

البيلا و الحسين

والشِّرْحُ والتَّفْجِيْهُ وَالتَّعْلِيْلُ
في مَسَائِلِ الْمُسْتَخْرِجَةِ

لأبي الوليد ابن رشد الفطري
المتوافق عام ٥٢٠

وَضَمَّنَهُ
الْمُسْتَخْرِجَةُ مِنَ الْأَسْمَاعَةِ الْمَعْرُوفَةِ بِالْعُتْبَيَّةِ
لِحَقَّ الْعُتْبَيِّ الْفَطَرِيِّ
المتوافق عام ٥٢٥

تحقيق
الأستاذ أَحْمَدُ الْجَبَابِيُّ

الجزء الخامس عشر



جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م
الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م



دار الفتح للطباعة

ص ١١٣ - ٥٧٨٧
لبنان - بيروت

البيك والتحميم

والبيك والتحميم والتسليل
في مسائل المتشبهة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا

كتاب العتق الثالث

وَمِنْ كِتَابِ أَوْلَهِ بَاعَ شَاءَ

وسائله عن رجل حضرته الوفاة فدعا موالي له كان كاتبهم فقال : إنني قد كنت حتيت فيكم بعتق قبل أن أكتابكم بما أخذت منكم فهو في مالي فخذلوه وعليه دين للناس وقد كان أخذ منهم عرضًا من إبل أو غنم ورقيق فتناسل ذلك ، وهو معروف . قال ابن القاسم : يبدأ الدين فيؤدي ويُنَظَّر إلى ثلث ما بقي ، فإن كان ثلاثة يحمل ما لهم الذي أخذ منهم دفع ذلك إليهم أو ما حمل ثلاثة من ذلك ، وما أقر به أنه قد كان حنت فيهم فذلك باطل لا يعتقون عليه بذلك ، ويقال لهم : أدوا ما بقي عليكم من الكتابة فإن أدوا عتقوا وإلا رقوا .

قال محمد بن رشد : قوله فيما أقر في مرضه الذي مات منه أنه أخذه من مواليه في كتابتهم بعد أن كان حنت بعتقهم : إن ذلك يكون في ثلاثة ، معناه إذا كان يورث بـكـلـالـةـ إذ لو كان يورث بولده لجاز ذلك من رأس ماله على ما في المدونة وغيرها ، وهو مثل أحد قولي ابن القاسم في كتاب المكاتب من المدونة خلاف المشهور من أن ذلك يبطل ولا يكون في رأس المال ولا في الثلث إذ لم يرد به الثلث وكان يلزم على قياس قوله أن يعتق الموالي أيضاً من الثلث لإقراره أنهم أحراز بما حنت فيه من عتقهم .

فقوله في هذه المسألة مُتَنَاقِضٌ إِذْ فَرَقَ بين عتقهم وما أخذوه منهم^(١) في كتابتهم فقال إن العتق يبطل ، وما أخذه منهم في الكتابة يكون في ثلثه . وقد قيل إن ذلك ليس بمتناقضٍ وانه إنما قال فيما قبض من الكتابة إنها تكون من الثلث لقوله فخذوه لأن ذلك بمنزلة أن لو قال في العبيد فأنفدوه ذلك لهم ، إذ لو قال ذلك لعتقدوا في الثلث على ما زاده ابن حبيب عن ابن القاسم من رواية أصبح عنه في هذه المسألة وعلى ما مضى في رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من كتابوصايا ، وليس ذلك ب صحيح ، لأن قوله لرقيقه في المال خذوه لأنه لكم لا يشبه قوله لورثته في الرقيق أَنْفَدُوا لهم الحرية فالمتناقض في المسألة ظاهرٌ وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم : من شهد عليه بعتق كان منه في الصحة لم يكن يستطيع أن يخرج منه حتى يوقفه على من أحب من رقيقه مثل أن يشهد عليه أنه قال رأساً من رقيق حر إن شفاني الله أو قدم أبي فشفاه الله أو قدم أبوه وأثبتته البينة في الصحة فإن ذلك يقال له أوقع على من أحببت ، فإن فعل كان ذلك له ، وإن لم يفعل حتى مات جرَى العتق في جميع رقيقه إن كانوا ثلاثة اعتق ثلاثة منهم ، وإن كانوا أربعة اعتق أرباعهم .

ومن شهد عليه أنه أعتق رأساً من رقيقه سماه فنسية الشهود فجَحَدَ أو لم يجحد حتى مات فلا عتق لمن بقي .

وإن قال قد أعتقت جارية من جواري وتزوجتها وشهد عليه بذلك ولم يسمها وجعلوا أن يسألُوه حتى مات وهو صحيح كان بمنزلة

(١) كذا بالأصل ، وفي نسخة ق ٣ : وما أخذه منهم ، وهو الصواب .

من قال رأس من رقيق حُرّ وجرت الحرية في عدهم على حال ما سميت لك .

قلت : أرأيت لو أن رجاله ثلاثة أرؤس فأقر عند موته أن أحدهم حر ونسوا أن يسألوه من هو حتى مات أكانوا يرقون كلهم ؟ قال : بل يعتق منهم أثلاثهم ، وكذلك الذي أقر أنه اعتق جارية من جواريه وتزوجها فجهل الشهود أن يسألوه من هي ؟ فالعتق يجري فيهن على ما فسرت لك ولا ميراث لواحدة منهن ، ولو أن أولائك الجواري هلك بعضهن وبقي بعض فلم يعلم الذي اعتق أهي فيمن مات أو فيمن بقي رأيت لا يعتق من الباقي إلا ما يعتق منهن لو كان أحياء إن كن عشرًا فمات خمس عتقت من الخمس عشرهن كما يعتق منهن لو كان أحياء ، لأن أحدين لم ندر أهي فيمن هلك أو فيمن بقي ؟ لم يحمل على الورثة أكثر من الذي يصيّبهم أن لو كانوا أحياء وهو عشر القيمة ، قال ولو كان باع بعضهم وبقي بعض رد العتقة فيمن بقي إن كانوا عشرة باع خمسة وبقي خمسة عتق ممن بقي خمس كل واحدة منهن لأنه قد علمنا حين باعهم أن العتقة فيمن بقي .

قلت : فلو أن الرقيق قالوا لواحدٍ منهم هذا هو الذي اعتق سيدنا ، وقد أعلمنا بهم لم يعتق بقولهم ولم يقبل واتهموا في أن يدفعوا عن أنفسهمضرر العتق .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف أحفظه في أن من قال رأس من رقيق حر يسأل هل أراد واحداً منهم بعينه أم لا ؟ ويصدق فيما قاله من ذلك ، قيل بيمين ، وهو قول ابن القاسم في سماع محمد بن خالد بعد هذا قاله إذا قال لم أرد واحداً منهم بعينه ، وقيل بغير يمين ، قاله في المدونة إذا قال أردت

فلا نأْنَا منهم ، ولا فرق بين الموضعين ، والاختلاف في هذا على اختلافهم في لحوق يمين التهمة .

ولا أعرف نص خلاف في أن له أن يعتق ما شاء منهم إذا قال لم أرد واحداً منهم بعينه ، فلو أراد على هذا القول أن يُسْهِم بينهم تحريراً للعدل بينهم فيعتق من خرج سهمه لكان ذلك له ، ولو أبى أن يعتق واحداً منهم لوجب أن يعتق الإمام عليه أحدهم بالقرعة ولو قال لما سئل أردت واحداً منهم بعينه فنسيت من هو منهم لوجب على قياس قولهم أن يعتقوا عليه كلهم إذ لا يجوز له أن يسترقوهم وأحددهم حرّ ، ولو أعتقد هو أحدهم لم يعتق عليه الباقيون منهم إلا على الاختلاف في القضاء على الرجل بعتق ما شَكَ فيه من عتق عبيده ، والقولان في العتق الأول من المدونة .

وأما إذا مات قبل أن يختار فاختار قول ابن القاسم في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها قوله في هذه الرواية إن العتق يجري فيهم كلهم بالسوية إن كانوا ثلاثة عتق ثلث كل واحد منهم ، أو كانوا أربعة عتق رُبع كل واحد منهم ، وإن كانوا أكثر من ذلك أو أقل فعلى هذا ، والثاني أنه يعتق واحد منهم بالسهم يريد من غير أن يعتبر في ذلك ما يقع الواحد من جميعهم ، وهو قوله في سماع عيسى أيضاً على ما حكى عنه سحنون في رسم الصلاة من سماع يحيى ، والثالث قوله في سماع محمد بن خالد وفي رسم الصبرة من سماع يحيى إن الورثة متذلون منزلة الميت في الاختيار ، وفي المسألة قول رابع وهو قول مالك الذي حكى سحنون في سماع محمد بن خالد أنه بلغه عنه ، أنه يعتق ثلاثة بالسهم إن كانوا ثلاثة ، أو رُبْعُهم إن كانوا أربعة ، فقد يعتق منهم على هذا القول أقل من عبد وأكثر من عبد مثل أن يكونوا ثلاثة أَعْبُدْ قيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلاث مائة ، لأنه إن خرج السهم على الذي قيمته مائتان عتق جميعه لا أكثر ، لأن قيمته ثلاثة قيمتهم ثلاثة ، وإن خرج السهم على الذي قيمته ثلاثة مائة عتق منه ثلاثة ، وإن خرج السهم على الذي

قيمة مائة عتق جمِيعه وأعْيَد السهم ثانية على الباقيين ، فإن خرج السهم على الذي قيمته مائتان عتق منه نصفه ، وإن خرج على الذي قيمته ثلاثة عشر منه ثلثه وفي المسألة قول خامس وهو قول سحنون في رسم الصلاة من سماع يحيى أنه إن اتفق الورثة على اختيار واحد كان لهم ذلك ، وإن اختلفوا أقرع بينهم ، فأعتقد واحد منهم على ما رواه عيسى في أحد الروايتين عنه ، وفيها أيضاً قول سادس وهو قول سحنون في سماع محمد بن خالد أنه إن اتفق الورثة على اختيار واحد كان ذلك لهم ، وإن اختلفوا أقرع بينهم فأعتقد ثلثهم بالسهم إن كانوا ثلاثة ، أو رُبْعهم إن كانوا أربعة على ما حكى أنه بلغه عن ملك .

وجه القول الأول أن العتق لما كان أصله في الصحة ومات المُعتَق الذي كان له الخيار ولم تصح القرعة في ذلك لأن السنة إنما جاءت فيها في الذي أعتقد عند موته وجب أن يجري العتق في جميعهم إذ لا مزية لواحد منهم في العتق على صاحبه .

ووجه القول الثاني أن تنفيذ العتق لما كان بعد الموت أشبه الوصية فجازت في ذلك القرعة فوجب أن يعتقد واحد منهم بها . قَلَّت قيمته أو كثُرت إذ قد علم أنَّ الميت إنما أعتقد عبداً واحداً منهم .

ووجه القول الثالث أن التخيير في عتقهم حَقّ كان للميت فوجب أن يرثه ورثته عنه .

ووجه القول الرابع أن تنفيذ العتق نَمَّا كان بعد الموت وأثبتته الوصية فجازت في ذلك القرعة وجب أن يعتقد بها ثلثهم إن كانوا ثلاثة أو رُبْعهم إن كانوا أربعة ، إذ لا يدرى هل أراد الميت أقلهم قيمة أو أكثرهم ، فكان العدل في ذلك أوسط القيم باعتبار عددهم ، فعلى هذا القول لو أوصى رجل بعتقد رأس من رقيقه لعَنَقَ ثلثهم بالسهم إن كانوا ثلاثة أو رُبْعهم إن كانوا أربعة ، وعلى القول الثاني يعتقد واحد منهم بالسهم . قَلَّت قيمته أو كثُرت .

والمحيرة يقول فيمن أوصى بعتق رأس من عبيده : إنَّ العتق يجري في جميعهم لأنَّه لا يرى القرعة بحال ، فقوله في ذلك مُضارٌّ لقول أهل العراق .

وأما قولًا سخنون فهما جميًعاً إستحسان إذ لا يخرج فيما اختاره في كل قول منها عما تقدم من الاختلاف الذي قد مضى توجيهه .

والذي يأتي على قياس القول بأنَّ الورثة يتزلون منزلة الميت في الاختيار إذا اختلفوا في ذلك أنْ يعتق على كل واحد منهم حضه من العبد الذي اختاره .

ولو قال الرجلُ في صحته أنصافٌ رقيقٌ أو ثلاثتهم أو أرباعهم أحراز عتق جميعهم عليه .

ولو بَتَلَ في مرضه الذي مات منه عتق أنصافهم أو ثلاثتهم قُومٌ باقيهم في ثلث إن حمل ذلك ثلثه أو ما حمل منه ، ولو أوصى بذلك لم يعتق منهم إلا ما عتق وأما إذا قال ثلثٌ رقيقٌ أحراز أو نصفهم أو رباعهم فيعتق ثلثهم أو رباعهم أو نصفهم بالسهم كان ذلك في الصحة أو في المرض أو في الوصية بعد الموت ، غيرَ أنَّ ذلك إن كان في الصحة فخرجت القرعة على عبد قيمته أكثر من ذلك الجزء عتق عليه جمِيعه إذ لا يصح التبعيُّض في عتق الصحيح ، وكذلك إن خرجت القرعة على عبد قيمته أقلُّ من ذلك الجزء ثم خرجت بعده على عبد قيمته أكثرُ من ذلك الجزء يعتق جمِيعه .

وقد قيل إن قوله نصفٌ رقيقٌ أو ثلثهم أو رباعهم بمنزلة قوله أنصافهم أو ثلاثتهم أو أرباعهم حكاه ابنُ حبيب عن أصبهغ .

وأما قوله في الرواية في الذي شهد عليه أنه اعتق رأساً من رقيقة سَمَاءَ فسيه الشهود فَجَحَدَ أو لم يجحد حتى مات إِنَّه لا عتق لمن بقي معناه أنه لا عتق لمن بقي منهم إن مات بعضُهم ولا لواحد منهم إِنْ لم يمت أحدُ فهو المشهور أن الشهادة تبطل ، وقد قيل إنها تجوز ، وهو الذي يأتي على ما في

أصل الأسدية من كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة الذي طلق إحدى امرأته ولم يدر أيتها المطلقة من أن الشهود شُكوا فلم يعرفوا أيتها المطلقة أن كانت التي دخل بها أو التي لم يدخل ، ومثله في رسم سلف من سماع عيسى من كتابوصايا وقد مضى القول على ذلك هنالك وفي رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى منه مستوفى ، وهو قول ابن وهب أيضاً في سماع أصبح من كتاب الصدقات والهبات ، فهذا وجه القول فيما أشكل من هذه المسألة وسائلها بين لا وجه للقول فيه وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن رجل حلف في عبد له بحريرته أن يبيعه إلى شهر فباعه قبل شهر بيعاً فاسداً فمضى الشهر ثم رد عليه أو مات فهل يحث ؟ أو باعه فوجذ به عيب علمه أو لم يعلمه فرد عليه هل يحث ؟ قال ابن القاسم : أما العيب الذي رد عليه وقد فات الأجل فهو حانت علِم أو لم يعلم بالعيوب ، فهو بمنزلة من حلف على جارية بحريرتها أن يبيعها فوجدها حاملاً أنها تعتق ، وأما البيع الفاسد فإنه إن فات الأجل وهو على حاله أو لم يتغير بنماء أو نقصان حتى يكون قد فات الرد فيه رأيته يُرد ويعتق عليه ، وإن كان قد فات قبل الأجل لم أر عليه شيئاً ورأيته رقيقاً ، لأن الأجل لم يفت حتى ضمنه المشتري فلذلك لم يعتق عليه .

قال محمد بن رشد : أما الذي حلف أن يبيع عبده إلى شهر فباعه بيعاً فاسداً قبل الشهر فقوله إنه إن مات قبل الأجل فقد بر وإن مضى الأجل وهو على حاله فقد حث سواء رد عليه أو فات بعد الأجل لا أعرف نص خلاف إلا أن الخلاف يدخل فيه بالمعنى من مسألة الذي يبيع عبده بيعاً فاسداً قبل يوم الفطر فيمضي يوم الفطر وهو بيد المشتري ثم يرده عليه بعد يوم الفطر أو لا يرده

عليه لفواته عنده قبل يوم الفطر أو بعده إذ قد قيل إن فطرته على المشتري ، وإن رد على البائع بعد يوم الفطر لأنه لو تلف عنده وكانت مصيّبته منه وهو قول ابن القاسم ، فيأتي على قياس قوله هذا أن يبر بالبيع الفاسد وإن رد عليه بعد أن قبضه المشتري وهو قول أشهب في سماع أصيغ من كتاب النذور أن الحالف ليقضين رجلاً حقه يبر بالقضاء الفاسد وإن نقض ورد ، وقيل أيضاً إن فطرته على المشتري إن لم يرد على البائع وإن كان لم يفت عنده إلا بعد يوم الفطر لأنه إذا لم يرد على البائع فكانه لم يزل ملكاً للمشتري من يوم قبضه ، وهو قول ابن الماجشون ، فعلى قياس قوله يبر البائع بالبيع الفاسد إذا فات بيد المشتري وإن لم يفت عنده إلا بعد الأجل .

وتفرقة ابن القاسم في هذه الرواية بين أن يفوت العبد عند المشتري قبل الأجل أو بعده هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب ، لأن البر لا ينبغي أن يكون إلا بأكمل الوجوه ، وعلى القول بأن البيع الفاسد لا ينتقل به الملك ويكون المصيبة فيه من البائع وإن تلف بيد المشتري وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب جامع البيوع في بعض الروايات لا يبر الحالف بالبيع الفاسد على حال ، وهو قول رابع في المسألة .

وأما إذا حلف أن لا يبيع فإنه يحثت بالبيع الفاسد على ما يأتي له في رسم المدبر والعتق من سماع أصيغ قوله واحداً ، لأن الحث يدخل بأقل الوجوه إلا على القول بأن البيع الفاسد لا ينتقل به الملك .

واما قوله في الذي حلف أن يبيع عبده إلى أجل ثم رد عليه بعيه بعد الأجل : إنه حانت فهو على قياس القول بأن الرد بالعيوب نقض بيع بدليل استشهاده بمسألة أم الولد ، وهو خلاف المشهور من قوله ، لأن المشهور من قوله أنه ابتداء بيع ، فعلى قوله المشهور لا يحثت إذا رد عليه بعيه بعد الأجل أو قبله لأنه لو اشتراه قبل الأجل لم يُعنِ عليه عنده ، وقع ذلك من قوله في المدنية من رواية عيسى عنه ، وقال : إن من قال خلاف هذا فقد اخطأ

وللمغيرة في المدنية أنَّ من حلف بحرية عبده لبيعنه إلى أجل فباعه قبل الأجل أنه يحث إن ألفاً الأجل عنده ، ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أنَّ من حلف بحرية عبده أنَّ لا يفعل فعلًا فباعه ثم اشتراه أو وُهِبَ له أن اليمين ترجع عليه ويحث بحريته إن فعل ذلك الفعل إلا أن يعود إليه بمراث .

ووجه ذلك أنه يتهم على إسقاط اليمين عن نفسه ببيعه إيه ليرد عليه ، فعلى قياس هذا يجب أن يحث إذا رجع إليه قبل الأجل إلا أن يرجع إليه بميراث .

فيتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أنه يحث بمضي الأجل إن اشتراه قبل الأجل أو رد عليه ، وهو قول المغيرة في المدنية والذي يأتي على قول ابن القاسم في المدونة . والثاني أنه لا يحث في الوجهين جميعاً ، وهو على قياس القول بأن الرد بالعيوب ابتداء بيع وعلى أنه لا يحث بالشراء ، والثالث الفرق بين أن يشترىه أو يرد عليه بالعيوب ، وهو على قياس القول بأن الرد بالعيوب نقض بيع ، وهذا كله إذا لم يعلم بالعيوب ، وأما إذا علم به فلا اختلاف في أنه لا يبر إذا رد عليه قبل الأجل أو بعده لأنه يتهم على أنه إنما باعه وهو عالم بالعيوب ليرد عليه وبالله التوفيق .

مسألة

وسأله عن الرجل يحلف في جاريته بالحرية أن يَتَخَذْها أم ولد فيبيعها هل يحث فيها حين باعها أو يرد ذلك البيع وتكون عنده موقفة بحالها ؟ أو قال وهي في ملكه والله لا أَتَخَذْها أبداً هل تعتق عليه ساعة حلف بذلك أو لا تعتق عليه أبداً حتى يموت ؟ قال ابن القاسم : أرى أن تردد وتكون في ملكه حتى يبر أو يموت فتعتق في ثلاثة ، وكذلك قال مالك فيمن حلف في ريقه بحريتهم على أمرٍ أن يفعله ثم باعهم إنه يردد بيعهم ويوقفوا في يديه حتى يبر أو يموت فيعتقوا في ثلاثة .

قلت : فإن فُلْس سيدهم قبل أن يبر وقد حلف بحرি�تهم قبل الدين أو بعده يباعوا في الدين ؟ قال ابن القاسم : يباعوا في الدين للغرماء كانت يمينه فيهم قبل الدين أو بعده ، وليس لهم بمنزلة المدبر لأنه هو إن أراد أن يبر بَر وسقطت عنه اليمين ، وأن المدبر ليس له أمر يبر فيهم .

قال محمد بن رشد : قوله أرى أن تُرد تكون في ملكه حتى يبر أو يموت فتعتق في ثلاثة ، هو مثل ما في المدونة من قوله وروايته عن مالك ، خلاف قول ابن دينار فيها إنه إذا رد البيع فيها اعتقدت على البائع ، قال لأنه لا ينقض صفة مسلم إلى رق ، وإنما ينقض إلى عتق ، وقد ذهب بعض الشيوخ إلى أن ما وقع من قول مالك في رسم العتق بعد هذا هو مثل قول ابن دينار في المدونة ، وليس ذلك بصحيح على ما سنذكره إذا وصلنا إليه إن شاء الله .

وقوله إنهم يباعون في الدين كانت يمينه فيهم قبل الدين أو بعده وأنهم ليسوا بمنزلة المدبرين صحيح للعلة التي ذكرها ، وقد ذهب بعض الناس إلى أنه يعارض ذلك ما وقع في أول رسم المدبر والعتق من سماع أصبح بعد هذا أن هذه اليمين التي تكون فيها على حنث أقوى من المدبرة ، لأن المدبرة توطأ وهذه لا توطأ وليس ذلك ببين ، لأنه إنما أراد أنها أقوى منها في أن ولدها يدخلون معها ، وليس بأقوى منها في ذلك ، بل هي أضعف إذ قد اختلف في دخول ولدها معها في اليمين حسبما مضى القول فيه في رسم بيع ولا نقصان عليك ، ولم يختلف في دخول ولد المدبرة معها في التدبير ، ورأيت لابن دحون أنه قال في هذه المسألة : ولو اشتراهم بعد بيع السلطان عليه للغرماء لرجعت اليمين عليه لأنهم بيعوا وهو على حنث .

فأما قوله إن اليمين ترجع عليه فهو صحيح ، وأما تعليله ذلك بقوله لأنهم بيعوا وهو على حنث فليس بصحيح ، لأن اليمين ترجع عليه على مذهبه وإن كان على بر ، فهو نص قوله في المدونة خلاف قول غيره فيها وبالله التوفيق .

مسألة

وسألت ابن القاسم عن الرجل يحلف بحرية عبده أن لا يبيعه فيغتصبه منه إنسان فينقص عنده ، فهل له أن يأخذ قيمته ؟ قال : إن كان الذي نقصه أمر جاءه من الله وأخذ قيمته فقد حنت ، لأنه كان مخيراً على الغاصب إما أن يأخذ بعينه ولا شيء عليه في العيب وبين أن يسلمه ويأخذ قيمته ، فإذا أسلمه وأخذ قيمته كان بائعاً له ، ولو أصحابه غيره فأخذ له أرضاً أو لم يأخذ له فأسلمه كان حانثاً إذا رضي بالقيمة من غاصبه ، ولو أنه أخذه وأخذ ما أخذ الغاصب في جرمه أو اتبع الجارح بما جنى على عبده لم يكن عليه شيء ، فقد قال ابن القاسم في رسم القطuan في الرجل يحلف أن لا يبيع سلعة فتغصب منه فيجدها قد نقصت ، قال : إن كان نقصاناً يسيراً فأخذ قيمتها حنت ، وإن كان نقصاناً فاحشاً يكون الثالث فأكثر فأخذ له ثمناً فلا شيء عليه ، وقال أيضاً في كتاب المكاتب : إن كانت السلعة قائمة فهو حانث ، وإن كانت قد فاتت فأخذ قيمتها أو سلعة مثلها فلا حنت عليه .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة في رسم القطuan من سماع عيسى من كتاب النذور وقلنا فيها هنالك : إن الذي يتحصل من هذه الروايات ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يحنث بأخذ القيمة منه إذا فاتت عنده فواتاً يوجب له تضمين القيمة إياه يسيراً كان النقصان أو كثيراً بأي وجه كان وهو الذي في كتاب المكاتب والثاني أنه يحنث بأخذ القيمة منه فيها وإن فاتت ووجب له تضمين القيمة إياه يسيراً كان النقصان أو كثيراً بأي وجه كان ، وهو الذي في هذا الرسم والثالث أنه يحنث بأخذ القيمة منه فيها إن كان النقصان يسيراً ولا يحنث إن كان النقصان كثيراً أكثر من الثالث .

ووجه القول الأول أن ذلك ليس ببيع لأنَّ البيع إنما يكون برضى المتابعين ، والغاصبُ مجبورٌ على أخذِ القيمة منه .

ووجه القول الثاني أن ذلك بيع من أجل أنه مخير بين أن يأخذ سلعته وبضمته ما نقص يسيراً كان النقصان أو كثيراً وبين أن يسلّمها إليه ويأخذ منه قيمتها ، فأشبهه من حلف أن لا يبيع سلعة قد باعها على أنه فيها بال الخيار أنه يحث إن أمساكها له وإن كان المبتاع مجبراً على أداء الثمن فيها للعقد المتقدم .

والقولُ الثالث لا يخرج عن القولين فهو استحسان على غير حقيقة القياس .

وقد تُؤْوَل ما في كتاب المكاتب على أنه إنما أراد بما ذكره فيه من الفوات فوات عينها فترجع المسألة على هذا التأويل إلى قولين ، أحدهما أنه حانت بكل حال ، والثاني الفرق بين القليل والكثير ، والصحيح أن تُحمل الرواية على ظاهرها ، وقد بينا وجه ذلك وبالله التوفيق .

مسألة

وعن الأمة يكون بعضها حرّاً وبعضها رقيناً يطأها الذي له فيها الرق فتحمل فتعتق هل على الذي كان أعتقد بعضها من ولاء الولد شيءٌ أم لا؟ قال : لا ، الولدُ بينهما .

قال محمد بن رشد : روى ابن المواز عن ابن القاسم مثل رواية عيسى هذه ، وقال من رأيه ، والصوابُ أن يكون الولاء لأبيه ، والنسبُ أملُكُ به ، وعلى الأب عتق ، وبالحمل عتق الأم وكل ولد يلحق بأبيه ويخرج حرّاً فولاً وله لأبيه ولو أعتقد المتمسك بالرق ثم تزوجها رجل فلاؤه ولده لمواليه دون مواليها ، والذي قاله محمد بن المواز هو الصحيح ، لأنَّ كل ولد يولد للحر ويلحق به نسبة فولاً وله لموالي أبيه ، فإن كان مولى ولا يكون الولاء لموالي الأم

إلا إذا كان النسب منقطعاً من الأب مثل أن يكون ولد زنا أو منفياً بلعان أو كافراً حَرْبِياً وبالله التوفيق .

ومن كتاب العتق

وسئل ابن القاسم عن رجل باع عبداً من رجل فأعتقه المشتري فجاءه البائع فنقاضاه الشمن فأنكر أن يكون اشتراه وقال إنما استأجرته منك فخذ عبدك وقد علم البائع بالعتق .

قال : إن كان له مال يوم أعتقه فيه وفاة ثمنه فلا أرى له أن يأخذه ، وإن لم يكن له مال يوم أعتقه في ثمنه فضل عن دينه فأرى أن يأخذه وبيع منه قدر دينه ، ويعتق ما بقي منه فإذا لم يكن علِم بعتقه ولم يكن له مال يوم أعتقه .

قال محمد بن رشد : تحصيل القول في هذه المسألة أنه إن كان للمشتري وفاة بالشمن فلا يصح له أن يأخذه لأنه مقرّ أنه حُرّ بعتق المشتري إيهاب عليه ، وإن لم يكن له مال ولا كان في قيمته فضل عن ثمنه كان له أن يأخذه ، لأن الشمن الذي له عليه يرد عتقه فيه .

وأما إن كان في قيمته فضل عن ثمنه مثل أن يكون باعه منه بمائة وقيمة خمسون ومائة ، فلا يأخذه إلا أن يكون لم يعلم بعتقه إيهاب فأخذه وبيع منه ثلثيه بمائة ويعتق ثلثه ، وإنما لم يز أدنى يأخذه إذا علم بعتقه وكان فيه فضل لِجُوب عتقه عليه ، لأنه إذا أعتق عليه الفضل بإقراره أنه أعتقه أعني علىه باقيه وإنما يجب أن يُعتق عليه باقيه على القول بأن ما أعتق عليه منه بإقراره بأن المشتري أعتقه يكون ولاؤه له لا للمشتري .

فقول ابن القاسم في هذه المسألة خلاف ما مضى من قوله في رسم

يوصي لمحاتِه من أنَّ من شهد على ابنه بعتق عبدٍ له فملك منه شقصاً زائداً على ميراثه منه أنه يعتق عليه جميعُ ما ملكه منه ، ولا يقوم عليه باقية ، وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك ، والذي يأتي في هذه المسألة على قياس قوله في رسم يوصي لمحاتِه أنه لا يقوم عليه باقية أن يكون له أن يأخذ العبد إذا كان في قيمته فضلٌ عن ثمنه وإن كان عالماً بعتق المشتري إياه فيباع منه بقدر الثمن ويعتق عليه باقية الباقي .

وقوله فيها إنَّ كان له مال يوم أعتقه فيه وفاء ثمنه فلا أرى له أن يأخذه ب يريد ويعتق عليه بإقراره أنَّ المشتري أعتقه على ما يأتي من قوله في رسم المدبر والعتق من سماع أصبع هو على قياس أحد قولي ابن القاسم في المدونة في العبد بينَ الشريكين يشهدُ أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبي منه وهو موسرٌ أنه يعتق عليه نصيبي لأنَّه مقر على نفسه بوجوب عتقه على شريكه بالتقويم ، وكذلك هذا يعتق عليه العبدُ لإقراره على نفسه بوجوب عتقه على المشتري بالشراء ، إذْ قد أعتقه بعدَ أن اشتراه ، فالمعنى في المسؤولتين سواءً ، يدخل الاختلاف في هذه ^(٢) تلك وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن رجل هلك فورثته ابنته وأبنه فشهدوا أنَّ أباهما أعتق هذا العبد واختلفا ، فقال الابنُ هذا وقالت الابنةُ هذا .

قال : لا شهادة لهما فإنَّ ملْكَ أحدهما من شهد له أعتق عليه كلَّه أو ما حملَ ثلثَ الميت ، قال : وإنْ اجتمعوا على عبد واحد عتق في ثلثَ الميت أوَّلَ ما حَمَلَ الثلثُ منه إذا لم يكن للميت وارث غيرهما .

(٢) بياض بالأصل ناشيء عن طمس في ق ٣ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه لا شهادة لهما إذ لا يثبت العنق بشهاد واحد ولا تجوز فيه شهادته ، وقد مضى في رسم العربية ورسم يوصي لمكاتبته تحصيل القول فيما يلزم من شهد من الورثة بعتق على موروثه فلا معنى لإعادته ، فإن اجتمعا جمِيعاً على عبد واحد ولم يكن للميت وارث غيرهما جاز إقرارهما على أنفسهما وعتق في ثلث الميت كما قال إن كان إنما شهدا أنه أعتقه في مرضه أو أوصى بعتقه ، وهذا بين لا إشكال فيه وبالله التوفيق .

مسألة

وسأله عن إخوة ثلاثة شهد اثنان منهم بعتق عبد وقال الثالث لا بل هو هذا ولا وارث له غيرهم .

قال يعتق الذي شهد له الشهيدان إن حمله الثلث ولا يعتق الذي أقر له الواحد إلا أن يملكه كله أو بعضه فيعتق عليه منه ما حمل الثلث ، فإن لم يملكه كله وملك منه بعضه عتق منه عليه ما ملك ، ولم يقوم عليه حظوظ شركائه ، قال : وإن لم يصر له منه إلا مال أمره بأن لا يأكله وأن يجعله في رقبة يعتقها ، فإن لم يكن فيه ما يعتق به رقبة استثم به قطاعة مكاتب أو أعتق هو وقوم عبداً ، قال عيسى : وهذا إذا كان الذي شهد للواحد مكذباً لشاهد الآخر ، وإما إذا كان الذي شهد لهذا غير مكذب لشهادة الأولين لآخر فإنما يعتق عليه من الذي شهد له إذا ملكه ما كان يحمل الثلث منه مع الآخر أو تحاصا فيه .

قال محمد بن رشد : قوله شهد اثنان منهم بعتق عبد ، معناه أنه أوصى بذلك أو بتأل عتقه في مرضه الذي مات منه بدليل قوله : يعتق الذي شهد له الشهيد إن حمله الثلث .

وقوله ولا يعتق الذي أقر له الواحد يريد ولا حظه الذي صار له بالميراث

منه .

وقوله إلا أن يملكه كله أو بعضاً يريد إلا أن يملك بقيته فيستخلصه بذلك منه أو يملك منه جزءاً زائداً إلى ميراثه منه فيعتق عليه منه ما حمل الثالث .

وقوله فيعتق عليه ما حمل الثالث معناه دون الآخر الذي اعتق من الثالث بالشهادة ؛ لأن مكذب لها على ما قاله عيسى من أن هذا إذا كان الذي شهد للواحد مكذباً لشاهدِي الآخر فقول عيسى بن دينار في هذا مفسر لقول ابن القاسم في هذه الرواية خلاف قوله في سماع أبي زيد بعد هذا من هذا الكتاب ، وخلاف ما مضى من قوله أيضاً في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الوصايا ، إذ قد نص في هذا الموضعين جميعاً على أنه إنما يعتق عليه ما حمل الثالث منه مع صاحبه الذي عتق بالشهادة ، والذي في هذه الرواية هو الصحيح في النظر ، وأما قول عيسى بن دينار إذا كان الذي شهد لهذا غير مكذب لشهادة الأولين فإنما يعتق عليه من الذي شهد له إذا ملكه ما كان يحمل الثالث منه مع الآخر لو تَحَاصَّ فيه ، فلا ينبغي أن يحمل على التفسير لقول ابن القاسم ، لأن المنصوص لابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الوصايا أنه يُسْهِم بينه وبين العبد الذي اعتق بالشهادة ، فإن خرج السهم عليه عتق إن حمله الثالث أو ما حمل منه ، وهو الصحيح في النظر ، لأن هذا هو الذي كان يجب لهذا العبد لو ثبت ما أقر به الوراث من أنه أوصى بعتق العبدين جميعاً وبالله التوفيق .

مسألة

وسألت ابن القاسم عن رجل حلف بالحرية أو بطلاقٍ إن لم يكن بفلانة عيب بموضع كذا وكذا مما لا يراه إلا النساء وهي حرفة أو

أمة مملوكة ، فقلت الحرة لا أُمكِّن أحداً ينظر إلى لا امرأة ولا غيرها ، وقال الرقيق والزوجة ليس ذلك بنا أو أذنت الحرة في أن ينظر إليها امرأة فنظرت فقالت ليس بها ما قال ، هل يحث بالعنق والطلاق بقولها ؟ قال : لا يحث ، وهو يُدَيْنُ وليس نظر النساء بشيء .

قال الإمام القاضي : هذا كما قال ، إذ لا يجب الطلاق والعنق بشهادة النساء ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسائله عن عبد بين رجلين قال له أحدهما : أَخْدُمْنِي عشر سنين وأنت حر ، وقال له الآخر : أنت مدبر .

قال : أرى أن يُترك على حاله في العنق والتدبير ، فإن مات الذي دَبَرَ قبل عشر سنين وترك ما لا يخرج نصيه من ثلاثة عتق نصيه وبقي النصف الآخر إلى الأجل الذي أعتق إليه ، وإن مات ولا مال له أو كان له من المال ما لا يُتِمُ في ثلاثة عتق نصفه عتق منه ما عتق في ثلاثة ، وقوم ما بقي من الرق في النصف على الذي أعتق إلى عشر سنين فكان حُرراً إلى عشر سنين ، وإن انقضت العشر سنون قبل موت الذي دبر قوم على هذا الذي أعتق إلى عشر سنين نصف صاحب المدبر فيعتق عليه كله وانفسخ التدبير الذي دبر إلا إن شاء الذي دبر أن يُعجل عتق نصيه فيكون ذلك له .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن التدبير لا يلزم به التقويم كالعنق إذ قد يُرُدُّ الدين ، وإنما التقويم فيه أو المقاومة على اختلاف قول مالك حَقٌّ للذي لم يدبر من أجل الفساد الذي أدخله عليه فيه بتدبير حظه منه ، فإن شاء قومه عليه أو قاومه فيه على اختلاف قول مالك ، وإن شاء

تمسك بحظه منه ، فسواء في هذه المسألة علم الأول منهمما أو لم يعلم ، بخلاف إذا أعتقد كل واحد منها حظه منه إلى موت صاحبه أو إلى موت رجل سماه ، وقد مضى الكلام على ذلك في رسم أوصى .

فإن كان الذي أعتقد نصيبي إلى عشر سنين هو الأول منهمما لم يصح أن يُقوم عليه نصيب شريكه المدبر ، إذ قد يجب له العتق بالتدبير قبل العشر سنين لا سيما وقد قيل وهو أحد قولي مالك إنه لا يُقوم على من أعتقد حظه من عبد إلى أجل حظ شريكه حتى يحل الأجل ، فإن مات الذي دبر حظه قبل العشر سنين فرده الدين أو لم يحمله الثالث قوم على ما قال مارق منه على الذي أعتقد إلى عشر سنين على القول بتعجيل التقويم على من أعتقد حظه من عبد بينه وبين شريكه إلى أجل .

وإن كان الذي دبر نصيبي هو الأول منهمما لم يكن لشريكه عليه حجة فيما كان يجب له عليه من التقويم أو المقاومة إذ قد أفادت نصيبي بعتقه إلى أجل ، فإن حل الأجل قبل أن يموت شريكه الذي دبر نصيبي قوم عليه حظ شريكه المدبر كما قال على قياس قوله في المدونة في المدبر بين الرجلين يبتلي أحدهما نصيبي : إنه يقوم عليه نصيب شريكه المدبر ، ولا يقوم عليه على القول بأنه لا يقوم على من أعتقد حظه من عبد حظ شريكه الذي كان دبره قبل من أجل أن التدبير عقد قوي لازم يصح به الولاء للمدبر ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن رجل قال : ابتعوا غلاماً فأعتقدوه ، أو قال غلام بنى فلان فأعتقدوه هل يوقف في الأيام الثلاثة أو يشتري بيع البراءة ويعجل له العتق .

قال : أرى أن يشتري بيع البراءة ويعجل له العتق ولا يخاطر

قال محمد بن رشد : أما إذا كان عبداً معيناً فكما قال ، لا ينبغي أن يشتري على العهدة فيخاطر به ، إذ قد يموت في الأيام الثلاثة فتبطل الوصية له بالعقل .

واما إذا كان غير معين فالصواب أن يشتري على العهدة ، لأنه إن مات في الثلاثة الأيام أو أصابه فيها عيب كان من البائع ، واشتري غيره للعقل في الوصية ، وإن اشتري على البراءة وعجل له العنق قد يُصيّب عيب في الثلاثة الأيام فلا يمكن ردّه ، ويكون قد اعْنَقَ عنه عبداً معيناً ، وهذا بين فلا ينبغي أن يُحمل كلامه في الرواية إلا على العبد المعين بقوله اشتروا غلاماً بني فلان فأعْنَقوه وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن الرجل يخبر عن الرجل أنه قد أعتق عبداً ثم يشتريه بعد ذلك .

قال : إن كان خبره على وجه أنه قد علم ذلك منه ، يُخْبِرُ عنه بأنّه قد أعتقه عندي ليس يخبره عن أحد أخباره بهرأيُّ أن يُعْنَق عليه .

قال الإمام القاضي : هذا تفسير قوله في المدونة ، وأشهدُ يرى انه لا يعتق عليه إلا أن يقيّم على قوله بعد أن اشتراه ، وأماماً إن كذب نفسه فلا يعتق عليه ، وإذا أعتق عليه فلاؤه عند ابن القاسم للذى أخبر عنه أنه أعتقه ، وقال أشهدُ والمخزومي ولاؤه للذى أعتق عليه ، وقد ذكرنا هذا في رسم أوصى وما يلزم من تقويم الشقص على هذا الإختلاف ، والله الموفق .

مسألة

وقال في المدبر والعبد يوصى بعتقه فيعتق أحدهما عبداً قبل أن يقوما بعد موته السيد .

قال : منزلة من اعتقا بمنزلتهما إنْ كان للسيد أموال مأمونة فماتا أو مات من اعتقا قبل التقويم ورثهم ورثتهم من الأحرار وإن لم تكن له أموال مأمونة فلا عتق لها ولا لمن اعتقا حتى يُقَوْمَا في الثالث ، فإن خرجا حرين في القيمة عتق من عتقا وكان ولاؤُهم لهما .

قال محمد بن رشد : هذا على مذهبه في المدونة في مُرَاعَاةِ المال المأمون ، وقد قيل إنه لا يُراعى ، وهو قول بعض الرواة في المدونة ، فقيل المريض لا يُنظر فيه إلا بعد الموت والتقويم كانت له أموال مأمونة أولم تكن وهو القياس وبالله التوفيق .

مسألة

قال في الذي يشتري أباه أو أخيه فلا يدفعه إليه البائع حتى يأتيه بالثمن فيهلك العبد قبل أن يأتيه أو يُقتل .

قال : إذا ملكه المشتري فهو حر وإن لم يقبضه ، لأنَّ ضمانه منه فهو في جراحه وميراثه وعقله بمنزلة الحر إذا كان لمشتريه مال .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنَّ من ملك من يُعْتَقُ عليه بوجه من وجوه الملك فَيَنْفَسِ الْمِلْكُ يكون حُرًّا دون أن يُسْتَأْنَفَ له العتق أو يحكم له به ، وهذا ما لا اختلاف فيه أعلم ، ومعنى ما روي عن النبي عليه السلام من قوله : هو « لا ولد والده^(٣) إلا أن يَجِدَه مَمْلُوكًا فَيُشْتَرِيهِ فَيَعْتِقُه » معناه فيعنته بشرائه إيه الذي هو سبب لعتقه ، لا أنه يكون له ملوكاً بعد الشراء حتى يعتقه ، وفي القرآن ما ينفي أن يكون ولد الرجل عبداً له وهو قوله تعالى : « وَمَا يَنْبِغِي لِرَحْمَانِ أَنْ يَتَخَذَ ولَدًا إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ

(٣) كذا بالأصل و ق ٣ : لا يجزي ولد والده . والذى في متوى الأخبار لا يجزي ولد عن والده . والحديث رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة .

إِلَّا عَاتَيِ الرَّحْمَانِ عَبْدًا ^(٤) وإذا انتفى المِلْكُ مِنَ النَّبِيَّ فَأَخْرَى أَنْ يَنْتَفِي مِنَ الْأَبْوَةِ ، وقد مضى في رسم العتق من سماع أشهب تحصيل القول فيما يعتق على الرجل بالملك من ذوي محارمه إذا ملكهم ، فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن الرجل يحلف بحرية غلامه أن لا ينقصه من ألف دينار فيبيعه إلى أجل سنة .

قال : لا يحيث إذا لم يكن سمي تأخيراً حين حلف .

قال محمد بن رشد : في قوله في هذه المسألة لا يحيث إذا لم يكن سمي تأخيراً حين حلف نظر ، لأنه إذا لم يحيث إذا لم يسم تأخيراً فأخرى أن لا يحيث إذا سمى تأخيراً ، فمراده أنه لا يحيث وإن لم يكن سمي تأخيراً حين حلف ، وإنما تكلم على الوجه الذي قد يشكل ، وهو إذا لم يسم التأخير ولا نواه في يمينه ، إذ لا إشكال في أنه لا حث عليه إذا سمى التأخير ونواه ، وقد قال ابن دحون فيها : إنها مسألة حائلة اللفظ ، والجواب قال : وإنما جوابها أنه لا يحيث إذا نوى تأخيراً حين حلف ، فاما قوله إنها مسألة حائلة اللفظ فليس بجيد ، إذ له وجه يصح به ، فهو ما بينه من أنه تكلم على الوجه الذي قد يشكل في المسألة ، وسكت عن الوجه الذي لا يشكل إتكالاً على فهم السائل فلا يقام من قوله دليلاً على أنه يحيث إذا سمى تأخيراً حين حلف ونوى ذلك .

وأما قوله إن الجواب فيها أنه لا يحيث إذا نوى تأخيراً حين حلف فليس ب صحيح ، لأن فيه دليلاً على أنه يحيث إذا لم ينو تأخيراً حين حلف ، والصواب أنه لا حث عليه إذا لم تكن له نية وإنما يحيث إذا نوى النقد أو سماه

(٤) الآية ٩٣ من سورة مریم .

أو كان ليمينه بساط يدل على أنه أراد النقد ، ولو حلف على رجل بعينه أن لا يبيعه منه بأقل من عشرة وقد سأله أن ينقصه منها فحلف أن لا يفعل ثم باعه منه عشرة إلى أجل تخرج ذلك على الاختلاف فيمن حلف أن لا يضع عن رجل شيئاً من دين له عليه فآخره به ، وقد مضى الكلام على ذلك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب وكتاب الأيمان بالطلاق وبالله التوفيق .

مسألة

سألت ابن القاسم عن الرجل يحلف بحرية جارية له على أمِّ أن يفعله فولدت بعد اليمين أولاداً فباعها وبقى أولادها في يده .

قال ابن القاسم يردد البيع وتكون موقفة هي وولدها حتى يموت السيد فيعتقون في ثلثه أو يبر ويُضئَّب بها ما شاء ، ولا يطأ جارية إن كانت فيهم ، وهذا كله قول مالك ، فإن ماتت فولدها موقوف بمنزلتها .

قلت : فإن اعتقها الذي اشتراها أو ولدت منه أولاداً أو دبرها .

قال : إن كان إلى أجل رُدّ عتقه وأوقفت إلى أجل حتى يبر أو يحيث ، وإن كان إلى غير أجل لم أر أن يردد عتقه ، لأنها إنما تعتق في الثلث ، ولعلها أن ترق فيلحقها الدين وقد عتقت وقد جاءها ما هو أثبت ، والمدبر والمدبر بمنزلة إذا أعتق لم يردد وإنما يعتق في الثلث ، لأنه قد جاء ما هو أثبت ، فأمرُّهما واحد .

ولو كانت جارية فأتخذت أم ولد فإن كانت اليمين إلى أجل وفات الأجل وهي في يد المبتعث عتقت ورد الثمن وتأصل بولدها من ثمن أمّهم ، فإن كانت قيمتهم أدنى من ثمن أمّهم رجع على البائع ببقية الثمن ، فإن كانوا سواء فلا شيء على البائع ، وإن كانت قيمة الولد أكثر لم يرجع عليه البائع بشيء ، قال : وإن مات السيد قبل

الأجلِ كانت أُمَّ ولد لمن اشتراها لأنَّه مات على بَرِّ فلم يحنث فيها ، وإن عتقت ردت وأوقفت فإن مات السيد قبل الأجل جاز عتقُ من اعتقها وإن أني الأجل ولم يبر عتقت عليه ورد الثمن إلى المشتري ، وإن بَرْ جاز عتقُ من اعتقها .

وقال ابنُ كنانة يعتق ما في يديه من ولدها وما باع فليس عليه في ذلك حنث ، وقال أشهبُ لا شيءٌ عليه من قيمة ولدها منه ، قال عيسى : أَرَى إِنْ باعُوهُمْ قَبْلَ الْحَنْثِ فَاعْتَقُهُمْ فَأَرَى عَتَقَهُمْ جائزًا ولا يُرَدُّ الْبَيْعُ كَانَ إِلَى أَجْلٍ أَوْ غَيْرِ أَجْلٍ .

وقد سُئِلَ مَالِكُ عَنْ حَلْفٍ بِعْتَقِ جَارِيَةٍ لِيَضْرِبَنَّهَا فَأَنْسَى يَمِينَهُ حَتَّى يَبْاعَهَا مِنْ رَجُلٍ فَأَصَابَهَا ذَلِكُ الرَّجُلُ فَحَمِلَتْ مِنْهُ ، ثُمَّ شَهَدَ عَلَيْهِ شَاهِدًا أَنَّهُ قَدْ كَانَ حَلْفٍ بِعْتَقِهَا لِيَضْرِبَنَّهَا .

قال مالِكٌ : قد عتقت منه حين باعها قبل أن يضربها وَيُرَدُّ ثمنها إلى الذي كان باعها منه ، قال ابن القاسم : إِذَا فَاتَتْ بِالحمل عتقة وَرَدَتْ عَلَى المُشَتَّرِي الثَّمَنَ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا سَبِيلٌ ، وإن لم تتحمل رُدُّتْ فِي بَرِّ فِيهَا بِضْرِبَهَا ، قال عبد الله بن نافع : إِنْ لَمْ تَحْمِلْ رَأَيْتَ أَنْ تُرَدَّ إِلَى سَيِّدِهَا .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي حلف بحرية جارية له على أمر أَنْ يَفْعَلَهُ فولدت بعد اليمين : إِنَّ ولدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا يَدْخُلُونَ فِي الْيَمِينِ مَعَهَا هُوَ الْقِيَاسُ وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، وقد قيل إن ولدَهَا لَا يَدْخُلُونَ فِي الْيَمِينِ ، وهو قول المغيرة المخزومي ، وقد ذكرنا ذلك في رسم بع ولا نقضان عليك ، وأما إِذَا باعها قبل أن يبر فيها بفعل ما حلف لي فعلته فالمشهور أَنَّ الْبَيْعَ يُرَدُّ وَتَبْقَى الْأُمَّةُ فِي يَدِ الْبَائِعِ حَتَّى يَبْرُ أو يَحْنَثْ بِمَوْتِهِ فَيُعْتَقُ فِي ثَلَاثَةِ ، وكذاك إِذَا دَبَّرَهَا وإن كان لم يُجْبَ في الرواية على التدبير ، ولا بن دينار في المدونة في

الذي يحلف بعقد جاريته ليضربها فيبيعها إنَّ الْبَيْعَ يُرِدُ ويعتق عليه ، قال : لأنَّى لا انقض صفة مسلمٍ إلى رق ، ولا انقضها إلا إلى عتق ، فتعليله يدل على أنه لا فرق عنده بين أن يكون يمينه على ضربها او على ما سوى ذلك من الأفعال ، وهو بعيد أن يعتق عليه إذا كانت يمينة على ما سوى ضربها ، لأن البر يمكنه بعد بيعها بفعل ما حلف ليفعلنه ، وأماماً إذا حلف بحرفيتها ليضربها فباعها فعتقها عليه ببيعها إليها وجه وهو لا يمكنه البر فيها بضربها بعد بيعها ، فوجب أن يبحث وتعنق عليه ، وقد حكى ذلك ابن حبيب عن مالك وقول ابن كنانة في هذه الرواية إنَّه ليس عليه فيما باع حنث قول ثالث في المسألة ، ووجهه أنه لما باعها قبل أن يحنث فيها لم يكن عليه شيء .

وأماماً إنَّ لم يُعْثِرْ على ذلك حتى اعتقها المشتري أو أولادها فينفذ عتقه فيها وإيلاده لها ، ولا ترد على البائع على ما قاله ابن القاسم في هذه الرواية ، ومعنى ذلك إذا كانت يمينة بغير ضربها ، وأماماً إذا كانت يمينة بضربها فتعنق على البائع ويرد الشمن على المشتري على ما قاله ابن القاسم في رسم المدبر والعتق من سماع أصبع إذا أولادها المشتري ، وعلى ما قاله مالك في هذه الرواية إذا اعتقها إذ لا فرق بين العتق والإيلاد في هذا الموضع عند ابن القاسم ، لأنه لا يرى على المبتاع قيمة الولد على ما قاله في سماع أصبع ، وهو الذي يدل عليه قول مالك : قد عتقت منه حين باعها ، لأنَّها إذا كانت قد عتقت عليه حين باعها فإنما وطى المبتاع حرّة ، ومن رأى أنَّ عتقها لا يجب على البائع إلا بفواتها بالحمل من المشتري احتمل أنَّ يُوجَبَ عليه قيمة الولد ، والأظهر ألا يجب عليه فيه قيمة إذ لم يتقدم الحمل على العتق وإنما وقع معاً ، وليس قول ابن القاسم في هذه الرواية بخلاف لقول مالك فيها .

وأماماً إذا حلف بحرفيتها أنَّ يفعل فعلًا إلى أجل فباعها قبل الأجل فعثر على ذلك قبل أنْ يفوت فَيَرِدُ الْبَيْعُ ويقر بيد البائع حتى يبر أو يبحث ، ويأتي على تعليل ابن دينار أنَّ يُرِدُ الْبَيْعُ ويعتق على البائع ، وكذلك يأتي على ما

حكاه ابن حبيب عن مالك إن كانت يمينة ليضربَنَها حسبما مضى إذا كانت يمينة إلى غير أجل .

وأما إذا لم يُعثر على ذلك حتى أولدها أو أعتقها والأجل لم يَحْلِ فقال ابن القاسم في الرواية : إن العتق يُرد إن اعتقها ويُوقَف إلى الأجل حتى يبر أو يحنث يريد فإن بَرَ فيها يُفْعَل ما حلف ليفعلنه أو مات قبل الأجل مضى البيع ونفذ عتق المبتاع فيها وإن حَنَثَ بحلول الأجل عتق على ورد الشمن إلى المشتري ، وكذلك يجب في الإيلاد على مذهب خلاف قول عيسى بن دينار من رأيه : إن البيع لا يرد إذا أعتقهم المشتري ، ويمضي العتق كانت اليمين إلى أجل أو إلى غير أجل ، وكذلك لا يُرد البيع فيها إذا أولدتها على مذهبه كانت اليمين إلى أجل أو إلى غير أجل ، وهو الذي ذكرناه من مذهب ابن القاسم إذا فات عند المشتري بحمل أو عتق إنما معناه إذا كانت يمينة بغير ضربها وأما إذا كانت يمينة بحريتها ليضربَنَها إلى أجل فباعها ولم يُعثر على ذلك حتى أعتقها المشتري أو أولدتها فتعتق على البائع ويرد الشمن على المشتري أعتقها أو أولدتها على ما قاله مالك إذا كانت اليمين إلى غير أجل ، ولا خلاف في هذا الوجه إلَّا ما يتخرج من الاختلاف في وجوب القيمة في الولد على المشتري حسبما وصفناه إذا كانت اليمين إلى غير أجل .

وأما إن لم يُعثر على ذلك حتى فات الأجل فإنها تعتق على البائع ويرد الشمن على المشتري في العتق والإيلاد ، ويكون عليه في الإيلاد قيمة الولد إلَّا أن يكون أكثر من الشمن ، ومعنى ذلك عندي إذا كان الإيلاد قبل حلول الأجل ، وقال أشهب : لا شيء عليه من قيمة ولده منها ، ومعنى ذلك عندي إذا كان الإيلاد بعد حلول الأجل ، فعلى هذا لا يكون قول أشهب مخالفًا لقول ابن القاسم ، ومن حمله على الخلاف فإنما ذلك إذا كان الإيلاد قبل الأجل .
فيكون وجه قول أشهب أن البائع لما باع الجارية منه وهو قد حلف بعتقها فقد سلطَه على إيلادها وترك حقه في ولدها .

وأما إذا كان الإيلاد بعد حلول الأجل فلا إشكال في أنه لا قيمة عليه في

الولد ، لأنَّه إنما أُولَد حُرَّةً ، وإنما قال ابن القاسم إنَّه لا يكون على المباع في الولد أكثر من الثمن ، لأنَّ البائع إذا باعها فقد رضي بالثمن فلا يكون له فسخُ البيع في الولد أكثر من ذلك .

وإنما ينقض البيع بعد العتق أو الإيلاد ويرد الثمن إلى المشتري إذا كانت على اليمين بينه أو أقرَّ بذلك المباع ، وأما إن لم يصدقه المشتري ولا قامت بذلك ببينة فهي أمٌ ولد له ، ويُنتَظِرُ البائع بالثمن بتصديق المباع ، فإنْ يئس من ذلك جعل ثمنها في رقبة يعتقها ، قال ذلك أشهَبُ وحْكَاه ابن سحنون عن أبيه .

ولا اختلاف في أنَّ البائع إنْ كانت يمينه ليضربها لا يبر بضربها بعد العتق أو الإيلاد .

واختلف هل يبر بضربها بعد أن باعها ، فقال أشهَبُ : إنَّه يبر بذلك وإنْ نَفَّصَهَا بضربِه غَرَمَ النَّقْصان ، وقال ابن القاسم : لا يبر بذلك لأنَّه ضرب عدي على غير الوجه الذي حلف عليه ، بخلاف حلفه على ما سوى ذلك من قضاء دين أو غير ذلك .

واختلف أيضًا إذا حلف ليضربها فكتابتها ثم ضربها بعد الكتابة ، فقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : يبر بذلك ، وقال أشهَبُ لا يبر بذلك مثل قول أصيغَ وروايته عن ابن القاسم في رسم المدبر والعتق من سماعه بعد هذا ، قال مالك : ولا ينقض كتابتها ولكن يوقف ما يؤدي ، فإنْ عتقت بالأداء تَمَّ فيها الحنث ، وصارت حرة وأَخَذَتْ كُلُّ ما أَدَتْ ، وإنْ عجزت ضربها إن شاء فَبَرَّ ، قال أشهَبُ : ولو كان ضرب لا يجوز له عجل عليه الحنث ، وقال سحنون في المجموعة : فإنْ ماتَ السَّيْدُ ولم تؤَدِ الكتابة وله مال يحمل ثلث الأمة عتق فيه وسقط عنها باقي الكتابة ، وكان ما وقف رَدَّاً عليها ، وإنْ كان عليه دين يحيط مضمته على الكتابة وكان للغرماء النجومُ فإنْ وَدَتْ تَمَّ عتقها وإنْ عجزت كانت وما اخذ منها في دين سيدها ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال ابن نافع لي في المرأة تلِدُ ثم تهلك هي وولُدُها في ساعة واحدة ، قال : يحلف أبو الصبي أو ورثته مع شهادة النساء أن الأم ماتت قبله ويستحقون ميراثه ، لأنه مال ، وروها أصبح في كتاب الكراء والأقضية وقال : نظيرها من قوله شَهَادَتُهُنَّ أنه ذكر أو أنثى يجوز أن ذلك جائز ويحلف معهن .

قال محمد بن رشد : أما شهادة النساء في المرأة تلد ثم تهلك هي وولُدُها في ساعة واحدة على أيهما مات أولاً بلا اختلاف في إجازتها على ما قال لأنها شهادة على مال لا تتعذر إلى ما سواه .

وأما شهادتهن أنه ذكر أو أنثى فلا يجوز على قول ربعة وسحنون في المدونة : إن شهادة النساء لا تجوز على الإستهلال ولا على قتل الخطأ إلا مع حضور البَذَن ، لأنه يمكن بقاء البدن حتى يراه الرجال فيشهدون على أنه ذكر أو أنثى ، وهو قول مطرف عن مالك وأشهب عن مالك أيضاً في كتاب ابن سحنون ، وهو القياس لأنه لا يصير نسباً^(٥) قبل أن يصير مالاً على ما قاله ابن القاسم في رواية أصبح عنه في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الشهادات وقد مضى هناك الكلام على هذا مستوفى وبالله التوفيق .

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم في رجل تزوج أمّه فولدت له غلاماً فكبَرَ الغلام ثم مات أبوه فتزوج ابنه هذا حرّة فولدت له ولداً بعد وفاة الجد الحر والأب المملوك حي .

(٥) كذا بالأصل : لأنه لا يصير نسباً . . . ، والصواب لأنه يصير نسباً بدون لا النافية .

قال ولاؤه لموالي أمه ولا يجر الجد المتوفى ولاء ولديه الذين ولدوا بعد موته ، إنما يجر ما كان حيا .

قال ولو توفي الجد وأمه به حامل جر ولاء وكان ولاؤه لموالي الجد إذا حملت به قبل وفات الجد .

قال والأب المملوك ها هنا لا يحجب ولا يجر وهو بمنزلة الميت والكافر .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن ولد العبد من الحرّة إذا كان جده قد مات قبل ولادتهم وقبل أن يحمل بهم ، لموالي أمهما إن كانت معتقة ثم لم يجُب له ذلك بسببيهم ، وهم الأقرب فالأقرب من العصبة الرجال ، فإن كانت حرّة لم تعتق فولاؤهم لموالي أبيها ، وإن كانت ابنة زنا أو مُنفيّة بلعan أو أمة أو كافرة فولاؤهم لموالي أمها ، فإن اعتق أبوهم لجر الولاء إلى مواليه عن موالى الأم ، ولو مات الجد بعد ولادة الأولاد لكان ولاؤهم لمواليه ما دام ابنه عبداً فإن اعتق جر ولاء الولد إلى مواليه عن موالى الجد وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبس

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول في كلام واحد نسقا : نصف غلامي هذا حرّ ونصفه صدقة على فلان ، أو يقول نصفه صدقة على فلان ونصفه حر .

قال : إن بدأ بالعَنَاقَة فهو حرّ كله ، وإن بدأ بالصدقة فالنصف عتق والنصف الذي تصدق به يُقْوَمُ عليه إن كان له مال ، ثم قال لي

أيضاً : بل أراه عتيقاً كله ، وذلك لأنَّ مالكًا قال لي في الرجل يتصدق بالعبد ثم يعتقه قبل أن يَحُوزَه المتصدق عليه : إِنَّ العتقَ علىه أولى به ، فَإِنْهَا الْذِي أَعْتَقَ نَصْفًا وَتَصَدَّقَ بِنَصْفِه أَنْهُ قَدْ أَعْتَقَهُ قَبْلَ أَنْ يَحْازَ مِنْ يَدِيهِ ، فَهُوَ بِذَلِكِ عَتِيقٌ كُلُّهُ ، قَالَ : وَاحْبُّ ذَلِكَ إِلَيَّ أَنْ يَعْتَقَ ، قَالَ أَصْبَحَ : الْقَوْلُ الْآخِرُ لِيْسَ بِشَيْءٍ وَلَيْسَ بِحَجَةٍ ، إِنَّمَا يَكُونُ حُجَّةً إِذَا تَصَدَّقَ بِهِ ثُمَّ لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا بَعْدَ حِينَ بَقَدْرِ مَا يَمْكُنُ أَنْ يَعْلَمَ الْمَتَصَدِّقُ عَلَيْهِ بِصَدْقَتِهِ فَلَا يَقُولُ وَلَا يَحُوزُ حَتَّى يَعْتَقَ الْمَتَصَدِّقُ فَجُوزَ عَتْقُهُ ، وَأَمَّا إِنْ تَصَدَّقَ ثُمَّ يَعْتَقُ فِي مَقَامِهِ ذَلِكَ وَفِي كَلَامِهِ ، فَهَذَا مُتْلِفٌ لِصَدْقَتِهِ نَادِمٌ رَاجِعٌ فِيهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَغْرِمَ لَهُ نَصْفَ القيمة بِمِنْزِلَةِ الشَّرِيكِ .

قال محمد بن رشد : أما إذا بَدَأَ بالصدقة فالقولُ الأول الذي رَجَعَ عنه من أن النصف عتيق ويُقَوَّمُ عليه النصف الذي تصدق أولاً هو القياس ، وذلك أنه لما تصدق بنصفه أولاً صار المتصدق عليه شريكاً معه فيه قبل أن يعتق حصته منه ، فوجب أن يُقَوَّمُ عليه كالعبد بين الشركين يعتق أحدهما حظّه منه انه يُقَوَّمُ عليه إِنْ كان موسراً .

أما القول الثاني فإنَّما يتخرج على القول بِأَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ يَكُونُ حَرَّاً كُلُّهُ بِالسَّرَّائِيْدِ دونَ أَنْ يَعْتَقَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ خَلَافُ المَشْهُورِ فِي الْمَذَهَبِ .

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا أَعْتَقَ نَصْفَ عَبْدِهِ بَعْدَ أَنْ تَصَدَّقَ بِالنَّصْفِ الْآخِرِ قَبْلَ أَنْ يَقْبَضَ مِنْهُ رَاعِي قَوْلِ الْمُخَالِفِ فِي أَنَّ الصَّدَقَةَ بَاقِيَةَ عَلَى مَلْكِ الْمَتَصَدِّقِ مِنْهُ ، فَجَعَلَ الْعَتْقَ يَسِيرِي إِلَيْهِ فَبَطَّلَتْ بِذَلِكِ الصَّدَقَةُ .

وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ أَظْهَرَ لَأَنَّهُ هُوَ الْذِي يَأْتِي عَلَى الْمَذَهَبِ فِي أَنَّ الصَّدَقَةَ تَجِبُ بِالْعَقْدِ ، وَعَلَى المَشْهُورِ فِيهِ مِنْ أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ شَقْصَانِ مِنْ عَبْدِهِ فَالْبَاقِي مِنْهُ

باق على ملكه ما لم يعتق عليه ، ولا يكون حُرّاً بعتق ما أعتق منه .

وأما إذا بدأ بالعتaque فلم يختلف قوله في أنه يكون حُرّاً كله وتبطل الصدقة إلا أنه إنما يأتي على قياس القول بالسراية ، فيلزم على مذهبه في المدونة في أنَّ من أعتق بعض عبده لا يكون باقيه حُرّاً بعتق ما أعتق منه حتى يعتق عليه ، وأنه إن لم يعتق عليه حتى وهب أو تصدق به يُقْوَم عليه ما وهب منه أو تصدق به أنه يكون عليه للمتصدق عليه نصف قيمة صدقته إذا قال نصف عبدي صدقة على فلان ، وفي المدينة لابن كانانة أن الرجل إذا قال نصف عبدي صدقة على فلان ونصفه حر كان ذلك جائزًا على ما قال ، يزيد و يُقْوَم عليه النصف الذي تصدق به ، فليس قوله بخلاف لقول ابن القاسم .

قال ولو بدأ بالعتaque كان حُرّاً كله ، ولم يكن للمتصدق عليه شيء .

ففي كل واحدةٍ من المسألة قولان ، والتفرقة بينهما قول ثالث ، ويَتَخَرَّجُ في المسألة قول رابع وهو أن تكون التفرقة بينها بالعكس ، فيلزمُه قيمة النصف الذي تصدق به إن بدأ بالعتaque ، ولا يلزمُه إن بدأ بالصدقة وهو الأظهر ، لأن العتق أو الطلاق لا يقع في الصحيح من الأقوال بنفس تمام اللفظ به ، وإنما يقع بعد مهلة يتقرر فيها ، وذلك يَبَينُ من قوله في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة في الذي يقول لامرأته قبل الدخول أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق في نَسْقٍ واحد أنه يلزمُه ثلاثة تطليقات ، إذ لو كان الطلاق يقع عليه بنفس تمام اللفظ به لما لزمته إلا طلقة واحدة لكونها قبل الدخول بائنة ، فإذا قال الرجل في نَسْقٍ واحد نصف عبدي حر ، ونصفه صدقة على فلان أو نصفه صدقة على فلان ونصفه حر صار المتقدم في اللفظ متاخرًا في المعنى ، والمتاخر في اللفظ متقدماً في المعنى ، وهذا بين .

وقوله إن النصف يقوم إذا بدأ بالصدقة هو خلاف ما في سماع زونان من كتاب الصدقات والهبات أنَّ العبد كله يقوم فيكون للمتصدق عليه نصف القيمة

وهو ظاهر الحديث ووجه القياس وقد مضى الكلام على ذلك هنالك فلا معنى
لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال يحيى : سألت ابن القاسم عن رجل قال لخصمي له : احلف لي بحرية غلامك فلان لتوافيني دار القاضي يوماً كذا وكذا ، قال ليس الغلام لي إنما هو لامرأتي ، فقال لي : احلف بحرفيته وإن كان لامرأتك ، فقال الرجل : فلان - لذلك الغلام - حُرّ إن لم أوفك يوماً كذا وكذا ، فحدث ، فقام الغلام بحرفيته ، فادعته المرأة وهو لا يُعرف لها إلا بالذي كان من إقرار الزوج أنه لها حين أراد الخصم أن يحلفه .

فقال : إن كان العبد معروفاً للرجل فهو حر ولا حق فيه للمرأة بذلك الإقرار ، قال وإن كان معروفاً للمرأة فهو لها ولا حرية للعبد ولا حنت على الرجل فيما لم يكن يملك من رقبة العبد يوم حلف .

قلت : أرأيت قولَ مالك إن كان معروفاً للرجل إذا كان لا يُعرف إلا في خدمته وعمله وإليه ينسب ، غير أنَّ الذين يُعرفونَ لها في يدي الرجل لا يشهدون على أصل الشراء ولا ميراث ولا يعرفون أصل ملكه له إلا أنهم يعرفونه في خدمته .

فقال قد يستخدم الرجل عبید امرأته فإذا كان مجهول ملك الأصل لم يُعرف للرجل ولا للمرأة فهو للمرأة لا قرار الزوج به لها حين أراد الخصم أن يحلفه ولا لك عليه حنت وهو للمرأة بذلك الإقرار .

قلت : أرأيت لو لم يكن حلف فادعته المرأة بذلك الإقرار

وقال الرجل والله إن كان ذلك مِنِي إِلَّا لأدفع اليمين عنِي ، وما هو إِلَّا لي وهو مجهول ملك للأصل يُعرفُ في خدمة السيد وينسبُ إليه .
قال تحلف المرأة بالله الذي لا إِلَه إِلَّا هو ويكون القول قولها إذا
كان العبد في خدمته ولم يعرِف أصله لها ولا له .

قال محمد بن رشد : ما نص عليه في هذه الرواية من أنه إذا لم يُعرف أصل الملك له وإن كان الظاهر أنه له لنسبته إليه لكونه في يديه واحتذامه يُعمل إقراره به لغيره وإن كان سببه الإعتذار ويستحقه المقر له بيمينه إذا ادعاه ملكاً لنفسه قدِيمًا بغير ذلك الإقرار هو دليل ما في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح ، ومفسر لما وقع في سماع أشهب من كتاب الدعوى والصلح ولما في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات ولسائر الروايات .

وأما إذا عُرف أصل الملك له فلا يلزم الإقرار به لغيره إذا كان سببه الاعتذار ، وسواء على مذهب مالك قال هو لفلان أو قد وحبته لفلان ، أو قد بعثه منه أو تصدق به عليه على ما قال في أول سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات ، خلاف قول أصيغ في تفرقته بين ذلك ، وقد اختلف إذا خطبَتْ إِليه ابنته فقال قد زوجتها فلاناً على ثلاثة أقوال ، قد مضى تحصيلها في رسم النكاح من سماع أصيغ من كتاب النكاح ، وفي رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات وبالله التوفيق .

مسألة

وسأله ابن القاسم عن الرجل يقول في مرضيه : قد كنت أعتقد أمتي فلانة وتزوجتها أتكون بذلك حرمة من رأس المال او من الثالث ؟ وكيف إن سمي لها صداقاً أيكون ذلك لها ؟

قال لا حرية لها في رأس مال ولا ثلث ، ولا صداق لها ولا

ميراث ، وذلك أن العتقة لم تثبت لها فكيف يجب لها صداق ؟ وهي أمة بحالها ، وكيف ترث وهي أمة ليست من الأزواج ؟

قال : وسمعت مالكاً يقول في الرجل يقول في مرضه إنني قد كنت أعتقد فلاناً غلامي وانا صحيح ولا يعرف ذلك إلا بقوله : إنه عبد لا يعتقد في رأس مال ولا في ثلث لأنه لم يُرد أن يوصي له بشيء ولا يثبت الذي أقر له به في مرضه إلا أن يثبته ببينة عدل لأن ذلك كان في الصحة .

قال : وإن أوصى بوصايا لم تدخل تلك الوصايا في العبد لأنه حين أقر له أنه اعتقد في الصحة ثم أوصى بوصايا فقد أحب أن لا تقع الوصايا فيه ، وكذلك قال مالك .

قلت : فإن بتل عتقها في مرضه وتلثها واسع مأمون ثم تزوجها ومسها .

قال : أراها حرة ، وأرى لها الصداق في الثلث بمنزلة الأجنبية لو تزوجها في المرض ومسها ، وذلك أنه حين بتلثها والثلث واسع مأمون جازت شهادتها ووارثة أقاربها وتمت حريتها وجرت الحدود عليها ولها ولم يكن له الرجوع في عتقتها إذا بتلها ولا يؤخر عتقها انتظار موته ، لأنه ثلثه واسع مأمون ، ولا ميراث لها لأنه لو تزوج أجنبية في مرضه لم ترث فهي بمنزلتها .

قال : وإن بتل معها غيرها حتى يخشى ضيق الثلث عليهم أو كان ثلثه يخشى ضيقه عليها حين بتلها وحدها فلا تتم عتقتها إلا بنظر السلطان وإحصاء المال بعد الموت ، فإن تزوجها في هذه الحال كان النكاح مفسوخاً ولا صداق لها في ثلث ولا في غيره لأن .

النکاح وقع ولا يدری أمن الاحرار يكون أم من الاماء ، إذ لا يعرف أیسعها الثلث أم يضيق عنها ، ولا يجوز للرجل أن ينكح أمته .

قال محمد بن رشد : قوله في الأمة التي أقر في مرضه أنه قد كان يعتقها في صحته وتزوجها : إنه لا يعتق لها من رأس مال ولا ثلث على ما قاله مالك في الذي يقول في مرضه قد كنت أعتقد عبدي فلاناً في صحتي ، هو المشهور في المذهب المنصوص عليه في المدونة وغيرها ، ويدخل الخلاف في ذلك من مسألة الذي يُقر في مرضه في أم له أنها قد ولدت منه ولا ولد معها .

ويحصل في ذلك إن كان يورث ثلاثة أقوال : أحدها أنه يعتق من رأس المال ، والثاني أنه لا يعتق من رأس المال ولا ثلث ، والثالث أنه يعتق من الثلث .

وإن كان يورث بكلالة قولان أحدهما أنه يعتق من الثلث ، والثاني أنه لا يعتق من رأس مال ولا ثلث ، ولا يدخل هذا الاختلاف فيما أقر في مرضه أنه قد كان تصدق في صحته بكتذا وكذا ، والفرق بين الموضعين أن العتق لا يفتقر إلى حيازة ، والصدقة تفتقر إليها ، فلو قامت على ذلك بینة لنفذ العتق وبطلت الصدقة ، فعلى المشهور من الأقوال أنها لا يعتق من رأس مال ولا ثلث لا يكون لها شيء من الصداق ، والذي أقر لها به كمال قال ، إذ لا يجوز للرجل إِنْكَاح^(٢٥) امته وأما على القول بأنها تعتق من رأس المال يكون لها ما أقر لها به من الصداق ، لأنه دين أقر لها به كما لو أقر في مرضه أنه تزوج فلانة لأجنبيه وأصدقها كذا وكذا ، وأما على القول بأنها تعتق من الثلث فيكون لها ما أقر لها به من الصداق في الثلث أيضاً ، ولا ميراث لها على حال باقراره لها في مرضه أنها زوجة له .

ولو عُلِّم إقراره في صحته بعتقها وأنه تزوجها وأقر لها في مرضه بأنه كان

(٢٥) كذا بالأصل ، والصواب نكاح بدل إِنْكَاح .

سمى لها من المهر كذا وكذا لكان لها الميراث لكونها في ملكه وتحت حجابه على أحد التأوليين اللذين ذكرناهُما في مسألة رسم الجواب من سماع عيسى من كتابه الأقضية ، ولكن لها ما أقر لها في مرضه من تسمية صداقها إن كان يورث بولد ولو لم تكن في ملكه وتحت حجابه لما كان لها منه ميراث إلَّا أن يكون قد علم إقرارُها هي أيضًا بنكاحها إيهام مع طول الزمان وفُسُوْر ذلك في الجiran على اختلاف في ذلك قد مضى القول في بيانه في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب الشهادات ، وفي رسم الأقضية منه من كتاب النكاح .

وأما قوله إنه لا تدخل في ذلك الوصايا ويكون في ثلث ما بعده ، فهو أمر لا اختلاف فيه لأنه لما أقر في مرضه أنه اعتقه في صحته فقد أراد أن يكون خارجًا من رأس ماله ، وأن تكون الوصايا في ثلث ما بعده إلَّا أن يكون له مدبر في الصحة فإنه يدخل في ذلك ، لأنَّه مال لم يعلم به إذا مات ، وهو يرى انه غير موروث عنه ، فرجع بالحكم موروثًا عنه لأنَّ مدبر الصحة يدخل فيما علم الميت من المال وفيما لم يعلم ، وكذلك إنَّ كان التدبير في المرض على القول بأنه يدخل أيضًا فيما علم الميت وفيما لم يعلم .

وأما قوله في الذي بتل عنق أمة في مرضه وتزوجها وله مال واسع مأمون أنه يكون بمنزلة من تزوج أجنبية في مرضه فهو صحيح على القول بمراعاة المال المأمون ، وقد قيل إنَّه لا يعتبر بالمال المأمون ، وهو قول بعض الرواة في المدونة وبالله التوفيق .

مسألة

قال يحيى : وسألت ابن القاسم عن الرجل يعتق نصف عبده وهو صحيح ولا يرفع ذلك إلى السلطان حتى يموت المعتق أيكون حُرًّا كله أم لا ؟

فقال : لا يعتق منه إلَّا ما اعتق السيد في صحته ، قال : ومثل

ذلك الرجل يُمثّل بعده المُثلة البينة المشهورة التي لا يُشك أن الامام يعتق العبد على السيد بها فلا يُرفع إلى الامام حتى يموت السيد انه لا يعتق ، قال : وكل أمير لا يتم عتقه إلا بنظر السلطان فإن مات الذي كان السلطان يُعتقد عليه لم يَجُز للسلطان أن يعتقه على الورثة .

ولكن من اشتري منْ إذا ملكه عتق عليه فهو حر ساعة يملكه ، لا يرفع مثل هذا إلى السلطان ، فإن جهل الأمر فاستخدمه المشتري حتى مات فإنه يعتق على الورثة لأنه عتيق ساعة ملكه السيد ، وقال ألا ترى أن كل ميراث وقع له من يوم اشتراه قريبه الذي يعتق عليه بالسنة فهو لا يمنع من أخذه ولا يحجب عنه وحدوده تامة وعقله عقل حُرّ والذي يُعتقد سيده بعضه وهو صحيح لا يتم له شيء من حالات الأحرار إلا بنظر الإمام وحكمه .

قال : وكذلك الذي يمثل به سيده .

قال : وكذلك أيضاً الذي يعتق نصيحة من عبده وهو مليء ولا يُنطر في أمره حتى يموت ، فإنه لا يُقوم على ورثته ، فحاله حال الذي يعتق سيده بعضه وهو صحيح ، والذي يمثل به سيده ولا يُنطر في أمرهم حتى يموت السيد إن هؤلاء لا يعتقدون على الورثة وإنما يعتقدون على الورثة الذي إذا ملكه المشتري أعتقد عليه ساعتها .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي يعتقد نصف عبده وهو صحيح فلا يحكم عليه بعتق باقيه حتى يموت : إنه لا يعتقد منه إلا النصف الذي أعتقد وهو المشهور في المذهب ، وقد قيل إنه يكون حراً كله بعتقه لبعضه لسريان العتق في جميعه على الإشاعة حكى عبد الوهاب القولين في ذلك على المذهب .

وجه القول الأول أن تتميم عتقه عليه ليست فيه سنة وإنما تتم عليه بالقياس على ما جاءت به السنة في العبد بين الشريكين يعتق أحدهما حصته منه فإذا لم يُعتق عليه نصيب شريكه إلا بالحكم كان ذلك حكم العبد يكون للرجل فيعتق بعضه .

ووجه القول الثاني أنه إذا أعتق بعض عبده فقد سرت الحرية في جميعه ، وإذا وجَبَ أن يكون حراً كله بعتق جاره منه كيده أو رجله كان أخرى أن يكون حراً كله بعتق نصفه لسريان الحرية في جميعه ، والفرق بين ذلك وبين العبد بين الشريكين أن الحرية إنما تسري إلى ملك المُعتق لا إلى ملك من سواه ، لأن الرجل إذا أعتق شقصه من العبد قد لا يُقوم حظ شريكه وإن كان موسرًا إذا لم يُرد شريكه أن يقومه عليه فأعتق حصته منه ، فإذا كان التقويم موقوفاً على اختيار الشريك وجب ألا يكون حراً حتى يقومه عليه فأعتق حصته منه ، وإذا أعتق الرجل بعض عبده ولا دين عليه لابد من عتق باقيه ، فالحكم في ذلك مبني على التغليب ، ولئن لم يكن للرجل أن ينقض حق نفسه سرت الحرية في جميعه .

والشافعي يقول : إذا أعتق حظه من العبد وهو موسر عَتَقَ جميعه بالسراية ، وهو بعيد ، إذ من حق الشريك أن يعتق نصيبيه منه ولا يقومه عليه .

وأما المعتق بالمثلة فلا يكون إلا بالحكم على المشهور في المذهب ، وقال أشهب وابن عبد الحكم : إن المُئَثَّة إذا كانت مشهورةً بينه كان العبد حراً بها دون حكم السلطان ، ووجه ذلك اتباع ظاهر ما روى عن النبي عليه السلام من قوله : من حرق مملوكه بالنار أو مَئَلَّ به فهو حر ولا ذه لله ورسوله^(٦) ، ووجه قول ابن القاسم الذي هو المشهور في المذهب ، ما جاء في نص

(٦) رواه سمرة بن جندب وأبو هريرة بلفظ : مَنْ مَئَلَ بِعَبْدِهِ عَنْقَ عَلَيْهِ ، رواه ابن الأثير في الجامع . ذكره الإمام الشوكاني .

ال الحديث : من مثل بعده فأعتقدوه ولم يقل فهو حر .

وأما من يعتقد على الرجل فلا اختلاف في أنه يكون حرًا بنفس الملك دون حكم .

واستدلاله بالميراث وسائر أحكام الحرية على الفرق بين من يعتقد على الرجل وبين من يعتقد بعض عبده بقوله : ألا ترى أن الميراث يجب لمن اشتراه من يعتقد عليه من يوم اشتراه ، وتكون أحكامه أحكام حُر مِنْ يَوْمَئِذٍ ، والذي أعتقد بعض عبده لا يجب له الميراث ولا تكون أحكامه أحكام حر حتى يعتقد عليه باقيه ليس ب صحيح ، لأن ذلك هو نفس المسألة ، ولا يُقاسُ الشيءُ على نفسه ، وإنما يقاس على غيره ، فلا يصح أن يذكر ذلك إلّا على بيان إفراق حكم المتسالتين ، لا على سبيل الاستدلال على الفرق بينهما وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصُّبُرِ

وسائل عن النصراني يُسْلِمُ وقد كان أعتقد أو مدبر أو كاتب في يريد أن يرجع في ذلك كله ويقول قد كان الرجوع لي جائزًا في ديني .

قال : سمعت مالكًا يقول في النصراني يعتقد عبده النصراني ثم يسلم فيتعلق به يريد استرقاقه قال : لا أرى أن يُحال بينهما . قال ابن القاسم : وأنا أرى المدبر والمكاتب بمنزلة ذلك لا أرى أن يمنع رد واحد منهمما في الرق وفسخ ما كان جعل له إن أحاب ذلك ما كانا على دينهما .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم ما كانا على دينهما معناه أنه لا يمنع بعد الإسلام من رد الكتابة والتديير الذي أوجبه له ما كانا على دينهما ، فليس قوله بخلاف لقول ملك ، والأصل في ذلك قول الله عز وجل : « قُلْ

لِلّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتَهْوَى بُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ^(٧) فلا يلزم الكافر إذا أسلم الوفاء بما نذر ولا بما عقده على نفسه من العقود لله إذ كان لا يعرف الله ولا يؤمن به فلا يتوجه إليه في ذلك الحال خطاب الله تعالى بقوله : **هُنَيَّأُهُمُ الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ^(٨) وما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن اعتكف في المسجد الحرام ، فقال فـ ^(٩) **بِنَذْرِكَ** معناه أنه أمره أن يفي لله عز وجل بطاعة يطيعه بها في الإسلام مكان النذر الذي لم يمكن منه طاعة حتى يعمل حسنة مكان النذر الذي لو عمله في حال شركه لم يكن كذلك لأن فـ لا تستعمل إلا فيما ليس بواجب ، وإنما تستعمل في الواجب أـ **وَفِ** ، وإن كان قد جاء في بعض الآثار أـ **وَفِ** فمعناه ما ذكرناه ، إذ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنما النذر ما ابْتَغَيَ به وجه الله عز وجل » ^(١٠) ، وقد علمتنا أن المشرك لم يرد بنذرها ولا بعنته وجه الله عز وجل ، وهذا إذا كان لما أعتقه لم يدخل سبيله ولا خرج عن يده ، وأما إن كان لما أعتقه خلي سبيله وأطلقه ثم أراد أن يرجع في عنته بعد أن أسلم فلا يكون ذلك له على ما في كتاب الجنایات من المدونة ، ويكون ذلك على ما يأتي في رسم يشتري الدور والمزارع بعد هذا وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الرجل يقول أحد عبدي حـ **رُ** فيقوم به عبدي إن له أن يعتق أحـ **م** أحـ **ب** ، ولو رثته إن مات قبل أن ينفذ العتق لأـ **حـ** أحـ **د**هم مما

(٧) الآية ٣٨ من سورة الأنفال .

(٨) الآية ١ من سورة المائدة .

(٩) أمر من وـ **قَنَى** يـ **قَنِي** ويـ **قَالَ أَوْفِي** يـ **وْفِي** ضد غدر .

(١٠) رواه أحمد وأبو داود والبيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال في مجمع الزوائد : فيه عبد الله بن نافع المدني وهو ضعيف ، وقد أخرجه أبو داود عن غيره .

كان للميّت ، فـإن نظر في أمره وقد مات العبيد كلهم إلا واحداً كان عتيقاً ولم يجُب له أن يجعل العناقة لمن قد مات ويلزم الورثة مثل ذلك .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة والكلام عليها مستوفى في رسم باع شاة من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

مسألة

وسئل عن الرجل يقول لأمته إيتني بمائة دينارِ وأنتِ حُرّة فـتَلْدُ قبلَ أن تأتي بالمائة ثم تأتي بها أيعتقُ ولدُها بعتقها؟

قال لا أرى ذلك إلا لها خاصة لا يدخل الولد في شيء من هذا .

قلت : أيجوز لسيدها أن يرجع فيما جعل لها من العتق بغرم المائة ؟ قال : لا .

قلت : أفيجوز له بيعها ؟ قال : لا حتى يتلوم لها السلطانُ ، فإن جاءت بالمائة دينار وإلا أمكنه من بيعها أو بطول الزمان وهي تاركة لغرم المائة لا تعتق بذلك فإن باعها بعد طول الزمان جاز بيعه إياها .

قلت : فإذا لا يجوز لسيدها أن يرجع فيما جعل لها ، ولا يجوز له بيعها إلا بما ذكرت من تلوم السلطان أو بعد طول زمان ، فما الذي أخرج الولد عمّا عَقَدَ لها قبل أن تحمل به ؟

قال : لأن الذي عَقَدَ لها ليست كتابة ولا عناقة إلى أجل فيجري من ذلك للولد ما جرى للأم ، ألا ترى أنه لومات ولم يأت

بشيء لم يكن على ورثته أن يعتقوها وإن جاءت بالمائة الدينار إلا أن يرضوا إذا لم يوص لها بذلك ولم ينفعها ما قال لها في صحته ، قال : ومثل ذلك عندي الأمة تجرح الرجل فلا يقوم المجروح بأخذ عقله حتى تلد فإن سيدها إن أسلمها لم يكن عليه أن يُسلم ولدتها معها وقد كانت مرهونة بما وجب عليها من عقل ما جنت .

قال محمد بن رشد : قول الرجل لعبده أو لأمته إيتني بكذا وكذا وأنت حرة ، أو متى ما جئتنى أو إن جئتنى أو إذا جئتنى سواء كله عند ابن القاسم ، وسواء عنده أيضاً سمي لذلك أجلا أو لم يسمه ، لأنه إن لم يسم لذلك أجلا كان ذلك إلى القدر الذي يؤدي إليه مثل ذلك العدد الذي سمي بذلك العبد أو تلك الأمة على ما يظهر من قدرتها على السعيادة فيه باجتهاد السلطان في ذلك كله .

قوله في هذه الرواية إن ولدتها لا يدخلون معها فيما جعل لها سيدها من هذا خلاف نص قوله في المدونة إنهم يدخلون معها ، فعلى قوله فيها يلزم ورثة السيد إذا مات ما لزمه هو من ذلك على حكم الكتابة ، وقوله فيها إن ذلك لا يلزم ورثته إن مات خلاف نص ما في سماع عبد الملك بعد هذا من هذا الكتاب ، وخلاف ما تقدم في رسم إن خرجت من سماع عيسى في الذي يدفع إلى عبده مائة شاة ويقول له إن عمل عليها فإذا بلغت كذا وكذا فأنت حر ، فعلى ما في سماع عبد الملك وما تقدم في سماع عيسى من أن ذلك يلزم الورثة يدخل الأولاد معها على حكم الكتابة مثل ما في المدونة ، لأن بعض ذلك يُفَسِّرُ بعضاً ، ورواية يحيى هذه هي المخالفة لذلك كله في أن الولد لا يدخلون معها ، وفي أن ورثة السيد لا يلزمهم ما لزمه هو ، وإنما وقع الخلاف في هذا بين هذه الرواية وبين سائر الروايات التي ذكرناها من المدونة وغيرها من أجل أنه ليس في شيء منها قبول الأمة لذلك ورضاهما به والتزامها له ، ولو رضيت بذلك وقبلته والتزمته لما اختلف في أنها كتابة على حكم الكتابة يدخل

ولُدُّها فيها ، ويلزم ورثة السيد ما لزمه هو ، لأن الكتابة عقد من العقود بين العبد وسيده ، فلا تتم إلا برضاهما جمِيعاً على القول بأن السيد لا يجبر عبده على الكتابة ، فالاختلاف الذي بين هذه الرواية وبين سائر الروايات في دخول الولد معها وفي لزوم ورثة سيدها ما لزمه راجع إلى هذا الاختلاف ، فلم يَرَ ابن القاسم في هذه الرواية قول الرجل لأمته إيتني بكلدا وكذا وأنت حرة كتابة ، إذ لم يعقد ذلك معها ولا التزمه لها ، وذلك من قوله هذا على القول بأن السيد لا يجْبِرُ عبده على الكتابة فألزمته هو ما التزمه لها من عتقها إذا أتته بالمائة ، ولم ير لولدها في ذلك دخولاً ولا رأى ذلك لازماً للورثة إذ ليست بكتابة ولا عتقاً مؤجلًا إذ قد يكون إن جاءت بالمائة ، ولا يكون إن لم تأت بها ، فأشبه قوله الرجل لعبدِه إن جاء فلان فأنت حر في أن الولد لا يدخل في ذلك ، وأن ذلك إنما يكون لها مع حياة سيدها ، ورأى ذلك ابن القاسم في المدونة وفي سماع عيسى وعبد الملك كتابة وإن لم يكن منها في ذلك قبول ولا التزام على قياس القول بأن الرجل يجبر عبده على الكتابة ، فهذا وجه القول عندي في هذه الرواية ، وقال ابن الماجشون في الواضحة : إذا لم يقبل العبد ذلك ولا أزسه لم يلزم السيد أيضاً ، وكان له أن يبيعه ، فقول الرجل لعبدِه على مذهبِه إن جئتنِي بكلدا وكذا إلى أجل كذلك وإذا لم يقبل العبد بمنزلة قول الرجل لعبدِه إن قدم فلان في هذه السنة فأنت حر في جميع الوجوه .

وهذا الذي ذكرته من أنه لا فرق عند ابن القاسم بين أن يسمى أجيلاً أو لا يسميه ، ولا بين قوله إيتني بكلدا وكذا أو إن جئتنِي وإذا جئتنِي أو متى ما جئتنِي بين من قوله في المدونة من رواية عيسى عنه .

وفرق المغيرة بين قوله إن جئتنِي بكلدا أو إذا جئتنِي بكلدا فقال : إنه إذا قال إن جئتنِي يلزم ذلك هو وورثته بعده ، فليس له ولا لهم أن يبيعوه ما لم يطل الأمر جداً ، وإن قال إذا جئتنِي أو متى ما جئتنِي لم يكن ذلك للعبد بعد موت السيد ، وكان له ذلك في حياته وإن طال الزمان جداً ما كان في ملكه ولم يبعه ، هذا معنى قوله .

وساوي ابن كنانة بين أن يقول إن جسّنني بكلّذا وكذا فانت حرّ وأنا أعتقك وفرق بين أن يسمى لذلك أجلاً أو لا يسميه ، فقال إنه إن لم يسم أجلاً يُتّلّم له في ذلك على ما ذكرناه من مذهبـه ، وفرق بين أن يقول فانت حرّ أو فأنا أعتقـك ، فقال : إنه إذا قال فأنا أعتقـك فأنت بما سمي له من المال لا يلزمـه عـتقـه إذا قال لم أرِد إيجاب ذلك على نفسـي ، ويحلفـ ما أرادـ إيجابـ ذلك على نفسه ، وإنـما أرادـ أن يفعلـ ذلك إنـ شاءـ ، وقولـ ابن القاسمـ هو الفقهـ بعينـه وباللهـ التوفيقـ .

مسألة

وـسألـه عنـ الرـجـلـ يـعـتـقـ حـظـاـ لـهـ فـيـ عـبـدـ ثـمـ أـعـتـقـ آخـرـ لـاـ شـرـكـةـ لـهـ فـيـ هـيـهـ وـلـاـ مـالـ لـهـ غـيرـهـ ، أـيـمـضـيـ عـتـقـ الـآخـرـ وـلـاـ يـعـتـقـ عـلـيـهـ مـنـ الـأـوـلـ نـصـيـبـهـ مـنـهـ ؟ـ أـمـ يـبـطـلـ عـتـقـ الـآخـرـ وـيـقـومـ عـلـيـهـ الـأـوـلـ ؟ـ

فـقالـ :ـ بـلـ يـمـضـيـ عـتـقـ الـآخـرـ وـلـاـ يـقـومـ عـلـيـهـ الـأـوـلـ إـذـ لـاـ مـالـ لـهـ إـلـاـ عـبـدـ الـذـيـ أـنـفـذـ عـتـقـهـ قـبـلـ أـنـ يـقـومـ عـلـيـهـ الـأـوـلـ ،ـ وـذـلـكـ أـنـ الـقـيـمةـ لـمـ تـكـنـ عـلـيـهـ كـالـدـيـنـ الـثـابـتـ ،ـ أـلـاـ تـرـىـ أـنـهـ لـوـ كـانـ ذـاـ مـالـ يـوـمـ أـعـتـقـ نـصـيـبـهـ مـنـ الـأـوـلـ ثـمـ دـاـيـنـ النـاسـ فـقـامـوـنـ يـطـلـبـونـهـ بـأـمـوـالـهـ الـتـيـ دـاـيـنـهـمـ بـهـ بـعـدـ عـتـقـهـ نـصـيـبـهـ مـنـ الـعـبـدـ وـقـامـ الـعـبـدـ يـطـلـبـ أـنـ يـقـومـ عـلـيـهـ كـانـ الـغـرـمـاءـ أـحـقـ بـمـالـهـ وـلـوـ لـمـ يـقـومـ عـلـيـهـ الـعـبـدـ الـذـيـ أـعـتـقـ بـعـضـهـ ،ـ وـإـنـماـ يـنـبـغـيـ لـلـسـلـطـانـ أـنـ يـقـومـ عـلـيـهـ فـيـهـ فـيـمـاـ يـجـدـ لـهـ مـالـ يـوـمـ يـرـجـعـ إـلـيـهـ .ـ

قلـتـ لـهـ :ـ أـرـأـيـتـ إـنـ أـحـدـ ثـ بـعـدـ عـتـقـ نـصـيـبـهـ مـنـ الـعـبـدـ صـدـقـاتـ وـهـبـاتـ أـتـجـيـزـهـ ؟ـ

قالـ :ـ نـعـمـ ذـلـكـ عـنـدـيـ مـاضـ عـلـيـهـ جـائزـ لـمـ كـانـ ذـلـكـ مـنـ إـلـيـهـ .ـ

قلت له : وإن كاتب عبداً ؟

قال : تمضي الكتابة وبيع ما على المكاتب بما يجوز له بيع ما عليه ، ثم يُقَوِّمُ على المعتق من حصة شريكه في العبد بقدر ما يبلغ ما يباع به كتابة المكاتب ، فإن كان ذلك ما يعتقد به جميعه قوم عليه فيه وأعتق ولا ترد الكتابة .

قلت له : فإن أحدث تدبيراً ؟ قال أرى أن يُرَد التدبير فيباع العبد الذي دبر ويقوم عليه الأول في ثمن المدبر إلا أن يكون في ثمن المدبر فضل عن استئمام عتق الأول فلا يباع منه إلا بقدر ما يعتقد به الأول .

قلت : لم أجزت الصدقات والهبات ولم ترددتها حتى يقوم عليه نصيب شريكه من العبد في ماله الذي أحدث فيه الصدقات والهبات ورددت التدبير ، والتدبير كان أحق بأن يجوز له من الصدقة .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي أعتق حظا له في عبد ثم أعتق بعد ذلك عبداً لا مال له سواه أو تدابين ديوناً قبل أن يُقَوِّمُ عليه العبد تستغرق ماله : إن العتق ينفذ عليه في عبده ، ويكون الغرماء أحق بماله ولا يقوم عليه العبد الذي أعتق حظه إذا لم تكن القيمة عليه كالدين الثابت صحيح لا اختلاف أحفظه في المذهب في أن ملك الشريك باق على حصته من العبد حتى يُقَوِّمُ على الذي أعتق نصبيه منه ويعتق عليه ، ويأتي على ما ذكرناه في الرسم الذي قبل هذا عن الشافعي أنه يعتق عليه حظ شريكه بالسراية أن يكون التقويم أحق من ديون الغرماء الحادثة بعد عتقه لنصبيه ، وأحق من عتقه للعبد الذي أعتقه بعد ذلك ، وهو بعيد على ما ذكرناه ، إذ لا يُسرِّي ما أعتق من ملكه إلى ملك شريكه .

وقال في الرواية إنه إذا أحدثَ بعد عتقه لنصيبه صدقات وهباتٍ تدبيراً إن الصدقات والهبات تنفذ ويكون أحق من التقويم ، وإن التدبير يرد فيكون التقويم أحق ، ولما سأله عن الفرق بين التدبير والصدقات والهبات واعتراض عليه بأن الصدقات والهبات أحق أن يرد من التدبير سكت له عن الجواب في ذلك ، والجواب في ذلك أن التدبير أحق أن يرد من الصدقات والهبات ، إذ قد اختلف في التدبير فقيل إنه غير لازم وأن لسيده أن يبيعه ، وأن للإمام أن يبيعه عليه في الدين الحادث بعد التدبير ، ومالك يرى أنه يباع بعد الموت في الدين الحادث فقد لا يحصل له في التدبير عتق ، والصدقات والهبات لا اختلاف بين أحد من أهل العلم في وجوبها للموهوب له وللمتصدق عليه إذ قبضها وحازها على الواهب والمتصدق ، وهو الذي أراد ابن القاسم والله أعلم ، وأما إذا لم يحُزها الموهوب له والمتصدق عليه عن الواهب والمتصدق فالذى يوجبه النظر في ذلك عندي على المذهب أن يتحاصل جمِيعاً ، لأن الشريك والعبد يطلب التقويم ، والموهوب له أو المتصدق عليه يطلب هبته أو صدقته ، وليس أحدهما بأحق بالقضاء له من صاحبه ، وقد رأيت لابن دحون أنه قال : إذا قيم عليه بالتقويم قبل أن يُحاز عنه الصدقة والهبة والعطية فهي مردودة حتى يعتق منها باقي العبد ويمضي ما بقي ، ولقوله وجه وهو مراعاة قول من يقول من أهل العلم : إن للواهب والمتصدق أن يرجع في هبته وصدقته ما لم يقبض منه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل جعل على نفسه رقبة من ولد اسماعيل .

قال مالك : ليُعتق رقبة ، قيل له : أتجزىه رقبة من الزنج ؟

قال : ليُعتق رقبة أقرب إلى ولد اسماعيل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن للشرف في النسب مزية

توجب التنافس في العبيد من أجلها والزيادة في ثمنها ، والأجر على قدر ذلك لما جاء من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أي الرقاب أفضل ؟ فقال : أعلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها ، فوجب أن يجري ذلك فيما نذر ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل ابن القاسم عن العبد ينكح الحرّة وأبو العبد حرّ فيولد للعبد من الحرّة ، أيجرُ الجنّد ولاء ابنه من الحرّة ؟

قال : نعم ، وهو قول مالك ، قيل له أرأيت ما ولد للعبد من الحرّة وقد مات الجنّد أيكون ولاؤهم لموالي الجنّد كما كان يجري ذلك إليهم الجنّد في حياته ؟ قال : لا ، قيل فهل يجرُ الجنّد ولاء من ولد لابنه العبد من الحرّة قبل أن يعتق الجنّد إذا عتن الجنّد ؟ قال : نعم ، قيل له : فلِم لا يجر الجنّد ولاء من ولد بعده موته كما جر اليهم الجنّد حين أعتق ولاء من كان ولد لابنه قبل أن يعتق ؟ قال : إنما مثل الذين ولدوا بعد موت الجنّد بمنزلة ما لو أنّ العبد لم يولد له من امرأته الحرّة ولد حتى مات أبوه الحر ثم ولد له بعد ذلك أولاد فإن ولاءهم لا يكون لموالي الجنّد ، ولا يتنتقل عن موالي الأم ، فإذا لم يجر مواليا الجنّد ولاء ما ولد لابنه إذا لم يولد منهم أحد في حياة الجنّد فكذلك إذا ولد بعضهم في حياته وبعضهم بعد موته لا يكون لهم إلا ولاء الذين ولدوا في حياة الجنّد الذين كانوا ثبّت مواريثهم بينهم وبين الجنّد .

قال محمد بن رشد : قد تقدّمت هذه المسألة في رسم النسمة من سماع عيسى ومضى الكلام عليها هنالك ، وهي بينة صحيحة .

وأما الحجة التي احتج بها إذ قال إنما مثل الذين ولدوا بعد موت العبد بمنزلة ما لو أن العبد لم يولد له إلى آخر قوله ، فهي ضعيفة ، لأن السؤال إنما هو فيمن ولد لابنه العبد بعد موته هل يَجُرُّ ولا يَهُم إلى مولاه أم لا ، فلا فرق فيهم بين أن يكون لابنه العبد ولد سواهم قد ولدوا في حياته أم لا فالجد يجر إلى مواليه عن موالى الأم ولاء ولد ابنه العبد كان قد أعتق قبل أن يولدوا أو بعد أن ولدوا ، فإن عتق أبوهم بعد ذلك جر الولاء عن موالى الجد إلى مواليه الذين أعتقوه ، والمعنى في هذا أن الجد لما كان وارث ابنه العبد لو مات من أجل أن العبد لا يرث كان مولاه الذي أعتقه هو وارثه إذا مات ، ولما لم يكن الجد وارث ابنه العبد لو مات إذا كان هو قد مات قبله لم يكن مولاه الذي أعتقه هو وارثه ، لأن مولى الجد إنما يرث بالولاء من كان يرثه الجد لو كان حيا ، وهذا بين وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصلاة

قال : وسمعته يقول في العبد يكون بين الرجلين يعتق أحدهما حظه فلا يجد له السلطان شيئاً يُقْوِمُه عليه فيعتق نصفه ويرق النصف للشريك : إن ماله يوقف بيده ولا يجوز استثناؤه للمعتق ولا أحده للمتمسك بالرق ، ولكنه يوقف بين العبد .

قيل له : فإن جر جريمة تكون في رقبته ؟ قال : يكون عليه غرم نصف قيمة الجريمة ويخير المتمسك بالرق في نصفه ، فإن شاء أسلم نصيبيه فيه إلى المجنى عليه ، وإن شاء افتداه ، قيل له فإن جرح العبد ممن عقل جرحه ؟ قال : يقتسمان ذلك للعبد نصفه وللمتمسك بالرق نصفه ، قيل له أيدفع إلى السيد نصفه ؟ قال : نعم .

قيل له : فإن جَرَّ جَرِيرَةً تكون في رقبته ؟ قال : يكون عليه غرم نصف قيمة الجريرة ويخير المتمسك بالرق في نصفه ، فإن شاء أسلم نصيبيه إلى المجنى عليه ، وإن شاء افتداه ، قيل له فإن جرح العبد من عقل جرحة ؟ قال : يقتسمان ذلك للعبد نصفه وللمتمسك بالرق نصفه ، قيل له أيدفع إلى السيد نصفه ؟ قال : نعم .

قلت : وإلى العبد نصفه يُضْطَبَعُ به ما أحب ؟ قال : بل هو مال من ماله يُوقَفُ مع ماله الأول ويُسْوَعُ للسيد تعجِيلُ أخذِ نصيبيه ، قيل له أرأيت إن وُلِدَ له من أمته فاعتق السيد نصيبيه من أبيه ؟ فقال : ابنه بمنزلته ، فإن أعتق السيد حظه من ابنه فهو عتيق كله ، قيل : فمات الابن عن مال فمن يرثه وأبوه لم يعتق بعد ؟ قال : يورث بالولاء للمعتق الأول نصف الميراث وللشريك نصفه ، قيل له : فإن تزوج حُرَّةً ووُلِدَ له فمات الابن عن مال ؟ قال : ميراثه لأمه ومواليه لأنه لم يعتق فيجر ولاه أبيه ، قيل له : فإن أعتق المعتق نصف عبد له بإذن المتمسك بالرق فمات عن مال قبل أن يعتق سيدُه الذي أعتقه ؟ قال : ميراثه للذي تمك بالرق خالصاً إِذْ لم يجز له أن يرثه من أجل أن العبد لا يرث الحر والمتمسك بالرق أحب بميراث مواليه من الشريك المعتق الأول ، وقد قال ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب العربية : إن وَلَاءَ مَا أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدُ الَّذِي نَصَفَهُ حَرَبَيْنَ الَّذِي لَهُ فِي الرَّقِ وَبَيْنَ الَّذِي أَعْتَقَ النَّصْفَ مَا كَانَ هَذَا الَّذِي نَصَفَهُ حَرَ فِي الرَّقِ ، وإن مات العبد وفيه الرق فهو بينهما أيضاً ، فإن عتق العبد الذي نصفه حر يوماً ما رجع اليه ولاه ما أعتق لأنه ممن لا يجوز للذى فيه الرق انتزاع ماله ، فكل ما لا يجوز لسيده انتزاع ماله فما أعتق بإذنه فَوَلَاؤُهُ يرجع اليه إذا اعتق ، وكذلك المعتق إلى سنين إذا دنا أيضاً انقضاء أجل سنين أو المدبر أو أمُّ الولد إذا مرض سيدهما فما

أعتق هؤلاء بإذن ساداتهم أو بغير إذنهم فأجاؤوا ذلك لهم أو لم يعلموا به حتى عتقوا فلاؤ ما أعتقدوه يرجع إليهم في حال لا يجوز لساداتهمأخذ أموالهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة تشتمل على سبع مسائل بعضها متفق عليها ، وبعضها مختلف فيها ، وهي حكم ما للعبد المعتقد بعضه وجنايته ، والجناية عليه ، وميراث ولده من أمته قبل أن يعتقد الشريك فيه حظه ، وبعد أن أعتقد حظه منه ، وميراث ولده من حرة ، وميراث ما أعتقد بإذن الذي له فيه الرق .

فاما ماله فلا اختلاف في أن الحكم فيه أن يقر بيده للشريك الذي له في نفسه بتأجيره التجارة المأمونة ، وليس له أن يذهب ولا يتصدق به ، فإن عتق باقيه تبعه ماله ، وليس لسيده أن يستثنى إذ لم يكن له أن يتزعزعه ، فكذلك الشريك الذي أعتقد نصفه أو لا ليس له أن يستثنى ماله كما قال في الرواية ، من أجل أن العبد بين الشريكين ليس لأحدهما أن يأخذ حظه منه دون إذن شريكه .

وأما جنایته فنصفها عليه في ماله وذمته يتبع بها إن لم يكن له مال ، ونصفها على الذي له نصفه إن شاء افتداه وإن شاء أسلمه كما قال ، ومثله في المدونة ، ولا اختلاف أحفظه في ذلك .

وأما الجنایة عليه فهي بينهما على ما قاله في الرواية ، وهو أحد قولي مالك في المدونة ، قال فيها : وقد كان لمالك قول إذا جرحا إن جرحه للسيد ، ثم رجع فقال : هو بينهما ، ولكلما القولين وجه ، فوجه القول الأول أنه لما كان ميراثه الذي له فيه الرق من أجل أن الحرية تتبع للرق كانت الجنایة عليه ، ووجه القول الثاني أنه شريك في نفسه ، فوجب أن تكون الجنایة بينهما كالعبد بين الشريكين يُجْنَى عليه ، وهو الأظهر ، لأن ما نقص من رقبته بالجنایة ليس للذي له فيه الرق إلا بعضاً ، فليس له أن يأخذه كله ، والميراث بخلاف ذلك إذ لا يُورث بالحرية إلا من يرث بها .

وأما ميراث ولده من أمته ، فولده من أمته بمتزنته ، نصفه حر بعتاقة الشريك لنصف أبيه ، ونصفه مملوك للذى يملك النصف الآخر من أبيه ، فإن مات ونصفه مملوك قبل أن يعتق الشريك نصفه فيه كان ميراثه له ولا اختلاف في هذا .

وأما إن مات وهو حر كله بعد أن اعتق الشريك حظه فيه فقال في الرواية إنه يورث بالولاء ، للمعتقة الأول نصف الميراث ، وللشريك نصفه ، وفي هذا نظر لأن أباه لم تكمل حريته فلا يجرؤ ولاء ابنه إلى مولاه على أصله في هذه الرواية عنه في ميراث ولده من الحرة ، وفي ميراث العبد الذي اعتقه بإذن الذي له فيه الرق ، لأنه قال : ولده من الحرة لأمه ومواليه ، كذا وقع في الرواية ، وهو غلط وصوابه لأمه ومواليها ، وإنما قال لأمه ومواليها لأن موالي أمه هم مواليه إذا كان أبوه عبداً ، فلم يجعل نصف ما بقي من ماله بعد ميراث أمه للذى اعتق نصف أبيه كما جعل نصف ماله في ولده من أمته إذا اعتق الشريك حظه منها للذى اعتق نصف أبيه ، فالمسائلتان متعارضتان والذي يأتي في ميراث ولده من أمته إذا كملت حريته بعتق الشريك لنصبيه فيه على قياس قوله في ولده من الحرة أن يكون نصف ميراثه للشريك الذي اعتق نصفه والنصف الثاني لجماعة المسلمين ، ويأتي في ميراث ولده من الحرة على قياس قوله في ولده من أمته إذا كملت حريته بعتق الشريك لنصبيه فيه أن يكون نصف ما بقي من ماله بعد ميراث أمه للذى اعتق نصف أبيه ، والباقي لموالي أمه ، لأن مولى الأب أحق بالميراث من مولى الأم إذا قلنا إنه يجرؤ إلى أبيه ولاء ما اعتق منه قبل أن تكمل حريته ، فالاختلاف في رواية يحيى من قول ابن القاسم في هاتين المسألتين على ما بيناه من تعارض قوله فيما ووجوب رد كل واحد منهمما إلى صاحبتيها على اختلاف الروايتين عنه : رواية يحيى هذه ، ورواية عيسى في رسم العربية في مسألة العبد المعتق نصفه يعتق عبداً له بإذن الذي له فيه الرق فيموت عن مال ، لأن النكارة في

المسألة إنما هي هل يجرُ العبد إذا أعتق بعضه إلى مولاه من ولاء ولده بقدر ما عتق منه أم لا يجره إليه على ما بيناه من اختلاف قول ابن القاسم ، لتعارض قوله في ذلك ، فعلى قياس القول بأنه يجره إليه يكون ميراث ما أعتق بأذن الذي له فيه الرق بين الذي فيه الرق وبين الذي أعتق النصف على ما قاله ابن القاسم في رواية عيسى ، وعلى القول بأنه لا يجره إليه يكون جميع ميراثه للذي تمسك بالرق خالصاً على ما قاله في رواية يحيى هذه .

فقد أتى القول بتكلمنا في هذه المسألة على سائر السبع المسائل ، وقد مضى في رسم سن من سماع ابن القاسم التكلم على ولاء ما أعتق العبد أو من فيه عقد عتق من مكاتب أو مدبر بإذن سيده أو بغير إذنه وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسألته عن الرجل يعتق نصبيه من عبدٍ بينه وبين شريكه وهو مُعْدِم لا مال له ، فيقول الشريك : أعتقوه عليه كله بالقيمة وأنا أرضي أتبعه به دينًا عليه ، فقال المعتق لا أفعل ولا أرضى أن أتبع بشيء يكون على دينًا ، وما أعتقد نصبي إلاً للذي علمت أنه لا يعتق على غيره لعدمِي ، وما أردت أن أتبع بشيء من الدين أيلزم عتقه كله أم لا ؟

قال : لا يلزم عتقه كله ، ولا يتبع بشيء ، وتلك السنة .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه المسألة في بعض الروايات في أثناء المسألة المُتَّقدمة بعد قوله فيها : ويُسَوِّع للسيد تعجيل أحدٍ نصبيه ، فكتبتها بعدها لاتصال بعضها ببعض ، وقد حکى ابن أبي زيد عن ابن الموز أنَّه يقوم عليه وإن كان عديماً ، ويتابع بالقيمة ويعتق العبد ، وقول ابن الموز هو القياس على ظاهر الحديث أنَّ العبد كله يقوم عليه فيلزم المعتق نصف ذلك ، وهو المشهور في المذهب ، لأن المعنى في ذلك أنه قد أدخل فساداً على

شريكه بعتقه لحصته ، إذ ينقص ذلك من قيمته ، وأماماً قول ابن القاسم إنه لا يقوم عليه إذا كان عديماً إلا برضاه فإذا على قياس القول بأن المعتقد لحصته من العبد لم يتعد على شريكه بما صنع ، فلا يلزمـه إلا نصف قيمته على أن نصفـه حر ، وهو ظاهر ما مضى في أول سماع يحيى من هذا الكتاب ، ودليلـ ما في كتاب جنایات العبد من المدونة من قول ابن القاسم وقولـ غيره في كتاب أمـهـات الأولاد ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل سأـل رجلاً أن يبيعـه عبـدـه ، فقال : هو حـرـ إنـ بـعـتـكـه وـقـالـ الآـخـرـ : اـمـرـأـيـ طـالـقـ إـنـ لـمـ أـشـتـرـهـ مـنـكـ ، ثـمـ باـعـهـ مـنـهـ : إـنـ الـعـبـدـ يـعـتـقـ وـتـطـلـقـ إـمـرـأـ الـحـالـفـ لـيـشـرـينـهـ ، قـالـ وـذـكـ لـأـنـ الـبـيـعـ وـقـعـ وـالـحـنـثـ مـعـاـ ، فـيـعـتـقـ الـعـبـدـ بـذـكـ ، وـنـظـرـ فـيـ اـشـتـراءـ الـحـالـفـ بـالـطـلاقـ فـلـمـ رـأـيـ أـنـ اـشـتـراءـهـ لـمـ يـتـمـ لـهـ إـذـاـ عـتـقـ الـعـبـدـ وـجـبـ عـلـيـهـ الـحـنـثـ لـأـنـ اـشـتـراءـهـ لـمـ يـكـنـ بـعـدـ اـشـتـراءـ إـذـ لـاـ يـثـبـتـ عـلـيـهـ وـلـاـ يـتـمـسـكـ بـهـ وـهـوـ يـنـقـضـ عـلـيـهـ عـلـىـ صـغـارـيـ مـنـهـ ، فـأـمـاـ إـذـاـ كـانـ الـبـيـعـ هـكـذـاـ فـالـحـنـثـ لـازـمـ لـهـ لـأـنـهـ لـاـ سـبـيلـ لـهـ إـلـىـ اـشـتـراءـهـ أـبـداـ إـذـاـ أـعـتـقـ .

قال محمد بن رشد : قد قيل في الحالف بحرية عبده أن لا يبيعـهـ إنـهـ لاـ شـيءـ عـلـيـهـ إـنـ باـعـهـ ، قـالـهـ عـبـدـ الـعـزـيزـ بـنـ أـبـيـ سـلـمـةـ ، وـهـوـ الـقـيـاسـ لـأـنـهـ إـنـ انـعـقـدـ الـبـيـعـ فـيـهـ صـارـ مـعـتـقاـ لـمـ فـيـ مـلـكـ الـمـشـتـريـ ، وـإـنـ لـمـ يـنـعـقـدـ فـيـهـ لـمـ يـلـزـمـهـ شـيءـ ، فـعـلـىـ هـذـاـ القـوـلـ لـاـ يـكـونـ عـلـىـ وـاحـدـ مـنـهـمـاـ فـيـ هـذـهـ الـمـسـأـلـةـ شـيءـ لـأـنـ الشـرـاءـ يـصـحـ لـلـمـشـتـريـ ، وـوـجـهـ القـوـلـ بـأـنـهـ يـعـتـقـ عـلـىـ الـبـائـعـ وـإـنـ لـمـ يـتـمـ فـيـهـ الـبـيـعـ لـوـجـوبـ عـتـقـهـ بـهـ ، هـوـ أـنـ الـحـنـثـ يـدـخـلـ بـأـقـلـ الـوـجـوهـ ، كـمـنـ حـلـفـ أـنـ لـاـ يـبـيـعـ عـبـدـهـ فـبـاعـهـ بـيـعـاـ فـاسـدـاـ أـنـهـ يـحـنـثـ بـهـ وـإـنـ نـقـضـ الـبـيـعـ فـيـهـ وـرـدـ عـلـيـهـ ، وـلـمـاـ وـقـعـ الـبـيـعـ وـالـعـتـقـ مـعـاـ قـالـ سـحـنـونـ إـنـ الـمـالـ يـقـىـ للـبـائـعـ وـلـاـ يـكـونـ تـبـعاـ لـلـعـبـدـ

كالعقل ، وفي قوله نظر ، لأن الذي يتناول على المذهب أن العنق وقع بأول البيع قبل تمامه ، إذ لو تم البيع فيه لما لزم العنق ، وإذا وقع العنق قبل تمام البيع وجب أن يكون المال تبعاً للعبد ، ووجه قوله أنه لما قصد إلى عتقه بالبيع ، وحكم البيع أن يبقى المال فيه للبائع صار كأنه قد استثناء ، وذلك بين من ارادته ، لأنه قال إن المال يكون للبائع لأن البيع أوجب العنق فصار البائع أولى بالمال من العبد ، هذا نص قوله وبالله التوفيق . .

مسألة

وقال في الرجل يحلف بحرية جارية له إن باعها فتصدق به على ابنة له في حجره ثم يريد بيعها لابنته في بعض مصلحتها : إذ إن باعها لزمه الحنث فعَتَقْتُ عليه ، وغرم القيمة لابنته .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأنه باع وقد حلف ألا يبيع ، فوجب أن يحنث إلأ أن تكون له نية أو يكون ليمينه بساط يدل على أنه إنما حلف ألا يبيعها ليتمول ثمنها ويتفعل به وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في الرجل يقول أحد عبدي حر وله عبيد : إنه يقال له أعتق من شئت ولا شيء عليك غير ذلك ، وسئل عنها سحنون وذكرت له هذه الرواية من قول ابن القاسم وما روى عنه عيسى أنه يقرئ بينهم فقال : أنا أقول بكل القولين ، أقول بما روى يحيى بن يحيى أن يكون ورثته بمثابة إذا اجتمعوا على الرضى بعتق واحد منهم ، فإذا اختلفوا قلت بما روى عيسى أنه يقرئ بينهم فأعتقدت أحدهم بالسهم .

قلت : فإن مات قبل أن يُعتقَ منهم أحداً وإنما كان قال ذلك في صحته ، قال يصير ورثته بمنزلته يعتقون أيهم أحبوا كما كان ذلك للميّت ، وليس هو بمنزلة الذي يوصي سيدهم أن يُعتقَ رأسُ منهم ولا يُنْصُّهُ بعينه ، ولأولئك مسألة قد فسرنا هنالك ، وقال في رجل يقول وله نسوة إحدى نسائي طالق ولم ينِو واحِدَةً منها : إنهم يطلقن عليه جمِيعاً .

قال : وأما إن قال أحَدُ عبدي حُرّ وله مماليك ولم ينِو واحداً بعينه فإنه يقال له اعتق من شئت منهم ، وإن مات ولم يُعتق منهم أحداً قيل لورثته قد نُزِلْتُمْ منزلته فأعتقا من بدا لكم منهم .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في المدونة ان الطلاق لا يختار فيه ، بخلاف العتق ، وقد روى أبو عبيد عن مالك أن الطلاق يختار فيه كالعتق وليس بينهما فرق بين في القياس .

ووجه التفرقة في ذلك بين العتق والطلاق أن العتق يصح فيه التبعيض ، بخلاف الطلاق . وقد مضى في رسم باع شاء من سماع عيسى القول مستوفى في مسألة العتق هذه فلا وجه لإعادته .

مسألة

قال يحيى : قلت لابن القاسم أرأيت إن كاتب جميع رقيقه فلم يُجز ذلك الورثة والثلث يضيق بهم أليس يُعتق من كل واحد منهم ثلاثة ؟ قال : بل .

قلت : ولم لا يُقرع بينهم في الثالث ؟ قال : أرى إذا قطع لهم الورثة الثالث أن يُسهم بينهم فيه كالموصى لهم بالعتق .

قال محمد بن رشد : نَفَى القرعة أولاً ثم رَجَعَ إليها آخرأ ، فهو اختلافٌ من قوله ، فوجه القول بها القياس على الوصية بالعتق ، لأنه وإن كان

الأصل كتابة فقد عاد ذلك إلى العتق ، ووجه المنع منها أن القرعة في القياس غررً فلَا تكون إلأا حيث جاءت فيها السنة ، وهي الوصية بالعتق ، ففاس عليها ابن القاسم العتق في المرض لاتفاقهما في المعنى لأنه في الحالتين جميعاً عتق من الثالث ، والكتابة بخلاف ذلك .

وأشهب وأصبح لا يربان القرعة ، إلا في الوصية خاصة ، وابن نافع لا يقول بها إلأا إذا لم يكن للميته مالٌ غيرهم إتباعاً لظاهر الحديث ، فهـي ثلاثة أقوال ، وإنجازتها في الكتابة قولٌ رابعٌ وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل حَلَفَ بعتق رقيقه وهو صحيح ثم يَقُومُ عليه الغرماء وفي قيمة رقيقه فضل عن دَيْنِه : إِنَّ الدَّيْنَ يُفَضَّلُ عَلَى الْعَبِيدِ : قِيمَتِهِمْ ، فَيَبْاعُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمْ بِقَدْرِ مَا صَارَ عَلَى قِيمَتِهِ مِنَ الدَّيْنِ حِينَ فُضَّلُ عَلَيْهِمْ ، ثُمَّ يَعْتَقُ مِنْهُمْ مَا بَقِيَ .

وتفسير ذلك أنهم إن كانوا ثلاثة عبيد قيمة أحدهم خمسمائة والآخر ثلاثة ، والثالث مائتان وكان الدين مائة دينار قُسِّمت المائة الدينار على الألف الدينار التي هي قيمة العبيد ، فما صار على المائة دينار من المائة الدين نظرت كم ذلك من المائتين ؟ فإن كان عشرًا بعث عشر رقبة وعتق ما بقي ، كذلك يُصنع بالثاني والثالث فيما يصير على قيمة كل واحد من المائة الدين إذا قُسِّمت على جميع قِيمَتِهِمْ ، وعلى هذا الحساب يُقسم كُلُّ ما كان من هذا الوجه .

قال : وإن كان أعتق بعضهم قبل بعض بيع الآخر فالآخر حتى ينفذ الدين ثم يعتق ما بقي .

قال : وإن أوصى بعتاقهم أجمعين ولا مال له غيرهم وعليه من الدين ما لا يُحِيطُ برقباهم أقرع بينهم أيهم يُباع للدين ثم أخرج

ثلث ما بقي بعد ما بيع للدين فإذا عُرف مبلغ الثلث أقرع بين العبيد الباقين أجمعين أيهم يعتق في الثلث ، فإن اقتسموا أثلاثاً فبسبيل ذلك ، وإن لم ينقسموا أثلاثاً أقرع بينهم الأول فالأول حتى يستكمل إخراج الثلث في قيمة من يخرج سهمه للعتaque .

وإن كانوا مدربين في كلمة واحدة وعليه من الدين ما لا يحيط بجميعهم بيع من كل واحد منهم بقدر ما يصير على قيمته من الدين ، ويعتق منه ثلث ما بقي ، وإنما يقسم الدين على قيمتهم على ما فسرت لك في الذين يعتقدون في الصحة وعلى المعتقد من الدين ما لا يحيط بجميعهم ولا يسهم بينهم للبيع في الدين ولا بعد إخراج الدين للعتaque ، ولكن يباع من كل واحد ما ينويه ويعتق منه ثلث ما بقي بعد ما بيع منه للدين يتحاصون في الثلث ، ولا يقرع بينهم فيه .

قال : وإن كان دَبَرَ بعضهم قبل بعض بيع للدين الآخر فالآخر ، فإذا قُضيَ جميع الدين عتق في الثلث الأول فالأول ولا يحاص بينهم ولا يُسْهَمُ بينهم ، ولكن ييدون في العتaque على قدر ما بدأ بهم السيد في التدبير ، ويباع الآخر فالآخر للدين كما كان آخرهم السيد في التدبير .

قال : والموصى لهم بالتدارير والمدربون في الصحة في هذا الوجه سَوَاءً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة جيدة حسنة بينة على مذهبه في المدونة من أن القرعة إنما تكون في الوصية بالعتقة إذا لم يحملهم الثلث ، فيعتقد منهم مبلغ الثلث بالقرعة ، وكذلك إن كان عليه دين ولا مال له سواه وقد أوصى بعلاقتهم أجمعين يُسْهَمُ بينهم أيهم يباع في الدين ثم يُسْهَمُ بينهم

أيهم يعتق في ثلث ما بقي بعدما بيع منهم في الدين ، وكذلك **المُبَتَّلُونَ** في المرض سواء على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ، وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في تَكْلِيمَنا عن المسألة التي قبلها .

وأما المدبرون في الصحة أو في المرض أو في الوصية بعد الموت فلا قرعة فيهم ولا فيمن يباع منهم في **الَّذِينَ إِنْ كَانُوا عَلَى الْمَيْتِ دَيْنَ** ولم يكن له مال سواهم ، وإنما يباع منهم في **الَّذِينَ بِالْحَصْنِ أَيْضًا** ، وكذلك إذا أعتق عبيده في صحته وعليه دين لا يحيط بهم لا يُقرع بينهم فيمن يباع منهم في **الَّذِينَ** ، وإنما يباع منهم بالحصص ، ووجه العمل في ذلك أنْ يُعرَفَ ما يقع للدَّيْنِ من قيمتهم ، فإن كان الثالث أو الرابع أو التسعة أو العُشْرُ بِعَيْنِ من كل واحدٍ منهم ثلثه أو ربعه أو تسعه أو عشره **قَلَّتْ قِيمَتُهُ أَوْ كَثُرَتْ** ، وهو الذي قاله في هذه الرواية ، وإن كان في كلامه **الْتَّبَاسُ** فهذا معناه ، وذلك أنه قال : **وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ إِنْ كَانُوا ثَلَاثَةَ عَبِيدَ قِيمَةً أَحَدُهُمْ خَمْسَمَائَةَ وَالْآخَرُ ثَلَاثَمَائَةَ وَالثَّالِثُ مَائَتَانِ وَكَانَ الدَّيْنُ مَائَةُ دِينَارٍ قُسِّمَتِ الْمَائَةُ دِينَارٌ عَلَى الْأَلْفِ دِينَارٍ تِيْهِي قِيمَةُ الْعَبِيدِ** ، فما صار على المائة الدينار من المائة الدينار نظرت كم ذلك من المائتين ، فإن كان **عُشْرًا** بعث **عُشْرَ رَقْبَةً** ، وكذلك تصنع بالثاني والثالث إلى آخر قوله ، وموضع الالتباس من قوله ، قوله فيه قسمت المائة الدين على **الْأَلْفِ** التي هي قيمة العبيد ، لأن قسمة القليل على الكثير إنما هي بأن يُعرف ما يقع منها بالتسمية على ما ذكرناه .

وقوله أيضًا **فَمَا صَارَ عَلَى الْمَائَةِ الدِّينَارِ مِنَ الْمَائَةِ الدَّيْنِ إِذَا لَا حَاجَةُ بِنَا أَنْ نَعْرِفَ مَا يَقُولُ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى كُلِّ مَائَةٍ مِنْ قِيمَةِ الْعَبِيدِ** ، وإنما نحتاج أن نعرف ما يقع جملة الدين من جملة قيمة العبيد فيباع ذلك الجزء من كل واحد منهم على ما قلناه ولا بن نافع في المدنية أنَّ المدبرين في المرض يُقرعُ بينهم كما يُقرعُ بين الموصى بعتقهم وبين **الْمُبَتَّلِينَ** وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله يشتري الدور والمزارع للتجارة

قال يحيى : قال ابن القاسم في النصراني يُعتقد عبداً له ثم يريد بيته : إنه لا ينبغي للإمام أن يمنعه من بيته إن شاء ، لأنهم يستحلون في دينهم مثل هذا ، وإنما صُولحوا على أن يُقرؤا على دينهم .

قلت : فإن أسلم العبد المعتقد قبل أن يرجع السيد في عتقه ؟
 قال : إن كان يوم اعتقه بريء منه وخلّى سبيله فصارت حاله حال الأحرار فلما أسلم وهو بتلك الحال أراد النصراني سيده الرجوع فيه فليس ذلك له ، وإن كان لم ينزل في يديه من يوم اعتقه يستخدمه بحاله التي كان عليها عبداً حتى أسلم العبد وهو في يدي الذي اعتقه وفي خدمته فإن له أن يرجع في عتقه فيسترقه إن شاء ولا ينتفع السيد بإسلامه لأنه يقول إنما قولنا لعيادنا أنتم أحرار لا نعدل شيئاً ولا يلزمنا به في ديتنا عتق أحدهم ، ولم ينزل هذا العبد في يدي وخدمتي بعد أن قلت هو حر حتى أسلم ، فليس إسلامه بالذى يوجب له عتقاً لم أكن أجزته له ولا رضيت بإتمامه له ، ومثل ذلك عندي ومِمَّا يُبيّنُه أن النصراني لو طلق امرأته البتة ثم أراد حبسها لم يُمنع منها ، فإن حبسها بعد الطلاق البتة ثم أسلمت فأرادت أن يلزمه ذلك الطلاق لم يكن ذلك لها ، لأنه أمر قد قطعه عن نفسه في دينه بما يجوز له إذا حبسها بعد ذلك ، فإسلامه لا يوجب لها طلاقاً قد قطعه عن نفسه في دينه ، وحبسها بعده ، فهو إذا أسلمت إن أسلم في عدتها كان أحق بها ولا يُعدُ الطلاق الذي كان أولاً شيئاً ، قال : ولكن إن كان يوم طلقها البتة خلّى سبيلها حتى انقطعت منه وبانت

عن حالها تحته ثم أسلمت فأراد ارتجاعها لم يُمَكِّن من ذلك لما قد تَبَيَّنَ من تخلية سبيلها وبراءَتِه منها ثم أراد أن يعتقها بالإرتجاع بعد إسلامها فليس ذلك له .

قال : والعَبْدُ المُعْتَقُ إِنْ كَانَ خَلَى سَبِيلِهِ يَوْمَ أَعْتَقَهُ فَلَمَّا أَسْلَمَ
الْمُعْتَقَ أَرَادَ الْمُعْتَقَ ارْتِجَاعَهُ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ .

قلت : فالْمُدَبِّرُ يَدْبِرُ النَّصَارَى وَهُوَ عَلَى دِينِهِ ثُمَّ يَسْلِمُ الْعَبْدَ
الْمُدَبِّرَ فَإِنْرِيدُ سَيِّدُهُ نَقْضَ التَّدْبِيرِ وَالرَّجُوعُ فِيهِ ؟ قَالَ : لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ
إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ فِي تَدْبِيرِهِ وَهُوَ نَصَارَى مِثْلِهِ لَمْ يَسْلِمْ ، فَأَمَّا بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ
الْمُدَبِّرَ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى الرَّجُوعِ فِيهِ وَإِلَى اسْتِخْدَامِهِ وَلَكِنَّهُ مُخَارَجٌ
عَلَيْهِ .

قلت : فَمَا فَرْقُ بَيْنِ الْمُدَبِّرِ يُسْلِمُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَلَا يَكُونُ لِلسَّيِّدِ
أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ ، وَالْمُعْتَقُ يَسْلِمُ بَعْدَ الْعَتَاقَةِ فَيَكُونُ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُبَطِّلَ عَتَقَهُ
وَيَرْتَجِعَ ؟

قال : لَأَنَّ الْمُعْتَقَ لَمَّا لَمْ يَزَلْ فِي خَدْمَتِهِ وَعَمَلَهُ وَبِحَالِهِ الَّتِي
كَانَ عَلَيْهَا عَبْدًا قُلْنَا لَنْ يَبْرَأَ الْمُعْتَقُ مِنْهُ فَيَلْزَمُهُ بِبرَاءَتِهِ مِنْهُ عَتَاقَهُ
الْعَبْدُ ، وَإِنَّمَا صَارَ حَابِسًا لَهُ وَمُسْتَخْدِمًا فَكَانَ قَوْلُهُ هُوَ حُرٌّ لَيْسَ بِقُولٍ
لَأَنَّهُ يَلْزِمُهُ فِي دِينِهِ ، فَإِسْلَامُ الْعَبْدِ الْآنَ لَا يَزِيدُهُ فِي خَدْمَتِهِ وَلَا
يُوجِبُ لَهُ عَتَاقَهُ لَمَّا تَظَاهَرَ لَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِبرَاءَتِهِ مِنْهُ وَلَا تَخْلِيةِ سَبِيلِهِ ،
قال : وَالْمُدَبِّرُ إِنْ كَانَ حَابِسًا لَهُ لَمْ يُخْرِجْهُ مِنْ خَدْمَتِهِ ، فَإِنَّ الْمُدَبِّرَ
يُعذَرُ بِأَنْ يَقُولَ إِنَّمَا جَعَلَ لِي شَيْئًا بَعْدَ مَوْتِهِ فَكَيْفَ كُنْتُ أَجِدُ سَبِيلًا
إِلَى أَنْ أَبْيَنَ بِنَفْسِي أَوْ أَنْقُطِعَ عَنْهُ بِخَدْمَتِي فَإِذَا جَعَلَ
لِي [١١) قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ أَرَادَ نَقْضَهُ لِإِسْلَامِي ،

(١١) بِياض بِالْأَصْلِ نَاشِئٌ عَنْ طَمْسِ بِهَامِشِ فَ ٣ .

ولم يكن وجَبَ لِي عَتْقٌ مُعْجَلٌ فَفَرَطْتُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ وَلَا بَيْنَ الرَّجُوعِ مِنْهُ فِي تَدْبِيرِي قَبْلَ إِسْلَامِي فَمَا يَسْقُطُ حَقِّي عَنِّي فِي حُكْمِ الْإِسْلَامِ؟ وَأَنَا مِنْ أَهْلِهِ فَبِمَاذَا يَقْدِرُ مَعَ مَا مَضِيَ فِي ذَلِكَ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَهُوَ أَحَقُّ مَنْ اتَّبَعَ.

قلت : فِمَكَاتِبُ النَّصْرَانِيِّ أَيْجُوزُ لِهِ الرَّجُوعُ فِيمَا عَقَدَ مِنْ كِتَابَتَهُ؟

قال محمد بن رشد : ظاهر هذه الرواية أنَّ للنصراني أن يرجع في عتق عبده النصراني ما دام على النصرانية ، لا يمنع من ذلك ، وإن كان لما أعتقه قد كان خَلَّى سبيله وخرج عن خدمته مثل قول ابن القاسم في كتاب المكاتب من المدونة خلاف دليل قول مالك في كتاب [١٢] وذلك له إِذَا لم يُخْرِجْهُ مِنْ يَدِهِ يدل على أنَّ له أنْ يرجع في عتقه بعد إسلامه إن كان لم يُخْرِجْهُ مِنْ يَدِهِ ، خلاف ما في كتاب المكاتب من المدونة .

فتحصيل المسألة أنه إذا أعتقه وَخَلَّى سبيله فخرج من خدمته فلما أسلم أراد أن يرجع في عتقه لم يكن ذلك له باتفاق ، وإن كان أعتقه ثم أراد أن يرجع في عتقه وهو على دينه قَبْلَ أَنْ يُخْرِجْهُ مِنْ يَدِهِ كان ذلك له ولم يمنع منه باتفاق ، وإنْ خَلَّى سَبِيلَهُ وأخْرَجَهُ عن خدمته ثم أراد أن يرجع في ذلك قبل إسلامه كان ذلك له على ظاهر هذه الرواية ، ولم يكن ذلك له على ما في كتاب الجنایات من المدونة من دليل قول مالك ، وإن كان أعتقه ثم أراد أن يرجع في عتقه بعد أن أسلم ولم يكن خرج عن خدمته كان ذلك له على ما في هذه الرواية ولم يكن ذلك له على ما في كتاب المكاتب من المدونة والتَّدْبِير ، بخلاف ذلك له أَنْ يرجع فيه قبل إسلامه لا يمنع من ذلك ، وليس له أن يرجع

(١٢) بياض بالأصل ناشيء عن طمس بهامش ق ٣ .

فيه بعد إسلامه قولًا واحدًا ، وقد يَبْيَن ابن القاسم الوجه في ذلك بما لا مزيد عليه .

والكتابة في ذلك كالتدبیر سواء على ما قاله في المدونة ، ولم يقع لها في هذه الرواية جواب ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسأله عن الرجل يحلف أنَّ كل عبد يتبعه إلى سنة فهو حر فيشتري كتابة مكَاتِب قبل انقضاء السنة التي حلف اليها .

قال : يُتَظَر بالمكاتب ، فإن أدى لم يكن عليه حُنْث ، وإن رُق عتق عليه ولزمه الحُنْث فيه .

قلت : أرأيت إن عجز المكاتب بعد انقضاء السنة قال : يعتق عليه ولزمه الحُنْث فيه .

قلت : أرأيت إن عجز المكاتب بعد انقضاء السنة ؟ قال : يعتق عليه أيضًا ، لأنَّه عَقدَ اشتراه في السنة التي حلف بحرية ما يشتري فيها .

قال محمد بن رشد : سخنون يقول إنه لا حُنْث عليه إن لم يعجز حتى انقضت السنة ، وقول ابن القاسم أَظَهَرَ لأنَّه إنما ملكه بعد السنة بما عقد فيه قبل السنة ، فذلك عنده بمترلة من تَرْوِيج في العدة ودخل بعد العدة ، وفي ذلك اختلاف قد مضى تحصيله في موضعه ، ولا اختلاف في أنه يعتق عليه إذا عجز في السنة وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن السفهية يُعْتَقُ أم ولدَه أَيْتَبُعُها مَالُهَا ؟

فقال : لا أرى ذلك لها ، لأنَّ عتقها لم يمض على تجويز

العتقة ، وإنما أمضاه مالك لأنه رأى العتق قد كان سبق إليها بالولادة ، فلما أعتقها كان إنما ترك ما كان له من الاستمتاع بها ، فلذلكرأيُت لا يتبعها مالها ، لأننيرأيت إن تتبعها مالها كنت قد جَوَزْتُ للسفيه القضاء في ماله ، قال ابن وهب : مثل ذلك ، وقال سحنون مثله تافهاً كان أو غير تافه لأنه لا يتبعها مالها .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف ما مضى من قول مالك في رسم العتق من سماعأشهب ، وقد مضى هنالك القول على ذلك وبالله التوفيق .

مسألة

قال يحيى : قلت لابن القاسم : فالسفيه يمثِّل بعده أيعتق عليه ؟ قال : لا ، ووجه ما يأخذ به أنَّ أنظر إلى كل من إذا ابتدأ عتقه جاز عتقه فإنه إذا مثل أعتق عليه ، وكل من إذا ابتدأ عتقه لم يجز عتقه ، فإنه إذا مثل بعده لم يعتق عليه ، وسئل ابن وهب عن السفيه يمثل بعده فقال : أرى أن يُعتق عليه ، قيل له : أفيتع العبد ماله ؟ قال : لا ، قيل له : فالمرأة تمثل بخادم لها لا تملك غيرها فيرد الزوج عتقها ؟ قال : لا يكون للزوج ها هنا رد ، وإنما وقع العتق عليها بحُكم قد مضت سنته فهي بالمثلة عليها حرة رضي الزوج أو كره ، قال سحنون في مثلاً المرأة ذات الزوج بعدها أو بخدمتها وقيمتها أكثر من ثلث مالها : لا أرى أن يعتق عليها وذلك مثل عتقها ، وكذلك قال لنا ابن القاسم .

قيل لسحنون : فالعبد يمثل بعده ؟ قال : لا يعتق عليه ، وهو قوله ابن القاسم والذي يمثل بعده فلا يعتق عليه حتى يموت فلا يعتقدون عليه بعد الموت .

قال يحيى قلت لابن القاسم فالمريض يمثل بعده في مرضه ؟ قال : يعتق عليه في ثلاثة ، فإن صحي فمن رأس ماله ، قيل له : فالDMIان الذي لا مال له إلا العبد وليس فيه وفاء لما عليه يمثل به ؟ قال : لا يعتق عليه ، ولو جاز مثل هذا لمثل المفلس بجميع عبيده فادع الناس أموالهم واستفاد بذلك موالي يعتقد ولاءهم .

قال محمد بن رشد : اختلف في السفيه والعبد والمديان والمرأة ذات الزوج يمثلون بعبيدهم ، فقيل إنه لا يعتق على واحد منهم عبده بالمثلة إلا أن يجيئ ذلك للمديان غرماً وللمرأة ذات الزوج زوجها ، وهو مذهب ابن القاسم في هذه الرواية على ما أصله فيها من أنه لا يعتق بالمثلة إلا على من يجوز له عتق عبيده ، ونص قوله في الواضحة على ما حكاه ابن حبيب عنه وهو أيضاً مذهب سحنون في هذه الرواية ، لأنه إذا قال ذلك في المرأة ذات الزوج فأحرى أن يقوله فيمن سواه منهم لأنَّ أبعدهم من أنْ يعتق عليه بالمثلة المديان الذي لا وفاء عنده بدينه إلا العبد الذي مثل به للعلة التي ذكرها في الرواية من أنه يتهم في أن يمثل به ليعتق عليه فيكون له ولاؤه ولا يأخذه الغريم ، ويليه العبد لقوة تحجير سيده عليه ، وإن قد قيل إنه لا يملك وإن ماله لسيده ، ويليه السفيه للاجماع في أنه يُحجر عليه في جميع ماله لقول الله عز وجل : ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءِ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ﴾^(١٣) وتليه المرأة ذات الزوج لأن الزوج إنما يُحجر عليها في ثلاثة مالها ، وقد قيل إنه لا تحجير له عليها في شيء منه ، فمن قال إنه لا يعتق على المرأة ذات الزوج عبداً بالمثلة إذا لم يحملها ثلاثة أو لم يكن لها مال سواه فأحرى أن يقول ذلك فيمن سواها من المذكورين ، وهو مذهب سحنون على ما ذكرناه ، ومن يقول إنه يعتق على المديان عبداً بالمثلة وإن كان الدين مستغرقاً له فأحرى أن يقول ذلك فيمن سواه من المذكورين وهو قول أشهب ، ومن يقول ذلك في السفيه وهو

(١٣) الآية ٤ من سورة النساء .

قول ابن وهب في هذه الرواية فأحرى أن يقوله في المرأة ذات الزوج وقد لا يقوله في العبد ولا في المديان ، ومن يقول ذلك في العبد فأحرى أن يقوله في السفه وفي المرأة ذات الزوج وقد لا يقوله في المديان .

فيتخرج على هذا في جملتهم خمسة أقوال أحدها أنه يعتق على كل واحد منهم عبده بالمثلة ، والثاني أنه لا يعتق على واحد منهم بها والثالث أنه لا يعتق على واحد منهم بها عبده إلا على المرأة ذات الزوج ، والرابع أنه يعتق بها على المرأة والسفه ولا يعتق بها على العبد ولا على المديان والخامس أنه يعتق بها عليهم كلهم إلا على المديان ، وإذا أعتق على العبد بها عبده على القول بأنه يعتق عليه فلاؤه لسيده لا له ، قاله ابن حبيب في الواضحة .

واختلف فيمن أعتق منهم عليه عبده بالمثلة على القول بأنه يعتق بها عليه هل يتبعه ماله أم لا ؟ فروي عن ابن القاسم في السفه أنه يعتق عليه عبده بالمثلة ولا يتبعه ماله وهو قول ابن وهب في هذه الرواية ، وروي ابن الموز عن أنه ماله يتبعه قال : وأظنه قول أشهب لأنه روى عن مالك في السفه يعتقد أم ولده أنها تكون حرمة ويتبعها مالها خلاف قول ابن القاسم .

وأما إذا أعتق على المالك لأمر نفسه عبده بالمثلة فإنه يتبعه ماله ولا اختلاف أحفظه في ذلك ، ويكون له ولاؤه ، وقد قيل إنه لا يكون له ولاؤه ، ويكون لجماعة المسلمين ، ولاؤه على ظاهر ما روى عن النبي عليه السلام من قوله : من حرق عبده بالنار أو مثُلَّ به مُثَلَّ فهو حر وهو مولى الله عز وجل رسوله ، قال الليث : وهذا أمر معمول به ، ظاهر قوله أن الولاء لا يكون له ، قال ابن الموز : والقياس في السفه أن لا يعتق عليه بالمثلة ، ومن قال إنه يعتق عليها لم أعب قوله ، والذي أقوله به أنَّ القياس أن يعتق على كل واحد منهم عبده بالمثلة حاشا المديان ، لأنها جنائية توجب العتق بالسنة ، وذلك من حق العبد ، فوجب أن يحكم له بحثه على كل واحد منهم كما لو جنى على

غيره ، ألا ترى أن المرأة ذات الزوج والسفية لو قتلا عبداً لأحد وكانت قيمته في أموالهما ، ولو قتل العبد عبداً لأحد وكانت جنایته في رقبته وماله ، فعبدُه إذا مثل به آخرَى أن يُعتق عليه ، ولا يلزم هذا في المديان ، لأنه لو جنى على أحدٍ بقتل عبده لم يكن المجنى عليه أحَقَ بجنایته من الغرماء ، والقياس إذا لم يُتّهم في تمثيله به لِجَرِ ولائه أنْ يُحاصِن الغرماء بقيمة ، فيُعْتَق منه بقدر ذلك .

وقوله في الرواية في الذي يمثل بعده فلا يُعْتَق عليه حتى يموت : لا يُعْتَق عليه بعد الموت بين صحيح ، لأن عتقه عليه بالمثلة عقوبة له ، فلو أُعْتَق عليه بعد الموت وكانت الورثة هم المُعاقبون بفعله ، وأما المريض إذا مثل بعده فيُعْتَق عليه في ثلثه إن مات من مرضه ، لأن الثلث له حيَا وميتاً ، وإن صاح فمن رأس ماله كما قال ، ولا اختلاف في هذا أحفظه وبالله التوفيق .

مسألة

قيل لسحنون : ما تقول في النصراني يمثل بعده والعبد مسلم أو نصراني ؟ فقال كان أشهب يقول يُعْتَق عليه ما مثل من رقيقه كفارا كانوا أو مسلمين ، وكان ابن القاسم يأبى ذلك ويقول لا يُعْتَق على النصراني ما مثل من عبيده النصارى ، لأن النصراني لو أعتقه ثم باعه لَمْ أُغْرِضْ له ، قال أص比ح : قال ابن القاسم : ولو مَثَلَ النصراني بعده بعد أن أسلم لعْتَق عليه .

قال محمد بن رشد : واتفقا جميعاً ابن القاسم وأشهب في الحربي المعاهد ينزل بأمان فيمثل بعده أنه لا يُعْتَق عليه ، وهو قول مالك في رسم العتق من سمع أشهب ، ويأتي على ما حكى ابن حبيب عن أصحاب مالك أنه يُعْتَق بالمثلة على كل واحد منهم ، وقول ابن القاسم أنه لا يُعْتَق على واحدٍ منهم هو الأظهر ، لأن العتق بالمثلة إنما هي عقوبة لحرمة المسلم ، فوجب أن لا يُعْتَق عليه بالمثلة إلا أن يمثل به بعد إسلامه سواء كان ذمياً أو معاهداً كما قال ابن القاسم .

ولو مثل المسلم بعده النصراني لعتق عليه لأنه حكم بين مسلم ونصراني ، فيحكم فيه بحكم الإسلام ، ووجه قول أشهب أنه حَمَلَ الحديث بالعتق على من مثل بعده على العموم في المسلمين والكفار من أهل الذمة وبالله التوفيق .

مسألة

قال سحنون : كان مالك يقول في الذي يمثل بامرأته : إنها تطلق عليه ، بمنزلة بيعه لها ، لأنه ليس بمؤمن على غيرها .

قال محمد بن رشد : قول مالك في الذي يمثل بامرأته إنها تطلق عليه يريد طلاقة بائنة ، كذلك روى زياد بن جعفر عنه في المدنية وقال ابن القاسم فيها : ما سمعت بهذا قط ، وأرى أن لا يفرق بينهما ويكون بينهما القصاص والقود ، إلا أن يريد السلطان للتفرقة بينهما وجهاً ، قال عيسى مثل أن يخافه عليها ، والذي أقول به في هذا أنه ليس باختلاف من القول ، وإنما معناه أنه لا يفرق بينهما بالمثلة إلا أن تطلب هي الفرقة وتدعى أنها تخافه على نفسها فيفرق بينهما بطلاقة بائنة .

وأما بيعه لها فقول مالك إنما تطلق عليه يريد أيضاً بطلاقة واحدة بائنة على ما في سماع عيسى من كتاب الحدود وفي كتاب الإستبراء من كتاب أنسن ، على ما وقع في سماع عبد الملك من كتاب طلاق السنة ، وهو قول ابن نافع فيه : إنها طلاقة بائنة ، وقد روى محمد بن عبد الحكم عن مالك أنها تطلق عليه بالبَتَةِ . قال محمد : وأنا أقول : لا يقع عليه طلاق ، ويؤدب على فعله ، وترد إليه زوجته ، وهو قول ابن وهب في سماع عبد الملك من كتاب طلاق السنة ومثله ما في أول سماع ابن القاسم منه في الذي يزوج امرأته ، إذ لا فرق في المعنى بين أن يزوجها أو يبيعها ، وفي المجموعة أنها تحرم عليه بالبَتَةِ إذا زوجها بنى بها الزوج أو لم يَبْنِ بها ، فهي ثلاثة أقوال أظهرها أنها طلاقة واحدة بائنة وبالله التوفيق .

ومن كتاب المكاتب

قال : وسألته عن رجل أوصى لأمةٍ له وهو مريض ، فقال إن مت قبل سبعة أشهر أو نحو ذلك فقلانة حرة إلا أن تُحدث حدثاً من زنى يعرف ، فمات قبل السبعة وولدت العجارية بعد موته قبل ستة أشهر فسئللت ممن هذا الولد ؟ فقالت : من فاحشة ، ثم ادعت بعد أنه من سيدها وأتت بشهيدي عدل يشهاد أنَّه كان مقرأً بوطئها ، قال يُلْحَقُ به الولد وتلحق الأمة بالأحرار من رأس المال ، ولا يضرها إقرارها الذي أقرت به أن ولدها من فاحشة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة ، وقد تكلم عليها ابن دحون بكلام صحيح ، فقال : ولو لم ترجع عن إقرارها بالزنى للحق الولد بالسيد وحدت وكانت حرة لأن إقرارها بالزنى لا ينفي الولد عن والده وهو يشهد عليه بإقراره بالوطء ، وإقرارها أيضاً لا يوجب ملكها لأن إلحاد الولد بالأب يوجب أنها أم ولد ، فهي حرة وإن حدثت على إقرارها بالزنى ، ولا تُحدَّد حتى تتمادي على الإقرار ، ولا يجوز لها استرافق نفسها ، ولا معنى لقوله قبل ستة أشهر إذا أتت به لما يلحق به الأنساب وثبت إقراره بالوطء لحق به وإن ادعت أنه من زنى حدث ولم يضر ذلك الولد وهي حرة ، والله الموفق .

مسألة

قال : وسألته عن المرأة تحلف بالحرية لَتَفْعَلَنَّ كذا ، فترید ترك ذلك لتحت نفسها ، فينكر ذلك زوجها عليها وَيَرُدُّ يمينها .

قال حالها في الحنت الواقع عليها والذي تحنت به نفسها وابتداء عتقتها سواء ما ردَّ الزوج فهو مردودٌ إذا جاوزت قيمة رقيقها ثلثَ مالِها .

قلت : أرأيت ما يحثها به الزوج مِمَّا لو شاء تركها فيه على بر ؟ مثل أن تقول رقيقـي أحـرار إـنْ وطـشـني اللـيلـة وأـيـامـاً تـذـكـرـها ، أو تـقـولـ رـقـيقـي أحـرارـ إـنـ ضـربـتـ أـمـتـيـ هـذـهـ اللـيلـةـ أوـ نـحـوـ ذـلـكـ مـاـ يـخـافـ بـهـ تـعـدـىـ زـوـجـهـاـ عـلـيـهـاـ أوـ عـلـىـ رـقـيقـهـاـ أوـ تـكـوـنـ هيـ مـتـعـدـيـهـ فـيـ يـمـينـهـاـ مـثـلـ أـنـ تـقـولـ إـنـ وـطـشـنـيـ أـبـداًـ أـوـ ضـربـتـنـيـ أـبـداًـ وـقـدـ وـجـبـ عـلـيـهـاـ الـأـدـبـ مـرـارـاًـ لـمـاـ اـرـتـكـبـتـ .

قال محمد بن رشد : أما يمينها على نفسها بعتق رقيقها وهم أكثر من ثلث مالها ألا تفعل شيئاً أو أن تفعله إلى أجل تسميه فلزوجها أن يرد يمينها قبل أن تحـنـثـ [أوـ بـعـدـ أـنـ تـحـنـثـ فـإـنـ رـدـ يـمـينـهـاـ قـبـلـ أـنـ تـحـنـثـ^(١٤)] اكتفى بذلك ولم يكن عليه^(١٥) أن يرد فعلها بعد الحـنـثـ ، وإن سـكـتـ عـلـىـ يـمـينـهـاـ وـلـمـ يـنـكـرـهـ كـانـ لـهـ أـنـ يـرـدـ إـذـاـ حـنـثـ^(١٦) وـلـمـ يـضـرـهـ سـكـوتـهـ عـلـىـ يـمـينـهـاـ ، قالـهـ فـيـ الرـسـمـ الـذـيـ بـعـدـ هـذـاـ

واما إذا حلفت عليه فـحـثـهـاـ هوـ فـسـكـتـ فـيـ الرـوـاـيـةـ عـنـ الجـوـابـ عـلـىـ ذـلـكـ ؛ وـقـالـ ابنـ دـحـونـ فـيـهـ قـيـاسـهـ أـنـ إـنـ حـثـهـاـ كـانـ لـهـ رـدـ يـمـينـهـاـ وـرـفـعـ الـعـتـقـ عـنـهـاـ ، وـإـنـ كـانـ هوـ حـثـهـاـ لـأـنـهـ قـدـ كـانـ لـهـ أـنـ يـرـدـ يـمـينـهـاـ قـبـلـ أـنـ يـحـثـهـاـ فـلـاـ يـلـزـمـهـاـ حـنـثـ بـعـدـ رـدـهـ لـيـمـينـهـاـ ، وـلـيـسـ قـوـلـهـ فـيـ ذـلـكـ بـصـحـيـحـ ، وـالـذـيـ يـوـجـبـ النـظـرـ فـيـ ذـلـكـ أـنـ حـثـهـاـ فـيـمـاـ لـهـ أـنـ يـحـثـهـاـ فـيـ مـاـ تـكـوـنـ مـتـعـدـيـهـ عـلـيـهـ فـيـ الـيمـينـ بـمـثـلـ أـنـ تـحـلـفـ بـعـتـقـ رـقـيقـهـاـ أـنـ لـاـ يـطـأـهـاـ أـوـ أـلـاـ يـكـلـمـ فـلـانـاًـ أـوـ أـلـاـ يـضـرـبـ عـبـدـهـ فـيـ شـيـءـ اـسـتـوـجـبـ الـأـدـبـ عـلـيـهـ فـلـهـ أـنـ يـحـثـهـاـ وـيـرـدـ يـمـينـهـاـ بـالـعـتـقـ فـلـاـ يـعـتـقـونـ عـلـيـهـاـ ،

(١٤) ما كتب بين معقوتين زيادة من نسخة ق ٣ .

(١٥) كـذاـ بـالـأـصـلـ وـقـ ٣ـ : وـلـعـلـ هـنـاـ حـذـفـاًـ مـنـ يـدـ النـاسـخـ .

(١٦) كـذاـ بـالـأـصـلـ وـقـ ٣ـ : إـذـاـ حـنـثـ ، وـالـصـوـابـ إـذـاـ حـنـثـ إـذـ المـوـضـوـعـ هوـ حـلـفـهـاـ بـعـتـقـ رـقـيقـهـاـ .

وأما إن حنث فيما ليس له أن يحثتها فيه مما لا تكون متعددة عليه في اليمين به مثل أن تحلف بحرية رقيقها أن لا يضرب أمتها أو ألا يضر بها إذ لم تصنع شيئاً استوجب عليه الضرب فتعدى وضربها أو ضرب أمتها فإنها تحنث ويلزمهما العنق ولا يكون له أن يريد لأنه مختار لتحنيتها في غير شيء يجب له ، والى هذا نَحَا ابْنُ أَبِي زِيدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي النَّوَادِرِ عَقْبَ هَذِهِ الْمُسَأَلَةِ : لَمْ يَذْكُرْ لَهَا جَوَابًا ، وَيَتَبَيَّنَ لِي فِي الْوَطَءِ أَنَّ لَهُ رَدًّا لِلنَّعْقِ إِنْ وَطَئَهَا ، وَإِمَّا ضَرَبَ الْأُمَّةَ فَلَا رَدَ لَهُ ، فَمَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْوَطَءِ الَّذِي يَكُونُ فِي الْحَلْفِ عَلَيْهِ مَتَعْدِلٌ عَلَيْهِ ، وَأَمَّا لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَطْلُأَهَا هَذِهِ الْلَّيْلَةَ لِعَذْرٍ لَهَا فِي ذَلِكَ مِنْ مَرْضٍ أَوْ نَحْوِهِ فَحَثَنَتْهَا وَوَطَئَهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرِدَ النَّعْقَ ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ فِي ضَرَبِ الْأُمَّةِ الضَّرَبُ الَّذِي يَكُونُ مَتَعْدِلًا فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

مسألة

وَسَأَلَهُ عَلَى الرَّجُلِ يَحْلِفُ بِعْنَقِ عَبْدٍ لَهُ سَمَاهُ فِي كَاتِبِهِ أَوْ يَدْبِرُهُ أَوْ يَوْصِي لَهُ بِعْنَقِهِ إِلَى أَجْلٍ .

فقال أما الوصية له بالعنقة وتدبيره في الصحة والمرض فلا يوجب عليه حنثاً، لأنّه يرجع في الوصية إن شاء فبيطل ما جعل له فيها ، والتّدبير لا يعتق العبد فيه إلا بعد الموت والدّين يلتحقه أحياناً فبيطل تدبيره فلأرى التّدبير يوجّب عليه حنثاً ، قال : وأما إن كاتبه فإنه يتّظر به أداؤه وعجزه فإن أدى ما عليه عنق بالكتابة وحنث سيده في سائر رقيقه ، وإن عجز فرق فلا حنث عليه .

قلت : ولم لا نراه حانثاً إذا دبره إن سليم من البيع في دين يكون على سيده إذا وسعه ثلث ماله وكان مال سيده مأموناً حتى لا يشك أن الحرية وجبت له ساعة مات سيده ، أما ترى حينئذ أنَّ

الحدث وقع على سيده في الرقيق بموته لأنه قد كان عقد له عقداً في الصحة لا يستطيع الرجوع فيه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها نظر ، ولا فرق في القياس والنظر بين الكتابة وبين التدبير والوصية إلا في كون حثّه في التدبير والوصية بعد الموت ، فالقياس على قوله في الكتابة أن ينظر إذا مات في العبد الذي أوصى بعنته أو دبره وقد كان حلف لا يعتقه فعنت عبداً له آخر فإن خرج من الثالث وقد بقيت منه بقية اعتقدت فيما بقي منه العبد الذي حلف بعنته أن لا يعتق هذا العبد الذي أوصى بعنته أو دبره فيه ، لأن حثّه فيه بعنته إنما يحصل بعد الموت ، فوجب أن يكون من الثالث واعتراضه عليه بقوله .

قلت : ولم لا تراه حاثاً إذا دبره إن سلِمَ من البيع إلى آخر قوله اعتراض صحيح لازم له ، ولذلك سكت عن الجواب ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسألته عن الأخرين يرثان العبد فيشهد أحدهما أن أباه أعتقه في وصيته منهم عبد أو نصّه باسمه ويشهد أخوه أن أباه أوصى بعنة عبد من عبيده نصّه الأب فأُنْسِيَت اسمه فما أدرى أي عبد هو .

قال : أما العبد الذي نصّه أحد الأخرين فهو حُرٌّ إن وسعه الثالث لأن أحدهما قطع له الشهادة وشكك الآخر فيه نفسه فلا ينبغي لواحد منهمما أن يسترقه ولا شيئاً منه .

قلت : أَفِيْحَكُمْ عَلَيْهِمَا بِذَلِكَ حُكْمًا لَازِمًا لَهُمَا ؟ فقال : لا ، ولكنني أمرُهمَا بذلك وأُورِعُهُمَا عن استرقاءه ، لأن الشهادة لم تتم للعبد إِذْ لَمْ يَشْهُدْ لَهُ إِلَّا وَاحِدٌ .

قلت : ثم يصنعن ببقية العبيد ماذا ؟ فقال : يقتسمانهم فما صار للذى أبى فيها الشهادة حلًّا له استرقاقهم ، وما صار للشك في وصية أبيه أمرناه أنْ يحتاط على نفسه بالبراءة من جميعهم ، ولا يسترق منهم أحداً ، وذلك أنه لا يدرى أيهم أعتق لأنه لو ثبتت الشهادة كان المشهود له عتيقاً كله إن كان يسعه ثلث مال الموصي .

قلت : فإن كانا عبدين كيف الأمر فيما ولا مال للميت غيرهما ؟

فقال أرى لهم أن يعتقا من الذي بت أحد الأخرين له الشهادة مبلغ ثلث مال الميت ، فإن كان ذلك قدر قيمة ثلثي العبد فذلك له .

ويرق لها ثلثه ، سدس لكل واحد ، ثم يقتسمان الباقي ، فيطيب للقاطع الشهادة نصفه بما انقطع عنه من الشك في عمله ، ويقال للشك : إحتاط على نفسك ، فإننا لا ندري لعل الوصية كانت إلى هذا ؟ فانظر إلى مبلغ ثلث الميت من قيمة العبد فابرأ مما كان ينوبك من ذلك ، فإن كان مبلغ الثلث قدر ثلثي العبد فقد كان يعتق منه ذلك ويرق ثلثه لو ثبت أن الوصية كانت له ، فلا يبقى بيد الشاك إلا سدس ، وهو نصف ما كان يبقى بعد إنفاذ الوصية منه ، فيعتق ثلثه ويرق للشك سدس ، ويطيب للمستيقن نصفه ، فعلى هذا الحساب يُحمل ما أشبه هذا من أمور أهل الشك في الوصايا من الورثة إحتياطاً عليهم ونظراً لهم ، ولا يلزمون ذلك حكماً عليهم ، ولكن يُؤمرُون به إحتياطاً لهم .

قال محمد بن رشد : قوله في الأخرين اللذين شهد أحدهما على أبيه أنه أوصى بعتق عبد من عبيده سماه والثالث يحمله وقال الآخر : لا أدرى

هل هو هذا العبد أو غيره من عباده لأنني نسيته : إنَّ العَبْدَ الَّذِي سَمَاهُ أَحْدَهُمَا حُرًّا لَأَنَّ الْوَاحِدَ قَطَعَ لَهُ الشَّهَادَةَ ، وَالْآخَرُ شَكَ فِيهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِذَلِكِ عَلَيْهِمَا وَيُؤْرَعَا عَنِ إِسْتِرْقَاقِهِ لَا يَصِحُّ عِنْدِي عَلَى أَصْوَلِهِمْ ، لَأَنَّ أَحْدَهُمَا يَقْطَعُ بِوَجْوبِ حَرِيَتِهِ ، وَالْآخَرُ يَقُولُ لَا أَدْرِي هُلْ هُوَ هَذَا الْعَبْدُ أَوْ غَيْرُهُ مِنْ الْعَبْدِ ، فَالْوَاجِبُ أَنْ يَقَالَ لِلشَّاكِ فِي أَيِّ عَبْدٍ هُوَ الَّذِي أَوْصَى أَبُوهُ بِعَتْقِهِ : أَنْتَ لَا تَشْكُ فِي أَنَّ الْحُرِيَّةَ وَاجِبَةٌ لِأَحْدَهُمْ فَإِمَّا أَنْ تَحْتَاطَ لِنَفْسِكَ فَتَعْتَقِ حَظَّكَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَوْصُى لَهُ بِالْعَتْقِ ، وَإِمَّا أَنْ تَقْلِدَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ كَانَ لِفَلَانِ مِنْهُمْ ، وَإِمَّا أَعْتَقْنَا عَلَيْكَ حَظَّكَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِذْ لَا نَمْكِنُكَ مِنْ أَنْ تَمْلِكَ حَظَّكَ مِنْ جَمِيعِهِمْ وَأَنْتَ مُقْرَرٌ لِأَحْدَهُمْ بِالْحُرِيَّةِ ، فَإِنْ أَعْتَقْتَ حَظَّهُ مِنْ الْعَبْدِ الَّذِي سَمَاهُ أَخْوَهُ حُكْمَ بِحُرِيَّةِ جَمِيعِهِمْ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَبْيَ أَنْ يُعْتَقِ حَظَّهُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِحُكْمِ بِحُرِيَّةِ جَمِيعِ الْعَبْدِ الَّذِي سَمَاهُ أَخْوَهُ ، لَأَنَّهُ إِذَا أَعْتَقْتَ حَظَّ أَخِيهِ مِنْهُ بِأَحَدِ الْوَجَهَيْنِ وَجَبَ عَنْكَ جَمِيعَهُ ، لَأَنَّهُ مُقْرَرٌ أَنْ نَصِيبَهُ حَرِيَّةَ ، وَإِمَّا أَنْ يَقْلِدَ الشَّاكِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ كَانَتْ لِغَيْرِ الَّذِي سَمِيَ أَخْوَهُ فَأَعْتَقْتَ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، فَلَا يُعْتَقُ عَلَى الَّذِي سَمِيَ الْعَبْدُ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، لِلضَّرُرِ الدَّاخِلِ فِي ذَلِكَ عَلَى أَخِيهِ وَإِنَّمَا يَوْمِرُ أَنْ يَجْعَلَ ثَمَنَهُ فِي عَتْقِ أَنْ يَبْيَعَ الْعَبْدَ كُلَّهُ أَوْ وَجْدَ لِحَظَّهِ مِنْهُ ثَمَنًا عَلَى مِذَهَبِ ابْنِ القَاسِمِ وَرَوَايَتِهِ عَنْ مَالِكِ فِي الْمَدوْنَةِ وَغَيْرِهَا ، وَعَلَى مَا مَضِيَ فِي رِسْمِ يَوْصِي لِمَكَاتِبِهِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى وَفِي غَيْرِ مَا مَوْضِعُهُ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ الْعَبْدُ كُلَّهُ أَوْ يَمْلِكَ شَيْئًا زَائِدًا مِنْهُ إِلَى نَصِيبِهِ فِيهِ فَيُعْتَقِ عَلَيْهِ جَمِيعُ مَا مَلَكَ مِنْهُ ، فَإِذَا أَعْتَقْتَ الْعَبْدَ الَّذِي سَمَاهُ أَحْدَهُمَا بِالْوَصِيَّةِ فَقُولُهُ فِي بَقِيَّةِ الْعَبْدِ إِنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِهِمْ فَمَا صَارَ لِلَّذِي أَبْتَ فيَ الشَّهَادَةِ حَلَّ لِهِ إِسْتِرْقَاقُهُمْ إِلَى آخِرِ قَوْلِهِ فِي الْمَسَأَةِ فَهُوَ صَحِيحٌ بَيْنَ وَهَذَا الْاعْتَرَاضِ الَّذِي ذُكِرَنَا فِي هَذِهِ الْمَسَأَةِ يَدْخُلُ فِي الْمَسَأَةِ الْأُخْرَى ، إِذَا كَانَا عَبْدَيْنِ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمَيْتِ مَا لَمْ يَغْرِبْهُمَا ، فَتَدْبِرُ ذَلِكَ تَجْدِه صَحِيحًا ، وَقَدْ ذُكِرَهَا ابْنُ الْمَوَازِ عَنِ ابْنِ القَاسِمِ عَلَى نَحْوِ مَا وَقَعَتْ هَا هُنَا فَقَالَ : إِنَّهُ يَعْتَقُ ثَلَاثَ الْعَبْدِ إِنْ لَمْ يَدْعُ غَيْرَهُمَا وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ ، وَلَا يَعْتَقُ مِنَ الْآخَرِ شَيْءًا ، وَيَقَالَ لِلشَّاكِ : إِجْعَلْ نَصِيبَكِ

من ثمن الآخر يُريدُ إنْ بَيْعَ فِي رَقَبَةِ يَعْتَقُهَا .

قال محمد : وإنما أعتق ابن القاسم ثلثي المعتقد حين لم ينكر الأخ قول أخيه فيه وأمر الشاك أن يجعل ما يأخذ من ثمن الآخر في رقبة لشكه ، قال في كتاب آخر عن أشهب مثل ما ذكرها هنا إلا أنه قال يتقاومان الباقي ، فإن صار للذى نص العبد الآخر لم يعتق عليه من هذا شيء ، وإن صار للشاك لم يأمره أن يملك نصيه ، إذ قد يكون فيه العتق ويقضي بذلك عليه وثلثه رقيق ما لم يرجع قبل أن يقضي عليه فيقول ذكره أنه الذي قال أخي .

وقول أشهب إنهما يتقاوماه معناه إن أراد ذلك ، إذ لا يجبر على المقاومة من أباها من الشريكين .

وأما قوله إنه يقضي عليه بعتق حظه من العبد إن صار له في المقاومة ما لم يرجع قبل أن يقضي عليه بذلك فهو خلاف مذهب ابن القاسم في أنه لا يقضي عليه بالعتق في الشك ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسألته عن امرأة ليس لها مال إلا ثلاثة أرؤس فأعتقدت اليوم رأساً ، ثم بعد زمان رأساً ، ثم بعد ذلك أيضاً الثالث ، والقيمة مختلفة .

فقال يُنظر إلى قيمة الأول ، فإن كان قدر ثلث جميع قيمتهم فأدنى فعناقته جائزة ، ثم انظر إلى ما بين عتاقته وعتاقه الثاني فإن كان زماناً قريباً يُعرف بقربه أنها مُضرة في عتقها الثاني فالعتاقة الثانية مردودة ، وإن تباعد ما بين ذلك جداً حتى لا يتهم في الضرر نظرت إلى قيمة الثاني فإن كانت ثلث جميع قيمتها وقيمة الثالث فأدنى أجزت عتاقته أيضاً ، وأمّا الثالث فلا عتاق له على حال من الحال ، لأنها أعتقدته ولا مال لها غيره .

قال : وإن كانت قيمة الأول أكثر من ثلث جميع قيم الثلاثة الأرؤس لم يجز عتقه ، ثم إن كانت قيمة الثاني أكثر من ثلث جميع قيم الثلاثة لم يجر عتقه أيضاً ، وإن كانت قيمة الثاني بعد أن تبطل عتاقه الأول أقل من ثلث جميع قيم الثلاثة أو الثالث فقط جازت عتاقته ، فعلى هذا النحو يكون ما اعتقت المرأة من عبدها إذا فرقت العتقة في أزمانٍ شتى .

قال محمد بن رشد : لم يُجز في هذه الرواية القرب الذي يجوز فيه الأول إن كان الثالث فأقل ، ويبطل الثاني من بعد الذي يعتق فيه الأول إن كان الثالث فأقل والثاني إن كان ثلث قيمته وقيمة الثالث ، فأقل ، والقرب في ذلك اليوم واليومان على ما قاله في رسم حمل صبياً من سماع عيسى إلى الشهر والشهرين على ما قاله ابن حبيب في الواضحة وحكاه عن أصبغ ، لأن ذلك يُحمل على التفسير لقول ابن القاسم ، وقال ابن حبيب إذا لم يكن بين ذلك إلا اليوم واليومان ونحوهما فهو منزلة إذا كان في فور واحد يريد الأول وإن كان أقل من الثالث إذا كان مع الثاني أكثر من الثالث ، وأمّا بعد فهو الستة أشهر فأكثر على ما حكاه ابن حبيب ، وقد قيل العام لأنه حد في غير ما مسألة ، وقد قيل إنها إذا تصدقت بثلث مالها فلا ينفذ لها عطية في باقيه قرب ذلك أو بعد ، وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفى في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله أول عبد ابتاعه فهو حر

قال يحيى : سألك عبد الرحمن بن القاسم عن الرجل يقول أول عبد ابتاعه فهو حر فيبتاع رقيقاً في صفة واحدة أيكون حانياً في جميعهم ؟

فقال : نعم ، وإنما مِثْلُ ذلك عندي الرجلُ يقول أول عبد ابتابعه فهو حر فيبتاع شققاً من عبد أنه يُقْوَم عليه ما بقي من العبد فإذا ابتابع عبيداً في صفة واحدة كان الحنث عليهم في جميعهم أوجَبَ .

قال محمد بن رشد : مثل هذا حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون في الميراث أنهم يعتقدون عليه جميعاً ، وإذا قاله في الميراث الذي لم يُدخلْه على نفسه فأحرى أن يقوله في الشراء الذي أدخله على نفسه ، وقد قيل إنه يعتقد أحدهم بالسهم ، وقيل يختار واحداً فيعتقه ، والقولان لابن القاسم في أول سماع سخنون في الذي يقول من يشرى بكذا^(١٧) فهو حر ، فيأتيه ثلاثة من عبيده في مرة إذ لا فرق بين المسئلين على ما نذكره هناك من أحد التأوليين إن شاء الله تعالى .

وجه القول بأنهم يعتقدون جميعاً هو أنه لَمَّا ملكهم معاً ولم يتقدم أحدهم في الملك على صاحبه كان كُلُّ واحد منهم في حُكْمِ المتقدم إذ قد عُلِمَ أنه لم يتقدم سواه منهم عليه ، وهو في الشراء أيضاً لَمَّا اشتراهم معاً فقد قصد إلى عتق جميعهم .

ووجه القول بأنه يختار واحداً منهم فيعتقه هو أنه لم يُعيق إلَّا عبداً واحداً فلا يلزمه أكثر مما أَزْمَمَه نفسه ولما كان كُلُّ واحد منهم في حكم الأول وهو لم يُعيق إلَّا واحداً كان له أن يختار من شاء منهم .

وأما القول بالقرعة فوجهه أنه لما لم يكن لواحد منهم مَزِيَّة في العنق على صاحبه كانت القرعة وجهاً للعدل فيما بينهم ، وله أن يقرع بينهم إن شاء على القول بأنه يختار واحداً منهم وليس له أن يختار على القول بأنه يقرع بينهم ، وبالله التوفيق .

(١٧) كذا بالأصل وق ٣ : ولعله من بشرني بكذا .

مسألة

قال وسألته عن الرجل يقول للرجل أعتق غلامك فلاناً ولَك
مائة دينار فيأخذها ويعتق غلامه ذلك ، ثم يأتي رجل يستحق ذلك
الغلام عبداً ، أو يُستحْقَّ ذلك العبد بحرية بعدُ من أصله .

قال : إذا استحق عبداً رجع صاحب المائة على المعتق بها
فأغرمه إياها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو ما لا اشكال فيه ، لأنَّه قد
انكشف أنه أخذ مالَ الرجل باطلًا اذا أعتق بأخذه إيه ما لا يجوز له عتقه ، إما
لأنَّه حر من أصله وإما لأنَّه ملكُ لغيره ، وذلك كمن اشتري عبداً فاستحق من
يده فله أن يرجع بالثمن على بائعه منه وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن الرجل تكون ابنته أمةٌ فيريدُ سيدُها بيعها فلما خاف
أبوها تَغَرَّبَها عن بلده أتى رجلاً فقال له : اشتري ابنتي وأنا أُعِينُكَ في
ثمنها بمائة دينار ، فيشتريها بالثمن الكثير ويستعين بالمائة أو عسى
أن لا يشتريها إلَّا بتلك المائة أو نحوها أيجوز لمشتريها أخذ المائة
من أب الأمة ؟ وكيف إن أخذها بشرط أن يحبسها أو يتزكيها أو بغير
شرط ؟

قال : أَمَّا إذا أعاذه بالمائة على شرط الحبس أو الاتخاذ فان
فرجهَا يحرم عليه بذلك ، ويلزمُهُ ردُّ المائة دينار ، لأنَّه أعطاها إيه
على ما لا يحل له ، فإنْ أعطاها على غير شرط ولا عدَّةٍ يُفْسِدُ عليه
مسيسها فلا بأس أن يأخذها منه ، فإذا كان ذلك من الأب على وجه

العون للمشتري والصلة له لِمَا رأى من ضعفه عن اشتراها فهو له ولا يلزمها ردّها .

قلت له : فإن عجل بيعها فقال الأب : إنما أعينك بالمائة لِمَا رجوتُ من حبسك إياها قال ينظر في أمره : فإن كان يُرى أنه إنما يُعين مثله مثل المشتري لهذا الوجه فهو كالشرط يَرُدُّ المائة على الأب ويَجْتَبِي الميسَس حتى يردها ، وإن كان مثل الأب إنما يعين مثل المشتري على وجه الصلة والمعروف حَلَّتْ له أمته ، وحل له حبس المائة وباع إذا شاء وحبس .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة تُبيّن ما وقع في المدونة من قوله في الرجل يعطي الرجل المال يشتري به إبنته أو ابنته يعيشه به في فعل الرجل ! إنه لا يعتق المشتري منها على واحد منها ، وهما رقيق للمشتري .

وقوله في الرواية إذا عَجَلَ بيعها إنه ينظر فيما قال الأب من أنه إنما أعانه بالمائة لما رجاه من حبسها ، فإن تبين إنما أعانه بالمائة لهذا الوجه كان ذلك كالشرط ولزمه رد المائة ، وإن تبين أنه إنما أعانه بها على وجه الصلة له لا لهذا الوجه كانت المائة له ، وفعل بالجارية ما شاء من بيع أو حبس ، صحيح ولم يبيّن إذا لم يتبيّن الأمر في ذلك على ما هو محمول ؟ والذي أراه في ذلك أنه إذا عجل بيعها من غير سبب لبيعه إياها فالاب يصدق فيما ادعاه من نيته مع يمينه على ذلك ، ويسترجع مائته ، والله الموفق .

مسألة

قال : وسألته عن الرجل تحلف إمرأته بالحرية لَتَفْعَلَنَّ شيئاً أو لا تفعل شيئاً تَذَكُّره فتخاف حثّها ويريد أن يرد يمينها لكي لا يُعتق عليها رقيقها لِمَا جَاءَرَتْ يمينها من ثلث مالها ، فقلت متى ترى أن

تشهد على رده عليها أَجِينَ تَحْلِفُ أَمْ حَتَّى تَحْنَثُ؟

قال : بل حتى تحنث ، وذلك أنَّ التي تقول كُلُّ شيء لها حُرُّ
إِنْ فعلت كذا وكذا فهـي على بر ما لم تفعله ، فـما عليه إِنْ سَكَّـتْ ما
كانت على بر ، والتي تقول إنْ أَفْعَـلَ^(١٨) كذا وكذا فـكل شيء لها حر
لـعلـها أـنـ لا تـحـنـث إـلـاـ بالـمـوـتـ وـيـكـونـ حـنـثـهـاـ كـالـوـصـيـةـ ،ـ فـهـذـاـ لـاـ يـجـوزـ
لـهـ رـدـ يـمـيـنـهـاـ فـيـهـ إـلـاـ أـنـ تـكـوـنـ قـالـتـ إـنـ لـمـ أـفـعـلـ كـذـاـ وـكـذـاـ إـلـىـ أـجـلـ كـذـاـ
وـكـذـاـ فـكـلـ شـيـءـ لـهـ حـرـ ،ـ فـهـذـهـ لـعـلـهـ أـنـ تـفـعـلـ الـذـيـ حـلـفـتـ عـلـيـهـ قـبـلـ
مـحـلـ الـأـجـلـ فـتـبـرـ ،ـ فـفـيـ كـلـ ذـلـكـ لـاـ أـرـىـ عـلـيـهـ فـيـ سـكـوـتـهـ شـيـئـاـ حـتـىـ
يـجـبـ الـحـنـثـ ،ـ فـإـذـاـ وـجـبـ الـحـنـثـ لـرـمـهـ إـلـاـنـكـارـ وـجـازـ لـهـ أـنـ يـفـعـلـ
فـيـبـطـلـ بـذـلـكـ عـتـاقـةـ رـقـيقـهـاـ إـنـ كـانـتـ قـيمـتـهـمـ أـكـثـرـ مـنـ ثـلـثـ مـالـهـاـ .

قلت : أرأيت التي تقول إِنْ لـمـ أـفـعـلـ كـذـاـ وـكـذـاـ إـلـىـ أـجـلـ كـذـاـ
وـكـذـاـ فـرـقـيـقـيـ أـحـرـارـ فـعـجـلـ الزـوـجـ بـرـدـ يـمـيـنـهـاـ وـقـالـ أـشـهـدـواـ أـنـهـاـ إـنـ
حـنـثـ فـلـاـ حـرـيـةـ لـرـقـيقـهـاـ ثـمـ حـنـثـ عـنـدـ الـأـجـلـ فـسـكـتـ الزـوـجـ اـكـتـفـاءـ
بـالـشـهـادـةـ الـأـوـلـىـ أـيـجـزـيـهـ ذـلـكـ أـمـ لـاـ؟ـ قـالـ :ـ إـذـاـ رـدـ عـلـيـهـ قـبـلـ أـنـ تـحـنـثـ
ثـمـ حـنـثـ فـلـمـ يـرـدـ عـلـيـهـ فـذـلـكـ يـجـزـيـهـ وـلـاـ شـيـءـ عـلـيـهـ ،ـ وـذـلـكـ أـنـ الرـدـ
الـأـوـلـ يـرـدـ عـلـيـهـ عـتـقـهـاـ وـلـاـ أـرـىـ عـلـيـهـ أـنـ يـرـدـ عـلـيـهـ مـرـأـةـ أـخـرىـ .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة أبـيـنـ وأـكـمـلـ منـ الـتـيـ تـقـدـمـتـ فـيـ
رـسـمـ الـمـكـاتـبـ فـهـيـ تـبـيـنـهاـ ،ـ وـقـدـ مـضـىـ الـكـلـامـ عـلـىـ مـاـ فـيـهـ مـنـ الـزـيـادـةـ عـلـىـ هـذـهـ
فـلـاـ مـعـنـىـ لـإـعـادـتـهـ وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ .

(١٨) كـذـاـ بـالـأـصـلـ وـفـيـ نـسـخـةـ قـ ٣ـ :ـ إـنـ لـمـ أـفـعـلـ .

مسألة

وسألته عن الرجل يعطي الرجل من قرابته نصف عبده في مرض المعطى على أن يُعتقَه

فقال : إن أعطاه إياه على أن يوصي بعتق نصفه فأوصى له بذلك ومات الموصي بعتق ذلك النصف ولم يدخل في ثلث الميت ولم يلحقه دين الميت ، وذلك أنه إنما أُعْطِيَه على العتق شرطاً ويرق النصف الباقي لسيده المعطى .

قال : وإن أعطاه إياه على أن يُبَتَّلَه في مرضه فقبل وبتله عَنَّ ذلك النصف من غير ثلثه ولم يلحقه دين وعتق النصف الباقي عليه في ثلثه وقوم للسيد المعطى فأعطى قيمة النصف الباقي من ثلث الميت وعجل ذلك النصف الذي قوم في ثلث الميت ، وإن كان عليه دين يحيط بما له لم يقوم عليه ذلك النصف ، وعتق النصف الذي أُعْطِيَ .

قال : وإن أُعْطِيَه في صحته على أن يعتق ذلك النصف فقبل وأعتقه جاز عَنَّ ذلك النصف عليه ، وقوم عليه النصف الباقي فعتق العبد كله ، فإن لم يكن له مال أَعْتَقَ منه النصف الذي أُعْطِيَ ويبلغ ماله من النصف الباقي وإن لم يكن له شيء البتة لم يُعتق من العبد إِلَّا النصف الذي أُعْطِيَ .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنه إذا أُعْطِيَ نصف العبد في المرض على أن يعتقه بِتَلَّا في مرضه أو على أن يُوصَى له بالعتق لا يدخل ذلك النصف في ثلثه إذا لم يملكه قبل أن يعتقه ، لأنَّه إنما مُلِكَ إِيَاه بشرط العنق .

فإن أعطيه على أن يوصي له بالعتقة فأوصى له بها اعتقد إن مات من مرضه قارعاً من رأس ماله ، وإن صح من مرضه كان له ملكاً ولم يصح له الرجوع فيما أوصى به من عتقه إذ لم يملك إياه إلا بشرط الوصية له بالعتق ، فهو يعتقد متى مات من رأس ماله ، فله حكم الوصية في أنه لا يعتقد إلا بعد موت الموصى الذي أعطى إياه ، وله حكم المعتقد إلى أجل ، لأنه يعتقد بمorte من رأس ماله .

فهذه المسألة من نواذر المسائل لأنه يعتقد عليه ذلك النصف بعد موته من رأس ماله ، وكذلك لو وَهَبَ لرجل عبد على أن يوصى له بالعتق لكان هذا حكمه .

وأما إذا أعطاه نصف عبد على أن يُبْتَلَ عتقه في مرضه فذلك النصف الذي يَبْتَلُ في مرضه على الشرط حُرُّ على كل حال ، لا يلحقه دَيْنٌ على ما قال ، وقال إنَّه يقوم عليه النصف الذي للمعنى في ثلثه ، وفي ذلك اختلاف قيل إنه لا يقوم عليه في ثلثه إلا بعد الموت ، وهو المنصوص عليه في المدونة ، وقيل إنَّه يعجل تقويمه عليه في مرضه ولا يبتل له العتق حتى يموت ، فإن مات من مرضه ذلك جعلت تلك القيمة في ثلثه ، وإن صح عتق من رأس ماله ، وسواء كان له مال مأمون أو لم يكن ، وقد قيل إنما يكون هذا إذا لم يكن له مَالْ مأمون ، وأما إن كان له مال مأمون فيعجل تقويمه في مرضه ، وتتفذ الحرية له ، فهذه التفرقة قول ثالث في المسألة وفيها قول رابع ، وهو أنه لا يقوم عليه حظ شريكه عاش أو مات قاله ابن الماجشون وبالله التوفيق .

تم الكتاب الثالث من العتق والحمد لله .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَصَلَى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدَ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ

كتاب العتق الرابع

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول من يبشرني بغلام يولد لي فهو حر فإذا تزوجته ثلاثة من عبيده في مرة قال أحب ما فيه أن يقرع بينهم ويخرج واحداً حرّاً ، ثم رجع فقال يختار واحداً بعينه ، فإن مات ولم يختار اختره الورثة وعنت من رأس المال ، قال ابن القاسم : وكل ما كان قبل هذا فهو باطل .

قال محمد بن رشد : قيل إنهم يعتقدون كلهم قاله ابن القاسم في كتاب ابن الموز وهو قوله الذي تقدم له في رسم أول عبد ابنته فهو حر من سماع يحيى في الذي يقول أول عبد أملكه فهو حر فيشتري رقيقاً في صفقة واحدة إنهم يعتقدون جميعاً ، إذ لا فرق بين المتسائلين في المعنى ، وهذا إذا جعلت مَنْ بمعنى الذي ورفعت يبشرني ، فاما إن جعلت من للشرط وجزمت يبشرني فلا مُخالفة في أنهم يعتقدون كلهم ، لأن كل واحد قد بشره إذ جاءوا معاً ، ومَنْ في الشرط تقتضي العموم .

وقوله على القول بأنه يختار أنه إن لم يختار حتى مات اختر الورثة وعنت من رأس المال هو على أحد أقواله في الذي يقول أحد عبيدي حر فلا يعلم بذلك إلا عند موته ، وقد مضى تحصيل القول في ذلك في رسم باع شاة من سماع

عيسى ، ولو أراد أن يقرع بينهم على القول بأنه يختار كان ذلك له ، ولو أراد أن يختار على القول بأنه يسهم بينهم لم يكن له ذلك وبالله التوفيق .

مسألة

قلت : فلو أن رجلاً قال وهو مريض وسمى ثلاثة رجال غُيَّبُ : أول من يقدم منهم فهو وصي فقدموه كلهم فقال ينبغي للسلطان أن يختار واحداً عدلاً .

قال محمد بن رشد : هذا على قياس قوله الذي رجع إليه في المسألة التي قبلها إنه يختار واحداً من العبيد في العتق .

ويأتي على قياس القول بأنهم يعتقدون كلهم أنهم يكونون أوصياء كلهم ، ولا يبعد أن يقرع بينهم إذا استوت أحوالهم ولم يظهر أن بعضهم أولى بالإيماء من بعض على قياس القول بالقرعة بين العبيد في العتق وبالله التوفيق .

مسألة

قال : سأله ابن القاسم عن الرجل يقول لغلامه إن جئتنى بدينار كل شهر حتى أموت فأنت حر ، قال : أراه حرًا في الثالث .

قلت له أفله أن يبيعه ؟ ، قال : ما أحب ذلك ، وإن رهقه دين ؟ .

قال محمد بن رشد : قوله أراه حرًا في الثالث معناه إن جاءه بالدينار كل شهر حتى يموت ، لأنه إنما جعل له العتق بعد موته على هذا الشرط ، واستحب أن لا يبيعه إلا أن يرهقه دين من ناحية الوفاء بالعهد إذ لم ير ذلك واجباً عليه كالتدبير من أجل الشرط الذي شهد عليه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل ابن القاسم عن الذي يقول لجاريته إذا حملت فأنت حرة ، قال : إن كانت حاملاً فهي حرة ، وإن لم يتبيّن أوقفت وحيل بينها وبينها وأوقف خراجُها ، فإن تبيّن حملها اعتقدت وكان كُلُّ ما أوقف من خراجها لها وإن حاضت ولم تكن حبلى فإن شاء أن يبيعها باعها .

قال محمد بن رشد : أوجب ابن القاسم في هذه الرواية على القائل لجاريته إذا حملت فأنت حرة الحث إن كانت حاملاً يوم قال لها ذلك ، والوجه في ذلك أنها حامل أبداً فيما تبقى من حملها ، كالذى يحلف أن لا يسكن الدار وهو ساكن فيها أنه يحيث في التمادي في السكنى ، فقال إنها تعتقد إن كانت يومئذ حاملاً ، ويوقف خراجُها إن لم يتبيّن حملها ، فإن تبيّن حملها اعتقدت ودفع إليها ما وقف من خراجها ، وإن حاضت فتبين أنه ليس لها حمل باعها إن شاء ، فإن لم يبعها ووطئها وقف خراجُها أيضاً لاحتمال أن تكون قد حملت من هذا الوطء ، فإن حاضت أخذ خراجها ، وكذلك يفعل ، يُوقف خراجُها كلما وطئها فإن حاضت أخذ كلما وقف من خراجها ، وإن لم تحض وتبين بها حمل اعتقدت ودفع إليها ما وقف من خراجها ، وهو مذهب في المدونة وخلاف قول سحنون فيما حكى عنه ابن عبدوس من أن من قال لزوجته وهي حامل إذا حملت فأنت طالق إنها لا تطلق بهذا الحمل إلا بحمل يؤتنف وقد مضى من قول ابن القاسم في رسم أسلم من سماع عيسى ما ظاهره مثل قول سحنون والكلام عليه هنالك مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم في الذي يقطع يدَ غلامه فيموت السيدُ ولم يُحكم عليه فيه : إنه لا يعتق على ورثته ، وإن رفع أمره إلى السلطان

قبل أن يموت السيد عتق عليه إلا أن يكون على السيد دين يحيط به ماله .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي يمثل بعده فلا يعتق عليه حتى يموت السيد لا يعتق على ورثته ، هو مثل ما تقدم في رسم يشتري الدور والمزارع ، ولا اختلاف فيه على المشهور من أنه لا يكون حراً بنفس المثلة ، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى .

وأما إن رفع أمره إلى السلطان قبل أن يموت السيد فقوله انه يعتق عليه إلا أن يكون على السيد دين يحيط به ماله بين إن كان ذلك في مرضه إذ لا يعتق عليه في المرض بالمثلة إلا من ثلثه ، وأما إن كان ذلك في صحته فالقياس أن يحاصن الغرماء بقيمتها إن كانت المثلة عليه قبل ديونهم فيعتق منه بقدر ذلك ، لأن ذلك حق قد وجب له قبل ديونهم ، وكذلك إن كانت المثلة عليه بعد ديونهم إذا لم يتم لهم على أنه إنما مثل به ليعتق عليه فيكون له ولاؤه ولا يأخذه الغرماء وقد مضى ما بين هذا في رسم الكبش من سماع يحيى وبالله التوفيق .

مسألة

سألت أشهب عن العبد يكون للرجل وللعبد مال فيقول له السيد أنت حرولي نصف مالك ، أو يقول له نصفك حرولي نصف مالك ، فإن العتق جائز وله ما اشترط من المال ، لأنه كان يجوز أحده ، قيل لأشهب : فإن كان عبداً بين ابنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر ، واشترط ماله فإن العتق جائز ويقوم عليه وليس له في المال شيء لأنه لم يكن له أحذ شيء منه .

قلت لأشهب فإن أعتق مصيبيته^(١) منه واشترط نصف ماله ؟

(١) في نسخة ق ٣ : فإن أعتق مصابته منه ، وهو الصواب .

قال : عتقه جائزٌ وليس له من المال شيء .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ، لأن العبد إذا كان جمِيعُه له فله أَنْ يُسْتَشْنِي ماله أجمع أو ما شاء منه إذا أعتقه أو اعتق شقصاً منه ، لأن له أَنْ يَنْزَعَه منه كله أو ما شاء منه دون أَنْ يَعْتَقَه ، فَإِنْ كَانَ إِنْمَا أَعْتَقَه مِنْه بَعْضَه فَيَعْتَقُ عَلَيْه جمِيعُه وَيَكُونُ لَه مَا اسْتَشْنَى مِنْ ماله .

وأما إذا كان العبد بينه وبين آخر فلا يجوز له إذا أعتق نصيبه منه أَنْ يُسْتَشْنِي ماله ولا شيئاً منه موسراً كان يُقْوَمُ عليه أو معسراً لا يقوم عليه لعسره ، إذ ليس لأحد الشركين أن يأخذ في العبد من ماله شيئاً دون إذن شريكه ، ويقوم عليه إن كان موسراً ويكون المال للعبد ، وإن كان مُعْدِماً بقي نصفه رقيقاً ، وأَقْرَأَ جمِيعَ مال العبد بيده .

ولو أعتق أحد الشركين في العبد حَظَّةً منه على أَنْ يكون له ماله كله أو بقدر حَصَّته منه بِإِذْنِ شريكه لَجَازَ ذَلِكَ موسراً كان أو معسراً ، فَإِنْ كَانَ موسراً قوم عليه وكان له ما استثنى من ماله أو جمِيعُه إِنْ كَانَ اسْتَشْنَى جمِيعَه ، وإن كان معسراً بقي نصفه رقيقاً وأَقْرَأَ ما بقي من ماله إِنْ كَانَ المعتق لنصيبيه لم يستثن جمِيعَه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل ابن القاسم عن الرجل يقول لجاريه إن جئني بمائة دينار إلى سنة فأنت حرّة فتلد قبل السنة وتتأتي بالمائة هل يعتق ولدتها ؟

قال : لا يعتق ولدتها ، وكذلك قال مالك ، وليس له أَنْ يبيعها حتى تنقضي السنة وتوجل فلا تأتي بشيء ، وكذلك إذا أعتقتها في وصية وهي حامل بعد موته فولدت قبل موت السيد ، قال مالك : لا

يعتق ولدُها وروها يحيى من كتاب الصبرة وزاد فيها .

قال محمد بن رشد : قوله إن الولد لا يعتق بعثتها خلاف نص قوله في المدونة ، فعلى هذه الرواية في أن ولدَها لا يدخل معها لا يلزم ورثته ذلك بعد موته ، وعلى ما في المدونة من أن ولدَها يدخلون معها يلزم ورثته ذلك بعد موته ، فقوله في هذه الرواية خلاف ما تقدم في رسم إن خرجت من سماع عيسى ، وخلاف ما يأتي في سماع عبد الملك من أن ذلك يلزمهم ، وقد مضى في رسم الصبرة من سماع [يحيى]^(٨) تحصيل القول في هذه المسألة والكلام عليها مستوفى فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسئل ابن القاسم عن المجوسي إذا أسلم ولده قبل أن يُقسم ماله أو النصراني فيموت فلا يقسم ماله حتى أسام وُلدُه أو بعضهم كيف يقتسمون ؟ أقسام الإسلام أو الشرك ؟

قال : قسم الشرك ، وإنما ذلك في المجوس الذين ليسوا بأهل ذمة ، فإن أسلم أولادُ أولائك قبل أن يقسموا الميراث فُقسم على قسم الشرك ، ثم قال : ألا ترى إلى الحديث : سُنُوا بهم ستة أهل الكتاب ؟ إنما ذلك في المجوس من أهل الذمة .

قال محمد بن رشد : قوله وإنما ذلك في المجوس إشارة منه إلى الحديث الذي جاء : أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الإسلام ولم تُقسم فهي على قسم الإسلام ، يقول إنما الحديث في المجوس الذين لا ذمة لهم هم الذين تقسم مواريثهم إذا أدركها الإسلام قبل القسم على قسم الإسلام ، وأماماً المجوس الذين لهم ذمة فتقسم

مواريثهم وإن أسلموا قبل قسمتها على ذينهم كاليهود والنصارى من أهل الذمة ، وذلك خلاف مذهبه في المدونة في أن الحديث إنما هو في المجوس كانت لهم ذمة أو لم تكن ، تقسم مواريثهم إذا أدركها الإسلام قبل القسم على قسم الإسلام ، وروى أشهب عن مالك وهو قول ابن نافع وغيره من كبار أهل الذمة أن الحديث على عمومه في المجوس وأهل الكتاب من اليهود والنصارى ، كانت لهم ذمة أو لم تكن ، تقسم مواريث جميعهم إذا أدركها الإسلام قبل القسم على قسم الإسلام ، قيل إذا أسلموا كلهم ، وأما إن أسلم بعضهم فيقسم بينهم على قسم ذينهم ، وقد وقف مالك في رواية أشهب عنه إذا أسلم بعضهم فقال لا أدرى ، وقيل سواء أسلموا كلهم أو بعضهم يقسم بينهم على قسم الإسلام ، وهو قول عمر بن عبد العزيز في المدونة على ما جاء عنه من أن ناساً مسلمين ونصارى جاؤه و من أهل الشام في ميراث بينهم فقسم بينهم على فرائض الإسلام .

ولكلما القولين وجه ، فوجه القول الأول أن حق من لم يسلم منهم لا ينتقل بإسلام من لهم ووجه القول الثاني إتباع ظاهر قوله في الحديث أدركها الإسلام إذ لم يفرق فيه بين أن يسلموا كلهم أو بعضهم فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال تتفرع إلى ستة على ما بيناه وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل ابن القاسم عن الذي يُشَقُّ جوفه أو أمعاءه أو يُذْبَحُ فهو فيما هو فيه حتى يموت بعض ولده أَتُورُثُه ؟ قال : نعم ، إلا المذبح فإنه لا يورث ، وأما الذي يشق جوفه فعمر بن الخطاب في ذلك حجة .

قلت : فإن قتله رجل في تلك الحال أيقتل به ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : أما المذبح فلا اختلاف في أنه لا يورث ممَّن

مات ولا يقتل من أجهز عليه ، وأما الذي تُفْدَى مقاتلُه فَفَرَقَ في هذه الرواية بين توريثه مِمَّن مات والقصاص ممن قتله ، وقد قيل إنه يقتل به من قتله وهو قول ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه في كتاب الديات ، والقياس أن لا يفرق بين القصاص والميراث فيورث ممن مات على قياس رواية أبي زيد ، ولا يورث ممن مات على قياس قوله في هذه الرواية إنه لا يقتل به من قتله ، وهو قول أشهب إنه لا يقتل به إلا الأول ، فهي قولان وتفرقة ، ويدخل هذا الاختلاف أيضاً في البهيمة تُفْدَى مقاتلُها وحياتها باقية هل تصح تذكيتها أم لا ؟ والمنصوص أن التذكية فيها لا تصح وهو الأظهر ، ولا اختلاف في إجازة وصية من أنفدت مقاتلُه لِمَا ثبت من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحضور جماعة الصحابة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل ابن كنانة عن رجل أعتق ابن أمته من رجل عربي هل يثبت له ولاؤه ؟ فقال : لا ، ولكن يصير إلى نسب أبيه وعشيرته ، ولا يرثه الذي أعتقه وقال سحنون مثله .

قال محمد بن رشد : ظاهر قول ابن كنانة هذا أن من أعتق ابن أمته من رجل عربي لا يكون له ولاؤه ولا يرثه هو ولا أحدٌ ممن يرث الولاء عنه من قرابته ، ويكون ميراثه إن مات ولا وارث له يُعرف قُعْدَدُه من أبيه لِجَمَاعَةِ المسلمين ، وهو ظاهر ما وقع في كتاب العيوب من المدونة في الذي ابْتَاعَ أَمَةً فإذا نسبُها من العرب فأراد أن يردها من أجل أن العرب يجررون ولاءها ، ولا يكون ولاؤها لولده ، ولذلك قال يحيى بن عمر واحتاج بمسألة مالك في المدونة ، وإلى هذا ذهب ابن أبي زيد أيضاً ، لأنني رأيت له قد قال في قول ابن كنانة هذا في العربي خاصة ، وقد قال بعض الأندلسيين فيما حكى عنه عبد الحق : جميع أصحاب مالك يجمعون أن الولاء لمن أعتق ما لم يكن المعتق من العرب فلا يكون لمن أعتقه ولاؤه إلا أشهب فقال ولاؤه لمن

أعتقه ، وقول أشهب هو الصحيح الذي لا يصح القول بخلافه ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الولاء لمن أعتق^(٣) ، ولم يفرق بين عجمي ولا عربي ، ويحتمل أن يُنَتَّأَل قول ابن كنانة فيرد بالتأويل إلى قول أشهب ، لأن الولاء لا يورث به إلا بعد انقطاع النسب فيكون معنى قوله إن الولاء لا يورث به في العربي إلا بعد انقطاع النسب فيكون معنى قوله إن الولاء لا يورث به في العربي إلا بعد انقطاع النسب ، وكذلك مسألة المدونة هي محتملة^(٤) مثل هذا التأويل ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد بن خالد من عبد الرحمن ابن القاسم

قال محمد بن خالد : سألت ابن القاسم عن الذي يقول عبدي حر إِنْ فعلت كذا وكذا وله أَعْبُدْ فيحيث فيما حلف فيه ، فيقال له : من أردت من رقيقك ؟ فيقول : ما أردت عبداً بعينه فيحلف على ذلك ، ثم يقال له أعتق مَنْ شئت من رقيقك فيما ورثه من قبل أن يفعل . قال ابن القاسم : أرى أن يكون لورثته مثل ما كان له ، ويعتقون من أحبوا ، هذا أَحَبُّ القول إلي في ذلك .

قال سحنون : بلغني عن مالك أنه قال : يعتق ثلثهم بالسهام إن كانوا ثلاثة ، وإن كانوا أربعة عتق رُبْعُهم على هذا الحساب ، وأنا أحذ بقول ابن القاسم إذا اجتمعوا على عتق واحد ، وإن اختلفوا أخذت بقول مالك .

(٣) متفق عليه عن ابن عمر ، وعن عائشة ، من حديث بريرة .

(٤) لعل الصواب : متحملة مثل هذا التأويل .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم باع شاة من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسألت ابن القاسم على المولى عليه يحلف بيمين وهو مولى عليه فلا يحث فيها وهي عتقة حتى يبلغ حال الرضى فيحث بها أيلزمه اليمين ؟ قال : لا ، وهو قول مالك .

قلت لابن القاسم : فالنصراني والصبي والعبد كذلك ؟ قال : نعم إلا أن العبد أشدُّهم ، وذلك أن العبد إذا أعتق عبداً له بغير إذن سيده فلم يعلم بعتقه حتى عتق هو ، مضى عتق العبد عليه وكان ولاؤه له ، قال ابن القاسم والمولى عليه إن كان قد أعتق عبداً له بغير علم وليه فلم يعلم بذلك الولي حتى ولَّيَ المولى عليه ماله فإنه يرجع في عبده إن شاء .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم العتق من سماع أشهب فلا معنى لإعادته .

مسألة

قلت لابن القاسم : فَالْمُولَى عَلَيْهِ يَسْتَلْحِقُ أَنَّهُ لَهُ أَيْلَزَمَهُ فِي مَالِهِ كَمَا يَلْزَمُهُ غَيْرَهُ ؟ فقال : لا .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه لأنَّ نسبة لا يلحق بأبيه باستلحاقه إياه فإنما هو مقر له بمال ، وإقراره لا يجوز وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسألته عن العبد يُعتَقُ وله جاريةٌ فيتبعه ماله والجارية حامل ، فقال مالك الولد للسيد .

قلت لابن القاسم فإن العبد بعد أن أعتق وتبعه ماله أعتق الجارية وهي حامل ؟ فقال ابن القاسم : لا يتم عتقها حتى تضع ما في بطنها .

قلت لابن القاسم : هل تباع عليه في الدين بعد أن أعتق إذا كان عتقها إياها في الحين الذي أعتق فيه جائز ؟ فقال : لا ، وإنما ذلك بمنزلة الرجل يُعتَق عبده إلى جل ثم يقوم عليه الغرماء بعد ذلك فلا يباع لهم في دينهم إذا كان يوم أعتقه جائز القضاء .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي يعتق ولد أمة حامل إن الولد للسيد هو مثل ما في كتاب طلاق السنة من المدونة ، وإنما قال ذلك لأن ولد العبد من أمته بمنزلته ، فوجب أن يكون ما في بطنها رقيقاً لسيده وإن تبعته الجارية في الحرية لأنها ماله ، ولا تكون له بهذا الحمل أم ولد كما لا تكون له أم ولد بما ولدته له في حال العبودية إلا أن يملك ذلك الحمل فتكون به أم ولد على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك لأنه عتق عليه بملكه إياه ، ولا تكون له أم ولد على مذهب أشهب ورواية ابن عبد الحكم عن مالك ، لأن الرق قد مسه في بطن أمه وأما ما ولدته في حال العبودية فلا تكون له به أم ولد باتفاق في المذهب خلافاً لأهل العراق .

واختلف قول مالك فيما ولدته أم المدبر أو المكاتب في حال التدبير أو الكتابة هل تكون به أم ولد أم لا على ثلاثة أقوال : أحدها الفرق بين المدبر والمكاتب .

وأما قوله إن عتقها لا يتم إن اعتقها حتى تضع ما في بطنها فمثُله في المدونة ، والوجه في ذلك أنه لا يصح أن تكون حرة وما في بطنها ريق للسيد ، فوجب أن يُوقف حتى تضع ، وتكون أحكامها أحكاماً أمّة حتى تضع كالمعتقة إلى أجل ، واختلف إن أخلفها الحمل أو مات قبل أن تضع ، فقيل إن أحكامها أحكاماً حرة من يوم اعتقها العبد المعتق ، وهو قول سحنون على القول بأنه لا يُحکم للحمل حتى يوضع في غير ما وجه من اللعان والنفقة ووجوب الحرية للأمة يتوقف عنها سيدها وهي حامل إذ قد قيل إنه لا يلاعن على الحمل حتى يوضع ، ولا يحکم بالنفقة للحامل المطلقة المبتوطة حتى يوضع الحمل ، ولا تجُب الخدمة للأمة يتوفى عنها سيدها وهي حامل حتى تضع لاحتمال أن ينفَّش الحمل في ذلك كله ، والمشهور أنه يُحکم للحمل بظهوره في هذا كله ، فعلى هذا تكون أحكاماً هذه الأمة أحكاماً أمّة على كل حال كالمعتقة إلى أجل وإن أخلفها الحمل أو مات قبل أن تضع .

وقوله إنها لا تبع في الدين بعد أن اعتق إذا كان عتقه إياها في الحين الذي اعتق فيه جائزأً يريد إذا لم يكن عليه دين يوم اعتق صحيح لأنه إن كان عليه دين يوم اعتق فلا بد من أن اتبع فيه ، إذ لا يجوز عنق المديان إلا أنها لا تُبع حتى تضع ما في بطنها فإذا خذ السيد الولد على ما قاله في المعتق إلى أجل سواء انه إن كان يوم اعتقه جائز القضاء ، يريد لا دين عليه لم يعتق ، وإن كان عليه دين يوم اعتق بيع ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال محمد بن خالد : قال ابن القاسم في الرجل يتوفى ويترك أولاداً ولدوا في إسلامه وأولاداً صغاراً ولدوا في نصرانيته : إن ماله يوقف حين يبلغ ولده النصارى ، فإن أسلموا ورثوا ، وإن لم يُسلموا كان الميراث للمسلمين من ولديه .

قال محمد بن رشد : ظاهر قول ابن القاسم في هذه الرواية خلاف نص قوله في النكاح الثالث من المدونة أن النصراني إذا أسلم وله ولد صغار بمن خمس سنين أو ست أو نحو ذلك مما لم يعقلوا دينهم النصرانية فهم مسلمون ولهم الميراث . قال سحنون : وكذلك يقول أكثر الرواة إنهم مسلمون بإسلام أبيهم ، وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم أن من أبي الإسلام من الصغار يوم أسلم أبوهم يجبرون على الإسلام بالضرب والسجن ، ولا يبلغ بهم القتل بعد البلوغ ، وهو مثل ظاهر قوله في هذه الرواية ، ومثل ما حكى في المدونة من أنه كُتب إلى مالك من بلد آخر وهو قاعد عنده في رجل أسلم وله ولد صغار فأقرهم أبوهم حتى بلغوا إثنى عشر سنة أو شبه ذلك فأبوا أن يسلموا أترى أن يجبروا على الإسلام ، فكتب إليهم مالك أن لا يجبرهم ، والمشهور عن مالك المنصوص عليه في المدونة وغيرها أنهم مسلمون بإسلام أبيهم إذا كانوا صغاراً لم يقلوا دينهم يوم أسلم ، ومثله حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون ، وقالا إنه قول مالك وجميع أصحابه بالمدينة ، وهو أصح القولين ، يشهد بصحته ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم : « كُلُّ مَوْلَدٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبْوَاهُ يَهُودَانِهُ أَوْ يُنَصَّارَانِهُ »^(٥) ولنا في التكلم على هذا الحديث مسألة مستغرقة لجميع معانيها في الوقوف عليها بيان صحة الاستدلال به على صحة هذا القول .

والآن في هذا بخلاف الأب ، وقد حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون أنهما قالا له وقد روى وجاءت به الآثار أن إسلام الأم إسلام للولد الصغار .

فيتحمل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن الولد الصغار مسلمون بإسلام من أسلم من الأبوين والثاني أنهم لا يكونون مسلمين بإسلام منهما ،

(٥) الحديث بطوله في كتاب نيل الأوطار الجزء السابع تحت باب تبع الطفل لأبيه في الكفر ولمن أسلم منهما في الإسلام وصحة إسلام المميز .

والثالث أنهم يكونون مسلمين بإسلام الأب منهمما دون الأم ، ويحتمل أن يريد ابن القاسم بالولد الصغار في هذه الرواية الذين لم يبلغوا الحلم وقد عقلوا دينهم ، فيكون قوله فيها على هذا التأويل مثل قوله وروايته عن مالك في المدونة في الذي أسلم وله بنون حزاورة^(٢٥) أن المال يوقف إلى أن يبلغوا الحلم ، فإن أسلموا ورثوه ، وإن لم يسلموا لم يكن لهم فيه حق ، ولا اختلاف بينهم إذا كانوا حزاورة قد عقلوا دينهم يوم أسلم أبوهم لا يكون إسلامهم في إسلامه ، وإذا لم يكن إسلامهم في إسلامه فالصحيح ما ذهب إليه ابن الماجشون وحکاه عن مالك مطرفُ وابنُ الماجشون وجماعة أصحابهم بالمدينة من أنه لا ميراث لهم وإن قالوا نحن على الإسلام ، لأنهم كمن دخل الإسلام بعد موت أبيه ، واختلف إذا أسلموا قبل البلوغ وهم حزاورة قبل أبيهم أو دونه هل يُعدُّ إسلامهم قبل البلوغ إسلاماً يقتلون عليه إن رجعوا عنه بعد البلوغ وثبت لهم به جميع أحكام الإسلام أم لا ؟ فذهب سحنون إلى أنه لا يعد إسلامهم قبل البلوغ إسلاماً يقتلون عليه ولا يتوارثون به ولا توطأ به الأمة المجوسية ، وهو ظاهر ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة ، لأنه قال فيه إنهم يجبرون على الإسلام ولم يقل إنهم يقتلون عليه ، وفي كتاب النكاح الثالث منها دليل على أنهم يقتلون إن رجعوا عن الإسلام بعد البلوغ إلا أنه قال في المسألة إنه لا يُفرق بينه وبين امرأته المجوسية بهذا الإسلام إلا أن يثبت عليه حتى يبلغ ، فهو يُضعف الدليل على قتله إن رجع بعد البلوغ ، ومن قوله في المدونة أنه يَطأُ به الأمة المجوسية ، فهو اضطرابٌ من قوله فيها ، والأصح أنه إسلام يحكم له بحكمه في جميع الأشياء ويقتل عليه إن رجع عنه بعد البلوغ بدليل إجماعهم على أنه يصلبي عليه بهذا الإسلام وبيع به العبد على سيده . قال سحنون وتقع به الفرقـة بين الزوجين إذا كانت هي التي أسلمت ، كما يُباع به العبد على سيده ، بخلاف إذا كان هو الذي أسلم وزوجته مجوسيـة ، واعتـرـضـ ابن عبدوس ذلك من قوله فقال كيف تقع الفرقـة بإسلامها

(٢٥) الحزاورة جمـع مفردةـ الحـزـورـ والـحـزـورـ : الغلام إذا اشتـدـ وقـوىـ .

ولا تقع بإسلامه في صغرهما ، وكذلك قال أبو اسحاق التونسي ليس بينهما فرق ، وما الفرق بينهما إلا بَيْنَ ، وهذا أن للإسلام حُرْمَةٌ وإن كان قبل البلوغ فعليه إذا أسلمت ضرر في البقاء في عصمه كافر ولا ضرر عليه هو إذا أسلم في البقاء على عصمة كافرة ، وكذلك يقول سحنون : إن الإرتداد قبل البلوغ لا يعتبر به يرث ويورث بوراثة الإسلام ، كما لا يعتبر إسلامه عنده قبل البلوغ ويورث بوراثة الكُفْرِ وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك وسؤاله ابن القاسم

قال عبد الملك بن الحسن : وسئل ابن القاسم وأنا أسمع عن رجل قال لغلامه متى ما جِئْتني بمائة دينار فأنت حر ، فأراد بيعه قال : فليس ذلك له حتى يرفع أمره إلى السلطان فيلوم له أو يعجزه فيصير رقيقاً له ، فقال له فإن مات السيد قبل أن يأتي العبد بالمائة التي جعل لها على نفسه هل يلزم ورثته ما كان يلزم أباهم أو يكون رقيقاً لهم ؟ فقال : بل يلزمهم مثل ذلك حتى يرفعوا أمرهم إلى السلطان فَيُتَلَوَّمُ لَهُ أو يعجزه ، والورثة في هذا بمنزلة أبيهم .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه الرواية إن ذلك يلزم ورثة السيد كما يلزم السيد خلاف ما تقدم من قوله في رسم الصبرة من سماع يحيى في أنَّ الْوُلْدَ لَا يَدْخُلُونَ مَعَ الْأُمَّةِ فِي ذَلِكَ إِنْ كَاتَبَ الْأُمَّةَ لَأَنَّهُ إِنْ حُكِمَ لَهُذَا الْقَوْلَ بِحُكْمِ الْكِتَابِ لَزِمَّ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ الْوَلَدُ وَهُوَ مَذْهَبُهُ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، وَإِنْ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِحُكْمِ الْكِتَابِ لَمْ يَلْزِمْ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ وَلَا دَخَلَ فِيهِ الْوُلْدُ ، وَقَدْ مَضَى الْقَوْلُ عَلَى ذَلِكَ مَسْتَوْفِي فِي رَسْمِ الصُّبْرَةِ الْمَذْكُورِ مِنْ سَمَاعِ يَحِيَّ ، فَلَا مَعْنَى لِإِعْادَتِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

مسألة

وسائل وأنا أسمع عن رجل كان له مدبر فحضره الموت فقال : أقرعوا بين فلان وفلان يُريد المدبر وآخر من عبيده ، قال : يقرع بينهما كما قال ، فإن وقع على المدبر لم يكن للأخر عتق ، وإن لم يقع على المدبر ووقع على الآخر فحملهما جميعاً الثلث عتقاً جميعاً ، وإن لم يحملهما الثلث بدئ بالمدبر ثم عتق من الآخر الذي وقع عليه السهم ما بقي من الثلث ، وأخبرني محمد بن خالد عن عبد الملك بن عبد العزيز مثله سواء .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، إذ ليس للرجل أن يرجع فيما دبر فإن وقع السهم على المدبر خرج الآخر عن الوصية ، وإن وقع على الآخر بدئ المدبر في الثلث ، ثم أعتق هو في بقية الثلث أو ما حمل باقي الثلث منه ، فإن لم يكن في الثلث فضل عن قيمة المدبر لم يكن للأخر عتق ولا احتاج في ذلك إلى قرعة ، والمسألة متكررة في أول رسم من سماع أصبح من كتاب الوصايا ، وقد مضى في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من هذا الكتاب إذا قال أعتقوا أحدهما ولم يقل أقرعوا بينهما وأن الحكم في ذلك أن يقرع بينهما على نصف قيمتهما حسبما مضى بيانه فلا معنى لإعادته .

مسألة

قال : وسائل عن رجل يقول لعبدة : أخدم ورثي سنة ثم لك سنة أخرى تأتي فيها بوضيف ثم أنت حُرّ ، فأتى بالوضيف بعد السنة بشهر أو نصف شهر أو أكثر من ذلك ، فقال : يعتق .

قال محمد بن رشد : هذا بَيْنَ على ما قاله ، لأنها وصية للعبد بالكتابة على هذا الوجه ، فإن حملها الثالث تَمَّت له الوصية وعتق إذا خدم السنة وجاء بالوظيف ، وإن أتى به قبل تمام السنة الثانية ولو أتى به في السنة الأولى لعتق بتمامها ، لأن الأجل إنما مرفقه للعبد كالمحاتب إذا عَجَلَ كتابته قبل الأجل ، ولو انقضت السنة الثانية ولم يأت بالوظيف لـتُلَوَّمَ له في الإتيان به كما يتلوم للمكاتب في كتابته إذا حلَّت ، فإن لم يأت به وعِجزَةُ السلطانُ كان رقيقاً للورثة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل وأنا أسمع عن الرجل يُوصي عند موته فيقول : لغلامي فلان شهر من كل سنة ، فقال : يُعْتَقُ منه جزءٌ من اثني عشر جزءاً .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأنه جعله شريكاً للورثة في نفسه بذلك القدر ، فوجب أن يكون منه ذلك القدر حرراً كما لو نص على حريته ، والله الموفق .

مسألة

قال : وسألت عبد الله بن وهب عن العبد يكون معروفاً بالإباق فيرسم سيلده في جبهته عَدْ فلان ، هل ترى هذا مُثْلَةً ؟ قال : نعم ، هي مُثْلَةٌ وأرى أن يعتق عليه .

قلت : فلو رسمه بمداد وابرٍ كما يفعل الناس في أيديهم وأجلسادهم ؟ قال يعتق عليه . قال : وسألت عنها أشہب فقال : لا يعتق عليه .

قال محمد بن رشد : إنما قال ابن وهب إنه يعتق عليه إتباعاً لظاهر

قول النبي عليه السلام « مَنْ مَثَلَ بِعَبْدِهِ أَوْ أَحْرَقَهُ بِالنَّارِ فَهُوَ حَرٌ »^(٦) إذ عَمَّ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَمْ يَخُصْ مُثَلَّةً مِنْ مُثَلَّةٍ ، وَهَذِهِ مَثَلَةٌ ، وَإِنَّمَا قَالَ أَشَهَبُ إِنَّهُ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ لَأَنَّ قَوْلَهُ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَ بِسَبِّ ، وَهُوَ مَا فَعَلَهُ زَبَاعٌ بَعْدَهُ سَنَدٌ مِنْ جَبَّهٍ وَجَذْعٍ أَذْنِيهِ وَأَنْفِهِ إِذْ وَجَدَهُ يَقْبَلُ جَارِيًّا لَهُ فَقَصَرَ الْحَدِيثُ عَلَى سَبِّهِ وَهِيَ الْمَثَلَةُ بِقَطْعِ عَضْوٍ مِنَ الْأَعْضَاءِ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي الْلَّفْظِ الْعَامِ الْمُسْتَقْلِ بِنَفْسِهِ الْوَارِدِ عَلَى سَبِّهِ هُلْ يُقْصَرُ عَلَى سَبِّهِ أَوْ يُحَمَّلُ عَلَى عَمَومِهِ ، فَاخْتَلَافُهُمَا فِي هَذِهِ الْمَسَأَلَةِ رَاجِعٌ إِلَى هَذَا الْأَصْلِ ، وَقَوْلُ أَشَهَبٍ فِي هَذِهِ الْمَسَأَلَةِ أَظْهَرَ ، لَأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِلْكُ أَحَدٍ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِيَقِينٍ ، وَلَا يَقِينٍ فِي هَذِهِ الْمَثَلَةِ لِلِّإِحْتِمَالِ فِي الْحَدِيثِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

مسألة

وَسُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَقُولُ أَشَهَدُوا أَنَّ أُمَّ وَلَدِي قَدْ اعْتَقْتُ رَقِيقَهَا أَوْ قَدْ حَنَثْتُ فِيهِمْ بِالْعَتْقِ وَهِيَ تَجَحَّدُ ، قَالَ : إِنْ كَانَ السَّيْدُ صَحِيحًا فَذَلِكَ عَنِي اِنْتَزَاعٌ ، وَهُمْ أَحْرَارٌ ، وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : هَذَا بَيْنَ عَلَى مَا قَالَهُ ، إِذْ لَا وَجْهٌ لِلإِشَاهَادِ عَلَى فَعْلَاهَا إِلَّا إِرَادَةُ إِلْزَامِهَا ذَلِكَ ، وَإِذَا أَلْزَمَهَا ذَلِكَ فَقَدْ اِنْتَزَعَهُمْ مِنْهَا وَأَعْتَقَهُمْ ، فَوُجُوبُ أَنْ يَنْفَذَ ذَلِكَ عَلَيْهَا فِي الْحَالِ الَّذِي يَجُوزُ لَهُ فِيهِ اِنْتَزَاعُ مَالِهَا وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

(٦) رواه سمرة بن جندب وأبو هريرة بلفظ مَنْ مَثَلَ بِعَبْدِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ ، رواه ابن الأثير في الجامع ، ذكره الإمام الشوكاني .

من سماع أصبع من ابن القاسم من كتاب البيوع

قال أصبع بن الفرج : سمعت ابن القاسم يقول لو أنَّ رجلاً له عبد ولعبد عبْد فغَضِبَ الرجلُ على عبد فوهبه لعبد نفسه جاز ، وإن كانت جاريةٌ وطئها العبد الموهوبُ له ، ولو كانت لرجل جاريةٌ ولل Jarvisية عبْد فوهبه لعبد لها جاز ، ووطئها العبد إن شاء .

قال محمد بن رشد : في الثمانية لأبي زيد عن ابن الماجشون أنه يعتق الأسفل إذا ملك سيده الأعلى ، ووجه قوله أنه إنما ملك سيده كان له أن يتزرع نفسه منه إذ للسيد انتزاع مال عبده ، وإذا ملك نفسه بالانتزاع كان حراً ، وابن القاسم لا يرى لواحد منها عتقاً ، وقوله أظهر إذ لا يستقيم ملك العبد لسيده فيكون كُلُّ واحد منها مالكاً لصاحبها ، فهبة له لا تصح إلاّ بعد أن ينتزعه منه فيصيران جمِيعاً له .

وقوله وإن كانت جارية وطئها العبد الموهوب هو قوله بعد ذلك بعينه ولو كانت لرجل جارية ولل Jarvisية عبْد فوهبه لعبد لها جاز ، ووطئها العبد إن شاء فلا وجه لتكريره ، فلو قال ولو كان لرجل عبد وللعبد جارية فوهبه لها لحرمت عليه لكان وجہ الكلام لتبين أنها تحرم عليه إذا وهب لها كما تحل إذا وهبت له ، وإنما تحل له إذا وهب لها إن كانت هبة صحيحة يشبه إن وهب مثلها لمثله على ما قاله في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح ، وفي رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب منه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال : وسئل ابن القاسم عن رجل قال لغلامه : إعمل على

هذه الدابة فإن ماتت فأنت حر ، فمات السيد قبل الدابة ، قال فهو كما قال ، وليس يُعتقد إلا إلى موت الدابة ، فإن ماتت الدابة قبل موت السيد فهو حر ، من الثالث ، فإنما هو بمنزلة رجل قال : أخدم فلاناً ما عشت أنا ، فإن مات فلان قبلي فأنت حر ، فإن مث قبـل فلان فأنت حر إلى موته ، فإن مات السيد قبل فهو حر من الثالث . قال أصيـغ يـبين ما قال : وما نـاظـرـ فـليـس ذـلـك لـه بـنـظـيرـ وـلا حـجـةـ ، وـالـنـظـيرـ صـوـابـ فـي ذـاـتـهـ ، لأن ذـلـك اـسـتـشـاءـ وـقـيـدـ بـعـضـهـ بـعـضـ فـلـهـ ثـنـيـاهـ التي عـلـيـهاـ وـضـعـ ، وأن الـأـوـلـ أـعـتـقـ إـلـىـ آـجـالـ مـهـمـةـ كـالـذـيـ يـقـولـ أـنـتـ حر إـلـىـ مـوـتـ فـلـانـ أوـ عنـ دـبـرـ فـلـانـ بـخـدـمـتـكـ لـفـلـانـ أوـ بـغـيرـ خـدـمـتـهـ ، فـهـوـ أـجـلـ أـعـتـقـهـ إـلـيـهـ لـاـ يـرـجـعـ فـيـهـ ، وـهـوـ مـنـ رـأـسـ الـمـالـ ، وـالـإـنـسـانـ وـالـدـاـبـةـ فـيـ ذـلـكـ سـوـاءـ ، وـهـوـ مـنـ رـأـسـ الـمـالـ إـنـ مـاتـ السـيـدـ قـبـلـ ذـلـكـ أوـ بـعـدـ الدـاـبـةـ قـبـلـ أوـ بـعـدـ ، قال أـصـيـغـ قـالـ لـيـ اـبـنـ الـقـاسـمـ : وـلـلـورـثـةـ أـنـ يـبـيعـوـ الدـاـبـةـ بـمـوـضـعـ لـاـ يـغـيـبـ عـلـمـهـاـ .

قيل أرأـيـتـ إـنـ قـتـلـ الـعـبـدـ الدـاـبـةـ خـطـأـ أوـ عـمـداـ؟ـ قالـ :ـ إـنـ قـتـلـ الـعـبـدـ الدـاـبـةـ خـطـأـ عـجـلـ لـهـ العـتـقـ ،ـ وـإـنـ كـانـ عـمـداـ لـمـ يـعـجلـ ،ـ وـخـدـمـ الـىـ قـدـرـ مـاـ تـعـمـرـ إـلـيـهـ الدـاـبـةـ ،ـ وـكـذـلـكـ إـنـ بـيـعـتـ وـغـابـ عـلـيـهاـ وـقـالـهـ أـصـيـغـ .ـ

وـسـئـلـ سـحـنـونـ عـنـ رـجـلـ قـالـ لـغـلامـهـ أـنـتـ حرـ بـعـدـ مـوـتـ حـمـارـيـ ،ـ فـعـمـلـ الـغـلامـ عـلـىـ الـحـمـارـ وـحـمـلـ عـلـيـهـ فـوـقـ طـاقـتـهـ وـعـنـقـتـ عـلـيـهـ حـتـىـ مـاتـ الـحـمـارـ قـالـ :ـ نـعـمـ ،ـ قـيـلـ لـهـ فـلـوـ لـمـ يـحـمـلـ عـلـيـهـ فـوـقـ طـاقـتـهـ وـلـكـنـهـ قـتـلـهـ قـتـلـاـ ،ـ فـقـالـ أـرـأـيـتـ لـوـأـنـ أـمـ وـلـدـ قـتـلـتـ سـيـدـهـ؟ـ فـقـلـتـ لـهـ :ـ عـمـداـ قـتـلـتـهـ؟ـ قـالـ :ـ نـعـمـ ،ـ فـقـلـتـ لـهـ :ـ قـتـلـ بـهـ؟ـ قـالـ :ـ نـعـمـ ،ـ قـالـ :ـ إـنـ سـامـحـهـاـ أـوـلـيـاءـ الـقـتـيلـ فـقـيلـ لـهـ تـعـقـ لـهـ وـلـيـسـ مـاـ جـنـتـ بـالـذـيـ

يَحُلُّ عنها ما عقد لها من العتق القوي ، وليس كالمدبرة تقتل سيدتها ، قال : فكذلك الذي سألت عنه من قاتل الحمار يعتق مكانه لأنَّه معتق إلى أجل ليس له بيعه ولا يلحقه الدين فَلَيْسَ كالمدبر أَلَا ترى أَنَّ المدبر إنما يعتق من الثلث ويلحقه الدين وَيَتَسَلَّطُ عليه الغرماء بعد الموت .

قيل له : فهل على هذا العبد قيمة الحمار ، إذا أعتن ؟
 فقال : أما أنا فلا أرى عليه شيئاً ، وأما على مذهب ابن القاسم قد أخبرتُك أَنَّ المدبر والمعتق إلى أجل اذا جنى أحدهما على السيد أن السيد يخدمه ، وفي رواية ابن أبي زيد المصري قال ابن القاسم في رجل قال لغلامه أنت حر بعد موت دابتي قال : فليس له إلى بيع الغلام سبيل لأنَّه مرتهن بيمين ، قيل له : فإن هلك سيد العبد ؟ قال : يكون العبد موقوفاً حتى تموت الدابة ، ولا سبيل للورثة إلى بيعه ، قيل له : أفيبيع الورثة الدابة إن شاعوا ؟ قال : نعم ، بموضع يعرف فيه هلاك الدابة .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في الذي يقول لغلامه إعمل على هذه الدابة فإذا ماتت فأنت حر إنه يكون حراً من الثلث إن مات السيد قبل الدابة مخالف للأصول لأنَّه معتق إلى أجل هو آت على كل حال ، ولا اختلاف في أنَّ المعتق إلى أجل حر من رأس المال وجبت له الحرية بانقضاء الأجل قبل موت السيد أو بعد موته ، وكذلك المسألة التي نظرَها بها ، وهو قول الرجل لغلامه أخدم فلاناً ما عشت أنا ، فإن مات فلان قبلني فأنت حر ، وإن مث قبل فلان فأنت حر إلى موته ، قوله فيها أيضاً إنه حر من الثلث إن مات السيد قبل فلان مخالف للأصول ، والصواب أنه حر من رأس المال على كل حال مات السيد قبل فلان أو بعده لأنَّه معتق إلى موت فلان ، وقول أصبح

والنظير صواب في ذاته ليس بصواب ، إذ لا فرق بين المُسأليتين ، لأنَّه إذا قال أخدم فلاناً ما عشت أنا فإن مات فلان قبلي فأنت حر وإن مت قبل فلان فأنت حر إلى موته فهو في المعنى كما قال له أنت حر إذا مات فلان وله خدمتك حياتي ، فإذا كان هذا هو المعنى المفهوم من اللفظ فالحكم له دون اللفظ .

وقول ابن القاسم إذا قتل العبد الدابة التي جعل حراً بعد موتها : إنه لا يعجل له العتق ويُخدم إلى قدر ما تعمَّرُ إليه الدابة هو الصواب ، وقول سحنون إنه يعجل له العتق بعيداً ، وقياسه ذلك على أم الولد تُقتلُ سيدتها ليس ب صحيح ، لأنَّ أم الولد إنما فيها من الرق ما لسيدها فيها من الاستمتاع ، وهو يبطل لقتلها إياه كما يبطل بموته إذ يستحيل أن يستمتع بها بعد موته أو قبله ، فإذا بطل بقتلها إياه وجبت حريتها ، والخدمة التي له في العبد إلى موت الدابة ليس للعبد أن يُبطلها على السيد فيستحيل حريتها بقتله إياها فوجب أن يستوفيها بعد قتلها للدابة إلى القدر التي تعمَّرُ إليه ، إذ ليس بمستحيل ، وكذلك يجب لو أعتق رجل عبده إلى موت رجل فقتل العبد ذلك الرجل أن لا يعتق إلا إلى حد تعميره ، ومسألة المدبر يقتل سيده هي التي تشبه هذه المسألة مسألة أم الولد ، لأنَّ المدبر لِمَا أراد أن يتَعجل العتق من ثلث سيدته بقتله إياه حُرِّم ذلك ، وهذا إذا أراد أن يتَعجل العتق بقتله للدابة ، فوجب أن يُحرِّم ذلك كما يُحرِّم قاتل العمد الميراث لِمَا أراد من استعجاله إياه قبل وجوبه له ، وقد رأيت لابن دحون أنه قال : الصواب ما قال سحنون إنه إذا قتله متعمداً أن يعتق ويختدمه السيد أو ورثته بقدر الجنائية عند ابن القاسم ولا يعمر الحمار ويُخدم العبد قدر ما يقي من عمره لأنَّه لَمَا قال له أنت حر إلى موت حماري فمعناه إلى موته بأجله الذي قَدْرَه الله له ، فالله جل ذكره قد سبب موت الحمار بتعدي العبد عليه ، فقد مات الحمار بأجله ، فالعبد يعتق والجنائية تلزمه عند ابن القاسم ، وعلى قول سحنون وأشهد لا شيء عليه في الجنائية ، وليس قول ابن دحون بشيء ، لأنَّ الدابة وإن ماتت بأجلها إذا قتلها فقد تَعَدَّى بقتلها إياها فوجب أن لا يبطل

بذلك حق سيده ، باختدامه إياه إلى حين موتها ، كما لا يبطل حق من أخدم عبداً حياته بقتل من قتله متعمداً من أجل أنه مات بأجله ، إذ ليس ذلك بعلة ، ولو صَحَّ أن يكون ذلك علة لِمَا وجب القصاص على من قتل عمداً ولا لزم من قتل عبداً رجل شيء ولكن لقاتل العمد ميراث من قتل عمداً .

وقول ابن دحون أيضاً ويختدمه السيد أو ورثته بقدر الجنائية ليس بصحيح ، إذ لو وجب أن يعتق على مذهب ابن القاسم لما كان له ولا لورثته أن يختدموا بقدر الجنائية كما قال ، لأن الذي عليه قيمة الدابة فلا يجوز أن يختدم بها ، إذ لا يختدم الحر في الدين ، وإنما يؤخذ من ماله أو يتبع به دينه في ذمته إن لم يكن له مال ، ولو قتل الدابة أجنبى عمداً أو خطأ لعتق العبد مكانه ، قال ذلك في كتاب ابن الموز و لا اختلاف في ذلك وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل أوصى فقال إن مت فغلامي حر وإن صححت فغلامي فلان لغلام له آخر حر ، فمات فأقام أحدهما شاهدين أنه مات وهو صحيح وقد صح وأقام الآخر شهوداً أنه هلك من مرضه فأرى أن يعتق من كل عبد منها نصفه ، لأن العتق قد ثبت لواحد منها ، ونحن لا ندرى من هو منها فيعتق من كل واحد منها نصفه ، إلا أن يكون بعض الشهاداء أعدل فيقضى للذى هو أعدل شهوداً ، قال أصيغ : بل أرى الشهادة شهادة الصحة ، وأراه أولاً وهو المثبت له الوصية إذا قطعوا الشهادة بصححته فهذا علم يغلب على علم الآخرين ، كما لو شهد عليه في مرضه بوصية فاجتمعوا على الوصية له وإن اختلفوا في الشهادة ، فقال بعضهم صحيح العقل وقال الآخر غامر العقل ، فهم أولى لأنهم علموا ما لم يعلم الآخرون .

قال محمد بن رشد : قول أصيغ في هذه المسألة إن شهادة الصحة أعمل أظهر من قول ابن القاسم لأنها علمت من صحته ما جهلته الأخرى ، ومثل قول أصيغ لابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات في التي مرضت فأوصت في مرضها ، فشهاد شهود أنها كانت صحيحة العقل وشهد آخرون أنها كانت موسوسة ، لأنه إذا قال في تلك إن شهادة الصحة أعمل فأحرى أن يقول ذلك في هذه ، وإذا قال في هذه أن يُنظر إلى أعدل البيتين فأحرى أن يقول ذلك في تلك ، وقد ساوي أصيغ بينهما في هذه الرواية .

فيحصل في مجموع المماليك ثلاثة أقوال أحدها أنه ينظر فيهما جميعاً إلى أعدل البيتين ، والثاني أن شهادة الصحة أعمل فيهما جميعاً ، والثالث أن شهادة الصحة أعمل في اختلافهم هل صحيح من مرضه أو لم يصح ، وأنه ينظر إلى أعدل البيتين في اختلافهم هل كان في حين الوصية صحيح العقل أو غامر العقل ، وفي كل مسألة من هاتين المماليك قولان ، ويتخرج في اختلافهم في حين الوصية هل كان صحيح العقل أو غامر العقل قول ثالث ، وهو أن شهادة المرض أعمل ، ولا يقال ذلك في اختلافهم هل صحيح من مرضه أم لا ؟ فهذا وجه القول في هذه المسألة وقد مضى ذلك في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا وبالله تعالى التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سئل ابن وهب عن أختين اشتراطتا أباًهما فعتق عليهما وهما من حرة كانت أمهما حرة ، فتوفيت إحداهما فورثها أبوها ثم توفي الأب قال : ترث الثانية النصف بالرحم والولادة ، وترث نصف النصف الباقى بالولاء ويبقى الربع . فلها النصف نصف هذا الربع الباقى لأن أباها جر ولاء ولده إليها ، لأنه حين عتق جر ولاء ولد بعضهم البعض وكان مولاهما جميعاً بجر ولاء هذه إلى هذه ، فصار لها ها هنا سبعة أثمان الميراث .

قيل له : أرأيت إن كانت إحداهما اشتترته والأم حرة فتوفي الاب ؟ قال : يرثان الثلثين بالرحم ، وما بقي للتي أعتقته بالولاء .

قال له : فتوفيت الآن بعدَ التي لم تشره بعدَ الأب وبقيت التي كانت اشتترته ؟ قال : فلهما كُلُّ شيء بالرحم والولاء .

قال له : فإن رجلاً اعتقدَها ثم اشترياً أباها فيعتق عليهمَا ثم توفيت إحداهما بعدَ ثم توفي الأب بعدَ ذلك ؟ قال : فلهذه الباقيَة النصفُ من أبيها بالرحم ولها نصفُ النصفِ الباقي بالولاء ، فذلك ثلاثة أرباع ، وما بقي فلمولاهمَا الذي أعتقدَهما .

قال محمد بن رشد : قوله في الاختين اللتين إشتترتا أباها فيعتق عليهما وهما من حرة فتوفيت إحداهما فورَّثها الأب ثم توفي الأب إن للباقيَة النصفَ بالرحم والولادة ، ونصفَ النصفِ الباقي بالولاء ، ونصفَ الربع الباقي بِجُرُورِ الولاء ، فيصير لها سبعةُ أثمان الميراث صحيحٌ ، وإنما ورثت نصفَ الربع الباقي من ميراث أبيها لأنَّ النصفَ الذي أعتقدَها منه يَجُرُ إليها نصفه لأنَّها أعتقدَ نصفَ أبيها ، فهو مولى ابن مولاها ، والمراةُ ترث بالولاء من أعتقدَ ولدَ من اعتقدَت ، وبيانُ ذلك أنَّ الولاء يَجُب للمعتقدِ ، ولم يَجُب له بسبب العتقِ ممن ينجرُ إليه عن المعتقدِ أو يجرهُ إليه المعتقدُ على ما أحكمته السنة عن النبي عليه السلام .

من ذلك أنَّ المعاولي ثلاثة مولى الرجل الذي أعتقدَه ، ومولى أبيه ومولى أمه ، فالولاء ينجر عن السيد المعتقد إلى ولدِه وعصبيته الأقرب فالأقرب ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « الولاء للكبُرِ » ، والعبدُ المعتقد يَجُرُ ولاءُ ولدِه الذين لم يعتقدوه ولاءً مواليمهم إلى مواليه ، والأمةُ المعتقدة تجر ولاءً ولدِها الذين لم يعتقدوا ولاءً مواليمهم إلى مواليمها أيضاً كان ولدها من زنى أو كان قد نفَّا هُمْ بلعان أو كان عبداً أو كافراً ، فلما أعتقدَ الإبْنَان أباها في هذه

المسألة وكانتا حرتين لم يعتقا ، ثم توفي الأب بعد موت إحداهما وجب أن ترث الإبنة الباقية النصف بالرحم والولادة ، وترث نصف النصف الباقى بالولاء لأنه أعتق عليها نصفه ، وترث نصف الربع الباقى بـجُرُورِ الولاء ، لأن النصف الثاني الذى أعتق منه على اختها الميتة ينجرإليها نصف ولائه ، لأنها أعني الباقية لما أُعتق عليها نصف أبيها جَرَ إليها الأب نصف ولاء ابنته الميتة على ما بيناه من أن العبد المعتق يجر إلى مواليه ولاء ولده ، ألا ترى أنها لوماتت بعد الأب لورثت اختها الباقية منها النصف بالرحم ونصف النصف الثاني بـجُرُورِ الولاء لأنها ابنة مولى ، لها نصف ولائه ، وإذا جَرَ الأب إليها نصف ولاء اختها فهو يجر إليها أيضاً نصف ولاء ما اعتقت على ما بيَّناه ، والذي أعتقدت إنما هو نصف أبيها الثاني ، فلها ولاء نصف هذا النصف وهو الربع ، فوجب لها ثلاثة أرباع ولاء أبيها ، النصف بعثتها إياه والربع بـجُرُورِ الولاء على ما بيَّناه ، وهذا كله بين .

ومما يزيده بياناً وإيضاحاً أن الإبنة الميتة لو أعتقت عبداً أجنبياً لكان للإبنة الباقية نصف ولائه لأنه مولى إبنةِ رجل أعتق عليها نصفه ، فكان لها نصف ولائه ، فكذلك يكون لها نصف ولاء النصف الثاني الذى أعتقدت من أبيها ، لأن المرأة ترث بالولاء من أعتق ولد من اعتقت ، وقد روى عن ابن القاسم في الاختين اللتين اشتراطتا أباهما فعتق عليهما أنَّ الأب إن توفي قبلهما فورثاته ، ثم توفيت إحداهما أنَّ الأخَّ الباقية ترث النصف بالنسبة ، ونصف النصف بـشِرْكَةِ الولاء ، ونصف الربع بـجُرُورِ الولاء إليها ، وهو غلط ظاهر ، والصحيح ما ذكرناه من أنَّ لها النصف بالنسبة ونصف النصف بـجُرُورِ الولاء ، وهو منصوص عليه لابن الماجشون .

وأما قوله إنه ان كانت اشتريته إحداهما والأم حرة فتوفي الأب إنهمما ترثان الثلين بالرحم وما بقي للتي أعتقته بالولاء ، فهو بين لا إشكال فيه ، وكذلك قوله إنه إن توفيت التي لم تشربه بعد الاب إن للباقية من أبيها النصف بالرحم

ونصف النصف بالولاء لأنه أعتق عليهما نصفه ، وما بقي فلمولاهما الذي اعتقهما لأنه أعتق الميالة منهما التي أعتق عليها نصف أبيها المتوفى ، فوجب أن يكون لهباقي كما ذكر ، لأنه أحق بميراث من اعترضت من اختها ، لأنه هو أعتقها ، وأختها إنما أعتضت أباها ، ومولى المولى أحَقُ بالميراث من مولى ابن المولى وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيوع الثاني

قال : سمعته يقول في تفسير السائبة ، قال الذي يقول لعبدة إذا مت فأنت سائبة وهو يريد بذلك الحرية أو يقول إذهب فأنت حر أو أنت سائبة أو يقول أنت سائبة وهو يريد الحرية ولا يقول اذهب ولا أنت حر ، وذلك كله سواء يُعتَقُ ويخرج حرًا وهو سائبة ولاه للMuslimين ، إِلَّا أنه لا يعجبني أَنْ يعتق اليوم سائبة لأن ذلك هبة الولاء ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته ، فإن فعل فهو على ما أخبرتك وقلت لك .

قال أصيغ : لا يعجبني قوله في كراهيَة عتق السائبة ، هو جائز أبداً كما ان جائزًا أن يعتق رجل عن غيره عن ابنه أو أبيه أو من أَحَبَ والولاء للمعتق عنه ، لا كراهيَة فيه ، فكذلك المسلمين جميعاً ، وقد جاء عن السلف من عملهم في عتق السائبة وكلامهم فيه ، فليس فيه مكره ، ولا يعجبني قوله أيضاً باستثنائه في السائبة إذا قال له أنت سائبة أو اذهب أنت سائبة حين استثنى وهو يريد الحرية سواء أراد الحرية أو لم يرد الحرية هي حرمة على سنة السائبة ، وهي سنة فيما جاء فيه الأثر وتكلم به ، أو يقول أنت سائبة فقط ، وليس فيه أكثر من قوله إِلَّا أن يكون لقوله ذلك سبب غير الحرية .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في آخر سماع أشهب من هذا الكتاب فلا معنى لإعادته .

ومن كتاب المدبر والعتق

قال أصيغ : سأله ابن القاسم عمن قال لرجل : قل لغلامي يلقاني غداً في موضع كذا وكذا فإن لم يفعل فهو حر ، فensi الرجل أن يقوله للعبد أو قاله له فلم يفعل إِنَّه لا عتق فيه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم لم يدرك من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

مسألة

قال أصيغ : وسمعت ابن القاسم وسئل عن ورثة ورثوا عبداً من ميت فقيل لهم إِنَّه قد أعتقه ، فقال أحدهم : قد أجزت مصابتي فقال : يعتق مصابته ولا يقوم عليه ما بقي ، وليس هو بمترلة مَنْ إِبْتَدَا العتق .

قال محمد بن رشد : قوله إِنَّه يعتق مصابته من أجاز خلاف مذهب في المدونة وغيرها ، مثل مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة والمغيرة المخزومي ، إِذ لا فرق بين أن يُشَهَّد بذلك أو يمضي قولَ من شهد به ، وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفى في رسم يوصي من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سمعت ابن القاسم يقول في الذي يحلف بعتق

جاريتها لَبِيْعُها فتلدُّ أولاًدًا ثم تموت ولم تُبْعَثْ : إنها عتق وَلُدُّهَا جمِيعاً في الثلث ، ولا يُبَدِّأ أحدُ منهم على صاحبه ، وهم بالسوية ، قال : وقال مالك وإنما هي بمنزلة المدبِّرة تلدُّ أولاًدًا إِلَّا أنَّ المدبِّرة يطأها سيدُّها ، وهذه لا يطأها ، فهي أوَكَدُ من المدبِّرة ، وهو بمنزلة أَمْرٍ عقدَه لهم في الصحة جمِيعاً هي وأولادها ، وقامه أصبحَ كله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم باع شاة من سماع أشهب فلا معنى لإعادته .

مسألة

قال : وقال في رجل قال لرجل علي عتق رقبة فيعني رأساً فباعه مدبراً وكتمه فاشتراه وأعتقه ثم علم .

قال : عتقه جائزٌ وهو يجزيه في الرقبة التي كانت عليه ، ومن اشتري مدبراً فأعتقه فالولاء له ولا يتبع البائع بشيء وعتقه جائز نافذ .

قال محمد بن رشد : اختلف في المدبِّر بِياع فيعتقه المشتري ، فقيل يمضي عتقه ولا يرد ، وهو قوله في هذه الرواية ، فقوله إنه يجزيه عن الرقبة التي عليه إذا دَلَسَ له البائع ولم يعلمه أنه مدبِّر ، هو على قياس هذا القول ، ولو أعلمه البائع أنه مدبِّر لم يجزه عن الرقبة التي عليه وإن لم يرد عتقه على هذا القول ، لأنَّه إذا اشتراه وهو يعلم أنه مدبِّر فقد اشتراه بشرط العتق ، إذ لا يجوز بيع المدبِّر على غير العتق ، والرقبة الواجبة لا تشتري بشرط العتق ، وقيل إنَّ المدبِّر إذا بيع يرد البيع وإن اعتقه المشتري ، فعلى هذا القول لا يجوز عتق الرقبة الواجبة فإنَّ اعتقه المشتري ففاتَ رُدُّه بموت أو عيب ، وكذلك إذا اشتراه فاعتقه من زكاته يجري جوازه على هذا الاختلاف ، وقد مضى الكلام على هذه المسألة بأوعب من هذا في سماع أصبح من كتاب الوصايا قُربَ آخرِ أولِ رسم منه ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سمعت ابن القاسم يقول فيمن قطع يَدَ أو يدي
عبده فاره صناع فإنه يضمن قيمته وعتق وليس عليه .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في سماع أصيغ أيضاً من كتاب الجنایات نصاً ، وفي المدونة نحوه ، قال : إذا كان فساداً لا منفعة معه في العبد حتى يضمنه من تَعْدَى عليه عتق عليه ، وكان بمنزلة من مثُل بعده ، وقال أصيغ : ذلك استحسان وليس بقياس ، وقال ابن الماجشون في الواضحة إنه لا يعتق عليه وهو الأظهر ، لأن السنة إنما جاءت فيمن مثل بعده وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سمعت أشهب ابن عبد العزيز وسُئل عن رجل استأذنه عبدُه في الخروج إلى إفريقيا ، فقال له : أخرج فإذا بلغتها فأنت حر ثم أراد أن يمنعه بعد ذلك من الخروج ، قال : ليس بذلك له ، قيل لأشهب فخرج فمات السيد والعبد في الطريق قبل أن يبلغ ؟ قال : سواء مات أو لم يمت إذا بلغها فهو حر ، فقيل له : أمن الثالث ؟ فقال : لا ، بل من رأس المال لو كان من الثالث [٧) كله .]

قال محمد بن رشد : لابن المواز في هذه المسألة زيادة قال : إلا أن يbedo للعبد في الخروج ، فجعل قول السيد لعبدة : أخرج فإذا بلغتها فأنت حر تمليكاً منه له في العتق يلزم السيد ولا يلزم العبد ، وقد قلنا في رسم يَدِير

(٧) بياض بالأصل .

من سماع عيسى إن هذه المسألة يخرج فيها ثلاثة أقوال ، وأن قول ابن المواز في هذه المسألة وقول أشهب أيضاً إن حمل قوله على التفسير له قول رابع في المسألة .

مسألة

وسائل عن رجل قال لغلامه : إعمل هذا اليوم وأنت حر ،
فقال : هو حر أبداً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه يكون حراً إن عمل ذلك اليوم لأنه عتق على شرط يجب له الوفاء به كالكتابة وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن عبد بين عبد ورجل آخر أعتق العبد مصابته أيقوم عليه بقيته ؟ قال : إن أعتقه بإذن سيده قوم على سيده في جميع ماله وبياع فيه رقبة عبده وغير ذلك ، وإن كان أعتقه بغير إذنه فلا قيمة فيه أصلاً لا على السيد ولا على العبد ، ولو قال السيد قوموه على العبد فيما بقي في يديه لم يقوم عليه وإن كان أعتقه بغير إذن سيده فأجاز سيد عتقه فهو بمنزلة ما لو أعتقه بإذن سيده ابتداء سواء .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه إذا أعتقه بإذنه أو بغير إذنه فأجازه فهو المعتق له لأنه كأنه انتزعه منه فأعتقه بدليل كون الولاء له لا يرجع إلى العبد إن أعتق ، بخلاف ما قال في رسم نقدتها من سماع عيسى في العبد بين الشريkin ، وقد ذكرنا هنالك الفرق بين المسألتين .

وقوله لا يقوم على العبد فيما بقي من ماله إذا دعى إلى ذلك شريكه يريد أنه لا يقوم عليه في مغيب سيده ، ولو كان حاضراً لكان وجهاً الحكم في ذلك أن يوقف على إجازة عتقه أورده ، فإن أجازه قوم عليه كما قال بمنزلة ما لو أعتق بإذنه ، وإن رده فهو مردود ، ولو قال السيد لما وقف على ذلك . لا أجيئ

عتقه ولا أرده لوجب أن ينفذ عتق نصيبي منه الذي أعتقه ، فإن أعتق قوم عليه باقية لأن الولاء إذا لم يُجز السيد عتقه ولا ردة حتى اعتقد ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن الذي يتبع العبد فيعتقه مكانه بحضور البائع ثم يجحد الاشتراء .

قال : إن كان ملياً بالثمن لم أَر للبائع أن يسترقه ، وإن كان معدماً ولم يكن فضل في قيمة العبد لم أَر بأساً أن يسترقه .

قلت : أرأيت إذا أفرَّ البائع بهذا من اشتراء المشتري وعتقه وجوهه والمشتري مليأً أيعتق على البائع يحكم به عليه ؟ فقال لي : نعم قال أصيغ : صواباً حسناً .

قال محمد بن رشد : قوله إنه إن كان ملياً بالثمن لم يكن للبائع أن يسترقه هو على أحد قولي ابن القاسم في المدونة في العبد بين الشركين يشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبي منه وهو موسر إنه يعتق عليه نصيبي .

وقوله إنه إن كان معدماً ولم يكن في قيمته فضل عن ثمنه كان له أن يسترقه صحيح لا إشكال فيه ، وإنما موضع الإشكال من المسألة إذا كان معدماً وفي قيمته فضل عن الثمن هل له أن يأخذه فيباع منه بقدر الثمن ويُعتق الباقى أم لا ؟ فقال فيما تقدم في رسم العتق من سماع عيسى إن ذلك له إذا لم يكن له مال يوم أعتقه ولم يكن علم بعتقه ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سأله ابن القاسم عن عبد بين اثنين حلف

أحدهما بعتق نصيبه [إنْ كلم رجلاً فباع نصيبيه]^(٨) من رجل أجنبي فاشترى نصيب صاحبه ثم كلمه ، قال : لا حنت عليه ولا عتق لما اشتري من نصيب صاحبه .

قلت : فبادل صاحبه نصيبه ثم كلمه ؟ قال : يحنث .

قلت : فاشترى نصيب صاحبه ثم باع نصيبيه ثم كلمه ؟ قال : يحنث إنما باع نصفه .

قلت : فباع نصيبيه من صاحبه بدنانير أخذَها منه ثم اشتري بعد ذلك نصيب صاحبه ثم كلمه . قال : يحنث .

قال محمد بن رشد : أما إذا باع العالِفُ نصيبيه من العبد من غير شريكه ثم اشتري نصيب شريكه فقوله إنه لا حنت عليه فيه هو مثل ما في المدونة الواضحة ، ولا اختلاف في ذلك إن كان قال للمشتري أبيع منك نصبيي من هذا العبد وهو كذا وكذا النصف إن كان النصف ، وأما إن كان قال له أبيعك نصف هذا العبد وله فيه النصف فالبيع يقع على نصف جميع العبد نصف حظه ونصف حظ شريكه على ما قاله ابن القاسم في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الشفعة ، فينتقض البيع في حظ الشريك وينفذ في حظه ، فيبقى له ربع العبد ويكمel له إذا اشتري نصف شريكه ثلاثة أرباع العبد ، ويحنث إن كلام الرجل فيعتق العبد كله ربعة بالحنث ونصفه الذي اشتري من شريكه بالحكم ، والربع الذي باع من الأجنبي بالتقويم إن كان له مال خلاف ظاهر هذه الرواية وما في المدونة الواضحة ، إذ لم يفرق في شيء منها إذا باع نصيبيه من أجنبي بين أن يقول أبيعك نصف هذا العبد أو

(٨) بياض بهامش الأصل ، والإعتماد من نسخة ق ٣ .

يقول أبىعك نصيبي منه وهو النصف في أن البيع إنما يقع على نصيبه خاصة في الابهام كما يقع في البيان .

وأما إذا بادل شريكه حصته بحصته فقال في هذه الرواية إنه يحث ، وقال أصبغ في الواضحة إنه لا يحث كما لو باع حصته من أجنبى واشترى من شريكه حصته ، إذ لا فرق بين أن يبيع حصته من شريكه ، أو من غيره ، وعابه ابن حبيب واعتراض عليه بقول ابن القاسم في الرهن المشاع يكتري الراهن حصة الشريك إن الرهن يبطل .

ووجه قوله أنه إذا عامل شريكه فيه فقد بقيت الشركة بينهما فيه على ما كانت عليه ، فكانت المبادلة أقوى .

وقول أصبغ هو القياس ، إذ ليست المبادلة لغواً ، لأن الأموال تنتقل بها وبصير لكل واحد منهما على صاحبه عهدة في نصيبه الذي عاوضه به .

وأما إذا باع حصته من شريكه ثم اشتري منه حصته أو اشتري منه حصته ابتداء ثم باع منه حصته أو من غيره فقال في هذه الرواية إنه يحث ويأتي على ما في كتاب المرابحة من المدونة أنه لا يحث ، وهو الأظهر إذا سمي حصه شريكه في الابتياع لا يقع شراؤه إلا على ما ابتعاه لا شائعاً في جملة العبد ، ألا ترى أنه لوحلف رجل لا يبيع شيئاً وهب له فوهب نصف عبد على الإشاعة واشترى النصف الثاني لجائز له أن يبيع النصف الذي اشتري ولا يحث إلا أن يبيع النصف مُبِّهِماً ولا يسمى شيئاً لأنه حينئذ يقع البيع على ما اشتري وعلى ما وهب له ، فالاختلاف إذا كان العبد كله لرجل فباع منه حصة مسماة هل يقع البيع على ما سمي أو على الإشاعة كما لو لم يسم ، والاختلاف إذا كان العبد بين الرجلين فباع أحدهما منه مقدار حصة أو أقل ولم يسم أنها حصته هل يقع البيع على الإشاعة في حظه وحظ شريكه أو على حصته كما لو سمي ؟ ولو كان عبدان بين رجلين فحلف أحدهما بعتق نصيبه لا يُفعَل فعلاً فقاسم شريكه

فيهما فحصل له أحدهما لرجعت اليدين فيه ، قاله ابن القاسم ، وهو عندي على قياس القول بأن القسمة تميّز حق ، ولو باع أحدهما حصته من أحدهما بحصة شريكه من الآخر فخلص له أحدهما بذلك ثم حِنْث لعَنْ عَلَيْهِ نَصْفُه بالحنث ، ونصفه بالقضاء ، قاله أشهد ، وهو صحيح ، وكذلك يلزم في القسمة على قياس القول بأنها بيع من البيوع ، وقد مضى في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم الاختلاف ، إذا حِنْث قبل القسمة فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سألت ابن القاسم عن الذي يقول إن فعلت كذا وكذا فجاريتي حرة فتلد عنده بعد ذلك أولاً ثُمَّ يفعل ذلك : قال : سألت مالكا عنها فرأى أن تُعْنَقَ هي ولدتها ورأيته يصغي إليه ، وهو الذي آخُذُ به أنا أيضاً واستحسنه ، وليس يحمله القياس . قال أصيغ : هذا ليس بشيء ، وليس لولدتها هنا عتق لأنها لم تكن مرتهنة باليدين ، ولم يكن فيها على حنث هو على بر حتى يحيث ، فما وضعت قبل الحنث وزايلها فليس منها ، ولا يقع عليه الحنث لأن الحنث إنما هو يوم يقع وإنما يقع على رقبتها ، وقد كان له بيعها قبل ذلك ، وإنما الذي يدخل الولد معها ما لم يكن لها بيعها إن كانت باليدين مرتهنة ، ومثله الذي يحلف لبيعها إلى وقت أو ليفعلن كذا وكذا فلا يفعله ، فأما الذي يحلف أن لا يفعل فليس بيمين منعقدة ، ولا أحسب ابن القاسم إلا وقد رجع وكان له قول غيره فيها ، ولا أظنه عن مالك إلا وهمأً من روایته ، فأما الروایة لها فقد رواها زعم ظاهر أو هو يغلط في روایتها .

قال محمد بن رشد : رأى أصيغ أن الوليد يدخلون في اليدين الذي

يكون الحالف فيها على حنث وليس له أن يطأ ولا يبيع ، وفي اليمين التي ليس له أن يبيع فيها وإن كان له أن يطأ على اختلاف وهي اليمين ليفعلن إلى أجل ، وقد قيل إن المؤْلَد لا يدخلون إلا في اليمين التي يكون فيها على حنث ، وليس له أن يطأ ولا يبيع ، فالمسألة يحصل في جملتها أربعة أقوال ، وقد مضت المسألة في مواضع من هذا الكتاب وغيره ، وتحصيل القول فيها في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصبع : سألهُ ابن القاسم عن رجل هلك فشهد عليه أنه حلف بعتق رقيقه وحنث ، فادعت امرأته أنها أخذت تلك الرقيق في حقها وأقامت البينة على ذلك ، ولا يدرى الشهود متى أعطاها ؟ ولا يدرى الذين يشهدون على الحنث متى كان ذلك ؟ فقال : المرأة أولى بهم إلا أن تقوم البينة على أن عتقهم وحشّه كان قبل بيته إياهم منها أو ثبت ذلك الذين شهدوا لهم بالحرية ، وإنما ذلك إذا كانت المرأة قد حازتهم وهم في يديها ، وإن لم تكن حازتهم فالعتق أولى إلا أن تقييم البينة أن اشتراءها إياهم قبل ذلك ، وقال ذلك أصبع .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنها إذا حازت الرقيق وجب أن لا يخرجوا من يديها إلا بيقين ، وهو أن تشهد البينة لهم أن عتقهم كان متقدماً لأخذها إياهم في حقها لأنهم هم المدعون ، وقد أحكمت السنة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وإذا لم تحرز فهي الطالبة لقبضها بما شهد لها به من أنها أخذتهم في حقها ، فلا يحكم لها بقبضهم إلا بيقين ، وهي أن تشهد لها البينة أن أخذها في حقها كان قبل حنته بعتقهم ، ولا يعتبر عند ابن القاسم بتاريخ أحدهما إذا جهل الأول منهمما ، ويعتبر على ما حكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه حاشا المغيرة ، فيأتي على هذا قولان إذا حازت

أحدهما أنها أولى بهم وإن كان وقت الحث معلوماً ، والثاني أنها أولى بهم إلا أن يكون وقت الحث معلوماً .

مسألة

وسئل عن رجل حلف بالطلاق ليبيعن غلامه ممن يخرج به إلى الشام فباعه من رجل على ذلك فمات مشتريه قبل أن يخرجه ، قال : إن كانت يمينه ونيته إنما هي ليشتطرن ذلك على مبتاعه ذلك الذي أراد فليس عليه شيء في يمينه ، وإن كان إنما هو على الخروج ليخرجن به أو لم تكن له نية فهو حانت ، وقال أصيغ وقال حسنة جيدة ، ومحمل اليمين الإخراج حتى ينوي غيره .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة ومحمل اليمين الإخراج حتى ينوي غيره هو مثل ما تقدم في رسم سلف من سماع عيسى لابن القاسم من روایة عيسى عنه ، وخلاف قوله فيه من روایة محمد بن خالد عنه ، وقد مضى هنالك الكلام على المسألة مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سمعت ابن القاسم وسئل عن حلف بحرية غلامه أن لا يبيعه اليوم ولا غدا ، فقال له رجل بعنيه ، فقال : قد أوجبته لك بأربعة دنانير بعد غد ، فقال هو حر ، وهذا بيع ، قيل له : فما ترى في مثل هذا البيع أن يبيعه إيه إلى بعد غد ؟ قال : ليس بذلك بأس .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما تقدم في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك وفرقتنا به من البر والحنث ، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم : ولو حلف بحرفيته أن لا يبيعه فباعه بيعاً فاسداً أو حراماً على أن يسلف أو سلف أو ما أشبهه من البيوع الفاسدة لرأيته بيعاً يعتق عليه ، قال : ولو قال انت حر إن لم أبعك فباعه بيعاً فاسداً فرد عليه كانت اليمين لازمة له حتى يبيعه ثانية ، ولو حلف ألا يبيعه فباعه واشترط الخيار لم يكن ذلك بيعاً حتى يمضي ، لأنه قد جعل ذلك لنفسه إن شاء أن يمضي أمضاه وإن شاء أن يرده رده ، فليس يبيع حتى يمضي ، وقاله أصبح على وجهها كلها ولها تفسير وحجج في افتراقها ، وهي صواب .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال أصبح ان لا فتراق هذه المسائل وجوهاً تفترق بها ، فإنما فرق بين البر والحنث بمجرد عقد البيع الفاسد يريد مع القبض ، فقال : إنه يحث به إذا حلف أن لا يبيع وإن لم يفت البيع ، وقال إنه لا يريد إذا حلف أن يبيع إلا أن يفوت البيع ، لأن الحنث يدخل بأقل الوجوه ، والبر لا يكون إلا بأكملها ، والوجه في ذلك أن ترك البيع ليس بفعل مقصود إليه ، فإذا حلف ألا يفعله فقصد إلى فعل ما هو سبب له ففعله وجب أن يحث بفعله إياه لأنه يؤول إليه ، والبيع فعل مقصود إليه ، فإذا حلف أن يفعله وجب أن لا يبر إلا بفعله ألا يفعل سببه فإذا لم يحلف أن يفعل سببه ، وإنما حلف أن يفعله فوجب أن لا يبر إلا يتمامه وهو فوت السلعة بيد المبتاع الذي به يتنتقل الملك ، وقد مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى إذا حلف أن يبيع إلى شهر باع بيعاً فاسداً قبله وما يتخرج في ذلك من الاختلاف .

ولكون الترك ليس بفعل مقصود إليه كان النهي أقوى من الأمر قال النبي عليه السلام : « إذا نهيتكم عن شيء فانتهوا عنه ، وإذا أمرتكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم » لأن الرجل قادر على الترك على كل حال ، وقد لا يقوى على

ال فعل ، وإنما فرق بين البيع الفاسد وبين بيع الخيار فقال إنه يحثت بعقد البيع الفاسد يريد مع دفع السلعة على ما ذكرناه ، ولا يحثت باليبيع على الخيار إذا كان الخيار له لأن السلعة إن تلفت في البيع الفاسد ضمنها المبائع ولزمه البيع فيها بالقيمة ، وان تلفت السلعة في بيع الخيار والخيار للبائع كانت مصيّتها منه بإجماع ولم تجب للمبائع إلا بأمضاء البيع له ، فوجب أن لا يحثت إلا بأمضاء البيع لا بالعقد .

ولو حلف أن لا يبيعها إلى أجل فباعها قبل الأجل على أن الخيار له وأمضاهما له بعد الأجل لتخرج وجوب حنته بذلك على الاختلاف في بيع الخيار إذا مضى هل يمضي على العقد الأول فيكون كأنه قد باعها حين العقد أو لا يكون بائعا لها إلا في حين إمضاء البيع ؟ وهذا على المشهور في المذهب من أن البيع الفاسد ينتقل الملك به ف تكون المصيبة فيه بعد القبض من المبائع وإن قامت على التلف البينة .

وأما على القول بأن الملك لا ينتقل به وأن المصيبة فيه من البائع إذا قامت البينة على التلف وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب جامع البيوع في بعض الروايات فلا يحثت باليبيع الفاسد وإن قبض المبائع السلعة ففاتها عنده ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول فيمن باع جارية له فلما قبض ثمنها قال : كل ذكر أشتريه بثمنها فهو حر ، فاشتري جارية حاملا فولدت ذكراً : إنه يعتق عليه الذكر ولا تعتق هي ، وقاله أصبغ وليس بمنزلة الذي يقول كل ذكر اشتريته فهو حر فيشتري جارية فتلد ذكراً أنه لا شيء عليه إلا أن يكون أراد كل ذكر يملكه فهو حر ، وفي رواية أبي زيد بن أبي الغمر قال : وسئل عن رجل باع جارية ثم قال

كل غلام أشتريه من ثمن هذه الجارية فهو حر فاشتري جارية حاملاً فولدت غلاماً ، قال يعتق الغلام ولا تعتق الجارية ، وإن كان اشتراها وليس بحامل فولدت غلاماً لم يعتق .

قال محمد بن رشد : رواية أبي زيد هذه عن ابن القاسم مثل رواية أصبغ عنه ، وما فيها من الزيادة عليها تميم لها ، قد قال غيره إنه لا يلزم في الجنين حتى لأن الشراء لم يقع عليه ، وإنما وقع على الأم إذ لا يحل شراء الجنين في بطن أمها ، ولم يفرق ابن القاسم ولا غيره بين أن تكون حين الشراء ظاهرة الحمل أو غير ظاهرة الحمل ، فاما إذا كانت غير ظاهرة الحمل والحمل يزيد في ثمنها فقول ابن القاسم أظهر لأنه قد وقع للجنين حصة من الثمن ، وأما إن كانت غير ظاهرة الحمل أو ظاهرة الحمل وهي من الجواري اللائي لا يزيد الحمل في ثمنهن أو ينقص منها قوله غيره أظهر ، إذ لم يقع للجنين حصة من الثمن ، فيحتمل أن يرد قولهما جمياً بالتأويل إلى هذا التقسيم فلا يكون بينهما اختلاف ، وذلك قولهما إن ذلك عندهما سواء ، فالتفرقه قوله .

ولا اختلاف بينهما في أن الحمل إن لم يكن ظاهراً لا يجب للولد عتق إلا أن يشتريها بشرط أنها حامل على مذهب من يجيز ذلك ، وهو قول أشهب في سماع عبد الملك من كتاب العيوب ، فيعتق الولد لأنه قد حصل له بالشرط حصة من الثمن .

وقوله وليس بمتزلة الذي يقول كل ذكر أشتريه فهو حر فيشتري جارية فتلذ ذكراً إنه لا شيء عليه إلا أن يكون أراد كل ذكر يملكه فهو حر ليس في كل الروايات ، ويحتمل أن يكون من قول ابن القاسم وأن يكون من قول أصبغ .

وقوله فيه فتلذ ذكراً يريد ولم تكن حاملاً يوم الشراء ، إذ قال إن الولد يعتق إذا كانت حاملاً يوم الشراء ، وفي قوله إلا أن يكون أراد كل ذكر يملكه

فهو حر نصٌّ منه على أَنَّ تميته على الذُّكْرَانِ دون الإناث تخصيص يلزمُه به اليمينُ وهو قول ابنِ نافع في المبسوطة خلاف قول ملك فيها إِنَّ ذلك عموماً لا يلزمُه فيه اليمينُ وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها وبالله التوفيق .

مسألة

قال أَصْبَحُ وسمعت ابنَ القاسم يقول في الذي يحلف بعتق عبده إذ لم^(٩) يضربه ثم يكتابه : إنَّه يمضي على كتابته ولا يضربه ولا ينقض ، فإنَّ عَجَزَ ضربه ، وإنَّ أَدَى كتابته وعتق رَدَ عليه ما أَخْذَ منه ، وقال أَصْبَحُ ، وإنَّ عَجَلَ فضربه في الكتابة لم أَرَ ذلك ينفعه ولا يبريه لأنَّه ضَرْبٌ تعدِي ليس له ، وإنَّ أَدَى عَتَقَ وحنث ورد ذلك إليه ، وإنَّ عَجَزَ لم يبر حتى يضربه ثانية ضرباً يجوز له .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم يمضي على كتابته ولا يضربه ولا تنقض الكتابة ي يريد وإن ضربه لم يَبْرِرْ بضربه في الكتابة على ما نص عليه بعد ذلك بقوله : وإنَّ عَجَزَ فضربه في الكتابة لم أَرَ ذلك ينفعه ولا يَبْرِرْ به ، ويحتمل أن يكون ذلك من قول أَصْبَحُ ، فإنَّ كان من قوله فهو مفسر لروايته عنه ، وإذا لم تنتقض الكتابة فيوقف ما يؤدي منها ، فإنَّ عتق بالأداء تم الحنث فيه وصار حراً ، وآخذ كل ما أدى ، وإنَّ عَجَزَ ضربه ان شاء ، قال ذلك في كتاب ابن المواز ، ولم ينص ابن القاسم في هذه الرواية على توقيف ما يقبض منه ، فيحتمل أن تكون هذه إرادته ، ويحتمل أن ي يريد أَنَّ ذلك لا يوقف إذا كان السيد ملِياً ظاهراً الملا لم يخشَ عليه العدم وكذلك لا ييد عند ابن القاسم بضربه وهو في ملك غيره إن باعه قبل أن يضربه وقال أَشَهَبَ يَبْرُرْ بضربه وهو في ملك غيره ولا يبر بضربه في الكتابة ، وله في كتاب ابن المواز أنه يبر بضربه

(٩) كذا بالأصل : إذ لم يضربه . وفي نسخة ق ٣ : إن لم يضربه ، وهو الصواب .

في الكتابة ، ففي جملة المسألة ثلاثة أقوال ، قولان وتفرق ، ولا اختلاف في أنه لا يبر بضربيها بعد أن اعتقدها المشتري أو أولدتها ، وقد مضى هذا في رسم العتق من سماع عيسى وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصبغ سئل ابن القاسم عن الذي يحلف بحرية جاريته إن وطئها فيبيعها ثم يشتريها بعد ذلك ، قال : ترجع عليه اليمين قال : ترجع عليه اليمين قال : فورثها^(١٠) ؟ قال : تسقط عنه اليمين قال : أصبغ ويظفر بها ولا شيء عليه .

قال محمد بن رشد : هذا مذهب ابن القاسم قوله في المدونة وغيرها إن الحالف بعتق عبده أن لا يفعل فعلًا فيبيع العبد أو يهبه وي فعل ذلك الفعل بعد أن رجع إليه العبد إلا أن يكون رجع إليه بميراث أو يكون ذلك الفعل مما لا يتكرر وقد فعله والعبد خارج عن ملكه ، وقد قيل إن اليمين لا ترجع عليه إذا خرج عن ملكه ثم عاد إليه بأي وجه كان ، وهو مذهب الشافعي ، وإليه ذهب ابن بكيير ، ووجه قولهما أنه إنما حلف بذلك الملك فلا يرجع عليه في اليمين في ملك آخر كمن حلف بالطلاق أن لا يفعل فعلًا فطلق امرأته ثلاثة ثم تزوجها بعد زوج أن اليمين لا ترجع عليه ، وفي المسألة قول ثالث ، وهو أن اليمين إنما ترجع عليه إذا اشتراه من الذي باعه منه أو وهبه فإذا لأنه يتهم على أنه عمل معه على أن يرده إليه ليحل اليمين عن نفسه ، فإذا اشتراه من غيره أو من الذي باعه منه في تفليس أو كان قد بيع هو عليه في تفليس فاشتراه من المشتري فلا ترجع اليمين عليه لارتفاع التهمة ، وهو قول ابن الماجشون في الواضحة وحکاه عن مالك وعن ابنه وعن المغيرة وابن أبي

(١٠) في نسخة : فإن ورثها .

حازم وابن دينار وغيرهم ، ومن مذهب الشافعي أيضاً أنَّ الحالف بالطلاق أنَّ لا يفعل شيئاً ينحل عنه اليمين إذا خرجت عن عصمته بطلقة واحدة ثم راجعها فلا ترجع عليه ، وقد مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى من معنى هذه المسألة ما فيه بيان لها وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغُ : وسئل ابن القاسم عن امرأة حلفت بعقد رفيقها أن لا يخرج إلى موضع سُمْتَه حتى يقدم زوجُها وخرج حاجاً فمات قبل أن يرجع ، فقال : إن كانت أرادت إلى مقدار قدمه لقدم الناس من الحج فلا شيء عليها أي إذا مضى ذلك القدر ، قال وإن لم تكن لها نية فاليمين عليها أبداً .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق في الذي يقول لأمرأته أنت طالق البتة إنْ دخلت بيته أبيك حتى يقدم أخوك من سفره فمات قبل أن يقدم إلهي إنْ كانت نيتها في ذلك أن يقدم الحاج ولم يرد في ذلك الموت فإنْ أقامت إلى ذلك القدر ثم دخلت فلا شيء عليه ، وإن لم تكن له نية فهو حانت ، ولا اشكال في المسألة أنها إن كانت أرادت إلى مقدار قدمه فلها نيتها ، ولا يلزمها شيء إنْ خرجت إلى ذلك الموضع بعد مقدار قدمه عاش أو مات ، وكذلك إنْ لم يرد ذلك وكان ليمينها بساط يدل على ذلك على المشهور في المذهب من مراعاة البساط في الأيمان عند عدم النية فيها .

ولو كانت أرادت بذلك استرضاء زوجها أو كان ليمينها بساط يدل على ذلك لَمَّا كَانَ عَلَيْهَا شَيْءٌ فِي خَرْوْجَهَا إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي حَلَفَتْ عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ زَوْجُهَا قَرْبَ مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَ إِذَا لَا يُسْتَرْضَى مِنْ قَدْمَاتِهِ ، وَإِمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهَا نِيَةٌ وَلَا كَانَ لِيَمِينِهَا بساطٌ فَحَمَلَ يَمِينَهَا فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرْنَا هَا

من كتاب الأيمان بالطلاق على ما يقتضيه اللفظ ولم يراع المعنى والمقصد ، ويأتي على مراعاته أن لا تحنث إن مات إن خرجت إلى ذلك الموضع ، بعد أن يمضي من المدة ما كان يمكنه فيها القدوم لو كان حيًّا ، إذ قد علمَ من قصدها أنها لم ترد بقولها حتى يقدم زوجها إلا مع استمرار حياته ، إذ لا يمكن أن يقدم الميت ، وعلى هذا المعنى يأتي قولُ مالك في أول مسألة من رسم الطلاق الأول من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق : هي الآن من أهل القبور ، وعلى هذا المعنى اختلفوا في الرجل يحلف أن لا يكلم رجلاً حتى يرى الهلال فعميًّا قبل استهلاله ، فقال مالك : هو حانت إِنْ كلمه أبداً ، وقال ابن الماجشون يكلمه إِذَا رأى الهلال ولا شيء عليه لأنَّه إنما أراد أن لا يكلمه حتى يرى الهلال من حيث يرى ، وقع هذا في المبسوطة وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عمن حلف بحرية غلامه ليوفين رجلاً حقه إلى أجل
فباء الغلام قبل الأجل وأوفاه حقه ، قال : لا حنت عليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : لأنَّه يرى بالقضاء بعد^(١١) البيع فلا يرد البيع إذا قضاه ، ولو لم يقبضه لرُدّ البيع حتى ييراً ويحنث بانقضاء الأجل فيعتق عليه .

ولو حلف بعنته ليضربه فباعه لم يبر بضربه بعد البيع على مذهب ابن القاسم ، ويرد البيع على مذهبه حتى يبر بضربه ثانية أو يحنث بمرور الأجل إن كانت يمينه إلى أجل فيعتق في ثلاثة إن لم يضربه حتى مات ، وأشهب يرى أنه يبر بضربه بعد أن باعه ، وقد مضى ذلك فوق هذا ، ومضت هذه المسألة أيضاً

(١١) في نسخة ق ٣ : لا يبر بالقضاء بعد . . . ولعل صواب العبارة هذا كما قال : إنه

في رسم نذر من سماع ابن القاسم ، ومضى في رسم العنق من سماع عيسى القول في وجوب رد البيع ووجه الحكم في ذلك فلا معنى لإعادته .

مسألة

وسائل عن رجل حلف بحرية جارية له ليضربناها فباعها من رجل فأحببها المشتري قال : أرى أن تعتق ويرد الثمن إلى المشتري ويكون له الولد بغير قيمة ، قال أصيغ : لا أرى ذلك وأراها أم ولد للمشتري كالmdbرة باع فتفوت بالإتخاذ فلا ترد ، فليست هذه بأشد منها ولا بأعظم حرمة من التدبير وهذا إذا لم يوقت للليمين وقتاً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم العنق من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سمعت ابن القاسم وسائل عن أمٍ بين رجلين أعتق أحدهما نصيبيه وغاب باع الآخر حصته أو باعها كلها واتخذها المشتري أم ولد وولدت قال : تعتق على المشتري ساعتها وتخرج حرّة ، وإن كان باعه إياها على أنها أم كلها قومت على أن نصفها حر ونصفها رقيق ، فكان لبائعها قيمة ذلك النصف الرقيق إن كان أقل من نصف الثمن الذي باع به ، ورجع عليه المشتري بما بقي يعني كعيب موجود ، وإن كان أكثر من نصف الثمن الذي باع به لم يكن له إلا نصف الثمن ، وإنما أعتقها عليه لأنه لا يستطيع أن يطأها ونصفها حر .

وأمهاط الأولاد لا يحبسن على منفعة غير الوطء ، وقد قاله مالك فيما يشبهه ، وأهل العراق يخالفوننا يقولون من أعتق شركاً له

في عبد فلم يُقْوِم عليه حتى أعتقه الآخر فلا عتق له ، ونحن نقول عتقه جائز ، فإذا باع المتمسك بالرق نصيبيه فأعتقها المشتري فهو في مثابة لو كان هو المعتق ، فعلى هذا الأصل قِسْطُ لك ويبين .

فإن قال قائل إن العتق يكون رضى بما حدد ، فإن الوطء يكون رضى ، والحمل جاء من الوطء ، وقد كان له أن يرد بعد الوطء قبل الحمل ، فالحمل ها هنا لا يكون كالعتق . قال أصبح مثله ، وذلك الصواب ، ولو لم يبع إلأ النصف الذي له وَكَتَمَهُ الحرية في النصف الآخر ووطئه وأحْبَلَ كان قيمة الرق فيها [كلها]^(١٢) فيعرف مبلغه ثم [يقوم]^(١٢) معيناً ثانية رأيته سواء فما نقص رجع بقدر جزئه من الثمن فصواب ، وهو يرجع إلى شيء واحد ويعاقب الواطئ في هذه الوطئة .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة وإن كان باعها على أنها أمة كلها قومت على أن نصفها حر ونصفها رقيق فكان لبائعها قيمة ذلك النصف الرقيق إن كان أقل من نصف الثمن الذي باع به ، ويرجع عليه المشتري بما بقي ، فإن كان أكثر من نصف الثمن الذي باع به لم يكن له إلأ نصف الثمن ليس بمستقيم على أصولهم ، لأن ذلك إنما هو عيب في نصفها الرقيق بما كتمته من حرية أصلها الآخر واستحقاق في نصفها الآخر بالحرية ، فوجه الحكم في ذلك على أصولهم أن يرجع المباع على البائع بنصف الثمن الذي دفع اليه في النصف المستحق بالحرية وتُقْوِمُ الجارية يوم البيع على أنها أمة كلها ويُقْوِم نصفها الرقيق يوم البيع أيضاً على أن نصفها حر فينظر ما بين نصف قيمتها على أنها كلها رقيق وما بين قيمة نصفها على أن نصفها حر ، فيرجع عليه بذلك الجزء في ثمن نصفها قل أو كثُر ، مثال ذلك أن تكون قيمتها على

(١٢) ما كتب بين معقوفين من نسخة ق ٣ .

أنها رقيق كلها مائة ، وقيمة نصفها على أن نصفها الآخر حُر أربعون ، فالعشرة التي بين الأربعين والخمسين من الخمسين خُمسها ، فيرجع المبتاع على البائع بخُمس نصف الثمن الذي دفع اليه قل أو كثر ، وهذا الذي قلت قد قالها بعد هذا ، إذ لم يبع إلا النصف الذي له أنه يقوم النصف الذي باع على أن النصف الثاني رقيق ، ويقوم ثانية معيماً بعيب حرية النصف الآخر . فما نقصة رجع بقدر جزئه من الثمن ، وذلك صواب كما قال ، إلا أنه لا يرجع مع ما ذكره أولاً إلى شيء واحد كما زعم .

وقوله فإن قال قائل إن العنق يكون رضى بما يحدث فإن الوطء يكون رضى والحمل جاء من الوطء ، وقد كان له أن يرد بعد الوطء قبل العمل ، فالحمل هنا لا يكون كالعنق كلام فيه إستكمال أشكال لإضمار وقع فيه وتقديم وتأخير والمعنى فيه أن المخالف يقول إن العنق رضا بما يطلع عليه من العيوب ، فيمن اشتري عبداً فاعتقه ثم اطلع على عيب فيه لم يكن له رجوع به ، وليس الحمل رضا بما يطلع عليه من العيوب ، إذ لا كسب له فيه لأنه إنما فعل هو الوطء ، والوطء ليس برضاء اذن له ان يرد بعد الوطء ، يقول فكما له أن يرد بعد الوطء فكذلك له أن يرجع بقيمة العيوب بعد الحمل فتنقض عليه ابن القاسم قوله : فإن الوطء يكون رضا والحمل جاء من الوطء - يقول لهم - فيلزم على قياس قولكم إذا كان العنق عندكم رضى أن يكون الوطء رضى ، والحمل رضى لأنه يكون عن الوطء .

وتقدير الكلام بإظهار ما فيه من الإضمار فإن قال قائل إن العنق يكون رضى بما يُحدِث ولا يكون الحمل رضى بما يُحدِث لأنه فعل العنق ولم يفعل الحمل لأنه وطء ، وقد كان له أن يرد الوطء قبل العمل ، فالحمل هنا لا يكون كالعنق فإن الوطء يكون رضى ، والحمل جاء من الوطء وبالله التوفيق ، وسيأتي في سماع أبي زيد إذا باعها المعتق فتكلم على ذلك إن شاء الله وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن ابن لرجل وأجنبى اشتريا أب أحدهما فأعتقاه ، ثم مات الأب وترك موالي فمات بعض الموالى فقال : ولاؤهم للابن دون الأب ما دام حياً . قال أصيغ : لأن النسب قائم ولا ولاء مع النسب ، وولد الابن فيهم بمثابة أبيهم لو كان حياً حتى ينقطع النسب فيصير الولاء نصفين بين الأجنبي وعصبة الابن يوم يموت الموالى ويرجع الولاء إلى غير ولد ولا نسب .

قال محمد بن رشد : قوله فيمن مات من موالي الأب إن ميراثهم لابنه ولابن ابنته على ما قاله أصيغ يريد ولجميع عصبه أيضاً الأقرب فالأقرب فالأقرب دون الآخر يريد دون الأجنبي الذي اعتق نصف الأب صحيح على ما قاله ، لأن ولد الرجل ولد ولده وسائر عصبه الأقرب فالأقرب بميراث مواليه من اعتقه هو إذ لا ينتقل الولاء إلى مولى المولى حتى لا يكون للمولى ولد ولا عصبة ، فإذا لم يكن له ولد ولا عصبة رجع الولاء إلى مولاه الذي اعتقه .

فقوله إذا انقطع النسب إن الولاء يصير نصفين بين الأجنبي وعصبة الابن يريد أن ميراثه يكون نصفه للأجنبي الذي اعتق في حق الأب والنصف الآخر لعصبة الابن الذي اعتق النصف الآخر ، يعني مواليه إن كان مولى ، وإن لم يكن مولى فهو لجماعة المسلمين ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن المكاتب بين الرجلين فيموت أحدهما فيوصي بعتق نصيه وأن يستتم عتق نصيب صاحبه ، قال : ليس ذلك له أن يتنتقل عن صاحبه ولا قد صار له وثبت له .

قيل له : فإن رضي صاحبها أن يُجِيزَ له ما صنع قال : لا يجوز

على حال ، قال أصيغُ مثله حتى يعجز فيعتق على الميت في ثلثه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن الكتابة من العقود الالزمة ، وهي تثبت الولاء ، فليس لأحد الشركين أن يوصي بعتق نصيب صاحبه فينقل الولاء عنه إلى نفسه ، ولا يجوز ذلك وإن رضي به شريكه لما جاء من النهي عن بيع الولاء وحيثه إلا أن يعجز كما قال أصيغ : فيعتق على الميت في ثلثه بما أوصله له ، قيل إذا رضي الشريك بذلك ، وقيل رضي أم لم يرض ، وقد مضى الاختلاف في هذا وتوجيهه في رسم العنق من سماع أشهب وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم في عبدين اثنين يستأذن العبد أحد مواليه بأن يعتق عبداً له فإذاً له وكتم مولاه الآخر ذلك حتى اعتقه جمياً لمن يكون ولاه العبد الذي اعتقه العبد ؟ قال : للعبد الذي اعتقه وليس للذي أذن له أن يعتق عبده من ولايته شيء ، لأنه لو أراد أيضاً أن يأخذ من ماله شيئاً لم يكن له ذلك إلا أن يأذن لها جمياً فيكون الولاء لهما دون العبد وإن عتق .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إذ لا يجوز إذن أحدهما في ذلك له دون صاحبه من أجل أنه ليس له أن يتزعزع ماله ، فإذاً كلا إذن ، فوجب أن يرجع اليه الولاء إذا أعتق ، وقد مضى في رسم سن من سماع ابن القاسم ما فيه بيان هذا ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سمعت ابن القاسم يقول فيمن شهد عليه أنه كان يقر أن ولاه لبني فلان مثل بني زهرة أو بني تميم أو ما اشبه ذلك :

لا يكون لأحد من هؤلاء من ولائه قليل ولا كثير إذا سمي الفخذ هكذا بعينه حتى يبين لمن هو منهم خاصة؟ وإنما فليس لأحد منهم قليل ولا كثير . وقال أصبع : حتى يسمى القوم بأعيانهم أو بني الأب بعينه عند الأب الجامع .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ، لأن الولاء كالنسب ، فلو ثبت لرجل أنه من بني تميم أو من بني زهر بن كلاب ولم يعرف من عصبه بأعيانهم معرفة قُعدهم منه وحيث يلتقيون معه من الآباء كان ميراثه لجماعة المسلمين ، ولم يكن لواحد منهم للجهل بقعدهه منه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا الصغير

قال أصبع : سئل عن رجل قال لعبده : أنت حر قبل موتي بخمس سنين .

قال : لا يعتق حتى يموت ، فإذا مات عتق في الثالث ، ولو قال لعبده أنت حر قبل موتك بخمس سنين قال : لا حرية له أصلاً .

قال محمد بن رشد هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم يوصي لسكاته من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد ابن أبي الغمر : سئل ابن القاسم عن رجل اعتنق شركاً له في عبد ، فلما أرادوا أن يقوموه عليه قال إنه آبق سارق

وشركي يعلم ذلك منه ، وليس له بينة فاستحلفوه .

قال : أرى أن يقوم على أنه لا عيب فيه إلا أن يأتي المعتق
ببينة ، ولا أرى على الشريك يميناً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضت والكلام عليها في رسم
العقد من سماع أشهب فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل قال : غلامي ميمون حر إن بعثه ومرزوق غلام
فلان حر إن اشتريته أبداً ، فباع ميموناً بمرزوق الذي حلف بعنته أن
لا يشتريه قال : يعتقان عليه جميعاً .

قال محمد بن رشد : زاد ابن المواز في هذه المسألة ، وعليه قيمة
العبد الذي ابتعى ويزاده تتم ، وذلك أن البائع لمرزوق لما باعه من
الذي حلف بحريته إن اشتراه عقد على المشتري بنفس الشراء ، ولما كان
بيعه إياه منه بالعبد الذي كان حلف البائع بحريته إن باعه لم يصح له ملكه
لوجوب عنته على البائع ، فصار كمن باع عبداً بعد فاعقد المشتري العبد الذي
اشتراه واستحق من يد البائع العبد الذي باعه بحرية ، فوجب للبائع أن يرجع
على المبتاع بقيمة العبد الذي باعه منه لفواته عنده بحرية .

وهذا التوجيه إن كان البائع ، لمرزوق لم يعلم بيمين المبتاع له ، وأما إن
علم بيمينه فوجه وجوب القيمة له فيه هو أنه لما باعه منه وقد علم أنهما يعتقان
جميعاً على المبتاع له بنفس الإبتعان ، وأنه لا يأخذ في عبده إلا قيمته صار كأنه
بايعه منه بقيمتها وهو بيع فاسد فات بالعقد فوجبت له فيه القيمة وبالله التوفيق .

مسألة

وقال : في رجل قال غلامي ميمون حر أو مرزوق إن لم أفعل

كذا وكذا ثم يموت قبل أن يفعله ، قال يسهم بينهما ثم يعتق من وقع السهم عليه إذا حمله الثالث ولا يقوموا ولا يبالي من وقع عليه العتق على من كان أرفعهم أو أخفضهم إذا حمله الثالث .

قال محمد بن رشد : لما كان الحنث في أحد العبدين لا يجب إلا بالموت أشبه الوصية بعنت أخذهما ، فوجب أن يسهم بينهما فيعنت من خرج السهم منهما عليه ، كان أرفعهم أو أخفضهم كما قال ، لأن الميت إنما أراد عنت واحد منهما ، وقد قيل إنه يعتق نصف قيمتهما بالسهم ، وهو الذي يأتي على ما حكاه سحنون عن مالك في سماع محمد بن خالد ، ولا يقال في هذه المسألة إن العتق يجري فيها ، فيعنت من كل واحد منهما نصفه إن حمله الثالث على قياس قول ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى ، لأن ذلك عتق كان أصله في الصحة ، والستة قد جاءت بالقرعة في العتق عند الموت إلا على من يرى القرعة أصلاً كمذهب أهل العراق وهو قول المغيرة ، فيقول إن العتق يجري فيها ولا يسهم بينهما ، وأما تخيير الورثة في هذه المسألة فلا يقال به فيها والله الموفق .

مسألة

وقال في امرأة قالت لجارية لها إن ولدت غلاماً فأنت حرّة شكرأً لله ، فولدت غلاماً ميتاً قال : تعنت .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنها إنما قالت إن ولدت غلاماً ولم تقل حياً ولا ميتاً ، فوجب أن يحمل قولها على عمومه ، ومن جهة المعنى أيضاً لا فرق بين أن تلده ميتاً أو حياً فيما قبل أن يبلغ مبلغ الانتفاع به ، وقد خلصت في الوجهين جميعاً مما خشته من أن تضع جارية لكراهيتها لها ، والله أعلم ، وتعنت عليها بالحكم لأنها يمين وان خرّجت مخرج النذور ، ولو قالت لله على أن اعتنق إن ولدت غلاماً لم يحكم عليها بعنتها على مذهب ابن

القاسم خلافاً لقول أشهب ، وقول ابن القاسم أظهر لأن في الحكم عليها تفويتاً بالوفاء بالتندر ، إذ لا يكون الوفاء دون نية وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل أعتق أم ولده على أن أسلمت له ولده الصغير منها يكون عنده : إنه يرد إليها ، وليس ذلك بمنزلة الحرمة يصالحها على أن تسلّمهم إليه ، فذلك جائز ولا يرجعون إليها .

قال محمد بن رشد : قد روی عن ابن القاسم أن ذلك يلزمها بمنزلة الحرمة ، حکى ابن المواز عنه القولين جميماً ، وقد تكررت هذه المسألة في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب التخیر والتتمیلیک ، وقلنا فيها هنالك إن الأصل في هذا الاختلاف هو أنه لما اعتقها على أن أسلمت إليه ولده منها حصل إسقاطها لما يجب لها من حضانة ولدها في حال العتق معاً ، فمرة رأى الإسقاط مقدماً على العتق فلم يلزمها إياه إذ لم تلتزمه إلا في حال رقتها وفي حال لا تملك نفسها ، ويقدّر السيد فيه على إكراهها ، فصارت في حكم المغلوبة على ذلك ، ومرة رأى العتق مقدماً على الإسقاط فألزمها إياه إذ لم تلتزمه إلا في حال حريتها بعد عتقها ، فأشبّهت الحرمة يصالحها على أن تسقط حقها في حضانة ولدها ، والأظهر من جهة القياس أن ذلك لا يلزمها لأنهما إذا وقع معاً فقد وقع كل واحدٍ منها قبل كمال صاحبه ، وعلى هذا الأصل وقع الاختلاف في الرجل يعتقد أمته على أن تتزوجه بكلّها وكذا ، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح ، والأظهر من جهة المعنى أن ذلك يلزمها لأنها اختارت عتقها على حضانة ولدها كما اختارت الزوجة نفسها على ذلك ، فوجب أن يستويا وبالله التوفيق .

مسألة

قال في رجل توفي وترك غلامين يقال لهما ميمون وسلام ،

فشهد رجلان عدلان أن أباه الميت قد أعتق ميموناً في صحته منه ،
وقال ابن : لا ، بل سلام الذي أعتق في مرضه .

قال ابن القاسم : يقال للابن أنت تقول إنما شهد الشاهدان
بزور ، وأن المعتق إنما هو سلام ، فانظر إلى قيمة ميمون وإلى ثلث
ما ترك الميت فإن كان سلام يحمله الثلث مع قيمة الغلام الآخر
سلام حر ، وخرج ميمون بالشهادة حرا ، وإن لم يحمله ثلث ذلك
فما حمل الثلث منه عتق وخرج الآخر حرأ .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه الرواية إن سلاماً
يعتق إن حمله الثلث مع قيمة الغلام الآخر مثل قوله في رسم العتق من سماع
عيسى من كتاب الوصايا وخلاف قوله في رسم العتق من سماع عيسى من هذا
الكتاب على ما فسره عيسى بن دينار من أنه يعتقد إن حمله الثلث دون الآخر ،
وقد مضى تمامُ القول على هذا هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل قال في أخي له إن لم يصنع لنا فجاريته حرّة ،
فأقامأشهراً يماطله ، ثم صنع له بعد أشهر ، فقال : أخاف أن
يحيث ، قال : وأرأه قد حنث .

قال محمد بن رشد : خشي عليه الحنث أولاً ولم يتحققه عليه ، ثم
تحققه عليه بقوله : وأرأه قد حنث ، وإيجابه الحنث عليه وإن كان قد صنع من
أجل أنه أخره ولم يعجله يقتضي ظاهره أنه حمل يمينه على التعجيل حتى يريد
التأخير ، وهو خلاف المشهور في المذهب من أن من حلف ليفعلن فعلاً ولم
يضرب له أجلاً لا يحيث إلا بالموت إذا كان يمكنه فعل ما حلف ليفعلنه طول
حياته ، فإن كانت يمينه بعثت أو بما فيه كفارة لزمه ذلك في ثلثه ، وإن كانت

بطلاق لم يكن عليه شيء إذ لا يقع الطلاق على أحد بعد موته ، وأما إذا فاته في حياته فعل ما حلف ليفعلنه مثل أن يحلف ليضربن عبده أو ليذبحن شاة فيماوت العبد قبل أن يضربه أو الشاة قبل أن يذبحها فيجئ بالتفريط إن كان قد حمى أو حييت قدر ما لو أراد أن يضربه أو يذبحها أمكن ذلك .

والاختلاف في هذا جار على اختلاف أهل الأصول في الأمر بالشيء هل يقتضي الفور أم لا ؟ وعلى هذا اختلفوا في الحج هل هو على الفور أو على التراخي ، وقد قال أبو بكر بن محمد في هذه المسألة لا شيء عليه ، لأنه لم يضرب أبداً فجاوزه دون أن يفعل ما حلف عليه ، وقال أبو محمد : إنما يعني أبو بكر إذا لم يتو الاستعجال ، وابن القاسم خاف عليه أن يكون نوى الاستعجال بذلك أحثه ، ولا اختلاف إذا كانت له نية في التعجيل أو التأخير ، وإنما الاختلاف إذا عرِيَتْ يمينه من النية على ما تحمل ؟ والمشهور في المذهب ما ذكرناه من أنها تحمل على التأخير فلا يجئ إلا بالموت أو بقوات الفعل ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل قال لعبدة : إن فارقت غريمي فأنت حر ، ففارقه قال : قد كان لا يراه عتيقاً ، ثم عرضته عليه محلياً وما بقي أحداً فأمرني بمحوه ورآه حرا ، قال : وكذلك من قال لعبدة أنت حر إن دخلت دار فلان فدخلها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم لم يدرك من سمع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل كان جالساً في ملأ فمر به غلام له ، فقال له

بعض القوم ما اسم غلامك هذا؟ فقال حر ، وليس اسمه حرأ ،
قال : هو كاذب وليس عليه شيء .

قلت : فهل عليه يمين أنه لم يُرد بقوله عتقاً؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يمين عليه هو على القياس بأن
اليمين لا يلحق إلا بتحقيق الدعوى ، وقد مضى الكلام على هذا المعنى
مستوفاً في رسم لم يدرك ورسم الرهون من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

مسألة

وقال ابن القاسم في جارية بين رجلين أعتق أحدهما نصيبيه ثم
إن معتق النصف باعها من رجل فوطئها فحملت منه ، قال : يرجع
الذى حملت منه بالثمن على من اشتري منه ، ويرجع المتمسك
بالرق على الذي أحبلها بنصف الثمن فقط .

قال محمد بن رشد : قوله ويرجع المتمسك بالرق على الذي
أحبلها بنصف الثمن فقط كلام فيه نظر ، وإنما الواجب أن يرجع عليه بقيمة
نصفها فغلب حرية نصفها الآخر . إما يوم أحبلها ولا يكون عليه شيء من قيمة
ولدها ، وإما يوم الحكم عليه بذلك مع نصف قيمة ولدها على اختلاف قول
مالك في ذلك ، لأنه مستحق لذلك النصف من يد مشترى قد أولده ، فيجري
الحكم فيه على اختلاف قوله فيمن استحق أمته من يد مشترى بعد أن أولدها ،
ويكون من حقه أن يرجع على الشريك المعتق لحصته منها بما انتقصه من قيمة
نصفها بسبب حرية النصف الآخر ، لأنه كان من حقه أن يقومها عليه كلها على
أنها أمة لا عتق فيها ، فيأخذ منه نصف قيمتها على المشهور في المذهب ،
وهو ظاهر الحديث ، وقد قيل إن المعتق لحظه من العبد لا يلزمه لشريكه إلا
قيمة حظه بعيوب الحرية يقوم ذلك من قول ابن القاسم في كتاب الجنایات من
المدونة ومن قول غيره في كتاب أمهات الأولاد منها ، فعلى هذا القول لا يكون

له رجوع إلا أن يكون بين الوقتين اختلاف في القيمة وعلى القول بأن لمستلحق الجارية وقد ولدت أن يأخذها قيمة ولدها يكون للمتمسك بالرق أن يأخذ حظه منها ونصف قيمة ولدها ، فيقوم على المعتق لحظه منها ويكون لها ولاء جميعها ، فهذا وجه القول في هذه المسألة ، وقد رأيت لابن دحون فيها كلاماً مُختلاً لا يصح ، قال : إنما رجع على المشتري بنصف الثمن لأنه هو أفالها وقد كانت القيمة تلزم المعتق إلا أنه لما باعها أفالها الذي أحببها ، فسقطت عنه القيمة ورجعت على الذي أحببها ، والأموال تضمن بالعمد والخطاء ، وتعتق الجارية إذ لا منفعة فيها للذى أحببها ، لأن نصفها حر ونصفها أم ولد ، ولا شيء عليه في الولد لأنه غير غاصب ولا متعدى ، هذا نص قوله ، وقد مضى من قولنا ما يدل على خطأه فيه في غير ما موضع منه وبالله التوفيق .

مسألة

قال في رجل حلف بعتق جارية له ليبيعنها فولدت له أولاداً أو فرط في بيعها ثم باعها أترى عليه بيع ولدها ؟ قال : إذا باعها فقد برأ في ولدها .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، إذ لم يحلف على بيع ولدها ، وإنما حلف على بيعها فإذا برأ فيها بيعها لم يكن عليه في ولدها شيء ، وإن لم يبعها حتى مات عتق في ثلاثة وعشرين ولدعا فيه أيضاً على الاختلاف الذي قد مضى في غير ماموضع من هذا الكتاب وغيره ، وقد مضى تحصيله في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

قال في رجل قيَّد عبدَه وقال : أنت حر إن نزعت هذا القيد عن رجلك أبداً حتى تحفر لي مرحاضاً طوله كذا وكذا ، قال : ينظر

السلطان فإن كان شيئاً لا يستطيع رجل أن يحفره رأيت أن تُترك ، لأنَّه لا يُترك وذلك ، قيل له : افتيتك في القيد ؟ قال : إن كان لا يقوى على ما حلف عليه عتق وَحْلَ عنه .

قال محمد بن رشد : قوله إن كان لا يقوى على ما حلف عليه عتق وَحْلَ عنه القيد يدل على أنه إن كان يقوى على حفره وهو مقيد على حاله تُرك مقيداً حتى يحفره ، ولم يعتق عليه ، وهذا إنْ كان لقيده إيه وجه من أنه يخشى إبقاءه وأنه إنما قيده أدباً له على شيء صنعه .

وأما إن كان قيده لغير سبب وحلف أن لا يحله منه حتى يحفر له ما حلف عليه لوجب أن يطلق عليه إلا أن يكون القيد خفيفاً لا مشقة عليه فيه ، فقد قيل إن الرجل إذا حلف بحرية عبده أن يضرمه الأسواط اليسيرة على غير سبب يُمكِّنُ من ذلك ولا يعتق عليه ، قال ذلك ابن أبي زيد ، وهو ظاهر ما في الواضحة في الزوجة وهو بعيد ، فلا يجب أن يحمل ذلك على ظاهرة ، وإنما يتأول على أنه يصدق في أنه قد أذنب ما يستوجب ذلك الضرب اليسير ، وقد مضى هذا المعنى مُجَوَّداً في رسم العتق من سماع أشهب من هذا الكتاب ، وفي أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان وبالله التوفيق .

سَأْلَة

وسئل ابن القاسم عن عبد بين رجل وامرأته فقال الزوج : نصيبي منك حر إذا ماتت امرأتي ، وقالت المرأة : نصيبي منك حر إذا مات زوجي . قال : إذا مات الزوج عتق نصيب امرأته من رأس ماله ولا يلحقه دين كان بعد ، ويُبَدَّأُ على الوصايا وَخَدَمَ ورثة الزوج أبداً حتى تموت المرأة ، فإذا ماتت المرأة خرج حرأً كله من رأس المال ولا يلحقه دين كان بعد ويُبَدَّأُ على الوصايا .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم أوصى أن ينفق على أمهات أولاده فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم في الرجل يحلف بالطلاق أو بالحرية ليضربن غلامه مائتي سوط أو ثلاثة عشر ضرباً ينهكه ويلغه هل يعتق عليه ؟ قال : لا أرى أن يعتق عليه إلا أن يكون قد بلغ به الضرب أمراً يكون فيه مُئْلَةً شديدةً من الأثر ، فإن كان الضرب قد بلغ به من ذهاب لحمه حتى صار مُئْلَةً ، قال ورب ضربٍ يُذْهِبُ اللحم حتى يبلغ العظم فيصير جلداً على عظم يتآكل ، فإن بلغ منه هذا حتى يصير مثلاً بينة عند الناسرأيته مثل قطع الأصابع وما أشبهه ورأيت أن يعتق عليه وإلا فلا شيء عليه ، ولو رفع مثل هذا إلى السلطان قبل أن يضرب الضرب الذي يعلم أنه إن ضربه إيه خيف على العبد منه رأيت أن يعتق عليه وتطلق عليه أمراته ، ولا يمكن من ضربه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : لأنه إذا أثَرَ الضرب بجسده هذا التأثير فهو تمثيل به وإن لم يقطع جارحة من جوارحه قياساً على العرق بالنار الذي جاء فيه الأثر : قول النبي عليه السلام : من مثل بعده أو أحرقه بالنار فهو حر وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل قال لجاريه أنت حرة إن لم أبعك ولو بوضيعة عشرة دنانير ، فلم يُعطِ إلا وضيعة خمسة عشر ديناً قال : لا يحيث ويطأها وإن مات لم تعتق في ثلث ولا غيره ، ويتعرض بها الأسواق .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها في رسم

يوصي لمكاتبه من سماع عيسى من هذا الكتاب وفي رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الايات فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسائل

وقال في رجل اشتري أمة فوضعت للإستبراء فحلف بعنتها
لرجل ليقضينه حقه فحدث ، ثم ظهر بالجارية حمل ليس هو من
البائع ، قال : يردها بالحمل ويأخذ الثمن ولا عتق عليه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قال بعض الناس فيها : إنها مسألة حائلة لابن القاسم ليست على أصله في أن للمشتري أن يسقط المواجهة عن البائع ويقبلها بعيب الحمل إن ظهر بها إذا لم يقع على ذلك ، خلاف ما ذهب إليه سخنون من أن ذلك لا يجوز له لأنه يتهم في إسقاط الضمان عن البائع وتعجيز النقد على أن يتعرّج الانتفاع بالجارية قال : ورواية محمد بن خالد عنه في كتاب الإستبراء يردها ، وذلك أنه قال فيها في الرجل يشتري الجارية فتوضع للإستبراء فيعتقها المشتري وهي في المواجهة من قبل أن تستبرى : إن عتقه يمضي ولا يكون له أن يردها وإن ظهر بها حمل إذا كان بائعها لا يدعى حملها ، لأنه قد قطع ذلك عن نفسه بعتقه إياها ورضي بذلك ، وليس بذلك عندي بصريح ، لأنه إذا بَلَّ عتقها فقد رضي بعيب الحمل إن ظهر وأسقط التبعية فيه عن البائع بقصده إلى تفويتها بالعتق ، والحال في أن يقضى غريمَه حَقَهُ ليس بقصد إلى تبليغ العتق باليمين ، وإنما قصد به إلى التخلص من غريمَه فلا يحمل عليه ان رضي بعيب الحمل إن ظهر إذ لم يُرْدَ إلَّا البر بالقضاء ، ولعله غُلِبَ على الحث بالعجز عن القضاء ، فوقع الحث بغير اختياره ، وهذا فرق بينَ بينَ المسألتين ، فلا يحمل على ابن القاسم التناقضُ والإضطراب في ذلك ، ويأتي على ما ذكرناه من مذهب سخنون أن عتق المشتري فيها في أمد المواجهة لا يلزم ، وأنَّ له أن يردها إن ظهر بها حمل ويبطل العتق ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل أرسل غلامه يستقي له على دابته فأبطاً ، ثم أرسل غلاماً له آخر فقال له : إذهب فخذ الدابة منه ، فإن أبي عليك فاكسر القلل وأنت حُرٌ إن تركته يستقي إن لم يُعْك عبداً ، فذهب فوجده قد استقي وهو مقبل ، فأخذ الدابة منه فلم يُمَانِعْه فجاء الغلام بالماء فصب في البيت فقال : لا شيء عليه ، أرأيت إن قال : إن تركته يطبع هذا القدر فأنت حر فوجده قد طبخه أعلىه شيء ؟ فهذا مثله .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنه لا شيء عليه إذا لم يدركه قبل أن يستقي وقبل أن يطبع القدر ، ومثله ما مضى في آخر رسم سلف من سماع عيسى من هذا الكتاب ، وفي رسم العربية من سماع عيسى من كتاب النذور ، وقد مضى الكلام على ذلك في الموضعين ، وبيننا فيما أنه لا اختلاف في ذلك ، بخلاف الذي يحلف أن لا يبيع السلعة هو وقد باعها ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في امرأة قالت : إن تزوجت فلاناً فجاريتها حرة فتبين الجارية ثم تتزوج فترد عليها الجارية بعيب . قال : تحنت ، فإن ردت إلى المشتري قيمة العيب وتحنت وإن حبسها المشتري بذلك العيب ورضي لم يكن عليها حنت .

قال محمد بن رشد : أما إذا ردت عليها الجارية بعيب فقوله إنها تحنت هو على قياس القول بأن الرد بالعيوب نقض بيع ، ويأتي على قياس القول بأن الرد بالعيوب ابتداء بيع أن لا حنت عليها . كما لو اشتراها إلا من وجه

أنها تَتَّهِم إذا اشتراها من الذي باعوها منه أنها عملت معه على ذلك لتُبرأ من الحنث فيكون لذلك وجہا إذ قال في المدونة وغيرها إنَّ من خلف بحرية عبده أنَّ لا يفعل فعلاً باعه ثم اشتراه أو وهب له إن اليمين ترجع عليه ويحث بحريته إن فعل ذلك الفعل إلَّا أن يعود اليه بميراث ، وقد مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى ما فيه بيانٌ هذا .

وأما قوله إنها إن ردت إلى المشتري قيمة العيب وحثت فهو بعيد إذ لم تنتقل الجارية بذلك عن ملك المشتري فكيف تحث البائعة بعتقها وهي في ملك غيرها ، ووجه ذلك على ما فيه من بعد أن الرد لما كان قد وجب للمشتري بإقراره له بالعيب ولعله قد دَلَّسَ له به كان إذا أخذَ منه قيمة العيب كأنه قد ردَّها إليه ثم اشتراها منه ثانية بما بقي من الثمن بعد قيمة العيب ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال أبو زيد : قيل لابن القاسم أرأيت لو أنَّ مفلساً ورثَ أباه أو وُهِبَ له ماذا يكون للغرماء فيه ؟ قال : إن ورثَه لم يعتق عليه إذا كان الدينُ يحيط بماله ، وكان الدين أولى به لأنَّه كشيء أفاده .

وأما ما وُهِبَ له فإنه يعتق عليه وليس لأهل الدين فيه شيء ، لأنَّه لم يوهِب له ليأخذَه أهلُ الدين ، وإنما أراد حين وهب له أن يُعتقه ، فإذا أخذَه أهلُ الدين كان قد أضرَّ به .

قال محمد بن رشد : أشهَبُ يقول إنَّ العتق أولى به في الميراث كالهبة ، وبه قال محمد بن المواز ، ولا وجه للتفرقة بينهما ، واعتلاله لوجوب عتقه في الهبة بـأنَّ الواهب لم يَهْبِه إلَّا ليعتق لا ليأخذَه أهلُ الدين إعتلال ضعيفٌ ، إذ لا يُدرِّي لعلَّ الواهب إنما أراد رفق الموهوب له ليؤدي عنه ديونه من ثمنه ، ولعله من يجهل أنه يعتق عليه ، فلا يصح في المسألة إلَّا قولان ،

أحدهما أنه يعتقد في الوجهين على قياس القول بأنه لا يتقرر له عليه ملك وهو حر بنفس الشراء ، والثاني أنه لا يعتقد عليه في الوجهين وبيع فيما عليه من الدين على قياس القول بأنه باق على ملكه حتى يعتقد أو يعتقد عليه على ظاهر ما جاء عن النبي عليه السلام من قوله « لا يجزي ولد والد إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه »^(١٣) وقد مضت هذه المسألة متكررة والقول عليها مستوفى في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس ، وذكرنا هناك ما يختلف فيه من المسائل على هاذين الأصلين فلا معنى لاعادته .

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم في رجل تزوج أمّة فولدت غلاماً فكبير الغلام ثم مات أبوه فتزوج ابنه هذا حرّة فولدت له ولداً بعد وفاة الجد والأب المملوك حي قال : ولا ورثة لموالي أمه ولا يجرُ الجدُ المتوفى ولا ورثة الذين ولدوا بعد موته إنما يجر ما كان حياً قال : ولو توفي الجد وأمه حامل جرّ ولاعنة ، وكان ولاعنة لموالي الجد إذا حملت به قبل وفاة الجد ، قال : والأب المملوك ها هنا لا يحجب ولا يضره وهو بمنزلة الميت والكافر .

قال محمد بن رشد : هذا الرسم بجملته من سماع عيسى هو في آخر سماعه ، وقد مضى الكلام عليه في موضعه مستوفى ، وتكررَ ها هنا في بعض الكتب فلا معنى لإعادة الكلام عليه .

(١٣) رواه مسلم في العنق ، والبخاري في الأدب ، والترمذى وابن ماجه عن أبي هريرة . وفي متنى الأخبار . رواه الجماعة إلا البخاري ، ولعله يعني في الصحيح .

مسألة

قيل لابن القاسم أرأيت العبد بين الرجلين يحلف أحدهما بحريته أن يضره ، ويحلف الآخر بحريته أن لا يضره ، من يحث منهما ؟ قال ابن القاسم : ينظر في ذلك ، فمن حلف منهما على الظلم والتعدى حث وأعتق عليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأن العبد بين الشركين ليس لأحدهما أن يؤدبه إذا أبى ذلك عليه شريكه إلا بالسلطان ، كما إذا كان بعضه حرأ حسما مضى في رسم البز من سماع ابن القاسم ، فإذا حلف أحد الشركين أن يضره وحلف الآخر أن لا يضره وجب أن ينظر السلطان في ذلك كما قال بأن يوقفه على المعنى الذي حلف أن يضره من أجله ، فإن كان مما لا يستوجب به الضرب اعتقه عليه وأغرمه نصف قيمته لشريكه ، وإن كان مما يستوجب به الضرب وأقام بذلك بينة لا مدفوع لشريكه فيها إذا كان منكراً أمكنه من البر فيه بضرره ، وعنت العبد على شريكه على قوله في هذه الرواية ، ورأيته عن مالك في رسم سلعة سماها ورسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق ولدليل ما في كتاب التخيير والتمليل من المدونة من أن من حلف أن لا يفعل فعلاً يحث إذا قضى به عليه السلطان إلا أن يقول لم أرد مغالبة السلطان فتُؤْتَى في ذلك مع يمينه على ما قاله في آخر رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق أيضاً ، ولا يعتق عليه على مذهب ابن الماجشون في أن من حلف أن لا يفعل فعلاً فقضى به عليه السلطان لا يحث إلا أن يقول ولا بالسلطان أو يحلف بحضوره فيتحقق بذلك أنه أراد مغالبته ، وبالله التوفيق .

تم الكتاب الرابع من العتق بحمد الله تعالى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَصَلَى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ

كتاب المذير

من سماع ابن القاسم من كتاب قطع الشجر

أخبرني محمد بن عمر ابن لبابة قال : أخبرني العتبى قال : أخبرنا سحنون قال أخبرنا ابن القاسم عن مالك أنه قال : من دبر عبده واشترط ماله من بعد موته بغير موت السيد كان جائزًا له .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، ومثله في سماع أصبح عن ابن القاسم في رسم المذير منه ، قال : وهذا مما لا شك فيه ، وإنما هو رجل أوصى فقال : إذا مت فعبدني حر خذلوا منه ماله ، ألا ترى لو أن مريضاً قال في مرضه غلامي مدبر وخذلوا منه ماله أخذ منه فيما استثنى في الصحة بمنزلة ما استثنى في المرض ، قال : فإذا مات السيد قوم في الثالث بغير ما له يبيده حالصاً ، وأخذ منه ما كان بيده فكان مالاً من مال الميت يقوم فيه رقبته مع غيره من مال الميت ، وقاله أصبح ، وفي المدينة لابن كنانة خلاف ذلك ، قال : سئل ابن كنانة عن الرجل يدبر عبده ويستثنى ماله ، فقال : ليس ذلك من عمل الناس ولا مما يعرف في أمر المذير ولا مما جاءت السنة فيه ، وليس ذلك له ، ويتبعه ماله كما جاءت السنة فيه ، قال ابن كنانة : ومما يبين لك ذلك لو أن رجلاً قال في مرضه غلامي مدبر وخذلوا منه ماله لم يؤخذ منه فهذا بين ، والحججة فيه قوله لأن ما استثنى في الصحة بمنزلة ما استثنى في المرض ، وقول ابن القاسم وروايته عن مالك في هذه المسألة هو الصحيح في

النظر ، لأنه إذا جاز أن يعتق الرجل عبده ويستثنى ماله جاز أن يوصي بذلك وأن يدبره على ذلك ، ولا يلزم ابن القاسم ما احتاج به ابن كنانة من قياس امتناع جواز ذلك في الصحة على امتناعه في المرض ، لأن جواز ذلك عنده أبين في المرض منه في الصحة ، وقد استدل ابن القاسم على جوازه في الصحة بجوازه في المرض ، فبان بذلك ضعف قول ابن كنانة وبطلان حجته على ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

وقال مالك فيمن انتزع أم ولد مدبره ثم ردها إليه فهي على حالها الأول عنده .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها نظر ، لأن قوله إنما يرجع عنده إذا ردها إليه على حالها الأول معناه على حالها الأول من حرمة بإيلاده لها الذي يوجب لها أن تكون به أم ولد إذا أعتق وهي عنده ، وقد اختلف في ذلك قول مالك فقال مرة إنها تكون أم ولد إذا أمضى إلى الحرية بما ولدته في التدبير ، وقال مرة إنها لا تكون بذلك أم ولد حتى يولدها بعد أن أعتق ، فكان القياس إذا انتزعها منه ثم ردها إليه أن ترجع اليه رقياً ، وتبطل الحرمة التي كان لها بإيلاده إياها على أحد قوله مالك كما لو باعها بعد أن أولدها ثم اشتراها ، ويعتمد أن يكون تكلم في هذه الرواية على القول بأنه لا حرمة لها بإيلاده إياها في حال التدبير حتى يولدها ثانية بعد أن أمضى إلى الحرية ، فيكون قوله صحيحاً لا اعتراض فيه ، لأنها على هذا القول أم له لا حرمة لها بإيلاده إياها قبل أن ينتزعها فكذلك تكون بعد أن ردها إليه وبالله التوفيق .

ومن كتاب سَنَنِ رسول الله صلى الله عليه

قال ابن القاسم : قال مالك : من ذَبَرَ رَقِيقاً لَهُ فِي صَحَّةٍ أَوْ فِي

مرض فدبر بعضهم قبل بعضٍ وعليه دينٌ ، بيع الآخرُ فالآخرُ في الدين ، فإذا استوعب الدين رجع إلى الأولِ فال الأول فعتق ما حمل الثالث ورق ما بقي .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في المدونة من أنَّ المدبر في الصحة أو في المرض يُيدأ في الثالث الأول منهم فال الأول ، وإذا بُدئَء الأول فال الأول وجب على قياس ذلك أنْ بيع الآخرُ فالآخرُ في الدين على ما قال في هذه الرواية .

وصحنون يقول : إن التدبير في الصحة وإن كان شيئاً بعد شيء فهو بمنزلة ما لو ذبرهم في كلمة واحدة ، لأنَّ له أن يعتق بعد تدبيره ويذهب ويتصدق ولا يمنع ولا يقال له أدخلتَ الضرر على المدبر ، وأما إذا كان التدبير في كلمة واحدة في الصحة أو في المرض أو في الوصية بعد الموت فلا يبدأ أحدٌ منهم على صاحبه ولا يسهم بينهم ، وإنما يعتق من كل واحد منهم ما حمل الثالث من جميعهم ، وكذلك إن كان عليه دين بيع من كل واحد منهم بالحصص ما نابه من الدين ، اتفقت قيمتهم أو اختلفت ، مثال ذلك أن يكون له ثلاثة مدبرون في كلمة واحدة قيمة أحدهم مائة ، والثاني مائتان ، والثالث ثلاثة مائة وعليه دين مائة ، فباع من كل واحد منهم سدس ، وكذلك إن كانت قيمتهم سواه مائتان وعليه دين مائة بيع من كل واحد منهم سدس ، ولو كانت قيمة كل واحد منهم مائة مائة وعليه دين مائة لبيع من كل واحد منهم ثالث ، بخلاف الموصي بعتقهم والمبتلين في المرض ، هؤلاء يقرع بينهم فيما يباع منهم في الدين وفيمن يعتق منهم بعد الدين على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ، ولابن نافع في المدنية أنه يقرع بين المدبرين كما يقرع بين الموصي بعتقهم وبين المبتلين ، وقد مضى هذا في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب العتق وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن المرأة ذات الزوج تُدَبِّرُ ثلث جاريتها ، قال : يلزم ذلك ، قال : وأراه أراد التدبير كله ، مثل الرجل تدبر عليه كلها . قال ابن القاسم : وأرى أن تدبر عليها كلها ، قال ابن القاسم : لأن عندنا من قول مالك في المرأة ذات الزوج تدبر جاريتها كلها وليس لها مال غيرها فَيُرِدُ ذلك زوجها قال : ليس ذلك له ، هي مدبرة كلها على حالها ، قال ابن القاسم : وإنما فرق بين التدبير كله من المرأة ذات الزوج والعتق ، لأن التدبير لا يُخْرِج من يدها شيئاً وهو موقف معها حتى يخرج من ثلثها ، فليس لزوجها في ذلك حجة ، إنما هي وصية ، والعتق يخرج ذلك من يديها ، فهذا فرق ما بينهما ، وهو وجه ما سمعت لم يروه سحنون وكرهه ورأه خطأ لا شك فيه ، وقاله مطرف وأباه ابن الماجشون .

قال محمد بن رشد : قد روی عن مالك مثل قول ابن الماجشون وسحنون ها هنا ، وفي كتاب ابن سحنون أن المرأة ذات الزوج لا يجوز لها أن تدبر جاريتها إذا لم يكن لها مال غيرها إلا بإذن زوجها ، قال في كتاب المدنية عبد الرحمن بن دينار : وحدثني محمد بن يحيى السبائي أنه سمع مالكا يقول في امرأة دَبَرْتْ نصف عبدها ولها زوج وليس لها مال غيره : إنه لا تدبر عليها كله ولا يكون منه مدبراً إلا ما دبرت ، لأن زوجها يمنعها من ذلك ، فإن لم يكن لها زوج كان مدبراً كله ، وفي قول مالك في هذه الرواية إنه لا يكون منه مدبراً إلا ما دبرت من أجل الزوج نظر على أصله في أن التدبير كالعتق للزوج أن يرد منه ما زاد على الثالث إذ قال إنه لم يكن لها مال غيره ، فكان القياس على أصله أن لا يكون مدبراً منه إلا الثالث .

ولكلا القولين وجہ من النظر ، فوجہ قول ابن القاسم وروايته عن مالك

في أن لها أن تدبر عبدها وأن لم يكن لها مال سواه أن من حقها أن تمسكه طول حياتها ولا تبيعه ، فلا حجة له عليها في تدبيرها إياه ، ووجه قول مالك في رواية محمد بن يحيى السبائي عنه وقول ابن الماجشون وسخنون أنها إذا دبرت عبدها ولا مال لها سواه فقد حجّرت على نفسها جميع مالها والزمت ذلك نفسها إلزاماً لا رجوع لها فيه ، فصار ذلك كالتفويت له وبالله التوفيق .

ومن كتاب المُحْرِم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل مالك عن رجل قال : غلامي مدبر عن ابني في وصيّة أوصى بها عند موته وأوصى بوصاياه مع ذلك .

قال ذلك جائز . قال ابن القاسم وليس له أن يرجع فيه لأنه أعتقه إلى أجل من الآجال ، قال ابن القاسم ولو كانت جارية لم يطأها الأب ولا الابن ، قال وولاوه للابن الذي دبر عنه .

قال محمد بن رشد : حمل قوله في هذه الرواية لغلامه أنت مدبر عن ابني أنه إنما أراد أنه حر عنه بعد موته فرأه معتقداً إلى موت ابني عنه ، كأنه قال عبدي حر إذا مات ابني وجعل له ولاوه ، لقوله عن ابني ، فهو حر على هذه الرواية من رأس المال إذا مات ابني ، مات قبله أو بعده ، وذلك خلاف ما يأتي في سماع أبي زيد من أنه إنما يعتقد بعد موته من ثلثه إلا أن يقول هو حر عن دبر ابني فحينئذ يكون معتقداً إلى موت ابني من رأس ماله ، والكلام محتمل للوجهين ، فيجب على أصحابهم أن يستئل عما أريد من ذلك ، فما قال قبل قوله فيه ، وإنما يكون هذا الاختلاف إذا سئل فقال لم تكن لي نية ولا أدرى ما أردت أو مات قبل أن يستئل ، فعلى قول ابن القاسم في هذه الرواية لا يعتقد حتى يموت ابني وعلى رواية أبي زيد إذا مات من ثلثه ، وولاوه على كل القولين للابن ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب يسلف في المقاوم والحيوان

قال ابن القاسم : حدثني مالك عن أبي الرجال عن عَمْرَةَ ابْنِهِ عن عبد الرحمن عن عائشة أن جارية لها سحرتها وأن سِنْدِيَا دخل عليها في مرضها ، وأنه قال لها إنك مُسْحَرَةٌ قالت : من سحرني ؟ قال لها : جارية في حجرها صبي وقد بال عليها ، فدعت جاريَّتها فقالت حتى أغسل بولًا في ثوبِي فقالت : سحرتني ؟ فقالت : نعم ، قالت : وما دعاك إلى ذلك ؟ قالت : أردت بذلك تعجِّيلَ العقوبة فأمرت أخاً لها أن يبيعها من الأعراب ممن يُسِيءُ ملكها ، فباعها ، ثم إن عائشة أريئت بعد ذلك في النوم أنْ اغتسلَي من ماء ثلاثة آبارٍ يَمْرُ بعضها بعضاً ، فاستقي لها فاغتسلت فبرئت ، قال سحنون : معنى الجارية أنها كانت مدبرة .

قال محمد بن رشد : إنما قال السندي لعائشة إنها سُحْرَتْ وإن الذي سحرها جارية في حجرها صبي وقد بال من ناحية الكهانة ، والكافر قد يصيب في يسيرٍ من كثيرٍ بما يُلقيه إليه ولِيه من الجن فيما استرق من السمع فيخلط إليها مائة كذبة على ما جاء من ذلك في الحديث ، والله أعلم ، وقول سحنون يعني الجارية أنها كانت مدبرة ، صحيح ، قد قاله مالك في كتاب ابن المواز وكتاب ابن سحنون ، وحكي ابن حبيب عن ابن وهب عن عبد الجبار ابن عمر عن ابن شهاب وربيعة ابن أبي عبد الرحمن أنهما قالا : كانت لعائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم جارية مدبرة فاتهمتها بسحر ، فقالت : أما والله لآغْرِبَنَّكَ فيمن لا يُرْثِي لك ، فباعتُها من الأعراب فأخبرَ بذلك عمرُ بن الخطاب ، فبعث في طلب الجارية فأعجزته ولم يجدوها ، فأرسل إلى عائشة فأخذ الثمن منها ، فاشترى بها جارية فجعلها مكانها على تدبيرها ، وقال مطرف عن مالك : ليس العمل عندنا على حديث عائشة حين باعت مدبرة لها

اتهمنها بسحر ، وقال سحنون في كتاب ابنه ولا حجَّةً علينا في فعل عائشة من ذلك ، لأن الحادث الذي فعلت من السحر يوجب قتلها فكيف بيعها ؟ ولا يجوز بيعها عند أحدٍ من السلف بغير حادث ، وليس قوله في ذلك عندي بين ، وإنما باعوها عائشة لأنها رأت أن تدبرها قد بطل لِمَا أرادت من استعجال عتقها بقتلها بالسحر الذي سحرتها به ، وذلك بين من قولها في الحديث : أردت بذلك تعجيل العتق ، فلما أرادت أن تتعجله قبل وقته حُرمت إياه كما حرم القاتل عمداً الميراث بما أراد من تعجيله قبل وقته ، فهذا وجْهُ ما ذهبت إليه عائشة رضي الله عنها ، ولم يرد ذلك عمرٌ فحكم بما رأه باجتهاده إذ كان هو الإمام ، ورأى مالك ما قضى به عمر فأخذَ به وترك ما ذهبت إليه عائشة ، وإليه ذهب أيضاً ابن القاسم في رواية أصبح عنه على ما يأتي له في رسم المدبر من سماعه خلاف قول أصبح فيه على ما سنبيه إن شاء الله .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب العقق

قال أشهب : وسمعت مالكاً يُسأَلُ فقيل له إنَّ عندي يتيمًا في عيالي وبينه مملوكةً ، لي ثلاثة أرباعه ، وله ربعه ، فأردت تدبره فقال : ما ثمنه ؟ أم يسير أم كثير ؟ فقال : ما لي علم بثمنه ، فقال : إني أحب أن أعلم ما ثمنه ، فقال هو وصيف رباعي ، فقال : ما أرى لك ذلك ، يكون أنت الذي تعمل فيما بينك وبين يتيمك ، ولكن لو أتيتَ السلطان حتى يقيمه^(١) بقيمة وينظر فيه لليتيم ، فاما أن يكون أنت الذي تعامل نفسك ، فلا .

(١) لعل الصواب حتى يقمه بالراو ، وفي الحديث قالوا : يا رسول الله لو قومت لنا ، فقال : الله هو المقوم ، أي لو حددت لنا سعره .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأنه متهم في اشتراطه مال يتيمه ، فالحظ له أن يأتي السلطان في ذلك حتى يكون هو الذي يحكم فيما بينه وبين يتيمه بما يراه له من السَّدَادِ في القيمة ، وبالله التوفيق .

من سماع عيسى عن ابن القاسم من كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى : وسألت ابن القاسم عن رجل قال لغلامه : أنت مدبِر إلى عشر سنين ، قال أراه حُرًّا إلى عشر سنين ، فإن مات السيد قبل ذلك لم يُعتق إلَّا إلى عشر سنين .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ابن القاسم ، لأن المعنى في قول الرجل لغلامه أنت مدبِر إلى عشر سنين أنت حر إلى عشر سنين ، فعبر بلفظ التدبير عن لفظ الحرية اذا كان التدبير سبباً لها وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله عبد استاذن سيده

قال عيسى : وسألت ابن القاسم عن عبد استاذن سيده في تدبير جارية له فأذن له فدبِرها ، قال : لا يمسها السيد ولا العبد لأنها معتقدة إلى أجل ، وهي تخرج من رأس المال ، ولا يلحقها دينٌ وَوَلَاؤُها للسيد وإن عتق العبد .

قلت : فإن وطئها العبد فحملت ؟ قال : توقف هي وولدها حتى يموت العبد فتعتق .

قلت : فإن وطئها السيد فحملت ؟ قال : يلحق به الولد

وتوقف هي حتى يموت العبد فتعتق أو يموت سيدُها قبل موت العبد فتعتق عند موته ، ولو قال قائل إنها تعتق عليه ساعتين حملت ، لم أعب قوله ، ولكنني لست أحب أن أحمل عليه في العتق حداً ، قال عيسى : تعتق عليه الساعة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة بينة كُلُّها ، إذ لا فرق في المعنى بين أن يدبرها العبد بإذن سيده أو ينتزعها منه السيد فيعتقها إلى موت العبد فهي معتقة إلى أجل ، وإن وطئها العبد فحملت منه كان ولدها منه بمنزلتها في أنه يعتق بعتقها ، ويعذر بالجهل في وطئها فيلحق به ولده منها ، وإن وطئها السيد لحق به ولدُها أيضاً لأن له شبهة في وطئها ، إذ هي معتقة إلى أجل ، وإذا ألحَّقَ بِه ولدُها منها كان لها حكم أم الولد في وجوب العتق لها بمorte ، فوجب أن تعتق إلى أولهما موتاً ، هو أو العبد كما قال ، ولم ير ابن القاسم أن يعجل لها العتق وإن كان لا يجوز له وطئها لأنَّ له أن يستمتع من خدمتها طول حياته بما يستمتع به السيد من خدمة أم ولده في الشيء اليسير الذي يشبهها ، ولم يُرَاع عيسى ذلك الاستمتاع الذي له من خدمتها ليسارته ، فرأى أن يعجل عليه عتقها ، والظالم قد يحملُ عليه بعضُ الحمل .

مسألة

قال : وسائله عن المذبّر يقتلُ سيده قال : إن كان قتله خطأ عتق في ماله ولم يعتق في ديته ، وكانت الدية عليه ديناً وليس على العاقلة منها شيء لأنَّه صنع وهو مملوک ، وإن كان قتله عمداً قُتلَ به ، فإن استحياه الورثة بطل تدبیره وكان عبداً لهم مملوكاً .

قال محمد بن رشد : قوله إن كان قتله خطأ تكون الدية عليه ديناً صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها ، قال أصبح في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات : وهذا إذا حمله الثالث وإن لم يخرج من الثالث عتق

منه ما حمل الثالث وكان عليه من الديمة بقدر ما عتق منه ، يؤخذ من ماله إن كان له مال أو يتبع به ديناً إن لم يكن له مال ، ولا يدخل فيما يؤخذ منه الديمة ولا يعتق فيها منه شيء ، قوله صحيح تذليل لقول ابن القاسم وزيادة عليه .

وقوله إنه يبطل تدبيره إن كان قتله عمداً هو على قياس ما أجمعوا عليه من أنَّ القاتل عمداً لا ميراث له ممن قتله ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسألتُ ابن القاسم عن مدبرة جرحت رجلاً وهي حامل ، فلما وضعتَ أسلَمَها سيدُها إلى المجروح .

فقال : سيدُها فيها بال الخيار إن شاءَ أسلَمَها بغير ولد تختَدمُ بديمة الجرح أسلَمَها ، وإن شاءَ افتداها بديمة الجرح ، فإنَّ أسلَمَها أخدِمت أو أجزَرت ، فإنَّ استوفى المجروح من خدمتها أو إجارتها دية الجرح رجعت إلى سيدُها على ما كانت عليه من التدبير ، وإنَّ لم يستوف المجروح دية جرحه حتى توفي سيدُها عتقَتْ هي وولدها إن خرجوا من الثالث ، واتبعها المجروح بقيته دية جرحه ديناً عليها ، وإنَّ لم تخرج هي وولدها من الثالث ولم يدع سيدُها ديناً عتقَ منها ومن ولدها ما خرج من الثالث ، ورق ما بقي فيما عتقَ منها كان عليها من بقية دية الجرح بحسبه إن عتقَ نصفُها كان عليه نصفُ بقيته دية المجروح ، ويخير الورثة فيما رق منها إن كان نصفها أو ثلثها في أن يُسلمه إلى المجروح مما يصيبه من بقية دية جرحه أو يفتكون به ، وإنَّ كان الميت ترك ديناً بيعَ منها ومن ولدها مقدار الدين وبيعَ منها أيضاً بقدر دية الجرح ، ثم يدفع إلى أهل الدين دينهم ، وإلى المجروح بقية دية جرحه وعтикَ منها ومن ولدها ثلث ما بقي فيها من

الرق ومن ولدها ، وكان لولدها في هذا الموضع من العتق أكثر مما لها ، وذلك أنه دخلها الرق بما أصابها من الدين وأصاب غيرها من ولدها ، ودخلها بالجنائية التي جنت دون ولدها فصارت بذلك أكثر رقاً وأقل عتقاً وبما رقت الأم وعتق من الولد بعضهم ، وذلك إذا أحاطَ الدين بما ينوبها من دين سيدها ودية الجنائية بقيمة رقبتها .

وتفسير ذلك أنه يباع بالدين منها ومن ولدها ثلث كل واحد منهم أو رُبُعه أو سدسه قدر ما يكون الدين ، ثم يعتق ثلث ما بقي من رقبة كل واحد من ولدها ، ثم ينظر إليها فيباع منه للجنائية بعد الدين ، فإن أحاطت الجنائية بعد الدين بجميع رقبتها لم يكن لها عتق ، ورقت كلها إذا كانت قيمتها كفاف ما حمل عليها من دين سيدها ومن الجنائية ، وإن كانت الجنائية تحيط بجميع رقبتها سوى الدين كانت الجنائية أولى برقبتها من الدين ، ورجع الغراماء فيُقصوا جميع حقهم من ولدها ، ويتعتقُّ منهم ثلث ما بقي من رقبة كل واحد بعد الدين ورَقَّت الأمة كلها ، وقيل لورثة الميت إن شئتم فافتوكوها بالجنائية وتكون لكم مملوكةً ليس فيها عتق ، وإن شئتم فأسلموها ، فإن أسلموها كانت رقيقةً للمجنى عليه يبيع ويهب ويصنع ما شاء .

وإن كانت الجنائية وما حُمِّلَ عليها من دين سيدها أقل من قيمتها عتق منها ثلث ما بقي بعد الجنائية وبعد دين سيدها ، وعتق من ولدها ثلث ما بقي بعد الدين ، فكان الولدُ ها هنا أكثر عتقاً من أمهم ، وإن كان الدين يحيط بجميع ولدها وزيادة ، والجنائية تحيط بها فالمحجني عليه أولى برقبتها إلا أن يزيد أهل الدين على الجنائية فيكونون أحق بها ويقصاصون الغريم بالزيادة التي زادوها على

الجناية ، وإن أبوا و قالوا نحن نأخذها بديمة الجناية لم يكن ذلك لهم أبداً حتى يزيدوا .

قلت : أفتكون الزيادة ها هنا درهماً أو ديناراً ؟ وكم الزيادة التي إذا زادوها الغرماء كانوا أولى بها ؟ وما قدرها ؟ وكيف إن أخذوها بزيادة فباعوها بفضل على ما أخذوها به هل يقضي لصاحب الدين بذلك الفضل ؟ وإن ماتت أو نقصت ممن تكون مصيبيتها ؟

قال ابن القاسم : إنما يقضي له بالزيادة الأولى ، وأما ما باعوها به بعد ذلك فإنما الزيادة لهم خالصة والنقضان عليهم ، وإن ماتت كانت منهم ، وإن باعوها بأكثر مما أخذوها به من المجروح كانت الزيادة لهم ، قال : ولا يقبل منهم في الزيادة إلا ما يُرى أنه زيادة ، وأما الدرهم والدرهمان والفلوس فإن ذلك ليس بزيادة ، قال : فإنما يباع أبداً أولاً للمجروح ثم الدين ، الجرح أبداً مبدأ على الدين ، وقال سحنون مثله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة على أصل قوله في المدونة إلا أنها مخالفة لما في المدونة في موضع واحد ، وهو إذا كان ما يقع عليها من الدين مع الجناية التي عليها يُفترق رقتها .

فقوله في هذه الرواية إنه يباع منها بما يقع عليها من الدين ويباع منها بالجناية التي عليها وإن اغترق ذلك جميع رقتها ولم يفضل منها شيء ، هو خلاف قوله في المدونة ، لأن من قوله فيها إذا كان ما على الميت من الدين وما على المدبر من الجناية يفترق رقتها ولا يفضل منها شيء كان أهل الجناية أحق بالرقبة إلا أن يزيد أهل الدين على أُرْشِ الجنائية زيادة يحظونها على الميت من دينهم ، وإنما يُباع على مذهبه في المدونة من المدبر للدين وللجنائية إذا كان يفضل بعد ذلك من رقتها فضل يعتق منه ثلثة ، وأما إذا لم يفضل عن رقتها

فضل فأهل الجنائية أحقُّ عنده بالرقبة إلا أن يزيد الغرماء على أرش الجنائية زيادة يحطونها عن الميت من دينهم فلا اختلاف إذا لم تف الرقبة بالدين والجنائية أنَّ أهل الجنائية أحق بالرقبة إلا أن يزيد أهل الدين زيادة يعطونها من دين الميت .

ولا اختلاف أيضاً في أنه إذا كان في رقبة المذير فضلُّ عن الدين وعن الجنائية يباع منه للدين وللجنائية ويعتق ثلث ما بقي .

واختلف إذا كانت الرقبة كفاف الدين والجنائية لا فضل فيها عنهما ولا نقصان منهما ، فقال في هذه الرواية إنها تباع للدين وللجنائية وقال في المدونة إن أهل الجنائية أولى وذهب سحنون إلى تفسير قوله في المدونة بما في هذه الرواية فقال فيها : ومعنى قوله أولى أن الدين لما رد العتق كانت الجنائية مقدمة على الدين فيبيع منه للجنائية ثم بيع منه للدين ، وليس قوله ب صحيح ، لأنَّه قد نص في المدونة على أنه إنما يباع منه للدين وللجنائية إذا كان فيه فضل عنهما جمِيعاً فعتق ثلثه .

والأصل في هذه المسألة أن جنائية المذير لا تبطل تدبيره ، والدين يبطل تدبيره ، وإذا بطل تدبيره بالدين كانت الجنائية أحق برقبته من الدين ، لأن الجنائية في رقبته ، والدين في ذمة الميت ، فإذا مات السيد ولا دين عليه وقد جنى مدبره جنائية تغترق قيمة رقبته أو لا تغترقها فالواجب أن يعتق إن حمله الثلث ، وتكون جنائية في ذمته يتبع بها ، وإن لم يحمله الثلث عتق منه ما حمل الثلث وفضلت جنائيته على ما عتق منه وعلى ما رق منه للورثة ، فما ناب ما عتق منها اتبع به ديناً ، وما ناب ما رق منه كان الورثة فيه بال الخيار بين أن يُسلمه أو يفتکوه .

وإذا مات السيد وعليه دين يغترق المذير بيع في الدين ويبطل تدبيره .

وإذا اجتمع الجنائية والدين فلا تخلو من أن تكون الجنائية والدين أقل من

قيمة الرقبة أو أكثر منها أو مثلاها، فإن كانا جمِيعاً أقل منها بيع منها للدين وأعتقد ثلث ما بقي ، ولا اختلاف في هذا الوجه على ما ذكرناه ، وإن كانا جمِيعاً أكثر منها مثل أن يكون قيمته أربعين وقد جنى جنائية قيمتها عشرون وعلى السيد دين أربعون أو ثلاثون فأهل الجنائية أحق به ، لأنها في رقبته يأخذوه بجناياتهم إلا أن يقول أهل الدين نحن نأخذه بأكثر من قيمة الجنائية فيؤدوا إلى أهل الجنائية جنایتهم ويسقط الزائد على الجنائية من ديننا عن الميت ، مثل أن يقولوا نحن نأخذه بثلاثين ، فيؤدي إلى أهل الجنائية عشرين جميع جنایتهم ، وتنقطع العشرة من ديننا الذي لنا قبل الميت ، فيكون ذلك لهم ، إذ لا حجة لأهل الجنائية إذا أعطوا جميع جنایتهم ، ولا اختلاف في هذا أيضاً على ما ذكرناه .

وأما إن كانت الجنائية والدين يحيطان بقيمة الرقبة بلا زيادة ولا نقصان ، مثل أن يكون على الميت دين عشرون ، والجنائية عشرون ، وقيمة المدبر أربعون ، فهذا هو موضع الخلاف على ما ذكرته ، قيل إنه يباع بأربعين فيأخذ أهل الدين دينهم ، وأهل الجنائية جنایتهم وهو قوله في هذه الرواية ، وقيل إن أهل الجنائية أحق بالعبد إلا أن يقول أهل الدين نحن نأخذه بزيادة على قيمة الجنائية لنقطع من ديننا ، مثل أن يقولوا نحن نأخذه بثلاثين فيؤدي إلى أهل الجنائية أرض جنایتهم عشرين ، ويبقى لنا على الميت عشرة دنانير ، وهذا قوله في المدونة ، وبالله التوفيق لا شريك له .

ومن كتاب العَرَيَة

وسائل عن رجل دبر نصف عبده وكاتب نصفه ، ثم عُلِمَ به قبلَ
الموت أو بعده .

قال إن علم به قبل الموت كان مدبراً كله ، وإن لم يعلم به

حتى مات عتق نصفه في ثلث الميت ، ومضي على الكتابة في نصفه .

قال محمد بن رشد : قوله إن علِمَ به قبل الموت كان مدبراً كله صحيح بين ، لأن من دبر نصف عبد له أو أعتقه إلى أجل دبر عليه جميعه إن كان دبر نصفه ، أو أعتق عليه جميعه إلى الأجل إن كان أعتق نصفه إلى أجل قياساً على ما أجمعوا عليه فيمن أعتق نصف عبد له أنه يعتق عليه جميعه ، لأن التدبير والعتق إلى أجل من عقود الحرية الالزمة ، ولأن من كاتب نصف عبده تفسخ كتابته ولا تجوز .

وإنما قال إنه إنْ لم يعلم به حتى مات أنه يعتق نصفه في ثلث الميت ويمضي على الكتابة في نصفه لأنه إذا أعتق نصفه صحت الكتابة في النصف الآخر ، لأن الكتابة في نصف العبد جائزة إذا كان نصفه الآخر حراً ، وإنما لا تجوز الكتابة في نصفه إذا كان الباقى منه رقيقاً للذى كاتبه أو لغيره ، فهذا إذا حمل الثلث نصف العبد ، وأما إذا لم يحمله الثلث فتفسخ الكتابة في النصف الآخر من أجل حق الورثة فيما لم يحمله الثلث من النصف المدبر إلا أن يشاء الورثة أن يكتابوه ما لم يحمله الثلث من نصف المدبر بمثل كتابة النصف الآخر أو أقل أو أكثر ، فيجوز ذلك باتفاق ، لأنهم إذا أمضوا كتابة الميت في نصفه وكاتبوا هم ما رَقَ لهم ، فكأنهم قد كاتبوا الجميع .

ولا يدخل في هذه المسألة الاختلاف الواقع في المدونة في العبد بين الشركيين يكتب أحد الشركيين حظه منه بغير إذن شريكه ، ثم يكتب الشريك بعد ذلك حظه منه بمثل كتابة الأول أو بأقل أو بأكثر ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أسلم وله بنون

قال : وقال مالك : إذا دبر الرجل في صحته ثم مرض فبتل

عتق عبد آخر في مرضه وأوصى بعتق آخر بعد الموت وتزوج في مرضه ودخل بها وأوصى بالزكاة فقال : تعطي المرأة صداق مثلها من الثلث ، ثم يعتق المدبر الذي كان في الصحة ، ثم الزكاة ، ثم المبتول والمدبر في المرض ، فإن بقي من الثلث شيء عتق فيه الموصى له بالعتق بعد الموت ، قال : ولو اختلف المدبر والمبتول فكان أحدهما قبل صاحبه بدأ بالذي كان قبل بعد أن يخرج المدبر في الصحة والزكاة ، ثم إن بقي بعد ذلك شيء عتق فيه الموصى له بالعتق بعد الموت ، وقال في المدبر في الصحة هو مبدأ على الزكاة وعلى جميع العتق الذي يكون في المرض إلا أن يكون معه مدبرون ذبرهم في صحته فإنه يبدأ الأول فالأخير .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله تعطي المرأة صداق مثلها من الثلث أنه إن كان أصدقها أكثر من صداق مثلها بطل الزائد على صداق مثلها ، وهو ظاهر ما في كتاب اليمان بالطلاق من المدونة ، وقيل إنه يحاصص به أهل الوصايا ولا يبدأ ، وهو قول أصبح وروي ذلك عن ابن القاسم ، وقيل إنه يبدأ وهو قول مالك في رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب الوصايا ، وروي مثله عنه ابن نافع وعلي بن زياد وابن عبد الحكم ، وهو قول ابن الماجشون واختيار سحنون .

وفي قوله إنه يعتق المدبر الذي كان في الصحة بعد ذلك اختلاف ، قيل إنه يبدأ المدبر في الصحة على صداق المريض وهو قول ابن القاسم في العشرة ، وقد روى عنه أنهما يتحاصلان .

فالثلاثة الأقوال كلها لابن القاسم ، ولكل قول منها وجه ، فوجه قوله في هذه الرواية إنه يبدأ صداق المريض على المدبر في الصحة هو أن صداق المريض حق للزوجة في استمتاعه بها يقضي لها به عليه شاء أو أبى ، سمي

لها صداقاً أو لم يسمه ، فهو أوجب من التدبير الذي أوجبه على نفسه باختياره لا عوضاً عن شيء ، ووجه القول بأنه يبدأ المذير في الصحة على صداق المريض هو أن التدبير عقد من عقود الحرية ، فوجب أن يبدأ العتق اتباعاً لما روى من أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمراً أن يبدأ العتق على الوصايا ، فعم ولم يخص ، ومن طريق المعنى أن المذير في الصحة لما كان هو المتقدم اتّهم المريض على القصد لإبطاله ، وليس لمن دبر عبداً في صحته أن يدخل عليه ما يرد تدبيره ، ألا ترى أنه إذا دبر عبداً بعد عبد يبدأ الأول على الثاني ، ووجه القول بأنهما يتحاصان أنه لما كان لهذا مزية من وجه ، ولهذا مزية من وجه آخر ، استويا في التأكيد ، فوجب أن يتحاصا .

وإنما قال : ثم الزكاة ثم المبتول والمذير في المرض وإن بقي من الثالث شيء عتق فيه الموصى له بالعتق بعد الموت ، لأنه إنما تكلم عن ما سأله عنه ، لأن هذا هو عنده حكم ترتيب الوصايا في التبديلة ، لأن من مذهبه أن عتق الظهار وقتل النفس يُبدآن بعد الزكاة ، ثم بعد ذلك كفارة اليمين ، ثم كفارة الفطر في رمضان متعمداً ، ثم كفارة التfirيط ، وهذا دليل ما في كتاب الصيام من المدونة ، وقد قيل إن الطعام لقضاء رمضان يبدأ على كفارة اليمين عند ابن القاسم . والأول أظهر ، ثم النذر قاله ابن أبي زيد ، يريد في الصحة ، ثم بعد ذلك العتق المبتل في المرض ، والمذير في المرض ، ثم بعد هذا كله الموصى بعنته ، والذي أوصى أن يشتري بعينه فيعتق ، وجعل ابن الماجشون العتق المبتل في المرض بعد صداق المريض وبعد المذير في الصحة فبدأهما جميعاً على الزكاة التي فرط فيها وأوصى بها ، وهو أظهر من قول ابن القاسم ، لأنه يتهم على إبطال ما دبر أو أعتق في مرضه بما أوصى به من أنه فرط فيه من زكاة ماله ، وتبدأ زكاة المال والحرث والماشية على زكاة الفطر ، واختلف في عتق الظهار وقتل النفس إذا اجتمعوا في الوصية بهما حسبما مضى القول فيه في رسم الشمرة من سماع عيسى من كتاب الظهار .

وأختلف أيضاً في المدبر في المرض والمبتول فيه أيضاً على ثلاثة أقوال : أحدها : أنهما يتحاصان ولا يبدأ أحدهما على الآخر ، وهو قوله في هذه الرواية . والقول الثاني : أنه يبدأ المبتل في المرض . والثالث : أنه يبدأ المدبر فيه ، ولكل قول منها وجه فوجه القول بأنهما يتحاصان استواً هما في وجوب كونهما من الثالث ، ووجه تبديلاً المبتل المزية التي له في أنه لو صلح لكان حراً من رأس ماله ، ووجه تبديلاً المدبر على المبتل أنه فعل في التدبير في المرض ما يجوز له ، وفي التبديل فيه ما لا يجوز له ، لأنه أراد أن يعتقه في مرضه من رأس ماله ، وذلك ما لا يجوز له ، ولو علِمَ أنه يعتق من ثلث ماله لم يرض بذلك ولهذه العلة قال من قال من أهل العلم انه لا يكون في الثالث إلا ما أريد به الثالث ، وهذا القول أظهر الأقوال وأولاها بالصواب .

وأختلف أيضاً في الموصي بعتقه بعينه والموصي أن يشتري فيعتق ، فقيل إنهما يتحاصان ، وقيل يبدأ الذي في ملكه على الذي أوصى أن يشتري فيعتق ، ثم بعد الموصي بعتقه بعينه الموصى بعتقه على مال إذا عجل المال ، والموصى بكتابته إذا عجل الكتابة ، والموصى بعتقه إلى أجل قرب الشهر ونحوه لا يبدأ أحداً منهما على صاحبه ، وقد قيل إنه لا يبدأ أحداً منهم على الموصي بعتقه على غير مال ، ثم بعد ذلك الموصي بعتقه إلى سنة ، ثم بعد ذلك الموصي بعتقه إلى سنتين ، والموصى بكتابته إذا لم يعجل الكتابة ، والموصى بعتقه على مال إذا لم يعجل المال ، وقد قيل إن الموصى بعتقه إلى سنة كالموصى بعتقه إلى سنتين على ما سيأتي القول فيه في سماع أصبح من كتاب الخدمة ، ثم بعد ذلك كله الوصية بالمال وبالعتق بقي عينه^(٢) وبالحج حج الفريضة وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال فقيل إنها كلها سواء في التحاصن ، وقيل إنه يبدأ العتق ويتحاصن المال مع الحج ، وقيل إنه يبدأ الحج

(٢) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ .

ويتحاصل المال مع العتق ، وقيل إنه يبدأ العتق على الحج ويتحاصل مع المال ووجه هذا القول أن العتق عنده أكدتها كلها ثم يليه المال ثم يليه الحج فيتحاصل المال مع الحج ومع العتق لقربه من كل واحد منها ويبدأ العتق على الحج بعد ما بينهما .

وأما حجة التطوع فلم يختلف قول ابن القاسم في أن العتق مبدأ عليه ، واختلف قوله هل يبدأ العتق عليه أو يتحاصلان ، وقال ابن وهب يبدأ الحج على العتق ولم يفرق بين **الضرورة** وغيره .

والصحيح على مذهب مالك أن الوصية بالعتق بغير عينه وبالمال ييديان على الوصية بحججة الإسلام ، لأنه لا يرى أن يحج أحد عن أحد فلا مزية في ذلك عنده على أصل قوله ، وقد حكى ابن زرب أن الشيوخ أجمعوا على أن الوصية بالحج تبدأ على كل شيء المدبر وغيره ، وكان أبو عمر الإشبيلي يرى تبديه ما أوصى به في فك أسير على جميع الوصايا المدبر في الصحة وغيره ، ويحتاج لذلك برواية أشهب عن مالك في كتاب الجهاد ، وحكي عبد الوهاب في المدونة أن الوصية بالعتق المعين تبدأ على الزكاة وهو بعيد في القياس . [ووجهه اتباع ظاهر المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر أن تبدأ العتقة على الوصايا] ^(٣) فعم ولم يخص وبالله التوفيق .

ومن كتاب التمرة

قال عيسى حدثني عبد الله بن وهب عن ربيعة والليث ويحيى بن سعيد أنهم كانوا يقولون إذا مات الرجل ولو مدبر فإنه يجمع المدبر ومآلته إلى مال الميت **فَيُنْظَرُ** ، فإن كان ثلث جميع ذلك

(٣) ما كتب بين معقوفتين زيادة من نسخة ق ٣ .

المدبرٌ وماليه عتق ، وكان له ماله ، وان كان الثالث أقلًّ وهو يحمل رقبة المدبر وبعض ماليه عتق ، وكان له الذي حمل من ماليه مع رقبته ، وإن كان ليس له مال غير المدبر وماليه فإنه إن كان قيمة المدبر مائة دينار وله ثمانمائة دينار عتق المدبر ، وكان له من ماليه مائة دينار ، فهكذا يُعمل في المدبر أبداً يُضم ماله إلى مال الميت إن كان ترك شيئاً ، وإلاً فاصنع فيه مثل ما وصفت لك إن لم يترك إلا المدبر وماليه ، قال وكذلك الذي يوصي بعتق عبد له عند الموت وللعبد مالٌ يُصنع به مثل ما يصنع في المدبر ، وهذا رأي ابن وهب وبه يأخذ وكان له ماليه وإن لم يحمله الثالث ، وقال ابن القاسم عن مالك في غير هذا الكتاب في المدبر إن حمله الثالث بماله عتق بماله ، وإن لم يحمله الثالث بماله عتق منه بماله ما يحمل الثالث وأقر ماله في يديه .

قال محمد بن رشد : مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن المدبر يَقُومُ في ثلث الميت بماله ، فإن حمله الثالث بماله عتق وكان ماليه له ، وإن لم يحمله الثالث بماله عتق منه ما حمل الثالث وأقر ماله في يديه هو القياس ، لأن مال المدبر له ماله يتوزعه في صحته قبل أن يموت ، فوجب أن يَقُوم به في ثلث مال الميت ، لأنه إذا لم يَقُوم به في ثلاثة وأضيق إلى مال الميت وأعتقد دونه فقد حصل ماله للورثة من غير أن يستثنى السيد ، وقد قيل إن استثناءه إِيَّاه لا يجوز ، فكيف إذا لم يستثنه ؟ فقول ابن وهب وروايته عن ربيعة والليث ويحيى بن سعيد في تفرقتهم بين أن يحمله الثالث بماله ولا يحمله به استحسان واحتياط للعتق ، لأنهم رأوا عتق جميعه دون مال أولى من عتق بعضه وابقاء ماليه بيده وبالله التوفيق .

ومن كتاب جاع فباع امرأته

وسأله عن الرجل يموت عن مدبر وله دين على أقوام إلى أجل بعيد إلى عشر سنين ونحوها هل يوقف المدبر أبداً حتى يحل أجل الدين؟ قال: لا يوقف ولكن يباع ذلك الدين بعرض نقداً إن كان عيناً أو بعين إن كان عرضاً ثم يعتق المدبر في ثلثه أو ما حمل الثالث منه.

قلت: فإن كان الذي عليه الدين غائباً غيبة طويلة مثل مصر من الأندلس؟ قال: يكتب فيه ويختلف عليه، ويوقف المدبر حتى ينظر فيه فإما تقوضي إن كان حالاً وإما بيع هنالك إن كان إلى أجل بعيد، يباع ممّن هو معه في البلد بحضوره إذا أقر بذلك.

قلت له فإن آيس من الدين لغريم عديم هو عليه أو غيبته بعيدة لا ترجى؟ قال: يعتق من المدبر ما حمل ثلث مال الميت مما يحضر ويرق بقيته.

قلت: فإن أيسَ بعد ذلك الغريم المفلس الذي آيس منه أو قدم الغائب الذي آيس منه فتقوضي منها جميعاً؟ . قال: إن كان المدبر في أيدي الورثة عتق في ثلث ما تقوضي من الدين ما حمل ثلثه ، وإن كان قد خرج المدبر من أيديهم ببيع أو هبة أو صدقة أو وجه من الوجوه كان ما تقوضي من الدين لورثة الميت ولم يكن للمدبر فيه قليل ولا كثير ، قال عيسى : يعتق ذلك منه حيث كان ، ولا يكون للمشتري أن يرد ما بقي في يديه .

قال محمد بن رشد : قال في هذه الرواية في الدين المؤجل إلى

عشر سنين ونحوها : إن المدبر لا يوقف إلى ذلك الأجل ، ولكن بياع الدين يعرض نقداً إن كان عيناً ، أو بعين إن كان عرضاً ثم يعتق المدبر في ثلاثة أو ما حمل الثالث منه ، وفي العشرة عن يحيى عن ابن القاسم أنه إن كانت الديون بعيدة الأجال والمآل الغائب في بلاد بعيدة لا يصل إلا بعد طول زمان فإنه يعتق منه ثلث ما حصل ، فإذا جاء المال الغائب أو حل أجل المؤجل فاقتضي اعتقاد منه مبلغ ثلث جميع ذلك ، وهو معنى ما في المدونة ، لأنه قال فيها إنه إن دعى العبد الموصي بعتقه إلى أن يعتق منه مبلغ ثلث المال الحاضر ويوقف ما بقي منه إلى أن يحل أجل المال لم يكن ذلك إلا أن يكون فيه ضرر على الموصي والموصى له ، فقيل إن هذا اختلاف من قول ابن القاسم في الدين المؤجل هل بياع ويعجل عتق المدبر والموصى له بالعتق فيه أم يعتق منها ما حمل ثلث المال الحاضر منها ويوقف الباقي إلى أن يحل أجل الدين فيتقاص ويعتق فيه بقيمتهم .

والصواب أن لا يحمل ذلك على أنه اختلاف من قوله ، وإنما المعنى في ذلك أنه رأى أن بياع الدين إذا تفاحش بعد أجله العشرة الأعوام ونحوها على ما قاله في هذه الرواية ، وإذا لم يتفاحش بعد فمذهبه في المدونة أنه يوقف العبد حتى يحل الأجل ، وإن دعى العبد إلى أن يعتق منه ثلاثة أو ما حمل منه ثلث المال الحاضر ويوقف باقيه إلى أن يحل أجل الدين المؤجل لم يكن ذلك له إلا برضى الورثة ، لأن الميت يكون إذا فعل ذلك قد أخذ أكثر من ثلث المال الحاضر ، لأنه يعتق ثلاثة فيه ويوقف باقيه ، وأشهد يرى من حق العبد دعاء إليه من ذلك ، خلاف ما في المدونة من أن ذلك لا يكون له إلا أن يكون في توقيفه ضرر عليه وعلى الورثة لما يخشى من تلف المال الحاضر إذا وُقف حتى يحل الأجل ويأتي المال الغائب ، والمدبر الواحد والجماعة منهم في ذلك سواء ، ويفترق الواحد من الجماعة في الموصى بعتقهم ، فلا يجوز في الجماعة منهم أن يعتق منهم ما حمل ثلث المال الحاضر ، ويوقف باقيهم إلى

أن يأتي المال الغائب أو يحل أجله وإن رضي الورثة بذلك من أجل الغرر في تكرير القرعة فيهم مرة بعد أخرى .

وقوله في الرواية إنه إن آيس من الدين بعْد الغريم أو بعْد الغيبة فيعتق من المدبر ما حمل منه ثلث المال الحاضر ثم أَيْسَرَ الغريم وقدم الغائب انه لا يعتق ما بقي من المدبر في ثلث ما تُقْوِيَ من المال إِلَّا أن يكون في أيدي الورثة لم يخرج عنهم بيع ولا هبة ولا صدقة ، وهو خلاف المشهور في المذهب المعلوم من قول مالك وأصحابه في كل ديوان ، فقول عيسى بن دينار هو المعروف في المذهب الصحيح في النظر ، لأن حق المدبر في عتق ما يبقي منه لا يسقط ببيع الورثة إِيَاه ، ولا بما سوى ذلك من هبة أو صدقة ، وإنما قال عيسى بن دينار إِنَّه لا يكون للمشتري أَنْ يرد ما بقي منه إِنْ كان لم يعتق جميع ما اشتراه من أجل أنه إنما دخل فيما اشتري منه على ضرر العتق إِلَّا أن يعتق جل ما اشتراه منه ، فيكون له حينئذ أَنْ يرد الباقِي منه ، ولو كان على الميت دين فَبِيَعَ المدبر فيه ثم طرأ له مال عتق في ثلاثة شيء منه ، وإن قل لكان للمشتري أَنْ يرد باقيه لضرر العتق فيما اشتراه ، ولو كان المشتري قد أعتقه ثم طرأ للميته مال يحمله ثلاثة لنقض عتق المشتري فيه ، ورجع بالثمن الذي أَدَى فيه واعتق في ثلث ما طرأ ولو لم يحمل ثلث ما طرأ من المال جميعه لعтик منه ما حمل الثالث ، وكان للمشتري أن يُرجع من الثمن بقدر ما عتق منه عن الميت في ثلث المال الطارئ ، ويرجع بقيمة عيب العتق في باقيه ، إِذْ قد فات عنده بالعтик ، ولا يقدر على رد .

ووجه العمل في ذلك أَنْ يقال : كم قيمته على أَنَّه رقيق لم يعتق منه شيء ؟ فإن قيل مائة ، قيل كم قيمته ما لم يعتق منه عن الميت على أَنَّ ما اعْتُقَ منه عن الميت حر ، فإن قيل ستون وكان قد أعتق منه عن الميت الثالث علم أَنَّ قيمة جميعه بعيب العتق فيه تسعون ، فَبَيْنَ القيمتين عشرة ، وهي من المائة عُشْرُها ، فيفاض عُشْرُ الثمن ، وهو قيمة عيب العتق على ما اعْتُقَ منه عن

الميت وعلى ما اعتقد منه على المشتري ، فما ناب من ذلك ما أعتقد منه عليه رجع بذلك على الورثة ، ولا يرجع بما ناب من ذلك ما اعتقد منه عن الميت ، لأنَّه قد أخذ ثمن ذلك ، وكذلك لو باعه السيدُ في صحته ثم مات فأعتقده المبائع بعد موته وفي ثلث البائع له مجملًا له أو لبعضه ، الحكمُ في ذلك سواء ، بخلاف عتق المشتري إِيَّاه في حياة البائع هذا يمضي عتقه ، وإن لم يعثر على ذلك إِلَّا بعد موته ، لأنَّه لو عثر على ذلك في حياته لم يُرَد عتقه على أحدٍ قوله مالك ، وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب المكاتب

قال يحيى : وسائلُ ابن القاسم عن الرجل يقول غلامي فلان حر متى ما مات ، لا يُعَيَّرُ عن حاله ، كان ذلك في صحةٍ أو في مرض ، ثم أرادَ الرجوع فيه وبيعه وقال إنما أردتُ فيه الوصية .

فقال لا أراه إِلَّا على حالِ التدبير لا يجوز لسيده أن يرجع فيه ، ولا سبيل إلى بيعه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأنَّه قد نص في قوله على حكم التدبير ، فلا يُصَدِّقُ في أنه أراد بذلك الوصية وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسائله هل يطأُ الرجلُ مدبرةً مدبره أو مُدَبَّرةً أمِ ولده أو المعتقد إلى أجل ؟ فقال : لا يحل له وظيفة واحدة منها .

قلت : وَلِمَ وإنما هُنَّ مدبرات ؟ قال : لأنهن يُعتقدنَّ بموت من

دبرهن وإن بقي السيد بعد ذلك فهن كالمعتقات إلى أجل ، قال : ولكن لو أنَّ رجلاً أذن لمدبره أو لأم ولده أن يُدبِّر أمّةً يكون عتقها بعد موت الذي دبرها وموت السيد حل له الوطء كما يحل له وطء مدبرته بعينها ، وذلك أنها لا تعتق إلا بعد موت السيد وموت الذي دبرها .

قلت : فهل يجوز لهؤلاء التدبير إلَّا بإذن السيد ؟ قال : لا .

قلت : فلمن لاؤُهن إِذَا أذن ؟ قال : للسيد .

قلت : فهل يجوز له أن يتزعزع منهن خدمتهن من أم الولد والمعتق إلى أجل والمدبرة ؟ قال : نعم يجوز ذلك .

قلت : فإنَّ دَبَرَ هَؤُلَاءِ بغير علم السيد ولا يعلم حتى مات وعتقوا ما حال مدبرهم ؟ قال : التدبير ثابت لهم ، وليس لواحد منهم دَبَرَ أن يرجع في ذلك بأن يقول لم يأذن لي سيدني ولو علم بما صنعت فسخه ، ولكن إن علم ففسخ كان مفسوخاً ومُنتَقِضاً ، ثم لا يلزمهم إمضاء التدبير بعد موت السيد .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحةٌ بينة لا أعرف نصَّ اختلافٍ في شيء منها ، وإنما قال إنه لا يجوز له أن يطأ مدبرة مُدَبِّرَه ولا مدبرة أم ولده ولا مدبرة معتقه إلى أجل آنَّهن معتقات إلى أجل من رأس المال على ما قاله في رسم استاذن من سماع عيسى ، إذ لا فرق في المعنى بين أن يأخذ لعبده أو لمدبره أو لأم ولده أو لمعتقه إلى أجل بتدبير جاريته أو يتزعزها منه فيعتقها إلى موته ، ولا فرق بين أنْ يأذن له في ذلك وبين أن يفعل ذلك فيجيشه .

وقوله إِنَّ ما دبر هَؤُلَاءِ بغير علم السيد ولا يعلم بذلك السيد حتى مات وعتقوا لازم لهم ، هو نصُّ قوله في كل موضع لا اختلاف فيه أحفظه إلَّا أن

يدخل فيه بالمعنى ، فقد قال بعض أصحاب مالك في فعل المرأة ذات الزوج إذا زادت على ثلثها فلم يعلم بذلك الزوج حتى مات عنها أو طلقها إن ذلك لا يلزمها على قياس القول بأن فعلها فيما زاد على ثلث مالها على الرد حتى يجيئه الزوج ، وإذا قبل ذلك في الزوج فأحرى أن يقال في السيد ، لأن تحجير السيد على عبده أقوى من تحجير الزوج على امرأته .

وأما إذا رد السيد فعل عبده فيما فعله من تدبير عبده أو كتابته أو عتقه ثم عتق وهو في يده فلا اختلاف في أنه لا يلزم شيء من ذلك ، ولا يدخل ذلك الاختلاف الذي في المرأة ذات الزوج تعنت عبدها ولا مال لها سواه في رد الزوج ثم يموت عنها أو يطلقها وهو بيدها ، لأن تحجير السيد على عبده أقوى من تحجير الزوج على امرأته فيما زاد على ثلث مالها ، وبالله التوفيق .

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : سُئلَ ابنُ القاسم عن المدبر يكون ثمنه مائة دينار [وللمدبر مائة دينار]^(٤) ويترك سيدُه مائة دينار فقال : قال مالك : يعتق من المدبر نصفه ويترك ماله بيده ، ويكون نصفه رقيقاً لورثة المدبر ، وذلك أنه لما كانت قيمته مائة دينار وفي يديه مائة دينار وترك سيدُه مائة دينار فجميع ما ترك الميت ثلاثة مائة دينار فعتق من العبد ثلث المائة وهو مائة دينار وهو نصف العبد بقيمة رقبته وماليه ، ولا يؤخذ ماله منه ، ويكون ما بقي من رقبته وما ترك سيدُه من ماليه لورثته ، وهذا قول مالك .

قال محمد بن رشد : هذا على ما تقدم من قول ابن القاسم وروايته

(٤) ما كتب بين معقوتين زيادة من نسخة ق ٣ .

عن مالك في رسم الشمرة من سماع عيسى في أنَّ المُدبر يُقَوْمُ في ثلث مال الميت بماله ، ويكون له ماله إن حمله الثلث ، وإن لم يحمله عتق منه بماله ما حمل منه الثلث ، وأقر ماله بيده ، خلاف قول ابن وهب هناك وروايته عن ربيعة والليث ويحيى بن سعيد أنه إن لم يحمله الثلث بما له أضيف ماله إلى مال السيد فقوم فيه ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك ، إلَّا أنَّ في قوله نظر ، لأنَّه قال إنَّ المُدبر إذا كانت قيمته مائة وله مائة ، ولسيده مائة ، فجميع مال السيد ثلاثة مائة ، قيمة المُدبر من ذلك بماله مائتان ، فعتق منه نصفه ويقر ماله بيده ، وليس ذلك ب صحيح ، لأنَّه إذا كانت قيمة المُدبر مائة ، وله مائة فقيمتها بماله لا شك أقلُّ من مائتين ، فإنَّما القياس أنَّ يقوم بماله ، ويضاف ذلك إلى مال السيد فيعتق ما حمل الثلث منه بماله ، إلَّا أنَّ يضاف ماله إلى قيمته فتجعل ثلث قيمته ، إذ لا شك في أنَّ ذلك يكون أكثر من قيمته بماله ، ومثل ما وقع في هذه الرواية حكى ابن حبيب في الواضحة ، وفيه هذا الاعتراض ، وبالله التوفيق .

من مسائل نوازل سُئل عنها سحنون

وسائل سحنون عن رجل دَبَرَ أَمَّةً له فولدت أَوْلَادًا في تدبيرها فأبقي الأولاد وما ت السيد فقام عليه الغرماء والذين يُحيط برقة الأمة ولا مال له غيرها : إنها تباع في قضاء دينهم ولا ينتظر بها الأولاد الذين أبقوها ، فإن انصرف الأولاد نظر إلى ولدِها وإليها ونظر إلى الدين ، فإن كان يُحيط بِأَثْلَاثِهِمْ وثلث الأم بيع من كل واحد ثلثه ، ويعتق ثلث ما بقي من الولد والأم ، ويقال لمشتري الأم : أنت بالخيار في الأم ، فإن أحبت فَرْدًا ، وإن أحببته أن تتمسك بما بقي من الأم رقيقاً فذلك لك ، والذي يصير في الأم من الرق سبعة أتساعها .

قال محمد بن رشد : ولد المدبرة مدبر بمترتها في مذهب مالك وجميع أصحابه ، لقول النبي عليه السلام : كُلُّ ذَاتِ رَحْمٍ فَرَلَدُهَا بِمَتْرِتَهَا ، وما روى عن زيد بن ثابت أنه أجاز بيع ولد المدبرة ، وقاله علي وعثمان وابن عمر وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز في عدّة من التابعين ، فالمعنى في هذه المسألة صحيح واللهفظ فاسد ، لأنّه قال إنه ينظر إلى الدين ، فإن كان يحيط بأثلاطهم وثلث الأم بيع من كل واحد ثلثه ، والأم قد يقدّم بيعها كلها في الدين بسبب إياق الأولاد قبل أن يرجعوا من إياقهم ، فكيف يُباع ثلثها إذا رجع الأولاد ولا يحتاج أيضاً إلى بيع ثلث الأولاد ، وإنما يحتاج أن يُباع منهم ما يُردّ إلى المشتري فيما يعتقد منها .

فإنما يكون صواب الكلام أن يقول : وجه العمل في ذلك اذا رجع الأولاد أن يُنظر إلى الدين فإن كان يحيط بأثلاطهم وثلث الأم تبين أنه قد كان يجب أن يُباع ثلث كل واحد منهم ويُعتقد ثلث ما بقي من كل واحد منهم وهو تسعاً ، فيُعتقد من كل واحد من الولد تسعاً ، ومن الأم التي بيعت تسعاً لها أيضاً ، ويرجع المشتري بتسعاً الثمن الذي أدى فيها على الورثة ، فيُباع له في ذلك مارق لهم من الأولاد ما يؤدي اليه ، وإن أراد الورثة أن يؤدوا الى المشتري تسعاً الثمن من أموالهم ويتمسكون بما رق لهم من الأولاد وهو سبعة أتساع كل واحدٍ منهم كان ذلك لهم ، ويبقى للمشتري في الأم سبعة أتساعها ! يكون بال الخيار كما قال بين أن يتمسك بذلك أو يرده للضرر الداخل عليه فيها باستحقاق جزء منها بالحرية .

وهذا الذي ذكرناه بين كله ، ونزيده بياناً بالتأنيتيل فنقول : مثال ذلك أن السيد توفي وعليه ثلاثة ديناراً دين ، وقيمة المدبرة ثلاثة ، وولدها الذين أبقوها إثنان قيمة كل واحد منها ثلاثة ثلاثة ، فقام الغرماء قبل رجوع الولد ببيعها لهم المدبرة بثلاثين وأخذوها في حقوقهم ، ثم رجع الإبنان فكشف

الغيب برجوعهما أن الواجب كان أن يباع من الأب^(٥) ومن كل واحد منها ثلاثة في الدين ، لأنهما مدبران بتديير أحهما ، وأن يعتق من كل واحد منهم ثلث الباقى وهو التسعان ، فيعتق من كل واحد من الولد تسعا ، ويعتق من أحهما المبيعة تسعاها أيضاً ، ويكون المشتري بالخيار بين أن يرد الباقى منها على الورثة ويرجع عليهم بجميع الثمن ، وبين أن يتمسك له بما بقي له منها رقيقاً ويرجع عليهم بتسعي الثمن لما أعتقد منها ، والورثة بالخيار فيما يرجع به المشتري عليهم يؤدّه ممّا شاءوا مما رق لهم من الولد ، وإن شاءوا من أموالهم .

ورجوع الأولاد في هذه المسألة من الإلماق بعد أن بيعت الأم في الدين كمال طرأ للميّت بعد بيعها ، فقول سحنون فيها خلاف ما تقدم من قول ابن القاسم في رسم جاع فباع امرأته مثل قول عيسى بن دينار فيه من رأيه وما عليه الجماعة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل سحنون عن الرجلين يكون بينهما العبد فيدبر أحدهما نصيبيه ولا مال له غيره .

قال : اختلف فيه أصحابنا من أهل الحجاز ، والذي أقول أنا به ، إنه إذا دبر نصيبيه وهو معسر أن تدبّره ليس بشيء ، إذا لم يرض شريكه ، ألا ترى أن المدبر لو قال أنا أقاويك ، فقال له : كيف تقاويم صاحبك وأنت لا مال لك ؟ فإن وقع عند صاحبك غرم اليك القيمة ، وإن وقع عندك في المقاواة لم يكن عندك ما تدفع اليه ، فكيف تقاويم وأنت لا مال لك ؟ وقد أدخلت عليه الضرر ، وتدبّرتك

(٥) كذا بالأصل ، والصواب أن يباع من الأم .

إياه عيب تدخله على صاحبك في عبده ، وليس هذا كالذى يعتق نصيه ولا مال له أنه يعتق عليه ما أعتق ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركاً له في عبد قوماً عليه قيمة العدل ، ثم قال عليه السلام « فإن لم يكن له مال فقد عتق منه ما أعتق ، فإنما جاء هذا في العتق ، والتدبير وليس بتصريح العتق وهو بياع في الدين ولا يعتق إلا في الثالث ، فلما أدخل على شريكه الضرر لشيء لم يتجل به للعبد عتقاً نفينا عن شريكه الضرر الذي أدخله عليه فخذ^(٦) هذا على هذا فإنه أحسن ما سمعت ورويت .

قيل له : فلو أنه أعتق نصيه إلى أجل ولا مال له غيره ؟
 فقال : له بيعه ولا ينحل عن العبد ما عقد له من العتق ، والمعتق إلى أجل ليس كالمنذر ، فإن شاء أن يشتريه شريكه كان ذلك له ، ولم يجز اشتراوه لغيره .

قال له : فإن اشتراه منه شريكه ما يكون حال هذا العبد ؟
 فقال : يكون معتقاً كله إلى الأجل الذي كان أعتق إليه نصفه قبل أن يشتريه .

قال محمد بن رشد : اختلف في العبد بين الشركين يدبر أحدهما حظه منه وهو معسر على أربعة أقوال أحدها : قول سخنون هذا ، وهو مذهب ابن الماجشون في ديوانه أن الشريك بال الخيار إن شاء أجاز له ما صنع ، وإن شاء فسخ تدبيره ، إذ لا يلزم مقاواته إياه من أجل أنه غريم^(٧) ولأن من حقه أن يلزم مقيمه فيتبعه بها ، والقول الثاني : أنه بال الخيار بين أن يُجيز له ما صنع

(٦) كذلك بالأصل ونسخة ق ٣ .

(٧) كذلك بالأصل ونسخة ق ٣ : غريم ، ولعل الصواب عديم .

ويتمسك بنصيبيه وإن شاء أن يتبعه بقيمة نصفه ، وإن شاء أن يُقاومه^(٨) إيه على أنه إن وقع عنده اتبّعه بما وقع به عليه ، وهو أحد قولي ابن القاسم في سماعه ، والقول الثالث أنه إن شاء تمسك بنصيبيه وأجاز له ما صنع ، وإن شاء قاواه إيه ، فإن وقع عند المدبر بيع منه بنصف ما وقع به عليه ، كان أقلً من نصيبيه منه أو أكثر ، وكان الباقى مدبراً ، وإن وقع عند الذي لم يدبّر كان ريقاً كله ، وهذا القول حكاه ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبح ، قال أصيبح في سماعه : وهذا هو القياس ، والاستحسان إن وقع على المدبر ألا يباع منه إلّا نصفه فأقل ، فإن لم يف نصفه بما وقع به عليه في المقاواة اتبّعه بالباقي ديناً ثابتًا في ذمته ، واستحسان أصيبح هذا هو القول الرابع وإذا كان له على مذهبهم أن يُقاوِيه إيه فإن وقع على المدبر بيع منه بما وقع به عليه كان أقلً من نصفه أو أكثر وما لم يكن أكثر من نصفه على ما استحسنه أصيبح فمن حقه إن شاء أن يترك المقاواة فيلزم نصف قيمته فيباع منه بهاما بيع منه أو ما لم يكن أكثر من نصفه على ما تقدم من استحسان أصيبح ، لأن وجه المقاومة في المدبر حيالما وقعت أن يقام قيمة عدل ، ثم يقال للذى لم يدبّر إما أن تسلم اليه حظك بنصف هذه القيمة ، وإما أن تزيد ، فإن أسلمه اليه لزمه ، وأن زاد قيل للذى دبر إما أن تسلم اليه حظك بما زاد وإما أن تزيد ، كذا أبداً حتى يقف على من وقف منها .

وأما إذا كان الذي دَبَرَ حظه منه ملياً ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقوم على المدبر فيكون مدبراً كله ، ولا يكون للذى لم يدبر أن يتمسك بنصيبيه ولا أن يقاويمه كالعتق سواء ، وهذا القول وقع لمالك في العتق الأول من المدونة ، والقول الثاني أنَّ الشريك بالخيار ، إن شاء أن يقومه عليه وإن شاء أن يُقاويم إياه ، وليس له أن يتمسك بنصيبيه ويحيز له ما صنع ، وهذا قول مالك في رواية مطرف وابن الماجشون عنه ، والقول الثالث أن الشريك بالخيار بينه أن

(٨) كذا وقع بالأصل وينسخة ق ٣ . ولعل الصواب أن يقاوِيه .

يتمسك بحظه أو يقومه عليه أو يقاويه إياه ، وهذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ، وأما قول سحنون في هذه الرواية في الذي أعتقد نصيبيه إلى أجل ولا مال له إنه ليس كالمندبر فهو صحيح ، لأن العتق إلى أجل عقد ثابت يجب به العتق للعبد عند الأجل على كل حال ، فلا يصح إبطاله بالمقاومة .

وأما قوله فإن شاء أن يشتريه شريكه كان ذلك له ولم يجز اشتراوه لغيره فلا يستقيم على حال ، إذ لا يلزم شريكه أن يبيعه منه إذا لم يكن له مال ، ولا يصح أن يمنع من بيعه من غيره إذا لم يجب أن يقوم عليه لعدمه ، وإنما لا يكون لشريكه أن يبيعه من غيره إذا أعتقد نصيبيه منه وهو مoser على القول بأنه بال الخيار بين أن يتمسك بحظه منه وبين أن يقومه عليه ، إذ قد قيل إنه يقومه عليه ويكون حراً إلى الأجل ، وقيل إنه لا يقوم عليه حتى يحل الأجل ، وقد يحتمل أن يكون أراد بقوله ولم يجز اشتراوه لغيره إذا أيسَرَ فيكون لذلك وجه ، لأنَّه يخرج على القول بأنه إذا أعتقد نصيبيه إلى أجل وهو مoser يكون الشريك مخيراً بين أن يتمسك بحظه أو يقوم عليه .

وأما قوله فإن شاء شريكه أن يشتريه كان ذلك له فلا وجه له بحال ، إذ لا يصح أن يكون المعتقد لحظه من العبد بالختار في شراء حظ شريكه في قول قائل وإنما الخلاف في هل يلزم تقويمه عليه ، أو يكون الشريك في ذلك بالختار ، وبالله التوفيق ..

مسألة

وسائل سحنون عن امرأة توفيت وتركت زوجها وأخاهما ومدبرتها ولا مال لها غير المدبرة ثم وتركت على زوجها مائة وخمسين ديناً ولا مال له وقيمة المدبر خمسون ديناً .

قال ، يعتقد من المدبرة ثلثها ويكون ثلثاهما رقيناً للأخ

والزوج ، فيكون ثلثها للزوج ، وثلثها للأخ ، ويكون ثلث الزوج كأنه مال طرأ ، فيصير ثلث الزوج للأخ والمذيرة ، فيعتق من المذيرة أيضاً نصفُ الثالث ، فيتم من المذيرة نصفها عتيقاً ، ويبقى نصفُ جميع رقبتها رقيقاً للأخ .

قيل فإن باع الأخ المذيرة ثم أفاد الزوج إلى زمانٍ بعد ذلك مالاً ترجع المذيرة على الزوج فيعتق منها ما بقي أم كيف يصنع ؟ قال : نعم يرجع عليه فيعتق منها بقدر ذلك .

قال وهكذا يرجع أبداً كلما أفاد حتى تستتم رقبتها ؟ قال :
نعم .

قال له : فإن لم يبين الذي باعها أن لها ديناً على الزوج إن أفاد يوماً مالاً ، هل يكون عبياً يردها به ؟ قال : لا .

قال فإن أفاد الزوج مالاً فرجعت الأمة على الزوج فيعتق منها بقدر ما قضى للزوج من الدين ، فقال المشتري أنا أرد لأن النصف الذي اشتريت قد فسد علي ؟ فقال : إذا كان الذي أعتق منها تافهاً يسيراً بعد ما اشتراها فليس له ردتها ، وإن كان كثيراً فله ذلك .

قال محمد بن رشد : قول سحنون في هذه المسألة إن الثالث الذي لا يعتق فيما طرأ للميت من مال إذا كان قد خرج من أيدي الورثة ببيع أو صدقة أو هبة^(٢٨) وأما قول سحنون إنه إن كان الذي أعتق مما اشتري من المذيرة يسيراً فلا رد له ، وإن كان كثيراً فله ذلك ، فهو صحيح ، لأنه إنما اشتري بعضها على أن باقيها حر ، فقد دخل على ضرر العتق ، فلا رد له فيما استحق بالعتق مما اشتري منها ، إلا أن يكون جل ما اشتري منها وهو الذي أراد بقوله : وإن كان كثيراً والله أعلم لأن العروض إذا استحق على المشتري منها بعضها فليس له

(٢٨) هنا سقط من الأصل ونسخة ق ٣ الخبر عن « قول سحنون » .

أن يرد ما بقي منها إلا أن يكون الذي استحق منها جُلُّها ، وقد تقدم هذا في رسم جاع من سماع عيسى وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجلٍ استأجر مدبراً سنةً لخدمة بتسعة دنانير ، ثم مات السيد وقد قبض التسعة فاستهلكها وليس له مالٌ غير المدبر ولم يستوف المُواجرُ من خدمة العبد شيئاً .

قال : تقسم التسعة على قيمة المدبر ، فإن كانت قيمته ثلاثة ديناراً فإن الثالث الذي كان يصير للعتق قد صار عليه من الدين ثلثة ، وذلك ثلاثة دنانير ، فيباع منه بثلاثة دنانير ، ويعتق منه بقية الثالث وهو سبعة دنانير ، فيكون ثلثا الخدمة للمستأجر ، وثلثها بين العبد وبين الذي اشتري منه بثلاثة دنانير ، فإذا تمت السنة رجع العبد إلى الورثة فقال لهم : أكملوا لي ثلث الميت لجمع ثلثيه وهو عشرون ديناراً ، وما صار إلى العبد وهو سبعة دنانير فجملة سبعة وعشرون ، فيعتق ذلك من ثلث الميت وهو تسعة دنانير ، فيزداد العبد دينارين فيكون للعبد في نفسه تسعة دنانير ، وللورثة ثمانية عشرة ديناراً فإن كانت الإيجارة مثل الرقبة سواء فأرى أن لا بياع منه شيء ، وأن تمضي الإيجارة كلها ، لأن الإيجارة محيطة برقبته ، فإذا انقضت السنة عتق ثلثه ورق ثلاثة .

قلت فلو كان على السيد دين لأجنيبي خمسة دنانير والمسألة على حالها وقد مات السيد ولا مال له ولم يستوف المُواجر من أجنته شيئاً ؟ قال : تُفضَّل للعشرة التي أوجر بها العبد على ما يعتقد من العبد وعلى ما يرق منه ، فيصير على الثالث العتيق منه ثلاثة دنانير

وثلاث و تكون الخمسة التي هي للأجنبي في الثالث الذي يعتق منه ، لأن ثلثي الورثة لا سبيل لصاحب الدين عليه ، لأن المستأجر أحى به ، ودين الأجنبي أولى من عتق المذbir فيباع من ثلث العبد بثمانية دنانير وثلث ، ثلاثة وثلث للمستأجر وخمسة للأجنبي ، ويعتق باقي ثلثه ، فهو ديناران إلا ثلث ، فإذا انقضت خدمة المستأجر ودفع ثلثي العبد إلى الورثة ، رجع عليهم العبد فقال لي ثلث سيدتي وقد ترك اثنين وعشرين ديناً إلا ثلثاً وإنما أعتق مني دينارين إلا ثلثاً ، فيعتق منه ثلث الإثنين وعشرين ديناً إلا ثلثاً .

قلت فلو كان دين الأجنبي خمسة عشر ديناً ؟ فقال : أرى دين الأجنبي قد استغرق ثلث العبد ، فلا أرى أن يعتق منه شيء ، ويكون صاحب الإجارة أولى به ، فإذا انقضت الإجارة بيع نصفه للدين بخمسة عشر ديناً وعتق منه ثلث ما بقي ، وهو سُدُسُه .

قلت وكذلك لو كان دين الأجنبي ثلاثين ديناً لم يعتق منه شيء وكان صاحب الإجارة أولى به إلى موتها ثم يباع كله للدين ؟ قال : نعم .

قلت فلو كان دين الأجنبي سبعة دنانير والمسألة على حالها ؟ قال : فلا يعتق منه شيء ، وصاحب الخدمة أولى به كما فسرت ذلك ، فانظر فإن كان إذا بعت بدين الأجنبي وما يصير على الثالث من الإجارة وتفضُّل منه فضلة تعتق منه فإنه بيع ، وإن كان لا تفضل منه فضلة يعتق منها لم يبع منه شيء ، وكان صاحب الخدمة أولى به ، وكذلك لو كانت الإجارة تغترف كله وليس على السيد غيرها لم يبع منه شيء ، ومضى في خدمته حتى تنقضي إجارته ثم يعتق ثلثه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة جيدة صحيحة في المعنى
بينة أدخلها ابن حبيب في الواضحة على نصها إلى قوله : فإذا انقضت السنة
عتق ثلاثة ورق ثلاثة ، ولم يسم سحوناً فقال : وسمعت من أرضي من أهل
العلم يقول ، وزاد على ذلك قال : ولو كان للميت مالٌ سواه انفسخت الإجارة
ورُدّت الدنانير من مال الميت وعتق في ثلاثة ما بقي ، وهكذا قال ابن حبيب إذا
كان ثلاثة ما بقي من مال الميت بعد الإجارة يحمل جميعه لأن عتقه إذا وجب
في الثالث وجب أن تفسخ الإجارة فيه .

وأما لو كان ما ترك الميت من المال لا يحمل ثلاثة بعد الإجارة جميع
رقبته ، مثل أن تكون قيمة المدبر أربعين فمات سيده وقد قبض في إجارته
تسعة فاستهلكها وله سوى المدبر عشرون لَوْجَب ي يجب للزوج من المدبرة
يقسم بين الأخ والمدبرة ، فيعتق نصفه ويكون للأخ نصفه ، فيكمل لها عتقها
نصف لا يصح ، لأن جميع الشركة فيها مائتا دينار ، قيمة المدبرة منها خمسون
ديناراً وماية وخمسون ديناراً على الزوج فالواجب للمدبرة على هذا التنزيل جميع
قيمتها ، وذلك خمسون ديناراً وللأخ مما على الزوج خمسة وسبعون ديناراً ،
وللزوج خمسة وسبعون مما عليه ، وإنما الذي يصح أن يقسم الثالث الذي
يصير للزوج من المدبرة من الأخ والمدبرة على قدر ما بقي لهما من حقوقهما ،
فالذي بقي للمدبرة من حقها في هذه المسألة ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث ديناراً إذ
قد اعتقد منها ثلثها بستة عشر وثلاثين ، والذي بقي للأخ من حقه ثمانية
وخمسون وثلث ، فعلى هذه التجزية يتخلص الآخر والمدبرة في الثالث الذي
يصير للزوج يضرب الأخ فيه بثمانية وخمسين وثلث ، وتضرب المدبرة فيه بثلاثة
ثلاثين وثلث ، فما حصل للمدبرة في المحاسبة من الثالث المذكور كان عتيقاً
مضافاً إلى الثالث المعتقد منها . وما حصل للأخ في المحاسبة كان رقيقاً له
مضافاً إلى الثالث الذي رق له أولاً فكلما أفاد الزوج مالاً اقتسم الأخ والمدبرة
ما أفاد من المال على قدر ما بقي لهما من حقوقهما أيضاً على هذا التمثيل ،

فما صار للأخ كان له ، وما صار للمدبرة عتق منها بقدر ذلك حتى يستتم عتق جميعها ويستوفي الأخ تمام الخمسة والسبعين حقه الواجب له قبل الزوج ، وإنما يصح أن يقسم الثالث الحاصل للزوج بين الأخ والمدبرة بنصفين لو كان الدين الذي على الزوج مائة دينار وقيمة المدبرة خمسون ديناراً ولا مال للمتوفاة غير ذلك ، لأن الشركة حينئذ يتساوى فيه الأخ والمدبرة والزوج فيكون للمدبرة خمسون جميع قيمتها ، وللأخ خمسون ، وللزوج مما عليه خمسون ، فيتساوى الأخ والمدبرة فيما لهما على الزوج ، فيقتسمان على هذا الترتيب الحاصل للزوج على نصفين ، لأن الذي يبقى للمدبرة من حقها مثل الذي يبقى للأخ ، والذي يبقى لكل واحد منهم ثلاثة وثلاثون وثلث ، لأن حق كل واحد منها كان خمسون ديناراً فيقبض الأخ من حقه ثلث المدبرة بستة عشرة ديناراً وثلثي دينار وقبضت المرأة المدبرة من حقها ثلث قيمتها بستة عشر وثلثين أيضاً ، فيكمل للمدبرة عتق نصف نصيتها ، ويكون للأخ نصف المدبرة ريقاً ، فكلما أفاد الزوج ملا اقتسامه بينهما بنصفين أيضاً ، لأن الذي يبقى لهما من حقوقهما أبداً متساوي على هذا التنزيل حتى يكمل عتق المدبرة ويستوفي جميع حقه الخمسين ، ويبقى للزوج مما عليه خمسون ديناراً .

وكذلك ذكر ابن سحنون هذه المسألة عن أبيه على هذا التنزيل أن الدين الذي على الزوج مائة دينار ، وأن قيمة المدبرة خمسون ديناراً ، وهذه الرواية تبين أن ما وقع لسحنون في هذه النوازل وما روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم من قسمة الثالث الذي يجب للزوج بين المدبرة والأخ نصفين مع أن يكون الدين الذي على الزوج مائة وخمسون ديناراً وقيمة المدبرة خمسون ديناراً غلط والله أعلم لأن من قول مالك وجميع أصحابه أن الغريم إذا كان عليه دين لرجلين لأحدهما عشرة وللآخر عشرة فتقاضيا منه شيئاً إن ما تقاضيا منه ينحاصان فيه على قدر ما لهما عليه ، ثم يُنظر في هذه المسألة على ما صَحَّحْنَا من التنزيل ، وهو أن يكون الدين الذي على الزوج مائة دينار

إلى ما يجب للمدبرة على الزوج من حقها ، فيباع بعرض ويعجل لها العتقُ على ما روی موسى عن ابن القاسم والذی يبقى لها من حقها عليه خمسة عشر وعشرون دیناراً ، لأن جميع حقها كان خمسون دیناراً ، فقضت ثلاثة أوّلاً ستة عشر وثلاثين ، ثم قبضت نصف الثلث بثمانية وثلث ، فاستكملت نصف حقها وبقي لها النصف على الزوج ، وكذلك ينبغي إذا قررنا أنَّ الدين الذي على الزوج مائة وخمسون ، وقيمة المدبرة خمسون على ما في الرواية أنْ يُنظر إلى ما بقي لها من جميع قيمتها الخمسين بعد عتق ثلاثة قيمتها بستة عشر وثلاثين ، وبعد عتق ما يجب لها من الثلث الواجب للزوج على ما رتبناه ، فيطرح ذلك من الخمسين فما فضل فهو الذي يجب للمدبرة على الزوج ، وهو الذي يباع على ما روی موسى ابن معاوية .

وأما قوله في رواية موسى ثم يُنظر إلى ما يصيب الخادم من ذلك وهو نصف خمسين ومائة ، فيباع فلا يصح عندي بوجه ، وقوله إنَّ الأخ إن باع المدبرة أيُّ ما صار له منها ثم أفاد الزوج إلى زمانٍ بعد ذلك مالاً أنها ترجع فيعتق منها بقدر ذلك ، أي بقدر ما يجب لها مما أفاد حتى تستتم رقتها هو مثل ما تقدم من قوله في أولِ مسألة من هذه النوازل ، ومثل قول عيسى ابن دینار في رسم جاع من سماع عيسى .

وما عليه الجماعة خلاف قول ابن القاسم فيه أن تقسم التسعة على ما يجب عتقه من المدبر وعلى جميع بقية المال ، فالذی يجب عتقه من المدبر نصفه بعشرين ، لأن جميع المال ستون ، فثلثة عشرون ، وقيمة المدبر أربعون ، فيباع من نصف المدبر ثلاثة ، ويعتق ما بقي من نصفه وهو سبعة عشر .

قال ابن حبيب أيضاً : وهذا التفسير على أنَّ المستأجر علم أنه مدبر ، فاما لو جهل تدبیره واستأجره على أنَّه عبد فلما مات سيده ثبت أنَّه مدبر ولا مال له سواه ، وفيه فضلٌ عما استؤجر به كما فسرنا في أولِ المسألة لانفسخت

الإجارة ، ثم يبع منه معجلًا لما استأجر به ، لأنه دين على السيد ، ثم يعتق منه ما فضل منه ، ويرق ثلثاه ، وهذا الذي قاله ابن حبيب صحيح ، ومعناه إذا لم يرض المستأجر بذلك وأراد رده لأن ذلك عيب دخل عليه فيما استأجره من خدمة المدبر لانفساخ بعضها بما ثبت من التدبير الذي لم يعلم به .

وأما لورضي المستأجر بالتمسك ببقية إجارته لجائز ذلك ، وكان بمنزلة إذا استأجره وهو يعلم أنه مدبر .

والأصل في هذه المسألة أنَّ ما وجب من عتق المدبر فلا بد أنْ تنفسخ فيه الإجارة إن وجب عتقه كله في ثلث مال الميت انفسخت الإجارة في جميعه ورُدَّت إلى المستأجر الإجارة من مال الميت ، وإن وجب عتق ثلثه انفسخت الإجارة في ثلثه فيبع من الثلث الذي وجب عتقه بثلث الإجارة وأعْتَق الباقى من ذلك ، فإذا انقضت الإجارة رجع المدبر على الورثة فاعتق منه بقية الثلث وهو ثلثا ما يبع منه ، وكذلك إن وجب عتق نصفه أو ثلثيه في ثلث الميت فيبع منه بنصف الإجارة أو بثلثيها واعتق الباقى ، فإذا انقضت الإجارة رجع على الورثة فاعتق منه بقية الثلث وهو ثلثا ما يبع منه في الإجارة وإن لم يجب عتق شيء منه مثل أن تكون الإجارة تستغرق جميعه أو لا يستغرق جميعه وعلى الميت من الدين ما يستغرق جميعه ، فالإجارة باقية لا تنفسخ ، وهي مقدمة على الدين إن كان على الميت دين لأن الإجارة في عين العبد والدين في ذمة الميت إذا انقضت الإجارة بيع في الدين .

وإنما قال إذا لم يكن له مال غير المدبر إنه يباع من ثلثه بثلث الإجارة وبجميع الدين ثم يعتق ما بقي من أجل ما بيناه من أن الإجارة مبدأ على الدين ، والدين مبدأ على العتق ، فوجب من أجل ذلك أن يُباع من ثلث المدبر بجميع الدين وبثلث الإجارة ، فإذا استوفى المستأجر خدمته ورجع ثلثا المدبر إلى الورثة رجع عليهم المدبر فيه فاستوفى منه ما بقي من حقه في العتق

وهو ثلثا ما يبع منه في الدين لأنه يبع منه بجميع الدين من أجل أنه يبدأ على العتق ولا يجب عليه من الدين إلّا ثلثه وثلثا ما يبع منه في الإجارة ايضاً وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن رجل باع مدبرة من رجل فزوجها المشتري من عبده وأولادها العبد جارية ثم أعتق المشتري الأمة وبقي ولدها .

قال : يمضي عتقها ويكون ولدُها رقيقاً للمبتع ، وقاله عبد الله بن نافع .

قال محمد بن رشد : رأيت لأبي اسحاق التونسي أنه قال في هذه المسألة : قوله ويكون ولدُها رقيقاً للمبتع كلام فيه نظر ، إلّا أن يزيد بقوله يرقى أن يكون مدبراً كاملاً ، لأن ولدَها من زوج إنما يجب أن يكون كاملاً ، وهي مدبرة فيجب أن يكون ولدُها مدبراً .

فإن قيل لِمَا اعتقها بطلَ تدبيرها ، فكان ولدُها رقيقاً للمشترى ، قيل لو لزم هذا في المشترى لللزم في المدبرة إذا ولدت فأعتقها المدبر أو ماتت أن يكون ولدُها رقيقاً ، لأن موتها أو عتقها يُبطل تدبيرها ، وهذا بعيد ، بل ولدُها على ما كانت عليه أعتقت أو ماتت أو بقى .

هذا نص قوله ، واعتراضه صحيح ، وإذا وجب أن يكون الولد مدبراً على ما قاله فيرد إلى البائع بما ينويه من الثمن إذا فُضّ على قيمتها يوم البيع وعلى قيمة الولد يوم أعتق الأم ، وهذا على القول الذي رجع إليه مالك من أن المدبر إذا أعتقه المشترى لا يرد عتقه ، وأما على قوله الأول فينقض العتق وتُردد الأمهُ ولدُها إلى البائع ويرد عليه جميع الشأن .

مسألة

وَسْأَلَ الْمُغِيْرَةَ عَنْ رَجُلٍ جَهَلَ فَوْطِيَءَ مُدْبِرَةً امْرَأَتَهُ فَحَمَلَتْ ،
فَلَمْ تَزُلْ الْمَرْأَةُ مُقْرَأَةً بِإِذْنِهَا لَهُ حَتَّى مَاتَتْ .

قَالَ الْمُغِيْرَةُ أَرَى إِنْ كَانَ لَهَا وَفَاءً بَعْتَقَ الْمَذَبَّرَةِ فِيهِ عَتَقَتْ فِي
ثَلَثَهَا ، وَلَمْ أَنْتَظِرْ الَّذِي وَطِيَءَ بِالْخَطَّإِ أَنْ تَكُونَ لَهُ أُمًّا وَلَدًّا ، وَأَرَى
وَلَدَهَا عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ ، وَأَرَى الْقِيمَةَ لَوْرَثَةَ سَيِّدَتِهَا أَوْ الدَّيْنِ إِنْ كَانَ عَلَيْهَا
دِينَ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : إِذْنُهَا لَهُ بِوَطَئِهَا شَبَهَةٌ تُسْقِطُ عَنْهُ الْحَدِّ وَتَوْجِبُ
لِحُوقَ الْوَلَدِ بِهِ ، وَلَمْ يَرَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مِنْ اشْتَرَى مُدْبِرَةً فَوَطَئَهَا فَحَمَلَتْ فِي أَنْ
تَكُونَ أُمًّا وَلَدِّيَ لَهُ وَيَنْفَسُخُ التَّدَبِّرَ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ وَطْءَ فَاسِدٌ وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ تَلَزِّمُهُ
بِهِ لَوْ كَانَتْ أُمًّا ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ : وَلَمْ أَنْتَظِرْ الَّذِي وَطِيَءَ بِالْخَطَّإِ أَيِّ بِالْخَطِيَّةِ
أَنْ تَكُونَ لَهُ أُمًّا وَلَدًّا ، وَلَمْ يَتَكَلَّمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءً بَعْتَقَ فِيهِ فَأَعْتَقَ بَعْضَهَا أَوْ
كَانَ عَلَيْهَا دِينٌ يَغْرِقُ قِيمَتَهَا .

فَإِنْما إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَفَاءً بَعْتَقَ بَعْضَهَا فَيُلْزِمُهُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ مِنْ
قِيمَتِهَا لَوْرَثَةَ سَيِّدَتِهَا بِقَدْرِ مَا رَقَّ مِنْهَا ، وَيَكُونُ مَا رَقَّ مِنْهَا رَقِيقًا لَهُ بِمَا لَزَمَهُ مِنْ
قِيمَتِهِ ، وَيُلْزِمُهُ مِنْ قِيمَةِ وَلَدَهَا لَوْرَثَةَ سَيِّدَتِهَا بِقَدْرِ مَا رَقَّ مِنْهَا .

وَإِنْما إِذَا كَانَ عَلَيْهَا دِينٌ يَغْرِقُهَا فَيُلْزِمُهُ قِيمَتَهَا يَوْمَ وَطَئِهَا وَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ
شَيْءٌ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِّهِ مِنْهَا ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

من سَمَاعِ مُوسَى ابْنِ مَعَاوِيَةَ مِنْ ابْنِ الْقَاسِمِ

قَالَ مُوسَى : قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَرْأَةِ تَمَوَّتْ عَنْ مُدْبِرٍ

ووارثها زوجٍ وأخٍ ولم ترك مالاً غيرها إلّا مهراً على زوجها ، وذلك المهر خمسون ومائة دينار ، والزوج مُعدِّم وقيمتها خمسون ديناراً فإنه يعتق منها ثلثاً وهو ثلث خمسين ، وذلك قيمتها ، ويكون الثالث لزوجها والثالث لأخيها ، ثم ينظر إلى الثالث الذي صار لزوجها فتأخذه الجارية والأخ فيقسمانه بينهما بنصفين ، لأن الذي بقي لهما على الزوج سواء فيما لهما عليه ، ثم يُنظر إلى ما بقي على الزوج من الدين فيكون بين الجارية والأخ بعد سهم الزوج ، ويقال للأخ : إن أحببْتَ أَنْ تَبِعَ نصيبيكَ فبعه ، وإلَّا فأبْيَعَه ديناً ، ثم يُنظر إلى الذي يصيب الخادم من ذلك وهو نصف خمسين ومائة ، فيباع بعرض ويتجل ويدفع ذلك إلى الأخ ، ويعتق من الجارية بقدر ما خرج لها من ذلك ، وهو أحب إلى من أن يؤجل ذلك على الزوج ويتناول به يسره ، لأن الأخ يموت فيورث نصيبيه وبياع ويدخله المواريث ويفلس ويعجل لها عتق حتى لا يبقى لها حق على الزوج إلّا أدخل فيها ، ولا يستأنى به فيباع بذلك الشخص منها ثم يتخاصما يوماً ما فعل من يعتق إذا خرجة من يد الأخ فقد فسرت ذلك وجه الذي أرَى .

وإن كان الزوج غائباً بعيد الغيبة بموضع لا يعرف فيه حاله ولا ماله لم يبع للجارية شيء مما عليه حتى يكون بموضع يجوز بيع ما عليه لها ، فيكون على ما فسرت لك ، وذلك بموضع يُعرف فيه ملاؤه من عدمه .

قال محمد بن رشد : إنما يكون ما قال من أن يعتق من المدبرة ثلثها ، ويكون الثالث الذي للزوج بينها وبين الأخ إلى آخر قوله إذا لم يجزوا الوصية وقطعاً للمدبرة بثلث جميع المال .

وقوله ثم ينظر إلى الثالث الذي صار لزوجها فتأخذه الجارية والأخ

فيقتسمانه بينهما بنصفين لأن الذي يبقى لهما على الزوج سواء فيما لهما عليه ، لا يصح إلا إذا كان الدين الذي على الزوج مائة وقيمة المدببة خمسون ولا مال للمرأة سوى ذلك ، وقد مضى بيان ذلك في نوازل سحنون فلا معنى لإعادته .

وإجازة سحنون القاسم^(٩) في هذه الرواية بيع ما على الزوج من الدين فإذا كان قريب الغيبة بموضع يعرف فيه ملاؤه من عذمه خلاف المعروف من قوله في المدونة وغيرها : إن ذلك لا يجوز إلا أن يكون حاضراً مقرأً ، وقال في السلم الثاني من المدونة في اشتراء الكفيل ما على المتকفل به : إن ذلك لا يجوز إلا أن يكون حاضراً ولم يقل مقرأً ، فقيل معناه مقرأً ، وقيل هو خلاف من قول ابن القاسم في إجازة شراء الدين إن كان الذي عليه حاضراً وإن لم يكن مقرأً ، وقيل إن ذلك ليس اختلافاً من قوله وإنما فرق بين المسألتين ، ولاصيغ في نوازله من جامع البيوع مثل قول ابن القاسم هنا ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك مستوفى فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم في رجل دبرا^(١٠) عبداً له في صحته ، فلما مرض قال قد كنت أعتقدت فلاناً لغلاماً له آخر .

قال : يعتق المدبر وتكون قيمة الذي ذكر أنه أعتقده في الصحة في جملة المال للمدبر يعتق بها ، ولا يعتق الذي ذكر أنه أعتقده في الصحة إلا أن تقوم بينة أو يقول أعتقدوه ، فإن قال ذلك عتق في الثالث بعد التدبير .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة في المعنى على

(٩) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ . ولعل الصواب : وأجازه سحنون وابن القاسم .

(١٠) الألف كما هي زائدة في الأصل زائدة في نسخة ق ٣ .

أصولهم ، وإنما قال إن المدبر يعتق تكون قيمة الذي ذكر أنه أعتقه في الصحة في جملة المال للمدبر يعتق بها لأنه يهتم على أنه أراد إبطال التدبير بما أقر به من أنه أعتق عبده الآخر في صحته ، فوجب أن يدخل فيه ، بخلاف الوصايا لا اختلاف في أن الوصايا لا تدخل في الذي أقر أنه كان أعتقه في صحته .

وقوله إنه لا يعتق الذي ذكر أنه أعتقه في الصحة إلا أن تقوم له بينة هو نص ما في المدونة وغيرها ، ويتخرج في ذلك قول آخر أنه يعتق في الثالث بعد المدبر وإن لم يقل أعتقوه ، وأما إن قال أعتقوه فلا اختلاف في أنه يعتق في الثالث بعد المدبر ، ولا يدخل في هذه المسألة الاختلاف الذي ذكرناه في رسم العربية من سماع عيسى من كتاب الوصايا في الذي يقول في مرضه قد كنُتْ أعتقت عبدي في صحتي ، لأنه يُتهم مع المدبر كما يُتهم مع الورثة إذا كان ورثته كَلَّا لَهُ وبالله التوفيق .

من سماع أصبع [من كتاب المدبر]

قال أصبع : سمعت ابن القاسم يقول في المدبر يُباع فيفوت
بيعه فلا يدرى أين وقع ولا ما صار إليه .

قال : أرى أن يجعل ثمنه كله الذي باعه به في مدبر ، وليس ذلك بمنزلة فواته بالعتق والموت ، هذا تكون له قيمته على الرجاء والخوف في الموت خاصة إذا مات فيصنع بها السيد ما شاء ويجعل الفضل في مدبر أو يعين به في عتق إن لم يبلغ تدبيراً ، وفواته بالعتق ليس عليه قليل ولا كثير ، يصنع بجميع الثمن ما شاء ، لأنه قد صار

إلى خير مما كان فيه ومما يُرَدُّ إليه ، و قاله أصيغ بذلك في الذي قد عَمِيَ أمره لا يُدرِي ما حَالُه ؟ حياة أو موت أو عتق احتياطًا عليه ، وليس بالواجب عليه عندي ولا القياس القياس^(١) أنه إذا استبرى أمره وأيس منه إيمانًا منقطعًا فهو بمنزلة الموت ولا يكون الموت أحسن حالاً وإنما هو بين أمرين عتق أو موت ، فالعتق ليس فيه شيء ، والموت له فيه القيمة على التدبير ، فهو مثله لأنَّه أوكد الوجهين كامرأة المفقود حين عَمِيَ أمره أنزل أمرها في عماليته في عدتها بمنزلة الموت فاعتُدَت عدة وفاة ولم تعتد عدة فرقة .

قال محمد بن رشد : قوله في المذبّر يُباع فلا يدرِي أين وقع ولا ما صار إليه إنما يجعل ثمنه كله الذي باعه به في مدبر بخلاف فواته بالعتق أو الموت صحيحٌ بينَ في المعنى لأنَّه يخشى أن يكون حيًّا لم يمت ولا أعتق ، فوجب نَفْضُ البيع فيه ورده إلى سيده على ما كان عليه من التدبير ، فلما لم يكن ذلك وجب أن يجعل جميع الثمن في مدبر مثله .

فقول أصيغ إن القياس إذا عَمِيَ أمره أن ينزل بمنزلة الموت ولا يكون أحسنَ حالاً منه غَلَطٌ بينَ ، وكذلك قال محمد بن الموزع : قوله غلطٌ ، قال : وقد طلب عمر رَدَ المذبّرة التي باعت عائشة رضي الله عنها ، فلما لم يجدوها أخذَ الثمنَ فجعله في مكانها .

وتفرقة ابن القاسم بين الموت والعتق هو نص قوله في المدونة ، وعلمه في العتق أنه قد صار إلى خير مما كان فيه ومما يُرَدُّ إليه ليس بعلة بينة في أنه يسوع له جميع الثمن ولا يلزمـه أن يتمخـى منه شيء لأنـه وإنـ كان أعتـق فإـنـما أعتـقه المشـتري وثواب عـتقـه لـه ، فالـقياسـ أنـ يلزمـهـ أنـ يتمخـى مـمـا قـبـضـ زـاـيدـاـ

(١) كذا تكررت كلمة القياس بالأصل وبنسخة ق ٣ .

على قيمته على الرجاء والخوف كما يفعل في الموت ، وقد قال أبو إسحاق التونسي : القياس أن يكون لسيده البائع ثمنه كله إذا عند المشتري^(١١) ، كما يكون له جميع ثمنه إذا بعثقه المشتري ، لأن التدبير يُبطل بموته عند المشتري كما يُبطل بعثقه أيضاً ، ولو أمكن أن يعلم أن المدبر يموت قبل سيده لجوازنا بيعه إذ العتق إنما يجب له بعد موت سيده من الثالث ، هذا معنى قول أبي إسحاق ، قال وقد كان القياس أن يُشتري بالثمن كله مدبراً مكان الأول فيكون له منه خدمته حياته كما كان له من الأول ، لأنه إذا أخذ من ثمن الأول قيمته على الرجاء والخوف ناجزاً وخدمه المدبر الذي يُشتري بالفضل حياته فقد حصل له أكثر مما كان له في الأول إذ لم يكن له فيه سوى خدمته حياته ، هذا معنى قول أبي إسحاق دون لفظه .

وهذا الذي قاله هو قول ابن كنانة في المدينة ، قيل له : ما تقول في الذي يبيع المدبر فيموت بعثقي أو غيره ؟ قال : يؤمر أن يمحى من ثمنه ، قال عيسى : قال ابن القاسم : هو له حلال يصنع به ما شاء ، ورواية عيسى عن ابن القاسم هذه في المدينة أن الثمن له حلال في الموت والعتق يصنع به ما شاء ، هو الذي ذهب إليه أبو إسحاق من أنه لا فرق بين الموت والعتق لبطلان التدبير في الوجهين جميعاً ، والذي اختر أنا وبيني وجهه أنه يجب عليه أن يتممحى من الزائد على قيمته على الرجاء والخوف فيجعله في مدبر .

فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال ، أحدها أنه لا يجب عليه أن يتممحى من شيء من ثمنه في الوجهين جميعاً ، والثاني أنه يجب عليه أن يتممحى من جميع ثمنه في الوجهين جميعاً ، والثالث أنه يجب عليه أن يتممحى مما زاد على قيمته على الرجاء والخوف جميعاً ، والرابع الفرق بين الموت والعتق ، ورواية ابن كنانة عن ابن القاسم في المدينة نحو قول ابن نافع ، واختيار محمد ابن خالد في سماعه من كتاب الولاء على ما حمله عليه بعض أهل النظر ، وهو صحيح على ما ذكرناه هنالك ، وبالله التوفيق .

(١١) لعله إذا مات عند المشتري .

مسألة

وسائل عن مدبر عَجَلَ له سيده بالعتق على أن يعطيه عشرة دنانير إلى شهر ثم مات السيد وترك مالاً. أيعتق المدبر في ثلاثة وتسقط العشرة؟

قال : لا ، وهي له لازمة .

قيل له : فإن أفلس العبد ؟ قال : لا يحاصن السيد بالعشرة ، والغرماء يُلْدُؤون عليه ، وقاله أصبح كله والعطية بتعجيل الحرية وقد تم له واتبع به ولو طرفة دين .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن الحرية قد وجبت للمدبر قبل موت سيده بما قاطعه عليه من العشرة إلى أجل ، فلا تسقط عنه بموت سيده وإن كان ثلثه يحمله ، ولا مُحَاصَة للسيد بها ، إذ ليست بدين ثابتٍ عليه ، وإنما هي كالقطاعة ليس للسيد أن يُقاصل بها غرماء المكاتب ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصبح وسمعت ابن القاسم وسائل عن المؤلّى عليه يدبر عبده .

قال : لا يجوز تدبیره وإن حُسِنَت حاله ، ولا يلزمـه ، كان ذلك المالً واسعاً أو غير واسع ، وإنما هو بمنزلة العتق ، وكذلك قال مالك في العتق ، قال ابن القاسم : والعتق لا يجوز منه قليل ولا كثير كان ماله واسعاً أم لا .

قال محمد بن رشد : في المدونة لابن القاسم مثل قوله في هذه

الرواية إن تدبيره بمنزلة عتقه ، لا يجوز منه القليل ولا الكثير ، كان ماله واسعاً أو غير واسع ، وقال ابن كنانة فيها : إن كان ليس له غير ذلك العبد الذي دبر لم يجز تدبيره ، وإن كان ماله واسعاً ليس ذلك العبد بالذى يُجحِّفُ بما له كان ذلك له وجاز ، قال وإن دبر عبداً هو وَجْهُ رقيقه أو أكثرهم ثمناً أو جارية مرتفعة هي جُلُّ ماله فإن ذلك لا يجوز ، ولو كان ذلك جائزأً عليه كان إذا بلغ حال الرضى قد حبس عليه من ماله بما صنع في حال الشُّحْشَة مالاً يقدر أن ينتفع به فإذا بلغ حال الرضى فليس يجوز له من ذلك إلا ما وصفنا .

وقول ابن القاسم هو القياس ، وما ذهب إليه ابن كنانة استحسان وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصبغ وسمعته يقول في الرجل يدبر عبده في الصحة ويستثنى ماله : لا بأس بذلك ، وكذلك رويث عن مالك أنَّ له أنْ يستثنىه ولا بأس بذلك ، وقاله أصبغ ، وتفسيره أن يستثنىه لِبَعْدَ الموت إذا أعتق ليس استثناء إنتزاع عن التدبير ، وبعده ذلك يكون له استثناء أو لم يستثنه ولكن بعد الموت وهو مقر في يديه مع ما يُفيد إلى ذلك على ذلك دبر واستثنى فذلك جائز وذلك له ، قال أصبغ : قال ابن القاسم : فإذا مات السيد قُومٌ في الثالث بغير ماله بيدنه خالصاً وأخذ منه كُلُّ ما كان بِيده ، وكان مالاً من مال الميت تقوم فيه رقبته مع غيره من مال الميت ، وقاله أصبغ : قال أصبغ : قال لي ابن القاسم : وهذا مما لا شك وإنما هو رجل أوصى فقال إذا مت فعبدني فلان حر وخدعوا منه ماله ، ألا ترى لو أنَّ مريضاً قال في مرضه غلامي مدبرٌ وخدعوا منه ماله أخْذَ منه ، مما استثنى في الصحة بمنزلة ما استثنى في المرض ، ولأنه حين اشترط ذلك عليه حين دبره

في الصحة وكأنه انتزاع منه له في موضع يجوز له فيه إنتزاع .
 قال محمد بن رشد : قد تقدمت هذه المسألة والكلام عليها في أول
 سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته .

مسألة

قال أصيغ سئل ابن القاسم عن مكاتب اشتري مدبرة فحملت
 منه .

قال : أرى أن يوقف عنها ، فإن اعتق المكاتب كانت أم ولد
 له ، وإن عجز ردت إلى التدبير ورد الشمن إلى صاحبه ، وكانت هي
 وولدها مدبرين لسيدهما ، وأرى الشمن يوقف إلا أن يكون البائع
 ملياً .

قال محمد بن رشد : هذا على القول بأن أم المكاتب تكون أم ولد
 له إذا أفضى إلى الحرية بما ولدت له في حال الكتابة قبل إفضائه إلى الحرية أو
 بما حملت به منه في حال الكتابة فوضعته قبل إفضائه إلى الحرية وبعد إفضائه
 إلى الحرية وأما على القول بأنه لا حرمة بيايلاده إليها ولا تكون بشيء من ذلك
 كله أم ولد ، فإن البيع يتৎقض فيها وترد إلى سيدها البائع لها على ما كانت
 عليه من التدبير .

وقد اختلف قول مالك في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها أنه لا تكون له أم
 ولد بشيء من ذلك ، والثاني أنها تكون له أم ولد وإن كان الحمل قبل الشراء
 إذا كان الوضع بعده في حال الكتابة ، والثالث أنه لا تكون له أم ولد إلا أن
 يكون أصل الحمل بعد الشراء في حال الكتابة ، وأما ما ولد له قبل الشراء فلا
 تكون له أم ولد إلا على مذهب أبي حنيفة وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل أشهب عن الرجل يهب مدبره جاهلاً ويقبضه الموهوب
له ويحوزه ثم يموت السيد ولا مال له غيره .

قال : يعتق ثلثه ، قلت فالثلاثان الباقيان لمن هما ؟ قال :
للموهوب اللذان هما في يديه ، قال أصبغ : وكذلك قال لي ابن
القاسم فيها .

قال محمد بن رشد : قد تقدم مثل هذا من قول ابن القاسم في
رسم الجواب من سمعاع عيسى من كتاب الصدقات والهبات في الصدقة ،
ويعناه إذا لم يعثر على ذلك حتى مات المتصدق ، وأما لو عُثرَ على ذلك في
حياته لفسخت الهبة أو الصدقة ، ورد المدبر إلى الذي دبره ، لأن المدبر لا
يجوز بيعه ولا هبه ولا صدقته .

ولو وهب ما رق منه إن لم يحمله الثالث وخدمته من الآن فقبضه وجازه
من الآن لجاز ذلك ولم يرد ، وكان للمتصدق عليه بعد موته ما رق منه ، لأن
هبة المجهول جائزة كما يجوز رهن لجواز رهن الغرر ويكون المرتهن إذا حازه
أحقّ به من الغرماء بعد الموت يُباع له دونهم على ما قاله في المدبر من
المدونة ، والله الموفق .

مسألة

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول في الذي يشتري المدبر
وهو لا يعلم فيما يموت عنده إن مصيبته منه ولا يرجع على البائع بشيء
لا بالثمن ولا بما بين القيمتين ، وكذلك قال مالك ، وقاله أصبغ
وقاله ابن وهب عن مالك .

قال محمد بن رشد : لابن القاسم في سمعاع محمد ابن خالد من

كتاب الولاء أنه يرجع على البائع بما بين قيمته مدبراً وقيمة غير مدبر ، وهو الذي يأتي على أصله في المدونة ، لأنه قال فيها : إذا حدث عند المباع به عيب فرده وما نقص العيب عنده على حكم البيع المردود بالعيوب خلاف ظاهر هذه الرواية قول ابن نافع واختيار محمد ابن خالد في سماعه فيما لم يعلم به من المال على القول بأن المديراً في المرض يدخل فيما علم به الميت من المال وفيما لم يعلم ، ولَا يكون له حكم التدبير في اللزوم له ، ويصدق إن رجع عنه في أنه أراد به الوصية ، وفي إعمال شهادة الشهود بما ظهر إليهم من قصد المشهود عليه اختلاف أعمالها في هذه الرواية وفي رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب التخمير والتمليلك ، ولم يعملها في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال : وسئل ابن القاسم عن رجل دبر عبداً فأباق العبد ومات السيد وأوصى بوصايا .

قال : يوقف من الثالث قدر قيمته حتى ينظر في شأنه ، فإن مات في إباقه ذلك ردت تلك الدنانير على أصحاب الوصايا إن كان بقي لهم شيء أو الورثة .

قيل له : إلى متى يوقف ذلك ؟ قال : ينظر إلى قدر ما أتى عليه من السنين وما يعيش مثله ، قال أصبغ : مسألة جيدة دقيقة من المسائل في بعض وجوهها جامعة .

قال محمد بن رشد : قوله يوقف من الثالث قدر قيمته حتى ينظر في شأنه فيه نظر ، وإنما ينبغي أن يُنظر ، فإن كان يخرج المديراً وجميع الوصايا

من الثالث بعد عتق المدبر ودفع إلى أهل الوصايا وصاياتهم وأخذ الورثة بقيمة المال ولم يوقف شيء فإن كان المدبر حياً فقد أنفذت [له] الوصية وإن كان ميتاً فقد سقطت فيه الوصية ، والوصايا قد حملها الثالث فأنفذت وأما إن كان الثالث لا يحمل إلا الوصايا أو المدبر وتمثيل ذلك أن يكون الموصي قد ترك من المال مائتي دينار والمدبر الأبق وقيمتها مائة دينار وأوصى بمائة دينار فإن كان المدبر حياً فقد^(١٢) عتقه وسقطت الوصايا لأن ثلث الميت قد استغرقه المدبر وكانت المائنان للورثة ميراثاً وإن كان المدبر ميتاً وجب لأهل الوصايا ثلث المائتين وذلك ستة وستون وثلاثة ، لأن المدبر إذا مات فكانه لم يكن ، فالواجب أن يُوقف على هذا التنزيل ثلث المائتين ، فإن اكتشف أن المدبر حي كان الثالث الموقف للورثة ، وإن كان ميتاً كان لأهل الوصايا ، وأما قوله إنه يوقف قيمة المدبر فليس بين ولا صحيح ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن مكاتب دبر عبداً له فعلم السيد بذلك فلم ينكر عليه حتى عجز .

قال : لا تدبير له إلا أن يكون أمره بتدبيره ، وليس السكوت والعلم شيئاً .

قال محمد بن رشد : اختلف في السكوت هل يُعد إذناً في الشيء وإقراراً به أم لا ؟ على قولين مشهودين في المذهب منصوصٌ عليهم لابن القاسم في غير ما وضع من كتابه أحدهما قوله في هذه الرواية وفي سماع عيسى من كتاب النكاح والصلح أنه ليس بإذن والثاني أنه إذن ، وهو قوله في رسم العربية من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، ورسم أسلم من سماع

(١٢) في نسخة ق ٣ . فإن كان المدبر حياً نفذ عتقه .

عيسى من كتاب النكاح وأظهر القولين أنه ليس باذن ، لأن في قول النبي عليه السلام والبكر تستأذن وإذنها صُماتها^(١٣) دليلاً على أن غير البكر خلاف البكر في الصمت ، وقد أجمعوا على ذلك في النكاح ، فوجب أن يقاس ما عده عليه إلا ما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عليه إلا راضياً به ، فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار به كالذي يرى حملاً امرأته فيسكت ولا ينكر ثم ينكره بعد ذلك وما أشبه ذلك ، وقد مضى هذا المعنى في الموضع المذكورة وفي غير ما موضع من كتابنا هذا وبالله التوفيق .

من سمع أبي زيد ابن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد : وسئل ابن القاسم عن رجل دبر عبدة فمات السيد فجهل الورثة فباعوه ثم مات في يد المشتري أو هو قائمٌ بعينه وكان الذي اشتراه به غنماً فتوالدت وكُثرت .

قال ابن القاسم : أما العبد فإن كان قائماً بعينه رُدّ فإن كان للميت مالٌ يعتق فيه آخرج في ثلثه عتيقاً ، وإن كان ليس له مال يُخرج من ثلاثة عتق منه ما حمل الثالث ورق ما بقي ، وكان المشتري بال الخيار فيما رق منه إن شاء تمسك بمارق منه إن كان نصفه دفع إلى الورثة نصفه وأخذ نصف قيمة الغنم يوم قبضت منه ، وأما الغنم فهي للورثة ليس له منها شيء ، إنما يرجع عليهم بقيمتها يوم قبضت منه إن لم يخرج العبد كله كان بال الخيار في ما بقي منه على ما بينت لك .

وإن مات العبد ولسيده أموال ، المذكور من كتاب الولاء أنه لا

(١٣) أخرجه البخاري في كتاب النكاح عن عائشة بلفظ رضاها صمتها .

يرجع على البائع بشيء ، فيحتمل أن يكون معنى قوله في هذه الرواية : وهو لا يعلم ، أن لا يعلم بأنَّ بيع المدبر لا يجوز ، لا أنه لم يعلم أنه مدبر ، فلا يكون على هذا اختلافٌ من قول ابن القاسم في أن المبتع يرجع على البائع ، وقد مضى في أول الرسم تحصيل القول فيما يلزم البائع في الشمن ، وقد كان القياس على المذهب إذا اشتراه وهو يعلم أنه مدبر ففات عنده بموت أنْ تكون عليه قيمته ، لأنَّ بيعً فاسد لعقده فات الرُّدُّ فيه بالموت على القول بأنَّ البيع الفاسد لعقده إذا فات يُردُّ إلى القيمة ولا يمضي بالشمن ، وإن حُملت هذه الرواية على ظاهرها من أنه لا رجوع للمشتري على البائع بشيء إذا مات المدبرُ عنده وإن كان اشتراه وهو لا يعلم بتديبه فيأتي مثل قول ابن نافع في كتاب الولاء وخلاف مذهبة في المدونة وخلاف ما في المدونة أيضاً في أن البائع يلزم أن يتَمَخَّى مما أَخَذَ زائداً على قيمته على الرجاء . والخوف ، لأنَّه إذا لم يجب للمبتع عليه رجوع إذا دَلَّسَ له بالتديب فمات عنده لا يجب عليه هو أنْ يتَمَخَّى من شيء من الشمن ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصيغ : سئل ابنُ القاسم عن المدبر في المرض يدخلُ
في المال الغائب الذي لم يَعْلَمْ به الميت ؟

قال : نعم ، قلت فالعتق بِتَلَّا ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : قوله إن المدبر في المرض يدخل فيما علم الميت من المال وفيما لم يعلم هو ظاهرٌ ما في رسم جاع من سماع عيسى من

كتاب الديات ، ومثل نص قوله في المدنية من رواية عيسى عنه خلاف مذهبه في المدونة من أنه لا يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال إلا المدبر في الصحة ، فعلى هذه الرواية إذا اجتمعا بديء المدبر في المرض على المبتول فيه ، وقد قيل إنهما يتحاصان وقيل أيضاً إنه يُدَبِّلُ المبتول في المرض ، فعلى هذا القول يدخل المبتول في المرض فيما لم يعلم به الميت من المال ، فإن اجتمعا جمِيعاً على القول بأنه لا يدخل المبتول في المرض في المال الذي لم يعلم به الميت وللميت مال قد علم به وما لم يعلم به فثلث المال الذي علم به يَقْصُرُ عن قيمتهما فَوْمَا جمِيعاً في ثلث المال الذي علم به ، ثم أكمل عتق المدبر منها في ثلث المال الذي لم يعلم به أو ما حمل منه زائداً إلى ما أعتق منه مع المبتول في ثلث المال الذي علم به ، مثال ذلك أَنْ يترك المتوفي ثلاثة ديناراً ومدبراً في المرض قيمة ثلاثة ديناراً أو مبتلاً فيه قيمة ثلاثة ديناراً أيضاً وَيَطْرُأُ له ثلاثة ديناراً لم يعلم بها الميت ، فجميع مال الميت الذي علم به على هذا تسعون ، الثلث من ذلك ثلاثة فيتعق من كل واحد منها نصفه بخمسة عشر ، ثم يرجع المدبر فيقول لي ثلث الثلاثين التي طرأة للميت ، فيتعق منه بعشرة زائداً إلى ما أعتق منه مع المبتول ، فيكمل فيه من الحرية خمسة أسداسه .

ولو كان المال الذي طرأ للميت خمسة وأربعون فأكثر لتعتق باقيه في ثلث ذلك ، ولو كان المال الذي علم به الميت ستين ، والمال الذي طرأ له ثلاثة لتعتق من كل واحد منها في ثلث ما علم به الميت من المال ثلاثة ، لأن جميع المال الذي علم به الميت مع قيمة المدبرين مائة وعشرون ، الثلث من ذلك أربعون ، فيتعق من كل واحد منها بعشرين ، ثم يرجع المدبر فيستتم باقيه في ثلث المال الطاريء وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال ابن القاسم في رجل قال في مرضه : إن مت من مرضي
هذا فغلامي مدبر .

قال : إن مات فيه وصية وليس تدبيراً وإن عاش فهو أيضاً
وصية يصنع بها ما شاء إلا أن يكون أراد بذلك تدبيراً واجباً ساعته
مثل أن يكون تعمداً التدبير عند الوصية وأخطأ وجه الكتاب والوصية
فظن أن ذلك وجه الصواب والمأخذ وأنه التدبير ، قال أصبح : فهو
تدبير حينئذ ، أو يرى الشهود أنه إنما أراد التدبير ويقطعون ذلك فيما
يرون ، أو يوقف قبل موته ويسئل عن ذلك فيذكر أنه أراد التدبير ،
والقول قوله لما يذكر من إرادته .

قال محمد بن رشد : قوله إن مات فيه وصية يريد أن له حكم
الوصايا في التبديلة وفيما لا يدخل فيما لم يعلم به من المال ، وفي أن له أن
يرجع عنه في مرضه ذلك إن شاء .

وقوله إن عاش فيه وصية يريد إن كان كتب ذلك في كتاب ووضعه عند
غیره أو أبقاءه عند نفسه على اختلاف قول مالك في ذلك ، وأما إن لم يكتب
ذلك في الكتاب فالوصية باطلة إن لم يمت من مرضه ذلك حسبما مضى من
تحصيل ذلك في أول رسمٍ من سمع ابن القاسم من كتاب الوصايا ، وقد قيل
إنه تدبير لازم لارجوع عليه ، حتى ذلك ابن المواز عن ابن القاسم ، ومثله في
كتاب ابن سحنون لابن القاسم ولابن كنانة ، وقال أصبح : إن أراد به التدبير
مثل قوله بلفظ وقول ابن القاسم في هذه الرواية ، ولكلما القولين وجه ، لأنه
لفظ بلفظ التدبير وعلقه بموته من مرضه ذلك .

والذي أقول به في هذا أنه إن مات من مرضه ذلك كان مدبراً على ما قال ، يكون له حكم التدبير من التبدئة والدخول مأمونة من دُور وأراضين فهو حر ويلزمه رد قيمة الغنم إلى المشتري ، وإن كان لا يخرج إلا بعضاً رداً بقدر ما يخرج منه ، وما بقي كانت مصيبيته من المشتري ، وإن كان موته بعد زمان واقتسمت الأموال على أمانة لو كان بأيديهم كان حراً رأيُّ المشتري أن يرجع فيما يأخذ قيمة الغنم من الورثة وتكون مصيبيته منهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة على ما قال ، لأن العتق قد وجب للمدبر بممات سيده إن حمله الثلث أو ما حمل منه ، فإذا باعه الورثة وعشر عليه قبل أن يموت وجب أن يُرد ويعتق في ثلث الميت إن حمله الثلث ، ويأخذ المبتاع غنمه إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت قد فاتت ، والولادة فيها فوت لأنها تفوت في هذا بما يفوت به البيع الفاسد من حالة الأسواق فما فوق ذلك ، وإن لم يحمل الثلث عتق منه ما حمل الثلث ورجم بقدر ذلك من قيمة الغنم إن كانت فاتت ، وكان بال الخيار فيما رق منه إن شاء تمسك به وإن شاء رده ورجح بجميع قيمة الغنم يوم وقع البيع فيها .

وإن مات العبد عند المشتري ولسيده أموال مأمونة كانت مصيبيته من الورثة ، ورجم المشتري عليهم بجميع قيمة الغنم لفواتها بالولادة ، لأن الحرية تجب له بممات سيده إن كانت له أموال مأمونة ، وإن لم تكن له أموال مأمونة وكان موته بحدثان بيعه قبل النظر في مال الميت فمصيبيته من المشتري وينفذ بيعه ، قاله ابن الموارز ، وهو مفسر لقول ابن القاسم ، وإن كان موته بعد طول فمصيبيته من الورثة إن علم أنه كان يخرج من الثلث ويرجم المبتاع عليهم بجميع قيمة الغنم ، وإن عُلِمَ أنه كان لا يخرج منه في الثلث إلا بعضاً رجع على الورثة من قيمة الغنم بقدر ما كان يحمل الثلث منه ، وكانت مصيبيته باقية من المبتاع ، هذا معنى قول ابن القاسم في هذه الرواية ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن رجل قال في مرضه جاريتي مدبرة عن ولدي إن حَدَثَ بي حَدَثٌ فَصَحُّ .

قال فلا شيء عليه ، ولا تكون مدبرة عن ولده ، ولو قال في مرضه جاريتي مدبرة ولم يستثن شيئاً ولم يقل إن مات من مرضه إلا قال مدبرة قط قال فهي مدبر وإن صح من مرضه ذلك .

قال محمد بن رشد : أما الذي قال في مرضه جاريتي حرفة إن حدث بي حدث فصح من مرضه فبَيْنَ أنه لا شيء عليه كما قال ، لأنها وصية بتقييده إليها بذلك المرض ، فيبطل إذا صح منه إلا أن يكون كتب بذلك كتاباً ووضعه عند غيره أو أمسكه عند نفسه على اختلاف في ذلك حسبما بيناه في رسم الوصايا من سماع أصبع قبل هذا ، وسواء قال في ذلك عن ولده أو لم يقل ، الأمر في ذلك سواء إذا صح من مرضه ذلك ، وإنما يفترق ذلك إن مات منه ، فإن لم يقل عن ولدي أعتقد بعد موته من ثلثه ، قيل على حكم الوصية ، وقيل على حكم التدبير حسبما مضى من الاختلاف في ذلك في رسم الوصايا من سماع أصبع ، وإن قال عن ولدي فقيل تعتقد بموته من ثلثه ، وقيل تعتقد بموت ابنه من رأس المال ، والولاة للابن على كل حال حسبما مضى بيانه في رسم المحرم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل قال لغلامه أنت مدبر عن أبي فإنه سواء كان أبوه حياً أو قد مات أبوه حين قال ذلك لا يعتقد إلا بعد موت سيده الذي دبره عن أبيه ولا يعتقد عند موت أبيه إلا أن يقول العبد عن دبر من

أبي ، فإن كان أبوه قد مات كان حراً الساعة قال وإن كان أبوه حياً
فإنما يعتق إذا مات أبوه ، وولاؤه لأبيه .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه الرواية خلاف ما
تقدّم من قوله في رسم المحرّم من سماع ابن القاسم ، وقد مضى الكلام على
ذلك هنالك وبالله التوفيق لا شريك له .

تمَّ كتابُ المذير بحمد الله تعالى وحسن عونه

كتاب المكاتب

من سماع ابن القاسم من مالك
من كتاب قطع الشجر

قال : أخبرنا سحنون قال ابن القاسم : قال مالك فيمن قاطع عبده : إنه إن جاء به إلى الأجل أو ما أشبهه فذلك له ، وإنما أخر العبد شهراً ونحوه كما يؤخر الغريم ، فإن جاء به وإنما فلا قطاعة له .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مثل ما في المدونة وغيرها أنه يتلهم له في القطاعه كما يتلهم له في الكتابة إذا عجز عن أدائها ، وسواء كان المقاطع عبداً على ظاهر هذه الرواية أو مكتوباً ، لأن قطاعة المكاتب على أن يضع عنه ويعجل له جايزه لأنه يتتعجل العتق بذلك ، وليس الكتابة بدين ثابت فيدخله ضعْ وَتَعَجُّلْ .

وأما مقاطعته على أن يؤخره بالكتابة ويزيده فيها فاختلاف في ذلك إذا لم يتعجل عتقه ، والقولان في المدونة ، أجاز ذلك في كتاب المكاتب ، ولم يجزه في آخر كتاب الحوالة .

وقوله فإن جاء به وإنما فلا قطاعة عليه معناه لا قطاعة له لأن حرف الجر قد تبدل بعضها من بعض ، قال تعالى ﴿إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَخْسَنْتُمْ لَا نَفْسٌ كُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾^(١) أي عليها ، فإذا بطلت قطاعته بالحكم بتتعجيشه بعد التلوم له

(١) الآية ٧ من سورة الإسراء .

بقي على ما كان عليه من الكتابة إن كان مكتاباً حتى يعجز عن أداء كتابته عند حلولها ، وعلى ما كان عليه من الرق إن كان عبداً ، وقيل إنه إن كان مكتاباً فعجز عن المقاطعة التي قوْطَعَ عليها رجع رقيقاً ، وهو الأظاهر ، لأن القطاعات في الكتابة إنما معناها فسخ الكتابة والانتقال عنها إلى القطاعات ، وفي قوله وإن آخر شهراً أو نحوه كما يؤخر الغريم نصّ منه على لزوم الحكم بتأخير الغريم إذا أُعْسِرَ بالدين بعد حلول الأجل على ما مضى عليه الحكم عندنا يقتضي جميع الشيوخ من أن يؤجل الغريم بعد حلول الأجل إذا أُعْسِرَ بالدين ولم يكن عنده ناصٌ إلا أن يبيع عروضه بالاجتهد على قدر قلة المال وكثرة يحمله في ذلك ، ولا يوكلون عليه في بيع عروضه وعقاره في الحال إذا لم يعامله الغريم على ذلك خلاف ما كان يقتضي به سائر فقهاء الأمصار بالأندلس من التوكيل عليه في بيع ماله وتعجيز إنصافه وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل مالك عن الذي يشتري كتابة المكاتب أياً قاطعه بالذهب
كمَا يقاطعه سيده ؟ قال : لا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنّ مشتري الكتابة بما يجوز اشتراطها به مما يصح اشتراط الديون به يحل محل البائع في أنه يرثه إن مات ، وتكون له رقبته إن عجز ، فكذلك يحل محله في جواز مقاطعته إياه وإن مات وعليه دين أو فلس لم يحاصن الغرماء بما قاطعه به ، قال ذلك مالك في كتاب ابن المواز لأنّه ينزل في ذلك منزلة سيده الذي كاتبه .

وجواز شراء كتابة المكاتب عند مالك وأصحابه أمر مُتّبع لا يحمله القياس ، لأنّه غرر ، وقد روى عن ابن القاسم أنه قال بلغني أنّ ربيعة عبد العزيز قالاً يبع كتابة المكاتب غرر لا يجوز ، لأنّه إن عجز كانت له رقبته ، وإن أدى كان ولاّه للبائع الذي كاتبه ، ووقع قول ربيعة في رسم شكّ من سماع ابن القاسم

من كتاب الجامع من رواية ابن القاسم عن مالك عنه ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة أن بَيْعَ كتابة المكاتب لا يجوز وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل مالك عن مكاتب وَضَعَ عنه سيدُه ثلث ما عليه من كتابته في مرضه ، ثم إِنَّ المكاتب عَجَزَ عن أداء الكتابة ، قال : قد عتق ثلثه .

قال محمد بن رشد : معناه أنه مات من مرضه ذلك فعجز بعد موته ، لأنَّ وضع ثلث كتابته عنه في مرضه كالوصية له بعتق ثلثه ، وهذا ما لا اختلاف فيه أعلم ، وأما لو صبح من مرضه عجز في حياته لم يعتق عليه منه شيء ، وكذلك لو أعتق ثلثه في صحته ثم عجز لم يعتق عليه منه شيء ، لأن عتقه لِمَا أعتق منه إنما هو وضع لما عليه من الكتابة وليس بعتق إِذ ليس بمالك لرقبته ، وإنما يملك منه كتابته ، وكذلك إن كان المكاتب بَيْنَ اثنين فأعتق أحدهما حظه منه ، ثم عجز في نصيب صاحبه لم يعتق عَلَى المعتق حظه منه في قول مالك وجميع أصحابه ، وفي ذلك اختلاف بين السلف ذكره في المدونة عن الليث ابن سعد أنه سمع يحيى ابن سعيد يقول : إِنَّ الناس قد اختلفوا في حظ المعتق منه إذا عجز ، فقال ناس يكون له حظه منه إذا عجز ، لأنَّه لم يُعتق له رِقاً وإنما ترك له مالاً وبالله التوفيق .

ومن كتاب الشجرة تُطْعِمُ بَطْئَينِ في السَّنَةِ

وسائل مالك عن عبد كان بين ثلاثة إخوة فكاتباه إثنان منهما بإذن أخيهما شريكهما فيه ، وكان على كتابته ، ثم إِنَّ اللذين كاتباه

قاطعاًه بإذن شريكهما الذي له فيه الرق وعتق نصيبيهما ، ثم إنَّ الذي بقي له فيه الرق مات ورثته وورثة وَخَدَمُهُم في نصيبيه سنين ، ثم قيل له ذلك تُقْوِم على الذَّيْنِ قاطعاًك .

قال مالك : أراه رقيقاً ولا ينفعه ما كاتباه به بإذن شريكهما ولا مقاطعتهما إيه دون شريكهما .

قيل له : إنه قد أذن لهمما ؟ قال : لا ينفعه ذلك وأراه رقيقاً ،
قال لي قبل ذلك : وَيَرِدُونَ مَا أَخَذُوا منه فيكون بينهم .

قال محمد بن رشد : هذا بين على مذهبه في أنَّ العبد بين الرجلين لا يجوز لأحدِهما أن يُكاتب نصيبيه منه بإذن شريكه ولا بغير إذن شريكه ، فإن فعل فسخ ولم يجز ، وإن لم يعثر عليه حتى أدى ما كُتب عليه كان ما قبض بينهما ، وكان العبد رقيقاً لهما ، وقد قال في موطاه : إنه الأمرُ المجتمع عليه عندهم ، لأنَّه خِلَافٌ لما قال رسول الله صلى الله عليه : مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له في عبدٍ قَوْمٍ عليه قيمة العدل ، الحديث ، ولا فرق في هذا بين أن يقبض الشريك ما كاتبه عليه أو يقاطعه على ذلك فيقبض ما قاطعه عليه ، ولا فرق أيضاً بينهم وبين ورثتهم فيما يجب من فسخ الكتابة ، فالمسألة بینة لا إشكال فيها ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب لَيَرْفَعَنَّ أَمْرًا

قال ابن القاسم سئل مالك عن المكاتب يضع عنه سيده ما عليه عند موته وله ولدٌ قد ولدوا في كتابته أَيْقَامٌ بولده أم برقبته وحده ؟ قال : بل يُقام وولده معه ، فإن كانوا أقل من القيمة من قيمة الكتابة عتقوا ، وإن كانت قيمة الكتابة أقلَّ من القيمة عتقوا .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن ولدَهُ الذين ولدوا في الكتابة بمنزلته ، فإذا أوصى بعتق مكاتبَه أو بوضع ما عليه من كتابته فيوضع في الثالث الأقل من قيمته على ما هو عليه من ملائمة وقيمة ولدِه أو الأقل من قيمة الكتابة ، هذا قول ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك ، وقال غيره إنما ينظر إلى الأقل من قيمة الرقبة وعدد الكتابة ، ومثله لمالك في كتاب الجنایات من المدونة في موضع واحد منه .

وكذلك إذا قُتل المكاتبُ يغَرِّم قاتلُه لسيده قيمة على الحالة التي كان عليها ، قاله في كتاب الجنایات من المدونة ، وطرح سحنون منها قوله على الحال التي كان عليها ، وقال إنما يقوم في المثل بغير ماله ، لأن ماله يبقى إلى سيده ، ولم يُرد مالك أن يُقوم في القتل بماله ، وإنما أراد أن يقوم بغير ماله على الحال التي كان عليها من قدرته على اكتساب المال وبصره في ذلك ، والله أعلم وبه التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن مكاتب كاتبه سيدُه على أربعينية دينار وخمسين ديناراً على أن يدفع له في أول سنة سبعة عشر ديناراً والنجم الآخر أدنى من ذلك ، ونجم آخر مثله ، فأوصى إن أدى هذه الأربع نجوم وضع عنه من كتابته خمسين ديناراً فتكاملت عليه أربع نجوم سوى الأول ، فقال العبد : قاصوني بها فيما وضع عَنِي سيدِي من الخمسين .

قال مالك : لا أرى له شرطاً في أولٍ ولا آخرٍ ، وأرى أن تقسم تلك الخمسون الدينار على النجوم فيوضع عنه بقدر كل نجم ما يصيبه من الخمسين ، وكانت وصيته وقد تداركت على العبد أربع

نجموم لم يودها ، قال أرى أن يُقسم ذلك على ما حَلَّ وما لم يَحْلَّ ،
ولا ينظر في ذلك إلى قول العبد لأنْ يُعَجِّلَ لَهُ ، ليس ذلك له .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه . من أَنَّ وجهاً
الحكم في ذلك الفَضْل على جميع النجوم إِذَا لم يَخُصَّ الموصي الأول منها
من الآخر ، فلا ينظر إلى قول العبد في تعجيل الوضيعة من أول النجوم ، وَلَا
إِلَى قول الورثة في تأخيرها إلى آخر النجوم وبالله التوفيق .

مسألة

وُسْأَلَ عَنْ امْرَأَةِ أَعْتَقَتْ نَصْفَ عَبْدٍ لَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَأَمْرَتْ أَنْ
يُكَاتِبَ نَصْفَهُ الْآخَرَ كَيْفَ يُكَاتِبُ النَّصْفَ ؟ قَالَ : عَلَى قَدْرِ حَالِهِ
وَقُوَّتِهِ فِي ذَلِكَ وَجْرَائِهِ عَلَى قَدْرِ تَأْدِيَتِهِ .

قال محمد بن رشد : قولُهُ أَعْتَقَتْ نَصْفَ عَبْدٍ لَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ مَعْنَاهُ
أَوْصَتْ بِعْتَقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْمَسْأَلَةُ بَيْنَهُ عَلَى مَا قَالَ ، لَأَنَّهَا إِذَا أَوْصَتْ بِعْتَقِهِ
فَلَا يَجِدُ أَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهَا النَّصْفَ الْآخَرَ فِي ثُلُثَهَا بِالْتَّفَاقِ فِي الْمَذْهَبِ ، وَإِذَا لَمْ
يَجِدْ ذَلِكَ وَجْبًا أَنْ تَنْفَذَ وَصِيَّتِهِ بَأْنَ يُكَاتِبَ النَّصْفَ الْآخَرَ عَلَى مَا قَالَ مِنْ قَدْرِ
حَالِهِ وَقُوَّتِهِ عَلَى الْأَدَاءِ وَجَرَائِهِ ، وَنَقْلَابُنُ أَبِي زِيدٍ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي التَّوَادِرِ فَقَالَ
فِيهَا : أَعْتَقَتْ نَصْفَ عَبْدٍ لَهَا عَنْدَ مَوْتِهِ وَالْحَكْمُ فِي ذَلِكَ سَوَاء ، لَأَنَّهَا إِذَا
أَعْتَقَتْ نَصْفَهَا فِي مَرْضِهِ فَلَمْ يُعَتَّرْ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى مَاتَتْ لَا يَعْتَقَنَ النَّصْفَ الْآخَرَ
عَلَيْهَا فِي ثُلُثَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَوْتُ قَدْ عَافَصَهَا عَلَى اخْتِلَافٍ فِي ذَلِكَ قَدْ مَضِيَ
تَحْصِيلُهُ فِي رِسْمِ الْعَتْقِ مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبِ مِنْ كِتَابِ الْعَتْقِ ، وَلَوْ أَعْتَقَتْ نَصْفَ
عَبْدٍ لَهَا فِي مَرْضِهِ فَأَوْصَتْ بَأْنَ يُكَاتِبَ النَّصْفَ الْآخَرَ فَعُثِرَ عَلَى ذَلِكَ قَبْلَ مَوْتِهِ
لَعْنَهُ عَلَيْهَا بَاقِيَّهَا فِي ثُلُثَهَا وَبِطْلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي ذَلِكَ بِعْتَقِهَا وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ .

مسألة

وسائل عن قوم يقسمون من الصدقة وجدوا مكاتبًا قد بقيت عليه بقية من كتابته أترى أن يعطى منها ما يُعتقد به قال ما أرى بأساً وغيره أحب إلى يعني تركه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال أحدها هذا أنه يجوز أن يعطي المكاتب من الزكاة ما يُعتقد به وإن كان ولاةً للذى كاتبه ، وكذلك يجوز على هذا القول أن يُعطي الرجل من زكاة ماله الرجل على أن يعتقد عبده وإن كان ولاةً للمعتنق ، وكذلك الرقبة يكون بعضها حراً وبعضها رقيقاً يجوز أن يشتري ما رق منها من الزكاة فيتم ذلك عتقها ، وقد حكى ذلك ابن حبيب في الواضحة عن مالك والقول الثاني أنه لا يجوز أن يعطي من الزكاة المكاتب وإن تمت بذلك عتقه من أجل أن ولاةً للذى كاتبه ، وهو نص قول ابن القاسم في الواضحة أنه لا يجوز أن يجعل زكاته إلا في رقبته يكون ولاةً لجميع المسلمين ظاهر روايته عن مالك في المدونة والقول الثالث أنه يجوز أن يُعَانَ بذلك المكاتبون الذين لا يقدرون على أداء كتابتهم فيودوا عتقهم بقدر قلة المال وكثرة من غير أن يشترط في ذلك كمال حرفيتهم ، هذا ظاهر قول المغيرة في تأويل قول الله تعالى وفي الرقاب وفي الرقاب ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف أنه قال وقد أشار على مالك وعلى ابن أبي حازم أن يجعل من الصدقات في المكاتبين وفي الرقاب ، والقول الأول إسْتِحْسَانُ وَالثَّانِي هُوَ الْقِيَاسُ ، وَقَوْلُ الْمَغِيرَةِ ضَعِيفٌ ، وَوَجْهُ إِتَّبَاعِ ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى « وَفِي الرِّقَابِ »^(٢) قال ابن حبيب : وكان أصيغ لا يرى أن يُفَكَّ أسرى المسلمين من الزكاة ، ومن فعل ذلك ضمنها ، وأنا لا أرى ذلك ، لأنها رقاب قد جرى عليها الرق لأهل الشرك ، فإنما يُفَكَّ من رق إلى عتق وبالله التوفيق .

(٢) الآية ٦١ من سورة التوبة .

مسألة

قال مالكُ كان زِيادُ فَدْ أَعْانَهُ النَّاسُ فِي فَكَاكِ رَقْبَتِهِ وَأَسْرَعَ النَّاسَ فِي ذَلِكَ ، وَفَضْلُ مَا قُوْطِعَ عَلَيْهِ مَالُ كَثِيرٍ ، فَرَدَهُ إِلَى مَنْ أَعْطَاهُ بِالْحَصْنَ ، وَكَتَبُوهُمْ زِيادُ عَنْهُ فَلَمْ يَزُلْ يَدْعُو لَهُمْ حَتَّى مَاتَ .

قال محمد بن رشد : هذا مذهب مالك وقوله في المدونة إن كانوا أعادوا المكاتب على وجه الفكاك لرقبته ولم يكن ذلك منهم على وجه الصدقه عليه ، كان عليه أن يستحلهم من ذلك أو يرده عليهم بالحصن كما فعل زِيادُ مولى ابن عباس .

ومن كتاب البز

قال مالك في الذين يَرَوْنَ الْإِسْتِسْعَاءَ وَخَطَّاً مَا يَقُولُونَ ، كيف يُصْنَعُونَ بِالصَّبِيِّ الصَّغِيرِ؟ يُرِيدُ الْذِي لَيْسَ فِيهِ عَمَلٌ وَالْجَارِيَّةُ الَّتِي تُسْتَسْعَى وَلَا تَقْوَى عَلَى عَمَلٍ؟ .

قال محمد بن رشد : لم يأخذ مالك بحديث الإستساع وهو ما رواه أبو هريرة عن النبي عليه السلام قال : من اعتق نصيباً أو شِرْكَأً في مملوك فعليه خَلَاصُهُ كله في ماله ، فإن لم يكن مال استساعي العبد غير مشفوق عليه^(٣) ، وإنما اخذ بحديث ابن عمر الذي رواه عن نافع عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اعتق شِرْكَأً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قُومٌ عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وأعتق عليه العبد وإن فقد عتق عليه منه ما عتق^(٤) ، إما لأنه لم يصح عنده حديث أبي هريرة في

(٣) حديث أبي هريرة رواه الجماعة ، وهو عند البخاري في كتاب الشركة باب تقويم الأشياء بين الشركاء وفيه من اعتق شيئاً . والشقيق كالنصيب وزناً ومعنى .

(٤) حديث ابن عمر رواه البخاري في كتاب العتق باب إذا عتق عبداً بين اثنين .

الاستساع ، يكون العبد من لا تصح السعاية منه على ما قاله في هذه الرواية وتابعه جميع أصحابه على قوله فلم يوجبوا للشريك على المعتق لحظة من العبد إذا كان معسراً قيمة ، ولا على العبد سعاية ، وقالوا : هو بال الخيار إن شاء أعتق حظه ، وإن شاء تمسك به رقيقاً ، وقد قيل إنَّ من حقه أنْ يضمنه القيمة فيتبعه بها في ذمته ويعتق العبد عليه ، وقد مضى ذلك في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب العتق .

ومن أهل العلم خارج المذهب من رأي المُعْتَق ضامناً لقيمة نصيه موسراً كان أو معسراً ، وقالوا هي جنابة منه عليه في نصيه فيلزمها قيمة في اليسر والعدم ويكون له ولاة شاء شريكه أو أبي ، وحجتهم على ما روي عن أبي الملح عن أبيه أنَّ رجلاً أعتق شقصاً له في مملوكه فأعتقه النبي عليه السلام ، وقال ليس لله شريك .

ومنهم من قال إنَّ الشريك مخيرٌ إن شاء أعتق نصيه وفك له نصف ولاته وإن شاء ضمِّن المعتق فعتق عليه جميعه وكان له ولاة كما يقول أصحاب مالك في الموسير .

ومنهم من يقول إنَّ العبد يعتق كله على الذي أعتق حظه منه ، ويكون ولاة له موسراً كان أو معسراً ، فإنْ كان موسراً ضمن القيمة لشريكه ، وإن كان معسراً استسعى العبد فيها ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ابن الحسن .

ومنهم من قال إنَّ الشريك مخيرٌ إذا كان المعتق لحظة موسراً بين أن يعتق حظه فيكون له نصف ولاته ، وبين أن يستسعى العبد في نصف قيمته ، فإذا أدتها إليه عتق ، وهو قول أبي حنيفة ، ومن قوله أيضاً في الموسير أن الشريك بال الخيار إن شاء أعتق كما أعتق وكان الولاء بينهما ، وإن شاء استسعى العبد في نصف القيمة ، فإذا أدتها عتق وكان الولاء بينهما ، وإن شاء ضمِّن المعتق نصف القيمة فإذا أدتها عتق ورجع بها المضمن على العبد استسعاه فيها وكان ولاة للعتق ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن مكاتب كوبت على كذا وكذا درهماً في نجوم وزَّعها عليه فجاء بنجومه عدداً ولم يكن في شرطه عدد ولا كيل فأبى أهلُه أن يأخذوا إلا كيلًا وفيها زيادة في وزنها ، فقال مالك : إذا أعطاهم دراهم وزنة فرادى فليس لهم غير ذلك .

قال محمد بن رشد : معنى هذا إذا كان البلد يجري فيه الفرادى والكيل ولم يكن بينهما شرط ولا ادعى أحدهما نية ، وأما إن كان البلد يجري فيه الفرادى والكيل ولم يكن بينهما شرط فقال المكاتب إنما أردتُ الفرادى ، وقال السيد إنما أردتُ الكيل ، فالقول قول المكاتب مع يمينه ، فإن نكلَ كان القول قول السيد مع يمينه ، وكذلك إذا اختلفا فقال المكاتب كان الشرط بيننا على الفرادى ، وقال السيد بل كان الشرط بيننا على الكيل ، فالقول قول المكاتب مع يمينه على ما يدعى منه أيضاً ، هذا الذي يأتي في هذه المسألة على أصولهم ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين دينارٍ

قال مالك في مكاتب كان يبيع لسيده في ماله ، كان رجل قد دفع إلى سيده سلعة يبيعها له ، فزعم المكاتب أنه قد باعها وحسابه سيده بثمنها وقبضه منه .

قال : ما أرى أن يلزِم المكاتب ما أقرَ به من أمر تلك السلعة بشيء من ثمنها .

قال محمد بن رشد : معنى قوله إنه لا يلزمه غرّم ثمن السلعة ويُضَلِّقُ مع يمينه في أنه قد حاسب سيده به وقبضه منه على أصولهم في أنَّ الوكلاء مؤتمنون مصدقون مع أيمانهم في دفع أثمان ما وُكِلُوا على بيعه ، وفي ذلك تفصيلٌ واختلافٌ قد مضى تحصيله في رسم حَلَفَ أن لا يبيع سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات ، وفي غير ما موضوع سواه وبالله التوفيق .

ومن كتاب نَدَرَ سَنَةً يصومها

وسائل عن مكاتب بين رجلين فُيريد أحدهما بيع نصيه منه .
قال : ما أعلمُ أن المكاتب يباع بعضه ، قلت أفكَرَه ذلك ؟
قال : نعم ، إِمَّا أن يباع كله وإِمَّا أن يترك .

قال سحنون : إنما يُكره بيع نجم من نجوم المكاتب ، فأما ثلث ما عليه أو رُبْعه أو نصفه فليس به بأس ، قال أصبح مثله ، وإنما يُكره بيع نجم من نجومه إذا كان بعينه فإذا لم يكن بعينه لم يكن به بأس لأن ذلك يرجع إلى أن يكون جزءاً من الأجزاء ، وقال سحنون مثله ، وقال إذا اشتري نجماً من عشرة نجومٍ واشتراه مُسجلاً ليس بعينه فهو جائز ، وهو كأنه اشتري عُشر الكتابة .

قيل له : فإن عجز المكاتب عن أداء كتابته ؟ قال يكون عُشرُ رقبته ربيعاً لهذا الذي اشتري نجماً من عشرة نجم .

قا محمد بن رشد : لم يجز مالك في هذه الرواية لأحد الشريkin في كتابة المكاتب أن يبيع حصته منها ، وله مثل ذلك في سماع يحيى وفي سماع سحنون ، خلافٌ ما له في موطأه من إجازة ذلك ، ولم يختلف قوله في

أنه لا يجوز للرجل ، إذا كانت الكتابة كلها له أن يبيع جزءاً منها ، وأجاز ذلك ابن القاسم في سماع أصيغ مثل قول سحنون وأصيغ لها هنا في إجازة بيع جزء من أجزاء الكتابة وبيع نجم منها إذا لم يكن معيناً ، لأنه يرجع إلى جزء معلوم ، وسواء اتفقت النجم في العدد أو اختلفت إذا عُرف عددها وَعَدْدُ كل نجم منها ، جاز شراء نجم منها إذا لم يكن معيناً لأنه يرجع إلى جزء معلوم ، وقد وقع في العشرة ليحيى .

قلت لم كُره لأحد الشريكين بيع نصيه من الكتابة ولو اجتمعا جميعاً على بيعها لم يكن بذلك بأس ؟ قال إنما بيع الشريك نصيه بمنزلة الذي يملكه كله فيبيع نصفه .

قلت له : فإذا كان كله لرجل فلائي شيء يمنع من بيع نصفه وقد يجوز له بيع الجميع ؟ فقال : لم يختلف في هذا قول مالك ، وبه مضى الأمر عندهم في المكاتب أن لا يبعض ، وإنما يجوز بيعه كله وبيعه كله فيه مغمز ، وإنما يجوز إتباعاً لمالك فكيف يجوز بيع بعضه ؟ فهذا من قول ابن القاسم خلاف قوله من سماع أصيغ عنه ، وخلاف قول سحنون وأصيغ لها هنا مثل قول مالك في هذه الرواية ومثل ما وقع له أيضاً في سماع يحيى وفي سماع سحنون .

فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يجوز بيع جزء من الكتابة كلها لرجل واحد فباع بعضها أو كانت بين رجلين فباع أحدهما حصته منها ، وهو قول مالك في هذه الرواية ، وما وقع من قوله في سماع يحيى وسماع سحنون ، لأنه إذا لم يجز لأحد الشريكين بيع نصيه فأخرى أن لا يجوز للذى له الكتابة كلها بيع بعضها ، وقول ابن القاسم في العشرة أيضاً والثانى أن ذلك جائز في الوجهين جميعاً ، وهو قول سحنون وأصيغ لها هنا ، وقول ابن القاسم في سماع أصيغ بعد هذا ، لأنهم إذا أجازوا للرجل الواحد أن يبيع بعض كتابته أو نجماً غير معين منها فأخرى أن يجوزوا لأحد الشريكين في الكتابة بيع حصته

منها ، والثالث الفرق بين الوجهين ، وهو قولُ مالك في موطأه ، لأنَّه أجاز فيه لأحد الشريكين في الكتابة بيع نصيبيه منها ، ولم يختلف قوله في أنه لا يجوز إذا كانت الكتابة لرجلٍ واحدٍ أن يبيع جزءاً منها ، وإنما يجوز لأحد الشريكين في الكتابة بيع حصته منها على مذهب من يجيز ذلك إذا باع حصته من أجنبي ، فاما إن باعها من المكاتب فلا يجوز ، لأن ذلك كالقطاعة ، ولا يجوز لأحد الشريكين أنْ يقاطع المكاتب على نصيبيه من الكتابة دون إذن شريكه ، قال ذلك ابنُ الماجشون في كتاب ابن الموز ، وقاله محمد ابنُ الموز أيضاً ، وهو قائم من قول مالك في موطأه ، لأنَّه قال فيه : إنَّه إذا باع أحدُ الشريكين في الكتابة نصيبيه في الكتابة لم يكن للمكاتب في ذلك شفعة ، لأنَّه يصير بمنزلة القطاعات ، وليس له بذلك حرمة .

قال : وأما إذا بيعت الكتابة كُلُّها فأحسن ما سمعت أنه أحقُّ باشتراكه كتابته ممن اشتراها إذا قويَّ أن يؤدي إلى سيده الثمن الذي باعه به نقداً ، وذلك أنَّ اشتراكه نفسه عَنَاقَةً ، ومعنى ذلك عندي أنه أحقُّ بها بما يعطي فيها ما لم ينفذ البيع فيها على ما قاله في رسم اغتسال من سماع ابن القاسم من كتاب العتق في الرجل تكون تحته المرأة ثلثاً حر وثلثاً رقيق ، ولو منها ولدُ أنه أحقُّ بهم بالثمن الذي أعطى سيدهم به إن أراد بيعهم ، ومثله أيضاً لمالك في رسم نقدتها من سماع عيسى من كتاب النكاح ، وسيأتي في سماع أشهب بعد هذا ما ظاهره أنَّ المكاتب أحقُّ بكتابته إذا بيعت بعد نفاذ البيع فيها مثلُ ما حكى ابنُ حبيب عنه من رواية مطرف وعن ابن الماجشون وأشهب وابن عبد الحكم وأصبح خلافُ ما حكى عن مالك من رواية ابن القاسم عنه من أنه كان يرى ذلك حسناً ولا يرى القضاء به ، وقال أبو بكر الأبهري : إنما كره لأحد الشريكين في الكتابة بيع حصته منها لأن ذلك بمنزلة مقاطعته على مال يأخذه دون شريكه ، وذلك غيرُ جائز ، ووجهُ إجازته أنه إذا جاز بيع كتابته كلها حَالَةً بيع بعضُها كرَبَّةً العبد يجوز بيع جميعها وببيع بعضها وبالله التوفيق .

من سِمَاع أَشْهَبَ وَابْنِ نَافعِ مِنْ مَالِكٍ

قال أَشْهَبَ سَمِعْتُ مَالِكًا سُئِلَ عن مَكَاتِبَ قَاطِعَ سَيِّدِهِ فِيمَا بَقِيَ
عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ بِعَدِ دَفَعَهُ إِلَيْهِ فَاعْتَرَفَ فِي يَدِيهِ بِسُرْقَةٍ فَأَخْذَ مِنْهُ ،
قَالَ : يَرْجُعُ عَلَى الْمَكَاتِبِ بِقِيمَةِ مَا أَخْذَ مِنْهُ مَا كَانَ ، وَكَذَلِكَ
الْمَكَاتِبُ يَقَاطِعُهُ سَيِّدُهُ بِحَلْيٍ اسْتَرْفَعَهُ أَوْ ثَيَابٌ اسْتُوْدَعَهَا ثُمَّ يَعْتَرَفُ
ذَلِكَ فِي يَدِي سَيِّدِهِ فَيُؤْخَذُ مِنْهُ ، أَيُعْتَقُ الْمَكَاتِبُ هَكَذَا بِيَاطِلَ ؟ لَا
يُؤْخَذُ الْحَقُّ بِالْبَاطِلِ !!!

قال محمد بن رشد : قال في الذي يقاطع سيده فيما بقي عليه من
كتابته بعده دفعه إليه فاعترف في يديه بسرقة فأخذ منه : إنه يرجع على
المكاتب بقيمة ما أخذ منه ما كان ، يريد فإن لم يكن له مال اتبع به دينًا ولم يرد
إلى الكتابة ، لأن حرثته قد تمت بالقطاعة ، قاله أشهب في المدونة ، وهو
يحمل على التفسير لروايته عن مالك هذه ، وفي المدونة وهو أحد قول ابن
القاسم في المدونة ، وقد قيل إنه إن لم يكن له مال رد مكاتبًا كما كان حتى
يؤدي القيمة ، وهو قول ابن نافع في المدونة ، وقيل إنه إذا استحق العبد من
يده رجع مكاتبًا كما كان حتى يؤدي قيمته ، وهو أحد قول ابن القاسم في
المدونة ، قاله في المكاتب يؤدي كتابته إلى سيده من أموال غرمائه فإذا خذلوا
ذلك منه ، ولا فرق بين المسألتين ، لأن له شبهة فيما بيده من أموال غرمائه .

فيتحصل في المكاتب يقاطع سيده من كتابته على شيء بعينه له فيه
شبهة المالك فيستحق من يد سيده ثلاثة أقوال أحدها أنه يرجع في الكتابة حتى
يؤدي إلى سيده قيمة ذلك ملیاً كله أو معدماً ، وهو الذي يأتي على قول ابن
القاسم في المدونة في الذي يؤدي كتابته إلى سيده مما بيده من أموال

غمائة ، والثاني أنه لا يرجع في الكتابة إلا أن يكون معدماً ، وهو قول ابن نافع في المدونة ، والثالث أنه لا يرجع في الكتابة ملياً كان أو معدماً ، ويتبين بذلك إن كان معدماً في ذمته ، وهو حر بالقطاعة ، وهو قول أشهب في المدونة مفسراً لروايته هذه عن مالك .

وأختلف قول ابن القاسم إذا قاطع عبد القِنْ على عبد بعينه فاستحق من يده ، فمرة قال إنه كالمكاتب يرجع عليه بقيمتها ، ومرة قال إنه لا يرجع عليه بشيء لأن ذلك كالانتزاع إذا كان بعينه ، حكى القولين عنه ابن المواز ، ولا اختلاف إذا قاطع سيده على عبد موصوفٍ فاستحق من يده أنه يرجع عليه بقيمتها ولا يُرد في الكتابة .

وأما إذا قاطع سيده على شيءٍ بعينه لا شبهة له في ملكه اعترفه مولاه كالحلي يسترفعه أو الثياب يستودعها وما أشبه ذلك ، فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز له ، ويرجع في الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدي قيمة ما قطع به .

قوله في هذه الرواية وكذلك المكاتب يُقاطع سيده بحلي استرفعه أو ثياب استودعها ليس يريد أن ذلك مثل المسألة التي تقدمت في جميع الوجوه ، وإنما يريد أنها مثلها عنده في أن للسيد الرجوع عليه وإن افترق الحكم في ذلك ، لأنه لا يرجع إلى الرق في المسألة الأولى ، على قوله ، ويرجع إليه في الثانية ، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن المكاتب يشتري أخاه أيددخل معه في الكتابة؟ فقال ما سمعت ذلك ، فقيل له : لا يدخل معه إلاّ الولد؟ فقال : برأسه .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ، لأنه قال فيها : إن كان من يُعتق على الرجل إذا ملأه

يدخل في كتابة المكاتب إذا اشتراهم بإذن سيده أو وُهِبُوا له فقبلهم بإذنه ، وقال ابن نافع وغيره لا يدخل في كتابته إلا الإبن خاصة إذا اشتراه بإذن سيده لأنَّ له أن يستحدثه .

فهي ثلاثة أقوال في المسألة لكل قولٍ منها وجهٌ فوجه القول الأول أنه لما كان إذن السيد لمكاتبته في أن يشتري من يُعْتَقَ عليه إذنًا له منه له في أن يُدخله معه في الكتابة ، إذ لا وجه في إذنه له في شرائه إلا ذلك ، إذ لو أراد أن يمنعه من شرائه على أن لا يدخله معه في كتابته لم يكن ذلك له ، إذ لا ضرر عليه في ذلك لأنَّه يبيعهم إنْ خَشِيَ العجزَ ويُعتقدون بعتقه إن أدوا لِمَا أذنه له في شرائهم على أن يدخلوا معه في كتابته قد يؤدي إلى عجزه ، لأنَّ أثمانهم التي اشتراهم بها كان يَتَقَوَّى بها على سعادته لم يَرَ أن يدخل في كتابته إذا اشتراهم بإذنه إلا الولد والأب الذي اتفق أهلُ العلم أنهم يعتقدون على من ملكهم ووجه القول الثاني وهو مثل قول ابن القاسم وروايته عن مالك في أنه يدخل في كتابة المكاتب كُلُّ من يعتقد عليه إذا اشتراهم بإذن السيد .

فقوله إذا اشتراهم بإذنه على أن يُدخلن لهم في كتابته فكانه قد كاتبهم معه ولا يراعي ما يخشى من أن يؤدي ذلك إلى عجزه فيَمَن يُعتقد عليه مما سوى الآباءِ والولد كما لا يراعي ذلك في الآباءِ والولد ، وهذا القول هو القياس على المذهب ، لأنَّ مراعاة الخلاف إنما هو استحسان ، ووجه القول الثالث وهو قول ابن نافع أنه لا يدخل في كتابته إذا اشتراه بإذن السيد إلا الإبن وحده .

مسألة

وسائل عن المكاتب إذا باع سيده كتابته أهو أولى بذلك ؟ قال هو أولى بكتابته إذا كان ما اشتري منها يعتقد به ، وإن كان لا يعتقد به فليس ذلك له .

قال محمد بن رشد : ظاهر هذه الرواية عن مالك أن المكاتب أحق بكتابته إذا بيعت بعد نفوذ البيع فيها كالشفعه مثل ما في كتاب المكاتب من المدونة لعمر ابن عبد العزيز وعطاء وسعيد ابن المسيب ، ومثل ما في كتاب أمهات الأولاد من المدونة في باب الرجل يطاً أمَّةً مكاتبته فتحمل لغير ابن القاسم ، ومثل ما حكى ابن حبيب عن مالك من رواية مطرف في أن الشفعه واجبة في الكتابة والدين خلاف ما حكى عن مالك من رواية ابن القاسم عنه من أنه لا يرى القضاء بذلك ، وهو مذهبُه في المدونة لأنَّه قال فيها : ولا شفعه في دينٍ ولا حيوانٍ ، فيحتمل أن تتأول هذه الرواية على ذلك بأن يقال معناها أنه يريد أنه أولى بكتابته إذا أراد سيله بيعها يأخذُها بما يُعطى فيها ما لم ينفذ البيع ، فإن نفذ البيع فيها لم يكن له من الحق أن يأخذها من المبتعث كالشفعه إذ لا شفعه على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة في شيء من الديون ولا العروض بعد نفوذ البيع فيها .

وأما إذا كان الذي بيع من كتابته حظ أحد الشركين فليس هو أولى بذلك لوجهين : أحدهما أن ذلك كالقطاعة لا تجوز إلا بإذن الشرك الآخرين والثاني أنه لا حرمة له بذلك ، قال ذلك في الموطأ وقد تقدم ذكره في سماع رسم نذر من سماع ابن القاسم .

مسألة

وسمعته يسأل عمن كاتب عبدِه واشترط أن ما ولد له من ولدِه منهم عبيد ، فقال : لا يجوز هذا الشرط قد كاتب المسلمين .

قلت : أفتمضي الكتابة ؟ قال : لا بل تفسخ الكتابة .

قيل له : أرأيت إذا قال السيد أنا أضع عَنْكَ ما اشترطت عليك من رق ولدك وأثبتت على كتابتك ؟ قال : إذاً يكون ذلك له .

قال محمد بن رشد : قوله إن الكتابة تفسخ بهذا الشرط إلا أن يشاء السيد وضعه فيجوز خلاف مذهبه في المدونة من أن الشرط باطل والكتابة جائزة في هذا وفي اشتراط جنين المكاتبنة في كتابتها أو وطئها طول كتابتها ، وكذلك يأتي في هاتين المسألتين على روایة أشهب هذه الكتابة تفسخ إلا أن يرضى السيد بترك الشرط ، وقد وقع ذلك من قول أشهب وروايته عن مالك في التوادر منصوصاً عليه فيما ، وإنما يخیر السيد في ذلك على هذه الروایة ما لم تفت الكتابة باستيفاء جميعها وإن لم يبق منها إلا درهم واحد وأما إذا فات باستيفاء جميعها فيبطل الشرط ويدخل الولد في الكتابة ، وقال محمد ابن المواز من رأيه : إنما يخیر السيد في ذلك ما لم يقبض من الكتابة شيئاً وأما إذا قبض منها ولو نجماً واحداً فيسقط الشرط وتمضي الكتابة .

وكذلك يأتي على القياس قول مالك في هذه الروایة إذا اشترط على المكاتب أن لا يخرج من خدمته حتى يؤدي أن يكون السيد بال الخيار بين أن يترك الشرط ويفسخ الكتابة ، وقد قيل إن اشتراط وطئ المكاتبنة بخلاف هذه الشروط ، لأن شرط حرام فيبطل وتجوز الكتابة ، وهو مذهب ابن القاسم على ما روي عنه أصيغ في سماعه بعد هذا أن اشتراط السيد على مكاتبته أن لا يخرج من خدمته حتى يؤدي يلزم وتجوز الكتابة بخلاف هذه الشروط ، وأصيغ يساوي بين هذه الشروط كلها ويرى الحكم فيها أن تبطل الشروط وتجوز الكتابة .

فالشروط تنقسم على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك قسمان أحدهما شرط حرام كاشتراط الوطئ على المكاتبنة في كتابتها ، وشرط فيه غرر كاشتراط كون جنين المكاتبنة عبداً وكون ما ولد للمكاتب من أمته عبداً وما أشبه ذلك ، فهذا القسم الحكم فيه عنده أن يبطل الشرط وتجوز الكتابة ، والقسم الثاني أن يكون الشرط لا حرام فيه ولا غرر إلا أنه مخالف لما مضى من سنة الكتابة ، مثل أن يشترط عليه أن لا يخرج من خدمته وما أشبه ذلك

فهذا يلزم فيه عنده الشرط ، وتجوز الكتابة ، وفي سماع عبد المالك ابن الحسن عن ابن وهب من كتاب الصدقات والهبات في هذا الشرط أن الكتابة متنفسخة ، وإذا قال ذلك في هذا الشرط الذي لا حرام فيه ولا غرر فاحرى أن يقوله فيما سواه من الشروط التي لا تجوز لحرمتها أو لغررها .

ويتحصل على هذا في جملة المسألة خمسة أقوال أحدها أن الشروط التي لا تجوز كلها سواء والحكم فيها أن تفسخ الكتابة بها إلا أن يرضى السيد بترك الشرط فيجوز الكتابة ، وهو قول مالك في هذه الرواية ، والقول الثاني أنها كلها سواء والحكم فيها أن تبطل الشروط وتجوز الكتابة ، وهو قول أصيغ والقول الثالث أنها كلها سواء والحكم فيها أن تبطل الكتابة بها ، وهو الذي يأتي على قول ابن وهب في سماع عبد المالك من كتاب الصدقات والهبات والقول الرابع تفرقة ابن القاسم التي ذكرناها بين الشرط الحرام والغرر ، وبين الشرط الذي لا حرام فيه ولا غرر إلا أنه مخالف لما مضى من سنة الكتابة ، والقول الخامس الفرق بين الشرط الحرام والشرط الغرر والذي هو مخالف لما مضى عليه العمل في الكتابة ، فيبطل الشرط الحرام وتجوز الكتابة ، وتفسخ الكتابة فيما سوى ذلك من الشروط إلا أن يرضى السيد بتركها ، وهذا القول هو تأويل بعض أهل النظر على رواية أشهب عن مالك هذه ، ولو اشترط المكاتب على سيده في كتابته إيهأً أن يدخل فيها ما يولد له من زوجة له أمة لسيده لجائز ذلك باتفاق ، وأين الماجشون يقولون في شرط السيد على مكاتبه في كتابته إيهأً لا يخرج من عمله أنه يجعل له أياماً من الجمعة يسعى فيها لنفسه على ما يؤدي إليه الاجتهد ولا تفسخ الكتابة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل وأنا أسمع عمن كاتب عبداً له واشترط عليه خدمة أو سفراً أو ضحية ثم جاء العبد بكتابته كلها فقال يوضع عنه كل ما كان

من شرطٍ في حُسْرِ العَبْدِ مِنْ خَدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكِ وَكُلُّ مَا كَانَ مِثْلُ الرِّيقِ وَالْكَسْوَةِ وَالضَّحِيَّةِ فَإِنَّهُ يُقْوَمُ ذَلِكَ عَلَيْهِ فَيَغْرِمُ قِيمَتَهُ مَعْ كِتَابَتِهِ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا كاتبه واشترط عليه خدمة أو سفراً في كتابته مثل أن يكتبه بكتابة منجمة أو غير منجمة إلى خمسة أعوام أو ستة ويشرط عليه خدمة أيام من كل جمعة وضحية وكسوة كل سنة إنه إن عجل الكتابة سقط عنه كل ما كان في بيته من خدمة وسفر إذ لا تتم عتاقه أحد وعليه بقية من رق ، ولم يسقط عنه ما كان في ماله من ضحية وكسوة ، فلا يعتق حتى يؤدي قيمة ذلك حالاً في كتابته ، وأصل ذلك أن ما كان يسقط عنه بالمرض يسقط عنه بتعجيز الأداء وهو ما كان في يديه ، وما لا يسقط عنه بالمرض لا يسقط عنه بتعجيز الأداء .

وكذلك لو اشترط عليه خدمة أو سفراً بعد أداء كتابته أو ضحية في كل سنة طول حياته لسقطت عنه الخدمة والسفر بأداء الكتابة ولم تسقط عنه الضحية التي شرط عليه في كل سنة طول حياته وكان الحكم في ذلك أن يعمر ثم ينظر إلى قيمة عدد الضحايا في تعميره ، فيقال له : أَدَّ قِيمَتَهَا السَّاعَةُ وَأَنْتَ حَرُّ ، وإن لم يكن له مال لم يعتق حتى يؤدي قيمتها ساعتين وليس إلى أجلها ، قال ذلك ابن القاسم في كتاب ابن حبيب ، ورواه عن مالك .

وإنما تسقط عنه الخدمة بأداء الكتابة إذا كانت الخدمة مشترطة في الكتابة وكان إنما يعتق بأداء الكتابة ، مثلاً ذلك أن يقول له كاتبتك على أن تؤدي إليكذا وكذا وأنت حر على أن تخدمني في كل شهر كذا وكذا وما أشبه تؤدي إليكذا وكذا ثم أنت حر على أن تؤدي إلي فيها كذا وكذا ، فهذا إن أدى تخدمني كذا وكذا ثم أنت حر على أن تؤدي إلي فيها كذا وكذا ، فلا تسقط عنه الخدمة بأداء الكتابة ، مثلاً ذلك أن يقول له أكاتبتك على أن تخدمني كذا وكذا ثم أنت حر على أن تؤدي إلي فيها كذا وكذا ، فهذا إن أدى المال قبل تمام الخدمة لم يعتق إلا بانقضائه أمد الخدمة ، وإن انقضى أمد

الخدمة قبل أن تؤدي المال أعتق في أمد الخدمة وكان ما بقي من المال المشترط عليه بعد انقضائه أمد الخدمة ديناً عليه يؤديه وهو حر ، إذ قد يُتَّلِّث حريته بانقضاء أمد الخدمة ، هذا معنى ما حكاه ابن حبيب في الواضحة عن أصيغ فيما سأله عنه من تفسير قول مالك ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسمعته يقول كاتب سلمان الفارسي أهله على مائة ودية يجيئها^(٥) لهم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا غرستها فاذْتَي ، فلما غرسها أذن رسول الله فَدَعَا لَهُ رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فلم تمت منها وَدِيَةً واحدة .

قال محمد بن رشد : في هذا الحديث إجازة الكتابة على هذا النحو من الغرر في حق المكاتب ، لأنه لا يدرى إذا اغترس من التخل هل يحيى أم لا ؟ ففيه حجة على ما أجازوه من الكتابة على عبد فلان وهو لا يدرى هل يقدر على أن يتخلصه من صاحبه أم لا من أجل أنه عبده يجوز له فيما بينه وبينه من الغرر ما لا يجوز له فيما بينه وبين غيره ، والكتابة على هذا من ناحية الجعل الذي أجازه أهل العلم لما شهد بجوازه من صحيح الآثار مع ما ذُلِّ عليه من حكم القرآن في قوله تعالى : « وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَّا بِهِ زَعِيمٌ »^(٦) فالكتابة على إحياء عدد من الغرس أو على عبد فلان يشبه قول الرجل لعبده إن جئتني بعدي الأبق أو بجملي الشارد فأنك حر فالقياس على هذا إن لم يقدر على إحياء الغرس أو تخلص العبد إلى الأجل الذي يضرب له في ذلك أن يرجع في الرق ، وقد قال سخنون إنه إن لم يقدر عليه كانت عليه قيمته ، وقال أيضاً محمد ابن الموز ، وليس ذلك على الأصول ، وبالله التوفيق .

(٥) كذا بالأصل وينسخة ق ٣ : « يجيئها لهم » ، ولعل صوابه يجيئها بالمهملة .

(٦) الآية ٧٢ من سورة يوسف .

مسألة

قال وسمعته يقول : أتى إلى سعيد بن المسيب مكاتب له ، فقال له إذن لي أن أخرج إلى مكان كذا وكذا ، فقال له سعيد : [لا] فانصرف عنه المكاتب فأصلح شأنه وأراد الخروج فأتي إلى سعيد ابن المسيب فقيل له إن مكتبك يخرج ، فقال : موعده يوم القيمة ، فقال مالك يُوقن بيوم الحساب ويعلم أن الناس سيَوْفُونَ حقوقهم .

قال محمد بن رشد : هذا من قول سعيد ابن المسيب مذهب مالك ، ونصه في موطاه وفي المدونة وغيرها أن المكاتب ليس له أن ينكح ولا يُسافر إلا بإذن سيده ، اشترط ذلك عليه أولم يشترطه إذ قد يُجحِّفُ النكاح بماله فيعجز فيرجع رقيقاً إلى سيده لا مال له ، وقد تحل نجومه وهو غائب عن سيده فليس على ذلك كاتبه وبالله التوفيق .

من سمع عيسى ابن دينار

من ابن القاسم من كتابٍ نقدَها نقدَها

قال عيسى سئل ابن القاسم عن كاتب عبده فأوصى لرجل عند موته بربعه ، وأعتقد ربعه ثم هلك العبد بعد ذلك وترك مالاً أو عجز .

قال : إن عجز فللذي أوصى له بربعه ربُّ الخدمة وهو ربع الرقبة ، وللورثة نصفُها وربعُ العبد حر .

فإن مات وترك مالاً استوفى الذي أوصى له بالكتابة وللورثة ما

بقي لهم عليه من الكتابة وهي ثلاثة أرباع الكتابة للذي أوصى له بربع الكتابة ربع الكتابة ، وللورثة الربعان ، فإن فضل فضلة كان للموصي له بالربع الثالث وللورثة الثلثان لأنه إنما ورث بالرق .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأن من اشتري كتابة مكاتب أو وهبت له أو أوصي له بها يحل محل السيد في أن له رقبته إن عجز ويرثه إن مات ، وكذلك فيما اشتري منها له إن اشتري البعض منها أو وُهَب له أو أوصى له به لأن معنى قوله أو أوصى له بربعه أو أوصى له بربع كتابته ، لأن الكتابة هي التي يملك منه ، وأما إذا أعتق السيد بعض مكاتبها أو حظه منه إن كان له فيه شريك أو وضع له بعض ماله عليه من الكتابة أو حظه منها إن كان له فيه شريك كذلك بخلاف إذا أوصى بذلك هو في الحياة وضع لا عتق وفي الوصية بعد الموت عتق من الثالث ، هذا قوله في المدونة وغيرها ، فوجب إذا أوصى رجل عند موته لرجل بربع كتابة مكاتبها وأعتق ربعه ثم مات أن يعتق منه الربع في ثلثه وأن يحل الموصي له بربعه محل الموصي ، فيكون شريكاً للورثة في رقبته إن عجز بالربع وللورثة الربعان ، ويكون ربع العبد حراً .

وإن مات وترك مالاً استوفى الذي أوصي له بالكتابة والورثة ما بقي لهم عليه من الكتابة ، وهي ثلاثة أرباعها إذ قد أعتق الربع منه بالوصية ثم كل ما بقي ميراثاً بين من له فيه الرق على قدر ما لهم فيه من الرق ، للموصي له بربع رقبته الثالث وللورثة الثلثان على ما قال ، وبالله التوفيق .

مسألة

وعن رجل كاتب عبدين له فمات أحدهما وترك أمّ ولد وولداً له منها ، والعبد الباقى له مالٌ كثير أو لا مال له ، فما حال أمّ الولد ؟

قال إذا لم يكن للعبد الباقى مالٌ ولم يكن لها ولدٌ بيعت ، فإن كان في ثمنها وفأء للكتابة عتق العبد الباقى واتبعه السيد بالذى كان

يصيبه من الكتابة ، وإن كان لها ولد ولم يَقُوْوا وُفِّقت هي ولدتها ، فإن أَدَى العَبْدُ الباقي جميع الكتابة عتق وعتقوا واتبعهم بما أدى عنهم مما كان يصيبهم من الكتابة ، وإن عجز هو وهم رجعوا ريقاً لسيدهم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن حرمة أم الولد المكاتب إنما هي لسيدها ولو لولده منها أو من غيرها ، فإذا مات أحَدُ المكاتبین في كتابة واحدةٍ وترك أَمَّ ولده ولم يكن له ولدٌ منها ولا من غيرها لم تكن لهم حُرمة ، وكانت كسائر أموال المتوفى يُؤَدِّي منه الكتابة ، فإن كان فيها وفاء بها عتق العبد الباقي واتبعه السيد بالذى يصيبه من الكتابة كما كان يتبعه المتوفي لو أدى هو جميع الكتابة ، لأن المكاتبین معاً في كتابة واحدة كُلُّ واحدٍ منهم حمِيلٌ عن صاحبه بما ينويه منها يتبعه بما أَدَى عنه منها إذا لم يكن بينهما رَحْمٌ يوجب عتق كُلِّ واحدٍ منها على صاحبه إذا ملكه ، لأن مال المتوفى منهم قد صار إلى السيد فوجب إذا أعتق فيه الباقي أن يرجع السيد عليه بما كان يرجع به عليه لو أدى عنه في حياته .

وإن لم يكن له فيها وفاء بالكتابه قبض السيد ثمنها من الكتابة ، فإذا أدى الباقي بقيه الكتابة عتق ونظر إلى ثمنها ، فإن كان أكثر مما يجب على الميت من الكتابة اتبعه السيد بنصف ذلك .

وأما إن كان لها ولد فلا تباع إلا أن يعجز ولدتها والمكاتب الباقي عن الكتابة ، فإن لم يعجزوا وأَدَى المكاتبُ الباقي جميع الكتابة عتق وعتقوا واتبعهم بما أدى عنهم مما كان يصيبهم من الكتابة كما قال ، وذلك نصف ما أدى إن كان أَدَى جميع الكتابة ، وكانت حاله مع صاحبه المتوفى متساوية في القيمة والقدرة على أداء الكتابة وبالله التوفيق .

من كتاب استاذن سيده

قال عيسى : وسألت ابن القاسم عن الرجل يبيع مكاتبه فيعتقه الذي اشتراه ، قال أن اعتقه جاز عتقه ، وإن لم يعتقه رد إلى الذي كاتبه ورد الثمن ، وإن مات عند المبتاع قبل أن يعتقه أو اعتقه فقد ضممه المبتاع ، وليس على البائع أن يرد شيئاً من الثمن ولا أن يخرج منه شيئاً فيجعله في رقبته مثل ما يفعل في المدبر إذا باعه ففات بموته .

قال محمد بن رشد : قوله إنه إن اعتقه المشترى جاز عتقه ولم يُرد ، يزيد إذا كان المكاتب قد علم بالبيع على ما قاله في المدونة من أن ذلك عنده رضي بفسخ الكتابة ، وهو مثل قول أشهب فيها إن يعتق يُرد إذا كان المكاتب لم يعلم بالبيع ، وهذا إذا لم يكن للمكاتب أموالاً ظاهرة لأنها إنما يكون لها أن يُعجز نفسه إذا لم تكن له أموالاً ظاهرة ، وقد قال بعض الرواة في المدونة : وهو قول ابن نافع في سماع محمد ابن خالد في كتاب الولاء إن العتق يُرد على كل حال ، هذا الذي أقول به في تأويل ما وقع في المدونة في هذه المسألة ، فعلى هذا الاختلاف في أن العتق يُرد إذا كانت له أموالاً ظاهرة علم المكاتب بالبيع أو لم يعلم به ، إذ ليس له أن يُعجز نفسه إذا كانت له أموالاً ظاهرة ، وقد كان من أدركنا من الشيخ يحملون الروايات على ظاهرها من غير تفصيل ، فيقولون فيها إنها ثلاثة أقوال ، يرد العتق ، ولا يرد ، والفرق بين أن يعلم المكاتب أو لا يعلم .

وأما إذا أعتق على البائع قبل أن يفوت بالعتق فلا اختلاف في وجوب رد .

وقوله في هذه الرواية إنه إن اعتقه المبتاع أو مات عنده فليس على البائع

أن يرد شيئاً من الثمن ، فمعناه إذا كان المبائع قد علم أنه مكاتب ، وأما إن كان البائع دَلَّسَ له بذلك فله أن يرجع عليه بقيمة عيب الكتابة من الثمن على ما قاله في سماع يحيى بن خالد من كتاب الولاء في المدبر ، وهو مذهب في المدونة .

وأما قوله إنه ليس على البائع أن يُخرج من الثمن شيئاً فيجعله في رقبته كما يفعل في المدبر إذا فات بموتِ فالفرق عنده بين المكاتب والمدبر في هذا والله أعلم أن التدبير أَنْزَمَ من الكتابة إذ قد يقدر المكاتب وإن كان له مال أن يذهب ماله ويعجز نفسه ولا يقدر المدبر على أن يُبطل عَقْدَ التدبير فيه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العربية

قال عيسى وسألته عن رجل وطِيءٍ مكتَابَةٍ مكتَابِه فحملت .

قال : يُدْرِأُ عنه الحد ويُلْحَقُ به الولد ، وتُخَيَّرُ الأُمَّةُ في أن تمضي على الكتابة وفي أن تكون أُمَّةً ولدِه ، فإن أحببت أن تكون أُمَّةً ولدِه قومت عليه وغَرِمَ بقيمتها للمكاتب نقداً ، ولم يكن له أن يقول أحاسبك بقيمتها من كتابتك إلا أن يشاء المكاتب لأنَّ الأُمَّةَ مال من مال المكاتب يتقوى به على كتابته ، ليس للسيد أن يتَعَجَّلَ شيئاً لم يحل له بعد ، وإن اختارت الكتابة قيل للسيد الواطِيءٍ آخر جَرْجَها وهو فإن أدَّتْ كتابتها عتقَت ورجعت القيمةُ إلى الذي أَخْرَجَها وهو الواطِيءُ ، وإن عجزت كانت القيمةُ لسيدها المكاتب ، وكانت أُمَّةً ولد للواطِيءِ ، ولم يكن له عليه في ولد شيءٍ ، وإن ماتت قبل أن يُؤَدِّيَ أَخْذَ من القيمة التي وُقفت قيمةُ الولد فتدفع إلى المكاتب ،

ورجع ما فضل من القيمة التي وقفت عن قيمة الولد إلى الواطئ لأنه يقول لا تذهب قيمة ولد مكاتب باطلًا إذ لم يؤد ما كان لي عليها، فتعنق فتحوز ولدها أو تعجز فيكون لي قيمتها على سيدى الذى وطئها فإذا فاتت بموتٍ فلي قيمة ولدها فذلك له ويدفع اليه.

قال محمد بن رشد : الأصل في هذه المسألة قول مالكٍ ومن تابعه : إن الحكم فيمن وطئ مكاتبته فحملت أن تخير بين أن تقيم على كتابتها وبين أن تكون أمًّا ولد له ، فوجب على قياس ذلك إذا وطئ مكاتبته فحملت ما قاله من أن تخير ، فإن أحبت أن تكون أمًّا ولد له فوْمَث - فغرم قيمتها للمكاتب نظرًا .

وأما قوله ولم يكن له أن يقول أحاسب بقيمتها من كتابتك إلا أن يشاء المكاتب فهو الصحيح في النظر للمعنى الذي ذكره فيه ، وفيه اختلاف في كتاب ابن الموز لابن القاسم فيمن وطئ أمًّا مكاتبته فحملت أن القيمة تلزمها ويعتق فيها المكاتب ، ويتبع سيده بفضل ما بقي ، وهي له أمًّا ولد ، وعاب ذلك محمدٌ فقال : هذا ظلم للمكاتب أن يتبع السيد الكتابة في القيمة التي لزمته ، بل يأخذ القيمة و يؤدي النجوم على حالها ، فإن لم يكن للسيد شيء بيعت الكتابة عليه في القيمة أعني كتابة مكاتبته ، قال أحمد ابن ميسر : ويكون أولى بما يبع من ذلك ، ولا بن القاسم في كتاب أمهات الأولاد وقال غيره هنالك : ليس ذلك للسيد وإن كان معذماً ، وتبع الكتابة على السيد فيما لزمها من القيمة ، وببقى المكاتب على كتابته إلا أن يشاء أن يكون أولى بما يبع من كتابته لتعجيز العتق ، مثل قول أحمد بن ميسر ، فإن قصر ثمن الكتابة عن قيمة الأمة كان الباقى منها رقيقاً للمكاتب إن كان ثمن الكتابة مثل نصف قيمة الأمة كان نصفها بحساب أم ولد للسيد ونصفها رقيقاً للمكاتب ، وتابع سيده بنصف قيمة الولد .

وقوله إنه ليس للسيد أن يقاض المكاتب مما لزمه من قيمة له عليه من

الكتابة وإن كان معدماً هو الذي يوجه النظر ، وتفرقهُ ابن القاسم في المدونة في ذلك بين اليسر والعدم إستحسان .

وأما قوله في كتاب ابن الموز إنَّ له المقاصلة في ذلك وإن كان موسراً فهو بعيد وظلم للمكاتب كما قاله محمد ، وأما إذا اختارت الكتابة فقوله إنَّ قيمة الأمة يؤخذ من السيد ويوقف فإذا أدرت كتابتها رجعت القيمة إليه ، وإن عجزت كان القيمة للمكاتب وكانت الأمة أم ولد للواطئ فهو صحيح لا اختلاف فيه .

وأما قوله إنها إن ماتت قبل أن تؤدي فيؤخذ من القيمة التي وقفت قيمة الولد فيدفع إلى المكاتب ، ويرجع ما بقي منه إلى الواطئ فليس بين في وجه الحكم ، وقد تكون قيمة الولد أكثر من القيمة التي وقفت ، لأنها إنما قومت يوم الحمل دون ولد ، ولابن القاسم في كتاب ابن الموز أن القيمة تكون للمكاتب إذا ماتت قبل الأداء كما إذا عجزت وهو صحيح في النظر ، لأنها إذا ماتت قبل أن تؤدي كتابتها فقد ماتت في حال الرق ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء ، فوجب أن تكون القيمة لسيده كما لو ماتت بعد أن عجزت ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن الرجل يطاً مكتابة ابنه فتحمل .

قال : تخير بين أن تقوم عليه فتكون أم ولد وتبطل الكتابة ، وبين أن تسعى في كتابتها ، فإن أدرت عتها وإن عجزت قومت عليه ، قيل له : فإنها اختارت أن تكون على كتابتها ؟ قال : إذا هي اختارت أن تثبت على كتابتها قيل للولد^(٧) أخرج الآن قيمتها فأوقفها ،

(٧) كذا بالأصل ، ونسخة ق ٣ : ولعله : قيل للواطئ .

فإن أدت كتابتها رجعت إليك القيمة ، وإن عجزت أعطيتها ابنك وكانت الجارية أم ولد لأننا نخاف أن تعجز وقد فلست أنت فيذهب حق سيد الجارية ، قيلرأيت اذا قوم منها عليه حين وطئها أم لا تجعل كتابتها له تسعى فيها له ؟ فإن أدت عتقتك وكان ولاؤه للذى عقد لها الكتابة ، وإن عجزت كانت أم ولد للذى أدى قيمتها قلت ولم إذ رأيت لا تسعى على هذا الواطيء ولم تعجل له كتابتها لم تقومها عليه اليوم ؟ لم لا تؤخر قيمتها إلى أن تعجز ؟ فإذا عجزت قومتها عليه يوم تعجز لأنك حين تقومها عليه اليوم حين وطئها وتؤخرها إلى أن تعجز لعلها تعجز حين تعجز وقد ذهب بصرها أو يداها أو رجلها أو أصابها أمر في جسدها فيصير هذا يأخذ قيمتها اليوم صحيحة وإنما أخذ الواطيء إياها الآن منقوصه الجسد ولعل ما دخلها من النقص قد أدادت بعد أن قومت جميع كتابتها إلا ديناراً واحداً فعجزت في ذلك الدينار فصارت قد أخذت قيمتها صحيحة وأخذ جميع كتابتها إلا ديناراً واحداً فيدخل على الواطيء في هذا ضرر ، قال : نعم كذلك هو ، والظالم أحق من يحمل عليه .

قلت : وسواء الذي أصابها في جسدها بعد أن قومت على هذا الواطيء أن كان من السماء أو صنعه بها إنسان فأخذ لذلك أرشاً ؟

قال : ليس هو سواء ، إذا كان ذلك من السماء كان كما وصفت لك ، وإذا أصابها بذلك إنسان أخذ عقلها ، فإن كان في عقلها ما عتق به عتقتك ورجعت القيمة إلى الواطيء ، وإن كان ليس فيه ما يعتق فيه سمع فيما بقي فإن أدادت عتقتك وإن عجزت فضل واطئها من قيمتها بما أخذ في ثمن جسدها .

قال محمد بن رشد : لسحنون في نوازله بعدَ هذا من هذا الكتاب فيمن وطئ مكاتبته ابنه فحملت أَنَّه لا يجوز أَنْ تُخِيرَ بينَ أَنْ تكون أُمًّا ولد للواطئ أو تبقى على كتابتها ، إذ ليس لها أَنْ تَثْلُّ ولا إِها عن الإِبن الذي قد انعقد له إلى الأَب خلاف قول ابن القاسم في هذه الرواية إنَّها تخير في ذلك ، وقول سحنون هو الذي يأتي على قياس مذهبِ مالك في أَنَّه لا يجوز بِعْ المكاتب من يعتقه من أجل نقل ولايَه إلى المشتري ، وإنَّما يُجيزُ ذلك إذا وقع في مضي العتق إستحساناً مَعْفَافَةً أَنْ يرده فتعجز عند البائع .

فقولُ ابنِ القاسم في هذه الرواية إنَّما يأتي على مذهبِ من يجيز ذلك إبْتِداءً وهو مذهب جماعة من السلف ذُكرَ في المدونة عن يحيى ابن سعيد أنه باع مدبراً من اعتقه ، وَأَنَّ عَمْرَو ابنَ الحارث دخل في ذلك حين اشتراه .

ولو قيل إنَّ ذلك يجوز في الذي يخشى عليه العجزُ ولا يجوز في الذي يؤمِّن عليه العجزُ في ظاهر حاله ، ونُظرَ إلى هذا في مكاتبَةِ الإِبن إذا وطئها الأَبُ فحملت لكان قولاً وسطاً ، وإنَّما توقف القيمةُ على مذهبِ ابنِ القاسم إذا اختارت المضي على كتابتها إذا كان الأَبُ الواطئُ مِمْنَ يخشى عليه العُدم .

ولما سأله لِمَ تكن الكتابة للأَب إذا قومت عليه فيسعي فيها ، فإنَّه أَدَتْ عتقَتْ وكان ولايَه للذِّي عقد لها الكتابة ، وإنَّ عجزَتْ كانت أُمًّا ولد للذِّي أَدَى قيمتها ، سكت له عن الجواب في ذلك . والجواب فيه أَنَّه لا يصح أن تكون له الكتابة على حكم من اشتراها ، إذ لم يشتراها ولا تعدى عليها فلزمته قيمتها ، وإنَّما تعدى على الرقبة بوطنه إياها فلزمته قيمتها ، فلا يصح أن يعدى الحكم في ذلك عن الرقبة إلى الكتابة . وأَما اعتراضه عليه بأنَّ القياس كان أَنْ يكون التقويم فيها إذا اختارت المضي على كتابتها يوم عجزت حتى يقضى له بها ، فقد سلمه ، إِلا أَنَّه قال إنَّ الظالم أَحقَّ أنْ يُحمل عليه ، فلا وجه للقول فيه . وتفرقته على أصله في وجوب التقويم

يوم الحمل بين أن تكون الجنائية عليها من أمر من السماء أو من جنائية أحدٍ صحيحةً ، إذ لا يصح أن يأخذ من الجاني عليه قيمة الجنائية عليها ومن الواطئ لها جميع قيمتها ، فيكون قد أخذ قيمتها مرتين ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب يُدير ماله

وسأله عن المكاتب يبتاع من بعض من يعتق على سиде إذا ملكه ، أيعتق عليه ؟ قال لا ، ويباع ويصنع ما شاء ويظُهُنَّ إن كنَّ نساء وإن كانت أم سиде أو أخته ، لأنه ليس لسيده أن يتزرع ماله ، ولأن بعض الناس قد قال في العبد إنه يملك من قرابة سиде من يعتق على سиде إذا ملكهم ، ولا يعتقدون ، ويظُهُنَّ إن كنَّ نساء . واحتجوا في ذلك بأنهن مال للعبد حتى يتزرعه السيد ، وأنه ليس على السيد في مال عبده زكاة ، فكيف المكاتب ؟ إلَّا أن هذا القول عندنا في العبد ليس بشيء . قال مالك : إذا مَلَكَ العَبْدُ مَنْ لَوْ مَلِكَه سِيدٌ عَتَقَ عَلَيْهِ فَإِنَّمَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِمَلِكِ الْعَبْدِ إِيَاهُ . قال ابن القاسم في المكاتب : فإن عجز وهم عنده عتقوا عليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه إنما يعتق على العبد من مَلَكَ مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ سِيدٌ مِنْ أَجْلِ أَنْ يَمْلِكَ اِنْتَزَاعَهُمْ ، فَلَمَّا كَانَ يَمْلِكَ اِنْتَزَاعَهُمْ عَتَقُوكُمْ عَلَيْهِ ، إِذْ لَوْ اِنْتَزَاعَهُمْ لَعَتَقُوكُمْ عَلَيْهِ ؛ فَوُجُبَ أَنْ لَا يَعْتَقَ عَلَى المكاتب مَا مَلَكَ مَنْ يَعْتَقَ عَلَيْهِ سِيدٌ ، إِذْ لَا يَمْلِكَ سِيدٌ اِنْتَزَاعَهُمْ مِنْهُ بِإِجْمَاعٍ . وَإِذَا كَانَ قَدْ قِيلَ فِي الْعَبْدِ الَّذِي يَمْلِكَ سِيدٌ اِنْتَزَاعَ مَالَهُ إِنَّمَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ قَرَابَةِ سِيدِهِ ، فَأَحْرَى أَنْ يُقَالَ فِي المكاتب الَّذِي لَيْسَ لِسِيدٍ أَنْ يَتَرَزَّعَ مَالَهُ كَمَا قَالَ ، وَلَا اِخْتِلَافٌ فِي ذَلِكَ أَعْلَمُهُ فِي المكاتب . وَأَمَّا فِي الْعَبْدِ فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ : أَحَدُهَا أَنَّهُمْ لَا يَعْتَقُونَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ القَوْلُ الَّذِي حَكَاهُ عَنْ بَعْضِ

الناس في هذه الرواية ، وهو التي يأتي على حقيقة القياس بأن العبد يملك ، وقيل إنهم يعتقدون إذا اشتراهم وهو لا يعلم أنهم يعتقدون على سيده ، وهو الذي اختاره سخنون وقال فيه إنه أصح أقوال ابن القاسم ، فقيل إنهم يعتقدون وإن اشتراهم وهو يعلم أنهم يعتقدون على سيده ، وقع ذلك من قول ابن القاسم في كتاب الرهون ، وطرحه سخنون فقال إنما يعتقدون عليه إذا اشتراهم وهو لا يعلم . وقد قال بعض الناس إن قول مالك في أنهم يعتقدون إذا ملكهم اضطرابٌ من قوله في أن العبد يملك ، وليس ذلك ب صحيح ، لأنه إنما رأى أنهم يعتقدون من أجل أن السيد يملك انتزاعهم ، لا من أجل أن العبد لا يملك ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب سلف ديناراً في ثوب

وقال ابن القاسم في المكاتب يشتري الرجل كتابته إنه فيه بمنزلة سيده ، يقاطعه كما كان سيده يقاطعه .

قال محمد بن رشد : قد تقدم هذا من قول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم ، ومضى هنالك القول عليه فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

قال ابن القاسم : إذا كان ثلاثة إخوة في كتابة واحدة فجني أحدهم فإنه يقال له أَدِّجنَايَتَك ، فإن لم يُقْرَأْ قيل لِمَنْ بَقِيَ أَدُّوا الجنائية وقوموا بنجومكم وإلَّا عجزتم ، فإن لم يقوموا وعجزوا رقَّ الاثنان وقيل للسيد إِمَّا أن تسلم الجنائي وإنما أن تفتكه بقيمة الجنائية . وإن

قالوا نحن نؤدي فأدّوا الجنائية ، فإنَّ من أدى الجنائية منهم رجع بها على الجنائي بعد العتق ، وليس هو بمنزلة الكتابة التي يؤُدي بعضهم عن بعض ، فإن أولئك لا يرجع منْ أدى على مَنْ لم يُؤدِ إذا كانوا إخوة وأقارب .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم إنَّ من أدى الجنائية يرجع بها على الجنائي خلاف قول غيره وهوأشهب ، والله أعلم ، في كتاب الجنائيات من المدونة إن الجنائية كالكتابة لا يرجع بها من أداها عمن هو معه في كتابة واحدة إلَّا عَلَى مَنْ يرجع عليه بما أدى عنه من الكتابة . وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال : أحدها أنه لا يرجع على زوجته ولا أحد ممن يعتق عليه ، ويرجع على سواهم ممن لا يعتق عليه وإن كانوا من ذوي محارمه كالعم والخال ، وهو مذهب ابن القاسم ؛ والثاني أنه لا يرجع على زوجته ولا أحد من ذوي محارمه وإن كان منهم من لا يعتق عليه ، وهو مذهب أشهب ؛ والثالث أنه لا يرجع على زوجته ويرجع على من سواها وإن كانوا من ذوي محارمه الذين يعتقدون عليه كالأب والأخ ، وهو مذهب المغيرة ، وقوله في نوازل سحنون بعد هذا من هذا الكتاب ، فلا اختلاف في أنه لا يرجع على الزوجة ولا في أنه يرجع على ذوي رحْمِه الذين ليسوا من ذوي محارمه كابن العم وابن الخال وشبيهم . وقد حكى ابن حبيب عن أصيغ في ثلاثة إخوة مختلفين : أخ لأب وأم ، وأخ لأب ، وأخ لأم ، كوتباً كتابة واحدة فأدّاها أحدهم كلها ، أنه إن أدّاها الذي لأب وأم لم يرجع عليهما بشيء ، وإن أدّاها الأخ للأم رجع على الأخ للأب ولم يرجع على الأخ للأب والأم ، وإن أدّاها الأخ للأب رجع على الأخ للأم ولم يرجع على الأخ للأب والأم . وقوله صحيح على ما ذكرناه من أن ذوي الرحم الذين ليسوا من ذوي المحارم كالأجنبي .

وأختلف أيضاً في توارث المكاتب بين في كتابة واحدة على ثلاثة أقوال :

أحدها أنه يتوارث جميع الورثة الزوجة وغيرها ، رُوِيَ ذلك عن مالك ، ووقع اختلاف قوله في ميراث الزوجة في المبسوطة ؛ والثاني أنه يتوارث جميع الورثة إلا الزوجة ، وفي المدونة ما ظاهره هذا القول ؛ والثالث أنه لا توارث بينهم إلا فيما كان منهم يعتق بعضهم على بعض ، وهذا القول هو المنصوص عليه في المدونة . ولا خلاف بين ابن القاسم وأشهب في أن الجنائية كالكتابة في أنه لا يعتق الجنائي ولا من معه في الكتابة إلا بعد أداء الجنائية ، وإنما اختلفا إذا أدى الجنائية غير الجنائي هل يرجع بها على الجنائي إذا كان من لا يرجع عليه بالكتابة أم لا حسبما وصفناه من اختلافهما في ذلك . وأما الدين فمذهب ابن القاسم أن الكتابة لا تبطل بالعجز عن أدائه ، فيعتق المكاتبون إذا أدوا الكتابة وإن عجزوا عن أداء الدين ، ويبقى الدين بعد العتق في ذمة الذي كان في ذمته منهم ، بخلاف الجنائية عنده في هذا ، لأن الدين لا يؤدى من الخراج والعمل ، والكتابة والجنائية يؤديان من ذلك ؛ وأشهب يرى الدين كالكتابة والجنائية في جميع الوجوه ، وهي كلها مفترقة عند ابن القاسم ، لكل واحد منها حكم غير حكم صاحبه على ما بيناه ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال عيسى وسألت ابن القاسم عن الرجل يضع عن مكاتبه عند الموت نجماً من نجومه لا يدرى من أوله أو من آخره ، قال إنه إن كانت النجوم ثلاثة وضع عنه من كل نجم ثلاثة ، وإن كانت أربعة فرباعها ، فكذلك حسابها . فإن أدى عتق ، وإن عجز فانه إن كانت النجوم عشرة عتق عشرة ، وإن كانت ثلاثة فثلاثة ، فبحساب هذا يعتق . وإنما الوضيعة عتق إذا كان في وصية في أداء كتابة ، فإن أدى عتق وإن عجز رجع إلى الذي وجبت عليه .

قال محمد بن رشد : هذا يبين على قياس ما في المدونة وغيرها ، ولا اختلاف فيه أحفظه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العتق

قال وسألت ابن القاسم عن رجل قال كاتبوا عبدي فلاناً .
 فأصيّب يد العبد أو رجله ، فبأي القيمتين يكاتب ؟ أبقيمه حين
 أوصى أو حين مات سيده ؟ أو حين جُرِح ؟ قال قيمته يوم يكتب ،
 وكذلك لو قال هو حر فاعتُل فإنما قيمته يوم يقوم للعتق ، ولا ينظر
 إلى يوم أوصى ولا يوم مات ولا يوم اعتُل .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ولا اختلاف فيه ، لأنَّه
 من أوصى بوصية لرجل أو بعتق أو كتابة إنما ينظر ذلك كله إلى قيمته يوم تنفذ
 الوصية فيه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

قال وسئل عن امرأة قالت لخادمها عند موتها رَبِّي ولدي هذا
 وأدِّي ثلاثة ديناراً ثم أنت حرة والولد صغير حين وضعته أمه ثم
 هلكت ، فلم تلبث إلَّا يسيراً هلك الصبي ولها ولد غيره .

قال ابن القاسم : إذا أدت الثلاثة ديناراً فهي حرة ، لأنَّها إنما
 أرادت تربية الغلام ما عاش إلى أن يبلغ .

قال محمد بن رشد : هذا بَيْن على ما قاله ، لأنَّها عَيَّنت الولد ولم
 تُحدَّ لتربيتها إيه حداً من السنين ، فوجب أن يحمل ذلك على حياته ؛ ولو
 حدَّت لتربيتها إيه حداً من السنين والأعوام لوجب أن لا يكون عليها شيء فيما
 اشترط عليه من تربيتها فيما بقي من المدة لأنَّها إنما أرادت كفالة الولد
 وتربيتها ، لا هبة خدمتها له فتكون موروثة عنه على معنى ما في المدونة في

الذى يقول اخدم ابني كذا وكذا سنة ثم أنت حر فيموت قبل الأجل، إنه حر إذا لم يكن من عبيد الخدمة ، وإنما أريد به ناحية الكفالة والحضانة . فإذا سقطت تربية الولد عنها بموته وجب أن تجب لها الحرية بأداء الثلاثين ديناراً كما قال . وبالله التوفيق .

مسألة

سألت عن رجل قال لغلامه : أعتقك على أن لا تفارقني فإن فارقتي فعليك خمسون ديناراً فأعتقه على ذلك ، هل ترى هذا الشرط لازماً له ؟ قال ابن القاسم أراه حراً وعليه خمسون ديناراً ، وأماماً ما اشترطه عليه من أن لا يفارقه فهو باطل كأنه أعتق على أن يدفع إليه خمسين ديناراً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه بتل عتقه وشرط عليه بعد العتق أحد الوجهين إما أداء خمسين ديناراً وإما أن لا يفارقه ، واحد الوجهين لا يجوز اشتراطه عليه بعد العتق ، وهو أن لا يفارقه ، فوجب أن تجب عليه الخمسون التي يجوز اشتراطها بعد العتق .

وقوله كأنه أعتقه على أن يدفع إليه خمسين ديناراً معناه كأنه أعتقه على أن يدفع إليه خمسين ديناراً بعد العتق ، وأما إذا قال الرجل لعبده أنت حر على أن تدفع إليك كذا وكذا فمذهب ابن القاسم في ذلك إن قبل العبد ذلك كان حراً إذا أدى ذلك ، وإن لم يقبل فلا حرية له ، وفي ذلك اختلاف كثير سأذكره في رسم الصبرة من سماع يحيى إن شاء الله .

ومن كتاب الرهون

وعن رجل تحضره الوفاة فيقول لرجل نحد من عبدي فلان مائة

دينار ثم هو حر أَتَنْجَمُ عليه؟ قال: لا أرى أن تنجم عليه تؤخذ منه جميـعاً إـلاً أن يكون أمرـاً أن تنجم عليه.

قال محمد بن رشد: لم يرـاً أن تنجم عليه المائة لقوله فيها خذ لأنـا الظاهر من لفظ الأخـذ في الشـيء أخـلـه مجـتمـعاً، فوجـب أن يـحمل على ذلك إـلاـ أنـ تقتـرنـ به قـريـنة تـدلـ على أنه لم يـردـ أخـذـ ذلكـ منهـ جـميـعاً مـعـاً، فـينـجمـ عليهـ كـماـ لوـ اـمـرـاـنـ تـنـجـمـ عـلـيـهـ ، فـليـسـ ذـلـكـ بـخـلـافـ لـمـاـ فـيـ المـدـوـنـةـ مـنـ أـنـهـ إـذاـ قـالـ لـأـمـةـ لـهـ إـنـ أـدـيـتـ إـلـيـ أوـ إـذاـ أـدـيـتـ إـلـىـ وـرـثـيـ أـلـفـ دـرـهـمـ أوـ أـدـ إـلـىـ وـرـثـيـ أـلـفـ دـرـهـمـ وـالـثـلـثـ يـحـمـلـهاـ أـنـهـ إـذاـ أـدـتـ الـأـلـفـ دـرـهـمـ فـهيـ حـرـةـ وـيـتـلـوـمـ لـهـ السـلـطـانـ عـلـىـ قـدـرـ ماـ يـرـىـ يـوزـعـهـ عـلـيـهـ ، لـأـنـ لـفـظـ الـأـدـاءـ لـلـمـشـتـرـيـ لـاـ يـقـضـيـ فـيـ ظـاهـرـهـ أـخـذـهـ مـجـتمـعاً مـعـاً، وـبـالـلـهـ التـوفـيقـ .

من سـمـاعـ يـحـيـىـ اـبـنـ يـحـيـىـ مـنـ

ابـنـ القـاسـمـ مـنـ كـتـابـ الـكـبـشـ

قال يـحـيـىـ وـسـأـلـتـ اـبـنـ القـاسـمـ عـنـ وـرـثـةـ وـرـثـاـ مـكـاتـبـاً أـيـجـوزـ لـهـمـ اـقـتـسـامـ كـتـابـتـهـ فـيـنـظـرـهـ مـنـهـمـ مـنـ أـحـبـ ، وـيـتـعـجـلـ مـنـ كـرـهـ النـظـرـةـ كـمـاـ يـجـوزـ ذـلـكـ لـلـشـرـكـاءـ فـيـ اـقـتـسـامـ الدـيـنـ يـكـونـ لـهـمـ عـلـىـ الغـرـيمـ؟

فـقـالـ: لـاـ يـجـوزـ لـلـورـثـةـ أـنـ يـقـسـمـواـ مـاـ عـلـىـ المـكـابـ إـلاـ عـنـ انـقـضـاءـ كـلـ نـجـمـ ، وـذـلـكـ أـنـ النـجـومـ التـيـ عـلـيـهـ لـيـسـ بـدـيـنـ ثـابـتـ فـيـقـسـمـ كـاـقـتـسـامـ الدـيـنـ الذـيـ يـكـونـ لـلـشـرـكـاءـ عـلـىـ الغـرـيمـ ، وـمـاـ يـبـيـنـ ذـلـكـ أـنـ مـالـكـاًـ قـالـ فـيـ المـكـابـ يـكـونـ بـيـنـ الرـجـلـيـنـ: إـنـهـ لـيـسـ لـأـحـدـهـمـ أـنـ يـبـيـعـ نـصـيـبـهـ مـنـ الـكـتـابـةـ دـوـنـ صـاحـبـهـ إـلاـ أـنـ يـبـيـعـ جـميـعاًـ ، وـلـاـ تـجـوزـ الـقـسـمةـ إـلاـ فـيـمـاـ يـجـوزـ بـيـعـهـ مـنـ الـدـيـوـنـ .

قال محمد بن رشد : أما اقسام الشركاء في الكتابة كتابة المكاتب بينهم فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز ، لأنهم إذا اقتسموا كتابته صار كل واحد كأنه قد كتبه على حصته دون شركائه ، وذلك ما لا يجوز ، لأنه غرر ، إذ ليست الكتابة بدين ثابت ، فقد يعجز في نصيب أحدهما فيرجع حظه منه ريقاً ويؤدي إلى الآخر فيتعق حظه ويصير ذلك خلاف السنة الثابتة عن النبي عليه السلام في قوله : من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل^(٨) ، الحديث ، وأما بيع أحد الشريكين نصيبيه من كتابة المكاتب فقد مضى ذكر الإختلاف فيه وتحصيله في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم ، ولا يدخل هذا الاختلاف في فسخ كتابة المكاتب بدليل قوله : ولا تجوز القسمة إلا فيما يجوز بيعه من الديون ، لأن المعنى في ذلك ولا تجوز القسمة إلا في الديون التي يجوز بيعها إلا في الكتابة إذ ليست من الديون وإنما هي جنس من [إلغاء مبطل فترجع]^(٩) إلى الرقية وبالله التوفيق .

مسألة

قلت أرأيت إن حل نجم من نجوم المكاتب فقال أحد الورثة بذئوني بهذا النجم واقتضوا ما أنقدكم به في القبض مما بقي عليه من نجومه أبيجوز ذلك ؟ قال : نعم لا بأس به ، قلت فإن عجز المكاتب ولا مال له ؟ قال : يرجع المقتضي بحصته في الرقبة ويغرم للشركاء حصصهم فيما كانوا به ، وذلك أنه كان منهم كالسلف عليه لهم ، قلت فإن كان حين حل النجم أسرع به فأنظروه إلا واحداً شح واقتضى ثم عجز ؟ قال : يرجع المقتضي بحصته في الرقبة ولا يغرم لشركائه شيئاً ، وذلك أنه إنما اقتضى نصيبيه ولم يُبَذِّلُوه بشيء ، قال وإن مات المكاتب عن مال وقد اقتضى أحدهم حقه من نجوم

(٨) تقدم التعليق عليه في رقم ٤ .

(٩) م) من نسخة ق ٣ .

المكاتب وأنظره الآخر دون اقتضاء من بقي ، ثم اقتسموا ما بقي وإن لم يكن فيما ترك وفاة وقد اقتضى بعضُهم بعض حقه وأنظره بعضُ بجميع حقه اقتسموا ما ترك على حساب ما بقي لكل واحد من حصته من النجوم على قدر ما كانوا يطلبوه كما يُقسم مال المفلس على قدر أموالِ أهل الديون .

قلت أرأيت حين بدأوه يتَّقاضى نجماً أو نجمين ليقتضوا مما بقي من النجوم فقلت إن عجز رَد عليهم بقدر ما ينويُهم مما اقتضى ورجع بحصته في الرقة أرأيت إن لم يعجز ؟ فلما حل النجوم قالوا لشركائهم : إقضينا ما قدمناك به سلفاً مما لك فاقبض أنت ونحن المكاتب واقضنا ما قد صار لنا قبلك أترى ذلك عليه ؟ قال : لا أرى لهم قبله شيئاً إلا أن يعجز المكاتب .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها ، لأن المكاتب إذا كان بين الشركين فييدىء أحدهما صاحبه بنجم من نجومه على أن يأخذ النجم الآخر فيما بدأ به سلف منه له ، فإن عجز المكاتب في النجم الآخر رد الذي قبض النجم الأول نصفه ورجع بحظه في رقة المكاتب ، وإن مات وترك مالاً استوفى الذي لم يقبض شيئاً من ماله مثل ما قبض صاحبه وكان ما بقي من ماله بينهما ، وإن لم يكن فيما ترك من المال وفاة لما قبض صاحبه اتبعه بما بقي من حقه ، مثال ذلك أن يكون النجم الذي قبض خمسين وترك المكاتب من المال ثلاثة فيرجع عليه عشرة ، ولو عجز أو مات قبل محل النجم الثاني لم يكن عليه رجوع حتى يحل الثاني ، قاله في كتاب ابن الموز قال محمد : ولو حل النجم الثاني قبل عجزه فتعذر على المكاتب وانتظر لما يُرجى له لكان على الشريك أن يعدل لشريكه سلفه ثم يتبعان المكاتب بالنجوم الثاني .

وإنما قال إذا حل النجم الثاني ولم يمت ولا عجز إنه لا يلزم أنه أن يقضيه معه لأنها إنما بدأه من النجم الأول على أن يقبض هو الثاني ، فكأنه قد التزم إقضاة هذا معنى ما ذهب إليه في الرواية .

وأما إذا حل النجم على المكاتب فأنظره أحدهما بحقه فيه وشَّحْ صاحبه فاقتضى حقه منه فلا رجوع له عليه إن عجز أو مات ولم يترك شيئاً ، ويكون له حظه من رقبة المكاتب في العجز ، وإن ترك مالاً استوفى منه الذي لم يقبض شيئاً مثلَ ما قبض صاحبه ، وكان ما بقي بينهما .

وإن لم يكن فيما ترك وفاة لما قبض صاحبه اقتسم ما ترك على قدر ما
لكل واحد منها يضرب الأول بما بقي له من النجم الأول ، والثاني بجميع
النجم الثاني على سنة التحاصن في مال المفلس كما قال ، واقتضى أحد
الشريكين في المكاتب من الكتابة شيئاً دون شريكه بتبيئته إيه بذلك أو بغير
تبئته خلاف حكم قطاعه أحدهما المكاتب بإذن شريكه أو بغير إذنه .

اما إذا قاطعه بإذنه ثم عجز في نصيب شريكه فهو بال الخيار بين أن يرد
نصف ما قاطعه به ويكون حظه في رقبة العبد ، وبين أن يتمسك بقطاعته ولا
يكون له في رقبة المكاتب شيء ، وأما إذا قاطعه بغير إذنه ثم عجز في نصيب
شريكه فليس له أن يرجع في رقبة المكاتب وإنما له ما قاطع به ، وحكم
الموت والعجز سواء إذا قاطعه أحدهما بغير إذن شريكه ، تلزمه القطاعه ولا
يكون له شيء في رقبته إن عجز ، ولا في ماله إن مات ، لأنه قد رضي بما
قاطعه به ، فليس له أن يرجع في رقبته إن عجز ، ولا في ماله إن مات صحيحاً^(٩)
إلا أن لا يشاء شريكه أن يمضي له ما فعل من قطاعته إياه فيرجع عليه بنصف ما
قاطع به ويكون العبد بينهما إن عجز ، وإن مات ولم يقف ما ترك بما قاطع به

رجع عليه بنصف الزائد إن كان قاطعه بعشرين فمات ولم يترك إلا عشرة رجع عليه بخمسة .

وأما إذا قاطعه أحدهما في نصيه بإذن شريكه فقال إن الموت في ذلك كالعجز أيضاً يكون الذي قاطع مخيراً بين أن يتمسك بقطاعته ولا يكون له شيء من ميراثه ، وبين أن يرد نصف ما قاطع به ويكون الميراث بينهما ، قاله في الموطأ رواية يحيى ذلك غلط وقع في روايته، وإنما الحكم في ذلك أن يستوفى الذي لم يقاطع مما ترك المكاتب حقه من الكتابة أو بقية حقه منها إن كان قبض الذي قاطع ، ويكون بقية المال بينهما ، وهو نص قول مالك في موطأه في الباب نفسه في صدر كلامه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب يشتري الدور والمزارع

وسألته عن الرجل يشتري ما على مكاتبٍ لو ملك رقبته عتق عليه بالرحم ، فقال : أرى أن الذي على المكاتب موضوع عنه ، فقيل له ولم يملك رقاً ؟ ألا ترى أنه لو أدى ما عليه كان ولاؤه للذي عقد كتابته ؟ قال : وإن كان ولاؤه للذي عقد كتابته فإن الذي اشتري الكتابة إذا كان ممن لو ملكه عتق عليه فهو إذا صار يأخذ منه كتابته فكانه يأخذ منه ثمن رقبته ، ألا ترى أنه إن عجز صار ريقاً له ، فكيف يجوز له أن يقتضي منه ثمن رقبته وهو إن عجز عن أداء الذي يقتضيه منه فرق بالعجز عتق عليه بالرحم ؟ قيل له : فإن ورثه ؟ قال : فذلك أبين أن الكتابة موضوعة عنه ساعة يرثها من إذا ملكه عتق عليه .

قال محمد ابن رشد : ولو أوصى بكتابة من يعتق عليه لعتق عليه إن قبل الوصية ، قاله أصيغ في نوازله في آخر الكتاب ، ومعناه أنه تسقط عنه

الكتابة فیعتق ويكون لاؤه للذی عقد كتابته ، وهو مذهب ابن القاسم في هذه الروایة ، ولا أعرف في المذهب في ذلك نص خلafi ، قال اصبع في النوازل المذکورة : وذلك بخلاف إذا أوصى له بشمن من يعتق عليه لـإنه إنما له الشمن بعد بيعه وليس بيعه في يديه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصبرة

وقال فيمن قال أنت حُرٌّ على أن عليك خمسين ديناراً فالعبد بالخيار إن شاء أن تكون الخمسون ديناراً عليه ويتبع بها ويعجل له الحرية فذلك له ، وإن كره أن يكون غريمًا بها فلا عتابة له .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال أحدها قول ابن القاسم في هذه الروایة ، والثاني قول مالك في المدونة إنه حر ، والمآل عليه بمنزلة قوله أنت حُرٌّ بتلاً وعليك كذا وكذا الثالث قول ابن القاسم في العتق الثاني من المدونة أنه إن قبل كان حراً إذا أدى المال كالكتابة ، وإن لم يقبل فلا حرية له ، إلا أن يفرق على مذهبة بين قوله أنت حُرٌّ على أن عليه كذا وكذا أو أنت حر على أن تدفع إلى كذا وكذا ، فقد فرق بين ذلك ، وللتفرقة بينهما وجہ ، وقد قيل إن هذین اللفظین سواء بخلاف قوله على أن تؤدي إلى كذا وكذا .

والصواب أن لا فرق بين أن يقول على أن تدفع أو على أن تؤدي وأن ذلك بخلاف قوله على أن عليك ، فالالأظهر من قوله على أن يؤدي أو على أن يدفع أن العتق بعد الأداء ، والأظهر من قوله على أن عليك أن الأداء بعد العتق ، ويتخرج في المسألة قول رابع ، وهو أن يكون حراً إذا أدى المال شاء أو أبى على مذهب من يرى جَبَر العبد على الكتابة ، وهل هذا يختلف في الذي يقول لعبدة أنت حر على أن تخدمني ما عشت ؟ فقال المغيرة هو كالمدبر

لا يقدر على بيعه ، وقال عيسى عن ابن القاسم في المدينة أراه حُرّاً الساعة ، وليس عليه خدمة ، قال : ولو قال أنت حر على أن تخدمني عشر سنين كان حُرّاً الساعة وسقطت الخدمة ، وقال في آخر كتاب المدبّر من المدونة يُنظر في ذلك ، فإن كان عجل العتق وجعل الخدمة بعده فهي ساقطة ، وإن كان أراد أن يعجل عتقه بعد الخدمة فهو كما قال ، لا يعتق حتى يخدم .

وإنما وقع هذا الاختلاف في هذه الألفاظ لاحتمال أن يريد بكل لفظ منها إيجاب المال على العبد بعد العتق برضاه وبغير رضاه .

فالاختلاف المذكور فيها إنما ينبغي أن يكون إذا لم يكن سؤاله عما أراد بذلك ، وأما إذا أمكن ذلك ولم يُفْتَ سؤاله فِيْسَأْلُ ، فإن قال أردت بذلك إيجاب المال عليه بعد الحرية إن رضي صدق قوله وكان الجواب في ذلك ما قاله في هذه الرواية ، وإن قال أردت بذلك إيجاب المال عليه بعد الحرية وإلزامه ذلك بتلت حريته ولزمه المال في قول مالك ، ولم يلزمه عند ابن القاسم ، وإن قال أردت أن لا يعتق حتى يؤدي المال إن رضي كان ذلك على ما قال إن رضي العبد بذلك كان مكتاباً ، وإن لم يرض بقي ريقاً ، وإن قال أردت إلزامه العتق بعد الاداء شاء أو أبي جرى ذلك على الإختلاف في جنير السيد عبده على الكتابة ، ومسألة آخر كتاب المدبّر من المدونة التي ذكرناها تدل على ما قلناه من سؤال السيد ، والله الموفق .

ومن كتاب أوله أول عبد ابْتَاعُه فَهُوَ حُرٌّ

قال : وسائله عن الرجل يعطي غلامه مائة شاة أو مائة بقرة أو نحو ذلك فيقول أصلح إليها وأحسن بتفقدها ، فإذا بلغت ألفاً أو نحو ذلك مما يقول فأنت حر ، فيموت السيد قبل أن تبلغ ما كان السيد

ذكره من العِدَّة التي جعل له الحرية إذا بلغتها الغنم أو البقر .

قال : لا حرية له ، والورثة يبيعونه إن شاؤوا ويفتقسمون الغنم والبقر ، قلت : أرأيت إن صارت بعد موت السيد إلى تلك العدة قبل أن يقتسمها الورثة أو يخرجوها من يد العبد أو يكون بذلك حراً ؟ فقال : لا ، لأنَّه بمنزلة رجل قال إن بلغت غنمي ألفاً وأنا حي فأنت حر ، فلما مات لم يلزم الورثة من ذلك الشرط شيء .

قلت أرأيت إن أراد السيد في حياته بيع العبد أو إخراجه من الغنم أو إدخال غيره فيها لِمَا رأى من تضييعه إياها أو أراد بيع الغنم أو شيئاً منها لبعض حاجته أَيْمَنْعُ أم يُوقف العبد وتوقف الغنم في يديه لا يبيعها ولا شيئاً منها ؟ وكيف إن رأى ضيعة فيها تلف الماشية على يدي العبد أَيْقَرْه ؟ وقال أص比غ عن رجل كاتب عبدٍ على غنم كانت له في يد العبد على أن يبلغها ثلاثة وأربعين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر إلى أجل هل تصح الكتابة ؟ وكيف إن مات السيد قبل أن تتم الغنم أو ماتت الغنم كلُّها أو بعضُها أو مات جميعها قبل الكتابة أو بعد الكتابة ؟ قال أص比غ لا تعجبني هذه الكتابة وليست من كتابة المسلمين ، وأرى إن وقعت ونزلت وَعَدَ ذلك له أن يُتمَّه كما لو استأجره بمال دفعه إليه ويشرط له حريته بربحه فيه إذا بلغ كذلك ، فهو عقد عتق بشبهة فينفذ ، فإن كان له أجل وجاء أجله وعجز رق وعجز ، وإن لم يكن له أجل فإلى مقدار ما يرى من سعيٍ مثله وكتابةٍ مثله بأجل مثله ، ورأيت ذلك له ثابتاً ، وإن مات السيد فإن أتمَّه بعد موت السيد فذلك له ، وإن عَجَزَ عَجَزٌ لِعَجَزِه في حياته بعد حَدَّ ذلك ووقته لما يُرى ، وإن لحق السيد دَيْنٌ لم أَرَ أن يضره ذلك إن كان محدثاً بعد الذي عقد له .

وإن ماتت الغنم فإن العبد على رأس أمره إلى حده الذي كان يرى ، أو إلى أجله ، فإن قام بذلك فرجا من حيث طمع حتى يبلغه كان ذلك له ، ولا أرى عليه إلقاء ما بقي ، ولا أرى عليه في الأموات التي كان دفع الأشياء ، وأرى أن يجعل الأموات ها هنا كالحية التي لم تمت وبحسبها ويقوم بما بقي ، وأرى هذا إلى العبد إن شاء أن يمضي وإن شاء أمكن من نفسه ، وليس للسيد إلزامه إياه ، فإن فعل وإلا عجز إن شاء ، وسواء عليه دفعها إلى السيد أو ماتت في يد العبد .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه المسألة ها هنا وفي أول رسم سماع أصبح بعد هذا من هذا الكتاب ، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق ، فلم يرها ابن القاسم ها هنا ولا في سماع أصبح بعد هذا كتابة وقال في ذلك : إنه إنما عتق أوجبه لعبدة إن بلغت الغنم في حياته العدد الذي سمي ، ورأها في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق كتابة ، وقال أصبح ها هنا إنها كتابة إذا لفظ بها بلفظ الكتابة ، وهو ظاهر ما وقع له في أول رسم من سماع أصبح بعد هذا ، ولم يفرق ابن القاسم بين أن يلفظ بلفظ الكتابة فيقول إذا كاتبتُك على أن تقوم على هذه الغنم ، وإذا بلغت كذا وكذا فأنت حر ولا يلفظ بلفظ الكتابة ، فيقول له قم على هذه الغنم فإذا بلغت كذا وكذا من العدد فأنت حر ، بل اختلف قوله في ذلك اختلافاً واحداً لأنه إذا حكم لها بحكم الكتابة ولم يلفظ بلفظ الكتابة على ما وقع من قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق فأحرى أن يُحکم لها بحكم الكتابة إذا لفظ فيها بلفظ الكتابة وإن لم يُحکم لها بحكم الكتابة إذا لفظ فيها بلفظ الكتابة على ما وقع من قوله في سماع أصبح بعد هذا ، فأحرى أن لا يحکم لها بحكم الكتابة .

وتفرقة أصبح على ما يظهر من مذهبة بين أن يلفظ بلفظ الكتابة أو لا

يلفظ به قول ثالث في المسألة ، ومن حَكَمَ لها بِحُكْمِ الكتابة إذا لفظ فيها بلفظ الكتابة أو إذا لم يلفظ به على ما ذكرناه من الاختلاف في ذلك ، فلم يراع التعبير في الغنم الذي دفع إليه وأبطل الشرط في تعينها وجعله مكتاتاً بعد ما زاد من الغنم على ما دفع إليه إلى الأجل أنه سمي له أو إلى ما يضرب له من الأجل إن لم يسم له أجيلاً تلقت الغنم التي دفع إليها أو لم تتلف ، وهو نص قول أصبح في هذه الرواية على أصله في أن الكتابة على الشرط الفاسد تجوز ويفطر الشرط ، لأنه قال : الغنم إن ماتت فهو على رأس أمره إلى حَدِّه الذي كان يرى أو إلى أجله يريد الذي سمي إِنْ سَمِيَ أجيلاً ، وبين ما ذكرناه من أن الكتابة على مذهب من يجيزها إنما يراها كتابة بما زاد العدد على ما دفع إليه قوله إن الغنم الذي دفع إليه محسوبة له كانت حية أو ميتة ماتت في يديه أو بعد أن دفتها إلى سيده ، فإن كان كتابته بأن دفع إليه مائة من الغنم على أنه حر إذا بلغت ثلاثة مائة فإنما هو مكاتب بما يتبيّن ، لأن المائة التي دفع إليه محسوبة له على كل حال في الثلاث المائة التي كاتبه عليها ، كانت حية أو ميتة ، ماتت في يديه أو بعد أن ردتها إلى سيده ، ومن رأها كتابة لم يضرها عنده الدين المستحدث على ما قاله أصبح في هذه الرواية ، ومن لم يرها كتابة وإنما جعله عتقاً بشرط بلوغ الغنم العدد الذي سمي في حياته رأى الدين المستحدث يبطله على ما قاله ابن القاسم في أول سماع أصبح ، فكلُّ واحد منهمما شيء على أصله .

ولما سأله يحيى في هذه الرواية هل له على أصله فيها أنها ليست بكتابه أنْ يبيع العبد أو الغنم أو يدلله منها لِمَا خشي من تضييعه إياها سكت له عن الجواب على ذلك ، فاما إذالله منها وإدخال غيره مكانه فيها فلا إشكال في أن ذلك له ، وأما بَيْعُه للعبد أو الغنم فيجري على ذلك على اختلاف قول مالك وابن القاسم في الذي يقول لعبده أنت حر إذا قدم فلان هل له أن يبيعه أم لا ؟ لأنه لم يجعلها كتابة وإنما رأه معتقاً إلى أجل قد يأتي وقد لا يأتي ، فأشبه قوله أنت حر إذا قدم فلان والله أعلم ، وفي المدنية لابن القاسم من رواية عيسى

عنه مثلُ نص قوله في هذه الرواية ، وفيها لابن كنانة أنه سئل عن رجل قال لغلامه أكاكِبُك على أنْ أعطيك عشر بقرات ، فإذا صارت خمسين فأنت حر فهذه كتابتك ، فرضي بذلك العبد . قال ليست هذه كتابةً ومتى ما علِمَ بها فسخ ، قال : ولكنَّه إن جاء بالبقرات وقد صارت خمسين قبل أن يعلم بها وسيده حي عتق ، قال : فإن مات السيد لم تكن تلك الكتابة شيئاً وكان موروثاً هو والبقرات ، وليس قول ابن كنانة مخالفًا لقول ابن القاسم ، لأنَّ معنى قوله إنها ليست بكتابة ويفسخ متى ما علم بها يريد ويكون الحكم فيها إذا فسخت ما قاله بعد ذلك من أنه يعتقد إن صارت البقرات خمسين في حياة سيده ، وهو نص قول ابن القاسم في المدينة وفي هذه الرواية خلاف قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق وخلاف قول أصبح أيضاً ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد ابن خالد من ابن القاسم

قال محمدُ ابن خالد سألت ابنَ القاسم عن رجل أوصى ورثته فقال : إنْ أعطيتُك فلانةً - في جارية له - ثلاثين ديناراً فاعتقوه افغل ورثته عنها من بعد موته حتى ولدت ، ثم إنهم اقتضوا منها الثلاثين ديناراً فأعطتها إياهم هل تعتق هي وولدها ؟

فقال : لا يُعتق غيرُها^(٩) وقد سألني عنها رجل بالإسكندرية فأخبرته مثل ما أخبرتُك فقال لي إنها وقعت فكتِبَ بها إلى مالك فأجاب فيها بجوابك ، قلت لابن القاسم : فرجل قال لجاريه إن جئتني بمائة دينار إلى سنة فأنت حرة فقبلت ، ثم إنها ولدت من قبل أن تأتي السنة هل تعتق هي وولدها إن هي أعطته الماية أو هل يبيعها

(٩) يعني لا تعتق إلاً هي وهو يعتق ولدها .

من قبل أن تأتي السنة ، قال ابن القاسم : أما ولدها فلا يعتقد معها وليس له أن يبيعها حتى تعطى المأية عند السنة أو لا يعطي .

قال محمد بن رشد : أما قوله في المسألة الأولى إنَّ ولد الجارية لا يعتق معها إنْ أعطَتْهم الثلاثين فهو بين على ما قاله ، لأنَّها ولدت الولد قبل أن يَجِبَ لَهَا العتقُ إذ هي مخيرة بين أن تعطي الثلاثين أو لا تعطِّها ، ويدخل في ذلك من الإختلاف بالمعنى ما في دخول ولد المحلول بحريتها معها في اليمين التي الحالف فيها على بر ، وقد مضى ذلك في غير ما موضع من كتاب العتق وغيره .

وأما قوله في المسألة الثانية إنَّ ولدَهَا لا يُعْتَقُ معاها فهو بعيدٌ مخالفٌ للأصول ، لأنَّهم مجمعون على أنَّ ولد المكاتبة يدخل معها في كتابته ، وهذه كتابة بينة إذا قبَلت ما أعطاهَا السيد إذ لا وجه لقبولها ذلك إلَّا التزامه ، وإذا التزمتْه صارت كالمكاتبة لم يكن لها أن لا تؤدي المائة عند السنة وتعجز نفسها إلَّا أن لا يكون لها مالٌ ظاهر ، ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم أنها إنما قبَلتْ أن يكون إليها ما جعل إليها من أن تأتي بالمائة إن شاءت فتعتق أو لا تأتي بها فلا تعتق ، وهذا بعيدٌ لأنَّ ذلك يجب لها بقول السيد وإن لم تقل قد قبَلتْ وقد مضى في رسم الصبرة من سماع يحيى من كتاب العتق ما فيه بيان هذا العتق وبالله التوفيق .

ومن سماع
سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : سألهُ ابن القاسم عن المكاتب يكاتب عبده فيعتق الأسفل ثم يموت عن مال وللمكاتب الأول أولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد أحرار كانوا معه في الكتابة عجل السيد عتقهم

برضاه أَيْرِثُونَ هذا المكاتب الأسفل إذا مات وقد اعْتَقَ ؟ قال : لا .

قلْتُ لَهُ فَإِنْ كَانَ الْمَكَاتِبُ الْأُولُّ بَقِيَ مَعَهُ فِي كِتَابَةِ بَعْضٍ وَلَدُهُ فَمَا تَرَكَ مَالًا فِيهِ وَفَاءً ؟ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمَ يَؤْدِي الَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ بَقِيَّةَ الْكِتَابَةِ وَيَكُونُ بَقِيَّةُ الْمَالِ بَيْنَهُمْ دُونَ الْأَحْرَارِ الَّذِينَ عَجَلُوا عَتْقَهُمْ وَغَيْرَهُمْ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال من آن ميراث مكاتب المكاتب إذا اعْتَقَ لا يكون لِوَلْدِ سَيِّدِهِ الْمَكَاتِبُ لَهُ الْأَحْرَارُ مَا دَامَ عَلَى كِتَابَتِهِ ، لَأَنَّ وَلَاءَ الْمَكَاتِبُ الْأَسْفَلُ إِذَا عَتَقَ إِنَّمَا هُوَ لِلْمَوْلَى الْأَعْلَى مَا دَامَ الْمَوْلَى الْأَسْفَلُ عَلَى كِتَابَتِهِ ، فَإِنْ أَدَى كِتَابَتَهُ رَجَعَ وَلَاءَ كِتَابَتِهِ ، فَمَا لَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ لَمْ يَجِدْ لَهُ وَلَاءً مِنْ أَعْتَقَ مِنْ مُكَاتِبِهِ ، فَمَا لَمْ يَجِدْ لَهُ لَا يَصْحُ أَنْ يَرِثَهُ عَنْهُ وَرَثَتُهُ الْأَحْرَارُ .
وَقَوْلُهُ إِنَّ الْمُكَاتِبَ الْأُولَى إِذَا ماتَ وَتَرَكَ مَالًا فِيهِ وَفَاءً بِكِتَابَتِهِ وَلَهُ وَلْدٌ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَوَلْدٌ أَحْرَارٌ إِنَّ وَلَدَهُ الَّذِينَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ يَؤْدُونَ مَا تَرَكَ بَقِيَّةَ كِتَابَتِهِ وَيَكُونُ مَا فَضَلَ لَهُمْ دُونَ وَلَدَهُ الْأَحْرَارُ ، فَهَذَا نَصْ قَوْلُهُ فِي الْمَدْوَنَةِ وَالْمَوْطَأِ وَغَيْرُهُمَا مِنَ الدَّوَافِينِ ، وَلَا اخْتِلَافٌ أَحْفَظَهُ فِي أَنَّهُمْ أَحَقُّ بِمِيراثِ أَبِيهِمْ مِنْ وَلَدَهُ الْأَحْرَارِ إِذَا ماتَ وَتَرَكَ وَفَاءَ مِنْ كِتَابَتِهِ وَفَضَلًا إِنَّمَا يُخْتَلِفُ هُلْ يَكُونُ أَحَدُهُمْ بِوَلَاءِ مَكَاتِبِ أَبِيهِمِ الَّذِي أَدَى فَعَتَقَ قَبْلَ مَوْتِهِ^(١٠) فَقِيلَ إِنَّ الْوَلَاءَ لَا يَنْجُرُ إِلَيْهِمْ عَنْ أَبِيهِمِ إِذَا أَدَوا كِتَابَتَهُ مَا تَرَكَ وَيَكُونُونَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَلَدَهُ الْأَحْرَارُ ، وَقِيلَ إِنَّهُمْ لَا يَكُونُونَ أَحَقُّ مِنْهُمْ وَيَدْخُلُونَ مَعَهُمْ ، اخْتَلَافُ قَوْلِ مَالِكٍ ، وَقَعَ اخْتَلَافُ قَوْلِهِ فِي ذَلِكَ فِي الْمَبْسوَطَةِ ، وَقَالَ ابْنُ كَنَانَةَ لِيْسَ لَوَاحِدٌ مِنْهُمْ مِنْ وَلَاءِ مَكَاتِبِ أَبِيهِمِ شَيْءٌ لَأَنَّهُ ماتَ قَبْلَ أَنْ يَعْتَقَ ، فَوَلَاءُ مَكَاتِبِهِ لِلْسَّيِّدِ وَلَوْ أَدَى كِتَابَتِهِ فَعَتَقَ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ لَرَجَعَ إِلَيْهِ وَلَاءُ مَكَاتِبِهِ وَوَرَثَهُ عَنْهُ جَمِيعُ وَلَدَهُ الَّذِينَ كَانُوا مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَالْأَحْرَارُ الَّذِينَ لَمْ يَدْخُلُوا مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ ، وَلَوْ ماتَ وَلَمْ يَتَرَكْ

(١٠) سقط جواب يَكُونُ مِنَ الْأَصْلِ وَنَسْخَةُ قٌ ٣ : تَقْدِيرُهُ أَحَقُّ .

وفاءً من كتابته فسعى ولده في بقيتها فعثقوه لم يكن لهم من ولاء مكاتبها شيء ولا للأحرار الذين لم يدخلوا في الكتابة ، وكان ولاؤه للسيد ، فقف على افتراق هذه الموضع الثلاثة إذا أدى المكاتب كتابته في حياته ، وإذا أداها بنوه مما تخلفه وفاء بها فسعوا في بقيتها ، وقد مضى في رسم إن خرجت من سماع عيسى تحصيل الاختلاف فيما يرث المكاتب من هو معه في كتابته إذا مات قبل أن يؤدي كتابته فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وقال ابن القاسم في المكاتب يموت ويترك أمًّا ولده وولداً له منها أو من غيرها وترك المكاتب مالًا فيؤدي عنه فيعثقوه ، قال : لا يرجعون عليه بشيء وكذلك لو لم يترك مالًا فسعوا عثقت بأداثهم .

قلت : فإن لم يكونوا ولدتها ولكنهم ولد المكاتب من غيرها ؟ قال : هم بمنزلة ولدتها ، قلت : فإن إخوة المكاتب وليس معها ولد وقد ترك وفأً أو لم يترك وفأً ؟ قال سواءً ، يعتق الإخوة وتكون أمًا لهم ، وإنما تتم حرمتها مع ولده منها ومن غيرها .

قال محمد بن رشد : قوله إن المكاتب إذا مات وترك وفاء بكتابته وله أمًّا ولد وولد منها أو من غيرها فيؤدي عنهم فيعثقون إن الولد لا يرجعون على أم الولد بشيء كانت أمهم أو لم تكن أمهم ، صحيح ، لأنه لو أدى هذا الكتابة لم يرجع على أم ولده شيء ، وكذلك لا يرجعون هم عليها بما أدوا من ماله ، كانت أمهم أو لم تكن أمهم ، ونو لم يترك مالًا فعثقت بسعفهم رجعوا عليها بما أدوا عنها إن لم تكن أمهم على مذهب ابن القاسم ، إذ ليست من تعنت عليه ، ولم يرجعوا عليها على مذهب أشهب في أن المكاتب لا يرجع على من معه في الكتابة بما أدى عنه إذا كان من ذوي محارمه وإن كان مما لا يعتق عليه ، وقد مضى هذا من قول أشهب والاختلاف

فيه في رسم إن خرجت من سماع عيسى .

وأما قوله إن لم يترك المكاتب ولداً وترك إخوة فسواء ترك وفاة أو لم يترك لا يعتق الولد بعقد الإخوة وتكون أمّا لهم هو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها ، وأشهب في كتاب ابن المواز أنه إن ترك وفاة عتق مع الأب والأخ ، وإن لم يترك وفأة رقت ولا تعلق في سعيها بعد ذلك ، فاتفق ابن القاسم وأشهب على أنها تسعى مع الولد ولا تسعى مع الأب والأخ ، واختلفا هل تعتق بعثتهم إذا ترك وفأة ؟ فقال ابن القاسم إنها لا تعتق بعثتهم ، وقال أشهب إنها تعتق بعثتهم وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يطأ أمّ ولد مكاتبه فتحمل منه .

قال : يُحال بين المكاتب وبين وطئها حتى يُنظر إلى ما يصير إليه حال المكاتب ، فإنْ أدى عتق وكانت أمّ ولده ، وإن عجز كانت أمّ ولد السيد .

قلت لابن القاسم : فإنْ خاف العجز فأراد بيعها ؟ قال : لا يبيعها ولكن يكون على السيد قيمتها يوم تؤخذ ويعتق المكاتب فيها ، فإنْ فضل شيء كان له .

قلت لابن القاسم : فالولد ألا يأخذ المكاتب قيمة يستعين بها في كتابته ؟ قال : لا وهو في القِنَدان على خلاف هذا .

قال محمد بن رشد : إنما قال إن السيد لا يجب عليه لمكاتبته شيء في أم ولده إذا وطئها فحملت منه وهو لا يخاف العجز من أجل أن أمرها لا يخلو من أن تصير ملكاً له إن عجز أو حرة إنْ أدى كتابته ولم يعجز ، وفي كلام

الحالتين تسقط القيمة عن السيد ، هذا وجه قول ابن القاسم ، وفيه نظر ، لأنه قد أفسدتها على المكاتب ومنعه ما كان له من الاستمتاع بها ، فكان القياس أن تكون عليه قيمتها كما لو قتلها هو أو رجل غيره ، ولما لم ير عليه ابن القاسم قيمتها للوجه الذي ذكرناه لم ير عليه أيضاً في الولد قيمة وقال : الجواب فيها في القندان على خلاف هذا ، فيحتمل أن يكون الذي في القندان أن يؤخذ من السيد الواطيء قيمة ولده على أنه ولد أم ولد فيوقف ، فإن أدى أو عجز رجعت القيمة إليه لأنها إذا أدت أو عجزت سقط حقه فيها [وإذا سقط حقه فيها] سقط في ولدها ، وإن ماتت قبل أن تؤدي أو تعجز كانت له القيمة يستعين بها في كتابته ، وأما إذا خاف المكاتب العجز فكان له أن يبيعها من أجل خوفه العجز ، فقوله إنه يكون على السيد الواطيء قيمتها يوم تؤخذ منه ويعتق المكاتب فيها فهو مثل ما في كتاب ابن المواز لابن القاسم في سيد المكاتب يطأ أمّة مكاتبـه فتحمل أنها يعتق فيما لزمه من قيمتها ، لأن أمّ ولده تصير في هذا الحد كامتـه في أنّ له بيعـها ، وقد مضـى في رسم العربية من سماع عيسى اعتراض محمد ابن المواز قول ابن القاسم في أنه يعتق فيما لزم السيد من قيمة أمـته ووجه العمل في ذلك وما في المدونـة فيه ، فلا معنى لإعادـته .

مسألة

قال وسألتُ ابن القاسم عن المكاتب إذا أعتقد السيد أمـته ثم عجز المكاتب وهي عنده أيعتق أم لا ؟ قال : نعم ، قلت : وكيف إن خاف العجز أله أن يبيعـها أم لا ؟ أو لم يخف العجز أله أن يبيعـها ؟ قال : نعم ، قلت : وكيف إن خاف العجز أو لم يخف ولا

يُعتقد على السيد إلّا وهي عنده؟ وإن فيه لقولاً ولكن هذا أحسنُه إن شاء الله .

قال محمد بن رشد : هذا صحيح على قياس قوله في المدونة في المكاتبين في كتابة واحدة يُعتقد السيد أحدَهم ممن فيه قوّة على السِّعَايَة فلا يرضى أصحابه ثم يعجزون : إنهم يعتقدون عليه ، وكذلك أيضاً لو أعتقد المكاتب أو العبد عبده فرداً ذلك السيد ثم أعتقد العبد أو أدى المكاتب كتابته والعبد عنده إنه يعتقد على كل واحد منهمما وانختلف^(١٢) .

وقد اختلف في المرأة تعتقد العبد وهو أكثر من ثلث مالها فيرده الزوج ثم يموت عنها أو يطلقها ، فقيل إنه يعتقد عليها ، وهو قول مطرف وابن الماجشون وأصبح ، وقيل إنه لا يعتقد عليها وهو قول أشهب ، وقيل إنها تؤمر بذلك ولا تجبر عليه ، وهو قول ابن القاسم ، والاختلاف في هذه المسألة داخل في مسألتنا ، لأنه إذا لم يلزم ذلك المرأة فأخرى أن لا يلزم ذلك السيد ، فالاختلاف من مذهب ابن القاسم قائمٌ من مسألتنا هذه ، وقد أشار إلى هذا بقوله وإن فيه لقولاً ولكن هذا أحسنُه ولا اختلاف في أن له أن يبيع خاف أو لم يخف ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم في المكاتب بين الشركاء في بيتاع أم^(١٢) المكاتب من بعض الشركاء فيه جزءاً مِمَّا على المكاتب ، قال : سأله مالكا على المكاتب يكون بين الرجلين فيزيد أحدُهما بيع نصبيه بإذن شريكه ، قال : لا يجوز إلّا أن يبيعاه جميعاً ، فالأم عندي بمنزلته إلّا أن يبتاعه كله أو لا يبتاع منه شيئاً .

(١٢) « وانختلف » ثابت في الأصل ، ساقط من نسخة ق ٣ . والصواب سقوطه .
(١٢) م) لعل الصواب فَبَيْتَاعُ أمُ المكاتب الخ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن الأم بمنزلة الأجنبي في ابتعاع بعض كتابة المكاتب ، إذ لا يعتق المكاتب بابتعاع أمه جزءاً من كتابته ، وإنما يعتق إذا ابتعاع كتابته كلها ، لأنها تسقط عنه بابتعاعها له على ما مضى في رسم يشتري الدور من سماع يحى فيعتق بذلك ، وقد مضى تحصيل الاختلاف في بيع جزء من كتابة المكاتب في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته ، وتكررت المسألة في رسم الكبش من سماع يحى وفي رسم المدبر من سماع أصبع وبالله التوفيق .

من سماع موسى ابن معاوية من ابن القاسم

قال موسى ابن معاوية : قال ابن القاسم في رجل أعطى رجلاً كتابة مكاتبته في صحته فعجز عن المعطى ، فقال مالك : هو الذي وُهِبَتْ له كتابته ، وهو بمنزلة من ابتعاعه ، وكذلك قال لي مالك ، قال أبو زيد ابن أبي الغمر عن ابن القاسم : ولو أنَّ رجلاً أعطى رجلاً في حياته وصحته كتابة مكاتبته فعجز عنه المعطى كانت رقبته لسيده المعطى .

قال محمد بن رشد : رواية أبي زيد هذه خلاف ما يأتي له في سماعه بعد هذا ، مثل رواية موسى ، وقد ذكر ابن الموزان عن مالك فيمن وهب لرجل نصف كتابته أو جلها ثم عجز فإنَّ له بقدر ذلك من رقبته ملكاً مثل البيع ، وقاله أشهب وأصبع ، وذكر أبو بكر ابن محمد عن أشهب مثل رواية أبي زيد هذه ، والقياس أن لا فرق في هذا بين البيع والهبة ، وأن تكون له رقبته إذا وهبت له كتابته فعجز عمما كان يكون له إذا اشتراها فعجز ، وكذلك إذا وَهَبَ له منها جزءاً أو نجماً بغير عينه فعجز يكون له من رقبته بقدر ذلك الجزء أو بقدر النجم من عدد النجوم ، ورأى على إحدى رواياتي أبي زيد وأحد قولي أشهب

أن الواهِب للكتابة إذا قصد إلى هبة المال لا إلى هبة الكتابة على ما يوجهه الحكم في شرائهما من أن تكون له الرقبة إن عجز عنها ، وليس ذلك بين وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل ابن القاسم عن العبد تكون له أم ولد في كتابته سيده عليها ويجعل كتابتهما واحدة ، قال : يحرم فرجها على سيده ويكون ذلك كالانتزاع منه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأنه إذا كاتبها معه فقد انتزعها منه فوجب أن تحرم بذلك عليه ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم في المكاتب يقول لسيده : أمحعني كتابتي وارددني على حالي التي كنت عليها هل له أن يفعل ذلك به ؟ قال ابن القاسم : سأله مالكا عن المكاتب يعجز نفسه ويرضى بفسخ الكتابة وسمعته غير مرة وهو يقول : إن كان له مال ظاهر لم يكن له أن يعجز نفسه ، وإن كان له مال صامت لا يُعرف وعجز نفسه ورضي بفسخ الكتابةرأيت ذلك له دون السلطان .

قال محمد بن رشد : هذا نص ما في المدونة وهو المشهور في المذهب أن المكاتب ليس له أن يعجز نفسه إذا كان له مال ظاهر وإن رضي بذلك سيده ، لأن الكتابة يتعلق فيها حق الله تعالى ، وقيل إن للمكاتب أن يعجز نفسه وإن كان له مال ظاهر ما لم يكن له بنون صغار ، قاله ابن عبد الحكم في مختصره عن مالك ، ومعناه إذا رضي بذلك سيده خلافاً للشافعية في قوله إن ذلك له وإن أبق سيده بالكتابة على روایة ابن عبد الحكم عن مالك

كالبائع الذي لا يتعلق فيه حقٌّ لغير المتباعين فتجوز الإقالة بينهما فيه ، والقول الأول أظهرُ ، لأن الكتابة عقد من عقود الحرية فلا يجوز إبطاله إلا من ضرورة ، والشافعي لا يرى في الكتابة حقاً إلا للعبد فيراه أحقّ بالتمسك بها وبنقضها ، وقولُ مالك أصح لأنها عقد معاوضة بتراضيهما ، فإذا لم يكن للسيد الرجوع فيه وجب أن لا يكون للعبد الرجوع فيه .

وأما إذا لم يكن للمكاتب مالٌ ظاهر فحجد أن يكون له مال باطن وأراد أن يعجز نفسه وأبي السيد ذلك عليه لم يكن له ذلك إلا بإذن السلطان كما أنه إذا أراد السيد تعجيذه وأبي هو من ذلك لم يكن ذلك إلا بالسلطان .

واختلف إذا أجابه سيدُه إلى ما دعا إليه من تعجيذه نفسه وصدقه فيما ادعاه من أنه لا مال له ، فقال في هذه الرواية وفي المدونة إن ذلك له دون السلطان ، فإن عجز نفسه برضى سيده دون السلطان ثم ظهرت له أموال أخفاها مضى التعجيذ وبقي رقيقاً ولم يرجع في الكتابة إلا برضاهما جميعاً ، وقال سحنون لا يكون التعجيذ إلا عند السلطان ، وهو قولُ ابن كنانة في المدنية ، فعلى قولهما إن عجز نفسه برضى سيده دون السلطان ثم ظهرت له أموال كان أخفاها وجب أن يرد على كتابته ، وهذا القولُ أظهرُ على قياس القول بأن الكتابة يتعلق بها حق لله تعالى ، فلا يجوز للمكاتب أن يعجز نفسه إذا كان له مال ظاهر وإن رضي سيده ، لأنه إذا لم يكن له مال ظاهرٌ فرضي سيدُه دون السلطان اتهما جميعاً على إسقاط حق الله تعالى في ابطال الكتابة ، والسلطان يكشف عن حال المكاتب إذا ارتفعا إليه ورضيا بالتعجيذ ، فإن تبين له كذبه فيما يدعي من أنه لا مال له لم يمكنه من تعجيذه نفسه ، وقد قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : إنه إن اتهم بمالي ولدِ رأيت عليه العقوبة ، وله أن يعجز نفسه إذا لم يكن له مال وإن كان صانعاً ، قاله ابن القاسم في كتاب ابن المواز ، قال محمدٌ : وأما إن كان له مال ظاهرٌ فلا يعجز نفسه ويؤخذ منه لسيده شاء أو أبي يريد بعد محله ويعتق وبالله التوفيق .

من سماع أصبح من ابن القاسم

قال أصيغ : سئل ابن القاسم عنم قال لغلامه أكاتبك على أنْ أعطيك عشر بقرات فإذا صارت خمسين فأنَّ حُرًّ هذه كتابتك ، فرضي الغلامُ بذلك ، قال ليست هذه عندي كتابة ولا أرى لسيده أن يفسخها لما جعل له من العتق ، وهو عندي مثل ما يقول رجل إشهادوا إذا بلغت بقري هذه خمسين فلامي حر ، ويعطيه إياها ، وليس له أن يبيعها ولا يفسخ ما جعل له إلَّا أن يرهقه قال أصيغ : لا يعجبني قوله ، وأراها كتابة ، وقد يجوز في الكتابة الغرر والمجهول من المال والاجال ، ومن لفظ الكتابة وفعلها ما هو أكبر من هذا وأشد ، ولا أرى أن يفسخ عنه حتى يتبين عجزه عما قال بأمرٍ بين .

قال محمد بن رشد : أصيغ يراها كتابة جائزة فلا يطلها الدين المستحدث على أصله ومذهبـه ، وقد نص على ذلك في رسم أول عبد ابـتاعه فهو حر من سماع يحيى ، وإلى قوله ذهب أحمدُ ابن ميسـر فقال إنَّ له بيع الذكور وأحصـى عدـتها وكذلك الإناث التي انقطع ولادـتها ولا يفسـخ ما جعل له وإن رـهقه دـين ، وقد مضـى الكلام على هـذه المسـألة مستـوفـي في الرـسم المـذـكور من سـماع يـحيـى فـلا معـنى لإـعادـته ، وإنـما قال أحـمدـ إنـ له بـيع الذـكور والإـنـاث التي انـقطـع ولـادـتها وأـحـصـى عـدـتها لأنـ منـ حقـه أنـ يـعـدـها علىـ سـيـده فيـ العـدـ الذي كـاتـبه عـلـيـه كـما يـعـدـ عـلـيـه ما مـاتـ منـها عـلـى ما قـالـه أـصـيـغـ فيما مضـى منـ رـسـم سـماـع يـحيـى ، وقد بـيـنا وجـهـه وبالـله التـوفـيقـ .

من كتاب المدبر

قال أصيـغـ : سـمعـتـ ابنـ القـاسـمـ يـقـولـ فيـ الـذـي يـكـاتـبـ عـبـدـهـ

ويشترط عليه غيرَ ما مضى من عمل الناس في الكتابة وغيرَ وجه الكتابة مثلَ أَنْ لا يخرج من عمله وخدمته حتى يؤدي ، وما أشبه ذلك .

فقال : أراه على كتابته ، والكتابَة ثابتة لازمةً حتى يعجز ، والشرط لازم ولا يفسخ عنه لأنَّه ليس فيه حرامٌ مِنْ واحدٍ منهم لصاحبِه ، وإنما هو رجل قال له إن دفعت الي عشرةَ دنانير في كل شهر مع خدمتك إبَّا ي فَأَنْتَ حِرْ فهو جائز ، وغيرُه أحسن منه مما يعرف من وجه الكتابة ، ولهذا جاز أن يشترط عليه أن يسافر معه ، قال : وإن كانت خدمتُه بعد قضاء الكتابة بطلت عنه ، قال أصبحَ : لا يعجبني ما قال في إلزامِه الشرط ، ولكن أرأيت إن ثبتت الكتابة وسقط الشرط كالذِي يشترط وطء الأمة في كتابتها أو استثناء ولدها مما تلد أو مما يولد للمكاتب من أمته بعد ذلك رقيقاً وتمضي الكتابة على سنتها حتى يعجز ويسقط الشرط ولا يكون له أن يطأ ولا يرد الولد في الرق ، ولا تبطل الكتابة لشرطه ، فكذلك الخدمة ونحوها إلَّا خدمة موقة بسفر وما أشبهها حتى يعتق .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في سماع أشبَّه فلا وجه لإعادته .

مسألة

وسئل عن بيع جزء من المكاتب نصفه أو ثلثِه أو جزءٍ منه .

قال لا بأس بذلك ، ولا بأس أَنْ يبيع نجماً من نجوم المكاتب ، وذلك يرجع إلى أن يكون جزءاً وذلك اذا اشتري نجماً من جميع نجومه وليس نجماً بعينه ، وقاله أصبحَ .

قال محمد بن رشد : هذا من قول ابن القاسم خلاف ما مضى من قول مالك في سماع يحيى وسحنون وفي رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم مثل قول أصيغ وسحنون فيه ، وقد مضى هنالك القول على ذلك مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال أصيغ وسمعت ابن القاسم وسئل عن أوصى بخدمة جارية لِلإِبْنِ له حياته فإذا مات كُوتِبَتْ بعشرين ديناراً .

فقال : إن وسعاها الثلث وُقِفت نجوم الإِبْنِ إن أجاز له الورثة الخدمة وإن أبوا أن يجيزوا الخدمة اقتسموا الخدمة على الفرائض ما عاش الإِبْنِ الموصي له بالخدمة ، فإذا مات كوتبت بعشرين ديناراً كما أوصى الميت ، وتكون تلك الكتابة إن أدت بين من ورث الميت على فرائض الله ، وتعتق إن أدت ، وإن عجزت رقت وكانت بين من ورثه الميت على الفرائض رقيقاً لهم ، قال أصيغ وَلَا وَلَهَا إِن أَدْتَ وَعْتَقْتَ لِلْمَيْتِ الْمَوْصِي بِكِتَابَتِهِ وَعَصِبَتِهِ الَّذِينَ يَرِثُونَ الْوَلَاءَ مِن الرِّجَالِ ، قال أصيغ قال ابن القاسم : وإن لم يحملها الثلث خير الورثة بين أن يُنفَدَ ما أوصى له به ، قال أصيغ : فإن أنفدوا ذلك كان كخروجها من الثلث على مجرى ذلك سواء ، قال ابن القاسم : وتكون موقوفة على الإِبْنِ في خدمتها إلى الأجل ، ويقتسمون الخدمة معه إن لم يُجِيزَا لَه خدمة خاصة ويكتابوها بعد ذلك ، قال أصيغ وبين أن يُعَجِّلُوا لها الكتابة الساعية وتسقط الخدمة وتسعى فيها فتؤدي وتعتق أو تعجز فترق أو يُعْتَقُوا منها ما حَمِلَ الثلث بِتَلَّا ، ويسقط ما سوى ذلك كله إذا أبوا ما فوقه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا موضع للقول إلا قول أصيغ إذا لم يحملها الثالث إن الورثة يخرون بين أن ينذدوا الوصية أو يعجلوا لها الكتابة وتسقط الخدمة ويعتقوا منها ما حمل الثالث بتلا ، فإنما يكون ما ذكره من تعجيل الكتابة وإسقاط الخدمة إذا اتفق الورثة كلهم على ذلك الموصى له بالخدمة ومن سواه منهم ، فإن أبي ذلك أحدهم اعتق منها ما حمل الثالث بتلا إلا أن يجيزوا الوصية على وجهها ، وقد تكررت هذه المسألة في آخر سماع موسى ابن معاوية وزاد فيها هذه الزيادة من قول ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل أوصى لثلاثة نفر بكتابته مكاتبته ، أوصى لرجل بالنجم الأول ، وللثاني بالنجم الثاني ، وللثالث بالنجم الثالث ، فعجز المكاتب بعد ما قبض الأولان ، قال يرجع بين الثلاثة نفر ريقاً ويكون لكل واحد منهم بقيمة نجمه منه ولا يرجع الآخر على الأولين بشيء مما أخذنا .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة وفي مسألة رسم الوصايا الصغير بعد هذا أن الموصى لهم بجميع كتابة مكاتبته ، ثم قال يأخذ فلان منهم منها النجم الأول ، وفلان النجم الثاني وفلان النجم الثالث .

وأما لو أوصى لأحد منهم بالنجم الأول من نجوم مكاتبته ، وللثاني بالنجم الثاني ، وللثالث بالنجم الثالث دون أن يتقدم من إische لهم بجميع كتابته ما يكون هذا من قوله تفسيراً لما يأخذ كل واحد منهم من الكتابة التي أوصى لجميعهم بها لما كانت رقبته إن عجز إلا للموصى له باآخر نجم منها ، لأن من أوصى له بنجم بعينه من نجوم مكاتبته لو اشتراه أو وهب له لم يكن له حق في رقبته إن عجز بإتفاق إلا أن يكون النجم الذي اشتراه أو وهب إيه أو

أوصى له به آخر نجوم المكاتب ، فيكون بمنزلة من اشتري جميع الكتابة أو وهبت له وأوصى له بها في أنه يكون له رقبته إن عجز فرده .

قوله في هذه الرواية إذا أوصى لهم بجميع كتابة مكاتبته وقال أن يأخذ أحدهم منها النجم الأول ، والثاني النجم الثاني ، والثالث النجم الثالث ، فقبض الأول النجم الأول ، والثاني النجم الثاني ، ثم عجز المكاتب في النجم الثالث : إنه يرجع ريقاً بين الثلاثة نفر على قدر قيمة نجومهم ، ولا يكون للأخر رجوع على الأولين بشيء مما أخذنا هو أنَّ الأول والثاني إنما قبضا حقهما الذي أوصى لهما به من غير أن يُبَدِّلْهُما الثالث ، فوجب أن لا يكون له عليهما به رجوع قياساً على ما قالوا في المكاتب بين الشريكين يحل عليه نجم من النجوم فقبض أحدهما حقه منه وينظره الآخر بنصبيه منه ، ثم يعجز في النجم الثاني إنه يكون ريقاً بينهما ، ولا يكون للثاني رجوع على الأول بما قبض من النجم الأول لأنَّما قبض حقه منه دون أن يُبَدِّلْهُ به صاحبه على ما قال في رسم الكبش من سماع يحيى ، وبالله التوفيق .

مسألة

قلت فلو أوصى لرجل بنجم من نجوم مكاتبته فقال الورثة : نحن ندفع إليك نجماً ، وقال هو : لا أرضى لعله أن يعجز فيكون لي فيه حق .

قال : إن كان النجم لم يحل بذلك له ، وإن حل بذلك لهم .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنَّ النجم الذي أوصى له به هو آخر نجم من نجوم المكاتب ، لأنَّ من أوصى له بنجم بعينه من نجوم المكاتب وليس بآخر نجم من نجومه فلا حق له في رقبة المكاتب إن عجز .

وقوله إن كان النجم لم يحل فمن حق الموصي له أن لا يجعل له وأن يبقى حقه على المكاتب رجاءً أن يعجز فيكون له في رقبته حقٌ خلاف قوله في رسم الوصايا الصغير من سماع أصبح من كتاب الوصايا في الذي يوصي لرجل بalf درهم على مكتبه ، فقال الورثة للموصي له : نحن نعطيك الألف وتكون جميع الكتابة لنا والعبد ، فأبى ذلك وقال يكون لي في العبد والكتابة لعله يعجز ، قال ليس ذلك له ، لأن الظاهر من قوله فيها إن الكتابة لم تحل فإذا لم يكن للموصي له في ذلك حق وإن كانت لم تحل فأخرى أن لا يكون له في ذلك حق إن كانت قد حلّت .

والاختلاف في هذا جار على الاختلاف فيمن وهب كتابة مكاتب فعجز هل تكون له رقبته أو للواهب ؟ وقد مضى ذكر ذلك في سماع موسى ، وقد قيل إن تفرقة في هذه الرواية بين أن يحل النجم أو لا يحل مبيئًا لما في سماع أصبح من كتاب الوصايا لا خلاف له ، إذ لا نص فيه على أن الألف لم تحل ، فمعناه أنها قد حلّت .

فيأتي هذا فيمن وهب كتابة مكاتب فعجز عنه ثلاثة أقوال فيمن تكون له الرقبة ؟ أحدهما أنها تكون للواهب بخلاف البيع ، والثاني أنها تكون للموهوب كالبيع ، والثالث الفرق بين أن يكون قد حلّت الكتابة أو لم تحل ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا الصغير

وسئل ابن القاسم عن المكاتب يموت سيدُه وعليه ثلاثة آلافي يوصي لرجل بالأولى وآخر بالثانية ، ولآخر بالثالثة ، فيستوفي الأولان منه ، ثم يعجز العبد قال : إن رَدًا ما أخذنا رجع أنصباؤهما في العبد ، وإن لم يَرُدا رجع ما كان نصبهما من العبد إلى ورثة الميت

الموصي ، قيل له : الذي يرِدَ ان إلى من يرِدَ انه؟ قال : إلى العبد يكون في يديه .

قال محمد بن رشد : قد تقدم من قولي في الرسم الذي قبل هذا أنَّ معنى هذه المسألة أنه أوصى لهم بجميع الكتابة ، ثم فَسَرَ ما يأخذ كل واحد منهم منها من النجوم .

وقوله في هذه المسألة إنهم إِنْ ردا ما أخذوا رجع انصباؤ هما في العبد ، وإن لم يرِدَا رجع ما كان يُصيّبُهما من العبد إلى ورثة الموصي خلافاً ما تقدم من قوله في الرسم الذي قبل هذا ، ولكلتا القولين وجه ، وقد مضى وجه القول المتقدم ووجه هذا أن الموصي لَمَّا أوصى لهم بالكتابة معاً ثم بين ما يأخذ كُلُّ واحدٍ منهم منها فقد ساوي بينهم في الوصية إِلَّا فيما بدأ بعضهم على بعض ، فوجب إذا قبض الأولان نجميهما ثم عجز في النجم الثالث أن لا يكون للأولين مشاركةُ الثالث في رقة المكاتب إِلَّا أن يرِدَا عليه ما يجب له مما قبضا من المكاتب ، وهو ثلثُ ما قبضا منه ، وهو معنى قوله إنهم يردان ذلك إلى العبد لأنهما إذاردا ذلك إلى العبد ورجعا معه في رقبته فقد استووا جميعاً فيه ، وفيما قبضا منه ، ولا يلزمهما أن يرِدَا إلى الثالث ما يجب لهم مما قبضا من المكاتب إِذ لم يدائما بذلك ، ومن حقهما أن يتمسكا بما قبضا منه ويرجع حظهما من رقة العبد لورثة الموصي كما قال في الرواية ولو أوصى لهم الميت بالكتابة ولم يَخُصْ لواحدٍ منهم نجماً بعينه فَحَلَ النجم الأول والثاني فَبَدَا أحدهم صاحبه بهما على أن يقبضَ هو النجم الثالث فعجز فيه للزمهما أن يردا عليه ما يجب له من النجومين اللذين قبضاهما ويرجعا معه في رقة المكاتب على ما مضى في رسم الكبش من سماع يحيى في المكاتب بين الورثة ، وهذا القول أَظْهَرَ من القول الذي تقدم في الرسم الذي قبل هذا ، وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد ابن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد : سئل ابن القاسم عن كاتب عبده ثم دبره ، قال : يُنظر إلى أدنى القيمتين من قيمة رقبته أو قيمة الكتابة فجعلت في ثلث الميت .

وإن دبره ثم كاتبه لم يجعل في ثلثه إلا قيمة رقبته .

قال محمد بن رشد : أما إذا كاتبه ثم دبره فقوله إنه يجعل في الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو قيمة الكتابة فهو بين على ما قاله ، ومثله في المدونة في الذي يوصي بعتق مكاتبته ، وقيل الأقل من قيمة الرقبة أو عدد الكتابة ، والقولان في المدونة .

واما إذا دبره ثم كاتبه ففي قوله إنه يجعل في الثلث قيمة رقبته نظر ، لأنها إنما يُقوم يوم يُنظر في الثلث وهو مكاتب بعد ، فلا فرق في القياس والنظر بين أن يدبره ثم يكتبه ، أو يكتبه ثم يدبره فيما يجب أن يجعل في الثلث ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في مكاتب بين رجلين أوصى أحدهما صاحبه في مرضه فقال ثلث النصف الذي لي في فلان المكاتب لفلان أخي ، والثلث حر ، ثم هلك المكاتب عن مالٍ كيف يورث ؟ قال : على خمسة أسهم ، فيكون لشريكه ثلاثة أسهم من خمسة ويكون للذي أوصى له ثلث النصف سهم ، ولوريته سهم من خمسة ، وذلك بعد ما يستوفون ما لهم فيه من الكتابة ، وإن قال ذلك في صحته ثم هلك

المكاتب عن مال كان للذى لم يعتق ثلاثة أسمهم من ستة ، ولشريكه سهمان من ستة ، وللذى تصدق عليه بسدس العبد سهم من ستة ، وذلك بعد أن يستوفوا من ماله بقيمة كتابتهم .

قال محمد بن رشد : هذا بين كله صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها لأن الثالث من نصف المكاتب الذي أوصى أحد الشركين فيه بعتقه يُعتق في ثلثه ، وإن اعتق ثلث النصف منه بقي فيه من الرق خمسة أسداسه فيها يورث ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء ، والعبد لا يورث بالحرية حتى لا يبقى فيه شيء من الرق .

وأما إذا قال ذلك في صحته فلا يوجب ذلك له عتقاً ، لأن عتق بعض المكاتب في الصحة وَضْعٌ وليس بعتق فوجب أن يورث على أن جمِيعه رقيق ، فيكون للشريك فيه نصف ميراثه ، وللمتصدق عليه بثلث نصفيه سدس ميراثه وللمتصدق المعتق ما بقي وهو الثالث ، لأن عتقه ليس بعتق إنما هو وَضْعٌ والله الموفق .

مسألة

وقال في رجل كاتب عبداً له ، ثم وهب لرجل نجماً مننجومه ، ثم عجز العبد .

قال : يكون له في رقبته حصة بقدر النجم الذي وهب له .

قال محمد ابن رشد : هذا كما قال ، لأنه وَهَبَ نجماً من نجوم مكاتبته بغير عينه ، فقد حَصَّلَ شريكاً معه في جميع كتابته على الإشاعة بما يقع ذلك النجم من جميع النجوم على قدر قيمة من قيمته جميماً ، وصار ذلك كأنهما كاتباً جميماً ، فوجب إذا عجز في آخر النجوم أن تكون رَقْبَتُه بينهما كالكاتب بين الشركين يعجز ، وهذا خلاف ما تقدم له من رواية أبي زيد عنه

في سماع موسى ابن معاوية ، إذ لا فرق في هذا بين هبة جميع الكتابة أو نجماً بغير عينة ، وقد مضى هنالك التكلم على ذلك فلا معنى لإعادته ولا بن القاسم في كتاب ابن المواز ، قال : فإن وهبها نجماً منها بعينه في صحته فلا يكون له من رقبته شيء إن عجز ، وكأنه هبة لمال ذلك النجم ، وقد مضى في رسم الوصايا ورسم الوصايا الصغير أيضاً من سماع أصيغ ما ظاهره أن الموصي له بنجم بعينه يصير له من رقبة المكاتب إن عجز بقدر ذلك النجم من جميع الكتابة ، وهو بعيد في المعنى فتأولناه على أنه إنما تكلم في ذلك على نجم بغير عينه وبالله تعالى التوفيق .

مسألة

وقال في رجل أعتق مكاتبه إلى عشر سنين .

قال : يخير المكاتب بين أنْ يُسقط الكتابة ويعتق إلى عشر سنين أو يكون على كتابته .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن العتق إلى أجل عقد لازم لا يُبطله شيء يحدُث بعد ، فهو أوجب من الكتابة ، إذ قد يعجز عنها فيرجع ريقاً ، فلذلك قال : إنه يخير بين أنْ يُسقط الكتابة عن نفسه ويبقى معتقداً إلى أجل ، وبين أن تبقى كتابته ، وإنما يُخَيِّر بين الأمرين ما لم يُتَفَقَّدْ عتقه إلى الأجل ، وأما إن أنفذه فإما أن يُخَيِّر بين أن يُسقط الكتابة وبين أن يبقى على كتابته مع العتق المؤجل ، فإن أدى كتابته قبل الأجل خرج حراً باداء الكتابة وإن حلَّ الأجل قبل الكتابة سقط عنه ما بقي عليه منها وخرج حراً ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن مكاتب بين ثلاثة نَفَرٍ ، قاطعه أحدُهم بإذن صاحبه وتَمَسَّك الثاني ، ووضع الثالث ، ثم عجز المكاتب .

قال : إن ردَّ الذي قاطع نصفَ ما في يديه إلى الذي تمسَّكَ
كان العبدُ بين الثلاثة بالسواء ، وإن أبى أن يرد شيئاً لم يكن له في
العبد شيء ، وكان العبد بين الذي تماسك وبين الذي وضعَ
بنصفين .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأن الذي وضع منهم حظه من
الكتابة لم يُسقط بوضعِه حظه منها حقه في الرقبة إن عجزَ عما بقي منها
لشركائه ، فإن عجزَ ويفي الذي قاطع على ما قاطع به كان المكاتبُ بين الذي
وضع وبين الذي تماسك بنصفين كما قال ، وإن أراد الذي قاطع أن يرجع
على حظه في رقبة المكاتب قيل له ردَّ نصفَ ما قاطعت به ، لأن الذي وضع لا
حق له فيما قاطعَ به إذْ قد كان وضع عن المكاتب ما كان له عليه ، ولو كانت
مقاطعته إيه بغير إذنِ شريكه لم يكن له أن يرد نصفَ ما قاطع به ويرجع في
رقبة المكاتب ، ولكن الخيارُ في ذلك إلى الذي تماسك بالكتابة وبالله
التوفيق .

مسألة

وقال في رجل كاتب عبدَه على أن يأتيه بعده الأبق أو بعيده
الشارد إن الكتابة جاية ، وعليه أن يأتي بالعبد أو بالبعير ، فإن لم
يأت به وأيس منه عجز .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، والكتابة على هذا تشبيه
للجعلِ الجائز ، وهي جاية ، والأصل في جوازها ما جاء من أنَّ سلمان
الفارسي كاتب أهله على ماثي ودينه يُحبيها لهم ، فقال له رسول الله صلي
الله عليه وسلم إذا غرستها فاذني ، فلما غرسها أذنه فدعا له رسول الله صلي
الله عليه وسلم فلم تمت منها ودية واحدة وقد مضى هذا في رسم أشهب وبالله
التوفيق .

مسألة

وقال في الرجل يكاتب أمه وهي حامل لم يعلم به ، أيكون مكتاباً مع أمه أم لا ؟ قال لي مالك : نعم يكون مكتاباً مع أمه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، ولا اختلاف فيه أعلمه والأصل في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه : كُلُّ ذَاتِ رَحْمٍ فولُدُها بمنزلتها .

مسألة

قال أبو زيد : وسئل ابن القاسم عن تفسير المسألة التي في كتاب المكاتب من الموطا في الذي يضع عن مكاتبه نجماً من نجومه أولها أو آخرها أو وسطها في الوصية وما ذكر فيها من قسمة قيمة العبد على تلك النجوم ويقدّر قربها من الأجل وبعدها .

قال ابن القاسم تفسير ذلك أن يكون على المكاتب ثلاثة مائة دينار ، في كل نجم مائة ، فإن كان وضع المائة الأولى نظركم قيمتها نقداً أن لو بيعت في قرب محلها ؟ لأن النجم الأول ليس مثل آخرها في القيمة ، ويُقَوَّمُ على ذلك على قدر مال العبد وملائه في الأداء ، فإن كان قيمتها خمسون ديناً قلنا كم قيمة الثاني بعده ؟ فإن قيل ثلاثة ديناراً قلنا كم قيمة الثالث الذي بعدهما ؟ فإن قيل عشرون ديناً كان للذي أوصى له من ذلك نصف رقبته ، ثم ينظر إلى ذلك فإن كان أقل في القيمة من نصف قيمة رقبته أو قيمة النجم الأول فيوضع ذلك في ثلث مال الميت ، فإن خرج من الثلث عتق ، ولا ينظر إلى قيمة الكتابة في النجم الأول إن كان قيمة نصف رقبته أقل ولا إلى قيمة نصف رقبته إن كانت قيمة النجم أقل ، لأنه إذا أعتق نصفه والذي أخذ من الكتابة نصفها فيوضع ذلك في ثلث مال الميت

على ما أحب ورثة الميت أو كرهوا ، وإن وضع عنه الأوسط أو الآخر فعلى هذا يحسب ، ويدخل في ثلث الميت الذي هو أقلً أبداً ، ولا يدخل في ثلث الميت قيمة النجم الأول ولا الثاني ولا الثالث ان كان ذلك أكثر من قيمة ما يصيب من رقبته ، لأنه لو وضع عنه ذلك كله لم يدخل في مال الميت إلّا الذي هو أقلً من قيمة الكتابة كان أو قيمة رقبته .

وكذلك النجم بعينه إنما يدخل في ثلث مال الميت قيمة أو قيمة ما يصيبه من قدر رقبته ، لأنَّ الوصايا تدخل معه فيكون ذلك خيراً لأهل الوصايا أنْ يُتَمُّموا وصاياتهم ، وليس على الورثة في ذلك ضررٌ .

وإن كان النجم الأقل هو نصفه ولم يترك الميت مالاً غيره خيرَ الورثة بين أن يضعوا هذا النجم بعينه ويعتق الذى كان يصيبه من قيمة رقبته ، وهو النصف ، ويسقط ذلك النجم بعينه ويكون له النجمان الباقيان ، فإن استوفوا بذلك ، وإن عجز ورق عتق منه إلّا نصفه ، وإن أبوا أنْ يُجِيزُوا ذلك عتق ثلاثة ، ووضع عنه من كل نجم ثلاثة ، فإن عجز كان ثلاثة حراً وثلاثة رقيقاً لهم ، وهذا وجہ ما سمعت وبلغني عنه ممن أتقُّ به .

قال محمد بن رشد : هذا صحيحٌ من قوله وبين من تفسيره على قياس ما في المدونة وغيرها من أنَّ من أوصى بعتق مُكَاتِبَه يوضع في ثلث الميت الأقل من قيمة رقبته أو قيمة كتابته ، وقد مضى هذا في أول سماع أبي زيد وغيره فلا معنى لإعادته .

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

قال سحنون في نصراني كاتب عبداً له نصرانياً بمائة قسط من خمر ، فأسلم المكاتب بعد ما أدى نصف الخمر ، قال : يكون على المكاتب نصف قيمته عبداً قنا ، أو يكون عليه نصف كتابة مثيله في قوته على السعاية .

قيل له : فإن أسلم السيد ولم يسلم المكاتب ؟ قال : هو كما أخبرتك ، من أسلم منهمما فهو على ما أخبرتك .

قال محمد بن رشد : قوله إنه يكون عليه لسيده إذا أسلم أحدهما نصف قيمته أو نصف كتابة مثيله ليس على سبيل التخيير لأحدهما في ذلك ، وإنما هو قوله ، فمرة قال إنه يكون عليه نصف كتابة مثيله لأن ما بقي من الكتابة هو الذي بطل بإسلام منهما إذ لا يصح أن يُقضى بالخمر لمسلم ولا على مسلم ، وهو قوله ابن الماجشون في الواضحة أن يكون عليه حصة ما بقي من كتابة مثيله فإن بقي نصف الخمر والخنازير طالبه بنصف كتابة مثيله إن ثلث فثلث ، وإن ربع فربع ، ومرة كان يقول عليه نصف قيمة رقبته ، ووجه ذلك أن المكاتب لما كان عبداً ما بقي عليه من كتابته شيء بطل ما بقي من كتابته بإسلام من أسلم منهمما وجب عليه نصف قيمة رقبته إن كان بقي عليه نصف ما كتبه عليه من الخمر والخنازير ، إذ قد كان يمكن أن يعجز عنها فيرجع ريقاً ، والقول الأول أظهر والله أعلم .

مسألة

وسائل عن مكتابة وطئها سيدتها فحملت ولها مال كثير هل تكون بال الخيار في أن تكون على كتابتها أم تكون أم ولد ؟ قال : نعم إن أرادت أن تكون أم ولد فذلك لها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه ، إذ ليس ذلك منها كتعجيز المكاتب نفسه وله مال ظاهر أن لا ترجع رقيقاً باختيارها أن تكون أم ولد لسيدها ولا تنقل بذلك ولاءها عنه ، ولا فيه ضرر على أحد إذا لم يكن معها أحد في كتابتها فوجب أن يكون ذلك لها ، ولو كان معها أحد في كتابتها لم يكن ذلك إلا برضاهم إلا أن تكون هي أقدر على السعي منهم وتخاف عليهم العجز بذلك فلا يكون ذلك لهم وإن رضوا ، وقال بعض الرواة لا يكون ذلك لها وإن رضوا ورضيت إذا كان قبلهم من السعي ما قبلها ، لأنه لا يُدرِّي ما يؤول إليه مأولهم ، وإذا رجعت أم ولد برضاهما ورضاهم خط عنهم من الكتابة مقدار حصتها ، وسواء على مذهب مالك وطائحة أو أكرهاه ويؤدب في الحالتين جميعاً إلا أن يُعذر بحاجها له ، وأدبه في استكراره أشد .

وقال سعيد ابن المسبي وابراهيم التخعي : إذا وطئ الرجل أمه فحملت كانت أم ولد له وبطلت كتابتها .

وقال ربعة : إن طاوته بطلت كتابتها وكانت أم ولد ، وإن أكرهاه فهي حرة ولدتها على كل حال لا حق به ، وهذا كله في المدونة وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل أوصى أن يُكتَابَ عبدُه ويُعطِي رَجُلُ سماه عشرة دنانير ، وليس له مال غير العبد .

قال : يقال للورثة أتجِيزُون ما أوصى به الميت ؟ فإن قالوا نعم نجيز ذلك ، وإن قالوا نحن نجِيزُ الكتابة ولا نجيز ما أوصى به الميت لهذا الرجل قيل لهم كاتبوا ، ثم يُقال لهم إنما لكم من هذا المكاتب الثنain وليس لكم الثلث ، فاختاروا ، فإن شئتتم فادفعوا إلى هذا

الموصى له بالعشرة دنانير ما أوصى له به ، ولهم ثلث كتابته ، وإنما
فاسلموا اليه ثلث كتابة المكاتب .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنهم إذا أجازوا الكتابة
فهم يخرون بين أن يسلموا ثلثها إلى الموصى له بالعشرة ، أو يسلموا له
العشرة ، لأن ثلث الكتابة هي ثلث جميع مال الميت إذا لم يكن له مال سوى
العبد الذي أجازوا وصية المكاتب بكتابته ، ولو لم يجيزوا الكتابة أيضاً لم يكن
عليهم أكثر من أن يعتقوا ثلثه بتلأ بما أوصى له به من الكتابة ، وتبطل وصيته
بالعشرة ، لأن الوصية بالعتق مقدمة على الوصية بالمال ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عنمن وطىء مكاتبته ابنه فأولدها هل تكون بال الخيار إن
شاءت كانت أم ولد للواطئ وإن شاءت كانت على كتابتها ؟ قال :
ليس ذلك لها .

قيل له : لم قال لأنه ليس لها أن تنقل ولاها عن الابن الذي
قد انعقد له إلى الأب ؟ قيل : فإن عجزت ؟ قال يكون الابن بال الخيار
إن شاء قومها على أبيه فعل ، وقد روى في كتاب العربية أن لها
ال الخيار أن تمضي على كتابتها أو تكون أم ولد للأب .

قال محمد بن رشد : قد تقدمت هذه المسألة والكلام عليها في
رسم العربية من سمع عيسى فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قيل له : فلو أن رجلاً وطىء مكاتبته فأحببها ولها مال كثير فيه
وفاء بكتابتها وفضلة فاختارت أن تكون أم ولد أيكون لها الخيار في
أن تكون على كتابتها أو تكون أم ولد ؟ قال : نعم ، قال سحنون :

وتكون نفقتها على السيد في حملها بمتنزلة المبتوطة إذا كانت حاملاً
إذا اختارت أن تمضي على كتابتها .

قال محمد بن رشد : قد مضى قبل هذا في هذه النوازل القول على وجه رضاها برجوعها أم ولد وإن كان لها مال ، وأمّا قول سحنون إن لها النفقة في حملها فهو القياس على ما قاله ، والأصبح في الواضح أنه لا نفقة لها ، والذي أقول به أن لها النفقة إن أكرهها على الوطء ولا نفقة لها إن طاوعته ويعتذر أن يُفسر قول سحنون وأصبح على هذا فلا يكون في المسألة إختلاف وبالله التوفيق .

مسألة

قال سحنون في مكاتب اشتري أمته وهي امرأة سيده هل يفسخ النكاح ؟ ولمن يكون حقها من زوجها ؟ قال : يُفسخ النكاح ويكون الصداق للبائع إلا أن يشترطه المبتاع .

قال محمد بن رشد : قوله إن النكاح يفسخ إذا اشتراها معناه إذا اشتراها بإذن سيدها ، لأنه إذا اشتراها بإذنه دخلت معه في كتابته فصارت مكاتبته له ، ولا يجوز للرجل أن يتزوج أمته ولا مكاتبته .

وقوله إن الصداق يكون للبائع إلا أن يشترط المبتاع صحيح لأنه مال لها ، ومال العبد للبائع إلا أن يشترطه المبتاع على ما أحكمته السنة عن النبي عليه السلام ، ومعنى ذلك إذا كان شراؤه إليها بإذن سيده بعد أن دخل بها ، وأما لو كان اشتراها بإذنه قبل أن يدخل بها لم يكن لها صداق ولا نصف صداق ، لأن كل نكاح يفسخ قبل الدخول لفساده فلا صداق فيه ، ولو اشتراها بغير إذن سيده لم تدخل في كتابته ، وإذا لم تدخل في كتابته فلا يفسخ النكاح بشرائه إليها فإن احتاج إلى بيعها في الأداء عن نفسه باعها ، وإن أدى خرجت حرة ، وإن عجز كانت أمّة له وكان لسيده أن يتذرعها منه إن شاء ؛

فإن فعل انفسخ نكاحه ووطئها بملك يمينه وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في مكاتب اشتري ابن مولا ه هل يُعتق عليه أم لا ؟ قال سحنون : يكون رقيقاً في يد المكاتب .

قال محمد بن رشد : قد مضى مثل هذا من قول ابن القاسم في رسم يُديِّر ماله من سماع عيسى والكلام عليه فلا معنى لعادته .

مسألة

وسئل عن المكاتب يموت ويترك مائة دينار دينناً عليه من كتابته ويترك ثلاثة أمهات أولاده من كل واحدة منها ولد واحد فشح كل واحد منهم أن تباع أمه فيما عليهم من الكتابة ، وقيمة كل واحدة منهم مائة دينار .

قال : يباع من كل واحدة منها ثلاثة قيل : فلو كانت قيمتها مختلفة فكانت قيمة واحدة ثلاثة دينار ، وقيمة الأخرى مائتان وقيمة الأخرى مائة ؟ قال : يباع من كل واحدة منها سدسها يباع من الشمن قيمتها ثلاثة سدسها خمسون ديناراً ، ومن التي قيمتها مائة سدسها ستة عشر وثلاثين ، ومن التي قيمتها مائتان سدسها ثلاثة وثلاثون وثلث فجميـع ذلك مائة .

قال محمد بن رشد : قد قيل إنه يُقرع بينهن فيمن يباع في الدين اتفقت قيمتها أو اختلفت ، فإن اختلفت فخرج السهم على التي قيمتها مائة بيعت وعنتق الإناث بعنتق الولد ، وإن خرج السهم على التي قيمتها مائتان بيع نصفها وعنتق الإناث بعنتق الولد ، وإن خرج السهم على التي قيمتها ثلاثة مائة بيع ثلثها وعنتق الباقيتان ، وهذا القول أيضاً لضرر الشركة في كل

واحدة منهن ، وهو الذي يأتي على ما رواه سحنون في أنه إذا لم يكن ولد إلا لواحدة منهن إلا بالقرعة سوى الأم ، ولَا تدخل الأم في القرعة ، وعلى ما في المدونة إنما يبع التي فيها نجاتهم كانت أمّة أو غير أمّة ، ولم ير أن يبيع أمّة إذا كان في سواها من أمّهات أولاد أبيه كفاف لدّينه ، ولم يتكلم في المدونة إذا كان لكل واحد منهن ولد ، والقرعة في ذلك أُولى من قول سحنون في هذه الرواية وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل المغيرة عن رجل كاتب عبیداً له ثلاثة كتابة واحدة وبعضهم حملاء عن بعض ، ثم إن بعض المكاتبين أبق وأبقى أصحابه على حالهم فعجزهم السلطان ثم إن الآبق قدِم ومعه قوّة على أداء الكتابة كلها والسلطان الذي عجزهم قائم لم يتم ولم يعزل هل يعتق لحصته من الكتابة ، أو يُعتقد هو وأصحابه ؟

قال : أرى أن الآبق من المكاتبين على كتابته إن جاء بها عتق الذين عجزوا من شركائه بما أدى عنهم من كتابتهم وكتابته .

قيل له : فهل يرجع المكاتب على شركائه في كتابته بما أدى عنهم بقدر حصصهم ؟ قال : نعم ، قيل ذؤوا رحم كانوا أو غيرهم ؟ قال : نعم هو سواء في هذا الموضع ، لأن المرأة يتبع في دينه أباها وأخاه وابنه ، ولو مات ورثوه فهو لاء كذلك .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة وبعضهم حملاء عن بعض ظاهره أنهم لا يكونون حملاء ببعضهم عن بعض إذا كوتبا كتابة واحدة إلا أن يسترطوا بذلك ، وهو خلاف ما في المدونة وغيرها .

وأما قوله في آخرها إنه يرجع الآبق الذي أدى الكتابة على من كان معه

فيها وإن كان ابنه أو أباه أو أخاه فهو خلاف نص مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها ، وقد مضى تحصيل الاختلاف في هذا في رسم إن خرجت من سمع عيسى وبالله التوفيق .

من مسائل نوازل سُئلَ عنها أصبغ

قال أصبغ في الرجل يوصي أن يُكتَابَ نصف عبدِه فقال :
يقال للورثة إما أن تكتابوا هذا العبد كله حتى تجوز فيه وصية الميت
وإما أعتقدتم من نصف العبد مبلغ ثلث مال الميت لأنه لا يجوز أن
يكتاب نصف عبدِه ، ولا بد من أن ينفذ له ما أوصى به له ويعتق ثلث
ما بلغ مال الميت منه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إنه إنما يعتق ما حمل الثالث
من نصفه وإن كان الثالث يحمل الرقبة كلها ، لأن الميت لم يوص في الجميع
وإنما أوصى في البعض ، فللورثة حجة في أن لا يعتق منه بتلا أكثر مما أوصى
به أن يُكتَابَ منه ، وهي وصية فيها قربة على وجه لا يجوز ، فوجوب أن تنفذ
وصيته للقربة التي فيها على الوجه الذي يجوز ، كما لو أوصى أن يُحجَّ عنه على
أن يقدم السعي على الطواف ما أشبه ذلك من مخالفة أمر السنة في الحج ،
وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن رجل يوصي لرجل بثمن أبيه ، يقول بيعوا فلاناً
وأعطوا فلاناً ثمنه إلينه أو يقول أعطوا ثمن فلان لفلان ، فقيل ذلك
الابنُ أترى أن يعتق عليه ؟ قال : لا أرى ذلك ، والوصية جائزة له ،
وأرى أن يُباع ويدفع اليه ثمنه .

قلت له : أرأيت إن أوصى بكتابة مكاتبه وهو ابنه أو أبوه أو بعض من يعتق عليه ، قيل ولم رأيت ذلك في الكتابة ولم تر في ثمنه إذا قال أعطوا فلاناً ثمن فلان؟ قال : لأنه إذا أوصى له بالكتابة أو أعطاه إياها فقد نزل منزلة الذي كاتبه إن أدى عتق ، وإن عجز رق ولم يعتق عليه إن ملكه ، فملك الكتابة كملك الرقبة .

وأما إذا قال أعطوه ثمنه فإنه يصير له الثمن بعد بيعه ، ليس بيعه في يد إبنته ولا رقبته ، وإنما له ثمنه إذا بيع ، فلا أرى عليه فيه عتقاً .

قال محمد بن رشد : قوله إذا أوصى له بكتابة من يعتق عليه فقيل ذلك إنه يعتق عليه معناه أنه أسقط عنه الكتابة فيعتق بذلك ويكون لاؤه للذى عقد كتابته ، وهو بين من قول ابن القاسم في رسم يشتري الدور من سماع يحيى .

وتفرقة أصيغ بين أن يوصي له بكتابة من يعتق عليه أو بشمنه بينة صحيحة ، وقد مضى ذلك في سماع يحيى المذكور وبالله تعالى التوفيق . لا شريك له .

تم كتاب المكاتب والحمد لله

كتاب الوديعة

من سماع ابن القاسم من مالك

قال سخنون : أخبرني ابن القاسم عن مالك فيمن استودع وديعة فدفنتها في أهله وأشهد عليها ، أو خلفتها عند أهله أو استودعها بعض إخوانه فهلكت ، قال : لا ضمان عليه في شيء من ذلك .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة ليست على ظاهرها ، وفيها تقدير وتأخير ، وتقديرها ، قال ابن القاسم عن مالك فيمن استودع وديعة فدفنتها في أهله أو خلفتها عند أهله او استودعها بعض إخوانه وأشهد عليها فهلكت ، قال : لا ضمان عليه في شيء من ذلك ، وإنما وجب أن يُقدر هذا التقدير ، لأنَّ من أودع وديعة فدفنتها في بيته أو خلفتها عند أهله لا يجب عليه الإشهاد على ذلك ، إذ هو مصدق في ذلك ، قاله في المدونة وغيرها ، وإنما يجب عليه الاشهاد إذا استودعها غيره لحاجة دعته إلى ذلك من إرادته سفراً أو خراب منزله أو ما أشبه ذلك من الوجوه التي يعتذر بها ، فمعنى قوله في الرواية او استودعها بعض إخوانه يريد عند سفره أو خراب منزله مع أنْ يعلم ذلك ، فإذا أودع الرجل وديعة فأودعها غيره فتلتفت عنده فهو ضامن لها إلا أن تكون له بينه إيداعها ويعلم السبب الذي من أجله أودعها ، إذ لا يصدق في شيء من ذلك دون أن يبينه وإذا علِم السبب صدق في أنه إنما أودع من أجله ، وكان القول في ذلك قوله .

وقوله في هذه الرواية إنَّه إِذَا خَلَقَ الوديعةَ عند أهله فتلتَفَتْ إِنَّه لا ضمان عليه هو نص قوله في المدونة إنَّه لا ضمان عليه في الوديعة إِذَا أُودعها عند امرأته وخادمه ، خلاف قولِ أشهب إِنَّه ضامنٌ في ذلك ، وقد قيل إنَّ قولَ أشهب ليس بخلاف لقول ابن القاسم وروايته عن مالك ، وأنَّ المعنى في ذلك أنَّه يضمن إِذَا كان العرفُ والعادةُ أَنَّ النَّاسَ لَا يَسْتَرْفُعُونَ أموالهم عند أهليهم ولا يَأْتِيُونَهُمْ على ذلك ، ولا يضمن إِذَا كان العرفُ والعادةُ أَنَّ النَّاسَ يُسْتَرْفُعُونَ أموالهم عند أهليهم ويأْتِيُونَهُمْ على ذلك ، فكُلُّ واحدٍ منهم تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه صاحبه ، لأنَّ قولهما مختلفٌ ، فَعَلَى هَذَا الاختلافِ في ذلك بينهما إِذَا علم العرفُ والعادةُ في البلد ، وإنَّما يختلفان إِذَا جَهَلَ العرفُ في ذلك البلد ، فأشهب يضمنه حتى يقيِّمَ التَّبَيِّنَ أَنَّ العرفُ والعادة في البلد أَنَّ النَّاسَ يَأْتِيُونَ أهليهم على أموالهم ويُسْتَرْفُعُونَهُمْ إِيَاهَا ، وابنُ القاسم لا يضمن حتى يقيِّمَ صاحبُ الوديعة التَّبَيِّنَ أَنَّ العرفُ والعادة في البلد أَنَّ النَّاسَ لَا يُسْتَرْفُعُونَ أموالهم عند أهليهم ولا يَأْتِيُونَهُمْ على إِلَيْهَا ، والأَظْهَرُ أَنَّه إِخْتِلَافٌ من القول ، لأنَّ من حجَّةِ صاحبِ الوديعة أنَّه يقولُ أنا إِنَّما رضيتْ أَمَانَتَكَ وَلَمْ نَعْلَمْ أَنَّكَ تَأْمِرُ أهْلَكَ كَمَا يَفْعَلُ النَّاسُ .

ويتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقوال احدها انه لا ضمان عليه وان كان الناس لا يأتمنون أهليهم إذا كان هو مؤتمنُ أهله بماليه ، وهو ظاهر ما في المدونة ، ووجه هذا القول أَنَّ الْمُوَدَّعَ لَمَا أُودعَهْ فَقَدْ عَلِمَ أَنَّه يحرزها في منزله كما يحرز ماليه ، والقول الثاني أنه ضامن وان كان الناس يأتمنون أهليهم ، وهو ظاهر قولِ أشهب ، ووجهه أَنَّ صاحب الوديعة يقولُ إِنَّما رضيتْ أَمَانَتَكَ لَا أَمَانَةً سواكَ إِذْ لَمْ أَعْلَمْ أَنَّكَ تَأْمِنُ أهْلَكَ كَمَا يَفْعَلُ النَّاسُ ، والقول الثالث الفرقُ بين أن يكون العرفُ والعادةُ في البلد أَنَّ يأتمن الناس أهليهم أو لا يأتمنون ، ولو كان الرجلُ لا يؤمن أهله على ماليه ولا يُسْتَرْفُعُها إِيَاهَا لِضَمْنِ الوديعةِ إِنْ دفعَها إِلَيْهَا فتلتَفَتْ ، وإنْ كانَ الْفَرْقُ في البلد أَنَّ النَّاسَ يُسْتَرْفُعُونَ أهليهم أموالهم ويأْتِيُونَهُمْ على إِلَيْهَا قَوْلًا وَاحِدًا .

ولم يعط في المدونة جواباً بيناً في العبد والأجير إذا كان في عياله فوضع
عندهما ما أودع إياه فتلف ، والذي يأتي على مذهبه فيها أنه لا ضمان عليه إذا
كان يأتمنهما على ماله ويسترجعهما .

ومن كتاب حلف ليرفعن أمرأ إلى السلطان

وسُئلَ عن الوديعة يستودعها الرجل فيقر بها الذي هي عِنْدُه
عِنْدَ نفِّرِ من غير أن يُشَهِّدَ عليه .

قال مالك : إن لهذه الأمور وجوهاً ،رأيتكم لو تقادم هذا حتى
يمر به عشرون سنة ثم مات فقام صاحبها يطلبها ؟ ما رأيت له شيئاً ،
وكأنني رأيته إن كان قريباً أن يكون ذلك له ، قال ابن القاسم : وذلك
رأيي ، ولو كان إنما ذلك الأشهر والسنة وما أشبهه ثم مات ثم طلب
ذلك الذي أقر به لرأيته في ماله .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، إن الرجل إذا أقر بالوديعة من
غير أن يشهدها عليه ، ثم مات وقام صاحبها يطلبها فلم توجد في ماله إنه لا
شيء له إذا طالت المدة ، لأنه لو كان حياً فادعى ردها أو تلفها لكان القول قوله
مع يمينه ، فإذا كانت على الميت اليمين فقد سقطت عنه بموته ، ويلزم من
كان كبيراً من الورثة أن يحلف ما يعلم لها سبباً ، ولم يُحمل عليه إذا لم يوجد
بعد طول المدة أنه قد استخلفها له إن كانت دنانير أو أكلها إن كانت طعاماً ، أو
استهلكها إن كانت عروضاً ، لأن الأصل براءة الذمة فلا تعمر إلا بيقين ، ولأن
ذلك كان يكون منه لو فعله عداء فعلى من إدعاه أن يُثبته ، وهذا كان القياس
وإن لم تطل المدة ، لأنه لو كان حياً فادعى أنه ردها أو تلفت لكان القول قوله
في ذلك مع يمينه .

فتفرقته بين القرب والبعد إستحسان ، ووجهه أنَّ الذي يغلب على الظن في بعد أنه ردها ، وفي القرب أنه استسلفها لأنَّ الودائع في أغلب الأحوال لا تُترك عند المودع الْدُّهُورَ والأعوام .

وقال في العشرين سنة إِنَّه طولُ ، وكذلك العشرُ سنتين على ما قاله في موضع آخر ، وقال في السنة وما أشبه ذلك إِنَّه يسير ، فقيل إنَّ ذلك خلاف لما في آخر كتاب الشركة من المدونة في الشريكين يموت أحدهما فيقيم شريكه البينة أنه قد كانت عنده مائة دينارٍ من الشركة ، فلم يُوجَد ولا علم لها مُسْقِطٌ أنها تكون في ماله ، إِلَّا أنَّه تطول المدة ، أرأيت لو كان ذلك مثلَ السنة لكان يُؤخذ ذلك من ماله ، وقيل إنَّها ليست بخلاف لها وهو الصحيح ، لأنَّها مسألة أخرى ، والفرقُ بينهما أنَّ للشريك التصرف في المال ، وليس للذى يُوَدَّعُ أن يتصرف فيما أُودعَ إِيَاه وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله سن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسائل عن جارية وضعها رجل عند رجل فأنفقَ عليها ثلاثة صاعاً من تمر ، ثم جاء سيدُها فقال إِنَّما لك ثلاثون صاعاً ، وقال المُنْفِقُ بل لي بِسُوقِ يوم أَنْفَقْتُ واشتريت ، والطعامُ يوم جاءَهُ صاحبُها أرَخَصُ ، قال مالك : يحسب يوم أَنْفَقَ ، يعطي بذلك دراهم ، قال ابن القاسم : وذلك إِذا كان المُنْفِقُ اشتري بالثمن ، فاما إن كان طعاماً أخرجه من عنده فليس له إِلَّا مكيله طعامِه .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم تفسير لقول مالك إِنه إن كان اشتري الطعام فله قيمته يوم اشتراه ، لأنَّ الثمن الذي اشتراه به إذ قد تعين في الشراء فلا يلزم صاحبَ الجارية ما عين فيه ، وهذا مثلُ ما في كتاب السلم

الثاني من المدونة في الذي يبيع من الرجل العجارية على أن يُتفق عليه حياته إنَّ
البيع يفسخ ويرجع المشتري على البائع بقيمة ما أنفق عليه ، وفي رواية أبي
زيد أنه يغrom ما انفق عليه ، وليس ذلك باختلاف من القول ، ومعناه أنه يغrom له
الثمن الذي اشتري به الطعام إن كان لم يكن في الشراء تغابن ، وقيمتَه إن كان
فيه تغابن ، وقد قيل إن ذلك اختلاف والأول أظهر والله أعلم ، والحكم فيما
يرجع به المتفق على العجارية الموضوعة عنده حكم الحميل يتحمل بالطعام
فيؤخذ به فيشتريه للمتحمَّل له ، بخلافِ من تطوع فأدَى عن الرجل بغير أمره
طعاماً عليه اشتراه بذلك ، يرجع بالأقل من مثل الطعام أو الثمن الذي اشتراه
به .

من سماع أشهب وابن نافع من كتاب الأقضية

قال سحنون : أخبرني أشهبُ وابنُ نافع قالاً : سئل مالك
فقيل له امرأة أعطتني ذُكرَ حق لها على زوجها ثم ماتت وسائلني
زوجها إعطاء الذُّكر وهو زوجها ومولاها ولا وارث لها غيره ، فقال
يسأل فإن كان على المرأة دين فلا تعطيه إياه ، وإن كانت لا دين
عليها فأشهد عليه وأعطيه إياه ، قيل إنَّ المرأة قد أوصت بوصايتها فقال
له هذه المقالة : أشهد عليه وأعطيه إياه .

قال محمد بن رشد : ظاهر هذه الرواية أنه فرق بين الدين
والوصاية ، فقال إنه لا يعطيه ذُكر الحق إن كان عليها دين ، ويعطيه إياه ويشهد
وان كان^(١) عليها وصايتها إذا لم يكن عليها دين ، وذلك لا يصح ، إذ لا فرق في
هذا بين الدين والوصاية ، والواجب في هذا أن ينظر إلى ما عليها من الدين ،
فإن كان لا يفي به ما تركت من المال سوى مَا لها من الحق على زوجها لم

(١) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ : زيادة الواو .

يدفع ذكر الحق اليه ، وإن كان يفي به دفع ذكر الحق اليه وأشهد به عليه ، وكذلك الوصايا أيضاً ينظر إليها فإن كان لا يفي بها ثلث ما تختلف من المال سوى ما لها على زوجها لم يدفع ذكر الحق اليه ، وإن كان يفي بها دفع اليه ذكر الحق وأشهد عليه ، والأولى أن لا يدفعه اليه بحال ، ويضعه على يدي عدل مخافة أن يطأ عليها ديون لم يعلم بها ، فقوله إن كان على المرأة دين فلا يعطيه إياها معناه دين لا يفي به ما تختلف من المال سوى ما لها على زوجها في ذكر الحق وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن بيده مال ليس له ، أللهم أن يسلفه ؟ قال : ترك ذلك أحب الي ، وقد أجازه بعض الناس فراجعه فيها ، فقال : إن كان مال فيه وفاء وأشهدت على ذلك فلا بأس به .

قال محمد ابن رشد : وهذا كما قاله إن ترك ذلك أولى وأحسن ، ومعناه إذا كان له مال فيه وفاء وأشهد بذلك ، وأما إذا لم يكن له مال فيه وفاء فلا يجوز له ذلك وإن أشهد ، ومثله في سماع عبد الملك ابن الحسن من كتاب البضائع والوكلات من قول ابن وهب .

وقد اختلف إذا تسلف منها بغير أمر ربها ثم رد ما تسلف ، هل يصدق في الرد ويبرأ بذلك من الضمان أم لا ؟ على أربعة أقوال ، احدها أنه يصدق في ذلك ويبرأ من الضمان وهو أحد أقوال مالك وبه أخذ ابن القاسم وأشهد وابن عبد الحكم وأصيغ والثاني أنه لا يبرأ إلا أن يرد بإشهاد ، قال ذلك مالك أيضاً وبه أخذ ابن وهب وابن كنانة ولمالك قول ثالث أنه لا يبرأ وإن أشهد لأنه دين قد ثبت في ذاته ، رواه المدنيون عنه ، ورواه عنه المصريون أيضاً ولم يقولوا به ، ولابن الماجشون قول رابع وهو تفرقته بين أن يكون المال مضروراً أو متوراً .

ولو قال له صاحبها تسلف منها إن شئت ، فسلفَ لم يُرِه رُدُّ إِيَاهَا إِلَى ربها ، قال ذلك في كتاب ابن شعبان ، وهو صحيح لا اختلاف فيه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

وسائل فقيل له كانت لي عند رجل ثلاثة وعشرون ديناراً وديعة فكنت آخذ منها الشيء بعد الشيء حتى بقيت لي عنده ثمانية عشر دينار ، فسألته إِيَاهَا ف قال : وضعتها في بعض حاجتي ، ولكن أكتبها على فكتبتها عليه بالشهاد والبينة مؤرخة فغبت ثم رجعت فتقاضيتها إِيَاهَا فجاء على براءة فيها مكتوب براءة لفلان ابن فلان من أربعة دنانير ليست إلا ربعه^(٢) مؤرخة ولا منسوبة من الثمانية عشر ولا من الثلاثة وعشرين ، فهو يقول هي من الثمانية عشر ، وأنا أقول من الثلاثة وعشرين التي كانت لي عليك قبل أن أكتب عليك الثمانية عشر .

قال مالك ليست البراءة مؤرخة ولا منسوبة إلى ثمانية عشر ولا إلى ثلاثة وعشرين ؟ وذكر حقي عليه مؤرخ بثمانية عشر ، فقال له : أيقر لك بأنه قد كان لك عليه ثلاثة وعشرون ديناراً؟ فقال : لا ، فأطرق طويلاً ثم قال : إن أقمت البينة أنه قد كانت لك عليه ثلاثة وعشرون ديناراً حلفت بالله ما هذه البراءة من الثمانية عشر ، وكانت لك عليه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه إذا أقر أنه كانت له عليه ثلاثة

(٢) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ .

وعشرون ديناراً أو أقام عليه بذلك البيبة كان القول قوله أن البراءة ليست من الشمانية عشر وإنما من الثلاثة وعشرين ، ولو لم يقر بذلك ولا قامت عليه به بيبة لكان القول قول المطلوب أن البراءة من الشمانية عشر باتفاق إن كان لم يكن بينهما مخالطة ، وعلى اختلاف إن كانت بينهما مخالطة ، وقد مضى هذا في أول سماع أبي زيد من كتاب الشهادات بزيادات لها بيان وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عمن استودع صبرة حنطة فاستفتق المستودع الحنطة فلما جاءه الرجل فطلب قمحه ، قال قد استتفقته ، أنا أعطيك مثله ، قال الرجل إني قد كنت قد صورت ديناراً وطرحته في صبرة القمح ، أترى له أن يحلف ويأخذ الدينار منه أم يحلف المستودع وبيراً ؟ فقال : أرأيت لو قال جعلت فيها مائة دينار ؟ أرى أن يحلف وبيراً ، قيل له كيف يحلف ؟ أيحلف أنه لم يكن في الصبرة شيء ؟ أم يحلف على عمله ؟ فقال : لا ، ولكن يحلف ما أخذت شيئاً ولا علمت لك فيها شيئاً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا اختلاف ، لأن صاحب الطعام مدعى ، وقد أحكمت السنة أن البيبة على ما ادعي واليمين على ما أنكر ، هذا إن حق الدعوى عليه أنه وجد الدينار وأخذه ، وإنما إن لم يتحقق عليه الدعوى أنه وجده ، يجري الأمر على الاختلاف المعلوم في لحقه بيمين التهمة وبالله التوفيق .

من سماع ابن دينار من ابن القاسم
من كتاب أوله إن خرجت من هذه الدار

قال عيسى : قال ابن القاسم : لو أن رجلاً استودع رجلاً متابعاً

فَعَدَا عَلَيْهِ عَادٍ ، فَأَغْرَمَهُ عَلَى ذَلِكَ الْمَتَاعَ غَرْمًا لَمْ يَكُنْ عَلَى صَاحِبِ
الْمَتَاعِ غَرْمٌ شَيْءٌ مِمَّا غَرَمَ عَنْ مَتَاعِهِ .

قال محمد بن رشد : قد قيل إن له أن يرجع على صاحب المtau بـما
أغرم على متاعه ، وعلى هذا يأتي قول ابن وهب في المسوطة في الخليطين
يكون لأحدهما مائةً وعشرون شاة ، وللثاني ثلاثون شاة ، فيأخذ الساعي منه
شاتين : إن الشاة الواحدة تكون على صاحب العشرين ومائة والثانية يتراوّدَاها
بينهما على عدد غنيمهما ، وقد مضى بيان هذا هنالك ، وهذا الاختلاف إنما
هو فيما لم يعلم صاحب المtau به ، وأما ما علم به مثل المtau يتوجه به الرجل
من بلد إلى بلد مع رجل وقد علم أن بالطريق مكاناً يؤدي الناس على ما
يمرون عليه من المtau ، فلا ينبغي أن يختلف في أنه يجب على رب المtau
للرجل ما أغرم على متاعه ، وقد رأيت ذلك لابن دحون ، وقال إنه بمنزلة
الرجل يتعدى عليه السلطان فـيُعْرِمُهُ يـتـسـلـفـ ما يـغـرـمـ فـذـكـ لـبـيـنـ لـازـمـ ، وهو
حـلـالـ لـمـنـ أـسـلـفـهـ ، وـوـجـهـ ما ذـهـبـ إـلـيـهـ أـنـ لـمـ عـلـمـ إـذـا بـعـثـ المـتـاعـ مـعـهـ أـنـ
سيـغـرـمـ عـلـيـهـ فـكـأـنـهـ سـأـلـهـ أـنـ يـسـلـفـ ما لـزـمـ إـيـاهـ مـنـ الغـرـمـ عـلـىـ مـتـاعـهـ ، وـمـنـ هـذـا
الـمـعـنـىـ ما قـالـ سـحـنـونـ فـيـ الرـفـاقـ فـيـ أـرـضـ الـمـغـرـبـ يـعـرـضـ لـهـمـ الـلـصـوصـ
فـيـرـيـدـوـنـ أـكـلـهـمـ فـيـقـوـمـ بـعـضـ أـهـلـ الرـفـقـةـ فـيـصـالـحـهـمـ عـلـىـ مـالـ ، عـلـيـهـ وـعـلـىـ جـمـيـعـ
مـعـهـ ، وـعـلـىـ مـنـ غـابـ مـنـ أـصـحـابـ الـأـمـتـعـةـ فـيـرـيـدـوـنـ مـنـ غـابـ أـنـ يـدـفـعـ ذـلـكـ
عـنـ نـفـسـهـ ، قـالـ : إـذـا كـانـ ذـلـكـ مـا قـدـ عـرـفـ مـنـ سـُـنـنـ تـلـكـ الـبـلـادـ أـنـ إـعـطـاءـ
الـمـالـ يـخـلـصـهـمـ وـيـنـجـيـهـمـ فـإـنـ ذـلـكـ لـازـمـ لـمـ حـضـرـ وـلـمـ غـابـ مـنـ لـهـ أـمـتـعـةـ فـيـ
تلـكـ الرـفـاقـ وـعـلـىـ أـصـحـابـ الـظـهـرـ مـنـ ذـلـكـ مـا يـنـوـيـهـمـ ، إـنـ كـانـ يـخـافـ أـنـ لـأـ
يـنـجـيـهـمـ ذـلـكـ إـنـ أـعـطـواـ ، وـكـانـ فـيـهـمـ مـوـضـعـ لـدـفـعـ ذـلـكـ ، فـمـا أـحـبـ لـهـمـ إـلـأـ أـنـ
يـدـفـعـوـاـ عـنـ أـنـفـسـهـمـ وـأـمـوـالـهـمـ ، فـإـنـ لـمـ يـفـعـلـوـاـ وـأـعـطـواـ عـلـىـ ذـلـكـ شـيـئـاـ لـمـ يـرـجـعـ
بـذـلـكـ عـلـىـ مـنـ غـابـ مـنـ أـصـحـابـ الـأـمـتـعـةـ وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ .

ومن كتاب أوله أسلم وله بنون صغار

قال عيسى : وسئل عن الرجل يكون في يديه الودائع للناس وهو يعلم أنه ينفق منها فيما يرمي بودائع فيوجد في تابوهه وتحت غلقه كيس فيه دنانير وفي الكيس مكتوب إنها لفلان وعددها كذا وكذا ، فيوجد العدد الذي كتب فيه أكثر من عدد ما وجد فيه من الدنانير ، هل ترى نقصان عدتها مما في الكتاب في ماله ؟ فقال : إن قال شهيدان إن الخط خطه كان ذلك في ماله ، وإن لم يشهد على ذلك أحد حلف الورثة أنهم لا يعلمون من ذلك شيئاً ولا شيء عليهم .

قال محمد بن رشد : قد مضى مثل هذا في رسم بُخ ولا نقصان عليك من سماع عيسى من كتاب المديان والتقليس ، وزاد أصبح هناك وكذلك لو وجد عليها خط صاحب الوديعة أنها له مع كونها في حوز المستودع وتحت غلقه لقضى له بها ، وقد رأيت لابن دحون أنه لا يقضى له بها لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له فكتب عليها اسمه وأخذ على ذلك جعلًا .

ولا اختلاف في أنه لا يقضى له بها إذا وجد عليه اسمه ولا يُدرى من كتبه على ما يأتي في سماع أبي زيد بعد ، ولا في أنه يقضى له بها إذا وجد عليها اسمه بخط يد المتوفى المستودع إلا على مذهب من لا يرى الحكم بالشهادة على الخط في موضع من المواقع ، وقد مضى تحصيل القول في الشهادة على الخط في رسم الشجرة تعطى بطينين في السنة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ، فمن أحب الوقوف على ذلك تأمله هناك .

مسألة

قال مالك : لو أنَّ رجلاً استودع رجلاً قمحاً فاحتمله المستودع إلى بلدٍ فأراد بيعه فأدركه صاحبُه والقمحُ بيده لم يغيره لم يكن له أن يأخذه منه إلَّا بالمكان الذي استودعه فيه ، وكذلك السلف ، وكذلك السارق لو سرق بالمدينة طعاماً فأخذه بمصرٍ لم يكن عليه أنْ يؤدِيه إلَّا بالمدينة ، ولو وجد بيده طعاماً بعينه ، قال عيسى : إذا كان الطعامُ هو طعام المسروق بعينه فله أن يأخذه حيث أدركه إن أحب .

قال محمد بن رشد : سَأَوَى مَالِكٌ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ بَيْنَ الْوَدِيعَةِ وَالسَّلْفِ وَالسُّرْقَةِ فِي أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَوْدَعِ وَلَا لِلْمَقْرُضِ وَلَا لِلْمَسْرُوقِ مِنْهُ أَنْ يَأْخُذَ طَعَامَهُ إلَّا فِي الْبَلْدِ الَّذِي أَوْدَعَهُ فِيهِ أَوْ أَسْلَفَهُ فِيهِ أَوْ سُرِقَ مِنْهُ فِيهِ .

فَأَمَّا السَّلْفُ فَلَا خَلَافٌ فِيهِ ، لَأَنَّهُ لَوْ حُكِمَ لَهُ بِأَخْذِهِ فِي غَيْرِ الْبَلْدِ الَّذِي أَسْلَفَهُ فِيهِ لَكَانَ قَدْ رَبَحَ الْحَمْلَانَ .

وَأَمَّا الطَّعَامُ الَّذِي أَوْدَعَهُ أَوْ سَرَقَ مِنْهُ فَأَخْتَلَفَ إِنْ وَجَدَهُ بَعْيِنَهُ فِي غَيْرِ الْبَلْدِ الَّذِي أَوْدَعَهُ فِيهِ أَوْ سَرَقَ وَهُوَ^(٣) قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرَوَايَتِهِ عَنْ مَالِكٍ ، وَالثَّانِي أَنَّهُ مُخِيرٌ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ طَعَامَهُ بَعْيِنَهُ أَوْ مُثَلَّهُ فِي الْبَلْدِ الَّذِي أَوْدَعَهُ فِيهِ أَوْ سَرَقَ مِنْهُ فِيهِ ، وَهُوَ قَوْلُ عِيسَى ابْنِ دِينَارٍ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ مِنْ رَأْيِهِ وَقَوْلُ ابْنِ نَافِعٍ وَأَشْهَبٍ فِي رَوَايَةِ أَصْبَغٍ عَنْهُ مِنْ كِتَابِ الْغَصْبِ ، وَالثَّالِثُ تَفْرِقَةٌ أَصْبَغَ مِنْ رَأْيِهِ فِي سَمَاعِهِ مِنْ الْكِتَابِ الْمَذَكُورِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْبَلْدُ قَرِيبًا أَوْ بَعِيدًا ، فَقَالَ فِي الْقَرِيبِ بِقَوْلِ أَشْهَبٍ ، وَفِي الْبَعِيدِ بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ ، قَالَ : وَالظَّالِمُ يَحْمِلُ عَلَيْهِ بَعْضُ الْحَمْلِ ، وَلَكِنْ قَالَهُ فِي السُّرْقَةِ ، وَالْوَدِيعَةِ مُثَلَّهُ ، وَفَرَقَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَ الطَّعَامِ وَالْعَرْوَضِ وَالْحَيْوانِ ، فَقَالَ فِي الطَّعَامِ مَا ذُكِرَ عَنْهُ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إلَّا

(٣) معاد الضمير ساقط من الأصل ومن نسخة ق ٣ .

طعامه بالموضع الذي أخذ منه ، وقال في الرقيق الذي لا يحتاج إلى الكراء عليهم في حملهم من بلد إلى بلد ، وفي الدواب ليس له إلا أخذهم حيث وجدتهم ، وقال في الرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليهم في حملهم من بلد إلى بلد وفي البز والعروض إنه مخير بين أن يأخذ ذلك في الموضع الذي وجده فيه وبين أن يأخذ قيمته في الموضع الذي أخذ منه ، وساوى أشهب بين ذلك كله في أنه بال الخيار بين أن يأخذنه حيث ما وجده ، وبين أن يأخذ مثل الطعام في الموضع الذي أخذه منه وقيمة العروض والحيوان في الموضع الذي أخذها فيه يوم أخذها ، وفرق أصبح بين الطعام والعروض والحيوان ، فقال في الطعام يقول ابن القاسم إنه ليس له إلا طعامه بالموضع الذي أخذه منه إلا أن يكون قريباً على ما ذكرناه عنه من تفرقه في ذلك بين القريب والبعيد ، وقال في العروض والحيوان بقول أشهب إنه مخير أن يأخذ ذلك منه أو قيمته في الموضع الذي أخذه منه ، وفرق سحنون أيضاً بين الطعام والعروض والحيوان ، فقال في الطعام يقول ابن القاسم إنه ليس له إلا طعامه بالموضع الذي أخذ منه ، وقال في العروض والحيوان إنه ليس له إلا أخذ متاعه بعينه في الموضع الذي وجده فيه .

فيتحصل في العروض والحيوان ثلاثة أقوال ، أخذها أنه ليس له إلا أن يأخذها حيث وجدتها ، وهو قول سحنون ، والثاني أنه مخير بين أن يأخذها وبين أن يأخذ قيمتها في البلد الذي أخرجها ، وهو قول ، أصبح وظاهر روايته عن أشهب في سماعه من كتاب الغصب ، والثالث تفرقة ابن القاسم بين العروض والرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليهم في حملهم من بلد إلى بلد ، وبين الدواب والرقيق الذي لا يحتاج على الكراء عليهم .

وفي الطعام ثلاثة أقوال أخذهما أنه ليس له إلا مثل طعامه في الموضع الذي أخذ منه ، وهو قول ابن القاسم ، والثاني أنه له الخيار في أن يأخذه بعينه إن شاء والثالث تفرقة أصبح بين القريب والبعيد ، فلا يقول أحد منهم في

الطعام إنَّه يلزمُه أَنْ يأخذُه حيث وُجده ، وإنَّما اختلفوا هل له أَنْ يأخذُه بعينِه حيث وُجده ، أو لِيس له إلَّا مثُلُه في الموضع الذي أخذَ منه ، ولا في العروض والحيوان أَنَّه لِيس له أَنْ يأخذُها ، وإنَّما اختلفوا هل له أَنْ يأخذُها أو هُل يلزمُه أَنْ يأخذُها فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب جاع فباع إمرأته

وَسَأَلَتْهُ عَنِ الرَّجُلِ يَسْتَوْدِعُ الرَّجُلَ الْوَدِيعَةَ فَيَقْبِضُهَا مِنْهُ ، فَيَقُولُ نَفَضَتْ وَدِيعَتِي ، وَيَقُولُ الْمَسْتَوْدِعُ بَلْ هِيَ وَدِيعَتُكَ كُلُّهَا ، فَيَتَدَاعَيْـانِ إِلَى السُّلْطَانِ ، فَيَقُولُ لَهُ الْمَسْتَوْدِعُ أَنَا أَرِيدُ سَفَرًا فَلَا تَشْغُلَنِي عَنْهُ ، فَإِذَا انْصَرَفَتْ مَا ادْعَيْتَ مَا حَلَفْتَ عَلَيْهِ فَهُوَ لَكَ قَبْلِي فَيَدْعُهُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَمَّا انْصَرَفَ قَالَ : مَالِكُ قَبْلِي شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا قَلَّ ذَلِكَ لِيَلَا تَقْطُعني عَنْ سَفَرِي ، قَالَ : لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ، وَيَغْرِمُهُ كُلَّ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمَدْعِي .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : وَهَذَا كَمَا قَالَ لِأَنَّ الْيَمِينَ كَانَتْ وَاجِبَةً لَهُ عَلَى الْمَوْدِعِ ، فَرَضَيْـ بِرْدَهَا عَلَيْهِ ، فَلَزَمَهُ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَنْهُ رَجُوعٌ ، وَلَوْ قَالَ دُعْنِي أَخْرَجْتُ إِلَى سَفَرِي فَإِنَّ لَمْ أَرْجِعْ إِلَى وَقْتِ كَذَا وَكَذَا فَأَنْتَ مَصْدِقُ فِيمَا تَدْعِي مَعَ يَمِينِكَ ، لَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ مَخَاطِرَةٌ خَلَافُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، حَكَى التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الْوَجَهَيْـ إِبْنَ حَبِيبٍ عَنْ مَطْرُوفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ وَأَصْبَغَ ، وَمَا حَكَى إِبْنُ حَبِيبٍ وَمَطْرُوفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ وَأَصْبَغَ مِنْ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ فِي الشَّرْطِ هُوَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ إِبْنِ الْقَاسِمِ فِي الْكَفَالَةِ مِنَ الْمَدوْنَةِ فِي الَّذِي يَتَكَفَّلُ بِرَجُلٍ إِلَى أَجْلٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَوَافِهِ بِهِ عَنْدَ الْأَجْلِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ فَلَا يَوَافِهِ بِهِ عَنْ الْأَجْلِ أَنَّ الْمَالَ لَا يَلْزَمُهُ إِنْ أَتَى بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُحْكَمَ عَلَيْهِ ، وَمُحَمَّدُ إِبْنُ

عبد الحكم يقول إن ذلك لا يلزم المودع وإن كان قوله على وجه الشرط ويحلف وبيراً ، فإن نكل عن اليمين حلف رب المال وأخذ تمام وديعته ، ووجه قوله أنه عذر المودع بما اعتذر به من أنه إنما قال ذلك ليلاً يقطع به عن سفره ، ولو رد عليه اليمين دون سبب للزمته ذلك قوله واحداً ، وإنما يختلف إذا نكل عن اليمين فقال لا أحلف ولم يصرح بردتها على المدعى ثم أراد أن يحلف بعد ذلك ، هل يكون ذلك له ألم لا على قولين ؟ وأهل المشرق لا يرون ردة اليمين على المدعى ، فإذا نكل المدعى عليه عندهم عن اليمين كان نكوله كإثمار ولزمه الحق ، وقد رأى ابن دخون في هذه المسألة أنه قال فيها : إنما يصح هذا الجواب على أن الوديعة كانت ببينة أو على قول من رأى اليمين على المودع إذا انتقصت الوديعة ، فإن لم تكن ببينة فكانه رضي بردة اليمين على المودع فلزمته ذلك ، ولم يكن له عنه رجوع ، وهو غير صحيح ، لأنه لا خلاف في وجوب اليمين على المودع في دعوى النقصان إن لم يكن على الوديعة بينة ولا في أن الغرم يلزم دون أن يحلف رب الوديعة إذا كانت عليها بينة وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن الرجل يستودع الرجل ثلاثة ديناراً وبين يديه ثلاثة ديناراً فيجعلها في قرب التي بين يديه فتذهب منها عشرة فلا يُدرِّي من أي ذهبت ؟ قال عليه أن يدفع إلى المستودع ثلاثة تامة .

قال محمد بن رشد : قوله لا أدرى من أين ذهبت معناه لا أدرى الثلاثين التي ذهب منها العشرة أن كانت في المودعة أو التي كانت بين يديه ، إذ لو عرف المودعة من التي كانت بين يديه لعرف من أين ذهبت بوجودها ناقصة إذا وزنت ، وجوابه هذا في هذه المسألة إنما يصح على قول من قال في رجل قال هذه المائة وديعة عندي لفلان أو لفلان أنه يغرم لهما مائتين مائة لكل واحد منهما ، وأما على قول من قال إنهما يحلفان جميعاً

ويقسمان المائة ولا يكون على المقر شيء فبأني على قياس قوله في هذه المسألة إن ادعى المدع الثلاثين التي لم يذهب منها شيء كانت له ، قيل بيمين وقيل بغير يمين على الاختلاف في لحق يمين التهمة ، وإن لم يدعها وقال لا أدرى أيتهما لي أن كانت التي لم يذهب منها شيء أو الأخرى التي ذهبت منها العشرة ، فتكون مصيبة العشرة منها ويقسمان الخامسة الباقية بينهما بنصفين دون يمين ، وقيل بعد أن يحلف كل واحد منهما ، لأنه لا يدرى إن كانت العشرة ذهبت من متاعه أو من متاع صاحبه ، فإن حلفا جميعاً ، أو نكلا جميعاً عن اليمين على هذا الوجه كانت الخمسون بينهما بنصفين ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كانت الثلاثون للحالف بينهما وهذا الاختلاف في اليمين على اختلافهم في لحق يمين التهمة ، وبالله التوفيق .

من سماع يحيى ابن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى : وسألته عن الرجل يكون معه عشرة دنانير لنفسه فيدفع إليه رجل ديناراً استودعه إياه فيذهب منها دينار كيف يكون ضمانه عليهما ؟ قال : يأخذ صاحب العشرة تسعه دنانير ويقسمان العاشر ويكون ضماناً الذاهب بينهما بنصفين ، قلت له : فقول مالك إن صاحب الدينار يكون شريكاً في الأحد عشر ديناراً على حساب الدينار ، ولا يكون عليه من ضمان الدينار الذاهب إلا سهم من أحد عشر سهماً أيؤخذ به ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في كتاب تضمين الصناع من المدونة وفي غيره من الموضع ، هو اختلاف مشهور معلوم ، وسواء في هذا كان المودع صاحب العشرة الدنانير أو صاحب الدينار ، وسواء تقاراً على تلف

الدينار أو علِم ذلك ببينة إذا دعاه المودع فصدق في ذلك بغير يمين أو بيمين إن كان مُتَّهِماً .

ولو دَفَعَ إليه ثلاثة دنانير إلى عشرته فضاع من ذلك دِيناراً كان لصاحب العشرة ثمانية ولصاحب الثلاثة ديناراً ويقتسمان الدينارين الباقيين بينهما بنصفين ، ولو ضاع من ذلك ثلاثة دنانير لكان لصاحب العشرة سبعة ويقتسمان الثلاثة بينهما على نصفين ، وعلى قول مالك يقتسمان الأحد عشر إن كان ضاع منها ديناران أو العشرة إن كان ضاع منها ثلاثة دنانير على ثلاثة عشر جزءاً ، والحكم في الشيء يتدااعى فيه الرجالان فيقول أحدهما : لي جميعه ، ويقول الآخر : لي عُشره يجري على هذا الاختلاف إذا لم يكن في يد واحدٍ منهما باتفاق ، وخالف إن كان بأيديهما جميعاً ، فقيل انه يجري على هذا الاختلاف أيضاً بعد أيامهما ، وقيل إن القول قولُ الذي ادعى العُشرَ مع يمينه لأنه حائز للنصف ، فعلى من إدعى عليه أن له أكثر من النصف إقامةُ البينة وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى وسألت ابن وهب عن رجل دفع إلى رجل مائة دينار يستودعه إليها وعهد إليه أن لا يدفعها إلا إلى من أتاها بأماره أعلمها بها لم يطلع عليها غيره ، فأتى رجل بتلك الأمارة فدفع إليه المال ومات المستودع صاحب أصل المال ، فقام ورثته إلى الذي قبض المال بالأماره ، فقالوا قد وصل إليك مالنا فما الذي صنعت به ، فقال : صنعت به الذي أمرني أبوكم به ، وهو صاحب المال ، قالوا : بما أمرك به ؟ قال : ليس على أن أخبركم بالذي أمرني به غير أنني قد صنعت بأمره ، قال : أرى أن يحلف قابضُ المال بالأماره بالله الذي

لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ فَعَلَ الَّذِي أَمْرَهُ بِهِ فِي الْمَالِ لَمْ يَتَعَدَّ إِلَى غَيْرِهِ ، ثُمَّ يَبْرُأُ ، وَسَأَلَتْ عَنْ ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمَ فَقَالَ لِي مِثْلًا مَا قَالَ ابْنُ وَهْبٍ .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها نظر ، لأن القياس كان فيها إذا لم يدع الورثة علم ما أمره به موروثهم قابض المال بالأماراة أن يصدق فيما زعم أن رب المال أمره أن يفعله فيه ، ولا يصدق أنه قد فعله حتى يعلم ما هو ، إذ من الأشياء ما لا يصدق المأمور فيها أنه قد فعله حتى يقيم البينة على ذلك ، فكان الواجب أن يستئصل قابضُ المال بالأماراة عَمَّا أمر به في المال ، وَهُلْ فعله أم لا ؟ وإن ذكر أنه أمره أن يفعل فيه ما هو مصدق على فعله صَدِيقٌ مع يمينه في أنه أمر بذلك وفي أنه قد فعله ، وإن ذكر أنه أمره أن يفعل فيه ما لا يصدق على فعله حتى يقيم البينة على ذلك صدق مع يمينه في أنه أمر بذلك ، ولم يصدق في أنه قد فعله حتى يُقْيم البينة على ذلك .

وَأَمَّا إِنْ أَدْعَى الْوَرَثَةُ مَعْرِفَةً مَا أَمْرَهُ بِهِ مَوْرُوثَهُمْ فِي الْمَالِ فَيُنْزَلُونَ مِنْزَلَتِهِ فِي الدَّعْوَى ، وَيَكُونُ الْقَابِضُ لِلْمَالِ مَدْعِيًّا فِيمَا زَعَمَ أَنَّهُ أَمْرَهُ بِهِ فِيمَا لَمْ يُقْرَرْ لَهُ بِالْوَرَثَةِ وَكَذِبُوهُ فِيهِ ، فَمَا لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عِنْدِي وَجْهٌ إِلَّا أَنْ يُتَأْوَلَ عَلَى أَنْ قَضَى الْمَالُ بِالْأَمْارَةِ لَمْ يُعْلَمْ إِلَّا مِنْ قِبَلِ قَابِضِهِ بِأَنَّ يَأْتِي الْوَرَثَةُ فَيَقُولُ لَهُمْ كَانَ أَبُوكُمْ قَدْ أَمْرَنِي أَنْ أَقْبِضَ مَا لَهُ عِنْدِ فَلَانَ بِأَمْارَةٍ أَعْلَمُنِي بِهَا فَقَبَضْتُهُ وَصَنَعْتُ فِيهِ مَا أَمْرَنِي أَبُوكُمْ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ الْأَمْرُ عَلَى هَذَا أَنْ يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا أَمْرَهُ بِهِ أَبُوهُمْ إِذْ لَوْ شَاءَ أَنْ لَا يُقْرَرْ بِشَيْءٍ لِفَعْلٍ وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ .

من سمع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : سألت ابن القاسم عن الرجل يَسْتَوْدِعُ الْوَدِيعَةَ ثُمَّ يَتَصَدِّقُ بِهَا عَلَى رَجُلٍ يَقُولُ أَشْهَدُكُمْ أَنِّي قَدْ تَصَدَّقْتُ بِالْوَدِيعَةِ الَّتِي

عند فلان على فلان لا يكون منه أكثر ولم يأمره أن يقبض له ، ثم مات .

قال إن علم المستودع أنه يصدق بذلك فأراها للمتصدق عليه ، وإن لم يعلم فلا أرى للمتصدق عليه شيئاً قلْتُ مِنْ أَيْ وَجْهٍ قال ؟ من قبْلَ أَنْ هَذَا عَلِمَ أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَا فِي يَدِيهِ فَقَدْ صَارَ قَابِضًا لِلمتصدق عليه حتى لو أراد صاحب الوديعة أخذها لكان يتغى للمستودع أَنْ لَا يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ ضَمِنَهَا .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه الرواية بعينها في هذا السماع من كتاب الصدقات والهبات وشَرَطَ فِيهَا في صحة الحيازة معرفة المستودع خلافاً لما في المدونة لأنَّه جعل فيه قبض المستخدم والمستعير قبضاً للموهوب له ، ولم يشترط معرفتهما ، ويخرج في المسألة قول ثالث فالقياس على ارتهان فضلة المرن أنَّ الحيازة لا تصح إلا أن يعلم المستودع ويرضى أن يكون حائزأً للموهوب له إلا أنْ يفرق في ذلك بين الرهن والصدقة حسبما مضى القول فيه موجداً في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الرهون ، وإنما يكون قبض المستودع قبضاً للمتصدق عليه إذا علم على هذه الرواية أو علم لم يعلم على مذهبه في المدونة إذا قبِلَ الموهوب له الهبة ، فاما إذا لم يعلم منه قبُولٌ حتى مات الواهب فلا شيء له ولا شيء على المستودع في ردتها قبل قبول الموهوب له الهبة وعلمه بها ، هذا إذا كان الموهوب له حاضراً وأما إن كان غائباً تَصِحُّ حيازة المستودع له وإن مات الواهب قبْلَ أنْ يقبل الموهوب له ، وسواء على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له أو بيد حائز يَحْوِزه له وهو حاضر إن لم يقبل حتى مات الواهب بطلت الهبة ، وقال أشهب إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له صحت له الحيازة ، وإن لم يقبل حتى مات الواهب لأنَّ كُونَ ذلك في يديه أَحْوَرُ الحوز وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك ابن الحسن من أشهب

قال عبد الملك ابنُ الحسن : سئل أشهب عن رجل أتى رجلاً يستودعه مالاً فقال له الرجل : ادفعه إلى عبدي هذا ، فدفعه فاستهلكه العبد .

فقال : هو في ذمة العبد ، قيل فإن كان السيد غرّه من العبد ؟
قال : ليس عليه إلا ما قلّت لك .

قال محمد بن رشد : ولا يكون ذلك في ذمة العبد بِإقراره حتى تقوم بِينةً باستهلاكه ، قال ذلك محمد ابن عبد الحكم ، وهو صحيح ، وقد قيل إن السيد ضامن إذا غرّه ، وذلك على الاختلاف المعلوم في الغرور بالقول ، وإذا ضمّنَ السيد ذلك على هذا القول بيع في ذلك العبد وغيره من ماله ، وبالله التوفيق .

من سماع أصيغ بن الفرج من ابن القاسم

قال أصيغ : سئل ابن القاسم عن رجل جعل عند رجل مالاً وديعةً فأناه يوماً يتلقاها ، فقال إنني مشغول وراكبٌ إلى موضعٍ كذا وكذا فانتظرني إلى غدٍ ، فأبى فتصايحاً حتى حلف أن لا يعطيها إياه الليلةَ فلما أتاه من الغد يتلقاها إياه قال : ذهبت ، هل عليه غرمٌ لها ؟

قال : إن كان إنما ذهبت من قبلٍ أن تلقاني ضمّنَ لأنّه قد أقر

بها ولا يُقبل قوله ، وإن قال لا أدرى متى ذهبت ، وإنما عَهْدِي بها منذ كذا وكذا أَحْلَفَ وكان القول قوله ، ولا ضمان عليه ، وقاله أصبح ويحلف ما علم بذهابها حين منعه ولا منعه لذلك ولقد كان علْمُه على أنها ثم فيما يرى ساعتئذ ولا يعلم غير ذلك ، قال ابن القاسم : وإن قال ذهبت مني بعد ما حلفت وفارفت رأيُته ضامناً ، لأنَّه قد تعدى عليه حين لم يدفع إليه حقه ساعتئذ ، إِلَّا أن يكون كان على أمرٍ لا يستطيع الرجوع فيه ويكون في رجوعه عليه ضررٌ فلا ضمان عليه إذا كان كذلك ، قال أصبح ليس في هذا تعيدي وليس عليه ضمان إذا كان أمرُه ذلك الذي منعه واحفذه^(٤) عذرًا غالباً عليه فيه ضرر ، ولم يكن الأمرُ كان يمكنه عند بابه أو هو في يديه ونحوه هنا ، وليس عليه في أخذه ومناولته تطويلٌ ولَا أمرٌ ، ولا فتح وغلق ولا استخراج ولَا أمرٌ لا يصح إِلَّا به وينظره ويرجوعه ، فإن كان هذا كله هكذا رأيُته ضامناً ومتهمًا بدفعه إِيَاه له عنه ، وَإِلَّا . فلا ضمان عليه فقد يعوق الرجل ما يعوق وقد ينتقل في الحين الذي يأتي فيه إعطاءً وقد يُرَدُ الناسُ الناسَ مثل هذا ويشتغلون ويكلمون وهم أعلم بأنفسهم وآهواهم ومرافقهم وشأنهم فلاري أن يحلف ويبراً إن شاء الله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة لا اختلاف بينهم أنه إذا سأله وديعته فإن أبي أن يعطيه إياها في ذلك الوقت لعذر ذكره ثم أتاه بعد ذلك فيها فذكر أنها قد كانت تلفت قبل أن يلقاه فيها أولاً أنه ضامن لها ، لأنَّه لما اعتذر في دفعها إليه في ذلك الوقت فقد أقرَ أنها باقية لم تتلف فكذب ذلك دعواه الآن أنها قد كانت تلفت فلا يقبل قوله في ذلك إِلَّا أن يقول لم أعلم في ذلك الوقت أنها قد كانت تلفت ولذلك اعتذرْتُ إليه في دفعها إليه في ذلك

(٤) كذا بالأصل .

الوقت ووعدته لوقت آخر ، فيختلف على ذلك كما قال أصيغ ويسقط عنه ضمانها ، وكذلك إن قال لا أدري متى تلفت أنْ كان قبل طلبك إليها أو بعد ذلك ، فيخالف على ذلك ويسقط عنه الضمان .

وأما إن قال تلفت بعد ذلك فإن كان منعه إليها لعذر الجاه إلى ذلك ولم يكن متعدياً في منعه إليها في ذلك الوقت فلا ضمان عليه ، فإن كان منعه إليها لغير عذر تعدياً منه في ذلك فهو ضامن لها .

واختلف هل هو محمول على العذر حتى يثبت التعدي أو على التعدي حتى يثبت العذر ؟ وظاهر قول ابن القاسم أنه محمول على التعدي حتى يثبت العذر وظاهر قول أصيغ انه محمول على العذر حتى يثبت التعدي لا اختلاف في هذه المسألة إلا في هذا الوجه ، وقد وقع في التوادر لمحمد ابن عبد الحكم أنه لا ضمان عليه تلفت قبل أو بعد ، وليس ذلك بخلاف لشيء مما تقدم ، لأن معنى قوله إذا لم يعلم بذلك إلا بعد ، ومعنى قوله أو تعدى إذا كان له في صنعه عذر ولم يكن متعدياً في ذلك ، قال محمد ابن عبد الحكم ولو أبي أن يدفعها إليه إلا بالسلطان فتلفت في خلال الدفع لم يكن عليه في ذلك ضمان ؛ لأن له في ذلك عذر يقول خفت شغبها وأذاه ، وسيأتي القول على هذا في آخر سماع أبي زيد إن شاء الله .

مسألة

قال أصيغ : سمعت ابن وهب وسئل عن الرجل يستودع الرجل وديعة يبعث بها المستودع إلى صاحبها فيعدوا عليها اللصوص فيتزعنها فيقول المستودع لم أمرك أن تبعث بها إلي ، ويقول المستودع بل أنت أمرتني أن أبعث بها إليك ، ولا بينة بينهما .

قال : المستودع ضامن لأنه متعدى وهو مدعى ، فإذا تعدى كان عليه الضمان ، ولكن لو كان قال سقطت مبني أو دفعتها إليك ،

أو سُرقت مني فذهب بها لم يكن عليه شيء .

قال محمد بن رشد : إنما يضمن المودع الوديعة إذا ادعى أنَّ ربه أمره أن يبعث بها إليه بعد يمينه أنَّ إمام أمره أن يبعث بها إليه ولقد تعدى عليه في البعث بها إليه بغير أمره فيحقُّ عليه التعدي بيمينه ، وهو معنى قوله في الرواية المستودع ضامن لِأنَّه متعدِّي ، فإنما قال فيه إنَّه متعدِّي ، لأنَّ العداء قد ثبت عليه بيمين رب الوديعة .

وقوله ولكن لو قال سقطت مني أو دفعتها اليك أو سُرقت مني فذهب بها لم يكن عليه شيء ، معناه لم يكن عليه غُرم لأنَّ اليمين عليه في دعوى الرد باتفاق ، وفي دعوى التلف على اختلاف إن لم يتحقق عليه الدعوى ، قيل إنَّه يحلف ، فإن نكل عن اليمين غَرِم قيل بعد يمين رب الوديعة ، وقيل إنَّ اليمين لا يرجع عليه ، وقيل إنَّه لا يمين عليه على اختلافهم في لحقوق يمين التهمة وفي ردتها ، وقيل إنَّ كان من أهل التهم احلف وإنَّ لم يحلف ، وهو المشهور في المذهب ، وأما أنَّ حقَّ عليه الدعوى فلا اختلاف في وجوب اليمين عليه ، وفي أنَّ له ان يردها وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسألته عن رجل استُودع وديعةً وهو في المسجد أو في مجلس يجعلها على نعليه فذهبت أعلىه ضمان؟ فقال : ما أرى عليه ضماناً ، قلت : ولا تراه متعدِّياً لأنَّ إماماً أعطاه إياها يحوزها فليس هذا حوزاً؟ قال لي : فإنه الآن يقول لم يكن معه خيطاً أربطة به ، قلت يربطها في طرف ردائه ، قال : فإنه يقول ليس علي رداءً علي بُونسٌ قلت : فإنْ كان عليه رداءً؟ قال ما أرى عليه شيئاً بحالٍ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنَّه إذا دفعَ إليه الوديعة وهو في مسجد أو في مجلس يجعلها على نعليه يريد بين يديه حيث ينظر إليها ،

فتلتفت إِنَّه لَا ضمَانٌ عَلَيْهِ ، لَأَنَّ ذَلِكَ هُوَ وَجْهُ الْحُوْزِ لَهَا فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، فَوُجُوبُ أَنْ لَا يَضْمَنَ ، قَالَ مَطْرُفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ : وَلَوْ نَسِيَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي دَفَعْتُ إِلَيْهِ فِيهِ وَقَامَ ضَمْنَهَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ فِي دَارِهِ فَأَخْذَهَا فَأَدْخَلَهَا كَمَّهُ يَظْنُهَا دَرَاهِمَهُ فَسَقَطَتْ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ ، قَالَا وَهَذِهِ جَنَاحِيَاتٌ فَضَمَّنَاهُ بِالنَّسِيَانِ وَلَمْ يَعْذِرَهُ بِذَلِكَ ، وَقَدْ يَتَخَرَّجُ فِي هَذَا اخْتِلَافٌ بِالْمَعْنَى مِنْ مَسَأَلَةِ الرَّجُلَيْنِ يَدْعِيَانِ مِائَةَ دِينَارٍ وَدِيْعَةً عَنْ رَجُلٍ ، فَيَقُولُ الْمَدْعُونُ عَلَيْهِ لَا أُدْرِي مِنْ دَفَعْهَا إِلَيْيَا مِنْكُمَا ، لَأَنَّهُ عُذِّرَ بِالنَّسِيَانِ عَلَى الْقُولِ بِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُمَا أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يَغْرِمَ لَهُمَا الْمِائَةَ فِي حِلْفَانٍ وَيَقْسِمَهَا بَيْنَهُمَا ، وَقَدْ مَضِيَ تَحْصِيلُ الْاخْتِلَافِ فِي ذَلِكَ فِي رَسْمٍ يَدِيرُ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى مِنْ كِتَابِ الْمَدِيَانِ وَالْتَّفْلِيسِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

وَمِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ الْمَحْضِ

قَالَ أَصْبَحُ : سَأَلْتُ ابْنَ الْقَاسِمَ عَنْ رَجُلٍ تَكُونُ عَنْهُ الْوَدِيعَةُ فَتَطَلَّبُ مِنْهُ فَيَقُولُ قَدْ ضَاعَتْ مِنِي مِنْذَ سَنِينَ إِلَّا أَنِّي كَنْتُ أَرْجُو أَنْ أَجِدَهَا وَكَنْتُ أَطْلُبُهَا وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ وَلَمْ يُسْمَعْ ذَلِكَ مِنْهُ ، وَصَاحِبُهُ الَّذِي اسْتَوْدَعَهُ أَيْضًا حَاضِرًا إِلَّا يَذْكُرُ ذَلِكَ لَهُ ؟ فَقَالَ : هُوَ مَصْدَقٌ وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ طُلِبَ مِنْهُ فَأَقْرَرَ بِهَا أَنَّهَا عَنْهُ كَمَا هِيَ ، ثُمَّ زَعَمَ أَنَّهَا قَدْ ضَاعَتْ مِنِي سَنِينَ ، فَهُوَ هَا هُنَا ضَامِنٌ وَلَا شَيْءٌ عَلَيْهِ ، وَالْقَرَاضُ مِثْلُ ذَلِكَ سَوَاءٌ ، قَالَ أَصْبَحُ لَا يَعْجِبُنِي وَهُوَ ضَامِنٌ إِذَا أَمْسَكَ ، وَلَا يَعْرِفُ طَلْبًا مِنْهُ وَلَا ذُكْرٌ لِصَاحِبِهَا وَلَا لِغَيْرِهِ ، وَلَا وَجْهٌ مُصَبَّبٌ تَطُرُّقٌ وَلَا سَمَاعٌ سُرْقَةٌ وَلَا غُرْقٌ وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَحْضُورُ الطَّالِبِ أَشَدُّ وَأَبْيَنُ بِإِيمَانِهِ عَنْهُ ، وَكُلُّ سَوَاءٌ إِذَا طَالَ هَذَا جَدًا وَادْعَى أَمْرًا قَرِيبًا لَا ذَكْرٌ لَهُ .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم عندي أظہر من قول أصبع ، لأن الأصل براءة الذمة ، فالواجب فيها سبباً إلا بيقين ، وهو قول محمد ابن عبد الحكم ، قال : أصحابنا يقولون إن سمع ذلك منه قبل ذلك الوقت الذي يُسألها فيه قبل منه وإن لم يسمع ذلك منه إلا ذلك الوقت لم يقبل ، قال محمد : وأنا أرى أن يحلف ولا شيء عليه وبالله التوفيق .

ومن كتاب القراء والأقضية

وَسُئلَابْنُالقَاسِمَعَنِاستِودَاعِرَجَلًا سِيفًا وَقِيمَتُهُ أَرْبَعَةِ دَنَانِيرٍ
وَضَمِّنَهُ إِيَاهُ فَعَدَا عَلَيْهِابْنُهُفَاقَاتِلَبِهِفَانِكْسَرَ وَقِيمَتُهُ يَوْمَ تَعَدَّى إِلَيْبْنٍ
عَشْرَ دَنَانِيرَ .

فقال : أرى عليه قيمته يوم استودعه إلا أن يكون القيمة يوم تعدى عليه أكثر ، قال أصبع إن كان الضمان إنما ضمِّنَ أربعة التي هي القيمة فليس عليه غيرها والفضل على الإبن المتredi ، وإن كان ضمِّنَ السيف ضماناً فعليه قيمته الكبرى كانت الأولى أو الآخرة .

قال محمد بن رشد : قول أصبع إن كان الضمان إنما ضمِّنَ أربعة التي هي القيمة فليس عليه غيرها والفضل على الإبن المتredi صحيح لا اختلاف فيه ولا كلام ، وقوله وإن كان ضمِّنَ السيف ضماناً فعليه قيمته الكبرى كانت الأولى أو الآخرة هو مثل قول ابن القاسم سواه وذلك بعيد جداً والذي يوجبه النظر على أصولهم أن تكون عليه قيمته يوم دفعه إليه على الضمان إلا أن تعلم قيمته يوم تعدى عليه الإبن فيكون ذلك عليه ، كان أقل من قيمته يوم دفعه إليه أو أكثر ويرجع بذلك على الإبن ، وإنما يصح أن يكون عليه الأكثر من القيمتين إذا لم يعلم قيمته يوم تعدى عليه الإبن إلا بقوله ، لأنه إن ادعى أن قيمته

يُوْمَ تُعْدِي عَلَيْهِ ابْنَهُ أَقْلَى لَمْ يَصْدِقُ ، وَإِنْ ادْعَى أَنَّهَا أَكْثَرُ كَانَ مُقْرَأً عَلَى نَفْسِهِ
وَهَذَا أَبْيَنُ وَأَصْحَّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

من نوازل سُئَلَ عَنْهَا أَصْبَغُ

وَقَالَ أَصْبَغُ فِي رَجُلٍ اسْتُوْدَعَ وَدِيْعَةً فَطَلَبَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ
وَدِيْعَتَهُ مِنَ الْمُسْتُوْدَعِ ، فَقَالَ الْمُسْتُوْدَعُ : وَاللَّهِ مَا أَدْرِي دَفَعْتُهَا
إِلَيْكَ أَمْ ضَاعَتْ مِنِّي ؟ قَالَ : لَا أَرَى عَلَيْهِ ضَمَانًا لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ دَفَعَهَا
فَقَدْ بَرِيءٌ وَإِنْ كَانَتْ ضَاعَتْ مِنْهُ فَهُوَ فِيهَا مُؤْتَمِنٌ ، فَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ
إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتُوْدَعُ إِنَّمَا اسْتُوْدَعَهَا إِيَّاهُ بَيْنَهَا فَلَا يَبْرُأُ مِنْهَا بِقَوْلِهِ قَدْ
دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ حَتَّى يُقْيِيمَ الْبَيْنَةَ بِدَفْعَهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا غَرَمٌ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : هَذَا كَمَا قَالَ إِنَّمَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ بِغَيْرِ بَيْنَةٍ فَلَا
ضَمَانٌ عَلَيْهِ يَرِيدُ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ مَا هِيَ عَنْهُ وَلَقَدْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ أَوْ تَلَفَّتَ لَأَنَّ الْقَوْلَ
قَوْلُهُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَجَهَيْنِ لَوْ ادْعَاهُ بَعْنِيهِ فَكَذَّلِكَ إِذَا ادْعَى أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ
عَيْنِيهِ ، وَأَمَّا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ بَيْنَهَا فَبَيْنَ أَنَّهُ لَا يَبْرُأُ مِنْهَا بِقَوْلِهِ لَا أَدْرِي إِنْ كُنْتُ دَفَعْتُهَا
إِلَيْكَ أَوْ تَلَفَّتَ ، لَأَنَّهُ لَوْ ادْعَى أَنَّهُ دَفَعَهَا إِلَيْهِ لَمْ يَصْدِقُ فَكَيْفَ إِذَا قَالَ لَا أَدْرِي
إِنْ كُنْتُ دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ أَوْ تَلَفَّتَ ، وَلَوْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ بَيْنَهَا فَقَالَ الْمُوْدَعُ لِرَبِّهِ إِنْ كُنْتَ
دَفَعْتَ إِلَيَّ شَيْئًا فَقَدْ ضَاعَ لَبَرِيءٍ مِنْهَا بِيَمِينِهِ ، قَالَ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الْحَكْمَ
وَهُوَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَصْبَغِ الْمَذْكُورِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

مَسَأَلَةٌ

قَلْتُ لَهُ فَرِجْلًا اسْتُوْدَعَ وَدِيْعَةً فَدَفَنَهَا فِي بَيْتِهِ أَوْ بِمَوْضِعٍ فَلَمَّا
طَلَبَهَا صَاحِبُهَا قَالَ لَهُ الْمُسْتُوْدَعُ : وَاللَّهِ مَا أَدْرِي مَا فَعَلْتُ ، دَفَنَتْهَا
أَحِينَ دَفَعْتُهَا إِلَيْهِ ؟ فَطَلَبَتْهَا فَلَمْ أَقْدِرْ عَلَى مَوْضِعِهَا وَلَمْ أَصِبْهُ .

قال : أراه ضامناً ، هذا مضيع لا يدرى حيث دفنتها إلا أن يقول دفنتها في بيتي أو حيث يجوز لي دفنتها من المواقع التي يرى أنه أحرزها فيها كما كان يحرز متاعه ، فيزعم أنه طلبها في ذلك الموضع فلم يجدها وقد اتفق أنه دفنتها فيه فلا ضمان عليه فيها ، لأنه هنا بمتنزلة ما لو سقطت منه أو جاء عليها تلفٌ من غير صنعه ، لأنه فعل في دفنه ما يجوز له إذا كان يحفظ الموضع الذي دفنتها فيه ، وأما إذا قال دفنتها ولا ادري حيث ، فهذا مُتَلْفٌ لها مضيع فهو ضامن .

قال محمد بن رشد : لم يعذره في هذه المسألة بنسيان الموضع الذي دفن فيه الوديعة ويدخل في هذا اختلاف بالمعنى قد ذكرته في أول رسم من سماع أصبع قبل هذا فلا معنى لإعادته .

من سمع أبي زيد ابن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سُئلَ ابنُ القاسم عن رجل هلك وترك وداعٍ ولم يُوصَ فتُوجَد صُرَرٌ فيها مكتوب وديعة فلان بن فلان وفيها كذا وكذا ديناراً أترأها لفلان الرجل الذي اسمه على الصرة إذا لم تكن بينة على أنه استودعها إيهَا لا بقول وقد وجدها عند الهاulk كما ادعى؟

قال : ليس له فيها شيء لعله دفعه إلى أهل البيت دراهم حتى
كتبوا له فوق هذه الصرر ما يزيد .

قال محمد بن رشد : هذا ما لا اختلاف فيه أنه لا يقضى بالصُّرْةِ
لمن وجد عليها اسمه إذا لم يكن بخط يده ولا بخط يد المودع ، وقد مضى

تحصيل القول في ذلك في رسم أسلم من سماع عيسى قبل هذا فلا معنى لإعادته .

مسألة

وقال ابن القاسم في رجل دفع إلى رجل وديعة أو رهنه رهنا ثم جاء يطلب وديعته أو جاء بافتتاح الرهن فأبى الذي في يديه الوديعة أو الرهن أن يدفع ذلك إلى أهله حتى يأتي السلطان فيعدي عليه بالدفع ، فضاع ذلك الرهن أو الوديعة قبل أن يقضى عليه السلطان وبعد طلب المستودع وديعته وبعد طلب الراهن رهنه .

قال : إن كان دفع ذلك إليه بغير بينة في الرهن والوديعة فأراه ضامناً .

قال محمد بن رشد : في مساواته في هذه المسألة بين الرهن والوديعة بقوله إن كان دفع ذلك إليه بغير بينة في الرهن فأراه ضامناً دليلاً على أن القول قوله في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة كالوديعة سواء ، وذلك بعيد لأن الرهن قبضه لمنفعة نفسه فلا يصدق في ضياعه ولا في رده ؛ لأن قبضه بغير بينة ، والوديعة قبضها لمنفعة أصحابها ويصدق في ضياعها وفي ردها إلا أن يكون دفعت إليه ببينة ، وقد مضى تحصيل القول في ذلك في رسم استاذن من سماع عيسى من كتاب الرواحل والدواوب ، فعلمه إنما تكلم في هذه الرواية على الرهن الذي لا يغيب عليه فتصح المسألة ، لأن الرهن الذي لا يغاب عليه يصدق المرتهن في رده إذا قبضه بغير بينة كما يصدق في تلفه كالوديعة .

وقد اختلف إذا أبى المودع أن يدفع الوديعة إلى الذي أودعه إياها إلا بالسلطان ، فترافقوا إليه فضاعت بين سؤاله إياه وبين إيتائه السلطان على ثلاثة أقوال أحدها أنه لا ضمان عليه وإن كان قبضها منه بغير بينة ، لأن له في ذلك

عذراً يقول حفظ شغبه وأداء، وهو قول محمد ابن عبد الحكم والثاني أنه ضامن وإن كان قبضها منه ببينة لأنّه متعدّي إذا منعه إلّا بالسلطان وكان يقدر على أن يشهد عليه بالرّد كما أشهد هو عليه بالقبض ، وإلى هذا ذهب ابن دحون ، فالرهنُ والوديعةُ على مذهبه سواء في هذا ، والثالث ما ذهب اليه في هذه الرواية من تفرّقته بين ما يصدق فيه في الرد وبين ما لا يصدق وبالله التوفيق .

تمَّ كتابُ الوديعةِ والحمد لله

كتاب العارية

من سماع ابن القاسم من مالك

قال سحنون : أخبرني ابن القاسم عن مالك . فيمن استعار دابةً إلى بلد فاختلفا ، فقال أعرتنيها إلى بلد كذا وكذا وقال المعير بل أعرتك إلى بلد كذا وكذا ، فإن كان يُشبه ما قال المستعير فعليه اليمين ، قال ابن القاسم : وذلك إذا ركب المستعير ورجع فالقول قوله ، ولعل الدابة تَعْتَلُ ويُطلب منه كِرَاءً ما زاد ، فإذا كان يُشبه ما قال المستعير فالقول قوله مع يمينه ، وإذا لم يركبها فالقول قوله صاحب الدابة ، وإنما ذلك بمتزلة رجل أخذَمَ رجلاً خادماً أو أسكنه متزلأً فسكن الرجل الدار واحتدم العبد سنة ، فقال المُخدم أخدمني سنة وأسكنتني سنة وقد انقضت السنة فالقول قول المخدم اذا جاء بما يُشبه إن قال الآخر أخدمنتك أو أسكنتك ستة أشهر لم يقبل قوله ، وهو مدعى إلا أن يأتي المخدم أو المسكن بما لا يُشبه ، ولو كان لم يقبض المُسكن أو المخدم ما أُعطي كان القول قوله صاحب العبد أو المسكن ، هذا يُبيّن لك العارية .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف بينهم في أن القول قوله المعير إذا اختلفا في العارية إلى أي بلد أغاره إياها قبل الركوب أو بعد وصوله إلى البلد

الذي أقربه المعير ، فتفسيري ابن القاسم لقول مالك في قوله إنَّ القول قولُ المستعير إذا كان يُشبه وعليه اليمين بقوله : وذلك إذا ركب المستعير ورجع صحيحٌ ، ومثله في المدونة من روایة عبد الرحمن عن مالك ، وفي الْذِمِيَاطِيَّةِ لابن القاسم خلافُ أنَّ القول قولُ المعير إذا اختلفا بعد الرجوع ، بخلاف إذا كان معه في سفره فاختلفا بعد الرجوع ، وَنَصُّ الرواية قال : وسئل ابن القاسم عن رجل استعار ثوباً فحبسه عن صاحبه شهراً أو شهرين فجاء به وقد تَغَيَّرَ ، وقال صاحبُه إنما أعرتكم اليومَ واليومين ، وقال المستعير إنما استعرتُه منك إلى أن أقدم من سفري وأتجمل به حتى أكتسي ، قال : أرى إن كان حاضراً وهو معه لا يَسْأَلُ عنه فالقول قولُ المستعير ويحلف ، وأمّا السُّفُرُ فإني أراه متعدِّياً إذا حلف صاحبُ الثوب إلَّا أن يكون للمستعير بينة على ما قال ، فالخلافُ في المسألة إنما هو إذا غابَ المستعير عن المعير بالدابة أو الثوب فلما رجع قال له المعير قد تعديت في وصولك بالدابة إلى حيث وصلت بها ، أو في إمساكك الثوب عنِّي طول هذه المدة إذ لم أعرك الدابة إلَّا إلى بلدكذا أو الثوب إلَّا إلى مدة كذا ، فوجه قولِ مالك أنَّ المعير لما أسلمَ الدابة أو الثوب إلى المستعير فقد إثْتَمَّه وصار مدعياً عليه في تضمينه الدابة إن كانت تغيرت أو تلفت في المسافة التي يدعي أنه لم يأذن له فيها أو في تضمينه الكراء فيها إن كانت على حالها ، وهو الذي إعْتَلَ به ابن القاسم بقوله في الرواية وذلك لعل الدابة تَعْتَلُ يريده فيكون مدعياً عليه في تضمين قيمتها أو لا تعتل فيكون مدعياً في طلب كراء ما زاد ، وقد أحکمت السنة أنَّ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فوجب أن يكون القول قولُ المستعير إذا أشبه ما ادعاه .

ووجه قولِ ابن القاسم في الْذِمِيَاطِيَّةِ أنَّ الأصل قد حَصَلَ في أنه لا يُواخذ أحدٌ بأكثر مما يقر به على نفسه ، والمستعير مدع على المعير في المسافة التي لم يُقْرَرْ أنه أعاره إليها ، ولا دليلٌ له على دعواه لكونه غائباً عنه ، بخلاف إذا كان حاضراً معه لأنَّ في سكوته على طلب دابتة منه عند انقضاء المسافة الأولى دليلٌ على أنه أعاره إليها إلى الثانية ، وكذلك الثوب ، فقولُه

في الرواية : وإنما ذلك بمتزلة رجلٍ أَخْدَمْ رجلاً خادماً أو أَسْكَنَهُ مِنْزَلًا إِلَى آخر قوله لا يُلزمُ المخالفَ ، وهو قولُ ابن القاسم في رواية الذهبي عنـه ، لأنـ الذي يأتي على قياس قوله فيـ الرواية أن يكونـ القولـ فيـ الإـخدـام والإـسـكانـ قولـ ربـ الخـادـمـ وـربـ المـسـكـنـ فيـ المـدـةـ التـيـ أـخـدـمـهـ إـلـيـهاـ وـأـسـكـنـهـ إـلـيـهاـ إـذـ كـانـ غـائـباـ عـنـهـ وـلـمـ يـكـنـ حـاضـراـ مـعـهـ ، فـيـكـونـ سـكـونـهـ عـنـ طـلـبـ خـادـمـهـ وـمـسـكـنـهـ عـنـ اـنـقـضـاءـ المـدـةـ التـيـ أـقـرـأـهـ أـخـدـمـهـ وـأـسـكـنـهـ إـلـيـهاـ دـلـيـلـاـ عـلـىـ دـعـوـيـ المـخـدمـ أوـ المـسـكـنـ ، فـوـجـبـ أـنـ يـكـونـ القـوـلـ قـوـلـ إـذـ اـدـعـىـ مـنـ ذـلـكـ لـمـ يـشـبـهـ وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ .

ومن كتاب طلق بن حبيب

وـسـئـلـ عـنـ الرـجـلـ يـسـأـلـ الرـجـلـ أـنـ يـهـبـ الـذـهـبـ فـيـقـولـ نـعـمـ ، فـيـبـدـوـ لـهـ أـنـ لـاـ يـفـعـلـ أـفـتـرـىـ ذـلـكـ يـلـزـمـهـ ؟ـ قـالـ :ـ أـمـاـ إـنـ قـالـ أـنـاـ أـفـعـلـ أـوـ أـنـاـ فـاعـلـ فـمـاـ أـرـىـ ذـلـكـ يـلـزـمـهـ ،ـ وـمـنـ ذـلـكـ وـجـوهـ لـوـ كـانـ فـيـ قـضـاءـ دـيـنـ فـسـأـلـهـ فـقـالـ نـعـمـ وـرـجـالـ شـهـوـدـ عـلـيـهـ فـمـاـ أـحـرـاهـ أـنـ يـلـزـمـهـ ،ـ وـالـشـهـادـةـ فـيـ ذـلـكـ أـبـيـنـ وـمـاـ أـحـقـ إـيـجـابـهـ ،ـ قـالـ اـبـنـ القـاسـمـ :ـ إـذـ اـقـتـدـ الغـرـمـاءـ عـلـىـ مـوـعـدـ مـنـهـ أـوـ أـشـهـدـ بـإـيـجـابـ ذـلـكـ عـلـىـ نـفـسـهـ أـنـ يـقـولـ أـشـهـدـكـمـ أـنـيـ قـدـ فـعـلـتـ ،ـ فـهـذـاـ ذـلـكـ يـلـزـمـهـ ،ـ فـأـمـاـ أـنـ يـقـولـ لـهـ نـعـمـ أـنـاـ أـفـعـلـ ثـمـ يـبـدـوـ لـهـ فـلـاـ أـرـىـ ذـلـكـ عـلـيـهـ .

قال محمد بن رشد : اختلَّ في العِدَةِ هل يلزمُ القضاءُ بها أم لا على أربعة أقوال ؟ أحدها أنه يلزمُ القضاءُ بها وإن لم يكن على سبب ، روى عن عمر ابن عبد العزيز أنه قضى بها على ما وقع في كتاب العدة على ظاهر قول النبي عليه السلام : وأيُّ المؤمنِ واجبٌ^(٥) ، وهذا لا حجة فيه ، لأنـ

(١) رواه أبو داود في مراسله عن زيد بن أسلم ، رمز له السيوطي بالضعف .

ال الحديث ليس على ظاهره في الوجوب ، لأن معناه واجب في مكارم الأخلاق ومحاسنها ، بدليل تخصيصه المؤمن لأنه لما لم يعم فيقول الوَّاْيُ واجب علم أنه أراد بعض المؤمنين وهم المَمْدُوحُ إيمانهم ، فدل ذلك على النَّدْب إذا لم يعلم به^(٢) جميع المؤمنين كقول الله تعالى في المتعة ﴿ حَقًا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(٣) وَ ﴿ حَقًا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾^(٤) والثاني أنه يقضي به إن كان علي سبب وإن لم يدخل بسبب عِدَتِه في السبب ، وهو قولُ أصبع في كتاب العدة ، وقولُ مالك في هذه الرواية نحوه ، لأنه قال فيها ولو كان في قضاء دين فسألَه فقال نعم ورجال شهود عليه فما أَخْرَاهُ أَن يلزمَه ولم يتحقق إيجابه ، لأن قوله أنا أقضى عنك دينك ، وأنا أسلفك لتقضي دينك ، أو أهبك لتقضي دينك عِدَةٌ بِسَبَبٍ ، فهي كالعدة على سبب ، إذ لا فرق بين أن يسأله أن يسلفه أو يهبه ليقضي دينه فيقول له نعم أنا أفعل ، وبين أن يقول له ابتدأ من غير أن يسأله أنا أسلفك أو أهبك لتقضي دينك أو أنا أقضى عنك دينك وقوله أنا أسلفك أو أنا أسلفك عِدَةٌ على غير سبب ، ففرق مالك بين الوجهين .

ومعنى قوله ورجال شهود عليه أي ورجال حضور شهدوا عليه قوله من غير أن يشهدهم على نفسه .

وقوله والشهادة في ذلك أَبِينَ وما أَحْقَقَ إِيجابَه ، معناه إذا قال نعم أشهدكم أني أفعل أو أني فاعل وأما لو قال أشهدكم أني قد فعلت لما وقف عن التحقيق في إيجابه عليه ، ولزم القضاء به عليه كما قال ابن القاسم والثالث أنه لا يقضي بها وإن كانت على سبب إلَّا أن يدخل من أجل عدته في السبب ، وهو معنى قول ابن القاسم في هذه الرواية : إنما اقتَدَّ الغرماء منه على موعد

(٢) كذا بالأصل ، ولعل الصواب : إذ لم يعم به

(٣) الآية ١٨٠ و ٢٤١ من سورة البقرة .

(٤) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

أن ذلك يلزمـه بمنزلة إشهـادـه بـإيجـابـ ذلك عـلـى نـفـسـه ، لأنـهم تـرـكـوا بـوـعـدـه إـيـاهـمـ التـوـقـعـ منـغـرـيمـهـ فـاضـرـتـ بهـمـ عـدـهـ إنـأـخـلـفـهـمـ فـيـهاـ ، وـهـوـ قـوـلـ سـحـنـونـ فـيـ كـتـابـ العـدـةـ : إنـالـعـدـةـ لـاـ تـلـزـمـ إـلـاـ أنـيـكـونـ عـلـى سـبـبـ فـيـدـخـلـ مـنـأـجـلـ عـدـهـ فـيـ السـبـبـ ، مـثـلـ أـنـيـقـولـ الرـجـلـ لـلـرـجـلـ إـفـعـلـ كـذـاـ وـكـذـاـ وـأـنـاـ أـسـلـفـكـ فـيـفـعـلـهـ ، فـقـوـلـ الرـجـلـ لـلـذـيـ عـلـيـهـ الدـيـنـ أـنـاـ أـقـضـيـ عـنـكـ الدـيـنـ الـذـيـ عـلـيـكـ يـفـتـرـقـ عـنـدـ اـبـنـ القـاسـمـ مـنـ قـوـلـهـ لـلـذـيـ عـلـيـهـ الدـيـنـ أـنـاـ أـقـضـيـكـ الدـيـنـ الـذـيـ لـكـ ، لـاـ يـلـزـمـهـ فـيـ الـأـوـلـ وـيـلـزـمـهـ فـيـ الثـانـيـ عـلـىـ ماـ بـيـنـاهـ ، وـالـرـابـعـ أـنـ العـدـةـ لـاـ تـلـزـمـ وـلـاـ يـقـضـيـ بـهـ وـإـنـ كـانـتـ عـلـىـ سـبـبـ وـدـخـلـ فـيـ السـبـبـ ، وـهـوـ الـذـيـ يـأـتـيـ عـلـىـ ماـ رـوـيـ اـبـنـ نـافـعـ عـنـ أـشـهـبـ عـنـ مـالـكـ فـيـ أـوـلـ سـمـاعـ أـشـهـبـ بـعـدـ هـذـاـ ، لـأـنـهـ غـرـهـ بـمـاـ وـعـدـهـ فـتـرـكـ أـنـ يـحـتـالـ لـنـفـسـهـ بـمـاـ يـبـرـيهـ مـنـ سـلـفـ أوـغـيرـهـ ، فـكـانـ بـمـنـزـلـةـ مـنـ قـالـ لـرـجـلـ تـزـوـجـ وـأـنـاـ أـنـفـقـ عـنـكـ أـوـ تـزـوـجـ وـأـنـاـ أـسـلـفـكـ فـتـزـوـجـ فـأـبـيـ أـنـ يـسـلـفـهـ ، فـقـوـلـ اـبـنـ القـاسـمـ فـيـ هـذـهـ الرـوـاـيـةـ خـلـافـ قـوـلـ مـالـكـ فـيـهـ عـلـىـ مـاـ تـأـوـلـنـاهـ ، لـأـنـهـ لـمـ يـرـ العـدـةـ تـلـزـمـ بـالـسـبـبـ حـتـىـ يـدـخـلـ فـيـهـ ، وـرـآـهـ مـالـكـ لـازـمـةـ بـالـسـبـبـ وـإـنـ لـمـ تـدـخـلـ فـيـهـ وـلـمـ يـرـهـاـ فـيـ رـوـاـيـةـ أـشـهـبـ لـازـمـةـ بـحـالـ وـإـنـ دـخـلـ بـالـسـبـبـ وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ .

وـمـنـ كـتـابـ أـوـلـهـ إـغـتـسـلـ عـلـىـ غـيرـ نـيةـ

وقـالـ مـالـكـ فـيـ أـمـةـ أـتـتـ إـلـىـ جـارـةـ لـهـ بـقـلـادـةـ اـسـتـعـارـتـهـاـ لـهـ ، فـأـنـكـرـتـ حـيـنـ جـاءـتـهـ بـهـ فـقـالـتـ مـاـ حـمـلـكـ عـلـىـ أـنـ اـسـتـعـارـتـهـاـ لـيـ ؟ـ وـأـنـكـرـتـ ذـلـكـ وـشـهـدـ عـلـيـهـ نـاسـ فـقـبـلـتـهـ مـنـهـاـ لـتـرـدـهـاـ عـلـىـ الـتـيـ اـسـتـعـارـتـهـاـ مـنـهـاـ ، فـأـغـتـلـتـ الـقـلـادـةـ عـنـدـهـاـ قـبـلـ أـنـ تـرـدـهـاـ ، قـالـ مـالـكـ :ـ أـرـىـ أـنـ تـغـرـمـهـاـ حـيـنـ قـبـلـتـهـاـ ، فـلـوـ شـاءـتـ لـمـ تـقـبـلـهـاـ ، قـيلـ لـهـ :ـ إـنـ الـتـيـ هـيـ لـهـ تـزـعـمـ أـنـهـاـ ثـمـنـ خـمـسـةـ عـشـرـ دـيـنـارـاـ ، وـقـالـتـ الـتـيـ قـبـلـتـهـاـ :ـ مـاـ ثـمـنـهـاـ إـلـاـ سـتـةـ دـنـانـيرـ ، قـالـ :ـ أـرـىـ أـنـ تـصـفـهـاـ الـتـيـ قـبـلـتـهـاـ ثـمـ تـحـلـفـ عـلـىـ صـفـتـهـاـ ثـمـ تـقـومـ عـلـىـ ذـلـكـ ، ثـمـ يـلـزـمـهـاـ غـرـمـ مـاـ قـوـمـتـ بـهـ .ـ

قال محمد بن رشد : إنما وجب أن تغمرها إذا قبلتها فاغتلت منها قبل أن تردها لأنها لما قبلتها فقد صدقتها في أنها استعارتها لها ولو أقرت المستعيرة أنها لم تاذن لها في استعارتها لها لوجب أن يكون الضمان منها ، لأنها كانت تكون كالرسول لها على ردتها وقوله إن الغارمة لها هي التي يكون القول قولها في قيمتها وتحلف على صفتها صحيح ، لأنها هي المدعى عليها وبالله التوفيق .

مسائلة

وقال في الرجل يسألهُ الرجلُ الشيءَ يعطيه إيه ويذكر له حاجته
ويقول إتنى غداً ، فيأتي بشيءٍ يعطيه إيه ولا يجده ، فقال مالكُ ما
أراد بذلك ؟ فقيل أراده لِه ، قال : فلينفذ ذلك لله على غيره ، قيل
له : فإن لقيه بعض إخوانه وأقاربِه فسألَه أن يوصله فوعده فذهب فلم
يلقه ؟ فقال : إن أحب أن ينفذه على مثل ذلك ، فإن أبي فلستُ أراه
عليه بواجب .

قال مالك في السائل يقف عند الباب فيأمر الرجل جاريته تعطيه شيئاً فتجده قد ذهب ، فقال مالك أرى أن تعطيه غيره من المساكين ، وما أراه عليه بواجب .

قال محمد ابن رشد : ذكر ابن أبي زيد مسألة السائل يقف بالباب
هذه في النواذر ، ووصل بها قال ومن خرج الى مسكنين بشيء فلم يقبله فليعطيه
غيره ، وهو أشد من الأول وليس بينهما فرق بين ، والمعنى الذي ذهب اليه
ابن أبي زيد في الفرق بينهما والله أعلم هو أنه لما وجده فأبى أن يقبلها وقد
كان له أن يقبلها فردها أشبه عنده بردتها إليه بعد قبوله إياها ، ولعله إنما ردها
إليه ليعطيها لغيره ، مثل أن يقول له أنا لا حاجة لي بها فادفعها لغيري فيكون
ذلك قبولاً منها لها ، ويكون بذلك راجعاً في صدقته ، والاختيار في هذه

المسائل كُلُّها أَنْ ينفَدِ ذلك على غير الذي قصده بصدقته من غير وجوب ، وأَخْفَفُهَا الرَّجُلُ يلقاه بعْضُ إِخْوَانِه أو أَقْارِبِه فِي سَأَلَهُ أَنْ يَصْلُهُ ، وَتَلِيهَا الرَّجُلُ الْأَجْنِبِيُّ يلقاه الرَّجُلُ فَيَذَكُرُ لَهُ حاجَتَه فَيَعْدُهُ أَنْ يَعْطِيهِ ، وَتَلِيهَا الرَّجُلُ يَأْمُرُ بِالشَّيْءِ لِلسَّائِلِ يَسْمَعُهُ فَيُوجَدُ قَدْ ذَهَبَ ، وَتَلِيهَا أَنْ يُوجَدَ فَلَا يَقْبِلُ وَهُوَ أَشَهَدُهَا عَلَى مَا وَقَعَ فِي النَّوَادِرِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَةٌ إِنْ لَمْ يَجِدْهُ فِي أَنْ يَصْرُفَهُ إِلَى مَلِكِهِ أَوْ يُبَتَّلَهُ لِغَيْرِهِ ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ لَهُ نِيَةً فَلَهُ نِيَّتُهُ وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ .

وَمِنْ كِتَابِ بَاعَ غَلَامًا

وَسْئَلَ عَنْ اسْتِعْارِ ثُوَبًا يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ أَيَّامًا مُسْمَمَةً ثُمَّ تَعَدَّى فَلَبِسَهُ أَكْثَرُ مَا اسْتِعَارَهُ ، قَالَ : يَلْزَمُهُ مَا نَقْصُهُ مِنْ قِيمَتِهِ بَعْدَ الْأَيَّامِ الَّتِي اسْتِعَارَ إِلَيْهَا وَإِنْ كَانَ قَدْ أَخْلَقَهُ رَدَّهُ وَمَا نَقْصُهُ مِنْ ثَمَنِهِ بَعْدَ تَلِكَ الْأَيَّامِ الَّتِي اسْتِعَارَهُ إِلَيْهَا .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : الْمُعْرُوفُ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّ صَاحِبَ الثُّوْبِ مُخِيرٌ إِذَا أَخْلَقَهُ إِنْ شَاءَ أَخْدَى ثُوَبَهُ وَمَا نَقْصُهُ لِلْلِبَاسِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخْدَى قِيمَتِهِ يَوْمَ تَعْدِي عَلَيْهِ ، وَقَالَ أَشَهَبُ إِنَّمَا هُوَ مُخِيرٌ بَيْنَ أَخْدَى ثُوَبِهِ وَلَا شَيْءٌ لِهِ غَيْرُهُ ، أَوْ يَأْخُذُ قِيمَتَهُ يَوْمَ تَعْدِي عَلَيْهِ ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبْنِ الْقَالِمِ مُثُلُّ قَوْلِ أَشَهَبِهِ ، وَالْقَوْلَانُ قَائِمَانُ مِنَ الْمَدْوُنَةِ ، وَمَا هَا هُنَّا أَيْضًا يَقُولُونَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْمَدْوُنَةِ : وَقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ يَغْرِمُ مَا نَقْصُهُ وَلَا يَفْرُقُ بَيْنَ قَلِيلٍ مِنْ كَثِيرٍ ، فَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ فِي الْفَسَادِ الْكَثِيرِ ، وَلَا اخْتِلَافٌ فِي الْفَسَادِ يُسِيرُ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا مَا نَقْصُهُ بَعْدَ الرَّفِقِ وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك

قال سحنون : قال لي أشهبُ وابْنُ نافع : سئل مالك عمن حلف لرجل له عليه حق لِيُؤْفِينِه إلى أجل فلما خشي الحنث ذكر ذلك لرجلٍ فقال له لا تخف إِتَّقِنِي العشية أَعْطِيكُها فلما كان العشي جاءه فأبى أن يعطيه شيئاً ، فقال له : غررتني حتى خفت أن تُدْخِلَ على الطلاق ، أترأه له لازماً أن يُسلِّفه ؟ فقال : والله ما أرى ذلك لازماً له ، قال له أنا أسلفك فلم يسلف ، أنا أعيرك دابتى فلم يعره ، أنا أحب لك فلم يهبه ، ما أرى له عليه شيئاً ولا أدرى كيف هو في ذلك بينه وبين الله ، وما هذا من مكارم الأخلاق ولا محاسنها .

قال محمد بن رشد : قد قيل إنه يلزمـه ، وهو أظـهـرـه ، لأنـه غـرـه وـمـنـعـهـ أنـ يـحـتـالـ لـنـفـسـهـ بـمـاـ يـبـرـيهـ مـنـ سـلـفـ أوـغـيرـهـ ، وـقـدـ مـضـىـ تـحـصـيلـ الـاخـتـلـافـ فـيـ هـذـهـ مـسـأـلـةـ فـيـ رـسـمـ طـلـقـ مـنـ سـمـاعـ اـبـنـ القـاسـمـ فـلاـ مـعـنـىـ لـإـعادـتـهـ .

ومن كتاب الأقضية

وسئل مالك أترى من قول رسول الله صلى الله عليه لا ضرر ولا ضرار أن يستأذن الرجل جاره في خشبة يغزها في جداره فيأذن له ثم يُغضِّبهُ فيريد أن ينزعها ، فقال : إن كان أذن له فما أرى له أن ينزعها على وجه الضرر ، لأن رسول الله صلى الله عليه قال : لا ضرر ولا ضرار ، فهذا منه ، فاما إن كان احتاج الى جداره لأمر لم يُرد به الغرزرأيت ذلك للرجل أن يبني في جداره ويرفعه ما بدا له وإن كان في ذلك مضره على جيرانه ، لأن الرجل يعمل في حقه ما أحب .

فقيل له أرأيت إن كان أراد البيع فجاءه فقال إني أريد البيع وأريد أن تتزع خشبتك والمشتري يتزع هذه الخشبة ، تزيدني خمسين ديناً ، فقال : تباعها على حالها وفيها الخشب ، أرأيت إن كان المشتري عدواً له فأراد الإضرار به ما زاد ذلك له ؟ قلْتُ أرأيت إن عرف صحة ذلك قال ما أراه ذلك له .

قال محمد بن رشد : قد مضى القول في هذه المسألة في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية مستوفى فلا معنى لإعادته .

من كتاب الأقضية الثاني

وسئل عن أرقق رجالاً مرفقاً ثم بدأ له أن يتزعه ، فقال : أما أنا فأرى أنه إن كان إنما أراد ذلك لحاجته إليه فأرى ذلك له إن أراد أن يرفع جداره ويكون ذلك أضرّ به ، فاما أن يكون على وجه الضرر له والشتان فلا أرى ذلك له ، فقلت له : أذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار ؟ فقال : إنما نقول ليس له أن يفعله على وجه الضرر .

قال محمد بن رشد : وهذه المسألة من معنى المسألة المتقدمة في الرسم الذي قبله ، وقد مضى القول عليه في سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية مستوعباً حسبما ذكرناه فلا وجه لإعادته .

ومن كتاب فيه الوصايا والحج

قال أشهب : وسمعت مالكاً يسأل عن رجل قال ليبيه بع ولا

نقسان عليك ، ثم رجع عن ذلك فقال لو قال له قوله غارماً بينما ثم رجع لم أر ذلك له ، ورأيته لازماً له فقال له : أرأيت الذي يقول بعد إيجاب البيع بع ولا نقسان عليك ، فيبيع ثم يدعي أن قد نقص ، قال : يصدق فيما يشبه وعليه اليمين .

قال وسمعته أيضاً يسأل عن المباع يقال له بع ولا وضيعة عليك ، ثم يقول وضعت كذا وكذا يصدق ؟ قال : نعم إذا جاء بما يشبه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه إذا قال له بعد البيع بع ولا نقسان عليك يلزمك ، لأن معنى قوله بع ولا نقسان عليك ، أن بع والنقصان على ، فهو أمر قد أوجبه على نفسه ، والمعرفة على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه ، يحكم به عليه ما لم يتم أو يُفلس ، وسواء قال له ذلك قبل أن ينتقد أو بعد ما انتقد إلا أن يقول له قبل أن ينتقد أتفدني بيع ولا نقسان عليك ، فلا يجوز ذلك لأنه قد دخله بع وسلف ، وقال في سماع عيسى من كتاب العدة : إنه لا خير في ذلك لأنه يكون فيه عيوب وخصومات فإن باع بنقصان لزمه أن يرد عليه النقصان إن كان قد انتقد وألا يأخذ منه أكثر مما باع به إن كان لم ينتقد ، وهذا إذا لم يغبن في البيع غبناً بينما وباع بالقرب ولم يؤخر حتى تحول الأسواق ، فإن آخر حتى حالت الأسواق فلا شيء له لأنه فرط ، والقول قوله مع يمينه في النقصان إذا أتي بما يشبه كما قال ، لأنه قد إثتمنه على ذلك ، فوجب أن يصدق إلا أن يأتي بما يُستنكر .

واختلف إذا كان عبداً فأبناً أو مات ، فقيل له إنه لا شيء له ، وقيل إنه موضوع عنه ، وهو اختيار ابن القاسم في سماع عيسى من الكتاب المذكور ، قال فيه : وأما إن كان ثوباً أو ما يغلب عليه فلا يصدق في تلفه إلا ببينة ، ولا يحل للمشتري أن يطأها إن كانت أمّة إذا رضي بالشرط وقبله ، قال ابن

القاسم : فإن وطئ لزمه الجارية بجميع الثمن ، ولا يعدي على البائع بشيء ، لأنه لما وطئ فقد ترك ما جعل له ، وأما إذا باع منه على أن لا نقصان عليه فلا يجوز ، وختلف إذا وقع ، فقيل إنه بيع فاسد ويحكم له بحكم البيع الفاسد ، وقيل إنه ليس ببيعٍ فاسد وإنما هي إجارة فاسدة ، وسيأتي القول على هذا في موضعه من كتاب العدة إن شاء الله تعالى .

من سماع عيسى ابن دينار من ابن القاسم

وقال في رجل دفع إلى رجل حماراً ليُحْجَّ عليه فتعدى عليه الحاج فباعه عشرة دنانير ، ثم وجده الحاج بعد ذلك يُبَاع فابتاعه بخمسة دنانير : إن صاحب الحمار بال الخيار إن شاء يأخذ حماره وخمسة دنانير ، وإن شاء ضمّنه العشرة وترك الحمار .

قال محمد بن رشد : قال إنه إذا باع الحمار عشرة دنانير ثم اشتراه بخمسة إن صاحبه بال الخيار بين أن يأخذ حماره والخمسة ، وبين أن يضمهه العشرة ويترك له الحمار ، ولم يفرق بين أن يكون اشتري الحمار بخمسة لنفسه أو لربه ، وكذلك روى ابن أبي جعفر الذمياطي عن ابن القاسم في رجل اغتصب حماراً فباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فاستحقه صاحبة وهو عند غاصبه على حاله لم يتغير ، قال هو مخير إن شاء أخذ حماره والعشرة التي يفضلها ، وإن شاء تركه وألزمته العشرين التي كان باعه بها ، ولم يفرق أيضاً بين أن يكون اشتري الحمار بعشرة لنفسه أو لرب الحمار ، ولا يصح أن يُحمل الكلام على ظاهره في واحدة من المُسأليتين ، بل يُفَسِّر بما قاله محمد بن المواز ، وذلك أنه حكى المسألة الأولى على نصها فقال : وهذا إذا اشتراه لربه ، وأما لنفسه أو لمن يأمره بشرائه فالخمسة له ، وليس لرب الحمار إلا الرضى بالبيع الأول وياخذ عشرة أو يأخذ حماره فقط .

قال محمد بن رشد : قال أبو اسحاق التونسي : فإن أخذ حماره رجعت الخمسة إلى مشتريه أولاً عشرة ، لأن رب الحمار إذا أخذ حماره بالاستحقاق انتقضت البيعتان جميماً ، وكان المشتري الأول قد أخرج عشرة رجع إليه منها خمسة وبقي له خمسة فرجع بها على البائع منه ، وهو المستعير تمام العشرة التي دفع اليه وقول أبي إسحاق صحيح مفسر لكلام ابن الموارز آلا ترى أنه لو باعه المستعير عشرة ، ثم باعه مبتاع عشرة من آخر بخمسة فجاء صاحبه فأخذه من يد الثاني لرجع الثاني على الأول بالخمسة التي دفع اليه ، والأول على المستعير البائع منه بالعشرة التي دفع اليه ، وهو دليل ما في سماع سخنون بعد هذا أنه إنما اشتراه لربه ، ولو باع الحمار عشرة ثم اشتراه بخمسة عشر كان صاحبُ الحمار بالخيار إن شاء أن يأخذ حماره أخذه ، وإن شاء أن يُجزِّي البيع الثاني فأأخذ الخمسة عشرَ من البائع الثاني الذي قبضها ، وإن شاء أن يُجزِّي البيع الأول فأأخذ العشرة من البائع الأول الذي قبضها وهو المستعير ، فإن أخذ حماره انتقضت البيعتان جميماً ورجع المبتاع الثاني المأخوذ من يده الحمار على البائع منه وهو المبتاع الأول بالخمسة عشر التي دفع اليه ، ويرجع هو عليه بالعشرة التي باع الحمار بها منه ولا يُقادُه بها من الخمسة عشر فيرجع عليه بخمسة لا أكثر ، وإن أجاز البيع الثاني فأخذ الخمسة عشرَ من البائع الثاني الذي قبضها صَحَّ البيع الثاني وانتقض البيع الأول ، ورجوع البائع الذي قبض صاحبِ الحمار منه الخمسة عشرَ على بائمه وهو المشتري الثاني الذي بقى الحمار بيده بالعشرة التي دفع اليه ، وإن أجاز البيع الأول وأخذ العشرة من البائع الأول وهو المستعير للحمار المشتري الثاني بقى الحمار بيده ، وصَحَّت البيعتان جميماً ولم يكن بينهما تراجع ، وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة كلاماً لا يَصِحُّ قال إنه أن أخذ الخمسة عشرَ صَحَّ البيع الأول وبقي الحمار للمشتري الأول ، وإن أخذ العشرة بطلَ البيع الأول والثاني وبقي الحمار للمستعير بالعشرة .

والصوابُ ما ذكرناه أنه إن أخذَ الخمسة عشرَ صَحَّ البيع الثاني ،

وانتقض البيع الأول وإن أخذ العشرة صحت البيعتان جميعاً وبقي الخيار في الوجهين جميعاً للمشتري الثاني والمستعير للحمار ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

وسائل عن امرأة أعارت أخرى حجلة لها ولم تشهد على ذلك إلا امرأتان ، فتزوجت المستعيرة ، ودخلت المعيرة إلى الريف وأقامت عشر سنين وماتت المستعيرة فأدت المعيرة تطلب الحجلة وأنكر ورثة المستعيرة فشهدت المرأتان بالعارية وقد غابت الحجلة ، قال ابن القاسم تحالف المرأة مع شهادة المرأتين بالله الذي لا إله إلا هو ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت ، وتستحق ذلك في مال المتوفاة .

قال محمد بن رشد : قوله إن المعيرة تحالف مع شهادة المرأتين بالله الذي لا إله إلا هو ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت معناه بعد يمينها مع شهادتها لقد أعارتها إياها ، وهذا ما لا خفاء به ، وإنما سكت عنه بالعلم به ، إذ لا يخفى بأنها لا تستحق العارية بشهادة المرأتين دون يمين ، فلأنها لا تكفي بحلفها مع شهادة المرأتين أنها أعارتها دون أن تحالف ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت ، ولا بد من أن تحلف أيضاً على صفتها ، فيكون في مال المتوفاة ما قومت به الصفة التي حلفت عليها وبالله التوفيق .

مسألة

وقال إذا هلكت العارية عند المستعيرة وصفتها وحلفت على الصفة إذا كانت العارية مما يُغَابُ عليها ، فإن نكلت عن اليمين

وصفتها المعيبة وحلفت على الصفة وتستحق حَقّها ، وذلك إذا لم يكن على صفتها شهود .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف أعلميه فيه في المذهب ، لأن لمستعيرة غارمة لما تَعَيَّبَ عليها من المتع ، فالقول قولها في صفة ذلك على ما أحكمته السنة من أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

ومن كتاب البراءة

وسأله عن الخادم أو الحرة تأتي قوماً فتستعيير منهم حَلْيَاً وتزعم أن أهلها بعثوها فَيُعِيرُونَهَا فِيهِلْكُ الْحَلْيُ منها فَيَجْحَدُ أَهْلُهَا ويقررون أنهم بعثوها وقد هلك منها المتع قبل أن تخلص اليهم أو يأتي الرجل فيقول إنَّ فلاناً بَعَثَنِي إِلَيْكَ لِتُعِيرَهُ شَيْئاً مِّن مَّتَاعِكَ أو تَبَتَّأَ لَهُ بدین ، قال إنْ صَدَّقُوهُ الَّذِينَ بَعَثُوهُ فَهُمْ ضَامِنُونَ وَالرَّسُولُ بَرِيءٌ ، وإنْ حَجَدوا وَحَلَفُوا مَا بَعَثُوهُ حَلْفَ الرَّسُولِ بِاللَّهِ لَقَدْ بَعَثُوهُ وَلَا شَيْءٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمْ ، لأنَّ الَّذِينَ بَعَثُوهُ لَمْ يُقْرِبُوا لَهُ بَشِيءٍ وإنَّ الرَّسُولَ قد صَدَّقَ الَّذِينَ أَعْطَوْهُ بِمَا جَاءَهُ مِنَ الرِّسَالَةِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَكْثَرُ مِنْ يَمِينِهِمْ بِاللَّهِ مَا بَعَثُوهُ ، وإنْ أَقَرَّ الرَّسُولُ بِأَنَّهُ تَعَدَّى وَكَانَ حَرَضاً ضَمِنَ ، وإنْ كَانَ عَبْدًا كَانَ فِي ذَمَّتِهِ إِنْ أَعْتَقَ يَوْمًا مَا أَوْ أَفَادَ مَالًا وَلَمْ يَكُنْ فِي رَفِقَتِهِ شَيْءٌ ، قال وَلَوْ زَعَمَ الرَّسُولُ أَنَّهُ قَدْ أَوْصَلَهُ إِلَى الَّذِينَ بَعَثُوهُ وجَحَدوهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إِلَّا الْيَمِينَ وَيَبْرُوا .

قال محمد بن رشد : اخْتَلَفَ فِيمَنْ ادْعَى وَكَالَّةً رَجُلٌ يَقْبِضُ لَهُ بِهَا مَالًا وَادْعَى تَلْفَهُ ، فَقَلِيلٌ يَصْدِقُ فِيمَا ادْعَى مِنَ الْوَكَالَةِ مَعَ يَمِينِهِ ، لأنَّ الْغَرِيمَ

الدَّافِعُ إِلَيْهِ قَدْ صَدَقَهُ ، وَيُسَقِّطُ عَنِ الْبَضْمَانِ وَيُرْجِعُ صَاحِبَ الْمَالِ بِمَا لَهُ عَلَى الغَرِيمِ بَعْدِ يَمِينِهِ إِنْ كَانَ لِلْغَرِيمِ بَيْنَهُ عَلَى مُعَايِنَةِ الدَّافِعِ ، وَهَذَا يَأْتِي عَلَى رِوَايَةِ عِيسَى هَذِهِ ، وَلَا يُرْجِعُ الغَرِيمَ عَلَى الْوَكِيلِ شَيْءاً لِأَنَّهُ قَدْ صَدَقَ فِيمَا أَدْعَى مِنَ الْوَكَالَةِ بِيَمِينِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ كَمَا لَوْ تَبَثَّ بِالْبَيْنَةِ أَوْ أَفَرَّ بِهَا صَاحِبُ الْمَالِ عَلَى مَا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ الْأُولَى مِنَ الْمَدُونَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَرَطٌ فِي دُفَّةِ الْمَالِ إِلَى الْمَوْكِلِ حَتَّى تَلُفَّ عَنْهُ ، قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونَ وَهُوَ مُذَهِّبُ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَحَمَلَهُ مَطْرُفٌ عَلَى التَّفَرِيطِ فَأَوْجَبَ لِلْغَرِيمِ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ لَا يَصِدِّقُ وَهُوَ ضَامِنٌ يَحْلِفُ صَاحِبُ الْمَالِ مَا وَكَلَهُ ، وَيُرْجِعُ بِمَا لَهُ عَلَى مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الغَرِيمِ رَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى الْوَكِيلِ ، وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى أَحَدٍ ، وَهَذَا يَأْتِي عَلَى مَا فِي كِتَابِ الْوَدِيعَةِ مِنَ الْمَدُونَةِ وَعَلَى مَا فِي سَمَاعِ سَحْنَوْنَ بَعْدَ هَذَا مِنَ هَذَا الْكِتَابِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشَهَبِهِ .

فَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْوَكِيلَ يَصِدِّقُ فِيمَا أَدْعَاهُ فَيَحْلِفُ وَيُسَقِّطُ عَنِ الْبَضْمَانِ وَهُوَ قَوْلُهُ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ إِنْ أَفَرَّ بِالْعِدَاءِ كَانَ ذَلِكَ فِي ذَمَّتِهِ إِنْ كَانَ عَبْدًا وَلَمْ تَكُنْ فِي رَبْتِهِ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ عَلَيْهَا شَيْءاً إِلَّا بِالْإِقْرَارِ وَإِقْرَارَهُ لَا يَجُوزُ عَلَى سَيِّدِهِ وَلَا يَعْدُو ذَمَّتِهِ .

وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَصِدِّقُ فِيمَا أَدْعَاهُ مِنَ الْوَكَالَةِ وَيَلْزِمُهُ الْغَرِيمُ بَعْدِ يَمِينِ صَاحِبِ الْمَالِ أَنَّهُ مَا وَكَلَهُ فَاخْتَلَفَ إِنْ كَانَ عَبْدًا هُلْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي رَبْتِهِ أَمْ لَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ أَحَدُهُا أَنَّ ذَلِكَ يَكُونُ فِي رَبْتِهِ وَإِنْ كَانَ الغَرِيمُ قَدْ صَدَقَ فِيمَا أَدْعَاهُ مِنَ الْوَكَالَةِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ بِاخْتِيَارِهِ لِأَنَّهُ خَلَبَهُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَشَهَبِ وَابْنِ الْقَاسِمِ فِي سَمَاعِ سَحْنَوْنَ بَعْدَ هَذَا وَالثَّانِي أَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي ذَمَّتِهِ ، لِأَنَّ الغَرِيمَ قَدْ صَدَقَهُ فِيمَا أَدْعَاهُ مِنَ الْوَكَالَةِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ بِاخْتِيَارِهِ وَالثَّالِثُ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ فِي رَبْتِهِ إِلَّا أَنْ يَقْرِئَ بِالْعِدَاءِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

ومن كتاب أوله باع شاة

قلت لابن القاسم : فالرجلُ يستعير العاريةَ مما يغيب عليه مثلُ
الثوب أو الفأس أو الم المشار أو غير ذلك ف يأتي به مكسوراً فيقول إنكسر
في الذي أعرته هل يصدق في ذلك ؟ قال : لا يصدق فيه ، وهو
ضامن ، وقال ابن وهب مثله ، قال عيسى : لَا ضمان عليه إِذَا أتَيْتَ
بذلك بما يُشَبِّه وَيُرَى أَنَّه إِنَّمَا انكسر في العمل لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْفَى .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة يَتَحَصَّلُ فيها أربعةُ أقوالٍ احدها
قولُ ابن القاسم وابن وهب هذا أنه لا يصدق إذا أتي به مكسوراً في أنه انكسر
في الشيء الذي أعاره إِلَّا أن يأتي على ذلك بالبينة ، وهي رواية ابن أبي جعفر
الذميatic عن ابن القاسم أيضاً والثاني أنه يصدق إذا أتي من ذلك بما يشبه ،
وهو قولُ عيسى ابن دينار ، ومثله حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف
وأصبح ، واختاره ، غير أنه رأى من محاسن الأخلاق أن يصلحه والثالث قوله
في المدونة في السيف إنه لا يُصدِّق إِلَّا أن يكون له بينة انه كان معه في
اللقاء ، والرابع قولُ سحنون أنه لا يُصدِّق إِلَّا أن يكون بينة أنه ضرب به في
اللقاء ضرباً يجوز له ، وهذا أبعدُ الأقوالِ .

وأولاها بالصواب قولُ عيسى ابن دينار الذي اختاره ابن حبيب أن يصدق
إِذَا أتَيْتَه بما يُشَبِّه وَيُرَى أَنَّه إِنَّمَا انكسر في العمل الذي أعاره فيه ، ي يريد
مع يمينه والله أعلم وبه التوفيق .

من نوازل سئل عنها عيسى ابن دينار

وسائل عيسى عن الجدار يكون بين الدارين لأحد الرجالين

ويكون قد مَالَ ، فِي سَأْلَ الَّذِي لَيْسَ هُوَ لَهُ صَاحِبَهُ الَّذِي هُوَ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ
لَهُ يَهْدِمُهُ فِيهَا مَدِيمَهُ وَيَبْيَنُهُ لَهُ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ خَشَبَ بَيْتِهِ فَيَفْعُلُ ،
هَلْ يَكُونُ سَبِيلُ هَذَا سَبِيلَ الْعَارِيَةِ يَكُونُ الْمُعِيرُ إِذَا احْتَاجَ إِلَى جَدَارَهُ
أَوْلَى بِهِ مِنَ الْمُعَارِ؟ قَالَ : بَلْ سَبِيلُهُ عِنْدِي الْاِشْتِرَاءِ ، لَا يَكُونُ
لِصَاحِبِ الْجِدَارِ أَنْ يَرْفَعَ خَشَبَ الْبَانِي عَنْهُ أَبْدَأً وَإِنْ احْتَاجَ إِلَيْهِ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدَ : هَذَا كَمَا قَالَ ، وَهُوَ مَا لَا اخْتِلَافُ فِيهِ ، إِذَا لَا
فَرْقٌ بَيْنَ أَنْ يُسَمِّي لَهُ حَائِطَهُ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ خَشَبَ بَيْتِهِ وَبَيْنَ أَنْ يُعْطِيَهُ
عَلَى ذَلِكَ دَنَارِيْنِ أَوْ دَرَاهِمَ ، وَإِنَّمَا الْاِخْتِلَافُ إِذَا أَذْنَ لَهُ فِي ذَلِكَ عَلَى غَيْرِ
عُوْضٍ ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَتَزَعَّهَا حَسْبَمَا مَضِيَ القَوْلُ فِيهِ مَسْتَوْفِي فِي رَسْمٍ صَلَّى
نَهَارًا ثَلَاثَ رَكَعَاتٍ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

من سَمَاعِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى

من ابْنِ الْقَاسِمِ

وَسَأْلَتَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَسْتَعِيرُ أَوْ يَكْتَرِي الثَّوْبُ الْمَرْتَفَعُ أَوْ الدَّنِيُّ
يَلْبِسُهُ وَيَمْسِكُ مَصْبَاحًا فَيَسْقُطُ عَلَى الثَّوْبِ فَيَفْسُدُهُ أَيْضًا مُنْسُدٌ مَا أَفْسَدَ
فِيهِمَا أَوْ لَا؟ فَقَالَ : نَعَمْ ضَمَانَ ذَلِكَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي الرَّفِيعِ وَالْدَّنِيِّ ،
فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا أَصْلَحَهُ وَإِنْ كَانَ مَفْسِدًا غَرَمْ قِيمَةَ الثَّوْبِ وَحَبْسَهُ ، قَالَ
وَسَوْءَةَ سَقْطٍ عَلَى ثَوْبٍ اسْتَعَارَهُ ، أَوْ سَقْطٍ عَلَى رَجُلٍ كَانَ إِلَى جَنْبِهِ
هُوَ ضَامِنٌ فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدَ : هَذِهِ مَسَأْلَةٌ قَدْ مَضَى القَوْلُ فِيهَا فِي رَسْمٍ بَاعَ
غَلَامًا مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَلَا مَعْنَى لِإِعْادَتِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال : وسألته عن الرجل يستعير الدابة إلى موضع يركبها إليه فيبيعها قبل أن ينتهي الموضع بعشرة دنانير ، فلما رجع اشتراها بخمسة دنانير وأتى بها إلى صاحبها ، قال ابن القاسم : سيد الدابة بالخيار إن شاء أخذ دابته والخمسة دنانير التي نقصها البائع لأنها ثمن دابته ، وإن شاء أخذ العشرة دنانير ، وكذلك بلغني عن مالك .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه الرواية وأتى بها إلى صاحبها يدل على أنه إنما اشتراها لربها ، وعلى ذلك أتى جوابها به وقد مضى الكلام على ذلك في أول سماع عيسى فلا وجه لإعادته .

مسألة

قال سحنون : أخبرني علي ابن زياد أنه سمع مالكاً يقول وسئل عن رجل استعار دابة إلى بلد سماه فركبها إلى غير ذلك البلد الذي استعارها إليه فعَطَبَ الدابة أتراه ضامناً أم لا ؟ فقال مالك إن كان البلد الذي ركبها إليه في السهولة والحزونة مثل البلد الذي استعارها إليه فلا ضمان عليه .

قال محمد بن رشد : قوله لا ضمان عليه يدل على أنه ليس بمُتعَدِّي في ركبها إلى غير البلد الذي استعارها إليه إذا كان مثله في السهولة والحزونة وأن له أن يفعل ذلك ، ولا بن القاسم في المسوطة أنه ضامن إن ركبها إلى غير البلد الذي استعارها إليه ، وهو الذي يأتي على أصله في كتاب الرواحل والدواب من المدونة في أن من أكْرَى دابة إلى بلد فليس له أن يركبها إلى بلد

غير ذلك البلد إلا برضي المكري ، وعلى قول غيره فيه إن ذلك لا يجوز وإن رضي المكري ، فيأتي على رواية علي ابن زياد هذه أن من أكرى دابة إلى بلد فلئن يركبها إلى بلد غيره إن كان مثله في العزوفة والسهولة .

ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن ذلك له والثاني أن ذلك ليس له والثالث أن ذلك لا يجوز ، وقد مضى هذا المعنى في أول سماع ابن القاسم من كتاب **الجعل والإجارة** وفي آخر سماع أشهب من كتاب الرواحل والدواب وبالله التوفيق .

مسألة

سألت أشهب عن العبد يأتي إلى الرجل فيقول سيدني أرسليني إليك في كذا وكذا فيعطيه ، ثم يزعم العبد أنه أعطاه إلى سيده أو يتلف ، وينكر السيد ، قال : أراه فاجراً خلاباً ، وأرى ذلك في رقبته كالجنابة ، فلو كان حرّاً كان ديناً عليه ، وسألت عنها ابن القاسم فقال إنما هو على أحد وجهين ، إذا أقر السيد غرم ، وإن لم يقر كان في رقبته لأنه خدّع القوم .

قال محمد بن رشد : قد قيل إن ذلك يكون في ذمته ، ولا يكون في رقبته ، وهو الذي يأتي على ما في رسم البراءة من سماع عيسى قبل هذا ، وإنما يكون ذلك في رقبة العبد بعد يمين السيد أنه ما أرسله إن حق المرسل إليه الدعوى عليه باتفاق ، وإن لم يتحققها عليه على اختلاف ، فإن نكل عن اليمين رجعت على المرسل إليه إن حق الدعوى باتفاق ، وإن كان لم يتحققها على اختلاف ، ويكون الغرم عليه يُباع فيه عليه العبد وغيره من ماله ، وعلى ما مضى في رسم البراءة من سماع عيسى يحلف العبد لقد تلف أو لقد دفعه إلى سيده ويسقط عنه الضمان ويحلف السيد إن كان ادعى أنه دفعه إليه ويسقط عنه الضمان أيضاً وبالله التوفيق .

مسألة

من سمع أصبع ابن الفرج من ابن القاسم

قال أصبع : وسمعته يقول في المستعير للعارية بضمانٍ مثل الدّابة وما يظهر أنَّه لا ضمان عليه إذا لم يفرط ولم يتعدُّ ، وقال أصبع وشرطُ المعير باطلٌ ساقط ، لأنَّه شرط خلاف السنة في ذلك ، وقال أشهب في العارية والرهن يشترطُ المستعير والمرتهن أنَّ لا ضمان عليه إنَّ شرطَه باطلٌ وإنَّه ضامنٌ فيما جمِيعاً ، سُئلَ عن هذا فأجاب بهذا ، ولم يسمعه فحكى قوله بعضُ أهل المجلس لبعض وهو يسمع ، فلم يُنكِر ذلك وسكت عليه ، وقاله أصبع وقد قاله ابن القاسم لي سواء .

قال محمد بن رشد : أما إذا اشتَرطَ المعير على المستعير ضمانَ ما لا يُغَابُ عليه فقولُ مالك وجميع أصحابه إن الشرط باطلٌ جملةً من غير تفصيل حاشا مطرف فإنه قال : إن كان شرطُ عليه الضمان لأمرٍ خافٍ من طريق مخوفة أو نهرٍ أو لصوصٍ أو ما أشبه ذلك فالشرط لازمٌ إن عطبَت في الأمر الذي خافَه واشترطَ الضمانَ من أجله ، وقال أصبع لا شيءٌ عليه في الوجهين ، مثل قولِ مالك وأصحابه ، وينبغي إذا اشتَرطَ المعير على المستعير الضمانَ فيما لا يُغَابُ عليه فأُبطل الشرطُ بالحكم عن المستعير أن يُلزم إجارة المثل في استعماله العارية ، لأنَّ الشرط يُخرج العارية عن حكم العارية وستتها إلى باب الإجارة الفاسدة ، لأنَّ رَبَّ الدّابة لم يُرضَ أن يُعيره إليها إلا أن يشترط أن يُحرِّزها في ضمانه ، فهو عوضٌ مجهولٌ يُرد إلى المعلوم .

واما إذا اشتَرطَ المستعيرُ أو المرتهنُ أنَّ لا ضمانٌ عليه فيما يُغَابُ عليه أو اشتَرطَ ذلك الصانعُ فشرطُه باطلٌ قال ابنُ القاسم في المدونة في الرهن وفي

بعض الروايات فيها في العارية والصانع ، وقال أشهبُ ها هنا في العارية والرهن : وكذلك يلزم على قياس ذلك في الصانع ، وقد حكى ابن أبي زيد في المختصر عن أشهب في الصانع يشترط أن لا ضمان عليه : إن شرطه جائز ولا ضمان عليه ، فيلزم على قياس قوله مثله في العارية والرهن لأنه إذا لزم الشرط في الصانع فأحرى أن يلزم في المستعير ، لأن المعتبر إذا أعاره على أن لا ضمان عليه فقد فعل المعروف معه من وجهين ، فالأظهر إعمال الشرط وما لإسقاطه وجه إلا أن يكون ذلك من باب إسقاط حق قبل وجوبه ، فلا يلزم على أحد القولين .

وقد يحتمل أن يفرق على مذهبه بين الصانع والمستعير أن الأصل في الصناع أنه لا ضمان عليهم لأنهم أجراء ، وإنما ضمنوا لمصلحة العامة ، والأصل في العارية عنده الضمان لقول النبي عليه السلام لصفوان ابن أمية : عارية مضمونة مؤدّاة^(٥) لما سأله عما استعاره منه من السلاح والأداة هل هي مضمونة أو مؤدّاة ؟ ألا ترى أنه يضمِّن المستعير ، وإن قامَت البينة على التلف فرأى إعمال الشرط في الصانع ، لأنَّه اشترط ما هو الأصل ، ولم يرَ إعمالَه في العارية لأنَّه اشترط خلافَ الأصل ، والأول أظهر لأنَّه اختلفَ من قوله ، وإلا فرق في ذلك بين الصانع والمستعير ، إذ قد روى عن النبي عليه السلام أنه قال : ليس على المستعير ضمان^(٦) ، وإذا وجب على المستعير ضمان

(٥) رواه أحمد وأبو داود عن صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعاً ، فقال : أَغْصَبًا يَا مُحَمَّدًا ؟ فقال : بل عارية مضمونة ، قال : فضاع بعضها فعرض عليه صلى الله عليه وسلم أن يضمنها ، فقال : أَنَا الْيَوْمَ فِي الْإِسْلَامِ أَرْغَبُ ، وأخْرِجَه النسائي والحاكم ، انظره في كتاب الوديعة والعارية من متقدِّي الأخبار .

(٦) حديث ليس على المستعير ضمان آخرجه الدارقطني بلفظ : ليس على المستعير غير المُغْلَلَ ضَمَانٌ وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغْلَلِ ضَمَانٌ . وقال إنما نروي هذا عن شريح غير مرفوع ، وقال الحافظ : في إسناده ضعيفان ، انظره في نيل الأوطار ، في أول كتاب الوديعة والعارية .

العارية فإنَّه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمتهن لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر على ردها ، لأنَّه يُنهى على أخذِها بقيمتها بغير رضى صاحبِها ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد ابن خالد

قال محمد بن خالد : وسألتُ ابن القاسم عن رجل يُعرى
رجالاً نخلاً من نخله حياة المعرى فيموت المعرى وقد أُبَرَ النخلُ لِمَنْ
تكون الشمرة ؟ قال مالك للمعرى ما لم تطب الشمرة فإن مات وقد
طابت الشمرة فمن كان أَعْرَى فذلك لِورَثَتِه .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك هذا في هذه الرواية إنَّ ثمرة العارية
تكون للمعرى وإنْ أُبَرَتْ ما لم تَطِبْ صحيحٌ على قياس القول بأنَ السقى
والزكاة على المُعرى ، لأنَّ رأى العارية باقيةً على ملكه ما لم يطب لأنَّها حملها
محمل الحبس ، وعلى القول بأنَ السقى والزكاة على المعرى يكون حكمُها
حكم الهبة لا حكم الحبس ، ويستحقها المعرى بالإبار ، وتكون لورثته إن
ماتَ قبل الطياب ، وهو مذهب أشهب أنَ الشمرة تجب لورثة المحبس عليه
بالإبار كالهبة وكذلك العارية على قياس قوله وبالله التوفيق لا شريك له .

تمَ كتابُ العارية بحمد الله تعالى

كتاب العِدَة

من سماع ابن القاسم من كتاب أوله باع غلاماً

وسأله مالكاً عن رجل هلك وعليه مشيٌّ إلى بيت الله فسأل
ابنًا له أن يمشي فوعده بذلك ، قال : أما إذا وعده فإني أحبُّ له أنْ
لو فعل ذلك به ، ولكن ما ذلك رأيِّي أن يمشي أحدٌ عن أحد ولكنني
أحب إذا وعده أن يفعل ذلك به .

قال محمد بن رشد : تكررت المسألة بعينها في هذا الرسم من هذا
السمع من كتاب الحجّ ، والمعنى فيها أن مالكاً استحب له أن يقِي لأبيه بما
وعده به من أن يمشي عنه وإن كان ذلك عنده لا قربة فيه من ناحية استحباب
الوفاء بالوعد في الجائزات وبالله التوفيق .

من سماع عيسى ابن دينار من ابن القاسم

قال عيسى وسأله ابن القاسم عن الرجل يتبع من الرجل
السلعة على أن لا نقصان عليه ، قال مالك : ليس بيعاً ، فإن باع فله
إجازته وإن أدرك قبل أن يفوت فسخ ذلك ، وإن كان عبداً فمات في
يديه كانت مصيبة من البائع .

قلت له : فإن أعتقه المشتري على هذا الشرط ؟ فإنْ عتقه جائزٌ وتكونُ عليه القيمة وإن كانت جاريةً فأحبلها كانت عليه القيمة وممضى البيع لأنَّه أمر قد اختلف فيه .

ولقد كان عبد العزيز بن أبي سلمة يقول : إن مات فضمانه من المبائع ، ولكننا نتبع مالكًا في الموت إذا فات إنه من البائع ، قال : فإن فات بحملِ أو عتقِ كان عليه القيمة ، قال أصبح : قلت لابن القاسم : فإن كانت جاريةً فوطيها المبائع فحملت أو لم تحمل أو أعتقها أو وهبها أو تصدق بها ؟ قال : يكون عليه بالثمن الذي اشتراها به ، لأنَّه ذلك رضي منه بالثمن إذا فعل ذلك ، وذلك أحْمَل للقياس ، لأنَّي إن جعلته أجيرًا لم أجز بيعه ولا هبته ولم أجعلها أم ولد^(١) وإن أبا أنا جعلته بيعاً فاسداً وألزمته القيمة لم يحمله القياس ، وأَحَبَّ إلى أن يلزمـه الثمن في الفوت في هذه الأشياء الذي سأـلت عنها وأجعلـ ذلك رضي منه بالثمن .

قلت له : فإن جاء بالبيع ؟ فقال عليه قيمة ما جاء به ، قال عيسى قلت : فإن قال له ذلك بعد البيع ولم يقل له ذلك في عقدة البيع : بع ولا نقصان عليك ، قال : إذاً يلزمـه ذلك إن باع بنقصان ، وهو قولـ مالك أيضـاً ، قال أصبح : وأما إذا كان عبداً فأبـقـ أو مات وـكان الشرـطـ بعد عـقدـ فـفيـ اختـلافـ ، والـذـي أـقوـلـ أناـ بـهـ أنهـ مـوضـوعـ عنـ المشـتـريـ ، وأـماـ إـذـاـ ذـهـبـ الثـوـبـ فـلاـ يـقـبـلـ قـوـلـهـ إـلـاـ بـيـبـيـةـ آنـ ذـهـبـ وإـلـاـ فـهـوـ مـنـهـ ، وـلاـ يـحـلـ لـلـمـشـتـريـ آنـ يـطـأـهـ إـذـاـ رـضـيـ بـالـشـرـطـ وـقـبـلـهـ ، قالـ ليـ اـبـنـ القـاسـمـ فـإـنـ وـطـيـةـ لـزـمـتـهـ الـجـارـيـةـ بـجـمـيـعـ الثـمـنـ ، وـلـاـ

(١) بياض بالأصل ، وينسخة ق ٣ : كلمة لم تتضح ولعلها « بوطنه » مع تكلف .

يعدى على البائع بشيء ، لأنه لما وطىء فقد ترك ما جعل له .

قال عيسى قلت له : فرجل اشتري من رجل سلعة ونقده الثمن ثم جاءه بعد ذلك يستوضعه ؟ قال إذهب بع ولا نقصان عليك ، قال : لا يأس بهذا إذا كان قد انتقد ، فإن لم يكن انتقد فقال له بع ولا نقصان عليك من غير أن ينقدر أيضاً فلا يأس به ، وإن قال له أنقدرني وبيع ولا نقصان عليك فلا خير فيه ، قلت : لم ذلك ؟ قال لأنه يكون فيه عيوب وخصومات .

قال محمد بن رشد : انفق مالك وأصحابه فيما علمت على أنه لا يجوز أن يبيع الرجل سلعته أو جاريته من الرجل بشمن يسميه له على أنه لا نقصان عليه منه فإن وقع وعشر عليه قبل أن يفوت بوجه من وجوه الفوت فسخ ، وإن لم يعشر عليه حتى فات بيع أو حواله سوق أو موت فاختلاف هل يحكم بذلك بحكم البيع الفاسد أو بحكم الإجارة الفاسدة ، فقيل إنه يحكم في ذلك بحكم البيع الفاسد فيصح البيع في ذلك كله بالقيمة يوم القبض ، وهو أحد قولي مالك وأحد قولي عبد العزيز ابن أبي سلمة وقيل إنه يحكم في ذلك كله بحكم الإجارة الفاسدة لأنه كانه استأجره على بيعها بما كان فيها من ربح وعلى الشمن الذي سماه له ، فتكون المصيبة فيها من البائع إن ماتت وترد إليه إن كانت فاتت بحواله أسواق أو عيب من العيوب المفسدة ، ويكون له الشمن الذي بيعت به إن فاتت بالبيع كان أقل من الشمن الذي سمي له أو أكثر ، ويكون للمبتعث إجارة مثله في بيعه إليها ، وهذا قول مالك في هذه الرواية قوله في موظاه وقول عبد العزيز ابن أبي سلمة في الواضحة .

وأما إن لم يعثر على ذلك حتى أفتتها المبتاع بهبة أو صدقة أو عتق إن كان عبداً أو حمل إن كانت أمة فاختلاف في ذلك على القول بأنها إجارة فاسدة فقيل إنه يكون على المبتاع في ذلك القيمة يريد يوم الهبة أو الصدقة أو العتق

أو الإحجام مراعاةً لقول من يقول إنه بيع فاسد فيراها في ضمانه بالقبض ، وهو خلاف قول مالك في هذه الرواية ، وقيل إنها تكون عليه بالثمن الذي اشتراها به لأن ذلك رضي منه بالثمن ، وهو قول ابن القاسم من روایة أصبح عنه في هذه الرواية ، وأما على القول بأنه بيع فاسد ف تكون عليه القيمة في ذلك كله يوم القبض على حكم البيع الفاسد قولًا واحدًا وخالف في هذه المسألة أيضًا قول ابن القاسم ، لأن ابن حبيب حكى عنه أنه بيع فاسدًا لا إجارةً فاسدة مثل قول مالك الذي رجع إليه ، خلاف قوله في هذه الرواية وفي موطنه وقوله في روایة أصبح عنه في هذه الرواية إنها يكون عليه بالثمن إن فوتها بعث أو هبة أو صدقة أو إيلادٍ يأتي على قياس قول مالك في هذه الرواية في موطنه ، وقد مضى في آخر سماع أشهب من كتاب العارية القول مستوفى في إذا باع منه بيعاً صحيحاً دون شرط ثم قال له بعد البيع بع ولا نقصان عليه ، فأغنى ذلك عن إعادةه .

مسألة

قلت : فالرجل يشتري من الرجل طعاماً نقداً أو إلى أجل فاستغلاه ، فقال للبائع أقْلِنِي ، فقال : بع ولا نقصان عليك ، ثم قال : بع عشرة أزادب فما نقص منها وضع لك من كل عشرة بحساب ذلك ، وكان اشتري منه مائة إربد بثلاثين ديناراً فباع العشرة بدينارين ، فوضع عنه عشرة دنانير .

فقال : هذا لا بأس به وسواء كان نقداً أو إلى أجل قبض الثمن أو لم يقبض .

قال محمد بن رشد : قوله يشتري من الرجل طعاماً نقداً أو إلى أجل معناه بثمن نقداً أو بثمن إلى أجل .

وقوله في آخر المسألة إنَّ هذا لا بأس به وسواء كان نقداً أو إلى أجل

قبض الثمن أو لم يقبض كلام في نظرًّا إذا لم يقبض البائع الثمن فَوَضَعَ عن المباع منه العشرة التي انتقص في الطعام فلا إشكال في أن ذلك جائز ، لأنه يصير ثمن الطعام له عليه بما بقي منه بعد الوضيعة ، وأما إن كان قد قبض ثمن الطعام منه وغاب عليه ثم رد إليه منه ما انتقص في ثمن الطعام فهذا لا يجوز ، ويدخله البيع والسلف ، لأن ما رد إليه من الثمن يكون سلفاً ، وما بقي منه يكون ثمناً للطعام ، فَيُتَهَمَانَ عَلَى الْقِصْدِ إِلَى ذَلِكَ وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ ، كَانَا مِنْ أَهْلِ الْعِيْنَةِ أَوْ لَمْ يَكُونَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ إِلَى أَجْلٍ ، وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ نَقْدًا فَلَا يُتَهَمَانَ فِي ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الْعِيْنَةِ ، وَهَذَا فِي مَا يُوجِبُ الْحُكْمُ بِالْمَنْعِ مِنَ الدِّرَائِعِ ، فَإِنْ طَلَبَ الْمَبَاعُ الْوَضِيعَةَ لَمْ يُحَكَمْ لَهُ بِهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يُتَهَمَانَ فِيهِ عَلَى أَنَّهُمَا قَصَدَا إِلَى الْبَيْعِ وَالسَّلْفِ .

وإن لم يُعثِرْ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ الْمَبَاعُ الْعَشَرَةَ فَيَخْرُجُ ذَلِكَ عَلَى قَوْلَيْنِ ، احْدَهُمَا أَنَّهُ يَرُدُّ الْعَشَرَةَ إِلَيْهِ وَلَا يُفْسِخُ الْبَيْعَ ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُفْسِخُ الْبَيْعَ وَلَا شَيْءٌ عَلَيْهِمَا فِي ذَلِكَ فَيَمْبَعَثُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِنْ كَانَا لَمْ يَعْمَلَا عَلَى ذَلِكَ وَلَا قَصْدَا إِلَيْهِ ، وَقَدْ مَضَى فِي رَسْمِ الْقَطْعَانِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى مِنْ كِتَابِ السُّلْطَنِ وَالْأَجَالِ مَا فِيهِ بِيَانٌ هَذَا الْمَعْنَى فَفَقَفَ عَلَيْهِ وَتَدَبَّرَهُ تَبَيْنَ لَهُ وَجْهُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ .

مسألة

قال عيسى : وسائلته عن رجل اشتري من رجل طعاماً بعينه ، فلما ذهب يقبضه وجده مسوساً فمخطه فقال له البائع : بع ولا وضيعة عليه ، فحمله في سفينة فغرقت السفينة .

قال : مصبيته مِنْ الْبَيْعِ ، لِأَنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ لَمْ يَكُنْ بَشِيءٍ ، وإنما هو بيع حادث فضمانه من البائع ، ويعطي المشتري أجرته فيما حمله وشخص فيه .

قال محمد بن رشد : هذا صحيح على قياس القول بأن البيع على أن لا نقصان على المشتري بشرط في أصل العقد إجارة فاسدة تكون المضي فيها من البائع ، ويكون للمبائع أجر مثله لأنه لما وجد المبائع الطعام مسوساً وجوب نقضُ البيع ، فقوله له بعد وجوب البيع لما وجوب رده بسبب العيب : بع ولا نقصان عليك بمتعلة قوله ذلك في أصل العقد ، لأنَّه الآن بيع مبتدأ ، وقد مضى القول على حُكم هذا البيع وما فيه من الاختلاف قبل هذا فلا معنى لإعادته .

مسألة

قال أصيغ : سمعت أشهب وسئل عن رجل اشتري كرماً فخاف الوضيعة فأتى يستوضِعه فقال له : بع وأنا أرضيك .

فقال : إن باع برأس المال أو بربع فلا شيء له ، وإن باع بوضعية كان عليه أن يرضيه فإن زعم أنه أراد شيئاً سماه فهو ما أراد ، وإن لم يكن أراد شيئاً أرضاه بما شاء وحلف أنه ما أراد أكثر منه يوم قال له ذلك ، قال فسألتُ عنها ابن وهب فقال : عليه رضاه فيما بينه وبين ثمن السلعة والوضيعة فيها ، وهو أحَبُ إلى وبالله التوفيق .

قال محمد بن رشد : كذا وقع قول ابن وهب ها هنا ، عليه رضاه فيما بينه وبين ثمن السلعة والوضيعة فيها ، وهو كلام مُلْتَسِنُ المعنى ، وقد وقعت هذه المسألة بعينها في آخر أول رسم من سماع أصيغ من كتاب جامع البيوع فقال فيها : عليه رضاه بما يُشبه ثمنَ ملك السلعة والوضيعة فيها ، وهو المعنى الذي أراد هنا ، فينسر بما وقع من قوله هناك ، وقد مضى القول هناك على هذه المسألة مستوفى فلا معنى لإعادته مرة ثانية هنا .

ما يلزم من العدة

قلت لسخنون : ما الذي يلزم من العدة في السلف والعارية .

قال : ذلك أن يقول الرجل للرجل إهدم دارك وأنا أسلف ، وآخر إلى الحج وأنا أسلفك ، أو تزوج امرأة وما أشبه هذه الأشياء مما يدخله ويكون سبب دخوله لموعده ، فهذه العدة تلزم ، فاما أن يقول رجل لرجل أنا أسلفك أو أنا أعطيك وذلك لغير شيء ألزمه نفسه المأمور بأمر الأمْر فهذا لا يلزم .

وُسئل أصيغ عن العدة والرأي الذي يُفضي به على من كان ذلك منه ، وعن العدة التي لا يلزم بها الحكم بما وعد ، قلت أرأيت لو أنَّ رجلاً أتاني فقال لي إني أريد النكاح فأسلفني مائة دينار لأجل كذا وكذا أقضِيكَها إن شاء الله ، فقلت له : نعم أنا أسلفك فأنكح ، فذهب فنكح ثم جاء يَسْتَلْفِنِي المائة ، فقلت قد بدا لي ألاً أسلفك ؛ وإنما قلت لك سأفعل ، ولست أسلفك شيئاً ، هل يحكم علي بمثل هذه العدة ، قال : نعم يُحكم عليك بأن تسلفه ما وعدته على هذا السبب ويجبرك السلطان .

قلت فإنَّ كَانَ لم ينكح على عدَّة حتى بدا لي في العدة فأعلمه قبل أن ينكح أني لا أسلفك شيئاً ، أيلزمني القضاء بما وعدته ولم يدخل من سبب وعدي في شيء يلزم به شيء ؟

قال : لا رجوع لك فيه سواء نكح أو لم ينكح إذا كنت قد وعدته على سبب النكاح وأخبرتك حين سألك السلف بالذى يريده له وبين لك حاجته فوعده أن تسلفه على ذلك ، فالعدَّة تلزمك بالحكم

تَشَبَّهَ فِي الْأَمْرِ الَّذِي سَأَلَكَ السَّلْفُ لَهُ أَوْ لَمْ يَنْشَبْ فِيهِ بَعْدٌ ، قَالَ وَكَذَلِكَ لَوْ جَاءَ فَقَالَ لَكَ أَعْرِنِي دَابِثِكَ أَرْكِبْهَا غَدًا إِلَى مَوْضِعِ كَذَا وَكَذَا وَسَمِيَّ لَكَ حَاجَتَهُ ، فَقَلَّتْ نَعْمَةُ أَنَا أُعِيرُكَ غَدًا ، ثُمَّ بَدَا لَكَ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَكَ ، وَيُحَكَّمُ عَلَيْكَ بِعَارِيَتِهِ .

قَلْتُ : إِنْ قَلَّتْ لِرَجُلِ أَسْلَفِنِي مِائَةُ دِينَارٍ إِلَى أَجْلِ كَذَا وَكَذَا فَإِنِّي أُرِيدُ شِرَاءً جَارِيَةً فَلَانُ أَوْ دَابِثَةً فَلَانُ أَوْ سَلْعَةً مِنَ السَّلْعِ فَقَالَ نَعْمَ أَسْلَفُكَ ، ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ لَا يَفْعُلُ ؟ قَالَ : يُحَكَّمُ عَلَيْهِ بِأَنَّ يَسْلُفُكَ مَا وَعَدَكَ ، قَالَ وَكَذَلِكَ لَوْ جَئْتَهُ فَقَلَّتْ لَهُ إِنْ غَرَّمَائِي يُلْزِمُونِي بِدِينِ لَهُمْ عَلَيْهِ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا فَأَسْلَفَنِي أَفْضِلَهُمْ ، قَالَ نَعْمَ ، ثُمَّ بَدَا لَهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ ، وَيُحَكَّمُ عَلَيْهِ بِأَنَّ يَسْلُفُكَ مَا وَعَدَكَ .

قَلْتُ : وَكِيفَ تُلْزِمُنِي هَذِهِ الْعِدَّةُ وَيُحَكَّمُ عَلَيْهِ بِهَا وَإِنَّمَا أَنَا رَجُلٌ قَلَّتْ لَهُ أَنَا أَفْعُلُ وَلَمْ أَقْلُ قَدْ فَعَلْتُ فَيُكَوِّنُ عَلَيْهِ بِوَاجِبٍ وَإِنَّمَا هِيَ كَذِبَةٌ كَذِبَتْهَا فَقَلَّتْ أَنَا أَسْلَفُكَ أَوْ أُعِيرُكَ ثُمَّ بَدَا لَيْ فِي ذَلِكَ وَمَالِي فِي يَدِي وَأَنْتَ أَيْضًا لَمْ تَشَبَّهْ فِي نَكَاحٍ بِسَبِبِ عِدَّتِي وَلَا أَلْزَمَكَ شَرَاً وَلَا تَجَهَّزَ لِسَفَرِكَ عَلَيْهِ عِدَّتِي فَيُكَوِّنُ هَذَا شَيْئًا أَدْخَلْتُهُ عَلَيْكَ فَيُلْزِمُنِي لِذَلِكَ إِمْضَاءً مَا وَعَدْتُكَ بِهِ لِلَّذِي دَخَلْتُ فِيهِ مِنْ أَجْلِ عِدَّتِي .

قَالَ : إِنَّمَا يُلْزِمُكَ ذَلِكَ لَأَنَّ وَأَيِّ الْمُؤْمِنِ وَاجِبٌ جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ ، سَخْنَوْنَ عَنْ أَبْنَى وَهَبْ عَنْ هَشَامِ ابْنِ سَعْدٍ يَرْفَعُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ وَأَيِّ الْمُؤْمِنِ وَاجِبٌ (٢) قَالَ : فَتَفْسِيرُ الْوَأْيِ الْعِدَّةِ قَالَ : وَقَضَى بِهَا عُمَرُ ابْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ

(٢) رواه أبو داود في مراسله عن زيد بن أسلم مرسلًا . رمز السيوطى لضعفه ، تقدم في رقم ٥ من الكتاب قبل هذا .

ابن وهب عن يونس ابن زيد عن ابن شهاب أن قوماً وعدوا رجلاً في أعطياتهم بشيء وَجَدُوهُ منها إذا خرجت فَنَكَصُوا عنه ، فرافعهم إلى عمر ابن عبد العزيز فقضى لَهُ عليهم بها ، وهو كتاب النظرة بالدين إذا وَأْوَا أَوْ وَعَدُوهُ بالنظرة وعداً .

قلت فالعدة التي لا يحكم بها ما هي ؟

قال يأتيك رجل فيقول أعرني دابتكم أو أسلفني كذا وكذا بغير سبب يذكره من نكاح يريده ، أو سفر يصفه ، أو حاجة نزلت به في ذلك يصفها أو دين يريد قضاءه ، إلّا أنه كلام هكذا فقال لك أسلفني فقلت نعم أسلفك مائة دينار وأعيشك دابتني غداً ، فإذا كانت العدة هكذا لم يعدها بسبب الحاجة التي يريدها له حتى تكون إنما وعدته على سبب ما وصفت لك من حاجته إلى ما سألك واضطراره إليه بالذى يريده بالدخول فيه من سبب عِدَتِك فوعدته على ذلك فلا شيء عليك إن بدا لك ولكن إذا قاد العدة أبداً بسبب الحاجة التي أرادها فوعدته بعد علم بالذى أرادها له وبين لك سبب حاجته إلى مالك فذلك يلزمك له نشب في شيء من حاجته التي سألك فيها الذي وعدته أو لم ينشب إلا أن يترك الأمر الذى وعدته من أجله تركاً فتسقط العدة عنه .

قلت أرأيت لو أتيت رجلاً فقلت له إنّي أريد غداً جمعاً أزواجاً للحرث فأعرني زوجك يحرث عندي غداً ، ثم بدا له أن يعيّرني (٣) قال أرى أن يلزمك إذا كنت قد أخبرته بإجماعك على العمل غداً ولجمعك الأزواج ونصبك لذلك فليس له أن يرجع عما وعدك ،

(٣) كذا بالأصل وبنسخة ق ٢.

قال : وكذلك لو أَنَّ لك على رجل ديناً فسائلك أن تؤخره إلى أجل كذا وكذا ، فقلت أنا أُؤخرك ثم بدا لك أَنَّ لا تؤخره لم يكن ذلك لك ، ولزمك تأخيره إلى هذا الأجل .

قلت : وسواء قلت له أنا أُؤخرك أو قد وخرتك ؟ قال : نعم هما سواء في الحكم عليك ، غير أن قولك أنا أُؤخرك عدة تلزمك ، وقولك وقد وخرتك شيء واجب عليك ، لأنَّه في أصل حَقِّكَ لم تبتده الساعة ، فكلاهما يلزمك الحكم به ، غير أن قولك قد وخرتك أَوجَبُها وأوكدتها وأثبتتها فيما يلزم به الحكم وإن كانوا لازمين جمِيعاً ، قال أَصْبَحَ : جيدة ، قيل له : فما سأَلْنَاكَ عنه من العدة بالسلف ؟ قال : إن قال له أسلفني كذا وكذا فإنني أريد النكاح أو إني أريد أن اشتري سلعة أو شيئاً مما أراد له السلف فقال نعم أنا أسلفك ما سأَلْتَ ولم يكن الطالب سمي أَجَلاً يسلفه إليه أكثر من قوله أسلفني كذا وكذا فقال نعم ثم بدا له أَنَّ لا يسلف شيئاً أَيْكون هذا وعدته على غير ذكر الأجل سواء ؟ قال : نعم سمي أَجَلاً أو لم يسمه له يقضي عليه فيما جمِيعاً وليس له أَنْ ييدُوا له ذِكْرُ الأجل أو لا يذكُره له .

قلت فإن المسلف يقول لم أعده بأن أسلفه إلى أجل بأن يحكم له بأن يسلفه ما وعده فأنا أدفع إليه ما وعدته من السلف وأأخذ منه مَكَانِي لأنَّه حال ليس بيسي وبينه فيه أَجَل ؟ قال : يقضي عليه بأن يُسلفه ما وعده به ، وليس له أَنْ يأخذه منه من ساعته حتى ينتفع به المتسلف ويمضي القضاء في قرب ذلك أو بعده فيعمل على قدر ذلك ، فاما أن يُعطيه السلف ثم يأخذه منه في المجلس فإنَّ هذا لا

يكون ، لأنه إذا أخذه منه في المجلس فكأنه سلف لم يتم الحكم ولا القضاء به .

قال محمد بن رشد : قد مضى تحصيل القول فيها في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب العارية فلا معنى لإعادته .

من سماع أصبع من ابن القاسم

قال أصبع : سُئلَ أشہبُ عن رجل يسأّل رجلاً دينارِيْن فأتاه بدينارٍ فأبى أخذَه إلا جمِيعاً أيُجبرُ على ذلك ؟ فقال : إنَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ مُوسِرًا لَمْ يُجْبِرِ الطَّالِبَ عَلَى أَخْذِ الدِّينَارِ ، وأجْبَرَ الغَرِيمَ عَلَى دَفْعِ الدِّينَارِيْنِ جَمِيعًا ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا أَجْبَرَ الطَّالِبَ عَلَى أَخْذِ الدِّينَارِ وَأَنْظَرَ المَطْلُوبَ بِمَا بَقِيَ عَلَيْهِ ، وَقَالَهُ أَصْبَعُ .

قال محمد بن رشد : وقع قول أشہب هذا في رسم البيوع والعيوب من سماع أصبع من كتاب المديان والتفليس ، ووصل بذلك ورَوَى أبو زيد عن ابن القاسم في الرجل يكون له على الرجل حقٌّ وقد حلَّ فيأتيه ببعض حقه فيقول لا أقبله منك إلا جملة آلة ذلك أم يُجبر على قبض ما جاء به ؟ قال : أرى أن يُجبر على قبض ما جاء به وتكلمنا هناك على المسألة بما أغنى عن رده فمن أحب الوقوف عليه تأمله في موضعه وبالله التوفيق .

تم كتاب العدة بحمد الله تعالى

كتاب اللقطة

من سماع ابن القاسم من مالك بن أنس

قال سحنون أخبرني ابن القاسم في اللقطة مثل المخلأ والحبيل والدلل وأشباه ذلك أنه إن كان في طريق وضعت في قرب الأماكن إلى ذلك الموضع ، وإن كان في مدينة انتفع به وَعْرَفَه ، وإن تصدق به أَحَبُّ إِلَيْيَ ، وإن جاء طالبه كان على حقه .

قال محمد بن رشد : قوله في اللقطة مثل المخلأ والحبيل والدلل وأشباه ذلك من اليسير الذي له قدر وفيه منفعة ويُعلم بمستقر العادة أن صاحبه شح به ويطلب أنه يعرفه ، وإن كان في طريق وضعه في أقرب المواضع إليه صحيح لا اختلاف في وجوب تعريف ذلك ، وإنما اختلف في حد تعريفه ، فقيل إنه يجب تعريفه حولاً كاملاً كالكثير الذي له قدر وبال ، وهو ظاهر ما حكي ابن القاسم عن مالك في المدونة ، بدليل أن النبي عليه السلام أمر بتعريف اللقطة حولاً ولم يفرق بين قليل ولا كثير ، وقيل إنه ليس عليه أن يبلغ بتعريف اليسير حولاً ، وهو قول ابن القاسم من رأيه في المدونة ، ورواية عيسى عن ابن وهب بعد هذا في رسم النسمة من سماعه في مثل الدِّرَهَمَات والدينار أنه يعرف ذلك أياماً ، وأما اليسير جداً الذي لا قدر له ولا بال ويُعلم بمستقر العادة أن صاحبه لا يشح به ولا يطلبه فإنه لا يجب على واجده أن يعرفه ، وله أن يأكله إن كان طعاماً ويكتفى به دون تعريف إن كان عرضًا مثل

العصا والسوط وما أشبه ذلك ، وهو نَصْ قول أشهب في الذي يجد العصا والسوط إنَّه يعرفه فإن لم يفعل فلرجو أن يكون خفيفاً .

وقوله في هذه الرواية في اليسير الذي له قدر وفيه منفعة إنَّه إن كان في مدينة انتفع به وعرفه ، وإن تصدق به أحبُّ إلى معناه عرفه وانتفع به يريد بعد التعريف ، فالكلام فيه تقديم وتأخير .

وقوله وإن تصدق به أحبُّ إلى معناه بعد التعريف .

وقوله وإن جاء طالبه كان على حقه يريد في الصدقة والانتفاع جميـعاً إن كان انتفاعـه به وقد أنهـكـه أو نقصـه فإنـ وجـدهـا صـاحـبـهاـ فيـ الصـدـقـةـ بـأـيـديـ المـساـكـينـ وـهـيـ عـلـىـ حـالـهـاـ لـمـ يـكـنـ إـلـاـ يـأـخـذـهـاـ ،ـ وـهـذـاـ إـنـ كـانـ تـصـدـقـ بـهـاـ عـنـهـ ،ـ وـأـمـاـ إـنـ كـانـ تـصـدـقـ بـهـاـ عـنـ نـفـسـهـ فـلـهـ أـنـ يـضـمـنـهـ قـيمـتـهـاـ إـنـ شـاءـ وـيـدـعـهـ فـيـ أـيـديـ المـساـكـينـ ،ـ وـأـمـاـ إـنـ وـجـدـهـ بـأـيـديـ المـساـكـينـ وـقـدـ نـقـصـتـ فـهـوـ مـخـيرـ بـيـنـ أـنـ يـضـمـنـهـ قـيمـتـهـاـ يـوـمـ تـصـدـقـ بـهـاـ أـوـ يـأـخـذـهـاـ مـنـ أـيـديـ المـساـكـينـ وـلـاـ شـيـءـ لـهـ فـيـ نـفـصـانـهـ ،ـ وـهـذـاـ إـنـ كـانـ تـصـدـقـ بـهـاـ عـنـهـ أـيـضاـ ،ـ وـأـمـاـ إـنـ كـانـ تـصـدـقـ بـهـاـ عـنـ نـفـسـهـ فـهـوـ مـخـيرـ بـيـنـ أـنـ يـضـمـنـهـ قـيمـتـهـاـ يـوـمـ تـصـدـقـ بـهـاـ وـبـيـنـ أـنـ يـأـخـذـهـاـ مـنـ أـيـديـ المـساـكـينـ نـاقـصـةـ وـيـرـجـعـ عـلـيـهـ بـمـاـ نـقـصـهـاـ ،ـ وـاـخـتـلـفـ إـنـ أـكـلـهـاـ المـساـكـينـ هـلـ لـهـ أـنـ يـضـمـنـهـ إـيـاهـاـ أـمـ لـاـ ؟ـ فـقـالـ فـيـ الـمـدوـنـةـ لـيـسـ ذـلـكـ لـهـ ،ـ وـقـالـ أـشـهـبـ لـهـ أـنـ يـضـمـنـهـ إـنـ شـاءـ وـيـدـعـ الـمـلـقـطـ ،ـ وـإـنـ شـاءـ أـخـذـ الـمـلـقـطـ بـقـيمـتـهـاـ يـوـمـ تـصـدـقـ بـهـاـ ،ـ قـالـ وـسـوـاءـ فـيـ هـذـاـ تـصـدـقـ بـهـاـ عـنـ نـفـسـهـ أـوـ عـنـ رـبـهـ ،ـ وـإـنـ وـجـدـهـ صـاحـبـهـ بـيـدـ الـمـلـقـطـ وـقـدـ أـنـقـصـهـاـ بـالـإـسـتـعـمـالـ أـخـذـهـاـ وـمـاـ نـقـصـهـاـ مـنـهـ ،ـ وـإـنـ كـانـ قدـ آنـهـكـهاـ بـهـ كـانـ بـالـخـيـارـ بـيـنـ أـنـ يـضـمـنـهـ قـيمـتـهـاـ أـوـ يـأـخـذـهـاـ نـاقـصـةـ وـلـاـ شـيـءـ لـهـ أـوـ يـأـخـذـهـاـ وـقـيـمةـ مـاـ نـقـصـهـاـ ،ـ وـقـدـ قـيلـ إـنـ لـيـسـ لـهـ إـلـاـ مـاـ نـقـصـهـاـ ،ـ وـقـدـ مـضـىـ ذـكـرـ هـذـاـ إـلـيـخـاـ لـفـيـ رـسـمـ بـاعـ غـلامـاـ مـنـ سـمـاعـ اـبـنـ القـاسـمـ مـنـ كـتـابـ الـعـارـيـةـ وـفـيـ غـيـرـهـ مـنـ الـمـوـاضـعـ ،ـ وـإـنـ وـجـدـهـ صـاحـبـهـ بـيـدـ الـمـلـقـطـ عـلـىـ حـالـهـ فـلـاـ كـرـاءـ عـلـيـهـ

في استعماله إياها لقول النبي عليه السلام فإن جاء صاحبها إلا فشأنك بها^(١).

وأختلف هل للملقط أن يستنفق اللقطة بعد التعريف أم لا على أربعة أقوال أحدها أنه ليس له أن يستنفقها غنياً كان أو فقيراً ، وهو مذهب مالك ، ومعنى قول النبي عليه السلام عنده : فشأنك بها أنه مخير فيها بين أن يزيد في تعريفها أو يتصدق بها عن صاحبها فإن جاء كان مخيراً بين أن ينزل على أجراها أو يضمنه إياها ، والثاني أن له أن يستنفقها غنياً كان أو فقيراً على ظاهر قول النبي عليه السلام فشأنك بها ، فإن جاء صاحبها غرمها له ، وهو مذهب الشافعي ، والثالث أنه ليس له أن يستنفقها إلا أن يحتاج إليها ، وهو قول ابن وهب في رسم النسمة من سماع عيسى بعد هذا ومذهب أبي حنيفة وسائر أصحابه ، والرابع أنه ليس له أن يستنفقها إلا أن يكون له بها وفاء وبالله التوفيق لا شريك له .

ومن كتاب أُولئه حلف أَنْ لا يبيع رجلاً سلعة سماها

وسائل عن الرجل تقوم عليه دابتُه في السفر فِي سُلْمُهَا على وجه اليأس منها فأخذها رجل فتعيش عنده وينتفق عليها هل ترى لصاحبها أن يأخذها ؟ قال : نعم أرى ذلك له ، قيل له : أله أجرة في قيامه ؟ قال : لا أرى ذلك ، ولا أرى له إلا نفقة .

(١) رواه الإمام البخاري في كتاب اللقطة باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدتها ، عن يزيد بن المنبعث عن زيد بن خالد فقال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله في اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكلاءها ثم عرّفها سنة فإن جاء ربها وإن فشأنك بها ، قال : فضاله الغنم ؟ قال هي لك أو لأخيك أو للذئب ، قال : فضاله الإبل ؟ قال : مالك ولها ؟ معها سقاوها وحذاؤها تردد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي أسلم دابته على وجه اليأس منها إنَّ له أن يأخذها من الذي أخذها فعاشت عنده بعد أن يدفع إليه ما أنفق عليها صحيح إذ لم تخرج عن ملكه بإسلامه لها ، فيكون له أن يأخذها من أخذها إلا أن يكون أسلمهما علي أنها لمن أخذها أو قام عليها ، فيلزم ذلك ولا يكون له أن يأخذها من أخذها وقام عليها ، وقد قيل إنه إذا أسلمهما على وجه اليأس منها فهو محمول على أنه إنما أسلمهما لتكون لمن أخذها وقام عليها ، إلا أن يكون أسلمهما في أمنٍ وماءٍ وكلاءٍ فيكون أحقًّا بها ، حكى ذلك ابنُ شعبان في كتابه عن ابن وهبِ والشعبي والأوزاعي ، فلا اختلاف إذا أرسلها في أمنٍ وماءٍ وكلاءٍ أن له الرجوع فيها وإنما اختلاف إذا أرسلها في غير أمنٍ ولا ماءٍ ولا كلاءٍ فقيل إن له الرجوع فيها . وقيل إن لا رجوع له فيها ، وانختلف إذا رجع فيها هل يرجع فيها بيمينٍ أو بغير يمين ، والاختلاف في اليمين في هذا على اختلافهم في لحقوق يمين التهمة .

وتحصيل القول في هذه المسألة أنَّ إسلامه إليها على وجه اليأس منها لا يخلو من ثلاثة أحوال أحدُها أن يسلمهها على أنَّ له الرجوع فيها إن أخذها أحدُ وعاشت عنده ، والثاني أن يُسلمهها على أنها لمن أخذها والثالث أن يسلمهها ولا نية له .

فاما إذا أسلمهها على أنَّ له الرجوع فيها إن أخذها أحدُ فعاشت عنده ولم يشهد على ذلك فقيل إنه يصدق في ذلك ، وقيل إنه لا يصدق فيه إلا أن يكون إرساله إليها في أمنٍ وماءٍ وكلاءٍ ، وانختلف إذا صدق في ذلك هل يصدق بيمينٍ أو بغير يمين حسبما ذكرناه من اختلافهم في لحقوق يمين التهمة .

واما إذا أسلمهها على أنها لمن أخذها فلا سبيل له إلى أخذها من أخذها وقام عليها .

واما إذا أسلمهها ولا نية له ، فقيل إنه محمول على أنه إنما أسلمهها على

أن له الرجوع فيها ، وقيل إنه محمول على أنه إنما أسلمها على أنها لمن أخذها وقام عليها إلا أن يكون اسلامه لها في أمن وكلاء وماء .

وإنما لم ير لمن أخذت منه أجرة في قيامه عليها لأنه إنما قام عليها لنفسه لا لصاحبها ، ولو شهد أنه إنما يقوم عليها لصاحبها إن شاء أن يأخذها ويؤدي إليه أجر قيامه عليها لكان ذلك له ، ولو لم يشهد على ذلك وادعاه لصدق في ذلك على اختلاف ، قيل بيمين وقيل بغير يمين ، وأما النفقه فلا إشكال في أن له أن يرجع بها عليه إذ قد أثرت في الدابة وأحدث فيها نماء فلا يكون له أن يأخذها بنمائها ويخسر هذا نفقته وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله حلف ليرفعن أمرأ

وسائل مالك عن رجل دخل حانوت بزار ليشتري منه ثوبا ثم خرج منه فاتبعه صاحب الحانوت فقال يا أبا عبد الله : هذا دينار وجدته في حانوتني ولم يدخل على اليوم أحد غيرك فعد الرجل نفقته فافتقد منها ديناراً أترى أن يأخذه ؟ فقال مالك : لا أدرى هو أعلم بنفسه ، إن استيقن أنه ديناره فليأخذنه قيل له : التاجر يقول لم يدخل على اليوم أحد غيرك ، وقد افتقد الرجل من نفقته ديناراً ، قال : إن استيقن أنه له فليأخذنه .

قال محمد بن رشد : في قوله إنه إن استيقن أنه له فليأخذنه دليل على أنه لا يأخذه إلا أن يستيقن أنه له زيادة على ما ذكر له فجعل له به اليقين أنه له ، وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه إذ لم يعتره شك في أنه له فأخذنه له حلال سائع ، لأن الغائب على ظنه أنه له إذ قد افتقد من نفقته ديناراً ، ولو لم يعلم عدد نفقته لساغ له عندي أن يأخذنه ، لقول صاحب الحانوت له إنه لم يدخل أحد على اليوم غيرك ، وإن كان التورع عن أخيه أولى وأحسن ،

وكذلك لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته في مكانك ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك من دخل الحانوت ، فعد الرجل نفقته فافتقد منها ديناراً ، وأما لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك عني ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك من دخل الحانوت والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له أن يأخذه بشك .

ومن كتاب أوله حديث طلق بن حبيب

وسئل مالك عن اللقطة يجدها الرجل أيأخذها ؟ قال : أمّا الشيء الذي له بال فإني أرى ذلك ، فقال له الرجل : إني رأيت شفقة قُرط في المسجد مطروحاً فتركته ؟ قال : لو أخذته فأعطيته بعض نساء المسجد يعرفنه كان أحب الي ، قال : فكذلك الرجل يجد الشيء فإن كان لا يقوى عليه فإنه يجد من يشق به يقبله منه فيعرفه ، وإن كان الشيء له بال فأراد أن يأخذه قال سحنون قال لي ابن القاسم وقال لي مالك غير مرأة إذا كان شيئاً يسيراً فليتركه ، قال قلت لابن القاسم : أرأيت اذا دفعه الى مثله في الأمانة والثقة فضاع منه ثم جاء صاحبه هل يكون على الذي وجده ضمان ، قال : لا .

قال محمد بن رشد : قال في اللقطة التي لها بال إن من وجدتها يأخذها ولم يذكر هل ذلك واجب عليه أو مستحب له ، وفي ذلك تفصيل .

اما اذا كانت بين قوم مأمونين وإمام عدل لا يخشى منه إن هو عرفها أن يأخذها فأخذها وتعریفها مستحب له ، مخافة أن تقع إلى غير مأمون فيذهب بها .

واما إن كانت بين قوم غير مأمونين وإمام عدل فأخذها وتعریفها واجب

لأن ذلك حفظها على ربيها، وحفظ أموال الناس واجب وفي تركها إصاعتها، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إصاعة المال، ولو كانت بين قوم مأمونين وإمام غير عدل فخشى أن هو عرفها أن يأخذها لكان الاختيار له أن لا يأخذها ، ولو كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عدل لكان أحدهما مباحاً له إن شاء أن يأخذها مخافة أن يأخذها غيره فيذهب بها ، وإن شاء أن يتركها مخافة أن يأخذها السلطان إن هو أخذها فعرفها .

وأما اللقطة اليسيرة التي لا قدر لها إلا أنها مما قد يشح بها أصحابها ويطلبها ، فاختلف قول مالك هل الأفضل أخذها أو تركها ، وذلك إذا كانت بين قوم مأمونين فمرة رأى أحدها وتعريفها أفضل مخافة أن تقع إلى من يذهب بها ، ومرة رأى أن تركها أفضل رجاء أن يرجع صاحبها فيجدها ، وأما إذا كانت بين قوم غير مأمونين فأخذها وتعريفها أفضل واحداً والله أعلم .

وقد اختلف في حد تعريفها ، فقيل يعرفها حولاً كاماً كالتي لها بال ، وهو ظاهر قول مالك في رواية ابن القاسم عنه في المدونة ، وقيل يعرفها أيامًا ، وهو قول ابن القاسم من روايته في المدونة ورواية عيسى عن ابن وهب في رسم النسمة من سماعه من هذا الكتاب ، وأما اللقطة اليسيرة جداً التي يعلم أن أصحابها لا يشح بها ولا يطلبها فهي لمن وجدها ليس عليه أن يعرفها وإن شاء تصدق بها ، والأصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ بتمرة في الطريق ، فقال : لو لا أن تكون من الصدقة لاكلتها^(٢) ، ولم يذكر فيها تعريفاً وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل مالك عن اللقطة يجدها الرجل فيعرفها سنة فلا يجد

(٢) أخرجه البخاري عن أنس في كتاب اللقطة ، باب إذا وجد تمرة في الطريق

صاحبها فيستنفقها ثم تحضره الوفاة فيوصي بها ويترك ديناً عليه ولا وفاء له كيف ترى؟ قال أرى أن يُحاصَن الغرماء بها أهل الدين بقدر ما يصيبها.

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن إقرار المديان بالدين عند مالك جائز لمن لا يُتّهم عليه ، كان اقراؤه في صحته أو في مرضه ، وإنما يفترق عنده الصحة من المرض في رهنه وقضائه بعض غرمائه دون بعض وفي إقراره بالدين لمن يُتّهم عليه فلا يجوز شيء من ذلك عنده في المرض ، واختلف قوله في جواز ذلك في الصحة فمرة أجاز ذلك كله ومرة لم يجزه ، ومرة فرق بين الرهن والقضاء والإقرار لمن يتّهم عليه ، فأجاز الرهن والقضاء ولم يُجز الإقرار ، ومرة أجاز القضاء خاصّةً ولم يجز الرهن ولا الإقرار .

وأما إن أقرَّ أنه استتفق اللقطة ولا دين عليه ولم يقم بذلك عليه حتى مات ، فإن كان اقراؤه بذلك في صحته جاز ذلك من رأس ماله على ورثته ، وإن كان اقراؤه بذلك في مرضه فإن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس المال أوصى أن يُتصدّق بها عن صاحبها أو توقف له ، واختلف إن كان يورث بكلالٍ ، فقيل إنه إن أوصى أن يُحبس ويوقف حتى يأتي صاحبها جازت من رأس المال ، وإن أوصى أن يُتصدّق بها عنه لم يُقبل قوله ولم تخرج من رأس المال ولا من الثالث ، وقيل إنه يكون من الثالث ، وقيل إنه إن كانت يسيرة جازت من رأس المال ، وإن كانت كثيرة لم تكن في رأس المال ولا في الثالث ، وقد مضى هذا المعنى موجوداً في رسم ليرفعن من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتقليس .

ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء في الحرس

وسائل مالك عن الرجل يجد الثوب ملقي فياخذه وهو يظنه لِقْوَمٍ

يراهם فيسألهم عن ذلك ، فيقولون ليس هو لنا ، فيزيد أنْ يرده حيث وجده فيضعه فيه ، قال لا أرى بذلك بأساً ، قيل لابن القاسم : فإن كانت دنانير أو دراهم ؟ قال : فلو أخذها فعرفوها كان أحب إلىي .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي أخذ الثوب وهو يظنه لقوم فسألهم عنه فقالوا ليس هو لنا فرده في موضعه : إنه لا بأس بذلك معناه أنه لا ضمان عليه إن فعل ، والاختيار له أن لا يفعل ، كما قال في الدنانير والدرارهم ، إذ لا فرق في ذلك بين الثوب والدنانير والدرارهم ومعنى ذلك إذا أخذ الثوب على غير وجه الالتفات ورده بالقرب أيضاً ، ولو أخذه على وجه الالتفات لكان ضامناً له وإن رده بالقرب في موضعه ، هذا مذهب ابن القاسم ، وقال أشهب لا ضمان عليه إن رده في موضعه بقرب ذلك أو بعده ، فإن رده في غير موضعه ضمن ، والقول قوله في رده في موضعه مع يمينه على ذلك ، وقول أشهب في مساواته بين أن يرد الثوب في موضعه بالقرب أو بالبعد بعيداً ، لا سيما إن كان أخذه على وجه الالتفات وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله الشريkin يكون لهما مال

وسائل عن جمل قَام ببعض الطريق فأخذه رجل فأنفق عليه وقام عليه ، ثم إن صاحبه رجع إليه فوجده قد صَحَّ ، قال مالك : يدفع إليه الذي قبضه ما أنفق عليه ويأخذ جمله .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة والقول عليها مستوفى في رسم حلف قبل هذا ، فلا معنى لإعادته ، ولو قال صاحب الجمل لرجل : قم عليه وأنفق ولَكَ نصفه إنْ حَبِيَ لم يَجُزْ ، لأنَّه غرر في الثمن والمثمن ، فإن جاء ربه وقد أنفق عليه أخذ جمله وكان للمنافق قيمة نفقة وخدمته ، وكذلك إن مات الجمل كان على ربه قيمة ما أنفق أيضاً وما خدم وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال مالك لا أحب لأحد يجده اللقطة أن يأخذها إلا يكون^(٣) لها قدر.

قال محمد بن رشد : قد مضى القول في هذه المسألة مستوفى في رسم طلق بن حبيب ، فلا معنى لإعادته .

مسألة

وسئل عن رجل ماتت راحلته بفلات من الأرض فأسلم متاعه فأخذه رجل فاحتمله إلى منزله ثم وجد متاعه ، قال : أرى أن يأخذ متاعه ويغرن للذي احتمله أجر ما إحتمله .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، إن كان أخذه واحتمله إلى منزله على وجه الحفظ لصاحبه والنظر له أو هو يرى أنه يستحقه بحمله إلى منزله إذ قد أسلمه صاحبه ، وأما إن كان أخذه واحتمله على وجه الاغتيال له والسرقة والتعدى وهو يعلم أن ملك صاحبه باق عليه إلى أن يرجع عنه فلا كرامة له في حمله ، والقول قوله مع يمينه أنه لم يأخذه إلا على الوجه الذي يذكره من ذلك ، والله الموفق .

مسألة

وقال مالك في قوم خافوا على مركبهم غرقاً فطرعوا من متاعهم ، ثم وجدوها عند قوم أخذوها من ماء البحر ، قال مالك : يأخذون متاعهم منهم ، وهذا بين بأنهم يأخذونه وعليهم أجر إخراجه

(٣) كذلك بالأصل ، وفي نسخة ق ٣ : إلا أن يكون لها قدر .

من البحر إن كانوا غاصوا عليه وأجْر حمله إن كانوا حملوه إلى مأمون .

قال محمد بن رشد : القول في هذه المسألة كالقول في التي قبلها ، ويدخل فيها من الاختلاف ما ذكرنا في رسم حلف من سماع ابن القاسم في الذي يقوم عليه دابتُه في السفر فيسلمها على وجه اليأس منها ، فلا معنى لإعادة ذلك ، وبينهما جميعاً ما مضى من التفصيل في رسم حلف أن لا يبيع سلعة سماها ، لأن المعنى فيها كلها سواء ، وقال سحنون فيمن وقع له ثوب في بئر أو جُب فنزل فيه رجل فآخرجه فأتى ربه فطلب منه أجرة فامتنع فرده مُخرجه في البئر أو الجُب فطلبه فيه ربه فلم يجده ، قال : يُخرجه الذي كان رَدَّهُ فيه وإلا ضمه ، قال محمد : وإذا أخرجه فينبغي أن يكون له أجْر إذا كان رُبُّه لا يصل إلى ذلك إلا بأجر ، وبالله التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع عن مالك من كتاب الأقضية

قال أشهب : سألت مالكاً عن قول عمر بن الخطاب في الذي وجد البعير ضالاً : أَرْسِلْهُ حيُّثْ وجدته ، فقال لي مالك : نعم يُرسله حيث وجد .

قلت له : يشهد عليه أم لا ؟ فقال : ما شأنه يشهد عليه ؟ كأنه لا يرى ذلك عليه ، قال ابن نافع وأرى أن يشهد على إرساله أحب إلى .

قال محمد بن رشد : ثبت عن النبي عليه السلام أنه قال في ضالة الإبل : ما لك ولها ، معها حداوها وسقاوها تردد الماء وتأكل الشَّجَرَ حتى

يلقاها ربها^(٤) ، فالاختيار فيها أن لا تؤخذ فإن أخذت عُرِفت ، فإن لم تُعرف ردت حيث وجدت ، جاء ذلك عن عمر بن الخطاب ، وأخذ به مالك في أحد قوله وهو قوله لها هنا وفي المدونة ، وقيل إنها تؤخذ وتُعرف ، فإن لم تُعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها ، فإن لم يأت وايس منه تصدق به عنه ، جاء ذلك عن عثمان بن عفان روى ذلك عن مالك أيضاً قال : من وجد بغيراً ضالاً فليأت به الإمام يبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال ، يريد بعد أن يُعرف ، وقال في مدونة أشهب : يوقف ثمنه حتى يأتي ربه ، وإن كان الإمام غير عدل خلي حيث وجد .

وإنما اختلف الحكم في ذلك من عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان لاختلاف الأزمان بفساد الناس ، وكان الحكم فيها في زمن النبي عليه السلام وخلافة عمر بن الخطاب إن لا تؤخذ ، فإن أخذت عُرِفت فإن لم تعرف حيث وجدت^(٥) .

ثم كان الحكم فيها في زمن عثمان لما ظهر من فساد الناس أن تؤخذ وتعرف فإن لم تُعرف بيعت ووقفت ثمنها ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيها اليوم إن كان الإمام عدلاً وإن كان غير عدل يخشى عليها إن أخذت تُعرف تركت ولم تؤخذ ، فإن كان إنما يُخشى على ثمنها إن بيعت أخذت فعرفت وإن لم تُعرف ردت حيث وجدت .

واختلف إن كانت الإبل الضوال بعيدة من العُمران في موضع يُخاف عليها السباع ، فقيل إنها في حكم الشاة ، لأن النبي عليه السلام قد ذكر العلة التي من أجلها فرق بين ضالة الغنم وضالة الإبل بقوله في الشاة : هي لك أو لأخيك أو للذيب^(٦) ، وقيل إنها تؤخذ وتعرف بخلاف الشاة إذ لا مشقة في

(٤) تقدم في رقم ١ .

(٥) كذا بالأصل ولعل صوابه تركت حيث وجدت .

(٦) الحديث تقدم في رقم ١ .

حلبها ، وكذلك البقر إن كانت بموضع يخاف عليها السباع يدخل فيها من الخلاف ما دخل في الإبل إن كان المشقة في حلبها ، والمنصوص فيها في المدونة أنها بمنزلة الغنم .

وقوله في الرواية ليس عليه أن يشهد على إرسالها ، معناه في غير المتهم ، بدليل قوله بعد هذا في هذا الرسم إنَّ المتهم يُشهد ، وقول ابن نافع وأرى أن يشهد على إرسالها أحَبُ إلى ظاهره وإن لم يُتَّهم ليدفع عن نفسه الظنة ، وأما المتهم فإن لم يشهد لحقته اليمين .

مسألة

وسألته عن تعريف اللقطة في المساجد ، قال : لا أحب رفع الصوت في المساجد ، وقد بلغني أنَّ عمرَ بن الخطاب أمرَ أن تُعرَف اللقطة على أبوابِ المساجد ، فأحَبُ إلى أن لا تعرف في المساجد ولو مشى هذا إلى الخلق في المساجد يُخْبِرُهم بالذي وجَدَ ولا يرفع صوته لم أَرَ بذلك بأساً إن شاء الله .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن رفع الصوت في المسجد مكرورة حتى في العلم ، وقد بنى عمرَ بن الخطاب رحبة بناحية المسجد تسمى البطيحا فقال من أراد أن يلْغَطَ أو ينشد شعراً ويرفع صوته فليخرج إلى هذه الرحبة ، وفي فعله الأسوة الحسنة وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن ضالة الإبل تُعرَفُ فلا تُعرَفُ أترى أن يُخلِّيها ؟
قال : نعم أرى أن يُخلِّيها حيث وجدتها ، قيل : أفترى أن يشهد على تخليتها ؟ قال : أما المتهم فهو خَيْرٌ إن شاء الله أن يشهد ، وأما الرجلُ المأمور فلا أرى ذلك عليه ، قيل له أفترى الأُباقَ كذلك إذا

عَرَفَهُ قَالَ : نَعَمْ أَرَى إِذَا عَرَفَهُ فَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَعْرَفُهُ أَنْ يُخْلِيَهُ خَيْرًا لَهُ مِنْ أَنْ يَبْيَعَهُ فِيهِ لَكَ ثَمَنُهُ وَيُوكِلُ ، أَوْ يُطْرَحُ فِي السِّجْنِ فَيُقْيَمُ وَلَا يَجِدْ مِنْ يَطْعَمُهُ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : قَدْ تَقْدِمُ فَوْقَ هَذَا فِي هَذَا الرِّسْمِ بِعِينِهِ الْقَوْلُ فِي حُكْمِ ضَرَوْلِ الإِبْلِ لِلتَّعْرِيفِ وَإِرْسَالِهَا حِيثُ وُجِدَتْ إِذَا لَمْ تَعْرِفْ وَالإِشَادَةُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَا مَعْنَى لِإِعَادَةِ الْقَوْلِ فِي ذَلِكَ .

وَأَمَّا الْأَبَاقَ فَسَاوِي فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ ضَرَوْلِ الإِبْلِ فِي أَنَّهُمْ يَرْسِلُونَ إِذَا عُرِفُوا فَلَمْ يُعْرَفُوا ، وَقَالَ فِي المَدوِّنَةِ : إِنَّهُمْ يَجْبَسُونَ سَنَةً ثُمَّ يَبْاعُونَ فَتَجْبِسُ أَثْمَانَهُمْ لِأَرْبَابِهِمْ وَلَا يَرْسِلُونَ ، لِأَنَّهُمْ إِنْ أَرْسَلُوا أَبْقَوْا ثَانِيَةً ، بَخْلَافُ ضَرَوْلِ الإِبْلِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ ذَلِكَ اخْتِلَافٌ مِنَ الْقَوْلِ ، وَعَلَى ذَلِكَ كَانَ يَحْمِلُهُ الشَّيْخُ ، وَالْأُولَى أَنْ يَحْمِلَ عَلَى الْخَلَافِ فَيَكُونُ الْوَجْهُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ يَخْشِي عَلَيْهِ أَنْ يَضْيَعَ فِي السِّجْنِ بِغَيْرِ نَفْقَةٍ وَأَنْ يَتَلَفَّ ثَمَنَهُ إِنْ بَيْعَ كَانَ إِرْسَالَهُ أَوْلَى مِنْ حَبْسِهِ عَلَى مَا قَالَ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْشِ عَلَيْهِ أَنْ يَضْيَعَ فِي السِّجْنِ وَلَا أَنْ يَتَلَفَّ ثَمَنَهُ إِنْ بَيْعَ كَانَ حَبْسَهُ سَنَةً ثُمَّ يَبْعَهُ بَعْدَ السَّنَةِ وَإِمْسَاكِهِ لِصَاحِبِهِ أَوْلَى مِنْ إِرْسَالِهِ لَثَلَاثَ يَأْبَقَ ثَانِيَةً إِنْ أُرْسَلَ ، بَخْلَافُ ضَرَوْلِ الإِبْلِ عَلَى مَا قَالَهُ فِي المَدوِّنَةِ .

وَمَوْضِعُ الْخَلَافِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى الْخَلَافِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا خَشِيَ عَلَيْهِ أَنْ يَضْيَعَ فِي السِّجْنِ وَأَنْ يَتَلَفَّ ثَمَنَهُ إِذَا بَيْعَ ، فَمَرَّةً رَأَى إِرْسَالَهُ أَوْلَى لَثَلَاثَ يَضْيَعَ وَيَتَلَفَّ ثَمَنَهُ ، وَمَرَّةً رَأَى حَبْسَهُ وَبَيْعَهُ وَإِمْسَاكَ ثَمَنَهُ أَوْلَى مِنْ إِرْسَالِهِ لَثَلَاثَ يَأْبَقَ ثَانِيَةً إِنْ أُرْسَلَ ، وَالْاخْتِلَافُ فِي هَذَا إِنَّمَا هُوَ بِحَسْبِ الاجْتِهَادِ فِي أَيِّ الْعَوْفَيْنِ أَشَدُ ، وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَخْشِ عَلَيْهِ أَنْ يَضْيَعَ فِي السِّجْنِ وَلَا أَنْ يَتَلَفَّ ثَمَنَهُ إِذَا بَيْعَ فَلَا يَرْسِلُ لَثَلَاثَ يَأْبَقَ ثَانِيَةً قُولًا وَاحِدًا وَاللهُ أَعْلَمُ ، وَلَوْلَمْ يَخْشِ عَلَيْهِ أَنْ يَضْيَعَ فِي السِّجْنِ وَخَشِيَ عَلَى ثَمَنَهُ أَنْ يَضْيَعَ إِنْ بَيْعَ لَوْجَبَ أَنْ يَسْجِنَ سَنَةً يُعْرَفُ فِيهَا ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ لَهُ طَالِبٌ سُرِّحَ وَلَمْ يَحْبَسْ أَكْثَرَ مِنَ السَّنَةِ الَّتِي هِيَ حَدٌ

تعريف اللقطة ، ولو لم يخش على ثمنه ضياع إن بيع وخشى عليه إن سجن أن يضيع في السجن لوجب أن يُباع ويوقف ثمنه رجاء أن يأتي صاحبه ولا يسجن مخافة أن يضيع في السجن وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن قول عمر بن الخطاب : من أخذ ضالة فهو ضال ما يريد بقوله ؟ قال : يريد هو مخطيء فلا يأخذها ، يرى أن يتركها ، وإنما يعني بذلك الإبل ، وليس يقول أحد ضل غلامي ، وإنما يقال الضالة الإبل ، وقد قال ابن شهاب : كانت ضوال الإبل في زمن عمر إبلًا مؤبة .

قال محمد بن رشد : إنما رأى عمر رضي الله عنه أن لا تؤخذ الضالة وقال من أخذها فهو ضال أي مخطيء لنهي الرسول عليه السلام عن أخذها بقوله : مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاوها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها ، فقيل إن ذلك عام في جميع الأزمان ، وقيل بل هو خاص في زمن العدل وصلاح الناس ، وقد مضى القول على هذا في أول الرسم وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسأله عمن أخذ ضالة فباعها وتصدق ثمنها وجاء صاحبها أينفرمه ؟ فقال : لم أقل في هذا شيئاً ، ولو جواز هذا للناس لعمد الفاجر فباعها وأكل ثمنها ثم قال تصدق بها .

قال محمد بن رشد : أما الفاجر فلا يصدق أنه تصدق بها ، ويلزمه غرمه ، وإنما اختلف في غير الفاجر ، فقيل إن عليه الغرم لصاحبها إذا جاء

إلا أن يشاء أنْ يتزل على أجرها كُلقطة الدنانير والعروض ، وهو دليل قوله في هذه الرواية : ولو جوز هذا للناس لعمد الفاجر فباعها وأكل ثمنها ثم قال تصدق بها ، ومثله حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن مالك من رواية مطرف عنه أنه إذا وجد الشاة في العمران فعرفها فلم يجد صاحبها فأكلها أو تصدق بها أنه يغنم لصاحبها قيمتها يوم أكلها أو تصدق بها إلا أن يشاء أنْ يجيز الصدقة ويكون له أجرها ، وهو قول سحنون في نوازله من هذا الكتاب ، وقيل إنه لا ضمان عليه في المواشي إِنْ تصدق بها أو بثمنها بعد بلوغ ما عليه من التعريف بها ، بخلاف لقطة الدنانير والدرارهم والعروض إذ لا يقدر على حبسها لعلفها ، وهو قول مالك في الرسم الذي بعد هذا ، ومثله في كتاب ابن عبد الحكم عنه ، واختلف قولُ مالك أيضاً هل له أن يأكلها بعد التعريف ؟ فقال مَرَّة له أن يأكلها ويضمنها لصاحبها إن جاء ، وهو قوله في رواية ابن عبد الحكم عنه ، وفي رواية مطرف أيضاً على ما حكى عنه ابنُ حبيب بخلاف لقطة الدنانير والدرارهم ، وقال مَرَّة ليس له أن يأكل لقطة الدنانير والدرارهم لأنَّ معنى قول النبي عليه السلام عنده : فشأنك بها أنه مخير بين أن يمسكها لصاحبها ويزيد في تعريفها ، وبين أن يتصدق بها ويضمنها لصاحبها إن جاء إلا أن يشاء أن يجيز الصدقة ويكون له الأجر ، ومن أهل العلم من يجيز له أن يأكلها على وجه السلف على ظاهر الحديث ، غنياً كان أو فقيراً ، وهو مذهب الشافعي ومنهم من لا يجيز له أكلها إذا كان محتاجاً إليها ، وهو قولُ أبي حنيفة وأصحابه وقولُ ابنِ وهب في رسم السنة بعد هذا من سماع عيسى من هذا الكتاب ، ومنهم من لا يجيز ذلك له إلا أن يكون له بها وفاء إن جاء صاحبها وهو ظاهرُ الأقوال وأولاها بالصواب .

فيتحصل في المسألة على هذا أربعة أقوال أحدها أنَّ له استتفاقها بكل حال والثاني أنه ليس له استتفاقها على حال ، والثالث أنه ليس له استتفاقها إلا أن يكون محتاجاً إليها ، والرابع أنه ليس له استتفاقه إلا أن يكون له وفاء بها ، والأظهرُ أنْ لا فرق بين لقطة الماشية إذا وجدتها قرينةً من العُمران حيث يجب

تعريفها ، وبين لقطة الدنانير والدرامم في جواز أكلها على وجه السلف ولا في وجوب الغرم عليه فيها لصاحبها إن تصدق بها وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الرجل يجد الدرهم مطروحاً أياخذه أو يتركه ويمضي لوجهه ؟ فقال : لو أعلم أنه يجد صاحبها لكان أحب إلى أن يأخذه ، ولكن أخاف أن يلزمك فأحب إلى أن تدعه فلا تأخذه ، ولو وجدت من يأمره به رأيت ذلك .

قلت له : أفرأيت إن وجد دنانير لها بال أياخذها فيعرفها أحب إليك أم يدعها فلا يأخذها ؟ فقال : إذا كانت دنانير أو شيئاً له بال فأحب إلى أن لا يدعها وأن يأخذها فيعرفها ، وليس هذا مثل الدرهم والشيء الذي لا بال له خفيف المئونة على صاحبه لا تزاله كبير مؤنة وأما إذا كان الشيء الذي له بال فأحب إلى أن يأخذه فيعرفه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم فلا وجه لإعادته .

ومن كتاب الأقضية الثاني

وسئل عن الرجل يجد الصالحة فتُتَسْتَجِعُ عنده أيجوز له أن يأكل من ناتجها شيئاً أو يأكل من ألبانها ؟ فقال : أما ناتجها فلا يأكل منه شيئاً ، فقال ألبانها فعسى أن يأكل منها ، فقيل له كيف يصنع بها ؟ فقال : إذا بلغ الذي عليه فيها فليتصدق بها ، قيل له فلا يحبس لنفسه منها شيئاً ؟ فقال : نعم لا يحبس لنفسه منها شيئاً ولكن يتصدق بها ، فقيل له : فإن جاء صاحبها لم يغرم من ثمنها شيئاً ؟

فقال : لا ، لأنَّ المواشي في مثل هذا ليست كالدنانير والدرارهم ، المواشي تؤكل فلا يقدر على حبسها لعلفها ، فإذا تصدق بثمنها ثم جاء طالبُها لم أَرْ عليه شيئاً ، قال : وكان عمر بن الخطاب يقول لمن أخذها خلها حيث وجدتها ، وأول من أمر ببيعها عثمان بن عفان ، قال تباع وقد عَرَفَ صفتَها ثم توقف أثمانها ، فإن جاء طالبها أعطى ثمنها ، فقال الذين يعذرون عثمان فيما أمر به من بيعها : إنه أمر ببيعها لأن الناس سرقوها وذهبوا بها فلذلك أمر عثمان ببيعها ، قيل له : أفرأيت إن لم يأت من يعرفها ؟ فقال : يتصدق بها .

قال محمد بن رشد : حكم نتاج الصالة حكم ألبانها لقول النبي عليه السلام : كل ذات رحم فولدها بمنزلتها ، فلذلك قال : إنه ليس له أن يأكل من نتاجها على وجه الاقتطاع ، وأما أكله منها على وجه السلف بعد بلوغ ما عليه من التعريف بها فعلى ما ذكرناه في الرسم الذي قبل هذا من الاختلاف في أممها ، إذ لا فرق بينها وبين نتاجها .

واما ألبانها فخفف أن يأكل منها يريد بقدر قيامه عليها والله أعلم لأنه ينزل في ذلك منزلة الوصي في مال يتيمه ، وقد قال ابن عباس في ذلك : إن كنت تبغي ضالة إبله وتتاجر بها^(٧) وتلطم خوضها وتستقيها يوم وردها فاشرب غير مُضِرٍ يُسْلِل ولا نَاهِك في الحلب . وأما الزائد على ذلك فإن كان له قدر يشح به صاحبه فحكمه حكم اللقطة نفسها ، وإن كان يسيراً لا قدر له ولا يعلم أن صاحبها لا يشح به فله أن يأكله ، وقد مضى ذلك والقول فيه في رسم طلق من سماع ابن القاسم .

وقوله إنه لا شيء عليه في الصالة لصاحبها إن تصدق بها خلاف قوله في اليسم الذي قبل هذا ، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى فلا وجه لإعادته ،

(٧) في نسخة ق ٣ وتهاجر ماها .

ومضى في الرسم الأول من هذا السماع القول في جوازأخذ ضالة الإبل للتعريف وفي وجوب ردها حيث وجدت بعد التعريف فلا معنى لإعادته .

مسألة

وسائل عمن يجد العصا والسوط أية يعرف ؟ فقال ماله يأخذه ؟ لا يأخذه ، قيل : فقد أخذه ، قال : يُعرف فـإن لم يعرف فأرجو أن يكون خفيفاً .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة فأرجو أن يكون خفيفاً معناه عندي فأرجو أن يكون خفيفاً أن يتتفع به على وجه التملك له ما لم يوجد صاحبه ، وإن أبي الانتفاع عليه ، وهذا في التافه الذي لا قيمة له ، لأن تعريفه غير واجب ، فقوله يعرفه يريده على وجه الاستحباب والله أعلم ، ولو كان له قدر يجب تعريفه لما صَحَّ له تملكه بعد التعريف ، وقد مضى بيان هذا في رسم طلق من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عمن وجد حديدة ، فقال : يعرفها ، فـإن لم يعرف فليتصدق بها ، فـإن جاء طالبها فليعطيه قيمتها ، قيل له أفيتصدق بالحديدة بعينها أم يبيعها فيتصدق بثمنها ؟ فقال : إن شاء تصدق بها كما هي يجمع مساكين يُطعمهم إياها يقول هذه بينكم ، قيل : أرأيت إن كانت من الحديد الذي يحتاج إليه بعض السُّفهاء مثل الخنجر ؟ فقال ملك : والعصا أيضاً يقاتل به ، أرأيت لو ورث ذلك أَبِيَّهِ بأس ؟ قال : ليس به بأس وما أرى عليه أن يكسرها ثم يبيعها ، وإنما يكره هذا في الموضع الذي يتحدث فيه أن يباع للعدو ، وقال إنه إنما خرج حين عمدت إليه فأقمته قيمة ثم كسرته

فذهبت به أفيجزي عنِّي أن أتصدق بثمنه؟ قال : نعم ذلك يحزنك منه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : لأنَ حكم لقطة العروض حكم لقطة الدنانير والدرارم التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف عقاهما ووكياءها وعُرْفُها سنةٌ فإنْ جاء صاحبها وإنْ فشأنك بها ، فإذا وجد حديدةً وجب عليه أن يعرفها فإنْ لم يعرف فإنْ شاء جبسها وإنْ شاء تصدق بها ويكون صاحبها على حقه فيها إن شاء ضمه ، وهو مخير إن شاء تصدق بها بعينها على مسكين واحدٍ أو على مساكين تكون بينهم كما قال : وإنْ شاء باعها فتصدق بثمنها لزمه الأكثُر من قيمتها يوم تصدق بها أو من الثمن الذي باعها به ، وليس عليه أن يكسرها إن كانت من الخناجر التي يشخذه السفهاء أو من السلاح التي يقاتل بها ، ويباعها كما هي إلا أن يخشى أن يصل إلى العدو أو إلى من ينawiء المسلمين من أهل الإسلام في الفتنة التي تكون بينهم ، فيكره له أن يبيعها حتى يكسرها .

واختلف إن باعها قبل أن يكسرها من العدو أو من يقاتل بها المسلمين من أهل الإسلام أو من يعلم أنه يحملها إليهم ويباعها منهم فيما يجب عليه في الثمن الذي أخذه فيها إن لم يقدر على استرجاعها على ثلاثة أقوال قد ذكرناها في رسم البيوع الأول من سماع أشهب من كتاب التجارة إلى أرضِ الحرب فهو موضعها الأليئُ بها وبالله التوفيق .

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

قال ابن القاسم : الشأنُ والسنةُ في الآبقِ أن يُحبس سنةً إلا أن يُخاف عليه الضيقة فباع .

قلت : أرأيت إذا انقطعت السنة ولم يخف عليه ضيغة أبياع
قال : نعم ولا يحبس بعد السنة .

قال محمد بن رشد : قوله إن الآبق يُحبس سنة هو مثل ما في المدونة ، وقوله إنه إن خشيت عليه الضيغة بيع قبل السنة هو مفسر لما في المدونة ، وقد مضى في أول رسم من سماع أشهب أنه إن خشيت عليه الضيغة خلي بيته ولم يُبيع ، وقد مضى القول على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن الرجل في آبق^(٨) له خمسة دراهم لمن جاء به فيذهب رجل فيأتي من إفريقيا حتى إذا كان بطربوط أُفلت له فأخذته آخر فأتى به ، قال ابن القاسم : قال لي مالك : إذا أفلت بعيداً من مكان سيده فالجعل كله للأخر الذي جاء به ، وليس للذي جاء به من إفريقيا شيء ، وإذا أفلت منه قريباً من مكان سيده فأخذته آخر فأتى به فالجعل بينهما على قدر شُخُوصِ كلِّ واحد منهمما قدر ما يُرى .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأن المجعل له الثاني هو المنتفع بعمل الأول إذا أفلت قريباً من مكان سيده بخلاف المجاعلة على حفر الآبار وقد مضى الكلام على ذلك مستوفياً في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب العمل والإجارة والله الموفق .

مسألة

قلت : أرأيت من اشتري داراً واشترط على بائعها إنني اشتري

(٨) كذا بالأصل ، وفي نسخة ق ٣ : عن الرجل يجعل في آبق خمسة

منك ما كان لك في هذه الدار من مجهولٍ أو معلومٍ قليل أو كثيرٌ فيجد المشتري في الدار صخراً أو عمداً أو ورقاً أو ذهباً أو آنية مُغيبةً تحت الأرض والذهب والجوهر والآنية لا يعرفها البائع ولا المشتري؟ فقال : ما أرى للمباع فيها حقاً ، وأما الفضة والذهب والجوهر والآنية فإن كانت في بلد فُتحت عنوة فأراها للمسلمين ، وإن كانت بصلاح فأراها لذمة أهل تلك القرية الذين صالحوا عليها إذا كان ذلك من دفن الجاهلية ، وإن كان ذلك مما يعرف أنه من دفن الإسلام فإنها مثل الفضة يجدها الرجل فإنه يعرفها السنة ونحوها ، فإن جاء طالب دفعها إليه وإلا لم أحب له أكلها أما أن يتصدق بها ويخير صاحبها إذا جاء فيأخذها ويغرمها له أو أن يحيط بها لصاحبها ما طمع به ، قال ابن القاسم : وإنما قلت لك هو لذمة تلك القرية لأن مالكاً سئل عن الكنز يوجد ، فقال : أما ما كان ببلد صالح غير أهله من بلدان أهل الذمة فهو لهم ، وما كان من ذلك عنوة فهو للمسلمين ، وأما الكنز الذي يُخرج منها الخمس ف تكون لمن وجدها فهي التي تكون في أرض العرب وكل أرضٍ لم يدخلها المسلمون بصلاح ولا عنوة .

قال : وقد سئل مالك عن الرجل يجد القبر في أرض العدو فيه فضة وذهب وجوهر وغير ذلك فقال : هو لجميع أهل ذلك الجيش لأن إما وصل إليه بالجيش .

وأما ما ذكرت من العُمد والخشب والصخر فإن كان أمراً يعرف أنه من دفن الجاهلية فهو عندي بمنزلة ما يوجد من رِكازِهِمْ فإن كانوا أهل صلح كان ذلك لأهل ذلك البلد من أهل الذمة ، وإن كانوا عنوة رأيتها لجماعة المسلمين ورأيت لمن وجده أن يبيعه ويتصدق بشمنه ،

فإن كان أمراً يعرف أنه من متاع الإسلام لم أره للمبتاع .

وقلت للبائع فإن عرفت أنه لك أو قامت لك عليه بينة فهو لك، وإن لم تدعه رأيتك لمن وجده أن يعرّفه كما يعرّف اللقطة ، وما يوجد من دفن الإسلام وإن لم يوجد له أحد باعها عنه وتصدق بشمنه . قال ابن القاسم : إذا لم يوجد من أهل تلك القرية التي صالحوا عليها أحد وكانوا قد بادروا تصدق بما وجد من ذلك كله كما يتصدق بما وجد في القرية التي أخذت عنونة .

قال محمد بن رشد : سأله في هذه الرواية عما وجد المشتري في الأرض التي اشتراها واشترط مجهولها ومعلومها مما جعله من الصخر والحجارة والعمد والرخام والأبنة والذهب والفضة فقال : إن ذلك لا يكون للمبتاع ، ويكون حكمه حكم الركاز إن علم أنه من دفن الجاهلية على التفصيل الذي ذكرناه على أصل مذهبة في أن الركاز تبع للأرض الذي وجد فيها ، إن كانت مفتوحة بصلاح وغيره وأنه لا يكون لواجده بعد إخراج الخمس منه إلا أن يكون موجوداً في أرضٍ حرة لم تُفتح بصلاح ولا عنونة وحكم اللقطة إن علم أنه من دفن الإسلام ، ومعنى ذلك إذا لم يدعه البائع أو ادعاه فلم يشبه قوله وتبين كذبه .

وأما إذا ادعاه فأشبه قوله فإنه يكون له مع إذا لم يكن له عليه بينة على قياس قوله .

وفي تكلم ابن القاسم على حكم ما وجد المبتاع في الأرض التي ابتاع على الشرط الذي ذكره وسكته عن البيع دليلاً على جوازه عنده وأن الشرط لا يفسد ، وقد اختلف في ذلك ، فروى زياد قال : سألت مالكاً عن رجل ابتاع منزلًا أو حظاً من منزل فكتب المشتري مجهولاً أو معلوماً أو كتب يعلم أو لا يعلم قال : لا ينقض هذا البيع ونحوه مما يتوثق به المشتري بعد أن ينص ما

اشترى نصفاً أو رُبْعاً أو جزءاً من الأجزاء ، وفي تفسير ابن مزين أن البيع فاسد في الأرض إذا اشتراها واشترط معروفها ومجهولها ، بخلاف إذا اشتري العبد واشترى مجھول ماله ومعلومه ، وقال إن الفرق بينهما أن مال العبد إنما يستثنى المشتري ويشرطه للعبد لا لنفسه ، ألا ترى أنه يطا مِلْكَ يمينه ويكون له حتى ينزعه منه سيده ، وأن مجھول الأرض إذا اشترطه المشتري قد اشتري ما لا يعرف ، ومحمد بن دينار يقول للمبائع ما يوجد في الأرض الذي اباع مما جهله ، وهو قول سحنون في نوازله من كتاب جامع البيوع ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة ، قال في الورثة يقتسمون الأرض فيجد أحدهم في حظه بشراً وبيتاً أو صخراً أو عمداً أو الرجل يشتري الأرض فيجد فيه شيئاً من ذلك إن ذلك لمن وقع في قسمه من الورثة وللمشتري في الشراء ، ولا حق فيه للبائع ، وهذا الاختلاف إنما هو في المجھول الذي لا يُعلم صاحبه ، وأما إن ثبت أن ما وُجِدَ مغيباً في الأرض من متاع البائع أو متاع من ورثه عنه فلا اختلاف في أنه له ، وكذلك ما علم أنه من دفن الجاهلية يكون حكمه حكم الرکاز الموجود في تلك الأرض بلا اختلاف فيكون تبعاً للأرض على مذهب ابن القاسم وبروايته عن مالك إن كانت مفتوحة بعنوة أو بصلاح ولو احتجد إن كانت حرة من أرض العرب ، ويكون لواجده على مذهب ابن نافع كانت الأرض حرة أو عنوة أو صلحية مُتمَلَّكة أو غير متملكة وبالله التوفيق .

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم وابن وهب في الحاج يجد اللقطة نحوً من عشرين ديناراً أو أكثر فيعرفها سنةً فلم يجد لها طالباً هل يأكلها ، وفي العشرة دراهم أو النصف دينار يجده الرجل كم ترى له أن يحبسه ويعرفه ؟ قال ابن وهب : قد بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قال في اللقطة : إنَّه يعرُفها سَنَةً فَإِنْ جَاءَ لَهَا طَالِبٌ دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ لَهَا طَالِبٌ دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ لَهَا طَالِبٌ بَعْدَ الْيَوْمِ أَدَاهَا إِلَيْهِ إِنْ كَانَتْ عَنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَنْهُ شَيْءٌ كَانَتْ عَلَيْهِ دِينًا حَتَّى يَجِدْ قَضَائِهَا وَيَكُونَ صَاحِبَهَا أَسْوَةَ الْغَرَماءِ ، وَإِنْ ماتَ كَانَ فِي سُعَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ إِنْ لَمْ يَوْجِدْ لَهُ مَالًا لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَدْ أَذِنَ لَهُ فِي أَكْلِهَا ، وَأَمَّا الشَّيْءُ الْيَسِيرُ مِثْلُ الدَّرِيَّهَمَاتِ وَالدِّينَارِ فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَعْرُفَ أَيَّامًا فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ صَاحِبًا وَكَانَ مُحْتَاجًا أَنْفَقْ ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا عَنْهُ تَصَدَّقُ بِهِ عَنْ صَاحِبِهِ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : مَا يَتَبَغِي أَنْ يَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ مِنْهُ شَيْئًا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب فلا وجه لإعادته .

مسألة

وَسَأَلَ ابْنَ الْقَاسِمَ عَمَّا يَقْذِفُ الْبَحْرُ مِنَ الْخَشْبِ وَالْحَوْتِ وَالْقِصَاعِ وَنَحْوِهَا يَجِدُهُ الرَّجُلُ عَلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ هُوَ لَهُ خَاصٌ؟ قَالَ : هُوَ لِمَنْ وُجِدَهُ إِلَّا أَنْ يُعْرَفَ صَاحِبُهُ فَيُؤْدِيهِ إِلَيْهِ .

قال محمد بن رشد : معنى هذا عندي في الشيء اليسير الذي يعلم أن صاحبه لا يشح به ولا يطلب به ، وأمّا الشيء الذي له قدر وبالـ فحكمه حكم اللقطة على ما يأتي في الرسم الذي بعد هذا ، وقد كان الشيوخ يحملون المسألتين على أنهما متعارضتان وليس ذلك بصحيح ، وقد مضى في أول سماع ابن القاسم من قولنا ما بينَ هذا الذي ذهبنا إليه في هذه المسألة .

ومن كتاب العنق

وسائل ابن القاسم عن ما لفظ البحر من المتعاف في جده الرجل مما حمله التجار ولا يعرفه ، فقال : إن كان من متع المسلمين عرقه ، وإن كان من متع أهل الشرك نظر السلطان فيه فوضعه على ما يرى ، ولم يكن لمن أخذه ، وإن شَكَ فيه رأيت أن يعرفه ثم يتصدق به .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة لا اختلاف فيما لفظه البحر من أموال التجار المعطوبين فيه أن حكمه حكم اللقطة ، بخلاف مسألة رسم سن من سماع ابن القاسم فيما ألقوه بأيديهم من متعاتهم لتجارة أنفسهم ، هذا قد قيل فيه إنه لمن وحده ، إذ قد ألقوه بأيديهم على وجه اليأس منه ، بمنزلة الذي تقوم عليه ذاته في السفر فيسلمها على وجه اليأس منها على الإختلاف في ذلك ، وقد ذكرناه في مسألة حلف أن لا بيع سلعة سماها من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبس

قال يحيى وسألته هل ينبغي للذى يجُدُ اللقطة أن يأتي بها إلى الأمام بعد تعريف سنة ليُكون هو الذى يأمر ببيعها وتفرق ثمنها صدقة على المساكين ، فقال : وما للإمام ولها ؟ ليس هو مما يلزم الناس أن يرفعوه إلى الإمام لأن المتصدق بها إن جاء صاحبها فأراد أخذ قيمتها أغرمها الذي كان وجدها وتصدق بها ، قال : فإن تعدى الإمام

فأخذها فباعها وتصدق بثمنها رأيت عليه غرمها إذا جاء صاحبها إن أحب أن يغرمه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله : إن الخطاب يوجه في اللقطة من النبي عليه السلام إلى واجدِها بقوله له : أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإنْ فشأنك بها ، فإنْ أخذَها منه وتصدق بها كان متعدياً فيها وضامنها له إلا أن يعطيه إياها واجدُها باختياره ليتصدق بها على سبيل الوكالة له فلا يتقل عنده الضمان إن جاء صاحبها وبالله التوفيق .

من سماع موسى بن معاوية من ابن القاسم

وسائل مالك عن اللقطة تُوجَدُ في قريةٍ ليس فيها إلاّ أهل الذمة فقال : تدفع إلى أحبارهم .

قال محمد بن رشد : هذا قولٌ فيه نظر ، إذ في الإمكان أن تكون لمسلم وإن كانت وجدت بين أهل الذمة ، فكان الاحتياط أن لا تدفع إلى أحبارهم إلاّ بعد التعريف لها استحساناً لقلة الظن أنها لهم على غير قياس ، فإنْ دفعت إليهم بعد التعريف لها ثم جاء صاحبها غرموها له ، وإنما كان يلزم أن تدفع ابتداء إلى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع من يقولوا إنَّ من ديننا أن يكون حكم اللقطة لأهل ملتنا مصروفاً إلينا ، وأما إذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع إلى أحبارهم وتكون موقفة أبداً وبالله التوفيق .

من نوازل سحنون

وسائل عن الرجل يجد الشاة قد اختلطت بعنه فلا يجد لها

صاحبًا ، قال : يكون سببُها سببَ اللقطة يتصدق بها ، فإن جاء صاحبُها ضمنها له ، قيل له فما يصنع بِلبنها ؟ قال : يشربُه ، وهذا خفيفٌ لأنَّه يرعاها ويتفقدُها .

قال محمد بن رشد : قولُ سحنون هذا إنَّه يضمنها لربها إنْ جاء إذا تصدق بها مثلُ قولِ مالك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب ، خلافُ قوله في رسم الأقضية الثاني منه ، وقولُه في لبنها إنَّه يشربُه لأنَّه يرعاها ويتفقدُها يبين قولَ مالك في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ، وقد مضى تحصيلُ القول في ذلك كله في الموضعين وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبدُ الملك : سألت ابنَ وهب عن اللقطة يجدها الرجلُ فيستنفقها بعدِ السنة فيقوم عليه الغرماء ولم يأت صاحبُها أترى أن يحاصرُ بها الغرماء فقال : نعم أرى للسلطان أن يحاصرُ بها الغرماء ، وسألت أشهبَ فقال لي مثلَه إلَّا أنه لم يذكرُ السلطان .

قال محمد بن رشد : ليس سكوتُ أشهب عن ذكرِ السلطان في هذا بمخالفٍ لقولِ ابنِ وهب ، لأنَّ السلطان هو الناظرُ في هذا لصاحبِ اللقطة لكونه في منزلة الغائب إذ لا يعرف ، ومعنى ذلك إذا عُرف إقرارُه باستنفاقه اللقطة قبل أن يقام عليه الغرماء ، إذ لا يجوز إقرارُ المفلس بالدين بعد التغليس لمعين معلوم ، فكيف لغائبٍ مجهولٍ وبالله التوفيق .

من نوازل سئل عنها سحنون

وسئل أشهبُ عن الرجلين يدعيان اللقطة عندَ الرجلِ قد

وَجَدَهَا فِي صُفْ أَحَدُهُمَا الْعَفَاصُ وَالْوِكَاءُ ، وَيَصِفُ الْأَخْرُ عَدْ الدِّنَارِيِّ وَوْزْنَهَا ، قَالَ : فَهِيَ لِلَّذِي عَرَفَ الْعَفَاصُ وَالْوِكَاءُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ عَرَفَ الْعَفَاصُ وَحْدَهُ كَانَتْ لَهُ أَيْضًا بَعْدَ الإِسْتِبْرَاءِ ، قَيلَ : فَلَوْ أَنَّ رَجُلًا إِدْعَاهَا وَحْدَهُ وَعَرَفَ الْعَفَاصَ ؟ قَالَ : فَيُسْتَبَرِّئُ فَإِنَّ لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ أُعْطِيَهَا الَّذِي عَرَفَ الْعَفَاصَ ، وَإِنَّمَا الْحَدِيثُ الَّذِي جَاءَ إِعْرَافُ الْعَفَاصِ وَالْوِكَاءِ فَإِنْ جَاءَ طَالُبُهَا فَإِنَّمَا ذَلِكَ مِثْلُ الْخَلِيلِيْنِ إِذَا كَانَ الدَّلْوُ وَالرَّاعِيُّ وَالْمَرَاحُ وَاحِدًا ، فَهُوَ إِذَا جَمِعَ الرَّاعِيُّ وَالْمَرَاحُ أَوْ الدَّلْوُ فَهُمَا خَلِيلَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا عَرَفَ هَذَا بَعْضًا وَلَمْ يَعْرِفْ بَعْضًا .

قَلْتُ : فَلَوْ قَالَ هِيَ فِي خَرْقَةٍ حَمْرَاءُ وَخِيطٌ أَبْيَضٌ فَوُجِدَتِ الْخَرْقَةُ كَمَا قَالَ وَالخِيطُ أَسْوَدُ ؟ قَالَ فَيُسْتَبَرِّئُ أَيْضًا ثُمَّ يَرْجِعُ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَالَ لِي : هَذَا قَدْ أَكَذَبَ نَفْسَهُ إِذَا دَعَى الْمَعْرِفَةَ بِالْوِكَاءِ وَالْعَفَاصِ ثُمَّ وَجَدَ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى غَيْرِ مَا قَالَ ، فَلَا يَصِدِّقُ ، وَإِنَّمَا يَصِدِّقُ إِذَا أَصَابَ فِي بَعْضِ وَادْعَى الْجَهَالَةُ فِي بَعْضٍ فَيُسْتَبَرِّئُ فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ بِأَحْقَنِ مَا دَعَى وَإِلَّا أُعْطِيَهَا ، قَيلَ : فَوَصَّفَ الْعَفَاصَ وَالْوِكَاءَ وَادْعَى إِنَّهَا دِنَارِيَّ فَوُجِدَ الْعَفَاصُ وَالْوِكَاءُ كَمَا قَالَ وَوُجِدَ فِيهَا دِرَاهِمٌ ؟ قَالَ لِي : لَا يُعْطَاهَا لَأَنَّهُ إِنَّمَا دَعَى دِنَارِيَّ ذَهَبَتْ مِنْهُ لَمْ يَدْعُ دِرَاهِمًا ، قَالَ لِي : وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ خَرْقَةٍ حَمْرَاءُ وَخِيطٌ أَبْيَضٌ وَالدِّنَارِيُّ هَاشِمِيَّةٌ فَوُجِدَتِ الْخَرْقَةُ وَالخِيطُ كَمَا قَالَ ، وَوُجِدَتِ الدِّنَارِيُّ عَنْقُ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : قَالَ إِنَّمَا دَعَى اللَّقطَةَ رَجَلَانِ ، فَوَصَّفَ أَحَدُهُمَا الْعَفَاصُ وَالْوِكَاءُ ، وَوَصَّفَ الْأَخْرُ عَدَ الدِّنَارِيِّ وَوْزْنَهَا إِنَّهَا لِلَّذِي عَرَفَ الْعَفَاصُ وَالْوِكَاءُ ، يَرِيدُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَالْخَلْفَ فِي هَذَا ، وَإِنَّمَا لَا اخْتِلَافٌ إِذَا جَاءَ وَحْدَهُ فَقِيلَ إِنَّهَا تُدْفَعُ إِلَيْهِ بِالصَّفَةِ دُونَ يَمِينِهِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَذَهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَدوْنَةِ ، وَالْوَجْهُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الصَّفَةَ فِي اللَّقطَةِ الَّتِي لَا دَافِعٌ لَهَا

كالبينة القاطعة فيما له من يدفع عنه ، وقيل إنه لا يدفع إليه إلا بيمين .

وقال : إن وصفها رجلان أحلفا ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف متهم ، وإن حلفا جمِيعاً أو نكلا جمِيعاً قسمت بينهما ، قوله إنه يقسم بينهما إذا نكلا ردّ لقوله إنه لا يدفع إليه إذا جاء وحده إلا بيمين ، واستحسن أصبغ في أحد قوله إذا وصف أحدهما العفاص والوكاء ووصف الآخر عدد الدنانير والدرارم وصفتها أن تُقسم بينهما بعد أيمانهما كما لو اجتمعوا جميعاً على صفة العفاص والوكاء .

والاختيار أن يصف مدعى اللقطة العفاص والوكاء وما اشتملا عليه من عدد الدنانير والدرارم وصفتها ، فإن وصف بعضاً وجهل بعضاً أو غلط فيه ففي ذلك اختلاف وتفصيل : فأما جهله بالعدد فلا يضره إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك غلطه فيه بالزيادة لا يضره لجواز أن يكون قد اغتيل في شيء منها ، واختلف في غلطه فيه بالنقصان إذا عَرَفَ العفاص والوكاء على قولين ، وكذلك واختلف في غلطه فيه بالنقصان إذا عَرَفَ العفاص والوكاء وأما إذا غلط في صفة الدنانير فلا أعلم خلافاً في أن لا شيء له .

وأما العفاص والوكاء إذا وصف أحدهما وجهل الآخر أو غلط فيه ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه لا شيء له إلا بمعرفتهما جمِيعاً . والثاني أنه يستبرى أمره فإن لم يأت أحد بآثٍ مما أتى به دفعت له ، والثالث أنه إن ادعا الجهة استبرى أمره وإن غلطاً لم يكن له شيء ، وهذا أعدل الأقوال والله أعلم .

ولو جهل العفاص والوكاء جمِيعاً وعْرَفَ عدد الدنانير وصفتها وزنها لتتخرّج على قول أصبغ الذي قاله على طريق الإحسان إذا وصف أحد المدعىَيْن العفاص والوكاء والآخر عدد الدنانير وصفتها وزنها أن تُقسم بينهما

أن تكون له^(٩) إذا جاء وحده فوصف عدد الدنانير والدرهم وصفتها وزنها وجهل العفاص والوكاء جميعاً وبالله التوفيق .

مسألة

قيل لأصيغ : الرجل يلتقط الشاة الضالة بفلاة من الأرض بموضع يجوز له أكلها فيذبحها ثم يأتي بها معه إلى الأحياء عليه أن يعرفها ؟ قال : ليس عليه أن يعرفها ، وأكله لها طيب كان غنياً عنها أو لم يكن وكذلك جلدتها .

قلت : فلو اعترفها ربها في يديه قبل أن يأكلها ، قال : فهو أولى بها إذا أدركها ، قيل : فلو كان ملتفطاً استحياتها حتى قدم بها الأحياء أيكون له أن يعرفها ؟ قال : هذا مخالف لما ذكرت ، وعليه أن يعرفها أو يصرفها إلى أهل قريّة يعرفونها ولا حق له فيها ولا يحل له حبسها ، لأنها أنها جاز أكلها وذبحها بالفلاة أو المقطوع لثلا تلف إن تركها أكلتها السابعة وإن تحملها أضررت به ، فلما تحمل من حملها ما لم يكن عليه حتى بلغها الأحياء كانت كما التقطرها هنا ، تُعرف ولا تُؤكَل .

قال محمد بن رشد : اعترض أبو اسحاق التونسي قول أصيغ هذا إذا قدم بها الأحياء مذبوحة فقال : الأصوب أن لا يأكل اللحم وأن يبيعه وينهى عنه لأن الإباحة إنما كانت له حيث لا ثمن له ، ولو تركه هناك لأكله الذئب وفي الحاضرة قد صار له ثمن ، وهو صحيح ، وبالله التوفيق .

(٩) كذا بالأصل وينسخة ق ٣ : ولعله كما ينبغي أن تكون له .

كتاب المزارعة

من سماع عيسى بن دينار
من ابن القاسم من كتاب السلم

قال عيسى : وسئل ابن القاسم عن رجلين اشتراكا على مزارعه فاشترى أحدهما نصف البذر قمحاً جيداً نقياً ، فعرضه على صاحبه فرضيه وأجازه ، ثم اشتري الشريك الآخر النصف الآخر قمحاً ردئاً فزرع منه ثلاثة فعرضه على صاحبه فرضيه واستجازه على وجه التجوز والمسامحة ، فزرع صاحب النصف الجيد قمحه رقيقاً فدادين ، وزرع الآخر قمحه الرديء فزرع به فدادين وشيشاً ، ثم تشاها ؟ قال : يؤدي كل واحد منها إلى صاحبه نصف ثمن زريعته فيستويان .

قال محمد بن رشد : قوله اشتراكا على مزارعه معناه اشتراكا في الحرش للزراعة ، وإرادته أنهما اشتراكا على أن يجعل كل واحد منهما زوجة ويده ونصف البذر ، والأرض لهما أو بأيديهما اكتفاء أو مزارعة أو مئحة بدليل قوله فزرع صاحب النصف الجيد قمحه فزرع منه كذا وكذا ، وزرع الآخر قمحه الرديء فزرع منه كذا وكذا ، والشركة على هذا إنما تصح إذا كان يحتاجان إليها إلى التعاون في إفران البقر للحرث وحليها والقيام عليها في سقيها وعلفها وما أشبه ذلك .

ويختلف في هذه الشركة هل تلزم بالعقد أم لا ؟ على اختلافهم في

المزارعة ، فجاء جوابه في هذه المسألة على القول بأنّها لا تلزم بالعقد ، وهي رواية أصبح عنده في سماعه بعد هذا ، لأنّه أفسد الشركة بينهما مسامحة أحدهما الآخر بعد العقد فيما أخرج من القمح الذي لا يعدل قمحه في الطيب ، مع ما بينهما من التفاوت الكبير الذي لا يجوز أن يسمح في مثله في الشركة التي لا تلزم بالعقد ، وذلك معارض لقوله في رسم الجواب بعد هذَا على ما سنذكره ونبين وجهه إن شاء الله ، وأما على القول بأنّها تلزم بالعقد فيجوز أن يسمح أحدهما للآخر بعد العقد بالقليل والكثير قولهً واحداً ، فقوله على القول بفساد الشركة بمسامحة أحدهما الآخر بعد العقد إذ لم يرها لازمةً بالعقد : إنه يؤدي كل واحد منها إلى صاحبه نصف ثمن زريعته فيستويان صحيح على القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة بينهما على ما اشتراكا عليه ويتعادلان فيما أخرجه فمن كان له منها فضل على صاحبه رجع به عليه ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة إذا سلماً من كراء الأرض بما يخرج منها ، وهو الذي يأتي أيضاً على القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب العمل ، إذ قد عملاً جميعاً ، وعلى القول أيضاً بأنه من اجتمع له شيئاً من ثلاثة أصول وهي العمل والأرض والبذر وعلى القول أيضاً أنه من اجتمع له شيئاً من ثلاثة أصول وهي الأرض والبذر والبقر إذ قد اجتمع لكل واحد منها البذر والبقر ، وعلى القول أيضاً بأنه من اجتمع له منها شيئاً من أربعة أصول وهي الأرض والعمل والبقر والبذر إذ قد اجتمع لكل واحد منها ثلاثة أشياء .

وأما على القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر فيجب أن يكون لكل واحد منها ما أنتَ قمْحُه ، وإلى هذا ذهب أبو اسحاق التونسي فقال : إن كان بينهما تفاوت لا يجوز أن يسمح به في الشركة فكان يجب أن يكون لكل واحد منها ما أنتَ قمْحُه كشعير وقمح إلا أنْ يُقدَّرَ أنَّ التفويت إذا كان بإذن صاحبه صار كالقبض ، فيجب مثل ذلك في القمح والشعير وفي الشركة الفاسدة بالعروض أن يضمن كل واحد منها نصف قيمة عرضِ

صاحبـه ، وهذا الذي قاله أبو اسحاق التونسي صحيح كأن وجه القول في كون الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر هو بقاء يده على بذرـه مع شريكـه فلم يـُبـيـّـن بـِحـضـتـه منه بـِيـّـنـة صـحـيـحـة هـذـا وجـهـ القـوـلـ فيـ هـذـهـ المسـأـلةـ .

وقد قال ابن دحـونـ فيها : هـذـهـ مـسـأـلةـ مـشـكـلـهـ لأنـهـ أـبـطـلـ ماـ قـدـ تـرـاضـيـاـ بهـ ، وإنـماـ ذـلـكـ لأنـهـمـاـ لـمـ الـقـمـحـ منـ السـوقـ وـكـانـاـ كـأـنـهـمـاـ إنـماـ اـشـتـرـكـاـ بـالـأـثـمـانـ الـتيـ اـشـتـرـيـاـ بـهــاـ .ـ فـرـدـهـاـ إـلـىـ تـسـاوـيـ الأـثـمـانـ ،ـ أـلـاـ تـرـىـ آـنـهـ لـوـ ضـاعـ ماـ اـشـتـرـىـ أـحـدـهـمـاـ قـبـلـ شـرـاءـ الـآـخـرـ كـانـ عـلـيـهـمـاـ إـذـاـ اـشـتـرـاهـ لـلـزـرـاعـةـ وـلـلـشـرـكـةـ الـتـيـ عـقـدـاـ حـوـلـ ذـلـكـ عـلـىـ أـنـهـمـاـ إنـماـ اـشـتـرـكـاـ بـالـأـثـمـانـ مـاـ اـشـتـرـيـاـ ،ـ فـرـدـهـمـاـ إـلـىـ التـسـاوـيـ ،ـ وـلـوـ كـانـ ثـمـنـ الـقـمـحـ الرـدـيـ مـثـلـ الـقـمـحـ الجـيـدـ لـمـ يـتـرـاجـعـاـ إـذـاـ تـرـاضـيـاـ ،ـ وـلـوـ كـانـ ثـمـنـ الرـدـيـ أـكـثـرـ مـنـ ثـمـنـ الطـيـبـ لـرـجـعـ عـلـىـ صـاحـبـ الطـيـبـ بـمـاـ فـضـلـهـ إـذـاـ تـرـاضـيـاـ أـلـاـ ،ـ وـلـوـ كـانـ الـقـمـحـ أـخـرـجـهـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـمـاـ مـنـ دـارـهـ وـلـمـ يـشـتـرـهـ وـتـرـاضـيـاـ بـجـيـدـهـ وـرـدـيـهـ لـمـ يـكـنـ لـأـحـدـهـمـاـ رـجـوعـ فـيـ ذـلـكـ ،ـ إـنـماـ جـازـ لـهـ الرـجـوعـ لـمـاـ اـشـتـرـيـاـ مـنـ السـوقـ فـصـارـ إـنـماـ اـشـتـرـكـاـ بـالـأـثـمـانـ فـيـهـاـ وـتـرـاجـعـاـ ،ـ هـذـاـ نـصـ قـوـلـ ابنـ دـحـونـ ،ـ وـهـوـ كـلامـ مـخـتـلـ الـوـجـهـ لـهـ ،ـ لـأـنـ لـفـظـ الشـرـكـةـ تـقـتـضـيـ التـكـافـؤـ فـيـمـاـ يـخـرـجـهـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـمـاـ عـوـضـاـ عـمـاـ يـخـرـجـهـ صـاحـبـهـ ،ـ فـإـذـاـ رـضـيـ أـحـدـهـمـاـ بـعـدـ عـقـدـ الشـرـكـةـ بـأـنـ يـخـرـجـ صـاحـبـهـ أـدـنـىـ مـنـ الـقـمـحـ الـذـيـ يـخـرـجـ هـوـ ،ـ فـقـدـ يـفـضـلـ بـنـصـفـ مـاـ زـادـتـ قـيـمةـ طـعـامـهـ عـلـىـ طـعـامـ صـاحـبـهـ ،ـ وـكـانـ ذـلـكـ عـلـىـ القـوـلـ بـأـنـ الـعـقـدـ غـيـرـ لـازـمـ بـمـتـزـلـةـ مـاـ لـوـ شـارـكـهـ عـلـىـ ذـلـكـ اـبـتـدـاءـ ،ـ وـوـجـبـ أـنـ تـفـسـخـ الشـرـكـةـ بـيـنـهـمـاـ إـلـاـ أـنـ يـفـوتـ بـالـبـذـرـ فـيـكـونـ لـكـلـ وـاحـدـ مـنـهـمـاـ مـاـ أـنـبـئـ قـمـحـهـ عـلـىـ القـوـلـ بـأـنـ الزـرـعـ فـيـ المـزارـعـةـ فـاسـدـةـ لـصـاحـبـ الـبـذـرـ ،ـ وـيـكـونـ الزـرـعـ بـيـنـهـمـاـ عـلـىـ القـوـلـ الـآـخـرـ وـيـتـعـادـلـانـ فـيـ قـيـمةـ مـاـ أـخـرـجـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـمـاـ مـنـ طـعـامـ اـشـتـرـاهـ مـنـ السـوقـ أوـ جـاءـ بـهـ مـنـ دـارـهـ ،ـ وـاستـدـلـالـهـ عـلـىـ الـفـرـقـ بـيـنـ الـوـجـهـيـنـ بـمـاـ ذـكـرـهـ مـنـ الضـمـانـ لـاـ يـصـحـ ،ـ إـذـ لـاـ فـرـقـ بـيـنـهـمـاـ فـيـ الضـمـانـ أـيـضاـ وـإـنـ تـلـفـ بـعـدـ أـنـ عـرـضـهـ عـلـىـ صـاحـبـهـ فـرـضـيـهـ وـأـجـازـهـ لـكـانـتـ مـصـيـبـتـهـ مـنـهـمـاـ عـلـىـ قـيـاسـ القـوـلـ بـأـنـ الزـرـعـ بـيـنـهـمـاـ وـمـنـ صـاحـبـهـ الـذـيـ جـاءـ

بـه من عـنـه عـلـى قـيـاس القـوـل بـأـنـ لـه مـا أـنـتـ دـوـنـ شـرـيـكـه ، وـلـا فـرـقـ فـي ذـلـكـ كـلـه بـيـنـ أـنـ يـشـتـريـه مـنـ السـوقـ أـوـ يـأـتـيـ بـهـ مـنـ دـارـهـ ، وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ .

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

وسـئـلـ عـنـ الرـجـلـ يـعـطـيـ أـرـضـهـ وـبـقـرـهـ رـجـلـاـ وـزـرـيـعـتـهـ يـعـمـلـ بـهـ عـلـىـ أـنـ يـخـرـجـ عـنـ دـفـعـ الزـرـعـ مـاـ أـعـطـاهـ مـنـ زـرـيـعـتـهـ ثـمـ يـقـسـمـانـ مـاـ بـقـيـ عـلـىـ النـصـفـ ، ثـمـ يـزـعـمـ الـذـيـ أـمـسـكـ الزـوـجـ أـنـ لـهـ نـصـفـ الزـرـيـعـةـ ، وـهـوـ مـقـرـ لـصـاحـبـهـ بـأـرـضـهـ وـبـقـرـهـ وـنـصـفـ الزـرـيـعـةـ وـأـنـكـرـ الـآخـرـ أـنـ يـكـوـنـ لـهـ شـيـءـ إـلـاـ عـمـلـ بـيـدـهـ فـالـقـوـلـ قـوـلـ مـنـ تـرـاهـ ؟ـ قـالـ اـبـنـ كـنـانـةـ :ـ الـقـوـلـ قـوـلـ مـنـ زـرـعـ الـأـرـضـ وـالـزـرـيـعـةـ بـيـنـهـمـاـ شـطـرـانـ ، وـهـوـ الزـارـعـ الـذـيـ رـيـءـ يـزـرـعـ الـأـرـضـ قـالـ اـبـنـ الـقـاسـمـ مـثـلـهـ وـهـوـ مـنـ نـاحـيـةـ قـوـلـ مـالـكـ .ـ

قـالـ مـحـمـدـ بـنـ رـشـدـ :ـ وـهـذـاـ كـمـاـ قـالـ عـلـىـ مـذـهـبـ مـالـكـ ،ـ لـأـنـ رـبـ الـأـرـضـ يـدـعـىـ عـلـىـ الزـارـعـ أـنـ أـسـلـفـ نـصـفـ الزـرـيـعـةـ ،ـ وـأـنـهـ شـارـكـهـ عـلـىـ ذـلـكـ بـشـرـطـ ،ـ وـذـلـكـ يـوـجـبـ فـسـادـ الشـرـكـةـ ،ـ فـوـجـبـ أـنـ يـكـوـنـ الـقـوـلـ لـلـزـارـعـ الـذـيـ يـنـكـرـ السـلـفـ وـيـدـعـىـ صـحـةـ الشـرـكـةـ عـلـىـ أـصـوـلـهـمـ فـيـ أـنـ الـقـوـلـ قـوـلـ مـدـعـيـ الصـحـةـ ،ـ وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ .ـ

ومن كتاب الجواب

وـسـأـلـتـهـ عـنـ رـجـلـيـنـ اـشـتـرـكـاـ عـلـىـ الزـارـعـ ،ـ فـجـعـلـ أـحـدـهـمـاـ زـوـجاـ وـالـآخـرـ يـمـسـكـ الزـوـجـ وـيـحـرـثـ بـهـ ،ـ وـجـعـلـ صـاحـبـ الزـوـجـ الزـرـيـعـةـ كـلـهـاـ عـلـىـ أـنـ يـرـدـ عـلـيـهـ الشـرـيـكـ نـصـفـ الزـرـيـعـةـ أـوـ ثـمـنـهـاـ ،ـ قـالـ اـبـنـ

القاسم : هذه شركة فاسدة ، لأنها شركة وسلف ، قبل كل شيء فالزرع بينهما نصفين على قدر شركتهما ، ويرد على صاحب الزرعة نصف زريعته ، وينظر إلى قدر قيمة عمل الزوج البقر ، وإلى قدر قيام الآخر عليه وامساكه إياه وحرثه به ، فأيهما كان له الفضل منهما رجع على صاحبه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأنها شركة أبدان ، فلما فسدت باشتراط السلف فيها وجب أن يكون الزرع بينهما على مذهب ابن القاسم ، ويتعادلان فيما أخرجاه ، فمن كان منهما له فضل على صاحبه رجع به عليه ، وسخنون يقول إن الزرع لصاحب السلف على أصله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن رجلين اشتركا في الحرش على النصف أو على الثلث لأحدهما الأرض والأخر يعمل بيديه وزوجه ، فقال أحدهما لصاحبه اجعل الزرعة كلها وعلى نصفها أو ثلثها أردها عليك ، فعملا جمیعاً على ذلك فصلاح الزرع أو هلك ، وكيف إن قال له : أسلفني بعدما عقد الشركة ؟

قال ابن القاسم : الشركة فاسدة للسلف الذي أسلفه من الزرعة إذا كانا على ذلك اشتركا ، فإن وقع هذا فالزرع بينهما على قدر ما اشتركا من النصف أو الثلثين أو الثلث ، والمصيبة بينهما على قدر ذلك إن هلك الزرع أو لم ينبت ، ويرجع مسلف الزرعة على صاحبه ما أسلفه متى شاء ، وينظر إلى قيمة كراء الأرض وإلى قيمة عمل الآخر بيده وزوجه فأيهما كان له فضل منهما رجع به دراهم أو دنانير ، وليس في الزرع .

وإن كانت الشركة على غير سلف ثم سأله أن يسلفه الزريعة ففعل فليس بذلك بأس ، والشركة حلال جائزة ، إذا كان قيمة العمل مكافأة لقيمة كراء الأرض على ما فسرت لك ، فإن كان في ذلك فضل رجع من كان له الفضل بالفضل على صاحبه على نحو ما أخبرتك ، وروها أصبح .

قال محمد بن رشد : القول في هذه المسألة كالقول في المسألة التي فوقها ، لأن المزارعة تفسد باشتراط السلف فيها كما تفسد الشركة بذلك ، وإذا فسدت بذلك وجب في مذهب ابن القاسم أن يكون الزرع بينهما على ما اشترطاه من الأجزاء ، ويعادلان فيما أخرجاه ، فمن كان له فضل على صاحبه رجع به عليه ، ويبطل الأجل في السلف لفساده إن كان له أجل وسخون يبطل السلف لبقاء يد السلف عليه ، ويجعل الزرع كله للعامل الذي جعل البذر ، ويكون عليه لصاحب الأرض كراء المثل فيها على أصله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر في قول ابن القاسم في الرواية .

وإن كانت الشركة على غير سلف ثم سأله أن يسلفه الزريعة ففعل فليس بذلك بأس نظر على أصله في أن المزارعة لا تلزم بالعقد ، لأن القياس على القول بأنها لا تلزم بالعقد لا يجوز السلف بعد العقد كما لا يجوز في العقد ، فهذا من قوله معارض لقوله في أول مسألة من السماع ، وقد قال بعض أهل النظر : إن هذا من قوله يدل على أن المزارعة تلزم بالعقد خلاف روایة أصبح ، إذ لو لم يلزم بالعقد عنده لما جاز السلف قبل العقد ولا بعده ما لم يعمل ، كما لا يجوز ذلك في القراض ، ولا دليل من قوله في هذه الرواية على ذلك ، إذ قد ذكر فيها ما يدل على أنها لا تلزم بالعقد ، وهو قوله فليس بذلك بأس والشركة حلال جائزة اذا كان قيمة العمل مكافأة لقيمة كراء الأرض ، لأن من يرى المزارعة لأزمة بالعقد يجيز التفاضل فيها ، فلا يشترط في جوازها

التكافؤ فيما يخرجان ، وإنما لم تفسد المزارعة إذا كان السلف بعد العقد وإن كانت عنده غير لازمة بالعقد مراعاةً لقول من يراها لازمةً بالعقد ولعلهما ظناً أنها لازمة بالعقد فبعدت التهمة عندها عليهما ، ولو علمَا أنها لا تلزم بالعقد ولا يُحكم بلزمها على من أبي التزامها منهما لاتفاقاً أن تفسد المزارعة بينهما بالطوعية بالسلف بعد العقد ، فهذا يوجبه قوله في هذه الرواية وبالله التوفيق .

ومن سماع سحنون

قال سحنون : قال ابن القاسم : قال مالك : من دفع أرضه إلى رجل يزرعها على أن ما أخرج إليه فيها من الزرع بين الزارع وبين صاحب الأرض فإن الزرع كله للذي زرعه ، ويعمرم الزارع لصاحب الأرض كراء أرضه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها ، ولا اختلاف في المذهب في أن ذلك لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن المُحَاقَّةِ والمُخَابَرَةِ^(١) .

والمزارعة إذ تأولوا أن المراد بذلك كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها ، وقد جاء النهي عن ذلك نصاً : روى عن النبي عليه السلام أنه قال :

(١) الذي في صحيح البخاري عن أنس في كتاب البيوع : باب بيع المخاضرة : [نهى صلى الله عليه وسلم عن المُحَاقَّةِ والمُخَابَرَةِ والمُلَامَسَةِ والمُنَابَذَةِ والمُزَابَنَةِ] والمُحَاقَّةِ : بيع الطعام في سنبلة بقدر معلوم من الحنطة ، والمُخاضرة بيع الشمار خضراء ، والمُلَامَسَةِ أن يقول شخص لآخر إذا لمست ثوبه فقد لزم البيع ، والمُنَابَذَةِ أن ينذر رجل إلى آخر ثوباً والآخر كذلك ويعترض ذلك بيعاً ، والمُزَابَنَةِ والمراد بها المغالبة إذ بالمغالبة تحصل المزابنة .

«من كانت لها أرض ليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرهها بثلث ولا بربع ولا طعام»^(٢).

وأجاز ذلك جماعة من أهل العلم منهم الليث بن سعد، وحجتهم في ذلك إعطاء رسول الله صلى الله عليه يهود خبير الأرض والنخل على شطر ما يخرج من ذلك وتأنّلوا في المحاكلة أنها إشتراء الأرض بالحظة ، وال الصحيح ما ذهب إليه مالك ، لأن النص قد جاء بالنهي عن كراء الأرض بالثلث والربع .

و الحديث المسافات يمكن تأويلاً على ما تأوله إليه مالك من أن الأرض كانت يسيرةً بين أضعاف السوداد ، وقد اختلف أهل العلم في جواز كراء الأرض وفيما يجوز أن تكري به إختلافاً كثيراً لتعارض ظواهر الآثار الواردة في ذلك عن النبي عليه السلام يحصل فيها ثمانية أقوال قد ذكرتها في غير هذا الكتاب وبالله التوفيق .

مسألة

وقال ابن القاسم قال مالك : من دفع حبًّا إلى رجل يزرعه في أرضه على أنَّ الزرع بينهما فإن الزرع كله لصاحب الأرض ويعطي صاحب الأرض صاحب الحب مكيله حبه ، قال سحنون : لا يعجبني هذا وأرى الزرع كله لصاحب الحب ويعطي الزارع أجرته وأجرة بقره وكراء أرضه .

(٢) الحديث في صحيح البخاري عن ظهير بن رافع ، قال : دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما تصنعون بمحاقلكم ؟ قلت : نؤجرها على الربع وعلى الأُوستي من التمر والشعير ، قال لا تفعلوا ، أزرعواها أو أزرعواها غيركم أو أمسكوها ، قال رافع : قلت سمعاً وطاعة وفيه عن عطاء عن جابر قال : كانوا يزرعون بالثلث والربع والنصف ، فقال صلى الله عليه وسلم : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرِعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا فَإِنْ لَمْ يَفْعُلْ فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهْ .

قال محمد بن رشد : الفساد في هذه المزارعة بين لأنه يدخلها كراء الأرض بما يخرج منها من الطعام ، فلا اختلاف في المذهب في وجوب فسخها وإبطال الجزء بينهما ، وإنما الاختلاف في الزرع لمن يكون على هذين القولين ؟ لا ثالث لهما وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل ابن القاسم عن الأرض تكون بين الرجلين فيقول أحدهما لصاحبه : خذ هذه الدنانير فاشتر بها ما يصير على من الزراعة فإذاً ويزرع ثم يقول الموكّل على الشراء : ما اشتريت وإنما أخرجت ذلك من عندي . قال : فلللموكّل أن يكذبه ويكون الزرع بينهما ، لأنه يُتهم أن يكون يدعى عليه سلفاً من طعام وقد أمر بالشراء قال : ولو كان الذي أمره باشتراكه صدقه أنه لم يشتري ؟ قال : فهو بال الخيار إن شاء أعطاه المكيلة وكان شريكه في الزرع ، وإن شاء أخذ دنانيره ولم يكن له في الزرع شيء .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن الوكيل إذا أقر بما ادعى عليه شريكه من أنه دفع إليه دنانير ليشتري بها ما يصير عليه من الزراعة ويزرع ، ثم إدعى أنه زرع من عنده ولم يشتري شريكه شيئاً لا يصدق في ذلك لأنه يدعى سلفاً من الطعام على شريكه .

وقوله لللموكّل أن يكذبه معناه لا يلزمه أن يصدقه لأن له أن يكذبه وإن علم أنه صادق ، وإنما معناه أن القول قوله فيما يدعى من كذبه أو الجهل بصدقه ، فإن حقيقة الدعوى عليه بأنه كاذب حلف على ذلك وكان له نصف الزرع ولم يكن للوكييل عليه ما ادعاه من الطعام ، وكذلك إن لم يتحقق الدعوى عليه بذلك ، غير أنه يحلف أنه لا يعلم ما يقول الوكييل من أنه زرع من عنده

ولم يشتري شيئاً ، فإن نكلَ عن اليمين حلف الوكيل ورد إليه دنانيره وأخذ منه الطعام الذي زعم أنه زرعه له من عنده .

وأما إن صدقه الموكِلُ أنه لم يشتري شيئاً فقال في الرواية إنه بال الخيار إن شاء أعطاه الكيل و كان شريكه في الزرع ، وإن شاء أخذ دنانيره ولم يكن له في الزرع شيء ، وذلك كلامٌ وقع على غير تحصيلٍ ، لأنه إنما يخier بين أن يترك الزرع وبين أن يأخذه و يؤدى الطعام ، وأما الدنانير فيأخذها على كل حال إذ قد صدقه أنه لم يشتري لها شيئاً ، وفي تخييره في ذلك اختلافٌ ، قد قال ابن القاسم في سماع أصبع بعد هذا في نظير هذه المسألة إنَّه لا ينبغي أن يكون صاحبُ البذر مخيراً بين أن يعطي بذراً و يأخذ زرعاً وبين أنْ يُسلِمَ الزرع ، وكذلك قال يحيى بن عمر إنه إن صدقه أنه لم يشتري أو قامت بذلك بينه وزرع من عنده فالزرع لبادره ، ولا يجوز للآخر الرضي بأخذِ نصفِه و يؤدى الزرعة ، وهذا حرامٌ ، وليأخذ دنانيره وما يجب له من كراء الأرض و بقير و عبيدٍ ، وكذلك قال ابن القاسم في كتاب إبن سحنون إنَّه إن صدقه وقد تمَ الزرع يريد بالبذر ، فهو لمن زرعه وللآخر كراء أرضه بعد أن حكي عن ابن القاسم مثل ما قاله في العتبة في هذه الرواية ، وإنما يكون مخيراً في ذلك على القول بأنه مخير فيه ، إذا قال الوكيل إنما زرعت له ولنفسه على أن يكون لي نصفُ البذر عليه سلفاً ، وأما إن قال زرعت لنفسك خاصة فالزرع له وعليه كراء نصفِ الأرض ونصفِ البقر ونصفِ العبيد إن كان ذلك كله بينهما ، ولا تخيير في ذلك للشريك بحالٍ عند أحدٍ ، ولو علمتا صدق قول الوكيل فيما ادعاه من أنه زرع لنفسه أو للشريك لم يكن له في ذلك خيارٌ ، وإنما الخلاف اذا لم يعلم صدقه من كذبه ، فهو يخشى إن صدقه أن يكون كاذباً ، وإن كذبه أن يكون صادقاً ، فيدخل ذلك في كل وجه يبيح الزرع بطعم ، لأنَّه إن كان زرع لنفسه فالزرع له لا يجوز أن يأخذ فيه طعاماً من الشريك ، وإن كان زرع للشريك لا يجوز أن يُسلِمَه إليه بما له عليه من الطعام ، ولهذا المعنى قال القائل في

سماع أصبع بعد هذا أنه يتضرر بالزرع حتى يحصد ويدرس فيستوفي الوكيل منه بذرءه ، ويكون ما بقي لصاحب الأرض لأن زرعه له وباسمها ، هذا وجہ القول في هذه المسألة فيما يجب الحكم والقضاء به .

وأما الاستفتاء فسبيله أن يقال فيه للشريك أنت تعلم إن كنت تومن أنه قد صدّقَ في قوله إنه زرع لك من عنده فدفع اليه الطعام وخذ زرعك ، وإن كنت تومن أنه قد كذبَ في قوله وأنه إنما زرع لنفسه فلا يجوز لك أن تدفع اليه الطعام وتأخذ الزرع ، وإن كان لا يقين عندك في واحد من الوجهين فوجة الخلاص ما قاله القائل في سماع أصبع من أن يحصد الزرع ويدرس فيستوفي منه الوكيل بذوره ويكون ما بقي لك لأنه زرعه لك على ما أقرَ به وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وقال ابن القاسم في الأرض تكون بين الرجلين يحرثانها جمِيعاً أيام البذر فيغيب أحدُ الشريكين فيقوم أحدهما فينذرها ، قال : إن جاء صاحبه قبل أنْ يفوت الزرع رأيَتْ أن يبذُر نصيبيه من الأرض يزرعها ولا يجوز له أن يأخذ فيها طعاماً ولا ذهباً ولا أرضاً يحرثها ولا متوبة إذا لم يفت البذر ، فإذا فات كان على الذي بذرها أن يعطيه كراء عمله الذي كان عمل إذا فات .

قال محمد بن رشد : لم يبين في هذه الرواية أنْ كان الشريك زرع الأرض في مغيب شريكه لنفسه أو بينهما ، والمعنى فيها أنه زرعها لنفسه ، ولذلك قال إن من حق الشريك الغائب إن كان إبان الزرع لم يفت أن يأخذ نصيبيه في الأرض فيزرعها لنفسه يريد بعد أن تُقسَم إذا كانت مُشاعَةً بينهما ، ومثله في كتاب ابن المواز ، قال ولو اكتَرَيَاها ليزرعاها بينهما فغاب أحدهما فزرع الآخر نصفها وطاب فهو له خاصة ، وعليهما كراء ما تَعَطل منها . قال

أصبح وعلى الزارع نصف قيمة كراء المزروع منها إن كان ذلك أكثر من الثمن ، وما تعطل فهو عليهما وكراؤها كلها عليهما ، قال ابن المواز : وهذا قول ابن القاسم ، وقول ابن القاسم في هذه الرواية إن للشريك الغائب أن يأخذ حظه من الأرض فيزرعها إن كان لم يفت إبان الزرع هو مثل قول ابن القاسم في أول سماعه من كتاب الاستحقاق إنه يكون له فيما بني في أرض شريكه قيمة بنائه منقوضاً إن صار في حظ شريكه ، خلاف قوله في سماع أبي زيد بعد هذا ، وفي رسم إن امكتتنى من سماع عيسى من كتاب الشركة إن الزرع للذى زرعه وعليه نصف كراء الأرض مبهمة توجب أن يكون لم يفت فمرة رأى ابن القاسم الشركة بينهما في الأرض مبهمة توجب أن يكون الزرع لزارعه وإن لم يفت إبان البذر ، ومرة لم ير ذلك بشبهة ، ورأى من حق الشريك أن يأخذ نصيحة من الأرض يزرعها إذا لم يكن للذى بذرها فيه منفعة إن قلعة ، وإن كانت له فيه منفعة كان من حقه أن يقلعه إلا أن يشاء الشريك المتعدي عليه أن يأخذ بقيمتها مقلوعاً ، فيكون ذلك له ، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك في أول سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ، وفي رسم إن امكتتنى من سماع عيسى من كتاب الشركة .

ولو زرع الأرض بينهما لنفسه وللغائب ، لكان الغائب مخيراً بين أن يُسلم له الزرع وبين أن يأخذ حظه منه ويعطيه البذر على ما قال في المسألة التي قبل هذه ، وقد مضى القول على ذلك فلا معنى لإعادته .

من سماع عبد الملك بن الحسن

قال عبد الملك : سألت ابن وهب عن رجلين تزارعا في أرض أحدهما ، فكان الزوج لأحدهما والأرض للأخر ، فاخرجا زريعة بينهما ، فلما فرغ الذي كان ولـي الإـزـدـاعـ من العـرـثـ قال لـشـرـيكـهـ

صاحب الأرض إذاً لي الزراعة التي زرعت عنك ، فقال صاحب الأرض : قد زرعت ما كان علي منها وخلطنا زريعتنا جمیعاً ، اخرجت أنا النصف وأخرجت انت النصف وإنما زرعت زريعتنا جمیعاً ، وليس لك علي شيء ولم تسلفني شيئاً ، وقال الزارع : بل الزراعة كلها من عندي ، وقد صار نصفها لي عليك ، فعلى من البينة منهم؟ قال : القول للعامل منهمما وهو الزارع الذيولي الزراعة والعمل ، والزرع بينهما نصفان لأنها شركة فاسدة قد وقعت وفاتت بالبذر والزرع ، لأنه يُقرّ أنه إنما زرع على أن نصف الزراعة على صاحبه مضمونة سلفاً منه ، فهو كمن أخرجها من عنده ، ولصاحب الأرض نصف قيمة كراء الأرض على صاحبه ونصف قيمة العمل إن كان هو العامل ، وإن كان الآخر هو العامل فله نصف قيمة كراء أزواجها وعمله ، وما سوى من ذلك من المسألة فهو على ما فسرت لك في صدرها ، لا يبالي أيهما كان ويرجع العامل بنصف البذر على صاحبه بعد اليمين ، وقال أشهب : إذا قامت البينة لأحدهما أنه الزارع وان البذر كان في يديه فله على صاحبه نصف ذلك البذر ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه له ، وما لصاحب مما زرع من الزراعة قليل ولا كثير .

قال محمد بن رشد : قول ابن وهب في هذه المسألة إنها شركة فاسدة معناها على ما حملها عليه من أن العامل إذ دعى أنه زارع صاحبه على أن يجعل عنه نصبيه من الزراعة سلفاً ، فهو يُصدق فيما يدعى من أنه هو أخرج الزراعة كلها من عنده ، لأنه هو الذيولي زراعتها ، ولا يصدق فيما ادعاه من الفساد في المزارعة بشرط السلف ، غير أنه مقر بذلك على نفسه ، فإن كان عليه في ذلك دَرَكُ لشريكه أداء إليه ، إذ قد يكون قيمة كراء ما أخرج أقل من قيمة كراء ما أخرج شريكه فيرجع عليه بنصف ما زاد كراء ما أخرج على ما

أخرج هو ، مثلاً ذلك أن يكون صاحب الأرض هو الذي ولـي العمل والزراعة فادعى أنه جعل جميعه على السلف لشريكه وقيمة كراء الأرض وعمله عشرة دنانير ، وقيمة كراء بقر صاحبه عشرون ديناراً فيصدق فيما إدعى من السلف لأنـه هو الذي ولـي الزراعة ويلزمـه إقرارـه على نفسه بفساد الشركة فيرجع عليه شريكـه بخمسـة دنانـير لأنـ جميعـ كراء ما اخـرجـاه جـميعـاً ثـلـاثـون دـيـنـارـاً ، على مـدـعـيـ السـلـفـ منـ ذـلـكـ خـمـسـةـ عـشـرـ دـيـنـارـاًـ أـخـرـجـ مـنـهـاـ عـشـرـةـ عـلـيـهـ وـلـشـرـيكـهـ خـمـسـةـ يـأـخـذـهـ مـنـهـ إـنـ رـجـعـ إـلـىـ تـصـدـيقـهـ وـكـذـبـ نـفـسـهـ عـلـىـ اـخـتـلـافـ فـيـ هـذـاـ الأـصـلـ ، إـذـ قـيـلـ إـنـ يـأـخـذـ مـاـ أـقـرـهـ لـهـ بـهـ ، وـإـنـ تـمـادـىـ عـلـىـ إـنـكـارـهـ وـإـنـ كـانـ قـيـمةـ مـاـ أـخـرـجـ الـذـيـ اـدـعـيـ عـلـيـهـ سـلـفـ الزـرـيـعـةـ أـكـثـرـ مـنـ قـيـمةـ مـاـ اـخـرـجـ صـاحـبـهـ لـمـ يـكـنـ لـهـ عـلـيـهـ رـجـوعـ عـلـىـ القـوـلـ بـجـواـزـ التـفـاضـلـ فـيـ المـزـارـعـةـ ، وـهـوـ الـظـاهـرـ مـنـ اـبـنـ وـهـبـ فـيـ هـذـهـ الـمـسـأـلـةـ ، لـقـولـهـ فـيـهـ : وـلـصـاحـبـ الـأـرـضـ قـيـمةـ كـراءـ الـأـرـضـ عـلـىـ صـاحـبـهـ وـنـصـفـ قـيـمةـ الـعـلـمـ مـعـنـاهـ وـيـكـونـ لـصـاحـبـهـ عـلـيـهـ نـصـفـ كـراءـ أـزـوـاجـهـ ، فـإـنـ كـانـ كـراءـ أـرـضـهـ وـعـملـهـ أـكـثـرـ مـنـ قـيـمةـ كـراءـ أـزـوـاجـ صـاحـبـهـ لـمـ يـرـجـعـ عـلـيـهـ بـشـيءـ ، وـإـنـ كـانـ قـيـمةـ كـراءـ أـزـوـاجـ صـاحـبـهـ أـكـثـرـ مـنـ قـيـمةـ كـراءـ أـرـضـهـ وـعـملـهـ رـجـعـ عـلـيـهـ بـنـصـفـ فـضـلـ مـاـ بـيـنـ الـكـرـاءـيـنـ ، لـأـنـهـ مـقـرـ عـلـىـ نـفـسـهـ بـفـسـادـ الشـرـكـةـ وـوـجـوبـ التـقـوـيمـ وـالتـرـاجـعـ ، وـأـمـاـ عـلـىـ القـوـلـ بـأـنـ التـفـاضـلـ فـيـ المـزـارـعـةـ لـاـ تـجـوزـ فـيـرـجـعـ مـنـ كـانـ لـهـ فـضـلـ مـنـهـمـاـ عـلـىـ صـاحـبـهـ حـتـىـ يـعـتـدـلـاـ ، لـأـنـ المـزـارـعـةـ تـفـسـدـ مـنـ هـذـاـ الـوـجـهـ اـيـضاـ ، فـيـجـبـ بـذـلـكـ لـمـنـ كـانـ لـهـ مـنـهـمـاـ فـضـلـ عـلـىـ صـاحـبـهـ فـيـ قـيـمةـ كـراءـ مـاـ اـخـرـجـ أـنـ يـرـجـعـ بـهـ حـتـىـ يـعـتـدـلـاـ .

ولـمـ يـتـكـلـمـ أـشـهـبـ عـلـىـ التـقـوـيمـ فـيـحـتـمـلـ أـنـ يـكـونـ سـكـتـ عـنـهـ فـلـاـ يـكـونـ قـوـلـهـ مـخـالـفاـ لـقـولـ اـبـنـ وـهـبـ وـيـحـتـمـلـ أـنـ يـكـونـ لـمـ يـرـهـ بـحـالـ إـذـ لـيـسـ فـيـ السـؤـالـ يـبـأـنـ أـنـ مـدـعـيـ السـلـفـ اـدـعـيـ أـنـ شـرـيكـ صـاحـبـهـ عـلـىـ ذـلـكـ ، فـحـمـلـهـ عـلـىـ أـنـ تـطـوـعـ بـالـسـلـفـ خـلـافـ مـاـ حـمـلـهـ عـلـيـهـ اـبـنـ وـهـبـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ وـبـهـ التـوـفـيقـ .

من سماع اصبع من كتاب البيوع العاشر

قال اصبع : سالت ابن القاسم عن الرجلين يشتركان في عمل الزرع فيريد أحدهما الخروج ويندو له ، قال : إن كانا لم يبذرا كان ذلك له ، وإن كانا قد بذرا فليس ذلك له ، ويلزمه العمل معه على ما أحب ، وإن عجز ولم يقو قيل لشريكه إعمل فإذا بيس الزرع فاستوف حرقك وأد فضلا إن كان فيه إلى صاحبك ، وإن لم يكن فيه فضل وقصر عما اتفق اتبعه به ، لأن العمل كان يلزم معه على ما أحب ، لأنه ليس مما يستطيع أن يقسم ولا يباع ، فإن ترك العمل مع صاحبه هلك زرع صاحبه وقد اشتراكا على أمر حلال ، فليس له أن يتركه بعد بذرها .

قال محمد بن رشد : قوله إن كانا لم يبذرا كان ذلك له ، وإن كان قد بذرا فليس ذلك له ، يريد فليس ذلك له فيما قد بذر إذ لا يستطيعان أن يقسموا ما قد بذرا حتى يحصدوا ويقتسماه بالكيل ، وأماماً ما لم يبذرا بعد فلا يلزم الآبي أن يتمادى مع شريكه على بذر ما بقي من زراعتهما ، وكذلك إن كانوا قد قلبوا الأرض ولم يزرعواها بعد فلا يلزم الآبي منها أن يزرعها معه لأنهما يقدران على قسم القليب وعلى بيعه وقسم ثمنه على معنى قول ابن القاسم هذا ، وهو معنى قوله في المدونة إذ لم تجز الشركة في الحرش إلا على التساوى والاعتدال في قيمة كراء ما يخرجه كل واحد منها عوضاً عما يخرجه صاحبه ، إذ لو كانت المزارعة تلزم بالعقد لجارت وإن قيمة كراء ما يخرجه أحدهما أكثر من قيمة كراء ما يخرجه صاحبه .

وابن الماجشون وسخنون يريان المزارعة تلزم بالعقد ، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سخنون ، وإنما وقع هذا الاختلاف في المزارعة لأنها شركة وإجارة كل واحدة منها مفضية للأخرى بكليتها ، لا

فضل فيها عنهم ، فاختَلَفَ أَيُّهُمَا يُغْلِبُ ، فإنَّ غَلَبَ الشَّرْكَةَ لَمْ يَرَهَا بِالْعَدْدِ لَازِمَةً وَلَا اجْزَاهَا إِلَّا عَلَى التَّكَافِيِّ وَالْاعْتِدَالِ إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّلَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا لَا قَدْرَ لِكَرَائِهِ ، وَمِنْ غَلَبِ الإِجَارَةِ الْأَزْمَهَا بِالْعَدْدِ فَأَجَارَ التَّفَاضِلَ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَرَعِ التَّكَافُؤَ غَيْرُ ابْنِ حَبِيبٍ ، قَالَ مَا لَمْ يَتَفَاحَشْ الْأَمْرُ بِمَا لَا يُتَعَابِنُ فِي مُثْلِهِ فِي الْبَيْوَعِ ، وَقَالَ سَحْنُونٌ : ذَلِكَ جَائزٌ وَإِنْ تَفَاحَشَ الْفَضْلُ فِي قِيمَةِ كِرَاءِ الْأَرْضِ مَا لَمْ يُخْرِجْ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مُنْفَرِدًا لَهُ بَالٌ لَمْ يُخْرِجْ صَاحِبَهُ عَنِ عَوْضًا فَلَا يَجُوزُ ذَلِكُ ، وَالْقِيَاسُ عَلَى الْقُولُ بِتَغْلِيبِ الإِجَارَةِ وَالْإِلَزَامِ الْعَدْدُ أَنْ يَجُوزُ التَّفَاضِلَ بِكُلِّ حَالٍ ، وَفِي الْمَسَأَلَةِ قَوْلُ ثَالِثٍ جَرَى بِالْعَمَلِ بِقُرْطَبَةِ أَلَا تَلَزِّمُ الْمَزَارِعَةُ بِالْقُولِ حَتَّى يَشْرَعَا فِي الْعَمَلِ ، وَهُوَ قَوْلُ يُرَوَى عَنِ ابْنِ كَنَانَةِ وَلَيْسُ بِقِيَاسٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ اسْتِحْسَانٌ إِذَا لَمْ يُخْرِجْ عَنِ الْقُولَيْنِ فِي كُلَّتَيِ الْحَالَتَيْنِ ، وَيُشَبِّهُ رَوْيَايَةُ عَلِيِّ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ فِي أَنَّ الْجَاعِلَ يَلْزِمُهُ الْجُعْلَ بِشَرْوَعِ الْمَجْهُولِ لَهُ فِي الْعَمَلِ ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ .

مسألة

قال أصيغ : سمعت ابن القاسم وسئل عن رجل وكيل وكيلًا يزرع له فاختطاً فزرع أرضه ببذر لابنه أو لامرأته أو لغيرهما قال : يغنم الوكيل لابن الرجل أو لامرأته أو لغيرهما بذرهما ، ويكون الزرع للوكيل ويكون عليه كراء أرض الرجل الذي وكله إنما يكرى به مثلها ، وذلك لأنَّه لا ينبغي أن يكون صاحبُ البذر مخيراً بين أن يعطي بذرًا ويأخذ زرعاً وبين أن يسلم الزرع .

قال : وفيه قول آخر لو قال قائل ينتظِر بالزرع حتى يُحصد ويُدرِسُ فِي سُتُوفِيِّ الْوَكِيلِ مِنْهُ بذرَهُ ، ويكون ما بقي لصاحب الأرض لأنَّه زَرَعَهُ لَهُ وبايسمه ، ثم أفكِر فأقول : فحصادةُ ودرسةُ وذروه على من يكون فيتفاحش ذلك ؟ فالقولُ ما قلتُ لك في أول ذلك إذَا كان بذر بذرًا مُخالِفاً لِمَا أَمْرَهُ ، مثلُ أَنْ يَأْمُرَهُ أَنْ يَبْذُرْ قَمْحًا فَيَبْذُرْ شَعِيرًا

أوقطاني ، وإن كان الذي أخطأ به قمحاً مثل ما أمره فالزرع له ويغمر
مكان البذر لاصحابه ، وليس على الوكيل شيء .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه المسألة إن الزرع
للوكيل وعليه كراء الأرض لموكله ، ومكيلة البذر لاصحابه ، ولا ينبغي أن
يكون صاحب البذر - يريد الموكِّلَ الْأَمْرَ لِه بالبذر - مخيراً بين أن يعطى بذراً
ويأخذ زرعاً وبين أن يسلم الزرع خلافاً ما مضى من قوله في نظير هذه المسألة
في نوازل سحنون وتفقهه بين أن يكون البذر الذي بذر مخالفًا للذي أمره به أو
غير مخالف له استحسان ، ووجهه أن البذر إذا كان مخالفًا لما أمره به كان
الذي يغلب على الظن أنه إنما زرعه لنفسه ، فلا ينبغي له أن يصدقه فيما زعم
من أنه زرعه له على سبيل الغلط ، وإذا كان البذر غير مخالف لهأشبه ما يقول
من أنه زرعه له ، فوجب عنده أن يأخذنه ويغمره مثل البذر لاصحابه ، وقد مضى
في نوازل سحنون من القول في نظير هذه المسألة ما فيه بيان لهذه .

فيتحصل في هذه المسألة على هذا ثلاثة أقوال ، أحدها أنه يصدق
ويأخذ الزرع ويؤدي البذر لأربابه والثاني أنه لا يصدقه فيسلم إليه الزرع
ويأخذه بكراء أرضه ، والثالث الفرق بين أن يكون البذر مخالفًا لما أمره به أو
غير مخالف وبالله التوفيق .

من نوازل أصبح

وسائل أصبح عن رجل تكون أرضه ملاصقةً بأرض جاره
فيزرعها ثم يزعم أنه أخطأ وظن أنها أرضه؟ وكيف إن كان المكتري
إكترى فدان أرض فلما جاء وقت الزراعة زرع ثم تبين له أنه أخطأ
هل يعذر رب الأرض أو المكتري بالجهالة ويجعل عليه الكراء أم
لا؟ وكيف إن كانت له عرصه قريبة من عرصه صاحبه فبني في

عرصته وفي عرصة جاره ثم قال والله ما ظنت إلّا أنها من حيث بنائي؟ أو بنى في عرصة صاحبه أصلًا ولم يبن في عرصته هل يعذر بالجهالة أم لا يعذر؟ ولا يعرف خطأه إلّا بقوله.

قال أصبغ : أمّا العرصة فلا كلام فيها وصاحبها بالخيار بين أن يأخذُه بقيمته نقضاً ولا يصدق قوله فيه على الخطأ فلا يكون له عذر ، وبين أن يأمره بقلع نقضه .

وأما الفدان فإنني أراه عذرًا لأنّه يشبه الخطأ في الأحواز وفي الإزدراع إلى جنبه وإلى تشابه الحدود ، فأرى الجهل على الخطأ حتى يُعرف أنه عمد ، فأرى أن يحلّف لأنّ الخطأ وما تعمد ، ثم يُقدر زرعه فيه كراء مثله ولا يتزعزع لأنّ زرعه ولا غيره ، ويحمل محمل من إكترى فزرع ثم جاء صاحبُه فهي بشبهة وعذر فكذلك هذا أراه بشبهة وعذر ولا يقلع حتى يبلغ زرعه ، قال سحنون هو عندي كالغصب ولا يعذر بجهل ، ولو كان يعذر في هذا أقلع وجاء فزرع فدان جاره ثم قال ظنت أنه فدانٍ فأرى أن يسلك سبيل الغاصب .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف في العِرَاصِ أنه لا يُعذر الباني فيها بالجهل فيصدق فيما ادعاه من الغلط ، لأن ذلك لا يُشبه في العِرَاصِ المعروفة بحدودها لكثره التكرار عليها ، بخلاف الفدادين في الفحوص التي قد تُجهلُ أحوالها لاشتباها مع قلة التكرار على لها لبعدها فيعذر فيها بالجهل ، ويصدق فيما ادعاه من الغلط عند أصبغ ، وهو قول مالك ، رواه أشهب عنه في سماعه من كتاب الغصب .

وسحنون لا يعذر في الفدادين أيضًا بالجهل ولا يصدقه فيما ادعاه من الغلط ، ووجه قوله أنَّ العَدَاءَ قد ظَهَرَ بحرثه ما ليس له ، فلا يصدق فيما ادعاه من الغلط ولا يعذر بذلك عنده إن كان يلزمـه أنْ يثبت حتى لا يحرث مالـ غيره ، فهو عنده كالغاصب فيكون الزرع عنده لصاحب الأرض ، وكذلك قال

الزرع لرب الأرض ولا شيء للزارع إلا أن يقدر على جميع حبه ولا شيء له ، وقال في موضع آخر إلّا أن يكونوا لم يتحاكموا ولم يعلم بذلك حتى يجب التزّرع وفات إبان الزراعة فيكون الزرع لزارعه وعليه كراء الأرض ، وقال في كتاب ابنه : وإذا زرع هذا أرضه قمحاً وحرث جاره في أرضه شعيراً فطار من بذر كل واحد منها فنبت فإن ذلك لمن حصل في أرضه ولا شيء عليه لجاره ، ولو كان بين أرضهما جسر أو حصا فنبت فيه حب مما تطاير بذلك بينهما اختللت زريعتهما في الجنس أو اتفقت ، لأن ذلك الموضع من أرضهما وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر

قال : وسئل ابن القاسم عن رجلين اشتركا في أرض يزرعانها بينهما فحرثاها فلما كان إبان الزرع غاب أحد الشريكين فلما خشي صاحبُه فوات الزرع أخرج من عنده بذراً فبذرها كلّها ، فجاء صاحبُه بعد ذلك قال ابن القاسم : لا يكون له شرك في الزرع ، وإنما يكون له مثل كراء تلك الأرض محروثة ، ويكون الزرع للذي زرع ، قال : فقيل له : فإن كان قسم الأرض بين اثنين فأحضر لذلك رجالاً فزرع حصته وترك ما بقي ؟ قال : لا ينفعه ذلك ، ويكون للذي غاب كراء نصف ما زرع ولا ينفعه ذلك إلّا أن يتعدى السلطان فيكون هذا الذي يقسمها فيزرع حصته وهذا الذي لا يكون له شيء فيما زرع صاحبه .

قال محمد بن رشد : هذا من قول ابن القاسم مثل قوله في رسم إن امكتني من سماع عيسى من كتاب الشركة ، وخلافه لقوله في سماع سحنون من هذا الكتاب ، وقد مضى الكلام هنالك على وجه الاختلاف في ذلك فلا معنى لاعادته وبالله التوفيق .

تم كتاب المزارعة بجهد الله تعالى وحسن عونه

كتاب المغارسة

من سماع ابن القاسم من مالك
من كتاب الرطب باليابس

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال في رجل قاضي رجلاً على أن يغرس له نخلة في أرض له على أنَّ لَه في كل نخلة تنبت جعلًا قد شهاده وأن ينبت غرسه فلا شيء له عليه^(١) ، ولا يلزمها العمل في ذلك إن شا أن يتركه تركه فقال : لا أرى به بأساً إذا اشترطا للنخل قدرًا يعرف ، أربع سعفات أو خمساً أو نحو ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنَّه جعل مخصوص ، والمغارسة على الجعل جائزة ، لأنها تجوز على الجعل وعلى الإجراء وعلى جزء من الأصل إذا بلغ الغرض حداً تجوز المغارسة اليه ، ولا اختلاف أحفظه في المذهب في إجازة المغارسة على الجعل لأنَّ الجعل أصل في نفسه كالقراض والمساقاة لا تقاس على الإجراء ولا تقاس الإجراء عليه ، وإنَّ أخذ شبهها منها ، والأصل في جوازه قول الله عز وجل ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ رَءِيمٌ﴾^(٢) وقول النبي عليه السلام يوم حنين «من قتل قتيلاً فله سلب»^(٣) وقوله يوم

(١) كذا بالأصل ولعل الصواب وإن لم ينجب غرسه فلا شيء له .

(٢) الآية ٧٢ من سورة يوسف .

(٣) رواه أحمد وأبو داود عن أنس كما في منتقى الأخبار ، ورجال إسناده رجال الصحيح ، وتمامه ، فقتل أبو طلحة عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم .

بدر من فعل كذا وكذا فله كذا وكذا ومن فعل كذا وكذا فله كذا وكذا^(٣) وإن كان مالك قد كرِه ذلك فإنما كرهه لثلا تفسد نيات الناس في الجهاد لا أنه عنده حرام وقوله عليه السلام للنَّفَرِ من أصحابه الذين رَقَى أحدهم سيد حَيٍّ من أحياء العرب مَرُوا بهم من لَدْغَةٍ لدغ بها على قطعيم من الغنم فرقاه فكانما أنشط من عقال فسألوه عن ذلك : قد أَصَبْتُمْ إِقْتِسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعْكُم بِسَهْمٍ .

ولجوازه أربعة شروط متفق عليها ، وهي أن يكون الجعل مَعْلُوماً وألَا ينقد وألَا يضرب للعمل أَجْلُ وأن لا يكون للجاعل فيه منفعة إلَّا بتمامه ، وشرط خامس مختلفٌ فيه ، وهو أن يكون للجاعل فيه منفعة إذا تم ، وهذه الشرائط كلها موجودة في المغارسة على الجُعْل فوجب أن يجوز ، وقد قال ابن دحون : مسائل المغارسة لا أصل لها وفيها غَرَرٌ وخطار ظاهر ، وقد أجازها مالك وأصحابه وللمخالفين عليهم فيها تعلق قوي ، لأن أصحاب مالك كلهم منعوا من الغرر والخطر في جميع مسائلهم وأجازوه في هذا وجعلوه من باب الجُعْل ، ومن أصلهم أن لا يجوز الجُعْل إلَّا في اليسير ، وأجازوه في هذا العمل الكثير ، وهو خطر عظيم ، وليس قول ابن دحون بصحيح لأنهم إنما منعوا من الغرر الكثير في البيع لِنَهْيِ النبي عليه السلام عن بيع الغرر وعن الخطير والقِمَارِ في غير البيع لأنَّه مِنْ مَيْسِرِ الجاهلية ، وأما الجُعْل فقد جوزته السنة وأجازته الشريعة على ما فيه من الغرر على الشروط التي ذكرناها ، وليس من شروط صحته ما ذكره من أنه لا يجوز إلَّا في اليسير ، وإن كان قد قاله عبد الوهاب وغيره ، بل يجوز في اليسير والكثير إذا لم يكن للجاعل فيه منفعة إلَّا بتمامه .

وإنما قال مالك لا يجوز الجُعْل على بيع الثياب الكثيرة وإنما يجوز على بيع الثوب والثوبين من أجل أَنَّ الثياب الكثيرة إذا أسلمها اليه ليبيعها له بالجعل

(٣) الحديث ذُكر بطوله في متنقى الأخبار عن ابن عباس في باب التسوية بين القوي والضعيف ومن قاتل ومن لم يقاتل من كتاب الجهاد والسير .

فلم يَعِها وصرفها اليه كان قد انتفع بحفظه لها وحوزه إياها مدة كونها بيده ، فهذه هي العلة في أن لا يجوز الجُعل على بيعها لا كونها كثيرة ، فقد يجوز الجُعل باتفاق على طلب العبد الآبق وحرر البئر وما أشبه ذلك ، وإن كان العمل في ذلك كله كثير من أجل أنه إن لم يتم حفر البئر لم ينتفع الجاعل بما مضى فيها من عمل المجعل له ، وكذلك إن عُني المجعل له في طلب العبد الآبق إلى البلاد البعيدة فلم يجده لم يكن للجاعل في طلب المجعل له إياه منفعة ، فهذا هو الشرط في جواز الجعل لا ما ذكره وبالله التوفيق .

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسائل مالك عن الأرض البيضاء يعطيها الرجل للرجل على أن يغرس له أصولاً فإذا بلغت الأصول فهي بينهما نصفان نصف الأرض ونصف النخل ، قال : لا بأس بذلك أيضاً إذا اشترط للأصل قدرًا معلوماً أن يقول حتى يثمر أو شيئاً معروفاً من قدرها ، فإذا اشترطا هذا فلا بأس به ، ولا خير فيه في بقل ولا زرع .

قيل له فَبَصَلُ الزعفران يعطى على هذا النحو وهو يقيم تسع سنين ونحو ذلك ثم ينقطع ؟ قال : لا خير فيه إنما هو بمنزلة الثمرة وليس بمنزلة الأصل فلا ينبغي ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن مغارسة الرجل للرجل أرضه البيضاء على أن يغرسها أصولاً بجزء منها جاثرة جَوْزَها أهل العلم قياساً على ما جوزته السنة من المسافة ، كما جَوَزُوا قياساً عليها بناء الرحبة بجزء منها ، فهي سنة على حِيَالِها ليست بإجارة ممحضة ولا جُعل ممحض لأنها أخذت يُشَبِّهُ منها جمِيعاً ، أخذت بشبه من الإجارة في لزومها بالعقد ، وشبَّه من الجُعل في أنَّ الغارس لا يجب له شيء إلا بثبوت الغرس وبلغه الحد

المشترط ، فإن بطل قيل ذلك لم يكن له شيء ولا كان من حقه أن يعيده مرة أخرى .

وأختلف إن ثبت منه يسيرٌ ويبلغ الحدّ وبطل سائر ذلك أو بطل منه يسيرٌ وثبت سائر ذلك ، فقيل إنَّ القليل تَبَعُ للكثير وهو رواية حسين بن عاصم في بعض الروايات من هذا الكتاب ، وقيل إنَّ حقه يثبت في اليisser الذي بلغ وبطل من اليisser الذي لم يبلغ ، وهو قولُ أشهب في سماع أصبع ، وأما إن كان الذي ثبت أو بطل له قدر وبال فإنَّ الأقل فلا يكون تَبَعًا وَيُثْبَتُ حقه فيما ثبت وبطل فيما بطل ، ولا يجوز إلَّا على شروط قد حَدَّها أهل العلم ، من ذلك أنَّ يكون الحد في قدر الشجر إلى ما دون الإطعام ، وأختلف إن كان حدُّها الإطعام ، فأجازه في هذه الرواية وفي رسم الجواب بعد هذا وفي كتاب محمد بن الموز ، وله في موضع آخر منه أنَّ ذلك لا يجوز ، لأنَّه لا يدرِّي متى يشرُّ ، وكذلك اختلف أيضًا إن كان حدُّها إلى أجلٍ دون الإطعام ، فأجاز ذلك في أول سماع حسين بن عاصم ، ومنع منه في أُثناَيْه بدليل ، وهو قولُ مالك في الواضحة .

وكذلك اختلف أيضًا إن سكتا عن الحد في ذلك ، ففي رسم الجواب من سماع عيسى أنَّ ذلك لا يجوز ، وقيل إنَّ ذلك جائز قاله ابن حبيب وجعلَ حدَّه الإثمار .

وأما إن كان الحد أو الأجل إلى ما فوق الاطعام فلا يجوز باتفاق ، وكذلك إن اشترطاً أن يكون الشجر أو الغلة بينهما دون الأصل لم يجز باتفاق .

ولا تجوز المغارسة في بقل ولا زرع ، وأما بصل الزعفران التي تقيم في الأرض أعواماً ثم تنقطع وما أشبهه فلم تجز المغارسة فيه في هذه الرواية ، وأجازها سحنون في كتاب ابنه ، قال : ومن دفع أرضه إلى رجل يزرعها قطناً على أنَّ للعامل نصف الأرض ونصف القطن فإنَّ كان القطن يزرع في كل عام

ولم يكن له أصل ثابت فذلك فاسد ، وإن كان القُطن يقي السنين العدد وليس يُزرع في كل عام ، فهذا إنْ أَجْلًا آجَلًا دون الإِطْعَام فإذا بلغاه كان القُطن يعني الشجر والأرض بينهما فذلك جائز والله الموفق .

من سماع عيسى بن دينار من كتاب استاذن سيده في تدبیر جاریته

قال عيسى : وسألت ابن القاسم عن رجل أعطى أرضاً له بيضاء لرجل يغرسها شجراً على الشَّمَر بينهما بالسواء ، فغرس وأثمر واقتسمَا الشَّمَرَ زماناً ثم علم بفسخ ما صنعا ، قال يَرُدُّ صاحبُ الأرض إلى العامل فيها ما أَحْدَدَ من الشَّمَرَ مثلاً إنْ كان يَجِدُ مثلها وإنَّ فقيمتَها ، ويكون له كراء أرضاً على العامل من حين أخذها منه ، وليس من حين أثمر الشجر ويقال لصاحب الأرض إن شئت فاغرم قيمة الغرس مقلوعاً وإن شئت فدعه يقلع غرسه .

قال محمد بن رشد : اختلف في المغارضة الفاسدة إذا لم يجعل للعامل فيها جزءاً من الأصل على قولين أحدهما أنه يحكم لها بحكم الكراء الفاسد ، لأنَّه كَانَ الغارس أكترى منه الأرض إلى أمد غير معلوم بنصف الشَّمَر التي يغرسها ليُقييها فيها ، وهو قوله في هذه الرواية ، فتكون الغلة على هذا للغارس يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها: المكيلة إنْ عُرفتْ أوْ خَرَصَهَا إِنْ جُهِلَتْ ويقلع غرسها إِلَّا أَنْ يشاء رب الأرض أن يأخذه بقيمتِه مقلوعاً، وقيل إنَّ له قيمتها قائماً ، قاله يحيى في سماعه من كتاب السَّيَّاد والأنهار في المعاملة الفاسدة في بناء الأَرْحَى ، ولا فرق بينهما ، ويكون عليه قيمة كراء الأرض قيل من يوم أخذها ، وهو قوله في هذه الرواية ، ومعناه عندي إنْ كان أخذها في وقت يمكنه وضع الغرس فيه ، لأنَّه إنْ كان أخذها قبل إِبان يمكنه وضع الغرس

فيه فيها فالقراء إنما انعقد بينهما من يوم يمكنه وضع الغرس فيه فيها إذ لا منفعة له في الأرض قبل ذلك ، وقبضه إليها للاقبض ، وقيل من يوم وضع الغرس فيها وهو قوله في سماع يحيى بعد هذا ، ومعناه عندي من يوم يمكنه وضع الغرس فيها ، فليس رواية يحيى على هذا بمخالفة لرواية عيسى فتدبر ذلك تجده صحيحاً .

وقد كان الشيوخ يحملون ذلك على أنه اختلاف من القول فلا يوجبون عليه القراء في رواية يحيى إلاّ من يوم وضع الغرس في الأرض وإن كان أخذها وقد أمكنه وضع الغرس فيها ، وهو محتمل ، وأما إن كان أخذها قبل أن يمكنه وضع الغرس فيها فلا يصح أن يكون عليه القراء من يومئذ ، وقيل من يوم أثمر النخل وهو قوله في سماع أبي زيد وسماع حسين بن عاصم بعد هذا من هذا الكتاب .

وجه قوله في هذه الرواية ورواية يحيى أنه كراء فاسد قد فات بانتفاع المكتري به فوجب أن تكون عليه قيمته من يوم قبضه ، وهو يوم يمكنه الانتفاع بما قبض .

ووجه رواية أبي زيد وحسين أنَّ الأمر لما لم ينعقد بينهما نصاً على كراء فاسد ولا على أن يكون عليه كراء أصلاً فصرَّفناه إلى حكم القراء الفاسد لم يجعل عليه القراء إلاّ من يوم انتفاعه بالأرض ، وهو يوم أثمرت النخل ، والقول الثاني يُحکم له بحكم الإجارة الفاسدة ، لأنَّه كأنَّ رب الأرض استأجر الغارس على أن يغرس له هذه الأرض بنصف ثمنتها فيكون الحكم في ذلك أن يكون للغارس على رب الأرض قيمة غرسه يوم وضعه في الأرض مقلوعاً وأجرة مثله في غرسه وفيما عليه ، وتكون الغلة كلها لرب الأرض يرد عليه الغارس ما أخذ منها : المكيلة إنْ عُرِفت أو خَرَصَها إنْ جهلت .

وهذا الاختلاف مبني على ما غرسه الغارس من الغرس هل هو على

ملكه أو على ملك رب الأرض ، فمن علل بأنَّ الغرس على ملك الغارس جعله كراءً فاسداً ، ومن علل بأنَّ الغرس على ملك رب الأرض جعله إجارة فاسدة وبالله التوفيق .

ومن كتاب يوصي لمحاتيه

وسائل عن الرجل يعطي أرضه رجلاً يغرس فيها شجراً على أنها إذا بلغت قدر كذا وكذا من قدر يسمونه فالأصل والشجر بينهما ، فتطعم تلك الشجر قبل أن يبلغ ذلك القدر .

قال ابن القاسم : لا يصلح أنْ يتعامل على مثل هذا ولا يصلح العمل فيها إلَّا على تسمية قدر يكون قبل الإطعام أو إلى الإطعام وأما أن يشترط للشجر من الطول والقدر ما لا يبلغه إلَّا بعد اطعام الشجر فإن ذلك لا يصلح .

قلت : أرأيت إن وقع على هذا كيف العمل فيه ؟ قال : وتكون الثمرة لصاحب الأرض ويعطي العامل أجر مثله فيما عمل ، وليس له في الأرض قليل ولا كثير .

قال محمد بن رشد : قوله إنَّ المغارسة إلى حد من الأصول يثمر الشجر دونه لا يجوز بين ، لأنَّه يدخله بيع الشمر قبل أن تخلق ، لأنَّه باع منه نصف الأرض بغرسه النصف الآخر وبما يقتل من جميع الغرس إلى أن يبلغ الحد الذي شرطاه ، وقد مصى في رسم طلق من سماع ابن القاسم تحصيل القول فيما يجوز من الأجل في ذلك مما لا يجوز ، ومصى في الرسم الذي قبل هذا من هذا السماع القول في حكم المغارسة الفاسدة اذا وقعت دون أن يكون للعامل من الأرض شيء ، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك .

ونتكلّم ها هنا على حكمها إذا وقعت فاسدة مع أنَّه قد جُعل للغارسِ فيها جزءٌ من الأرض كنحو هذه المسألة، فالذى يتحصل فيها لابن القاسم ثلاثة أقوال .

أحدها أنَّ العامل يُرَدُّ إلى إجارة مثله في الجميع ، ولا يكون له في الأرض شيء ، فيُعطى قيمة غرسه يوم وضعه في الأرض ، وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، ويرد إلى رب الأرض ما أكلَّ من الشمرة : مكيلتها إنْ علِمَتْ أو قيمة خرصها إنْ جهلتْ ، هذا معنى قوله في هذه الرواية وإنْ كان لم ينص عليها فيها ، وهو مذهب سحنون ، وهذا القول يأتي على تعليلٍ منْ عَلَلَ أنَّ الغرس في المغارسة الفاسدة كيُفِما وقعت على ملك رب الأرض .

والقول الثاني أنه بيعُ فاسد في نصف الأرض قد فات بالغرس ، فيكون على الغارس فيه لرب الأرض قيمته يوم غرسه ، وإجارة فاسدة في النصف الثاني ، فيكون فيه على رب الأرض للغارس قيمته مقلوعاً يوم وضعه في الأرض وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، وقيل إنه يكون عليه للغارس نصف قيمة الغرس قائماً يوم الحكم فيه من أجل سقيه وعلاجه وهي رواية عيسى عن ابن القاسم بعد هذا في رسم الجواب ، وقيل إنه يكون عليه للغارس قيمة نصف غرسه يوم بلغ وتم ، وأجرته من يومئذ في قيامه عليه إلى يوم الحكم ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة ، ويتحاسبان في ذلك فمن كان له الفضل بينهما على صاحبه رجع به عليه ، والغلة بينهما في جميع ذلك على ما اشترطاه ، والصحيحُ من ذلك ما بدأنا به من أنه يكون عليه نصف قيمة الغرس مقلوعاً يوم وضعه في الأرض وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، فالغرس على قياس هذا القول نصفه على ملك الغارس ونصفه على ملك رب الأرض .

والقول الثالث أنه بيع فاسدُ أيضاً في نصف الأرض قد فات بالغرس

فيكون على الغارس فيه قيمة يوم فوته بالغرس ، وتكون في النصف الثاني كراءً فاسداً ، فيكون على الغارس فيه لرب الأرض كراءً مثله يوم أخذها ، أو يوم وضع الغرس فيها ، أو يوم أثمرت ، على الاختلاف الذي قد ذكرناه في رسم استاذن ، وبينما فيه معناه ، ويقلع الغارسُ غرسه من النصف الذي لرب الأرض بعد أن تُقسم إلَّا أن يشاء ربُ الأرض أن يأخذه بقيمتها مقلوعاً أو بقيمتها قائماً على قول يحيى ابن يحيى المتقدم في رسم استاذن ، وهو مذهب مالك في رواية المدنيين عنه ، ويكون على هذا القول الغلة كلها للعامل يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها ، المكيلة إن عرفت أو خرصها إن جهلت ، وهذا هو قول ابن القاسم في رواية حسين عنه ، وهو يأتي على أنَّ الغرس على ملك الغارس ، وهو أظهرُ من القول الثاني ، لأنَّ اجتماع البيع والكراء في هذه السلعة أولى من اجتماع البيع والإجارة فيها ، لأنهما يصيران كأنهما قد تَمَّما الفساد بينهما وبالله التوفيق .

ومن كتاب الجواب

وسأله عن رجل أعطى أرضه رجلاً يغرسها على النصف ، فاغترسها الرجل وأكل الثمرة نحوَ من أربع سنين أو خمس سنين ، وأنَّ صاحبَ الأرض باع نصفَه ذلك من الغارس أو غيره ، ثم أراد البائعُ صاحبَ الأرض بعد ذلك أن يرجع في النصف الذي في يد الغارس الذي عمر به في الأرض وغرسه عليه .

قال ابنُ القاسم : ليس له أن يرجع فيه ، لأنَّ أحدهما كان حلالاً حين أعطاء الأرض يغرسها له وله نصفها إذا كانا سَمِّياً للغرس شباباً أو قدرًا معلوماً ، فإن لم يكونا سميَا ذلك ولا حدَّاه كان كبيع فاسد ، لأنَّ بَاعَه نصفَ الأرض على أن يغرس له النصف الثاني ،

فلما لم يسميا ولا حداه فقد باعه إيه بشيء لا يدريان ما هو ، فهو بيع فاسد وقد فاتت الأرض كلها بالغرس ، والغرس فوت ، فيقوم على الغارس النصف الذي صار له يوم قبضه ، لأنه قد فات في يديه ، والغراس فوت ، ويكون للغارس على صاحب الأرض نصف قيمة الغرس لأن له نصف الأرض ونصف الغرس لأن الغارس هو الذي غرسه له في نصف الأرض ، ويقوم الغراس قائماً على حاله يوم يحكم فيه لأن له سقياً وعلاجاً ، وبالسقي بلغ وتم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في الرسم الذي قبل هذا فلا وجه لإعادته .

ومن كتاب العتق

قال عيسى : قلت لابن القاسم أرأيت لو قال له استأجرك على أن تغرس في أرضي هذه كذا وكذا نخلة فإن خرجة ونبتت فهي بيبي وبيبنك .

قال : لا بأس به إنما هو جعل وليس بإجارة ، ولو شاء أن يذهب ذهب ، ولو غرسها ثم ماتت لم يكن له شيء حتى تنبت ، ولو لم يكن جعلاً ما جاز لأنه شرط عليه شيئاً لا يدرى أitem أم لا يتم ؟ ولعله أن يعمل فيه وببطل ولا يستطيع أن يخرج عنه فيكثر تعبه ويطول عناؤه ، ثم لا يخرج النخل فيكون قد ذهب عمله فيه بغير شيء أخذه ، ولكنه لو استأجره على أن يغرس له في حائطه هذا كذا وكذا نخلة بنصف أرضه هذه لم يكن بذلك بأس ، وكانت إجارة ولم يكن له أن يخرج حتى يفرغ من غراسه ، فإذا غرسها وَغَيَّبَها في الأرض

ثبَّتْ لِهِ أُجْرَتِهِ لَا يَبْلِي نَبَّتْ أَوْ عَطَبْتْ ، وَلَوْ كَانَ لَا يَثَبَّتْ لِهِ أَجْرٌ حَتَّى تَخْرُجَ وَتَبْنَتْ وَلَا يَسْتَطِعُ هُوَ أَنْ يَخْرُجَ كَانَ قَدْ مَنَعَهُ هُوَ مِنْ مَنْفَعَةِ نَفْسِهِ بِمَا لَا يَدْرِي أَيْتَمْ أَمْ لَا يَتَمْ ؟ وَلَعَلَّهُ لَا يَنْبَتِ إِلَّا بَعْدَ سَتَّينَ أَوْ ثَلَاثَةَ ، وَلَعَلَّهُ لَا تَبْنَتِ أَبْدًا فَيَكُونُ قَدْ ذَهَبَ عَنْأُهُ بَاطِلًا ، فَلَا خَيْرَ فِيهِ إِلَّا عَلَى مَا فَسَرْتُ لَكَ .

قال محمد بن رشد : قوله استأجروك على أن تغرس في أرضي هذه كما وكذا نخلة فإن خرجت ونبت فهي بيني وبينك ، معناه وما نبت منها فهو أيضاً بيني وبينك بموضعه من الأرض ، إذ لا يصح أن يجوز الجعل إلا على هذا ، لأن من شرط جوازه أن لا يكون للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه ، لأننا لو حملنا المسألة على ظاهرها من أن المجعل له لا يجب له شيء إلا لأن يخرج النخل كلها وتبنت لوجب إذا لم تنبت كلها ونبت بعضها أن لا يكون للغارس فيما نبت حق ، ويكون لرب الأرض الجاعل ، وذلك ما لا يجوز باتفاق ، لأن ترى أنه لا يجوز الجعل على خدمة شهر ولا خيطة ثوب من أجل أنه إن خدم بعض الشهر أو خاط بعض الثوب ثم ترك الخيطة أو الخدمة لم يجب له حق فيما خدم ولا فيما خاط فأخذ الجاعل باطلًا ، وذلك باطل لا يجوز ، ولم يتلفت إلى لفظ الإجارة في قوله استأجرك لما شرطاً فيها العمل على حكم الجعل ، وهذا قوله في المدونة إنه إنما ينظر إلى الفعل لا إلى اللفظ .

وقوله في هذه المسألة إن المغارسة في الأرض على خدمتها لا تجوز إلا على وجه الجعل بأن لا يلزم المغارس التمادي على العمل ويكون له أن يخرج ويترکه متى ما أراد خلاف المشهور من أن المغارسة في الأرض على جزء منها جائزة على أنها لها جميماً لازمة وإن كان لا يحملها الناس قياساً على المسافة ، وهذا أظهر ، وإن كان فيه اعتراف لأن من شرط صحة المغارسة أن يكون الجعل فيها معلوماً ، والجعل في هذه المغارسة غير معلوم ، لأنه الجزء الذي شرط له من الأرض بعد غرسها كيف يكون الغرس ، فالغارسة على

هذه الرواية لا تجوز إلا على وجهين أحدهما الإجارة على وجهها من لزومها لهما جميعاً ، والثاني يجعل على وجهه من أن لا يلزم المجعل له العمل وإن كان فيه من الاعتراض ما ذكرناه وهو يجعل بالجعل إذا كان على الجزء من الأرض بعد غرسه ، إذ لا يدرى كيف يكون الغرس ، فهذا كله بين ، والله الموفق .

مسألة

قلت : أرأيت لو قال له اغرس لي في أرضي هذه نخلاً ولم يسم عددها أو رُمَاناً أو أصلًا من الأصول معيناً على وجه يجعل أو على وجه الإجارة قال : لا بأس بهما جميعاً .

قلت له : ألا ترى أنه لا يدرى كم يغرس له فيها أيقلُّ الغرس أم يكثير ؟ قال : بل ذلك عند الناس معروفٌ غُرس الأرض كلها لها قدرٌ عند أهل المعرفة بها يغرسونها عليه أن يرد الغارس غرسه منع من ذلك وعلم أنه أراد الضرر ، وإن قارب بينهما علم أنه أراد تلافها أو هلاكها ، فمعرفة ذلك ثابتة عند الناس معروفة قيل لك أجرته .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه ، لأن العرف المعلوم في العمل يعني عن وصفه ، بدليل قوله تعالى : « إِنِّي أَرِيدُ أَنْ أُنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّاجٍ »^(٤) فسمى الإجارة وضربَ الأجل ولم يصف الخدمة والعمل لاستغنائهما عن ذلك بالعرف والعادة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من استأجر أجيراً فليعلم أجره » وقال « من استأجر أجيراً فليؤجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم » فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتسمية الأجرا وضرب الأجل ، وسكت عن وصف العمل إذ قد يستغني عن ذلك بالعرف والعادة الذين يقumen مقامه .

(٤) الآية ٢٧ من سورة القصص .

ومن كتاب الصبرة من سماع يحيى من ابن القاسم

قال يحيى : وسألت ابن القاسم عن الرجل يعطي الرجل أرضه البيضاء على أن يغرسها شجراً وتكون الثمرة بينهما يقتسمانها عند كل جناء أو يُعامله فيها على ما لا يصلح مما أشبهه هذا ، فيعملها العامل ويشرم الشجرة ويقتسمان الثمرة زماناً على شرطهما.

فقال : اخطئا وجه الصواب في تعاملهما الذي جاءت به السنة ، وذلك أن يكون للعامل نصف الأرض بما فيها من الغرس إذا تم نصفها أو ثلثها أو جزء من أجزائها على ما يقع به الشرط بينهما من هذا الوجه ، فإذا تركا هذا وتعاملا بما لا يصلح منها ، فلصاحب الأرض على العامل كرأوها لما مضى من السنين من يوم وضع فيها الغرس إلى يوم ينظر في أمرهما ، يقوم له كرأوها نقداً على قدر ما يرى من رغبة الناس فيها عاماً بعام ، ثم يدفع ذلك إليه ، ويكون على صاحب الأرض أن يغرم للعامل مكيللة ما أكل من الثمر إن كان أخذها يابساً ، وإن كان أخذه رطباً غرم قيمته على خرصه ، ثم يقال للعامل إقلع غرسك واصنع به ما بدا لك شرط أن لا يرضي صاحب الأرض أن يعطيه قيمة الشجر مقلوعاً ويكون أحق بها لأن قلعها فساد لا منفعة فيه للعامل ، قلت : ولم لا يجعل الشجر لرب الأرض ويغرم العامل ما أكل من الثمرة ويعطيه أجر ما عمل في قيامه بالسقي والعلاج كله ويكون صاحب الأرض أولى بثمرة شجر أرضه ؟ فقال : لأنني سمعت مالكاً يقول إذا تعامل المتنازعان على ما لا يحل كان

الرُّرُعُ لصاحبِ الْحَبِّ ، ولم يَكُن لصاحبِ الْأَرْضِ إِلَّا كِرَاءُ أَرْضِهِ ،
وَالشَّجَرُ وَالزَّرْعُ عِنْدَنَا سَوَاءٌ ، ثُمَّرَةُ الشَّجَرَةِ لِلَّذِي غَرَسَهَا صَلَةٌ مِنْ
عِنْدِهِ ، كَمَا أَنَّ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ إِذَا تَوَلَّهُ كَمَا تَوَلَّ صَاحِبُ
الشَّجَرِ غَرَسَهُ .

قالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : هَذِهِ مَسَأَةٌ قَدْ مَضِيَ تَحْصِيلُ الْقَوْلِ فِيهَا فِي
رَسْمِ اسْتَأْذِنَ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى فَلَا وَجْهٌ لِإِعْادَتِهِ ، وَمَا حَكِيَ عَنْ مَالِكٍ مِنْ أَنَّ
الْزَرْعَ فِي الْمَزَارِعَةِ الْفَاسِدَةِ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ إِذَا تَوَلَّهُ عَمَلَهُ ، هُوَ مَذَهَبُ ابْنِ
الْقَاسِمِ فِي الْمَدْوَنَةِ عَلَى مَا تَأَوَّلَ عَلَيْهِ أَبُو إِسْحَاقِ التُونِسِيِّ مِنْ أَنَّ الْزَرْعَ فِي
الْمَزَارِعَةِ الْفَاسِدَةِ لِمَنْ اجْتَمَعَ لَهُ شَيْئَانِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَصْوَلٍ ، وَهِيَ الْأَرْضُ وَالْعَمَلُ
وَالْبَذْرُ ، وَفِي ذَلِكَ اخْتِلَافٌ كَثِيرٌ قَدْ ذُكِرَتُهُ فِي رَسْمِ أَسْلَمٍ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى مِنْ
كِتَابِ الْمَزَارِعَةِ فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنْ إِعْادَتِهِ هَا هَا وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ .

من سَمَاعِ أَصْبَغِ مِنْ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ كِتَابِهِ الْأَقْضِيَةِ وَالْأَحْبَاسِ

قالَ أَصْبَغُ : وَسَمِعْتُ أَشْهَبَ وَسَئَلْتُ عَمَنْ يَدْفَعُ أَرْضَهُ إِلَى رَجُلٍ
يَغْرِسُهَا نَخْلًا وَسَمِيَّ لَهُ سَعْفَاتٌ مَعْلُومَةٌ وَقَدْرًا مَعْلُومًا عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ
وَالشَّجَرَ بَيْنَهُمَا فَيَغْرِسُهَا فَتَمُوتُ كُلُّهَا إِلَّا ثَلَاثَ نَخْلَاتٍ .

قالَ : مَا نَبَتَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَبِقِيَّةُ الْأَرْضِ لِرَبِّهَا ، قَالَ أَصْبَغُ :
وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَا أَعْلَمُ ، وَهُوَ رَأِيِّي .

قالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : لَا فَرْقٌ عَلَى هَذَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الَّذِي نَبَتَ هُوَ
الْأَقْلُ أَوِ الْقَلِيلُ أَوِ الْأَكْثَرُ أَوِ الْكَثِيرُ يَكُونُ لِلْمُغَارِسِ حَقُّهُ فِيمَا نَبَتَ عَلَى كُلِّ
حَالٍ ، وَبِطْلٌ فِيمَا بَطَلَ وَلَمْ يَنْبُتْ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَفِي سَمَاعِ حَسَنِ بْنِ عَاصِمٍ

عن ابن القاسم أنَّ القليلَ تَبَعَ للكثيرِ إلَّا أن يكونُ الذِّي نَبَتْ أو بَطَلْ لَه قَدْرٌ وَبَالْ
وَإِنْ كَانَ الْأَقْلَ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا وَيُشَبِّهُ حَقَّهُ فِيمَا نَبَتْ وَبَيْطَلْ فِيمَا بَطَلْ ، وَهُوَ قَوْلُ
سَحْنُونَ ، وَهُوَ الذِّي يَأْتِي عَلَى الْمُشَهُورِ مِنْ أَنَّ الْمَغَارَسَةَ عَلَى جَزْءٍ مِّنَ الْأَجْزَاءِ
جَائِزَةٌ عَلَى أَنَّهَا لَهُمَا جَائِزَةٌ ، وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ يَأْتِي عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْمَغَارَسَةَ فِي
الْأَرْضِ عَلَى جَزْءٍ مِّنْهَا لَا تَجُوزُ إلَّا عَلَى وَجْهِ الْجَعْلِ الذِّي لَا يَلْزَمُ الْمَجْعُولَ لَه
فِيهِ الْعَمَلُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

وَمِنْ نَوَازِلِ سَئَلٍ عَنْهَا أَصْبَغُ بْنُ الْفَرْجِ

وَسُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَعْطَى رَجُلًا أَرْضًا لَه لِيَغْرِسَهَا بَيْنَهُمَا فَلَمَّا غَرَسَ
بَعْضَهَا أَوْ جُلَّهَا إلَّا أَنَّه لَمْ يُتَمَّ الْعَمَلُ إلَى الشَّرْطِ الَّذِي جَعَلَاهُ بَيْنَهُمَا
عِجزَ الْغَارِسُ أَوْ غَابَ فَأَدْخَلَ صَاحِبَ الْأَرْضِ آخَرَ فِي الْغَرَسِ فَعَمِلَهُ
وَقَامَ بِهِ أَوْ عَمِلَهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ بِنَفْسِهِ وَتَمَّ مَا بَقِيَ مِنْهُ ، ثُمَّ قَدِمَ الْأَوَّلُ
فَطَلَبَ حَقَّهُ مَا كَانَ غَرَسَ فَمَا تَرَى لَه إِذَا كَانَ غَائِبًا أَوْ حَاضِرًا؟ قَالَ
أَصْبَغُ : إِنَّ كَانَ غَائِبًا أَوْ حَاضِرًا حَضُورًا لَمْ يُسْلِمْ فِي مُثْلِهِ وَلَمْ يَرِضْ
فِيمَا يُرَى وَلَمْ يُقْطِعْ عَلَيْهِ بِرْؤَيَةِ التَّسْلِيمِ أَوِ الرَّضْسِ أَوِ الْخَرْوَجِ مِنْهُ
عَلَى حَقِّهِ وَيُعْطِيُ الذِّي كَفَاهُ مَا كَفَاهُ بِهِ أَوْ أَتَمَّهُ يَأْتِيهِ بِهِ مَا لَمْ يُسْرِفْ
عَلَيْهِ بِمَا يَعْمَلُ مُثْلُهُ فَيُرَدُّ إِلَى الْحَقِّ وَإِلَى مَا لَوْ كَانَ هُوَ الْعَاملُ لِزَمْهِ
مُثْلُهُ وَلِحَقِّهِ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : مَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ أَعْطَاهُ الْأَرْضَ يَغْرِسُهَا
عَلَى أَنَّهَا إِذَا بَلَغَتْ قَدْرًا مَعْلُومًا كَانَ لَه جَزْءٌ مِنْهَا فَعَجَزَ بَعْدَمَا عَمِلَ وَغَرَسَ بَعْضَ
الْغَرَسِ ، فَأَدْخَلَ رَبُّ الْأَرْضِ مَكَانَهُ مِنْ يُتَمَّ عَمِلَهُ بِأَجْرَةِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهَا أَوْ عَمِلَ
هُوَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، فَقَالَ : إِنَّه إِذَا لَمْ يَظْهَرْ تَرْكُهُ بِمَا دَخَلَ فِيهِ فَهُوَ عَلَى شَرْطِهِ ،
وَلِمَنْ أَتَمَ الْعَمَلَ أَجْرَتُهُ عَلَى الذِّي عَجَزَ مَا لَمْ يَكُنْ سَرَفًا فَإِنْ أَسْرَفَ رَبُّ الْأَرْضِ

فيما استأجر به رُدَّ إلى الحق ، وقولُ أصيغ فيها عندي خلاف لقول ابن القاسم في أول مسألة من سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات في الخصم ، ولقول ابن القاسم وسخنون في مسألة كتاب الجعل والإجارة في الرجل يستأجر الرجلين لحفر بئر فيمرض أحدهما ويحفرها الآخر إن الحافر متطوع ، قال ابن القاسم لصاحبه وقال سخنون لصاحب البئر لأن ابن القاسم حمل الإجارة على أنها مضمونة على كل واحد منها ، وحملها سخنون على أنها معينة فانفسحت بالمرض ، ولم يفرق أحد منهم في شيء من ذلك بين أن يكون لصاحب الأرض أو البئر أو الشريك عبيداً أو أجراً لا يحتاج من أجلهم على الإستئجار على ما عمل له ، كما فرق في ذلك في سماع أبي زيد من كتاب الجعل والإجارة ، فقيل رواية أبي زيد مفسرة للقوليين ، وقيل إنها قول ثالث في المسألة وهو الأظهر والله أعلم ، ولو لم يطلب الأول حقه وانتبذ منه فقال لا حاجة لي به ، وطلب الذي كفاه ما كفاه به وأتمه لتخرج ذلك على الاختلاف في المغارسة على جزء من الأرض هل هي لازمة لهما قياساً على المساقاة أو لا تلزم المغارس منهما قياساً على الجعل وحملأ عليه ، وقد مضى ذكر الاختلاف في رسم العنق من سماع عيسى .

ولو عجز قبل أن يفوت المغارسة في الأرض مغارسُ رب الأرض فيها غيره لكان الأول على حقه ، وبؤدي قيمة عمل الثاني للثاني أو لرب الأرض إن لم يُرُدُ الثاني أنْ يرجع على رب الأرض وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل أصيغ عن رجل أعطى رجلاً أرضاً على أنْ يضرب حولها جداراً أو يحفر حوالها سياجاً أو يزرب حولها ويعرسها ، فإذا بلغ الغرسُ كذا وكذا لأجلِ حَدَّاده بينهما فله النصفُ من جميع الغرس والجدار والسياج والأرتب والأرض فإنه لا يتم في موضعه ذلك إلا أن

يسدوا حوله من كثرة المواشي واختلاف الناس والمضيق في موضعهم ذلك ، وكيف إن كانت الأرض في موضع لا يخاف على الغرس فيه فساد ما ذكرت لك وأشترط عليه السداد ؟

قال أصبع : إن كانت مؤونة يسيرة فهو جائز ، وإن كانت مؤونة السياج والحائط والزرب يعُظِّمُ ويكثر فلا خير فيه ، وهو زيادة في المُجَاعَلَةِ وهو غَرَرٌ أيضًا لعله لا يتم من الغراس شيء فترجع الأرض بحيطانها وسياجاتها إلى ربها فيكونان قد تطاولا ، ويُكفيك أن يحمل هذا على ما تُحْمَلُ على المسافة من سد الحظار وسد الشرب وما لا تعظم مؤنته ولا تكثُر نفقته فيجوز كذلك قال مالك فيما قد علمت ، وإلا لم يَجُزْ .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يجوز لرب الأرض أن يشترط على المغارس إلا القدر اليسير الذي يجوز لرب الحائط أن يشترطه على المسافي في المسافة صحيح ، لأن المغارسة على جزء من الأرض مقيسة عليها حسبما قد ذكرناه في رسم طلق من سماع ابن القاسم ، وهي على القول الثاني مقيسة على الجُعل فلا يجوز أيضًا اشتراط الزيادة الكثيرة فيه إذ لا يجوز ذلك في الجُعل لأنه متى أحيل عن سُتُّته باشتراط الزيادة فيه من أحدهما خرج عن أصله وعاد إلى الإجارة الفاسدة ، وقد أجاز ابن القاسم في سماع حسين بعد هذا أن يشترط رب الأرض على العامل عمل نصيبه سنين مُسْمَأةً بعد المقاومة ، وأنكر ذلك سحنون ، فقوله في إنكاره صحيح على قياس قول أصبع هذا ، ولأصبع في الواضحة مثل قول ابن القاسم هذا في سماع حسين ، وزاد قال : وذلك أنه إذا غارسه على حد معروف واشترط أن يقوم له بحصته إلى أجل من السنين قد تمت المجاعلة بينهما وصار لكل واحد نصفه يصنع فيه ما شاء ، وصار لصاحب الأرض على الغرس عمل وخدمة إلى أجل معروف في نصفه الذي صار له ، فجاز ذلك ، واعتراض عليه الفضل قوله قد تمت المجاعلة

بينهما ، وقال : أرأيت إن أبطل الغرس من قبل أن يبلغ النبات الذي تعاملأ عليه وأبى الغارس أن يعيد غرسه ^{أَتَتْمُ} المغارسة بينهما ؟ واعتراضه صحيح والله الموفق .

ومن كتاب النسمة

وسائل عن رجل أعطى رجلاً أرضاً يغرسها شجراً على أن الشجر بينهما نصفان فلما غرس وأطعم الغرس أراد صاحب الأرض إخراجه حيث عمل ما عملا عليه ، هل للغارس من إجارة عمله يوم يخرج ، أو قيمة غرسه ؟ قال : أرى له ^{غُرم} قيمة غرسه الذي جاء به على صاحب الأرض ، وإجازته فيما عمل وسقى وأصلاح ، ويقيمه له ذلك أهل البصر ، ويأخذ إجارته تامة إن كان أقام في ذلك سنة أو سنتين أو أقل أو أكثر ، ويكون له مع ذلك قيمة الغرس الذي غرس في أرض هذا .

قال محمد بن رشد : قوله على أن الشجر بينهما نصفان يزيد الشجر دون الأرض ، ولذلك حكم لها بحكم المغارسة الفاسدة ، فيردهما فيها إلى حكم الإجارة ، وقد مضى الاختلاف في ذلك في رسم استئذن من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد : قال ابن القاسم : في رجل دفع أرضاً إلى رجل على أن يغرسها نخلًا حتى إذا أثمرت كانت النخل والأرض بينهما قال : لا بأس به .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما مضى في رسم طلق من سماع ابن القاسم ان المغارسة إلى الإطعام جائزة ، ومثله يأتي في رسم حسين بن عاصم ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة واحد قول ابن المواز في كتابه ، وله فيه قول آخر أن ذلك لا يجوز لأنه لا يدرى متى يثمر ؟ إذ قد يعدل ذلك وقد يؤخر ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال : أرأيت لو دفعها اليه مبهمًا ، فادعى أحدهما الحلال والآخر الحرام ؟ قال : ينظر إلى عمل أهل ذلك البلد ، فإن كان الغالب عليهم الحرام سلك بهم سبيل الحرام ، إن كانت الثمرة لم تثمر اعطى العامل النخل مقلوعاً إلا أن يشاء صاحب الأرض أن يعطيه قيمتها مقلوعاً ولا شيء له في عمله ولا سقيه ، وإن كانت أثمرت كانت الثمرة للعامل وكان لصاحب الأرض كراء أرضه يوم أثمرت النخيل ، فإن كان عمل أهل ذلك البلد الحلال سلك بهم سبيل الحلال ، وإن كان أهل تلك البلدة يعملون بالحلال والحرام وهذا يدعى حراماً وهذا يدعى حلالاً حلفاً ويُفسخ الأمر بينهما .

قال محمد بن رشد : تكلم في أول هذه المسألة على الفواث وهي آخرها على القيام ، وبين قوله في ذلك كله على أنه لا مزية لمدعى الحلال في دعواه على مدعى الحرام إلا أن يشهد له العرف بمنزلة مدعى الحرام ، فقال في أول المسألة في الفواث إنه إن كان الغالب في البلد الحرام يُسلك بهم سبيل الحرام يريد بعد يمين مدعى الحرام على ما يشهد له به العرف من الحرام فيعطي النخل مقلوعة إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة ولا كراء على العامل في الأرض إذا لم يثمر النخل إذ لم ينتفع بها وأما إن أثمرت فعليه الكراء ، قال في هذه الرواية من يوم أثمرت ، وقد مضى ذكر

الاختلاف في ذلك وتوجيهه في رسم استاذن من سماع عيسى ، وقال إنه إن كان عمل أهل البلدة الحلال سُلِكَ بهم سُلِكُ الحلال يريد أنه يكون القول قول مدعى الحلال مع يمينه على ما يدعى من الحلال لشهادة العرف له بذلك ، ولو لم يشهد العرف لواحدٍ منهمما أو شهد لهما لوجب على قياس هذه الرواية أن يكون قول من يدعى عليه منها أكثر مما يجب عليه على ما يقرب به من الحرام والحلال .

وقال في آخر المسألة في الفواث وإن كان أهل البلد يتعاملون بالحلال والحرام حلفاً وفُسخَ الأمر بينهما ، وتحصيل القول في اختلافهما في الحلال والحرام ان اختلافهما ي ذلك لا يخلو من أن يكون قبل الفواث أو بعد الفواث ، فإن كان قبل الفواث فعلى القول بأنه لا يراعي دعوى الإشيه مع القيام ، يتحالفان ويتفاسخان ، هذا نص قولهم ، والذي يوجه النظر أن يحلف مدعى الحرام وينفسخ البيع ، وإن نكلَ عن اليمين حلف مدعى الحلال ثبت البيع إذ لا معنى لحلف مدعى الصحة إلا بعد نكول مدعى الفساد ، لأنَّه إذا حلف انتقضَ البيع على كل حال حلف مدعى الصحة أو نكل عن اليمين ، فلا معنى ليمينه إلا إذا نكل مدعى الفساد .

وأما على القول بأنه يراعي دعوى الإشيه مع القيام فيكون على هذه الرواية التي لم ير فيها لمدعى الحلال مزيةً في دعواه على مدعى الحرام القول قولَ من من يشهد له العرفُ منها دون صاحبه ، فإن شهد العرفُ لهما أو لم يشهد لواحدٍ منها حلفاً وفُسخَ الأمرُ بينهما ، هذا نص قوله .

وقد مضى أنَّ الذي يوجه النظر أن يبدأ بيمين مدعى الحرام ، إذ لا معنى ليمين مدعى الصحة إلا إذا نكل مدعى الفساد ، وأما على المشهور في المذهب منْ أنَّ لمدعى الحلال مزيةً في دعواه على مدعى الحرام فيكون القول قولَ من يدعى الحلال منها إلا أن يشهد العرفُ لمدعى الحرام دونه .

وأما إن كان اختلافهما في ذلك بعد الفواث فلا اختلاف في مراعاة

دعوى الإشباء في ذلك ، فيكون على المشهور في المذهب من أنَّ لمدعي الحلال مزية في دعواه على من يدعي الحرام ، القول قول من يدعي الصحة إلا أن يشهد العُرف لمدعي الفساد دونه ، ويكون على رواية أبي زيد الذي لم ير فيها لمدعي الحلال مزية في دعواه على مدعي الحرام القول قول من شهد له العُرف منهما دون صاحبه ، فإن شهد العُرف لهما أو لم يشهد لواحد منهما كان القول قول من يدعي منهما أكثر مما يلزمه على ما يدعي من الحرام أو الحلال وبالله التوفيق .

ومن سمع حسين بن عاصم من ابن القاسم

قال حسين : قلت لابن القاسم أرأيت الرجل يدفع أرضه إلى الرجل ليغرسها أصولاً معروفة على أنَّ الشجر والأرض بينهما بنصفين ؟ قال : قال مالك: لا بأس بذلك إذا سميا للشجر قدرًا معلوماً أو شباباً معروفاً ينتهي إليه . قال : قلت لابن القاسم ما هذا الشباب الذي وصفه مالك لكم ؟ قال : حد الشجر في ارتفاعها حتى تكون تزيد قدرًا معلوماً كالقامة والبسطة^(٥) ونصف القامة وما أشبه ذلك في سعفاته تلقيها الشَّجَرُ معروفة أيضاً ، قال : فقلت له أيجوز هذا إذا كانت الشجرة تثمر قبل بلوغها لهذا الشباب والقدر الذي وصفت لك ؟ . قال : لا يجوز ذلك وتفسخ معاملتهما .

قلت له : لم فسخت ذلك بينهما ؟ قال من قبل أن العامل تكون له الثمرة التي تثمر تلك النخل إلى أن تبلغ الشباب والقدر الذي سمياه بينهما ثم يكون نصف تلك الشجر بأرضها للعامل مع

(٥) البسطة : التوسع .

الثمرة كلها التي كانت قبل ذلك ، فصار أجيراً بثمرة لم ييد صلاحها وينصف هذه الأرض بما ينبع فيها ، فلا يجوز .

قلت : فإن سميأ عدة سنين يعملها العامل يغرسها ثم يكون بعد ذلك بنصفين ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا كانت أرضاً مأمونة قد عرفها الناس لأنها لا يخفى أمرها ونبات شجرها ، وذلك إذا كانت السنون لا تتم الشجر قبلها ، فإن أثمرت قبل الأجل لم يصلح ، لأنه لا يدخله ما وصفت لك من بيع الثمرة قبل أن يbedo صلاحه إذا كان به أجيراً وينصف الشجر إلى هذا الأجل .

قلت : فإن اشترط إلى أن تثمر ؟ قال : لا بأس بذلك .

قلت : لم والأثمار مختلف ؟ منه ما يت Urgel فيقل عمل العامل فيه فيُغَيْبَنْ رب الأرض وقد ظن رب الأرض انه سيطأ عمله ويكثر عمل الناس فيه ، ومنه ما يطأ فيظن العامل أنه سيتم معجلاً ويقل عمله فيه ، فإن كان إثماره قريباً غَيْبَنَ العامل رب الأرض ، وإن كان إثماره بطئاً غَيْبَنَ رب الأرض العامل .

فقال الإِثْمَار مَعْرُوفٌ قدره ، وإنما يختلف منه الشيء اليسير فلا يُحْمَلُ النَّاسُ على الخاص وإنما يحملون على العام .

قال محمد بن رشد : أما إجازته المغارسة على جزء من الأرض إلى قدر من الشجر دون الاطعام فلا اختلاف في جواز ذلك ، وكذلك منه من جوازها إلى حد يكون الإطعام دونه أو إلى أجل يكون الاطعام دونه فلا اختلاف أيضاً فيه .

وأما إجازته إليها إلى أجل لا يكون الإطعام دونه فهو خلاف ما يأتي له في هذا السَّمَاع بعد هذا وجواز ذلك ها هنا على القول بلزوم

المغارسة قياساً على المسافة ، والمنع من ذلك على ما يأتي له على القول بأن المغارسة على جزء من الأرض لا يجوز إلا على وجه الجُعل الذي لا يلزم المجعل له فيه العمل ولا يجوز فيه الأجل ، ويكون له الخروج متى شاء على ما قد مضى القول فيه في رسم العتق من سماع عيسى .

وأما إجازته إليها إلى الإثمار فهو المشهور في المذهب قد مضى مثله في رسم طلق من سماع ابن القاسم ، وإليه ذهب ابن حبيب في الواضحة ، ومثله في كتاب ابن المواز ، وله في موضع آخر أن ذلك لا يجوز إذ قد يتاخر الإثمار ويتعجل ، فهو غرر .

مسألة

قلت فإن أثمر بعضها وبقي بعض ؟ قال إذا أثمر الجُعل منها وبقي الشيء التافه كان تبعاً لما أثمر منها ، ويكون العامل على شرطه ، قلت : فإن أخذها على شباب وَحِدَة معروفي يتنهي إليه فغرسها مات بعضها وهي بعضها ؟ فقال : إن كان الذي حبي منها ونبت جلها وأكثرها فالأرض وما فيها بينهما ، ولا يضره ما مات منها ، وإن كان الذي مات جلها أو أكثرها لم يكن له فيما نبت من ذلك الشيء اليسير شيء ، لأنه ليس وجه ما عامله عليه ، قال : قلت وما باله إذا كان الذي نبت منها الشيء الذي له بال وقدر في الأصول من الغرس وإن لم يكن جلها ولا أكثرها لا يكون العامل فيما نبت من ذلك على شرطه ؟ فقال : نعم ، أراه فيما نبت مما وصفت على شرطه ولا يكون له فيما لم ينبت قليل ولا كثير ، قال سحنون : لا يكون للعامل قليل ولا كثير إذا كان الذي نبت منه الشيء اليسير لا مما نبت ولا مما لم ينبت ، قال سحنون : وأصل قولنا في المغارسة إذا كان الذي نبت منها جلها وأكثرها وحسن منها

الشيء اليسير فجميُّ الأصل والأرض بينهما ما حسُن منها وما لم يحسن ، وإذا كان الذي نبت إنما هو الشيء اليسير وحسُن منها جلُها وأكثُرها فلا يكون للعامل منه قليل ولا كثير ، لا ممَّا نبت ولا ممَّا لم ينجب ، فكما يكون للعامل نصف الجميع إذا كان الذي حسن منها الشيء اليسير ما حسُن منها وما لم يحسن ، فكذلك لا يكون له قليل ولا كثير إذا كان الذي نبت منها اليسير وحسُن أكثرها لا مما نبت ولا مما لم ينجب .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفى في سماع أصبع فلا معنى لاعادته والله الموفق .

مسألة

قلت فإن أخذها العامل على أن يغرسها على النصف ولم يسميا شباباً ولا قدرأً موصوفاً يتنهى إليه أو أخذها إلى أجل تكون الثمرة دونه ولا تكون الثمرة أو لا تكون الثمرة دونه ففسخت أمرهما ومعاملتهما وقد نبت الغرس؟ فقال لي أرى أن يقسم الغرس بينهما نصفين ، ثم يكون النصف للعامل بقيمتها يوم قبض الأرض براحاً لا غرس فيها بتفويته إليها بالغرس ، لأنه مبتاع لذلك النصف بعمله في نصف الأرض إلا ما لا أَمْدَلَه ولا وقت ، فصار بمنزلة من ابتعاث أرضاً بشمن مفسوخ يفوتها بغرس أو بناء ، فإنها تقوم عليه بقيمتها يوم ابتعاثها بلا غرس فيها ولا بناء ، فيعطي تلك القيمة البائع وتكون الأرض للمبتاع لتفويته إليها ، فهذا يَذْكُرُ على ما وصفت لك ومما يذكر على ذلك أيضاً لَوْ أَنَّ رجلاً أعطى رجلاً أرضاً في إبان القليب ليفلحها ويُثْبِتها ويزرعها فقبلها وثناها وزرعها في إبان الزرع على أن تكون الزريعة منهمما والأرض غير مأمونة ويكون الزرع بينهما نصفين فإنه يفسخ عليهم إذا لم تكن

مأمونةً لأنَّه أَجْيَرَ في نصف الأرض بالنصف الذي أَخْذَ وهو لا يدرِي أَيْتُمْ له الزرع فيها إنْ مَطَرَت السَّمَاءُ أو لَا يَتِمْ له إنْ قَحَّطَت السَّمَاءُ، فإذا فسخت عَمَلُهُمَا قسمَت الْأَرْضَ بَيْنَهُمَا نصفيَنْ فِي كُوْنِ الْعَامِلِ نَصْفُ تِلْكَ الْأَرْضِ تِلْكَ السَّنَةِ إِنْ رَوِيَتِ الْأَرْضُ فِي إِبَانِ الزَّرْعِ بَكْرَاءَ مُثْلَهَا لِأَنَّ الْحَرْثَ فِيهَا فَوْتٌ كَمَا كَانَ الْغَرَاسُ فَوْتًا هَنَالِكَ ، وَيَكُونُ لِلْعَامِلِ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ قِيمَةُ عَمَلِ مُثْلِهِ فِي قَلْبِهِ وَحْرَثَهِ عَطَشَتِ الْأَرْضُ أَوْ رَوِيَتِ فَهَذَا يَدُلُّكَ عَلَى مَسَالِكَ أَيْضًا .

قَيلَ : إِنَّ اثْمَرَ الشَّجَرِ وَقَدْ إِغْتَلَلَاهَا زَمَانًاً ؟ قَالَ : ..يَكُونُ مَا اغْتَلَ لِلْعَامِلِ مِنْ نَصْفِهِ الَّذِي ضَمَنَهُ يَوْمَ فَوْتِهِ بِالْغَرْسِ لَهُ ، وَلَا كَرَاءُ عَلَيْهِ فِيهِ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ الْكَرَاءُ فِي سَهْمِ شَرِيكِهِ مِنْ يَوْمِ اغْتَلَهُ ، وَتَكُونُ لَهُ ثَمَرَةُ ذَلِكَ النَّصْفِ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ يَرْجُعُ بِهَا عَلَيْهِ مِنْذُ يَوْمِ اغْتَلَهَا ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَرْضًا فَصَارَ الَّذِي أَخْذَ مِنْهَا مِنَ الثَّمَرَةِ مِنْ كِرَاءِ أَرْضِهِ فَدَخَلَ فِي ذَلِكَ كِرَاءَ الْأَرْضِ بِالثَّمَرَةِ ، فَفَسَخَ ذَلِكَ وَرُدَّتْ الثَّمَرَةُ إِلَى مَنْ أَخْذَتْ مِنْهُ ، وَصَارَ عَلَى أَخْذِهَا كِرَاءً نَصْفَ الْغَرْسِ بِرَاحَةٍ لَا غَرْسَ فِيهَا مِنْذُ يَوْمِ اغْتَلَهَا وَهُوَ الْعَامِلُ ، قَالَ قَالَ سَحْنُونَ : لَا تَكُونُ لَهُ الْغَلَةُ وَجَمِيعُ الْغَلَةِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ يَرْدِهَا عَلَيْهِ الْعَامِلُ ، وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ قِيمَةُ غَرْسِهِ إِنْ كَانَتْ لَهُ قِيمَةً وَأَجْرَةً عَمَلِ مُثْلِهِ ، قَالَ سَحْنُونَ : لَوْ أَنِّي جَعَلْتُ لَهُ الثَّمَرَةَ لَكَانَ بِيَعًا لِلثَّمَرَةِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صَلَاحُهَا .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : أَمَّا حُكْمُهُ بِفَسَادِ المَغَارِسَةِ عَلَى جَزءِ مِنِ الْأَرْضِ دُونَ أَنْ يُسَمِّيَا شَبَابًا وَلَا حَدَّا يَتَهِيَ إِلَيْهِ الْمَغَارِسَةِ فَهُوَ الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، وَأَجَازَ ذَلِكَ ابْنُ حَبِيبٍ وَجَعَلَ حَدَّهَا إِلَيْطَاعَمَ .

وَأَمَّا حُكْمُهُ بِفَسَادِهَا إِلَى أَجْلِ لَا يَكُونُ إِلَيْطَاعَمَ دُونَهُ فَهُوَ خَلَافٌ مَا تَقْدِمُ

في هذا السماع ، وقد مضى القولُ هنالك على ما يترجح عليه كُلُّ قولٍ منها على الأصول وقوله في مسألة البيع الفاسد الذي نظر بها إنَّ القيمة تكون في ذلك يوم ابتعاها معناه إن كان البيعُ والقبضُ في وقت واحدٍ لأنَّ القيمة لا تجب في البيع الفاسد إلَّا يوم القبض لا يوم البيع هذا اختلاف ، ومسألة القليب الذي استدل بها على ما ذهب إليه من أنه بيعٌ فاسد في نصف الأرض مسألة صحيحة إلَّا أنها لا حجة فيها إذ لا يلزم فيها على قياس القولِ بأنه يلزم المغارسَ قيمةً نصف الأرض يوم فوتها بالغرس والكراء في النصف الثاني أنَّ يلزمَه الكراء في جميع الأرض لتفويته لها بالقليب .

وقوله إنه يكون له الكراء في سهم شريكه من يوم اغتيله هو مثلُ ما تقدم في سماع أبي زيد خلاف ما في سماع يحيى وفي رسم استاذن من سماع يحيى وفي رسم استاذن من سماع عيسى ، وحکى ابنُ زَرْب أنه وجد في بعض الكتب لابن القاسم أنه لا كراء عليه في نصيبِ صاحبِ الأرض لأنَّه كأنه أباحَ له الغرسَ فيها ، قال فلذلك سكت عنه في غير هذا الموضع ، وقد مضى توجيهُ الإختلاف هناك فلا معنى لإعادته وممضى أيضاً في رسم يوصي لمكاتبَه من سماع عيسى تحصيلُ الإختلاف في هذه المسألة فلا معنى لإعادته وقول سخنون إنها إجارةٌ فاسدةٌ في الجميع هو أحدُ أقوالِ ابن القاسم في المسألة في رسم يوصي من سماع عيسى ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال قلت فإنَّ أخذَها على شبابٍ معروفٍ وحدٍ ينتهي إليه وشرط عليه ربُّ الأرض عملَ شطْرٍ سنتين مُسَمَّةً بعد المقاومة هل يجوز ذلك له أم لا ؟ فقال : إنَّ كان عملُ النصف محدوداً معروفاً وكان مضموناً على العامل عاش أو مات فذلك جائز ، وإنَّ كان ذلك في عملٍ بَذَنَه بعينِه ما قام شخصه فلا خيرٌ فيه ويفسخ لأنَّها مخاطرةٌ

ولا يدرى أيعيش العامل الى ذلك الأجل أو يموت قبله ؟ فإن مات غُبِّنَ ربُ الأرض ، فإن عاشَ إلى الأجل غُبَّنَه ربُ الأرض فتَخَاطَرَا بهذا ، قال سحنون : هذا خطأ ولا يجوز هذا ، وأول خطأ هذا أنه جعل وبيع شيء ، فلا يجوز هذا على حالٍ من الحال ، ويصنع في هذا كما وصفت لك في أول المسألة .

قال محمد بن رشد : في الواضحة لمطرف وأصبح مثل قول ابن القاسم ، وزاد عن مطرف قال : فإن بطل الغرس بعد أن غرسه قيل لرب الأرض أعطِه غرساً مثأله يغرسه لك ويقوم لك به إلى أجله ، وهذا هو قول سحنون وقول أشهب في رسم البيع والصرف من سماع أصبح من كتاب الجعل والإجارة ، وإليه ذهب ابن حبيب خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها من أن الإجارة لا تجوز في ذلك إلا بشرط الخلف وزاد عن أصبح أنه أجاز ذلك ، لأن المغارسة قد تمت بينهما ، واعتراض ذلك الفضل واعتراضه صحيح ، إذ لا فرق في القياس بين أن يشترط عليه في المغارسة عملاً يعمله قبل الغرس أو بعده ، فقول ابن القاسم في هذه الرواية وقول أصبح في الواضحة معارض لما مضى من قول أصبح في نوازله حسبما بيناه هناك .

ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن المغارسة على هذا الشرط لا تجوز كان العمل مضموناً على العامل أو في عينه غير مضمون عليه ، على حكم الإجارة في عين الأجير ، وهو الذي يأتي على قياس ما تقدم من قول أصبح في نوازله ، الثاني أن ذلك جائز إن كان العمل مضموناً على العامل ، ولا يجوز إن كان في عينه غير مضمون عليه إلا أن يشترط الخلف إن بطل الغرس والثالث إن ذلك جائز في الوجهين جميعاً والحكم يوجب الخلف ، وأما إن اشترط العمل في بدنـه ما قام شخصه فإن مات بـطل عنه الشرط ولم يـجب عليه لرب الحائط شيء فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز ، فإن وقعت المعاملة على ما لا يجوز باتفاق أو على ما لا يجوز عند من لا يجيزها على ما

وَقَعَتْ عَلَيْهِ فَسُخِّتْ ، فَإِنْ فَاتَ بِالْعَمَلِ كَانَ الْحُكْمُ فِيهَا عَلَى الْإِخْتِلَافِ الَّذِي
قَدْ مَضِيَ تَحْصِيلُهُ فِي رِسْمٍ يُوصِي لِمَكَاتِبِهِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى ، وَقَوْلُ سَحْنَوْنَ
فِيهَا عَلَى أَصْلِ مَذْهِبِهِ وَأَحَدِ أَقْوَالِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ .

مَسَأَةٌ

قَلْتُ : أَرَأَيْتَ إِنْ عَامَلَهُ عَلَى النِّصْفِ بِحَالٍ مَا ذَكَرْتُ لَكَ
مَعْاْمَلَةً يَفْسَخُهَا بَيْنَهُمَا فَاغْتَلَاهَا زَمَانًا ثُمَّ ذَهَبَ الْغَرْسُ وَبَطَلَ وَرَجَعَتْ
الْأَرْضُ بَرَاحًا عَلَى حَالِهَا الْأُولَى ؟ فَقَالَ : يَكُونُ نَصْفُهَا لِلْعَامَلِ بِقِيمَتِهَا
يَوْمَ أَخْذَهَا بَرَاحًا ، لَأَنَّهُ سَاعَةً فَوْتَهَا بِالْغَرْسِ ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا فَلَا يُسْقِطُ
عَنْهُ الضَّمَانَ رَجْوَعًا إِلَى حَالِهَا الْأُولَى وَيَكُونُ أَيْضًا لِلْعَامَلِ الْغَلَةُ
كُلُّهَا ، وَعَلَيْهِ كِرَاءُ نَصْفِ الْأَرْضِ مِنْذِ يَوْمِ أَغْتَلَهَا ، فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ فِي
نَصْفِهِ الَّذِي ذَهَبَ أَجْرُ عَمَلِهِ فِيهَا إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الشَّابُ الَّذِي سَمِيَّاهُ ،
هَلَّكَ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ كَانَ قَائِمًا ، وَإِنْ فَاتَ الْغَرْسُ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَبْلُغَ ذَلِكَ
الشَّابُ فَلَيْسَ لِلْغَارِسِ أُجْرًا فِي غَرْسِهِ نَصْفَ الْأَرْضِ وَمَا يَدُلُّكَ عَلَيْهِ
قَوْلُ مَالِكٍ فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ حَفَّارَ الْقِبْوَرِ عَلَى حَفْرِ قَبْرٍ فَيَنْهَمُ الْقِبْرُ
مِنْ قَبْلِ أَنْ يَفْرَغَ الْحَافِرُ مِنْهُ : إِنْ ذَلِكَ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْفَرَ وَيَفْرَغَ مِنْهُ ،
وَإِنْ انْهَمَ الْقِبْرُ بَعْدَ فَرَاغِهِ مِنْهُ فَهُوَ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَعَلَيْهِ لِلْحَافِرِ
أَجْرُهُ كَامِلَةً ، قَالَ : قَالَ سَحْنَوْنَ : تَكُونُ جَمِيعُ الْغَلَةِ لِصَاحِبِ
الْأَرْضِ ، وَيَكُونُ لِلْعَامَلِ مِنْهَا شَيْءٌ وَيُعْطَى لِلْعَامَلِ أَجْرَةً مِثْلَهِ بَعْدَ أَنْ
يَرُدَّ جَمِيعُ مَا أَخْذَهُ مِنَ الْغَلَةِ مِنْ قَبْلِ أَنَّ الشَّجَرَ لَوْنَبَتْ لَمْ أَجْعَلْ لَهُ
فِيهَا وَلَا فِي الْأَرْضِ شَيْئًا ، فَكَيْفَ إِذَا لَمْ تَبْتَ حِينَئِذٍ أُخْرَى أَنْ لَا
يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمَا يَدُلُّكَ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا قَوْلُنَا
فَوْقَ هَذِهِ الْمَسَأَةِ فِي الْقَلِيبِ فِي الْأَرْضِ غَيْرِ الْمَأْمُونَةِ .

محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة وتكون أيضاً للعامل الغلة كلها معناه إلى يوم بلغت النخل الحد الذي اشترط إتمام المغارسة إليه وأما فيما بعد ذلك إلى حين الحكم فتكون الغلة بينهما كما اغتلها ، ولا شيء في ذلك على واحِدٍ منهما لصاحب ، لأن العامل اغتل النصف الذي قد ضمن بالقيمة ، وصاحب الأرض اغتل النصف الآخر الذي قد صار بانقضاء أمد المغارسة إليه وتولى القيام لنفسه عليه .

وقوله فعليه كراء النصف لرب الأرض منذ يوم اغتلها معناه أيضاً إلى يوم بلُوغ النخل الحد المشترط .

فأما قوله ويكون على رب الأرض للغارس في نصف الذي ذهب أجرة عمله فيه إلى أن يبلغ الشباب الذي سميه هَلْكَ بعده أو كان قائماً وإن مات الغارس من قبل أن يبلغ ذلك الشباب فليس للغارس أجرة في غرسه نصف رب الأرض فإنه كلام لا يستقيم رده على ما تقدم من القول ، بأن الغلة كلها للعامل ، وعليه كراء نصف الأرض ، وإنما يصح على القول بأنه يُرَدُّ في نصف رب الأرض إلى إجارة المثل فَيُؤَدِّبَا إلى العامل وتكون غلة ذلك النصف له لا للعامل ، ويرد إليه مع ذلك قيمة الغرس يوم وضعها في الأرض ، فهو خروج من قول إلى قول دون واسطة ، وأراه سقط من الأم شيء من الكلام .

وأما قوله إنَّ الغرس إن مات من قبل أن يبلغ ذلك الشباب للغارس أجرة في غرسه نصف رب الأرض فهو قول سحنون ومذهبـه ، وخلاف المعلوم من مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها في أنَّ له مِنْ الأجر بقدر ما مضى من العمل ، وإنما اختلف قوله في ذلك في المدونة إذا كانت الإجارة بما لا يملك من الأرض كالقبر يستأجر الرجل على حفره في المقبرة .

فإن صَحَّ هذا الكلام والاحتجاج لابن القاسم يحصل من مذهبـه في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه لا شيء له من أجرته إلا بعد تمام العمل ، والثاني أنَّ له من أجرته بحسب ما عمل ، والثالث الفرق في ذلك بين ما يملك من

الأرضيين أو لا يملك ، وقول سخنون على ما اختاره من أقوال ابن القاسم أنه يُرد في الجميع إلى أجرة مثله .

مسألة

قال : قلت فإن أخذها على أن يغرسها على النصف ولم يذكر الأرض ولا الشمر فاختلفا فقال العامل عاملتك على أن لي نصف الأرض بل على أن الثمرة بيننا وحدها أو الشجر بيننا وحدها دون الأرض؟ فقال لي : إن كان للبلد سُنة في معاملتهم حُمِلوا عليها ، قلت : فإن كان البلد العامل فيه على الوجهين ، وهما يُجريان به جميعاً؟ فقال : القول في ذلك قول العامل مدعى الحلال منهما مع يمينه ، وزب الأرض مدعى لأنه يدعى سبباً يُريد فسخ عملهما في إرجاع الأرض ، وقد قال مالك في الرجلين يستأجران فيدعى أحدهما في مباعة صاحب الحلال ويدعى الآخر الحرام : إن القول قول مدعى الحلال منهما مع يمينه ، والآخر مدعى لأنه يريد فسخ ما ثبت من بيع الحلال .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في سمع أبي زيد فلا معنى لإعادة شيء منه .

مسألة

قال : قلت : فإن ثبتت بينة على أنها تعاملت على أن الثمرة بينهما ما قامت الشجرة فإذا ذهبَت الشجرة فلا شيء للعامل في الأرض أو على أن الشجر وحدها دون البياض .

فقال : لا يجوز ذلك ويفسخ متى ما عثرا عليه وترد إلى ربها ويكون عليه للعامل قيمة غرسه مقلوعاً بالأرض أو يتركه يقلع غرسه إن

أبى أن يعطيه قيمة و تكون الغلة كلها للعامل ويكون عليه كراء الأرض كلها منذ يوم اغتلها ، قال : قال سحنون : الغلة كلها لصاحب الأرض و يعطي للعامل أجرة مثله .

قلت : ولم جعلت للعامل قيمة عمله مقلوعاً وهو إنما عمل على وجه شبيهة؟ فقال : من قبل أن رب الأرض إنما أكره أرضه بشمرة تخرج منها على أن يغرسها أصولاً ما قامت الشجر ، فصار كراء لا أمد له ، و كراء الأرض بالشمرة أيضاً ، فلا بد من رد الأرض إلى صاحبها على حال ما خرجه من يديه براحاً لا غرس فيها ، لأنك إن لم تفعل وجعلت عليه فيها القيمة لعمل العامل أدخلت عليه ما يحجبه عن أرضه ، فإن لم يقدر عليها أو كره أن يعطيها إياه وألزمته إياها صرط أن بعث منه شيئاً للعامل في أجورته أو أعطيتها إياه فيها ، فصار ما خرج من يديه من أرضه منفوصاً حين رجع إليه محجوباً حتى يعطي ما لزمته من الأجرة فهذا يبين لك ما سألت عنه ، ولأنه أيضاً إنما عامله على أن يعطيه في كرائتها ثمرة أو أصلاً ما قام الأصل ، وفي المسألة الأولى إنما عامله على أن يغرس له نصف الأرض بالنصف الذي أعطاها منها ، فصار أجيراً في غرس نصفه بما أعطاها من نصف أرضه .

قلت فان ذهب الغرس ورجعت الأرض إلى حالها أو لا براحاً لا غرس فيها والمسألة على حالها ؟

قال : تكون الشمرة كلها للعامل ، ويكون عليه كراء الأرض منذ يوم اغتلها ، ولا يكون له على رب الأرض فيما هلك من الغرس قيمة ما عمل ، لأنه إنما كان يعطيه قيمة مقلوعاً بالأرض ، فقد ذهب وبطل لأنه إنما كان العمل له لا لرب الأرض ، وفي المسألة الأولى

إنما كان نصف الغرس الذي بطل بعد أن بلغ الشباب والقدر لرب الأرض لا للغارس ، ولذلك أو جبنت للغارس قيمة عمله فيه على رب الأرض فهذا شأنه ، قال سحنون : الثمرة كلها لصاحب الأرض ويعطي العامل أجرة مثله .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة وفي المسألة الأولى إنما عامله على أن يغرس له نصف الأرض بالنصف الذي أعطاه منها يريد المسألة المتقدمة التي غارسه فيها على نصف الأرض إلى أجل تكون الثمرة دونه .

قوله فيها ها هنا فصار أجيراً في غرس نصفه بما أعطاه من نصف أرضه وقوله بعد ذلك : وفي المسألة الأولى إنما كان نصف الغرس الذي بطل بعد أن بلغ الشباب والقدر لرب الأرض لا للغارس فلذلك أوجبت للغارس قيمة عمله على رب الأرض فهذا شأنه خلاف قوله في المسألة المتقدمة لأنه لم يجعله فيها أجيراً في نصف رب الأرض ، وإنما جعله فيها مكتريأً له ، فأعطاه جميع الغلة ، وقول سحنون على أصله في أنه يكون أجيراً في الجميع ، وقد تقدم هذا المعنى في مواضع ، ومضى تحصيل الاختلاف فيه في رسم يوصي لمكابنة من سمع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله تعالى التوفيق .

تم كتاب المزارعة والمغارسة بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد الكريم اللهم عونك .

تم كتاب المغارسة بحمد الله تعالى

كتاب الديات الأول

من سماع ابن القاسم من كتاب قطع الشجر

قال وسئل مالك عن أهل الذهب والورق إذا وقعت عليهم الدية مثل ما وقع على المُذِحْجِي كيف تُغَلَّظُ عليهم إنْ غُلَظَتْ؟
 قال : نعم تغلوظ عليهم ، وإنما يُعتبرُ ذلك بفضل ما بين أسنان المغلظة وأسنان الخطأ على أهل الإبل ، يُنظر إلى قيمة المغلظة كم قيمة الثلاثين حقة والثلاثين جذعة والأربعين خلفة فيعرف؟ وينظر كم قيمة أسنان دية الخطأ الأخماس ، عشرين بنت مخاض وكم قيمة عشرين بنت لبون ، وكم قيمة عشرين ابن لبون وكم قيمة عشرين حقة وكم قيمة عشرين جذعة ، فيعرف كم قيمة ذلك كله ، فـيُنظر كم فضل ما بين القيمتين ؟ قيمة الأثلاث دية الخطأ ، وقيمة الأخمس دية الخطأ فإن كان خمساً أو سدساً أو ربعاً أو ما كان فيزيد على أهل الذهب والورق بقدر ما زادت قيمة التغليظ في الإبل على دية الخطأ ينظركم هو من دية الخطأ ؟ إن كان ثلثاً أو ربعاً أو ما كان زيداً مثل ذلك ، قال مالك فأرى الجراح مثل ذلك إذا كانت شبهاً بذلك أن يزيد فيها للخرمة أو فقاء العين أو قطع الرِّجل كان عليه خمسة عشر حقة وخمسة عشر جذعة وعشرون خلفة ، فإن فعل ذلك أحد من أهل الذهب أو الورق نُظر أيضاً إلى فضل هذه الأسنان التي سميتها

وإلى نصف قيمة دية الخطأ من الإبل فتغلظ عليه بقدر ذلك إذا صار ذلك ثلثاً على أهل الإبل أو ربعاً أو ما كان في القيمة ، وصنع بأهل الذهب والورق مثل ذلك في الجراح والنفس ، قال ابن القاسم : ليس يكون ذلك في الجراح إلا في الأب ، قال سحنون : إلا العجافة والمأمومة والمنقلة ، فإن الأجنبي لا يقاد منه فكذلك الأم والأب والجد لا تغلظ عليهم الديه فيها .

قال محمد بن رشد : الديات على مذهب مالك وأصحابه ثلاث : دية الخطأ ، ودية العمد إذا قُبِلت ، ودية التغليظ في مثل ما فعل المُذْحِجي بابنه ، وهي دية شبه العمد على مذهب من يراه ويقول به ، وهو قول أكثر أهل العلم ورواية العراقيين عن مالك .

فاما دية الخطأ فإنها على أهل الإبل مائة من الإبل على عاقلة القاتل سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اختلاف بين أحد من أهل العلم في ذلك ، وتوخذ في ثلاثة سنين وقيل في أربع بخمسة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون ذكراً وعشرون حقة وعشرون جذعة ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة غير أن أبي حنيفة جعل مكان ابن لبون ابن مخاض ، وقد ذهب جماعة من السلف منهم علي بن أبي طالب إلى أن دية الخطأ مربعة واختلفوا في أستانها اختلفاً كبيراً .

وأما دية العمد فليست بموقته ولا بمعلومة بدليل قول الله عز وجل :

﴿فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾^(١) وشيء نكرة تقع على القليل والكثير ، فإن اصطلاحوا على الديمة وبعدها تكون حالة في مال القاتل مائة من الإبل على أهل الإبل مربعة : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ، وفي كتاب ابن الموزان أنهم إن

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .

اصطلحوا على دية مُبْهَمَةٍ أو عَفَا بعْضُ الْأُولَيَاء فرجع الامر إلى الديه فالدية في ذلك مثل دية الخطإ إلا أن العاقلة لا تحمل منها شيئاً وهي في مال الجاني مُنْجَمَةٌ في ثلاَث سِنِين ، قال : وإنما تفترق دية الخطإ من دية العمد في أن العاقلة لا تحملها ، وأما في الأسنان فلا ، والأول هو المشهور في المذهب المعلوم من قول مالك وأصحابه ، وذهب الشافعي إلى أن دية العمد إذا قُبِّلت كَدِيَة شِبَهِ العمد مُثَلَّثَةً ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة .

وأما الديه المغلظة في مثل ما صنع المُذْحِجي بابنه وفي شِبَهِ العمد على مذهب من يراه من أهل العلم وهو قول مالك في رواية العراقيين فإنها على أهل الإبل مُثَلَّثَةً ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها ، قيل حالَة في مال القاتل غير مُؤَجَّلة ، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك ، وقد كان ابن القاسم يَقُولُ إنها على العاقلة كهيئة دية الخطأ حكى ذلك عنه ابن حبيب ، وقيل إنها على العاقلة حالة تنجيمها وهو قول ابن الماجشون ، قال : ومن تغليظها أن يُطْرَح تَسْجِيمُهَا ويبدل على ذلك قول عمر بن الخطاب سراقة بن جعشن المُذْحِجي وهو غير القاتل إلا أنه رأس قومه : اعدد لي على ماء قديد عشرين ومائة من الإبل ، وإلى هذا ذهب أشهب وسخنون ، وقيل إنها في ماله إن كان له مال وعلى العاقلة إن لم يكن له مال ، وهو قول مطرف وإيهام اختار ابن حبيب .

وأما الديه على أهل الذهب والورق فهي في الخطأ على مَا قَوَّمَهَا به عَمْرُ ابن الخطاب رضي الله عنه ، ألف دينار على أهل الذهب واثني عشر ألف درهم على أهل الورق ، هذا مذهب مالك وجميع أصحابه .

واختلف هل تُغَلَّظُ على أهل الذهب والورق دية العمد المربعة إذا قبلت بفضل ما بين أسنانها وأسنان دية الخطإ أم لا ؟ وهل تغليظ أيضاً عليهما الديه المثلثة في مثل ما صنع المُذْحِجي بابنه بفضل ما بين أسنانها وأسنان دية الخطأ أم لا على ثلاثة أقوال ، أحدها أنها لا تغليظ واحدة منهما ، حكى هذا القول

عبد الوهاب في المعونة ، والثاني أنها تغليظ كل واحدة منها ، وهو الذي يأتي على ما في رسم الصبرة من سماع يحيى عن أشهب ، لأنه إذا رأى التغليظ في الديمة المربعة فأخرى أن يراه في الديمة المثلثة والثالث أنه لا يغليظ الديمة المربعة وتغليظ الديمة المثلثة ، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك وقول ابن نافع في رسم الصبرة المذكور من سماع يحيى وهو أولى الأقوال إذ قد قيل في دية العمد إذا قبلت إنها مُخمسة مؤجلة على ما في كتاب محمد .

وأختلف في صفة التغليظ على ثلاثة أقوال أحدها أنه ينظر إلى قيمة أسنان الديمة المخمسة وإلى قيمة أسنان الديمة المربعة أو المثلثة في ذلك البلد إن كان البلدة بلدة إبل ، وإن لم يكن بلدة إبل ففي أقرب بلدان الإبل إليهم قاله أصيغ في الواضحة ، فما كان بين القيمتين سمي من قيمة أسنان الديمة المخمسة فما كان من خمس أو ربع أو ثلث أو أقل أو أكثر أخذ ذلك الجزء من ألف المثقال أو الإثني عشر ألف درهم فزيد عليه ، وهو قوله في هذه الرواية والمشهور في المذهب ، والثاني أنه يُزداد على ألف مثقال أو الإثني عشر ألف درهم ما كان بين القيمتين من العدد من غير تسمية ، وهذا القول في المعنى أظهر ، والأول أشهر والثالث أن يقوم أسنان الديمة المثلثة أو أسنان الديمة المربعة فتكون تلك الديمة ما كانت إلا أن ينقص من ألف دينار أو اثنين عشر ألف درهم فلا ينقص من ذلك شيء ، وهذا القول حكاه عبد الوهاب وهو ينحو إلى مذهب الشافعي في أن الديمة على أهل الذهب والورق قيمة الإبل على أسنانها وقت الحكم في كل زمان نقصت من ألف دينار أو زادت عليه ، قال لأن عمر قوم الديمة ألف دينار أو اثنتين عشر ألف درهم فالحكم أن يقوم في كل زمن .

ولا حجة له فيما روی عن عمر بن الخطاب في ذلك ، إذ قد روی أنه قوم الديمة ، وأنه جعل الديمة ، وأنه قضى في الديمة ، وحكم للجراح في التغليظ في الديتين جميعاً المربعة والمثلثة حكم الديمة الكاملة يؤخذ ذلك من الاختلاف في التغليظ وفي صفتة ما ذكرناه في الديمة وفي صفتة ما ذكرناه في

الدية الكاملة إلّا الجائفة والمنقلة والمأمومة وما أشبهها من الجراح التي هي متألّف فلا يقتضي منها في الأجنبي فيستوي في حكم تغليظها الأب والأجنبي ، فلا يُغَلِّظ على الأب إلّا على القول بوجوب تغليظ دية العمد المربعة وجرّاحات العمد ، فقول سحنون إلّا الجائفة والمنقلة والمأمومة فإنّ الأجنبي لا يقاد منه . فكذلك الأب والأم والجد لا تغليظ عليهم فيها الدية هو على ما اختاره وأخذ به من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في أنه لا تغليظ على أهل الذهب والورق في دية العمد وجرّاحاته ، والتغليظ عند ابن القاسم وأصحابه وأصحابهما فيما صَغَرَ من الجراح أو كبر ، وقد ذُكر عن ابن القاسم أنه قال :

إنما ذلك فيما يبلغ ثلث الدية فأكثر ، وقول ابن القاسم ليس يكون ذلك في الجراح إلّا في الأب يريد والأم ، إذ لا يُفرق أحد بين الأب والأم في هذا ، فعلى ظاهر قوله هذا لا تغليظ الدية في جد ولا جدة خلاف قوله في المدونة إنما تغليظ في الجد يريد والجدة من قبْل الأم ومن قبل الأب والله أعلم ، فلا يغليظ على مذهب في المدونة في الجد للأم ولا في الجدة أم أب الأم والأم أب الأب ، وهو قول أصحابه ، وذهب ابن الماجشون إلى أنّ الدية تغليظ في الأجداد والجدات كلهم من قبل الأب ومن قبْل الأم وهو قول سحنون في نوازله من كتاب الأقضية إن الدية تكون له في ولده وولد ولدِه والتغليظ يلزمه في ولدِه وولده ولدِه من الرجال والنساء ، وقد روى عن ابن القاسم مثل قول ابن الماجشون ، وروى عنه أنه توقف في الجد للأم .

والتغليظ تابع للقصاص فمن تغليظ الدية فيهم كلهم فلا يُقتضي من واحد منهم إلّا أن يعمد لقتله مثل أن يصطحبه فيذبحه أو يأخذ سكيناً فيقطع يده أو يفقأ عينه ، ومن يرى أن لا تغليظ الدية على الجد للأم أو الجدة أم أب الأب أو أم أب الأم فهو يرى القصاص منهم في العمد الذي يشبه العمد وإن لم يعمد للقتل ، إذ لا اختلاف في أنه لا يُقتضي من واحد منهم فيما هو من شبه العمد مثل أن يضربه بعصا فيموت من ذلك ، أو بسوط فيفقأ عينه وما أشبه ذلك .

فالديات عند مالك ثلاثة مُخمسة ومربعة ومثلثة ، وعلى ما في كتاب ابن المواز إثنتان مُخمسة في الخطأ وفي العمد إذا قبلت الديه مُبهمة ، ومثلثة في مثل ما فعل المُدْحِجي ، وعند الشافعي إثنان مُخمسة في دية الخطأ ومثلثة في العمد إذا قُبِّلت وفي شبه العمد ، وعند أبي حنيفة اثنتان مُخمسة في دية الخطأ ومربعة في شبه العمد وفي العمد إذا قُبِّلت الديه فيه مُبهمة ، وهذا كله لا مَدْخَلَ للرأي والقياس في شيء منه ، وكلُّ يدعى التوفيق فيما ذهب إليه من ذلك .

ولا يُؤخذ في الديه عند مالك وجل أهل العلم إلا الإبل والدَّنَانِيرُ والدرارهم . وقد روى عن النبي عليه السلام أنه وضع الديه على الناس في أموالهم ما كانت ؟ على أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الشاء ألفي شاة ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الإبل مائتي حلة^(٢) ، وهو قول عطاء وقتادة وروى ذلك أيضاً عن عمر بن الخطاب ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن الأب إذا قتل ابنه خطأ مع رجلين معه هل ترى له من الديه شيئاً ؟ وكيف إن كان ابن لم يهلك ساعة أصابوه عاش شيئاً من النهار ثم هلك وقامت البينة على ذلك وترك ابنه من الورثة أمه واختيه وعصبته إن لم يرث الأب .

قال مالك : أرى أن يحلف ورثته خمسين يميناً لمات من ذلك ثم تكون الديه عليهم على عاقلة الأب الثالث وعلى عاقلتي الرجلين

(٢) كما بالأصل ونسخة ق ٣ . والصواب : وعلى أهل البرود مائتي حلة . والحديث أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء ذكره أبو الوليد بن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ في كتابه بداية المجهد ونهاية المقتضى .

ثلا الثالث على عاقلة كل واحد منها ثلث الديه ، وأرى للأم السادس من الديه كلها وأرى للعصبة والأخرين ما على عاقلة الأب بعد سدس الأم وبعد أن يحلفو ، وأرى من الديه للأب ثلثي الديه التي وقعت على عاقلتي الرجلين الذين شركاه في القتل بعد سدس الأم وبعد أن يحلف الأب لمات من ذلك ، فإن الله تعالى يقول : **﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾**^(٣) فأبواه من أهله ، وأرى إذا لم يأت أهل الميراث جملةً أهل الثالث وأهل الثلثين يحلف أهل الثالث الأخنان والعصبة خمسين يميناً وأخذوا ، ثم جاء الأب بعد ذلك فأرى أيضاً أن يحلف خمسين يميناً فيكون سهماً من الديه ستة وثلاثون سهماً ، للأم من ذلك سدس الثلثين اللذين يصيران للأب وهو أربعة أسمهم وسدس الثالث أيضاً الذي يصير للأخرين والعصبة وهم سهماً من ستة وثلاثين للأخرين ثلا الثالث وهو ثمانية وللعصبة ما بقي وهم سهماً من للأب عشرون سهماً وهو ما بقي من الثلثين بعد سدس الأم .

ورأيت أن لا يجمع على الأب أمران : مصيبة ابنه ، وحرمان عقل ابنه يكون على عاقلة قومه يخرجونها إلى أهله قال الله تعالى : **﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾** فأبواه وورثته من أهله ، ولأن ذلك من الخطإ الذي لا شك فيه .

ولو ولي الأب قتله وحده لم يكن له من ديته شيء ، قال ولو أنهم قتلوا عمداً قتلتهم به بثلاثهم الأب والرجلين إذا عمد الأب للقتل متعمداً لذلك قتل به ، وأما إذا كان من الضرب والرمي وأشباه

(٣) الآية ٩١ من سورة النساء .

ذلك فإنه لا يقاد منه ، وإذا كان مثل ذلك من الناس يرمي الرجل بحجر أو بعصا أو يضره بذلك فيموت من ذلك فعليه القود ليس حال الأب في هذا كحال غيره .

وتكون الأيمان عليهم على قدر مواريثهم ، فمن كان عليه كسر جبرها ، قال مالك : وإن علِمَ أنه هلك منه حين وقعت عليه الخشبة لم يتكلم في عمرته حتى هلك لم يكن في ذلك قساماً ، قال ابن القاسم ويحلف الأب على الرجلين لمات ابنه مما صنعا به ، ويحلف العصبة والأختان لمات مما فعل الأب ، وتحلف الأم أنه مات من فعلهم كلهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة جيدة صحيحة جارية على الأصول إلا أن في سياقها إشكالاً يفتقر إلى بسط وبيان ، وهو أن دية الخطأ موروثة عن المقتول يرثها ورثته ويستحقونها على عاقلة القاتل بقسامتهم على قدر مواريثهم مع شاهد على القتل أو شاهدين على الجرح إذا حسي بعد ذلك حياة بينة ، فإن كان القاتل من الورثة لم يرث منها ولا أقسم فيها ، لأن القاتل الخطأ لا ميراث له من الديمة ، فإذا قتلت الرجل ابنه خطأ مع رجلين سواه فلا ميراث له في ثلث ديته الواجبة على عاقلته بما شاركه في قتله ، وله ميراثه في ثلثي الديمة الواجبة على عاقلي الرجلين المشاركين له في قتله ، فثلث الديمة الواجبة على عاقلة الأب ميراث لأمه ولأخته ولعصبته ، لأمه السادس ، ولأخته الثالث ، ولعصبته النصف بعد أن يقسموا خمسين يميناً لمات من الجرح الذي أصابه به الأب تكون على العصبة منها خمسة وعشرون يميناً لأن لهم نصف الميراث ، وعلى الأم ثمانية أيمان ، وعلى الأخرين ستة عشر يميناً وبجبر اليمين الباقية على أكثرهم حظاً منها أو من الأيمان فإن جاءت الأختان والعصبة دون الأم لم يكن لهم أن يأخذوا حظهم من الديمة إلا أن يحلفوا خمسين يميناً على ما قاله في الرواية من أن الأخرين والعصبة يحلفون خمسين يميناً وثلاثة

الدِّيَةُ لِلذَّانِ عَلَى عَاقْلَتِي الرَّجُلَيْنِ مِيرَاثٌ لِأَبِيهِ وَأَمِهِ لِأَمِهِ السُّدُسُ وَلِأَبِيهِ الْبَاقِي بَعْدَ أَنْ يَقْسِمَا خَمْسِينَ يَمِينًا لَمَاتَ مِنَ الْجَرْحِ الَّذِي أَصَابَهُ بِهِ الرَّجُلَانُ ، تَكُونُ عَلَى الْأُمِّ مِنْهَا سُدُسُ الْأَيْمَانُ ، وَعَلَى الْأَبِ الْبَاقِي مِنْهَا ، فَتَحْلُفُ الْأُمُّ ثَمَانِيَةُ أَيْمَانٍ وَيَحْلُفُ الْأَبُ إِحْدَى وَأَرْبَعِينَ يَمِينًا ، وَتُجْبَرُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ الْبَاقِيَةُ مِنَ الْخَمْسِينِ فَسَوَاءً جَاءُوا مَجَمِعِينَ أَوْ مُتَفَرِّقِينَ لَا بُدُّ أَنْ تَحْلُفَ الْأُمُّ مَعَ الْأَبِ خَمْسِينَ يَمِينًا لَمَاتَ مِمَّا أَصَابَهُ بِهِ الرَّجُلَانُ ، وَتَحْلُفُ الْأُمُّ مَعَ الْأَخْتَيْنِ وَالْعَصَبَةِ خَمْسِينَ يَمِينًا لَمَاتَ مِمَّا أَصَابَهُ بِهِ الْأَبُ .

وَمَا فِي ظَاهِرِ أُولَى الْمَسْأَلَةِ مِنَ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ أَهْلُ الْثَّلَاثِ وَأَهْلُ الْثَّلَاثِينَ جَمِيعًا أَوْ مُفْتَرِقِينَ يَقْضِي عَلَيْهِ مَا فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ .

وَقُولُ ابن القاسم إنَّ الْأَبَ يَحْلُفُ عَلَى خَلَافِ مَا يَحْلُفُ عَلَيْهِ الْعَصَبَةِ وَالْأَخْتَانِ وَقُولُهُ وَتَحْلُفُ الْأُمُّ أَنَّهَا مَاتَ مِنْ فَعْلِهِمْ كُلَّهُمْ مَعْنَاهُ أَنَّهَا تَحْلُفُ مَعَ الْعَصَبَةِ وَالْأَخْتَيْنِ سُدُسُ الْخَمْسِينِ يَمِينًا كَمَا يَحْلُفُونَ ، وَتَحْلُفُ مَعَ الْأَبِ سُدُسُ الْخَمْسِينِ يَمِينًا أَيْضًا كَمَا يَحْلُفُ ، لِأَنَّهَا^(٤) تَحْلُفُ سُدُسُ الْأَيْمَانَ مَرَةً وَاحِدَةً أَنَّهَا مَاتَ مِنْ فَعْلِهِمْ كُلَّهُمْ .

وَقُولُهُ مِنْ كَانَ عَلَيْهِ كَسْرُ جَبَرَهَا الظَّاهِرُ مِنْهُ أَنَّ الْيَمِينَ الْمُنْكَسِرَةَ تُجْبَرُ عَلَى مَنْ كَانَ حَظَهُ مِنْهَا أَكْثَرُ وَهُوَ الَّذِي فِي الْدِيَاتِ مِنَ الْمَدُونَةِ ، وَفِي الْمَوْطَأِ رِوَايَةُ يَحِيَّى أَنَّهَا تُجْبَرُ عَلَى مَنْ كَانَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَيْمَانِ ، وَفِي رِوَايَةِ ابن القاسم وَابْنِ بَكِيرٍ مُثُلُّ مَا فِي الْمَدُونَةِ ، فَإِنَّ اسْتَوْى الْوَرَثَةِ فِي الْمِيرَاثِ فَانْكَسَرَتْ عَلَيْهِمْ يَمِينُ أَوْ أَيْمَانَ مُثُلُّ أَنَّ يَكُونُوا ثَلَاثَيْنِ مِنَ الْإِخْوَةِ فَيُجْبَى عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَيْمَانٌ يَمِينٌ وَثَلَاثَيْنِ يَمِينٌ ، فَقَبِيلٌ إِنَّهُ يُجْبَرُ الْيَمِينَ الْمُنْكَسِرَةَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَيَحْلُفُونَ يَمِينَ يَمِينَ وَهُوَ قَوْلُ ابن القاسم ، وَقَبِيلٌ يَحْلُفُونَ يَمِينًا يَمِينًا وَيَقَالُ لَهُمْ لَا بُدُّ مِنْ أَنْ تَأْتُوا بِعِشْرِينَ رَجُلًا مِنْكُمْ يَحْلُفُونَ يَمِينًا يَمِينًا ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبٍ

(٤) كَذَّ بِالْأَصْلِ «لَأَنَّهَا» وَهُوَ خَطَأٌ مِنَ النَّاسِخِ ، وَالصَّوَابُ «لَا أَنَّهَا» .

فإن تشاحدوا على قوله فيمن يحلفهم ، فقيل إنه يُقرع بينهم وقيل : إنه يقال لهم لا تعطون شيئاً إلا أن تحللوا بقية الأيمان ، وهو قول ابن كنانة ، وإن كان عد العصبة أكثر من خمسين حلفوا كلهم يميناً على مذهب ابن القاسم ، وعلى مذهب أشهب يقال لهم لابد من أن تأتوا بخمسين منكم يحللرون يميناً يميناً فإن تشاحدوا في ذلك فعلى ما تقدم من الإسهام بينهم فيمن يحلفهم ، أو من أن يقال لهم لا تعطون شيئاً حتى تأتوا منكم بخمسين يحلل كل واحد منهم يميناً يميناً ، ولو كان الأخوة ثلاثة لحلف كل واحد منهم سبعة عشر يميناً على مذهب ابن القاسم ، وعلى مذهب أشهب يحلل كل واحد منهم ستة عشر يميناً ويقال لهم لابد من أن تأتوا بргلين منكم يحللران يميناً يميناً ، فإن كان الورثة زوجات وبنات وأخوات وما أشبه ذلك من أهل السهام فلا يختلف ابن القاسم وأشهب في قسم الأيمان بين الزوجات والبنات والأخوات على سهام الميراث ، وإنما يختلفان فيما حصل على كل فريق منه من الأيمان إذا قسمت عليهم على ما تقدم من الاختلاف في قسمة الأيمان بين الأخوة وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن عبيد وأحرار وقعت عليهم الديمة خطأ فكان ما على العبيد من ذلك الثلثين وكان على الأحرار الثالث أو أدنى كيف الأمر في ذلك ؟

فقال : يقال لأرباب العبيد افتدرروا عبيداً لكم بما يقع عليهم من الديمة في ثلاث سنين أو أسلموهم فأي ذلك شاؤوا فعلوا ، قال سخنون : ويكون الثالث الذي وقع على الأحرار على عوائلهم في ثلاث سنين ، وإن كان الذي وقع عليهم أقل من ثلث الديمة فهو على العاقلة في ثلاث سنين ، قال ابن القاسم : وإذا كانوا ثلاثة أو أكثر

فوق عليهم ثلاثةِ دينهم ثلث الدين فيصيّر على كل إنسان ثلثَ الثلث من الدين وهو تسع الدين فذلك تحمله العاقلة ، قال : ولم يكن الأحرار إلا واحداً فوق عليهم أكثر من الثلث أو أقل فهو على العاقلة في ثلاثةِ سنين ، وكان على العبيد ما بقي منها ، يقال لأربابِهم افتداهم بما يقع عليهم من الدين في ثلاثةِ سنين أو أسلموهُم أي ذلك شاؤا فعلوا .

ويقسم ما يقع على العبيد على عددهم ولا يكون ذلك على قيمتهم فمن شاء من أرباب العبيد أن يُفدي عبدَه بما يقع عليه من الدين وإن كانت قيمته أكثر مما وقع عليه فذلك له ، ومن شاء منهم أن يسلمه بما وقع عليه وإن كانت قيمته أقل مما يقع عليه فذلك له .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه الرواية إنَّ ما وقع على الأحرار من ثلاثةِ دينهم فأكثر يكون على عوائلهم وإن كان أقلَّ من ثلاثة هو خلافُ روايته عن مالك مثلُ رواية أشہب عنه ، حتى اختلاف قوله في ذلك ابن الموز ، قال إن وقع على الأحرار أقلَّ من ثلاثةِ دينهم فذلك في أموالهم ، قاله مالك مرَّة وروى عنه أنَّ ذلك على العاقلة في ثلاثةِ سنين ، وبه قال سحنون ، قال يحيى بن عمر: والأول رواية ابن القاسم والقولة الأخيرة رواها أشہب .

ولكلا القولين وجهٌ من النظر ، فوجه القول بأنَّ ذلك على العاقلة القياس على ما اجمعوا عليه من أنَّ الدين إذا وجبت على جماعةٍ من الأحرار أنها على عوائلهم ، وإن كان الذي يجب على كل واحدٍ منهم أقلَّ من ثلاثة ، ووجه القول بأنَّ ذلك في أموالهم هو أنَّ الأصل كان أن لا يحمل أحدٌ جنابةً أحدٍ لقوله عز وجل : « وَلَا تَكْسِبْ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرًا أُخْرَى »^(٥)

(٥) الآية ١٦٤ من سورة الأنعام .

وقوله عليه السلام لأبي زمّة^(٦) في ابنه : لا تُجْنِي عَلَيْهِ وَلَا يُجْنِي عَلَيْكَ ، فوجب أن لا يُخَصَّصَ من هذا العموم إلا ما خصصته السنة والاجماع ، وهو الثالث من الديمة فاِكثُر إِذَا وقع على الواحد من الأحرار أو الجماعة منهم لأنهم في معنى الواحد لاستواهم فيما يجب عليهم في ذلك .

وقوله ما وقع على العبيد منها يكون أربابُهم بال الخيار بين أن يقتدوهم بذلك في ثلاثة سنين أو يُسلِّموهم به هو خلاف روايته عن مالك في المدونة في الحر والعبد يَصْطَدِمَانِ في موتان جميـعاً إن ثمن العبد في مال الحر ، ودية الحر في رقبة العبد ، فإن كان في ثمن العبد فضل عن دية الحر كان في مال الحر وإن لم يكن لسيد العبد شيء ، والذي يأتي في الحر والعبد يصطدمان على قول ابن القاسم في هذه الرواية ما قاله أصبح في أول نوازله بعد هذا من هذا الكتاب أنه يكون في مال الحر قيمة العبد تدفع إلى سيده ثم يقال لسيد العبد افتك قيمته بديمة الحر أو أسلمهما ، فإن أسلمهما لم يكن لولاة الحر غيرها ، وإن إفتداها افتداها بجميع الديمة ، معناه في ثلاثة سنين ، إذ لو لم تكن مؤجلة لوجب أن يكون مقاصـةـ بالقيمة كما قال في المدونة ، والأظـهـرـ أن يكون مؤجلة على ما قاله في هذه الرواية ، لأن ثمن المقتول خطأ دية مؤجلة فوجب أن لا يُلزِمـ السيدـ أكثرـ مماـ جـنـىـ عـبـدـهـ .

ومن كتاب القبلة

وقال مالك في الذين تُعرض عليهم الأيمان في القسامـةـ فينكـلـونـ ثم يطلبـونـ بـعـدـ ويـقـولـونـ نـحـنـ نـحـلـفـ .

(٦) كذا في الأصل : أبو زمّة ، وفي بداية المجتهد لابن رشد الحفيد أبو زمّة ، بالزاي والنون . وليس في الاصابة أبو زمّة وإنما فيها أبو زمّة البلوي تحت عدد ٤١٣ وأبو زمّة التيمي تحت عدد ٤١٤ حرف الراء القسم الأول .

قال : كل من عرضت عليه اليمين : فأباهَا فقد أبطل حقَّه بتركه اليمين إلَّا أن يكون له في تركها عذرٌ بين ، قال سحنون : يريد بالعذر مثلُ أن يزعموا أنَّ الميت عليه ذِيْنُ أو يكون أوصى بوصايا .

قال محمد بن رشد : لما سئل مالك عن الذين تُعرَضُ عليهم الأيمان في القساممة فينكلون ثم يطلبون بعدُ ويقولون نحن نحلف أجاب عن ذلك بجوابٍ عام في الحقوق والدماء أنَّ كُلَّ من غرست عليه اليمين فأباهَا فقد أبطل حقه بترك اليمين إلَّا أن يكون له في تركها عذرٌ بين ففسر سحنون العذر الذي يكون له في الحقوق فقال يريد بالعذر مثلُ أن يزعموا أنَّ الميت عليه دين أو يكون أوصى بوصايا ، وقول سحنون بين لأنَّه إذا أبى أن يحلف مع شاهده على حق يدعوه على الميت من أجل أنه قيل له إنه أوصى لغيره بوصايا ثم علم أنه ليس على الميت دين ولا أوصى بوصايا فمن حقه أن يرجع إلى اليمين ، لأنَّه يقول إنما نكلت عنها من أجل محاصلة الغراماء لِي في الدين أو من أجل محاصلة أصحاب الوصايا لِي في الوصية ، وأما العذر الذي يكون لهم في نكولهم عن القساممة فعلى غير هذا لأنَّ الدَّمَ إذا كان خطأ فإنما يستوجب الورثة بقسماتهم الديَّة على العاقلة ، وإن كان عمداً فإنما يستوجب الأولياء بقسماتهم الاستقدادة من المقتول .

وقوله إِنَّ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوْا إِلَى الْقَسَامَةِ إِنْ كَانَ لَهُمْ عُذْرٌ يَتَبَيَّنُ بِهِ أَنْ نَكُولَهُمْ عن القساممة لم يكن على وجه العفو في العمد ولا على ترك حقهم من الديَّة الخطأ ينبغي أن يُحمل على التفسير لما في كتاب الديات من المدونة .

ولابن نافع في المدنية ما ظاهره أنَّ من نكل عن اليمين فله أن يرجع إليها ما لم يَرِدَ اليمين على المطلوب ، ويلزم في القساممة مثلُ هذا على ظاهر قوله ، ولا اختلاف إذا نكل عن اليمين مع شاهده ، وردتها على المطلوب أو نكل المطلوب عن اليمين إذا لم يكن للطالب شاهد فردها على الطالب أن ليس لواحدٍ منهما أن يرجع إلى اليمين ، ومثلُ هذا يقال في المقاومة إنهم إذا

نكلوا عنها فردوا الأيمان فيها لم يكن لهم أن يرجعوا إليها باتفاق ، وسيأتي في أول رسم من سماع عيسى تحصيل الاختلاف على من ترجع الأيمان في القسامه إذا ردت في العمد والخطأ وفي أي موضع ترجع باتفاق وعلى اختلاف إن شاء الله تعالى .

ولو نَكَلُوا في القسامه عن الأيمان فردوها على المدعى عليهم فحلفوها فوجد الطالبون بيته تشهد لهم على القتل لجَرَى ذلك على الاختلاف في الذي ينكل عن اليمين مع شاهده فيرد اليمين على المطلوب فيحلف ثم يجد شاهداً آخر أو شهوداً على حقه ، وقد مضى تحصيل الاختلاف في ذلك في أول عبد إيتاعه فهو حُرٌّ من سماع يحيى من كتاب الشهادات .

مسألة

قال مالك : من حُبس في قتل خطأ أو عمد ثم مات قبل أن يُقسم عليه إنه يبطل العمد ولا يقام عليه ولا يبطل الخطأ يقسمون ويأخذون الديه ، وقد قيل لا يُحبس أحد بقتل الخطأ .

قال محمد بن رشد : قوله إذا مات المحبوس في دم العمد إنه يبطل ولا يُقام عليه يريد أنه لا يقام عليه حكمه من أخذ الديه من ماله بعد القسامه عليه ، وأما القصاص ففيستحيل أن يُقام عليه بعد موته فلا معنى لقوله إنه لا يقام عليه الا ما ذكرته ، وهذا عندي على القول بأنَّه ليس لولي المقتول أن يأخذ الديه من القاتل شاء أو أبي ، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، وأما على القول بأن من حقه أن يأخذ الديه منه شاء أو أبي وهو قول أشهب وأحد قوله مالك على ما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من قُتل له قتيل فهو بْخَيْرُ النَّظَرَيْنِ إِمَّا أَنْ يَوْدَى ، وإِمَّا أَنْ يُقَادَ ، فلا يبطل الدم بمorte قبل القسامه ويكون من حق الأولياء أَنْ يُقْسِمُوا بعد موته فيستحقون الديه في ماله .

وأما الدُّمُ الخطأ فلا إشكال ولا اختلاف في أنه لا يبطل بموت القاتل

قبل القسمة عليه ، إِذْ الْحَقُّ فِي ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَهُوَ كَرْجَلٌ مِّنْهُمْ فِيمَا يَلْزَمُهُمْ فَيُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ مَا يَلْزَمُهُ مِنْ ذَلِكَ .

وَأَمَّا قَوْلُهُ وَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ لَا يَحْبِسُ أَحَدٌ فِي قَتْلِ الْخَطَّاءِ فَلِيُسَمِّي ذَلِكَ بِالْخَتْلَافِ مِنَ الْقَوْلِ ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَحْبِسُ فِيهِ إِذَا كَانَ مَشْهُورًا الْعَيْنَ فَلَمْ يَحْتَاجْ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْهُورًا الْعَيْنَ فَإِنَّهُ يَحْبِسُ حَتَّى يُشَهِّدَ عَلَى عَيْنِهِ قَالَ ذَلِكَ سَهْنُونُ ، وَقَوْلُهُ صَحِيحٌ وَلَا يَبْرِيئُهُ مِنَ الْحَبْسِ هُنَّا إِلَّا حَمِيلٌ بِوْجُوهِهِ مَلِيًّا بِالْدِيَةِ إِنْ لَمْ يُخْضِرْهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

وَمِنْ كِتَابِ أَوْلَهُ بَاعَ سِلْعَةً سَمَاهَا

وَسَئَلَ عَنْ رَجُلٍ رَبَطَ رَجُلًا بِحَبْلٍ وَذَلِلَ فِي بَئْرٍ وَرَبَطَ حَبْلًا آخَرَ فِي خَشْبَةٍ فَتَدَلَّ الرَّجُلُ فِي الْبَئْرِ لِمَوْضِعِ حَمَامٍ يَطْلُبُهُ فَانْقَطَعَ الْحَبْلُ الَّذِي فِي الْخَشْبَةِ فَخَرَّ هَابِطًا فَخَشِيَ الرَّجُلُ أَنْ يَذَهَّبَ بِهِ مَعَهُ فِي الْبَئْرِ فَخَلَى سَبِيلَ الْحَبْلِ أَتَرَى عَلَيْهِ الدِيَةَ؟

قَالَ : نَعَمْ وَلَا أَرَاهُ يُشْبِهُ السَّفِينَةَ وَسَئَلَ عَنْ ثَلَاثَةِ مَرَاكِبِ أَصَابَتْهُمُ الرِّيحَ فَأَتَى أَحَدُهُمْ فَرَبَطَ مَرْكَبَهُ بِصَخْرَةٍ ثُمَّ أَتَى الْآخَرُ فَرَبَطَ بِتِلْكَ الصَّخْرَ ، ثُمَّ أَتَى الْآخَرُ بَعْدِهِ فَوَضَعَ قَلْعَةً قَبْلَ أَنْ يَلْغُلَهُمَا ثُمَّ نَزَلَ رَجُلَانِ مِنْهُمَا بِحَبْلَيْنِ إِلَى الْمَرْكَبَيْنِ فَسَأَلَ أَحَدَهُمَا أَنْ يَرْبِطَ لَهُ مَرْكَبَهُ بِحَبْلِهِ وَأَبَى وَقَالُوا إِنَّا نَخَافُ الْغَرْقَ ، ثُمَّ سَأَلَ الْآخَرَ فَأَبَى ثُمَّ كَلَمَوْهُمْ فَقَالَ صَاحِبُ الْمَرْكَبِ اللَّهُمَّ إِنِّي إِنَّمَا أَرْبِطُهُ لَكَ فَجَرَّهُ الْمَرْكَبُ الَّذِي كَانَ فِي الْغَرْقِ حَتَّى كَادُوا أَنْ يَغْرِقُوا فَلَمَّا رَأَوَا ذَلِكَ سَرَّحُوا الْمَرْكَبَ فَذَهَبَ وَغَرَقَ كُلُّ مَنْ كَانَ فِيهِ ، أَتَرَى عَلَى الَّذِينَ سَرَحُوهُ شَيْئًا .

قال : ما أرى ذلك ، قد أرادوا خيراً حتى خافوا الهاك فلا
أرى عليه شيئاً .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي ربط الرجل في حبل وذلة في
بثر فلما انقطع الحبل الآخر الذي ربطه في الخشبة فخشى أن يذهب معه
فخلى سبيل الحبل فمات إن عليه الدية ولا يُشبه السفينة يريد بالسفينة المسألة
التي ذكر بعدها ، والفرق بينهما بين لأن هذا غرّ الرجل الهابط في البئر بإمساكه
أحد الحبلين اللذين تأمر بهما في البئر ، فوجب عليه الضمان بتسریحه العجل
بما رَعَمَ من أنه خافه على نفسه والدية في هذا عليه في ماله ليس على
العاقلة ، لأن فيه شبهة من العمد ، وأما صاحب المركب الذي ربط بمركبته
المركب الذي كان في الغرق فلم يغره بما فعل ، وإنما فعل ما فعل لـ الله تعالى
رجاء أن ينجيه من الغرق فلما خشي أن يذهب مركبه سرّحه فلم يكن عليه
شيء إذ لم يربطه بمركبته ابتداء لغرق كما غرق ، فلم يضره ربطه بمركبته
وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن عبد تزوج حرة فولدت غلاماً وكبر حتى بلغ نحواً من
عشر سنين أو قريباً منها وكان يسكن القلزم فركب البحر يريد الجاز ،
فحمل ابنه في المركب ولم يستأذن أمّه فيه فغرق المركب فغرق
الغلام ونجا أبوه فقامت أمّه وأولياء أمّه يتكلمون في ذلك ويريدون
أخذ العبد فيما حمل ابنه في المركب .

فقال مالك : لا أرى عليه في ذلك شيئاً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إذ لم يُمْثِث في البحر بجنائية
من أبيه عليه في ذلك ، لأن الله تعالى قد أباح رکوبه بدلليل قوله : « هُوَ الَّذِي »

يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ^(٧) لأنَّه يُعْدُ أَنَّ لَعْدَ اللَّهِ مِنْ نِعْمَتِهِ عَلَى عِبَادِهِ مَا حَظَرَهُ عَلَيْهِمْ ، فَإِنَّمَا فَعَلَ أَبُوهُ مَا يَجُوزُ لَهُ ، فَوْجِبٌ أَنَّ لَا يَكُونَ بِذَلِكَ جَانِيًّا عَلَيْهِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

وَمِنْ كِتَابِ شَكَّ فِي طَوَافِهِ

وسائل مالك عن رجل صالح في دم على أن يعطي في كل سنة كذا وكذا وكان شرطه أن يعطها جملة قال الذي عليه الإبل أتيك بها رسلاً رسلاً يتبع بعضها بعضاً ، قال الآخر الذي له الإبل أنا على شرطي أن لا أخذها إلا جملة واحدة .

قال مالك : ما أرى بأساً يأخذها كما قال رسلاً رسلاً ، فَرَدَ عليه فرأى أن يعمل به ، قيل له إنما شرط عليه في سنة ولم يسمها في شهر منها ، قال : أرى أن يعطيه في وسطها يعني السنة .

قال محمد بن رشد : إنما وقع في الذي صالح في الدم على أن يعطي كذا وكذا من الإبل في كل سنة جملة فأراد الذي عليه الابن أن يأتي بها رسلاً رسلاً يتبع بعضها بعضاً إن ذلك له لقول الله تعالى : **«فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ الْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ»** ^(٨) فرأى أن من الاتباع بالمعروف والأداء بإحسان الذي أمر الله تعالى به ما دعا إليه الذي عليه الإبل أن يأتي بها رسلاً رسلاً وإذا كان من حق الذي عليه الحق إذا حل عليه الحق وأعسر به يوجَّل فيه بالاجتهاد على ما مضى في أول سَمَاع ابن القاسم من

(٧) الآية ٢٢ من سورة يونس .

(٨) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .

كتاب المكاتب كان آخرَى أن يكون الذي عليه الإبل في هذه المسألة ما دعَا إليه من أن يأتي بالإبل رسلاً رسلاً .

وقوله ما أرى بأساً أن يأخذها كما قال رسلاً رسلاً معناه لا أرى بأساً بالقضاء بذلك إذ لا إشكال في أنه لا بأس أن يأخذها رسلاً رسلاً ولو كان من حقه أن يأخذها جملة واحدة .

وأما قوله إنه يعطيه إياها في وسط السنة إذ لم يُسم أولها ولا آخرها ففيه دليل على أنَّ من باع من رجل بيعاً على أنْ يقضيه الثمن في شهر كذا أو في سنة كذا أنه يَبْيَعُ جائزٌ ويحل عليه الثمن في وسط الشهر أو في وسط السنة خلافاً ما يُروي عن ابن لِبَابَة من أنه قال : البيع على هذا فاسد لأنَّه أَجَلَ مجهول ، وقد أجاز في المدونة وغيرها البيع إلى الحصاد والجهاد وجعله أَجَلَ معلوماً يَحِلُّ على المشتري في عُظُمِ الحصاد والجهاد ، وكذلك لو باعه على أن يحل عليه الثمن في الحصاد والجهاد ، فسواء باعه على أن يؤدي إليه في الحصاد والجهاد في عظمي الحصاد والجهاد إذ ليس لأول الحصاد والجهاد من آخره حَدًّا معلوم محصور فيحمل فيوجهين جميعاً على عُظُمِه ، بخلافِ الشهر إذا باعه على أن يعطيه الثمن في شهر كذا جاز البيع وحلَّ عليه الثمن في وسطه بدليل هذه الرواية من جهة المعنى أنَّ الشهْرَ لَمَّا كان أوله من آخره معلوماً كان وسطه معروفاً يُقْضى بحلول الثمن عنده ، وإذا باعه إلى شهر كذا وكذا حلَّ عليه الثمن بحلوله لأنَّ إلى غاية وهذا بينَ والحمد لله .

مسألة

وسائل عن الرجل يحمل الغلام على دابته ابن الثنتي عشرة سنة إلى الماء يسقيها أو حيارة يخرج إليها وما أشبه ذلك فُيضافُ ، قال : أرى إن اتبع كان ذلك عليه ، قلت له : فالرجل يأْمُرُ يتيمًا عنده أو ابن أخيه يركب دابته ؟ قال : أراه مثلَه إن اتبع كان

ضَامِنًا لَهُ ، قَلْتُ : أَتَرَاهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قَالَ مَالِكُ : وَعِنْدَنَا قَوْمٌ يَأْمُرُونَ الْغِلْمَانَ أَنْ يَرْقُوا النَّخْلَ فَيُصَابُ أَحَدُهُمْ فَهَذَا مِثْلُهُ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : هَذَا مِثْلُ مَا فِي الْمَدوْنَةِ سَوَاءٌ أَنْ خَطَّا وَالْدِيَةَ فِيهِ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَهُوَ كَمَا قَالَ ، لَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُبَاشِرُ لِلْقَتْلِ خَطَّا لَا يَكُونُ الدِّيَةُ عَلَيْهِ وَتَكُونُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَانَ هَذَا أَخْرَى أَنْ تَكُونَ الدِّيَةُ فِيهِ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَذَلِكَ عِنْدِي بِخَلْفِ الْذِي دَلَّ الرَّجُلُ فِي الْبَئْرِ بِالْجَبَلِ ثُمَّ أُرْسَلَهُ لَمَّا خَشِيَ عَلَى نَفْسِهِ عَلَى مَا تَقْدِمُ فِي الرَّسْمِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا وَلَوْ وَطِيَ الصَّبِيُّ بِالْدَّابَّةِ عَلَى رَجُلٍ لَكَانَتْ دِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ قَالَ فِي الْمَدوْنَةِ : وَلَا تَرْجِعْ عَاقِلَةَ الصَّبِيِّ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّجُلِ ، وَقَالَ أَشَهَبُ إِنَّهَا تَرْجِعُ عَلَيْهِ وَبِاللهِ التَّوفِيقُ .

وَمِنْ كِتَابِ الشَّجَرَةِ

وَسَيْلُ مَالِكٍ عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَهُ رَجُلَانِ فَادْعَى الرَّجُلُ وَذَكَرَ أَنَّ فَلَانًا وَفَلَانًا ضَرَبَاهُ وَأَنَّ أَحَدَهُمَا لَمْ يَجْرِحْهُ وَالْآخَرُ هُوَ الَّذِي جَرَحَهُ وَقَتَلَهُ ، فَجُبِسَا فَصَالِحَ أُولَيَاءَ الضَّارِبِ الَّذِي ادْعَى عَلَيْهِ بِالْقَتْلِ أُولَيَاءَ الْمَقْتُولِ عَلَى ثَلَاثِي الدِّيَةِ وَكَانَتْ لَهُ أُمٌّ فَقَالَ أُولَيَاءُ الْقَاتِلِ كَيْفَ أَصَالُ حُكْمَ وَتَمَّ أُمَّهُ ؟ فَقَالَ أُولَيَاءُ الْمَقْتُولِ صَالِحُونَا وَنَحْنُ نَبِرِيكُمْ مِنْ أُمَّهِ ، فَفَعَلُوا فَأَتَوْا الْأُمَّ فَأَبْتَأْتُهُمْ تَصَالِحًا أَوْ تَعْفُوْ إِلَّا أَنْ يُتَمَّمُوا الدِّيَةَ أَوْ يَقُولُوا بِالدَّمِ .

قَالَ : ذَلِكَ لَهَا ، قِيلَ لَهُ : فَلَا يَنْفَعُ صَالِحُ الْأُولَيَاءِ ؟ قَالَ : لَا ، قِيلَ لَهُ : فَإِنَّ الْأُمَّ قَدْ مَاتَتْ ؟ قَالَ : فَوَرَثُتُهَا يَقْوِمُونَ بِالَّذِي كَانَ لَهَا مِنْ ذَلِكَ ، إِنْ شَأْوْا صَالِحُوْا وَإِنْ شَأْوْا قَامُوا بِالدَّمِ وَلَا يَنْفَعُ مَا صَالِحَ عَلَيْهِ الْأُولَيَاءِ .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنْ صُلح الأولياء بما صالحوا عليه به من ثلثي الديمة إنما كان بعد أنْ أقسموا واستحقوا الدم بقسامتهم ، ولو كان صلحهم قبل أن يقسموا لم يكن للأم في ذلك كلام بوجهٍ ، إذ لا سبيل إلى قتل دون قسامة .

وقوله إنَّ الأم أَحَقُّ بالقيام بالدم من العصبة وإن كان الدم إنما ثبت بقسامتهم هو مذهبه في المدونة أنَّ الدم سواء ثبت ببينة أو بقسامة إذا كان الأولياء بنات وإخوة وأخوات وعصبة أو أمًا وعصبة فمن قام بالدم من البنات والإخوة أو الأخوات والعصبة أو الأم والعصبة فهو أَحَقُّ فمن عفا ولا عَفْوٌ إلا بالإجماع منهم على العفو .

وفي المسألة ثلاثة أقوال أحدها هذا وهو مذهبه في المدونة والثاني أن هذا إنما يكون إذا ثبت الدم ببينة، وأمًا إذا ثبت بقسامة العصبة فلا حق للنساء معهم في عفو ولا قيام لأنهم هم الذين استحقوا الدم بقسامتهم ، وهو قول ابن القاسم ومذهبه في رسم الجواب من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب والثالث أنه إن ثبت الدم ببينة فالنساء أَحَقُّ بالعفو والقود من العصبة لأنهن أقرب منهم ، فلا حقٌّ للعصبة معهن إذا لم يثبت الدم بقسامتهم ، ولو ثبت بقسامتهم فمن قام بالدم كان أحق به ولا عفو إلا باجتماعهم والله الموفق .

مسألة

وسئل عن رجل كان بينه وبين رجلين قتالٌ فتأتيَ وبه أَثْرٌ ضرب وجراح فزعم أنَّ فلانًا وفلان قتلاه وأنه قد أَثْرَ فيهما في مواضع سماها ، وأنهما اللذان عمِلاً به هذا ، فأقام نحوًا من يومين حيًّا ثم مات .

قال مالك : أرى أن يسجنا حتى يكشف أمرهما وإنه ليستحب

في مثل هذا أن يصطدحوا فاما القصاص في مثل هذا فلا أعلم.

قال محمد بن رشد : إنما استحب في هذا الصلح بعد الكشف فيه والبحث ولم ير القصاص فيه بالقسمة وإن كان مذهبه أن قول المقتول دمى عند فلان لوث يوجب القسمة والقود من أجل ما ذكره من أنه قاتلها فأثر فيها فدل ذلك على أنه أراد قتلها كما أرادا قتلها فاتهمه - في تدميته عليهما من أجل ذلك ، وقد رُوي عنه أنه لا قسامة فيمن قتل بين الصفين ، فقيل معنى ذلك بالتدمية من أجل أنهم تقاتلوا على زَحْلٍ وعَدَاوَةٍ ، فلم يقبل تدمية مَنْ دمى من أحد الطائفتين على أحد من الطائفتين الأخرى من أجل ما بينهم من الرَّحْلِ والعداوة ، وهذا آخر لظهور العداوة بين المُذمَّي والمذمَّى عليهما بأعيانهما ، وقيل معنى قوله إنه لا قسامة فيمن قُتِلَ بين الصفين بحال إلَّا بقول المقتول ولا بشاهدٍ عَلَى القتل ، وهو قول ابن القاسم من رواية سحنون عنه في رسم الجواب من سماع عيسى من هذا الكتاب ، وقيل معنى قوله: إنه لا قسامة بينهم بدعوى أوبياء المقتول على الطائفة التي نازعَتْ طائفَتَهُ وأما إذا دمى المقتول على واحدٍ منهم أو شهد عليه بالقتل شاهدٌ واحدٌ فالقسامة في ذلك واجبة ، وهو قول ابن القاسم أيضاً من رواية عيسى عنه في رسم الجواب المذكور ، وقول مطرف وابن الماجشون وأصبح في الواضحة وقول أشهب في المجموعة ، قال : لأن كونه بين الصفين لم يَزِدْ دعوه إلَّا قوَّةً ، قال ابن المواز : وإلى هذا رجع ابن القاسم بعد أن كان يقول لا قسامة فيمن قُتِلَ بين الصفين بدعوى المقتول ولا بشاهد ، ويحتمل أن يريد بقوله ولا بشاهد إذا كان الشاهد من طائفة المُذمَّي لأنه لا تجوز شهادة أحد من إحدى الطائفتين على أحدٍ من الطائفتين الأخرى ، وإذا كان من إحدى الطائفتين على ما حكى ابن حبيب في الواضحة من أنه إذا جرح أحد منهم فَعَقْلُ جُرْحِه على الطائفة التي نازعَتْهُ ، وليس له أن يقتص من أحدٍ بقوله إلَّا أن يكون له شاهدٌ على ذلك من غير الطائفتين ، فيحلفُ مع شاهده من غير الطائفتين ، وأما مع شاهد من طائفة القاتل فيجري ذلك على الإختلاف في القسامه مع الشاهد الذي ليس بعدل ، وأما مع شاهد من طائفة المقتول فلا

إشكال في أن القساممة لا تكون معه وقد قال ابن المواز في قول ابن القاسم إنَّ لا قساممة فيمن قتل بين الصفين بقول المقتول ولا بشاهد على القتل أَنَّه خطأ لأنَّه حَمَلَ قوله على ظاهره من أنَّ القساممة لا تكون فيمن قتل بين الصفين بحال وإن كان الشاهدُ الذي شَهَدَ على القتل من غير الطائفتين ، وتأویل قوله أولى من تخطيته وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ حَلَفَ لَيْرَفَعَنْ أَمْرًا

وسائل مالك عن صبيين رمى أحدهما صاحبَه بحجر فنزى في رميته فمات فضمن عمه الدية عنه ثم رُفع ذلك إلى السلطان فقال له السلطان ليس ذلك عليك ، وإنما ذلك على العاقلة وإن عمَّ الصبي خطأً فضمن ذلك العاقلة وكتب بذلك كتاباً إلى السلطان الذي في ناحيتهم فضمنهم ذلك وأخذ منهم أول نجم والثاني ، ثم إن عاقلة صاحب الغلام لَقُوا الرجل الذي كان ضمن لهم عمَّ الغلام بعد أخذهم نحواً من ثلثي العقل .

قال مالك : ليس ذلك لهم إذا كانوا قد رَضُوا واقتضوا فلا أرى شيئاً يلزمك وليس عليك شيء .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة ثم إنَّ عاقلة صاحب الغلام لَقُوا الرجل الذي كان ضمن لهم عمَّ الغلام كلامٌ فيه التباس لأنَّه عَبَرَ عن الورثة بالعاقلة تجاوزاً أو أَضْمَرَ وقدم وأَخْرَ ، ووجه الكلام أن يقول ثم إنَّ ورثة الغلام المقتول صاحب الغلام القاتل لَقُوا الرجل عمَّ الغلام القاتل الذي كان ضمن لهم ، والمسألة فيها نَظَرٌ لأنَّ الأمرَ إذا رُفع إلى السلطان فحكم بإسقاط الضمان عن العم وأنَّم العاقلة الدية وكتب بذلك كتاباً إلى السلطان الذي في ناحيتهم فقد لَزِمَ الورثة اتباع العاقلة وسقط طلبهم عن العم ، لأنَّ الحكم قد

فسخ الضمان عنه وإن لم يرضوا ولا قبضوا لأنَّه حُكْمٌ يلزِمُهم فالمعنى إنما هو أنَّ العَمَّ هو الذي رفع الأمرَ إلى السلطان وقال له إني ضمنت الديمة عن ابن أخي وأنا أظُنُّ أنها لازمة له ، فقال له : ليس ذلك عليك لأنها إنما تجب على العاقلة ، فَضَمِنَ العاقلة إياها وكتب بذلك كتاباً إلى السلطان الذي من ناحيتهم دون أنْ يحضر ورثة المقتول وتسمع حجتهم ، فإن لم يُقْرُروا له بما ادعا من أنه ظن أنها كانت لازمةً لابن أخيه استحلفه على ذلك ونفذ حكمه بإسقاط الطلب عنه وتضمين العاقلة للديمة ، فلما قَصَرَ في ذلك بقيَ الورثة على حجتهم ، وكان لهم إتباع العم بما ضمن لهم إلَّا أنْ يَبْيَسَنْ رضاهما باتباع العاقلة وإسقاط طلبهم للعم ببعضِ النجوم من العاقلة كما قال في الرواية ، ولو لم يرضوا ولا قبضوا من النجوم ما يَتَبَيَّنُ به رضاهما لكان من حقهم أَخْذُ العم بما ضَمِنَ لهم .

إِلَّا أن يقول لم أعلم أنَّ الديمة على العاقلة وظننت أنَّها على ابن أخي فيكون القول قوله في ذلك مع يمينه إذا كان يشبهه أنْ يجهل ذلك ، لأنَّه محمول على غير العلم حتى يثبت عليه العلم ، أو يكون من لا يجهل مثلَ هذا على ظاهر الرواية وما في كتاب الصلح من المُدوَّنة ، وقد قال ابنُ المواز يلزمهم ما ضمن حتى يعرف أنه جهل وظن أنَّ الديمة على ابن أخيه ، قال ابنُ المواز وأما إذا ردَ ذلك على العاقلة فقد لزِمُهم ، والذي قاله ابنُ المواز صحيحٌ إذا ردَت الديمة على العاقلة بحكم تَامٍ صحيحٍ وأما إذا لم يَتَمَّ الحكم على وجهه فما قاله في الرواية من أنَّ الورثة لا يلزمهم اتباع العاقلة الا أن يرضوا بين على مَا بيناه وكذلك لو حملت العاقلة شيئاً ظَبَّتْ أنه يلزِمُها ثم رجعوا فلهم الرجوع ما لم يَطُلْ الأمرُ بعد الدفع السنين الكثيرة التي يُرى فيها أنَّ قد علموا ذلك ، قاله في كتاب ابن المواز والله الموفق .

ومن كتاب تأثير صلاة العشاء

وسائل مالك عن امرأة نزل بها رجل فمات فجاءت فاتهمت به فجاء وليه يسأل مالكاً عن ذلك ويتهمها ويقول إني اتهمتها بوجه لا أستطيع بتته .

قال مالك : أرى أن يكشف أمرها فإن كانت غير متهمة لم أر أن تُحبس يوماً واحداً ويخلل سبيلها ، فقيل له أتهدد ؟ فقال : لا أرى ذلك إذا كانت غير متهمة ، قال ابن القاسم : فإن كانت متهمة حبست ولم يُعجل تسريحها لعلها لا يعثر عليها بشيء ، فإن لم يوجد شيء وطال حبسها استحلفت خمسين يوماً وخلي سبيلها .

قال محمد بن رشد : ذهب بعض أهل النظر إلى أنَّ رواية ابن القاسم عن مالك في هذه الرواية فإن كانت غير متهمة لم أر أن تُحبس يوماً واحداً مثل قوله في المدونة في الذي يدعى قبل الرجل حدًّا من الحدود فيقدمه إلى القاضي ويقول بيته حاضرة أجيك بها غداً أو العشية إن ذلك إن كان قريباً أوفقه ولم يحبسه إن رأى لذلك وجهاً وكان امراً قريباً خلاف قوله في سماع عبد الملك بن الحسن بعد هذا من هذا الكتاب : إنَّ غير المتهم لا يحبس في الدم إلا الأمَّ القريب اليوم واليومين والثلاثة ، والذي أقول به أن ذلك ليس باختلاف من القول ، والفرق بين هذه المسألة وبين مسألة سماع عبد الملك أنَّ الطالب في مسألة عبد الملك ذكرَ أنَّ له بينةً على ما ادعاه عليه من القتل وسائل ان يحبس حتى يأتي ببينة ، ولم يسأل ذلك الطالب في هذه المسألة ، ولو سأله ذلك لكان من حقه أن يحبس اليوم واليومين والثلاثة كما قال ابن القاسم في سماع عبد الملك ، لأن الدم شديد يلزم فيه من الشدة والأخذ بالشبهة ما لا يلزم في غيره ، وإنما لم ير في مسألة المدونة على المدعى عليه السجن بمجرد الدعوى وإن قال الطالب إنَّ له بينةً على دعواه لأنَّه إنما سأله على

الحدود لا على القتل ، والحدود بخلاف القتل لأنها تُدرأ بال شبّهات فالحدود التي تُدرأ بال شبّهات لا يسجن المدعي عليه فيها لمجرد الدعوى على ما قاله في المدونة ، والقتل بخلاف ذلك إذا قال المدعي إنَّ له بينةً على دعواه حُبس بمجرد الدعوى اليوم واليومين والثلاثة إنَّ لم يتم ، وإن كان من أهل التهم حبس الشهر ونحوه ، وإن قويت عليه التهمة بما اشبه به عليه معالم يتحقق تحققاً يوجب القساممة حُبس الحبس الطويل ، قال ابن حبيب في الواضحة : حتى يتبيّن براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة ، قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والشبّهة حتى إن أهله ليتمكنوا له الموت من طول حبسه ، ويحتمل أن يقول إنه إنْ كان المدعي عليه القتل من لا تقع عليه التهمة للمعرفة بحاله لم يسجن بمجرد الدعوى ، وإن ادعى الطالب أنَّ له بينةً على ما ادعاه على ما قاله مالك في هذه الرواية ، وإن كان المدعي عليه القتل من لا تقع عليه التهمة للجهل بحاله سجن بمجرد الدعوى اليوم واليومين والثلاثة إذا ادعى الطالب أنَّ له بينةً على دعواه على ما قاله في سماع عبد الملك ، فهذا وجّه يُمكّن أن يفرق به بين المُسائِلين ولا يُجعل ذلك اختلافاً من القول ، ويحتمل أن يُفرّق بين هذه الرواية وبين ما في سماع عبد الملك أنَّه لم يحقق الدعوى في هذه الرواية وحققه في سماع عبد الملك .

وفي قوله في الرواية إنها لا تُهدّد إذا كانت غير متهمة دليلٌ على أنها تهدّد إذا كانت متهمة ، والوجه في ذلك أنها قد تُقرُّ إذا هددت فتتمادي على الإقرار بعد ذلك وهي آمنةٌ فتؤخذ به ما لم ترجع عنه ، إذ لا يلزمها الإقرار بالتهديد .

وقوله في المُتهمة إنها تُستَحْلَفُ خميس يميناً ويخلّي سبيلها إذا طال حبسها. مثله في سماع أبي زيد وهو مبين لما سكت عنه من ذلك في سماع عبد الملك وبالله التوفيق .

ومن كتاب البر

وسائل مالك عن امرأة يكون لها الصبي فتصيبه الصرخ في حلقه فتسقيه أم الدواء فيُشرق به فيموت أترى عليها كفارة؟
فقال: لا ، ثم قال أما أن أرأه واجباً عليها أو قضاءً عليها فلا ، وكذلك الطبيب مثلها يسكن الدواء الرجل فيموت فلا أرى عليه شيئاً ، وإن كانوا مُوسرين فإذا أرادا أن يفعلوا ذلك من غير أن رأاه عليهما واجباً فهو حسن .

قال محمد بن رشد : إنما لم ير الكفاره واجبه على الأم التي سقت ابنها الدواء فشرق به فمات لأنها فعلت ما يجوز لها من سقيها إياه الدواء فلا فرق بين أن يشرق به فيموت أو بالطعام الذي تطعمه إياه او بالماء تسقيه إياه .

ولو أخطأت عليه فسقته دواء لا يوافقه فمات منه لوجبت عليها الكفاره ، وكذلك الطبيب إذا أخطأ على المريض فسقاه ما لا يُوافق مرضه فمات وكانت عليه الكفاره ، بخلاف إذا سقاه ما يوافق مرضه فمات ، لأنه إذا سقاه ما يوافق مرضه فمات لم يخط كما لم تخط المرأة على ولدها في سقيها إياه الدواء الذي شرق به فمات .

والديه تابعة للكفاره تجب على العاقلة في المكان الذي تجب فيه الكفاره وتسقط في المكان الذي تسقط فيه الكفاره ، وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفاً في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان وتأتي المسألة أيضاً في رسم المجالس من سماع أصبح من هذا الكتاب وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ بَاعَ غُلَامًا

وُسْئِلَ مالكُ عن الحِمْلِ الذي يسقط على الجارية ، قال : أراه ضامناً على الجَمَالِ إذا كان حُرّاً فعليه ، وإن كان مملوكاً كان ذلك في رقبته إلا أن يفديه سيده بقيمتها .

قال محمد بن رشد : يريد مسألة المدونة في الجَمَالِ الذي حَمَلَ على بعير عَدْلَيْنِ فسار بهما وسقط الزقاق فانقطع الحِمْلُ فسقط أحد العَدْلَيْنِ على جارية فقتلها والحمل لغيره ولكنه أجير حَمَالاً .

قال مالك : أراه ضامناً ولا شيء على صاحب البعير فبَيْنَ هَذَا وَجَهَ الضمان الذي أجمَلَه في المدونة فقال : إن كان حُرّاً فعليه ، يريد إن كان الجَمَالِ حُرّاً فعليه قيمة الجارية وإن كان مملوكاً كان ذلك في رقبته ، وذلك بَيْنَ على ما قاله لأن الجنائية على العبد والأمة تستوي فيما يلزم من ضمانها العمد والخطأ ، ولو كانت الجارية حُرّةً وكانت الديبة في ذلك على عاقلة الجَمَالِ إن كان حُرّاً وفي رقبته إن كان عبداً يفديه سيده بها أو يسلمه ، وقد مضى في آخر الرسم الأول ذكرُ الإختلاف هل يفديه بالدية حالة أو مُؤَجَّلةً فلا معنى لعادته .

وَمِنْ كِتَابِ سَنَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

قال ابن القاسم في السنن إذا أصيَّثَ فاصفرت فإنها تُعقلُ بقدر شَيْئَهَا وليس فيها العقلُ كاملاً حتى تَسْوَدَ وكذلك إذا تغيرت فليس فيها العقل حتى تَسْوَدَ .

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم يُبيّن مذهبه في

المدونة ، إذ لم يعط في المدونة عن هذا جواباً بِيَنَّا ، ورَدَ الْأَمْرُ فِيهِ إِلَى النَّكْرِ فَقَالَ : مَا سَمِعْنَا مِنْ مَالِكِ إِلَّا إِذَا أَسْوَدَتْ فَقَدْ تَمَّ عَقْلُهَا فَلَا أَدْرِي مَا الْخَضْرَةُ أَوِ الْحَمْرَةُ أَوِ الصَّفْرَةُ أَنْ كَانَ ذَلِكَ مِثْلُ السَّوَادِ ؟ فَقَدْ تَمَّ عَقْلُهَا وَإِلَّا فَعَلَى حِسَابِ مَا نَقَصَ . وَقَالَ أَصَبَّ مِثْلَ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَيْسَ ذَلِكَ مِثْلُ السَّوَادِ إِنَّمَا فِيهِ حُكْمَةً بِاجْتِهَادِ الْإِمَامِ إِلَّا أَنَّ لَهُ فِي إِخْضَارِهَا أَكْثَرَ مَا نَالَهُ فِي إِحْمَرَارِهَا ، وَلَهُ فِي إِحْمَرَارِهَا أَكْثَرُ مَا لَهُ فِي اصْفَارِهَا وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ .

وَمِنْ كِتَابِ اغْتَسَلَ مِنْ غَيْرِ نِيَةٍ

وَسُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَضْرِبُ الرَّجُلَ الرَّأْسَ فَيَمْكُثُ مَغْمُورًا لَا يَفْقِي
وَقَدْ شَهَدَ عَلَى ضَرْبِهِ ثُمَّ يَمْوُتُ ، فَقَالَ إِذَا غَمَرَ فَكَانَ لِلْمَوْتِ ثُمَّ مَاتَ
فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ ، وَلَيْسَتِ الْقَسَامَةُ إِلَّا فِيمَنْ أَفَاقَ أَوْ طَعَمَ أَوْ فَتَحَ عَيْنَهُ
وَتَكَلَّمَ وَمَا أَشَبَهَ ذَلِكَ .

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ رَشْدٍ : مِثْلُ هَذَا فِي المَدوْنَةِ ، أَنَّهُ إِذَا مَاتَ تَحْتَ
الضَّرْبِ أَوْ بَقِيَ بَعْدَ الضَّرْبِ مَغْمُورًا لَمْ يَأْكُلْ وَلَمْ يَشْرُبْ وَلَمْ يَتَكَلَّمْ وَلَمْ يَفْقِي
حَتَّى مَاتَ ، فَهَذَا الَّذِي لَا قَسَامَةَ فِيهِ وَأَمَّا مِنْ أَكْلٍ وَشَرْبٍ وَعَاشَ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ
ذَلِكَ فَفِيهِ الْقَسَامَةُ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمِنُ مَنْ أَنْ يَكُونُ إِنَّمَا مَاتَ مِنْ أَمْرٍ عَرَضَ لَهُ مَرْضٌ
أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ ، وَهَذَا مَا لَمْ يَنْفَذْ لَهُ مَقْتُلٌ وَأَمَّا إِذَا نَفَدَ لَهُ مَقْتُلٌ بِمَا أَصَبَّ بِهِ فَلَا
قَسَامَةَ فِيهِ وَإِنْ عَاشَ بَعْدَ ذَلِكَ وَتَكَلَّمَ وَشَرْبٍ وَأَكْلٍ كَمَا أَنَّ الْبَهِيمَةَ إِذَا أَصَابَ
السَّبْعَ لَهَا مَقْتَلًا فَلَا تُذَكَّرُ وَلَا تُؤْكَلُ بِالْنَّفَاقَ ، وَإِنْ كَانَتِ الْحَيَاةُ فِيهَا بِيَنَّا ، وَإِنَّمَا
اَخْتَلَفَ إِذَا لَمْ يُصَبْ لَهَا مَقْتُلٌ إِلَّا أَنَّهَا قَدْ بَلَغَتْ مِنْ ذَلِكَ إِلَى حَدِّ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا
تَعْيِشُ مِنْهُ ، وَقَدْ مَضِيَ بِيَانَ ذَلِكَ وَالْقَوْلُ فِيهِ وَفِي الْمَقَاتِلِ مَا هِيَ مُسْتَوْفَى فِي
أُولَئِكَ الرُّسْمِ مِنْ سَمَاعِ أَشَهَبِ مِنْ كِتَابِ الْضَّحَايَا وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ لَا شَرِيكَ لَهُ .

ومن سماع أشهب وابن نافع عن مالك

قال وسئل مالك عن الرجل يقتل الرجل بالعصا فَيُمْكِنُ منه ولِيُ
المقتول أيقنته بالعصا أو بالسيف ؟

قال ذلك له ، إن شاء قتله بالسيف وإن شاء قتله بالعصا ، وقد
سمعت ذلك أنه يُقتل بالعصا ، قيل له : أفله أنه يقتله بالعصا ؟
قال : نعم إذا ضربه ضربة واحدة يُجهز عليه فيها لا يكون شيئاً
مختلفاً يقطع عليه الضرب ولا يجهز عليه ، فاما إذا كان هكذا يضرب
ضربات فلا .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة أنه يقتل بمثل ما قتل
من عصا أو حجر أو خنق أو تغريق في نهر أو بِسْمٍ وكذلك النار على قياس قوله
في السم خلاف قول أصيغ إنه لا يُقادُ بالسم ولا بالنار ، وسيأتي بيان هذا في
سماع عبد الملك ، وقال فيها : إنه إن كان ضربه عَصَوْيَنْ فضرب القاتل
عَصَوْيَنْ فلم يتمt إنه يضرب بالعصا يريد مع أن يقصد بكل ضربة منها الإجهاز
عليه كما قال في هذه الرواية فَبَعْضُ ذلك يفسر بعضاً لا اختلاف في شيء من
ذلك ، والحججة لمالك فيما ذهب إليه من أن القاتل يقتل بمثل القتلة التي قتل
بها اتباع ظاهر قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾^(٩) لأن
القصاص إنما أخذ من قص الأثر وهو اتباعه ، فكان المعنى أن يتبع الجارح
والقاتل فَيُفْعَلُ به ما فعل بالمجروح والمقتول ، وقد جاء في السنة بيان ذلك
وهو ما روى قتادة عن أنس أن يهودياً رض رأس صبي بين حَجَرَيْنَ فأمر النبي
صلى الله عليه وسلم أن يُرَضَ رأسه بين حجرين ، وهو ما روى هشام بن زيد

(٩) الآية ١٧٩ من سورة البقرة .

عن أنس بن مالك قال عَدَا يهودي في عَهْد رسول الله صلى الله عليه وسلم على جارية فأخذ أوضاحاً كانت عليها وَرَضْ رَأْسَهَا فَاتَّى بها أهلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي في آخر زمن وقد أضمنتُ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتلك أفلان؟ لغير الذي قتلها، فأشارت برأسها أن لا، قيل لرجل آخر غير الذي قتلها فأشارت برأسها أن لا، فقال لفلان لقاتلها فأشارت أن نعم، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فَرِضَ رَأْسَهُ بين حجرين^(١٠) وما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : لا قَوْدَ إِلَّا بِالسِّيفِ^(١١) لم يأخذ به مالك إما لأنه لم يبلغه وإما لأنه لم يصح عنده ، فاتبع ظاهر قول الله تعالى : « وَلَكُمْ فِي الْقِصاصِ حَيَاةٌ » قوله : « وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْمَا عُوقَبْتُمْ بِهِ »^(١٢) مع ما رُوي من قضاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليهودي الذي أمر بِرَضْ رَأْسِهِ قصاصاً مثل ما فعل بالجارية .

وما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : أَحْسَنُ النَّاسِ قَتْلَهُ أَهْلُ الْإِيمَانِ ، وقوله صلى الله عليه وسلم من روایة شداد بن أوس : إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ الْإِحْسَانَ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسَنُوا الْقَتْلَةَ وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذبْحَ وَلِيُحَدِّدَ أَحَدُكُمْ شُفُرَتَهُ وَلِيُرِخَ ذَبِيْحَتَهُ^(١٣) ، لا حجة فيه على مالك، لأن المعنى فيه عنده إنما هو فيمن وجَبَ عليه قتلُه في غير قصاص ، وما احتاج المخالف من أهل العراق على مالك في هذه المسألة من قوله : أرأيت لو نكح

(١٠) رواه الإمام أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه عن شداد بن أوس ، وأخرجه البخارى في كتاب الديات ، باب من أقاد بالحجر ، وياب إذا قتل بحجر أو عصا .

(١١) رواه ابن ماجه عن أبي بكرة قال أبو حاتم حدثنا منكر ، وأعلم البيهقي بابن فضالة ، رواه عن الحسن عن أبي بكرة وعن التعمان بن بشير ، وسنده أيضاً ضعيف ، قال عبد الحق وابن عدي وابن الجوزي : طرقه كلها ضعيفة « أفاده المناوى » .

(١٢) الآية ١٢٦ من سورة النحل .

(١٣) رواه عن أوس بن شداد كل من أحمد في مستنه ومسلم وأبو داود والنمسائي والترمذى وابن ماجه ، رمز له السيوطي بالصحة .

رجل رجلاً فقتله بذلك الجب للوالي أن يفعل بالفاعل ما فعل ؟ هو من الاحتجاج المرغوب عنه الذي لا يصدق مثله عمن هو من أهل التحصيل لقوله .

وأما قوله أرأيت لو رمى إنسان رجلاً بسهم فقتله أكان يُنْصَب ثم يُرمى حتى يقتل ؟ وقد نهى رسول الله صلى الله عليه أن يتَّخِذَ شيء في الروح غرضاً ونهى عن المجثة وهي الشاة ترمي بالنبل حتى تقتل ، فلا يلزم مالكاً لأنه يقول بذلك ، وإنما يقول إنه يجهز عليه بمثل القتلة التي قتل دون أن يُقصَد إلى تعذيبه فلو رمى رجلاً بسهم فقتله لكان الواجب في ذلك على مذهب مالك أن يقتل طعاً بمثل السهم الذي رماه به فقتله لا أن ينصب غرضاً للسهام ، وقد روى عن سحنون أنه قال إذا كان العصا والحجر يُجهزُ قُتَّل بمثله ، وإذا كان غير مجهز لم يقتل به وقتل بالسيف ، وكان القتل مما يأتي عليه لأن الحجر إذا لم يكن مُجهزاً فإنما هو عَذَاب ، أرأيت لو أن رجلاً رماه رجم أبداً بالحجارة حتى يموت ، لا يكون هذا ولا يقتل به ، ولكن إذا كان الحجر مُجهزاً قتل به وإنما يُقتل به ، وقتل بالسيف ، وكذلك العصا وجميع هذا الأصل فاحمله هكذا ، وإنما يُقتل على مذهب مالك بمثل القتلة التي قتلت بها من حجر أو عصا أو غيره من ثبت عليه القتل بذلك وأما من قتل بقَسَامَةٍ فلا يُقتل إلا بالسيف وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسيُسأل عن اللوث من الشهادة في القسامه أَهُوا الشاهدُ الواحد العدل ؟ فقال : لا والله ما هو باللوث ، فقيل له : أَهُوا الشاهد إذا لم يكن عَدْلًا ؟ فقال : هاه أرجوا ذلك .

قال محمد بن رشد : قوله في الشاهد العدل لا والله ما هو باللوث

معناه ما هو باللوث الذي لا تكون القسامـة بما دونـه ، إذ لا اختلاف في أنه لوث تجب القسامـة به والقوـد في مذهب مالـك وجمـيع أصـحـابـه .

وإنما اخـتـلـفـ فيـمـاـ دـوـنـهـ ،ـ فـرـأـيـ فـيـ هـذـهـ الـرـوـاـيـةـ الشـاهـدـ الـذـيـ لـيـسـ بـعـدـ لـوـثـ يـوـجـبـ القـسـامـةـ ،ـ وـقـدـ حـقـقـ القـوـلـ بـذـلـكـ بـعـدـ هـذـاـ فـيـ هـذـاـ الرـسـمـ ،ـ وـمـعـنـىـ ذـلـكـ فـيـ الشـاهـدـ المـجـهـولـ الـحـالـ الـذـيـ لـاـ يـتوـسـمـ فـيـ جـرـحـةـ وـلـاـ عـدـالـةـ إـذـ مـنـ أـهـلـ الـعـلـمـ مـنـ يـحـمـلـ الشـاهـدـ عـلـىـ الـعـدـالـةـ حـتـىـ تـعـلـمـ جـرـحـتـهـ ،ـ وـأـمـاـ الشـاهـدـ الـمـعـرـوفـ بـالـجـرـحـةـ أـوـ الـذـيـ يـتوـهـمـ فـيـ الـجـرـحـةـ فـلـاـ يـكـوـنـ عـلـىـ مـذـهـبـهـ فـيـ هـذـهـ الـرـوـاـيـةـ لـوـثـ ،ـ بـدـلـيـلـ قـوـلـهـ بـعـدـ هـذـاـ فـيـ الـعـبـدـ إـنـ لـاـ يـكـوـنـ لـوـثـ يـرـيدـ وـإـنـ كـانـ عـدـلـ ،ـ وـكـذـلـكـ الصـبـيـ عـلـىـ هـذـهـ الـرـوـاـيـةـ لـاـ يـكـوـنـ لـوـثـ ،ـ وـأـمـاـ الـمـرـأـةـ فـقـالـ فـيـهـاـ بـعـدـ هـذـاـ إـنـهـ لـوـثـ ،ـ وـقـدـ روـيـ مـطـرـفـ عنـ مـالـكـ فـيـ الواـضـحةـ أـنـ الـلـوـثـ الـلـطـخـ الـبـيـنـ مـثـلـ الـلـفـيـفـ مـنـ النـسـاءـ وـالـسـوـادـ وـالـصـبـيـانـ قـالـ مـطـرـفـ :ـ وـقـدـ قـتـلـ بـذـلـكـ عـنـدـنـاـ بـالـمـدـيـنـةـ ،ـ قـالـ مـالـكـ :ـ وـمـثـلـ الرـجـلـيـنـ وـالـنـفـرـ يـشـهـدـونـ عـلـىـ ذـلـكـ وـهـمـ غـيـرـ عـدـولـ ،ـ قـالـ مـالـكـ وـالـشـاهـدـ الـعـدـلـ عـلـىـ الـلـوـثـ وـأـحـقـهـ وـلـيـسـ رـوـاـيـةـ مـطـرـفـ هـذـهـ بـخـلـافـ لـرـوـاـيـةـ أـشـهـبـ ،ـ وـقـدـ روـيـ اـبـنـ وـهـبـ عـنـ مـالـكـ أـنـ الـلـوـثـ الشـهـادـةـ غـيـرـ الـقـاطـعـةـ مـنـ شـهـادـةـ النـسـاءـ أـوـ شـبـهـاـ ،ـ قـالـ وـمـثـلـ أـنـ يـرـىـ الـمـتـهـمـ بـحـذـاءـ الـمـقـتـولـ وـقـرـبـهـ وـإـنـ لـمـ يـكـوـنـواـ رـأـوـهـ حـيـنـ أـصـابـهـ ،ـ وـقـدـ حـكـيـ الـلـيـثـ عـنـ يـحـيـىـ بـنـ سـعـيدـ وـرـبـيـعـةـ أـنـهـمـاـ قـالـاـ :ـ كـلـ مـاـ شـهـدـ فـيـهـ النـسـاءـ أـوـ العـبـيدـ أـوـ الـصـبـيـانـ أـوـ الـيـهـودـ أـوـ النـصـارـىـ أـوـ الـمـجـوسـ مـنـ قـتـلـ يـكـوـنـ فـجـأـةـ أـوـ ضـرـبـ أـوـ جـرـاحـ وـأـشـبـاهـ ذـلـكـ فـلـاـ يـحـضـرـهـ غـيـرـ أـوـلـاثـكـ فـإـنـ شـهـادـتـهـمـ فـيـ مـثـلـ هـذـاـ لـطـخـ وـلـوـثـ بـيـنـ يـجـبـ بـهـ الـقـتـلـ مـعـ الـقـسـامـةـ وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ .ـ

مسألة

وـسـئـلـ عـنـ إـسـتـهـلـالـ الصـبـيـ فـقـالـ :ـ الصـيـاحـ فـإـذـ صـاحـ وـجـبـ مـيرـاثـهـ وـتـمـتـ دـيـتـهـ وـصـلـيـ عـلـيـهـ وـلـيـسـ الـعـطـاسـ باـسـتـهـلـالـ .ـ

قال محمد بن رشد : عبد العزيز بن أبي سلمة وابن وهب يرثيان العطاس إستهلاً وأما الرضاع فهو استهلاً إذ لا يمكن أن يرضع إلا بعد أن يستهل ، وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفى في أول سماع ابن القاسم من كتاب الولاء وبالله التوفيق .

مسألة

وقال ابن كنانة لِمَالِكٍ : الذي كنا نعرف مِنْ قولك يا أبا عبد الله أن العاقلة تحمل ثلث الديه ديه المجروح كائناً من كان رجل أو امرأة إذا بلغ عقل تلك الجراح ثلث عقل المجروح حملته للعاقلة ، وإنه قد حملها هنا عنك أنك قلت إن المرأة إذا أصابت الرجل بجراح يكون ثلث ديتها وهو سُدُسُ ديه الرجل المجروح حملته العاقلة ، فقال : لا ، لقد كذب من قال هذا ، ولقد حمل قولي على غير وجهه ، قيل له : أرأيت امرأة أصابها رجل بجراح يكون ثلث ديتها هي تتحمله لها العاقلة ؟ قال : نعم في رأيي ، قال ابن كنانة ومالك يسمع من أصيب من رجل أو امرأة بجراح يكون ثلث ديته حملته العاقلة ، فاما أن تصيب المرأة رجلاً بجراح يكون ثلث ديتها هي فلا تتحمله العاقلة هذا الذي كنا نعرف من قول أبي عبد الله ومالك يسمع .

قال محمد بن رشد : هذا الذي أنكره مالك في هذه الرواية وقال فيه إنه من تأوهه عليه فقد حمل قوله على غير وجهه من أن العاقلة تحمل الجنائية إذا بلغت ثلث ديه الجنائي كما تحملها إذا بلغت ثلث ديه المجنى عليه قد رواه عنه ابن القاسم في المدونة ، وأنه قال فيه إنه بين وإن كان الاعتبار بدية المجنى عليه في ذلك أبين ، وإنما قال إن ذلك أبين لأن الجنائية بالمجني عليه أحص منها بالجنائي فيما روی عن النبي عليه السلام من مَرَاسِلٍ عَمْرُو بْنُ شَعْبَ

وعكرمة أن الجنابة إذا بلغت ثلث الدية حملتها العاقلة ولو قيل إنه إذا جنى أحدهما على صاحبه جنابة خطأ لا تحملها العاقلة إلا أن يبلغ ثلث دية الرجل منهما كان الجاني أو المجنى عليه لكان الأظهر ، لأن الأصل كان أن لا يحمل أحد جنابة أحد دم ولا مال لقوله تعالى : « وَلَا تَكْسِبْ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا » وقوله : « وَلَا تَزِرْ وَازْرَةٌ وَرَزْ أَخْرَى » وقوله عليه السلام لأبي رمثة في ابنه : لا تجني عليه ولا يجني عليك ، فكان وجه النظر في ذلك أن لا يخص منه شيء إلا سنتة قائمة أو إجماع ، والإجماع إنما يصح في ثلث دية الرجل منهما فوجب أن لا تحمل العاقلة دون ذلك ، ووجه قوله الثاني الذي أنكره في هذه الرواية اتباع ظاهر الحديث بحمله على عمومه إذ لم يُخص فيه دية ذكرٍ من دية أئمّة وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك ما اللوث الذي تجوز القسامنة به من الشهادة ؟
 فقال : الأمر الذي ليس بقوي ولا قاطع ، قيل لمالك : أترى شهادة المرأة من ذلك ؟ فقال : نعم أراه من ذلك ، قيل له فشهادة الرجل الذي ليس بعدل من ذلك ؟ فقال : نعم أراه من ذلك ، قيل له أفترى شهادة العبد من ذلك ولا أرى (١٤) فقال : لا ، ليست سهادة العبد من ذلك ولا أرى شهادة العبد لوثاً .

قال محمد بن رشد : قد مضى الكلام على هذه المسألة قبل هذا في هذا الرسم فلا وجه لإعادته .

مسألة

قال مالك وما اعترف به العبد من قتلٍ فإنَّ سيدَ المعترف يقول

(١٤) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ .

لسيد المضروب إنما اعترف عبدي ليذهب من يدي فهات على ضربه عبدك البينة ، فأرى أن يكشف عن ذلك وينظر فيه ، قيل لمالك : أفترى السيد المقتول أن يحلف ويكون ذلك له ؟ قال : لا أرى ذلك له إلا أن يأتي بشبهة ، قيل له ؟ فإن جاء بشاهد يحلف مع شاهده ؟ قال : نعم يحلف ويكون ذلك له ، قيل له : أرأيت إن أبي أن يحلف ورد اليمين على سيد العبد المشهود عليه بشاهد واحد يكون ذلك عليه ؟ فقال : لا أظن ذلك .

قال محمد بن رشد : إقرار العبد بقتل العبد عمداً يجوز عليه إن أراد سيد العبد المقتول أن يستقيد منه كان ذلك له ، ولا يجوز على سيده إن لم يرد أن يستقيد مكانه وأراد أن يأخذه بجناية عبده لأن العبد يُتهم على أنه أراد الخروج من ملك سيده إلى الذي أقر بقتل عبده ، فلا يكون لسيد العبد المقتول أن يحلف مع إقرار العبد ويستحقه كما قال ، إذ لا تتجاوز شهادته على سيده بأن كان له شاهد على أنه قتل عبده كان له أن يحلف مع شاهده ويستحق العبد إلا أن يشاء سيده أن يفتديه بقيمة العبد المقتول فيكون ذلك له وهذا ما لا اختلاف فيه ، ولو لم يمت من ذلك الجرح بفُور ذلك وحيثما بعده لما استحقه يسميه مع الشاهد إلا بعد أن يحلف أيضاً أنه مات منه على ما قاله في رسم شهد من سمع عيسى من كتاب الجنائيات ، وكذلك لو ثبت الجرح بشهادة شاهدين أو أقر به سيد العبد القاتل أو القاتل إن كان حراً لم يستحقه إلا بعد أن يحلف أنه مات من تلك الجرح على ما قاله في رسم المجالس من سمع أصبح بعد هذا وفي المدنية خلاف هذا ،

وروى محمد بن يحيى السبائي أنه سمع مالكاً يسئل عن العبد يجرحه الحُرُّ فِيَقُرُّ الْحُرُّ بجرحه أو تقوم عليه بينة ثم يمكث أياماً فيموت العبد فيقول سيده إنه مات من تلك الجراح هل عليه في ذلك يمين أنه مات من ذلك ، فقال : إذا أقر بذلك على نفسه أو قامت عليه بينة ثم مات العبد في ذلك فهو

ضامن وليس على سيده أن يحلف أنه مات من ذلك الجرح ، قال عيسى بن دينار : قال ابن القاسم : قد سمعت هذا عنه ، وسمعت أنا منه أنه يحلف وهو أحب قوله الي .

وأما قوله إن أبي أن يحلف ورد اليمين على سيد العبد القاتل إن ذلك لا يكون له ، فمعناه إذا لم يتحقق عليه الدعوى إن علم أنه قتله فهي يمين تهمة فالاختلاف في لحقوق يمين التهمة مرضٍ وجوبها في هذه المسألة في هذه الرواية ، فقال : لا أظن ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في الرجل يقتل الرجل وله أولياء كثير فعفا أحد الدين يجوز لهم العفو فلا يكون إلى القتل سبيلاً ويكون في ذلك الديمة قيل له : بالقسمة ؟ قال : بالقسمة وغيرها إذا عفوا أحدهم لم يكن إلى القتل سبيلاً وكذلك إن نكول الناكل إنما كان على وجه التورع والتحرج حلف من بقي وقتلوا ، وإذا كان نكوله على وجه العفو والترك لحقه حلف من بقي وكانت له الديمة وهذا الذي أرى .

قال محمد بن رشد : في قول مالك في رواية أشهب هذه التباس والظاهر عندي من معناه ومراده أن عفوا أحد الأولياء إذا كانوا في القعدة سواء ينطلي ولا تبطل الديمة ، فإن كان ذلك العفو من عفا منهم بعد القسمة كان لمن بقي حظوظهم من الديمة ، وإن كان قبل القسمة أقسام من بقي وكان لهم حظوظهم من الديمة ، وكان الشيوخ يختلفون في قول ابن نافع ، فمنهم من كان يحمله على التفسير لقول مالك ويقول لا اختلاف في أن نكول الناكل عن القسمة إذا لم يكن على وجه العفو والترك وكان على وجه التورع والتحرج فلم يحمله على الأولياء أن يقسموا ويقتلوا ، ومنهم من كان يحمله على الخلاف

له ، ويقول إذا نكل أحد الأولياء عن القساممة فلا سبيل إلى القتل ، وكان لمن بقي حظوظهم من الديمة ، وابن الماجشون يساوي بين أن يكون العفو قبل القساممة أو بعدها في أن الديمة تبطل على كل حال ولا يكون لمن بقي من الأولياء شيء من الديمة ، والتوكول عن القساممة عند جميعهم كالغفو سواء كل على مذهبه ، فهي ثلاثة أقوال في المسألة ، ومن قول ابن القاسم في المدونة أن رجوع أحد الأولياء بعد القساممة وتكذيبه نفسه يُبطل حق من بقي من الأولياء بمنزلة إذا عفا أو نكل قبل القساممة وبالله التوفيق .

ومن كتاب العُقُولِ

قال أشهب : وسائل مالك عن المرأة تشرب الدواء وهي حاملٌ فيسقط ولدُها أترى عليها شيئاً ؟ فقال : ما أرى به بأساً إذا كان دواءً يشبه السلامة فليس به بأس إن شاء الله ، قد يركب الإنسان الدابة فتصرّعه ، وقد كوى رسول الله صلى الله عليه وسلم سعداً فمات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بئس الميت ليهود يُفتنون به يقولون لم يُغنِ عنه صاحبه^(١٥) .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله وهو على قياس ما تقدم في رسم البز من سمع ابن القاسم في الصبي الذي تُسقيه أمّه الدواء فيشرف به فيموت وبالله التوفيق .

(١٥) ذكره الحافظ ابن حجر في الفتح في كتاب الطب ، باب من اكتوى أو كوى غيره أن الإمام مسلم أخرج من طريق أبي الزبير عن جابر ، قال : رمي سعد بن معاذ على أكحله فحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر بقية الحديث ، وعند الترمذى عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كوى أسعد بن زراة من الشوكة .

مسألة

وسئل عن قتل جنيناً في بطن أمه فطرحت ميتاً عليه عتقة؟ فقال : ليس ذلك عليه .

محمد بن رشد : زاد في غير هذه الرواية وإن سقط حيًّا كانت فيه الكفار ، قال أشهب : وعليه الغرَّة واستحسنَ مالكُ في المدونة الكفارَ في الجنين إن خرج ميتاً وفي الذمِّي والعبد وفي جنينهما وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن المرأة تفجر فتحمل فتضع فتلقيه في بير أُنْقُلُ به ؟
قال : إنَّ لذلك وجهاً أنَّ القتَّه في مهلك مثل البئر الكبير الماء أو البحر أو ما أشبه ذلك فماتَ فمَا أحَقَّها من أن تُقتل ، وإن قُتِلَتْ كانت لذلك أهلاً كأنه ينحو إلى أن تقتل ويَرَاه قال أصيغ مثله هذه مُتعَمِّدة للقتل كما لو ذبحته ذبحاً فالغرق مثُلُه ، قال ابن القاسم : وإن كانت مثل البئر اليابسة التي يُقدَّر أن يؤخذ منها أو ما أشبه ذلك فهذه لَا تُقتل إلَّا أن يكون البئر مهواً لا تدرك ولا تُنزَلُ وإن كانت يابسة فاري أن تُقتل .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين مثل ما في المدونة وغيرها من الأib يُقتل بابنيه إذا عمِد لقتله ، وإنما لا يقتل به وتعلظ عليه الديمة إذا فعل به مثل ما فعل المدلجي بابنيه من حذفه إياه بالسيف إذ قد يذهب الرجل على ابنه بالسيف ولا يريده قتله وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن النصراني يُقتل المسلم خطأً على مَنْ دِيْتَه ؟

فقال : على أهل دينه من أهل كورته الذين إذا جرحا نصرانياً أدوا عنه فكذلك يؤدون عنه إذا جرح المسلم .

قال أما إذا لم يحمل أهل هذه المعاقل الدية لم يقو عليها رجل واحد قيل له : ربما كانت القرية ليس فيها إلا الذي جرّح وحده أو قلة ؟ قال : يضم بعض ذلك إلى بعض يتحمل ذلك عنه الذين إذا جرح نصرانياً عقلوا عنه .

قال محمد بن رشد : هذا بين مثل ما في المدونة وغيرها فلا وجه للقول فيه .

مسألة

وسئل عن امرأة نامت مع ولد لها من الليل فتمرغت فأصبح ميتاً ولم تر به أثراً فخافت أن تكون هي قتلتة؟ فقال : تکفر بعنق رقبة ، قلت له : فما ترى على عاقلتها الدية ؟ قال : ومن يطلب ذلك ؟ ومن أين يعلم أنها هي قتلها قيل له : أفرأيت إن تبين به خضراء من غمها إليها ؟ فقال : إن تبين ذلك فعلم أنها قتلته فديته على عاقلتها .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين لا إشكال فيه إن علمت أنها هي قتلته كانت عليها الكفاره واجبه وإن شئت أن تكون قتلته فالكافاره عليها مُستحبّة لها ، وإن صَحَّ أنها قتلته بوجه لا يشك فيه كانت الديه على عاقلتها .

مسألة

قلت أفرأيت المرأة تُحرِّر ولدها أو تسقطه فيموت في يدها أترى له عقلأ ؟ فقال : لا أرى في هذا عقلأ لا على العاقلة ولا على عليها ولا أرى عليها كفاره والطبيب يُداوي الرجل فيموت فلا أرى

على عاقلته دية ولا عليه كفاره وما ذلك بالبين وإن الطبيب ليداوي فيمات من دوائه .

قال محمد بن رشد : قد تقدم مثل هذا والقول فيه في رسم البز من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن العبد يكون أكثره حرراً يُصاب كم يغرم قاتله؟ قال : قيمة رقيق كله .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن الحرية في العبد تبع لما فيه من الرق في جميع الأحكام من الميراث والشهادة والحدود فكذلك إذا قُتل يكون على عاقلة قيمته ريقاً كله وانختلف قول مالك إذا جنِيَت عليه جنائية فمرة قال جنائيته لسيده، ومرة قال تكون لسيده منها بقدر ماله فيه من الرق ويوقف بيده منها قدر ما فيه من الحرية يكون مالاً له إن أعْتَق باقيه كان له ، وإن مات قبل أن يُعْتَق باقيه ورث ذلك سيدُه ، والقولان لمالك في المدونة .

وأما إذا جنى هو ففي ماله من الجنائية قدر ما فيه من الحرية وفي رقبته من ذلك قدر ما فيه من الرق يدفعه سيدُه بذلك أو يقتُكه به وبالله التوفيق .

مسألة

قيل له : أرأيت المكاتب يُصاب كم يغرم قاتله ؟ قال : قيمته بما عليه من الكتابة مكاتب بالف دينار أو مائة درهم ، وليس قيمته عبداً لورب يوم أُصيب على هيئته وعليه ألف درهم أو مائة درهم .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذا أن يُقوم على أنه مكاتب عليه من كتابته بقيمة كذا وكذا على ما يُعرف من قدرته على اكتساب المال وبصره

بذلك دون ما عليه له ، لأن ماله يبقى لسيده وهذا معنى قوله في المدونة : إن المكاتب إذا قُتِلَ يُقْوَمُ على هيئة في الحال التي كان عليها، يريد من قدرته على الإكتساب وبصره بجمع المال ، لا من كثرة ماله قوله ، إذ لا يقْوَم بماليه ، ولا احتمال الحال المال طرَحَ سخنون في المدونة قوله على الحال التي كان عليها فاللفظة صحيحة وتأويلها ما ذكرناه إلا أن في هذه الرواية أنه يغrom قيمة مما عليه من الكتابة خلاف ما في المدونة من قوله إنه لا ينظر إلى ما أدى من كتابته ولا إلى ما يبقى منها ، فيقال على هذه الرواية كم قيمة هذا على أنه مكاتب وقوته على أداء كتابته كذا وكذا عليه من كتابته كذا وكذا ، ولا مال له ، ويقال على ما في المدونة كم قيمة هذا على أنه مكاتب وقوته على أداء كتابته كذا وكذا ويسْكُنُ عن ما عليه من الكتابة ولا مال له أيضاً ، إنما يقْوَم المكاتب بماليه في العتق إذا أوصى سيده بعتقه فيجعل في الثالث الأقل من قيمة بماله مكاتب أو الأقل مما عليه من عدد الكتابة أو من قيمتها على الاختلاف الواقع في ذلك في الجنایات من المدونة ، وقد مضى هذا المعنى في رسم حلف من سماع ابن القاسم من المكاتب .

مسألة

وسأله عن الرجل يكون مع غير قومه في الديوان أَيْعُقْلُ معهم ولا يعقل مع قومه ؟ فقال : نعم أرى إذا كان الرجل في الديوان مع غير قومه أن يعقل عنهم ويعقلوا عنه إن كان رجل من الأنصار في قريش عَقَلَ عنهم وعقلوا عنه ، قلت أفترى أن يعنهم قومهم مِنْ ليس معهم في الديوان ؟ فقال : ما يفعلون ذلك ، قلت له : أفتراه ؟ قال : نعم ولقد انقطع الديوان وَقَلَ .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف ظاهر ما في المدونة من قول مالك : إنما العقل على القبائل كانوا أهل ديوان أو غير أهل ديوان فجعل على هذه الرواية أهل الديوان الواحد كالقبيلة من القبائل وإن كانوا من قبائل شَتَّى

يعقل بعضهم ما جئَ بعْضٌ فإنْ لم يكن فيهم من يحمل العقل ضم اليهم قومُهم من أهل الديوان الأقرب حتى يجتمع منهم من العدد ما يحمل العقل دون مشقة ولا كبر مؤنة لأن طريقها المواساة لحياة الدماء فهي على ما لا يضر بالمواسي ولا يقع فيه المشاحة في الغالب ، وقد روى عن سحنون أنه إذا كانت العاقلة خمسينية أو ألفاً فهم قليلٌ ويتضمن إليهم أقرب القبائل إليهم ، وقال بعض الشافعيين إن الحد في ذلك على وجه النظر باعتبار الحد فيما سواه بما قررَه الشرع ربِّ دينار على المُعسِر لأنَّه أول حدود الشيء الخطير لأن اليد لا يقطع فيها ، دونه ونصف دينار على الموسر لأنَّا وجدها يجب في النصاب من الذهب زكاة ، ولا يرى مالك هذا الحد في الديمة ، وإنما يرى أن يفرض بالإجتهاد على العاقلة على الموسر بقدرها وعلى المعاشر بقدرها في ثلاثة سنين ، قال في كتاب ابن سحنون : وإذا وقعت الديمة على أهل إبلٍ فرضت على جميعهم ولا يقدحون حتى يشترك النفر في التَّفَرْ ، وأنكر قول الشافعي لا يزيد فيها على نصف دينار ولا ينقصُ من ربِّ دينار ، وبالله التوفيق .

مسألة

وَسَأَلَهُ أَتَقَامُ الْحَدُودُ فِي الْحَرَمِ؟ قال : نعم^(١٦) ويقتل بقتل النفس في الحرم ؟

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه بين فقهاء الأمصار ، لأنَّ حرم الله أحقُّ ما أقيمت فيه حدود الله ، وكذلك قال في سمع أبي زيد ، وسنذكر هناك ما يؤثر فيه من الخلاف عن السلف وبالله التوفيق .

. (١٦) ما كتب بين معقوفين ساقط من الأصل ثابت في نسخة ق ٣.

وَمِنْ سَمَاعِ عِيسَىٰ بْنِ دِينَارٍ مِّنْ أَبْنَى القَاسِمِ

قال عيسى وسُئلَ أَبْنَى القَاسِمِ عن رجل اسْتُحْقِقَ دُمُه بِقَسَامَةٍ فَقُدِّمَ لِيُقْتَلُ ، فَقَالَ رَجُلٌ : أَنَا قُتْلَتُه ، قَالَ : بِلْغَنِي عَنْ رِبِيعَةٍ أَنَّهُ قَالَ : يُقْتَلُ هَذَا بِالْقَسَامَةِ وَهَذَا بِالْإِقْرَارِ ، وَلَسْتُ أَخْذُ بِهِ ، قَالَ أَبْنَى القَاسِمِ لَمْ يُقْتَلْهُ إِثْنَانٌ وَإِنَّمَا قُتْلَهُ وَاحِدٌ فَيُقَالُ لَهُمْ أَقْتَلُوكُمْ أَيْهُمَا وَخَلُوْا سَبِيلَ الْأَخْرَ .

قال محمد بن رشد : قد روی عن مالك وابن عبد الحكم وأصبح مثل قول ربيعة ، حکى ابن المواز عنهم في كتابه أن القسامه إذا وجبت في نفر فأقر غيرهم بالقتل أن المقر يقتل بإقراره ، ويقسمون على واحد من هؤلاء ويقتل ، وحکي عن ابن القاسم مثل قوله ها هنا أنه لا يقتل إلا واحد إما المقر وإما أحد هؤلاء بقسامة قال ابن المواز : وإذا قُتل المقر فقال ابن القاسم مرأة بقسامة ومره بغير قسامه ، وأنكر ابن المواز وأصبح قوله بقسامة ، وقد قيل إن ذلك ليس باختلاف من قوله وإنما معناه أنه يقتل بغير قسامه إن لم يكن للمقتول حياة ، وإنما وجبت القسامه على غير المقر بشاهدين على القتل وبقسامة إن كانت له حياة وإنما وجبت القسامه على غير المقر بشاهدين على الجرح أو بقول المقتول دمي عند فلان بدليل ما وقع من قوله في رسم العتق بعد هذا من هذا السمع أنهم يقسمون على ذلك إن كانت حياة ، وفي رسم الصبرة من سمع يحيى بعد هذا في النفر يجرحون الرجل فيحمل مجرحاً فيموت فتجب القسامه عليهم إنهم لو أقرروا بقتله أجمعون لم يكن لهم أن يقتلوا منهم أحداً حتى يقسموا على أيهم أحبوا فقط فيقتلونه ، ولا يكون لهم أن يقتلوا واحداً بالقسامة وسائرهم بالإقرار ، قال وكذلك إذا لم يقر إلا واحد قال أنا قتلتة لم يكن لهم أن يقتلوه حتى يقسموا عليه ، ولا أن يقسموا على غيره ويقتلوا المقر بإقراره ، ليس لهم أن يقسموا إلا على واحد منهم فيقتلونه كما لو لم يقرروا ولم

يقرَّ واحدٌ منهم فسواء على مذهب ابن القاسم كان المقرُ بالقتل من الذين وجبت عليهم القسامَةُ أو من غيرهم ليس للأولىء أنْ يقتلو المقرِ بإقراره ويقسموا على أحدٍ من بقِيَ ، وسواء أيضًا على مذهب ربيعة وما حكى ابن المواز عن مالك وابن عبد الحكم وأصبحَ كان المقر بالقتل ، مِمَن وجبت عليهم القسامَةُ أو من غيرهم لهم أنْ يقتلو المقرِ بإقراره ويقسموا على واحدٍ مِمَن بقي فيقتلوه ، وهو قولُ المُغيرة في المجموعة ، وفرقَ سحنون بين أن يكون المقر بالقتل من الذين وجبت عليهم القسامَةُ أو من غيرهم فاختار قول ابن القاسم إذا كان المقر بالقتل من غير الذين وجبت عليهم القسامَةُ واختار قول المغيرة ومن قال بقوله إذا كان المقر بالقتل مِمَن وجبت عليه القسامَةُ وقال: ليس قولُ ابن القاسم ها هنا شيئاً وقد كان من مضى يقتلون بالقسامة التَّئَرَ جمِيعاً حتى كان معاوية ابن أبي سفيان أو عبد الملك فحكم أنْ لا يقتل بالقسامة إلَّا واحداً فرأى مالك وأصحابه ذلك واستحسنوه.

فإذا أقرُوا بالقتل جمِيعاً قتلوا جمِيعاً كما قال المغيرة وإنْ أَفَرَّ وَاحِدٌ منهم قتل المقرِ وأقسموا على وَاحِدٍ من الباقيين وَقتَلُوه ، وكذلك إنْ أقرُوا جمِيعاً إلَّا واحدٌ منهم قتلوا جمِيعاً بِالإقرار وأقسموا على المنكر وقتلوا إنْ شاءُوا والذي قال مالكُ في موظنه : إنه لم يعلم قسامةً كانت قط إلَّا على رجلٍ واحد ، وإذا حملنا ما حكى ابن المواز عن ابن القاسم في المقر على نفسه بالقتل إنه يُقتل قال مرة بقسامة ومرة بغير قسامَة على ظاهِرِه من أنه اختلف مِنْ قوله فالاختلاف من قوله إنما يصح ويشبه إذا كانت للمقتول حيَا فأقر القاتل أنه قتله ومن جرْحِه ماتَ كان المقر بالقتل مِنْ وجبت عليه القسامَة بقول المقتول أو بشاهدين على الجرح أو لم يكن منهم وكان من غيرهم ، وأما إذا لم يكن للمقتول حيَا ، فأقر القاتل أنه قتله قتلاً مجهزاً فإنه يُقتل بغير قسامَة قولًا واحدًا لا يصح في ذلك اختلاف ، كان المقر بالقتل مِمَن وجبت عليه القسامَة بشاهد على القتل أو مِنْ غيرهم والفرق بين الموضعين بين ، ألا ترى أنه من أَفَرَّ أنه قتل رجلاً قتلاً مجهزاً لا يُقبل رجُوعه ومن أَفَرَّ أنه جرح فلاناً ومات من جرحه ثم رجع عن

إقراره يُقبل رجوعه لأنّه يقول كنّت ظنّتُ أنه مات من جرحي ثم تحقّقت أنّه لم يمت منه ، وهذا الذي ذكرناه من أنّه يُقبل رجوع المقر بالقتل في هذا الموضع منصوص عليه لمالك في كتاب ابن المواز ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في النّصاراني يقتل النّصاراني ثم يُسلم : إنّه يُقتل وأخبرنا يحيى بن يحيى قال : سأّلَ ابن القاسم عن النّصاراني يقتل النّصاراني ولَا وَلِيَ لَه إِلَّا الْمُسْلِمُونَ ثُمَّ يُسْلِمُ الْقَاتِلُ أَتَرَى أَنْ يُقتل بِهِ؟ فَقَالَ : الْعَفْوُ عَنْ قَتْلِ هَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ قَتْلِهِ ، وَذَلِكَ أَنْ حُرْمَتْهُ إِذَا أَسْلَمَ أَعْظَمُ مِنْ حِرْمَةِ الْكَافِرِ الَّذِي قُتِلَ فَلَوْ كَانَ لِلْمَقْتُولِ أُولَئِكَ الَّذِينَ لَهُمُ الْقَوْدُ لِأَنَّهُمَا كَانَا عَلَى دِينٍ وَاحِدٍ يَوْمَ قُتْلِهِ . فَإِذَا كَانَ أَمْرُهُ إِلَى إِلَامِ الْمُؤْمِنِ فَالْعَفْوُ عَنْهُ أَعْجَبُ إِلَيَّ وَإِنْ كَانَ الْقَوْدُ قَدْ لَزِمَهُ .

قال محمد بن رشد : ظاهراً قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه في النّصاراني يقتل النّصاراني ثم يُسلم إنّه يقتل وإن لم يكن للنّصاراني المقتول أُولاءِ إِلَّا الْمُسْلِمُونَ ، وهو قول مالك في رواية ابن نافع عنه إن إسلامه لا يمنعه من القتل ولا يُبرّيه منه ويقتل مكانه ، فعلى هذا لا يجوز للإمام إذا لم يكن له أُولاءِ إِلَّا الْمُسْلِمُونَ أَنْ يعفو عنه إذا كان له مالٌ على غير شيء ، وهو القياس لوجوب القوْد ويجوز له أَنْ يصالحه على مالٍ يأخذنه منه لِلْمُسْلِمِينَ وإن كان أقل من الديمة على القول بأن القاتل لا يجرّ على غرم الديمة ، وأما على القول بأنه يُجْبَرُ على غرم الديمة فليس له أن يعفو عنه على أقل من الديمة إذا كان بها ملياً وأما على قوله في رواية يحيى عنه فيجوز له أن يعفو عنه على غير شيء يأخذنه منه وإن كان له مالٌ ، لأنّه استحب العفو عنه لِحُرْمَةِ إِسْلَامِه بخلاف المسلم يُقتل المسلم الذي لا وَلِيَ لَه إِلَّا الْمُسْلِمُونَ ، هذا لا يجوز للإمام أن يعفو عنه إِلَّا على شيء يأخذنه منه نظراً للمسلمين كالوصي على الصغير لا يجوز له أن يعفو عن دم أبيه ويجوز أن يعفو عنه نظراً ليتيمه على

الدية أو على أقل منها على الاختلاف الذي ذكرناه في القاتل هل يجبر على غرم الدية أم ولا؟ وسيأتي هذا في رسم أبي زيد وبالله التوفيق.

مسألة

قال : وسئل عن رجل قال عند موته فلان قتلني وناس معه ،
قال : يُقسِّمُون على الذي سَمِّيَ ويقتلونه إن شاءُوا .

وأما قوله وناس معه فإن عُرِفُوا وأثبّتهم البينة أنهم ضربُوه معه
أقساموا على أيهم شاءوا منهم .

قال محمد بن رشد : القسامَةُ في العمد تجُبُ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أشياءٍ على
اتفاقٍ ، وبأحد وجهين على اختلاف .

فاما الثلاثة الأشياء التي تجب القسامَةُ بِكُلِّ واحدٍ منها باتفاق فهي أَنْ
يقولَ الميَّتُ دمي عند فلانٍ أو يشهدَ على قتلهِ رجلٌ واحِدٌ أو على جُرْحِه
رجلان .

واما الشيئان المختلف في وجوب القسامَة بكل واحدٍ مِنْهُما أن يشهدَ
رجلٌ واحدٌ على الجرح أو شاهد واحدٌ على إقرار القاتل بالقتل فإذا وجبت
القسامَةُ على الجماعةِ بِأَحَدِ هذه الأشياء التي تجب القسامَةُ بها أو باختلاف
على القول بِوجوب القسامَة به فلا اختلاف في المذهب في أنه لا يقتل بها إلَّا
واحدٌ منهم ، واختلف هل لأولياء المقتول أن يقسموا على جميعهم أو على مَنْ
شاءوا منهم ، ثم يقتلون واحداً من أقساموا عليه أو ليس لهم أن يقسموا إلَّا
على الذي يقتلونه وهو مذهب ابن القاسم ونص قوله في هذه الرواية وغيرها ،
وقول مالك في موطنه : ولم نعلم قسامَةَ قطْ كانت إلَّا على رَجُلٍ واحدٍ .

إذا أقساموا عليه قالوا في قسامِهِمْ عليه لَمَاتَ من ضربه ولا يقولوا من
ضربهم ، وروى ذلك ابن القاسم عن مالك في المجموعة الواضحة ، قال

عبد الملك إذ لا يدرى هل مات من فعلهم كلهم أو من فعل واحدٍ منهم فلا بدّ لهم لأنّ يقسموا على الذي يريدون أن يقتلوه لأنّه مات من فعله ، هذا معنى قوله : وقيل : لهم أن يقسموا عليهم كلهم أنه مات من فعله ثم يقتلون ما شاءوا منهم وهذا الاختلاف إنما هو إذا احتمل أن يكون مات من فعل بعضهم دون بعض ، فإذا لم يحتمل ذلك مثل أن يصبووا عليه صخرةً وهم جماعةٌ تعاونوا على رفعها إذ لا يقدر بعضهم على ذلك فلا اختلاف عندي في أنهم يُقسِّموا عليهم كلهم ثم يقتلون ما شاءوا ، وإن كان ظاهرًا ما في المدونة أنّهم لا يقسمون إلا على واحدٍ منهم ، فلا ينبغي أن يُحمل على ظاهره لأنّه بعيد .

وقد قيل إنّهم يقتلون كلهم بالقسوة إذا كان القتل على هذا الوجه ، وهو قول سحنون ، وقد كان من ماضي يقتلون بالقسوة التَّفَرْ جميًعاً حتى كان معاوية بن أبي سفيان أو عبد الملك ، فحكم أن لا يُقتل بالقسوة إلا واحدٌ فرأى ذلك مالك وأصحابه ، وقع ذلك في كتاب سحنون وفي الموطأ ما يُرد ذلك ، وهو قول مالك : ولم يعلم قسامةً كانت قطًّا إلا على رجلٍ واحدٍ وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عمن كتب إليه وآلٍ في قتلِ رجلٍ فقتله ثم أراد التنصُّل والتجويه فعرض نفسه على أولياء المقتول وأخبرهم ، فقالوا له لسنا بِقاتيليك ، إننا نخاف إن قتلتَناك عاقبة ذلك ممن ورآءَك يعنون المَوَالِي فعرض عليهم الديَّة فأبوا أن يقبلوها .

قال : أحب إلى أن يؤدي ديته إليهم وأن يُعتق الرقاب وأن يبكي وأن يتقرب إلى الله بالدعاء والرَّغبة إليه ويتحقق بهذه الثغور ، ويحج ويكثر من العمل الصالح ما استطاع فإن لم يقبل الديَّة فليعتق وليصنع هذا ويمكن من نفسه ويتصدق بما استطاع ويكثر الحج والعزو وإن استطاع أن يلحق بهذه الثغور ويكون فيها أبداً حتى يموت

بها فهو أَحَبُّ إلى وما الدية عندي بالقوى .

قال محمد بن رشد : اختلف السلف ومن بعدهم من الخلف في قبول توبية القاتل وانفاذ الوعيد عليه على قولين ، فمنهم من ذهب إلى أنه لا توبية له وأن الوعيد لآحق به فممن روى ذلك عنه ابن عمر وابن عباس وأبو هريرة وأئمهم قالوا لِمَن سَأَلَهُم عن ذلك هل يستطيع أن يُحْيِيه هل يستطيع أن يَسْتَغْنِي نفقاً في الأرض أو سُلْمًا في السماء وإن ابن عمر سُئلَ عن ذلك فقال ليَسْتَكْثِرُ من شرب الماء البارد ، وإن ابن عباس سُئلَ عن ذلك فقال للسائل كالمتعجب من ذلك : ماذا تقول ؟ فأعاد عليه قوله ، فقال ماذا تقول مرةً أو ثلاثةً ثم قال ويَحْكَ وَأَنَّى له بالتوبية ، وإلى هذا ذهب مالك فيما روى عنه من أن إمامَة القاتل لا تجوز وإن تاب ، ويؤيدُ هذا المذهب ما روى من أنَّ رسول الله صلى الله عليه قال : كُلَّ ذَنْبٍ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَغْفُو عَنْهُ إِلَّا مَنْ مَاتَ كَافِرًا أو قتل مؤمناً مُتَعَمِّداً^(١٧) ، وذلك والله أعلم لأن القتل يجتمع فيه حق الله تعالى وحق للمقتول المظلوم ، ومن شرط صحة التوبية من مظالم العباد تَحَلُّهم وردة التبعات إليهم ، وهذا ما لا سبيل للقاتل إليه إلا بأن يدرك المقتول قبل موته فيغفو عنه ويحلله من قتله إياه طيب بذلك نفسه ، ومنهم من ذهب إلى أن القاتل في المشيئة وأن توبته مقبولة ومن روى ذلك عنه ابن عباس وأبو هريرة وعلى ابن أبي طالب ومجاهد وغيرهم من السلف وشخص مالك في هذه الرواية للقاتل أن يعتق الرقاب ويكي ويقرب إلى الله تعالى بالأعمال الصالحة ويلزم الثغور والجهاد دليلاً على الرجاء عنده في قبول توبية القاتل خلاف ما روی عنه من أن إمامته لا تجوز وإن تاب ولكل المذهبين وجه من النظر وكفى باختلاف الصحابة في ذلك ، فَقَلَّ ما تجدهم يختلفون الا فيما يتعارض فيه

(١٧) رواه أبو داود عن أبي الدرداء والإمام أحمد والنسائي والحاكم عن معاوية قال الحاكم : صحيح وأقره الذهبي وقال المناوي وغيره : رجاله ليس فيهم إلا من روى له الشیخان .

الحج وتكافأ فيه الأدلة ، فينبغي لمن لم يُ الواقع هذا الذنب العظيم أن يَتَّهِيَ عنه ويستعيد بالله منه مخافة أن لا يصح له متاب إن واقعه فيحق عليه سوء العذاب وَيَتَّهِيَ شديد العقاب ، ولمن واقعة أن يتوب إلى الله ويستغفره ولا يَأْسَ من رحمته فإنه لا يَأْسَ من رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ ، وقد كان ابن شهاب إذا سُئِلَ هل للقاتل توبَةٌ يَتَّهِيَ يعرف من السائل هل قتل أم لا ويطاوله في ذلك ، فإنَّ تبيين له منه أنه لم يقتل قال له لا توبَةٌ له وإنَّ تبيين له من أنه قد قتل قال له توبَةٌ وإنَّ هذا لَحَسَنٌ من الفتنى ، وأما من قال إنَّ القاتل مخلَّدٌ في النار أبداً فقد أخطأ وخالفَ السنة لأنَّ القتل لا يُحْبِطُ ما تقدم من إيمانه ولا ما اكتسب من صالح أعماله لأنَّ السَّيَّئَاتِ لَا تُبْطِلُ الْحَسَنَاتِ ، ومن مات على الإسلام فلا بد أنْ يُجَازِيَه الله على حسناته ، فإنه يقولُ قوله الحق ﴿ وَلَنْ يَتَرَكُمْ أَعْمَالُكُمْ ﴾^(١٨) وقال تعالى : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَاهُ ﴾^(١٩) وقال : ﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَا كُفَّارَانَ لِسَعْيِهِ ﴾^(٢٠) وقال : ﴿ فَلَا تُظْلِمُ نَفْسَ شَيْئًا ﴾^(٢١) ومن مِثلُ هذا في القرآن كثيرٌ .

واختلف أهل العلم أيضاً في القصاص من القاتل هل يُكفر عنه إثم القتل أم لا على قولين ، فمنهم من ذهب إلى أنه يكفر عنه بدليل قول النبي عليه السلام الحدود كَفَارات لأهلها ، فَعَمَّ ولم يَخُصَّ قتلاً من غيره ، ومنهم من ذهب إلى أنه لا يكفره عنه لأنَّ المقتول مظلوم لا منفعة له في القصاص ، وإنما هو منفعة للاحيا عن القتل ، وهو معنى قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾^(٢٢) فيكون القصاص في القتل على هذا القول مُخَصَّصاً من

(١٨) الآية ٣٥ من سورة محمد .

(١٩) الآية ٧ من سورة الزمر .

(٢٠) الآية ١٢٣ من سورة النساء .

(٢١) الآية ٤٧ من سورة الأنبياء .

(٢٢) الآية ١٧٩ من سورة البقرة .

حديث عبادة : الحدود كفارات لأهلها ويبقى الحديث مخصوصاً فيما هو حق الله تعالى لا يتعلّق فيه حق المخلوق وفي قول مالك في هذه الرواية دليل على القولين جميعاً قوله في أولها أحب إلى أن يؤدي ديته اليهم يدل على أن القتل يكون كفارة له لأن رأه حقاً لأولياء المقتول تثوب عنه الديمة إذا رضوا بها ، وقوله في آخر المسألة وما الديمة عندي بالقوى يدل على أنها لا تنوب مناب القصاص منه في الانتفاع به في الآخرة وبالله التوفيق .

مسألة

قال سحنون وعيسى : قال ابن القاسم : إذا نكل المدعى عليهم في الخطأ غرموا الديمة والقاتل كرجل منهم ، ولا يستحلف هو ، وفي سماع عيسى فإن نكل أحد من أولياء الدم عن القساممة في دم الخطأ فهو حق قد وجب على عاقلة المدعى عليهم فليس يُبرِّيهم إلا اليدين لو كانوا عشرة آلاف ، فمن حلف منهم سقط عنه بقدر ما يصيبه ، ومن نكل غرم ما يقع عليه .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في رواية سحنون وعيسى عنه إذا نكل المدعى عليهم في الخطأ غرموا الديمة والقاتل كرجل منهم يريد بالمدعى عليهم العاقلة كلها .

وقوله ولا يستحلف هو معناه ولا يستحلف هو وحده بل يحلف مع جميع العاقلة فيما يجب عليه من الديمة ، كما يحلف كل واحد منهم فيما يجب عليه منها .

وقوله في رواية عيسى عنه وحده فإن نكل أحد من أولياء الدم عن القساممة في دم الخطأ فهو حق قد وجب على عاقلة المدعى عليهم يريد أن حظ من نكل عن اليدين من الورثة قد وجب على جميع العاقلة ولو كانوا عشرة آلاف والقاتل كرجل منهم ، فمن حلف منهم سقط عنه ما يصيبه من ذلك ،

ومن نكل غرم ما يصيبه منه ، ومن حلف من أولياء الدم وهم الورثة فقد استحق ما يجب له من الديمة على جميع العاقلة والمدعى عليه كرجل منهم ، وإنما يستحق منهم ما يجب له من الديمة بعد أن يَسْتَكْمِلُوا جميع الأيمان ، لأن من نكل من الورثة عن اليمين فهو بمترلة من غاب لا يستحق من حضر حظه من الديمة حتى يحلف جميع الأيمان فإذا جاء من غاب حلف ما يجب عليه من الأيمان واستحق حظه من الديمة ، وإن نكل عن اليمين فكما قال في الرواية يكون حظه من الديمة على جميع العاقلة ولو كانوا عشرة آلاف والمدعى عليهم كرجلٍ منهم فمن حلف منهم سقط عنه ما يجب عليه من ذلك ، ومن نكل غرم ما يجب عليه منه ، فليس قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه بخلاف لما قبله من رواية سحنون وعيسي عنده ، وإنما تكلم أولاً على نكول الورثة ، وتكلم آخرًا على نكول العاقلة أيضاً بعد نُكُول الورثة فقال إن جميع العاقلة والمدعى عليه الدم يحلفون في جميع الديمة ولو كانوا عشرة آلاف إذا نكل جميع الورثة وفيما بقي من الديمة ولو كانوا عشرة آلاف أيضاً إذا نكل بعض الورثة وحلف بعضهم .

وفي سماع سحنون خلاف هذا القول أنه لا يحلف من العاقلة في الوجهين جميعاً إلا خمسون رجلاً يميناً لأنها جميع أيمان القسامه ، فإن حلف منهم خمسون رجلاً برأثوا وسقطت الديمة ، وإن حلف بعضهم بريء من حلف معهم من الديمة ووجب الدية كلها على من بقي منهم إلا أن يأتوا بمن يحلف ما بقي من الخمسين يميناً ولو حلف منهم تسعة وأربعون رجلاً يميناً وبقيت يميناً واحدة من الخمسين يميناً كانت الدية كلها على من لم يحلف حتى يأتوا منهم بمن يحلف اليمين الباقية من الخمسين ، هذا يعني قوله في سماع سحنون مفسراً ، قوله فيه قَوْلٌ آخَرُ مِثْلُ مَا فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ جميع العاقلة والمدعى عليه الدم يحلفون كلهم إذا نكل الورثة عن اليمين ، وفي المسألة قول ثالث أنهم إن نكلوا لم يكن لهم شيء ، وإن نكل بعضهم وحلف بعض لم يكن لمن نكل منهم شيء ، ولأنه ترجع الأيمان على العاقلة

لأن الدية لم تجب عليهم بعد ، وإنما تجب بالفرض وهو قول ابن الماجشون ، وفي المسألة قول رابع أنهم إن نكلوا حلف المُدعى عليه الدم وحده ، فإن حلف سقطت الدية عنه وعن جميع العاقلة ، وإن نكل لزمه ما يلزم واحداً من العاقلة ولم يلزم العاقلة بنكوله شيء لأن نكوله كالإقرار والعاقلة لا تحمل الإقرار ، لأنه بنكوله شاهد على العاقلة ، وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه ، وفي المسألة قول خامس أن الأيمان ترد على العاقلة فإن حلفت بريئه وإن نكلت عن اليدين غرمت نصف الديمة قاله ربى عليه ، وهو قول على ما روى عن عمر بن الخطاب في قضائه على السعديين وبالله التوفيق .

مسألة

وفي سماع سحنون قال ابن القاسم : إذا نكل ولاء الدم في العدم ردت الأيمان على أولياء القاتل ، فإن حلف منهم خمسون رجلاً خمسين يميناً بريء ولم يكن على المدعى عليه أن يحلف معهم ، ولا يجبر هؤلاء على الأيمان إلا أن يتطوعوا ، فإن لم يجدوا خمسين رجلاً ووجدوا أقل من ذلك العدد حلفوا خمسين يميناً إذا طاعوا بحملها كلها وردت عليهم حتى يستتموا ، فإن أبوا أن يحملوها كلها وقالوا نحن نحمل بعضها وأحمل أنت بقيتها فليس ذلك لهم إما حملوها كلها ولا يكون على المدعى عليه منها شيء ، وإنما أن تسقط عنهم ويحملها المُدعى عليه كلها وحده وبيراً فإن أبي سجن حتى يحلف ، قال ابن القاسم ولا يحلف عنه أقل من رجلين .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال أحدها هذا وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن الموز والثاني أن الأيمان ترد على المدعى عليهم فيحلف منهم رجالان أو أكثر خمسين يميناً تردد الأيمان عليهم ويحلف

فيهم المتهم ، فإن نَكَلُوا أو لم يوجد غير المتهم لم يَبِرَا حتى يحلف خمسين يميناً وحده ، وهو قول ابن القاسم في المجموعة ، والثالث أن المدعى عليه يحلف وحده ولا يكون له أن يستعين بأحدٍ من ولاته في الأيمان كما يكون ذلك لولاة المقتول ، وهذا قول مطرف في الواضحة وظاهر ما في رسم أول عبد من سماع يحيى وما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، وهذا القول أظهر الأقوال من جهة القياس ، لأن المدعى عليه حقيقة هو الذي يُدْعى عليه القتل ويطلب منه القصاص ويتعلق به حكم بالنكول ، فوجب أن يكون هو الذي يحلف وحده لقول النبي عليه السلام : **البينة على من ادعى واليمين على من أنكر .**

وللقولين الآخرين حظ وافر من النظر ، وهو أنه لما كانت الدماء تَقَعُ فيها الحمية والعصبة صار عصبة المقتول هم الطالبون بدم المقتول بحق التعصيب لا بحق الوراثة ، وصار عصبة القاتل هم المطلوبون معه لتعصيهم له ودفعهم عنه ، ووجب أن ترجع الأيمان إذا نَكَلَ عنها عصبة المقتول على عصبة القاتل إذ هم المطلوبون بما فعل ولديهم ، بدليل قول النبي عليه السلام للحارثيين في قتيلهم الذي قُتِلَ بخَيْرٍ أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ فلما قالوا له صلى الله عليه وسلم : كيف نحلف ولم نشهد ولم نحضر ؟ قال فَتَبَرِّيكُمْ يهود بخمسين يميناً فَعَمَّهُمْ صلى الله عليه بالأيمان لَمَّا كانوا هم المدعى عليهم بأن صاحبهم قُتِلَ ، فرأى ابن القاسم في الرواية الواحدة من حق القاتل أن يستعين في الأيمان بعصبة الذائبين عنه المتعصبين له المُناصبين دونه كما كان من حق القريب من عصبة المقتول أن يستعين في الأيمان بالبعيد منهم .

ورأى في الرواية الأخرى من حق عصبة القاتل إذا رُدِتْ عليه الأيمان أن يتحملوها عنه ويحلفوها دونه إِنْ دُعوا إلى ذلك لجدهم في الدفاع عنه لما يزعمون من صحة يعنفهم ببراءته من قتله ، فإن أبوا أن يحملون عنه جمِيعاً وأرادوا أن يُعينوه فيها بأن يحملوا عنه بعضاً لم يمكنهم من ذلك لما تَبَيَّن بمشاحوتهم في ذلك من ضعف يقينهم في أنه بَرِيءٌ مِمَّا ادعى عليه وبالله التوفيق .

مسألة

وعن الذي يقتل خطأً وبعض العاقلة باطربلس وبها قتل وبعضهم بأفريقيه وهم كثير والذين باطربلس نفر يسير فهل يضم الذين باطربلس إلى الذين بأفريقيه أو حتى يستوعب الديه بأفريقيه ، قال : أرى أن يضم بعضهم إلى بعض .

قال محمد بن رشد : هذا صحيح على ما في المدونة لأن أفريقية باطربلس إقليم واحد ، فوجب أن يضم من بأفريقيه من عاقلة القاتل إلى من باطربلس منهم ، ولو كان بعض عاقلة القاتل في غير الإقليم الذي هو به ، مثل أن يكون قتل القاتل في غير الإقليم الذي هو به ، مثل أن يكون قتل بمصر وقومه بالشام أو بالشام وقومه بالعراق فعقل عنه أقرب القبائل إليه من الإقليم الذي هو من أهله ، ولا يضم إليه أحد من عاقلته إذا كانوا في إقليم آخر ، هذا قوله في المدونة وهو معنى قوله في هذه الرواية والله الموفق .

مسألة

قال ابن القاسم في رجل قتل وله ابنان وترك خمسماة دينار ناضة وعليه دين خمسماة دينار وعفا أحد الإناث عن القاتل بلا شيء فقضى على القاتل للذي لم يعف بنصف الديه .

قال ابن القاسم يقسم الخمسماة الدين على الخمسماة الناضة والخمسماة الديه فيكون نصفها في الخمسماة التي أحده ، هذا وهو مائتان وخمسون ويكون بقيتها له خاصة ، فلا يدخل عليه فيها أخوه لأنه عفا ، وتكون المائتان والخمسون الباقية تمام الديه في الخمسماة الناضة ويكون بقية الخمسماة الناضة ميراثاً بين الإناثين ، قال وإن كانت الثالث والثلاثين فعلى هذا الحساب ، قال : وقد بلغني

ما فسرتُ لك في هذه المسألة عن مالك إلَّا في القَوْدِ .

قال محمد بن رشد : قوله فقضى على القاتل للذى لم يعف بنصف الديه صحيح على مذهبه وروايته عن مالك إنه إذا عفا أحد الأولياء عن الدم بعد وُجُوبِه بالبينة أو بالقسمة فلم يعف حظُه من الديه ، وقد مضى تحصيل الاختلاف في ذلك في أول رسم من سماع أشهب قبل هذا .

وقوله إن الخمسمائة الدين تقسم على الخمسمائة الناضة والخمسمائة الديه فيكون نصفها في الخمسمائة الديه ويكون بقيتها له خاصة لا يدخل عليه فيها أخوه الذي عفا ويكون نصفها في الخمسمائة الناضة ويكون الباقي منها ميراثاً بين الإبنيين صحيح على ما قاله ، لأنه يجب على كل واحد منها من الدين بقدر ما صار له من المال ، فالذى عفا لم يصرُ له إلَّا مائتان وخمسون نصف الخمسمائة الناضة والذي لم يعف صار له مائتان وخمسون نصف الخمسمائة الناضة وخمسمائة حظه من الديه ، فذلك سبعمائة وخمسون ثلاثة أمثال ما صار للذى عفا فيجب عليه من الديه ثلاثة أرباعه ثلاثة وخمسة وسبعون فتبقى له ثلاثة وخمسة وسبعون ، ويجب من الدين على الذي عفا ربعه مائة وخمسة وعشرون فيبقى له مائة وخمسة وعشرون ، فهذا بيان ما قاله ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العربية

وسئل عن رجلٍ جرّحه رجلٌ ثم ضربَتْه دابته فلم يدر من أي الأمررين كان حتفه .

قال : أرى نصف الديه على عاقلة الجارح ، قلت بقسامٍ أم بغير قسامٍ ؟ قال أرأيْت قسامَةً في نصف ديه ؟

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أن جُرح الرجل له وضرب الدابة إِيَاه كَان فِي فَوْرٍ وَاحِد وَمَات لِحِينِه ، فَحَمِل أَمْرَه عَلَى أَنَّه مَات مِنَ الْأَمْرَيْنِ جَمِيعاً لِإِحْتِمَالِ مَوْتِه مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا احْتِمَالاً وَاحِدَّاً ، لَا يُمْكِن أَنْ يَغْلِبَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِه ، وَلَا بَنِ القَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنْ فِي ذَلِكَ الْقَسَامَةِ ، قَالَ : وَهُوَ كَمَرْضِ الْمَجْرُوحِ بَعْدِ الْجُرْحِ ، يَرِيدُ أَنْ أُولَيَاءِ الْمَيْتِ يُقْسِمُونَ لَمَاتَ مِنْ جُرْحِ الرَّجُلِ إِيَاه وَيَسْتَوْجِبُونَ جَمِيعَ دِيَتِه عَلَى الْعَاقِلَةِ إِنْ كَانَ الْجُرْحُ خَطَأً أَوْ الْإِسْتِقَادَةَ مِنْهُ إِنْ كَانَ الْجُرْحُ عَمَدًا ، فَإِنْ لَمْ يَقْسِمُوا عَلَى هَذَا الْقُولِ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَيْءٌ .

قال : وَمِنْ شَيْجَ مُوضِحَةٍ فَتَرَاهُ بِرُؤُهُ حَتَّى سَقَطَ عَلَيْهِ جِدَارٌ فَقُتِلَهُ أَوْ قُتِلَ إِنْ لَهُ نَصْفَ عَقْلِ الْمَوْضِحَةِ وَذَلِكَ عِنْدِي مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ لَا يَدْرِي لَعْلَهُ إِنَّمَا مَاتَ مِنَ الْمَوْضِحَةِ وَلَوْ جُرِحَ أَوْلَأَ ثُمَّ ضَرَبَتْهُ ذَلِكُ فَلَمْ يُدْرِي مِنْ أَيِّ الْأَمْرَيْنِ مَاتَ لَكَانَتِ فِي ذَلِكَ الْقَسَامَةِ وَالْدِيَةُ فِي الْخَطَأِ أَوِ الْقَصَاصُ فِي الْعَمَدِ قَوْلًا وَاحِدَّاً لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مَاتَ مِنَ الْأَمْرِ الْآخَرِ بِمُتَزَلْلَةٍ إِذَا جُرِحَ ثُمَّ مَرِضَ فَمَاتَ وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ .

مسألة

قال وفي كتاب الصلح في الرجل يُجْرَحُ ثُمَّ يَمْرُضُ فَيَمُوتُ إِنْ فِيهِ الْقَسَامَةِ .

قال محمد بن رشد : الْدِيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي الْخَطَأِ ، وَالْقَصَاصُ فِي الْعَمَدِ ، وَهَذَا مَا لَا اخْتِلَافٌ فِيهِ ، لِأَنَّهُ لَوْ حَيَّيَ بَعْدَ الْجُرْحِ حَيَا بَيْنَ ثُمَّ مَاتَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَمْرُضَ لَكَانَ هَذَا هُوَ الْحَكْمُ فِيهِ فَكِيفَ إِذَا مَرِضَ ؟ وَهَذَا إِذَا أَثْبَتَ الْجُرْحَ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ ، وَصَفَةِ الْيَمِينِ فِي هَذَا أَنْ يَحْلِفُوا لَمَاتَ مِنَ الْجُرْحِ الَّذِي أَصَابَهُ بِهِ لَا مِنَ الْمَرْضِ الَّذِي دَخَلَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَسِيَّاتِي فِي أَوَّلِ نَوَازِلِ سَحْنَوْنَ إِلْخَتْلَافُ مَا إِذَا لَمْ يَشْهُدْ عَلَى الْجُرْحِ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ وَتَكَلَّمَ عَلَى مَعْنَاهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ .

مسألة

وقال في رجل قُتِلَ عمدًا فأوصى أن تقبل دينه وأوصى يوصايا .

قال : ذلك جائزٌ وتكون وصاية فيمن يؤخذ من ديته وتكون الدية كغيرها من ماله .

قلت أرأيت إن أوصى بالدية كلها لِقُومٍ بعد أن تقبضن وليس له مالٌ غيرُها أتجوز وصيته فيها كلها كما كان يجوز له أنْ يغفو عن القتل والدية؟ فقال لا يجوز له إلا في الثالث .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي أوصى أن تُقبلَ ديته وأوصى
بوصاياته إن وصاياته تكون فيما يُؤخذ من ديته ، وهو مثل ما قاله في أول رسمٍ من
سماع أصيغ من كتاب الوصايا وإنما يصح ذلك على قياس القولِ بأنه إذا عفا
عنه على الديمة أو أوصى أن يعفا عنه على الديمة إن ذلك يلزمـه ، وأما على
القول بأن ذلك لا يلزمـه إلا برضاه وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته
عن مالك فلا يدخل فيها الوصايا وإن أوصى أن تقبل ، إذ ليس على يقين من
أنه يرضى بذلك كما لو قال إن قبلَ ولا تـي دـيـتـي فـوـصـيـتـي فيها ، إذ ليس على
يـقـيـنـ من قـبـولـ ولا تـهـ لـدـيـتـهـ .

وإنما لم تجز وصيته بالدية كلها إذا لم يمكن له مال غيرها وإن كان يجوز له أن يغفو عن القتل والدية من أجل أن الديمة ليس بمال للميت ، غير أن السنة قد أحكمت أن يُحکم لها بحكم مال الميت إذا قبلت ، فلما لم تكن مالاً للميت قبل أن تقبل كان للميت أن يغفو عنها ، ولما صار حكمها إذا قبلت حكم مال الميت وجب أن لا تجوز وصيته إذا أوصى بها لِقُوم إلَّا أن يحملها ثلثه ، فإن لم يحملها ثلثه جاز لهم منها ما حمله الثلث وبالله التوفيق .

مسألة

وعن رجل قتل إنساناً في وسط الناس فأتبّعه الناس وهو هارب فاقتَحَمَ بيته ودخلوا البيت يائِرُه فإذا فيه ثلاثة نَفَرٍ لا يدري أيهم هو.

قال إن حلف كل واحد منهم خمسين يميناً أنه لم يقتله كان العقل عليهم ثلاثة ، وإن نكل أحدهم كان العقل على من نكل .

قلت له : فإن حلفوا ثلاثة أنهم براء من قتله كيف تستحق عليهم الديمة بقسامة أم بغير قسامٍ أو نكل أحدهم عن اليمين أيقسم عليه أم لا ؟ قال بل تكون عليهم الديمة بغير قسامٍ .

قال محمد بن رشد : قوله في آخر المسألة قال بل تكون عليهم الديمة بغير قسامٍ إنما هو جوابٌ قلت له فإن حلفوا ثلاثة أنهم براء من قتله كيف تستحق عليهم الديمة بقسامة أم غير قسامٍ لا جوابٌ لقوله أو نكل أحدهم عن اليمين أيقسم عليه أم لا لأنه لم يقع على ذلك جواب .

والجواب على ذلك إنما هو أنه لا يقسم على من نكل لأن اليمين في هذا لا ترجع في النكول على أولياء المقتول لأن القتل قد ثبت على أحدهم من غير تعين ، فإن حلفوا كلهم أو نكلوا كلهم كانت الديمة عليهم جميعاً ، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم عن اليمين كانت الديمة على من نكل منهم واحداً كان أو اثنين ولا يمين في شيء من ذلك كله على أولياء القتيل ، وإيجاب القسام على كل منهم هو على ما تقدم في تأخير العشاء من سماع ابن القاسم في أن المتهم بالدم يستخلف خمسين يميناً ، لأن كل واحد منهم متهم بالدم إذ لم يعلم من هو القاتل منهم ، هذا مذهب ابن القاسم في هذه المسألة ، وسخنون يقول إنه لا شيء عليهم ، وشهادـةـ البينةـ أنـهـ رأـوـهـ دـخـلـ فـيهـ وـلاـ يـعـرـفـونـهـ بـعـيـنهـ باـطـلـ .

مسألة

وسألته عن رجل قال أحد عبدي حُرّ وهو صحيح مسلم فقتل أحدهما أو قتلا جمِيعاً أو مات أحدهما وبقي الآخر وكان الذي قتلهما رجل واحد أو رجلان قتل كل واحد منها رجل قبل أن يعلم بعثة واحدٍ منها فقال السيد حين قتل الواحد وبقي الآخر إن المقتول هو الذي كنت أعتقته ، وقال القاتل : إنت كاذب ومدعى الدية ومُدرِّئ عن نفسك عتق هذا الباقى فلا يقبل قولك .

قال ابن القاسم القول قول السيد ويكون على القاتل قيمته عبداً ويصدق فيما زعم أنه كان أعتقه ولا يصدق في الدية ، ويسترق الباقى منها إذا ادعى السيد أن المقتول هو الذي أراد بالعثة ، قال سخنون في العثة مثله إن القول قوله بعد أن يحلف بالله ما أردت إلا الميت ثم لا يكون للأخر من العثة شيء ، وإن قال أردت الباقى حلف وعثق أيضاً من جميع المال ، وقال سخنون : ولو كان هذا القول منه في الصحة مثبتاً بالبينة ثم قال في مرضه لم أكن أردت واحداً منها بعينه عتق هذا الباقى من رأس المال وفيه تنازع ، وهذا أصلح ما نعلمه وبالله التوفيق .

قال عيسى : وقال لي : فَقِسْ ذلِك بالرجل يقول إحدى إمرأتي طالق فتموت إحداهما فيدعى الزوج أن الميضة هي التي أراد بالطلاق إن القول قوله ويُمسِكُ الباقية .

قال : ولو قال أيضاً في العبدَيْن لم أكن أعتقت بعد واحداً منها حتى قتل إن الباقى من العبدَيْن يُعثَق عليه ، وتكون دية المقتول قيمة عبد .

قلت فلو قتلهم جميعاً رجلاً واحداً؟ فقال إن السيد قد كنت أعتقد أحدهما كان على القاتل قيمةهما أيضاً عبدين ولو قال السيد لم أكن أعتقد واحداً حتى قتلا لم يكن على قاتلها إلا قيمةهما عبيداً أيضاً لأنهما عبيد حتى يعتق أحدهما بعد قوله أحدكم حرّ، قال: وسواء قتلهم واحد أو قتل كلّ واحد منهمما رجلٌ إن قال لم أكن أعتقد منها أحدهما حتى قتلا لم يكن على قاتلها إلا قيمةهما عبدين وقال قد كنت أعتقد أحدهما كان أيضاً على ذلك لم يكن على قاتلها إلا قيمةهما عبدين.

قلت أرأيت إن كان قال ذلك في وصية قال أحد عبادي حر فقتل أحدهما أو جميعاً قتلهم رجلاً واحد وقتل كل واحد منها واحد قليل أن يقروا ويعتقا.

قال دينهما أبداً ديه عبيده حتى يحكم فيهما بالعتق لأنهما لا يعتنان حتى يقروا ، وإن قتل أحدهما أو مات وبقي الآخر فإنه يعتق في ثلث ما بقي ، ويكون الذي مات منها أو قتل كمن لم تكن فيه وصية ، وهو بمنزلة الذي يقول عبد من رقيق حر ثم يموتوا كلهم إلا واحداً أو مات منهم يكون كمن لم تكن فيه وصية ويعتق هذا الباقي في ثلث ما بقي من مال الميت .

قال محمد بن رشد : تلخيص هذه المسألة أنه إن قتل أحدهما فقال أردت بالعتق الذي قُتِل أو الذي يَقْي صدق في الوجهين جميعاً مع يمينه ، لأنه إن قال أردت الميت عليهم على أنه أراد إرْفَاقَ الباقي وإن قال أردت الباقي اتهم على أنه أراد أن يجر إليه ميراث الميت بالملك إن كان له ورثة أحرار ، وإن قال لم أرد واحداً منها لم يكن له أن يجعل العتق لمن مات أو اعتق الباقي على كل حال ، هذا هو قوله في هذه الرواية وفي رسم الصبرة من سماع يحيى من

كتاب العتق ، وسواء قال لم أرد واحداً منهما في صحته أو في مرضه على ما قاله سخنون ، وقد حكى أن في ذلك اختلافاً إذا قاله في مرضه ، ويحتمل أن يكون الإختلاف الذي أشار إليه أن يُعتقَ هذا الباقى ويكون ما زادت قيمته على قيمة الميت في ثلثة .

وأما إن قُتلا جميعاً قتلهم رجلٌ واحدٌ أو رجُلان فلا يصدق في أنه أراد واحداً منهما ، ويكون على عاقلتهما قيمتهما عبدين ، وإن كان قال ذلك في وصيته ففُتِلا جميعاً كان على قاتلهم قيمتهما عبدين لأنهما عبدين حتى يقولوا في الثلث ، وإن قُتل أحدهما أو مات فعتق الباقى منهمما في الثلث وهو مِمَّا لا اختلاف فيه وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن جَنِين النَّصْرَانِيَّةِ من العَبْدِ النَّصْرَانِيِّ .

قال : هو حر ديته دية جنين الحر .

قلت فما دية جنين الحر المسلم من النصرانية إذا طرح أو العبد المسلم من النصرانية قال دية جنين الحر من الحر المسلم نصف عشر دية أبيه المسلم ، ودية جنين النصرانية الحر من العبد المسلم نصف عشر دية المسلم الحر ، وهو بمنزلة أن لو كان أبوه حرًا لأنه على دين أبيه .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ، لأن الولد تبع لأبيه في الدين ولأمه في الحرية وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

قال : ومن شَجَّ موضحة فاستُؤْنِي به البرءُ فسقط عليه جِدَارٌ
فقتله أو قتل : إن له عقل الموضحة .

قال محمد بن رشد : في المجموعة أن له نصف عقل الموضحة
وقد ذكرنا ذلك في رسم العربية ، وما في هذه الرواية من أن له عقل الموضحة
أَظَهَرُ ، لأن الظاهر أنه مات من الأمر الآخر ، ووجه ما في المجموعة أنه لَمَّا
سقط عليه الجِدار أو قُتِلَ قَبْلَ أن يَبْرُأَ من الموضحة لم يدر من أي الأمرين
مات ، وإن كان من الموضحة فلا يجب فيها شيء لأن الموت يأتي عليها ،
وإن كان من الأمر الآخر فالعقل فيها لازم فيجعل فيها النصف من أجل الشك ،
وهو ضعيف وبالله التوفيق .

ومن كتاب بع ولا نقصان عليك

وسئل عن العبد يُجْرِحُ فيعتقه سيده وهو مجروح ثم يُنْزَى في
جرحه فيما موت ، قال : قال مالك : عقله عقل حُرِّ الديَّةُ كاملاً قلت :
كان عمداً أو خطأ ؟ قال : نعم كان عمداً أو خطأ ، قلت بقسامة أم
بغير قسامه ؟ قال : بل بقسامه ، وكيف يُسْتَحِق دَمُ من قد عاش
صاحبُه إِلَّا بقسامه ، قلت له : فما باله لا يقتل به في العمد ؟ قال :
القتل عظيم للشبهة التي دخلته ، ولو قال قائلٌ ديه عبد لَكَانَ له
مطعن فلا أرى له في العمد والخطأ إِلَّا الديَّةُ فلو كان الجارُ أَنْفَذَ
مقاتله فأعتقه سيده على تلك الحال قال أَلَيْسَ يورث بالحرية قلت :
بلى ؟ قال فسواء أَنْفَذَ مقاتلَه أم لا أرى فيه الديَّةُ كاملاً .

قال محمد بن رشد : لأشهب في كتاب ابن سحنون أن دينه دين عبد لسيده وهو القياس ، لأنه وإن كان مات وهو حر فإنما مات من العجر الذي أصيب به وهو عبد ، وقول ابن القاسم روايته عن مالك في هذا إحسان لأنه هو راعي حاله يوم الجرح فيوجب القيمة لسيده ، ولا يوم الموت فيوجب القصاص على قاتله وأوجب الدية كاملة في ماله مع القسام إذا ثبت الجرح أو بقول المقتول بعد عتقه أو بعد إسلامه على ما قاله في سماع سحنون يريد في العمد والخطأ لأن أصل الجنائية في حال الرق والعاقلة لا تحمل الجنائية على العبد ، فكما لا يقتضى من الجنائي من أجل أن الجنائية بحال الرق ، فكذلك لا تكون الدية في الخطأ على العاقلة من أجل أن أصل الجنائية في حال الرق ، ولو لم يمت العبد بعد العتق من ذلك الجرح إلا أنه تراهى إلى مأمومة أو إلى شيء آخر فأمّا إذا تراهى إلى شيء آخر مثل أن يحرمه موضحة أو يقطع أنه وهو عبد فيذهب من ذلك بعد عتقه عينه أو ما أشبه ذلك فللسيد في الموضحة نصف عشر قيمة ، وفي قطع أنه ما نقص من قيمته ، وللعبد في ذهاب عينه دين عين حر خمسمائة في مال الحر أيضاً إن كان الجنائي حرًا وفي رقبة العبد إن كان الجنائي عبداً يُحَبِّر سيده بين أن يفتكه بذلك أو يسلمه إلا أن يشاء السيد القصاص إن كانت الجنائية عمداً والجنائي عليه عبد فلا يكون له إلا ذلك وليس له هو قصاص فيما تراهى إليه جرحة بعد العتق للشبهة في ذلك تكون الجرح في حال الرق ، كما لا يقتضى منه في العمد إذا آلت الجرح بعد العتق إلى النفس للشبهة التي دخلته ، وأما إذا تراهى إلى زيادة في الجرح لا إلى شيء آخر مثل أن يحرمه وهو عبد موضحة فتصير بعد عتقه منقلة أو مأمومة أو منقلة فتصير مأمومة وما أشبه ذلك فيه اختلاف قيل إنه يكون عليه لسيده عقل موضحة العبد نصف عشر ثمنه ويكون له هو ما بين الموضحة والمنقلة أو المأمومة من دين الحر بمثابة إذا تراهى إلى شيء آخر ، وهو قول سحنون في أول سماع ابن القاسم من كتاب الجنائيات والذي يأتي على مذهب ابن القاسم وأحد قولي مالك في أول سماع ابن القاسم من كتاب الجنائيات في أن من

جرح موضحة فصارت منقلة يقتضى له من الموضحة، ويكون له عقل ما بين الموضحة والمنقلة ، ويأتي على قياس القول بأنه ليس له إلا عقل المأمومة أن يكون للسيد إذا اعتق عبيده بعد أن جرح موضحة فصارت منقلة عقل منقلة ، وقال ابن الماجشون على جارحه دية منقلة حر يريد للعبد المعتق فحكم للمجروح بمال آل اليه المجروح من المنقلة ، وهذا القول الثالث أبعد الأقوال ، لأن جعل تراقي الجرح بعد إلى العتق إلى مأمومة كتراقيه إلى الموت على مذهب ابن القاسم الذي يرى في ذلك الديمة دية الحر كاملة .

وأما قوله إذا انفذت مقاتله وهو عبد ثم اعتق إنَّ فيه الديمة كاملة لأنَّه يورث بالحرية فيه نظر ، والقياسُ أن تكون قيمة لسيده وميراثه له بالرق ، وقد روى عن سحنون فيمن انفذت مقاتله أنَّ وصيته لا تجوز وقع ذلك من قوله في الجهاد من النواذر ، فعلى قوله لا يرث ولا يورث ، وقال غيره إنَّ وصية جائزة وقد أوصى عمر حين طعن فجازت وصيته فقول ابن القاسم في هذا يأتي على قياس روایة أبي زيد فيمن أنفذَ مَقَايِلَ رجُلٍ ثم أجهز عليه آخر إنَّ الآخر يقتل به ويعاقب الأول .

فيحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال بالتفرقة بين أنْ يعتق العبد أو يُسلم النصراني قبل أنْ تنفذ مقاتله أو بعد أنْ انفذت مقاتله وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ لَمْ يُدْرِكْ

وقال إذا حُبسَ الرجلُ في القتل فعُفِيَ عنه بعد التثبت بالبينة أو بالقسمة جُلَدَ مائةً واستقبل به حبسَ سنتَيْ من يوم يجلد ولا يحسب في السنة ما حُبسَ قبل ذلك .

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لأن الحبس الذي حُبس قبل

الغُفُو حَقٌ لِلْلَّوْلِيِّ وَالْجَبَسُ الَّذِي بَعْدَ الْغُفُو حَقٌّ لِللهِ فَلَا يَدْخُلُ أَحَدُهُمَا فِي الْآخِرَةِ وَبِاللهِ التَّوفِيقُ .

مسألة

وقال في الثور العقور والجمل الضول^(٢٣) والكلب العقور أو شيءٍ من العجماء إذا عُرِفَ بالعداء على الناس أمر صاحبه بذبحه وتقديم إلينه ، فإن عَقَرَ أحداً بعد التقدم فهو ضامن له في ماله .

قلت فلو كان الثور قد قتل رجلاً بعد التقدم إلى سيده ولم يشهد على قتله إلا شاهد واحد هل يحلف ورثة الميت مع شاهدهم ويستحقون الدم ؟ قال : نعم يحلفون يميناً واحدة كما يُحلفُ في الحقوق ، ويستحقون الدم مع شهادة شاهدهم ، وقال لا يكون شيء مما عَدُوا به على الناس على العاقلة ، وإنما ذلك في ماله خاصة وإن بلغ الديمة كاملة .

قال محمد بن رشد : قوله إن عَدَا بعد التقدم إليه فهو ضامن يريد وإن كان التقدم إليه بالغيران دون السلطان ، وهو مثل ما في المدونة خلاف ما في سماع عبد الملك بن الحسن من كتاب السلطان أنه لا يضمن إلا أن يتقدم إليه في ذلك بالسلطان ، وقد قيل إنه ضامن وإن لم يتقدم إليه ولا أُشَهِدُ عليه ، قاله أشهب وسخنون في الحائط إذا بلغ مبلغاً يجب عليه هدمه فتركه ، وكذلك يلزم على قياس قولهما في الكلب العقور والجمل الضول أنه لا ضمان على أصحابهما بحال ، وإن تُقدِّمَ إلينه ، فهو قول رابع في المسألة ، وقد مضى هذا في سماع يحيى وعبد الملك من كتاب السلطان .

(٢٣) كذا بالأصل وينسخة ق ٣ : بالضاد ، ولعل الصواب فيه المسؤول ، قال في تاج العروس : قال الأزهري : والأصل فيه ترك الهمزة ، وقال الليث : جمل صبور يأكل راعيه ويواتب الناس فياكلهم ، ويقال في المثل : أَصْبَرُ مِنْ جَمَلٍ .

وقوله إنه لا يكون على العاقلة من ذلك شيء وإن كان المعقور حراً خلاف قول ابن وهب في سماع زونان من كتاب السلطان إنَّ ذلك على العاقلة إن بلغ الثالث فصاعداً ، وقول ابن القاسم أظهر أنَّ لا يكون على العاقلة من ذلك شيء لأنَّ العاقلة لا تحمل العمد وهذا فيه شبهة من العمد لأنَّه متعد في جنس هذا الحيوان المؤذن حيث لا يجوز له .

وقوله إنه يستحق ذلك باليمين مع الشاهد الواحد كالحقوق صحيح على قوله في أنه لا يكون على العاقلة من ذلك شيء ، ولا يحلف على قياس قوله مع قول العقور ، وحکى ابن مزین عن أصبع أنَّ ذلك لا يثبت إلا بشهادة شاهدين وأنكَر رواية عيسى هذه ، ويأتي على قياس قول ابن وهب أن يستحق ذلك بما يستحق به دم الخطأ من القساممة وغير ذلك ، روی عيسى عن ابن القاسم أنه إن قتل رجُلَ الجَمَلِ الضُّولَ بعد التقدُّمِ إلى صاحبه فذكر أنه أراده وصالَ عليه فلا غُرم عليه فيه ، ويقبل قوله في ذلك ، يريده مع يمينه بغير بينة إذا كان بموضع ليس يحضره الناس ، وهذا على ما مضى تحصيل القول فيه في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع في الذي يدعى ضياع ما أؤمن عليه مما لا يُنْعَابُ عليه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن الرجل يُقتل فيدعى دمه قبلَ رجلٍ صالح فيصالح عليه ورثته على شيء يدفعه إليهم ، ثم يقومُ رجل فيقولُ أنا قتلتة .

قال : إن شاء ولأة الدَّمِ تَمَاسِكُوا بصلحهم وأمضوه وإن شاؤوا قتلَ الذي أقر لهم وفسخ الصلح ، قلت : وكيف يَكُونُ الصلحُ أبعدَ أن تثبت لهم القساممة ؟ قال : وإن لم تثبت لهم القساممة إذا قال لهم المدعى عليه ما تصنعون باليقنة وطلبهما؟ صالحوني فإذا صالحهم جاز الصلحُ فهم مُحَيَّرون في أن يمضوا الصلح وفي أن يقتلون الذي أقر لهم .

قلت بقسامة أو بغير قسامة ؟ قال : بغير قسامة قلت : فلو أنَّ قوماً أقسموا على رجل ، فقال أنا قتلتُه ؟ قال : ما أخذتُ الأولى إلا من هذا ، هم مخирُون إن شاءوا قتلوا الذي أقسموا عليه ، وإن شاءوا الذي أقرَّ لهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفى في أول سماع عيسى ، إذ لا فرق بين أن يقر الرجل بقتل الرجل بعد أن صالحوا غيره ، أو أقسموا عليه أو وجبت لهم القسامة عليه ، فلا معنى لاعادة شيء منه .

مسألة

قال ابن القاسم : وما أصاب الكلب العقور في الموضع الذي لا يجوز اتخاذُه قبل التقدم اليه فصاحبُه ضامن .

قال محمد بن رشد : هذا بين أن الاختلاف الذي ذكرناه فيما تقدم في هذا الرسم إنما هو إذا اتخذ في الموضع الذي يجوز له فيه اتخاذُه والله المُوفق .

ومن كتاب سلف ديناراً

وقال في نصراني حُرْ قُتل عبداً مسلماً عمداً ، قال فيه اختلاف ، ورأى أن يقتل به ، قال سخنون أرى عليه قيمة وهو سلعة من السلع .

قال محمد بن رشد : قوله وأرى أن يُقتل به معناه إذا أراد سيدُ العبد المقتول أن يستقيَّد منه ، وأما إن أراد أن يُضمنه قيمة عبده ولا يقتله به فلا اختلاف في أن ذلك له ، وإنما الاختلاف إذا أراد أن يقتله ، فقيل إن ذلك ليس له وهو الأظهر من جهة إتباع ظاهر ما في القرآن ، وذلك أن الله تعالى قال

في كتابه : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتُبَ عَلَيْكُمُ الْقِصاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ »^(٢٤) فَعَمَّ وَلَمْ يَخْصُ مُسْلِمًا مِنْ كَافِرٍ ، وَالْمَعْنَى فِي قَوْلِهِ كُتُبَ عَلَيْكُمُ الْقِصاصُ أَنْ كُتُبَ عَلَيْكُمُ الْحُكْمُ بِهِ ، فَوَجْبٌ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى عَوْمَهِ فِي الْكَافِرِ وَالْمُسْلِمِ ، وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ : « وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلَاهُ سُلْطَانًا »^(٢٥) وَالْوَلِيُّ الْمُخْتَصُ بِالرَّجُلِ هُوَ الْعَاصِبُ وَالَّذِي لَهُ الْمِيراثُ وَالْعَبْدُ لَا عَاصِبٌ لَهُ يَرِثُهُ لِأَنَّ مِيراثَهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي يَمْلِكُ رَقْبَتَهُ وَهُوَ مَالُهُ ، وَقِيلَ إِنَّ ذَلِكَ لَهُ ، وَهُوَ الْأَظَهَرُ مِنْ جَهَةِ الْمَعْنَى ، وَذَلِكَ أَنَّ الْقِصاصَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي تَكَافَأُ فِيهِ الدَّمَاءُ بِالْحُرْيَةِ وَالْإِسْلَامِ أَوْ يَكُونُ دُمُّ الْمَقْتُولِ أَعْظَمَ حُرْمَةً مِنْ دُمِ الْقَاتِلِ بِالْحُرْيَةِ أَوْ اسْلَامِهِ إِنَّمَا يُقْتَلُ بِالْمُسْلِمِ لِتَكَافَىءُ دَمَاهُمَا بِالْحُرْيَةِ فَالنَّصْرَانِيُّ أَحَقُّ أَنْ يُقْتَلَ بِهِ لِنُقْصَانِ مَرْتَبِهِ عَنْ مَرْتَبِ الْمُسْلِمِ ، وَإِنَّمَا يُقْتَلُ بِالْحُرْيَةِ الْأَخْرَى إِنَّمَا يُقْتَلُ بِهِ لِنُقْصَانِ مَرْتَبِهِ عَنْ مَرْتَبِ الْحَرِّ إِنَّمَا يُقْتَلُ بِالْحُرْيَةِ الْأَخْرَى إِنَّمَا يُقْتَلُ بِهِ لِنُقْصَانِ مَرْتَبِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ فَلِلنَّصْرَانِيِّ مِزِيَّةٌ عَلَى الْعَبْدِ بِالْحُرْيَةِ ، وَلِلْعَبْدِ عَلَيْهِ مِزِيَّةٌ بِالْإِسْلَامِ ، وَحُرْمَةُ الْإِسْلَامِ أَعْظَمُ مِنْ حُرْمَةِ الْحُرْيَةِ ، فَوَجْبٌ أَنْ يُقْتَلَ بِهِ وَيُجْعَلَ الْآيَةُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : « كُتُبَ عَلَيْكُمُ الْقِصاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ » مِنْ خُصُوصَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ الْمُخَاطَبِينَ بِهَا ، بَدْلِيلٌ قَوْلِهِ فِيهَا : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتُبَ عَلَيْكُمْ » .

وَقَوْلُهُ : فِي آخِرِ الْآيَةِ الْأُخْرَى : « وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلَاهُ سُلْطَانًا »^(٢٦) يَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ فِي السَّيِّدِ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِعِيْدِهِ وَهُوَ يَرِثُهُ فَيَكُونُ لَهُ بِمِنْزَلَةِ الْعَاصِبِ لِلْحُرِّ ، وَهَذَا الْقَوْلُ أَظْهَرَ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَيْضًا بَعْدَ هَذَا فِي هَذَا الرِّسْمِ وَقَوْلُ أَشْهَبِ فِي سَمَاعِ عَبْدِ الْمَلِكِ وَاللهُ أَعْلَمُ .

(٢٤) الآية ١٧٨ مِنْ سُورَةِ الْبَقَرَةِ .

(٢٥) الآية ٣٣ مِنْ سُورَةِ الْإِسْرَاءِ .

(٢٦) الآية ٣٣ مِنْ سُورَةِ الْإِسْرَاءِ .

مسألة

وقال ابن القاسم إذا تَسَاوَقَ النَّصْرَانِيُّ إِلَى حُكْمِ الْمُسْلِمِينَ فِي قَتْلِ وَقْعِ بَيْنِهِمْ فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ الْقَاتِلُ : لِيْسَ فِي دِيْنِنَا قَتْلٌ وَلَا قَوْدٌ .

قال لا يقبل منه في ذلك لأنَّه من الفساد وعلى حكم المسلمين أن ينظر في ذلك ، فإن شهد عنده على القتل شهيداً عدل من المسلمين مثل من شهد عليه قال عيسى يُسَلِّمُ إِلَى أُولَئِكَ النَّصْرَانِيَّ فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوهُ وَإِنْ شَاءُوا اسْتَحْيُوهُ ، فَإِنْ عَفُوا رَأَيْتُ الْإِمَامَ أَنْ يَضْرِبَهُ مائة وَيَسْجُنَهُ سَنَةً .

قال محمد بن رشد : قولُ عِيسَى مُفَسِّرٌ لِقولِ ابنِ القاسم ، لأنَّ القصاص من حقِّ أُولَئِكَ الْمُقْتُولُ ، وَضُرِبَ مائة وَسُجِنَ سَنَةً حَقُّهُ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَجُوزُ الْعَفْوُ عَنْهُ ، وَالْمَسَأَةُ بَيْنَ صَحِيحَةٍ لَا اخْتِلَافٍ فِيهَا لَأَنَّ الْقَتْلَ الْعَمْدُ مِنَ التَّظَالُمِ الَّذِي يَجُبُ عَلَى الْإِمَامِ الْحُكْمُ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَإِنَّمَا اخْتِلَافَ فِيمَا لَمْ يَكُنْ مِنَ التَّظَالُمِ كَالرَّبَا وَشَبَهِهِ مِنْ طَلاقِهِمْ وَحُدُودِهِمْ هُلْ يَجُبُ عَلَى الْإِمَامِ الْحُكْمُ بَيْنِهِمْ فِيهِ إِذَا ارْتَفَعُوا إِلَيْهِ وَحْكَمُوهُ ، فَقَيْلٌ إِنَّ ذَلِكَ يَجُبُ عَلَيْهِ لِقُولِهِ تَعَالَى : « وَأَنَّ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهِ »^(٢٧) وَقَيْلٌ إِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُبُ عَلَيْهِ لِقُولِهِ تَعَالَى : « فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَغْرِضْ عَنْهُمْ »^(٢٨) وَقَدْ مَضِيَ الْكَلَامُ فِي الْاخْتِلَافِ فِي تَأْوِيلِ الْآيَاتِ فِي هَذَا وَالْاخْتِلَافُ الْعُلَمَاءُ فِي الْحُكْمِ فِي ذَلِكَ لَا خِتَالُهُمْ فِي تَأْوِيلِهَا مُسْتَوْفِي فِي رِسْمٍ لَمْ يَدْرِكْ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى مِنْ كِتَابِ التَّجَارَةِ إِلَى أَرْضِ الْحَرْبِ فَلَا مَعْنَى لِإِعَادَتِهِ .

(٢٧) الآية ٥٢ من سورة المائدة .

(٢٨) الآية ٤٥ من سورة المائدة .

مسألة

وقال ابن القاسم : إذا قُتل اليهودي **الحر** أو النصراني عبداً مسلماً قُتلاً به ، وإن قتل العبد المسلم النصراني **الحر** أو اليهودي **الحر** لم يُقتل به **وَخَيْر صاحبِه** في أن يفتكه بيته أو يسلمه فيباع له ، وقال غيره : لا يُقتل واحداً منهما لأن العبد مال من الأموال ولكن **يُضرب ويغمر قيمة العبد** .

قال محمد بن رشد : **غَيْرُ ابن القاسم** هو قول سحنون الذي تقدم في أول الرسم ، وقد مضى الكلام فوق هذا في قتل النصراني **الحر العبد** المسلمين وتوجيه الاختلاف فيه فلا وجه لإعادته .

وأما إذا قتل العبد المسلم النصراني **الحر** فلا اختلاف في أنه لا يقتل به إذ لا تتكافأ دماء هما لأن **حُرمة الإسلام** أعظم من **حُرمة الحرية** فهي جنائية من العبد **يُخْيِر سَيِّدَه** في إسلامه فيها فيباع له إذ لا يمكن النصراني من **مِلْكِ العَبْد** المسلم أو افتراكه بها كما قال ، وكذلك إذا **جَرَحَه يُخْيِر السَّيِّد** في افتراكه بالجنائية أو إسلامه بها إلا أنه يختلف إن أسلمها بها فكان ثمنه أكثر من الجنائية فقيل إنه يكون له ثمنه كله ، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه في المدنية ، قال وكذلك قال مالك ، وروى محمد بن صدقة عن مالك مثل ذلك ، وقال مطرف وابن الماجشون في ثمانية أبي زيد إذا أبى سيده أن يفتديه يبيع وأعطي النصراني من ثمنه دية جرحه فإن فضل فضل فهو لسيده ، قال أصيبيخ بن الفرج : وقد كان مالك يقول هذا في موظفه ، ثم رجع عنه وقال يعطي ثمنه كله للنصراني ، وهو أصوب القولين عندنا وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن المدبر يقتل سيده عمداً أو خطأً .

قال : إن كان قتله خطأ عتق في ماله ولم يعتق في ديته ، وكانت الدية عليه ديناً ، وليس على عاقلته منها شيء لأنه إنما صنع ما صنع وهو مملوك قال أصيغ وهذا إذا حمله الثالث وإن لم يخرج من الثالث عتق منه مبلغ الثالث وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه ، ويؤخذ من ماله إن كان له مال أو يتبع به ديناً إن لم يكن له مال ولا يدخل فيما يؤخذ منه من الدية ولا يعتق فيها منه شيء ، قال عيسى : قال ابن القاسم : وإن كان قتله عمداً قُتلَ به ، فإن كان استحياه الورثة بطل تدبيره وكان عبداً مملوكاً قلت لسحنون : فلو فعلت ذلك أمُّ الولد لسيدها خطأ ؟ قال : تعتق في ماله وتكون الدية عليه ديناً تتبع به في ذمتها ، ولا يكو على عاقلتها منها شيء ، وإن كانت قَتْلَتْه عمداً قُتلت به إلا أن يَسْتَحِيَّها الورثة على أمرٍ يصطلحون به .

قال محمد بن رشد : أما مسألة المدبر يقتل سيده عمداً أو خطأ فكما قال : لا اختلاف فيه ، وقول أصيغ تفسير له ، وقد مضت المسألة في رسم استاذن من سماع عيسى من كتاب المدبر .

وأما قول سحنون في أم الولد تقتل سيدها خطأ إنها تُعْتَق في رأس ماله وتكون الدية عليها ديناً تتبع به في ذمتها ولا يكون على عاقلتها منه شيء ففيه اختلاف ، حكى ابن حبيب عن أصيغ عن ابن القاسم أنها تُعْتَق ولا تتبع هي ولا عاقلتها بشيء بخلاف المدبر ، وقال أصيغ من رأيه : إنها تتبع مثل قول سحنون ، فغلب ابن القاسم في حَقِّها حَكْمُ الحرية فلم يلزمها الدية لأنَّ ما جنى الْحُرُّ خطأ فهو على العاقلة لا عليه ، ولم يوجب على عاقلتها شيئاً إذ لا تحمل العاقلة إلا جنائية من قد بَتَّلَتْ حريتها ، ويلزم على قياس قوله أن يلزمها من الدية ما يجب عليها منها مع العاقلة ، وأما أصيغ وسحنون فغلباً في أمرها حَكْمُ الرق على حَكْمُ الحرية لأنَّ أحکامها أحکام أمٍّ حتى يموت سيدُها ، والجنائية منها عليه مُتَقدِّمة على موطه منها ، فأشبـهـتـعـنـدـهـمـاـ المـدـبـرـ يـجـنـيـ عـلـىـ

سيده ثم يعتق في الثالث أن الورثة يتبعونه بما بقي عليه من جنایته بعد خدمته ولا يشتبهان لأن أُمَّ الولد لا تتبع بما جنت على سيدها ، وقد قال غير ابن القاسم في المدونة إن المدبر لا يخدمه سيدة بالجنائية ولا يتبع بعد عتقه بها ، فكيف بِأُمِّ الولد .

واختلف أيضاً في المكاتب يقتل سيده فَيُسْتَحْيَي ، فقال ابن القاسم إنه لا يتبع إلا بالكتابة ، وقال عبد الملك جنایته على سيده كجنایته على أجنبي إما وُدِيَ الدية معجلة وإلا عجز .

وأما جنایه المعتق إلى أجل ثم يَخْرُج حراً ويتابع بما بقي وقال عبد الملك : يتبع بجميع الدية ولا يحتسب على الورثة بخدمته وبالله التوفيق .

ومن كتاب أسلم وَلَهُ بَنُونَ صِغار

وقال ابن القاسم إذا وقع الذَّبَاب على الدابة فتفتحت إنساناً لم يكن على راكبها شيء .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مِثْل ما في المدونة وغيرها ، لأن ما لم يكن له فيه سبب فهو هَذِر لأن جرح العجماء جبارٌ^(٢٩) الثابتة عن النبي عليه السلام .

(٢٩) أخرجه الجماعة من حديث أبي هريرة بنفظ : العجماء جُرِحْهَا جبار ، والبئر جبار والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس ، انظره في باب ما جاء في الركاز والمعدن من كتاب الزكاة من نيل الأوطار .

مسألة

وسائل عن رجل أصاب رجلاً بجراح فأراد أن يصالحه في الجراحات بشيء يعطيه عن الجراح والموت إنْ كان .

فقال لا يصلح الصلح على وضع الموت ، ولكنه يصالح على شيء معلوم ولا يدفع إليه شيئاً فإن بريء كان له ما صولح عليه ، وإن مات كانت فيه القسامة والدية إن كان خطأً بعد أن يقسموا أو القتل إن كان عمداً .

قال محمد بن رشد : لم يجز ابن القاسم في هذه الرواية الصلح في جراحات العمد والخطأ عليها وعلى ما تراثت إليه من موت أو غيره جملة من غير تفصيل .

وفي ذلك تفصيل .

أما جرح الخطأ فيما دون الثالث كالموضحة وشبهها فلا اختلاف في أن الصلح فيها على ما ترافت إليه من موت وغيره لا يجوز ، لأنه إن مات كانت الدية على العاقلة فهو لا يدرى يوم صالح ما يجب عليه مما لا يجب فإن وقع الصلح على ذلك فسخ متى ما عثرا عليه ، فإن بريء كانت عليه دية للموضحة ، وإن مات كانت الدية فيه على العاقلة بقسامة .

وأما جرح الخطأ فيما فوق الثالث فيترجح جواز الصلح فيه على ما يتراهى إليه من موت أو غيره على قولين أحدهما أن ذلك لا يجوز ، وهو قوله في هذه الرواية وظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة إذ لم يفرق في جرح الخطأ بين أن يكون أقل من الثالث أو أكثر منه والثاني أن ذلك جائز إذ لا غرر فيه لأن ديَّةَ الجراح إنما تجب على العاقلة كما يجب عليه ديَّةَ النفس ، فكانه إنما صالح عن العاقلة .

وأما جرح العمد فيما فيه القصاص فال**المصالحة** فيه على وضع الموت جائزة على ظاهر ما في الصلح من المدونة وما نص عليه ابن حبيب في الواضحة خلاف قوله في هذه الرواية ، والجواز فيها أظهر لأن إذا كان للمقتول أن يغفر عن دمه قبل موته جاز أن يصالح عنه بما شاء .

وأما جرح العمد الذي لا قصاص فيه فلا يجوز الصلح فيه على وضع الموت ، حتى ذلك ابن حبيب في الواضحة ولا أعرف فيه نص خلاف .

وأما الصلح فيه على الجرح دون وضع الموت فأجازه ابن حبيب فيما له دية مسماة كالمأمورة والمنقلة والجائفة ، قال في موضع واحد إن الصلح فيه جائز على ماترافق إليه مما دون النفس ، وقال في موضع آخر لا يجوز إلا فيه بعنه على ماترافق إليه من زيادة ولم يجزه فيما لا دية له مسماة إلا بعد البرء ، فهذا تحصيل الاختلاف في هذه المسألة .

وأختلف إذا صالحه على الجرح الخطأ أو العمد خاصة فتري في جرحه فمات على ثلاثة أقوال أحدها أن أولياء المجروح بال الخيار بين أن يتمسكون بصلحهم وبين أن يرددوا ما وقع به الصلح فيقسموا ويقتلوا في العمد ويأخذوا الدية في الخطأ من العاقلة ، وهو قول أصبح في الواضحة والثاني أنه ليس لهم أن يتمسكون بالصلح لا في العمد ولا في الخطأ إلا برضى القاتل ، لأن من حقه أن يقول في العمد قد عادت الجنائية فليس لكم أن تمسكون بالصلح ، لأنها إنما لهم القسامه والقود ، هو قول أشهب على أصله في أن من قطعت يده فتري فيها فمات أن أولياء القتيل إنما لهم أن يقسموا ويقتلوا ، وليس لهم القود في الجرح إن أبوا من القسامه ، لأن الدم آلى النفس كما أنّ من حقه أن يقول في الخطأ قد عادت الجنائية إلى النفس ووجبت الدية على العاقلة بقسامتكم فرددوا على مالي والثالث الفرق بين العمد والخطأ وهو مذهب ابن القاسم وظاهر قوله في المدونة وفي رسم المكاتب من سماع يحيى بعد هذا فيخير ورثة المقتول في العمد بين أن يتمسكون بالصلح وبين أن يردوه ويقسموا

فيقتلوا على أصله في أن من قطع يده فتزي فيها فمات أن الورثة بال الخيار بين أن يقسموا ويقتلوا وبين أن يقطعوا يده ولا يقسموا ولا يخروا في الخطأ ، فيردون على العاجز ما أخذ منه في الصلح ويقسمون فيستحقون الديه على العاقلة وبالله التوفيق .

وفي كتاب جَاعَ فباع إِمْرَأَهُ

قلت : فلو قتل عمداً وله مائة دينار وعليه مائة دينار وقد أوصى بوصاياه فعفا عن القاتل فأخذت الديه .

قال : يقضي المائة الدين من المائة التي علم وتكون الديه خالصة لورثة المقتول وتسقط الوصاية .

قلت : فلو كان ترك مائة دينار وخمسة وأربعين ديناراً وعليه مائة دينار دين وأوصى بوصاياه ثم طرأ له مآل بعد الموت ؟ قال يقضي المائة من هذا المال الذي علم به ، وينظر إلى ما فضل وذلك خمسة وأربعون ديناراً فتكون لأهل الوصاية خمسة عشر ديناراً يتحاصون فيها على قدر وصاياتهم إلا أن يكون في الوصية عتق فيبدأ به في الخمسة عشر ديناراً على أهل الوصاية ويكون لورثة الميت ثلاثون ديناراً ، ويكون المال الطارئ لأهل ميراثه لا يدخل فيها شيء من وصاياته إلا أن يكون تدبيراً فان كان مدبر ووصايا فإن المدبر يعتق بعد إخراج الدين فيما علم وفيما لم يعلم .

وتفسير ذلك أنه لا ينظر في ثلث هذا المال الذي علم به بعد إخراج الدين منه فإن كان ثلثه مائة دينار وثلث المال الطارئ مائتان قسمت قيمة المدبر على الثلث والثلاثين فتعتق ثلاثة في ثلث الطارئ

وثلثه في ثلث المال الذي علم به ، فإن فضل من ثلث المال الذي علم به بعد عتق ثلث المدبر فيه شيء كان ما فضل لأهل الوصاية ، وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، وإن أحاط الذين بجميع المال الذي علم به سقطت الوصاية ورجع المدبر فعتق به في ثلث المال الطارئ أو ما حمل منه الثلث .

قال ولو كان الدين أكثر من المال الذي علم به الميت قضى صاحب الدين المال الذي علم به الميت ورجع فتقاضى بقيمة حقه من المال الطارئ ثم كان المدبر في ثلث ما بقي من المال الطارئ وسقطت الوصاية .

قال محمد بن رشد : لم يفرق في هذه الرواية بين تدبير الصحة والمرض وقال إنه يدخل فيما علم الميت من المال وفيما لم يعلم بظاهر قوله إن المدبر في المرض يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال ، وهو نص قوله في رسم المدبر من سماع أصبع من كتاب المدبر ، ونص قوله أيضاً في المدنة من رواية عيسى عنه خلاف مذهبة في المدونة من أنه لا يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال إلا المدبر في الصحة .

واختلف في المبتل في المرض هل يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال أم لا ؟ فالمنصوص عليه لابن القاسم في رسم المدبر من سماع أصبع من كتاب المدبر أنه لا يدخل فيما لم يعلم به من المال بخلاف المدبر في المرض ، وقد مضى هناك الكلام إذا اجتمعا جميعاً على هذا القول وللميت مال قد علم به وما لم يعلم به ، فلا معنى لإعادته .

وسائل^(٣٠) ما ذكره في هذه الرواية من أن الوصاية لا تدخل فيما يطأ

^(٣٠) من هنا يبتدئ البتر في الأصل إلى النهاية التي سنشير إليها بعد نحو صفحتين ، ولعل =

للميت من مال لم يعلم به صحيح لا اختلاف فيه .
وما ذكره من أنه إذا كان على الميت من الدين مثل ما ترك من المال وطرا
له مال لم يعلم به أن الدين يخرج من المال الذي علم به ولا يكون لأهل
الوصايا شيء من المال الذي لم يعلم به ، بَيْنَ لَا إشكال فيه والحمد لله .

مسألة

قلت : فلو أن رجلاً قتل عبداً وله وليان وترك مائة دينار وعليه
مائة دينار ديناً ، فعفا أحد الوليين عن الدم والدية وأخذ الذي لم يعف
منها من الدية خمسمائة دينار ؟

قال : تفضُّل المائة الدين على المائة التي مات عنها الميت
وعلى الخمسمائة التي أخذت من الدية فيصيب كل مائة من الدين ما
أصابها عنده ، ثم يرجع الذي لم يعف فيقاسم صاحبه ما بقي من
المائة التي مات عنها الميت بعد إخراج سدس المائة الدين منها .

وتفسير ذلك أن حسابها يقوم من اثنى عشر سهماً ، ألا ترى لو
أن الميت لم يكن عليه دين وقد مات عن مائة دينار لكان لهذا
الخمسمائة دينار من الدية خالصاً ، وكان له نصف المائة التي مات
عنها ، فصار له إذا ضمت الخمسمائة إلى المائة ثم قسمت صار
للذى لم يعف أحد عشر جزءاً من اثنى عشر جزءاً ، وللذى عفا جزء
من اثنى عشر جزءاً ، وذلك خمسون ديناراً ، فأحببنا أن نفرق بهذا ما
يرجع به هذا الذي عفا على الذي كان لم يعف في الخمسمائة التي
أخذ من الدية إذا قضيت هذه المائة الدينار التي مات عنها هذا

الغريم ، فقلنا تقسم الخمسمائة على الاثني عشر جزءاً ، فيكون للذى لم يعف أحد عشر جزءاً ، ويصير للذى عفا جزء ، فيصير له في الجزء من الخمسمائة دينار من الاثنى عشر جزءاً أحد وأربعون ديناراً وثلثا دينار .

قال محمد بن رشد : في قوله في هذه المسألة : فيصير له في الجزء من الخمسائة دينار من الاثنى عشر جزءاً تقديمً وتأخير يحصل منه بعض إشكال ، وصوابه فيصير له من الخمسائة في الجزء من الاثنى عشر . وهي مسألة صحيحة مثل التي تقدمت في آخر أول رسم من هذا السماع ، ومضى بيانها هناك على ما نزلها فيه من الدين كان خمسائة ، والذي ترك البيت من الناض خمسائة ، وهذه ذكر فيها أن الدين مائة ، والذي ترك البيت من الناض مائة ، فهي على قياس تلك سواء ، لأن الواجب فيها أن يكون على كل واحد منهما من المائة الدين بقدر ما يجب له من المال ، والذي يجب للذى عفا من الابنين خمسون ديناراً لا أكثر نصف المائة الناضة التي ترك المتوفى ، ويجب للذى لم يعف خمسائة ، وخمسون نصف المائة الناضة التي تركها المتوفى ، والخمسائة التي صارت له من الديه إذا لم يعف كما عفا أخوه ، فيجب على الذي عفا من الدين بقدر ما صار له من المال ، وذلك نصف سدسه : ثمانية وثلث ، يبقى له من الخمسين أحد وأربعون وثلاثان ؛ ويجب على الذي لم يعف من الدين بقدر ما صار له أيضاً من المال ، وذلك خمسة أسداسه ونصف سدسه : أحد وتسعون وثلاثان ، يبقى له من الخمسائة وخمسين أربعين وثمانية وخمسون وثلث ، فإن قبض صاحب الدين المائة الناضة في دينه وبقيت بين الابن الذي لم يعف الخمسائة التي صارت له من الديه ، رجع عليه الذي عفا بالواجب له من الخمسائة إذ قد أخذ صاحب الدين المائة الناضة ، وذلك أحد وأربعون وثلاثان كما قال في الرواية ، ويبقى للأخر من الخمسائة أربعين وثمانية وخمسون وثلث ، وبالله التوفيق .

مسألة

قلت : فلو قُتِلَ وله وليان وله مدبر ، فعفا أحد الوليين عن الدم والدية ، وأخذ الآخر الديمة خمسمائة دينار ، ولم يترك إلا المدبر وحده .

قال : (كذا) مخالف للدين ، لأن الدين يخرج من رأس المال ، والمدبر لا يخرج إلا من الثالث . ويقال للذى عفا كم كان يكون لك من هذا المدبر لو لم يكن دية ولا غيره ولم يترك مالا سواه ؟ قلنا له : ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار ، لأن قيمة المدبر مائة دينار ، قلنا : فالمدبر سيَتم عتقه في الخمسمائة دينار ، فيعتق المدبر ويرجع هذا على صاحبه الذي لم يعف وأخذ الخمسمائة دينار بثلاثة وثلاثين وثلث دينار ، ولا يكون سبيله هنا سبيل الذي مرّ كما قال من قال بفضي قيمة المدبر على الخمسمائة دينار ، وهذا خطأ ، لا يكون الذي عفا أحسن حالاً إذا لم يعف صاحبه وأخذ الديمة منه لو قتلاه جميعاً ولم يأخذا دية ، ألا ترى أنهما لو قتلاه لم يكن له إلا ثلاثة وثلاثون وثلث ، ولصاحب ثلاثة وثلاثون وثلث ، ويعتق منه ثلاثة وثلاثون وثلث ؟ فهذا أبين من ذلك ، وهو الصواب إن شاء الله .

وهذا كله إذا كان القتل عمداً ، لأن العمد لم يعف الذي عفا عن مال وإنما عفا عن دم ، فلذلك^(٣١) جاز عفوه ولم يضمن الدين . وأما إذا كان خطأً فليس لأحد عفو حتى يخرج الدين ويخرج ثلث ما

(٣١) من قوله وسائر ما ذكره في هذه الرواية إلى هنا ساقط من الأصل ثابت في نسخة ق ٣ .

بقي بعد الدين للمدبرين ولأهل الوصايا وإن أحاطت وصاياتهم بذلك أو بما أحاطت منه ، ويكون ما بقي ميراثاً لورثته يجوز عفوهם وقضاءهم فيه ، وأما إذا كان القتل عمداً ففعوا عن جميع الدم والديمة فليس لأهل الدين ولا للمدبرين ولا لأهل الوصايا قليل ولا كثير، لأنهم إنما عفوا عن دم ولم يعفوا عن مال .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة : هذا مخالف للدين لأن الدين يخرج من رأس المال والمدبر لا يخرج إلا من الثالث ، صحيح في أنهما يفترقان في أن أحدهما من الثالث والأخر من رأس المال ، إلا أنهما وإن افترقا في هذا فهما يجتمعان في أنهما جميعاً مفضوضان على ما علِم به الميت من المال وعلى ما لم يعلم به مما أخذه أحد الوليين من الديمة ، فالقياس في المدبر أن يكون سبيله سبيل الدين ، كما قاله بعض من قاله ، فيفضل قيمة المدبر على الخمسمائة دينار يريد وعلى قيمته ، فإن كانت قيمته في التمثيل مائة عتق منه سُدسُه في قيمته وخمسة أسداسه في الخمسمائة ، فيرجع الذي عفا على الذي لم يعف وأخذ الخمسمائة بخمسة أسداس قيمة المدبر ، ولا يمتنع أن يكون الذي عفا في هذا أحسن حالاً إذا لم يعف صاحبه وأخذ الديمة منه أو قتلاه جميماً ولم يأخذا دية وآتوه عفيتاً جميماً ولم يأخذوا واحداً منها دية كما لم يمتنع أن يكون في الدين أحسن حالاً إذا أخذ أحدهما دية منه إذا قتلا جميماً ولم يأخذَا دية ألا ترى أنه لو ترك مائة وعليه دين مائة إن قتلاه جميماً لم يحصل له من المائة شيء؟ لأن الدين يكون أولى بها وأن أخذ أحدهما دية كان الدين مفضوضاً على المالين فيحصل له نصف ما بقي منهمما بعد ما نأبهما من الدين ، فقول المخالف هذا القياس ، وقول ابن القاسم إستحسان .

وقوله : وهذا كله إذا كان القتل عمداً إلى آخر المسألة صحيح بين لا إشكال فيه ولا موضع للقول ، لأن الديمة في الخطأ واجبة .

فَعْفُوُ المَقْتُولُ خَطًّا عَنْ دَمِهِ وَصِيَّةٌ مِنْهُ بِالدِّيَةِ يَكُونُ فِي ثُلُثِهِ ، وَعَفْوٌ مِنْ عَفَا مِنَ الْوَرَثَةِ هِبَّةً لِمَا وَجَبَ لَهُ مِنْهَا بِالْمِيرَاثِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ عَفَوْا كُلَّهُمْ فَلَا يَصْحُ عَفْوُهُمْ إِلَّا بَعْدِ أَدَاءِ الدِّينِ وَتَنْفِيذِ الْوَصَائِيَا .

وَإِنَّ دِيَةَ الْعَمْدِ فَلِيُسْتَ بِوَاجِهَةٍ فَعْفُوُ الْمَيِّتِ عَنْ دَمِهِ جَائزٌ وَكَذَلِكَ عَفْوُ الْأُولَىءِ وَعَفْوُ مِنْ عَفَا مِنْهُمْ .

فَإِنْ أَوْصَى الْمَيِّتُ بِقِبْلَوْ الدِّيَةِ وَرَثَثَ عَنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْمِيرَاثِ وَأَخْرَجَتْ مِنْهَا الْدِيَوْنَ وَجَرَتْ فِيهَا الْوَصَائِيَا ، وَإِنْ عَفَا الْأُولَىءِ فِيهَا أَوْ أَحْدَهُمْ عَلَى حَظِّهِ مِنْهَا دُونَ مِنْ سَوَاهُ كَانَ حَكْمُهَا أَوْ حَكْمُ مَا أَخْذَ مِنْهَا حَكْمٌ مَالِ طَرَا لِلْمَيِّتِ تَؤْدِي مِنْهُ الْدِيَوْنَ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهَا مِنَ الْوَصَائِيَا إِلَّا الْمَدْبُرُ حَسْبًا تَقْدِيمُ فِي الْمَسَأَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ وَبِاللهِ التَّوفِيقُ .

وَمِنْ كِتَابِ الْجَوابِ

وَسَأَلَتْهُ عَنِ الْأَبِ وَالْبَنَاتِ إِذَا اجْتَمَعُوا فِي دَمِ الْعَمْدِ فَكَانَ مَا تَقْدِيمُ فِي الْمَسَأَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ بِقَسَامَةٍ أَوْ بَيْنَهُ مِنْ أَوْلَى بِأَنْخَذِ الْقَوْدِ أَوْ بِالْعَفْوِ؟ عَنِ الْجَدُودِ وَالْأَخْوَاتِ عَلَى مِثْلِ ذَلِكِ؟

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : قَالَ مَالِكٌ : إِذَا اجْتَمَعَ الْبَنُونَ وَالْبَنَاتُ فِي دَمِ الْعَمْدِ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمْ فَلَا كَلَامٌ مَعَ الْبَنِينَ فِيهِ فِي عَفْوٍ وَلَا قِيَامٍ بِالْدَمِ ، وَالْبَنُونَ أَوْلَى بِذَلِكَ كُلَّهُ ، وَكَذَلِكَ الْإِخْوَةُ وَالْأَخْوَاتُ سَوَاءٌ يُجْرِوْنَ إِذَا اجْتَمَعُوا مَجْرِي الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ فِي ذَلِكَ كُلَّهُ لَا إِعْتِرَاضٌ لِلْأَخْوَاتِ مَعَ الْإِخْوَةِ إِذَا كَانُوا كُلُّهُمْ فِي الْقَعْدَدِ سَوَاءٌ فِي عَفْوٍ وَلَا قِيَامٍ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَإِذَا اجْتَمَعَ الْأَبُ وَالْبَنَاتُ فَلَا عَفْوٌ لِلْبَنَاتِ إِلَّا بِهِ وَلَا لَهِ إِلَّا بِهِنَّ وَأَيِّ الْفَرِيقَيْنِ قَامَ بِالْدَمِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ الْأَبُ كَانَ أَوْ الْبَنَاتِ ، وَإِنْ كَانَ الْأَبُ وَالْأُمُّ فَقَطْ فَلَا حَقٌّ لِلْأَمْ مَعَهُ وَلَا كَلَامٌ فِي عَفْوِ

ولا قيام ، والأب هو أولى ، وإذا كان الأب والإخوة والأخوات فعلى مثل ذلك أيضاً لا اعتراض لهم معه بوجه من الوجوه في عفو ولا قيام والأب هو أولى ، وإذا كان الأب والولد الذكور فلا حق للأب معهم في عفو ولا قيام بوجه من الوجوه ، وهم أولى ، والجحد مع الإخوة يجري مجرى آخر إن عفا جاز عفوه عليهم والجحد مع الأخوات آخر لا كلام لهن معه في عفو ولا قيام ، وهو أولى بالعفو والقيام ، قال عيسى : يعني إذا عفا الجحد أنه لا سبيل للأخوة إلى الدم غير أن لهم نصيبهم من الدية ، قال : والجحد والبنات بمنزلة الأب والبنات لا عفو لهم إلا به ولأهله إلا بهن ومن قام بالدم فهو أولى ، والجحد والولد الذكور لا كلام له معهم في ذلك بوجه من الوجوه ولا عفو ولا قيام ، وهم أولى بذلك منه ، والأم والإخوة لا عفو لها إلا بهم ولا لهم إلا بها ، وأبيهم قام بالدم فهو أولى الأم أو الأخوة والأم والأخوات والعصبة إن اجتمعت الأم والعصبة على العفو جاز ذلك ، وإن كره ذلك الأخوات ، وإن اجتمع الأخوات والعصبة على العفو وأبنت الأم فالأم أولى بالقتل ، وتقتُل ولا يُنظر إلى عفو الأخوات إذا أبنت الأم لأن الأم أقعدت من الأخوات وأقرب ، وإنما الدم للأقعد فالأقعد والبنات والأم والعصبة إن عفا البنات والعصبة جاز على الأم وإن كرهت ، وإن عفت الأم والعصبة لم يجز إلا بالبنات ، ولا تجري الأم هنا مجرى إبنة عفت لأن البنات أقعد وأقرب من الأم ، وإن عفت واحدة من البنات وواحدة من العصبة جاز على من بقي وسقط القتل ، والبنات والأخوات إذا اجتمعن فلا كلام للعصبة معهن ولا حق في قيام ولا عفو لأنهن قد أحْرَزْنَ الميراث كلَّه ، وذلك إذا كان القتل ببيته ، فاما إن كان بقصامته فلا حق للنساء فيه بوجه من الوجوه ولا كلام لأنهن لا يحلفن فيه ، وإنما العصبة هي

التي تستحقه بأيمانها ، والجدة لا تجري مجرى الأم في شيء من الأشياء مما يكون لها في عفو ولا قيام لا جدة الأم ولا جدة الأب .

قال محمد بن رشد : تحصيل القول في هذه المسائل كلها أن ترتيب الولاة في القيام بالدم كترتيبهم في ميراث الولاء وفي الصلاة على الجنائز وفي النكاح لا يشد عن ذلك على مذهب ابن القاسم إلّا قوله في الجد مع الإخوة إنه بمنزلتهم في العفو عن الدم والقيام به .

فأحق الناس بالقيام بدم الرجل ولده ثم ولد ولدِه ، ثم أبوه ثم ولد الأب وهو الأخ ، ثم ولد الأخ ثم الجد ثم ولد الجد وهو العم ، ثم ولدُه هكذا أبداً ، فلا حق في القيام بالدم لأب مع الولد ولا مع ولد الولد مع الولد ولا للأخ مع الأب ولا لولد الأخ مع الأخ ، ولا للعم مع الجد ولا لولد العم مع العم .

فإذا اجتمع الأولياء في درجة واحدة بنون أو إخوة أو بنو إخوة أو أعمام أو بنو أعمام فعفا أحدهم ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها أن عفواً من عفواً منهم يبطل الدم والديمة كان عفوه قبل القساممة أو بعدها والثاني أن عفوه يبطل الدم ولا يبطل الديمة كان العفو أيضاً قبل القساممة أو بعدها والثالث أنه إن كان قبل القساممة أبطل الدم والديمة ، وإن كان بعد القساممة أبطل الدم ، وكان لمن بقي حظه من الديمة حسبما مضى بيانه في آخر أول رسم من سماع أشهب .

وأما النساء فلا حق لمن لا ميراث لها منهن في القيام بالدم كالعمات وبنات الإخوة وبنات الأعمام ومن أشبههن من القرابات ولا لمن يرث منهن من لو كان في مرتبتها رجل لم يرث بالتعصيب ، وهن الأخوات لأم ولا لمن يرث منهن ولو كان رجل في مرتبتهما ورث في حال دون حال ، وهن الزوجات والجدات لأنهن لا يرثن إن كن من قوم المتوفى ، وكذلك الأم عند ابن الماجشون وسحنون ، لأنها قد تكون من قوم آخرين خلاف مذهب ابن القاسم في أن لها حقاً في الدم ليكونها بمنزلة الأب في القرب .

وأما ما يرث منهن لو كان في مرتبتها رجل ورث مثل البنات والأخوات

والأمهات فلئنْ في القيام بالدم حقُّ ، ولا يخلو أمرهن من ثلاثة أحوال أحدها أن يكن مع من هو بمنزلتهن من الرجال كالبنات مع البنين ، والأخوات مع الإخوة أو الأب مع الأم أو مع من هو أقرب منهن كالأخوات مع البنين والثانية أن يكونون مع من هو أبعد منهن إلا أنه وارث معهن كالبنات مع الأب والأم مع الإخوة والثالثة أن يكونون أيضاً مع من هو أبعد منهن إلا أنه لا ميراث له معهن كالبنات والأخوات مع العصبة .

فاما إذا كنَّ مع من هو بمنزلتهن أو أقرب منهن كالبنات مع البنين أو الأخوات مع الإخوة أو مع البنين فلا حق لهن مع الرجال في عفو ولا قود ، والرجال أحقُّ منهن بالقيام بالدم والعفو عنه .

واما إذا كن مع من هو أبعد منهن إلا أنه وارث معهن كالأم مع الإخوة ، والبنات مع العصبة فمن قام بالدم منهن كان أولى مِنْ عفا ، إن عفت الأم فالإخوة أحقُّ بالقود ، وإن عفا الإخوة فالأم أحق بالقود ، وإن عفا البنات فالعصبة أحق وإن عفا العصبة فالبنات أحق بالقود إلا أن يكون بعض النساء أقرب من بعض كالأم أو البنت مع الأخوات والعصبة أو كالبنت مع الأم والعصبة ، فيكون للأقرب منهن العفو إذا اجتمعت على ذلك مع العصبة .

واما إن كن مع أبعد منهن إلا أنه لا ميراث له معهن كالأخوات والبنات مع العصبة ، فإن اجتمع البنات والأخوات على القتل أو العفو فهن أولى بذلك من العصبة لأنفراهُن بالميراث دونها ، فإن افترقن فأراد بعضهن القتل وبعضهن العفو رجع الأمرُ إلى العصبة فيما أرادوه من قتلى أو عفو هذا كله سواء على مذهب ابن القاسم في المدونة ثبت الدم ببينة أو بقساممة وفي ذلك ثلاثة أقوال قد مضى تحصيلها في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم أحدها قوله في هذه الرواية إنَّ الدَّمَ إِذَا استحق بقساممة فلا حق للنساء في ذلك مع العصبة في عفو ولا قيام ، لأنها هي التي استحقته بأيمانها ، وأختلف في الجد مع الأخوة ، فذهب ابن القاسم إلى أنه بمنزلة أخ عفا منهم جاز عفوه على من

بقي ، وأنه أحق من بينهم قياساً على الميراث ، وذهب أشهب إلى أن الإخوة وبنיהם أحق من الجد وهو الأظاهر ، لأن ترتيب الولاية في الدماء إنما هو على حسب ترتيبهم في ميراث الولاية لا في ميراث المال ولا مدخل للزوج في ذلك بسبب الميراث باجماع .

وأما قول ابن القاسم في هذه الرواية إن الجدة لا تجري مجرى الأم في شيء من الأشياء مما يكون لها في عفو ولا قيام لا جدة الأب ولا جدة الأم فهو على ما قسمناه من أنه لا حق في الدم لأحد من النساء إلا لمن يرث منها من لو كان في مرتبتها رجل وارث ، وابن الماجشون وسخنويقولان إن الأم كالجدة لا حق لها في الدم مع العصبة لأنها من قوم آخرين وبالله التوفيق .

مسألة

وسأله عن الطائفتين يقتلون فيفترقون على قتلى وجراحي يقول الرجل من إحدى الطائفتين أنا قتلتُه من غير طائفته ما الأمر في ذلك ؟

قال ابن القاسم ولاة المقتول مُخيرون إن شاءوا قتلوه بإقراره ، وإن شاءوا تركوه والزموهم الديمة ، لأنه يُتهم بإقراره في طرح الديمة التي قد وجبت عليه وعلى طائفته وأصحابه .

قال محمد بن رشد : الجواب في هذه المسألة بين صحيح ، والتعليق ضعيف إذ لو اتهم في إقراره لما الزمه وهو له لازم على كل حال إن شاء ولاة المقتول أن يأخذوه به ويقتلوه كان ذلك لهم على ما قال ، وإنما هو مُقر على نفسه وشاهد بالبراءة لغيره فيلزم إقراره على نفسه ولا تجوز شهادته بالبراءة للطائفة التي نازعت المقتول من قبله لأنه ليس بشاهد على فعل ، وإنما هو شاهد على نفي فعل والشهادة بالنفي ليست بعامله .

مسألة

وإن افترقوا عن قتيل وزعم المقتول أن دمَّةً قبلَ رجل من الطائفة التي نازعوه ونازعوا أصحابه ، وأنه هو الذي ضربه أو قتله أو يشهد لهم بذلك شاهدُ واحدٍ عدلٌ كانت فيه القسامـة مع شهادة الشاهد ومع قول المقتول أيهما كان ، وإنما تقسيـر قول مالك لا قسامـة فيمن قُـتـلـ بين الصـفـينـ إنـماـ ذـلـكـ إـذـاـ لمـ يـكـنـ بـكـلامـ منـ المـقـتـولـ ،ـ وـلـاـ بـشـهـادـةـ شـاهـدـ ،ـ وـكـانـ بـدـعـوـىـ منـ وـلـاـةـ المـقـتـولـ بـأـنـ يـقـولـواـ فـلـاـنـ قـتـلـهـ لـرـجـلـ مـنـ غـيرـ طـائـفـتـهـ ،ـ أـوـ يـقـولـواـ إـنـماـ جـاءـ قـتـلـهـ مـنـ قـبـلـ هـذـهـ طـائـفـةـ الـتـيـ قـاتـلـوـهـ ،ـ لـأـنـهـ يـعـلـمـ أـنـهـمـ الـذـينـ قـاتـلـوـهـ وـقـاتـلـوـهـ أـصـحـابـهـ ،ـ فـلـمـ يـمـحـضـهـمـ قـتـلـهـ فـنـجـنـ نـرـيدـ أـنـ نـقـسـمـ وـنـقـتـلـ وـاحـدـاـ مـنـهـمـ فـلـيـسـ لـهـمـ ذـلـكـ ،ـ وـلـاـ قـسـامـةـ فيـمـنـ قـتـلـ بـيـنـ الصـفـينـ إـلـاـ بـكـلامـ مـنـ المـقـتـولـ إـنـ سـمـىـ مـنـ قـتـلـهـ أـوـ يـقـومـ شـاهـدـ عـدـلـ عـلـىـ مـنـ قـتـلـهـ مـنـهـمـ ،ـ قـالـ سـحـنـونـ :ـ قـالـ لـيـ اـبـنـ الـقـاسـمـ فـيـمـنـ قـتـلـ بـيـنـ الصـفـينـ فـشـهـدـ عـلـىـ قـتـلـهـ رـجـلـ وـاحـدـ أـوـ عـلـىـ إـقـرـارـهـ فـلـاـ قـسـامـةـ فـيـهـ .

قال سحنون وسألت ابن القاسم عمن يوجد قتيلاً بين الصفين ، قال مالك لا قسامـةـ فـيـهـ وـدـيـتـهـ عـلـىـ الـذـينـ نـازـعـوـهـمـ ،ـ قـيلـ لـهـ :ـ عـلـىـ عـوـاقـلـهـمـ أـوـ فـيـ أـمـوـالـهـمـ ؟ـ قـالـ بـلـ فـيـ أـمـوـالـهـمـ ،ـ قـيلـ لـهـ :ـ فـإـنـ عـرـفـ مـنـ قـتـلـهـ مـنـهـمـ أـيـقـتـلـ بـهـ ؟ـ قـالـ :ـ نـعـمـ .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم الشجرة من سمع ابن القاسم فلا معنى لعادته .

مسألة

قيل له فإن كان القتيل الذي وجد بين الصفين إنما كانوا قوماً

يقاتلون على تأويلٍ ؟ قال : فليس على الذين قتلوا قتل وإن عرفا ، قيل له فديته هل عليهم منها شيء ؟ قال : لما سقط القتل عنهم سقطت الدية عنهم ، وليس أهل التأويل كغيرهم .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في الأثر من كتاب الجهاد من المدونة من قول ابن شهاب : هاجت الفتنة الأولى فأدرك رجالاً ذوي عدد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه فكانوا يرون أن يهدّرَ أمّن الفتنة فلا يُقام على أحد قصاص ولاحد في سبي امرأة مسْتَ ولا يرى بينها وبين زوجها ملاعنة يريدها نفسي ولدتها ولا يرى أن يقفوها أحد إلا جلد^(٣٢) الحد، ومثله روى مطرف وابن الماجشون عن مالك أنه لا يقتل به ولا يقاد منه ، ومن أهل العلم من يرى أنه يقاد به ويقتضى منه ، وهو قول أصيغ ومذهب عطاء ، وهذا الاختلاف في القصاص منه سواء تاب أو أخذ قبل أن يتوب ، ولا يُقام عليه حدُ الحرابة وإن أخذ قبل أن يتوب ولا يؤخذ ما أخذ من المال وإن كان مُوسِراً إلا أن يوجد بيده شيء يعينه فيرد إلى ربه ، وأما من أوسر منهم في الحرب وهي قائمة لم يظهر بعد على أهل رأيه فللامام أن يقتله إن رأى ذلك ، لما يخاف من أن يعيّن مع أصحابه على المسلمين .

وإن كان ذلك بعد انقطاع الحرب والظهور على أهل رأيه فإنه لا يقتل ، وحكمه حكم البدعي في جماعة المسلمين ، الذي لا يدعوا إلى بدعته يستتاب في قول مالك ، فإن تاب ، وإن قتل وهو قول مطرف وابن عبد الحكم وأصيغ ، وقال ابن الماجشون وسخنون ينهي عن بدعته ويؤدب عليها ويستتاب ويقبل منه ما أظهر من قليل التوبة وكثيرها ، ولا يقتل وهو قول عطاء وبالله التوفيق .

(٣٢) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ . ولعل صوابه : ولا يقتضيها أحد إلا جلد .

ومن كتاب باع شاة

وسأله عن الرجل يطلب الرجل بالسيف فيعثر المطلوب قبل أن يضربه فيماوت قال أرى أن يقتل به ، وقال أبو حمزة عن المخزومي مثله .

قال محمد بن رشد : مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون ، وهو بين لا أعرف فيه نص خلاف في المذهب ، ويدخل فيه الاختلاف بالمعنى لأنه من شبه العمد الذي اختلف في وجوب القصاص منه على ما مضى في أول سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

وسأله عن الرجل يرمي بحجر عمدًا فيتقيه المرمي فيرجع الحجر فيصيب آخر فيقتله .

قال : إن كان إنما اتقى عن نفسه من غير أن يردد الحجر بشيء فعقله على الرامي ، وإن كان دفع الحجر عن نفسه بشيء فرده حتى أوقعه على غيره فديته على المرمي وليس على الرامي شيء .

قال محمد ابن رشد : مثل هذا في المجموعة من روایة علي بن زياد عن مالك ، قال فيمن رمى رجلاً بحجر فاتقاها بيده فرجع الحجر فأصاب رجلاً فعلى الذي رده العقل ، وهو من الخطأ ، وقال أصبح في الواضحة : بل ذلك على الرامي دون المرمي وأن دفع الرمية ، إذ لا يتقي الرمية إلا بدفعها ، وكما لو طلبه بسيف فهرب منه فوقع على صبي فقتله أو على شيء فكسره ، فذلك على طالبه وهو من الخطأ إلا أن يعثر المطلوب نفسه فيماوت فيكون فيه القود ، وكذلك دافع الحجر عن نفسه بشيء بيده أو رجع الحجر عنه لشأنه

فأصاب رجلاً غير المرمى فذلك من الخطأ وهو على الرامي فإن أصاب المرمي فهو من العمد إلّا أن يكون الحجر قد كان قد مغره وانكسر حده قبل أن يرده فيكون على المرمي ، وكذلك لا اختلاف أيضاً إذا اتقى الحجر ولم يرده أنه على الرامي ، وإنما الاختلاف إذا دفعه من نفسه في انتقامه إيه وكيف ما كان فهو من الخطأ إلّا أن يكون المرمي هو الذي مات فهو من العمد وبالله التوفيق .

ومن كتاب العنق

وسأله عن امرأة أقسمت خميسَ يميناً في قتلِ خطٍّ فأخذت قدرَ حصتها من الميراث ثم أنها نزعت وندمت وردت ما أخذت على الذي أقسمت عليه ثم أتَتْ أختُ لها فقالت : أنا أقسم بقدر نصبي من الميراث .

قال : أرى أن تحلف بقدر مالها من الميراث ، لأن يمين الأولى حكم قد مضى لا ينقضه نزعها ، ألا ترى لو أنهما حلفتا خمسين يميناً فأخذتا ثلثي الديمة ثم نزعت إحداهما لم يُقل للباقي استكملي خمسين يميناً والا فردي ما أخذت لأنه حكم قد مضى .
قال محمد بن رشد : هذا بين لا اشكال فيه ولا اختلاف وبالله التوفيق .

مسألة

وسائل عن رجل قُتلَ خطأً فقال فلان قتلني خطأً وقال الرجل بل قتلته عمداً أو قتلني عمداً وقال الرجل بل قتله خطأً .

قال : قال مالك : فيمن قال عند موته قتلني فلان خطأ إنه يقسم عصبيته مع قوله ويستحق الديمة ولا يتهم لأنه لو قال قتلني عمداً أقسم مع قوله وقتل ، قال ابن القاسم : وقد أخبرني من أثق به أنه كان قوله قديماً أنه لا يقبل قوله لموضع التهمة أن يكون إنما أراد غناء ولده ، فسئل عن ذلك فرجع ، فقال أرى أن يقسم مع قوله ويستحق الديمة ، قال ابن القاسم فأما القاتل بالعمد فأرى الورثة بال الخيار إن أحبا أقسموا وأخذوا الديمة ، وإن أحبا قتلوا بالإقرار ، ويقسمون على ذلك إن كانت حياة .

قال محمد بن رشد : القساممة في العمد مع قول المقتول دمي عند فلان لم يختلف بأنه يلزم و يؤخذ به بإقراره قبل بقاسمة و قبل بغير قساممة ، ومعنى ذلك إذا كانت للمقتول حياة ، وأما إذا لم تكن له حياة فيقتل بإقراره دون قساممة قوله واحداً أو قد قبل إن ذلك ليس باختلاف من القول ، وإنما معناه أنه يقتل بقاسمة إذا كانت الحياة له حياة ، وبغير قساممة إذا لم تكن له حياة ، وقد مضى هذا في أول السَّماع ، فإذا قال الرجل قتلني فلان عمداً أو أقرَ القاتل بذلك فإن لم تكن له حياة قُتل بإقراره دون قساممة قوله واحداً ، وإن كانت له حياة قبل يقتل بغير قساممة وقبل بقاسمة وهو قوله في هذه الرواية ، وقسامتهم إنما هي أن يحلفوا لآئذ مات من الجرح الذي أقرَ القاتل به ، بخلاف قسامتهم يقول المقتول قتلني فلان ، لأنهم يقسمون مع قوله أنه جرحة وأنه مات من جرحه .

وأما القساممة في الخطأ مع قول المقتول قتلني فلان خطأ فالمشهور من قول مالك أنه لو ث يوجب القساممة والديمة على العاقلة ، وقد حكى ابن القاسم فيما بلغه عنه على ما وقع في هذه الرواية أن قوله لا يُقبل لموضع التهمة أن يكون أراد غناء ولده ، وهو قول ابن وهب وابن أبي حازم من أصحاب مالك ، وقد قال محمد بن الموزان لم ثبت عندنا الرواية في منع القساممة مع قوله إلا في

قول الرجل أنا قتلت فلاناً خطأ ، وأما قوله قتلني فلان خطأ أو عمداً فما علمنا فيه اختلافاً من قول مالك وأصحابه كلهم إلّا ابن وهب .

واختلف إذا قال الرجل قتلت فلاناً خطأ فقيل إنه لو ثُ يوجب القسامة والدية على العاقلة إذا لم يتهم أن يكون أراد غناه ولد المقتول على ما قاله في المدونة، وقيل إن الدية تكون عليه في ماله لأن العاقلة لا تحمل الإقرار قيل بقسامة وقيل بغير قسامة ، وذلك إذا كانت للمقتول حيَا ، وأما إذا لم تكن له حياة فالدية عليه في ماله دون قسامة قولًا واحدًا هو الذي يجب أن يُحمل عليه ما وقع من ذلك في كتاب الصلح من المدونة مجملًا ، وهذا الذي ذكرناه أصل هذه المسألة التي تثبّتي عليه ، فإذا قال الرجل قتلني فلان خطأ وقال فلان بل قتلتُ عمداً فعلى المشهور من أن قول المقتول قتلني فلان خطأ لو ثُ يوجب القسامة والدية على العاقلة ، يكون عصبة المقتول بال الخيار بين أن يقتلوه باقراره دون قسامة إن لم تكن له حياة ، أو مع القسامة إن كانت له حياة على الاختلاف الذي ذكرناه في ذلك ، وبين أن يقسموا مع المقتول فتكون الدية على عاقلته .

وإذا قال قتلني فلان عمداً ، وقال فلان بل قتلتُ خطأً فعلى القول بأن قول الرجل قتلت فلاناً خطأ لو ثُ يوجب القسامة والدية على العاقلة يكون الأولياء مخيرين بين أن يُقسموا مع قول المقتول فيقتلوا القاتل وبين أن يقولون لهم الدية على عاقلته وعلى القول بأن قول الرجل قتلت فلاناً خطأ يوجب الدية عليه في ماله يكون الأولياء مخيرين بين أن يقسموا مع قول المقتول فيقتلوا القاتل وبين أن يُلزموا القاتل الدية في ماله بإقراره بالقتل دون قسامة إن لم تكن له حياة أو مع قسامته إن كانت له حياة على ما ذكرنا من الاختلاف في القسامه في ذلك ، فهذا بيان وجه القول في هذه المسألة مستوفى .

مسألة

وسئل ابن كنانة عن رجل ادعى أنَّ رجلاً سقاه سُمًا وأشهد رجالاً وقال لهم اشهدوا أنَّ فلاناً سقاني سُمًا وهو في جوفه فإنْ مثْ فدمي عنده ، هل تكون القسامَة في ذلك ؟ قال : لا تكون القسامَة في مثل هذا إلَّا في الضرب المشهود عليه أو الإشارة البينة من الجراح والضرب .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن كنانة هذا في أنَّ التدمية لا تكون عاملة إلَّا مع الشهادة على الضرب أو الآثار البينة منه أو من الجراح خلاف قول ابن القاسم في سماع أبي زيد ودليل قوله في رسم أول عبد أبتابعه فهو حر من سماع يحيى وقولُ ابن كنانة إلَّا في الضرب المشهود عليه يزيد الضرب الذي يثبت بالشهادة ، فلو شهد على قوله شاهدٌ واحدٌ أنه ضربه فمات من ضربه ولم يظهر به أثرٌ منه أو أنه سقاه سُمًا فمات منه ولم يظهر لذلك أثرٌ من قيءٍ أصابه منه لم يكن في ذلك قسامَة كما لا يكون القسامَة بذلك مع قولِ المقتول ، وقال أصبحَ إنَّ القسامَة منه تكون في ذلك مع قولِ المقتول كما تكون فيه مع الشاهد الواحد .

فاحتجاجُ أصبح لا يلزم ابن كنانة وإنما يلزم من يُفرق بين الوجهين .

فيحصلُ في المسألة ثلاثة أقوال ، أحدها أنَّ القسامَة لا تكون إذا لم يكن بالمقتول أثرٌ لا بشهادة واحد ولا بقول المقتول ، وهو قول ابن كنانة ، والثاني أنَّ القسامَة تكون لأولياء المقتول في الوجهين جميعاً ، وهو قولُ أصبح والثالث أنهم يُقسمون في ذلك مع الشاهد الواحد ولا يُقسمون فيه مع قول المقتول ، وإذا أعملت ، التدمية على نصِّ رواية ابن زيد ودليل رواية يحيى دون أثر من جرح أو ضرب يكون بالمدمي فإنما تعلم بعد موته في إيجاب قتل

المدمي عليه بالقصامة وأما في حياته فلا يلزم المدمي عليه بالتدمية سجن لأنه يتهم أن يكون أراد سجنه بدعوه .

وقول ابن حننة في أن التدمية لا تعمل أصلًا أظهر من قول ابن القاسم للاختلاف في أصل التدمية إذ لم يتابع مالكا على قوله في إيجاب القود بها إلا أصحابه وبالله التوفيق لا شريك له وصلى الله على من لا نبي بعده .

انتهى كتاب الديات الأول بحمد الله تعالى

فهرس

٨٤ - ٥	كتاب العتق الثالث
١٤٨ - ٨٥	كتاب العتق الرابع
٢٠٧ - ١٤٩	كتاب المُدَبِّر
٢٨٥ - ٢٠٩	كتاب المكاتب
٣١٤ - ٢٨٧	كتاب الوديعة
٣٣٦ - ٣١٥	كتاب العارية
٣٤٧ - ٣٣٧	كتاب العِدَة
٣٧٩ - ٣٤٩	كتاب اللقطة
٣٩٩ - ٣٨١	كتاب المزارعة
٤٣٢ - ٤٠١	كتاب المغارسة
٥٢٣ - ٤٣٣	كتاب الديات الأولى