أنه اشترط مع ذلك أن يعرف

تقص بعض الدنانير وهذه علامة زائدة على معرفة السكة كالتى شرط سمعون 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 رجلا ونساويا فى صفتها
 حلفا وتفاساها ومن نكل منهما فبى للاخر فان وصفها أحدهما فأخذها ثم أتى آخر فوصفها
 قال ابن القاسم لا يدفع الدافع اليه شيئا وقاله أشهب وزاد أنه ان كان الثانى وصفها فلائى له وان أتى
 بينة والأول واصف فصاحب البينة أحق بها ومعنى ذلك ان الأول قصارت له يد فاذا تساويا كان

أحق بها اليد المتقدمة وان أقام الثانى بينة بالملك فيبنة الملك أقوى من اليد والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله فشا نك بها بالبحه التصرف فيها لما رآه من انفاق أو صدقة أو التادى على الحفظ
 وقدرى البغارى من طريق اسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفها
 سنة ثم اعرف وكاهها وعفاصها ثم استنفق بها وان جاء بها فأداه اليه وروى سويد بن غفلة فى
 حديث أبى أنه أمره بتعريفها حول لا بعد 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 أنزه وأبرأ من التمسرع اليها وترك الاجتهاد
 فى تعريفها ومن استنفقها بعد الاجتهاد فى التعريف على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم فلائى عليه
 ومتى أتى صاحبها أداها اليه قال صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فأداه اليه قال ابن وهب فان
 مات ولائى له فهو فى سعة ان شاء الله لان النبي صلى الله عليه وسلم أذن له فى أكلها (مسئلة) وهذا
 فى الشيء الذى له مقدار فأما الشيء التافه الذى لا قدر له ويعلم أن صاحبه لا يتبعه فلا يعرف فيه وقد قال
 أشهب فى الذى يجعد العصا والسوط يعرفانه فان لم يعرف به فأرجو أن يكون خفيفا ومعنى ذلك
 أن لا يمن له الا بعض الدرهم وقال أشهب فى الدرهم وما أشبهه لا بأس أن يتصدق به قبل السنة وأصل
 هذا ما روى طلحة بن مطرف عن أنس قال مر النبي صلى الله عليه وسلم بقرة فى الطريق فقال
 لولا أن أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه إنما امتنع من أكلها مخافة
 أن تكون من الصدقة ولا تحمل له الصدقة ولم يذكر تعريفها (مسئلة) * قال القاضى أبو الوليد
 رضى الله عنه وهذا عندى حكم لقطعة كل بلد الامكة فان لقطتها لاستباح بعد التعريف سنة وعلى
 صاحبها أن يعرفها أبدا والدليل على ذلك ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح
 مكة قام فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال انها لا تحمل لاحد بعدى لا يفر صيدها ولا يحتلى
 خلاها ولا تحمل لقطتها الا لمن شفىص مكة بهذا الحكم وحرم ساقطتها على من شفىصها أو تصدق بها
 وجعلها لمن يشدها خاصة ومن جهة المعنى ان مكة يردها الناس من كل أفق بعيد فهو فى تعريفها
 أباد أرجو أن يصل الخبر الى البلاد النائية ويتمكن لمن وصل اليه الخبر أن يرد الخبر لطلبها أو يستنقب
 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 فضاله النعم قال صلى الله عليه وسلم هى لك أو لاخيك أولئذى قال عيسى بن
 دينار ان ذلك فى القفار أو البعيد من القرى وحيث ان تركها أكلها السبع وهى معنى قوله هى لك
 أو لاخيك أولئذى يريد والله أعلم أن صاحبها لا يرجى رجوعه اليها ان أخذتها أنت والا أخذها
 أخوك من المسلمين أو أكلها السبع ومعنى ذلك والله أعلم اباحة أخذها وأكلها (مسئلة)

اذ اثبت ذلك فان اللقطة على ثلاثة أضرب ضرب يبق في يده من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالثياب والدنانير والدرهم والعروض وضرب لا يبق في يده من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالشاة في الفلاة فان كانت في خربة أو موضع يجرد من يحفظها في غنم فان لها حكم اللقطة التي تبق يعرفها سنة وضرب ثالث لا يخاف عليها الضياع كالابل فهذا سيأتي 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 فقد قال أصبغ في العتبية له أكلها غنيا كان عنها أوفقيرا ويصير لها وجلدها مالا من ماله فان جاء صاحبها بعد ذلك فلا ضمان عليه الآن يجرد في يده ذلك فيكون أحق به ووجه ذلك انه قد حازها بالذبح كالموطئها وصيرها طعما ما قبل أن ينقلها (مسئلة) ومما لا يبق بيده من يحفظه الطعام الذي لا يبق من الفواكه والادام فهذا ان كان في فلاة أو في غير موضع عمارة فحكمه حكم الشاة توجد بالفلاة لان الشاة وان كانت تبق فلا يمكن من وجدها ان يقيم عليها ولأن يحملها وهذا الطعام وان كان خفيفا يمكن من حملها فانه لا يبق بيده من حمله وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف قال وأكله أفضل من طرحه فيضيع وأما ان كان في الحضر وحيث الناس فيتصدق به أحب الى من أكله فان تصدق به لم يرضه وان أكله رضه وقال أشهب أما في غير الفيا في بيعة ويعرف به فان جاء صاحبه دفع اليه ثمه ليس له غير ذلك وروى ابن مزين عن عيسى فبين وجد مالا يبق من الطعام في فلاة أو حاضرة فعرفه ثم أكله أو تصدق به ثم جاء صاحبه فلا شيء له عليه ووجه ذلك ما قدمناه انه اذا كان بفلاة فلا يصنع له فيه الأكل 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 وأما يلزمه الحفظ ما يمكنه وعلى قول أشهب يبيعه لانه لما تعذر عليه حفظ عين اللقطة عاد الى حفظ ثمنها لانه بدل منها

(فصل) وقوله للنبي سأله عن ضالة الابل مالئ ولها يحتمل أن يكون معناه المنع من أخذها وضمائها 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 انها تصبر عن الماء ثلاثة أيام وأكثر حتى تجد سبيلا الى الورد فجعل صبرها عن الماء بمعنى السقاء وحذاؤها قال عيسى معناه اخفافها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربهانها على انها تمتنع من عوادى السباع في الأغلب وانها مع وردها الماء وأكلها من الشجر الذي لا يبعد ما سبق بامتناعها الى أن يلقاها ربهانها فخذها والتقاطها يمنع صاحبها من وجودها ويضربه في طلبها لانه قد يطلبها في الجبال ومواضع الماء والشجر فان منعت من تلك المواضع لم يجدها ربهانها ويحتمل أن يكون معنى قوله مالك ولها المنع من التصرف فيها باعتبار تعريفها لان من التقط ثوبا أو دنانير تكف حفظها مدة سنة مع خوف الضياع عليها ان لم يأخذها من وجدها فلذلك كان له الانتفاع بها بعد تكف تعريفها وأما من وجد ضالة الابل فتكف حفظها فقد تكف ما يستغنى عنه فيه بل ربما استضر به وان كانت فيه منفعة فنادرة ويسيرة غير مخلصة من مضرة الانفاق عليها فلذلك لم يكن له الانتفاع بعد تعريفها ويحتمل عندى أن يكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم في ضالة الغنم هي لك أو لأخيك أو للذئب فنهى عن أخذها على هذا الوجه وهو ممنوع باتفاق (فرع) فاذا اقلنا بالوجه الأول فعناه انه اذا أبيع للناس أخذها تسرع الى أكلها في ذلك بالأمر اض والخوف عليها ومن أخذها احتاج الى الانفاق عليها وهي اذا كانت في مواضعها 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 ما لما كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم وكثر تعديهم عليها بأحوال أخذها من التقطها ورفعها اليهم ولم يروا ردها الى موضعها وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها ثم أباح له ردها الى موضعها وإنما اختلفت الأحكام في ذلك لاختلاف الأحوال وقد قال مالك فيمن وجد غيرها فليأت به الامام يبيعه يجعل ثمنه في بيت المال قال أشهب اذا كان الامام عدلا ومعنى ذلك انه آمن عليها من يتعدى فيها فبئس كفاها في موضعها أفضل لانه يؤمن عليها ضايعها من غير هذا الوجه ويستغنى عن الانفاق عليها والتمون لها وقصد صاحبها الى ذلك الموضع وتتبع أثرها منه أيسر عليه من طلبها في الأفاق البعيدة لانه لا يدرى 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 أقضية بدمر ما أخذوا من الثجور (مسئلة) وأما الخيل والبغال والحمير فقلستل عنها ابن القاسم لا تؤكل فن التقطها عرفها فان جاء بها أخذها وان لم يجئ ربه فأرى أن يتصدق بها وقال أشهب في كتبها 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 بإباحة أخذها لانها لا تؤكل ولا تسرع الأيدي الى أكلها اذا أمن حفظها كما يخاف ذلك في الابل ووجه قول أشهب وابن كنانة انه حيوان يتمتع بنفسه ويبقى دون من يحفظه فلا تلتقط كالابل (مسئلة) وأما البقر في 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 بالفلاة 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 وإنما 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 ديناراً فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذا كرها لكل من يأتي من الشام سنة فاذا مضت السنة فشاؤك بها ش قوله انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون ديناراً فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذا كرها لكل من يأتي من الشام سنة فاذا مضت السنة فشاؤك بها

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 ديناراً فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذا كرها لكل 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 وإنما أمر عمر بن الخطاب أن يعرف على أبواب المساجد ولو مشى هذا الذي وجدها الى الخلق فأخبرهم ولا يرفع صوته لم أر به بأس (فصل) وأما قوله فاذا كرها لكل من يأتي من الشام فانه انما وجدها بمنزل نزله بطريق الشام فكان الغالب على الظن انها لهم أول من مر بطريقهم فاذا ذكر لمن يأتي من الشام كان أقرب الى معرفة

صاحبها بعمالها وكذلك ما تقط اللقطة يجب أن يتوخى بتعريفها المواضع التي يغلب على ظنه أنه ينتشر منها خبرها ويصل سببه إلى صاحبها فيذكر ذلك على أبواب المساجد وجامع الأسواق فإن كان بطريق خاص بالسؤال أهل تلك الجهات ومن يمر عليها ولا يترك إعلام غيرهم بها وقوله فإذا مضت السنة فشاؤك بها على ما تقدم في حديث زيد بن خالد الجهني ص **ع** مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجاها إلى عبد الله بن عمر فقال له أتى 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 آمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها **ع** ش سؤال نافع بن عمر عن اللقطة التي وجدها على حسب ما يفعل الطلبة ومن يريد التخلص من سؤال علماءهم لا سيما مع اختصاصه بن عمر فقال له ابن عمر عرفها ولم يحدده مدة سنة إن كانت مما يعرف سنة لثلاثين من التعديد 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 كرمها لكأكلها لئلا يتسرع الناس إليها ولئلا يظن به ذلك ولذلك قال ابن عمر لا آمرك بأكلها ولم يأمره أن يتصدق بها لأنه لعلة لم يعلمه ما لا يقضى منه صاحب اللقطة إذا جاء ولم يجز الصدقة ومن كان بهذه الصفة فلا يستحب له أن يتصدق بها فإن فعل فلا ثم عليه (فرع) فان تصدق بها أو أكلها وجاء صاحبها فطلبها فهو أسوة الغرما قاله ابن وهب ووجه ذلك أنه دين ثابت في ذمته بوجوه

ع القضاء في استهلاك العبد اللقطة **ع**

* مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجاها إلى عبد الله بن عمر فقال له أتى 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 آمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها **ع** القضاء في استهلاك العبد اللقطة **ع**

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل أن تبلغ الأجل الذي أجل في اللقطة وذلك سنة إن في رقبته أما أن يعطى سيده ثمن ما استهلكه كان ديناً عليه وأما أن يسلم اليهم غلامه وإن أسسها حتى يأتي الأجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناً عليه يتبع به ولم يكن على سيده فيها شيء **ع** ش ومعنى ذلك أن استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها فإذا تعدى عليها العبد أو استهلك في رقبته قال ابن القاسم وأشرب ومطرف وابن الماجشون سواء أكلها أو أكل ثمنها أو وهبها أو تصدق بها ووجه ذلك أن ما أكلها جناية على أي وجه كان فهو في رقبته فإما أن يقتديه بغيره ما استهلك وأما أن يسلمه (مسئله) وأما أن كان مدبراً 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 بما بقى وأما أم الولد فعلى سيدها الأقل من قيمتها أو قيمتها تلفت وأما المكاتب ففي رقبته أما أن يؤدى قيمة ما استهلك وأما عجز ثم يخبر سيده بين أسلامه بها عبداً وبين أن يقتديه ويبقى له عبداً

ص **ع** قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل أن يبلغ الأجل الذي أجل في اللقطة وذلك سنة إن في رقبته أما أن يعطى سيده ثمن ما استهلكه غلامه وأما أن يسلم اليهم غلامه فإن أسسها حتى يأتي الأجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناً عليه يتبع به ولم تكن في رقبته ولم يكن على سيده فيها شيء **ع** ش ومعنى ذلك أن استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها فإذا تعدى عليها العبد أو استهلك في رقبته قال ابن القاسم وأشرب ومطرف وابن الماجشون سواء أكلها أو أكل ثمنها أو وهبها أو تصدق بها ووجه ذلك أن ما أكلها جناية على أي وجه كان فهو في رقبته فإما أن يقتديه بغيره ما استهلك وأما أن يسلمه (مسئله) وأما أن كان مدبراً 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 بما بقى وأما أم الولد فعلى سيدها الأقل من قيمتها أو قيمتها تلفت وأما المكاتب ففي رقبته أما أن يؤدى قيمة ما استهلك وأما عجز ثم يخبر سيده بين أسلامه بها عبداً وبين أن يقتديه ويبقى له عبداً

(فصل) وقوله وإن أسسها حتى يأتي الأجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناً عليه ولم يكن في رقبته ولا على سيده يريد أن مجرد الامساك مدة السنة في العبد بخبرها عن أن تكون جناية تتعلق برقبته وإن قال لم أعرفها لأنه لو قال عرفها لكان مصدقاً في ذلك فإذا أنكر التعريف لم يصدق على سيده كما لو أقر بجناية خطأ وأما الحر فإنه لا يبيع له الانتفاع بها بعد السنة إلا تعريفاً في مدة السنة ولو أقامت عنده أعموا لا يعرفها إلا يستبج بذلك اتفاقها وكذلك العبد فيما بينه وبين ربه وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أباح هذا بعد تعريف سنة فقال عرفها سنة **ع** قال القاضي

أبو الوليد رحمه الله وهذه السنة عندى هي من يوم ابتداء بالتعريف ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم لأنه حكم قد تقرر من النبي صلى الله عليه وسلم في كل ملتقط 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 بعيرا 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 بعيرا بالحرّة فعقله يريد أنه منعه من الذهاب بعقله شدة به على حسب ما عقل الأبل والدواب إذا خيف عليها ذلك وهذا حسن له ولعله لم يبلغه حيث النبي صلى الله عليه وسلم بذلك

(فصل) وقوله فذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه يحتمل وجهين أحدهما أنه استفتاه فيما يلزمه فيه وهذا جازم والامام في ذلك إذا كان من أهل العلم كسائر العلماء ان كانت مسألة اتفاق وان كانت مسألة اختلاف فالحكم جار على رأيه والثاني أن يكون رفع الأمر إليه لينظر فيه وقد قال مالك من وجد بعيرا فليأت به الامام فيبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال حتى يأتي ربه ولا يوكل بذلك من وجده ليكون الثمن عنده ولكن عند الامام ليكون أمكن له به إذا أتى وقال أشهب ان كان الامام عدلا رفعها إليه وان كان غير عدل فليخاها حيث وجدها

(فصل) وقوله فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات يقتضى ظاهره أنه أمره بذلك مرة ففعل ثم سأله فأمره بتعريفه ثانية حتى أكل ثلاث مرات على حسب ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بأبي بن كعب فقد كان ثابت بن الضحاك من فضلاء الصحابة وعن شهيدية الرضوان ويحتمل أيضا أن يكون كرر اللفظ بذلك ثلاث مرات في وقت واحد اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فيأمره عن أنس أنه كان إذا تكلم كرر القول ثلاث مرات ولم يوقت مدة التعريف لأن هذا التعريف لم يكن واجبا ولم يتعقبه استباحة ما عرف بوجه لم تكن مدته مؤقتة

(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 العتبية قال مالك أرسل إلى الحسن بن زيد فسألني عن رجل أصاب ثلاثة أبعرة ضالة فقال انها قد آذنتني فأمره أن يرسلها حيث أصابها ووجه ذلك ان عقله للبعير وأخذ له على وجه حفظه لصاحبه لا يلزمه به حق الحفظ له كما يلزم ذلك في اللقطة لحفظه وذلك ان أخذه غير أمور به ولا فيه منفعة لصاحب البعير فلا يتعلق به حق صاحب البعير ولذلك جازله أن يرسله حيث وجده وأيضا فان هذا التعريف لم يكن مؤقتا ولم يقل فيه عرفه سنة كما قال لعبد الله بن بدر حين وجد الثمانين دينار عرفها سنة لم يتعقبه استباحة اللقطة ولذلك قال لثابت في البعير رده حيث وجدته وقال لعبد الله بن بدر بعد تعريف سنة شأنك بها وقد روى ابن مزين عن عيسى انه إنما أمره بتقليتها حيث وجدها لأنه أخطأ أولا في أخذها لأن الحديث قد جاء بالنهي عن ذلك ويحتمل عندى ما تقدم أنه نهى عن أخذها لمن أراد ملكها الآن كما قاله الغنم ولن أراد التصرف فيها بعد التعريف كاللقطة ولذلك لم ينكر رضي الله عنه على ثابت أخذ البعير الذي وجده بالحرّة وأمره بتعريفه ثم أمره برده إلى موضعه الذي وجده فيه فانما منعه من تملكه أولا ومن التصرف فيه بعد التعريف وهذا يقتضى انه حل 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 بعيرا 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 الأبل إلى موضعها بعد أخذها بخلاف اللقطة والفرق بينهما من جهة المعنى ان الأبل الضالة اذا ردت إلى مكانها لم يخف عليها ضياع لأنها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم حتى يلقاها ربه ولقطة الدنانير والدرهم اذا ردت إلى مكانها لم يشك في ضياعها فكان الملتقط الذي عرفها سنة أولى بها (فرع) وهل يرسها بيينة قال مالك في العتبية ليس له أن يشهد على إرسالها قال ابن نافع وأحب إلى أن يشهد على ذلك ووجه ذلك أنها إلى الأمانة والأبل مما لا يتعاب عليها وإنما حفظها لصاحبها فكان مصدقاً في إرسالها مع أنه يشق الأشهاد على ذلك لأنه اذا أرسلها حيث وجدها وأكثر ما توجد في النياقي والقفار البعيدة تعذر الأشهاد على ذلك ص **ع** مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال وهو مسند ظهره إلى الكعبة من أخذ ضالة فهو ضال **ع** ش قوله رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال قال في كتاب ابن مزي من رواية أشهب عن مالك ما معناه مخطئ وهذا على ما قال لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن أخذها مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلعها ربه فان خالف ذلك فقد أخطأ وفضل في فعله ذلك إلا أنه خطأ ليس فيه تعدد على صاحبها اذا لم يبعدها عن موضعها وإنما عقليها في ذلك الموضع وعرفها ثم أرسلها حيث وجدها ولذلك لم يلزم ضمان الضالة اذا ردتا إلى مكانها وأما ان تلفت بيده في وقت حفظها فالظاهر من قول مالك أنه لا يضمنها لانه ليس في أخذه لها على وجه الحفظ والتعريف اضرار بصاحبها وقد قال مالك انه ان أنفق عليها الآخذ الم عرفها ثم جاء صاحبها لم يكن له أن يأخذها حتى يؤدي ما أنفق عليها الآخذها أنفق بأمر سلطان أو بغير أمره والظاهر عندي انه ليس بمتعدى في أخذها ليصفظها لصاحبها ويرفع أمرها إلى الامام على حسب ما فعله ثابت بن الضحاك ولو كان متعدياً في ذلك لضمنها وان تلفت بغير فعله ولأنكر عمر بن الخطاب على ثابت أخذها وقد قال مالك من وجد بغيره فليأت به الامام فأمره بأخذها ونقله إلى الامام ويحتمل عندي أن يكون معنى قول عمر من أخذ ضالة فهو ضال فحين أخذها مقلها لها ومسرعا إلى أكلها على حسب ما يفعل بضالة الغنم أو فحين أخذها ليعرفها مدة فان جاء صاحبها والاتصرف فيها بما شاء من الأكل وغيره فهذا الذي يمكن أن يوصف بأنه ضال وبأنه متعدى ويضمن ما تلف بيده والله أعلم وأحكم ص **ع** مالك انه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الأبل في زمن عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة تتناجح لا يمسخها أحد حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها **ع** ش قوله كانت ضوال الأبل في زمان عمر ابلا مؤبلة يعني انها كانت لا يأخذها أحد وان أخذ منها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يباعه النبي أو ممن بلغه النبي وتأوله على حسب ما قدمناه فكان الأكثر لا يؤخذ حتى مؤبلة تتناجح لا يمسخها أحد فلما كان زمان عثمان أمر بتعريفها ثم تباع لصاحبها يعطى ثمنها اذا جاء وذلك والله أعلم لما كثرت في الناس من لم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم من كان لا يعف 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 ويعقل أيضا انه كان يبيعها اذا تبس من محبي أصحابها بأن تطول المدد على ذلك وتتناجح ويخاف عليها الموت فكان في بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها لانه كان ينقلها إلى الأمان التي لا يخاف عليها وقد روى عن مالك انه قال كان علي بن أبي طالب قد بنى للضوال امر بديعها فيه

* وحدثني مالك عن يحيى
ابن سعيد عن سعيد بن
المسيب أن عمر بن الخطاب
قال وهو مسند ظهره إلى
الكعبة من أخذ ضالة فهو
ضال * وحدثني مالك انه
سمع ابن شهاب يقول كانت
ضوال الأبل في زمان
عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة
تتناجح لا يمسخها أحد حتى
إذا كان زمان عثمان بن
عفان أمر بتعريفها ثم
تباع فاذا جاء صاحبها
أعطى ثمنها

عاقفا لا يسميها ولا يهز لها من بيت المال فمن أقام بيته على شيء منها أخذته والابقيت على حالها لا يبيعها واستحسن ذلك ابن المسيب وهذا أيضا يحتمل أن يكون فيما قرب عهده منها ور جاقرب أو به 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 وقته دون تثبت ولا استئناء

(فصل) وقوله كان ينفق عليها من بيت المال ولم يذكر أنه كان يرجع على من اعترفه 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 مادعته الضرورة إلى أخذها وعلقها ولم يكن له أن يتركها ترداد الماء وتأكس الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم به وقد قال مالك في الأبق يتوقف به سنة ينفق عليه الامام من بيت المال فان جاء صاحبه فهو فيما أنفق عليه بمنزلة الأجنبي وان لم يأت صاحبه بعد السنة باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه وجعل ما بقى في بيت المال ووجه ذلك انه لا بد له من نفقة لانه لا يستغنى بورق الشجر كما تعلمه الأبل قال أنفق عليه أكثر من حول تلف ثمنه فلزم التوقف به حولا ثم يبيعه بعد ذلك وفي النوادر قال ابن كنانة لا ينبغي لأحد أن ينفق على الدابة الضالة ولا يأخذها ولا يعرض لها لان النفقة عليها سبب إلى إخراجها من يد صاحبها ور بما جوزت النفقة ثمنها وهذا بخلاف العبد الأبق لان العبد الأبى يستغنى عن سيده ويقصد التقيب عنه بخلاف الأبل والدواب فانها لا تقصد ذلك وقد قال مالك في المدونة في الأبق يباع بعد السنة وليس بمنزلة ضالة الأبل لانه يأبق ثانية والله أعلم وأحكم

﴿ صدقة الحى عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عباد عن أبيه عن جده انه قال خرج سعيد بن عباد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض مغازيه حضرت أمه الوفاة بالمدينة فقيل لها أوصى فقالت فيم أوصى انما المال مال سعد فتوفيت قبل أن يقدم سعد فلما تم سعد بن عباد له فقال سعد يارسول الله هل ينفعها ان أتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقال سعد حائط كذا وكذا صدقة عنها لحائط سماه ﴿ وحديثي مالك عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان ذلك ينفعها وقد أجمع العلماء على أن صدقة الحى على الميت جائزة مشروعة مندوب اليها ولعل اتماقهم 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 يثبت للإنسان بعد موته في حياته من غيرنية ولا معرفة كما يدخل عليه أجر من يتباه وأجر من يأخذ ماله وان لم يعلم هو بشئ من ذلك وقد روى مسروق عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تصدقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها بما كسب وللخازن مثل ذلك لا ينقص بعض أجر بعض شيئا ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا قال لرسول الله صلى الله

﴿ صدقة الحى عن الميت ﴾

﴿ حديثي مالك عن سعيد

ابن عمرو بن شرحبيل عن

سعيد بن سعد بن عباد

عن أبيه عن جده انه قال

خرج سعيد بن عباد مع

رسول الله صلى الله عليه

وسلم في بعض مغازيه

حضرت أمه الوفاة بالمدينة

فقيل لها أوصى فقالت فيم

أوصى انما المال مال سعد

فتوفيت قبل أن يقدم سعد

فلما تم سعد بن عباد

ذكر ذلك له فقال سعد

يارسول الله هل ينفعها ان

أتصدق عنها فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم نعم

فقال سعد حائط كذا وكذا

صدقة عنها لحائط سماه

﴿ وحديثي مالك عن هشام

ابن عروة عن أبيه عن

عائشة زوج النبي صلى

الله عليه وسلم ان رجلا

قال لرسول الله صلى الله

عليه وسلم ان أي اقلنت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴿ ش قوله ان أي اقلنت نفسها معناه والله أعلم ماتت فجأة وأشد وفي ذلك * وكانت منيته اقلانا * وتقول العرب رأيت الهلال فلته اذا رأيت من غير قصد اليه ومنه قول عمر بن الخطاب كانت بيعة أبي بكر فلته وفي الله شرها يريد أنها كانت بغتة من غير روية وقوله وأراها لو تكلمت يريد انه لو علم من نيتها وحسن معتقدها ومسارعتها الى الخير ورغبتها فيه انها لو أمهات وقدرت على الكلام مع الاشراف على الموت على ما يفعله أكثر الناس في مرضهم من كلامهم ووصيتهم مع تيقن 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 حضرها ثم حجرت عن أدائه وعن قضائه بعد ذلك الى 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 تفریطا في الفرائض قال مالك يطعم عنهم في الصوم مكان كل يوم مدا ان شاء وليؤد الزكاة عنهم أو الصلاة فلا شيء في ذلك ص ﴿ مالك انه بلغه أن رجلا من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فها كافرث ابنه المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرث في صدقتك وخذها بمرائك ﴿ ش قوله صلى الله عليه وسلم قد أجرث في صدقتك وخذها بمرائك يمتضى 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 فكرهت أخذها بالميراث ورأوه من باب الرجوع في الصدقة وهذا سهو منهم فان ملكها بالميراث ليس موقوفا على اختياره فيقال له فيه يجوز ولا يجوز ويجوز على أخذها بما يلزمه فيها من الانفاق عليها والكسوة لها والاسكان فيها فهي بالشرع ثابتة في ملكه وانما يلزمها أن يوجبوا عليه اخراجها عن ملكه وهذا باطل باتفاق الفقهاء والله أعلم وأحكم

﴿ الأمر بالوصية ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران 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 يمتضى ان يكون معناه انه ليس حقه أن يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة وانما من حقه تقديم وصيته والحرص والاستظهار بتقديمها وتحسين ماله عليه بها فاما من لم يكن عليه دين فانه يستحب له ذلك بمعنى تبرئ عنها والوصية بشئ من ماله في وجوه من ينتفع به فيها تقدم 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 وغيرها من زكاة أو غير 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 تنعقد بها العقود

عليه وسلم ان أي اقلنت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴿ وحدثني مالك انه بلغه أن رجلا من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهل كافرث ابنه المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرث في صدقتك وخذها بمرائك ﴿ الأمر بالوصية ﴿ وحدثني 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

وليست مما يتكرر كالديون التي لها قدر الامانات من الودائع والوصايا تكون بيده من مال أيتام
أو غير ذلك فإنه يجب عليه ذلك وأما ما يكون من يسير الديون التي تتكرر وتؤدي في كل يوم وتزيد
وتنقص وتتجدد فإن ذلك يشق فيها لأنه كان يقتضى أن يجدد وصيته في كل يوم ومع الساعات وإنما
معنى ذلك عندي في الأموال التي تبقى وهذا عندي معنى قوله صلى الله عليه وسلم له شيء يوصى فيه ان
حلتاه على الوجوب فإن لفظ الحق أظهر في الوجوب وإن كان يحتمل النذب إذا قل انه حق عليه
وإذا أضاف الحق اليه وجعله له فهذا أظهر في النذب فإن حلتاه على الوجوب فالمراد به ما قدمناه من
الحقوق التي تكون عليه مما لا يشق تنفيذها والوصية بها وقد يكون معناها له شيء يوصى فيه ما يؤدي
من تلك الحقوق وإذا حلتاه على النذب فيحتمل أن يرده بالوصية بشيء من ماله في وجوه القرب
ويكون معنى قوله له شيء يوصى فيه المال الواسع الذي يحتمل الوصية بالثلث أو أقل قال الله تعالى
كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقرب بين قال أهل التفسير
الخير المال قال قتادة الخير ألف دينار فأفوق وقدره عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فعوه
وروى عنه أنه قال لابن عمر حين قال له أراد أن يوصى وله ما بين السبع مائة إلى التسعمائة لا توص فانك لم
تترك خيراً فتوصى وفي الجملة أن الوصية لمن لا دين عليه ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة وإن كانت
مندوباً اليها مع اليسار وعلى هذا جماعة الفقهاء ولا خلاف أن الصدقة التي ينفذها في حياته أفضل
والأصل في ذلك ما رواه أبو زرعة عن أبي هريرة قال قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم أي الصدقة
أفضل قال أن تصدق وانت صحيح حريص تأمل الغني وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الخلقوم
قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان وأما غير المومر فقد حكى ابن حبيب أن علياً رضي الله
عنه قال لعلي بن أبي طالب كذا الوصية له لا توص إنما قال الله سبحانه وتعالى إن ترك خيراً وأنت لا تترك إلا اليسير
دع مالك لبنيك وكان ماله من السبع مائة إلى التسعمائة وقيل لعائشة رضي الله عنها يوصى من ترك
أربع مائة وله عتمة من الولد بنون فقالت ما في هذا أفضل عن ولده والأصل في ذلك ما روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال لسعد بن أبي وقاص إنك إن تذر ورثتك أغنياً خير من أن تدعهم عائلة
يتكففون الناس

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

(الباب الاول في الموصى)

فاما الموصى فن شرطه أن يكون عاقل يريد والله أعلم فثبت فيها بالكتاب والاشهاد عليه ما يريد أن
يوصى به من حق عليه أو وجهه يوصى فيه بشيء وفي المجموعة والعقبة من رواية ابن القاسم عن مالك
كان من أدركت يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية وما زال ذلك من شأن الناس بالمدينة وأنه ليعجبني
وأراه حسناً قال أشهب في المجموعة كل ذلك لا بأس به تشهد أو لم يتشهد وقد تشهدت 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 يتفوا الله ويصلحوا ذات
بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين أو صاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب يابني ان الله
اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا واتم مسلمون وأن لا ترغبوا أن تكونوا اخواناً للانصار ومواليهم
فان العفة والصدق خير وأبقى وأكرم من الرياء والكذب ثم أوصى فبارك 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 الا الله وأن محمدا عبده
ورسوله وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ان كانوا مؤمنين وأوصى بما
أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب بيا بنى ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون وأوصى انه
ان مات من مرضه هذا قال أشهب عن مالك في المجموعة قيل له ان رجلا كتب في ذلك أو من بالقدر
خيره وشعره حلوه ومره قال ما أرى هذا الا وكتب الظفرية والباطنية قد كتب من مضى وصاياهم فلم
يكتبوا مثل هذا (مسئلة) فن كتب وصيته بخطه فوجدت في تركه وعرف انه خطه بشهادة
عدلين فلا يشبث 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 يقرأهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول انها وصيتي
وان ما فيها حق وان لم يقرأها وكنك لو قرؤها وقالوا نشهد انها وصيتك وان ما فيها حق وان لم يقرؤها
وكذلك لو قرؤها وقالوا نشهد فقال نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال ابن المواز عن مالك
وان لم يقرأها عليهم فيشهدوا وانها وصيته أشهدنا على ما فيها ووجه ذلك انه اذا كانت الوصية منشورة
يرون ان جميعها مكتوبة ثم نظروا الى تقييد الشهادة في أثرها فليشهدوا وليس عليهم قراءة الوصية
فقد يريد التستر عنهم بما فيها وقد يطول عقد الوصية فيشوق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك
لانه انما يشهد على الموصى بما أشهده فان كان مما يجوز انفاذه أو نفذ وان كان مما لا يجوز انفاذه رد فلا
شيء في ذلك على الشاهد وكذلك سائر العقود والسجلات الا أن يكون من الاستدعاء التي تتقيد
على علم الشهود فهذا ايلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويهمله لانه يخبر عن جميعه انه في علمه وعلى ذلك يكتب
شهادته فيلزمه أن يتصفحها ليعلم أن جميعه في علمه وما يصح له أن يشهده به (مسئلة) ومن كتب
وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا على ما فيها فكتبوا اشهادهم ثم مات في العتبية والموازية من
رواية أشهب عن مالك ان لم يشك الشاهد في الطابع فليشهدوا بشك فلا يشهدوا اذا لم يكن الكتاب
عنده حتى يتيقن انه خاتمه بعينه ولم يفض وأجودهم عندي شهادة الذي الوصية في يديه والآخرون
يشهدون بمبلغ علمهم ويحملون ما حملوا وقال أيضا وأما الآخر فلا أدري كيف يشهدون وكذلك
روي ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك أن من جاء بكتاب محتوم يقول انه وصيته ويدعو الشهود الى أن
يشهدوا عليه بما فيها فانهم ان يحتموا عليها بخواتيمهم فلم يجز لهم أن يشهدوا مخافة أن يكون لم يكتب فيها
شيأ ثم يكتب ما شاء بعد اشهادهم ويزيد ان شاء على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه ودون الشهادة
على ما لم يكن أشهدهم عليه يوم الاشهاد وانما أحدثه بعد ذلك وأما اذ ارأوا انها مكتوبة فانها تجوز لهم
الشهادة عليه بما فيه لانهم لا يسمون مما قدمناه ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود جازله
أن يشهد وأما غيره من الشهود فقال مالك لأدري كيف يشهدون وأما اذا ختم كل واحد منهم عليها
بخاتمه وعرف ختمه عند أداء الشهادة فان ذلك جائز سواء كان فيها شيء مكتوب أو لم يكن وقيد فيها
الموصى ماشاء من الأباطيل لانه لا مضرة على الشاهد في ذلك ص قال يحيى قال مالك الأمر
المجتمع عليه عندنا ان الموصى اذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فماعتاقه رقيق من رقيقه أو غير
ذلك فانه يغير من ذلك ما بدله ويصنع من ذلك ماشاء حتى يموت وان أحب أن يطرح تلك الوصية
ويبدلها فعل الآن يدبر مملوكا فان دبر فلا سبيل الى تغيير ما دبر وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة قال مالك فلو كان

قال يحيى قال مالك الأمر
المجتمع عليه عندنا أن
الموصى اذا أوصى في صحته
أو في مرضه بوصية فيها
عتاقه رقيق من رقيقه أو
غير ذلك فانه يغير من ذلك
ما بدله ويصنع من ذلك ما
شاع حتى يموت وان أحب
أن يطرح تلك الوصية
ويبدلها فعل الآن يدبر
مملوكا فان دبر فلا سبيل
الى تغيير ما دبر وذلك ان
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ما حق امرئ
مسلم له شيء يوصي فيه يبيت
ليلتين الا ووصيته عنده
مكتوبة قال مالك فلو كان

كان

الموصى لا يقدر على تغيير وصيته ولا ما ذكر فيها من العتاقة فإن 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 ان الموصى في صحته أو مرضه يعتق بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من أعمال البر فإنه غير لازم له لان عقد الوصية عقد جائز غير لازم وله أن يغير من ذلك ما شاء ويبطل منه ما شاء من غير عوض أو يعرض منه غيره في صحته أو مرضه ما لم يمت فاذا مات فقد زمت 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 ان شاء الله تعالى والفرق بين التدبير والوصية ما ذكرناه من ان 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 انه 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 يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة فتأول في ذلك ان عقد الوصية واجب أو مندوب اليه وانه على الفور ثم قال فلو كان الموصى لا يقدر على تغيير وصيته كان كل موص حبس ماله يعني ان الوصية كانت تكون مانعة له من تصرف ماله فتأوى أوصى بعقده لم يجز له بعد ذلك استرقاقه ولا بيعه واذا أوصى بثلث ماله لم يكن له بعد ذلك الاتفاق منه لاسماعه على وجه الاستيعاب له وفي هذا اضرار بالناس ومنع من الوصية

(فصل) وقوله وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره يريد ان 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 فان كانت مقيدة مثل أن يقول ان مت في سفرى هذا أومت في مرضى هذا فينفذ على وصية كذا وكذا ويذكر ما شاء من عتق أو صدقة فهذا عند مالك وصية وله أن يغيرها فان لم يغيرها حتى مات في مرضه أو سفره فهو في ثلثه قاله في المدونة ووجه ذلك انها وصية متضمنة لقرينة شرط فيها شرط الا ينفذ في الشرع فكأن على ما شرط كالمو شرط فيها التغيير (مسألة) فان برأ من مرضه أو قدم من سفره فإنه لا يخلو أن تسكون وصيته كتبها أو لم يكتبها وأشهد بها فان كان كتبها فلا يخلو أن يكون وضع الكتاب على يد رجل أو أقره عنده فان 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 انه اذا أثبت ذلك في كتاب وخص ذلك بأن وضعه على يد غيره ثم أتى الكتاب بعد البرء أو القيدوم على حاله لم يأخذه ممن وضعه على يده حتى مات بعد ذلك فإنه وجه من استدامة الوصية (مسألة) وان قدم من سفره أو برأ من مرضه فأخذ الكتاب من عنده من كان عنده ثم مات فوجد الكتاب عند الموصى ففي الموازية والعينية من رواية ابن القاسم عن مالك ان الوصية باطل ووجه ذلك ان استرجاعه للكتاب من عنده من وضعه على يده تغيير لحاله التي كان عليها على وجه الاجازة ووجه ذلك ان من ترك استدامته كقرينة (مسألة) وان كان انما كتبها وأشهد عليه وأمسكها عند نفسه ثم قدم من سفره أو برأ من مرضه ثم مات بعد ذلك فلا يخلو أن يموت في مرضه أو سفره 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 سمنون أن رواية ابن القاسم الأخرى عنه أحسن انها ان كانت عنده فهي باطل وان كانت عند غيره جازت وقاله ابن عبد الحكم وسواء مات في مرض أو سفر أو في غير مرض ولا سفر وجه الرواية الأولى انه أقر كتاب وصيته على ما كان عليه فلم يبطل ببرئته من مرضه ولا بقدمه من سفره أصل ذلك اذا وضعها على يد غيره فأقرها ووجه الرواية الثانية أن كتاب وصيته وجد عنده بعد البرء والايب فوجب أن تبطل وصيته أصل ذلك اذا وضعها بيد غيره وقبضها منه (مسئلة) فان مات في غير مرض ولا سفر في كتاب ابن المواز من رواية أشهب عن مالك ان الوصية باطل ولو مات في مرض آخر أو سفر آخر لصحت وصيته وقال أشهب في المجموعة ان الاستحسان غير القياس ان مات في غير سفر ولا مرض أن تجوز وصيته اذا علم أنه ليس قصد الناس في ذكر المرحوم والسفر تخصيص ذلك ألا ترى أنه لو كتب إن مت في سفرى أو من مرضى فبغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة (مسئلة) وان كانت وصيته هذه أشهد عليها ولم يقيد بها في كتاب ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برأ من مرضه ففي العتيق والموازية من رواية ابن القاسم عن مالك ان الوصية تبطل ووجه ذلك أنه لم يبق لها أثر يكون في استدامتها استدامتها والشاهد انما اختلف بوقت معين فلم ينفذه الى غيره (مسئلة) ولو كانت وصيته مطلقة غير مقيدة بحال ولا وقت فسواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة فانها نافذة متى مات قبل أن يغيرها ووجه ذلك أنها غير مختصة بحال ولا وقت فاقتضت التنفيذ على كل حال وفي كل وقت لان من قال اذا مت فأعتقوا عبدى اقتضى ذلك الأمر بالعتق متى مات وعلى أى حال مات والله أعلم

(فصل) وقوله ان له أن يغير من ذلك ما شاء فيه بيان * الباب الأول في صفة الوصية التي يلحقها التغيير * والباب الثاني في صفة التغيير

(الباب الأول في الوصية التي يلحقها التغيير)

قال مالك في المجموعة الأمر المجتمع عليه عندنا ان للرجل أن يغير وصيته ويرجع عنها أو وصى في صحة أو مرض أو عند سفر بعثق أو غيره قال في كتاب ابن المواز يرجع في مرضه وبعد صحته الا فيما تبطل يريد فيما تبطل عتقه من عتق مؤجل أو معجل أو تدير ووجه ذلك أن الوصية عقد جائز على ما قدمناه والعتق عقد لازم معجلا كان أو مؤجلا وكذلك التدير قال ابن القاسم في المجموعة ان قال ان مت فعبدى سرأ وقال بعد موتى بشهران مت فأعتقوه فذلك سواء قال الشيخ أبو محمد يريد وهي وصية قال ابن القاسم في المجموعة ولو أنه قال انه مدبر ان لم أحدث فيه حدثا فهي وصية ولو قال عبدى مدبر يريد بعد موتى فهو كالوصية وتفكر فيها سمنون ولم يقل شيأ وروى ابن وهب عن الخزومي في الموازية يحمل على تدير الميت قبل له انه عالم فتوقف وجه القول الأول انه انما ثبت التدير بعد الموت ولو قال سر بعد موتى لكان له الرجوع فبان يكون له الرجوع في التدير أولى ووجه القول الثاني ان التدير عقد لازم وانما يقتضى العتق بعد الموت وانما ظاهر لفظه انه يعتق بعد موته بتديره الآن كأنه قال اذا مت عتق المدبر فاما قيل له انه عالم معانى الألفاظ وما يتعلق منها على الشرط وعلى الحكم توقف في ذلك (مسئلة) ومن قال ان مت من مرضى فعبدى مدبر فلا يرجع فيه قاله ابن القاسم في المجموعة وقال أصبغ يترك على التدير ووجه ذلك أن تعليقه التدير بموته لا يؤثر في التدير لان عتق التدير متعلق بالموت ولكنه على وجه لازم لا رجوع للمدبر فيه وباللله التوفيق (مسئلة)

ومن قال فلان حر يوم أموت فقد قال مالك في المجموعة ان أراد التديير فهو مدبر والافهى وصية
 وروى عنه ابن وهب ان كل عتق بعد الموت فهو وصية حتى ينص على التديير فيقول عن دبر منى
 وقال أشهب ان قال ذلك في غير احداث وصية فهو تديير (مسئلة) واذا عتق المريض أو الخامل
 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 قال عنه
 فان رأى انه أراد الوصية فهي وصية يرجع فيها والافلار جوع له وتنفلد 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 بما مر يعرف به فان تبين ذلك من لفظ العقد
 ومقابلته وبعده قلد من ذلك ما نقلوه لدلالة ما قلناه له وان عرا عن ذلك حل على ظاهر اللفظ ومقتضاه
 البتل وكذلك روى ابن وهب عن المخزومي فيمن قال في وصيته لفلان عشرة دنانير صدقة وعبدي
 فلان حر وفلان مدبر ثم رجع بعد ان صح وقال لم أقل فلذلكه الا في التديير لان العتق يمكن أن يكون
 بعد الموت وانما كان ذلك لانه قصد الى عقد وصيته فكان لفظها محمولا على معناها الا ما يقتض
 بالزوم من التديير والله أعلم وأحكم وان عرا عن ذلك حل 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 حله عليها وهذا المن حل اللفظ على مقتضى سببه ظاهر

(الباب الثاني في صفة تقيير الوصية)

وذلك على ثلاثة أضرب أحدها الزيادة فيها والثاني النقص منها والثالث ابطالها جلة فأما
 الزيادة فيها فانها على قسمين أحدهما أن يزيد في وصيته لغير الموصى له أولا والثاني أن يزيد في
 وصيته للموصى له أولا فأما القسم الأول فانه لا تنافي بين الزيادة والمزيد عليها سواء كانا من جنسين
 أو من جنس واحد فتنفذ الوصية الا أن يمنع من ذلك الزيادة على الثلث وقد روى ابن وهب
 وابن القاسم وعلى عن مالك فيمن أوصى بوصية أشهد عليها ثم أوصى بأخرى عند الموت ولم
 يذكر الاولى فانها جائزتان ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو أن تكون
 الزيادة للدول فلا يخالو أن تكون من جنس الوصية الاولى أو من غير جنسها فان كانت من جنسها
 فلا يخالو أن تكون الثانية مثل الاولى أو أقل أو أكثر ففي المجموعة وغيرها من رواية ابن القاسم
 وأشهب وعبدا 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 في 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 في عقدين وجه القول الأول ان هاتين وصيتان من جنس واحد فكان له
 أكثرهما كالأولى أو أقل ووجه القول الثاني انه اذا بدأ بالأقل ثم أوصى له بأكثر منها كلن
 الظاهر انه أراد الزيادة في وصيته وقد عمل الوصيتين واذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك فالظاهر
 جمع لانه بمعنى الزيادة وفيه افعال الوصيتين ولو اعطاه أولا هاتين أو لا هاتين أكثر كتناقد الغينا الأخيرة
 وهي أحق بالاثبات والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا له أكثر العددين فقد قال ابن الماجشون
 ان كانت الوصيتان في كتابين فليس له الا أكثرهما وان كانت في كتاب واحد فان سعى له أولا عددا ثم
 سعى له أكثر منه فله الأكثر وان سعى له في الثاني أقل من الأول فله المعدان قال لانه اذا بدأ في كتاب

واحد بخمسة ثم ثني بعشرة جاز أن يقال عشرة منها الأولى ولو قال أو لا عشرة لم يجز أن يقول بعدها
خسة منها العشرة الأولى وسوى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين وجعل له الأكثر بدأ بال أقل
أوالأكثر وقد تقدم توجيهه ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك (مسئلة) وعلى حسب ما تقدم
تجبري الوصيتان في الذهب والفضة والعروض التي تسكال وتوزن أو لا تسكال ولا توزن والحيوان
والدور والثياب 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 المسكيل والموزون وأما العروض فله
الوصيتان تفاضل ذلك أو تساوى كأنافي كتاب أو كتابين وجه القول الأول انهما وصيتان متثلتان
كالمسكيل والموزون ووجه القول الثاني ان التفاضل في العروض معدوم ولذلك يقضى فيها
بالقيمة فكانت الوصية بهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن (فرع) اذا ثبت ذلك فلا خلاف ان
الدرهم من سكة واحدة متائلة وكذلك الأفراس والابل والعبيد وأما الدينارين والدرهم فقد روى ابن
حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انهما متثلتان لانهما صنف واحد وحكى عن ابن القاسم انهما
غير متثلين وقاله أصبغ وقال محمد بن المواز وكذلك القمح والشعير والدرهم والسبائك من الفضة
وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من انهما صنف واحد يرد في ألكة ووجه قول ابن
القاسم انهما غير متثلين في الصورة والقيمة وهما جنسان ولذلك جاز فيهما التفاضل ولا يجوز
التفاضل في الجنس الواحد منهما (فرع) اذا قلنا ان الدينارين والدرهم متثلان فأوصى له بدنانير
ثم أوصى له بدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انه يعتبر الأقل والأكثر
بالصرف (مسئلة) ولو أوصى بعددين متساويين في الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة
دنانير ثم يوصى له بعشرة دنانير فان له العددين جميعا واه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وعلى هذا
منه مالك وأصحابه وحكى القاضي أبو محمد في معونته ان الوصيتين اذا كانتا متثلتين في الجنس
والقدر فان له احدهما الجواز أن تكون الثانية تكرارا أو تآكيدا وهو نحو اى قول أشهب
فحين أوصى لرجل بثلثة ثم أوصى له بثلثة (مسئلة) وان كان ما أوصى به معيناً كعبد بعينه ثم
أوصى له بعدد آخر بعينه فله الوصيتان لان التعيين يمنع أن يرد بالوصية الثانية الاولى فوجب أن
يجمع له لان لكل وصية مقتضاها فيلزم انفاذها لانه لم يطرأ رجوع عنها وكذلك لو أوصى له بشيئين
مختلفين وان لم تكن معينة كدنانير ودرهم على رأى ابن القاسم فان له الوصيتين جميعا معيتين
كأن تأ وغير معيتين في كتاب واحد وفي كتابين بدأ بال أقل أو الأكثر لان اختلاف الجنس والاسم
يمنع أن يرد بالثانية الاولى فلزم أن تحمل الوصيتان على انه أراد أن يجمعهما له (مسئلة) ولو أوصى
له بثلثي ماله ثم أوصى له بثلثي محاص بالأكثر لانهما متثلتان 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 بثلث
ثم أوصى بثلث آخر فقد قال أشهب في المجموعة يحاص بثلث واحد والثلث كالدنانير لا تعرف بعينها
وكان يجيء على منهج ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يحاص بالثلثين الآن يريد كونه ممنوعا
من الزيادة على الثلث يقتضى حل الوصية الثانية على انها هى الاولى ولا تنافق ما في اللفظ والمعنى مع
كونه ممنوعا من الزيادة على لفظ الأول كتر ماله أو قل وهو بخلاف من أوصى بعدد ثم أوصى بمثله
وان كان الأول قد استغرق الثلث لانه قد يزيد المال فيكون للعدد الباقي محل والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ولو أوصى له بالثلث ثم أوصى له بعدد أو بعدة دنانير فقد قال أشهب في المجموعة يحاص

بالثلث وبعده الدناير أو العبد يدقجه وقاله ابن القاسم قال سعنون معناه عنى أن ماله عين كله وفي العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم بضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلث قال أصبغ وفيها شيء ولها تفسير وجه القول الأول أن الوصية بالثلث وبعده دنائير مختلفان فوجب أن يجمع الموصى له كالوصية بالدناير والعبد ووجه القول الثاني أن ما لهما إلى جنس واحد متماثل في النوع وقول سعنون في الذي يخاصص بالثلث وبعده الدناير معناه أن يكون جميع التركة عينا ولذلك جعل الثلث من جنس عدد الدناير فعلى قول سعنون 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 فقدر وى ابن حبيب عن أصبغ يعطى الوصيتين إذا أجاز الورثة وان لم يجز وأمعوه وصايا ضرب بالثلث وبالعدد وان لم تكن الوصايا فليس له الا لثالث وجه ذلك ان العددين من جنس الثلث لان الثلث عرض والعدد عين فلذلك جعله في المحاصة (مسئلة) فان كان في التركة ناض وعرض فقدر وى ابن المواز عن أشهب وأصبغ بضرب له بثلث العرض أو بالأكثر من العدد الموصى به ومن ثلث العين ووجهه أن ثلث العرض من غير جنس العين فله ثلث العرض وثلث العين من جنس العدد فكان له أكثرهما

(فصل) وهذا حكم تغيير الوصية بالزيادة فيها أو ما حكمها بالنقص منها فلا يخفى أن يكون ذلك بالنص على النقص منها أو بوصى ببعضها غيره فأما النص على النقص منها فمثل أن بوصى له بعشرة دنائير ثم يقول ردوها إلى ثمانية أو اجملوها له ثمانية أو نمضت ما تقدم من الوصية بالعشرة أو أنا وصى له الآن بثانية فهذا الاخلاف في المنهيب في أنه ليس له الا ما أقرم آخر أو ما تغير الوصية بالفعل فهو يتعلق بالاعيان دون غيرها وذلك بان يفعل في العين الموصى بها ما لا يفعله الا في ماله وهذا على أصل ابن القاسم وأما أشهب فانه يراعى الاسماء وسنين ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) ومن أوصى لرجل بمغزيرة ثم لها غسل أو من فليس يرجوع كالأوصى بعبد ثم علمه الكتاب ورواه أصبغ عن ابن وهب في العتبية ووجه ذلك ان هذه زيادة فيما كان أوصى له والزيادة فيما أوصى به لا تأثير لها في ابطال الوصية لاسيما مع بقاء الاسم الذي علق عليه الوصية (فرع) فاذا قلنا ليس يرجوع عن الوصية فقد قال أصبغ يكون الورثة شركاء بقدر اللثات وكذلك صبغ الثوب وبناء الدار وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة الثوب يصبغه للموصى له قال أشهب وكذلك لو غسله أو كانت دارا فجمصها أو زاد فيها بناء أو وصى له بسويق ثم لبه وجه قول أصبغ انه لم توجد منه وصية بالصبغ والمعن فكان باقيا على ملك الموصى ووجه قول ابن القاسم وأشهب انه لما كان الاصل موصى به ثم أضاف اليه ما لا يستقل بنفسه بل هو محمول فيما أوصى به كان ظاهر ذلك انه أضافه اليه 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 ان الاسم باق وصوره الموصى به باقية مع بقاءه على ملكه (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم باعه فان مات قبل ان يشتر به بطلت الوصية فيه وأن اشتراه قبل ان يموت فهو للموصى له قال أشهب وكذلك لو أوصى له بعبد في غير ملكه ثم صار له بائناج أو هبة أو ميراث فالوصية فيه نافذة ووجه ذلك ان المراعى في الموصى به حاله عند وجوب الوصية بموت الموصى فان كان في ملكه ذلك الوقت صححت الوصية والابطالت والله أعلم وأحكم

(مسألة) ولو أوصى له بغزل فحاشا كه ثوبا ففسد روى ابن المواز عن ابن القاسم هو رجوع عن الوصية قال أشهب لأنه لا يقع عليه الاسم الذى أوصى فيه فتبطل الوصية (مسألة) ولو أوصى له ببرد فقطعه فيصافى المواز به لابن القاسم انه رجوع عن الوصية وقال أشهب وكذلك لو أوصى له بقميص فقطعه بقاء أو جبة فردها قيصا أو ببطانة ثم بطن بها ثوباً أو بظهارة ثم ظهر بها ثوباً أو بقطن ثم حشابه أو غزله أو بفضة ثم صاغها خاتماً أو بشاة ثم ذبحها بطلت الوصية بذلك كله لأنه لا يقع الاسم الذى أوصى فيه وروى أبو يزيد عن ابن القاسم فى العتبية إذا قال ثوباً زيد ثم قطعته قيصا أو لبسه فى مرضه فليس برجوع وهو للوصى له قال ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قيصا أو سراً ويل كان رجوعاً لتغيير الاسم فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذى علق عليه الوصية فإذا عمل فيه عملاً 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 يزال عنه اسم الثوب ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب الا قبل القطع بطلت الوصية بالقطع لأنه يزيل عنه الاسم الذى علق عليه الوصية (مسألة) وإذا أوصى له بعرضة ثم بناها داراً فقد قال أشهب فى المجموعة ذلك رجوع ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرضة فليس برجوع لأنه أوصى له بعرضة وبناء فأزال البناء وأبقى العرضة وهذا رجوع من أشهب فى تعلقه بالاسماء الا أن يلتزم ذلك فى الزيادة دون النقص فيكون اسم الدار واقعا على البناء والعرضة ونائباً عنها فإذا أزال البناء بقيت العرضة على ما كانت عليه من الصفة والاسم وكان يلزمه على هذا القول إذا أوصى بعرضة فبناها أن لا تبطل الوصية بالعرضة لأن اسم الدار يتناول العرضة والبناء وروى أبو يزيد وأصبغ عن ابن القاسم فى العتبية إذا أوصى له بعرضة فبناها كأنها شريكين بقيمة البناء من العرضة وجه قول أشهب انه قد زاد فى العين الموصى بها زيادة غيرت الاسم فكان تغيير الوصية كمنسج الغزل ووجه قول ابن القاسم ان الزيادة مع بقاء العين على حالها لا تغير الوصية وليس كذلك المنسج فانه قد تغير عين الغزل وأما العرضة فهي باقية على ما كانت عليه قبل فأضيف اليها معنى آخر وهو البناء كما أضيف اللغات الى السوريق والصبغ الى الثوب (فرع) فإذا قلنا ليس الهدم برجوع على قول أشهب فليس يكون النقص قال أشهب لا وصية فى النقص وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم النقص للوصى له ووجه قول أشهب ان اسم البناء لا يتناول اسم الدار بعد النقص فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذى علق عليه الوصية ووجه قول ابن القاسم ان الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قيصا (مسألة) ولو أوصى له بزراع ثم حصده أو بثمر ثم جده أو بصوف ثم جره لم يكن رجوعاً فى الوصية قاله ابن القاسم فى المجموعة ولو درسه أو كتاله وأدخله بيته لكان رجوعاً فى الوصية ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد وصورته ثابتة لم تغير وإنما وجد منه تقطيعه وازالت عن موضعه فلم يكن رجوعاً كقطع الثوب فأما إذا كتاله بعد درسه وأدخله بيته فان درسه وتبليغه حدالا كتيال فدغير صورته ونقل اسمه الى اسم القمح والشعير فكان ذلك رجوعاً عن الوصية بالدرس والتصفية وأما دخاله البيت فانما هو توكيد لمقصده والله أعلم وأحكم

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ههنا غلاما يباع عالم يحتمل من غسان ووارثه بالشام وهو ذومال وليس له ههنا الابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بما يقال له بترجشم قال عمرو بن سليم فيبيع 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 حزم 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 اثنتي عشرة سنة فأوصى بترجشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم ﴿ ش اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي 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 اثنتي عشرة سنة فتارة كان يصفه أبو بكر بأنه يفاع وتارة كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة وذلك كله سواء وقوله لم يحتمل على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنه لم يخرج بعد من حد الصغير والاحتلام في الرجال والنساء حدبين الصغير والكبير ويختص في النساء بالحيض فهو فقه حدبين الصغير والكبير

(فصل) وقوله أخبره أنه قيل لعمر أنه بالمدينة ووارثه بالشام وليس له بالمدينة الابنة عم يريد أنها 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 رفقها به وانفرداها بالعناء معه فندبه عمر رضي الله عنه إلى أن يوصى لها أو علمه أن ذلك مباح له وسأخ في الشرع وإن كان لم يبلغ الحلم وبهذا قال مالك والليث وأجمع عليه علماء المدينة بأن وصية من يميز ويفهم ما يوصى به من السفيه والصغير جائزة وقال أبو حنيفة والشافعي تجوز وصية السفيه ولا تجوز وصية من لم يحتمل والدليل على ما نقوله أن الصغير حجر فلا يمنع صحة الوصية مع التمييز كالسفه (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال مالك تجوز وصية اليفاع وقال ابن المواز وأجاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذي يعقل ما يوصى به ابن تسع سنين وشبهه وقال أصبغ تجوز وصية الصبي والصبية إذا عقلا ما يباعلان وهذا فيما لا يترجمه 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 فلو وصى أن لا يبلى غيره تفريق ثلثه قاله أشهب ووجه ذلك أنه محجور عليه وإنما يبيع إنفاذ ثلثه في وجوه وصيته وليس له صرف ثلثه ذلك إلى غير وصيه الذي قلنا منه حجره (مسألة) وأما الصغير الذي لا يميز فلا خلاف بين العلماء في أنه لا يجوز وصيته ووجه ذلك أنه لا يصح قصده كالمنصى 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 والأقربين فنسخت الوصية للوالدين والأقربى وبقيت في حق الوارث القريب

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ههنا غلاما يباع عالم يحتمل من غسان ووارثه بالشام وهو ذومال وليس له ههنا الابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بما يقال له بترجشم قال يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم 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 اثنتي عشرة سنة فأوصى بترجشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم

الذي لا يرث ومن جهة المعنى انه انما حجر عليه في حال حياته في ماله خلفه لالحق غيره فلما مات بطل
 أن يحجر عليه لحقه لانه لم يتبق له منفعة في ماله غير ما يوصى به فكان النظر له تجوز وصيته (مسئلة)
 وتجوز الوصية للاجنبي مع وجود القرابة وبهذا 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 الوصى لهم وبه قال ابن راهويه

(فصل) وقوله فأوصى لها بما يقال له بترجشم يقتضى ان اسم المال يقع عندهم على الإرضين
 والأصول الثابتة وقوله فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم على معنى الاخبار عن تجوز وصيته
 بكثر المال وان ذلك لا يختص بقليله وان وصيته تصح بالتمليك المطلق للاعيان ولا تختص بالتعيس
 والتسبيل

(فصل) وقوله وان ابنة عمه الموصى لها هي أم عمرو بن سليم يقتضى الاشارة الى تصحيح الرواية
 ومراعاة الراوى الذي هو عمرو بن سليم لها التعلقا به ويحتمل أن يشير بذلك الى أن وصية الصغير
 تجوز للغنى ان كانت معروفة بالغنى وغير داخلية في جملة الفقراء ص قال يحيى سمعت مالكا
 يقول الأمر المجمع 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 وصيته

ش وهذا على ما قال انه تجوز وصية الضعيف في
 عقله بر يد الضعيف العقل وهو الذي لا يستقل بنفسه ويحتاج الى من يلي أمره لعجزه عن مباشرة
 أحواله وهو مع ذلك عيز ويفهم وقد روى ابن وهب وأشهب عن مالك تجوز وصية الأحمق بر يد
 بذلك الذي وصفناه بضعف العقل وأما السفيه فانه بر يد به الذي يتلف ماله في وجوه السفه أو يستغل
 عن تشريره وحفظه بالبطالة وأما المصاب فهو الذي أصيب بعقله ما بصرع أو بما شاء الله تعالى فاذا كان
 يفتق أحيانا وكانت وصيته حين افاقته فبى 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 يلزمه 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 وصاياه (مسئلة) وأما تدير السفيه فقد قال عبد الملك ان دبر السفيه خادما كثيرة
 الثمن لم يجز تديره ويجوز في قليلة الثمن وقال أشهب لا يجوز تدير المولى عليه ولا يبطل وقال ابن
 القاسم له تدير 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 يلزمه كالبيع والشراء ووجه قول ابن القاسم ان له حكم الوصية فاذا دبر في مرضه روى
 أمره فان مات من مرضه فحكم التدير والوصية واحد فينفذ ذلك وان أفاق 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 يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتدني فقلت يا رسول الله قد بلغني من الوجع ما ترى
 وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنتي أفأصدق بثلثي ما لي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال يحيى سمعت مالكا
 يقول الأمر المجمع 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 وصيته

﴿ 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 يعودني
 عام حجة الوداع من وجع
 اشتدني فقلت يا رسول
 الله قد بلغني من الوجع
 ما ترى وأنا ذومال ولا
 يرثني الا ابنتي أفأصدق
 بثلثي ما لي قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لا فقلت
 فالشطر

قال لائم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملاً صالحاً الا زددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرى له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة ب 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 أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم أن نتبع الجنائز ونعود المرضى ونفسي السلام

(فصل ١) وقوله رضى الله عنه قلت يا رسول الله قد بلغ بي 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 وقدره والحرث بن سويد عن عبد الله دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وهو يوعك فقامت يا رسول الله انك توعك وعكا قال أجل انى أوعك كما يوعك رجال منكم وروى القاسم بن محمد ان عائشة قالت وارساه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنا وارساه لقد هممت أن أوصى الى أبي بكر والله وأعهد وانما يكره ما كان منه على وجه التشكي والتسخط وذلك محبط للاجر ومؤثر فيه والله أعلم وأحكم (فصل ٢) وقوله وأنا ذومال ولا يرثني الا بنتي هذا اللفظ وان كان يقع على يسير المال وكثيره فانه لا يستعمل الا في كثيره واستكثر مثل ذلك المال اللابنة 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 بعلمه يتصدق به قال القاضي أبو الحسن قوله ولا يرثني الا بنتي يريد من النساء ويحتمل أن يريد بقوله أفا تصدق بثلاثي مالى ان ينثله قبل موته ويحتمل أن يريد به أن يوصى بذلك المقدار في وجوهه برهناء النبي صلى الله عليه وسلم عن الثلثين ثم عن الشطر وأباح له الثلث ووصفه بالكثرة ب قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى انه كثير ما أباح للمريض التصرف فيه من ماله وذلك يمنع الزيادة عليه فان جلتا 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 التفسير عنه وروى عن عمر رضى الله عنه انه أوصى بالربع وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس وقال رضى في وصيتي بما رضى الله به لني من الغنية (مسألة) اذا ثبت ذلك فقد اتفق العلماء على ان من كان له وارث فليس له أن يوصى باكثر من ثلثه لقول النبي صلى الله عليه وسلم والثلث كبير لقوله انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس فثبت بذلك حق الورثة في مال المريض بمنع ما زاد على الثلث (مسألة) فان لم يكن له وارث فهل له أن يوصى 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 نقلوه ان له من يعقل

قال لائم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملاً صالحاً الا زددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرى 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 انما هو لحق الورثة فإذا أجاز وافقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت بمنزلة أن يأذنه قبل أن يوصى وبمنزلة حكم الثلث (مسئلة) وإن رده الورثة رد منه ما زاد على الثلث وليس لهم رد شيء من الثلث ووجه ذلك أن حقوقهم انما تتعلق بما زاد على الثلث فليس لهم أن يتعدوه إلى ما لم يتعلق به حقوقهم لأن حقوقهم تتعلق بثلثي المال بمرض الموصى وانما تتعلق حقوقهم بالثلث الباقي بموت مورثهم دون وصية والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فن مات ولا وارث له فقدر وى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما تركه إلا أن يكون الوالي يجبره في وجهه مثل عمر بن عبدالعزيز فليدفع اليه وكذلك من أعتق نصرانيا فبات 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 يجزئه أن يتصدق بثلثه قال ابن المواز يتصدق بذلك عن المسلمين لأن الميت ووجه ذلك أن ملك الموصى قد زال عن ثلثي ماله إلى وارث معين أو غير معين فإن كان معيناً دفع اليه وإن كان غير معين تصدق به عن صار اليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى نصراني بجميع ماله للكنيسة في العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين ووجه ذلك أن الذي إذا لم يكن له وارث فإن ماله للمسلمين فالحكم في تركه بين المسلمين وبين الناطق في الكنيسة فيجوز على حكم الاسلام فلا يجوز له وصية في أكثر من ثلثه (مسئلة) وهذا إذا وصى بأكثر من الثلث دون اذن الورثة فإن أذناه له نفذ

(فصل) فان حلنا قوله أفأصدق بثلثي مالي على ابنتك الصدقة في المرض فان النبي صلى الله عليه وسلم قد منع من ذلك وانما أطلق اللفظ في الثلث على انه كثير وعلى هذا فقهاء الأمصار انه لا يجوز للمريض أن يتل من ماله الا ثلثه صدقة أو عتق أو هبة أو محاباة في بيع فان زاد على ذلك فلا زيادة موقوفة مائة فان أطاق من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية ان أجازته الورثة والارث إلى الثلث ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لأن حكمه حكم الوصية وشهد أهل الظاهر فقالوا بل يلزمه الجمع اذا قبضت الهبة أو الصدقة والدليل على ذلك قول سعد أفأصدق بثلثي 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) اذا ثبت ان حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة فقد قال القاضي أبو محمد في معونته انه يتعلق به حكم الحجر فيأزاد على قدر حاجته من الانفاق في الأكل والكسوة والتداوى والعلاج وشراء ما يحتاج اليه من الأشرطة والأدوية وأجرة الطبيب ويمنع من السرف وما خرج عن العادة لأن ذلك اخراج مال على غير عوض يستفيدة أو ورثته فكان في معنى اضاعته وذلك ممنوع قال وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء لأن حق الورثة لم يتعلق بعين المال وانما يتعلق بمقداره وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة ولا يمنع المريض من البيع والابتاع اذا لم يكن في ذلك محاباة أو ضرر بالورثة قال ابن القاسم وأشهب وهبته للشواب كبيعته (مسئلة) واذا باع

عبدا ليس له غيره فوضع فيه فان كانت المحاباة فسر تلكه جاز وان كانت أكثر من تلكه جاز منها قدر الثالث رواه علي بن زياد عن مالك وفي الموازية عن ابن القاسم فبين أسلم في سلعة ثم أقال منها في مرضه فبات ولم يدع غيرها فان لم يكن في ذلك محاباة فهو جائز وان كانت فيه محاباة خيرا الورثة بين الاجازة وبين ان يقطعوا له بثلث ما عليه ومثله روى ابن حبيب عن أصبغ وقال عيسى يمضى له منه ما لا محاباة فيه ثم يخير الورثة في باقيه فاما سموه واما قطعوه بثلث مال الميت في باقي العبد وهنك الألفاظ كلها تعود الى معنى واحد وهو أن محاباته في ثلثه وانما اختلفت عباراتهم لان بعضهم قصد الى بيان منتهى الحكم وبعضهم قصد الى صفة تناول الأمر والله أعلم وأحكم (فرع) فان قال المبتاع أنا أدفع ببقية ثمن العبد وأخذته فقد قال عيسى وأصبغ ليس له ذلك قال عيسى ولا للورثة أن يلزموه ذلك يريد والله أعلم أنها لا تملك أخن ببقية الثمن منه (مسألة) وانما ينظر الى قيمة المبيع يوم البيع لا يوم يموت المبتاع قاله أصبغ سواء كان البيع من وارث أو غيره ووجه ذلك أن المبتاع يضم المبيع من يوم البيع فوجب أن ينظر في قيمته يوم البيع فان زادت بعد ذلك القيمة ونقصت فانما طرأ ذلك على ملكه (مسألة) وان باع في مرضه ورثا بذهب فباع في ذلك أو وصى أن يباع ذلك منه وفيه محاباة أو لا محاباة فيه فهو جائز قاله أصبغ قيل قد قال قائل انه حرام للتأخير قال لا أرى ذلك الاحلال لانه لم يرد به التأخير ووجه ذلك انه موقوف على الفسخ فهو جائز حتى يرد كالردي العيب (مسألة) ومن فعل ابنه في مرضه فزوج الابن لذلك ودخل أو زوجته هو بذلك فذلك مردود الى الورثة والنكاح ثابت وتتبعه الزوجة بالمهر من الموازية ووجه ذلك أنها هبة في المرض فلا تفوت بالقبض وانما لها حكم الوصية ان مات من ذلك المرض

(فصل) وقوله انك ان تذر ورتك أغنياء خبيرين أن تذرهم حاله يتكفون الناس يقتضى أن ذلك خير لسعدوا والافلا فائدة له فيها وخير لغيره دونه وذلك يكون من وجهين أحدهما أن بقاء ورتته في غنى عن الناس أطيب لنفسه من أن يدعهم حاله يتكفون الناس وهذا الذي جبل عليه أكثر الناس فامن أحد في الأغلب الا يريد الخير والخصب لذريته وربما آثرهم في ذلك على نفسه والثاني انه يحتمل أن يشير بذلك صلى الله عليه وسلم الى أنه أفضل له في الآخرة وأكثر لاجره امالان حكم البنات يجب أن يكون في ذلك حكم البنين واملان صلة من قرب منه أولى من صلة من بعدهم وأعظم لاجره لقوله تعالى أو أطعم في يوم ذي مسغبة يتياذا مقربة أو مسكينا اذا متر به وقوله واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل فقدم الوالدان ثم ذى القربى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث واملان حق الورثة قد تعلق بثلثي ماله تعلقا منع القليل منه تغير له الرضا بذلك والتسليم لحكم الله تعالى فيه من أن يتعدى الى اتلافه فتبقى الورثة بعده فقراء عالة وانما ورد الأمر بالوصية لمن ترك غنى دون من لا يتركه قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية وفي الجملة أن هذا يقتضى أن الغنى فيه خير ولو كان الغنى شر الكان خيرا له أن لا يدع ورتته أغنياء

(فصل) وقوله وانك ان تنفق نفقة تبغى بها وجه الله الأجرت بها حتى ما يجعل في في امرائك يقتضى أن النفقة اذا أريد بها وجه الله والتعفف والتستر وأداء الحق والاحسان الى الأهل وعونهم بذلك على الخير من أعمال البر التي تجوز بها المنفق وان كان ما ينطه امرأته وان كان غالب الحال أن انفاق

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

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم 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 إليها 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 جهادا ونية ويحتمل عندي 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 إلى أن يتوفى يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمي انه إنما أذن للمهاجر أن يقيم بمكة ثلاثا بعد الصدر فعلى هذا من لازم 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 الخلف 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 مكتوبة له يزيد في درجاته ويرجع ميزانه في الدنيا والآخرة وانما يحبط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة الى الموت فيها على قول قوم فعلى هذا التأويل فيه اخبار لسعداته لن يموت بمكة لقوله صلى الله عليه وسلم انه يزداد بالأعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة على ما كان عليه بعد الهجرة وإلى أن من مرض بمكة وهو على حكم الهجرة ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بمكة لا يبلغه درجة المهاجر فكيف أن يزداد به درجة ورفعة

(فصل) وقوله لعلي أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون الخلف ههنا الابقاء بعد من يموت من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وقد قيل في تأويل ذلك ان سعدا من على العراق فأتى بقوم ارتدوا عن الاسلام وسجعوا سبع الكهان فاستتابهم فأتى بعضهم فقتلهم فضر أولئك وتاب بعضهم فانتفعوا به ويحتمل عندي أن يكون إشارة الى بقاءه بعده صلى الله عليه وسلم الى وقت ولى أمر الكوفة وغيرها وقاد الجيوش فانتفع به من استحق النفع واستضر به من استحق الضرر وكان في ذلك تنبيه له على أنه سميلك أن ينفع 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 وتخصيصها في جنبهم وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم خلف رجلا على سعد وقال له ان مات بمكة فلا تدفنه بها

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

عن ابن سعد بن خولة كان قد أسلم فأقام بمكة ولم مهاجر حتى مات فذكر له النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ورث له وذكر البضاري أن سعد بن خولة شهد بدرا ثم انصرف إلى مكة ومات بها وروى ابن بكير عن الليث أنه توفي بمكة في عام حجة الوداع وقال الطبري توفي بمكة سنة سبع والقول الأول عندي أظهر وهذا ظاهر لفظ النبي صلى الله عليه وسلم أنه رث له أن مات بمكة وهذا يقتضي أن لموت المهاجر بمكة تأثيرا في هجرته وثم لما لها أمان أن يكون ذلك لمن اختار المقام بمكة وأمان 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 أجيب فيهم دعوة النبي صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم ص **قال يعقوب سمعت مالك يقول في الرجل يوصي بثلاث ماله لرجل ويقول غلامى يخدم فلانا معاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد لث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحصان يحاص الذي أوصى له بالثلاث بثلثه ويحصان الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من أجارته ان كانت له اجارة بقدر حصته فاذا مات الذي جعلته خدمة العبد معاش 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 تمليك منافع فصح ذلك من غير بدل كالعريه (فرع) اذا ثبت ذلك فن أوصى له بخدمة عبدا وسكنى دار جاز له أن يكرى ذلك الا أن يعلم ان الموصى أراد أن يسكنها بنفسه خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ان هذه منافع فصح بدلها فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر قال ذلك كله القاضي أبو محمد **اذا ثبت ذلك فن أوصى بثلث ماله لرجل ويخدم غلامه فلانا معاش ثم هو حر فيه أر بعة أبواب **أحدها ان الوصايا اذا ضاق عنها الثلث وتساوت في التأكيد وقعت المحاصة فيها سواء كانت في لفظ واحد ووقت واحد وأوقات 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 بالتمير ومدة التمير **والباب الرابع في تبديله بعض الوصايا على بعض والله أعلم وأحكم**************

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

أصل ذلك ان الوصايا مبنية على أن ينفذ منها ما يمكن الجمع بينه ولا يبطل منها الا ما لا يصح أن يجمع مع ما ثبت وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة فممن أوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بنصفه ان الثلث بينهما على خمسة أسهم ولو أوصى لآخر بجميعه لكان الثلث بينهما على أربعة أسهم خلافا لأبي حنيفة في قوله هو بينهما بنصفين والدليل على ما نقوله ان التفاضل في الوصية يقتضى التفاضل في القسمة كالأوسع الثلث لذلك وهذا حكم الفرائض في العول وقد ثبت ان الثلث سدسان والنصف ثلاثة أسداس فيكون لصاحب الثلث حصة الثلث ولصاحب النصف ثلاثة أسداس وهذا حكم الجميع مع الثلث لان في الجميع ثلاثة أثلاث والثلث المنفرد رابع وهو ربع الجميع فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع الثلث الذي يلزم الورثة انفاذه ولصاحب الثلث ربعه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بعبد وهو سدس المال فاعطى الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ثلثاه في كل شئ ولصاحب العبد ثلثه قاله أشهب في الموازية ووجه ذلك ان الوصية بالثلث استوعبت ما كان له أن يوصى به ثم زاد بعد ذلك الوصية بالعبد وهو سدس والوصايا مبنية على الجواز بما يمكن

قال يعقوب سمعت مالك يقول في الرجل يوصي بثلاث ماله لرجل ويقول غلامى يخدم فلانا معاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد لث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحصان يحاص الذي أوصى له بالثلاث بثلثه ويحصان الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من أجارته ان كانت له اجارة بقدر حصته فاذا مات الذي جعل له خدمة العبد معاش عتق العبد

ذلك فوجب التخاص (مسألة) ومن أوصى بعبد ميمون لزيد ثم أوصى به لعمر ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى فإنه يكون بينهما بنصفين رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك لو كانت داراً لكانت بينهما أو ما حمله الثالث منها وقال جمهور العلماء وقال عطاه وطاوس وهؤلاء آخرون دليلنا ما قدمناه أن الوصايا مبنية على المحاصة لأنها حقوق مقدرة في المال تنتقل عن ميت إلى مالك دون عوض كالموارث التي يدخلها العول (فرع) إذا ثبت ذلك فقد حكى ابن المواز أنه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر رجوع عن الأول مثل أن يقول عبدى الذى أوصيت به لزيد هو لعمر وهذا رجوع فإن لم يقبله الثانى فلائى فيه للأول وقال القاضى أبو محمد فى معونته وذكر فى المجموعة والموازبة إذا قال عبدى لفلان وهو لفلان فهو بينهما فإن ردد الثانى فنصيبه للورثة فأما قوله هو لفلان وهو لفلان فوجه التشريك فيه ظاهر وأما قوله عبدى الذى أوصيت به لزيد هو لعمر وأنه رجوع فوجه ذلك أن قوله عبدى الذى أوصيت به لزيد بدأ ببدء كلام غير مستقل بنفسه حتى يقترن به الجواب وجوابه هو لعمر وذلك يقتضى أن هذا جميع الخبر وذلك يفيد نقل الوصية بجميع العبد كما لو قال عبدى ميمون لعمر وإذا قال عبدى ميمون وصية لزيد ثم قال فى ذلك المجلس أو مجلس آخر عبدى ميمون لعمر وإن كان كل واحد من القولين قائماً بنفسه مستقلاً بخبره لا يفيد إلا ما يفيد الآخر فوجب التشريك فى المدونة من قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو وصية لفلان رجل آخر فقد قال مالك أن كان فى الوصية الأخيرة ما ينقص الأولى فهى ناقصة لها فلم يصرح بأن الثانية ناقصة لما كانت عنده محتمله 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 الموصى له به أولاً ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصى له به آخر والله أعلم (مسألة) ولو أوصى بعبد لوارث من ورثته ثم أوصى به لاجنبي فى الموازبة عن ابن القاسم وأشهب أنه بينهما وإن لم يحز الورثة نصيب الوارث رجع ميراثاً ووجه ذلك أنه أوصى به فى وجهين فاقضى ذلك التشريك بينهما الآن نصيب الوارث للورثة فيه الخيار بين الإجازة والرد ولا خيار لهم فى نصيب الأجنبي ولا فى شئ منه إذا حل الثلث العبد ولو أوصى لاجنبي ولو ارث لا وارث له غيره فى المدونة أن الأجنبي مقدم فى الثالث ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لأنه لا ما يصير له بها ما كان يصير له دونها فلذلك قدم الأجنبي عليه وإذا أوصى لاجنبي ولو ارث من جملة ورثته كان لو وصية الوارث تأثير لأنه أعطاه بها ما لم يكن له دونها فلم يندم الأجنبي عليه (مسألة) ومن أوصى بعق عبد ثم أوصى به لرجل فهو رجوع وكذلك لو أوصى الوصية بعنقه قاله ابن القاسم وقال أشهب فى الموازبة العتق يبدأ وحكى القاضى أبو محمد أن العتق يبدأ قدم أو آخر وجه قول ابن القاسم ما ذكره القاضى أبو محمد أن العتق لا يجوز الاشتراك فيه لأنه بمنزلة ابتدائه فإذا امتنع ذلك لم يقم من المنع حل على الرجوع ووجه قول أشهب ما احتج به من أن الوصيتين إذا اجتمعتا فى عين قدم العتق وليس ذلك بمعنى الرجوع عن الوصية وإن تعلقت بجميع العبد كما لو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمر والفرق بينهما على قول ابن القاسم أن الوصية بالعتق وصية بازالة ملك والوصية بتملك العبد وصية بتملك والفرق بينهما أن حصص التملك يجمع بينها فى المحاصة فى التفليس وغيره ولا يجمع بينها بين العتق وأيضاً فإن الوصايا يخاص بينها إذا اجتمعت فى التملك ولا يخاص بينها إذا كان بعضها بعتق وبعضها بتملك وذلك يدل على معنى الاشتراك والله أعلم (مسألة) ومن أوصى لزيد بعبيد ساهم ثم أمر رجلاً

آخر يبيع كل عبده في العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب يسأل الأمر فان كان مات قبل ذلك نفدت الوصية ولم تغير الا بأمر بين وقال ابن القاسم أمره يبيع كل عبد رجوع عن الوصية كالوأمرا أن يمتنع عنه بكل ماله في ذلك البلد على رجل لكان رجوعا والمدقة أثبت من الوصية وكذلك لو أعتق كل عبده بذلك البلد لكان العتق أولى ووجه قول ابن وهب ان اللفظ الخاص واللفظ العام اذا 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 مبنى 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 مال الزمان ابن القاسم من المدقة بجميع ماله في ذلك البلد اذا كان الموصى بهم من جلة ماله في ذلك البلد وكذلك العتق (مسئلة) ومن أوصى بعبد له زيد ثم أوصى ان يباع أو قال يبعوه من عمرو وفي المجموعة الموازية عن أشهب انه رجوع قال الا ان يقول عبدي لزيد يبعوه من عمرو وليبع من عمرو بثلاثي ثمنه ويعطى ذلك لزيد ووجه ذلك ما مضى غير انه فرق بين ان يوصى بالعبد لزيد ثم يوصى به على الاطلاق أو من عمرو وبين ان يوصى به لزيد ثم يقول يبعوه من عمرو وقد كان جمع بينهما اذا أوصى به لزيد ثم قال هولاء عمرو فجعل للوصية بالبيع تأثيرا في أحد الوجهين وذلك أن البيع انما يتناول الوصية به اذ الة الملك فأشبهت العتق من هذا الوجه والبيع يتضمن التملك ولا يتضمن العتق بل ينافيه والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى بعبد له زيد ثم قال بعد ذلك خدمته لعمرو وقال أشهب في المجموعة ليس هذا برجوع والغلة والخدمة سواء فان حمله الثلث استخدمناه واستغلاه جميعا بالسواء وان لم يحمله الثلث فلا رتبه ان نحرروا ان يسلموا اليه المثلث الميت ووجه ذلك ان المقصود من العبد الخدمة فلما آثر منه المسمى على الاطلاق وبلفظ الاستيعاب ساوى الذي أوصى له برفقته لأن ذلك أيضا يقتضى استيعاب الخدمة فيساويان في ذلك لما قدمناه ان حكم الوصيتين التثريك ما لم يكن ذلك ولم ينافى ان تكون الخدمة بينهما حلت الوصيتان على ذلك وليس ذلك بمنزلة الذي يوصى برفقته لاحدهما ولا لآخر أن تباع منه فانه محال أن تبقى رفقته لزيد مع من عمرو فجعل عند التثريك على مقتضى وصيته على واحد منهما وهو أن تباع من عمرو ويصرف الثمن الى زيد لانه بدل رفقته التي أوصى له به لانه كانه لما وصى ببيعه ولم يرد بذلك رد ما تقدم من وصيته به لزيد فقد أبقى له ثمنه (مسئلة) ومن أوصى لزيد بخدمته عبده سنتين ثم هو حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة انهما يتعاضدان في خدمته سنتين يضرب صاحب السنين بسهمين وصاحب السنين بسهم ولو قال يخدم زيد سنة ثم هو حر ثم قال يخدم فلان سنتين لتعاضدا في خدمة السنة ليدئنها ولسر وقتها فيكون حرا قاله كراه ابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك انه استثنى في المسئلة الأخيرة خدمة سنتين قبل العتق واستثنى في المسئلة الثانية سنة قبل العتق ثم أوصى بخدمته سنتين فسلمت السنة الأولى من معارضة العتق وعارض العتق الخدمة في السنة الثانية فقدم العتق وفرق ابن القاسم بين هذه المسئلة وبين الذي أوصى بعتق عبده ميعون ثم أوصى به لعمرو فجعل ذلك رجوعا لان العتق يبطل في تلك السنة وهو في مسئلته باق ثابت الحكم فلم تكن الوصية بخدمته السنة الثانية رجوعا عنه (مسئلة) ومن أوصى بثلاثة أعبده لزيد ثم أوصى بواحد مسمى منهم لعمرو في العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان حل ذلك الثلث فالعبدان لزيد والعبد

الثالث بينه وبين عمرو بنصفين ووجه ذلك ان في العبد الواحد وقع التثريب فكان بينهما والعبدان
 سلما من ذلك فسلما لمن أفردهما (مسئلة) ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التي على خالد ثم أوصى
 بهما لزيد فليضرب فيها زيدا بمائة وعمرو بخمسين رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك
 انه لما كانت المائة معينة لمن هي عليه لم تعد لها الوصية ولما أوصى بها لزيد وعمرو وكان كانه أوصى
 بخمسين منها لكل واحد منهما ثم لما أوصى لزيد بها مرة أخرى فقد أوصى له بمائة بعد ان أوصى له
 بخمسين فسقطت الخمسون وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بخمسين فيكون لزيد ثلثا
 المائة وله مروثلها والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى لرجل بجزء من ماله وأوصى لآخر بدنائب
 مائة وضاق الثلث عن الوصيتين ففيها ثلاث روايات احداها تبدئة الجزء على التسمية والثانية
 تبدئة التسمية على الجزء والثالثة المحاصة بينهما ذكر ذلك القاضي أبو محمد وبالرواية الثالثة قال ابن
 القاسم في المجموعة قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى ان الجزء كدفي باب الوصايا من التسمية
 الأخرى انه لو أوصى له بألف فنقلت التركة كلها الألف لم يستحق الموصى له الا ثلثها فبطلت التسمية
 ورجعت الى حكم الجزء ووجه الرواية الثانية ان التسمية كدمن الجزء للنص على قدرها بوجه
 غير محتمل والجزء لا يتقدر به الوصية الا بوجه محتمل ووجه الرواية الثالثة انها جهتان للاستحقاق
 بالوصية فلم تكن احداهما 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 ان تكون عروضا كلها أو عينيا كلها أو بعضها عين وبعضها عرض فان
 كانت التركة عروضا كلها أو بعضها عرض وبعضها عين فأوصى له بعرض معين بعمله الثلث فقد
 روى على بن زياد فيمن أوصى له بعد ثمنه عشر ودينارا وله أموال عريضة فقال الورثة لا نصب
 أن نخلص له العبد فليس ذلك لهم الا فيما لا يسعه ثلثه أو يشكل أساعله فيخير وبين الاجازة والقطع
 بثلث جميع مال الميت ووجه ذلك انه أوصى بالعبد وهو دون الثلث وله التصرف في ثلث ماله
 فليس للورثة منه من ذلك الا لوجه مضره تلحقهم بتعيينه أو ان زيادة على الثلث فيرد عند ذلك الى
 الثلث الذي هو نهاية ماله فيه من التصرف وهذا على أحد قولين ثالث وذلك ان من أوصى لرجل
 بعد وهو أكثر من ثلثه فجزء الورثة فقد اختلف فيه قول مالك فقال أولا يقطع فيه بثلث الميت وبه
 قال عبد الملك وابن كنانة ورواه على 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 يقطع 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 بدنائب والتركة كلها عرض
 فقال ابن القاسم اذا كانت التركة عروضا حاضرة وأوصى بدنائب فلا ينجز فيها وتباع عروضه
 وتعطى البدائب ولا يقطع له الثلث ان لم يصبر وا عليه حتى تباع العروض وتعطى قال ابن المواز
 وهذا كالعين الحاضرة لا تعيين 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
 دنانير وعروض فأوصى له بدنانير فقد قال أشهب في المجموعة فبين أوصى بعشرة دنانير معينة لم
 يختلف عينا غير ها وله عروض وسراير ورقيق ودواب قال الشيخ أبو محمد يريده حاضرة تدفع اليه
 العشرة الدنانير وان كره ذلك الورثة ولو لم يختلف من العين الا خمسة دنانير لأخذها ويبيع له بخمسة
 قال ابن القاسم في المجموعة ان لم يكن فيها ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه خيرا الورثة بين الاجازة
 أو القطع بالثلث وقال عبد الملك اذا استأمر 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 منزلة بحضور منفعة أو عموها فيبصر الى كل شيء من ساعته وسائر
 العروض منفعتها خاصة ومن أراد ان 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 أبا الورثة من الاجازة
 تنقل على قول ابن القاسم الى ثلث التركة وقدر ويبيح بن يحيى عن ابن القاسم في العتية فبين
 أوصى لرجل بدار ولاخر بعيد ولاخر بمحاط فكل ذلك أكثر من الثلث انه يعطى لكل واحد
 منهم ما يخرج له المحاصة في العين التي سميت له فلما أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع
 لهم بالثلث في جميع التركة دون ما سعى لهم قال لان الوصايا قد عالت ولا بد من بيع ذلك أو بعضه
 لسبب العتق قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي يقتضى انها تركه لآعين فيها فلما احتجج
 الى بيع شيء منها من أجل الوصية بالعين وقعت المحاصة 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 ليد وبهذا
 الفرس بعينه لعمره وهما حاضران فان خرجا من ثلث ما حضر مضي ذلك والانفذ منهما ما يخرج
 من الحاضر فان كان جميع الحاضر ثلاثمائة الفرس مائة والعبد مائة أعطى كل واحد منهما نصف
 ما أوصى له به وخير الورثة بين أن يعطوا هما النصف الثاني أو يعطوا هما ثلث المال الغائب وهذا قول
 أشهب قال ابن المواز وقد قيل هذا ونحن نستحسن ان لم يجز الورثة أن يعطى الموصى لها 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 تنقل الى
 الثلث كإضافة على الثلث وقدر ويبيح بن يحيى عن ابن القاسم في العتية فبين أوصى لرجل
 بعشرة دنانير ولم يترك الا ما لا غائباً أو ديناً فأراد الموصى له أن يعجلها له وقال الورثة تتقاضى
 وتعطيك فليضرب الورثة فاما عجلوا له العشرة أو يقطعوا له بالثلث فيتقاضى لنفسه وينتظر ما غاب
 فجعل قسيب المال والدين ينقل الى الثلث وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فبين
 أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار وليس في تركته حاضر الا مائة دينار وسائر غائب خيرا الورثة
 فان شاؤا أعطوا المائة الحاضرة وأتموا لعن المال الغائب وصيته والأعطوا له ثلث التركة
 حاضرها وغائبها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم وكذلك

لو أوصى له بدنانير معينة لا تخرج من حاضر ماله ولمال غائب فقد قال أصبغ في الموازية والعقبة
سواء عند أصحابنا في قول مالك أو وصى بدنانير معينة أو غير معينة إذا لم يخرج مما حضر وإنما تبهم
فيه ورأى في الاستحسان أن كانت الدنانير معينة ولم يحملها الثلث 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
محمل الثلث في الدار قال أصبغ وأما إن 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 المائة فلم
ينفذه ذلك فيلزمهم الخروج من الثلث

(فصل) وقال عبد الملك في المجموعة إذا أوصى بعشرة دنانير معينة ولم يدع عيناً غير هاوله أموال
كثيرة منها البعيد الغيبة والأجل البطي يبيعه والدين المغيب فللورثة أن يدفعوا العشرة أو يعطوا
ثلث الجميع وروى أصبغ عن ابن القاسم في العقبة فبمن لم يترك الاثلاث دور وأرضاً وأوصى
لرجل بمخسة دنانير يلزم الورثة أن يعطوها إياه أو يقطعوا له ثلث الميت ولا يبيع السلطان من
دوره بمخسة دنانير قال وقاله مالك فيه وفي المال الغائب والمفترق فعلى هذه المعاني النافذة مع احتمال
ثالث التركة الوصية أربعة اثنان متفق عليهم ما كون المال غائباً أو ديناً ومعنى ثالث مختلف في معنى
ما تقدم وهو أن تكون الوصية عيناً وباقي المال عرضاً ومعنى رابع وهو أن تكون الوصية عيناً
معيناً وباقي الوصية أصلاً ينتظر بيعه (مسألة) ومن كان له زرع أخضر وثمره صغيرة وأوصى
بوصايا يضييق عنها الثلث وترك رقيقاً فان كانت الوصايا بمال فليبيع الرقيق ولا يوقف ويعطى لأهل
الوصايا ثلث ما نض فإذا حان بيع الزرع والتمر يبيع فأخذوا ثلث الثمن وأما إن كان في الوصايا عتق
فأوصى ببعض الرقيق لأحد فلا يباع من فيه وصية ويوقف فإذا حل بيع الزرع يبيع ولا يقسم من
المال شيء ثلث ولا غيره حتى يباع الزرع إلا أن يجيز الورثة ذلك فيقسمه ون بقية المال ويبقى لهم الزرع
ولو أوصى بعتق جميع الرقيق لم يعتق منهم أحد حتى يبيع 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 والضرع على العبيد فليعتق منهم ما حضر وبرجأ الزرع
وقدرى أشهب عن مالك في الموازية فبمن أوصى بعتق عبده وله مال حاضر وغائب ولا يخرج من
ثلث الحاضر أنه 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 وكلما 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 موقوفاً على الورثة (فرع) إذا ثبت ذلك فن
أوصى له بدنانير والتركة عرض حاضرة فقد قال ابن القاسم في الموازية يصر حتى يتباع العرض
ويعطى وكذلك إن أوصى له بعبد لم يعجل حتى يعرف الورثة تصهيل المال بالقيمة قال محمد ليعرف
خروجه من الثلث وقال أشهب في المجموعة يتباع له من ساعته إلا أن يكون ضرر رفيؤخر اليومين
والثلاثة والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في المحاصة بالتعبير ومدته)

فقال مالك في الذي يوصى بثلاث ماله لزيد بخدمة عبده لعمر وما عاش ثم هوسر والعبد ثلث مال الميت فان خدمة العبد تقوم قال أشهب في المجموعة الموازية تقوم خدمته أقل العمرين على غيرها غير مضمونة ان مات أحدهما قبل ما جعل له من التعبير فإصاره خاص به الذي أوصى له بالثلث بمنتهى الثلث في أخذ كل واحد منهم ما من خدمة العبد أو أجزائه بقدر حصته فإذا مات الموصى له بالخدمة عتق العبد (مسئلة) ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ثم هوسر ولم يترك غيره ولم يجز الوارثة فقد قال ابن القاسم في المجموعة يعتق ثلث العبد وتبطل الخدمة قال أشهب كنت أقول ينضم بثلثه فلان أسنة ثم هوسر كما يفعل ذلك اذا كان العبد ثلث الميت ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حلت وصية الميت فكان مالك يقول القول الاول ثم يرجع مالك الى هذا القول وقاله ابن كنانة وجه القول الاول ان العبد لو أعتق جميعه لم يمته الخدمة فاذا عتق ثلثه أيضا لم يخرج له الخدمة عما أوصى له به ولا يزيده في العتق اسقاط الخدمة فلزمته الخدمة ما عتق منه وجه 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 حل الثلث منه ولا يصح ذلك الا ببطال الخدمة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان قدم التعبير المذكور في الوصية بالخدمة عمره أو بالنفقة عمره روى أشهب عن مالك في العتق وغيره ما يعمر ونسبعين 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 التعبير في المفقود من السبعين الى المائة وقال عبد الله بن عبد الله بن عبد الحكم والمائة كبير وجه القول الاول ان السبعين هي نهاية العمر المعتاد غالباً وانما يزيد على ذلك النادر ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق في ذلك فيجب أن يراعى حق الجانبين وجه القول بالثمانين انه عمر قبيل يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه وان كانت وشذت فانما يكون في حكم المرض فكان حكم التعبير أولى بالثمانين وجه القول بالمائة انه على حكم الحياة فاب فلا يقتضى عليه بالموت الا باليقين أو ما يقوم مقامه من الامر الذي لا يبلغه أحد في زماننا وهي المائتان أدى بلوغه لأحفظه لا يصح أو يشذشذوذ لا يرجي لأحدهما وقد تقدم في المفقود من ذكر التعبير اذا أضيف الى هذا بلغ منه المقصود ان شاء الله تعالى (مسئلة) وحكم التعبير ان ينظر كم مضى من عمره الى يوم يستحق الاخذ من الوصية وينظر كم بقي له من ذلك الوقت من التعبير فيصاح بما يجب له من النفقة والكسوة والسكنى أهل الوصايا وانما قلنا ذلك لأنه لا يدري كم يعطيه ولا كم يوقفه من الوصية الا بهذا الوجه ولو أوقفنا له جميع التركة لأضر ربنا الوارثة وأهل الوصايا ولو دفعنا جميعها الى الوارثة وأهل الوصايا لقطعنا حقه من الوصية وأبطلنا ما اد الموصى منها مع جوازها فلم يكن يؤمن التعبير ليتوصل بذلك الى استيفاء حقه من الوصية وإيصال الورثة وأهل الوصايا الى حقوقهم منه والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى له بالنفقة أو الخدمة عمره فمصر وخصص أهل الوصايا بذلك فهل يدفع اليها ما صاب في المحاصة من النفقة أو يوقفه قال القاضي أبو محمد في معونته يوقفه ولا يدفع اليه وجه ذلك انه انما يستحق ذلك الذي لكونه في تلك المدة حياً وقد تخترمه المنية قبل ذلك وقد أتلف ما خرج له التعبير وذلك ممنوع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان زاد عمره على ما عمره أو قصر عن ذلك في 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 الورقة وان فني ما أصابه وهو حتى لم يرجع على أهل الوصايا بشئ ولم يوثق له تعبير وهو حكم مضي والقياس ان يوثق التعبير 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 آراه كله الا من قول أصبغ وما أصابه فهو مال من ماله لا مرجع فيه لأحد ولا شك ان ابن القاسم الى هذا رجع والقول الآخر في اثنان التعبير في فناء ما أعطى قبل موته أو موته قبل ان يفنى هو قول أشهب وقول ابن القاسم أقول

(الباب الرابع في تبدئه بعض الوصايا على بعض)

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغيرها لا ينظر الى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وانما يبدأ بالأول وكذا قالوا وكذا 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 منظر فقسم قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ان ذلك في ماله ان يرجع عنه فاما ما لا يرجع عنه من عتق بتل في مرضه وعطية بتلت وتدير فيه فلا يبدأ بالأول وكذا ولكن 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 بعنق عن قتل خطأ أوظهار لان ذلك مما ليس له الرجوع عنه الا أن يريد بذلك ما يلزمه فتعين المطالبة به فيلزم على ذلك مدبر الصحة على كل وجه وقال ابن حبيب باثر ذلك ولو أوصى بهذه الكفارات وبالزكاة وقال زيد واعلى ذلك عشرين دينارا أو وصيت بها فلان لندبت قال وقاله أصبغ فذهب في لزوم ومنع التبديئة الى ما بتل من عتق أو عطية وقد تقدم له انه يمنع ذلك وان شرط التبديئة في تدبير المرض فحصل من هذا أن المدبر والموصى بعقته سواء ولا يكاد يتصل له أصل الاعلى ضعف وهذه الزكاة التي أوصى بها في الصحة أو في المرض قبل عتق بتل أو معه في لفظ واحد فاما ان بتل 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 معنون فقال هذا ان كانت الوصايا معا أو كانت الوصية بالزكاة قبل وقال ابن القاسم في المجموعة ان يرى المريض قد برعبدا ثم بتل عتق آخر يدى بالتدبير ولو بدأ بالعتق لبدى العتق لانه قد ثبت لهما من الثلث ما يرجع فيه فهما 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 قاله والمغيرة واذا برعبده ثم أوصى بزكاة وكفارات ايمان قدم المدبر فراعى التقديم في الوصية باللزم 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 العتي وأبن المواز يبدأ بصدق المريض قال أشهب عن مالك في العتبية وان كان أكثر من صدق مثلها واختلف قول ابن القاسم فيه وفي تدبير الصحة فتقدم المدبر مرة قال ابن المواز وبه قال مالك وأصحابه قال العتي وأبن المواز وقدم الصداق أخرى وبه قال عبد الملك في المجموعة وروى عن ابن القاسم رواية ثالثة يسوي بينهما بالخاصة فوجه القول بتقدم الصداق لانه مختلف في كونه من رأس المال وقال ابن الماجشون في المجموعة

هو كالجنابة ووجه آخر انه ان صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة ورأس المال والمدبر لا ينتقل من الثلث ووجه القول الآخر انه أمر لازم في الصحة فكان مقسماً 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 الاما هله أشهب في المجموعة وهو ما قدمنا ذكره ان الزكاة والكفارة مقسمان على التدبير ووجه قول مالك وأصحابه ان التدبير أمر لازم حال الصحة مختص بالعتق وللعنق تأثير في التقديم ووجه قول أشهب أن هذه حقوق لازمة متقدمة بالشرع فكانت مقدمة على ما يلزمه المرء من نفسه ولذلك قدم على سائر الوصايا (فرع) اذا ثبت تقديم الصداق والمدبر فقد قال ابن المواز فيهما الوصية بما فرط فيه من الزكاة وقاله ابن القاسم في الموازية والعتبية وقال مالك الزكاة مبدأة على كل كفارة وعتق وإبتال في المرض ووصيته يريد بذلك اذا أوصى بها وروى البرقي عن أشهب ان العتق يريد المعين يقدم على الزكاة والزكاة تقدم على الصدقة قال محمد وقول ابن القاسم أحب الينا وقال ابن الماجشون في الواخضة اذا أوصى بوصايا كان له لعامة أو لعامة فخرط وزكاة فطره وكفارة تطهار وقتل وجزاء صيد وكفارة أيمان وما ابتل في مرضه من عطية أو صدقة أو حبس أو أصدق عن ليس بولد فذلك مبدأ على الزكاة بوصى به مما فرط فيها وعلى غير ذلك من الوصايا وكذلك المدبر في المرض مقدم على الزكاة المفترط فيها اذا أوصى بها فهذه الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض وتقدم هي على الوصايا ووجه القول الأول ان الزكاة اقرار بأمر مقوم وجوبه بالشرع فكان مقسماً على ما ثبت من فعله وعلى ما أوجبه هو على نفسه كالصلوات والصوم وما وجب منها بالشرع آكد مما أوجبه هو على نفسه وقد قال ابن حبيب ان المبتل في المرض يقدم على الزكاة لانه لو شاء قال لم تكن على زكاة وقاله كماله فقد كنت أقول انه أراد به أوصى بالزكاة حال مرضه بعد العتق لكنه علل بما قدم وذلك يقتضى ضعفها عندهما كانت مصر وقتها 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 يحاص 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 ووجه قولنا بتقديم زكاة المال انها واجبة بنص القرآن فكانت أقوى مما ثبت بخبر الآحاد ووجه القول الثاني انها زكاة اثنان واجبتان فلم تقدم احدهما على الأخرى كزكاة العين وزكاة الماشية (مسئلة) فاذا قلنا بتقديم الزكاة بعد المدبر على مذهب ابن القاسم فقد قال في كتاب ابن المواز ثم بعدها عتق الظهار وعتق القتل على وجه الخطأ ووجه تقديم الزكاة عليها ما قسمنا من وجوبها بالشرع وأيضا فان لهذا العتق بدلا يجزى عنه عند عدمه ولا بد 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 نفى وجوبها في الجنائيات ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك وضاق الثلث عن العتق لها فان كان فيما يعتق عن كفارة القتل ويطعم عن كفارة الظهار فنذلك إذا اطعم في القتل ولو لم يكن في الثلث غير رقبة واحدة أخرجها ورثته عن أيها ماشاؤا وقال أصبغ أحب الى أن يخرج عن القتل لعلمه يظهر له مال فيطعم عنه فان أيس من ذلك فمن أيها ماشاؤا وهذا قول آخر في المساواة بينهما غير رواية القرعة وغير رواية المحاصصة وهي رواية تخيير المنفذ للوصية في أن يخرج الرقبة عن أيها ماشاؤا وأما قوله يطعم عن كفارة الظهار فقد قال ابن

القاسم في المجموعة انهارا رواية مبنيّة على تقديم عتق القتل فان بقي بعد ذلك للظهار ما يطعم عنه أطعم
 قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي 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 فيه عتق على الطعام ثم اطعام الظهار فأشار إلى أنها إذا انتقلت إلى الطعام
 لنتص حصتها من الثلث عن العتق نقصت مرتبتها 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 أيرجع إلى الورثة قال لا
 قيل يعان بها في رقبة قال عيسى قال أصبغ يعان بها

(فصل) وليس شيء مما ذكرناه على رواية المحاصصة بينهما وقد ذهب بعض القرويين إلى أن معنى
 التخاصص بينهما ان ما وقع للظهار أطعم به وما وقع للقتل أعين به في رقبة وهذا أشبه بالمحاصص وعندي
 انه يقسم ما أصاب الرقبين بينهما ما نصفين والله أعلم وقد اختلف قول ابن الماجشون في ذلك فقد
 ابتدأ بالقتل وقال يحاصص بينهما وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم يفرع بينهما وبه قال أبو العباس
 الأيباني (مسألة) قال في كتاب ابن المواز ثم اطعام الظهار ثم كفارة الأيمان وانما قدمت عليهما
 كفارة القتل والظهار لان العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه الا مع عدم القدرة عليه وكفارة الأيمان على
 التخيير وللعق 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 بهاتين أو فخرجا
 فلا تبدأ هذه وهي كالوصايا بالصدقة (مسألة) ثم كفارة الفطر في رمضان وانما قدمت عليها
 كفارة الأيمان لان كفارة العيمين 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 أبو بكر انها يتساويان فيجب أن يتحاصوا وقد رأيت أبا محمد عبدالحق ذكر تأثير كفارة الفطر
 والنذر ولم يذكر كفارة تفريط القضاء ولعله ذهب إلى أن حكمها حكم كفارة الفطر والله أعلم وأحكم
 واختلف قوله فيها فقال يتحاصن وقال يبدأ بكفارة القتل إذ لكفارة للظهار بدل وقال ابن
 الماجشون في الواحظة بالقولين وقال أبو محمد عبدالحق وروى عن أبي العباس انه يفرع 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 والتسديد في المرض
 وقال في المجموعة ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق ثم الاطعام ثم كفارات الأيمان وهو الأول
 الذي أورده عند الاستيعاب وانما قدمنا عليه ما يقدم لانها كلها أمور لازمة لاسباب موجبة ووجبت
 الوصية بها قبل العتق في المرض والتسديد والعتق وغيره وقال ابن القاسم في الموازية ان
 المدبر في المرض والمبطل فيه يبدأ وقاله مالك في غير الموازية وقال مطرف المبطل في المرض
 يبدأ على المدبر فيه والمدبر فيه والموصى بعتق يتحاصن 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 بافاقة وفي الموازية اختلف قول مالك في
تبدئة العتق البتل والتدبير في المرض على الموصى بعته فقال يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعته
وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب وقال أشهب يتماصون وبلغني أن هذا آخر قول مالك
وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب انه قال الموصى بعته والمبتل في المرض والمدبر
يتماصون واحتج مالك للقول الأول بما تقدم واحتج أشهب للقول الآخر أنه قال أتباخران ان مت
فان عشت فأنت بافلان لاحدهما حر فلم يفضله عليه في موته قال ابن المواز وبالقول الأول أقول
لانه قاله ان مت فأنت حر وان عشت فأنت حر فلو تم جعل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب لانه
لو شاء باعه في مرضه وبقى قوله ان عشت فأنت حر فيلزمه ان عاش ولو كان بتل عتقه في مرضه ثم
ادان ديناً 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 فقدر وى ابن وهب عن مالك في الموازية
ان صدقة البتل مقدمة وقال ابن دينار وتقدم أيضا على الوصية بعته معين اذله أن يرجع عنه وقاله
الغيرة 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 وساق عن ابن ليس يوارث صدقاتك
مبدأ على عتق الوصية قال الشيخ أبو محمد يرابعينه وعلى غير ذلك من الوصايا الا عتق البتل فالعتق
أولى وهما أولى من المدبر في المرض والمدبر فيه مبدأ على الوصية بزكاة فرط فيها وروى ابن القاسم
عن مالك انه توقف في تبدئة الصدقة البتل على الوصايا وكذلك في العتية 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 والعتية اذا كان أمرهما في كلام واحد في مرضه فقال هذا
مدبر وهذا حر بتلاصا بعد موته قاله ابن القاسم ولو بدأ في مرضه فمدبر هذا ثم بتل هذا أو بتل هذا
ثم حر هذا بدى بالأول لانه ثبت له من الثلث ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدأ على الموصى
بعته (فرع) قال أشهب في المجموعة والكلام المتصل لاصات بينه وهو معنى قولنا في لفظ واحد
وقال ابن القاسم في الواحدة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهم معا وأما ما كان في فور بعد فور
فالأول مبدأ (مسألة) والعتق الموصى به يتساوى فيه العبدان بدأ بذكر بعضهم قبل بعض وأما
اذا بتل في المرض فبدأ بواحد قبل واحد ودبر كذلك بدى بالأول ثم الذي يليه ما لم يكن كلاما متصلا
وذلك بان يقول فلان حر بتلا ثم سكت سكتوا يعلم انه لم ير غيره ثم يبدأ فيبتل غيره فهذا ان يتماصان
ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه (مسألة) ولو بتل عتق عبدي في مرضه ثم بتل من آخر نصفه في
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 الجمالة
في البيع وقماعا فاما ان يبدأ باحدهما فهو المبدأ (مسألة) ثم الموصى بعته معينا يقدم على سائر
الوصايا قاله مالك قال أشهب وانما يقاسم العتق بعينه لان من أعتق شخصا من عبدا استتم عليه ولا

يفعل ذلك في صدقة ولا غيرها قال أشهب وغيره عن مالك انما يبدأ على الوصايا العتق بعينه كان في ملك أو غير ملك وما لم يكن بعينه فلا تبدئ به قال أشهب لانها تبدئ بمال وقال ابن أبي حازم لا يبدأ الا ما كان في ملكه وجه القول الاول أن الرقبة المبيعة للشراء أو العتق قد اختص العتق بها كالتى في ملكه ووجه القول الثانى انها رقبة لا تختص بملكه كالتى لم تعين (فرع) فاذا قلنا بتقدمها على الوصايا فان اجتماعا فى الموازية عن مالك وأشهب وعبد الملك قدمت التى فى ملكه وقال ابن القاسم فى المجموعة عن مالك يتحصان واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا الا من شذان التى فى ملكه تبدأ على الوصايا أو أكثرهم لا يبدأون التى فى غير ملكه على الوصايا واحتج لذلك عبد الملك انه يبدأ التى فى ملكه قتم حريته ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره وجه رواية ابن القاسم انهما معينان كما لو كانتا فى ملكه (فرع) والرقبة التى فى ملكه والمبيعة ان دخلها معول عتق منها مبلغ الثلث والذى يبرع عنها ان دخلها معول اشترى ما يقع فى رقبة فان لم يبلغ أعين بها فبايد بصير حرا كله قاله ابن وهب فى المجموعة (مسألة) وان أوصى بعتق أحدا عبده ناجزا وبعث الآخر الى شهر فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية يتحصان فيما يقرب من الأجل ويقدم البتل فيما بعده واختلف فى تقدير القرب فقال ابن القاسم الشهر قريب وقال أشهب الشهر كثير الا أن يكون اليوم واليومان (مسألة) وان أوصى أن يعتق أحد عبديه الى أجل وان يكتب الآخر فى المجموعة لابن القاسم يتحصان وقال فى كتاب ابن المواز يتحصان اذا كان الأجل سنة وقال عبد الملك يبدأ بالتوجب قال فى الواخضة وان كان أجله بعيدا كالسنة والستين وفى المجموعة ان كان الى أجل طويل فانها يتحصان فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى به وتسقط الخدمة والكتابة وهما بدين على رقبة غير معينة كان ذلك فى كلمة واحدة أو فور بعد فور قال عبد الملك فى المجموعة ولا يدخل المكاتب فى شئ من خدمة التوجب قال ابن عبدوس احتج بشئ فظن ان معناه اننا لو أدخلناه فيها لكان تبدئة من المكاتب وجه قول ابن القاسم ان كل واحد منهما انعقد فيه عقد يفضى الى العتق واقرن به أجل والمكاتب حرية فانه قد سقطت نفقته عن السيد وامتنع اتزاع ماله فاقل ما يقتضى ذلك أن لا يقدم عليه العتق التوجب واحتج ابن المواز للقول الآخر انه عتق بتل ولا يخاف عليه مجزئه (مسألة) ومن أوصى بعتق مكاتبه وبعث عبده يتحصان رواه فى الموازية أشهب عن مالك ووجه ذلك ان هاتين وصيتان بعتق فى 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 انه يوضع من ثمنه ثلثه ويقدم على الوصايا (مسألة) قال أبو محمد عبد الحق ثم النذر مثل قوله لله على أن أطم ستين مسكينا على ما يدكر عن أبي موسى بن مناس وذهب هو وبعض شيوخ بلده الى قول أبي موسى فممن نذر فى مرضه وقول الشيخ أبي محمد فممن نذر فى حخته ثم قال بعد النذر الوصية بعتق عبد معين وبمال وبالخرج (مسألة) واذا أوصى بالخرج وبعث رقبة معينة فى الموازية يبدأ بالعتق وان كان تطوعا والموصى صرورة وقاله أشهب ورأه عن مالك وقاله ابن كنانة وابن القاسم ورواه عن مالك وانفرد ابن وهب فقال يقدم الخج للصرورة على الرقبة المعينة (مسألة) واذا كانت الرقبة غير معينة فقد قال ابن القاسم فى كتابه يقدم على الصرورة وان كان العتق غير معين وروى ابن المواز عن ابن القاسم كل شئ من الوصايا يبدأ على الصرورة وقال أشهب يقدم الخج للصرورة على غير المعين وقاله ابن وهب فى الواخضة وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أن يتحصن

بصح الصرورة أهل الوصايا والعق الذي ليس بمعين في هذا ثلاثة أقوال قول ابن القاسم في كتابه
يقدم العتق وتقول أشهب وابن وهب يقدم الحج ورواية ابن المواز يحاص بينهما وقوله ابن كنانة
وجه القول الأول ان العتق مندوب اليه وليس في الوصية بالحج للصرورة وغيره غير الاتفاق فان
الحج واقع على من يصح دون الموصى ويحتمل أن يكون قول أشهب مبني على ان الحج تدخله النيابة
ويكون الحج للموصى ولذلك شرط الصرورة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان الحج عن غير
صرورة فعلى قولنا ان العتق يقدم على الصرورة فبان يقدم على غير صرورة أولى فان قلنا لا يقدم
على الصرورة فقد قال أشهب ان لم يمكن صرورة بدى بالعتق الذي ليس بمعين والوصايا كلها
على الحج وقالا ابن المواز عن مالك وأصحابه يبدأ كل شئ على الحج غير الصرورة وقوله ابن القاسم
وقال ابن حبيب الرقبة التي ليست بمعينة حوج غير الصرورة والوصايا في الثلث شرعاً سواء وقوله
أشهب وهذا الذي ذكره من تقديم الوصايا على الحج انما مقتضاه أن مال السكاكر الوصية بالحج
ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها وفي الموازية اذا وصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما مما بعضه أفضل
من بعض فلا بد منه فيه وانما هي في العتق قال مالك ومن قال ثلثي في المسكين وفي سبيل الله
وفي الرقاب ولفلان مائة دينار تعاصوا سواء بدأ شيئاً من ذلك في كتابه وبلفظه حتى يقول بدأ
كذا على كذا فيبدأ ما علم انه لا تأثير للفضيلة في التقديم وانما التأثير لكونه أو كذا وألزم وروى في
المجموعة وغيرها ابن القاسم وأشهب عن مالك انه ليس ما ذكره الموصى في وصيته مبدأ وانما يبدأ
الأوكد فالأوكد وان تأخر ذكره الا أن يقول بلوا كذا فيبدأ فعلى هذا انما تبدأ الوصايا على الحج
لكراهية الوصية لان سائر الوصايا أفضل منه وعلى قولنا بالمحاصة بينه وبين الوصايا فلان بعضها
أفضل من بعض وليست بأوكد فلما تساوت في التا كيد وجبت المحاصة (فرع) اذا قلنا بالمحاصة فانه
يصح بما وقع للحج الصرورة من حيث بلغه قاله ابن القاسم ووجهه انه ذلك تبعض طريقه ولا تبعض
مناسكه فان أمكن أن يصح بما برزت له المحاصة ولو من مكة نفقت الوصية وان قصر عن ذلك ص
قال يحيى وسعدت مالكا يقول في النبي يوصى في ثلثه فيقول لفلان كذا ولفلان كذا يسمى
مالاً من ماله فيقول ورثته فزاد على ثلثه فان الورثة يخبرون بين ان يعطوا أهل الوصايا ووصاياهم
ويأخذوا جميع مال الميت وبين أن يقسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت فيقسموا اليهم ثلثه فتكون
حقوقهم فيه ان أرادوا بالغاً ما بلغ ش وهذا على ما قاله ان اذا كانت وصاياها كلها صدقة فان كان
جميع من أوصى لهم معينين وذكر لكل واحد منهم عدداً منصوصاً عليه لم يزد عليه ولم ينقص منه
الآن تنقصه المحاصة لضيق الثلث وان كان في بعض اللفظ اشكال في المواز يفتين أوصى فقال لزيد
عشرة ولعمرو وخالد عشرة ان للاول سبعة ونصف والثالث سبعة ونصف والاول سبعة ونصف
ذلك عندي انه لو قال لزيد عشرة ولعمرو لسكانت العشرة بينهما لكل واحد منهما خمسة ولو قال
ابتداء لعمرو وخالد عشرة لسكان بينهما فلما قال لزيد عشرة ولعمرو وخالد عشرة قال لزيد لعمرو
ان كان أراد الموصى ان العشرة التي أضافها الي يني وبينك فالخمس للي والخمس لك وان كان أراد ان
العشرة التي أضاف الى خالد وبينك وبينه فلا شئ لك من الخمسة التي أضاف الى العشرة كلها الى
والخمس خالصه الى علي الوجهين والمنازعة بيني وبينك في الخمسة الثانية فنصفها لك ونصفها الى مع الخمسة
فيكون لزيد سبعة ونصف ولعمرو اثنان ونصف ثم يقول له خالد مثل ذلك فيصير له أيضاً اثنا
ونصف وخالد سبعة ونصف فعلى هذا يجري فيها القول (مسئلة) ومن أوصى فقال لفلان مائة ولم

قال وسعدت مالكا يقول
في النبي 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 ووصاياهم يأخذوا
جميع مال الميت وبين أن
يقسموا لأهل الوصايا
ثلث مال الميت فيقسموا
اليهم ثلثه فتكون حقوقهم
فيه ان أرادوا بالغاً ما بلغ

يقل من أي شيء ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى ان مال الكارأي ان له مائة درهم وروى أصبغ عن
 ابن القاسم في العتبية ان كان في بلدة الغالب عليها الدينانير فله دينار وان غلب فيها الدراهم فله درهم
 فان كان فيها الامران فله درهم وهي الأقل حتى يوقن انه اراد الأكثر أو يستدل على مراده مثل أن
 يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة فيكون له مائة دينار وفي الواضحة عن
 أصبغ لو قال اعطوه طعاما ولم يقل قحوا ولا شعيرا فليعط من القمح لانه الغالب في الناس ووجه ذلك
 الاعتبار بالعرف وذلك يتقرر بالشرح وعرف المخاطبة فاذا عدم العرف فغيره من الأدلة وذلك
 بان يحصل السهم على أقرب مذكور ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان
 مائة والظاهر انه اراد مائة مما عطفت عليه ان كان جنسا واحدا فان كانت أجناسا فاحسن ذلك به
 ما هو أقرب اليه (مسئلة) ولو أوصى له بشاة من ماله فان لم تكن له غنم فله من ماله بقية شاة من
 وسط الغنم وان كان له غنم فهو شريك بواحدة في عددها ضأنها ومعزها ذكورها وانما هو صنارها
 وكبارها قاله ابن المواز ووجه ذلك ما رواه القاضي أبو محمد ان ذلك عدل بين الورثة والموصى له
 وذلك ان الورثة يقولون نعطي أذونها والموصى له يطلب أرفعها فان كانت شياهاه عشرة فله
 عشرها بالقية لان الواحد من العشرة عشرها وبما أصابه في القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة
 فان ماتت كلها الا شاة واحدة فهي له ان حلها الثلث وان ماتت خمسة منها وبقيت خمسة فله خمس
 الباقية وانما الاعتبار بما يبقى عند القسمة وما تلف قبل ذلك فكان الميت لم يتركه قاله في 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 والشافعي يحصل الموصى له كانه ابن آخر
 فله مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث قال القاضي أبو محمد ودليلنا على ما نوقله انه اذا قال له
 أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني فقد أحاله على العبد الذي 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 ففي الواضحة من قول مالك ان كانوا ثلاثة فله الثلث وان كانوا أربعة فله
 الربع وان كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت مواريتهم وقسمت ما نصيب البنين عليهم ويكون له
 مثل نصيب أحدهم وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فممن أوصى لرجل بمثل
 نصيب أحد ورثته وهم عشرة أولاد ذكور واناث أو ذكور كلهم فله عشر ماله قال أصبغ في كتاب
 ابن المواز ان أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل جزئه أو قال هو كبعض ولدي أو كأحد 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 القاضي أبو محمد لا ينظر الى
 اختلاف فروضهم لان الانصاء اذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر أولى من الأقل فلم يبق الا
 الاعتبار بالعدد (فرع) وان كان ولده بنات ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ونحوه
 في المواز به يقسم ماله على الفرائض فكان له مثل سهم بنت من بناته فان كان بناته أربع فله ربع
 الثلث فان كانوا ثلثا فثلث الثلث ثم يخلط جميع ما تبقى فيقسم باقيه على الفرائض (مسئلة)
 واذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهموم يعينه ثبت له جزء من ماله مقدر خلافا للشافعي في قوله
 يدفع اليه الورثة ماشاؤا والدليل على ما نوقله 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 قدر له وفي ذلك ابطال الوصية (فرع) اذ اثبت ذلك فقال أصبح
وابن المواز له سهم واحد ما 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 سهما مما تنقسم عليه الفريضة
قلت السهام أو كثر وقيل يعطى سهما من سهام الفريضة ان كانت تنقسم من ستة فأقل ما لم تجاوز
الثالث فإني الثالث 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 سهما تنقسم عليه فريضة قلت السهام أو كثر ومنهم من قال يعطى السدس وقال أبو
حنيفة يدفع اليه مثل أقل سهام الورثة الآن 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 العتية له سهم من عشرة ووجه ذلك انه أقل سهام تلك الفريضة
(مسألة) ومن أوصى بوصايا وقال مع ذلك أو فسوا في هذا المسجد مصباحه في المدونة يحاص
المسجد بالثلث وبالصايا بما سمي لها فإصار للمجد وقف لمصباحه حتى يفتى قال سمنون وكذلك كل
ما كان غير متوجّل مثل أن يقول استقوا الماء واعطوا المساكين درهما كل يوم فكابه أو وصى
بثلثه للمم بوقت (فرع) واذا أوصى بمجهولات في المجموعة لابن الماجشون انه يضرب فيها
كلها بالثلث مع سائر الوصايا وكأنها صنف واحد ووجه ذلك انها وصية بمجهولة 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 وحاله
ولا يعطى النصف وقال أشهب في المواز ية المجموعة فعين قال ثلثي لفلان وبني فلان ففلان كرجل
من بني فلان يأخذ كأحدهم وقال أبو حنيفة في الذي أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين
لفلان الثلث وللفقراء الثلث وللساكين الثلث (فرع) اذ اثبت ذلك فلومات فلان قبل القسمة
فلا شيء لورثته والثلث للساكين قاله محمد (مسألة) وهذا اذا جعل في وصيته معينين وغير معينين
وان كان كلهم غير معين فقد قال ابن القاسم في المواز ية من قال ثلثي لقرابتي وللساكين يعطى قرابته
نصفه ولا يعطى أغنيائهم وليكن بين فقراهم بالاجتهاد قال ابن القاسم وبلغني عن مالك فممن أوصى
بثلثه في السبيل والفقراء واليتامى يقسم بينهم بالاجتهاد أثلاثا قال أشهب ومن قال ثلثي بين بني اخوتي
وبين بني اخوتي وبين بني فلان فلا يكون بينهم أثلاثا ولكن على قدر الحاجة والعدد وقال ابن القاسم
وليس كالثالث ثلثي لفلان وفلان وأحدهما فقير والآخري فالثالث بينهما نصفان
(فصل) وقوله فيقول ورثته فلن زاد على الثلث أضاف القول اليهم لأن القول في ذلك قولهم اذا لم
يثبت له من المال الا ما ظهره قال في غير الورثة بين ان يعطوا أهل الوصايا وصايلهم على ما ذكرت
ان فسرت الوصايا أو أوجلت ويكون لهم بقية التركة لقول الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين
فان أبو ذلك قسموا لأهل الوصايا الثلث مال الميت وسلموه اليهم فتعين حقوقهم فيه سواء كان ذلك
الثلث قليلا أو كثيرا وانما كان الخيار للورثة لأن الميت قد تجاوز ما جعل له من الوصية بالثلث الى
الزيادة عليه فكان للورثة أن يميزوا ذلك ويمنعوا لتعلق حقهم به لأن الموصي انما منع من الزيادة

﴿ أمر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في أموالهم ﴾ (١٧٥) قال يحيى سمعت مالكا يقول أحسن ما سمعت

في وصية الحامل وفي قضائها في مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمريض فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فإنه يصنع في ماله ما يشاء وإذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء الا في ذلك قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرناها بأسحق ومن وراء اسحق يعقوب وقال حلت حلا خفيفا فرت به فلما اتقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا اتقلت لم يجز لها قضاء الا في ثلثها فأول الايام ستة أشهر قال الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حلت لم يجز لها قضاء في مالها الا في الثلث وهذا على حسب ما قاله ان الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية في الاجذم والمنفوج وأهل البلاء انهم كالصحيح الا فيما يخاف عليهم منه وقال عثمان بن عيسى بن كنانة في الامراض الطويلة كالفاالجذام والبرص والجنون وحجى الربع وشبهه ان 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 فيمن به رجح يدخل ويخرج وهو مضر ومعتل مضفر بمشي أحيانا الاميال فأجازوا فعله في النكاح والطلاق وغيره وراوه كالصحيح وروى ابن المواز عن مالك في الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم الا بين اثنين وقد احتسب في المنزل فقال فعله جائز الا ان يأتي من ذلك ما يخاف عليه فيكون كالمريض والله أعلم وأحكم

على ذلك لحق الورثة ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكفون الناس والله أعلم وأحكم فلما كان لهم منع من الزيادة على الثلث كان للموصي له أن يستوعب الثلث الذي كان لليت أن يوصى به وليس للورثة منعه منه 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 كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فإنه يصنع في ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء الا في ذلك قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرناها بأسحق ومن وراء اسحق يعقوب وقال حلت حلا خفيفا فرت به فلما اتقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا اتقلت لم يجز لها قضاء الا في ثلثها فأول الايام ستة أشهر قال الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حلت لم يجز لها قضاء في مالها الا في الثلث وهذا على حسب ما قاله ان الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية في الاجذم والمنفوج وأهل البلاء انهم كالصحيح الا فيما يخاف عليهم منه وقال عثمان بن عيسى بن كنانة في الامراض الطويلة كالفاالجذام والبرص والجنون وحجى الربع وشبهه ان 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 فيمن به رجح يدخل ويخرج وهو مضر ومعتل مضفر بمشي أحيانا الاميال فأجازوا فعله في النكاح والطلاق وغيره وراوه كالصحيح وروى ابن المواز عن مالك في الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم الا بين اثنين وقد احتسب في المنزل فقال فعله جائز الا ان يأتي من ذلك ما يخاف عليه فيكون كالمريض والله أعلم وأحكم

(فصل) وأمان كل مما ذكرناه ما يكون بين العلة لا يخرج الاخر وجاير يده به أن يغض فعله فان أفعال هذا في الثلث قاله ابن كنانة فكان ذلك أول حمل المرأة خفيف وأهل لطيف قال الله تعالى حلت حلا خفيفا فرت به والغالب عليه البشارة والسرور قال الله تبارك وتعالى فبشرناها بأسحق ومن وراء اسحق يعقوب فاذا مضت له ستة أشهر فهو أول الاتقال قال الله تعالى حلت حلا خفيفا فرت به فلما اتقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين وذلك انه 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 ان الحمل يكون أمده ستة أشهر فهي ترتب الوضع الذي يكثر فيه الخطر ويستدفيه الأثم مع نقل الحمل وتتابع ألمه فهي بمنزلة المريض مرضا مخوفا فأفعالها في الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قوليهما ان أفعالها جائزة ما لم يضر بها الطلق والدليل على ما نقوله ان هذه حال تصح فيها ولادتها كحال الطلق (فرع) وهذا تعرف انها بلغت ستة أشهر روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم ان ذلك يعرف بقولها وهي فيه مصدقة ولا يسأل النساء عن ذلك ص قال وسمعت مالكا يقول في الرجل يحضر القتال انه اذا زحف في الصف

للقتال لم يجزله أن يقضى في ماله شيئاً الا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليهما كان بتلك الحال ❦ ش. وأما الزاحف الى القتال في الصف فقد قال مالك انه كالمريض في أفعاله قال وكذلك من حبس للقتل قال القاضي أبو محمد في قصاص أو حده وهو خلاف لأبي حنيفة في اجازته 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 وأما أروا القتال وهو الذي كانوا يمتنون به هذا القاضي أبو محمد ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منه كالمريض المخوف والبراز في القتال والتقريب للقتل (مسئلة) وأما ركب البصر إذا أدركه الهول وخاف العرق قال مالك هو كالمريض وبه قال أشهب ورواه عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب وكذلك من جعت به دابته وقال ابن القاسم هو كالمصحح قال القاضي أبو محمد والقول الاول أقيس لانه حال خوف على النفس كاتقال الحل والزحف للقتال في الصف

(فصل) وقوله اذا زحف القتال في الصف يقتضى انه انما يصير له هذا الحكم اذا صار في الصف يريد والله أعلم في صف المقاتلين وحلتهم وأما اذا حضر في النظارة أو كان متوجهاً للقتال قبل أن يصل الى الصف فليس له هذا الحكم لان بمحموله في صف المقاتلة وبمباشرة القتال ومحاولته يثبت الخوف وأما من كان في صف الرد فمأر فيمنصلاً أصحابنا وعندى انه لا يثبت له هذا الحكم الا بالكون في صف المقاتلة والله أعلم وأحكم

❦ الوصية للوارث والحيازة ❦

ص ❦ قال يحيى سمعت مالك يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قدمة 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 لسكل وارث حقه من تركة الميت فليس للوصى أن ينقص أحدهم من حقه ولا أن يزبد فيه بوصية أو غيرها وقد روى 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 فيمن أوصى لأقاربه ان ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة يدخل فيه كل ذي رحم منه من قبل الرجال والنساء محرماً وغير محررم فهو ذوقرابة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه يدخل في ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه ويدخل فيه الاعمام والعمام والأخوال والخالات والاخوة والاخوات وروى عيسى في العتبية عن ابن القاسم لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الأم قال عنه أصبغ في الواضحة ولا بنو البنات قال عنه عيسى وأصبغ الا أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولو ولد البنات قال عنه أصبغ لانه يرى انه أياهم 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 والعمام والأخوال والخالات وبنات الاخ وبنات الاخوات وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن

للقتال لم يجزله أن يقضى في ماله شيئاً الا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليهما كان بتلك الحال

❦ الوصية للوارث والحيازة ❦

❦ قال يحيى سمعت مالك يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قدمة الفرائض في كتاب الله عز وجل

اللباد في الذي يوصى لقرابته ينظر الى المال فان كان قليلا كان لأهل حرمه دون غيرهم وان كثر
 دخل فيه الخولة وغيرهم وحكى القاضي أبو الحسن ان اطلاق لفظ الذرية لا يتناول ولد البنات
 (مسئلة) اذ اثبت ذلك فقد قال أشهب لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون استحسانا وليس بقياس
 وكأنه أراد غير الوارث كالموصى 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 عمومها وانما ذكر ذلك ليعرف مقصده في
 الاستحسان والقياس (مسئلة) ولو كان بعض آثار به مسلمين وبعضهم نصارى فقد روى ابن
 المواز عن أشهب انه يسوي 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 المذكر أو لان ذلك عرف الاستعمال واذا أوصى لعقبه فقد قال
 القاضي أبو الحسن ليس ولد البنات بعقب وكذلك اذا أوصى لولده قال ومن أحبابنا القاضي
 أبو الحسن عمر بن أبي عمرو ومن قال يدخل البنات في الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم
 فيعمل على ذلك بعرف الاستعمال (مسئلة) اذا قال لذي رحي ولم يقل لذي قرابتي فهو مثل ان
 يقول لذي قرابتي قاله أشهب في المجموعة ومن أوصى لأهله في العتية والمجموعة من روايتهم ابن القاسم
 عن مالك ان أهله عصبته وانى لأخواله قال في المجموعة ومواليه حقا والعصبه أبين وروى
 ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون اذا أوصى لقرابته وأولاديه وأهله وأهل 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 العصباء والبنات والاخوان والعمات ولا يدخل في ذلك الخالات قال أبو زيد عن ابن القاسم
 وان لم ينس منه الاخال والخاله لم يدخل فيه وهو العصبه دونه (مسئلة) واذا أوصى لمواليه ففي
 الموازية عن مالك ان كان له موال من قبل أبيه ومن قبل ابنه أو قرابته يرثونه فليبدأ بمواليه الذرية
 ويعطى الآخرون الا أن يكون الأبعد أحوج وهذا يقتضى ان اسم مواليه يتناول جميعهم وروى
 صنعون وعيسى عن ابن القاسم في العتية ان بين من أعتق خاصة والافكلهم 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 العتية 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 الولاة 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 بعتقه بعلموته وروى ابن
 وهب عن مالك في المجموعة يدخل في ذلك أم ولده وهذا لانهم يعتقون بموته فهم حين وجوب الوصية
 من الموالى وقديين ذلك عيسى فقال في المدبر اذا خرجوا من الثلث (مسئلة) وأما المعتق الى
 أجل والمسكتب ففي الموازية عن ابن القاسم ان عتقا قبل القسمة دخل فيه وان سبقهم القسم فلائى

لهم وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك بخلاف مع الموالي بالسواء فصار للكاتب والمعتق الى
 أجل وقف لهم فان أدى الكاتب وأعتق المورث أخذوا بالارادى بقية الموالي 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 ولم يوص لهم ماله أنهم عليهم وموار أنهم مواليه ففي المجموعة
 والموازية عن ابن القاسم وأشهب انه للذين أنهم هو عليهم وقال عبد الملك هو لاحقهم ما به وأشهبهما
 بالعطية فان اشتباها فهي بينهما نصفان
 (فصل) والذي يقتضيه الفصل على تأويل مالك أن الوصية للوارث ممنوعت لانيها من تفضيل بعض
 الورثة بتغير 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 ما أوصى له به أن يعطيه لمن شاء فان اقتضى ذلك الموصى فهو الاتم 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 صرفه 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 الفنى ممن يرى ان الموصى لم يقصد أن يوصى له به أو ممن يظن به
 الحاجة ووجه ذلك أن الوصية لا تنافي الفنى 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 فنلك من دودان 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 وإنما قصد به سيده وهو وارث لان للسيد انتراعه من
 العبد (فرع) وكذلك الوصية لأم ولد وارثه قاله ابن القاسم وقال أشهب وابن القاسم في المجموعة وكذلك
 المكاتب الا أن يكون ملياً بقدر أن يؤدي فذلك جائز له (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 انزعوه منه فكان وصيته لم تنفذ فاستحسن أن يقر بيده
 حتى يتنفع به ويطول زمان ذلك فان أرادوا بيعه بعهده به وقاله مالك (مسئلة) ومن أوصى لغيري
 فقد ذكر القاضي أبو محمد في اشرافه تجوز الوصية للشركيين أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قال
 والدليل على ذلك قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ومن جهة المعنى ان كل من جاز
 تملكه لغير الوصية جاز بالوصية كالذمي والمستأمن وفي المجموعة فممن أوصى لبعض أهل الحرب
 وقال فان أجز ذلك والافه في السبيل فلا يجاز هذا في سبيل ولا غيره ويورث وهذا يقتضى ان
 الوصية للحرب لا تجوز وبه قال أبو حنيفة ووجه ذلك انه عورن لهم على الحرب واعلاء كمال الكفر
 فوجب أن يمنع من ذلك (مسئلة) ومن أوصى أن يجمع عنه أو يصام عنه لرجل معين وله كذا أو
 أن ينفذ باقي الثلث ففي الموازية ما كان للصوم فيليرد ولا يصم أحد عن أحد وينفذ ما أوصى به ليصح
 عنه ووجه ذلك ان الصوم من عمل الأبدان لا تدخله النيابة كالمصلاة والجمع له تعلق بالمال وعبادات

المال تدخلها النيابة كالزكاة والكفارة (مسئلة) اذ اثبت ان الوصية للورثة لا تلزم فانها تجوز اذا اجازها الورثة خلافا لمن يمنع ذلك لان المنع انما هو لحقوق الورثة فاذا اجاز واذلك فقد تركوا حقوقهم كاجازتهم الزيادة على الثلث وتركهم سائر حقوقهم ص قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها انه لا تجوز وصية لوارث الا ان يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان اجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن أبى أحد حق من ذلك مجزى يعقل أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصعابة 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 اعتقد ان الحديث لشهرته واتفاق العلماء على العمل بمضمونه وكثرة نقلهم له انه قد بلغ عندهم حد التواتر والحديث المروى 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 وتروى سحنون ومحمد بن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت زوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ان كانت علمت 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 علمت 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 ففي عطية من الموصى دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو عبد وأنصراني فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحته ثم ماتت وهي زوجة بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجة ثم طلقها قبل أن يموت فنذبت الوصية لها (مسئلة) ولو وهب غير وارث في صحته فجاز الهبة في صحته ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس المال قاله أشهب ولو وهب أخاه في مرضه هبة وقبضها المعطى وهو غير وارث ثم صار وارثا فلهبة باطل قاله أشهب ولو وهب امرأة هبة في مرضه ثم تزوجها فمات من ذلك المرض فالوصية جائزة في ثلثه لانها لا ترد ولو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم فذلك كله جائز ووجه ذلك أن الاقرار بالدين حتى ثابت في ذمته فروعى ثبوته حين الاقرار به وهو لم يكن وارثا ذلك الوقت وليس كذلك الهبة في المرض فانما ينظر فيها بعد الموت فلذلك اعتبر بحاله حين الموت

(فصل) وقوله ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة يقتضى انها مردودة اذا منع ذلك الورثة فن 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 فاحصل للاجنبي 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 اشركه غير وارث وهذا الذي قاله أبو محمد يحتاج الى تفصيل وذلك انه لا يخلو أن يكون مع الوارث الموصى 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 للاجنبي نفذ له وما صار للوارث رجع ميراثا

قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان اجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن أبى أحد حق من ذلك مجزى يعقل أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصعابة 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 اعتقد ان الحديث لشهرته واتفاق العلماء على العمل بمضمونه وكثرة نقلهم له انه قد بلغ عندهم حد التواتر والحديث المروى 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 وتروى سحنون ومحمد بن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت زوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ان كانت علمت 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 علمت 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 ففي عطية من الموصى دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو عبد وأنصراني فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحته ثم ماتت وهي زوجة بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجة ثم طلقها قبل أن يموت فنذبت الوصية لها (مسئلة) ولو وهب غير وارث في صحته فجاز الهبة في صحته ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس

فان لم يكن معه وارث غيره يعلم انه اراد تفضيله عليه فلا يحاص بذلك وكذلك لو اوصى لجميع ورثته مع الأجنبي وقد استووا في الصفة وسهام الميراث الا ان يكون الورثة ذكورا واناثا وسواى بينهم في الوصية فقد خص الاناث فيصا من الأجنبي وبماذا يحاص من روى أصبغ عن ابن القاسم في الموازية في ابن و بنت اوصى لكل واحد منهما بمائة ولا جنى بمائة ان الابنة تحاص الأجنبي بمخمين وهي التي زادها على مورثها ما أعطى الذكرواثة وكان يجب لها خسون وقال غيره من أهل العلم تحاص بثلث المائتان مورثها من مائتين ثلثا مائة فخاص بالزائد وهو ثلث مائة و روى أشهب عن مالك في العتية فممن اوصى بثلثه تقوم وأوصى بطعام أن يحبس لعياله كلهرباً كلونه قال فلائى للموصى لهم بالثلث في الطعام ولهم ثلث ما سواه والكلام في الطعام للورثة لان بعضهم أوفر حظاً من بعض وبعضهم أكثر كلاً من بعض فان سلموا ذلك والاقصوه على مواريتهم قال الشيخ أبو محمد انظر معنى هذا وقد تقدم عن مالك انه يحاص الورثة الأجنبي عند اختلاف انصائهم به اراد القليل النصيب الا ان يعنى انه اوصى لعياله بقدر مواريتهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندي انه لما اوصى بالطعام لأهله فهو استثناء من ثلثه فلا حظ له فيه للأجنبي الموصى له بالثلث سواء فاضل بين ورثته في الطعام أو سواى وانما تكون المحاصة في غير المعين والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن اوصى لوارث فانفذت وصيته ثم قام بعض الورثة فقال لم أعلم ان الوصية لا يجوز له فقد قال مالك في الموازية يخالف انه ما علم ويكون له نصيبه منه ووجه ذلك ان هذا مما يجبهه كثير من الناس فاذا كان مثله يجبه هذا حلف على ما أتكره من ذلك وقضى له به (مسئلة) ومن اوصى لوارث بعد اموال وقال ان لم يجزه ورثتي فنلك في السيل أو هو حر في المجموعة عن أشهب وابن نافع وعبد الملك ذلك باطل لانه مضار بالورثة اذا منعه ما لهم منعه وبه قال مالك و ربيعة ولو قال عبدى حر وثلث ما لى في السيل الا ان يجز الورثة لابنى فهذا يجوز على ما قال وقاله مالك وابن وهب وابن القاسم وابن كنانة وابن نافع وهو قول المدنيين قال أصبغ وأنا نقوله استحساناً واتباعاً للعلماء وأما القياس فهو كالأول وقال أشهب لا يجوز وهو من الضرر كالاول وحق قول ابن القاسم انه اذا قال عبدى حر الا ان يجزه الورثة لابنى فان وصيته انما باشرت الحرية وانما يكون نصيره الى الوارث من قبل الورثة فجاز ذلك لانها ليست بوصية منه للوارث واذا قال هو لوارثى فان منع ذلك الورثة فهو حر فانما باشرت وصيته نصيره 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 حل الثلث وذلك ان ذلك المقدار يجوز انفاذه في الوجهين جميعاً لكنه لما شرط ان منع الورثة من انفاذ جميعه لفلان أن يعتق ووجد المنع منهم رد العتق على ما شرط ولما لم يجز الورثة جميعه عتق منه مبلغ الثلث كما 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 الميجز من تلك الوصية وزد حصه الأبى ص * قال وسهعت مالكا يقول في المريض الذي 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 لانفسهم ومنعوا الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فاما أن يستأذن ورثته في وصية يوصى بها

* قال وسهعت مالكا يقول في المريض الذي 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 ومنعوا 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 شاء وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتمسك 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 ثلثة وحين هم أحق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تمضيه الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه المالك شيئا فانه رد على من وهبه الا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاء إياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهبه له ميراثه ثم أنفق المالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذي وهب يرجع اليه ما بقي بعد وفاة الذي أعطيه ✎ ش وبيان ذلك والله أعلم ان اجازة الورثة تكون في وقتين أحدهما بعد موت الموصى وهي التي تقدم ذكرها واتفق العلماء على جوازها والوقت الآخر قبل موت الموصى وذلك في حالتين احدهما حال الصحة والثانية حال المرض فاما حال الصحة فلا يخفى ان يكون لسبب أو لغير سبب فان كان لسبب كالغزو والسفر في العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فحين أذن له ورثته عند غزو وجه لغزو وأوسفر أن يوصى بأكثر من ثلثة ففعل ثم مات في سفره ان ذلك يلزمهم كالمرض وقاله ابن القاسم قال أصبغ قال لى ابن وهب كنت أقول هذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم لانه صحيح قال أصبغ وهو الصحيح وجه القول الأول انه سبب الوصية فالبا كالمرض ووجه 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 المذهب انه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة قوله الرجوع فيه لانها حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة (مسئلة) وأما الاجازة حال المرض فلا يخفى ان تتعلق بين وصيته ومريض وفاته صحته أو لا تتعلق بما صحته فان تتعلق بما صحته فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الموازية الورثة يجيزون للمريض الوصية بأكثر من الثلث ثم يصح ثم يمرض فيموت أن ذلك غير لازم لهم لانه قد تخلل الاذن والوفاة حالة لا يصح فيها الاذن كما لو أذنوا في الصحة (فرع) وهذا يلزمهم الميمن انهم ما سكتوا رضابذلك قال ابن كنانة يلزمهم بذلك ووجه ان صورة السكوت عن التعيين صورة استدامة الرضا فتلزمهم الميمن 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 تلزمهم الاجازة الا بعد موت الموصى وقد روى 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 برته والدليل على ما نقوله ان هذه حال تعتبر فيها عطية بالثلث فلزمت الورثة الاجازة كبعد الموت واحتج مالك لذلك بما ذكره في الأصل انه لو لم يلزم ذلك الورثة لكان سببا لمنع الموصى من الوصية بالاجازة لو وصيته للوارث فاذا مات وقد اقتصر على تلك الوصية رجعوا الى الاجازة فنعموا بذلك الوصية التي أباحها الشرع له والاعتقاد 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 بمصدق الورثة بماله ولا حرجوا 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 إذن الوارث للمريض اذا كان بأشاعنه فأبناته الأبكار 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 شاء وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتمسك 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 ثلثة وحين هم أحق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تمضيه الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه المالك شيئا فانه رد على من وهبه الا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاء إياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهبه له ميراثه ثم أنفق المالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذي وهب يرجع اليه ما بقي بعد وفاة الذي أعطيه

تخاف من موجودته وليس التي يساهمها ذلك كالتى تبنته وقال أشهب في الموازية ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لا تمها به ولا تخاف منه فهذه لا ترجع وكذلك الابن الكبير وهو في عيال أيبه فلا رجوع له اذا كان ممن لا يندع وقال ابن القاسم لثعلب هؤلاء أن يرجعوا اذا كانوا في عياله ووجهه أن من كان في حضنته يخاف أن يقصيه ويقطع معروفه عنه ان لم يجزله فيفعل ذلك تقصيا لمسرتة واستدامة لصلاح حاله معه وهو لا يريد الا اجازه فكان له الرجوع في ذلك والله أعلم وأحكم وقال القاضي أبو محمد لا يلزم الاذن من كان في عياله ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطانا يرهبهم وتجو ذلك

(فصل) وقوله وان سأل بعض الورثة أن يهبوا له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه المالك شيئا فإنه رد على من وهبه وقدر واه عنه ابن القاسم وابن وهب في المجموعة قال عنه ابن وهب الأبن يكون سمي له من يهبه له من ورثته فذلك له ومعنى ما ذكر في الموطأ أن يقول له ان فلانا لبعض ورثته ضعيف وأحب أن يهبه له ميراثك فيفعل فان ذلك جائز ووجه ذلك أنه اذا استوجب ميراثه دون تسمية فاما يستأذنه في أن يصرف في وجوه يريدها الوارث أو غيره لا يبق على ملكه بعد موته فان ذلك لا يصح فيه فاذا مات الميت ولم يحدث فيه حدثا فقتل مات قبل أن ينفذ ما استأذنه فيه ف يرجع الى مستحقه الا أن يسمى له الموهوب له فقد بين الوجه الذي سأله انفاذه فيه وقد وجد الانفاذ من الوارث الواهب ولو قال أعطنيه أو وصى به لفلان فقضى الوارث عن مالك في الموازية اذا أذن له أن يوصى به لوارث آخر فان أنفذه مضى وان لم ينفذه فهو رد

(فصل) ولو وهب له ميراثه فأنفذ المالك بعضه وبقى له بعض فهو رد على الواهب يريد أن يوصى ببعض ما وهب اياه من ميراثه ويبقى بعضه لا يوصى فيه بشئ فان ما أبقاه دون وصية راجع الى الوارث الواهب على حكم الميراث الذي كان عليه ص قال يحيى وسمعت مالك يقول فممن أو وصى بوصية فذكر انه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله تعالى لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشئ من ذلك ش وهذا على حسب ما قال ان من أو وصى بوصية يريد في مرضه قد كر في وصيته انه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فان ذلك ليس لمن ذكر أنه كان أعطاه اياه ولو أقر له بما قال الورثة لانها عطية ذكر أنها كانت في الصحة فتبطل بمرض الموصى قبل القبض وانما أقر به في حال حكم العطية فيها حكم الوصية ولا تصح الوصية لو ارث فبأى الخاليتين اعتبر اقراره بطل (مسألة) ومن أشهد في مرضه في جارية له انى كنت أعتقتها في الصحة وتزوجتها وأشهدكم أنها طالق ثلاثا فلا تعتق بذلك في ثلث ولا غيره ولا صداق لها ولا ميراث الا بأمر يثبت في الصحة من العتق ثم النكاح الا أن يقول في مرضه أمضوا عتقها

﴿ ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن غنشا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فانا أدلك على ابنة غيلان فانهما تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم ﴾ ش قوله ان غنشا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قال

قال وسمعت مالك يقول فممن أو وصى بوصية فذكر انه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشئ من ذلك

﴿ ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾
ص مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن غنشا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فانا أدلك على ابنة غيلان فانهما تقبل 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 تنفى 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 زينتهم إلا للبعولتهم أو آبائهم أو آباء بعولتهم إلى أولى الأربعة من الرجال قال عكرمة هو الخنث الذى لا يقوم له يدا العينين وقيل هو الشيخ الهرم والخنثى والمعنوه والطفل والعنين قال ابن عباس هو الأحمق الذى لا حاجته في النساء وقال مجاهد وقتادة هو الذى يتبعك ليصيب من طعامك ولا يريد النساء ولا يهمنه إلا بطنه فلا يضاف منه على النساء وروى عن عائشة أنها قالت كان رجل يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يمدونه من غير أولى الأربعة فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوماً وهو عند بعض نسائه وهو ينعت امرأة فقال أنها إذا أقبلت أقبلت بأربع وإذا أدبرت أدبرت بثان فقال النبي صلى الله عليه وسلم الأرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخل عليك فحجوه وقال ابن الكلبي ان هيتا قال لعبد الله بن أبي أمية وهو عند النبي صلى الله عليه وسلم في بيت أم سلمة ان افتصم الطائف فعليك ببائة بنت غيلان بن سلمة الثقفى فانهما تقبل بأربع وتدبر بثان مع نعر كالأقحوان ان قصت نبت وان تكلمت نعتت بين رجلها كالاناء المكفوف ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد غلغت النظر إليها يا عبد الله ثم أجلاه عن المدينة إلى الحى فلما فرغ الطائف تزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له بريهة ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وولى أبو بكر كله فيه أن رده فأبى أن رده فلما ولى عمر قيل انه قد ضعف وكبر واحتاج فأذن له أن يدخل كل جصة فيسأل الناس ثم يرجع إلى مكانه

(فصل) وقوله فانهما تقبل بأربع وتدبر بثان روى ابن حبيب عن مالك ان معنى ذلك ان أعكانها وهي ترا كيب اللحم في البطن حتى ينعطف بعضه على بعض فهي في بطنها أربع طرائق وتبلغ أطرافها إلى خاصرتيها في كل جانب أربع فهي على هذا ثمان وأراد العكن واحدها عكنة وهي مؤنثة فلذلك أتى بلفظ العدد على التأنيث

(فصل) وقوله ولا يدخلن هؤلاء عليكم معناه والله أعلم المنع من دخول من يفتن لمحاسن النساء من الخنثين ومن يحسن وصفهن ويهتبل بذلك وأن المراد بقوله تعالى غير أولى الأربعة من لا يتفتن لذلك ولا يهتبل به ولا فرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة فهو الذى أبيع له الدخول على النساء وقال سعيد بن جبير هو الذى لا ينتشر ذكره (مسألة) وأما ولو 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 ونقل مالك في الموازية لأبى أن يرى الرجل شعرا أمه وامرأة أبيه ولا بأس أن يقبل خذ ابنته اذا قدم من سفره ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا ما جرت العادة بالكشف منها واما أن يراها منجردة فلا يجوز ذلك وفي العتية من سماع ابن القاسم عن مالك ليستأذن الرجل على أمه وأخته ولا يجوز أن يرى أمه عريانة ووجه ذلك ان هنا مما استره غالبا كالعمرة المخففة وقال القاضى أبو اسحاق في تفسير قوله تعالى ولا يبدن زينتهم إلا ما ظهر منها وليضربن بضمهم على جيوبهن الآية الظاهر انه يريد الوجه والكفين لان المرأة يجب عليها أن تسترهما في الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القرباء وليس يجوز لها أن تظهر في الصلاة الاوجها وكفها وفي ذلك دليل على انه لا يجوز للقرى أن يروا منها ذلك والله أعلم بما أراد

من ذلك فاقضى قول القاضي أبي اسحاق انه منكر وربة ذوى المحارم لشعر المرأة وأباح له رؤية
الوجه والكفين (مسئلة) وأما أم الزوجة فحوز مالك النظر الى شعرها ومنع من ذلك سعيد
ابن جبير والدليل على ما نقوله انها محرمة على التأيد كالأم والأخت (مسئلة) وأما من ليس بنى
محرّم فلا يخفى أن يكون الوطء مباحا له أو غير مباح فان كان مباحا له وهو الزوج والسيد فإنه يجوز
له أن ينظر الى العورة وغيرها وتنظر هي منه الى مثل ذلك وقتقال أصبغ في كتاب محمد من لا يجل
لشفر جها فلا تطلع على عورتك في صحته ولا مرض وحال ضرورة وجهه ذلك انها محرمة الوطء
كالأجنبية (مسئلة) ومن لا يباح له الوطء فهو على ضربين صغير وكبير فأما الصغير فيجوز
نظرها (مسئلة) وأما الكبير فعلى ضربين خصى وفحل فأما الخصى فلا يخفى أن يكون
عبدا أو حرا فان كان عبدا لها ففي العتية من رواية ابن القاسم عن مالك لأبأس أن يدخل على
المرأة خصيا لان في نظرها الى وجهها انه اجتمع فيه كونه ملكا لها وكونه خصيا لان فيه من معنى
التأنيث فأما ربة 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 وزيتها
من لا تملكه وان كان لزوجه (مسئلة) وأما الخصى العبد لزوجه ولغيره وجهها ففي العتية من
رواية ابن القاسم عن مالك انه كرهه أن يدخل عليها اذا بلغ الحلم قال ابن القاسم لأبأس أن يرى وجهها
وروى عن مالك أيضا لأبأس 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 سيدة 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 بما 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 نيهان عن أم سلمة
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد اليها اذا كان عند مكاتب احدا كثر وفاء بما بقى من كتابته
فاضربن دونه الحجاب قال في هذا الحديث بيان ان العبد يجوز أن يرى من سيدة ما يراه ذو
المحرّم كالأب والأخ لانه لا يجل له أن يتر وجهها 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 من ذهب القاضي أبي اسحاق في المسئلة وأستدل على ذلك بقوله
تعالى ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات فأجر واجرى من لم
يبلغ الحلم وأمر وبالاستئذان في العورات الثلاث خاصة لان الناس لا يسترون فيها كما يسترون في سائر
الأوقات (مسئلة) فأما عبد غيرها فلا يدخل عليها لانه ليس بمحرّم عليه فكاحها كالحر الأجنبي
(مسئلة) ولا يدخل على المرأة ولا ينظر اليها غير ضرورة أجنبي وأما الضرورة فنقد روى عيسى
عن ابن القاسم في المرأة الكبيرة الغربية تلجأ الى الرجل يقوم بمحوها عنها ويناولها الحاجة لأبأس
به وليدخل معه غيره أحب اليه ووجه 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
إباحة الدخول عليها والنظر اليها الضرورة ومن جهة المعنى انه يحتاج الى النظر اليها ليعلم هل توافقه
صورتها ومحاسنها وانما كره اغتفاله لانه لا ينظر منها الى عورة وانما أبيح له النظر الى وجهها لانه

شجع المحاسن والله أعلم (مسئلة) وأما الرجل يريد شراء الأمة فإنه يجوز له أن ينظر إلى وجهها ويديها وهل له أن ينظر إلى بدنها روى عن علي أنه لا بأس أن ينظر إلى ساقها وعجزها وبطنها وقال لأحرمتها روى 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 انه فارقها فجاء عمر قبا فوجد ابنه عاصم يلعب ببناء المسجد فأخذه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فزازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر دخل بينه وبينها قال فما راجعه عمر الكلام قال سمعت مالك يقول وهذا الامر الذي أخذه في ذلك ش قوله أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الانصار هي جميلة بنت ثابت بن أبي الأفلح أخت عاصم كان اسمها عاصية فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم جميلة وقد قيل انها بنت عاصم بن ثابت والاولى أكثر

* 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 انه فارقها فجاء عمر قبا فوجد ابنه عاصم يلعب ببناء المسجد فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فزازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر دخل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام قال سمعت مالك يقول وهذا الامر الذي أخذه في ذلك

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

(فصل) وقوله فجاء عمر قبا فوجد ابنه عاصم يلعب ببناء 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 الام وأصل هذا ان الفقهاء متفقون على ان الام أحق بحضنة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضنة ما لم تزوج وقدر روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة قالت يا رسول الله انه ابني كان بطني له وعاء وتدي له سقاء وحجرى له حواء وان أباه طلقنى وأراد أن ينزع منى فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى ومن جهة المعنى أن الام أرفق بالابن وأحسن تناولا لغسله وتخليفه والقيام بشأنه كله مع ملازمتها ذلك واشتغال الاب عنه في تصرفه فكان ذلك أرفق بالابن (مسئلة) وهل 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 الام فللوجه 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 فلأن الغرض حفظه ومصلحه ولذلك يؤخذ منها اذا تزوجت وان لحقها الضرر باخذه * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذي عندي أن فيه حقا لكل منهما والله أعلم وأحكم وقدر روى ابن حبيب عن سمنون ان رضى الأب والأم والولد ان يكون الولد عند أبيه ولم تزوج أمه فلا بأس بذلك فاعتبر رضا 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 تفريعه حد الحضنة الاحتلام وقيل حتى يشعر وأما في الاناث فلانعلم انه اختلف قوله بان لها الحضنة الى أن تزوج ويدخل بها زوجها الا أن يكون موضع أبيها أصون لها أو يمنع اذا ثبت ذلك فيختار لها الموضع الأصون وقال أبو حنيفة ان كان الولد أنثى فحتى يبلغ وان كان ذكر فحتى يستغنى عن محضنه ويقوم بنفسه وقال الشافعي اذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانيا خبير بين أبيه فمن اختار منهما كانت

الحضانة وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أنت أحق به ما لم
 تنكحى وهذا الحديث ليس اسناده مما يحتج به ولا في هذا الباب شيء يعتمد عليه ووجه ذلك أن
 ابن سبع سنين لا يقدر على الانفرد بنفسه والام أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله والاب
 لا يستطيع تعاهد ذلك فكانت الام أحق بذلك الى أن يبلغ وهو الحد الذي يقوى فيه ويمكنه
 الاستغناء عن من يخدمه (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الابن
 اذا قرب الاحتلام وأثبت واسود نباته فالاب يضمه الى نفسه وكان ابن القاسم يوقت في ذلك
 الاحتلام قال الشيخ أبو اسحق حده ان يحتمل الذكر صحح العقل والبدن ووجه القول الاول ان
 الانبات هو الذي يظهر ويمكن ان تثبت الشهادة عليه وأما الاحتلام فلا يعلم ذلك الا بقول الصبي
 ويمكن أن يكتبه 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
 مسلمة حرة فان كانت نصرانية فقد روى ابن وهب لاحق للنصرانية في الحضانة لأن المسلمة لو أئمتني
 عليها نساء سوء لئزع منها فهذه أولى قال ابن المواز الحضانة لها واجبة وكذلك الحرمة النصرانية
 قال مالك فغير لمن الحضانة سواء كتن كتابيات أو مسلمات أو مجوسيات ووجه ذلك انها أم حرة
 خلوا من زوج اللابن في حضانتها مرفق فكانت لها الحضانة كالمسلمة (مسألة) واذا لم تكن
 في حرز أو كانت غيراً مونة أو تضعف عنه أو سفية أو سقيمة أو ضعيفة أو مسنة فلا حضانة لها حرة
 كانت أو غيرها قاله مالك في الموازية ووجه ذلك ان الحضانة انما هي للرفق بالصغير فاذا عجزت عن
 القيام به عدم الرفق وكان في مقامه عندها تضييع له والله أعلم وأحكم (فرع) واذا كان الابن
 في حضانتها لم يمنع من الاختلاف الى أبيه يعلمه ويأوى الى الام رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون
 ووجه ذلك أن الابن محتاج الى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه الى من يعلمه القرآن والكتابة
 والصنائع والتصرف وتلك معان انما تستفاد من الاب فكان الاب أولى بالابن في الاوقات التي
 يحتاج فيها الى التعلم وذلك لا يمنع الحضانة لأن الحضانة تقتض بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل
 الشاب وتهيته المضجع والملبس والعون على ذلك كله والمطالعة لمن يباشره وتنظيف الجسم وغير
 ذلك من المعاني التي تختص بمباشرتها بالنساء ولا يستغنى الصغير عن من يتولى ذلك له فكان كل
 واحد من الأبوين أحق بما اليه منافع الصبي والقيام بأمره (فرع) فان شك الأب ضياع نفقة
 ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب بصنونه الى شجرة في الخالة تجب لها الحضانة فيقول الاب يكون
 ولدى عندي لأعلمه وأطعمه فان الخالة تأكل ما أرزقهم وهي مكلمة بان اللاب أن يطعمه ويعاونه
 وتكون الحضانة للخالة فجعل الحضانة أن يأوى اليها وتباشرها سائر أحواله مما لا يغيب عليه من نفقته
 (فرع) واذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها وعيادتها ولا يمنع عمتها أن
 تأتيها قال مالك في العتبية ووجه ذلك ان للعمة حق في مطالعة حالها ومعرفة مجارى أمورها وحنانها
 وسقمها وماتباشرها 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 فاذا
 دخل بها بطلت حضانتها ووجه ذلك أن الصبي يلحقه الضرر بتكره الزوج له وضميره به والام
 تدعوها الضرورة الى التقصير في تعاهده طلباً لمرضاة الزوج واشتغال به وذلك كله مضر بالصبي
 فبطل حضانتها من الحضانة (مسألة) ولو تزوجت الام فرضى الزوج أن يترك عندها الولد حولين

ثم يأخذه وأشهد بذلك فطلقت قبل ذلك فحبسته وقام الاب بالكتاب فتنقل مالك في العتية
 والموازية يبقى عندها الى أن تزوج ثانية زاد في العتية ثم رجع فقال له أخنولده (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 ان تزوجت الأم أو الجدة فلم يأخذ منها
 الولد حتى فارقت الزوج فلا ينتزع منها بخلاف أن يؤخذ منها ووجه ذلك انه يحكم بانتزاعه منها حتى
 يزول السبب الموجب للانتزاع وعلته كالعيب يوجد بالمبيع فلا يحكم بالرد حتى يزول العيب (مسئلة)
 فان انتزع منها الولد قبل الفرقة بموت أو طلاق فقد قال مالك في المدونة لا يرد لها وهو الذي ذكره
 الشيخ أبو القاسم وحكى القاضي أبو محمد في معونته لها أخذه زوال المانع وبه قال أبو حنيفة
 والشافعي ووجه القول الاول ان الحضنة مبنية على أن أسبابها اذا زالت زال حكمها زوال سببها ولم
 يعد كما لو تزكت ابتداء ثم طلبته ووجه القول الثاني أن سبب انتقال الحضنة عن الأم دخول الزوج
 بها وما يعتذر من استمرار الولد وتبرمه به وشغل الأم عنه واذا زال الزوج فقدأ من هذا ففادت الحضنة
 (مسئلة) ولو كان الولد مع أبيه والأم متخية عنه فقد قال مالك في الموازية ليس لها أخذه ان مات
 الاب ووجه ذلك انه بتركها قد أسقطت حقها من الحضنة والصبي قد أنس بغيرها وتسلمي عنها
 وصلت حاله دونها لا سيما مع ما ظهر من تركها له ورضاها بأن يلى غيرها أمره ونقل مالك اذا ردت
 استقاله ثم طلبته لم يكن ذلك لها الا أن تأتي بعذر له ووجه قال أشهب محتمل أن تكون مرضت أو
 انقطع لبنها وهذا مبني على أن الحضنة حق للام خاصة (مسئلة) واذا كان للصبي وليان وتزوجت
 الأم أحدهما ففي العتية والموازية لا ينتزع منها اذا كان ذلك أرفق به قاله ابن القاسم وقال أصبغ الا
 أن يخاف عليه عندها جفوة أو ضيعة أو تخالودونه وتدهعه فيكون الولي الآخر أحق به وقد قال مالك
 في الجدة المتزوجة لا حضنة لها الا أن يكون زوجها جد الصبي قال ابن وهب لا حضنة لها وان كان
 زوجها جد الصبي ووجه قول مالك ان الجدولى يستحق الحضنة فلا يمنع الحضنة ووجه قول ابن وهب
 ان الزوج على كل حال يشغل عن الصبي وهذا عندي غير مؤثر لان الأب يشغل الأم في بعض الاحايين
 ولا ينقل ذلك الحضنة عنها والله أعلم وأحكم

(فصل) اذا ثبت أن حضنة الأم تبطل بدخول زوجها بها فانها تنتقل بعدها الى أقرب النساء بالصبي
 الأقرب فالأقرب وينتقل ذلك بتزوج الأم وعدم من هو أحق من الأب بالحضنة من النساء الى الأب
 ولا يخلو أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فان كل ذكرا فإنه ينتقل الى من له حق في الحضنة من أنثى أو
 ذكر قال ابن المواز الوصي ومولى النعمة أحق من الام واذا تزوجت الام فالأولياء أحق بالصبيان
 والأولياء هم العصبه (مسئلة) فان كننا فقد قال مالك في الموازية تعلم والجد أخذ الصبية اذا
 نكحت أمها أو ما الوصي اذا كان ذا محرم فهو أحق من الجد والعم وابن العم فان لم يكن ذا محرم فقد
 قال مالك في الموازية كونها مع زوج أمها أولى لانه ذو محرم وقال أصبغ في العتية اذا تزوجت الأم
 فالوصي أحق بالصبيان غلمانا كانوا أو جوارى وان حصن الأبنكار وهو أحق من الأخ والعم وابن العم
 وان كان رضى قال مالك في الموازية اذا تزوجت الأم فالجدة أحق بحضنة الولد ووجه ذلك انها
 أقرب لانها تتلى بالأومة (فرع) اذا ثبت أن الجدة للام أحق بالحضنة بعد الام فان كان لها منزل
 تنفرد به فلا خلاف في ذلك وان كانت تسكن مع الأم المتزوجة ففي الموازية عن مالك ليس لها ذلك
 وقال سحنون في كتاب ابنه للجدة أن تسكن بهم مع أمهم المتزوجة في حجرة واحدة وان أبي ذلك

الأب وجه القول الاول ان كون الولد مع أمهم المتزوجة في مكان واحد بمنزلة كونهم في حضانتها وهو مما اعتيد من الأزواج فيه الاستئقال 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 رفقا بهم مع استغنائهم بالجدة عنها (فرع) اذ ائنت ذلك فقد قال في الموازية ان أم الأم كالأم (مسألة) فان لم تكن جدة وزالت الحضانة عنها بنكاح فالظاهر من مذهب مالك انها تنتقل عنها الى الخالة قال محمد وروى عن مالك ان الأب أولى من الخالة قال أصبغ وليس هذا بشئ وهو قول مالك المعروف ان الخالة أحق وجه القول الاول ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالحضانة في ابنة حجرة بن عبد المطلب لخالتها وهي زوج جعفر بن أبي طالب رضی الله عنهم وقال الخالة أم ومن جهة المعنى أن الخالة مع لطف محلها وقربها من الصبي وما عهد من حنوها أقدر على مباشرة حضانتها وتناول أمره من الأب لتعذر ههنا المعاني على الرجال في الغالب (فرع) وخالة الام كالخالة قاله مالك في الموازية وقال في المدونة ان الخالة أحق من الجدة للاب ووجه ذلك ان جنبه الأم مغلبة في الحضانة على جنبه الأب كما غلبت الأم على الأب ومنها استفاد الحضانة فلا تنتقل الى جنبه الأب حتى يعدم مستحقها من جهة الأم فقد قال ابن حبيب ليس لبنات الخالة من الحضانة شئ وقال أشهب في كتاب ابن سحنون وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة فأوهم ان لبنات الخالة حقا من الحضانة وقدم العمات عليهن فعلى هذا التأويل انما قدمت عليها العمات لكونها أقرب منها وانما تؤثر جنبه الأم مع التساوي في القعدد والاول أظهر وعليه اطرد قول ابن حبيب (فرع) والجدة للاب أحق من الأب قاله في المدونة وفيها الأب أولى بالحضانة من الأخت والعمة فقدم الأب على نساء جنبته الالجدة خاصة (مسألة) فاذا عدم الجدات فقد قال أصبغ والخارث تنتقل الحضانة الى الاب وفي المدونة الجدة 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 الجدة للاب ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة أخي الصبي ثم الأب وقال القاضي أبو محمد واختلف اذا انتقلت الحضانة من جهة الأم أيها أولى الاب وأقراباته فاذا قلنا ان الأب أولى فلان به يدلون والأصل أولى واذا قلنا قراباته أولى فلانهم أرفق والأب لا يمكنه تناول ذلك بنفسه ووجه ذلك عندى ان أصل الحضانة للنساء لانهم يباشرون ذلك ولذلك قدمت الأم على الأب فلا تنتقل عنهن الا بعد جميعهن والله أعلم وقد قال مالك في الموازية وأم أبي الأب كأم الأب وظاهر لفظ القاضي أبو 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 الأب ولذلك قدمت الأم على الأب فلا ينتقل عنهن الا بعد جميعهن (فرع) فاذا قلنا يقدم الأب عليهن فعدم الأب فالحضانة بعده للاخت ثم العمة قال ابن حبيب عن أصبغ ثم ابنة أخي الصبي وليس لبنات الخالة ولا لبنات العمة ولا لبنات الاخت من الحضانة شئ وقد تقدم قول أشهب في ذلك (مسألة) فاذا عدم النساء والأب في كتاب محمد والاخ 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 العسبة وانما يستحقون ذلك الأقرب فالأقرب ووجه ذلك ان من قد ساد كره قرابة وتعصيب .

(فصل) وهذا إذا كانت الحاضنة مع الأب في بلد واحد أو فيما حكمه حكم البلد الواحد وأما مع اختلاف
المواضع فالأب ومن له حق من العصبية أولى بذلك وفي هذا بابان * الباب الأول فممن يستحق ذلك
بافتراق الدارين * والباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق

(الباب الأول فممن يستحق ذلك بافتراق الدارين)

فاذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد غير بلد سكني الأم يريد السكني فله أن يرتحل بولده معه تزوجت الأم
أو لم تزوج وأن كان انما هو مسافر يجيء 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 كبيرا مادام يقيم قال
وكذلك لو تزوج فولده ففارق الزوجة ثم أراد أن ينتقل به إلى حيث شاء ما لم يكن موضعها
قريبا بحيث لا ينقطع عنه خبرهم ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له وأثبت لنسبه (مسئلة)
والوصي في ذلك بمنزلة الأب قال أصبغ عن ابن القاسم في العتبية إذا انتقل فهو أحق بالصبيان
غلمانا كانوا أو حواري 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 عصبه كالأب (مسئلة) وان
أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذي فيه أبوهم أو أولياؤهم لم يكن لها ذلك لان مفارقة الطفل عصبته
في الدار كانتقال العصبه

(الباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق وكم قدر المسافة التي لا تأثير لها

وتمييزها من المسافة المؤثرة)

* قال مالك في المدونة ليس للام أن ترتحل بهم إلا البريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم
وقال ابن القاسم في كتاب محمد ليس لها أن ترحل بهم الا مثل المرحلة أو المرحلتين وقاله مالك وقال
ابن القاسم في العتبية والموازية فممن توفي عن بنت سنين ثمان سنين وأرادت أمها أن ترتحل بها إلى
خولتها على مسيرة مرحلتين وأبي ذلك أعمامها أن ذلك لهم دونها وقال محمد أقرب باللاب أن
يرتحل فيه بالولد ستة برد ولم يرأسب أن تنتقل به الأم إلا إلى ثلاثة برد وجه القول الأول ان البريد
ونحوه لا يشق على الأب مطالعة ابنه فيه غالباً وما زاد على ذلك فإنه يشق تكرره لمطالعة فلم يكن
للام أحداث هذه المضرة ووجه قول ابن المواز أن مادون ستة برد ليس له حكم السفر وانما له حكم
الحضر كالبريد (مسئلة) وهذا إذا كان الأب حراً فان كان عبداً لم يكن له أن ينظن به سواء كانت
أمه حرة أو أمة قاله مالك في المدونة وقال في غير المدونة إلا أن يكون للعبد ولي فتظن الام بهم حيث
شاءت ووجه ذلك أنه لا يمكن المقام عليه والاستيطان معه وقد يخرج سيده إلى بلد بعيد ويتكرر
ذلك من جهته فينفرد الولد ولا تحصل له مراعاته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الأب حراً
والام أمة فعتق الولد فان الحضانة للام الآن يباع أو ينكح أو ينظن الأب قاله مالك ووجه انه يلزم
السيد اباحة مراعاة ولده لانه كان عبده فإذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه نفقته وسائر حقوقه
ولا يفرق بينه وبينها حق الرق فان كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمد الرق فان النكاح يبطلها وكذلك
إذا بيعت فإنه لا يلزم المشتري أن يئويه معها والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم النكاح فأما أم الولد
الموطوءة بملك اليمين فهل لها حضانة إذا أعتقت روى ابن المواز عن ابن وهب لاحتضانة لها وانما
ذلك في الحررة يطلقها الزوج وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك والموازية وأم الولد أحق بالحضانة

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

كالخرة وقول ابن وهب عندى مبنى على أن الرق يمنع ولاية الحضنة ولذلك ليس للعبد حضنة ابنة في الظعن فاذا كان مع الرق يمنع ذلك فعن الظعن أولى (مسئلة) فان عتقت أم الولد على ان تركت حضنة ولدها فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه يرد اليها بخلاف الحررة تصالح الزوج على تسليم الولد اليه لانه يلزمه وروى عنه أبو زيد ان الشرط لازم كالخرة

(فصل) وقوله فأخذ بفضه فوضعه بين يديه على الدابة يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة وذلك لا يمنع منه لقرب الموضوع على وجه المعروف ويحتمل أن يعتقد أنه ضيع تضييعا يخاف أن يضر به ويرى أن ذلك يبيح له أخذه ويجعله أحق بحضنته ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تروجت فصار الصبي الى جده ولم يعلم عمر أن الجدة تبتنى حضنته أولعله اعتقد أنه أحق بالحضنة من الجدة فأدر كته جدة الغلام وهى السمراء بنت أبي عامر ونازعتها اياه 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 لانه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بستين فلا يتصور أن يكمل في خلافة أبي بكر ثمان سنين

(فصل) وقوله وأتيا أبا بكر يريد لانه كان الامام الذى يحكم بين الناس فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فأظهر كل واحد منهما حاجته وسببه الذى يرى انه يقتضى له أخنه فقال أبو بكر الصديق خل بينها وبينه يريد أنها لما استوعبت حجبها ورأى أن المرأة أحق به قضى على عمر أن يخلى بينها وبينه وتذهب به وتأخذ بحبقها من حضنته والله أعلم

(فصل) وقوله فأراجعه عمر الكلام يريد أنه سلم حكمه والتزم ما يلتزم من طاعته والرضا بما قضى به وان كل من يرى هو غيره ولذلك قال مالك وهذا الأمر الذى أخذ به في ذلك يريد ما أوردته من حكم أبو بكر رضى الله عنه في هذه القضية والله أعلم

العيب في السلعة وضمانها *

معنى هذه الترجمة والله أعلم أن العيب يحدث بالسلعة بعد ابتياع المبتاع لها يباعا فاسدا يجب رده فان ضمان ذلك العيب وما يحدث فيها من نقص وهلاك من المشتري الذى 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 الذى قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك أنه ضمه من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة مرغوب فيها ثم يردها في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمان ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذى قبضها أن يغرر 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 عليه 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

الشياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذى قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته * قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك انه ضمها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة مرغوب فيها ثم يردها في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمان ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذى قبضها أن يغرر 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 عليه 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

استشعار قطعه بالذي يضع عنه حداً فلو وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا
 بالذي يوجب عليه قطعاً لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك ش وهذا
 على ما قال ان من ابتاع شيئاً من الحيوان أو العروض ابتاعاً غير جائز يفسد فساداً لا يرد لأجل فساد
 فان المبتاع يرد 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) اذ اثبت ذلك فان المبيع كله على ضربين ضرب له مثل كالمكيل والموزون
 والمعدود وضرب لا مثل له كالحيوان والثياب والعروض وأما ما له مثل فان هدارده بان يرد المبتاع
 الى البائع ما أخذ منه ان كان باقياً فان عدت تلك العين فثلثها ووجه ذلك انه لا يفوت بفوات عينه
 لان وجود مثلها يقوم مقام وجودها ولا تفوت بتغيرها سواها لان تغير عينها لا يفوت ردها فبان
 لا يفوت بتغير قيمتها مع سلامة العين من ذلك أولى وأحرى (مسئلة) وأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب
 وصبر الطعام والأرضين والأشجار فلا يخلو ان يكون مما ينقل ويحول كالحيوان والثياب أو مما
 لا ينقل ولا يحول كالطور والأشجار والأرضين فاما ما ينقل ويحول فاذا فوات 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
 فانت رد قيمتها على معنى تصحيح البيع الفاسد والدليل على ما نقوله ان هذا عقد بيع يقتضى أن
 لا يرجع المبتاع بما أنفق على المبيع ولا يرد الغلّة فوجب أن يكون له نكاهه وعليه نقصه كالبيع
 الصحيح

استشعار قطعه بالذي يضع
 عنه حداً قد وجب عليه
 يوم سرق وان رخصت
 تلك السلعة بعد ذلك ولا
 بالذي يوجب عليه قطعاً
 يمكن وجب عليه يوم أخذها
 ان غلت تلك السلعة بعد
 ذلك

(فصل) وقوله فليس لصاحب السلعة الا قيمة سلعته يوم قبضت منه وليس يوم رد ذلك اليه يريدانه
 لما قبضها على الضمان كان له نكاهها وعليه نقصها وذلك يشمل على تغيير البدن والقيمة وقال الشافعي
 يلزمه قيمتها يوم التلف واحتج مالك على ذلك بانه ضمنها يوم قبضها وذلك يصحح من قوله انه لا خلاف
 انها لو تلفت عينها لكان على المشتري ضمانها قال مالك فلذلك كان على المبتاع نكاهها وزادتها
 لان من ضمن الجمله ضمن الابعاض ومن ضمن الجمله والابعاض كان له النكاه بالضمان

(فصل) وقوله فقيد قبض السلعة في زمان نفاقها وقيمتها عشرة ثم يردّها في زمان كسادها وقيمتها
 دينار فذهب من مال البائع تسعة دنائير أو يقبضها في زمان الكساد وقيمتها دينار ويردها في زمان
 نفاق وقيمتها عشرة فليس على المبتاع أن يذهب من مال البائع تسعة دنائير يريد ان تغير القيمة
 كتغير البدن فكما ليس له أن يأخذها سليمة قيمتها عشرة ثم يردّها معيبة فكذلك ليس عليه أن
 يأخذها ناقصة في بدنها وقيمتها دينار ويردها بعد تمامها ونكاهها 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
 تراضيا به فله ما زاد وعليه ما نقص وأما يوم الرد فلا يعتبر بقيمتها في ضمان القيمة لانه لا تأثير لردّها في
 الضمان وانما يؤثر فيه القبض وهو سببه 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

فقيته أقل من النصاب ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجز به القطع ولو سرق ما قيمته النصاب ثم نقص عن ذلك لم يسقط عنه القطع وكذلك إن أخلب 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 فاملا لا ينقل ولا يحول كالدور والأرضين والأشجار فعند ابن القاسم لا تفوت بمحوالة الأسواق وتغير القيمة (مسئلة) ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح فمن اشترى سلعة ثم باعها ببيعها لم يرد بيعه وصحح البيع الأول

﴿ جامع القضاء وكراهيته ﴾

ص * مالك عن يحيى بن سعيد بن أبي الدرداء كتب إلى سلمان الفارسي أن هلم إلى الأرض المقدسة فكذب إليه سلمان أن الأرض لا تقدر أحدًا وإنما يقدر الإنسان عمله وقد بلغني أنك جعلت طيبيا نداوى فإن كنت تبرئ فنعمالك وإن كنت متطيبا فاحذر أن تقتل إنسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين ثم أدبر عنه نظر اليهما وقال أرجعوا إلى أعيدوا على قستكما متطيب والله * قول أبي الدرداء هلم إلى الأرض المقدسة يريد المظهرة والمقدس في كلام العرب المظهر وإنما أراد موضعاً من الشام يسمى المقدس ومن سمي مسجداً ليلاء البيت المقدس يريد المظهر ومعناه أنه مظهر مما كان في غيره من المواضع من الكفر وكان ذلك في وقت من الأوقات فلزمه الاسم والوصف بذلك ويحتمل أن يكون معنى تقديسها تطهيرها أن فيها يطهر من الذنوب والخطايا فيكون معنى المقدس المقدس أهلها وبدل على صحة هذا التأويل قول سلمان أن الأرض لا تقدر أحدًا ولا تطهره من ذنوبه وإنما يقدره عمله فيكون على هذا التأويل إنما وصف أهل بيت المقدس بذلك في وقت عملوا فيه بطاعة الله تعالى وكان كثير منهم أنبياء وسائرهم أتباعاً للأنبياء ولعله كان ذلك في وقت أمر وإجلازته كما أمر المسلمون بالهجرة إلى المدينة فكان سكانها في ذلك الوقت تقدر أهلها وتطهرهم من الذنوب

(فصل) وقوله وبلغني أنك جعلت طيبيا يريد أنه يستفتي في الدين فيفتي ويعمل بقوله كما يعمل بقول الطبيب في أمر الأدواء فإن كنت تبرئ فنعمالك يريد بالبراءة أصابة الحق ودفع الباطل لأن الباطل وما يصاد به الشرع هو الداء الذي يسأل عنه المستفتي لآزالته والبراءة منه بالحق الذي أمر الله به فإن كان المفتي يبرئ قوله من ذلك ويزيل الباطل ويثبت الحق فنعمله أي أنه نعم العمل عمله ذلك ونعم ماله فيه من الأجر الجزيل

(فصل) وقوله وإن كنت متطيبا يريد متخرفا فيما تفتيهم به غير عالم بوجه صوابه تخاف الخطأ ومخالفة الحق فاحذر أن تقتل إنسانا فتدخل النار يريد أن يحكم بغير الحق فيزيد الباطل بك ويزيد إلى 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 إنسان بقتل وهو لا يجب عليه فيدخل النار بذلك وهذا ممن يتصور في الفتوى بغير علم فيخطئ في يفتي به وأما من كان من أهل العلم فاختأ فأرجو أن لا يأتى بذلك وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا اجتهد الحاكم فخطأ فله أجر وإن أصاب فله أجران وروى عنه أنه قال سبعة ينظلمهم الله في ظلمه يوم لا ظل الاظله امام عادل الحديث

﴿ جامع القضاء وكراهيته ﴾

* مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا الدرداء كتب إلى سلمان الفارسي أن هلم إلى الأرض المقدسة فكذب إليه سلمان أن الأرض لا تقدر أحدًا وإنما يقدر الإنسان عمله وقد بلغني أنك جعلت طيبيا نداوى فإن كنت تبرئ فنعمالك وإن كنت متطيبا فاحذر أن تقتل إنسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين ثم أدبر عنه نظر اليهما وقال أرجعوا إلى أعيدوا على قستكما متطيب والله

الآن العالم قديماً ثم في الخطأ إذا لم يجتهد ويحذر مواقف النار باغفال الاجتهاد والتقصير فيه لكن
ظاهر الحديث انما يقتضى الاخبار عن فتوى الجاهل ولذلك أخبر بهذا عن المتطبيب وهو المتصور
المتصرص ولذلك كان أبو البرداء اذا قضى بين اثنين استرجعهما وأعاد النظر في أمرهما بالفتة في
الاجتهاد ثم يقول متطبيب والله يصف نفسه بذلك على معنى الاشفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة
الاجتهاد ما يرضيه والله أعلم وأحكم من قال سمعت مالكا يقول من استعان عبداً بغير اذن سيده
في شيء له بال ولثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبدان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده
اجارته لما عمل فلذلك لسيدته وهو الأمر عندنا محسوس وهذا على حسب ما قال ان من استعان عبداً
بغير اذن 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 وقمروى ابن وهب ليس في العبد
يستأجرون ضماناً ما أصابهم وان قال ساداتهم لم تأمرهم بالاجارة الا أن يستعملوا في أمر مخوف كالبيع
الحنث والهدم تحت جدار فيضمن ان لم يكن باذن السيد وجه قول ابن القاسم ان المستأجر له متعدد
أو في حكم المتعدى 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 حجر سيده عليه وهل هو مملوك فلا
يضمن باستعماله في الأمور المعتادة وانما يضمن في الأمور الخطرة التي فيها الهلاك غالباً قال سمنون
في كتاب ابن عبدوس الا أن يكون السيد قد حجر عليه أن يؤاجر نفسه وأبان ذلك بالاشهاد فظاهر
قول أصحابنا المخالف رواية ابن وهب يقتضى تضمين المستعمل لعدم الاذن ويحتمل أن تكون رواية
ابن وهب مبنية على ما قدمناه من ان الأصل جواز تصرفه حتى يملك الحجر عليه ويحتمل أن يكون
سقط الضمان في رواية ابن وهب لانه استأجره ولم يستعنه بغير أجره لان الذي يقتضى حمله على الاذن
من سيده في العمل انما هو في عمل بعوض وأما العمل بغير عوض فلا يحمل عليه الابينة فمن استعمله
بعوض لم يوجد منه تعديض من به وانما يكون التعدي من استعماله 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 يحمل له شيئاً أو ينقل له لبناً وغير ذلك فهلك العبد فلا
ضمان عليه وقد يرسل اليه سيده ليني فيتعمر عليه البناء فيؤاجر نفسه في غير ذلك فلا ضمان عليه الا
أن يدخله 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 باجر 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 أصابه قال مالك في المدونة قال
لانه 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 في الخلاف المتقدم مع عدم
الاذن والضرب الثالث أن يستعمله في عمل معتاد لا أجر له كما ولته القدر والنعل فلا ضمان فيه قاله
ربيعه 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 مقيمة العبد أو قيمة عمله قاله ابن القاسم ووجهه انه قد
تعدى على الرقبة واستوفى العمل وضمانها متنافي فكان له أن يطلب أيهما شاء (مسئلة) وأما

قال قال وسمعت مالكا
يقول من استعان عبداً
بغير اذن سيده في شيء له بال
ولثله اجارة فهو ضامن لما
أصاب العبد ان أصيب
العبد بشئ وان سلم العبد
فطلب سيده اجارته لما عمل
فذلك لسيدته وهو الأمر
عندنا

الصبي الصغير فقد قال ابن القاسم لا يجوز استتجاره وقال مطرف وابن الماجشون لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ والجارية لم تحض أنفسهما إذا عقلا ومعنى قول ابن القاسم عندي إذا لم يكونا معرضين لذلك وأما إذا كانا معرضين لذلك ومأمورين به فقول مطرف وابن الماجشون حسن لأن الأكثر من الأيتام كان يمنع من لا ولي له وأولى ويتصرف تصرفاً لا يمكن وليه أن يبائس استتجاره فيه لتكرره (فرع) فإن كان الوجه الذي يجوز فقد قال مطرف وابن الماجشون يدفع أجرةتهما إليهما ويرأ بذلك الدافع ما لم يكن شيئاً له بال وكذلك لو عقد ذلك عليهما أخ أو عم فهو بمنزلة عقدهما ويرأ دفع إليهما وله المسمى إلا أن تكون فيه عناية فيتم أجرة له وإذا كان على الوجه الذي لا يجوز فعمله الأ أكثر من المسمى وأجرة مثله فإن هلك قال ابن القاسم عليه الأ أكثر مسمى أو قيمة عمله وعلى عاقبته دينته ولذلك لم يكن فيه تغيير لأن الدية على غير المستأجر ص قال وسمعت مالك يقول في العبد يكون بعضه حراً وبعضه مسترقاً أنه يوقف ما له بيده وليس له أن يبعث فيه شيئاً ولكنه يأكل فيه ويكتسب بالمعروف فإذا هلك فإنه للذي بقي له فيه الرق ^ش وهذا على حسب ما قال ابن العبد قد يكون بعضه حراً وذلك يكون على وجوه منها أن يعتق الممسرحه من قبله فلا يقوم عليه حفظ شيء له عمره ومنها أن يوصى بعتقه ولا يترك ما لا غيره فيعتق ثلثه وغير ذلك من الوجوه فإن هذا يوقف ما له بيده مما كان له قبل عتقه وما اكتسبه بعده ولأه أن يفوت شيئاً منه بغير عوض إلا برضا السيد إلا في كسوته ونفقته من كتاب ابن المواز وابن مهنون عن أبيه

(فصل) وقوله ليس له أن يبعث فيه شيئاً يريد ليس لمن له بعضه أن يزيه من بيده وللأعبد أن يفوته وله أن يتجرفه ويخيه في التجارة المأمونة في أيامه التي له رواه ابن نافع عن مالك في العتبية ووجه ذلك أن صرفه في تلك الأيام له وله أن ينفق ما له لحقه فيه وليس للسيد أن يزيله من بيده ويعمل في يومه ماشاء يطحن ويعمل قاله مالك (مسئلة) وليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئاً وإن احتاج إليه رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك أنه مال للجزء الحر الذي فيه حق فليس لأحد أن يفوته عليه ولأنه لما زنته نفقته من أجل الحرية أثرت في المال والمنع منه بمنزلة مال المكاتب وبمنزلة المال المشترك

(فصل) وقوله ولكنه يأكل منه ويكتسب بالمعروف ظاهر اللفظ يقتضي أنه ينفق منه على جلته دون حصة الحرية وذلك إن المال مشترك ولذلك منع منه لحق سيده فلم يكن له أن ينفق منه دون سيده وقد روى ابن القاسم عن مالك في 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 في 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 في زمن يعمل فيه بجزء الحرية والله أعلم ولعله أراد أن العبد المريض الذي ينفق السيد على حصته منه لم يكن له مال فلذلك لم يترك السيد أن ينفق على حصته منه (مسئلة) وهذا إذا كان مقبلاً 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 وأجازه في أيامه حتى يبلغ أو يستقر قراره ويمكنه العمل والكسب والأهال نفقته على السيد حتى يقدم به ووجه ذلك أن سفر السيد يبطل عليه عمله في أيامه فكان عليه جبر ما أتلفه عليه بسفوره وكانت تلك الأيام كلها في خدمة السيد فكان عليه حق ما للعبد منها (مسئلة) وليس للعبد أن يسافر

قال وسمعت مالك يقول في العبد يكون بعضه حراً وبعضه مسترقاً أنه يوقف ما له بيده وليس له أن يبعث فيه شيئاً ولكنه يأكل فيه ويكتسب بالمعروف فإذا هلك فإنه للذي بقي له فيه الرق

الاباذن السيد قاله ابن المواز وابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك انه ليس له النحاب خلق السيد فيه
 وحكم الرق أغلب (مسألة) ولو أراد السيد أن يسافر به ففي المواز يته ذلك في الأمر القريب
 وأما ما بعد فقال مالك فيها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عنه يكتب له القاضي كتابا بان خاف أن يباع
 أو يظلم وقال في كتاب ابن المواز وهذا اذا كان السيد مأموئا قال عنه أشهب وكان العبد غير مستعرب
 وروى ابن كنانة عن مالك في الواضحة لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأموئا والعبد مستعربا
 وروى عنه ابن القاسم اذا كان العبد مستعربا فذلك له وان كان السيد غير مأموئا كتب له
 القاضي كتابا فيما بعد وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب قد ينبغي انه ليس ذلك للأموئا ولا لغيره قال
 عنه ابن حبيب وان كان العبد مستعربا وقال عنه ابن المواز وابن حبيب لأنه ملك من نفسه ما ملك
 الشريك فلا يسافر به الا برضاه ووجه قول مالك ما قاله في العتبية سحنون عن ابن القاسم ان الحرية
 تتبع للرق في هذا كما تبعه في الحدود والشهادة وغيرهما ووجه مراعاة أمان السيد انه المالك له
 والذي يخاف من جهته ووجه مراعاة استعراب العبد انه اذا كان مستعربا لم يتم عليه ذلك الا بما
 يتم على سائر الاحرار لأنه يبين عن نفسه ويقوم بحجته فاذا 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 الى بلد فان كان ينتقل الى خاضرة قضى على العبد بذلك وان كره وان أراد
 الانتقال الى 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 على السفر على السيد وأما الانتقال
 فان كان بموضع له فيه مكسب ونصرف في فلا مضرة عليه في ذلك وان كان بموضع لا مكسب للعبد فيه
 فذلك مبطل لحظ الحرية وأما على قول من يغلب الرق فلا يراعى ذلك والله أعلم وأحكم (مسألة)
 اذا ثبت ذلك فان للسيد من خدمة العبد بقدر ماله فيه وللعبد بقدر ما فيه من الحرية فواقتسام ذلك
 بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرق وازالة الضرر يومايوم أو جمعة بجمعة أو شهر بشهر جائز
 ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون والشهران كثير قال مالك في العتبية والموازية وقد
 قيل له للعتق ثلثه حظ في كل يوم أو جمعة فقال لا ولكن من كل شهر ثلثه أو كل ثلاثة أشهر شهر قال
 مطرف وابن الماجشون في اقتسام العبد الدنيا والأمة للخدمة أو الغزل يكون يومايوم وأما العبد
 النليل التاجر أو ذو الصنعة أو الأمة شأنها الرق وشبهه من العمل المرتفع فلا تقسم الخدمة فيها يوما
 بيوم لما فيه من الضرر ولكن شهر بشهر وجمعة بجمعة وأما عبد الخراج فلا خير في قسمته خراجه
 مشاهرة ولا بأس أن يقتسمه يومايوم اذا 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 قصرها ووجه المنع من ذلك انه يؤدي الى التفاصل في العين وسواء ما يؤدي من الخراج
 مع ما يعلم من اختلاف قيمة كرائه في الأيام لنشاط وكسل وضعف وقوة ومرض وجمعة ونفاق وكساد
 والله أعلم (مسألة) وان اختلفا فمين يبدأ بالخدمة قال ابن المواز يستهان ووجه ذلك ان لكل
 واحد منهما حقا فان اتفقا على أمر يتراضيان به والا استهما لان الاستهام طريق الى تعيين حق أحد
 الثمرين يكن عندئذ ذلك كالقسعة (مسألة) فان شغل العبد في خصومة أو مرض أو أبق لم
 يحسب بذلك عليه وليأتنفا الخدمة قاله 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

كأول استهما قال والاباق كالمرض في ذلك

(فصل) وقوله فان هلك حاله للذي فيه الرق وبه قال أبو حنيفة والزهري وقال الشافعي في أحد قوليه ماله بين المعتق لنصفه وبين المستفك برقه ان لم يكن له ولد فان كان له ولد فبرائه للتمسك بالرق ولولده وبه قال عطاء وطاوس والدليل على ما نقوله انه موروث بالرق فلم يورث بالنسب ولا بالولاء كالمسترق جميعه ص **ع** 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 **ع** ش وهذا على ما قال ان من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال يورثه كان 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 **ع** قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعناه عندي أن يقول الأب انما أنفقت عليه من مالي لا يرجع عليه فله الرجوع عليه بما أنفق عليه من يوم أفاد المال دون ما أنفق عليه قبل ذلك فان فضل للاب شيء عن مال الولد لم يرجع عليه بشئ **ع** ووجه ذلك انه قد ينفق عليه من ماله الذي يتصرف بين يديه لمشقة وصوله الى مال ابنه وهو محتزن عنده فيشوق عليه تناوله في كل وقت فيرى الانفاق من ماله ليرجع به عليه العبد يسر عليه وأرق به (فرع) وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه في سائر السنين بقدر غلا كل سنة ورخصها قاله في العتبية من سماع ابن القاسم وغيره ووجه ذلك عندي أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشتري بها ما احتاج اليه من طعام مكيل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك ولو كان عنده طعام فأنفق عليه منه يرجع عليه بمثل كيله والله أعلم (مسألة) فان مات الولد عن أم أو جدة فان للاب أن يرجع بما أنفق عليه في مال الولد وان أبتة الورثة معه قال مالك في الموازية وهل عليه بين أم لا قال مالك ان كان مقلا فلا يمين عليه وان كان غنيا فاليمين عليه انه أنفق ليرجع به وروى سحنون عن مالك انه لا يمين ثم يرجع فقال بحلف وجهه في اليمين انها يمين تهمة وطن 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 أشهد به لكان له الرجوع بما أنفق على كل حال وبالله التوفيق (مسألة) 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 كسبه 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 حيوانا فالورثة محاسبون 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 (مسألة) ولو قال الأب في مرضه لا يحاسبوه وماله عرض فقد روى عيسى عن ابن القاسم ذلك جائزا فلو وليت بوصية لو ارث لانه شئ فعله في صحته 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 **ع** مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الر واحل فيغلي بهائم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

ع 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 **ع** وحدثنى مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الر واحل فيغلي بهائم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس 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 اذان معرضاً فأصبح قدرين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالعداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان اوله هم وآخره حرب محم ش قوله ان رجلاً من جهينة كان يسبق الحاج يريدانه كان يقصد ذلك ويجهد نفسه فيه ويشترى له الزواجل السابقة فيز يدق ثمنها المالن قيمتها أعلى من قيمة غيرها اولانه كان يز يد على قيمتها لان من كانت عنده كان لا يسمح بها الا بأكثر من قيمتها الضناتته بها لاسيما من يشتريها بالدين ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج فكان يتعبها ويجهدها حتى انه ربما أعجزها وأهلكها فتألف بذلك ماله وقام عليه غراماؤه وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين وهو معنى فلسه وقد تقدم الكلام فيه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي 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 لسائر لونه من سواد وقوله رضي من دينه وأمانته بان يقال سبق الحاج يريد والله أعلم انه رضي بذلك عوضاً عما أتلفه من دينه وأمانته باتلاف أموال الناس فيما لم تكن له ثمرة الا قول الناس انه سبق الحاج

(فصل) وقوله اذان معرضاً يقال اذان الرجل فهو مدان اذا اشترى بالدين يقال تدان واذان واستدان واذا أعطى بالدين قيل اذان وأما المعرض فقال أبو زيد هو الذي يعترض الناس فيشترى ممن أمكنه معنى المعرض ههنا بمعنى المعترض يعني انه اعترض لكل من يقرضه قال ومن جعله بمعنى المتكهن على ما فسره أبو زيد فهو بعبد لان معرضاً منصوب على الحال فاذا فسره بمن يمكنه فالمعترض هو الذي يعرض لانه هو المتكهن وقال أبو عبيد يروي معرض بالرفع وقال ابن شميل فاذا ان معرضاً معناه يعرض اذا قيل له لا تستدن وروي أبو حاتم عن الأصمعي انه قال معناه انه أخذ الدين ولم يبال أن لا يؤديه وقال العتيبي لا يجوز اذان معرضاً الا أن يكون أراد استدان معرضاً عن الأداء وهو قول أبي حاتم وقال ابن وهب معنى اذان معرضاً أي اغترق الدين ماله فأعرض بأموال الناس مستهلكاً لها متناولاً واه ابن مزين عنه وعن ابن نافع

(فصل) وقوله فأصبح قدرين به قال أبو عبيد الهروي معناه قد أحاط الدين بماله وقال شهر بن به ودين عليه وريم عليه واحد معناه مات وقال أبو زيد يدين بالرجل اذا أوقع في أمر لا يستطيع الخروج منه قال ابن مزين وقال ابن نافع وابن وهب فقه شهر به قال يحيى وقال غيره قد أحيط به وقال في قوله تعالى بل ران على قلوبهم يقولوا طبع على قلوبهم وأحاط بها سوء أعمالهم وقال العتابي الاعراب يدين به انقطع به وقال السلسي يدين به نصير وقال سابق البربري وترك الهوى للرء فاعلم سعادة * وطاعته يدين على القلب برائ

وهذه المعاني متقاربة والله أعلم

(فصل) وقوله فمن كان له عليه دين فليأتنا بالعداة نقسم ماله بينهم يريدانه قد ضاق ماله عن ديونه فحجر عليه عمر التصرف فيه وجعله ليوزعه على غرماؤه بقدر حصصهم مما لهم عنده والله أعلم

(فصل) وقوله واياكم والدين فان اوله هم وآخره حرب يتعريك الراء الحرب السلب ورجل محروب بمعنى مسلوب يريدان أول أمر من عليه الدين اللهم بأدائه مع ضيق يده عنه والمخافة لسوء عاقبته وآخر أمره أن يسلب ماله وما يرض

وانه قد اذان معرضاً
فأصبح قدرين به فمن
كان له عليه دين فليأتنا
بالعداة نقسم ماله بينهم
واياكم والدين فان اوله
هم وآخره حرب

به من عقار وحيوان وغير ذلك ويشفق من بعده فيباع عليه ويقضى منه غرامه

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا في جنابة العبيدان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شيء اختلسه أو حرسة احتسرها أو عمر معلق جذه أو أفسده أو سرقه سرقة لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك ارقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قيمة ما أخذ غلامه أو أفسده أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه ليس عليه شيء 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 امرأة فوطئها فزعمه ما نقص في الأمة وفي الحررة صدق مثلها فان ذلك كله في رقبته لا يعدوها ومعنى تعلق ذلك برقبته ان رقبته تسلم في هذه الجنابات الآن بشاء سيده أن يقتديه منها بارش الجنابة قلت الجنابة أو كثر وهذا كله لانه تعدى فيما لم يؤتمن عليه ولم يسلم اليه أو ما ماؤتمن عليه أو أسلم اليه فقدر روى ابن حبيب عن ابن الماجشون كل عدوى كان من العبد فيها أو تم عليه من ودعة أو بضاعة أو استوجر على عمل أو عارية أو كراء أو ما صار بيده باذن أهله فيبيع ذلك أو يأكله ان كان طعاما فذلك في ذمته الا في وجه واحد ان يتعمد فساد ذلك الشيء بقطع الثوب وعقر البعير وشبهه فذلك في رقبته وقاله أصبغ وقال ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك فوجه قول ابن الماجشون انه أتلفه لنفعة نفسه فلذلك تعلق بذمته وأما عقر البعير وقطع الثوب فانه قصد اتلافه لغير منفعة له في ذلك فتعلق ذلك برقبته ووجه قول ابن القاسم انه قصد اتلاف ماؤتمن عليه فتعلق بذمته دون رقبته كالأول كله (مسئلة) ومن استأجر عبدا ليوصله به بعير الى منزل فحصره وقال خفت 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 ينصره فيأكل لحمه وهو بمنزلة مالو أجره على رعاية غنم فذبحها أو سراسه حائط فيجده أو على أن يحمل له شيئا الى بيته فيسرق من البيت ثوبا ولم أراه كالصانع يقول ذهب المتاع (مسئلة) واذا قال العبد لرجل سيدي يسئلك ألف دينار ساقا فذبحها اليه بيينة فأتلفها قال ابن القاسم في الموازية في رقبته ان لم يكن للعبد مال قال أصبغ لافرق بين الخديعة والخيانة وذلك في رقبته وروى سمنون عن أشهب في العتبية هذه خلاصة ذلك في رقبته ان ادعى أنه أتلفه أو دفعه الى سيده قال ابن المواز في قول ابن القاسم ليس هذا بشيء وقوله الآخر انها في ذمته وجه القول الاول ان يده في قبضها يد سيده ولم تسلم الى العبد ليكون هو الموثوم عليها ووجه القول الثاني انها سلمت اليه باختيار مالكا فلم تتعلق جنايته عليها بذمته كالأول ودعها

﴿ 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 نحلها 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 لاشئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عزها بعينها أو دفعها الى رجل ووضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك ابنه الصغير وأشهد على ذلك وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيها انما هو لابنه فالعطية جائزة وان وليها الأب فهو جائز للابن

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا ﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا في جنابة العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شيء اختلسه أو حرسة احتسرها أو عمر معلق جذه أو أفسده أو سرقه سرقة لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك ارقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قيمة ما أخذ غلامه أو أفسده أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه ليس عليه شيء 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 نحلها 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 لاشئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عزها بعينها أو دفعها الى رجل ووضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك ابنه الصغير وأشهد على ذلك وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيها انما هو لابنه فالعطية جائزة وان وليها الأب فهو جائز للابن

لانه هو الحائز لابنه الصغير من نفسه ومن غيره وذلك أن الموهوب علي ضربين عيين وغير عيين فأما غير العيين فما كان يحاز ولا ينتفع الأب به حال الحياة وبعد ما كالجنتي سفلها أو الربع بكره أو السلعة يمكها 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 استئامته ذلك لان انتفاعه به كسكنى الدار ولبس الثوب ينافي حيازة الابن (مسئلة) وهذا فعين وهب معيناً فما اذا وهب جراً مشاعاً فاختلف قول مالك في جواز حيازة الأب لابنه فروى عن مالك أنه جائز وقال ابن الماجشون ثم رجع مالك وقال لا يجوز ذلك الا في العيين وبه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وجه القول الأول ان ما وصفت به تحت حيازة كالعين ووجه القول الثاني أن رهن المشاع لا يجوز لان الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائر مبيد المرتهن فكذلك في الهبة (مسئلة) وأما العين فاختلف في صحة احتياز الأب اياه وقد تقدم ذكر ذلك وهذا حكم الأب في الاحتياز وأما الأم فاختلف أصحاب مالك فيها فالذي قاله ابن القاسم ومالك أنها لا تحوز لابنها الصغير ما وهبته الا أن تكون وصية وقال ابن وهب تحوز الأم والأجداد والجدة اذا كان صغيراً في حجرهم وان لم يكونوا أو صياء وجه القول الأول ان من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا المبارأة عنه والتصرف في ماله فانه لا يجوز أن يحوز ما وهبه له كالأخ ووجه القول الثاني ان كل من له ولادة عليه وحضانه فانه يحوز ما وهبه له كالأب

(فصل) وقول عثمان رضى الله عنه من نحل ابنه صغيراً وحاز له وأشهد به انه حائز لابن ولم يذكر في جميع ما ينحل يحتمل أن يريد به كل نحل من عرض أو عين فسختم عليه الاب وأشهد فيحوز ذلك على رواية عن مالك ويحتمل أن يريد به العرض خاصة فيحوز على القولين ويحتمل من جهة اللفظ 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 شئ للابن من ذلك الا أن يكون عزها بعينها أو دفعها الى رجل فيحوز فاما وضعها عند غيره فلا خلاف في المذهب في جواز ذلك وأما عزها فهو أن يجعلها في شئ ويحتم عليها ويشهد على ذلك وقد تقدم ذكر ذلك والخلاف فيه بما ينفي عن اعادته ههنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ ماتمق فيه الشفعة ﴾

أصل الشفعة ان الرجل كان اذا باع في الجاهلية منزلاً أو حائطاً أو ناء الجار أو الشريك فيشفع اليه فيما باع فشفعه وجعله أولى ممن بعد سببه فسميت شفعة وطالبها شفعياً ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم 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 ﴾ مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك ﴿ ش قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم بقضى تعلق الشفعة به قبل القسمة والظاهر انه من جنس ما يقسم وأما ما لا يصح فيه القسمة فانه لا يقال فيه ما لم يقسم كما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الشفعة)

﴿ ماتمق فيه الشفعة ﴾

﴿ حدثنا يحيى عن مالك ﴾

عن ابن شهاب عن سعيد

ابن المسيب وعن أبي سلمة

ابن عبد الرحمن بن عوف

أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قضى بالشفعة فيما لم

يقسم 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 انه بلغه

عن سليمان بن يسار مثل

ذلك

لا يقال في الانسان يثبت فيه حكم كذا ما لم يقسم لان ذلك يقتضى ان له حالة يقسم فيها و ما 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 يقتضى اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا تضرب فيه الحدود وينظر فيما ينقل ويحول مما لا ينقسم بضرب الحدود فان وجدنا عليه ثبوت الشفعة فيه ألقناه بما فيه الشفعة وان وجدناه محتمما 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 فيما لا يقسم كالعبد الواحد والثوب الواحد ولا شفعة فيه ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة على الاطلاق لان في القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل 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 والارضين فانه يقسمها غالباً قوم يختصون بعلم ذلك ويتمون لهم فيها مؤنة وأجرة غالباً وساير الاشياء قسمتها لاختصاص بقسام معين ولا يتمون فيها مؤنة ولا أجرة فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على ما يقسم بالحدود وهي الاصول الثابتة قال مالك في الموازية وغيرها انما الشفعة في الارضين وما يتصل بها من ثمر أو بناء فأما الارض فالشفعة فيها عندنا ثابتة وكذلك الشجر والبناء الا أنه على ضربين أحدهما أن يكون مقصود المنفعة والثاني أن يكون مر فالحال الذي تصح قسمة دون تعيين فأما الضرب الاول فانه على قسمين أحدهما ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة التي يصيب بها كل واحد من المتقاسمين بالقسمة منما يقع عليه اسم حقل ودار والثاني لا ينقسم الا بان يتغير اسمه وصفته كالحمام الذي ان قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حماماً فأما القسم الاول فعلى نوعين أحدهما المضرة في قسمته والثاني تلحق المضرة في قسمته فأما ما تلحق المضرة في قسمته فلا خلاف في المنهبة في ثبوت الشفعة فيه وهو أن يجتمع فيه هذه الصفات الثلاث أن يكون مقصود المنفعة لنفسها كالحقل الذي منفعته بالزراعة مقصودة والدار التي منفعتها بالسكنى مقصودة والشجر التي منفعتها بالثمر مقصودة والثانية أن ينقسم دون تغيير والثالثة أن ينقسم دون مضرة (مسئلة) فأما ما كانت منفعته غير مقصودة لنفسها كالطريق التي انما تتخذ للانتفاع بمره أو ساحة الدار التي انما تتخذ ليرتفق 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 يحتلف مالك وأصحابه ان الشفعة في الحمام وقال ابن الماجشون في غير الموازية وأبي مالك الشفعة في الحمام من قبل انه لا يقسم الا بقوله عن أن يكون حماماً وبه قال ابن القاسم فثبت أن هذا القسم مختلف فيه وجه القول الأول 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 والذابة وأما ما لا ينقسم الا بضرر فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما

الرحا في الموازية والعتية قال ابن القاسم لا شفعة 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 يبي منها في الدور وهل يتبع الدار بمجرد العقد وعلى حسب ذلك تفرج مذاهبهم في ثبوت الشفعة فيها وأما رحا الماء والدواب فليست بمبنية في الأرض وانما هي موضوعة فلا شفعة فيها على قول ابن القاسم وقال أشهب وعبد الملك في المجموعة والموازية ان تصبوا في أرضهم فيها الشفعة وان تصبوا في غير أرضهم فلا شفعة فيها باع أحدهم حصه من الرحا أو حصته منها ومن البيت وقال أشهب في غير هذا الموضع انما الرحا التي لا شفعة 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 تثبت فيه الشفعة على سبيل التبع للوضع ومنع الشفعة كالبر والعين فعلى هذا انما الخلاف في ثبوت الشفعة في أحجار الرحا دون موضعها فاما مواضعها فجرى فيها من اعتبار الصفات ما تقدم (مسئلة) وأما الاندر فروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب ان ثغرة الاندر ان كانت بينهما ففيها الشفعة كسائر البقاع وكمرصة الدار المهدومة وقاله أشهب وقال سحنون في العتية لا شفعة في كالأفنية فغابها سحنون الى أنه ليست بمنفعة مقصودة في نفسها وانما هو ما يرتفق به للزرع الذي منفعة من غير الاندر كالأفنية وانما هو لفظ الموردة والتوسع فيها السكنى وذهب ابن وهب الى أن منفعة مختصة به ومفردة كالساكن

(فصل) وأما الثمرة فمن مالك فيها وايتان روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة فيها قال أشهب وذلك انما تقسم بالحدود كما تقسم الأرض يريد والله أعلم اذا قسمت في النخل قبل الجذ لا اختلاف أغراض أهلها قال أشهب عن مالك في المجموعة وذلك الما زابل الأصل وروى ابن المواز عن ابن الماجشون لا شفعة في النخار وحكاها القاضي أبو محمد عن مالك وجه القول الاول انها تتبع للارض بمجرد العقد فثبت فيها الشفعة كالشجر وجه القول الثاني انها من ينقل ويحول فاذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد كالتياب (فرع) واذا قلنا بالشفعة فيها فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة الشفعة فيها الما زابل الأصل وقال ابن القاسم في المدونة الشفعة فيها الما تبيس وتجذ وجه قول مالك انها ما دامت في النخل متصلة بالأصل فان حكمها حكمه في الشفعة كالرطب والجزيد وجه قول ابن القاسم انها اذا بيعت لم تتم بالأصل فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالمجدودة وهذا اذا أفردت بالبيع الثمرة فان بيعت مع الاصل فقد حكي القاضي أبو محمد ان الشفيع يأخذ مع الثمرة قائمة كانت أو مجدودة وللشترى ماسق وأنفق وهذه المسئلة وان كان أبو محمد أو ردها بجملة فقد اختلف أصحابنا فيما أشار اليه منها وذلك أن النخل اذا بيعت فلا يخلو 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 أزهدت فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم قال ابن المواز عن أشهب ان شرها مأبورة أو غير مأبورة ثم ابرها المتباع فان الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة لان الشفيع يبيع وما يور الثمرة للبائع وقال ابن القاسم في المدونة انه قول بعض المدنيين وجه قول ابن القاسم ان الثمرة لم تفارق الأصل حكى بالبيس ولا فعلا بالجذ فكانت تبعاً للأصل فيما ينسحق بمعنى ما ض كالأستحقاق وأيضا فان الثمرة فيها الشفعة ما دامت في حال

النماء فثبت فيها حكم الشفعة تبعاً وأصلاً ووجه قول أشهب ما احتج به والله أعلم وأحكم (فرع) فإذا قلنا أنها تتبع للأصل في الشفعة فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية يأخذ الأصل والتمر بالثمن وعليه غرم ما أنفق المشتري وسقى وعالج وقال أشهب فيها يأخذ التمرة بقيمتها على الرجاء والخوف ولو قال قائل له فقيمة ما أنفق لم أر به بأساً وقال عبد الملك في الكتابين وقال سحنون ليس على الشفيح شيء إلا الثمن لأن المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع إلا بما له عين قائمة ووجه قول ابن القاسم أنه لما كان للشفيح الغلة كان له ما يختص به من النفقة ووجه قول أشهب أن التمرة لما يتناولها الثمن ولزم امضاؤها للشفيح كان عوضها قيمتها لأن النفقة عليها فتكون أمثال قيمة التمرة وقد تغفل فكانت الفجة أعدل ووجه قول عبد الملك ما احتج به وبما إذا يأخذ الشفيح قال ابن القاسم إذا فاتت بالجد أو اليبس فإن الشفيح يأخذ الأصل بجميع الثمن ولا يوضع عنه شيء للتمر ولا حصة للتمر من الثمن يوم وقعت الصفقة (مسألة) ولو كانت التمرة مأبورة يوم الشراء فقد قال ابن القاسم إن التمرة للشفيح ما لم تيسر فإن ييسر أو وجدت فلا شفعتها ويقسم الثمن على الأصل والتمر فإذا كان للأصل فهو يأخذ به الشفيح الأصل وما كان للتمر فهو على المشتري بالتمر

(فصل) وإن اشتراها من هبة فقد قال أشهب الشفيح أخذ الأصول دون التمرة وهذا القول مبني على أن التمرة لا منفعة فيها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا فيها الشفعة لأن التمرة لو انفردت لثبتت فيها الشفعة فكذلك إذا انضفت في البيع إلى ما لا يثبت فيه الشفعة ويجوز قول أشهب على رواية نفي الشفعة في التمرة والله أعلم وأحكم (فرع) وحتى متى يتبع الأصل قال ابن المواز قال ابن القاسم عن مالك التمرة للشفيح ما لم تيسر أو تجتد فإن جئت وهي صغيرة أو كبيرة حط عن الشفيح حصتها من الثمن وقال مرة يأخذها بالشفعة فإن جئت أو ييسر فله مثلها إن عرف كيلها وإن لم يعرف كيلها وكان جذها صغيرة لم تطب فلا يأخذها بثمنها والتمر عليها وعلى الأصول إذا كانت يوم الشراء مزهية أو مأبورة واشترطها المبتاع ورؤاه أيضاً عن مالك وبه قال أشهب واختاره ابن المواز وقد تقدم توجيه ذلك (فرع) فإن قلنا أنها قد فاتت بالجد أو اليبس وهي للشري فإن ابن القاسم روى عن مالك أنه يحط عن الشفيح حصتها من الثمن وقد قال ابن الماجشون في التمرة المأبورة إذا لم يقم الشفيح حتى زالبت الأرض فلا تحسب وكذلك يقول أنها تتبع من الثمن بالطعام إلى أجل إذا حصة لها من الثمن وقال ابن عبدوس بل لها حصة من الثمن ولكنها تتبع وقد اختلف فيها قول سحنون (مسألة) وهذا إذا كان الأصل بينهما فإن لم يكن الأصل لها فقد قال أشهب في الموازية الشفعة في التمرة وإن لم يكن الأصل لها وقاله مالك في المسونة في قوم بينهم تمر كان الأصل لهم أو مساقاة في أيديهم أو حبس عليهم وبه قال ابن القاسم وفي الموازية أيضاً إذا قسمت الأرض دون التمرة قال محمد الشفعة فيها إذا كان الأصل بينهما وقال القاضي أبو محمد إن الرابطين في ثبوتها ونفيها في التمرة إذا كان الأصل في أيديهم ملك أو حبس أو مساقاة أو مبتدأ الشراء ووجه القول الأول أن التمرة إنما يجب فيها الشفعة على وجه التبع للأصل فإذا زالبت الأصل فلا شفعة فيها فإذا زالبت في الملك أو كانت مقسومة فبأن لا يجب فيها الشفعة أولى ألا ترى أن العين والبئر لما وجبت فيها الشفعة على وجه التبع للأرض إذا قسمت الأرض أو زالمت في الملك فلا شفعة فيه ووجه القول الثاني أن الشفعة تجب في التمرة وهي مما يقسم بالحدود مادامت في الأصل فوجب أن يكون الاعتبار بهادون الاعتبار بأصلها كالأرضين والاتجار وبذلك خالفت العين فاتها لا تنقسم (مسألة) فإذا قلنا

بثوت الشفعة في ثمرة النخل فقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية الشفعة في العنب قال ابن القاسم والمقاتي عندي فيها الشفعة لأنها ثمرة ولا شفعة في البقول ووجه ذلك ان ما كان له أصل ثابت تجني ثمرة مع بقائه ففيه الشفعة كالشجر وما لم يكن على ذلك وانما هو نبت لا تجني ثمرة مع بقائه فلا شفعة فيه لأنه ليس بأصل ثابت أصل ذلك ما ينقل ويحول وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتية وغيرها لا شفعة في الزرع لأنه لا يجعل بيعه حتى يبيس

(فصل) ومن اشترى أرضا فزرعها فان جاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فيها أخذها فزرعها وقد قال ابن القاسم في المدونة لاشئ للشفيع من الزرع ولا كراء له في الارض وان كان في ابلان الزراعة ولم يفرق بين ان يكون الزرع نبتا ولا أخذ الارض دون الزرع فان أخذ الارض بزرعها لأنه لم ينبت فله أخذها بالثمن وبقية الزرع على الرجاء والخوف ولو قال قائل يأخذها بالثمن بما أنفق لم أعبه بل هو أقيس واستحسن الاول قال محمد بن يعقوب يأخذها بالثمن وبقية ما أنفق من البئر والعلاج والله أعلم وأحكم وقال ابن القاسم يأخذ الارض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلا لم يزرع فأخذ الشفيع بعد الابار (مسألة) ومن اشترى أرضا فزرعها فباع الشفيع قبل ان ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لا شفعة في الزرع جله وعلى مذهب أشهب الشفعة في الارض والزرع فاذا قلنا بول ابن القاسم فيصطلح وجهين أحدهما أنه يأخذ الشفعة 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 وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم وقال أشهب في الموازية للشفيع اذا قام والزرع أخضر أن يأخذ الشفعة الارض والزرع بل ليس له الا ذلك وقال أيضا في موضع آخر له الشفعة في الارض دون الزرع وقال ابن عبدوس أنكر سمنون قول أشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم لا شفعة في الزرع ووجه القول الاول انها ثمرة متغذية بالأصل كالثمرة التي لم تبيس ووجه القول الثاني انها ليس لها أصل ثابت ولا هو من آلات الاصل فلم تثبت الشفعة فيه كالثياب (مسألة) وأما ما يكون للحائط من البئر والعين فان الشفعة ثابتة فيه لأنه أصل ثابت ومنفعة مقصودة على الارض فكان لها حكمها في الشفعة اذا كان يبيع (مسألة) وأما ما يباع من الارض من آلة الحائط فذكر ابن عبدوس عن سمنون ان فيه الشفعة لأن فيه صلاح الحائط وعمارته 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 بلاقل من قيمة ذلك منقوضا أو الثمن فان أبي فلشر يكره أخذ ذلك بالثمن قال أشهب لا شفعة في ذلك لاشراكه اذ لا ملك لهم في العرصه وهو يبيع فاسباع جميعهم أو أحدهم لأن رب الارض له أن يأخذ ذلك ويؤدى قيمته أو يأمره بقلعه فلا يدري المبتاع ما اشترى ورواه عن مالك وقال محمد بن الصواب وقد قال سمنون في الحبس بيني فيه جماعة فان أحدهم فأراد ورثته يبيع نصيبه من ذلك البناء استحسن ان يكون لاختوته الشفعة (مسألة) وأما الشفعة في الكراء قال ابن حبيب اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء فأخذ ابن الماجشون وابن عبد الحكم بقوله لا شفعة فيه وهو الذي رواه 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 بالحدود فلم تثبت

فيها الشفعة كالثياب ووجه القول الثاني ان المنافع لا تنفصل ولا تتم الا بالاصل الذي يقسم بالحدود فتثبت 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 قسمة وهذا قال مالك والشافعي وهو المروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين بآيات 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 هذا متميز 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 بمحيموان 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 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 ان يأخذ صاحب الشفعة أخلا ويترك الآن يأتي الشفيع بينة ان قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري **ش** وهذا على ما قال ان من اشترى شقصا بعرض ثم جاء الشفيع فان له ان يأخذ بقيمة ذلك العرض اذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك انه مما لا مثل له وفي كتاب ابن المواز ان اشتراه على جزاق فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي يقوم ذهبا بالفضة ويقوم فضة بالذهب وكذلك الجزاق من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما ان اشتراه المشتري بمكيل أو موزون أو معدود فاعلم عليه مثله وليس هذا من يبيع ما ليس عنده لانه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين لان المشتري مغلوب على التسليم وانما يراعى يبيع 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 ان الشفيع ان يأخذ بقيمة العرض الى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز ان يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض وقال محمود هذا غلط ولا يأخذ بقيمة العرض الى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب قال محمود وانما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما ان العرض المعين يباع اذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف في الذمة اذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله ووجه قول أشهب ان العروض لا يجب تسليم مثلها لانها مما لا مثل لها وانما يجب فيها القيمة كالمعين منها (مسألة) ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في المواز ية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالخنطة والازيب وما أشبه ذلك مما يتعجل منه وحكى ابن عبدوس عن مصنون ان 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 غير مادفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب عن مطرف وان كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذ بمثل الدين الا ان يهضم له هضمة بينة فيأخذ بقيمة الشقص لا بقيمة الدين ووجه قول ابن الماجشون ان الدين كالعرض ولذلك لا يجب فيه زكاة الا بمثل ما يجب بعروض التجارة فوجب ان 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 بمحيموان 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 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 ان يأخذ صاحب الشفعة أخلا ويترك الا يأتي الشفيع بينة ان قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري **ش** وهذا على ما قال ان من اشترى شقصا بعرض ثم جاء الشفيع فان له ان يأخذ بقيمة ذلك العرض اذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك انه مما لا مثل له وفي كتاب ابن المواز ان اشتراه على جزاق فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي يقوم ذهبا بالفضة ويقوم فضة بالذهب وكذلك الجزاق من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما ان اشتراه المشتري بمكيل أو موزون أو معدود فاعلم عليه مثله وليس هذا من يبيع ما ليس عنده لانه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين لان المشتري مغلوب على التسليم وانما يراعى يبيع 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 ان الشفيع ان يأخذ بقيمة العرض الى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز ان يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض وقال محمود هذا غلط ولا يأخذ بقيمة العرض الى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب قال محمود وانما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما ان العرض المعين يباع اذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف في الذمة اذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله ووجه قول أشهب ان العروض لا يجب تسليم مثلها لانها مما لا مثل لها وانما يجب فيها القيمة كالمعين منها (مسألة) ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في المواز ية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالخنطة والازيب وما أشبه ذلك مما يتعجل منه وحكى ابن عبدوس عن مصنون ان 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 غير مادفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب عن مطرف وان كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذ بمثل الدين الا ان يهضم له هضمة بينة فيأخذ بقيمة الشقص لا بقيمة الدين ووجه قول ابن الماجشون ان الدين كالعرض ولذلك لا يجب فيه زكاة الا بمثل ما يجب بعروض التجارة فوجب ان 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

قول مضمون ان التقويم انما شرع في العين لانه لا تختلف فيه الأسواق ولا البلاد ولذلك اتفق على انه أصل الأيمان وقيم المتلفات وانما دخل العرض فيه للتصايل ليسلم من التفاضل في الجنس الواحد من العين وانما لا يجوز مثل هذا في المبيع لمنع الدرائع وذلك حكم يختص بالمبيع دون ما يجب عليه من التقويم والله أعلم ووجه قول مالك ان المشتري اشترى بالعين فلا يأخذه الشفيع الا بمثل ذلك الثمن كما لو اشترى بثمان 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 كالمو وهبه بعض الثمن بعد انعقاد البيع وان الطرح الكثير لا تأثر به 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 حالاً أخذ به جالا وان كان بقي من الأجل شيء فالي مثل ما بقي من الأجل وقال أصبغ انما يستشفع بمثل الدين حالا ووجه قول مالك ان حكم الشفيع مساواة الشفيع المشتري فيما يدفعه عوضا عن المبيع وليس من المساواة أن يجعل له مئنا هو مؤجل عليه ووجه قول أصبغ ان الدين الذي كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منه وليس للشفيع على المشتري دين مؤجل فإخذه شفيعه 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 الشفيع والله أعلم (مسألة) ومن اكترى ابلا الى مكة بشقص أو استأجر به أجيرا أو اكترى دارا سنة في المجموعة عن مالك للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الابل وبقيمة 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 أجره من استؤجر (فرع) فاذا تعدت الدواب معينة 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 يأخذه منه من قيمة كراء ابله الا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو اراجح عليه بنصف كراء ابله و يدع 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 اختلفا 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 يحلف على المائة ووجه ذلك أن الشقص في يده والقول قول صاحب اليد فاذا حلف فالشفيع 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 جهلوا الثمن أخذه الشفيع بقيمته يوم ابتاعه المتباع ونحوه قال ابن حبيب عن أصبغ وروى عن مطرف ان القول قول المتباع وان جاء بمرفى وقد روى أشهب في الموازية عن مالك ان أتى المشتري بما يشبه فهو مصدق بغير عين وفيما لا يشبه بالعين وروى ابن القاسم عن مالك يصدق المشتري فيما يشبه ولا يصدق فيما لا يشبه الا أن يجاوره مالك فيصدق فيما يتجان به قال محمد لم يختلف مالك وأصحابه في أن الشفيع لا يأخذه الا بما قال المشتري اذا أتى المشتري بما يشبه واختلفوا اذا أتى بما لا يشبه على ما تنقسم قال محمد وهذا

كله اذا لم يدع الشفيح معرفة الثمن فان ادعى معرفته فلا بد من يمين المتبايع فان نكل حلف الشفيح
 وادى ما قال وقاله مالك في موطنه يشير والله أعلم الى قوله في دلمه المسئلة المذكورة فوق ههنا من
 الأصل وبجلف المتبايع (فرع) ولو صلح البائع أحدهما في العتبية من سباع 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
 مزين لا تجوز شهادته لانه دافع عن نفسه ومعنى ذلك انه يخشى أن يستحق الارض فيأخذ منه
 الشفيح الثمن الذي أعطاه ويرجع هو على الشفيح بما أخذ منه (مسئلة) ولو اختلف البائع والمشتري
 في الثمن ففي المجموعة لأشهب يتالفان ويتفاسغان وتبطل الشفعة وقال ابن القاسم ان حلفا أو وكلا
 فسخ البيع وبطلت الشفعة فلم يكن للشفيح أن يأخذ ما دعاه البائع ووجه ذلك ان الشفعة من تقبة
 على نفوذ البيع فاذا بطل البيع بينهما بطلت الشفعة

(فصل) وقوله يحلف المتبايع على قيمة ما اشترى به يريد والله أعلم قيمته 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 فانها ان انفقا على
 صفتها دعاهما المقومون وان اختلفا في صفتها فالقول قول المتبايع في صفتها على رواية الموطأ يحلف
 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 يتفق على ذلك ويختلفا في
 صفتها يوم التبايع فاما أن يدعى أحدهما تغييرا بلزادة والآخر تغييرا بالنقصان أو يدعى المشتري من
 التغيير أقل مما يقره به الشفيح ص قال مالك من وهب شقفا في دار أو أرض مشتركة فأنابه
 الموهوب له بهانقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا ويدفعون الى الموهوب له قيمة
 مثوبته دنائرا ودرهم قال مالك ومن وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يذب منها ولم يطلبها فأراد
 شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يذب منها فان أتى فهو للشفيح بقية الثواب **ش** الهبة
 تكون على ضربين لغير الثواب وللثواب فأما الهبة لغير الثواب فهي كالمصدق 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 والصدق روايتان احدهما وجوب الشفعة
 والثانية اسقاطها وجه القول بنفيها انه انتقال ملك بغير عوض عنه فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث
 ووجه القول الثاني انه انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة فيه كالهبة للثواب (فرع) فاذا قلنا تبقى
 الشفعة فيه فانعدت الهبة على غير الثواب فأتى بغيره فيعفى المدونة لا شفعة فيه وفي الموازية ولا في عوضه
 ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة فكان لها حكم الأولى (مسئلة) وأما الهبة للثواب فالشفعة فيها
 ثابتة قولاً واحداً سواء كان الثواب نقداً أو عرضاً على ما ذكر في الأصل وهذا يقتضي الأخذ بالشفعة
 بعد الإثابة وفي الموازية لا يجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف وهذا قبل فوات الهبة
 قولاً واحداً وأما صدق فواتها في العروض بلزادة 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 فاتت بذلك فقد وجبت القيمة ولزمت الشفعة وقال ابن القاسم وابن الماجشون لا يجب

قال مالك من وهب شقفا
 في دار أو أرض مشتركة
 فأنابه الموهوب له بهانقدا
 أو عرضا فان الشركاء
 يأخذونها بالشفعة ان شاؤا
 ويدفعون الى الموهوب
 له قيمة مثوبته دنائرا أو
 دراهم قال مالك من
 وهب هبة في دار أو أرض
 مشتركة فلم يذب منها ولم
 يطلبها فأراد شريكه أن
 يأخذها بقيمتها فليس
 ذلك له ما لم يذب منها فان
 أتى فهو للشفيح بقية
 الثواب

الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف ورواه ابن حبيب عن مطرف قال عبد الملك إذ لعله يقول لم أرد ثواباً فإن رأى الناس أنه أراد به الثواب قال ابن المواز وإن ترك الثواب لموضع الشفعة فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب ومعنى ذلك أن الثواب مجهول وإنما ينفذ بانفاذه أو بالقضاء به ووجه قول أشهب عندي أن يقضى له بالشفعة بالقيمة التي قبلت منه وذلك جائز في الشفعة لأن الشفيع شهد أنه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن فيجوز له ذلك فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوماً وإنما ذلك من شرط لزومها 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 أتى من الهبة بأكثر من قيمتها ففي الموازية لأشهب إن كان قبل فواتها فإن الشفيع يأخذ بجميع العوض وإن كان بعد فواتها أخذ بالأقل من الثواب بقيمة الهبة وقال ابن القاسم وعبد الملك لا يأخذ إلا بقيمة العوض ما بلغ وجه قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة لأنه لم يلزمه بعد شيء أقل من ذلك ولأكثر وبعد الفوات قد لزمته 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 لاهية متميزة فلا فرق بين الموضوعين وهذا معنى قول مالك فإن أتى من هبة للشفيع بقيمة الثواب ومسئله الموطأ مبنية على المساواة بين الحالين (مسئلة) فإن أظهر الواهب هبة لغير ثواب وعلى وجه الصدقة وادعى الشفيع الثواب فقد قال مالك لا يمين على المتصدق عليه إن كان ممن لا يثمن وإن كان ممن يتهم أحلف وقال ابن نافع عن مالك في المجموعة إن رأى أنه وهب للثواب لأنه محتاج وهب عينا فاليمين على الموهوب له أو على ابنه إن كان صغيراً وإن كان غنياً عن الثواب وإنما وهب لصدقة وقرابة فلا يمين في ذلك وإن لم يكن حاجة ولا قرابة ولا إناء 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 الجارة مثل أن يشتري شقفاً من أرض بسكنى داره أو ركوباً له فالشفعة في ذلك كله يأخذ الشفيع بقيمة الجارة لأن السكنى والركوب كالعرض فيأخذ الشفيع بقيمة ذلك وكذلك قيمة الشقص يؤخذ في دم الخطأ فإنه يأخذ الشفيع بالدية لأنه عوض عن مال فلا يخاف أن يكون ذلك المال من العين وقد تقدم ذكره أو يكون من أهل الأبل ففي المدونة عن ابن القاسم إن الشفيع يأخذ بقيمة الأبل فأما على قول أشهب فيمن اشترى شقفاً بغير عوض 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 فصالحه على الإنكار فلا شفعة فيه ولو صالحه بشقص آخر فلا شفعة في الثاني بقيمة ما ادعاه قاله ابن المواز وإن صالحه على الأقرار فالشفعة فيه لأنها معاوضة (مسئلة) وأما ما كان عوضاً لغير مال كدم العمد فالشفيع الأخذ بالشفعة بقيمة الشقص لأنه ليس له عوض من المال وإنما عوضه غير مال فلما لم يكن لعوضه قيمة أخذ بقيمة نفسه وهذا إن صالحه بالشقص عن دم العمد وأما لو صالحه عن الدم بمال ثم أخذ به الشقص ففي الموازية يأخذ الشفيع الشقص بما كانا اتفاقاً عليه من دية معجلة أو مؤجلة (مسئلة) وأما الشقص ينكح به أو يخالغ فيه الشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه والدليل على ما نقله أنه شقص ملك بنوع

معاوضة فثبتت فيه الشفعة كالمالك بالبيع وأخذه الشفيع بقيمة الشقص خلافا للشافعي في قوله يأخذه بمهر المثل والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال فيستقدر به ثمن المبيع فيه وليس كل مهر المثل هو الثمن فيلزم ذلك الشفيع كإخذه من دم عمد ص **ص** قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة **ص** قال مالك إن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل وإن كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فإذا جاءهم بحميل ملي وثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له **ص** وهذا كما قال إن من اشترى شقصا بثمن مؤجل فإن الشفيع انما يأخذه بمثل ذلك الدين إلى ذلك الأجل لأن من حكم الشفعة انفاذها بالثمن الأول في قدره وصفته وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له الاخذ بثمنه حالا أو الانتظار إلى أن يجعل 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 والموازية لم يكن في مثل ملاء المشتري فليات بحميل في مثل ثقة المشتري وملائته 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 الذمتين اللتين هما محلان لها لا يباع التأجيل ويؤيد هذا 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 إن التساوي انما يجب فيما يتعلق به الحكم وهو الملاء أو العدم فيعتبر بذلك دون التفاضل إذ الذم لا تكاد تتساوى ولا تأثير لها في الاخذ 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 دونه فاذا لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشتري فكذلك نقصها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وإن كان مخوفا 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 بالشقص لثلايتلفه قبل الاداء فلا يوجد ما يؤخذ منه ثمنه 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 الاخرى تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا إذا كان المبتاع مليا فإن كان عديما وافترقا في العدم فالشفيع الاخذ بالشفعة دون حيل ولا رهن رواه ابن المواز قال محمد لا شفعة له أن يأتي بحميل ثقة كان المبتاع أو عديما ولم يكن وجه القول الأول ما ذكرناه من مراعاة التساوي ووجه القول الثاني أن عهدة المشتري بالدين على الشفيع وقديشق البائع بالمشتري بما لا يثق به المشتري بالشفيع كالموآراد إن يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع لم يلزم ذلك المشتري للشفيع (مسئلة) ولو لم يقم 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 فإن لم يكن مليا ولم يأت بحميل فقد قطع السلطان شفيعته فلا شفيعته وإن وجد حيل بعد ذلك وروى ابن حبيب عن أصبغ لا يأخذه بعد الأجل إلا بالنقد ووجه القول الأول ما قدمناه من التماثل في الموضوعين وللأجل في ذلك تأثير فقد يشتري الاصل بالتأجيل بثمن ملي ما يشتري بالنقد ووجه قول أصبغ أن الأجل قد كان لها جميعا للمشتري وللشفيع فاذا 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 مخوفا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فإذا جاءهم بحميل ملي وثقة 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 بج ش وهذا على ما قال
وذلك ان الاخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك أو يأتي من طول
المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة وعند أبي حنيفة والشافعي أنهما على الفور • قال مالك في الموازية
والمجموعة لا تقطع شفعة الغائب غيبته ولو طال وان لم يشهد في غيبته انه على شفيعته ووجه ذلك أن
المغيب عذر في تركه القيام في الشفعة فلم يسقط بذلك حقه كالانحما والجنون (مسئلة) وهذا اذا
كانت غيبته بعيدة فان كانت قريبة قال أشهب في الكتابين ان كانت غيبته قريبة لا مؤنة عليه في
الشخص فهو كالحاضر قال في المجموعة وهذا اذا طال زمانه وعلم بوجود الشفعة ووجه ذلك أنه
لامضرة عليه في طلب الشفعة فكان طول امساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كالحاضر (مسئلة)
وأما الحاضر فقل قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما انه لا حد لذلك والثاني
ان له حدا وجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا على عموم في
الاقوات والاحوال ومن جهة المعنى ان هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادر على
ازالته عن نفسه بتوقيفه فاذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضى المدة لم ينقطع حق الشفيع
بمضى المدة ووجه الرواية الثانية ان في ترك الشفيع على شفيعته اضرا بالمشترى ومنعاه من
التصرف في ملكه بالعامة والانفاق له فكان له حد ينهى اليه بأمن المتابع عند انقضائه الشفعة ولا
يقطع حق المشتري تركه ايقاف الشفيع كما لا يقطع الشفيع تركه الاشهاد بالاخذ بالشفعة (فرع)
فاذا قلنا 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 أن يوقف وقال لأرى الخمس
سنين طولا وروى عن أصبغ هو على شفيعته السنين ونحو ذلك فاذا قلنا بالسنة وهو الاكثر 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 فقل قال أشهب اذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة فلا شفعة له وروى أشهب عن
مالك السنة قريب وذلك يقتضي نفي هذا التقدير وقال ابن ميسرة ما قرب السنة دخل في حكمها
ووجه القول الاول ان ما حد بالسنة كان حكمه مقصورا عليها كالسنة المضروبة للعنة والجنون
ووجه القول الثاني ان المدة المحدودة بالسنين اذا لم تنفض 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 نذكره بعدها أو يكون له عذر فلا تنقطع شفيعته بمضى 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 يبتى حكم شفيعته اذا لم يعلم بذلك وما اذا علم فانه أيضا يقدر على
اشهاده بأخذ الشفعة فان لم يفعل حكمه حكم الحاضر (مسئلة) فاذا زالت هذه الاعذار من
الغيبة والمرض والصغر وما ذكر قبل هذا فان لمن زالت عنه من المدة بعد ذلك والمماثل مال للشفيع
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 لمطلق 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 لاولي له من أب أو وصي أو مقدم من حاكم فان كان له ولى 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 ثم يبط وتضييع فلا شفعة للمبي 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 الاتباع وأما ان كان حاضرا عند الاتباع 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 لو قام فيها ثبتت له الشفعة وكان سفره سفره يعلم أنه لا يرجع حتى ينقضي أمد الشفعة فقد بطلت شفعة وان كانت غيبته يرجع من مدها قبل انقضاء أمد الغيبة فنعها مالمع فهو على شفعة بعد ان يعلم انه ما كان تاركا للشفعة وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد ووجه ذلك انه خرج في مدة كان له الاخذ بالشفعة الى سفره 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 أبقى له حق الشفعة لانهما انما تنقطع بعدم العوائق ولذلك لم يحج 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 اشتراها في غيبته أو اشتراها له وكيل فالشفعة ثابتة وان طالت غيبة المشتري قال ولو قام بشفعة لحكم له بها فان لم يرق لم يضره تأخيرها لعدده لتجشم الخصومة فان كتابة عهده عليه أبعضته حسن (مسئلة) ولو كان الوكيل يبنى ويهدم ويكرى بمحضرة الشفيع لم يقطع ذلك شفعة مالم يكن وكيل على دفع الشفعة عن المشتري قاله أشهب وقال ابن ميسر اذا كان الوكيل يبنى ويهدم بمحضرة الشفيع فلا بد أن يلي ذلك معه ير يدل شركته 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 تنقطع الشفعة فهل يجب عليه يمين انه لم يسكت هذه المدة لأنه تارك للشفعة روى ابن القاسم عن مالك في العتبية يحلف ان قام بعد ستة أشهر وفي الموازية عن مالك يحلف بعد سبع أشهر أو خمسة ولا يحلف بعد شهرين فعلى هذا المدة على أضرب منها ما يقصر كالشهرين وما كان له حكمهما فهذا يأخذ بالشفعة دون يمين وما هو أطول منها كالسبعة أشهر وما كان له حكمهما فهذا يأخذ بالشفعة بعد ان يحلف وطويل المدة ما زاد على السنة في رواية أشهب فهذا تنقطع فيه الشفعة (مسئلة) وهذا ان علم بالشراء وثبت ذلك عليه بيينة 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 الاربعة لكثير ولا يصدق في أكثر منها ص قال مالك في الرجل يورث الارض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الاب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الارض فان أبا البائع أحق بشفعة من عمومته شركاء أبيه قال مالك وهذا الامر عندنا ش وهذا على ما قال ان الاخوة اذا ورثوا أرضا فيتم في أحدهم عن ولد ورثوه ثم باع أحد الولد نصيبه فان اخوة البائع أحق بشفعة ما باع من أعمامه لأن شركتهم أخص فتخص بمحضرة الشركة وتبعيض السهام وبسبب ازالة 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 العصبه كأهل السهام المفروضة فيصطلح

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

القول الذي في كتاب محمد المخالف رواية العتبية ويحتمل ان يريد ان الوارث الواحد يشارك المشتري انه بمنزلة في الشفعة ورواية العتبية في جماعة ورثة يرثون بأباهم ان بعضهم أحق بشفعته فيما باعه اشرا كهم من الورثة لما قدمناه (مسئلة) والورثة على ضربين أهل سهم وغير أهل سهم فأما أهل السهم كالجدين نشتر كان في السدس والاخوان الشقائق والاخوان للاب يشتركن في الثلثين والاخوان للام يشتركون في الثلث والزوجات يشتركن في الربع أو الثمن فقد قال مالك في الموازية والمجموعه 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 الأشهب فانه قال الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهم وجه القول الاول ان أحاد العصبه مشاركون لجملة أهل السهم فلذلك كان أهل السهم بمنزلة في حقوقهم وأحاد أهل السهم لا يشاركون العصبه وانما يشاركونهم بالجملة لأن حقوقهم متقدمة وقد تساوا في ذلك ووجه آخر وهو ان معنى التعصيب في هذا الموضع الوراثة لا امر يدعيه ولذلك لا تنقر سهامهم ولا تختص بسهم ما وحق أهل السهم التقديم على العصبه بذلك السهم ولذلك يضربون به عند العول والعصبه يسقطون عند العول فكل حق للعصبه شاركون فيه أهل السهم بذلك وحقوق أهل السهم مقصورة عليهم لاختصاصهم بالسهم وحقوقه (مسئلة) ومن أوصى لهم ثلثا 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 أحد الشركاء أنا أخذت من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت ان تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت ان تدع فدع فان المشتري اذا خيره في هذا الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والافلاسي له $\frac{1}{2}$ وهذا على حسب ما قال ان الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الانصبة في المال المبيع بعضه وابست الشفعة على عدد الشركاء قال ابن المواز وقاله علي بن أبي طالب قال أشهب لأن الشفعة انما وجبت لشركهم لالعددهم فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة قال محمد كعتق رجلين نصيبهما في عبد فالتقويم عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي معنى قول مالك له من الشفعة بقدر نصيبه ان كان قليلا قليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيه يقتضى انهم ان لم يتشاحوا جاز لهم أن 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 يجوز هبة الشفعة ولا بيعها والمشتري للشقص أحق بذلك ممن وهبها اياها الشفيع أو باعها منه (فرق) والفرق ينشأ بين هذه المسئلة ان الموهوب له لاحق له في الشفعة والشفيع الذي أعطى أكثر من حقه منهاه حق في الشفعة وانما صار له نصيبا المشاحة ممن يستحق بذلك استحقاقه ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له أن يأخذ جميعها فلذلك جاز أن يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها لانه 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 فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد الشركاء أنا أخذت من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت ان تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت ان تدع فدع فان المشتري اذا خيره في هذا الشفعة كلها أو يسلمها اليه فليس للشفيع الا ان يأخذ الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والافلاسي 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 يريد بقوله فيشتري رجل من رجل من شركائه ان رجلاً جنياً اشترى من رجل من شركاء المالك فنسبه اليه بمعنى المالك كما يقول صاحبه ومالكه ويحتمل أن يريد به ان رجلاً من الشركاء اشترى من رجل من شركائه فيكون الضهير من شركائه عائداً 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 يخلوا أن يكون سائر الشركاء غائباً أو حضوراً فان كانوا حضوراً وأبوا الأخذ لم يكن للشفيع الآن 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 الاخذ 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 اراد الشفيع اخذ الجميع لم يكن للمشتري منعه من اخذ الجميع قاله في المدونة ووجه ذلك أن الشفعة مبنية على المنع من التبعيض فكالمسألة للشفيع أن يبعضها على المشتري كذلك ليس للمشتري تبعيضها على الشفيع وروي ابن حبيب عن أصبغ ان كان المسلم للشفعة سلمها على وجه الهبة للبتاع فليس للشفيع الا قدر سهمه وللبتاع سهم المسلمين وان كان نسليه على وجه كراهية الاخذ للشفيع أخذ الجميع فان أبي فلا شفعة له وقد تقدم انه لا تجوز هبة الشفعة لكنه انما تجوز هبتها لمن له حق في ملكها كالمشتري واذا تركها للشفيع ولم يهبها فان للشفيع الاخذ بالشفعة فقدم عليه والله أعلم (مسألة) وان كان اشترى كغيب لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصته اشترى كغيب حتى يقدموا ولياً يأخذ الآن الكل أو يترك فان ترك فلا دخول له مع أصحابه اذا قدموا وأخذوا الشفعة فان قدم واحد من غائب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع ولو أخذ الحاضر الجميع فن قدم دخل معه في الشفعة ان اراد ذلك على قدر حصتها كما لو لم يكن شريك غيرهما قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها (مسألة) وأما ان كان المشتري أحد الشركاء فاراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع انك شفيع معي فأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة فلم أر فيه نصاً الا ما يحتمل هذه المسئلة من التأويل قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والذي عندي ان للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو اترك وليس للشفيع الا ذلك لان المشتري أكثر ما فيه انه شفيع تارك فان اراد الاخذ بالشفعة أخذ الكل والابطالت 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 حقاً فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الآن يعطيه قيمة ما عمره فان أعطاه قيمة ما عمره كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها ✶ وهذا على ما قال ان المشتري اذا اشترى الأرض فعمرها فان عمارته لها تكون على وجهين أحدهما بالفرس والبناء وماله أصل ثابت والثاني ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحراث والاصلاح فأما ما كانت عمارته بماله أصل ثابت فان الشفيع لا شفعة له الآن يعطيه قيمتها ما عمره قاله مالك في الموازية والمجموعة وغيرها ووجه ذلك انه عمره بوجه حق لانه عمره في ملكه فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة ويشاركه المشتري بالمهارة لان ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التي شرعت للشفعة لثبوتها وتصور هذه المسئلة بان يكون المشتري

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

اشترى الأرض كلها فعمرفيها وهو يعتقد انها له فاستحق رجل منها حصة وأراد أخذ الباقي بالشفعة وهذا معنى قول مالك ان المشتري اشترى الأرض ثم أتى رجل بعد ان عمرفأدرك فيها حقاً يريد والله أعلم استحق منها جزءاً أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة انه أراد أن يملك جميعها وأما من اشترى شقفاً من أرض فبني فيها ثم قام الشفيع فان العمارة تقوّم مطروحة نقضاً فان شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمة منقوضاً والأمر به بقلعه قاله مالك في المجموعة ووجه ذلك انه متعدي البنين (فرع) فاذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس فقد روي أشهب عن مالك في الموازية انما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة لانه قد يهدم قبل ذلك ويبنى ويفرس 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 أتى 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 حصة ذلك الجزء من البناء لما قد مناه من انه بنى بوجه حق فليس له أن يأمره بقلعه لانه اتلاف لمابني وغرس فان أبي المستحق من أن يدفع الى المشتري قيمة ما بنى قيل للمشتري ادفع اليه قيمة أرضه دون العمارة 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 تقدم مناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجه لا يمكن ازالته منه الا بالضرر وقدم مالك الارض لان ملكه أقدم ولان الأرض أُنبت 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 جنبته من الاباية عن تغليص الملك فان أبي المشتري أيضاً شرك بينهما لان هذا الحكم مبني على أن يجبره على البيع اذا دعا اليه الآخر ولا يجبر على الشراء من أباه فلم يبق الا التبريك بينهما (فرع) فان دفع المشتري الى المستحق قيمة أرضه وأراد المستحق أخذ بقية الأرض بالشفعة في المجموعة عن أشهب انه اختلف قول مالك فيه قال أشهب ولست أراه ووجه في الشفعة ما احتج 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 ويجبى 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 الشركة فان كانت قيمة الأرض مثل قيمة البناء فهما شركان بنصفين وهل تثبت بينهما الشفعة قال أشهب في المجموعة لاشفعة له في النصف الآخر وقال في كتاب الفصب لابن المواز تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء فيكون له نصفه أيضاً ربع عن الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشتري ربع قيمة النقص الذي هدم منقوضاً ص قال مالك من باع حصته من أرض أو دار مشتركة فلما علم ان صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشتري فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

قال مالك من باع حصته من أرض أو دار مشتركة فلما علم أن صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشتري 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 يستطاحقه منه بالاقالة ولا يغيرها 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 فاذا قلنا انها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالاقالة وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول وتبطل الاقالة لما كانت مبطله لحق الشفيع بمسوجوبه ولو سلم مالك قال مالك ولو سلم الشفعة صححت الاقالة وهو الذي قاله مالك في الموازية والمجموعة قال أشهب وهذا استحسن وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة ان رأى أن الاقالة كانت لقطع الشفعة فهي باطل وللشفيع الشفعة ثابتة وان رأى أنها على الصحة صححت الاقالة وللشفيع أن يأخذ بما شاء واذا قلنا انها بيع حادث وهو الذي ذكره القاضي أبو محمد فان له أن يأخذ بالبيع الأول أو بالاقالة فتكون عهده ان شاء على البائع وان شاء على المشتري مع التساوي في الثمن ولو كانت الاقالة بأقل من الثمن الأول أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه أنه أن يأخذ بالاول أو الثاني أيهما شاء (مسئلة) وهذا اذا كانت الاقالة قبل تسليم الشفعة فان كانت بعد تسليم الشفعة ففي الموازية والواضحة لأشهب ومطرف وابن الماجشون فان للشفيع أن يأخذ بعهد الاقالة وكذلك الشفعة في الشركة والتولية ووجه ذلك أن الاقالة بعد تسليم الشفعة بيع حادث فكان له أن يأخذ بالشفعة وان كان قد سلمها قبل الاقالة كمن باع شريكه فسلم الشفعة ثم باع المشتري فان له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني والله أعلم ص قال مالك من اشترى شقصا في دار وأرض وحيوانا وعرضا فطلب الشفيع شفته في الدار والأرض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا قال مالك بل يأخذ الشفيع شفته في الدار أو الأرض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حده على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفته بالذي يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا إلا أن يشاء ذلك ش معنى ذلك والله أعلم ان من اشترى شقصا من دار وأرض مما فيه الشفعة ومعها في الصفة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض فلا يخاف أن يكون ذلك من ذلك الحائط كعبيسه العاملة فيه ودوابه وآلته أو يكون مما لا تعلق له به فان كان من آله ففي المجموعة عن سحنون ان ما يبيع مع الحائط من آله وورقيه أن فيه الشفعة لان صلاح الحائط لا يتم الا به كالعين تباع مع الارض وفي الموازية والدواب والرقيق والآلة انه كبعضه ير يدان الشفعة فيه على وجه التبعية للحائط قال الا أن يكون انما أضيف اليه يوم الصفة وقد كان أخرجه من قبل ذلك فلا شفعة فيه فهذا على ما قال وانما يكون له حكم التبعية اذا كان قد أثر في الحائط عمله أو العمل به فأما ما لم يعمل به بعد في الحائط ولم يكن فيه تأثير فلا يكون صفة من صفات الحائط على ما تقدم في المساقاة وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان كان غير متعلق بالبيع ولا تبعاله مثل أن يبيع شقصا وثوبان ثمن ما ان الثمن يفيض على الشقص والثوب وما أصاب الشقص فهو ثمنه وبه يأخذ الشفيع ان 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 يستوجبه على أنه عليه بما يصيبه من القيمة دون خياره عند معرفة القيمة فذلك غير جائز واما أن يستوجبه على أن يأخذ بالشفعة وان لم يعلم الثمن فلذلك تأثير عندى في طول أمد الشفعة ولا يقال فيه انه غير جائز

أحق بها بالثمن الذي كان باعها به ش قال مالك من اشترى شقصا في دار أو أرض وحيوانا وعرضا في صفة واحدة فطلب الشفيع شفته في الدار أو الأرض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا ش قال مالك بل يأخذ الشفيع شفته في الدار أو الأرض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حده على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفته 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 (مسئله) ولو باع شقما وقصا بدينار فلا بد
من تقويم الشقص والقمح قاله في الموازية مالك وابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه اذا اشقلت
الصفحة عليهما فلا سبيل الى معرفة حصة الشقص الا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح فيفض الثمن
عليهما ولو باع منه شقصا أو مائة درهم بدينار فلا بد أيضا من تقويم الدرهم والشقص قال محمد وهذا
على قول أشهب بشعور بالصرف والبيع معا

(فصل) وقوله ولو قال المشتري خلتما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا فانه انما يأخذ ما فيه
الشفعة يريد انه لا يلزم ذلك الشفيع ولو اتفقا على ذلك لجاز وكان بيعا مستأنفا ولذلك قال مالك ولا
يأخذ من الحيوان والعروض شيئا الا ان يشاء ذلك من قال مالك ومن باع شقما من أرض
مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبي بعضهم الا ان يأخذ بشفعته ان من أبي ان يسلم يأخذ
بالشفعة كلها وليس له ان يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقى من ش معنى ذلك ان بعض الشفعا اذا
سلم الشفعة أو ادبعضهم الأخذ بها فان أراد ان يأخذ جميعها لم يكن للمشتري ان يمنعه من ذلك لانه
شفيع فلا يتبعض عليه الشفعة للمشتري كما لو انفرد (مسئله) فان أراد ان يأخذ بقدر حصته فلا يجوز
ان يسوغ ذلك للمشتري أو يمنعه منه فان سوغه ذلك جاز لان الحق في استيعاب الشفعة انما هو حق لها
وغير خارج عنهما فاذا رضى بترك ذلك جاز كالبيع وان أبي المشتري من ذلك فعلى ما قال في الأصل
لم يكن للشفيع الا ان يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة للمشتري في أخذ الشفيع بعض
ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعض صفته وأخذ بعضها والزام سائرهما من قال مالك
في نفر شركاء في دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر ان
يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بصمتي وأترك حصص شركاؤي حتى يقدموا فان أخذوا فذلك
وان تركوا أخذت جميع الشفعة قال مالك ليس له الا ان يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء
شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاءوا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا يرى له شفعة من ش قوله
في نفر شركاء في دار واحدة وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التخييل والتقريب ولا فرق
بين الدار الواحدة في ذلك والدور الكثيرة ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع انما
يأخذ ما اشتراه من الثلاثة الدور أو يترك الكل وليس له ان يأخذ ما اشتراه من احدي الدور ويترك
ما اشتراه من سائرهما اذا كان شريكه في جميعها وكان المشتري اشترى ذلك في صفقة واحدة قال ابن
القاسم وأشهب في المجموعة ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعض الصفقة الا ترى ان من اشترى
أرضاً تم استحق الكثير منها فان له رد سائرها للضرر بالشركة الطارئة بالاستحقاق (مسئله) ومن
اشترى من رجلين شقصا من دارين وشفيعهما واحد لم يكن للشفيع ان يأخذ حظ البائعين 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 (مسئله) ولو اشترى ثلاثة رجال من
ثلاثة رجال دارا أو أرضا ونحلا وشفيع ذلك كله رجل واحد ففي المدونة لابن القاسم انما له ان يأخذ
ذلك كله أو يترك سواء اشترى ثلاثة أو ثلاثة من واحد أو واحد من ثلاثة اذا كان في
صفقة واحدة ما اشترى واحد من ثلاثة فظاهر وأما الشفعة فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد
فان كان ذلك على الاشاعة بينهم فبين 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 رجل انفرد

قال مالك ومن باع شقما
من أرض مشتركة فسلم
بعض من له فيها الشفعة
للبيع وأبي بعضهم الا ان
يأخذ بشفعته ان من أبي
ان يسلم يأخذ بالشفعة
كلها وليس له ان يأخذ
بقدر حقه ويترك ما بقى
قال مالك في نفر شركاء
في دار واحدة فباع أحدهم
حصته وشركاؤه غيب
كلهم الا رجلا فعرض
على الحاضر ان يأخذ
بالشفعة أو يترك فقال
أنا آخذ بصمتي وأترك
حصص شركاؤي حتى
يقدّموا فان أخذوا فذلك
وان تركوا أخذت جميع
الشفعة قال مالك ليس
له الا ان 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 تمييز لصفقة
أحدهم والله أعلم وأحكم وقد قال ابن القاسم في الموازية وغيرها في الرجلين يشترىان حصة رجل من
أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لما ذكرنا من اشتراكهما في المبيع
والصفقة وقد قال أشبه أن يأخذ حصة أحدهما قال محمد هو أحب إلينا وقاله محضون (مسئلة)
ولو بيعت حظا من دارين من رجل واحد ولكل حظ شفيع فلكل واحدهما أخذها هو شفيع
فيه دون مالا شفعة فيه يفيض الثمن بينهما ثم يأخذ بالشفعة ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب مأخذه
من الثمن لكان أخذه باطلا قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه انفاذا البيع بثمن مجهول وذلك
غير جائز ومعنى ذلك عندى على مذهب من يرى الشفعة يبعان ينفذوا أخذ بالشفعة فيلزم الشفيع
والمشترى 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 عمارة عن أبي بكر بن خزم ان عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود
في الارض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل ﴾ قال مالك وعلى هذا الامر عندنا ﴿ قال
مالك ولا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح ﴾ قال مالك والامر عندنا انه لا شفعة في عرصة
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 لان الحدود اذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة فقد خرجوا عن حكم الشركة
الى حكم المجاورة والحديث الذي ورد ان الجار أحق بصقبة لانه 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 شاعة ولا يقضم ماؤها وانما هي من
آبار الشفة أو آبار سقى الارض الا ان الارض قد بيعت دونها أو قسمت وفي المدونة عن مالك فين قاسم
شريكه الأرض والنخل ثم باع 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 وفة اليها وتكون صفة من صفاتها
نبتت فيها الشفعة واذا لم تكن تبعهما فلا شفعة فيها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وآبار النخل وعيونها
على ضربين منها ما يكون عددا يحتمل القسمة ومنها الواحدة التي لا يحتمل القسمة فاما ما يحتمل
القسمة ففي المجموعة والموازية في الأرض بين الرجلين لها بئر أو عينان فاقسما البئر أو العينين
خاصة فباع أحدهما عينه أو بئره وحصة 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 ان المبيع مقسوم فلا شفعة فيه وأما ان كانت بئرا واحدة فلا يصح فيها
قسمة 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
فالشفعة فيها وان أفردت بالبيع وان كانت أرضها مقسومة ولا أرض لها فم 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 عمارة عن أبي
بكر بن خزم ان عثمان بن
عفان قال اذا وقعت
الحدود في الأرض فلا
شفعة فيها ولا شفعة في بئر
ولا في فحل النخل ﴾ قال
مالك وعلى هذا الامر
عندنا ﴿ قال مالك ولا
شفعة في طريق صلح
القسم فيها أو لم يصلح ﴾ قال
مالك والامر عندنا انه لا
شفعة في عرصة دار صلح
القسم فيها أو لم يصلح

يجب أن لا تكون الشفعة في العدد الكثير فيا 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 بها من الأرض ما تجب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد تكون العين الواحدة لاحتمل رقبها القسمة ويكون ماؤها يقسم بالقاد ففي العتيدة من رواية يعقوب بن يعقوب عن ابن القاسم عن مالك ان الشفعة في ماؤها وان لم يكن ملاكها شركاء في الأرض التي تسقى بتلك العين وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون اشراكهم وقال أشهب في المجموعة لاشفعة فيها اذا قسمت الأرض وجه القول الأول ان هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعة مقصودة يتبع أصله بمجرد العتيدة تثبت 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 تحتمل القسمة كالأرض التي لاحتمل القسمة وانما تثبت فيها الشفعة على وجه التبعية اذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم

قال مالك في رجل اشترى شقفا من أرض مشتركة على انه فيها خيار 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

(فصل) وقوله ولا شفعة في حقل النخل يريد والله أعلم أن تكون نخلة واحدة يحتاج اليها التلقيح الحائط فان كان الحائط مشتركين أرباب النخل فحكمهم حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة وان لم يكن مع النخلة من النخل حائط يلحق بها فحكمهم حكم النخلة الواحدة وفي الموازية عن مالك اذا قسم الحائط وبقى النخل والنخلان 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 لأنها من الأصول الثابتة وبه قال أشهب وأصبغ وذلك مبني على اثبات الشفعة فيها لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدائر الصغيرة وما أشبه ذلك

(فصل) وقول مالك لاشفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح وقد قال في الموازية لاشفعة في طريق ولا عرصه وان صلح فيها القسم ومعنى ذلك أن الطريق لاشفعة فيها لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها ولذلك لم يثبت فيها شفعة كما جرى الماء وقال مالك في المدونة لا يرى أن يقسم مجرى الماء وقال ابن القاسم لا يقسم الطريق اذا أبي ذلك أحدهم وهذا يقتضى معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما عرصه الدار في الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك اذا قسمت البيوت وبقيت العرصه فلا أحدهم يبيع نصيبه من البيوت والعرصه 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 من قال مالك في رجل اشترى شقفا من أرض مشتركة على أنه فيها خيار 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 مع ش معنى ذلك أن البيع اذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة لانه قد كل وانتقل به البيع الى ملك المتباع واذا كان على وجه الخيار فالبيع باق على ملك البائع فلا تثبت الشفعة مع بقائه 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 مدة الخيار في الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم ان من صار اليه الشئ نصيبا يبيع الخيار له 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 فنذير الخيار ورد وقاله أصبغ وقال أشهب
 الشفعة لمبتاع البتل فيما يبيع بالخيار وجه قول ابن القاسم ان 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 انه مبني
 على أن المبيع باق في مدة الخيار على ملك البائع فهو أحق بالشفعة فان نفذ البيع بعد ذلك فاما هو
 يبيع 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 يبيع 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 الشفيع شفيعته في مدة الخيار لم تبطل شفيعته 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 فحصل رواية
 ابن المواز على أن الشفيع 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 سلمه قبل لزوم بيع الخيار أو بعده فعقد المبتاع بالبتل قبل لزوم بيع الخيار فله أن يأخذ
 بالشفعة ما لم ونفذ فيه البيع بعده والله أعلم وقد اختلف مالك في أصل بني عليه هذه المسئلة وهو
 فبين وجبت له شفعة فباع نصيبه من ذلك الملك في كتاب ابن حبيب عن أشهب انه اختلف في ذلك
 قول مالك قال وأحب الى أن لا شفعة له بعديعه وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع الآن يبقى
 له بقية أخرى لان أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من تضييق الواسع ونحوه العامر وهذا ليس
 له شيء يلحقه ذلك فيه وما أظهره من علة الشفعة ليس بشيء لان مثل هذا يلحق بالشركة فيما ينقل
 ويحول ولا شفعة فيه وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية اذا باع ولم يعلم بشفعته فله الشفعة
 وتكون عهده على المبتاع وقال ابن المواز سواء باع من شريكه أو غيره بيتان ووجبت له الشفعة
 فشفعته قائمة (مسئلة) ومن ابتاع شقفا فوجد به عيبا وأراد رده وأراد الشفيع أخذه وقال أنا
 أرضى بعيبه فلم يمتاع رده ولا شفعة للشفيع قاله أشهب في المجموعة وروى يحيى بن يحيى عن ابن
 القاسم في العتبية فمن 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 كالمبيع 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 الشفيع على المشتري قال القاضي أبو محمد سواء أخذ بالشفعة قبل قبض
 المشتري الشقص أو بعده وقال ابن أبي ليلى العهدة على البائع على كل وجه وقال أبو حنيفة هي
 على من يؤخذ الشقص منه من بائع أو مشتري ووجه ذلك أن المبيع يحصل في ملك المشتري بنفس

العقد للارزم ومنه ضمانه قبل القبض وبعده فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه لان الملك انما ينتقل عنه اليه (مسئلة) واذا أفلس مبتاع الشقص فقال ابن القاسم الشفيع أحق به ويدفع الثمن الى البائع ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعين ماله الامع عدم الثمن الذي له وقد تعلق حق الشفيع به بنفس ابتياع المفلس له فكان الشفيع أحق به واذا رجع الشقص الى البائع فلا شفيع الشفعة لانه يبيع جديده قاله سحنون ووجه ذلك أن ارجاع البائع لمبايع عند فليس المفلس ينقل المبيع من ملك المشتري ويرده الى ملك البائع فكان ذلك تبعاله حكم المبيع وتثبت فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بالثمن فباعه الامام للغرماء ففي العتية عن أشهب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ص قال مالك في الرجل يشتري أرضاً فتمكث في يديه حيناً ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً بمرات ان له الشفعة ان ثبت حقه وان ما غلت الارض من غلته فهي للمشتري الأول ان يوم يثبت حق الآخر لانه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سئل قال فان طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حين ففسى أصل البيع والاشتماء لطول الزمان فان الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذي ثبت له وان كان أمره على غير هذا الوجه في حدائة العهد وقر به وانه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الارض على قدر ما يرى انه ثمها فيصير ثمنها الى ذلك ثم ينظر الى ما زاد في الارض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الارض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك محسوس ومعنى هذا ان من اشترى أرضاً ثم استحق رجل بعضها بمرات أو غيره من ابتياع أقدم من ابتياع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه الاستحقاق المتقدمة فان المستحق يقضى له بما استحق من الدار قال ويكوره له أن يأخذ باقيها بالشفعة قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية ولو كان المبتاع قد رد ما بقي يده من الدار الى البائع لما استحق منه نصفها لسكان الشفيع الاخذ بالشفعة لا يقطع شفعتها رد المبتاع الى ما بقي بيده الى البائع ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع وقد تنقل البيع ما بقي فيها الى ملك المبتاع فنبت بذلك حق الشفعة للشفيع فلا يبطلها ردها الى البائع كما لو أقاله من جميع الشقص المبيع (فصل) وقوله ان ما غلت الارض من غلته فهي للمشتري ووجه ذلك ان ذلك كان في ملكه ومن ضمانه ولو تلف جميعها أو هلك ما فيها من غراس أو ذهب به سئل فوجب أن تكون الغلته له يده ما كان له حكم الغلته مثل الثمرة وما لم يكن من جنس الاصل وأما ما كان من جنس الاصل مثل الودي فانه مثل ولد الحيوان فله حكمه في الرد بالميب والاستحقاق وقد تقدم حكم الثمرة لما أخذ بالشفعة وأما ما أخذ بالاستحقاق فان اشتراها المشتري ولا ثم فيها لم يثر ثم استحقها وفيها ثمرة أبرت أو أزهت فهي له وعليه ما أنفق وسنق المشتري ما لم تفت بجداد أو ييس فلا شيء له فيها وهي للبائع ولو كانت الثمرة يوم اشتراها المشتري مزهية أو مأبورة فقد قال ابن الموازي للمشتري كيف كانت ولو ييس أو وجدها المشتري أو باعها أو أكلها الغرم المكيلة ان عرفها أو وقعتها (مسئلة) وأما ضمان ما تلف من النخل فان معنى ذلك انه لا يرجع بثمنه على البائع منه ولكن لو أراد المستحق أن يفرمه ثمن ذلك وأوقبته لم يكن له ذلك وسواء تلف ذلك بفعل المشتري أو بغير فعله ولو قلع النخل أو نطعها أو كانت داراً فهدمها لم يكن للمستحق الا أن يأخذها كما هي ولا يتبع المشتري بشئ مما هدم الا أن يكون النقص حاضراً فياً أخذها أو يرجع على البائع بثمن ما استحق ووجه ذلك انه تصرف في ملكه بما يجوز له فلم يكن

قال مالك في الرجل يشتري أرضاً فتمكث في يديه حيناً ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً بمرات ان له الشفعة ان ثبت حقه وان ما غلت الارض من غلته فهي للمشتري الأول ان يوم يثبت حق الآخر لانه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سئل قال فان طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حين ففسى أصل البيع والاشتماء لطول الزمان فان الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذي ثبت له وان كان أمره على غير هذا الوجه في حدائة العهد وقر به وانه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الارض على قدر ما يرى انه ثمها فيصير ثمنها الى ذلك ثم ينظر الى ما زاد في الارض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الارض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك

عليه ضمان لسلامته من التعدي (مسئلة) ولو أن المشتري وهب بعض الدار أو النخل بعد أن
 فلها لم يكن للستحق أن يرجع بها عليه وإنما يرجع بها ان شاء على الموهوب له فيأخذ منه النقض ان
 وجهه عنده أو حصته من الثمن من البائع قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك ما قدمناه ولو تعدي
 أجني فهدمها عند المبتاع ثم استحققت لكان للستحق 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 صاحبان فنسي أصل
 البيع لطول الزمان لبطلت الشفعة ولم يبطل الاستحقاق يريد ان لطول الزمان تأثير في ابطال
 الشفعة فاذا أتى من طول الزمان ما يتبد فيه الشهود وبادوا لم يجزئ ذلك بالشهاد على شهادتهم حتى
 لم يمكن اثبات ثمن المشتري فان الشفعة تبطل بثلاثة أوجه أحدها طول الزمان فان له تأثير في ابطال
 الشفعة ولذلك قلنا انه اذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع بطلت شفيعته والثاني ان الظاهر تركه
 الطلب بها على وجه ما يطلب بذلك ولم يصرف النظر الى ذلك حتى طال الزمان ومضت المدد التي
 لا يكافيها ذوالحق عن النظر في الطلب لحقه فان الظاهر تركه للشفعة ولهذا أيضاً تأثير في ابطال
 الشفعة ولهذا ثبتت فيما يقرب من المدد دون ما بعد منها والثالث ان ان لم يثبت الثمن وجهل فان له
 تأثير في ابطال الشفعة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فبين تصدق على أخته له بمصحة من قرية وقال
 كنت اصبت من مورثها ما لا أعلم قدره انه لا شفعة في ذلك لان الثمن لا يعرف قال سمعون لانه ليس
 ببيع ولا يعرفه المقر له ولا يطلبه ولو كان عن شيء يدعيه ويطلبه فصولح به لكان كالبيع ثبتت فيه
 الشفعة بالقيمة وان لم يسم الثمن فاذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير في ابطال الشفعة فعلى هذا
 لطول المدد أحوال منها أن تطول جدا حتى يأتي من المدد ما يبيد فيها الشهود وينسى الثمن فهذا يبطل
 شفعة الغائب والحاضر وما دواً فصغر من ذلك من المدد تبطل فيها شفعة الحاضر دون الغائب وهي
 على ما تقدم وما دون ذلك من المدد تجب المين فيها على الحاضر انه ماترك فيها القيام ترك الشفيعته
 ويكون له الاخذ بالشفعة وما هو أقرب من ذلك له فيه الاخذ بالشفعة دون يمين

(فصل) وقوله وان كان أمده على غير ذلك ورأى ان البائع غيب الثمن ليقطع الشفعة فالشفعة
 ثابتة يريد ان اخذ قدر الثمن وجنسه بمجرد لا يقطع الشفعة وانما يقطع ذلك اخفاً فقدر الثمن
 وجنسه لطول المدد ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة لانه في المتبايعان على كتابته وبطلت الشفعة
 وثبت الضرر وهذا باطل باتفاق

(فصل) وقوله قومت على قدر ما يرى انه ثمنها فيصير ذلك ثمنها يريد ان اذا أخفى المتبايعان الثمن
 فالشفعة ثابتة بقيمة الشقص لانه اذا لم يعرف العوض أو كان مما لا قيمة له فالشفعة تجب بقيمة الشقص
 وهذا حكم الشقص ينكح به أو يخالجه أو ما جرى مجرى ذلك فانه انما يأخذ الشفيع بقيمة ما كان
 عوضه لاقية له فكذلك اذا جهل ثمنه والله أعلم واحكم ص قال مالك والشفعة ثابتة في مال
 الميت كما هي في مال الحي فان 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 فمساثر الورثة ان باع بعضهم أولم نكرهم ان باع
 جميعهم الشفعة فعلى هذا يكون معنى قوله الشفعة ثابتة في مال الميت أي في المال الذي كان للميت
 وانتقل عنه بوراثته ويحتمل أن يريد أنه بقي على حكم الميت اما الذين لزعه يباع فيماله أو لوصية تعلقت

قال مالك والشفعة ثابتة
 في مال الميت كما هي في
 مال الحي فان 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 ابدته فقال أحد الورثة بعد البيع أنا أودى من الدين بقدر ما على وأخذ بقية نصيب شريك 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 أوفى ثمن الأرض بالدين فان للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم ويتسكوا بالأرض فان ساهبا بعضهم فن تسك بعضهم منه الشفعة فيما سلم سائر الورثة لانهم في الحقيقة بائعون وهو شريك لهم متمسك بحظه فله الشفعة فيما يبيع من سهام سائر الورثة وان قصر ثمن الأرض عن الدين فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم ويتسكوا بالأرض فانهم في ذلك كسائر الناس فان زادوا على ما أعطى غيرهم بالأرض اشتروا الأرض وان كان بعضهم زاد وامتنع بعضهم من ذلك لمن زاد منهم مشترا 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 يعيط الدين بماله ليس للفرمأ أخذ شفعة وللورثة أخذها فان أخذوها بمال الميت فالفرمأ الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم فحاقق فالورثة فان أخذوها بمالهم فان كانت تساوى أكثر من الثمن بيعت وقضى بالفضل دينه وان لم تبلغ الا الثمن أو أقل لم تباع عليهم وقال ابن عبدوس عن سحنون مالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب وكان يعجب به سحنون ويراها أصلا وقاله المغيرة قال سحنون قال مالك يبدأ بالورثة فيقال لهم ان قضيتم الدين فلكم الشفعة لان الميراث بعد الدين فان أبوا يبيع ميراث الميت بالدين فلا شفعة لهم لان الشقص الذي يشفع به قد بيع ولم يملكوه في مال ولا حلوا محل الميت لتبريمهم من تركته قال المغيرة واذا أبى الورثة أن يقضوا الدين وأحبوا أن يباع المال فان كان فيه فضل ورتوه فلا شفعة لهم وللفرمأ لان الفرما لا يملكون الشقص الذي ثبتت به الشفعة وهذه المسئلة وان كان فيها معنى التفسير الذي قلناه في المسئلة كلها نظر لان الشفيع ليس له أن يأخذ بالشفعة ليبيعا وفي هذه المسئلة أخذنا الشقص بالشفعة ليعا وقد قال أشهب في الموازية والمجموعة لو قال قائل ليس لمن أحاط به الدين شفعة لانه انما يأخذ ليعا في دينه ما عتبه وقال سحنون انما ذلك لان المنلس محجور عليه يريد والله أعلم انه يباع عليه بالحكم ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الا صلح له في أداء دينه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا الباب مبنى على ان حق الشفعة حوروث 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 ان 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 تبوت الشفعة لان الموصى لهم وان كانوا غير معينين فهم أئمة بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار وقد بلغني ذلك عن ابن المواز والله أعلم

(فصل) وقوله فان خشى أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه ولا شفعة فيه يريد أن يبيع الجزء من المشاع فدينقص من ثمنه عن ثمنه لوميز بالقسمة لضرار الشركة ولما يخاف من الشفعة فقد يمتنع الراغب في الملك من شرائه اذا عرف ان له شفيعا يأخذ الشفعة لانه ليس في التعرض لشرائه الا تبوت العهدة عليه للشفيع والعناء في النقد والانتقاد وعقد عهدين احداهمه والاخرى عليه وقد يشترى من فقير فلا يجدي على من يرجع بالثمن ان استحق الشقص يوما فيز يد في ثمن المقسوم

المعين لانه لا يؤخذ منه بشفعة بل يسلم له ما اشترى ويسلم من ضرر الشركة والله أعلم ص قال مالك ولاشفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بقره 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 فاما ما لا يصلح فيه القسم فلاشفعة فيه ش معنى ذلك والله أعلم ان ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض لاشفعة فيه لما قدمناه من ان غلبة ثبوت الشفعة معدومة فيه وهذا في بيعها مفردة واما اذا كانت تبعا لغيرها كازريق والدواب لتعمير الأرض والحائط في العتبية من ر واية عيسى فعين اشترى شقما من حائط وفيه رقيق ودواب فليأخذ الشفعة مع رقيقه ودوابه اذ لم يكن للحائط منهم يد زاد في كتاب محمد ولو اقتصم الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة فلاشفعة لاحد فيه ووجه ذلك انهم بعض صفات الحائط لانه لا يكون على تلك الصفة الا به فهم منه على وجه التبعية له (فرع) فاذا قلنا لم أخذ ذلك بالشفعة فلوان المشتري وهبهم أو باعهم فان الشفعة أخذ الحائط وما بقي بحصته من الثمن ولو ماتوا فله ان يأخذ النقص بجميع الثمن أو يترك ووجه ذلك ان الرقيق لما كانوا بعض صفات الاصل فان أتلف المشتري أعيانهم لم تقسب الثمن وان ماتوا لم يكن له ان يأخذ الباقي الا بجميع الثمن كما لو قطع النخل وباع جذوعها أو وهبها للزمنه تقسيط الثمن وأخذ ما بقي بحصته منه ولو بيعت الاصول أو احترقت لم يكن له ان 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 فلاشفعة 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 ان 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 العرصة واشترى العرصة ثم اشترى النقض واستحق رجل نصف الدار انه يأخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن ونصف النقض بقيمته قائما أو انكره فذا سحنون وطرحه وقال قد ابطال الشفعة بهن في النقض وقال أشهب الشفعة في الأرض دون النخل والبناء قال أصبغ

قوله ابن القاسم أصوب وعليه أصحابنا

(فصل) وقوله انما الشفعة فيما يقسم وتقع فيه الحدود من الأرض يريد ما يقسم بالحدود وذلك مما يختص بالأرض وأما ما لا يصلح فيه القسمة على الوجه المذكور فلاشفعة 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 روى 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 والبقة الصغيرة من الأرض التي ان قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم الا ما لا ينتفع به ص قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما ان يستحقوا واما ان يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشترائهم فتر كوا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا يرى لهم ذلك حتى إذا اشترى أرضا لها شفعة حاضر فانه ان أراد قطع خيار الشفعة رفعه الى السلطان فوقفه فاما ان يستحق ومعناه يأخذ بشفعته واما ان يسلم له السلطان معناه يحكم عليه بابطال شفعته 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 ولاشفعة 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 فاما ما لا يصلح فيه القسم فلاشفعة فيه قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما ان يستحقوا واما ان يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشترائهم فتر كوا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا يرى لهم ذلك

الى التصرف فيما اشترى بالبناء والهدم والاصلاح حتى طال عليه بقاء الشفيع عدم حكم الخيار وجوز
 ان يأخذ وان يترك اضر ذلك به ولا ينقطع خيار الشفيع معجلا لا بما ذكره من رفعه الى السلطان
 ويعجل الحكم له او عليه (مسئلة) فاذا رفعه المشتري الى السلطان ليقطع خياره لم يحل ان يكون
 المالك حاضرا وغائبا فان كان حاضرا وسأل ان يؤخر اليومين أو الثلاثة حتى يرى رايه فليس ذلك له
 وليعجل الأخذ والترك في مقامه او يسلم الحكم الى المشتري هذا الذي ذكره في كتاب ابن المواز وهو
 لأشهب في المجموعة وقال غيره اذا طالب الشفيع عند الامام الشفعة كلف الامام المتابع اثبات شرائه
 فاذا ثبت أحلفه لقد تقدم ما سمى من الثمن وما أعلن شيئا 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 ويستجيز ووجه ذلك انه خيار يضر المتابع فليس للشفيع استدامته (مسئلة) ولو
 كان المالك غائبا فقال الشفيع آخرى 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 بغير الشفيع عن النظر لان
 المشتري انما اشترى على صفة أو عيان ولو كانت غيبة المالك قريبة كالساعة من النهار آخر لينظر اليه
 لانه ليس في ذلك ضرر على المتابع لقرب المبيع (مسئلة) فاذا وقف الشفيع فترك الشفعة
 بطلت شفيعته ولم يكن له القيام بها بعد هذا وان أخذ بالشفعة وطلب ان يؤجل بالثمن ضرب له الامام
 في ذلك أجلا يومين أو ثلاثة وان لم يضر به أجلا فلا بأس به وقال مالك رأيت القضاة يؤخرونه
 هكذا وقد رأيت عن ابن الماجشون انه يؤخر عشرة أيام ونحوها وعن أصبغ يؤخر بقدر قلة المال
 وكثرته ويقدر عسره ويسره وأقصى ذلك شهر ثم لا أدري ما وراء ذلك (مسئلة) ولو أخذ
 الشفيع بالشفعة لما وقفه ثم بدا له وأبى المشتري أن يقبله فقد روي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم
 في العتبية ان ذلك لازم له الا أن يرضى المتابع أن يقبله ووجه ذلك ان الأخذ بالشفعة عقد لازم
 كالبيع المجدد (مسئلة) وهذا كله انما هو اذا أوقفه الحالك وأما لو أوقفه غير الحالك والسلطان
 فانه على شفيعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو قاله ابن المواز ووجه ذلك ان التوقيف يفضي
 الى الحكم عليه بابطال شفيعته 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 المتابع
 في الشقص أو اكتره منه أو ساقاه اياه قال ابن القاسم في الموازية ان ذلك تسليم للشفعة وقال
 أشهب لا يضره ذلك وهو على شفيعته كما لو فعل ذلك بمحضه مع غيره لم تبطل بذلك شفيعته وانفقا
 على انه لو قاسمه لبطلت بذلك شفيعته والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 (كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

حدثني يحيى عن مالك
 انه قال الأمر المجمع عليه
 عندنا والذي أدركت
 عليه أهل العلم ببلدنا في
 فرائض الموارث ان
 ميراث الولد من والدهم
 أو والدتهم انه اذا توفي
 الأب أو الأم وترك ولدا
 رجالا ونساء فلذلك كمثل
 حظ الأنتين فان كن نساء
 فوق اثنتين فلهن ثلثا
 ماترك وان كانت واحدة
 فلها النصف فان شركهم
 أحدهم بغيره مسماة وكان
 فيهم ذكر بدي بغيره
 من شركهم وكان ما بقي
 بعد

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

ص ﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه قال الأمر المجمع عليه عندنا والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا
 في فرائض الموارث ان ميراث الولد من والدهم أو والدتهم أنه اذا توفي الأب أو الأم وترك ولدا رجلا
 ونساء فلذلك كمثل حظ الأنتين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها
 النصف فان شركهم أحدهم بغيره مسماة وكان فيهم ذكر بدي بغيره 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 فالمراث بينهم بالسواء لتساوهم في سبب استحقاقهم وصفتهم في أنفسهم وان كانوا رجالاً ونساء فلذلك كرمثل حظ الأنثيين * والأصل في ذلك قول الله عز وجل يوصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الأنثيين وأما ان ورث البنات بالفرض لانفرادهن فلا يخلو أن يكن واحدة أو أكثر من ذلك فان كانت واحدة فلها النصف * والدليل على ذلك قول الله تعالى فان كانت واحدة فلها النصف وان كثر اثنتين فالذي عليه جماعة الصعابة ومن بعدهم ان فرض البنتين فيازاد 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 ذى 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 القروض على ذوى السهام من ذوى الأرحام وبه قال على بن أبى طالب وهو قول أبى حنيفة والنورى وأحمد إلا بن مسعود لم يرد على أر بع مع أر بع لم يرد على ابنة الابن مع ابن البنت ولا على الأخت للاب مع الأخت للاب والأم ولا على ولد الأم مع الأم ولا على الجدة مع ذوى الأرحام فان انفرد عن الأر بعترد عليهن وأجمعوا على ان لا يرد على زوج ولا زوجة * والدليل على صحة القول الأول قول الله عز وجل فان كثر 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 يجعل لها الكل ووجه آخر ان البارى جل وعز فرق بين الأخ والأخت وأبو حنيفة جعل حكمهما واحداً ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذو سهم لا تعصبه 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 ذكرفانهم يرثون بالتعصيب فاذا شركهم من له فرض كأحد الأبوين أو الزوجة بدى بفريضة من شركهم لان الابن قد نقلهم من الفرض الى حكم التعصيب فوجه تقديم القروض والأصل في ذلك ما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألقوا الفرائض بأهلها فابقى فهو لأولى رجل ذكر ولو انفرد البنات لسن من أصحاب الفرائض يبدأن كما يبدأ غيرهن فان وسع الفرائض المال والادخل الفريضة العول في قول جميع الصعابة الاماروى عن ابن عباس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فيتعلق بهذا الفصل مسئلتان 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 والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة * وأما الفرائض المقسمة المذكورة في كتاب الله عز وجل فستة النصف ونصف النصف وهو الربع ونصف الربع وهو الثلثان ونصف الثلثين

وهو الثلث ونصف الثلث وهو السدس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالنصف فرض خمسة الابنة و بنت الابن اذا لم تكن بنت والأخت للاب والام والأخت للاب اذا لم تكن أخت لأب وأم والزوج اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والرابع فرض اثنين الزوج اذا كان له ولد أو ولد ابن والزوج اذا لم يكن للمتوفى ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والثلاثان 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 ابن ولا اثنين من الاخوة أو الأخوات وبفرض 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 والام وفرض الجد مع الولد وله فرض مختلفه نذكر في بابها ان شاء الله ص قال مالك ومنزلة ولد الأبناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كأنثاهم يرثون كما يرثون ويحبسون كما يحبسون قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لاميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فاكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لاميراث لبنات الابن معهن الا ان يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة او هو طرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلة ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

قال مالك ومنزلة ولد الابناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كأنثاهم يرثون كما يرثون ويحبسون كما يحبسون قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لاميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فاكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لاميراث لبنات الابن معهن الا ان يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة او هو طرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلة ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

(فصل) وأما الحجب عن بعض الفرض وهو الردم من فرض الى فرض فان الولد وولد الولد يرد الزوج الى الربع والزوجة الى الثمن والام الى السدس والابن أو ابن الابن يرد الأب والجد الى السدس والبنت يرد بنات الابن من الثلثين الى السدس وترد بنت الابن من النصف الى السدس والأخت للاب والام ترد الاخوات للاب من الثلثين الى السدس والاخوات فازاد ذكورا كانوا أو اناثا يردان الام من الثلث الى السدس وترد الأخت للاب والام الاخت للاب من النصف الى السدس ص قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في ولد الصلب ذكر فانه لاميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فاكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لاميراث لبنات الابن معهن الا ان يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة او هو طرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلة ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

الانثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وان لم يكر الوالد للصلب الابنة واحدة فلها النصف ولا ابنة ابنة واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فلن كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة فلأفريضة ولا سدس لمن ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكرو لمن هو بمنزلة ومن فوقه من بنات الابناء للذكر مثل حظ اذنتيين وليس لمن هو طرف منهم شيء فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وذلك ان الله قال في كتابه يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف قال مالك الا طرف هو الأبعد وهذا كما قال انه لا ميراث لابن الابن مع الابن لانه أقرب سبباً منه الى الميت وهما يدلان 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 زادت بنات الابن يقمن مقام البنات عند عدمهن فلما عدم من يستحق منهن السدس كان ذلك لبنت الابن فهي أولى بالسدس من الأخت الشقيقة وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين الاماروي عن أبي موسى وسلمان بن ربيعة ان النصف للبنت والنصف الثاني للأخت ولا حق في ذلك لبنت الابن وقد روي عن أبي موسى ما يقتضي الرجوع عن هذا القول وذلك ما رواه نعيم بن شرحبيل سئل أبو موسى عن بنت وابنة ابن وأخت فقال للبنت النصف وللأخت النصف واثاب مسعود فسيتابعني فبئس ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين أقضى فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للابنة النصف ولا ابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى للأخت فأتينا أباه موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تستأوني عن شيء مادام هذا الخبر فيكم والدليل على صحة ذلك من جهة المعنى ان بنت الابن في هذه المسئلة ترث بالفرض والأخت ترث بالتعصيب ولا ميراث للعبدة حتى يستكمل ذوو الفروض فروضهم (مسئلة) وسواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر ليس لمن الا السدس يشتركون فيه على السواء فان كان معهن ابن ابن في درجتهم أو أسفل منهن عصبن فكان النصف الثاني بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بالما مبالغ 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 لمن السدس ويجعل الباقي لبني الابن وكذلك يقول في الأخت لاب وأم وأخوات وأخوة لاب وبه قال أبو ثور (مسئلة) فان كن بنات الصلب اثنتين فصاعداً حجب بنات الابن أن يرثن بالفرض لانه لا يدخل 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 لمن الا أن هذا حكم الغيبة هذا قول جمهور الصحابة والتابعين وروي عن ابن مسعود انه لا يعصبن ذكر في درجتهم ولا أسفل منهن وينفرد بالميراث دونهن والدليل على ما نقوله ان كل جنس يعصب ذكوره انهم في جميع المنار فانه يعصبن فيها فضل منه كولد الصلب (مسئلة) وان كان الابن أقرب الى الميت حججه عن الميراث لانه أقرب منهن يرث بمثل سبب من التعصيب كالأخ مع ابن الأخ

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

الانثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وان لم يكن الوالد للصلب الابنة واحدة فلها النصف ولا ابنة ابنة واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الابناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فلن كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة فلأفريضة ولا سدس لمن ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكرو لمن هو بمنزلة ومن فوقه من بنات الابناء للذكر مثل حظ اذنتيين وليس لمن هو طرف منهم شيء فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وذلك ان الله تبارك وتعالى قال في كتابه يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف قال مالك الا طرف هو الأبعد

المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعدا ذكورا كانوا أو انثانا من أب
 وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة فصاعدا
 فان للذم الثلث كاملا الا في فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته
 وأبويه فلا امرأته الربع ولاتمه الثلث مما بقى وهو الربع من رأس المار والأخرى أن تتوفى امرأة
 وترتك زوجها وأبويه فيكون لزوجها النصف ولاتها الثلث مما بقى وهو السدس من رأس المال وذلك
 أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا يورثه أبواه فلاته الثلث فان كان له ولد فان
 لم يكن له ولد وورثه أبواه فلاته الثلث فان كان له اخوة فلاته السدس فضت السنة أن الاخوة اثنان
 فصاعدا **ش** وهذا كما قال ان ميراث الأم من ابنتها ينوع بنوعين على مذهب مالك وجمهور
 الفقهاء أحدهما بالفرض وهو على ضربين الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة
 فصاعدا فأما مع وجود أحدهم ذكر نافر ضها السدس وروى عن ابن عباس أنه لا يجيب الأم من
 الثلث الى السدس الا الثلاثة من الاخوة فصاعدا والدليل على ما ذهب اليه الجمهور قوله تعالى فان
 كان له اخوة فلامه السدس ولفظ الاخوة واقع على الاثنين فزائد على قولنا ان أقل الجمع اثنان
 (مسئلة) وسواء كان الولد أو ولد الابن ذكرا أو أنثى أو كان الأخوان لاب وأم أو لاب أو لام أو مفترقين
 أحدهما للاب والآخر للام فان كل ذلك يرد الأم من الثلث الى السدس والأصل في ذلك قوله تعالى
 ولا يورثه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان
 كان له اخوة فلامه السدس (مسئلة) ولو أن مجوسيا تزوج ابنته فولد له منها ولدان فأسلمت الأم
 والولدان ثم مات أحدهما الولدين ففي العتبية للام السدس لأن الميت ترك أمه وهى أخته وترك أخاه
 فقصبب الأم نفسها بنفسها من الثلث الى السدس فكأنه ترك أمها وأخا وأختا فقصبب الأم عن الثلث
 (فصل) وقوله الا في فريضتين فقط يريد ان حكم الأم في الفرض السدس أو الثلث على ما تقدم
 من ذكرنا لا يرتفع بغيره من الفريضتين ولا ينعص من واحدة منهما بغير عول الا في مسئلتين وهما
 زوج وأبوان وزوجته وأبوان وهما الفراوان فان مالكو جماعة الفقهاء والتابعين جعلوا للام في
 المسئلتين ثلث مما بقى وانفرد ابن عباس بان جعل للام ثلث جميع المال وهذه من المسائل الخمس
 التي صح انفراد ابن عباس بها والثالثة منع العول والرابعة ان الأم لا تمحجب من الثلث الى السدس
 من الاخوة الا بثلاثة والخامسة انه لا يجعل الاخوات عصبه مع البنات والدليل على ما نقله قوله
 تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث وهذا عام ومن جهة المعنى ان هسذين أبوان دخل
 بينهما ذوسهم فوجب أن يكون للام ثلث مما بقى بعد السهم أصله اذا كان مع الأبوين بنت (مسئلة)
 اذا ثبت ذلك فان الفراوين تكون على ثلاثة أوجه أحدها رجل توفى وترك زوجته وأبوين فان
 الفريضة من أربعة للزوج الربع وللأم الربع ثلث ملبقى وللأب النصف والوجه الثاني رجل
 توفى وترك زوجته وأبوين وأخا فان الفريضة من أربعة على ما تقدم والوجه الثالث امرأة توفيت
 وتركت زوجها وأبوين فان الفريضة من ستة للزوج النصف بثلاثة وللأم ثلث مابق بسهم وهو
 السدس وللأب الثلث سهمان وهو ثلث مما بقى وسواء في هذه المسئلة كان مع الأبوين أخ أو أخوان
 أو أكثر ولم يكن أخ وفي المسئلة الاولى اذا كان مع الأبوين اخوان فأكثر ولم يكن أخ فان الفريضة
 تكون من ستة للام السدس ولا يكون لها ثلثا مما بقى لان الأخوين قد حجبها من الثلث الى
 السدس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولا يجزى الجب في ذلك مجزى الأب فلو توفى رجل وترك أما

المتوفى ولدا أو ولد ابن
 ذكرا كان أو أنثى أو ترك
 من الاخوة اثنين فصاعدا
 ذكورا كانوا أو انثانا من
 أب وأم أو من أب أو من أم
 فالسدس لها وان لم يترك
 المتوفى ولدا ولا ولد ابن ولا
 اثنين من الاخوة فصاعدا
 فان للذم الثلث كاملا الا
 في فريضتين فقط واحدى
 الفريضتين أن يتوفى
 رجل ويترك امرأته
 وأبويه فلا امرأته الربع
 ولاتمه الثلث مما بقى وهو
 الربع من رأس المال
 والاخرى أن تتوفى امرأة
 وترتك زوجها وأبويه
 فيكون لزوجها النصف
 ولامها الثلث مما بقى وهو
 السدس من رأس المان
 وذلك أن الله تبارك وتعالى
 يقول في كتابه ولا يورثه
 لكل واحد منهما السدس
 مما ترك ان كان له ولد فان
 لم يكن له ولد وورثه أبواه
 فلامه الثلث فان كان له
 اخوة فلامه السدس فضت
 السنة أن الاخوة اثنان
 فصاعدا

وجداوز وجهه كانت الفريضة أيضا من اثني عشر للزوجة اربع ثلاثة وللأم الثلث اربعة وما بقي للجد ولو ترك أباً و جدة وزوجه كانت الفريضة من اثني عشر للزوجة اربع ثلاثة وللجدة السدس سهمان والباقي للاب ولو توفيت امرأه وترك زوجاً وأماً وجداً كانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم الثلث سهمان وللجد سهم ولو توفيت امرأه وترك زوجاً وأماً وجداً كانت الفريضة من اثني عشر للزوج النصف ثلاثة أسهم وللجدة السدس وللأب ما بقي والله أعلم (فصل) وقوله ففرضت السنة ان الاخوة ابنا فصاعداً يريد ان الاخوة في قول الله عز وجل فان كان له اخوة فلائمه السدس يتناول لفظ الاخوة الاخوين فصاعداً ما على ما ذكر القاضي أبو بكر من مذهب مالك ان أقل الجمع اثنان فان لفظ الاخوة يتناول الاثنين فما زاد لغة وشرعاً اذا قلنا ان أقل الجمع ثلاثان هذا الحكم ثبت في الاثنين بالقياس اذ كل حكم يتغير بالاخوة فانه يتغير بالاثنين منهم كتغير فرض الاخوة للام من الثلث الى السدس وقد روى عن ابن عباس انه قال لعثمان أليس الاخوان باخوة في لسان قومك فقال عثمان لا أستطيع أن أعبراً من اقدمضى وهذا يقتضى انه في بعض اللغات دون بعض الا أن من مضى أخلف في ذلك باللغة التي يتناول فيها لفظ الاخوة للاخوين والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الاخوة للام ﴾

﴿ ميراث الاخوة للام ﴾
قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للام لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابناء ذكرانا كانوا أو انا شيئاً ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيئاً وانهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكراناً أو اثني فان كانا اثنين فلكل واحد

ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للام لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابن ذكرانا كانوا أو انا شيئاً ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيئاً وانهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكراناً أو اثني فان كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية لئلا يتركوا مثل حظ الاثني وذلك ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ وأخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فكان الذكر والاثنى في هذا بمنزلة واحدة ﴿ وهذا كما قال ان الاخوة للام لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم وانما هم وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد ويرثون مع غيرهم من الام والجندات وساائر الورثة بالفرض دون التعصيب لانهم يستفيدون ذلك من الام وليست من أهل التعصيب وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك الا بالمولود وفرض الاثنين فما زاد الثلث ذكورهم وانما هم في ذلك كله سواء والاصل في ذلك قول الله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ومعناه عندنا ان يورث بغير ابوين ولا مولودين ثم قال عز من قائل وله أخ وأخت فلكل واحد منهما السدس فساوى في ذلك بين الاخ والأخت 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 وايضا فانه لما استوى ذكورهم وانثاهم عند الانفراد بالسواء استوى عند الاشتراك في الثلث والله أعلم (فرع) وفي كتاب ابن عجلان يحيى بن محمد الفرضي في صبي يموت وله أم متزوجة فانه لا ينبغي لزوجه ان يطأها حتى يتبين ان بها حملاً كان الميراث لانهان كانت حاملاً وورث ذلك الحمل أخاه لانه الميت وقال أشهب لا يعزل عنها وله وطؤها فان وضعت بعد موته لاقبل من ستة أشهر وورث أخاه وان وضعت تمام ستة أشهر لم يرثه لانه عزل عنها فلا يورث من أن يطرقها ويتسور عليها وهذا اذا لم

يكن حلقها ظاهراً يوم مات الميت ولو كان حلقها ظاهراً لورث أخاه وان وضعت لا أكثر من ستة أشهر
أوتسعة أو أكثر من ذلك وكذلك ان كان زوجها غائباً بعيدة لايتها له الحصول اليها فانه يرث
أخاه وان ولدلاً أكثر من تسعة أشهر والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للام والاب ﴾

ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للاب والام لا يرثون مع الولد الذكراً شيئاً ولا
مع ولد الابن الذكراً شيئاً ولا مع الاب ذكراً شيئاً وهم يرثون مع البنات وبنات الابناء ما لم يترك المتوفى
جداً اباً اباً ما فضل من المال يكونون فيه عصبه يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم
كأن فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والام يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو انا
لذكراً 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 للأخ لا يرث مع الاب فبان لا يرث مع الابن الذي هو أقوى تعصياً منه أولى
وانات الأخوات وان كن يرثن بالفرض الا انهن لا يدلن الا بما يدلن به ذكورهم فاذا كان ذكورهم
يعجبون بالاب والابن وابن الابن فبان يحجب به انهم أولى وأحرى

(فصل) وقوله وهم يرثون مع البنات وبنات الابن ما لم يترك المتوفى اباً اباً ما فضل من المال يكونون
عصبته يريد اذا لم يكن في الورثة أحد ممن ذكرنا فانه يعجبهم ولم يكن فيهم جديفامهم كانوا عصبته يرثون
ما فضل من المال عن البنت الواحدة أو بنت الابن وهو نصف المال أو ما فضل 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 أو انا فاقسم بينهم للرجل مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى فان كانوا اخوة رجالاً ونساء
فلذكراً مثل حظ الأنثيين ولانهم رجال ونساء في قعد يرثون بالتعصيب فكان لذكراً مثل حظ
الانثيين كالبنتين (مسئلة) فان كن انا نالو كانت ابنة أو بنتان فان الأخوات عصبته لمن يرثن معهن
ما فضل عن سهام ذوى الفروع ومن 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 ولا بنة الابن بالسدس تكلمة الثلثين وما بقى فلاخت ودليلنا من جهة العباس ان
هذا ميراث فلم ينفرد به ابن الم دون الأخت أصل ذلك اذا انفرد ص ﴿ وان لم يترك المتوفى
أباً اباً اباً اباً ولا ولداً ولا ولداً ابناً ذكراً كان أو أنثى فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام
النصف فان كانتا اثنتين فما فوق 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 مسماة فيعطون فرائضهم فافضل مسماة فيعطون فرائضهم فافضل مسماة فيعطون فرائضهم فافضل
بعد ذلك من شيء كان بين
الاخوة للاب والام
لذكراً مثل حظ الأنثيين
الافى فريضة واحدة فقط

الولد الذكراً شيئاً ولا مع
ولد الابن الذكراً شيئاً ولا
مع الأب ذكراً شيئاً وهم
يرثون مع البنات وبنات
الابناء ما لم يترك المتوفى
جداً اباً اباً ما فضل من
المال يكونون فيه عصبه
يبدأ بمن كان له أصل
فريضة مسماة فيعطون
فرائضهم فان فضل بعد
ذلك فضل كان للاخوة
لللاب والام يقتسمونه
بينهم على كتاب الله
ذكرانا كانوا أو انا
لذكراً مثل حظ الأنثيين
فان لم يفضل شيء فلا شيء
لهم وان لم يترك المتوفى
أباً اباً اباً اباً ولا ولداً
ولا ولداً ابناً ذكراً كان أو
انثى فانه يفرض للاخت
الواحدة للاب والام
النصف فان كانتا اثنتين
فما فوق ذلك من الأخوات
لللاب والام فرض لهما
الثلثان فان كان معهما أخ
ذكر فلا فريضة لأحد من
الاخوات واحدة كانت
أو أكثر من ذلك ويبدأ
بمن شركهم بفريضة مسماة
فيعطون فرائضهم فافضل
بعد ذلك من شيء كان بين
الاخوة للاب والام
لذكراً مثل حظ الأنثيين
الافى فريضة واحدة فقط

لم يكن لهم فيها شيء فاشتركوها مع بنى الام في ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأختها لأمها وأختها لأمها
لامها وأبها فكان زوجها النصف ولأمها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شيء بعد ذلك فيشترك بنو الاب والام في هذه

الفريضة مع بنى الام في ثلثهم فيكون للذ كرمثل حظ الاثني من (٢٣١) أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لانه وانما ورثوا

بالام وذلك أن الله تبارك
وتعالى قال في كتابه وان
كان رجل يورث كلاله
أو امرأة وله أخ أو أخت
فلكل واحد منهما السدس
فان كانوا أكثر من ذلك
فهم شركاء في الثلث
فذلك شركوا في هذه
الفريضة لأنهم كلهم اخوة
المتوفى لانه

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾
قال مالك الأمر المجتمع
عليه عندنا أن ميراث
الاخوة للاب اذا لم يكن
معهم أحد من بنى الاب
والام كزلة الاخوة للاب
والام سواء ذكرهم
كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم
الا أنهم لا يشتركون مع بنى
الام في الفريضة التي
شركهم فيها بنو الأب والام
لأنهم خرجوا من ولادة
الام التي جمعت أولئك قال

مالك فان اجتمع الاخوة
للاب والام والاخوة
للاب فكان في بنى الأب
والام ذكر فلاميراث لأحد
من بنى الاب وان لم يكن
بنو الاب والام الامراة
واحدة أو أكثر من ذلك
من الاناث لا ذكر معهم
فانه يفرض للاخت
الواحدة للاب والام
النصف ويفرض
للاخوات السدس ثمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذ كرفلا فريضة هن ويبدأ بأهل الفرائض

الفريضة مع بنى الام في ثلثهم فيكون للذ كرمثل حظ الاثني من أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لانه وانما ورثوا بالام وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فلذلك شركوا في هذه الفريضة لأنهم كلهم اخوة المتوفى لانه وهذا كما قال انه اذا كان مع الاخوات 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 والام مع الاخوة للام في الثلث وتسمى الحاربه لان الاخوة للاب والام قالوا هان أبانا كان حمارا علي وجه الاخبار عن تساوي الاخوة للاب والام والاخوة للام في الأولى بالام وهذا منهب مالك والشافعي وأما أبو حنيفة فيجعل الثلث للاخوة للام دون الاخوة للاب والام حين لم تبق لهم الفرائض شيئا واختلف في ذلك عمرو زبيد بن ثابت وابن عباس وقال عمر حين قضى في العام الأول فلم يشرك وقضى في العام الثاني فشركت تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا وقال وكيع اختلف فيها عن جميع الصحابة الا عن علي فانه لم يفتكف عنه انه لم يشرك بينهما واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلاله الآية قال مالك فلذلك شوركوا في هذه الفريضة لأنهم كلهم اخوة للمتوفى لانه وهو سبب ميراث جميع الاخوة لا يخرج الاخوة للاب والام من ميراث المتوفى بالاب عن أن يكونوا اخوته لانه فتصمى الآية على عمومها في كل أخ لام سواء كان أخا لاب أو لم يكن والاب لا يرث بساير ما مضى قبل يزيده قوة وتأكيدها ومن جهة القياس ان هذه فريضة فيها اخوة لام واخوة لاب وام لو انفرد أحدهما لورث فاذا ورث الاخ من الام وجب أن يترك الاخ من الاب والام أصل ذلك اذا لم يكن في الفريضة أم وعندى ازني التشريك أقيس وأظهر والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الشركة لاتصح الا بأربعة شروط أن يكون فيها زوج وابنان من ولد الأم وأخ لاب وام وتكون معهم أم أو جدة فان حرم شرط من هذه الاربعة لم تكن مشتركة والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾

ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان ميراث الاخوة للاب اذا لم يكن معهم أحد من بنى الأب والام كزلة الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم الا أنهم لا يشتركون مع بنى الام في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والام لأنهم خرجوا من ولادة الام التي جمعت أولئك ش وهذا كما قال ان الاخوة للاب عند عدم الاخوة للاب والام بمنزلتهم في الميراث والحجب يحيط ذكرهم بجميع المال ويكون له ما فضل بعد الفرض وأنثاهم لها النصف وللانثتين فاذا زاد الثلثان الا أنهم لا يكون حكمهم في المسئلة المشتركة حكم الاخوة للاب والام لانهم لا يشتركون الاخوة للام لانهم لا يدلون بمثل سببهم ص قال مالك فان اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فكان في بنى الأب والام ذ كرفلا ميراث لأحد من بنى الأب وان لم يكن بنو الأب والام الامراة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لا ذكر معهم فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف ويفرض للاخوات السدس ثمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذ كرفلا فريضة هن ويبدأ بأهل الفرائض للاخوات للاب السدس ثمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذ كرفلا فريضة هن ويبدأ بأهل الفرائض

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

شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لمن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا ان يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدى بمن شركهم بفريضة مسماة فأعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكور مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لمن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا ان يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدى بمن شركهم بفريضة مسماة فأعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكور مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم فقال مالك ولبنى الام مع بنى الأب والام ومع بنى الأب للواحد السدس وللثنتين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثيين في منزلة واحدة سواء ميراث الجد

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكور مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لمن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا ان يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدى بمن شركهم بفريضة مسماة فأعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكور مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وهذا كما قال ان الأخ للاب والام يعجب الاخوة للاب جلة وأما الاخت للام والأب فانها تصحبهم عن النصف فان كان معها أخت أو أخوات لأب كان لهم السدس تكملة الثلثين لانه فرض الأخوات للاب والام والأخوات للاب فاذا حجبتهن الأخت للاب والام عن النصف بقي لمن السدس تكملة الثلثين والواحدة والجماعة فيها سواء فاذا كان الأخوات للاب والام اثنتين فزائدا فحجب ميراث الاخوات للاب من الفرض جلة لانهم قد استكملوا الثلثين الذي هو فرضهن اذا انفردن فلم يبق من فرضهن ما يرثن فان كان مع الاخت للاب والام أو الاخوات لأب وورث الباقي بالتعصيب واحدا كان أو جماعة فان كان معه أخت عصبا فوزنت معه الباقي عن فرض الاخت أو الاخوات 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 وللثنتين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثيين في منزلة واحدة سواء ميراث الجد

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 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 الخلفتين قبلك فيعطيانه النصف مع الأخ الواحد والثلاث مع الانثيين 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 الموارث وغيرها الا انه استعجاز حذف السؤال لما في الجواب من الدلالة عليه وقول زيد انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك ان 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 به العلم ولا بلغه عنه فيه خبر متواتر وقوله وذلك مما لم يقض فيه الا الامراء يعني صحاح صحيح من خبر الأحاديث ضمن حكمه وانه لم يتقدمهم 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 والمرجعة واستحسان ما نقل عنهما من حكمه وتعليبه على حكم خالفه على أن الصحابة قد اختلفت في ذلك اختلافا عظيما فروى عن أبي بكر وعمر

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 الخلفتين قبلك فيعطيانه النصف مع الأخ الواحد والثلاث مع الانثيين 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 الموارث وغيرها الا انه استعجاز حذف السؤال لما في الجواب من الدلالة عليه وقول زيد انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك ان 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 به العلم ولا بلغه عنه فيه خبر متواتر وقوله وذلك مما لم يقض فيه الا الامراء يعني صحاح صحيح من خبر الأحاديث ضمن حكمه وانه لم يتقدمهم 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 والمرجعة واستحسان ما نقل عنهما من حكمه وتعليبه على حكم خالفه على أن الصحابة قد اختلفت في ذلك اختلافا عظيما فروى عن أبي بكر وعمر

وجاعة من الصحابة انهم أقاموه مقام الأب وحججوا به الاخوة وبه قال أبو حنيفة وروى عن عمر
الرجوع في ذلك قال الشعبي أول جنود في الاسلام عمر بن الخطاب مات ابن لعاصم بن عمر وترك
أخوين فأراد عمر أن يستأثر بماله فاستشار علياً وزيداً في ذلك فثلا له مثلاً فقال لولا أن رأيتكما اجتمع
ما رأيت أن يكون ابني ولأكون أباه وكان زيد وابن مسعود يقامان الجدا الاخوة الا أن تنقصه
المقاسمة من الثلث في فرضه فان كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجدا الاوفر من
المقاسمة أو ثلثها بقى بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال وبه قال الاوزاعي ومالك والشافعي
والثوري والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان
والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفرق بين أن يكون فيهم جدا ولا يكون
فيهم جدا قيل انما يعنى بذلك أهل الفروض بدليل قوله تعالى مما قل منه أو أكثر نصيباً مفروضاً
فالجواب انه ليس معنى قوله مفروضاً مقدرًا وانما معناه واجب وثابت والاخوة مع الجد لم سهم ثابت
ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذكره مصاخته فلم يحجبها الجد عن جميع الميراث كالابن (مسئلة)
اذا ثبت ذلك فان الجد يسقط بنى الاخوة من الميراث هذا 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 ذكره لا يعصب اخته فلم يقاسم الجد كالمعم 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 شى يحتاج في معرفته الى أن يعلم ما كان يفرض الناس له من يوم قاله قبيصة
ابن ذؤيب ومعنى ذلك والله أعلم مات تقدم من قول زيد فيه لان قبيصة مدنى وقال ذلك بالمدينة نحو بقول
زيد كان حكم أهل المدينة في ذلك والله أعلم وسأقى 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 شى قوله انهم فرضوا للجد مع الاخوة
الثلث يحتل وجهين أحدهما أن يرثها قدر والده تدير الابنة نص منه وان جاز أن يزد عليه فيكون
يرث بالفرض مع الاخوة الثلث وان حصل أكثر من ذلك فبالتعصيب مع الفرض أو بالانتقال من
الفرض الى التعصيب والوجه الثاني أن يرث بذلك انهم أو جبو له الثلث وذلك ان الجد يقاسم
الاخوة للاب والام أو للاب ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث فان نقصته من الثلث أو جبو 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 هذا من ذهب زيد فيه قاله مالك والاوزاعي والشافعي وروى عن ابن مسعود مثل ذلك
وروى عنه انه قاسم الاخوة بالجد الى سبعة والى ثمانية وروى عن عمران بن حصين وأبي موسى
انهما قاسما 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) اذا 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 يستفيد ذلك من الأب والأب فرضه السدس فالجواب ان الأب فرضه السدس مع الابن

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

وابن الابن ومع ذى الفروض وهذه حال الجسد وأما الاخوة فإن الأب يسقطهم جملة فلا يرثون معه ويفرض للجسد معهم الثلث فكانت حاله أضعف من حال الأب الذي يسقطهم رأساً ولا يمنع أن يكون له فرضين يرث بهما الثلث مع الاخوة والسدس مع ذوى الفروض كالأم ص **ع** قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والذي أذرت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجداً أب الأب لا يرث مع الأب دنياً شيئاً وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك ما لم يترك المتوفى أخاً أو اختاً لبيه يبدأ بالجسدان شرهما بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجسد السدس فريضة **ع** وهذا كما قال ان الجدي يجب الأب ويرده الابن وابن الابن الى أقل فرضه وهو السدس وكذلك مع ذوى الفروض المستغرقة للآل أو المستغرقة لجلسة أسداسه فان فضل منه بعد الفروض أكثر من السدس فهو له بالتعصيب ان لم يكن له اخوة يقاسمونه فعلى ما ذكرناه بعد هذا ص **ع** قال مالك والجدة والاخت لأب وللأب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم بما بقي بعد ذلك للجدة والاخت من شيء فانه ينظر أى ذلك أفضل لحظ الجدة أعطيه الثلث مما بقى له وللأخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولم يقاسمهم بمثل حصته أحدهم أو السدس من رأس المال كله أى ذلك كان أفضل لحظ الجدة أعطيه الجدة وكان ما بقى بعد ذلك للأب والام الذى كرم مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة يكون قسمتهم فيها على غير ذلك وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأما اختها لأمها وأبها وجدها فلزوج النصف وللأم الثلث وللجدة السدس وللأخت وللأب والام النصف ثم يجمع سدس الجدة ونصف الأخت فيقسم أثلاثاً للذكر كمثل حظ الانثيين فيكون للجدة ثلثاه وللأخت ثلثه **ع** ش وقوله فى الاخوة والجدة اذا شاركهم أحد من أهل الفروض انه يبدأ بأهل الفروض اعمير يد فيما يقاسم فيه الجدة الاخوة بالتعصيب وأما فى فرضه الذى هو السدس فانه يبدأ به أيضاً وان لم يبق شيء فان الجدة لا ينقص من السدس ولا يقدم عليه فى ذلك السدس أحد من أهل الفروض وهم البنات وما زاد على ذلك من البنات والزوجة والزوجة والام والجدة فان بقى شيء بعد ذلك تنظر للجدة أفضل ثلاثة أحوال أحدها السدس من جميع التركة الذى هو فرضه مع أهل الفروض وهو أقل فرضه والثانى ثلث ما بقى له وللأخوة لأن ذلك فرضه مع الاخوة فاذا أضيف سدسه الى ما فضل عن سهام ذوى الفروض وكان ثلث ذلك أكثر من سدس جميع التركة أعطيه لأن نصيبه من التركة وما فضل عن سهام ذوى الفروض لا يشاركه فيها أحد غير الاخوة فصار ذلك بمنزلة تركة انفرادهم فيها فكان له ثلثها والثالث مقاسمة الاخوة فان كان ما أعطيه بالمقاسمة زائداً على الفرضين المتقدمين أحده بالتعصيب وان لم يفضل شيء رجع الى الفرض وقد تقدم ذكره (فصل) وقوله وما كان بعد ذلك للاخوة للأب والام الذى كرم مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة وذكرها الى آخر الفصل يريدان المقاسمة اذا كانت أضر على الجدة أعطى الثلث والسدس فان ما فضل بعد ذلك يكون بين الاخوة والأخوات الذى كرم مثل حظ الانثيين والمسئلة التى استثناها هى امرأة توفيت وتركت أما زوجها وأختها وأب وأم فان المشهور عن زيد انه قال أصلها من ستة وتعمل الى تسعة يفرض للاخت النصف بثلاثة وللزوج النصف بثلاثة وللأم الثلث بسهمين

لا يرث مع الأب دنياً شيئاً وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك ما لم يترك المتوفى أخاً أو اختاً لبيه يبدأ بالجسدان شرهما بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجدة السدس فريضة **ع** قال مالك والجدة والاخت لأب وللأب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم بما بقي بعد ذلك للجدة والاخت من شيء فانه ينظر أى ذلك أفضل لحظ الجدة أعطيه الثلث مما بقى له وللأخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولم يقاسمهم بمثل حصته أحدهم أو السدس من رأس المال كله أى ذلك كان أفضل لحظ الجدة أعطيه الجدة وكان ما بقى بعد ذلك للأب والام الذى كرم مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة تكون قسمتهم فيها على غير ذلك

وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأختها لأمها وأبها وجدها فلزوج النصف وللأم الثلث وللجدة السدس وللأخت وللأم والاب النصف ثم يجمع سدس الجدة ونصف الأخت فيقسم أثلاثاً للذكر كمثل حظ الانثيين فيكون للجدة ثلثاه وللأخت ثلثه

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 بقضاء زيد يعني ان أصحاب زيد قاسوا على قوله وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضي ان لم تصح هذه الرواية عن زيد بقياس قوله أن يكون للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس وتسقط الأخت كما سقط الأخ لو كان بدل الأخت لان الأخ والأخت سبيلهما واحد في قول زيد لانهما عنده مع الجد عصبة ووجه المشهور عن زيد ان حال الجد مع الأخت 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 لهم فلا يتعدى تعصبيه اليهن وإذا كن أختين وبقى من الميراث ما يكون لهم ووقعت المقاسمة بينهما وبين الجد تعصبي تعصبيه اليهن فلم تعد فريضتهن وهذه المسئلة يسميها أصحابنا الغراء وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسمونها العداء وقال أبو غالب خباب ابن عباد لاثرت الأخت مع جد الأفي هذه المسئلة فسميت الغراء وهي الا كدرية أيضا وكذلك يسميها جمهور أهل الفرائض الا كدرية وقيل انها سميت بذلك لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له الأ كدر فأخطأ 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 أوجبت له الفريضة وقال زيد يجمع ثلاثة سهام الأخت وسهم الجد فيقسمونه للذ كرمثل حظ الأختين وبهذا قال مالك ووجه ذلك أن الأخت انما انتقلت الى الفرض حين لم يكن الجد يعصبا فاما عيل لها وصار لها سهم رجع الى تفضيلها (فرع) ولأن الفريضة للأخت مع جد الأفي هذه المسئلة خاصة ولو كان فيها أختان لبطل العول وذلك بان يترك المتوفى ز و جاوأتما وجدًا وأختين لأب وأم وأب 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 فيصيرون معه كالأختين مع الأخ والفرق بين هذه المسئلة وبين الا كدرية ما قدمناه من الأخوات لماورثن في هذه المسئلة من نفس المال تعدي تعصيب الجد اليهن بنفس الفرض وليس كذلك في المسئلة الا كدرية فانه لم يبق الفرائض للأخت شيئا فلم تعد تعصيب الجد اليها فوجب ردّها الى الفرض حين لم يعصبا الجد (مسئلة) فان أحاط بالميراث أم وأخت وجد فعلى من ذهب زيد للام الثلث والباقي بين الجد والأخت للذ كرمثل حظ الأختين وهذه المسئلة تسمى الخرقاء وروى عن عمر وابن مسعود للأخت النصف وللأم ثلث مابق ومابق للجد وروى عن عبد الله أنه قال للأخت النصف وللأم والباقي بنصفين وهذه من مبيعات عبد الله وروى عن عثمان انه قال للام الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث وهي تسمى مائة عثمان وقال على للام الثلث وللأخت النصف والباقي للجد ووجه قول زيد أن للام الثلث لانه فرضها مع الأخ الواحد والباقي بين الجد والأخت للذ كرمثل حظ الأختين لانه اذا ورثت معه عصبا فصار كالأخ معها والله أعلم (مسئلة) فان كان مع الجد والأخت بنت أو بنتان فان عليا يجعل للجد السدس بالفرض ويجعل التعصيب للأخت والأخوات وزيد وعبد الله يقاسمان الجد بالأخت الا أن تنقصه المقاسمة من الثلث فانهم يفرضانه له وذلك في بنت وأخت وجد ففي قول علي للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت الا أن زيد يجمع حظ الأخت والجد فيقسماته للذ كرمثل حظ الأختين ووجه ذلك انهما يرثان بالتعصيب لان الأخت انما يرث مع البنات بالتعصيب فوجب أن

يقسما للد كرمثل حفظ الاثنين كالأخوة والأخوات ص **ج** قال مالك وميراث الأخوة للاب مع الجسد إذا لم يكن أخوة لأب كيراث الأخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنتاهم كأنثاهم فإذا اجتمع الأخوة للاب والأم والأخوة للاب فإن الأخوة للاب والأم يعادون الجسد بأخوتهم لأبيهم فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يعادونه بالأخوة للام لأنه لو لم يكن مع الجسد غيرهم لم يرثوا معه شيئاً وكان المال كله للجسد فأحصل للأخوة من بعد حفظ الجسد فإنه يكون للأخوة مع الأب والأم دون الأخوة للاب ولا يكون للأخوة للاب مع الأب والأم دون الأخوة للاب وإنما كانوا إذا حصل لهم ولها من شيء كان لها ونهم ما بينها وبين أن تستكمل فريضةها وفريضة النصف من رأس المال كله فإن كان فيها يحاز لها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها الذكرا مثل حفظ الاثنين فإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم **ك** ش وهذا كما قال إن حال الأخوة للاب مع الجسد عند عدم الأب والأم كحال الأخوة للاب والأم ذكر الأخوة للاب كذكر الأخوة للاب والأم وأنتاهم كأنثاهم ووجه ذلك أن حاملهم في انفراد الذكور أو انفراد الاناث أو اجتماع الذكور والاناث كحالمهم فوجب أن يكون حاملهم كحالمهم إلا أن يكون هناك من يصحبه

(فصل) وقوله فإذا اجتمع الأخوة للاب والأم والأخوة للاب فإن الأخوة للاب والأم يعادون الجسد بأخوتهم لأبيهم فيمنعونه كثرة الميراث فما أصاب الأخوة للاب والأم والأخوة للاب لمقاسمة الجسد فإن جمعه للأخوة للاب والأم دون الأخوة للاب هذا مذهب زيد وبه قال مالك وقال علي وابن مسعود يقسمان المال بين الجسد والأخوة للاب والأم دون أن يعاد بالأخوة للاب وذلك في جد وأخ لأب وأم وأخ لاب فقي قول علي وعبد الله للجسد النصف وللأخ للاب والأم النصف وفي قول زيد المال بين الجسد والأخ للاب والأم والأخ للاب ثم يرد الأخ للاب على الأخ للاب والأم سهمه فيصير للجسد الثلث وللأخ للاب والأم الثلثان ووجه هذا القول أن الأخ للاب لا يصحبه الجسد وإنما يصحبه من يقاسم الجسد فوجب أن يحتسب به عليه وينقص الجسد من موروثه كالأخوة مع الأب والأم لمالم تحجبهم الأم ويحجبهم الأب فإنه يحتسب بهم على الأم ويردها بهم من الثلث إلى السدس

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

(فصل) وقوله إلا أن يكون الأخوة للاب وللأم امرأة واحدة فإنها تعاد الجسد بأخوتها لأبيها ثم يكون أحق بذلك حتى تستكمل فريضةها وهو نصف جميع المال فإن فضل شيء كان لأخوتها لأبيها هذا مذهب زيد واليه ذهب مالك وكان على يفرض للأخت للاب والأم النصف ويجعل الباقي بين الجسد والأخوة للاب مالم تنقص المقاسمة الجسد من السدس فإن نقص فرض له السدس وكان ابن مسعود يسقط الأخوة للاب مع الجسد والأخت للاب والأم وذلك في أخت لاب وأم وأخ لاب وجد فقي قول علي للأخت النصف والباقي بين الجسد 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 الجسد إذا لم يكن أخوة لأب كيراث الأخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنتاهم كأنثاهم فإذا اجتمع الأخوة للاب والأم والأخوة للاب فإن الأخوة للاب والأم يعادون الجسد بأخوتهم لأبيهم فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يعادونه بالأخوة للام لأنه لو لم يكن مع الجسد غيرهم لم يرثوا معه شيئاً وكان المال كله للجسد فأحصل للأخوة من بعد حفظ الجسد فإنه يكون للأخوة من الأب والأم دون الأخوة للاب ولا يكون للأخوة للاب مع الأب والأم دون الأخوة للاب وإنما كانوا إذا حصل لهم ولها من شيء كان لها ونهم ما بينها وبين أن تستكمل فريضةها وفريضة النصف من رأس المال كله فإن كان فيها يحاز لها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها الذكرا مثل حفظ الاثنين فإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم

سهام من خمسة وللجد سهمان ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف فيصح من عشرة للجد أربعة وللأخت خمسة وللأخ سهم وجه ما قاله زيدان هذه حالة تعصيب فوجب أن يعاد فيها الجدة بالأخوة للجد كما قاله 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 حجبه بهم الام من الثلث الى السدس (مسئلة) فان كان مع الاخت للاب والام أخوات لاب فان عليا وعبد الله يجعلان النصف للأخت للاب والام والسدس للأخت للاب والباقي للجدوز يد يجعل للجد الافضل من المقاسمة أو الثلث ثم يجعل للأخت للاب والام النصف فان فضل شيء كان للأخوات للاب وان لم يفضل شيء فلا شيء لهن (مسئلة) فان كان جد وأخت لاب وأم وأخ وأخت لاب ففي قول زيد الثالث للجد والثلاثين بين الاخت للاب والام والأخ والأخت للاب ثم تأخذ الأخت للاب والام من ذلك النصف فيبقى السدس للأخ والأخت للاب للجد كمثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدة ﴾

﴿ ميراث الجدة ﴾
 • حدثني يحيى عن مالك
 عن ابن شهاب عن عثمان
 ابن اسحاق بن خرشة عن
 قبيصة بن ذؤيب انه قال
 جاءت الجدة الى أبي بكر
 الصديق تسأله ميراثها فقال
 لها أبو بكر مالك في كتاب
 الله شيء وما علمت لك في
 سنة رسول الله صلى الله
 عليه وسلم شيئاً فارجى
 حتى أسأل الناس فسأل
 الناس فقال المغيرة بن شعبة
 حضرت رسول الله صلى
 الله عليه وسلم أعطها
 السدس فقال أبو بكر هل
 معك غيرك فقام محمد بن
 مسامة الأنصاري 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 الا
 لغيرك وما أنا بزائد في
 الفرائض شيئاً ولكنه
 ذلك السدس فان اجتمعتا
 فهو بينكما وأنتسكا
 خلت به فهو لها

ص مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن اسحاق 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 وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجى حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسامة الأنصاري 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 علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أخبر منه بعدم النص من الكتاب والسنة في حكمها لانها المقدمان في طلب الأحكام وقوله فارجى حتى أسأل الناس يحتمل أن يكون سألهم عن النص لتجوز به 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 يرجوعه من الناس وذلك لازم لكل مفت أو حاكم جوز وجود نص أن يسأل عنه ويصت في طلبه وهذه سنة في مشاوره العالم العلماء طلب النص ويحتمل أن يكون سألهم على سبيل المشاورة والتعاون بأرائهم ونظرتهم لينظر فيما يظهر لهم من ذلك على حسب ما يفعله العالم اذا أراد الفتيا بحضرة العلماء أن الحاكم اذا أراد انفاذا للحكومة 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 لقبوله واقرارهم بحتمه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس قول
بجمل الان يكون معناه فرض للوارثة من الجدات اذا لم تحجب السدس فرضا لان زيادة عليه ولا
ينقص منه الا بالعول فيكون ذلك عاما في الجدات الا ما خصه الدليل وذلك بان سأل أبو بكر عن
الجدة فأجابته بذلك المغيرة ويكون معني اعطاها السدس أي فرض لها السدس ويحتمل أن
يكون أبو بكر إنما سأل عن الجدة التي عادت تسأله من عرف حالها وأي الجدات هي فقال المغيرة
أعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس يعني تلك الجدة دون غيرها من الجدات وقول عمر بعد
هذا وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك 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 النوع من الجدات وقدر وى 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 أبعده شاركت فيه واما التي ورث أبو بكر فلما كان عمر جاهته هي
الجدة أم الأب فقال لهما أما جدك في كتاب الله عز وجل شيئا وسأل الناس قال فلم أجد أحدا يجزئني
بشيء 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 ليجمع 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 التثبت وطلب تقوية 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 أبعدهن السهو والغلط وربما وجد ما يعدل به عن ظاهره بالتأويل
ومن هذا قلنا انه يرجع في الروايات بكثرة العدد فلما قال محمد بن مسامة مثل ما قال المغيرة أتضح الأمر
عنده وتناهى فيه اجتهاده لاخبار فاضلين من الصحابة عن النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في ملائ من
الصحابة استنعاهم في هذه القضية فلم يأت أحد منهم بخلافها فأفنده لها أبو بكر رضى الله عنه

(فصل) وقوله ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه تسأله ميراثها يقتضي انهما
جدتان وارثتان ولو كانت الوارثات من الجدات أكثر من ذلك لقال ثم جاءت الجدة الثانية أو لقال ثم
جاءت جدة ثانية فأما هذا اللفظ بالتعريف فان ظاهره أن لا يستعمل الا في الاثنين ووجه ذلك ان
الألف واللام تقتضى التعريف فلو كان معنا من الجدات من يقع عليها هذا الاسم لم يصح أن يكون
ذلك معرفة والى 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 الأخرى وما أنابرا ثم في
الفرأض ولكنه ذلك السدس فان اجتمع متافهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها فجعله لها عند
اجتماعهما وان لم يوجد في القرينة الاحداها فهو لها دون غيرها من الجدات وأبو حنيفة يجعله لها
ولأم أبي الأب واذا انفردت به احداها لم يكن لها ولان أم أبي الأب تشاركها فيه وهذا قول عمر

* وحدثني عن مالك عن

يحيى بن سعيد عن القاسم
ابن محمد أنه قال أنت
الجدتان الى أبي بكر
الصديق فأراد أن يجعل
السدس للتي من قبل
الام فقال له رجل من
الانصار اما انك تترك التي
لومات وهو حي كان
اياها يرث فجعل أبو بكر
السدس بينهما * وحدثني
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 الام لا
ترث مع الام ذنية شيأ وهي
فيما سوى ذلك يفرض لها
السدس فريضة وأن الجدة
أم الاب لا ترث مع الام ولا
مع الاب شيأ وهي فيما
سوى ذلك يفرض
لها السدس فريضة فاذا
اجتمعت الجدتان أم الاب
وأم الام وليس للمتوفى
دونهما أب ولا أم قال مالك
فاني سمعت أن أم الام ان
كانت أقدمها كان لها
السدس دون أم الاب وان
كانت أم الأب أقدمها
أو كانتا في القعد من
المتوفى بمنزلة سواء فان
السدس بينهما نصفين

بعضرة الصحابة ولم ينكره عليه أحد ودليلنا من جهة القياس ان هذه جهة تدلى بالجندم ترث كالجدة
أم أبي الاب واستدلال في المسئلة وهو ان جنية الام في الجدات أقوى من جنية الاب بدليل أن الام
تسقط الجدات أجمع والاب لا يسقط الجدة أم الام ثم ثبت وتقرر انه لا يرث من جنية الام غير جدة
واحدة فبان لا يرث من جنية 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 الام وقوله وما أنابزائد في الفرائض شيأ يريد به القضاء الذي قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله
وما أنابزائد في الفرائض شيأ يريد به انه لا يفرض للجدات سدسا غير السدس الذي فرضه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقوله ولكنه السدس يريد والله أعلم ان فرض الجدات انما هو السدس فقط
واحدة كانت أو أكثر من ذلك لانه فرض ينفرده السدس فصاح الانفراد به والاشراك فيه كربع
الزوجات أو ثمنهن

(فصل) وقوله فان اجتمعتا فهو بينكما يقتضى ان الوارثات من الجدات هما اثنتان ولذلك ذكرهما
بلفظ التثنية وان كانت المخاطبة واحدة ولو ورث منهن جماعة لقال فان اجتمعتن فيه فهو بينكن
وأيتسكن خلت به فهو لها ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال أنت الجدتان
الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الام فقال له رجل من الانصار اما انك تترك
التي لومات وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما * ش قوله أنت الجدتان الى أبي
بكر يريد أم الام وأم الاب ويحتمل أن يكونا أتيان في موروث واحد وفي موروثين فأراد أبو بكر أن
يجعل الموروث لأم الام ولعله حمل حديث المغيرة 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 الاب لها في ذلك حق وأكدها وجه الموارثة بينها وبين المتوفى بانه يرثها ويبان ذلك ان
قراية الجدة قراية ثبتت بها التوارث فاذا كانت هذه القراية ترث من لا يرثها المتوفى فبان ترثها من
يرثها المتوفى أولى وأحرى ولا يلزم هذه العمة والخاله لان تلك قراية لا يرث بها

(فصل) وقوله فجعل لها أبو بكر السدس بينهما يريد انه سوى بينهما فيه فجعله لها على السواء ولم
ير الجدة أم الأب أولى به من الجدة أم الأم لما ذكره الأنصاري وأما رأي أبي بكر أن سبب أم الأم أقوى
من وجه آخر وهو انها تدلى بالأموثة وجنبتها في ميراث الجدة أقوى من جنية الأب لانها تدلى بمثل سببها
كالجد للاب جنبته أقوى في الميراث من جنية الأم لان الجد للاب 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 الام وأم الاب وأماهما واحدة وانه لا يفرض لجدة غيرها
وقدر روى عن علي وزيد وابن عباس انهم ورثوا الجدات وان كثرن اذا كن في درجة واحدة وقد تقدم
من الكلام في ذلك ما يغني عن اعادته وبالله التوفيق ص * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي
لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الجدة أم الام لا ترث مع الام ذنية شيأ وهي فيما
سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وان الجدة أم الأب لا ترث مع الأم ولا مع الأب شيأ وهي فيما سوى
ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للمتوفى دونهما أم ولا
أب * قال مالك فاني سمعت أن أم الام ان كانت أقدمها كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم
الاب أقدمها أو كانتا في القعد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفين * ش قوله ان

الجدة أم الام لا يرث مع الأم شيئاً قول متفق عليه لا اختلاف فيه لانها تدعى بالام وترث بمثل سببها فكانت محجوبة بها وأما الجدة أم الاب فهي أيضاً محجوبة بالام لما ذكرناه من أنها تدعى بمثل سببها والام أقرب قرابة منها فوجب أن يحجبها والاب يحجب الجدة للاب خلافاً لما روى عن ابن مسعود ووجه ذلك انها مما كانت تدعى به على وجه الولادة من غير أن يحجبها كما يحجب الجد أو انها وارثة تدعى بعاصب فوجب أن يحجبها العاصب كالم والجد ولا يحجب الجدة للام لانها لا تدعى به ولا يرث بمثل سببها لانها ترث بالام موهو يرث بالابوة فلم يحجبها كما يحجب الام

(فصل) فاذا اجتمعت الجدتان أم الام وأم الاب ولم يكن من الابوين من يحجبهما أو احدهما فان كانتا في قعد واحد فالسدس بينهما على السواء على حسب ما تقدم وان كانت احدهما أقرب فان كانت القرى من جهة الام بدرجة أو درجات حجت البعدى وهذا قال زيد وعلى وجهه روايتان يروى النخعي والشعبي عن ابن مسعود انه قال السدس للقرى والبعدى اذا كانتا من جهتين مختلفتين فان كانتا من جهة واحدة فالسدس لاقربهن والدليل على ما قدمناه من أن الام تحجب أم الاب فكذلك أم الاب تحجب أم الاب (مسألة) فان كانت القرى من جهة الاب بدرجة أو درجات فالسدس بينهما وهذه رواية خارجة بن زيد وابن المسيب عن زيد بن مالك وهي احدى الرايتين عن الشافعي وروى عن علي انه يجعل السدس للقرى وهي رواية النخعي والشعبي عن زيد بن مالك قال أبو حنيفة وهي الرواية الثانية عن الشافعي والدليل على صحة القول الأول ان الام لا تحجب أم الام فكذلك أم الاب لا تحجب أم الام وان من يرث بالام من جهة البنوة لا يسقط بمن يدعى بالاب من تلك الجهة وكذلك من يدعى بالام من جهة الامومة لا يسقط من يدعى بالاب من تلك الجهة (فصل) وقوله في فرض لها في السوى ذلك السدس يعني انه فرضها اذا انفردت وعلى هذا جمهور الفقهاء وروى ابن سيرين ان الجدات ليس لهن سهم وانما هي طعمة اطعمتها والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان الميراث لا يكون الا بفرض أو تعصيب وقد ثبت أن الجدات ليست من أهل التعصيب فلم يبق الا أن ترث بالفرض ص قال مالك ولا ميراث لاحد من الجدات الا للجدتين لانه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدات ثم سأله أبو بكر عن ذلك حتى أتاه النبي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدات فانفذ لها ثم أتت الجدات الاخرى الى عمر بن الخطاب فقال لهما أنا زائدة في الفرائض شيئاً فان اجتمعتا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم وهذا كما قال انه لا يرث من الجدات غير جدتين أم الام وأم الاب وأمهاتهما وقد تقدم ذكر ذلك وقوله وقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدات يري بذلك انه لا يثبت ميراث الجدات الا بأحد هذين الأمرين وهو ما بلغه أبو بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث الجدات وهي عنده أم الام والثانية التي جاءت الى عمر فقال لهما انما هو السدس فأيتكما خلت به فهو لها فان اجتمعتا فهو بينكما وهي أم الام وسائر الجدات لم يثبت لهن حق ولا ذكرهن عمر في قضاءه للجدات 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 حكمه لأن القائل به كان يخالفه الحكم الغير فكان ينفذ الحكم بقول الجماعة دون قول الواحد ولذلك لم ينسب تورث أم اب الاب الى عبد الله وحده وتورث أم اب الام الى ابن عباس من طرق ليست بالقوية ولعل مالكا قد أراد أن

قال مالك ولا ميراث لاحد من الجدات الا للجدتين لانه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدات ثم سأله أبو بكر عن ذلك حتى أتاه النبي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدات فانفذ لها ثم أتت الجدات الاخرى الى عمر بن الخطاب فقال لهما أنا زائدة في الفرائض شيئاً فان اجتمعتا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم

﴿ 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

آخر سورة النساء * قال

مالك الأمر المجتمع عليه

عندنا الذي لا اختلاف

فيه والذي أدركت عليه

أهل العلم ببلدنا أن الكلالة

على وجهين فلما الآية التي

أنزلت في أول سورة

النساء التي قال الله تبارك

وتعالى وإن كان رجل

يورث كلاله 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

في آخر سورة النساء التي

قال الله تبارك وتعالى فيها

يستفتونك قل الله يفتيك

في الكلالة إن امرؤ

ليس له ولد 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 فللكل واحد منهما

السدس فهؤلاء الاخوة من الأم خاصة فتى ما انفرد ذكرهم

وأنتاهم 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 نضم من 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

ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة وان 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 ان عمر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة بمجتمعا أن يسأل عن حكمهم في الميراث وبجتمعا 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 ان الكلالة المورث على هذه الصفة وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك آية الصيف يقتضي ان السؤال كان عن أحكام الوارثين وقوله تعالى وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة ظاهره أنه يورث على هذا الحال والله أعلم وقد قيل ان 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 إن امرؤ وله أخت فلها نصف ما ترك الآية إلى آخر السورة وهذه الآية أنزلت في شأن جابر بن عبد الله بن عمرو السلمي فيما رواه ابن المنكدر عن جابر قال مررت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم يعوذني هو وأبو بكر وما شيين وقد أغمى علي فلم أكله فتوضأ فصب علي فأنفت فقلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي وولي أخوات فنزلت آية الميراث يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة إن امرؤ وله أخت وروى أبو اسحق عن البراء أن هذه آخر آية نزلت خاتمة 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 ان الكلالة على وجهين فلما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وإن كان رجل يورث كلاله 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 في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد 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 فللكل واحد منهما السدس فهؤلاء الاخوة من الأم خاصة فتى ما انفرد ذكرهم وأنتاهم 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 نضم من 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 - منتقى - سادس) الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبه اذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة

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

أنتام عند الانفراد لان للذئى منهم النصف ولذكر الجميع فلذلك اختلفوا عند الاشتراك والاجتماع فكان للذئى منهم نصف حظ الذكر الآن هؤلاء يرثون بالتعصيب والفرض والأولبن لا يرثون الا بالفرض فالجدير مع الاخوة لانه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى وقوله يرثون مع الجد في الكلالة يريد الاخوة للاب أو الأم أو للاب ص فالجدير مع الاخوة لانه 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 يرث مع ذكور ولد المتوفى شيئاً وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السادس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثالث مع الاخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذى حجب الاخوة للام ومنهم مكانه الميراث فهو أولى بالذئى كان لهم لانهم سقطوا من أجله ولو ان الجد لم يأخذ ذلك الثلث فأما أخذ ما لم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الجد وكان الجد هو أولى بذلك من الجد كما قال ان الجد لا يحجب 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 يحجب الاخوة عن التعصيب ألا ترى ان الأم ترث بالفرض الثلث والاب يرث بالتعصيب ما زاد على السادس ثم يحجب الأم عن الثلث الى السادس الابن كما يحجب الأب عن التعصيب ورد الى السادس الذى 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 اذا لم يكن معهم في الثلث غيرهم أو كان معهم من يحجبهم عن الثلث لعنى آخر وهوان الاخوة للام أحق بالثلث من الاخوة للاب والام والاخت للاب والفرق بينه 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 يحجب 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 لأم واخوة لآب فذهب مالك أن للزوج النصف وللأم السادس وللجد الثلث ولانثى للاخوة للاب لان الاخوة للاب أحق به منهم لو لم يكن الجد والجد يحجب الاخوة للام عنه فكان أحق به منهم

﴿ ماجاه في العمة ﴾

ص ﴿ حدثني يعقبي عن مالك عن محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حرم 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 فداصلى الظهر قال يا رفاهلم ذلك الكتاب لكتاب كتبه في شأن العمة ففسأل عنها ونسخت عنها فأنا به رفاه فداصبور أو قبح فيه ماء فحاذ ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيتك الله وارتة أفرأك لو رضيتك الله أفرأك ﴿ مالك عن محمد بن أبي بكر بن حرم أنه سمع أباه كثيراً يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث ﴿ ش قوله ليرفاها تراصله لم ذلك الكتاب ليسأل عنها

ذ كور ولد المتوفى شيئاً وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السادس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثالث مع اسخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذى حجب الاخوة للام ومنهم مكانه الميراث فهو أولى بالذئى كان لهم لأنهم سقطوا من أجله ولو أن الجد لم يأخذ ذلك الثلث فأما أخذ ما لم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الجد وكان الجد هو أولى بذلك من

الاخوة للام

﴿ ماجاه في العمة ﴾
* حدثني يعقبي عن مالك عن محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حرم 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 فداصلى الظهر قال يا رفاهلم ذلك الكتاب لكتاب كتبه في شأن العمة ففسأل عنها ونسخت عنها فأنا به رفاه فداصبور أو قبح فيه ماء فحاذ ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيتك الله وارتة أفرأك لو رضيتك الله أفرأك ﴿ مالك عن محمد بن أبي بكر بن حرم أنه سمع أباه كثيراً يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث ﴿ ش قوله ليرفاها تراصله لم ذلك الكتاب ليسأل عنها

ما فحاذ ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيتك الله وارتة أفرأك لو رضيتك الله أفرأك ﴿ وحدثني عن مالك عن محمد بن أبي بكر بن حرم 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 أن الأخ للاب والام أولى بالميراث من الأخ للاب والأخ (٢٤٣) للاب أولى بالميراث من بني الأخ للاب والام وبني

الأخ للاب والام أولى من
بني الأخ للاب وبني الأخ
للاب أولى من بني ابن
الأخ للاب والام وبني ابن
الأخ للاب أولى من الم
أخي الأب للاب والام والم
أخو الأب للاب والام أولى
من الم أخي الأب للاب
والم أخو الأب للاب
أول من بني الم أخي
الأب للاب والام وابن الم
للاب أولى من عم الاب
أخي أبي الأب للاب والام
• قال مالك وكل شيء
سئلت عنه من ميراث
العصبه فانه على نحو هذا

ويستعبر بصحة ما تضمنه ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور رقبتها الصعبة 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 أفركي يحتمل أن يريد به إسقاط العمة من أهل الموارث وإن الله تعالى لورضى الورثة لأقرها بعد الاستشارة والمشاورة بأن يقوى في نفس عمر وسائر الصعبة وجوب الميراث لها ويرى وجهه الصواب في ذلك فلما لم يرم ذلك مع ما أمرهم به من اجتهاد أرى بطل أن يكون جعل لها في الميراث حقا ويحتمل أيضا أن يكون أراد بذلك الرقعة التي سماها سواء كان فيها الثبات للميراث للعممة أو نفيه عنها وإن الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يقرهم عليها ولم يرضهم صوابها الآن المعروف من منسوب عمر منع العمة الميراث وسيأتي في ميراث ذوى الأرحام من المسائل التي اختلف فيها الصعبة فالمشهور عن عمر منع ذلك وبه قال زيد بن ثابت واليه ذهب مالك والشافعي وروى عن ابن مسعود تورثهم وبه قال أبو حنيفة وذوو المحارم هم بنو البنت وبني الأخت وبني الأخت من الأب والام وبني الأخ من الأب وبني الأخوة من الأم والعممة والخالة وبني الم والخال والم أخو الأب للام وأولاده والجدة أم أبي الأم والدليل على ما نقله أن بنت البنت شخص لا تحترق مع الأخ المساوي لها في القرابة فوجب أن لا تراث إذا انفردت أصل ذلك بنت العممة ولا يلزمها على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والام فانه غير مساو له في القرابة

﴿ ميراث ولاية العصبه ﴾

أنسب المتوفى ومن ينزع
في ولايته من عصبته فان
وجدت أحدا منهم يلقى
المتوفى الى أب لا يلقاه
أحد منهم الى أب دونه
فاجعل ميراثه للنسي يلقاه
الى الأب الأدنى دون من
يلقاه الى فوق ذلك فان
وجدتهم كلهم يلقونه الى
أب واحد يجمعهم جميعا
فانظر أقدمهم في النسب
فان كان ابن أب فقط
فاجعل الميراث له دون
الأبائه الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بنى أب أو بنى أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وإن كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواهم منهم أعمام وأخوة أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبني أخي تبارك وتعالى قال وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شيء عليم • ش

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 والام وبني الأخ للاب والام وبني الأخ للاب أولى من الم أخي الأب للاب والام والم أخو الأب للاب والام أولى من الم أخي الأب للاب والام أولى من عم الاب أخي أبي الأب للاب والام • قال مالك وكل شيء سئلت عنه من ميراث العصبه فانه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينزع في ولايته من عصبته فان وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للنسي يلقاه الى الأب الأدنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدتهم كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقدمهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الأطراف وإن كان ابن أب وأم وان وجدتهم مستويين 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 وإن كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواهم منهم أعمام وأخوة أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبني أخي تبارك وتعالى قال وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شيء عليم • ش

مستويين 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 وإن كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواهم منهم أعمام وأخوة أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبني أخي المتوفى لأبيه وأمهم دون بني الأخ للاب وذلك ان الله تبارك وتعالى قال وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شيء عليم

وهذا على ما قال ان ادخل للاب والام أولى من الاخ للاب لان الام يدلى بها الى الميراث اذا انفردت كما يدلى بالاب اذا انفرد فاذا اجتمعا كان أقوى من انفراد أحدهما وكذلك الميراث في العمومة وان كان العم للام لا مدخل له في الميراث الا انه لما كانت الام سببا في الميراث بالجملة فويتجنب من وجدت في جهته كما ان الام بانفرادها لا تكون سببا الى ميراث جميع المال وقد يقوى جنبه 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 بالجد وكذلك بنو الأعمام يدلون بالجد فكان الأخوة أولى أخوة كانوا لاب وأم أو لاب لا تهم يدلون بالاب وهو أقرب من الجدوان كانوا أعماما كلهم أو بنى عم كلهم واختلفت درجاتهم فكالأعمام اخوة الاب مع الأعمام اخوة الجد فان الأعمام اخوة الاب أولى بالميراث وهو معنى قول مالك ان من يلقى الميت الى أب لا يلقاه غيره الى أب أقرب منه فله الميراث ومعنى ذلك أن الأعمام يدلون بالجد أبى الأب والأعمام اخوة الجد يدلون بالجد أبى الأب وكل من أدلى بالأقرب فله الميراث دون من أدلى باب أبعد (مسئلة) ومن ترك خاله وابن عم لاب وأخاه وابن عم لاب فللاخ للام السدس وما بقي بينه وبين الخال بالسوية لانهما ابنتهم 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 كابنى العم أحدهما ابن عم لاب وأم والآخر ابن عم لاب فان تأثيره أن يعجب ذوالسببين 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 أولاً ثم ساويه في بقية الميراث بالتعصيب لتساويهما فيه والله أعلم (مسئلة) ولو ترك الميت أخوين لام أحدهما ابن عم لورثنا 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 الأوثنة فان كان خنثى فانه ينظر الى مباله فان لم يذكره فحكمه حكم الذكور في ميراثه وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من أحكامه وان لم يبال من فرجه فحكمه في ذلك حكم المرأة وان لم يبال منها فهو الخنثى المشكل فقد قال ابن عجلان الفرضي ينظر أيهما يبدأ البول أولاً وروي ذلك عن علي بن أبي طالب وان لم يبال منهما جميعاً سواء فهذا الخنثى المشكل واتفق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة فان انفرد وحده 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 صحيحاً فان فريضة 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 يبذل لكل واحد منهما من التضعيف والتأنيث نصف صحيح ثم اقسم الاثنى عشر على أنهم اذ كانا فلكل واحد منهما ستة ثم اقسمها على أن أحدهما أنثى فيكون للذكر ثمانية وللأنثى أربعة وهي أسوأ حالتهما ويصير

لها في أفضل حالتها ستة فيعطى شطر ما بين حالتيه وذلك خمسة أسهم ويعطى أخوه ما بين الحاليتين وذلك سبعة لانه يستحق بحال ذكورة أخيه ستة وبحال أنوثته ثمانية والله أعلم ص قال مالك والجدا أبو الأب أولى من بنى الأخ للاب والام وأولى من العم أخى الأب للاب والام بالميراث وابن الأخ للاب والام أولى من الجدا بولاء المولى ش وهذا على ما قال ان الجدا بأب الأب يحجب به الأخ للاب والام وذلك أن الجدا أولى بالميراث من الأخ للاب والام اذا ضاق عنهما لانه من أهل الفروض ولذلك يرث مع الابن السدس ولا يرث الأخ مع الابن شيئا لكنه اذا فضل المال عن فرض الجد ورث معه الاخ بالتعصيب لان لكل واحد منهما نصيبا والاخ يعصب أخته والجدي يرث مع الابن فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب وأما ابن الاخ فلا يعصب أخته ولذلك حجبته الجد لقوة أسبابه التي يرث بها وهذا حكم الجدا في الأب فأما أبو أبي الأب فانه أيضا أولى من بنى الاخ والاعمام وبنى الاعمام لانه جد كالأدنى وأما الجدا أبو الاب فانه يحجب أباه كما يحجب الاب الجدا فكل أب يحجب من فوفه كما أن كل ابن يحجب من تحته لان الميراث انما يستحق بالقرب والله أعلم

(فصل) والجدا أولى من العم أخى الاب للاب والام ووجه ذلك أن العم انما يدل بالجد فكان كالاخ مع الاب لا أدنى 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 تعصبيه لانه لا يعصب أخته وانما يرث مع الجد بالتعصيب من قوى تعصبيه حتى يعصب أخته كالاخ والابن وابن الابن

(فصل) وقوله وابن الاخ للاب والام أولى من الجدا بولاء المولى ووجه ذلك أن الولاء لا يرث الاب بمحض التعصيب وليس فيه فروض والأخ وابن الاخ محض تعصبا من الجدا لانهم لا يرثون الا بالتعصيب فكان سبهم 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 الاب كحكم الاعمام مع الجد والله أعلم (مسئلة) قد تقدم الكلام في ذكر من يرث في هذا الكتاب فليذكر العمل في موارد يتم به بيان أحكامهم ومعنى ذلك على الاجازة أن الفروض ستة وقد تقدم ذكرها ويخرج حسابها من سبعة أصول الاثنين والثلاثة والاربع والستة والثمانية والاثني عشر والاربع عشرة وعشرين وذلك أن الاثنين ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف الى أربعة ثم تضاعف الى ثمانية فاذا كانت المسئلة نصفاً ومابقي أو نصفاً ونصفاً فهي من اثنين وان كانت ربعاً ومابقي أو ربعاً ونصفاً ومابقي أو ثلثاً ونصفاً ومابقي فأصلها من ثمانية وهذه الاصول الثلاثة لا بد خلها عول لاختصاص سهامها بأحد الاصلين والاصل الثاني أو له من ثلاثة ثم تضاعف الى ستة ثم تضاعف الى اثني عشر ثم تضاعف الى أربعة وعشرين فان كان في المسئلة ثلث ومابقي 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 أصلها من ستة فهي تعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فاذا عالت الى عشرة سميت ذات الفروض وهي أكثر المسائل عولا لأنها عالت بتقسيمها واذا عالت الى تسعة فبعضهم يسميها الغراء وهي الاكدرية واذا كان أصل المسئلة

قال مالك والجدا أبو الاب أولى من بنى الاخ للاب والام وأولى من العم أخى الاب للاب والام وابن الاخ للاب والام أولى من الجدا 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 زواجا واختين
 لأب فأصلها من ستة وتقول الى سبعة واذا تركت زواجا وأختين لأب فأصلها من ستة وتقول الى
 ثمانية واذا تركت زواجا وأختين لأب فأصلها من ستة وتقول الى تسعة واذا تركت المرأة زواجا
 وأما وست اخوات مفترقات فأصلها من ستة وتقول الى عشرة للزوج النصف وهو ثلاثة وللأم
 السدس وللأختين للام الثلث وللأختين للام والاب الثلث وتقول الى عشرة وقد تقدم ذكرها
 (مسئلة) واذا توفي رجل وترك زوجة وثلاث اخوات مفترقات أصلها من اثني عشر للزوجة
 الربع بثلاثة وللأخت للام السدس بآثنين وللأخت للاب والام النصف بستة أسهم وللأخت
 للاب السدس بسهمين تقول الى ثلاثة عشر ولو خلفت المرأة زواجا وأبوين وابنة وابنة أسهم
 اثني عشر للزوج الربع بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان أربعة أسهم وللأبنة النصف بستة أسهم
 ولأبنة الابن السدس بآثنين تقول الى خمسة عشر ولو خلف رجل زوجة وأختين لأب وأختين لأب
 فأصلها من اثني عشر للمرأة الربع بثلاثة أسهم وللجدة 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 فما خرج منه تصح
 المسئلة وذلك مثل زوج وأختين أصلها من اثنين للزوج النصف وللأختين النصف لا ينقسم
 عليهما فتضرب عددهما وهما اثنان في أصل المسئلة وهو اثنان يكون أربعة منه تصح المسئلة فيكون
 للزوج النصف بسهمين وللأختين النصف بسهمين لكل واحد منهما سهم ولو تركت زواجا وأختين
 وأختين لأب فأصلها من اثنين للزوج النصف سهم وللأخت النصف لا ينقسم عليهما فيعد الأخ بآثنين
 لأن له مثل مالاخته فتضرب أصل المسئلة في ثلاثة تكون ستة منها تصح المسئلة للزوج النصف ثلاثة
 وتبقى ثلاثة بين الأخ والأخت لذلك كمثل حظ الاثنين والله أعلم (مسئلة) فان كان عدد الورثة
 موافقا لسهامهم مثل ان يكون لعدد من 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 فما اجتمع صحته منه
 المسئلة وذلك مثل امرأة تركت زواجا وابن عمها وأربعة عشر ابنة أصل مسلتهم من ثلاثة للزوج
 بالفرض والتصيب الثلث ويسبق الثلثان وهما سهمان للبنات 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 فتضرب الأعداد بعضها في بعض فما اجتمع 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 وللأخت الثلث بأربعة سهام لا تنقسم
 عليهن ولا توافق وللأخت للاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فتضرب أربعة في أربعة
 وثلاثين فما اجتمع ضربته في سبعة وثلاثين فما اجتمع ضربته في المسئلة فما اجتمع منه تصح المسئلة

(مسألة) فان كان من لاتنقسم عليهم سهامهم يوافق 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 عولها اجتمع صحت منه المسئلة مثال ذلك ثلاث نسوة وأربعة عشر أخلام واثنان وثلاثون أختالاب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة سهام ينقسم عليهن وللأخوة للام الثلث بأربعة سهام وللأخوة للاب الثلثان بنائية أسهم لا ينقسم عليهم ويوافقهم بالنصف فيرجعون الى تسعة وللأخوات الثلثان بنائية أسهم لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالأمان فيرجعن الى ثمنين وذلك أربعة فتضرب ثلاثة في أربعة ثم في سبعة فذلك أربعة وعشرون ثم في أصل المسئلة وعولها وذلك خمسة عشر فذلك ألف ومائتان وسبعون ومنها تصح المسئلة من له سهم ضرب له في أربعة وثمانين (مسألة) فان كانت الأعداد بموافقتها اياها لسهامها يوافق بعضها بعضا فوافق وفق أحد الأعداد وارد الأعداد الأخرى الى موافقتها للعدد الموقوف فما يرجع ضربت بعضه في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف وما اجتمع في الأصل وعولها مثال ذلك أربعة نسوة وستة وثلاثون أخلام وثمانية وأربعون أختالاب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع ثلاث لا ينقسم عليهن ولا يوافقهن وللأخوة للام الثلث بأربعة أسهم لاتنقسم عليهم وتوافقهم بالربع فيردون الى ربعهم وذلك تسعة وللأخوات للاب الثلثان ثمانية لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالثمن فيردون الى ثمنين وذلك ستة فتبقى معاً أربعة وستة وتسعة فتوقف الستة وتجعد 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 خمساثة 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 وثلاثون لكل واحد ستة (مسألة) وان كان من الأعداد بعد ذلك اياها بموافقتها لسهامها متساوية أجزاء أحدها عن سائرهما وان كان أحد عدد الأجزاء منتسبا الى جزء من العدد الأخر مثل أن يكون نصفه أو ثلثه أو ربعه وغير ذلك من الأجزاء فان الأكثر يجزى عن الأقل ويعتبر ذلك بأن ينقسم الأ أكثر على الأقل قسمة صحيحة أو ينقص الأقل والأكثر فيضيه أو يزيد على الأقل مثله حتى يساوي الآخر فان لم يكن كذلك لم يكن جزأ منه ولا دخلا 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 ولاتنسب منها ربع ولا خمس وانما هي ثلاثة أعشار مثال ذلك أربعة نسوة وستة عشر أخلام وأربعة وستون أختالاب للزوجات ثلاثة سهام لاتنقسم عليهن ولا توافقهن وللأخوة للام الثلث أربعة سهام لاتنقسم عليهم ولا توافقهم بالأمان فيرجعن الى ثمنين وذلك ثمانية فصار عدد الزوجات وما بقى من عدد الأخوة أربعة أربعة فينبو أحدهما عن الآخر ثم تجعد الأربعة تدخل في الثمانية فجزى عنها فتضرب الثمانية في أصل المسئلة وعولها فذلك مائة وعشرون منها تصح المسئلة من له شيء ضرب له في ثمانية فللزوجة 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 وعلوها ان كانت عايلة والثانية أن لا تنقسم وتوافقهم فتضرب وفق عددهم في المسئلة وعلوها وأما في الأعداد فان تكون الأعداد متساوية فيجزى أحدها عن باقيها أو يكون أحد العددين داخل 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 فانك 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 وعلوها فما اجتمع صحت منه المسئلة وهذه طريقة البصريين في التصحيح للكوفيين طريقة أخرى سندكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولا عند بعض من ينظر في ذلك والله التوفيق

(فصل) في معرفة الموافقة بالأجزاء وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما فان فني به فانه يوافق بباقي أقل العددين من الأحاد فان بقي من العدد الكثير أقل من العدد القليل مانقص ذلك من العدد القليل فان فني توافقا بأخذ العدد الذي يفني به وهكذا أبدأ النزول تنقص ما بقي من كل عدد مما بقي من الآخر حتى يفني أحدهما بالآخر فان فني بواحد فليست بينهما موافقة فان فني بأثنين فالموافقة بينهما بالنصف وان فني بثلاثة فالموافقة بينهما بالثلث فان فني بأربعة فالموافقة بينهما بربع فان فني 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 تفني فيعلم أنها توافقها بالأمان واذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون تسعة وأربعين فانقص أحد او عشرين مرتين من التسعة والأربعين يبقى سبعة فانقص السبعة من الأحد والعشرين تفنيها تعلم انها مائة فان بالاسباع فان قيل بما توافق مائة وعشرون مائة وخمسة وستين فانقص مائة وعشرين من مائة وخمسة وستين يبقى خمسة وأربعين انقصها من المائة وعشرين مرتين تبقى ثلاثون ثم انقص الثلاثين من الخمسة عشر والله أعلم وأحكم

(فصل في الوصايا)

اذا أوصى الميت بثلته فأردت فسعة تركته فانك تنظر الى التي تنقسم عليه مثل نصفه وان أوصى بالربع 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 بالثمانين زدت عليه مثل سبعة وان أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه وان أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعة وذلك مثل امرأة توفيت وتركته زوجا وأما واختين لأب المسئلة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس بسهم وللأختين للاب الثلثان بالربعة أسهم تعول الى ثمانية فان أوصيت بالثلث زدت على الثمانية نصفها وذلك أربعة فتكون اثني عشر ومنهاصح المسئلة في الوصية فان لم يكن ما ذكرت 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 يزد عليه أجزاء الوصايا فاضرب أجزاء الوصايا

بعضها في بعض فا اجتمع ضربته في أصل الفريضة فلأوصى بثلاث وربع فمثال ذلك امرأه
توفيت وخلفت زوجا 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 بعمولها في ثلاثة فتكون احدى وعشرين فنه تصح المسئلة ولو كان أوصى بثلاث وربع
لضربت ثلاثة في أربعة ثم تضرب ما اجتمع في الفريضة فا اجتمع فنه تصح الفريضة مع الوصيتين
(فصل) في المناسحات ومعنى ذلك أن يموت ميت فلا يقسم ماله حتى يموت بعض ورثته فوجه
العمل في ذلك ان تصح مسئلة الميت الأول ثم تصح مسئلة الثاني ثم تقسم سهام الميت الثاني التي
ورثها من الميت الأول على سهام مسئلته فان انقسمت فقد صحت المسئلان مما صحت منه الاولى مثال
ذلك ان تخلف المرأة زوجها وأختين فالمسئلة من ستة تصح من سبعة فان ماتت احدى 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 ولبنات الميتة سهم
(مسئلة) فان لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على سهام المسئلة ولم توافقها فاضرب مسئلته
في المسئلة الأولى فا اجتمع صحت منه المسئلان مثال ذلك أن تخلف ابنتين وابنتين المسئلة من ستة ثم
ماتت احدى الابنتين وخلفت زوجها وابنا وبنات مسئلتهما من أربعة وتماتت عن سهم لا ينقسم ولا
يوافقها فاضرب مسئلتهما في المسئلة الأولى تكون أربعة وعشرين منها تصح المسئلان من له شيء من
المسئلة الأولى مضر وبه في أربعة ومن له شيء من المسئلة الثانية مضر وبه في السهم الذي ماتت
عنه الثانية (مسئلة) فان لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على مسئلته ووافقها فاضرب
وفق المسئلتين في المسئلة الاولى فا اجتمع صحت منه المسئلان مثال ذلك أن تخلف ابنتين وابنتين
المسئلة من ستة ثم مات أحد الابنين وخلف امرأته وبنات ثلاثة بنات ابنتهم 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 دنائرا ودرهما أو ما يكال ويوزن
ويجمع في القسم فصح الفريضة على الورثة ثم اضرب سهام كل وارث في عدد التركة فا اجتمع
قسمة على سهام الفريضة فاخرج فهو نصيبه وان شئت قسمة التركة على المسئلة فاخرج ضربته
في سهام كل وارث فاخرج فهو نصيبه فان وافق عدد التركة سهام المسئلة فخرجها جميعا ثم اعمل
في وقفها ما كنت عاملا فيها اما أن تضرب سهام كل وارث في وفق التركة فا اجتمع قسمة على وفق
المسئلة فاخرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسئلة فاخرج بالقسمة ضربته

﴿ من لاميراث له ﴾

ص قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا
ان ابن الاخ للام والجد أبا الام والعم أبا الاب للام والخال والجددة أم أبي الام وابنة الاخ للاب والام
والعمة والخاله لا يرثون بارحامهم شيأ قال وانه لا يرث امرأه هي أبعد نسباً من المتوفي ممن سعى في هذا
الكتاب برحمتها شيأ وانه لا يرث أحد من النساء شيأ الا حيث سمين وانما ذكر الله تبارك وتعالى
في كتابه ميراث الام من ولدها وميراث البنات من أبيهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الاخوات

﴿ من لاميراث له ﴾
قال مالك الامر المجتمع
عليه عندنا الذي لا اختلاف
فيه والذي أدركت عليه
أهل العلم ببلدنا ان ابن
الاخ للام والجد أبا الام
والعم أبا الاب للام والخال
والجددة أم أبي الام وابنة
الاخ للاب والام والعمة
والخاله لا يرثون بارحامهم
شيأ قال وانه لا يرث امرأه
هي أبعد نسباً من المتوفي
ممن سعى في هذا الكتاب
برحمتها شيأ وانه لا يرث
أحد من النساء شيأ الا
حيث سمين وانما ذكر
الله تبارك وتعالى في
كتابه ميراث الأم من ولدها
وميراث البنات من أبيهن
وميراث الزوجة من زوجها
وميراث الأخوات

للأب والأم وميراث الأخوات للأب وميراث الأخوات للام وورثت الجدة بالنبي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هي نفسها لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فأخوانكم في الدين ومواليكم ﴿ ش وعلى ما ذكرنا زيد بن ثابت وأهل المدينة لا يرثون ذوى الأرحام من الرجال وهو ابن الأخ للام والجد أبو الام والام للام والخال فانهم لا يرثون لانهم ليسوا أهل فرض فيصحبون العصبة ولأهل تعصيب ومن النساء الجدة أم أبي الام وابنة الأخ للاب والام والعمه والخاله والأصل في ذلك ما قدمناه قال مالك وذريته من النساء الامن معى الله عز وجل في كتابه وثبتت السنة بميراثه وهي سبعة تقدم ذكرهن وقد نص الله تعالى على ميراث جميعهن والجدة ثبت توريثها بالسنة وهذا ميراث النسب وأم الميراث الولاء فترث المرأة من أعتقت أو أعتقه من أعتقت قال مالك لان الله عز وجل يقول في كتابه فأخوانكم في الدين ومواليكم والاستدلال من هذا انما يكون بان يثبت الميراث بالولاء وأن يكون لفظ الجمع المذكور يقع تحته المؤنث بمجرد اللفظ فحينئذ تتناول الآية ميراث المرأة لمن كان موليا لها والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث أهل المثل ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن 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 يعنى ميراث المسلم الما يخلفه كافر ممن كان يرثه لو كان مسامحا من أب أو ابن أو أخ أو غيرهم والى هذا ذهب جماعة العلماء تعلمنا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم فأتوا إلى قوله فكذلك لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه لكونهم ما أهل ملتين مختلفتين وإذا كان لا يرث المسلم الكافر فبان لا يرث الكافر المسلم أولى وروى عن معاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية يرث الكافر المسلم وقد انعقد الإجماع على ما ذهب إليه الجمهور من أهل عصرهم (مسئلة) وأما الميراث فلا يرثه ورثته المسلمون وماله في بيت المال ووجه ذلك ما تقدم وذلك فيمن صرح بالكفر وأعلن به فلو ارتد رجل فوقف للقتل وله ابنان وأب فثات أحد ابنيه ورثه أخوه وجده بنصفين ولا ميراث لابه المرتد وان راجع الاسلام المرتد بعد موت ابنته فلا يرثه من الميراث لان الاعتبار بحال الموت دون غيره من الأحوال وهذا في حال موت ابنته لم يكن وارثا له (مسئلة) وأما الزنديق وهو الذي يظهر منه على كفر يسره وهو مع ذلك يدعى الاسلام فاختلاف فيه العلماء فقال مالك يقتل ولا يقبل منه الايمان اذا أسرته المنية قبل أن يتوب وراجع الايمان وقال الشافعي تقبل توبته ولا يقبل ولا يحنيفة في ذلك قولان أحدهما مثل قول مالك والثاني مثل قول الشافعي وقد علق أصحابنا في ذلك بقول الله تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله وقالوا عن جماعة من أهل التفسير ان البأس في الآية السيف فاذا قلنا بذلك فهل يرثه ورثته اختلف قول مالك في ذلك فروى عنه ابن القاسم يرثه ورثته وروى عنه ابن بافع وابن الماجشون لا يرثه ورثته فقضى رواية ابن القاسم انه يقتل حدا ومقتضى رواية غيره يقتل بالكفر والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب انه أخبره انما ورث أباطال عقييل وطالب ولم يرثه على قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب ﴿ ش قوله انما ورث أباطال عقييل وطالب يريد انهما انفردا بميراثه دون علي وجعفر وذلك أن عليا وجعفر اتقدما اسلاما قبل موت أبي طالب وبقي

للأب والأم وميراث الأخوات للأب وميراث الأخوات للام وورثت الجدة بالنبي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هي نفسها لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فأخوانكم في الدين ومواليكم ﴿ ميراث أهل المثل ﴿ حديثي يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴿ وحديثي عن مالك عن علي بن شهاب عن علي بن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴿ وحديثي عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب انه أخبره انما ورث أباطال عقييل وطالب ولم يرثه على قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب

الشعب

طالب وعقيل على ملتهم ما انفردا بغيره وانما أسلم بعد موته عام الفتح فلذلك لم يكن لعلي ولا جعفر
ولالأحمد من عقبهما حظ في الشعب الذي كان لأبي طالب (مسئلة) وانما المراعى في التوارث
اتفاق الدينين حال الوفاة ولو ان نصرانيا أسلم عند الموت وهو مريض ورثته من المسلمين دون
غيرهم وجرى حاله في غسله والمسلاة عليه ودفنه مجرى المسلمين ولو ان كافرا توفى وترك جلا فولد له
سكان على دين أبيه وورثه قاله القاضى أبو الحسين والله أعلم وأحكم ص **م** مالك عن يحيى بن
سعيد عن سليمان بن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره ان عمته يهودية أو نصرانية توفيت وان محمد بن
الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من رثها فقال له عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى
عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أتراني نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل
دينها **م** ش قوله لابن الأشعث وقد سأله عن عمته اليهودية من رثها فقال له يرثها أهل دينها وذلك
يقتضى التوارث بالدين الواحد دون الدينين وهذا اذا كان أحدهما مسلما والآخر غير مسلم دون
خلاف فيه من الفقهاء فان كان أحدهما يهوديا والآخر نصرانيا فقد سئل مالك عن نصراني تحت
يهودية فتوفى فقال مالك ليس ذلك الينا فان نكحوا عندنا فانهم لا يتوارثون لاننا نحكم بينهم بحكم
الاسلام (مسئلة) وأما المجوسى يتزوج أمه أو ابنته أو أخته ثم أسلموا فانهم انما يتوارثون بالميراث
الاصلى الذى لا يغيره الاسلام ولو تزوج مجوسى أمه فولد له منها ولد ثم أسلموا فانهم يتوارثون بالميراث
الزوجة فبطلت بالاسلام وثبتت الامومة وابنته هو ابنه واخوه للام فان الام تترك السدس على
انها أم وتترك الابن على انه ابن وسقط حكم الاخوة للام ولو تزوج ابنته وولده منها ولد ان فاسموا
ثم توفى الرجل فان لابنته الخمس وتسقط الزوجة والباقي لابنته فان توفى أحدهما فلا له الثلث
وتسقط الأخوة ولاخيه الباقي وقد قال بعض أهل الفرائض لها السدس لانها أخت قصص
نفسها مع الاخ الى السدس (مسئلة) وهذا اذا عدت الاديان فان جهات مثل رجل توفى وترك
ثلاثة بنين أحدهم صغير وأحد الكبير بن مسلم والثانى نصراني فادعى المسلم ان أباه مات مسلما وان
أخاه الصغير مسلم وادعى النصراني ان أباه مات نصرانيا وان أخاه الصغير نصراني فقد قال ابن
القاسم فى المدونة فى رجل توفى وترك ابنين أحدهما نصراني والثانى مسلم ادعى كل واحد منهما ان
أباه مات على دينه ان كل شئ لا يعرف لمن هو يدعى جلا ان فانه يقسم بينهما فكذلك هذا وقال أبو
غالب المرضى يتعالفان ويقسم المال الآن نصفين ثم يقال لهما انكما استغنيتما المال بيمانكما وكل
واحد منكما يزعم ان الصغير أخوه وشريكه فليعط كل واحد منكما الصغير شرط ما بيده فيصير الصغير
نصف مال المتوفى والنصف الثانى بين الكبير بن ووجه ذلك ان كل واحد منهما يقربان نصف المال
للصغير ويدعى كل واحد منهما النصف الثانى لنفسه فيقسم بينهما بعد ايمانها وهو تفسير قول ابن
القاسم (مسئلة) ولو ترك ابنين كبير بن وابنة صغيرة لكان على كل واحد منهما أن يدفع البهائم
ما بيده لانهما ائتمتا على الاقرار لها به وتنازعا فى الثلثين فيقسم بينهما وقوله وهذا يقتضى انه
يحكم فى موارثهم بحكم الاسلام لانه حكم بين مسلم وكافر وقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتابي
يموت على كفرة ثم يسلم أحد ورثته فانهم يتقاسمون على موارثهم وان كانوا من غير أهل الكتاب
فانهم يتوارثون على موارث الاسلام وقال ابن نافع أهل الكتاب وغيرهم سواء يتوارثون على
موارث الاسلام وقوله سحنون (مسئلة) وهذا اذا لم يكن لواحد منهما بنته قال ابن القاسم
وذلك اذا لم يكن معروف الحال فى الأصل فان كان يعرف بنصرانية ولم تكن لها بنته فقال ابن

وحدثنى عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن سليمان
ابن يسار أن محمد بن
الأشعث أخبره أن عمته
يهودية أو نصرانية توفيت
وأن محمد بن الأشعث
ذكر ذلك لعمر بن الخطاب
وقال له من رثها فقال له عمر
ابن الخطاب يرثها أهل
دينها ثم أتى عثمان بن عفان
فسأله عن ذلك فقال له
عثمان أتراني نسيت ما قال
لك عمر بن الخطاب يرثها
أهل دينها

القاسم في المدونة هو على ذلك حتى يثبت اسلامه بيينة (مسئلة) فان شهد لكل واحد منهما بينة وكفأت البينتان فانهم ما يقسمان أيضا وليست الصلاة عليه بشهادة تامه في كونه مسلما وقال سحنون المال للسلم 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 باسلامه وأقاما البينة لكانت بينة المسلم أولى (مسئلة) وان كان الموروث كافرا وجميع ورثته كافرا فاحتكموا اليها فان رضوا أجمعون بحكم الاسلام ورثوا على ذلك وان أباه أحدهم ردوا الى حكم بينهم والله أعلم ص * قال مالك عن يحيى بن سعيد عن اسماعيل بن أبي حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز فأمروا في عمر بن عبد العزيز أن يجعل ماله في بيت المال * ش قوله فأمره أن يجعل ماله في بيت المال يريدان من أعتق عبد نصرانيا فانه لا يرثه بالولاء لان الولاء مشبه بالنسب فاذا منع الكفر التوارث بالنسب منع التوارث بالولاء وكذلك الصهر فاما العبد يموت وله مال فان المال لسيدته وليس على وجه الميراث ولكن على وجه الملك لان ائزق يمنع الميراث ولذلك لا يورث بسبب وهو أقوى أسباب التوارث فكل من فيه بقية رق من معتق الى أجل أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد فانه لا يورث وانما يكون ماله لسيدته بالملك الا المكاتب يترك وفاقا فانه ان ترك ورثة أحرارا أو ترك زوجة أو اولاد معه في الكتابة أو اولادا ولدوا ليسوا معه في الكتابة فان الزوجة والاولاد الذين كانوا معه في الكتابة والذين ولدوا في الكتابة يعتقدون بأداء ما تبقى عليه من الكتابة فباقي من المال لم ترث منه زوجته ولا اولاده الأحرار وورثه اولاده الذين كانوا معه في الكتابة والذين ولدوا فيها قاله مالك وسيأتي ذكره بعد هنا في المكاتب ان شاء الله تعالى ص * قال مالك عن الثقة عنده أنه سمع سعيد بن المسيب يقول أن عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الأحرار في العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت وورثه ان ماتت ميراثها في كتاب الله * ش قوله أبي عمران يورث أحدا من الأعاجم الآن يولد في العرب وأما من ولد في أرض الحرب فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهما ثابتة بينة أو لا تثبت الا بمجرد الدعوى والاقرار فاما أن يسمى رجلا بن كذا فانه لا يورثها فانها 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 وان كانت توارثا بذلك (فرع) فلو جاءت امرأة حاملا فولدت ببلد الاسلام توارثا 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 في عامون 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 أموالهم عليهم (مسئلة) وأما ان أسلم أهل بلد بجملة فبقوا في مكانهم أو تعلموا بجماعتهم فيشهدون بذلك فانها تقبل شهادتهم لان خبرهم يقع به العلم وبعد 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 بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يوجب 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 ولدها يرثها ان ماتت وورثه ان ماتت 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 بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يوجب أحدا عن ميراثه * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت وورثه ان ماتت ميراثها في كتاب الله * ش قوله أبي عمران يورث أحدا من الأعاجم الآن يولد في العرب وأما من ولد في أرض الحرب فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهما ثابتة بينة أو لا تثبت الا بمجرد الدعوى والاقرار فاما أن يسمى رجلا بن كذا فانه لا يورثها فانها 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 وان كانت توارثا بذلك (فرع) فلو جاءت امرأة حاملا فولدت ببلد الاسلام توارثا ولو ولدت توأمين توارثا بالاخوة لأب وأم

فانه لايجب احداعن ميراثه ﴿ ش وهذا على ما قال انه لا يرث المسلم الكافر بقراءة ولا ولا رحم ولا ماهرة ولايجب من وجوده وعدمه سواء في الحجب فلوان رجلا مسلما توفي وترك أبا كافرا وأخا مسلما ورثه أخوه دون أبيه ولو ترك أبو بن مسلمين وأخوين كافرين لورثت الأم الثلث ولم يجعها الأخوان الكافران عن الثلث الى السدس لان من لا يرث لايجب ومعنى ذلك أنه ليس من أهل الميراث فأما من كان من أهل الميراث فانه قديجب وان لم يرث فان منعه غيره عن الميراث كالأبوين والأخوين من المسلمين فان الأخوين لا يرثان لان الأب يجعها وما يرثان الام الى السدس وكذلك الاخوة من الام والاخوة للاب مع الزوج والجد فانه لا يبقى بعده ميراث الزوج والجد الا الثلث والاخوة للام يجعون الاخوة للاب عنه لأنهم أهل فرض والاخوة للاب عصة ولا حق للعصبة مع ذوى الفروض ثم الجدي يجع الاخوة للام عنه لأنه لا يرث الاخوة للام مع وجود وارث ذكر من عمود النسب والله أعلم وأحكم

﴿ من جهل أمره بالقتل أوغير ذلك ﴾

العلم ببلدنا وكذلك العمل في كل متوارثين هلكا بفرق أو قتل أوغير ذلك من الموت اذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحدهما من صاحبه شيئا وكان ميراثهما لمن بقي من ورثتهما كل واحد منهما ورثته من الاحياء قال يحيى وسعت مالكا يقول لا ينبغي أن يرث أحد أحد بالشك ولا يرث أحد أحد الا باليقين من العلم والشهادة وذلك أن الرجل يهلك هو ومولاه الذي أعنته أبوه فيقول بنو الرجل يهلك هو ومولاه الذي أعنته أبوه فيقول بنو الرجل العربي قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم أن يرثوه بغير علم ولا شهادة انه مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الاحياء

ص مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن وعن غير واحد من علماءهم انه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرّة ثم كان يوم قديده فلم يرث أحد من صاحبه شيئا الا 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 الحرّة ويوم قديده وذلك ان هذه الايام كانت فيها حروب شدا قتل 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 فيقتلان في مثل ذلك اليوم فلا يعلم أيهما قتل أولا فهذان لا يرث أحدهما من الآخر وان كان لايجب عن ماله ويرث كل واحد منهما من بقي من ورثته ان كان بقي له وارث خاص فان لم يبق له وارث خاص فبیت المال ص قال مالك وكذلك العمل في كل متوارثين هلكا بفرق أو قتل أوغير ذلك من الموت اذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحدهما من صاحبه شيئا وكان ميراثهما لمن بقي من ورثتهما كل واحد منهما ورثته من الاحياء قال يحيى وسعت مالكا يقول لا ينبغي أن يرث أحد أحد بالشك ولا يرث أحد أحد الا باليقين من العلم والشهادة وذلك ان الرجل يهلك هو ومولاه الذي أعنته أبوه فيقول بنو الرجل العربي قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم أن يرثوه بغير علم ولا شهادة انه مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الاحياء ﴿ ش وهذا على ما قال انه لا يرث المسلم الكافر بقراءة ولا ولا رحم ولا ماهرة ولايجب من وجوده وعدمه سواء في الحجب فلوان رجلا مسلما توفي وترك أبا كافرا وأخا مسلما ورثه أخوه دون أبيه ولو ترك أبو بن مسلمين وأخوين كافرين لورثت الأم الثلث ولم يجعها الأخوان الكافران عن الثلث الى السدس لان من لا يرث لايجب ومعنى ذلك أنه ليس من أهل الميراث فأما من كان من أهل الميراث فانه قديجب وان لم يرث فان منعه غيره عن الميراث كالأبوين والأخوين من المسلمين فان الأخوين لا يرثان لان الأب يجعها وما يرثان الام الى السدس وكذلك الاخوة من الام والاخوة للاب مع الزوج والجد فانه لا يبقى بعده ميراث الزوج والجد الا الثلث والاخوة للام يجعون الاخوة للاب عنه لأنهم أهل فرض والاخوة للاب عصة ولا حق للعصبة مع ذوى الفروض ثم الجدي يجع الاخوة للام عنه لأنه لا يرث الاخوة للام مع وجود وارث ذكر من عمود النسب والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولا يرث أحد أحدا بالشك ولا يرثه الابيقين من العلم والشهادة يريدان يعلم ذلك
الشهداء ويتقنونه ثم يشهدون به وإذا لم تثبت 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 فإذا ولد مولود فطلعت حياته بصراخه ورث ورث وإن لم يصرخ لم يرث
ولم يرث وروى أبو غالب الفرضي سئل مالك عن المولود يولد فيترك أو يرضع ويعطس أو
يمكث يوماً وليلة وهو حي يتنفس ويرضع أو أكثر من يوم وليلة ولم يستهل صار خا أنه لا يرث ولا يرث
ولا يصل عليه والاستهلال الصراخ وهو البكاء والصياح خلافاً لابي حنيفة والشافعي في قولهما إن
حركته دليل على حياته والدليل على ما نقوله أن هذه حركة عريت عن الصراخ فلم تدل على الحياة
كالاختلاج (فرع) فأما طول الرضاع فقد تقدم أنه لا يدل على الحياة وقد قال القاضي أبو محمد إن
أقام أياماً فثبتت بذلك حياته وجه القول الأول أنها حركة عريت عن الصراخ كالمدة القليلة ووجه
القول الثاني أن من الحركات ما يشبه الاختلاج فلا يدل على الحياة ومنها ما يدل على الحياة وهذا
موجود ومشاهد في الكثير وإنما الجواب عندي في هذه المسئلة أنه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم
الصراخ وذلك معلوم بالعادة وذكر القاضي أبو محمد أنه اختلف في العطاس (مسألة) فإن ماتت
أمه أو موروثه قبل أن يستهل صار خا ثم استهل صار خا بعد ذلك فقد روى أبو غالب أن الاستهلال
ثابت له بصراخه ووجه ذلك أنه يعلم وجود حياته في وقت موت موروثه والله أعلم وأحكم
قال مالك ومن ذلك أيضاً الاخوان للذب والام عوتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولله ولها أخ لأبيهما
فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فيراث الذي لا ولده لأخيه لأبيه وليس لبني أخيه لأبيه وأمه شيء قال
مالك ومن ذلك أيضاً أن تهلك العمة وابن أخها أو ابنة الأخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما
مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيئاً ولا يرث ابن الأخ من عمته شيئاً ش وهذا على ما قال إن
الاخوين للذابين إذا ماتا ولا أحدهما ولداً والآخر لا ولله ولها أخ للذب فلا يعلم أي الشقيقين مات أولاً
فيراث الذي لا ولده لأخيه لأبيه وميراث الأخ لا يبي ولا يرث أحد الشقيقين من الآخر لأنه قد جهل
أولهما موتاً وعلى ذلك ما توارثت والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث ولدا الملائنة وولد الزنى ﴾

ص مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولدا الملائنة وولد الزنى أنه إذا مات ورثته أمه
حقها في كتاب الله عز وجل واخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالى أمه إن كانت مولاة وإن كانت
عربية ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان مابق للساميين قال مالك وبلغني عن
سليمان بن يسار مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ش قوله إن ولد
الملائنة ترثه أمه واخوته لأمه ومعنى ذلك أنهم يتوارثون على سنة كتاب الله تعالى لأمه الثالث إن لم
يكن له اخوان فأكثر فإن كان له اخوان فأكثر فلا م السدس ولا أخيه السدس فإن كانوا أكثر من
ذلك فهم شر كاه في الثلث وأما زوج أمه الذي اتفق منه باللعان فلا وارث بينهما ولو أ كذب نفسه
واستلحقه وذلك في حياة الابن فإن الأب يجلد حد الفرية ويلحق به الولد فيتوارثان وإن استلحقه
وأ كذب نفسه بعد موت الابن فلا يخوان يكون للابن ولداً ولا يكون له فإن لم يكن له ولد جلد الحد
ولم يرثه وإن كان له ولد ذكر أو أنثى جلد الحد وورثه مع ولده ووجه ذلك أنه إنما يستلحق الحي فإذا

قال مالك ومن ذلك أيضاً
الاخوان للذب والام
عوتان ولأحدهما ولد
والآخر لا ولده ولها أخ
لأبيهما فلا يعلم أيهما مات
قبل صاحبه فيراث الذي
لا ولده لأخيه لأبيه وليس
لبني أخيه لأبيه وأمه
شيء قال مالك ومن ذلك
أيضاً أن تهلك العمة وابن
أخها أو ابنة الأخ وعمها ولا
يعلم أيهما مات قبل فان لم
يعلم أيهما مات قبل لم يرث
العم من ابنة أخيه شيئاً ولا
يرث ابن الأخ من عمته شيئاً
﴿ ميراث ولدا الملائنة
وولد الزنا ﴾

حدثني يحيى عن مالك أنه
بلغه أن عروة بن الزبير كان
يقول في ولدا الملائنة وولد
الزنا أنه إذا مات ورثته
أمه حقها في كتاب الله
عز وجل واخوته لأمه
حقوقهم ويرث البقية
موالى أمه إن كانت مولاة
وإن كانت عربية ورثت
حقها وورث اخوته
لأمه حقوقهم وكان مابق
للساميين قال مالك
وبلغني عن سليمان بن
يسار مثل ذلك قال
مالك وعلى ذلك أدركت
أهل العلم ببلدنا

مات ولم يخلف ولدا يلحق بنسبه بالاستلحاق ولم يكن للاستلحاق تأثير ولا معنى واذا ترك ولدا صح استلحاقه وثبت نسبه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولونفي الزوج حل امرأته بلعان فولدت توأمين فانهما يتوارثان اخوة لاب وأم فان مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه ورثت أمه الثالث وورث أخوه الباقي ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحمل ولدت قبل هذا الحمل فأت أحد التوأمين فان الولد الذي ولدته خال الزوجة أخو المتوفى لأنه فبرث منه السادس وترث أمه السادس ويرث الباقي التوأم معه وأما ولد الزنا فلوان مقتصبة أو زانية ولدت توأمين في بطن فانهما يتوارثان بالأبومة خاصة والفرق بينهما أن ولدا الملاعنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه وأما ولدا المقتصبة وولد الزانية فليس في الوطء الذي هما شبهة وانما هو محض الزنا فليس بينهما نسب الابلاؤمومة وأما ولد المسبية يخرج من دار الحرب حاملا فان التوأمين عند المغيرة اخوان وذكر ابن مصنون في كتاب السرهما اخوان لأم وأب وبه قال القاضي أبو الحسن قال والفرق بين توأمي الزنا والمقتصبة انهما وان كانا لا يعرف لهما أب الآن فانه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأمي الزنا فانه لا يثبت لهما أب بوجه والله أعلم

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

• حدثني مالك عن عبد
 الله بن عمر أن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم قال
 من أعتق شركاه في عبد
 فكان له مال يبلغ ثمن
 العبد يقوم عليه قيمة العدل
 فأعطى شركاؤه حصصهم
 وعتق عليه العبد والافتقد
 عتق من أعتق

(فصل) وقوله ورث البقية موالى أمه ان كانت مولاة يريد انهم عصبية الذين أعتقوا أمه فهم من مواليتهم فهم يرثونه بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه وقوله وان كانت عربية ورثت حقا وورثت اخوته لأنها حقوقهم وكان مابقي للمسلمين يريد أن تكون عربية باقية على أصل الحرية ولو كانت عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم وأما الحرّة فان عسرتها ليسوا بعصبية ولدها وانما هم اخواله فلا حق لهم في الميراث وأما الولاء فان الرجل يرث من نعتقه أخته وابنته لان له حكم التعصيب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما توارث المتلاعنين فان مات أحدهما قبل تمام اللعان فان كان الزوج أكمل لعانه ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها إلا أن تخمس بال غضب فانه يرثها ولو مات الزوج بعدما التعن وتم لعانه بالخمس فانه يقال للمرأة التبعي وادرتي عن نفسك العذاب فان التعتت تم بذلك اللعان بينهما ووجبت الفرقة ولم ترثه وان نكحت عن اللعان فلها الميراث من زوجها وعليها الجلدان كانت بكرًا والرجم 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 شركاه في مملوك ﴾

ص • مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاه في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد يقوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والافتقد عتق من أعتق • ش قوله من أعتق شركاه في عبد لفظ عام في كل معتق فان كان العبد مسلمانا لمسلمين فأعتق أحدهما حصته قوم عليه الباقي على ما أتى بعد هذا وان كان العبد نصرانيا لمسلمين فأعتق أحدهما حصته ففي المواز يتوغيرها يقوم على المعتق منهما وكذلك اذا كان العبد مسلمانا لنصرانيين يريدان العبد المسلم لنصرانيين يعتق أحدهما حصته يقوم على المعتق حصته شريكه به قال الشيخ أبو القاسم حكاه عنه القاضي أبو محمد وحكى عن المذهب في التقوم 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 احدثها الله تعالى والثاني للشريك والثالث للعبد فيجب على هذا ان يكمل على النصراني المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصراني ومسلم واذا كان العبد نصرانياً للمسلم ونصراني فأعتق حصته المسلم فومت عليه حصة النصراني وان أعتق النصراني حصته قال ابن القاسم لا يقوم عليه حصة المسلم لان العبد النصراني لو كان جميعه للنصراني فأعتق بعضه أو جميعه لم يحكم عليه بعتقه مصنون وقال غيره يقوم عليه ووجه ذلك انه حكم بين مسلم ونصراني فطلب فيه حكم الاسلام كالمو كان العبد المسلم لنصراني ومسلم وأما ان كان العبد النصراني لمسلم ونصراني فابتدأ المسلم العتق فانه تقوم عليه حصة النصراني وان 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 الشريك وهو مسلم فإزم أن يحكم فيه بحكم الاسلام (مسئلة) ولو كان العبد لغيره فأعتق العبد حصته ففي الموازية لا اعتق له الا 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 سحنون في كتاب ابنه ويستوعب في ذلك مال السيد وان احتج الى بيع رقبة العبد قال سحنون وهو في العتبية لأصبح عن ابن القاسم لو قال السيد قوموه على العبد في ايده لم يقوم عليه ووجه ذلك ان الجنابة في هذا انما هي من قبل السيد لانه لو 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 شركاه في عبدي يد نصيبه في عبدي وذلك يقتضى نفاذ عتقه في حصته وقد قال مالك سواء أعتق باذن شريكه 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 يقتضى والله أعلم أنه ان كان موسراً بشئ العبد ثبت عليه حكم التقويم على ما نذكره بعد هذا فلو كان معسراً فهل لشريكه التقويم عليه أم لا قال مالك في كتاب ابن المواز لشريكه أن يقوم عليه حصته ويتبعه في ذمته وقال ابن القاسم في المدونة ليس له ذلك ووجه قول مالك ما احتج به من ضرر التأخير على الذي لم يعتق ولا ضرر في ذلك على المعتق وهو جان فله جنى عليه أن يتبع ذمته بجنابته وهي ما أدخل في حصته من ضرر شريكه 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 فغيره 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 موسر حين التقويم عليه لم يحكم بعسره قبل ذلك فزومه التقويم كالذي أيسر يوم العتق ووجه الرواية الثانية أن هذه جنابة فسكان الاعتبار بيسر الجنابي يوم الفعل دون يوم الجنابة كسائر الجنابات وفي هذا الدليل نظر لان سائر الجنابات متى أيسر بعد ذلك لزومه ارض الجنابة (مسئلة) وما يعلم بعسره أن لا يكون له مال ظاهر ويسأل عنه جيرانه ومن يعرفه فان لم يعلموا ماله أحلف ولم يسجن قاله عبد الملك في كتاب ابن سحنون قال سحنون وقاله

أصحابنا جميعا الا اليسير فلا يستخف عندهم وجه القول الأول ان ظاهر عدسه يكفي منه ما تقدم فيلزمه أن يحلف ليبرأ بطنه كالمفلس بالدين ووجه القول الثاني ان هذه بين نكل عنها 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 الايام قال أشهب انما يترك له ما يوار به لصلاته قال عبد الملك انما يترك له ما لا يباع على المفلس ووجه ذلك ان حكمه حكم المفلس بل أشد لتعلق حق العتق به ومن تعلق حق العتق بماله لم يترك له الا ما يوار به للصلاة كالرفقة تلزمه لظهاره (مسئلة) وان كان له مدبرون أو معتقون الى أجل فلا حكم للقيمة في مثل هذه لبعده وأما دونه فان كانت على أمياء حضور وأمدحاقريب قومتي في ذلك وتتبع ذمتهم وان كانت منسية أو أهلها غيب فليس عليه أن يخرج منها عبده قاله ابن الماجشون وفي كتاب ابن المواز ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع وينتظر له ثلث ما لا يضر رفيه (مسئلة) ومتى برأى حاله قال ابن نافع انما ينظر الى حاله يوم التقويم فان كان له مال قوم عليه وان كان يوم العتق مصرا وقال مطرف عن مالك ان كان أعتق وهو مصرا فان كان عدسه بينا عند الناس كلهم ثم أيسر فلا تقويم عليه الا أن يكون العبد غائبا وروى ذلك كله ابن حبيب ووجه القول الاول ان حال العبد انما يعتبر حال التقويم فكذلك حال العتق

(فصل) وقوله من أعتق شركا له في عبد يصحتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق ويحتمل أن يكون بغيره اذا تضمن معنى العتق وقال مالك في العتبية والموازية في عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد قد وهبتك نصيب منك فانه يعتق ويقوم عليه حصه شريكه كما لو قال لعبد ملك جميعه وهبتك نفسك لكان عتقا وقاله مصنون ومعنى ذلك ان ما عتق به الكل عتق به البعض كلفظ العتق (مسئلة) ولا يخلو أن يكون عتق الجز من العبد معجلا أو مؤجلا فان كان معجلا ففي كتاب ابن المواز وابن مصنون فممن أعتق حصته من عبد الى سنة عن مالك والمغيرة وابن القاسم يقوم عليه الآن ليعتق الى أجل قال مصنون وقال آخرون ان شاء التمسك قوم عليه الساعة وكان جميعه مصرا الى السنة وان شاء تماسك وليس له يبعه قبل السنة الا من شريكه فاذا تمت السنة قوم على بيتي العتق بجمته يوم التقويم وقاله عبد الملك بن الماجشون وهذا ان تماسك الثاني ولو عجل الثاني العتق فروى عيسى عن ابن القاسم يقوم خدمته الى السنة فيؤخذ من معجل العتق ويدفع الى صاحبه قال ثم رجع وقال يقضى عليه بعتق نصفه الآن ونصفه الى سنة ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته ولاؤه لغيره (مسئلة) ولو بتل الاول وأجل الثاني ففي المدونة لابن القاسم يفسخ ما صنع ويضمن شريكه حصته وكذلك لو دبر حصته قال ابن مصنون ورواه عن مالك أشهب وابن نافع وحكى الشيخ أبو القاسم ان أعتق الثاني حصته الى أجل أو كاتب أو دبر وشريكه مؤسرا لم يكن ذلك له ولو كان مصرا جاز ذلك قال القاضي أبو محمد اذا أعتق الثاني الى أجل فهو كمن لم يعتق ودفعت اليه القيمة ونجز العتق وقال عبد الملك يقع العتق منجزا منها ورواه ابن مصنون عن المغيرة قال لأن الثاني ترك التقويم واستثنى من الرق ما ليس له (مسئلة) ولو أعتق أحد الشركاء حصته بعد عتاق الممسرا لم يقوم عليه حصص شركائه قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان الجنابة لتبعض العتق وقعت من غير جهته وسابقة لاعتاقه والتقويم انما يلزم بالجنابة

(فصل) وقوله فان كان له مال يبلغ ثمن العبد يرد حصه الاشتراك منه قوم فقيمة 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
 رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية وروى أشهب عن مالك في الموازية ولو أقام شهرا أو خمسة
 أشهر ساكنا كان له أن يعتق ومعنى ذلك ان ما يعتق عليه بالحكم لا بالسراية قال القاضي أبو محمد وهو
 أظهر الروايتين ومعنى ذلك انه اذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أو لافان 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 وهو 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 عبدي كمل عليه
 باقية فوجب أن يكمل بالسراية كما لو كان جميعه (فرع) فاذا قلنا لا يكمل الا بحكم فقد قال
 القاضي أبو محمد وغيره ليس للشريك أن يقول أنا أرضى 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 تنقص وفي الموازية
 يعتق عليه بما أفاض بعد عتق الجزء منه من مال أو ولد من أمته ولو كانت أمة قومت بما لها وولدها وكذلك
 لو دخله عيب فاما عليه قيمته يوم الحكم قاله مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب قال مالك في
 العتبية في العبد الزارع ينقص ثمنه بالفسطاط يقوم عوضه ولا ينقل الى الفسطاط وفي العتبية من
 رواية عيسى عن ابن القاسم في جارية بين رجل وزوجه أراد شراءها فأبى عليه زوجته فبأيدائها
 حتى بلغت ستائة دينار فشاور المخزومي واستغلاها فقال له أعتق حظك منها ولا يلزمك الا القيمة ففعل
 فرجع الى ابن عمر فأمر باعادة النداء عليها فان زيد على ستائة والأزمها بالستائة فاستحسن ذلك وكان
 ابن أبي حازم يقول دمر المسكين دمر وقد قال مالك فممن أعطى برأسه ثمننا ثم قتله رجل بمحدثان
 ذلك يلزمه الأثر من الثمن أو القيمة قال أبو بكر بن محمد قال سحنون لا يلزمه الا القيمة (مسألة)
 ولو ادعى مبتدى العتق فيه عيبا كالابق والسرقه وأنكر ذلك المتمسك فقد اختلف فيه قول ابن
 القاسم من رواية ابن حبيب عن أصبغ عنه فقال لا يحلف بدعواه ويقوم سايما ثم رجع فقال يحلف
 قال أصبغ وبه أخذ وجه القول الاول ان هذا مجرد دعوى فلا يتعلق بهامين في عيب كالمشترى
 يدعى عيبا فيها اشتاء ووجه القول الثاني ان المعتق يدعى على المتمسك بالرق ما يوجب نقص القيمة
 ويضيف ذلك الى علمه فلا يستحق جميعا عليه الا بعد يمينه (فرع) فاذا قلنا انه لا يحلف بمجرد
 الدعوى فأقام شاهدين فإنه يقوم معيبا وان أقام شاهدا واحدا أحلف فان نكل حلف المتمسك

ما علم بما ذكر من العيب قاله مالك في العتبية والواضحة وقال ابن المواز لا يوجب الشاهد على العدل
 يمينا وقال أشهب وابن عبد الحكم يخلف للتمسك اذا شهد بالعيب غير العدل والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقوم عليه لفظ يقتضى أن المبتدئ بالعتق واحد ولو كانا اثنين
 ابتداء بالعتق معا فإنه يقوم عليهما فلو كان لاحد الشر كانه نصفه وللآخر ثلثه والثلث سدسه فأعتق
 صاحب الثلث والسدس معا فمالك في الموازية يقوم على كل واحد منهما بقدر ماله فيه كالشفعة في
 اختلاف الانصاء 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 حتى يتعلق بالمال لازالة الضرر عن الشركاء فكان
 على قدر الانصاء كالشفعة ووجه القول الثاني ان الموجب للتقويم عليهما الجنائيت بالعتق وذلك
 لا يختلف بقله السهم وكثرته فوجب أن يستوي في ذلك (فرع) فان كان أحدهما مصرا والآخر
 موسرا ففي الموازية ان مال الكا وأصحابه أجمعوا على انه يتم عتقه على الموسر وروى ابن حبيب عن
 مالك انه 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 يدمهم وجه القول الأول
 أن الموسر لو انفرد بعتق نصيبه للزمه قيمة باقي العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شيء فلم يكن الجناية
 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 كالميلين (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 ان أراد المتمسك أن لا يقوم ويرضى بالضرر وأبى العبد
 أليس ذلك للعبد يريد أن ذلك فيه حق للعبد والثاني قد أدخل فيه من تبعض العتق ما أدخله الأول
 فاذا لم يكن للعبد أن يقوم على الأول لمعسره قوم على الثاني ووجه قول مالك ان التقويم انما يختص
 بين ابتداء العتق ولذلك لا يلزم الشريك المتمسك بارق وهذا معدوم في الثاني لانه 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 بانيه 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 بعسما وورث منه ووجه ذلك ان 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 قبله 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 انه اذا
 قبله فقد وجد القبول لا يدخل 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 قبله لا تأثير له في رد الهبة ومنع
 ما وهب من العتق فلم يوجب ذلك التقويم عليه كالأول ما ورث ووجه قول أصبغ ان الهبة لا تتم الا

قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا في العبد يعتق سيده منه شقفاً ثلثه أو ربه أو نصفه أو سهمان إلا سهم بعد موته أنه لا يعتق منه إلا ما اعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان محيراً في ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى إلا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقى من العبد لأن ماله قد صار لغيره فكيف يعتق من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتداء العتاق ولا أنبتوها ولا هم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذي اعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك في ما غيره إلا أن يوصى بأن يعتق ما بقى 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

بالقبول فاذا لم يوجد القبول لم تصح الهبة واذا لم تصح لم يعتق منه شيء (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فأعطى شركاؤه حصصهم يريد والله أعلم أعطى كل واحد منهم بقدر ماله في العبد من القية التي لزم المعتق بالتقويم وأعتق عليه العبد يريد ان 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 الامر ان العتق واعطاء الورق والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والافق دعق منه ما عتق ظاهره انه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يصاله بجديته وليس فيما بيني ذلك وكذلك رواه مالك وعبيد الله بن عمر وقال أيوب عن نافع من أعتق نصيبه في مملوك أو شركاؤه في عبد فكأن له من المال ما يبلغ قيمته بقية عدل فهو عتق قال نافع والافق دعق منه ما عتق قال أيوب لأدري أشئ قاله نافع أو شئ في الحديث وقول مالك وعبيد الله أولى لانهم ما قد حقه الرواية ولم يشكوا و مالك وعبيد الله أثبت من نافع ومن أيوب وان كان أيوب نبيا مقدما فيه وذلك يقتضى انه يقضى بالعتق عند عمر مبتلى العتق على من أعتق منه وهذا بمنح الاستسعاء وقار أبو حنيفة يستسعى العبد في قيمته والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم والا فقد عتق منه ما عتق ومن جهة المعنى انه استسعاء فلم يكن لازما كالكتابة والعبد لم يحز ولاء سيده المتمسك بنصيبه فكما لا يلزمه الاستسعاء قبل أن يبدأ العتق فكذلك بعده (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالكان عنده من المال ما يقوم منه بعض ما بقى من العبد على حكم الرق عتق منه بقدر ذلك واسترق الباقي المقسك 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 شقفاً من عبده فانه يعتق عليه باقيه ووجه ذلك انه يكمل عليه عتقه اذا كان الباقي لغيره وبزال عنه ملك الغير ويجبر على شرائه فبان يكمل عليه عتقه وهو ملك له أولى وأحرى ولاننا كان باقي العبد له كان موسرا بعتقه والله أعلم (فرع) وهل يعتق عليه بالحكم أو بالسراية قال القاضي أبو محمد اختلف في ذلك عن مالك فعنه غير وايتان احدهما بالحكم والثانية بالسراية وجه قولنا يعتق عليه بالحكم انه عتق يقم على مبتدئه فثبت بالحكم كالذي يعتق حصته من عبد مشترك ووجه القول بالسراية ان العتق يبنى على التغليب والسراية 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 شقفاً ثلثه أو ربه أو نصفه أو سهمان من الأسهم بعد موته انه لا يعتق منه إلا ما اعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان محيراً في ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى إلا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقى من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتداء العتاق ولا أنبتوها ولا هم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذي اعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك في ما غيره إلا أن يوصى بأن يعتق ما بقى 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 الى الورثة بموته وليس له منه الا ما تمسك به من ثلثه ولم يتمسك الا بما اوصى بهتفه
وقد قال مالك لورثته باقى العتق فلا يعتق عليهم وهم لا يجعوا العتق فكان ذلك بمنزلة من اعتق
شقصا له من عبد وليس له مال غير ذلك الشقص فان باقى يرق والله اعلم
(فصل) ولو اوصى ان يتم عليه في ثلثه فقد قال مالك يقوم في ثلثه ووجه ذلك انه قد تمسك بهذا
القدر من ماله فلزم ان يعتق عليه فيه كالخى التنى

(فصل) وليس لشركائه ان يابوا ذلك ويلزمهم ويلزم ورثته يريدانه اذا اوصى بذلك لم يكن لورثته
الامتناع منه اذا الثلث بحمله ولا يكون لشريكه الامتناع منه لانه قلزمه ان ينفذ عتقه او يقوم على
الموصى قال سحنون للممسك ان يعتق ذصبيه ولا يقوم وقلة ابن حبيب عن ابن الماجشون قال
وقال مطرف عن مالك ليس لشريكه ان يعتق ويلزمه التقويم كالأعتق الشريك جميعه فاما قول
ابن الماجشون فلان هذا مبتدئ عتق عبد مشترك فكان لشريكه انفاذ عتق حصته كالأعتق
عتق ذلك الشقص وهو صحيح والذى رواه مطرف عن مالك يحتمل ان يكون على قول من قال
يعتق بالسرابة قال سحنون ورأيت رواية لابن وهب عن مالك وهى وهم لا يعرفها اذا اوصى شريكه
فانه يعتق منه مالك فقط وباقى الثلث للورثة

(فصل) وقوله وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت بعد وفاة الموصى وكان مخيرا في ذلك
ما عاش يريد ان من اوصى يعتق شقص من عبده او يعتق شقص له من عبده سائر لغيره فانه
لا يقوم عليه الآن ولا يعتق عليه سائر لان عتقه بعد لم يلزم وانما يلزم بموته من ذلك لان له الرجوع
عنه في حياته (مسألة) ومن اعتق بعض عبده في مرضه كل عليه باقى في ثلثه ولو اوصى
بعتق جزء منه بعد موته ففي تكميله روايتان احدهما وجوبه والاخرى نفيه ووجه الرواية الاولى
انه مختار لتبعض العتق فلزم التقويم في ماله كالأعتق فاعتقه ووجه الرواية الثانية انها وصية
بعتق بعض عبد فالعتق انما يقع بعد موته وحينئذ يوجد التبعض منه بوقوع العتق وذلك وقت
لاماله لاسيما ولم يستثن منه شيئا فاشبه المعسر يعتق بعض عبده فانه لا يتم عليه ص قال مالك
ولو اعتق 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 يبيت سيده عتق ثلثه في مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه في ثلثه
وذلك ان امر المريض جائز في ثلثه كما ان امر الصحيح جائز في ماله كله كمن ش وهذا على نحو ما قال ان
المريض اذا اعتق 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 قلزمه العتق وان عاش تم عليه والذى اوصى بعتق
ثلث عبده لو عاش كان له الرجوع عنه (فرع) متى يقوم باقى العبد الذى اعتق المريض شقصا
منه روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فى الذى يعتق شقصا له من عبد يقوم عليه في ثلثه سواء
عثر عليه قبل ان يموت او بعده وقال ابن الماجشون لا يقوم عليه حتى يصح فيقوم عليه في ماله او يموت
فيعتق في ثلثه ما اعتق ولا يقوم عليه نصيب صاحبه وان حله الثلث لان التقويم لا يلزم الا فى عتق
يتعجل او يتأجل الى أجل قريب لا يرد دين وهذا قديره الدين الا ان تكون له أموال مأمونة
فيقوم عليه ويجعل له العتق قبل ان يموت وروى سحنون عن أبيه عن ابن القاسم بوقف فان مات
قوم عليه في ثلثه او ما حل منه وان كانت له أموال مأمونة قوم فيها ووجه القول الاول ان ابتداء العتق

قال مالك ولو اعتق الرجل
ثلث عبده وهو مريض
فبت عتقه عتق عليه كله
فى 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
يبيت سيده عتق ثلثه في
مرضه يعتق عليه كله ان
عاش وان مات عتق عليه
فى ثلثه وذلك ان امر الميت
جائز فى ثلثه كما ان امر
الصحيح جائز فى ماله كله

جنابة فلم يمنع مرضه من مطالبة به ولا تفوت بموته الا انه لما كان من باب البر لم يمكن له أن يتجاوز
 بذلك ثلثه ووجه القول الثاني ما تقدم من قول ابن الماجشون والله أعلم (مسئلة) ومن أعتق
 في مرضه عبده فلم يجعله الثلث فأجاز بعض الورثة حصته فلا تقويم عليه والولاء لليت رواه ابن
 حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك ان الوارث انما أجاز فعل الميت فلم يدخل ضرر في المثلث
 وقدر روى مطرف عن مالك ان أعتق الوارث سهمه مما راق منه لم يقوم عليه وله ولاية تلك الحصص
 وان لم يقوم عليه لانه لم يتبدى بإدخال الضرر وقد تقدمه بذلك الميت كثلثة اشراك ابتداء أحدهم
 يعتق حصته وهو معمر ثم أعتق الثاني وهو موسر فلا يقوم عليه ويأتي على قول ابن نافع انه يقوم
 عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فقدر روى في الموازية أشهب عن مالك
 انه ان لم يتم عليه حين مات انه لا يتم عليه باقيه قال سمنون 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 سها من عبداً باقيه لغيره فلم يتم عليه حتى أفلس فلا يتم ما بقى كالموات ووجه ذلك أن حق الغير
 قد تعلق بالمال فكان بمنزلة حال المعسر بل هو أشد حالاً منه لان الميت متيقن العدم والمفلس مطلوب
 بحقوق متقدمة ولم يدفعه للجنابة لان حق الشريك باق يسده انما أدخل عليه فيه ضرر والله أعلم
 وروى أشهب عن مالك في العتية والموازية من أعتق شقصاله في عبده في صحته فلم يقوم عليه حتى
 مات بعد ثمان ذلك فانه يقوم عليه قال في العتية يعتق عليه جميعه من رأس ماله قال سمنون في كتاب
 ابنه لا يقوم عليه قال أشهب في الموازية لأن هذا حق قلثت 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 يهلك لم يفرط أهدي عنه من رأس ماله وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وهو
 بخلاف معتق بعض عبده فانه لا يتم عليه باقيه وان مات بعد ثمانه وجه نسوية ابن القاسم بين من أعتق
 حصه من عبده وبين من أعتق حصه من عبده لغيره باقيه ان العتق عمل يد فاذا أجاز أن يتم عليه لغيره
 فبأن لا يتم عليه من ماله أولى ألا ترى أن المعمر يتم عليه عتق عبده ولا يقوم عليه حصه غيره
 ووجه قول الجماعة ان حق الغير متعلق بماله بجنابته عليه فيلزم أداءه من رأس ماله في مرضه وبعد
 موته إلا أن يوجد من صاحب الحق من التفريط ما يقتضي التسليم والترك فلا يبقى الا حق الباري
 تعالى في تميم العتق فيكون حينئذ بمنزلة من أعتق حصه من عبده والله أعلم قال سمنون وقد
 أجمعوا على أنه من مات قبل أن يتم عليه عتق عبده انه لا يتم عليه بعد موته وان عتق على ذلك
 في مرضه فقد قال مالك من رواية عيسى عن ابن القاسم عنه فحين أعتق بعض عبده أو نصيباً من
 عبده لغيره باقيه أعتقه في صحته فعلم بذلك في مرضه فانه يقوم عليه باقيه في ثلثه وروى ابن حبيب
 عن مطرف عن مالك فحين أعتق بعض عبده في صحته فمعه هو مرضه فانه ان صح عتق عليه
 كله وان مات فالباقي في ثلثه وخالفه ابن الماجشون فقال ان قيمه في مرضه فلا يقوم عليه ان
 مات ووجه القول الاول انه وجد منه في حال صحته ما يلزمه العتق في المستقبل فكان ذلك في حياته
 من رأس ماله وبعلم موته من ثلثه ووجه القول الثاني وهو المشهور ما تقدم (فرع) فاذا قلنا
 انه يتم على المريض العتق فقدر روى ابن المواز عن أصبغ اذا أعتق شقصاله من عبده لغيره باقيه فلم
 يقوم عليه حتى مرض يحكم بالتقويم الا ان يوقف المال حتى يعتق ما حمل الثلث من تلك القيمة التي
 كانت في المرض ان مات مبدأ على جميع الوصايا وما أعتق أولاد من رأس ماله وان صح لزومه القيمة

ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال ابن عبد الحكم لا يقوم في مرضه وليوقف أبدأ حتى يموت فيعتق ما بقي في ثلثه أو يصح فيكون من رأس ماله إلا أن يعتق الشريك ووجه القول الأول ان القبة انما تزمه يوم الحكم فيه لكنه حكم متوقف لتجوز الصصة والموت فان صح لزومه تلك القيمة من جميع ماله وان مات لزم 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 فبعت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حرته ويثبت مبرائه فليس عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقه ولا يخلطها بشئ من الرق ﴿ ش معنى ذلك ان من بطل عتق عبده معجلا ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق ان يشترط عليه عملا لان ذلك بمنزلة ان يبقى عليه شئ من الرق وذلك مخالف للمال المشترك عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فممن قال لعبد أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره و به قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شئ عليه و روى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب الي و روى في العتبية يجي عن ابن القاسم فيمن قال لعبد أنت حر على ان عليك خمسين دينارا ان العبد مخير ان شاء أن يتبعها ويعجل عتقه وان كره أن يكون غير بما فلا عتاقه و روى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه ووجه القول الأول ما احتج به ابن المواز انه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كماله أن يلزمه ذلك لغيره حر يظل يزد ذلك الحرية الاصححة واحتج لذلك أصبغ بان له أن يكرهه على النكاح والبيع وانزاع المال فكأنه باع من نفسه ووجه قول ابن القاسم في متابعة سيدان العتق قدأ وفعه فيلزمه لانه لم يستثن فيه خيارا ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من انه ليس للسيد أن يشغل ذمته الا برضاه الا ترى انه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه الا برضاه (مسألة) وأما ان شرط عليه عملا فان كان قبل العتق مثل ان يقول أنت حر على أن تخدمني سنة فنلك عليه قاله ابن القاسم وأما ان كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم ان قال لعبد أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شئ 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 شئ من الرق وذلك متناقف ينفذ العتق ويبطل ما أتى من الاسترقاق لأن العتق مبني على التخليب والسرابة وليس كذلك الدين في ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الاحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذم العبد فلا ينافي الحرية بل اذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحرأ كذا الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر عليك 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 و روى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد و فرقت بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدى الي كذا فقال هذا

ص ﴿ قال مالك من أعتق عبد الله فبعت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حرته ويثبت مبرائه فليس لسيدته أن يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده ولا يجعل عليه شئ من الرق لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقه ولا يخلطها بشئ من الرق ﴿ ش معنى ذلك ان من بطل عتق عبده معجلا ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق ان يشترط عليه عملا لان ذلك بمنزلة ان يبقى عليه شئ من الرق وذلك مخالف للمال المشترك عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فممن قال لعبد أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره و به قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شئ عليه و روى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب الي و روى في العتبية يجي عن ابن القاسم فيمن قال لعبد أنت حر على ان عليك خمسين دينارا ان العبد مخير ان شاء أن يتبعها ويعجل عتقه وان كره أن يكون غير بما فلا عتاقه و روى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه ووجه القول الأول ما احتج به ابن المواز انه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كماله أن يلزمه ذلك لغيره حر يظل يزد ذلك الحرية الاصححة واحتج لذلك أصبغ بان له أن يكرهه على النكاح والبيع وانزاع المال فكأنه باع من نفسه ووجه قول ابن القاسم في متابعة سيدان العتق قدأ وفعه فيلزمه لانه لم يستثن فيه خيارا ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من انه ليس للسيد أن يشغل ذمته الا برضاه الا ترى انه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه الا برضاه (مسألة) وأما ان شرط عليه عملا فان كان قبل العتق مثل ان يقول أنت حر على أن تخدمني سنة فنلك عليه قاله ابن القاسم وأما ان كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم ان قال لعبد أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شئ 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 شئ من الرق وذلك متناقف ينفذ العتق ويبطل ما أتى من الاسترقاق لأن العتق مبني على التخليب والسرابة وليس كذلك الدين في ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الاحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذم العبد فلا ينافي الحرية بل اذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحرأ كذا الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر عليك 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 و روى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد و فرقت بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدى الي كذا فقال هذا

لا يعتق حتى يؤدي ويقبل ذلك العبد ووجه ذلك ان الذي قال له على ان عليك علق العتق بشئ يتعجل وهو ثبوت الدين في ذمة العبد والذي قال على ان تؤدي الى او على ان تعطيني علق العتق بشئ لا يوجد بنفس العتق ولا يوجد الا بمعنى مستأنف وور بما تعجل الامد البعيد وور بما تعذر فكان العتق يتأجل بتأجله (مسئلة) ومن قال لامته أنت حره على ان تسلمى فقد قال ابن حبيب عن أصبغ ان أبت لا حرية لها كقوله ان شئت وليس كقوله أنت حره على ان تنكحى فلانا ثم تأبى ان العتق ماض في هذه والفرق بينهما أنها ان رضيت بذلك فبنفس العتق تكون مسلمة كقوله على ان عليك عشرة دنائير وقوله على ان تنكحى فلانا فاما شرط عليها عملها بعد تمام العقد يصح ان يتأخر الزمن الطويل وهو باحتبعضها وقبول الزوج فكان بمنزلة ان يرتط عليها عملاً أو خدمة أو بمنزلة قوله أنت حره على ان لا تفارقينى فانها تكون حرة ولا يلزمها الشرط

من أعتق رقيقاً لا يملك ما لا غيرهم

ص مالك عن يعقوب بن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبي الحسن البصرى وعن محمد بن سيرين أن رجلاً في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبداً 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 مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رجلاً في إمارة أبان بن عثمان أعتق رقيقاً له كلهم جميعاً ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثاً ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الأثلاث فعتق الثلث الذي وقع عليه السهم من هذا الحديث مرسل وقد أسند من حديث عمران بن حصين أخرجه مسلم من رواية اسماعيل بن علي بن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة عبيد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وورق أربعة وقال له قولاً شديداً وأخرجه من حديث الثقيف عن أيوب أن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين والأول أكثر رواه ابن عليه وحاده عن أيوب ورواه هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين قال ابن سعدون 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 من مالك رحمه الله وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تدخل القرعة في العتق ويعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في بقية قيمته فإذا أداها الى الورثة عتق والدليل عليه الحديث المتقدم ويقضى العتق بالقرعة وفي ذلك أدلة أحدها حكم بالقرعة وأبو حنيفة ينفقها والثاني انه قال فأعتق اثنين وورق 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 ان يعتق جميع عبيده اذا كانوا جميع ماله فاذا فعل ذلك لم يعتق الا ثلثهم واحتج الى القرعة لتميز الثلث والله أعلم وأحكم

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

من أعتق رقيقاً
لا يملك ما لا غيرهم
حدثني مالك عن يعقوب
ابن سعيد وعن غير واحد
عن الحسن بن أبي الحسن
البصرى وعن محمد بن
سيرين أن رجلاً في زمان
رسول الله صلى الله عليه
وسلم أعتق عبداً 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 رجلاً في إمارة أبان
ابن عثمان أعتق رقيقاً له
كلهم جميعاً ولم يكن له مال
غيرهم فأمر أبان بن عثمان
بتلك الرقيق فقسمت
أثلاثاً ثم أسهم على أيهم
يخرج سهم الميت فيعتقون
فوقع السهم على أحد
الأثلاث فعتق الثلث
الذي وقع عليه السهم

ما جاء فيه الخبر ويحتمل أن يريد بقوله أعتق عبدا له عند موته أن يعتقهم لتقع حرمتهم بموته فيحتمل
 قول سحنون فليل بتلهم وقيل أوصى بعتقهم بينهم يريد بذلك أنه قد بلغته الرأيا وتان من وجه يجوز له
 التعلق بها لمعلمها على قصتين أو على قصة ثبت فيها حكايا لا يتناهيان فيحصل عليهما (مسئلة) فأما
 الوصية بعتقهم فلا خلاف في العلم في المذهب في أنه يفرع بينهم بالسهم وأما أن بتلهم في المرض فقد روى
 ابن المواز عن ابن القاسم أنه يفرع بينهم ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقال أبو
 زيد وأصبغ والحارث يعتق من كل واحد منهم بغير سهم وإنما السهم في الوصية وإنما واجب الاختلاف
 في هذا لاختلاف لفظ الحديث ففي حديث عبد الوهاب أن ما حكم فيه النبي صلى الله عليه وسلم
 بالقرعة وإنما كان في وصية الانصارى بعتق ستة أعبدله وروى اسماعيل بن علية وحامد بن زيد
 أنه أعتقهم عند موته وذلك يحتمل إيقاع العتق بالقرب من وقت موته وظاهره حال المرض ويحتمل
 أن يريد به بعد موته والله أعلم وجه القول الأول أن العتق في المرض خارج من الثلث فأشبه الوصية
 ووجه القول الثاني أنه عتق لارجوعه فيه كالعتق في الصحة (فرع) فإذا قلنا ان القرعة
 تستعمل في العتق فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعمشى عن ابن نافع أنه لا يسهم في
 الرقيق في العتق إذا كان للمالك شيء من مال وأما السهمان إذا لم يكن للمالك الا ذلك الرقيق فقط وقال
 ابن نافع وإنما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقيق الستة الذين أعتقهم ربه عند موته لأنه لم
 يترك ما لا غيرهم قال ابن مزين وسعت 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 ما لا غيرهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان بتلهم في مرضه
 أو بتل بعضهم أو أوصى بعتق بعضهم فلم يحتمل الثلث فليفرع بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن وقد
 تقدم من قول سحنون ورواية غيره عن مالك أنه يسهم بينهم إذا ضاق الثلث عنهم وذلك يقتضى ان له
 ما لا غيرهم وجه قول ابن نافع تعلقه بلفظ حديث اسماعيل بن علية وحامد بن زيد أن رجلا أعتق ستة
 مملوكين له عند موته ولا مال له غيرهم ومن جهة المعنى انه إذا لم يكن له مال غيرهم وأعتق جميعهم لم
 يدخل التبعض في عتقه لأنه قصد الاجال فإما يحتاج الى القرعة لتمييز من يجوز عتقه ممن لا يجوز
 عتقه لحق الورثة وان كان له مال فقد قصد التبعض لأنه لم يخرج بالعتق من جميع ماله فإذا أعتق
 ثلث كل واحد منهم لم يخالف صورة ما فعله بعتقه من التبعض ووجه القول الثاني التعلق بلفظ
 حديث مالك وليس فيه انه لا مال له غيرهم فجعل علة القرعة انه أعتقهم عند موته وظاهره حال
 المرض أو الوصية فإما 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 يفرع بينهم لأنه قد ميز نصيب العتق
 من نصيب الرق وبين انه قصد التبعض قاله القاضي أبو محمد ولو قال في وصيته أعتقوا عبيدى في ثلثي
 أو ما حل ثلثي منها فقد قال ابن كنانة لا فرعة فيهما ويعتق منهما بالخصص محمل الثلث وقال عيسى
 عن ابن القاسم ذلك سواء وفيه القرعة ووجه قول ابن كنانة ان إضافة ذلك الى الثلث مخالف لاطلاق
 اللفظ لأنه إذا أطلق اللفظ لم يقصد التبعض وإذا أضاف ذلك الى الثلث قصد التبعض فلم يرجع الى
 القرعة ووجه قول ابن القاسم ان العتق تناول جملتهم دون تبعض العتق فيهم ولا يميز ما يعتق من
 كل واحد فلزم القرعة لتمييز ذلك (فرع) وقال سحنون يفرق عندنا على حكم التسمية من غيرها
 فإذا قال ميمون ومبرزوق حران تحاصفي الثلث وان قال عبد اى حران أو غلمانى أحرار أفرع

بينهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون سواء ساهم بأسمائهم أو قال رقيق كلهم أحرار أو
 نلثم فانه يسهم بينهم كما جاء الخبر قال وكذلك قال لي أصبغ عن ابن الماسم وجه قول سحنون أن التسمية
 تقتضى أن لا يمدى أحد ممن سعى من العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها فلا يخلصوا اسم من
 تلك الأسماء من تناول العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها وإذا المراد منهم وعلق العتق على العبيد
 فان عتق بعضهم لا يجعل يعتق من علقه عليه لانه أوصى بعتق عبيده وإذا أعتق بعضهم بالسهم فقد تناول
 العتق من يقع عليه هذا الاسم ووجه القول الثاني ان لفظ العبيد إذا أضيف اليه تناول كل عبده
 فكان ذلك بمنزلة أن يسهم فإذا كان السهم يجري في عتقه عبيده فكذلك إذا ساهم والله أعلم
 وأحكم (فرع) ولو قال أعتقوا ثلاثة من رقيق أو عشرة وهم خسون أو عشرون فقد قال ابن
 المواز يجعل ذلك العدد جزء من الجملة ووجه ذلك أن العدد من الجملة إذا المرتهين فهو كالجزء منها
 فوجب أن يكون حكمه حكمها (فرع) وإذا سمي عدد أفهك بعضهم فقد قال ابن المواز يكون
 ذلك العدد جزء من الباقي وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه سواء سمي جزءاً أو عدداً فانه
 يعتق ممن بقي مثل ما كان يعتق من الجميع لو بقوا مثل أن يوصى بخمسة وجميعهم ثلاثون
 فيموتون الا خمسة فانه يعتق سدسهم ووجه قول ابن المواز أنه ان أمر أن يعتق خمسة من رقيق وهم
 ثلاثون فأتوا الا عشرة أعتق نصفهم ان الخمسة نصف ما بقي وكذلك حتى لا يبقى الا خمسة أو أقل فيعتق
 جميعهم وأما الاعتبار على هذا القول فيقدر التسمية من الجملة حين الحكم وعلى قول ابن
 الماجشون الاعتبار بالتسمية وقدرها من العدد يوم الوصية (مسألة) ومن أعتق في صحته فقد
 قال مالك وابن القاسم وغيره لا يسهم في عتق الصفة ومعنى ذلك أن يعتق جميع رقيقه في صحته لان
 ذلك ينفذ ولا يرد عتق أحد منهم وقال سحنون وقد قال بعض أصحابنا عن مالك فيمن أعتق في صحته
 رأساً من رقيقه فلم يعينه حتى مات وهم أربعة انه يعتق ربعهم بالسهم وقيل يكون الخيار لورثته
 في عتق أحدهم (مسألة) وإذا أردت القرعة بين الرقيق فان انقسموا على ثلاثة أقسام معتدلة
 قسمتهم على ذلك ويأخذ ثلاث بطائق فيكتب في كل بطاقة أسماء من في الجزء من العبيد وتلف كل
 بطاقة في طين بمضرة العدول وتعطى لمن يدخلها في كفه من صغيراً أو كبيراً ثم يخرج واحدة فتفض
 فيعتق من فيها رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان لم يعتدل الرقيق في القسمة على
 أجزاء الثلث فانه يكتب اسم كل عبد في بطاقة قال ابن المواز بعد أن تعرف قيمة كل واحد منهم
 وتكتب قيمته مع اسمه فنخرج سهمه عتق ان حمله الثلث والا فاحل منه ورق باقيه وان كان أقل
 من الثلث أعتد السهم حتى يستوفي الثلث وروى مثل ذلك كله في المدينة عيسى عن ابن القاسم

﴿ القضاء في مال العبد اذا عتق ﴾

ص مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله * قال مالك
 ومما يبين ذلك أن العبد إذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب إذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه المكاتب
 بذلك أن عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لها من
 ولداً إنما أولادها بمنزلة رقابها ليسوا بمنزلة أولادها لان السنة التي لاختلاف فيها أن العبد اذا عتق
 تبعه ماله ولم يتبعه ولده وأن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده * قال مالك ومما يبين ذلك
 أيضاً أن العبد والمكاتب اذا أفلسا أخذت أموالها وأمهات أولادها ولم تؤخذ أولادها لانهم ليسوا

﴿ القضاء في مال العبد

اذا عتق ﴾

* حدثني مالك عن ابن

شهاب أنه سمعه يقول

مضت السنة أن العبد

اذا أعتق تبعه ماله * قال

مالك ومما يبين ذلك أن

العبد اذا أعتق تبعه ماله

أن المكاتب اذا كوتب

تبعه ماله وان لم يشترطه

المكاتب وذلك أن عقد

الكتابة هو عقد الولاء

اذا تم ذلك وليس مال

العبد والمكاتب بمنزلة

ما كان لها من ولد إنما

أولادها بمنزلة رقابها

ليسوا بمنزلة أولادها لان

السنة التي لاختلاف

فيها ان العبد اذا عتق تبعه

ماله ولم يتبعه ولده وان

المكاتب اذا كوتب

تبعه ماله ولم يتبعه ولده قال

مالك ومما يبين ذلك أيضاً

أن العبد والمكاتب اذا

أفلسا أخذت أموالها

وأمهات أولادها ولم

تؤخذ أولادها لانهم

ليسوا

بأموالهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضاً أن العبد إذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضاً أن العبد إذا جرح أخذه ووماله ولم يؤخذ ولده * ش قوله مضت السنه أن العبد إذا أعتق تبعه ماله يريد أن ماله يبقى على ملكه ولا يكون لسيدته انتزاعه منه إذا أعتقه ولم يستثن ماله ولا شيئاً منه لأن لفظ العتق لم يتناول ماله وإنما قوى ملكه بخلاف البيع فإنه وإن كان لا يتناول أيضاً إلا العبد دون ماله فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله بالدول فكان الأول أحق به لأن يبيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه وذلك جائز له (مسئلة) وهذا حكم عتقه المبائمر البتل والوصية لأن الوصية بالعتق عتق فيلزم أن يتبع المال المعتق وقال أشهب ليس للمورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل انفاذ عتقه ان كان العتق معجلاً وإن كان مؤجلاً بعد الموت فقد قال أشهب للمورثة انتزاعه ما لم يقرب الأجل وبه قال ابن المواز وقال ابن عبد الحكم ليس للمورثة ذلك وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الوارثة حكم الموروث فمن أعتق عبده إلى أجل كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل فكذلك 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 الواهب ويقول لم أر داتباع 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 يحتلف 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 رواية ابن وهب أن ماله يتبعه والثانية لا يتبعه وإنما اختلف قوله في ذلك لاختلاف تعطيل الأصلين البيع والعتق فن قال ان في البيع اخرجوا عن مالك بعض فلذلك لم يتبعه ماله وفي العتق أخرجته إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله ومن قال انه يتبعه ماله في الوصية والهبة والصدقة لأنه أخرجته عن ملكه بغير عوض كالعتق وقال في الجناية لا يتبعه ماله لأنه أخرجته عن ملكه بغير عوض ومن علل في البيع أنه أخرجته عن ملكه إلى مالك فلذلك يتبعه ماله وفي العتق أخرجته إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله وفي الصدقة والهبة والجناية والوصية لأنه أخرجته من ملكه إلى مالك كالبيع

بأموالهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضاً أن العبد إذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضاً أن العبد إذا جرح أخذه ووماله ولم يؤخذ ولده

(فصل) وقوله ومما يبين أن العبد إذا أعتق تبعه ماله ان المكاتب يتبعه ماله لان عقد الكتابة هو عقد الولاء يريد انه عقد يقتضى ثبوت الولاء كالعتق وهو بمعنى قولنا انه خرج العبد عن ملكه إلى غير مالك فهذا حكم العتق والكتابة وان افرق في أن الكتابة عتق بعوض وكذلك القطاعة والعتق المطلق عتق بغير عوض وهذا يدل على أن التعليل الصحيح من ذلك انه خارج إلى غير مالك ولو علل بأنه خارج بغير عوض لبطل بالكتابة والله أعلم وأحكم وأما الكتابة فمعلق بعين العبد بنقله إلى مالك من غير عقد يتبعه ماله كالورثة والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولدان الولد بمنزلة الرقية لا بمنزلة

المال يريد أن رقبته ملك لغيره وكذلك رقبته ولده وماله ملك له ولذلك إذا أعتق بقى ماله على ملكه وبقى 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 فحكمه حكمها لأنه حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في كل من تلده في المستقبل كالرق والحرية (مسئلة) وأما ولد المدبرة فبجزلة ما ولدته قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته ووجه ذلك أنه ولدته بعد عدة لازم بحريتها فكان حكم الولد حكمها كالمعتق إلى أجل وأم الولد (مسئلة) وأما الموصى بعتقها أو لفلان فأولده قبل موت الموصى فريقي لورثته لا تتعلق به الوصية وماتلده بعد موته فحكمه حكم أمه رواه ابن عبوس 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 فتعلق بها تعلقا لازما لا يخرج عنه إلا بعمل وتكف فكان ولدها بمنزلة ما ولدته الله أعلم وأحكم

(فصل) قال مالك ومما يبين أن الولد مخالف لمال العبدان العبد والمكاتب إذا أفلسا أخذت أموالها وأمهات أولادهما ولم يورثا وأولادهما يراد به ما لا يتعلق لذمته بولده وذلك يدل على أنه ليس بماله ولو كان من ماله لقضى منه دينه قال وكذلك لو شرط المتاع ماله لم يكن له ولده يراد بالولد لا يتناوله اسم المال ولا حكمه (فصل) وقوله وكذلك العبد إذا جرح أخوه وماله ولم يورثه 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 أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يورثها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا ماتت فهي حرة ﴾ ش قوله أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يورثها وكذلك لا يجوز له أن يسهها في جنابة ولا يسيل لغرماة 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 يكر له إلا بقاؤها على ملكه أو تعجيل عتقها وعلى هذا فقهاء الأصناف وقد تقدم الكلام في ذلك في النكاح بما يغني عن إعادته (مسئلة) وإذا أسلمت أم ولد الذي عرض عليه أن يسلم فإن أسلم فهي أم ولد على ما كانت وان لم يسلم ففي الموازية أعتق عليه بالحكم وهو قول مالك وأصحابه ابن القاسم وغيره وفي كتاب ابن سحنون عن مالك في ذلك روايتان قال تعتق ثم قال توقف الآن بموت أو يسلم ثم يرجع إلى العتق وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن أنفق عليها وفتت 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 أماله فيها الاستمتاع فإذا حرم عجل عتقها إلى أن يرى أن المعتق إلى أجل إذا وهبه سيده خدمته عجل عتقه لما لم يبق له فيه تصرف ووجه القول الثاني أنه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأيسر وإنما حرم لسبب يمكن زواله كالأول وجهها 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 أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا ماتت فهي حرة

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

(فصل) وقوله فاذا مات فهي حرة يريد انها تعتق بموته من رأس ماله لا يردها دين ولا غيره لانه لم يكن بقي له فيها الامعنى بخص به وهو الاستمتاع وذلك محرم فيها على غيره بملك الميمن فاذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف فوجب أن تعتق والله أعلم (مسئلة) واذا اشترى السفينة المحجور عليه أمة فأولدها راد عليه ما أعطى من ثمنها وهل تكون له بذلك أم ولد أم لا ص **م** مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه أخته وليدة قد ضرب بها سيدها بناراً وأصابها بها فأعتقها **ب** ش الاصابة بالنار على ضربين أحدهما العمد والثاني الخطأ فأما العمد فغور في انجاز العتق وأما الخطأ فليس بمؤثر فيه وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فممن ضرب عبده بسوط في أمر عتب 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 قد ضرب به فأخطأ فأصاب عينه فقفاً ما فلا يعتق عليه قال مصنفون 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 احداهن ما يتولد عنه الشين فهو على ضربين ضرب يباع بالمد شينا فاحشاً فنه يعتق به العبد على فاعله المالك له وان لم يبلغ ذلك لم يعتق به فانما يعتق عليه باجتماع 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 عبده عتق عليه ولم أره من وجه صحيح والله أعلم وروى سلامة بن روح بن زنباع عن أبيه عن جده انه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خصى غلاماً له فأعتقه النبي صلى الله عليه وسلم بالمثلة ومن جهة المعنى قال القاضي أبو محمد يعتق عليه زجرا عن معاودة مثله كالكفاحل عمدا يمنع الميراث (فرع) ومن أبق عبده فوسم في وجهه أو وجهته كتب فيه أبق يريد بنار فقد كان أشهب وابن وهب وأصبع يعتق عليه قال أصبغ فأما لو فعل ذلك في ذراعيه أو باطن جسده فإنه لا يعتق عليه ومعنى ذلك ما في الوجه من التشويه البين وأما في الذراع أو باطن الجسد فهو حرق قليل وليس فيه شين فاحش فافتقر قال ذلك وأما لو وسمه في وجهه بمدا أو ابرة على ما يفعله الناس فقد قال عبد الملك بن الحسن في العتبية 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 الجمال مع ما فيه من قلة الألم وقلة الشين وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ من وسم وجه عبده عمدا 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 اليد أو الرجل فقد روى أشهب عن مالك من محمد لقطع أئمة 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 وأصبع من قطع طرف أئمة عبده أو قطع ظفره أو شرف أذنه
أعتق عليه ووجه هذا كله أنه أتى على وجه العمدة ما فيه نقص من الحلقة وشين فيعتق عليه (فرع)
وهذا فيما بين من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع قال ابن اسعقون عن أبيه وأما ما يعود من الجراح
فليس بمثلة وهذا القول والله أعلم فيما عدا على غير شين وأما ما عدا 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 فقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك أنه مثله توجب العتق وكذلك
قال ابن القاسم في جل الأسنان وأما الضرس الواحدة فقد 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
كلائمة ووجه قول أصبغ أن السن الواحدة ليس فيها شين ظاهر ولا نقص عضو وانما هو عظم عار
(فرع) ومن جعل أسنان عبده فقد روى عن مالك أنه يعتق عليه لما في ذلك من نقص الأعضاء
لأن جعل الأسنان هو أن يبردها حتى يذهبها وأما إن جعل له سنا واحدة في 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 فقد روى ابن حبيب عن
ابن الماجشون عن مالك في حلق الرأس واللحية ليس ذلك بمثلة في عبده ولا أئمة 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 اللاحق بالاحرار في هيئة يخلق سيده لحيته
والأمة الفارضة الرفيعة يخلق سيدها رأسها فانها مثله ووجه ذلك أن هذا شعر وليس في إزالة ألم
وانما هو جلال فإذا كان العبد الوغد والأمة التي لا خطر لها فليس ذلك بمثلة في حقها الصعها وأما العبد
النبيل الذي قد عظم قدره أو الجارية التي لها قدر رفيع لا تصلح للامتنان فإن ذلك مثله في حقها من
بلغه منها عتقا عليه (مسألة) ومن عض جسد جاريته فقد قال مالك في امرأة عضت لحم جاريته
وأثرت بذلك أثر شديد 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 الأثم
الشديد والتعذيب يبعث عليه لازالة الضرر عنها قال أشهب وذلك لمن تتابع منه فإن من كانت
هذه منه فلتة فانها لا تتابع عليه (مسألة) وأما الجلد السرف فقد قال أصبغ ليس فيه مثلة وفي
العتبية من سباع أبي زيد عن ابن القاسم فمن ضرب عبده فانها كانه لا يعتق عليه إلا أن يبلغ منه
ما يكون مثلة شديدة مثل ذهاب لحمه أو بتماما كل لحمه لذلك وبقي جلده على عظم فيعتق عليه وروى
ابن المواز عن أصبغ ومثل أن يحوي يؤدب من ضربه وتبلغ الزمانة الظاهرة والباطنة قال ابن
القاسم ويعاقب عتق عليه أو لم يعتق (مسألة) ومن حاقب ليضرب بن عبده مائة سوط فقد روى
ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قد أساء ويترك وإياه فان ضربه ولو كانت أئمة حاملا
فقد قال ابن الماجشون يمنع السلطان من ضربها وهي حامل فان ضربه في يمينه وأتم عنده به
وان حلف على أكثر من مائة مما فيه عطب عجل عتقه وقال أصبغ أرى المائة مما فيه العطب فليعجل

عنتقه ووجه القول الاول ان هذا احد ولو كان يخاف منه الهلاك لما حذبه من يراد استبقاء حياته
فلذلك يمكن من ضربه وانما يمنع من الضرب الذي يخاف عليه منه ووجه القول الثاني ما احتج به
أصبح انه قدر يخاف عليه منه العطب فلا يمكن من ضربه وليعجل عنتقه
(فصل) ومن أعتق على سيده بالمثل فقدر روى ابن المواز عن ابن القاسم لا يعتق الاب بالحكم وقال
أشهب بالمثل تصير حرا وان مات السيد قبل ان يعلم به فهو من رأس ماله وقال ابن عبد الحكم أما المثلة
المشهوره لاشك فيها فهو حر بنفس المثلة وأما ما يشك فيه فلا يعتق الاب بحكم كالابن البين فأجله من
وقت البين وأما ما يدخل عليه بسبب فن يوم الحكم قال القاضي أبو محمد ووجه الرواية الأولى أنه فعل
يستحق به العتق الى حكم كنعين العتق ووجه الرواية الثانية انه معنى يوجب عتق عبد معين
فوجب أن يقع العتق بوجوده أصل ذلك شراء من يعتق عليه فيحتمل أن تكون الوليدة التي
أعتقها عمر بن الخطاب ثم مدس يدها ضربها بنار أثرت في جسد لها شينا فاحشا فحكم بحريتها
ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حين الضرب وحكم باخراجها عن يده وتخليتها أمرها
والله أعلم وأحكم (مسألة) ومن مثل بعبد أو امرأته فادعى الخطأ وادعى العبد والمرأة 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 عمد وانما يراعى انه لم يقصد المثلة ولم يأذن له العبد ولا المرأة في
ذلك الضرب فكان ما تولد منه محمولا على العمد ووجه القول الثاني انه ابتداء عمل مباح فلم يضمن
جنياته الا ان ثبت تعمده كالطبيب (مسألة) وأما من مثل الذي بعده النصراني ففي كتاب
ابن سحنون قال أشهب يعتق عليه بالمثل ولو كان معاهدا حريا لم 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 تزمه أحكام
الاسلام في التنظيم كالمسلم ووجه قول ابن القاسم انه حكم يختلف باختلاف الشرائع فوجب أن
يجمعوا فيه على شريعتهم وان كان العبد مسلما غلب حكم الاسلام (مسألة) واذا مثل السفية بعبد
فقدر روى ابن المواز عن أصبح 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 الواضحة ووجه
القول الاول انه فعل يثبت به الحكم فكان حكم السفية فيه حكم المالك لأمره بالاستيلاء ووجه
القول الثاني ما احتج به ابن القاسم ان كل من لا يجوز عتقه فلا يعتق عليه بالمثل كالصغير ومن يجوز
عتقه فهذا الذي يعتق عليه بالمثل (مسألة) واذا مثلت ذات الزوج بعبد فقد قال ابن وهب في
العتبية يعتق رضي الزوج أو كره وقال سحنون لا يعتق اذا كان أكثر من الثلث رواه عن ابن
القاسم وكذلك اختلفوا في المسميان والعبد فقال أشهب يعتق على العبد والحري يحيط الدين بماله بالمثل
ورجع ابن القاسم الى انه لا يعتق بالمثل على العبد ولا على المديان ولا على السفية وروى يحيى بن
يحيى عن ابن القاسم في المريض يمثل بعبد انه يعتق عليه في ثلثه فان صح في رأس ماله وأصله
ما تقدم (فرع) اذا قلنا ان السفية ان مثل بعبد يعتق عليه فقدر روى العتبي عن ابن وهب يعتق
عليه بالمثل ولا يتبعه ماله وروى ابن المواز عنه يتبعه ماله ووجه القول الأول أنه إنما أعتق عليه
بالمثلة وذلك لا يتعدى الى ماله ووجه القول الثاني انه عتق لم يستثن فيه المال فتبع العبد كالعتق
المبتدئ يقع ممن يتبدى حرته (مسألة) ومن مثل بعبد من له حق في ماله ففي المواز يملك
من مثل بعبد لعبد أو لأم ولده أعتق عليه ومن مثل بعبد ابنة الصغير أعتق عليه وغرم القبيح من

مثل بعدلن وجته غرم مانقصه الا أن تكون مثله منفسدة فانه يعتق ويوفى القبة كعبد الأجنبي
ص قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا انه لا تجوز عتاقه رجل وعليه دين يحيط بماله وانه
لا تجوز عتاقه الغلام حتى يحتمل أو يبلغ مبلغ المحتمل وأنه لا تجوز عتاقه المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم
حتى يلى ماله **ش** وهذا كما قال ان من أحاط الدين بماله فانه لا يتدى عتق عبده فان فعل ذلك
وأعتق عبده فان للغرماء رد ذلك بحكم ما كم وليس لهم رده دون الامام فان رده وباعوه ففي الموازية
رد الامام بيعهم ويعتقهم ومعنى ذلك أنه يردهم الى الحالة التي كانوا عليها ينظر في أمرهم فان كان
متصل العدم ردعتهم ووجه ذلك انه حكم بين الغرماء، والعبد فليس له امضاؤه والنظر فيه وانما
يخصه دونهم (مسئلة) وان 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 نعم فذلك لهم كاتوار جلالاً ونساء حتى
تقوم بيئتهم علموا وأما في أكثر من أربع سنين فلا يقبل منهم وقال مالك في الموازية استحسن
انه اذا طال الزمان حتى يوارث الأثرار وجزت شهادته ونحوه قال ابن القاسم يريد ان يشهر
بالحرية ويثبت له أحكامها بالموارثة وقبول الشهادة ولم يمنع من ذلك الغرماء فان ذلك محمول على
الرضا بعنته وقال أصبغ ان ذلك انما هو في التطاول الذي لعله أثبت على السيد فيه أوقات يسر ولو
تيفن بشهادة قاطعة انه لم يزل عدياً متصل العدم مع غيبة الغرماء ومن غير علمهم فانه يرد عتقه ولو ولد
له سبعون ولدا (فرع) ولو قال الغريم في ثلاث سنين وأربع علمت بعنته ولم أنكره لما اعتقدت
أن الدين لا يحيط بماله فقد قال ابن عبد الحكم لا ينفعه ذلك وينفذ عتقه وقال أصبغ عن ابن وهب
لا يرد الدين هذا الغريم فان كان معه غريم غير مرد ذلك الغريم ودخل معه هذا قال أصبغ بل يرد
لهذا الغريم وان كان وحده (مسئلة) وان أسير المعتق ثم قام عليه الغرماء وقد أسر فقد قال
مالك لا يرد عتقه ولو رد الامام عتقه ثم أسير السيد قبل بيعه لعنتق رواه ابن القاسم وأشهب عن
مالك في كتاب ابن سحنون قال وليس رد السلطان برد حتى يباع ماله يقسم بين الغرماء أو لم يفت
ذلك وقال ابن نافع لأعرف هذه الرواية والذي أعرف ان رد السلطان رد المعتق وان لم يبيع في
الدين فلا يعتق بعد ذلك وان أفاد مالا وجهه الرواية الأولى ان رد السلطان ليس بحكم وانما هو توقيف
ونظر ولو ماتوا الكاؤا من السيد فاذا طرأ له مال بعد ذلك لم يبطل نظره وتوقيفه العتق ووجه قول
ابن نافع أن حكم السلطان في ذلك حكم برد العتق واثبات 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 الوط، وله استخدامهم فان أفاده مثل دينه عتقوا وان أفاد أقل من ذلك فان كان العتق في كلمة
بيع منهم بمابق بالخصص وان أعتقهم واحدا بعد واحد يبيع الآخر وأعتق من بقي كمن أعتق وله وفاة
ببعض دينه قاله ابن القاسم (مسئلة) ولو قال عبدي يخدم فلانا سنة ثم هول فلان فقد روى
عيسى عن ابن القاسم ليس للغرماء رده حتى تنقضى السنة ويخلص للثاني بتلافينه فيكون
للغرماء رده واجازته وهذا يقتضى ان منافعه لا اعتراض للغرماء فيها ولا تتعلق حقوقهم بها وانما
تتعلق برقبته

قال مالك الأمر المجمع عليه
عندنا انه لا تجوز عتاقه
رجل وعليه دين يحيط
بماله وأنه لا تجوز عتاقه
الغلام حتى يحتمل أو يبلغ
مبلغ المحتمل وأنه لا تجوز
عتاقه المولى عليه في ماله
وان بلغ الحلم حتى يلى ماله

(فصل) وقوله ولا تجوز عتاقه الغلام حتى يحتمل أو يبلغ مبلغ المحتمل يريد ان الصغير الذي لم يبلغ سن

الاحتمال لا ينفذ عتقه لعبده ولو أجازة المولى ووجه ذلك انه غير مكلف كالمجنون

(فصل) وقوله يحتمل أو يبلغ مبلغ المحتمل يجوز أن يكون على وجه الشك من الراوى وبمحتمل أن يريد

فلطمت وجهها وعلى رقبة يحتمل أن يريد أن عليه رقبة بلطمه اياها ان كان قد شج وجهها ويحتمل أن يريد أن عليه رقبة من معنى آخر كفارة أو غيرها فأراد أن يخصها بالعتق في ذلك لما قد نالها من اذلالها وسؤال النبي صلى الله عليه وسلم لها عن معاني الايمان يقتضى ان الرقبة كانت واجبة عليه من كفارة يشترط فيها الايمان لان العتق للمثيل 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 أنافقالت رسول الله يقتضى أن الايمان لا يتبع بعض ولا يصح الايمان بالله مع الكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها يقتضى 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 أعتقها فساءلها النبي صلى الله عليه وسلم أشهدين أن لا اله الا الله قالت نعم قال أفتشهادين أن محمد رسول الله أفتوقنين بالبعث بعد الموت فلما قالت نعم قال اعتقها وذلك يقتضى انه حكم بكونها مؤمنة دون أن يسألها عن نظر واستدلال وكذلك كل من أتى ليؤمن أخذنا عليه الشهادتين فاذا أقر بهما حكمنا بايمانه ولم نسأله عن نظره واستدلاله وان كنا نأمره بذلك ونحضه عليه بعد ايمانه وترجمها لك 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 والنذور والله الموفق للصواب ص * مالك أنه بلغه عن المقبري أنه قال سئل أبوهريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبوهريرة نعم ذلك يجزى عنه * مالك أنه بلغه عن المقبري أنه قال سئل أبوهريرة عن الرجل تكون الأذناري 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 النقص لا يختص به وانما يختص بنسبه وذلك غير مؤثر في العتق كما لو كان أبواه مجوسيين وقال زيد بن أسلم هو خير الثلاثة لم يعمل سوا قال الله تبارك وتعالى ولا تزوروا زناهم ولا ينزلوا عليهم من السماء من سماء أخرى وقال ربيعة اني أجد 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 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 * 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 يحط 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 أرايت ان أعتقها فقال ان كان المتباع عالما بأن ذلك لا ينبغي فعليه

* وحدثنى مالك انه بلغه عن المقبري انه قال سئل أبوهريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبوهريرة نعم ذلك يجزى عنه * وحدثنى مالك انه بلغه عن فضالة بن عبيد الانصاري 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 نظرفان كان اشتراها بمبتهادون نقص فلا شيء عليه وان كان
وضع له من الثمن شيء لم يجزه وعليه رقبة أخرى لانه 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 وجه قول ابن القاسم
مرعاة الخلاف وانه من اعتقد في ذلك ما يعتقده من أنه لا تجزى ففعل ذلك فقد دخل على أنها
لا تجزئه ومن كان يعتقد اجزاء ذلك فهو قول قوم من أهل العلم لم ينسكروا عليه ما اعتقده ووجه قول
ابن نافع ان الحكم في الأمور الدينية العامة انما تجرى على قول المفتي والحاكم فيلزم ذلك سائر الناس
بالتقوى ان استتموه وبالحكم بذلك اذا كان مما يفتقر الى حكم حاكم وقد روى ابن المواز عن
مالك انه اختلف قوله فبين اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب فقال مرة يعتق عليه
وان كره قال أبو محمد يريد ولا تجزئه عن الواجب اذا اشتراه بشرط العتق قال محمد ثم رجع مالك
فقال لا يعتق عليه الا أن يشتر به على ايجاب العتق وقاله ابن القاسم قال محمد والواجب على أنه حر لا على
أن يعتقه فوجه القول الاول انه عقد يبيع قبل 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 بيقاعه دون ايقاع غيره (فرع) واذا قلنا ان للمشتري الامتناع من عتقه فلا
يخلو أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه فان قام عليه فان له أن يطلبه بالعتق أو اورد قاله ابن عبد الحكم
عن مالك ووجه ذلك أنه لما شرط شرطا جائزا كان له أن يطلب به فاما أن يوفيه اياه واما أن يتراदा
البيع (فرع) وهذا اذا كان العبد بعينه وقام الغرماء بقرب البيع فان أدركه عيب وذلك بقرب
البيع بأيام يسيرة فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك للبائع أن يأخذه بعينه أو يترك شرطه وقال
ابن القاسم ان مات بقرب البيع فان أدركه عيب أو دخله عيب مفسد فلا شيء على المتباع واما ان
مضى للبيع شهر فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك على المتباع قيمته يوم البيع بلا شرط ان لم يكن
للبياع علم بترك المتباع العتق ومثله قال ابن القاسم في وجوب القيمة لمضى الشهر ووجه ذلك انه
لما كان للمشتري أن ينفذ العتق أو يمسك عنه وكان للبياع المطالبة بالعتق أو تسويغ الترك فكان
البيع وقع على الخيار من هذا الوجه فا أصابه في مدة الخيار المطالب فهو من البياع ان اختار ارتجاع
العبد والبياع على خياره في امضاء البيع أو رده فان مضت مدة لا يصح فيها الخيار في الرقيق فان علم
البياع بترك المتباع العتق ولم يعترض منه المدة فقد لزمه البيع وبطل شرطه من العتق ولا شيء له من
زيادة القيمة ولا يلزم المتباع عتقه قال ابن القاسم فان لم يعلم فهو على شرطه ولما فات ارتجاع العبد
بمادخله من العيب فعلى المتباع قيمته دون شرط لما تعدى به من منع العتق وهذا ما كانت القيمة
أكثر من الثمن فان كانت أقل من الثمن فلا رجوع على البياع لان المشتري قد رضى 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 المعبر في ذلك السنة والسنة ونصف والسنتان أبين
فاذا أعتقه به بمثل ذلك المشتري لزمته قيمته دون شرط العتق وأجزأه ووجه ذلك أن التغيير الظاهر

في الشهر أو طول المقام دون عيب يقتضى فوات العبد عند المشتري فاذا كان البائع لم يعلم بترك العتق لزم المشتري قيمته دون شرط وتقرر ملكه عليه سالما من الشرط فاذا أعتقه حينئذ عن ظهار أو أمر واجب أجزاءه (مسئلة) ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق فليشتر على بيع البراءة ولا يشتر بعهدة الثلاث رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ان العهد انما هي ليعلم سلامته من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره فلم يمتح البها فيما يشترى للمعتق وقد قال مالك فدين أوصى بعتق عبد معين فرض العبد مرضا شديدا انه يعتق اذا اجتمع المال ولا يؤخر لمرضه والله أعلم وأحكم ص **ع** قال مالك ولا بأس أن يشتري الرقبة في التطوع ويشترط انه يعتقها **ع** قال مالك ان أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة انه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودى ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودى والمجوسى تطوعا لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاما فداء فالمن العتاقه **ع** قال مالك فاما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا رقبة مؤمنة **ع** قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام **ع** ش وهذا على ما ذكر انه لا يعتق في الرقاب الواجبة يهودى ولا نصراني ولا يعتق الا مؤمن لان الله تعالى قال في كتابه ومن قتل مؤمنا خطأ قصص ر رقبة مؤمنة فقيدها بالايمان ثم قاس أهل العلم سائر الكفارات على كفارة القتل غير ما روى عن أبي حنيفة أنه أجاز في كفارة الظهار وكفارة الأيمان عتق رقبة غير مؤمنة وقد تقدم ذكره (مسئلة) وأما من يجبر على الاسلام من أهل الكفر فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان أعتق عن ظهاره من يجبر على الاسلام قبل أن يسلم أجزاءه وقال أشهب لا يجزئه حتى يجيب اليه أو ينع ونحوه ومن عرف القبلة أحب الينا ومعنى قوله أن لا يقر على الاسلام يريد أهل الأوثان فانه لا يقر في الاسترقاق عنده على دينه وجه قول ابن القاسم انه لما كان لا يقر على دينه ويحمل على الاسلام وكان الغالب من جميعهم الدخول في الاسلام كان له حكم المسلم لانه لا يقر على سواء ووجه قول أشهب انه لما ينظر الرضا بالاسلام والميل اليه فليس له حكم الاسلام لجواز أن يرضى بما يلحق المتمسك بدينه فاذا أظهر الاسلام يريد أظهر الاجابة اليه فانه مسلم وان لم يترفظ بذلك لان الايمان انما هو التصديق بالقلب قال محمد وهذا أحسن ومعنى قول مالك في الأعجمى من قصر النفقة يعني من أسلم أحب الينا من صلى وعرف القبلة أو عرف الله سبحانه وأما قبل أن يسلم فلا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر رب السوءاء أن يعتقها حتى أقربت بالايمان وعرفته وقول محمد وعرفته ليس في ظاهر الحديث ما يدل عليه اقرارها به وانما فيه ما يدل على ذلك (مسئلة) ويجوز عند ابن القاسم عتق الصغير وأبواه كافرين اذا كان يريد ادخاله في الاسلام رواه عنه ابن المواز والذي يقتضى منه في المدونة انه لا يجز به لانه قال لا يصلى عليه حتى يفهم ويجيب الى الاسلام واذا حكمنا له بحكم الاسلام لاعتقاد سيده ادخاله في الاسلام فيجب أن يصلى عليه ويدفن مع المسلمين وهذا انما يعرف من مذهب ابن الماجشون

ع قال مالك ولا بأس أن يشتري الرقبة في التطوع ويشترط أن يعتقها **ع** قال مالك ان أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة انه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودى ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودى والمجوسى تطوعا لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاما فداء فالمن العتاقه **ع** قال مالك فاما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا رقبة مؤمنة **ع** قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام

(فصل) وقوله ولا يعتق فيها مكاتب عتق المكاتب على ضربين أحدهما أن يكتبه ثم يعتقه عن ظهاره والثاني أن يشتري مكاتباً ثم يعتقه عن ظهاره فأما الذي يعتقه بعد مكاتبته فقدر وي ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يجزى في الرقاب الواجبة مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق إلى أجل ولا معتق بعرضه ولا يمثل به ولا من يعتق بالقرابة ووجه ذلك أن كل واحد منهم قد تعلق به عتق ليس للسياسه فليس له صرفه إلى وجه آخر وجب عليه (مسألة) وهذا فيمن كاتبه هو أو غيره فإن كاتبه غيره فاشتراه هو ثم أعتقه عن ظهاره فقدر وي 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 فوتاً ولم يردده قال ابن المواز وهذا أحب إلى قال ابن القاسم وأما عتق مكاتبه فلا يجزئه (مسألة) ومن اتباع مدبراً كذبه البائع تديره فأعتقه عن واجب أجزاءه قاله ابن القاسم واختاره ابن المواز وقال أشهب لا يجزئه (مسألة) ولا يجوز في الرقاب الواجبة عتق عبد مرتين يميناً قاله أصبغ في الموازية ووجه ذلك ما قدمناه من أنه قلزمه عتق لا يقدر على إزالته عنه لغير هذا الوجه فلم يكن له صرفه إلى غيره وقد قال محمد بن عبد الحكم فبين قال الله على عتق عبدى مهين ثم أعتقه عن ظهاره فإنه لا يجزئه عن ظهاره ولا شيء عليه ومعنى ذلك أنه لم يفت لنذره وقد فات بالعتق عن ظهاره والله أعلم (مسألة) ومن اشترى زوجته فأعتقها عن واجب فإن لم تكن حامله من أجزاءه وإن كانت حامله لم تجزئه لأنها صارت بالشراء أم ولد قاله ابن القاسم في العتية قال محمد وهو قول مالك وأصحابه وقال أشهب لا تكون به أم ولد وتجزئه إن كانت بينة الحمل فإتسك فيها انتظر فإذا وضعته لاق من ستة أشهر من يوم الشراء أجزاءه وإن وضعت لاكثر لم تجزئه لأنها بعد الشراء حلت به وقت تقدم توجيه ذلك والله

الموفق للصواب برحمته

(فصل) وقوله ولا بأس أن يعتق اليهودي والنصراني والمجوسي تطوعاً يبدأ ابتداء من لم يلزمه عتق أولزمه بالنذر عتق لم يشترط فيه الإيمان قال لان الله تعالى يقول فاما من بعد وأما فداء والمن العتاقة وهذا كلام فيه تجوز لانه وإن كانت العتاقة نوعاً من المن إلا أن اسم العتق أخص بما تقدم الملك عليه واسم المن أخص بما من عليه قبل تقرير الملك وذلك أن أصحابنا قالوا إن الامام في الاسرى غير بين خمسة أشياء القتل والفداء أو المن أو الاسترقاق أو عقد الذمة

﴿ عتق الحى عن الميت ﴾

﴿ عتق الحى عن الميت ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن عبد الرحمن بن أبي
 عمرة الأنصاري 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 إن أعتق عنها
 فقال القاسم إن سعد بن
 عبادة قال لرسول الله
 صلى الله عليه وسلم إن أمي
 هلكت فهل ينفعها إن
 اعتق عنها فقال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم نعم
 * وحدثني مالك عن يحيى
 ابن سعيد أنه قال توفي
 عبد الرحمن بن أبي بكر في
 نوم ناه فاعتقت عنه
 عائشة زوج النبي صلى
 الله عليه وسلم رقاباً كثيرة
 * قال مالك وهذا أحب
 ما سمعت إلى في ذلك

ص * مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصاري 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 إن أعتق عنها فقال القاسم إن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن أمي هلكت فهل ينفعها إن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال توفي عبد الرحمن بن أبي بكر في نوم ناه فاعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقاباً 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 فيما لزمه من واجب بأمره أو بغير أمره أجزاءه وكنه أن أطمع عنه أو كساو ذلك كتكفيره عن الميت وقال أشهب لا يجزئه بأمره ولا بغير أمره لأن الأمر يمكن كالأعطاء على ذلك عوضاً ويصح أن يفرق بينهما بأن الميت

لو اشترى المعتق عنه من يعتق عليه أجزاء مالم يوص الميث بعنقه عنه بعينه فلا يجزئه ولا يجزىء في الحى أن يشترى ويعتق عنه عن ظهاره 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 فيشترى له من يعتق عليه في حياته والعتق عنه على ضربين أحدهما ابتداء فن أعتق عنه من مؤمن أو كافر أو ناقص الخلقة أو كاملها فذلك جائز وأما إن أوصى بذلك فقد قال أشهب إن اشترى الوصى في التطوع نصرانيا ضمن علم بذلك ولم يعلم ومعنى ذلك أن كفرها عيب فيها فليس له وقد أوصى على الإطلاق الذي يقتضى السلامة أن لا يشترى له معيبا (فرع) ومن أعتقه رجل عن غيره في كفارة لزمته فولأؤه

﴿ 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 أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها ﴾ وحديثي 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 الآن يابى أهلها من بيعها إلا زيادة على قيمتها ويرغب في عتقها لأن الميث أوصى بذلك وألغى بخصها (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 فممن أوصى أن يعتق خيار رقيقه بدينى باغلاهم ثمنا وهذا إذا كانت الرقبان متساويتين في الاسلام والصلاح فإن كانت احدهما مسلمة والثانية نصرانية وهى أكثرهما ثمنا فقد روى ابن حبيب عن زياد عن مالك أن عتق الكثيره الثمن أفضل وإن كانت نصرانية. وقال أصبغ عتق المسلمة أفضل ولو كانتا مسلمتين واحداهما أصح ديننا وهى أقل ثمنا فالكثيره الثمن أولى وجه قول مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتبار غلاء الثمن لأنه هو الذى يفرجه المعتق وأما الذين فاتهموا شئ يختص بالرقبة ولذلك قدمنا الكثيره الثمن على الأصح ديننا ووجه قول أصبغ حله الحديث فى غلاء الثمن على التساوى فى الاسلام ولا اعتبار بزيادة الصلاح لأنه لا تأثير له فى المنع من اجزاء الرقبة الواجبة وللکفر تأثير فى ذلك وقد روى عن ابن القاسم أن الرقبين اذا تقاربتا فى الأثمان به بالأصلح وروى أصبغ عن ابن عباس انه سئل عن رقبين احدهما لقيه أيهما أفضل فقال أغلاهما ثمنا بدينار

﴿ مصير الولا 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 فى كل عام أوقية فأعنينى فقالت عائشة ان أحب أهلک أن أعدها لم عددها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى 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 ﴾ ﴿ حدثنى 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 ﴾ وحديثي مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه ﴿ مصير الولا لمن أعتق ﴾ ﴿ حدثنى يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبته أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعنينى فقالت عائشة ان أحب أهلک أن أعدها لم عددها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذها واشترطى لهم الولاء فأما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فإياكم رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فأما الولاء لمن أعتق * مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة إن أحب أهلك أن أصب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك ببريرة لأهلها فقالوا لا الآن يكون ولاؤك لنا قال يحيى بن سعيد فرمعت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقها فأما الولاء لمن أعتق * 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 فاعينيني 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 فاعينيني ما يدل على زكاة ولا على غيرها وإنما طلبت العون على الأداء (فصل) وقول عائشة أن أحب أهلك أن أعدها لهم عدتها ويكون لي ولاؤك فعلت يحتمل أن يكون على معنى شراء المكاتب مع تمكنه من الأداء ويحتمل أن يكون بمعنى شرائها العجزها عن الأداء أو رجوعها إلى الرق قال ابن مزي بن عيسى كيف جاز لعائشة أن تشتري بريرة وهي مكاتبه فقال نحمله 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 البتل أقوى من الكتابة ووجه القول الثاني أن العتق إنما يترتب على صحة البيع والبيع لا يجوز لأن فيه نقضا للكتابة وعقد الكتابة عقد لازم ولا ينتقض إلا بالعجز عن الأداء وأما محل اللفظ على العجز عن الأداء فيحتمل أن يعجز عنه فتقوم أهلها عليها لاستبراء حالها فخرجت تسمى في أداء نجمة فاختارت عائشة أن تترك السؤال وترضى بالعجز لتشتريها فنفذ عتقها فيكون ذلك أرفق وأتم لعتقها لأنها ربما عجزت عما تبقى من نجومها بالمكاتب فيكون ذلك وإن أرادت النجم الذي حل بإعطاء من عائشة أو غيرها ثم ربما إن كانت بقيمة النجوم على ما يقتضيه اللفظ مع الأداء بتعجيل عتقها تسعين ويكون إذا اشترتها عائشة يكون الولاء لها على ما يقتضيه الشرع وأعلى 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 يبيع الرقبة وذلك أن يبيع الكتابة يقتضى بقاء الرقبة والكتابة تقتضى أن يكون الولاء لمن كاتبه ويحتمل أنهم قد أرادوا بيع الرقبة ما مع 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 خذها واشترطى لهم الولاء فظاهره اشتراطه للبائع وقال أبو جعفر

عمره أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقها فأما الولاء لمن أعتق

عمره أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقها فأما الولاء لمن أعتق

ابن النعاس معنى ذلك اشترط عليهم الولاء لنفسك وان لهم بمعنى عليهم وذا خير صحيح فان في رواية ابن عمر في هذا الحديث انهم ابوا الا ان يكون لهم الولاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك 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 يقتضى أنهم وان اشترطوا الولاء لأنفسهم في البيع فان اشترط ذلك لا ينفع ولو اشترطوه مائة مرة فان شرط الله معنى ما أمر به وشرعاً حق 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 برة ويشترط الولاء للبائع على معنى الخديعة يريدون ولكن بعد الاعلام لهم بوجه الحكم في ذلك مع الشرط قال سحنون اذ لا يحل القول من القلوب محل الحكم كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال انى لانسى أو انسى لاسن يريد ان الفعل أثبت في النفوس من التعليم بالقول وأنكر قول من قال اشترطى لهم بمعنى عليهم وقال ما علمت 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 فولأوه للغير وان كره * قال القاضي أبو محمد سواء أعتق عنه باذنه أو بغير اذنه وقال أبو حنيفة والشافعي الولاء للمعتق اذا أعتق عنه بغير اذنه ودليلنا على ما قدمنا من ان الولاء معنى يورث به على وجه التعصيب فلا يثبت حصوله لمن حصل له الى اذنه كالنسب ودليل آخر ان الولاء تعصيب ثبت بالاذن فوجب أن يثبت بغير اذنه 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 عن مدونه مباشرة العتق وأما العتق في الكفارة فولأوه للمعتق لانه أعتق عن نفسه (مسألة) ومن أعتق مدبره عن فلان فالولاء للمعتق قاله ابن القاسم في العتبية والموازية قال عنه عيسى ولا أحب ابتداء ذلك ومعنى ذلك ما فيه من اتمام نقل الولاء عن المدبر قال عيسى قيل لابن القاسم فالملكاتب مثله قال ما أشبهه به يريد ان من أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق قد ثبت له بعقد الكتابة ولا يقدر أن يفسخ بمال وكذلك لو باعه من 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 وولده عن أجنبي فولأوه للمعتق وكذلك لو باعها من يعتقها قال أصبغ الولاء للبائع والعتق ماض كالمواهب ما لا على العتق وروى عن سحنون العتق باطل وترد الى سيدها أم ولد وجه القول الأول ما أشار اليه من أن يبيعه من يعتقها وان كان لفظه لبيع البيع فان معناه أن يعطيه المبتاع ما لا على ان يعجل عتقها وذلك جائز فيحصل أمرها على الجائز من المعنى دون المتزاع من اللفظ وجه القول الثاني ان العقد انما يثبت البيع بشرط أن يعتقها المبتاع فاذا بطل البيع بالشرع في أم الولد لم يصح العتق لانه مترتب على ملك المبتاع لما ابتاع (فرع) فاذا

فلنا ينفذ العتق فان المال سائغ للبائع و روى ابن الماجشون الولاء للبائع والعتق ماض و يرد الثمن
وجه القول الأول ما تقدم من انه بمنزلة اعطاء المال على تمجيل العتق وذلك جائز ووجه القول
الثاني ان العتق لما وقع باذن سيدها نفذ بمنزلة من اذن لرجل في ان يعتق أمته ولباطل البيع رد
مانعاق به من الثمن لانه انما اخذه على وجه الثمن ص ﴿ مالک 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 ينفرد بالبيع دون الرقبة اذا ثبت بعتق أو بعتق لازم يقتضى 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 واما انتقال الولاء بالموارث والجسد فن باب
ميراث الحقوق بسبب المعتق الموروث لا على أن الولاء ينتقل وانما هو باق كالنسب (مسئلة)
اذ اثبت ذلك فن باع ولاء معتقه فقد قال الشيخ أبو اسحاق يبطل بيعه ويرد الثمن على المتاع 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 ما تقدم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم ص
﴿ قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن
أعتق ولو أن رجلاً أذن لمولاه أن يوالى من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيدته أن
يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالى من شاء فذلك الهبة ﴾ ش قوله ليس للعبد ان يبتاع نفسه من
سيده على أن يوالى من شاء صحيح لانه بمنزلة ان يعتقه على أن يكون ولاؤهم بدأ ولعمرو أولم 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 ولأه الى من شاء اذا لم يكن العتق فلا يخلو أن ينتقل عن المعتق
عنه الى من يختاره العبد ببيع أو هبة لانه لم يثبت له ابتداء وكلا الوجهين ممنوع لنهيه صلى الله عليه
وسلم عنهما وفي الزانية سألت عيسى عما كره مالك من أن يبتاع العبد نفسه من سيده على أن يوالى
من شاء رأيت ان وقع ذلك يكون له أن يوالى من شاء قال الولاء للسيد والشرط باطل

﴿ جر العبد الولاء اذا أعتق ﴾

ص ﴿ مالک عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد
بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال لهم موالى وقال موالى أمهم بل هم موالينا 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 السنعة من الصحابة والتابعين
وغيرهم ان ولد المرأة الحرة المعتقة ولاؤه لموالى أمه ما كان أبوه عبدا فاذا أعتق حرة الى مواليه وان
كانت عربية فولأؤه للمسلمين حتى يعتق أبوه فعلى هذا في مسألة الزبير كانت زوجه العبد مولاة
فكان ولايتهم لموالى أمهم فلما أعتق الزبير أباهم رأى انه قبح ولاءهم وصار موالى له قال ابن
المواز عن مالك ولو كان عتق العبد قبل موته بساعة يردانه بنفس العتق ينجر الولاء ولا يفتقر الى

﴿ مالک عن عبد الله
ابن 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 انه يوالى من
شاء ان ذلك لا يجوز وانما
الولاء لمن أعتق ولو أن
رجلاً أذن لمولاه أن يوالى
من شاء ما جاز ذلك لأن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال الولاء لمن أعتق
ونهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع الولاء
وعن هبته فاذا جاز لسيدته
أن يشترط ذلك له وان
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 موالينا
فاختصموا الى عثمان بن
عفان فقضى عثمان للزبير
بولائهم

• وحدثني مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل (٢٨٢) عن عبده ولد من امرأة حرة لمن ولأؤهم فقال سعيد ان مات أبوهم

حكم ولا رضاء أحد وقال مالك في العتبية من رواية أشهب ولو كان العبد مريضاً ضابطاً فاعتق غدوة ومات عشية اذا ناله العتق حياً ووجه ذلك ان الولاء يثبت بنفس وجود سببه بعد ثبوته لغير من يجره اليه كان الملاءنة يثبت ولأؤه لمواي أمه ان كانت مولاة فان أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء اليه فورئته (مسئلة) ولو أن ابن العبد من الحرة اشترى أباه فعتق عليه كان ولأؤه أبيه له يجره الى مواي أمه واه في العتبية أشهب عن مالك قال سحنون وهو قول جميع أصحابنا الا ابن دينار فإنه قال هو كالسائبة ولأؤه للمسلمين ووجه قول مالك ان الأب لما أعتقه ابنه كان ولأؤه ولم يثبت له ولأؤه الابن ووجه قول محمد أن الابن لا يجزى ولا يثبت ولا الأب لجماعة المسلمين ص مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن عبده ولد من امرأة حرة لمن ولأؤهم فقال سعيد ان مات أبوهم وهو عبد لم يعتق فولأؤهم لمواي أمهم • قال مالك ومثل ذلك ولد الملاءنة من المواي ينسب الى مواي أمه فيكونون هم مواييه ان مات ورثوه وان جرى جريرة عقلا عنه فان اعترف به أبوه الحق به وصار ولأؤه الى مواي أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويصلد أبوه الحد قال مالك وكذلك المرأة الملاءنة من العرب اذا اعترف زوجها الذي لا عنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لأنه لعامة المسلمين ما لم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاءنة المولودة مواي أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبه فلما ثبت نسبه صار الى عصبته • قول ابن المسيب في عبده ولد من امرأة حرة ان مات أبوهم عبد فولأؤهم لمواي أمهم ظاهر انهم ولدوا بعد عتق الأم لانه شرط في ذلك أن يموت أبوهم عبداً لان هؤلاء لو أعتق أبوهم جاز الولاء ولو ولد هؤلاء في حال رق أمهم فتلهم الرق ثم عتقوا مع أمهم أو أفرقوا بالعتق حال الحمل أو بعد الولادة فان ولأؤهم يكون لمن أعتقهم سواء بقي أبوهم على حال الرق أو انتقل بالعتق الى حرية ولا يجزى ولاهم لان الولاء الثابت بالعتق لا يجزى عتق أب ولا شيء وانما يجزى ولا يثبت بالولادة دون العتق والله أعلم وأحكم (فصل) وقول مالك ومثل ذلك ولد الملاءنة ينسب الى مواي أمه فان اعترف به أبوه لخطى به وصار ولأؤه لمواي أمه به يريد ان اذا كانت أمه مولاة لتقوم وبطل نسبه من أبيه وهو مواي باللعان صار ولأؤه لمواي أمه فان اعترف به أبوه رد ولأؤه الى مواي فجعل اللعان كحال كون الأب عبداً وحال الاعتراف بعد ذلك كحال ما يطرأ على الأب من العتق فيصير به ولأؤه الى مواييه (فصل) وقوله وكذلك اذا كانت أمه من العرب فيعرف زوجها فالولد مثل ذلك يريد ان نسب الابن يرجع بالاعتراف الى نسب الأب الا ان ابن العربية اذا ورث ذوى القرى وحقوقهم وفضلت فضلة كانت لجماعة المسلمين وولد الملاءنة يرث مواي أمه الباقي وذلك ان الولاء كالتعصيب يستوفى به الميراث فبقاه مواي الأب في ذلك المولى بمنزلة بقاء عصبه الأب في العربي والله أعلم وقال ابن حزمين سألت عيسى عن تفسير قول مالك في ولد الملاءنة العربية وولد الملاءنة المولودة يرث أمه واخوته لأنه حقوقهم ويرث بقية ميراث مواي أمه ولا يرث عصبه المرأة العربية بقية الميراث فقال عصبه المرأة العربية احوال ولدها وكذلك لو كان للمرأة اخوة لكانوا احوالاً لا يرثون ويكون بقية ميراث ولدها للموايها فان لم يكن لها مال فلجماعة المسلمين وأما مواي الأم فأنهم انما يرثون بالولاء ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حران الجدة أبا العبد يجزى ولأؤه ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوهم عبداً فان عتق أبوهم رجع الولاء الى مواييه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وان العبد كان له ابنان حران مات أحدهما وأبوه عبد

وهو عبد لم يعتق فولأؤهم لمواي أمهم • قال مالك ومثل ذلك ولد الملاءنة من المواي ينسب الى مواي أمه فيكونون هم مواييه ان مات ورثوه وان جرى جريرة عقلا عنه فان اعترف به أبوه الحق به وصار ولأؤه الى مواي أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويصلد أبوه الحد قال مالك وكذلك المرأة الملاءنة من العرب اذا اعترف زوجها الذي لا عنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لأنه لعامة المسلمين ما لم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاءنة المولودة مواي أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبه فلما ثبت نسبه صار الى عصبته • قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حران الجدة أبا العبد يجزى ولأؤه ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوهم عبداً فان عتق أبوهم رجع الولاء الى مواييه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وان العبد كان له ابنان حران مات أحدهما وأبوه عبد

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

جر الجد أبو الأب الولاء والميراث ش 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 العتاق لأن الذي تحمل به أمه بعد العتاق إذا اعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذي تحمل به أمه بعد العتاق لأن الذي تحمل به أمه بعد العتاق إذا اعتق أمه ش قال مالك في العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده أن يعتق عبدا له لا يرجع ولاؤه لسيده الذي أعتقه وان اعتق

(فصل) وقوله وان كان للعبدا بنان حران وأب فبات أحد الابنين جر الجد الولاء والميراث يريدان الأب مادام عبدا لا يرث ولا يجر وولاء ولا يحجب عن مات من ولده فالجد أبو الأب يجر وولاء الميت لأن الأب عبدا والعبودية تمنع الميراث وجر الولاء والأخ لا يجر وولاء ص 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 العتاق لأن الذي تحمل به أمه بعد العتاق إذا اعتق أمه ش وهذا على ما قال ان من اعتق أمته وهي حامل وزوجها حين أعتقها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعد ما تضع ان وولاء الولد يثبت لموالي أمه لا يجره أبوه إذا اعتق قال سحنون عن ابن الماجشون وذلك إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت الأم فان ولدته لستة أشهر فأكثر قال الشيخ أبو محمد يريد وليست بظاهرة الحمل والزوج مرسل عليها فان الأب يجر وولاءه إلى معتقه ووجه ذلك ان الولد إذا مسه الرق فعتق فان وولاءه قد ثبت لمعتقه لقوله صلى الله عليه وسلم وانما الولاء لمن أعتق ولا ينتقل عنه بجر 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 زوجها ممنوعا منها لا يصل إليها فيها ثبت وولاء ما وضعته لسيدها لأنه يعلم انها حملت به قبل أن تعتق فقد مسه رقه وعتق معتقه فثبت ولاؤه ثبوتا لا ينتقل عنه وانما ينتقل من الولاء ما لم يثبت بالعتق وانما يثبت بجر الأم مثل أن تحمل به بعد أن تعتق فيجر وولاءه إلى مواليها لأن الأب عبدا لا مدخل له في الولاء فإذا اعتق الأب بعد ذلك ذلك جر وولاء ابنه لأن الولاء ثابت في الجنبتين بالجر وجنبة الأب أقوى في جر الولاء من جنبة الأم (مسألة) 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 له وهي حرة وانما شك في وقت الحمل وذكر في كتاب محمد الآن تكون ظاهرة الحمل يوم العتق أو تضعه لأقل من ستة أشهر على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسألة) ومن تزوج مدبرة غات السيد وقد ولدت أولادا وهي حامل يوم موته فولأؤهم لمن يعتق في ثلثه وان كان زوجها عبداً ثم أعتق لم يجر وولاءهم الا ان تحمل بهم بعد موت سيدها قاله أصبغ في الموازيتة ووجه ما قدمناه والله أعلم وأحكم ص قال مالك في العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان وولاء العبد المعتق لسيده العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذي أعتقه وان اعتق ش وهذا على ما قال ان العبد إذا أعتق عبده لم يجر ان يعتقه باذن سيده أو بغير اذنه فإذا أعتقه باذنه ثبت ولاؤه لسيده لأنه هو المعتق ثم ان أعتق العبد بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء لأنه قد ثبت لسيده بالعتق فلا ينتقل عنه بجرية العبد المعتق وإذا أعتقه بغير اذن سيده ثم علم به السيد فلم يجر ولم يرد حتى يعتق العبد في الموازيتة ان وولاءه للعبد ووجه ذلك انه لم يوجد فيه من اذن السيد

ما يستحق به وولاهه كالمولوم يعلم بالعتق حتى يعتق العبد (مسئلة) وأما عتق المدبر وأم الولد فان
 أعتق أحدهم باذن السيد في وقت السيد انتزاع ماله فولاه ما أعتق للسيد ثم لا يرجع الولا لمن أعتق
 المدبر وأم الولد لأنه اذن في العتق في وقت كان له انتزاع المال كاذنه للعبد وان كان العتق باذن السيد
 في وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع مالهما من مرض السيد فان وولاه ما أعتقه باذن السيد يرجع اليهم
 اذا عتقوا وكذلك المعتق الى أجل في قرب الأجل الذي يمنع انتزاع ماله وبعاه الذي لا يمنع منه قاله
 مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وقال عبد الله بن عبد الحكم اختلف في وولاه ما أعتق المدبر
 وأم الولد وأحب الى أن يكون للسيد وازمان من مرضه لا يرجع اليه وان عتق لانه كان له أخذ
 مالهما بسبب صحته ان صح ير بد لانه لا يقطع بمنه من مالهما ما يجوز زعليه من الصحة وذلك يجعل الولا
 له (مسئلة) وأما من أعتق منهم بغير اذن السيد فلم يعلم به حتى عتقوا فان وولاه ما أعتقه يكون
 لهم دون السيدان لم يكن السيد استثنى مالهم وان استثنى مالهم بطل العتق ورفق السيد قاله كله في
 الواضحة مطرف وابن الماجشون ورواه أصبغ عن ابن القاسم (فرع) فاذا قلنا ان وولاه من
 أعتق المدبر وأم الولد في مرض السيد لها دون السيد فان صح السيد من مرضه ذلك قال أصبغ
 الولا لها ولا يرجع الى السيد وقال محمد حكم ذلك حكم مالهما ان انتزعه في مرضه فارتد عليهما وان
 صح فهو له فكذلك وولاه ما عتق باذنه مراعى على ما تقدم (مسئلة) وما أعتقه المكاتب ثم عجز
 فولاه للسيد ثم ان أعتق المكاتب بكتابة أخرى أو بأى وجه كان لم يرجع اليه بالولا وذلك في
 الموازية ووجه ذلك انه أعتق باذن سيده ثم ظهر انه ممن يجوز انتزاع ماله فلا يرجع الولا 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 الولا ﴾

ص ﴿ مالث عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد
 الرحمن بن الحرث بن هشام عن أبيه انه أخبره ان القاضي بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان
 لأم ورجل لعله فهلك أحدهما للذين لأم وترك مالا وموالى فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاه مواليه
 ثم هلك الذي ورث المال وولاه الموالى وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبي أحرز
 من المال وولاه الموالى وقال أخوه ليس كذلك إنما أحرزت ما كان أبي أحرزت ما كان أبي أحرز
 أخى اليوم ألت أرته أنا فاختصا الى عثمان بن عفان ففضى لأخيه بولاه الموالى ﴿ ش قوله ان
 عثمان رضى الله عنه قضى بالولا لمن هو أحق به يوم الاستحقاق ولا يجرى في ذلك مجرى المال لان
 المال يتعجل أمره بموت من يورث عنه وأمر الولا باق بعد ذلك يعتبر بحال الاستحقاق ولذلك اذا
 مات أحد الأخوين الشقيقين ورثه أخوه شقيقه دون الأخ للاب وتمجّل أخذ المال ثم لمات الثاني
 من الشقيقين ورث بنوه ما انتقل اليه من المال ولم يرثوا الولا لانه أمر باق بعد فن مات من موالى أول
 الشقيقين موتا ورثه أخوه لأبيه دون ولدا الشقيقين لانه إنما يعتبر في الأحق به من كان أحق بمعتقهم
 يوم موت الموالى ولا خلاف ان الأخ للاب أحق بأخيه من ولدا أخيه الشقيق يوم مات المولى والله أعلم
 وأحكم وقد قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الأخ الشقيق أولى بالولا 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 الولا ﴾

﴿ حدثني مالك عن عبد
 الله بن أبي بكر بن محمد
 ابن عمرو بن حزم عن
 عبد الملك بن أبي بكر بن
 عبد الرحمن بن الحرث
 ابن هشام عن أبيه أنه
 أخبره أن القاضي بن
 هشام هلك وترك بنين له
 ثلاثة اثنان لأم ورجل
 لعله فهلك أحدهما للذين لأم
 وترك مالا وموالى فورثه
 أخوه لأبيه وأمه ماله
 وولاه مواليه ثم هلك
 الذي ورث المال وولاه
 الموالى وترك ابنه وأخاه
 لأبيه فقال ابنه قد أحرزت
 ما كان أبي أحرز من المال
 وولاه الموالى وقال أخوه
 ليس كذلك إنما أحرزت
 المال وأما وولاه الموالى
 فلا أ رأيت لو هلك أخى
 اليوم ألت أرته أنا
 فاختصا الى عثمان بن
 عفان ففضى لأخيه بولاه
 الموالى

• وحديثي مالك عن
 عبدالله بن أبي بكر بن
 حزم أنه أخبره أبوه أنه
 كان جالسا عند أبان بن
 عثمان فاختم 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
 فورثها ابنها وزوجها ثم
 مات ابنها فقال ورثته لنا
 ولاء المولى قد كان ابنها
 احرزه فقال الجهينيون
 ليس كذلك انما هم موالى
 صاحبتنا فاذا مات ولدها
 فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم
 ففضى ابا بن عثمان
 للجهينيين بولاء المولى
 • وحديثي مالك انه بلغه
 أن سعيد بن المسيب قال
 في رجل هلك وترك
 بدين له ثلاثة وترك موالى
 اعتقهم هو عتاقه ثم ان
 الرجلين من بنيه هلكا
 وترك اولاد فقال سعيد
 ابن المسيب يرث المولى
 الباقي من الثلاثة فاذا
 هلك هو فولده وولد أخويه
 في المولى شرع سواء

أحق الناس بولاء موالى أبيه ثم الأب ثم الأخ الشقيق أو للذاب هما أولى
 من الجد أو ما للأخ للام وابنه فلاحظ له في الولاء والجد أولى من العم وجهتقديم الاخوة وبني الاخوة
 على الجد في الولاء بخلاف الميراث ان الميراث انما يورث بالتعصيب المحض دون الفروض والاخوة
 وبني الاخوة أثبت منهم في التعصيب من الجد لانهم لا يرثون بفرض والجد يورث بالفرض مع انهم
 أقرب الى الميت من الجد لانهم يدلون بالبنة والجد يدلي بالأبوة والبنة أثبتت في التعصيب من الأبوة
 (مسئلة) واذا توفي رجل له عاصبان متساويان في القعد أحدهما أخ لأم ففي كتاب ابن المواز عن
 مالك وابن القاسم هما سواء في استحقاق ولاء مواليه وقال أشهب الأخ للام أحق من سائرهم كالأخوين
 أحدهما شقيق والأخر للاب فالشقيق أولى لزيادة القرابة بالأم وكذلك العم الشقيق مع العم للاب
 ص • مالك عن عبدالله بن أبي بكر بن حزم انه أخبره أبوه انه كان جالسا عند أبان بن عثمان
 فاختم 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 وموالى فورثها ابنها وزوجها
 ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء المولى قد كان ابنها احرزه فقال الجهينيون ليس كذلك انما هم موالى
 صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم ففضى أبان بن عثمان للجهينيين بولاء المولى • مالك
 أنه بلغه أن سعيد بن المسيب قال في رجل هلك وترك بدين له ثلاثة وترك موالى اعتقهم هو عتاقه ثم ان
 الرجلين من بنيه هلكا وترك اولاد فقال سعيد بن المسيب يرث المولى الباقي من الثلاثة فاذا هلك هو
 فولده وولد أخويه في المولى شرع سواء • ش قوله في المرأة الجهينية التي توفيت عن مال وموالى
 فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء المولى قد كان ابنها احرزه وقال الجهينيون هم
 موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا الولاء ففضى أبان بن عثمان بولاء المولى لجهينيين يريد 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 فديكون 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 يعنى 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 ولاء وفي الموازية في امرأة ماتت عن ولد ذكر من غير قومها وتركت موالى ثم مات الابن
 وترك عمه وخاله فالولاء لخاله دون عمه لان الخال عصبه أمه يريد انه أخوها ولما ماتت الأم كان الابن
 أقرب اليها من أخيها وأحق بميراث موالها وروى عيسى عن ابن القاسم ميراث موالى المرأة لولدها
 الذكور وعقلهم على قومها واليه ينسبون ولم يثبت له الولاء بموت ولاء من أعتق وانما يثبت له منه انه
 أحق به الآن من أخيها ولو ملكه ملكة أو لامن أعتق لا ينقل عنه الى غيره فلما مات الابن صار أخوها
 لذلك أحق من غيره وأمام الابن فلا يدخل له فيه لأنه لا نسب بينه وبين أم ابن أخيه فينجر اليه ولاء
 من أعتقت وقد قال أشهب في هذه المسئلة وما ورث ابنها الولاء الا زحفنا يريد انه ليس من قومها ولكنه
 لما كان الولد أقوى تعصبا والولاء يختص بالتعصيب قدم على قومها فلما ماتت قدم أقرب قومها اليها
 (مسئلة) ولو أن عبدالله بن وابنة اشترياه فعتق عليهما ثم أعتق الأب عبدات الأب ثم مات مولاة
 فميراث الاب بينهما بالنسب وميراث المولى للابن وحده وكذلك لو أعتقت الابنة وحدها الأب قاله مالك

وابن الماجشون وهو فى الموازية وكتاب ابن سحنون قال لأنه لا يورث بالولاء الامع عدم النسب فولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه ومعنى ذلك ان من أعتق عبده ولد حرمه أعتق الأب عبيد اومات فان الولد يرث المولى دون من أعتق أباه لان وراثته الابن مولى أبيه وراثته بالنسب ما ثبت بالولاء ووراثته معتق الأب لمولى الأب ووراثته بالولاء ما ثبت بالولاء وفى الكتابين ان مما بين 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 اليهودى أو النصرانى ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن السائبة فقال يوالى من شاء فان مات ولم يوال أحد اغيره للمسلمين وعقله عليهم ﴾ قال مالك ان أحسن ما سمع فى السائبة لا يوالى أحد وان ميراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴿ ش وهذا على ما قال انه قد يعتق الرجل عبده سائبة وروى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم أكره عتق السائبة لأنه كهبة الولاء قال عيسى عنه أكرهه وأنهى عنه قال أصبغ ومحنون لا تعجبنا كراهته لذلك وهو جائز كما يعتق عن غيره يريد عن معتق (مشكلة) ومن قال لعبده أنت سائبة يريد العتق قال فى العتبية أصبغ 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 وولاؤه لمعتقه وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى فى العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه قال لا سائبة عندنا اليوم فى الاسلام ومن أعتق سائبة فولاؤه 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 ولأنه لم يعتق عن معين فكان الولاء له كما لو أطلق العتق ص ﴿ قال مالك فى اليهودى والنصرانى يسلم عبداً أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبداً قال ولكن اذا أعتق اليهودى أو النصرانى عبداً على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودى أو النصرانى الذى أعتقه ثم أسلم الذى أعتقه رجوع اليه الولاء لأنه قد كان لليهودى أو النصرانى وولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذى أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلماً لم يكن للولد النصرانى أو اليهودى المسلمين من ولاء العبد المسلم شىء لأنه ليس لليهودى ولا للنصرانى ولاء فولاؤه العبد المسلم لجماعة المسلمين ﴿ ش قوله فى اليهودى والنصرانى يسلم عبداً أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه يقتضى أنه يباع عليه ان لم يخرجه عن ملكه ووجه ذلك انه لا يجوز استرقاق كافر مسلماً روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يظلمه وليس حين أنعمه له أعظم من أن يسلمه الى استرقاق الكافر

(فصل) وقوله وان ولاء العبد للمسلمين سماه عبداً على وجه التجوز ومعناه انه كان عبداً وانما هو الآن بعد العتق حر ولو كان عبداً لم يثبت له ولاء لورثته مولاة الكافر بحكم الرق وفى الموازية يرث المسلم عبده النصرانى أو المجوسى بالرق ولو أسلم عبداً مجوسى ثم مات قبل أن يباع عليه ورثه الكافر بالرق قال وكذلك مدبره وأم ولده ووجه ذلك انه ليس على معنى الميراث لأنه لو كان على وجه الميراث

يوالى من شاء فان مات ولم يوال أحد اغيره للمسلمين وعقله عليهم ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع فى السائبة أنه لا يوالى احداً وأن ميراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴿ قال مالك فى اليهودى والنصرانى يسلم عبداً أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء للعبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبداً قال ولكن اذا أعتق اليهودى أو النصرانى عبداً على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودى أو النصرانى الذى أعتقه ثم أسلم الذى أعتقه رجوع اليه الولاء لأنه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه ﴿ قال مالك وان كان لليهودى أو النصرانى وولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذى أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلماً لم يكن للولد النصرانى أو اليهودى مع المسلمين من ولاء العبد المسلم شىء لأنه ليس لليهودى ولا للنصرانى ولاء فولاؤه العبد المسلم لجماعة المسلمين

لسكان أحق بميراثه من يرثه بالسب والرقين في التوارث ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه
 (فصل) وقوله وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبداً وذلك ان العتق
 وقع في وقت يمنع ثبوت الولاء افتراق الدينين لانه لا يثبت ولاه 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 اليهودي أو النصراني عبداً على دينه ثم أسلم المعتق ثم أسلم من أعتقه يرجع
 اليه ولاؤه لانه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه يريدان النصراني ان أعتق عبده النصراني فقد ثبت له
 ولاؤه لاتفاق الدينين فان أسلم أحدهما ثم مات المعتق لم يرثه المعتق لاختلاف الدينين وذلك معنى
 يمنع التوارث مع النسب وكذلك مع الولاء ولو جمعهما الاسلام بعد العتق ثم مات لورثه المعتق
 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 فالمراد في ثبوت الولاء يوم العتق ان
 يكونا على دين واحد لا يبالى أي دين كان من ايمان أو كفر والمراد في استحقاق الميراث ليوم الموت
 ان يكونا على دين الاسلام وذلك ان الكفر لا يمنع ثبوت الولاء وانما يمنع اختلاف الدينين

(فصل) وقوله وان كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودي أو النصراني
 اذا أسلم المعتق قبل ان يسلم الذي أعتقه يريدان الكافر اذا أعتق عبده الكافر ثبت له ولاؤه على
 ما تقدم فاذا أسلم المعتق بعد ذلك ثم مات لمعتقه ولد مسلم ورثه الولد المسلم لانه قد وجد حال العتق
 ما يوجب ثبوت الولاء من اتفاق دين المعتق والمعتق بدليل انه لو أسلم المعتق ثم أسلم المعتق ورثه ثم
 وجد يوم التوارث اتفاق دين الوارث وهو ولد المعتق ودين المورث وكان المعتق لكفره لا يرث
 المعتق المسلم ولا يجب أحد من ميراثه كالموات فان ولدته يرث من ثبته ولاؤه (مسألة) ولو ان
 اليهودي أو النصراني اتخذاً ولد على دينه ثم أسلمت ثم أعتقها بعد الاسلام ثم ماتت في كتاب ابن
 الموزان يرثها ولده المسلم لانه كان يرجع اليه ولاؤها ان أسلم قال وكذلك مدبره ومكاتبه لعقده ذلك في
 نصرانيته ما والله أعلم وأحكم

(فصل) ولو كان المعتق حين أعتق مسلماً لم يرثه المسلم من ولد النصراني واليهودي لانه ليس
 لليهودي والنصراني ولاه فولاؤه للمسلمين يريدانه ان أعتق النصراني عبده المسلم ثم مات المعتق لم
 يرثه المسلم من ولد النصراني المعتق لأن الولاء لم يثبت للنصراني على المسلم لاختلاف دينهما حين
 العتق فلما لم يثبت الولاء للنصراني ثبت لجماعة المسلمين فاذا مات العبد المعتق ورثه المسلمون لأن
 ولاه لم يثبت (مسألة) واذا أعتق المسلم نصرانياً فقد قال القاضي أبو محمد الولاء مراد فان
 أسلم ثبت ولاؤه له وورثه وان مات النصراني قبل ان يسلم فلا ولاه للمسلم عليه ولا يرثه وقال الشافعي
 ولاؤه ثابت ويرثه والدليل على ما نقوله ان الولاء معنى يتوارث به فوجب ان 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 ﴾ ويليها الجزء السابع وأوله القضاء في المكاتب ﴿

﴿ فهرست الجزء السادس من كتاب المنتقى للإمام الباجي رحمه الله ﴾

حيفة

- ٢ القضاء في المنبوذ
 ٤ القضاء بالحاق الولد بأبيه
 ١٦ القضاء في ميراث الولد المستلحق
 ١٩ القضاء في أمهات الأولاد وفيه أبواب
 ٢١ الباب الأول في ماذا تصير الأمة به أم ولد
 ٢٢ الباب الثاني في انه لا يجوز أن يملكها غيره يبيع 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 ما حي 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 الضورى والحريسة
 ٦٦ القضاء فمين 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 ممن لا تصح حالته
 ٨٦ الباب الثالث فمين تصح الجمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه
 ٨٦ الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الخيل
 ٨٨ الباب الخامس في رفق الطالب بالفرس أو الخيل
 ٨٨ الباب السادس في قضاء الحق
 ٩٠ القضاء فمين ابتاع ثوباً به عيب
 ٩٢ ما لا يجوز من النحل

- ١٠١ باب فيما منع الحيازة وبطل العطيبة
 ١٠٦ باب في الذين يحاز عليهم
 ١٠٨ ما لا يجوز من العطيبة
 ١١٠ القضاء في الهبة وفيه أبواب
 ١١٠ الباب الأول فيما يجوز رهبه للشواب وما لا يجوز وما يكون عوضا في هبة الشواب
 ١١١ الباب الثاني فيما يحمل هبته على الشواب من غير شرط
 ١١٣ الباب الثالث في مقتضى هبة الشواب من اللزوم أو الجواز
 ١١٣ الباب الرابع فيما تفوت به هبة الشواب وتلزم به القبة
 ١١٣ الباب الخامس في حكم وجود العيب بها
 ١١٦ الاعتصام 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 فيما يصح التصيب منه ومن يصح عليه وما يصح تحميسه
 ١٢٣ الباب الثالث في دخول العقب مع المعطى
 ١٢٤ الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة
 ١٢٥ الباب الخامس في فسخة منافع العمرى والحبس
 ١٢٧ الباب السادس في استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت
 ١٢٩ الباب السابع في بيع العمرى والحبس
 ١٣٤ القضاء في اللقطة
 ١٤١ القضاء في استهلاك العبد للقطة
 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 تفسير الوصية
 ١٥٤ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه
 ١٥٥ الوصية في الثلث لا تتعدى وفيه أبواب
 ١٦٠ الباب الأول في الخاصص 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 بالتعبير ومدته
 ١٦٧ الباب الرابع في تبدل تبعض الوصايا على بعض
 ١٧٦ الوصية للوارث والحيازة

- ١٨٢ ماجاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد وفيه بابان
- ١٨٩ الباب الأول فمين 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 السلعة وضمانها
- ١٩٢ جامع القضاء وكراهيته
- ١٩٨ ماجاء فيها أفسد العبيد وأجر حوا
- ١٩٨ ما يجوز من النحل
- ١٩٩ كتاب الشفعة • ماتم في الشفعة
- ٢١٦ مالاتم في 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
- ٢٣١ ميراث الاخوة للاب
- ٢٣٢ ميراث الجد
- ٢٣٧ ميراث الجدة
- ٢٤١ ميراث السكالة
- 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 المناسبات
- 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 الملائعنة وولد الزنا
- ٢٥٥ كتاب العتاقة والولاء

صيفة

- ٢٥٥ من أعتق شركاه في مملوك
 ٢٦٣ الشرط في العتق
 ٢٦٤ من أعتق رقيقا لا يملكه الا غيره
 ٢٦٦ للقضاء في مال العبد اذا عتق
 ٢٦٨ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاق
 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 للولاء اذا أعتق
 ٢٨٤ ميثاق الولاء
 ٢٨٦ ميثاق السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى

﴿ تمت ﴾