

وكما لو وجب الخيار للمبتاع بعد البت باعتبار تعلق الضمان، أمن البائع أم من المبتاع فيه قولان أصلهما ما أصل.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: لم يطردوا هذه القاعدة في مسائل كثيرة كشرط النكاح ونفقة الربيب وبيع الدور المطبلة والأملك الموظفة والأمتاع والثنيا وتسليف أحد الشريكين صاحبه بعد العقد والشروع أو تطوعه بزيادة في العمل أو في المال أو فيهما بعد والطوع بعيوب المبيع بعد العقد وينفذ الثمن في الخيار والعهدة والمواضعة والمبيع الغائب على صفة صاحبه، وبيع الحيوان والعروض البعيدة الغيبية على الصفة، ومسائل الجعل والإجارة على حرازة زرع، واشترائط تأخير دابة معينة لتركب بعد شهر، وكراء الأرض غير المأمونة كأرض الأندلس و المغرب، وكذلك الجنات والأرحى، والأرض المبيعة على التكسير، ومقتضى القول بأن الملحق بالعقد يعد كجزئه، فساد هذه العقود كما هي إشارة صاحب التوضيح في مسألة الشركة مقتضى ذلك القول أيضا دخول طرو البراءة، وأقوالها العديدة الشتى في الطوع بعيوب المبيع.

نعم أشار بعض أصحاب النوازل إلى عدم اللزوم فيها تخريجا على إسقاط الشئ قبل وجوبه، ومن نمطه في المذهب المالكي كثير، وقد مر تقرير بعضه في هذا الملخص، واستوفينا ما ورد من ذلك في كتاب الطلاق، من كتابنا المترجم بالواعى لمسائل الأحكام والتداعى.

تنبيه: في صحة تخريج هذا الشيخ على إسقاط الشئ قبل وجوبه نظر، لأن المخرج هنا وهو الطوع بالعيوب تمنع أن يكون من باب إسقاط الشئ قبل وجوبه بل هو من باب إسقاط الشئ بعد وجوبه وقبل العلم به فهو أقوى فتأمل.

وقد نحا القاضي أبو الوليد بن رشد «رحمه الله» إلى هذا المعنى في نظيرة هذه هو الله أعلم انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو كالهبة فإذا قال بعد الصرف استرخصت فزدنى، فزاده، فإن تحقق الإلحاق كأن يزيده خشية الفسخ أو الإصلاح العقد ففي انتقاضه قولان وإلا جاز، ولم يجب بدله إن كان معينا وإلا وجب، ولم ينقض الصرف، وهذه قاعدة إلحاق ما بعد العقود بها أو قطعه عنها.

ثم اختلفوا هل تعد كالمقارن أو لا؟ فإذا قام برد الزائف فأرضاه، فقال سحنون: القيام كالرد بناء على الثاني، والمشهور الصحة بناء على الأول، والمنصوص أنه لا يجوز تعجيل خرص العربة المشتراة هي به إلا أن ينعقد البيع على التأجيل ثم يتراضيا على التعجيل. وخرج الخلاف في المستثنى على القاعدة وقال الشافعي: يجوز التناجز.

وقال أيضا: قاعدة: الملحق بالعقد هل هو كالواقع معه فلا يفتقر إلى القبض أو لا فيفتقر؟ قولان للمالكية ثم قالوا: الزوج يرجع بنصف الزيادة بعد العقد.

وهذا يدل على أنهم الحقوها بالصداق، أما الهبة للعقد فكسائر الهبات ولا يرجع بنصفها في النكاح، لأن الطلاق من قبله وكان قادرا على التماذى.

قوله: «في ثمر» يحتمل أن يقرأ بالراء فيكون إشارة إلى شراء الثمرة بعد

صلاحها، ثم الأصل هل في الثمرة جائحة أم لا؟ ويحتمل أن يقرأ بالنون، وهو الذي رأته في نسختين إحداهما بخط المؤلف، والأخرى نسخت من مبيضة المؤلف، فيكون إشارة إلى الزيادة في الثمن، كالمهر والصرف، ويؤيده ما في إيضاح المسالك ونصه:

وكالزيادة في الصرف وثمن السلعة وصداق المرأة بعد العقد.

قوله: «أو نقده الثمن في اللائي تؤب إلى الجواز» أي تطوعه بنقد الثمن في المسائل التي ترجع إلى الجواز، أي التي هي بصدد الفسخ وانحلال العقد.

ص هل جملة الملك ببطلان أحق أو جهة إن دار بين ما سبق  
وذا كمضطر وجبر الجار وشركة الوقف وشبهه جار

ش أي الملك إذا دار بين أن يبطل جملة أو من وجه هل الثاني أولى؟ فيه خلاف وعليه المضطر إلى الطعام إذا وجب عليه أكل طعام الغير ووجب رفع يد مالكله عنه هل تلزمه قيمة أم لا؟ وإجبار الجار على إرسال فضل مائه على جاره الذي انهدمت بثره وله زرع يخاف عليه. والثمن اقرب إلى الاصل، واجمع بين القاعدتين.

و من ثم قال أشهب: لو قدر الريح قبل الحصول اجتمع تقديران، والتقدير على خلاف الاصل وإذا أدى عن غيره دينا صدق في التبرع على الأصح.

و إذا قال: أعتقتك على مال، وقال العبد بغير شيء فقال في الكتاب:

قول العبد. و قال أشهب: السيد، كما لو قال: أنت حر و عليك كذا بخلاف الزوجة. و لهذا رجع بيع الحبس و التعويض به عند القيام بضرر الشركة على إبطاله رأسا خلافا للحمي، و هما قولان معروفان هذا نص إيضاح المسالك.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: إذا دار الملك بين أن يبطل بالجملة أو من وجه فالثاني أولى، لأنه أقرب إلى الأصل، و للمالكية قولان: و عليهما المضطر إلى الطعام إذا و جب عليه أكل طعام الغير، و و جب رفع يد مالكة عنه هل تلزمه قيمته أو لا؟ و إذا أدى عن غيره دينا صدق في التبرع على الأصح و إذا قال أعتقتك على مال. و قال العبد بغير شيء، فقال في المدونة: قول العبد و قال أشهب: قول السيد، كما لو قال: أنت حر و عليك مائة بخلاف الزوجة و لهذا رجحت بيع الحبس و التعويض به عند القيام بضرر الشركة على إبطاله رأسا و حكمت به خلافا للحمي، و هما قولان معروفان للمالكية.

قاعدة: مسألة الكتاب المتقدمة تدور على أصول: منها: القواعد المتقدمة و منها: اجتماع الإقرار و الدعوى كما مر أيضا، و منها: اعتبار الكلام بأخره و هو أصل لا ينبغي أن يعدل عنه إلا لمانع منه و إلا سقط الإستثناء و الشرط و نحوهما. فإذا قال هذه الجبة لك و بطانتها لي أو هذا الزيت لك و الجرة لي لم يقبل، و خاتم فضة لي نسقا يقبل، و في ثوب في منديل قولان. و هذا كله مذهب مالك.

قوله: «إن دار» أي الملك و ما سبق بطلان جملته و ذا بطلانه من وجه

فقط .

ص هل يلزم الوفاء بالوعد نعم ولا نعم بسبب أو إن لم

ش أي هل يلزم الوفاء بالعدة أم لا ؟ أربعة أقوال :

الأول : يلزم مطلقا وهو معنى قوله نعم ، أي نعم يلزم .

الثاني : لا يلزم مطلقا ، وهو معنى قوله : لا ، أي لا يلزم .



الثالث: يلزم أن وقعت على سبب و هو معنى قوله: نعم بسبب أي مع سبب .

الرابع: يلزم إن وقعت على سبب و دخل في ذلك السبب بخلاف غير الواردة عليه، و بخلاف إن لم يدخل فيه و هو معنى قوله: «أو إن لزم» يعني السبب و ذلك بوقوعه، و الدخول فيه أي قيل نعم، و قيل لا، و قيل نعم بسبب و وقع ذلك السبب.

قال الشهاب في فروقه: و اعلم أن الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعاً أم لا؟ قال مالك: إذا سألك إن تهبه ديناراً، فقلت: نعم، ثم بدا لك لا يلزمك، و لو كان افتراق الغرماء عن وعد و اشهاد لأجله لزمك لإبطالك مغرماً بالتأخير.

قال سحنون: الذي يلزم من الوعد اهدم دارك و أنا أسلفك ما تبني به، أو أخرج إلى الحج و أنا أسلفك، أو اشتر سلعة أو تزوج امرأة و أنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، و أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

و قال أصبغ: يقضي عليك به تزوج الموعود أم لا ؟ و كذلك أسلفني لأشتر سلعة كذا لزمك تسبب في ذلك أم لا ؟ و الذي لا يلزم من ذلك إن يعده من غير ذكر سبب، فيقول: أسلفني كذا فيقول نعم كذلك قضى عمر بن عبد العزيز، و إن وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك، لأن إسقاط تأخير الحق سواء قلت له أوخرتك، وإذا أسلفته مدة تصلح لذلك انتهى.

واحتج القرافي في فروقه، على وجوب الوفاء بالوعد: بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون﴾ من حيث إن الوعد إذا أخلف قول لم يفعل، فيلزم أن يكون كذبا محرما، وأن يحرم إخلاف الوعد مطلقا.

وبقوله ﷺ في علامة المنافق: «إذا وعد أخلف» فذكره في سياق الذم دليل التحريم.

وبما روى عنه ﷺ أنه قال: «وأي المؤمن واجب الوفاء به» ثم ذكر أيضا ما يستدل به على عدم الوفاء بحديث الموطأ. قال رجل لرسول الله ﷺ: «أكذب لا مرأتي؟ فقال عليه السلام «لا خير في الكذب» وقال: يارسول الله أفأعدها، وأقول لها؟ فقال: «لا جناح عليك».

منعه من الكذب المتعلق بالمستقبل فإن رضى النساء لا يحسن به، ونفى الجناح عن الوعد. وحديث أبي داود: «إذا وعد أحدكم أخاه وفي نيته أن يوفى فلم يوف فلا شئ عليه».

الشهاب: وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضى بعضها الوفاء وبعضها عدم الوفاء أنه ان أدخله في سبب يلزم بوعدده لزمه كما قال مالك، وابن القاسم وسحنون، أو وعده مقرونا بذكر السبب كما قاله أصبغ، لتأكد العزم على الدفع حينئذ ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك، مع أنه قد قيل في الآية إنها نزلت في قوم كانوا يقولون جاهدنا وما جاهدوا، وفعلنا أنواعا من الخيرات وما فعلوا، ولاشك أن هذا محرّم، لأنه كذب، ولأنه



تسميع بطاعة الله تعالى ، وكلاهما حرام ومعصية اتفاقا .

وأما ذكر الإخلاف في ذكر المنافق فمعناه أنه سجية له ومقتضى حاله الإخلاف ومثل هذه السجية يحصل الدم بها، كما تقول سجية تقتضى البخل والمنع فمن كانت صفته تحث على الخير مدح أو تحث على الشر ذم شرعا أو عرفا .

وذكر الشهاب أيضا الاختلاف في دخول الكذب في الوعد والذي ظهر له أنه لا يوصف بواحد منهما أعني المطابقة وعدمها، نعم وعد الله يوصف بالصدق كقوله تعالى ﴿وقالوا الحمد لله الذي صدقنا وعده﴾ ، ﴿وعدكم وعد الحق﴾ والأصل في الاستعمال الحقيقة، وهذا، لأن الله تعالى يخبر عن معلوم فتجب مطابقتها بخلاف واحد من البشر إذا ألزم نفسه أن يفعل مع تجويز أن يقع منه وأن لا يقع فلا تكون المطالبة وعدمها معلومين ولا واقعين فانتميا بالكلية وقت الإخبار .

وقال القاضي أبو عبد الله المقرئ : قاعدة : مشهور مذهب مالك أن العطايا تلزم بالقول وتتم بالقبض ، والعدة لا تلزم إلا بالقبض ، أو بالتعليق بما يدخل في التصرف في المال ، أو بإدخال الموعد في عهدة ، وقيل لا تلزم العطية إلا بالقبض ، وتلزم العدة بالقول ، فإذا قال : إن أعطيتني من الألف الحال مائة أسقطت الباقي ، أو إن عجلت حقي اليوم أو إلى شهر فلك وضیعة كذا لزم ، فإن عجل الا درهما أو زاد يسيرا على الأمر فقولان ، على ما قارب الشيء .

وقال شهاب الدين بن حجر بعد ذكر الخلاف في وجوب الوفاء بالوعد : وخرج بعضهم الخلاف على أن الهبة تملك بالقبض أو قبله قال : وقرأت بخط

والذي في إشكالات على الأدكار للنووي، ولم يذكر جواباً على الآية يعني قوله تعالى: ﴿كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون﴾ وحدث: «آية المنافق» قال: والدلالة على الوجوب منها قوية فكيف حملوه على كراهة التنزيه مع الوعيد الشديد، وينظر هل يمكن أن يقال يحرم الإخلاف ولا يجب الوفاء أي يَأْتَمُ بالإخلاف وإن كان لا يلزم وفاء ذلك انتهى كلام ابن حجر، فهو يشير إلى أنه يجب الوفاء بالوعد ولا يقضى به، وقريب منه للإمام أبي القاسم بن الشاط فقد قال على قول القراني في الفرق الرابع عشر ومائتين: وثانيها أن إخلاف الوعد لا حرج فيه بل فيه الحرج بمقتضى ظواهر الشرع إلا حيث يتعذر الوفاء.

وقال أيضاً بقرب الكلام السابق: وإن لم يف مختاراً فالظواهر المتظاهرة قاضية بالحرج.

## فصل

ش أي في القمط والأكرية، والوديعه، والشفة وبعض رزمة العبيد وما أشبه ذلك.

|                         |                         |
|-------------------------|-------------------------|
| زيد عدالة كذلك دون مين  | هل عادة كشاهد أو شاهدين |
| والرهن والساكت والإرخاء | أول كالمقسط والوكاء     |
| نكاح أو شبه بأعدل وجد   | كامرأة تدمى ولثاني ورد  |
| جرح دماء وحدود وعناق    | وقال بعضهم نكاح وطلاق   |
| .....                   | في دم الحكم به تشترك    |

هي ذكر أصليين: الأول: العادة هل هي كالشاهد الواحد أو كالشاهدين الثاني: زيادة العدالة هل هي كشاهد واحد أو شاهدين. وعلى الأول، لزم اليمين لمن قضى له بالجدار للقمط والعقود، والطاقت ومغازز الخشب، ووجوه الحيطان.

والقمط الجص الذي يلبس الجدار، وقيل: هي العقود وهي معاقد الأركان ومن عرف العفاص والوكاء في اللقطة، والوكاء الخيط الذي يلف على الصرة وهي العفاص.

ومن شهد له الرهن في الاختلاف في قدر الدين ومن أنكح ابنه البالغ وهو ساكت حتى إذا فرغ أنكر بحدثان ذلك فاستحلف أنه لم يرض فنكل، فإن قلنا كالشاهد لزمه النكاح وعليه نصف الصداق، وإلا لم يلزمه.

ولزوم اليمين في إرخاء الستر مع التنازع في المسيس فالقول قول الزوجة في خلوة الاهتداء، وفيما إذا كانت هي الزائرة، وفي يمينها قولان كمسألة تعلق المرأة بالرجل وهي تدمى، هل لها صداق أو لا صداق لها وإن كان أشر من عبد الله الأزرق في زمانه، وعلى اللزوم ففي اليمين قولان على القاعدة.

وكاليد مع مجرد الدعوى، أو مع تكافؤ البيئات، ونكول المدعى عليه، ويبنى هذا أيضا على الخلاف في النكول هل هو كالإقرار أو لا؟

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفوا في العادة هل هي

كالشاهد، أو كالشاهدين، فإذا أنكح ابنه البالغ وهو ساكت حتى إذا فرغ أنكر بحدثان ذلك واستحلف أنه لم يرض فنكل، فإن قلنا كالشاهد لزمه النكاح وكان عليه نصف الصداق وإلا لم يلزمه.

وبنى هذا الخلاف على القاعدة، فوق هذه أيضا.

ومن هذه لزوم اليمين لمن قضى له من الزوجين بما يعرف أنه للنساء، أول للرجال أما القضاء للرجال بما يعرف لهما فلا بد فيه من اليمين عندي، لأنه بالأصل لا بالعادة والقياس أنه بينهما بأيانها انتهى.

والقاعدة التي فوق هذه هي: قاعدة النكول هل هو كالإقرار أو لا؟ قال: قاعدة اختلفوا في النكول هل هو كالإقرار أو لا؟ فإذا وكله على أن ينكحه بالف فأنكحه بالفين وأنكر التعدي فأحلفت المرأة الزوج، فنكل وغرم الألفين، فإن قلنا بالأول لم يكن له أن يحلف الوكيل، وبالثاني أحلفه، وقيل: النظر في يمين الزوج فإن كانت على تصحيح قول مجردا فنكوله إقرار، وإن كانت عليه وعلى إبطال قول المنكر فله أن يحلفه.

وقال أيضا: قاعدة: العادة عند مالك كالشرط تقييد المطلق وتخصص العام وخالفه غيره، فإن ناقضت أصلا شرعيا كغلبة الفساد مع أصل الصحة فقولان وقد تختلف فيختلف لذلك ككفاه المولى والعبد والفقير لاختلاف الأقاليم في كونه معرفة أم لا انتهى.

وعلى هذا الأصل الثاني: القضاء بالأعدل في النكاح وذلك في قيام

بينتي رجلين في نكاح امرأة، وكانت إحداهما أعدل فالمشهور إلغاؤه خلافا لسحنون على الأصل وكذا ما يشبه ذلك كما ليس بمال. وكالبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن وأقاما بينتين قضى بأعدلتهما وفي اليمين معه قولان على الأصل انتهى.

قاعدة في فتح الباري للعلامة الحافظ شهاب الدين ابن حجر في كلامه على باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن:

قال القاضي الحسين من الشافعية: بأن الرجوع إلى العرف إحدى القواعد الخمس التي ينبني عليها الفقه، فمنها: الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية كصغر ضبة الفضة وكبرها، وغالب الكثافة في اللحية ونادرها، وقرب منزلة وبعدها وكثرة فعل، أو كلام وقلته في الصلاة وثمن مثل، ومهر مثل وكفء نكاح ومؤنة وكسوة وسكنى وما يليق بحال الشخص من ذلك.

ومنها: الرجوع إليه في المقادير كالحيض والطهر وأكثر مدة الحمل وسن اليأس.

ومنها: الرجوع إليه في فعل غير منضبط ترتبت عليه الأحكام كإحياء الموات والإذن في الضيافة ودخول بيت قريب، وتبسط مع صديق وما يعد قبضا وإيداعا وهدية وغصبا وحفظ وديعة وانتفاعا بعارية.

ومنها: الرجوع إليه في أمر مخصص كألفاظ الإيمان، وفي الوقف، والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك انتهى.

والأربع الباقية من مبنى الفقه: أن اليقين لا يرفع بالشك والضرر يزال والمشقة تجلب التيسير والأمور بمقاصدها.

قوله: «وقال بعضهم» إلى آخره هذا البعض هو ابن الهندي، وفي بعض النسخ قال الموثق، ونكاح مبتدأ، وتشترك هو الخبر، وبه أي بالأعدل، أي هذه الستة تشترك في عدم الحكم بالأعدل، وأراد بالدماء والجرح، دماء العمدة وجرحه، وبالحدود حدود الزنا والقذف والشرب والسرقة والحراية، وهذا الذي ذكر مبنى على المشهور أن زيادة العدالة إنما تقوم مقام الشاهد الواحد غير أن ما ذكره في جرح العمدة مبني على أنه لا يقتصر في الجراح بالشاهد واليمين وهو خلاف المشهور.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: ترجيح إحدى البينتين بمزيد العدالة قيل: يسقط الأخرى فيجري في كل شيء، وقيل: يؤدي إلى ظن ضعيف لا يستقل به أمر فلا يعتبر في شيء، وهذان وجهان القولين في سماع الترجيح، أو عدم سماعه وهي قاعدة أصولية مختلف فيها، وإن زعم الفخر أن العمل بالراجح واجب بالإجماع واختلف النظائر في سماعه، فكل من قبل العبيدي سمعه وأما المبرز فأبى ذلك لأنه خارج عن المنع والمعارضة.

وقيل في ترجيح إحدى البينتين: أنه يؤدي إلى ظن يكون كقيام شاهد فيعتبر في البيع مثلا دون النكاح، وهو مشهور مذهب مالك، ويلزمه الترجيح

بالعدد والمشهور نفيه.

ص ..... وهل تربي الأرض أم تستهلك

ش أي الأرض هل هي مستهلكة أم مربية؟.

وعليه كراؤها بما تنبت غير الخشب، وبالطعام مطلقا والمشهور عدم الجواز.

ص ..... وهل كذى غرم غريمه.....

ش أي وهل غريم الغريم في عدم الغريم كالغريم أم لا؟

وعليه الخلاف في مطالبته المقضى له للشاهدين بما رجعا عنه قبل غرم المقضى عنه إذا تعذر الأخذ منه، فعلى أن غريم الغريم كالغريم يطالبهما المقضى له لأنهما غريما غريمه، وعلى الآخر لا يطالبهما إلا المقضى عليه.

وتقدير كلام المؤلف وهل غريمه أي غريم ذى غرم كذى غرم أو لا؟

ص ..... وهل الفرع باطل إن الأصل باطل

كذا مسبب إن انتفى السبب .....

ش أي هل يثبت الفرع والأصل باطل، وهل يحصل المسبب والسبب غير حاصل غير حاصل؟

والصحيح لا فيهما.

ومن ثم قال أشهب: وهو الصحيح فيمن أقر بزوجة في صحته ثم مات

وليس بطارئ أو أقر بوارث وليس له وارث معروف لا ميراث.

وقال ابن القاسم: بالميراث، ورأه إقرارا بالمال.

وكذا التوريث فيما إذا أقام أحد الزوجين شاهدا على النكاح بعد الموت، وليس ثم وارث ثابت.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: المشهور غير المنصوص أن صحة الالتزام لا تتوقف على ثبوت المطابقة، بل يكفي دعواها كمن أقر بزوجة في صحته ثم مات وليس هو بطارئ، أو أقر بوارث وليس له وارث معروف، فقول: إقرار بالمال، وقيل: لا، وهو الصحيح، لأن الفرع لا يثبت والأصل باطل، والمسبب لا يحصل والسبب غير حاصل، وبنى الفرع الثاني على قاعدة أخرى وهو أن بيت المال هل هو وارث، أو مرجع للضياع، أو على أنه كالوارث المعروف المعين، وهو قول محمد أو لا؟ وهو قول النعمان وللمالكية قولان.

وقال أيضا: قاعدة: اقرار الوارث بالنسب يتضمن الإقرار بالمال، فإذا لم يثبت لم يثبت المال في ظاهر الحكم عند محمد واختلف مذهب مالك في دفع المال فيما بينه وبين الله والحق وجوبه، كما لا يحل للمقر له إذا كان المقر كاذبا، وقال مالك والنعمان: يوجب الشركة في المال، ولا أدري كيف يثبت الفرع والضمن مع انتفاء الأصل والمتضمن، وليس قصده المال فيقدم على ظاهر لفظ الإقرار، إلا تراه لو أقر ببنوة أمن من أبيه لم يعتبره.



وقال أيضا: قاعدة: الإقرار المركب عند مالك والنعمان إقراران فإذا أقر الوارث الذي يحوز المال بالنسب ثبت المال، وكان شاهدا بالنسب، وعند محمد إقرار واحد فيتلازمان.

وقال أيضا: قاعدة: سبب الملك الحاجة، فإذا انتفت انتفى على اشتراط العكس فإذا مات وترك ديناً فإلّا على ملك الوارث عند مالك، لأن الأصل عدم علة أخرى.

وقال محمد: بقيت حاجة القضاء والبراءة منه فهو على ملكه حتى يقتضي دينه وعليهما رد الغريم، بيع الوارث كالوارث.

قال ابن القاسم: لا يرد، لأن الوارث لو أعطاه من غير ذلك لزمه قبوله انتهى.

قال بعض الشيوخ: انظر هذا مع قولهم في من حلف لا أكلت طعام فلان يحنث بأكله من التركة إن أوصى أو كان مدينا انتهى.

وقد بان من هذا أن أصل المسبب أعم من أصل الفرع.

ص ..... هل ينتفي الفرع إن الأصل ذهب

ش أي هل ينتفي الفرع بانتفاء الأصل، بمعنى أنه يسقط بسقوطه أم لا؟ كرابح عشرين دينارا في مائة وعليه مائة هل تسقط زكاة العشرين كسقوط زكاة المائة أو لا؟ وكذلك سقوط الزكاة عن العامل فيما نابه من الربح إن

سقطت عن رب المال لدين أو عبودية أو كفر، ونحو ذلك.

أبو عمرو بن الحاجب: وفي ربح سلف ما لا عوض له عنده ثالثها إن نقد شيئاً من ماله معه فمن الشراء وإلا استقبل.

**ص كذى تعلق بعين إن سقط كعامل ومنفق عبداً شرط**

**ش** أي إذا تعلق حق بعين فهل يسقط ذلك الحق بسقوط ذلك العين وذهابه أم لا؟ كعامل أنفق من ماله ليرجع في مال القراض ثم تلف، فلا شيء على ربه ومنفق على يتيم ليرجع في عروض عنده فهلكت فإن ذمة الصبي لا تعمّر. وعبداً نذر مشياً لمكة أو صدقة بشيء من ماله فمنعه سيده، ثم عتق فإن ذلك يلزمه ذلك يلزمه إن بقي ماله ذلك وإلا فلا، ونحو ذلك وعلى الآخر فالرجوع.

قوله: «كذى تعلق بعين إن سقط» أي كحق ذي تعلق بعين أي بشيء معين، ولذلك قال سقط دون سقطت، ومعنى الكاف، أنه كما يسقط الفرع إذا سقط الأصل في قول يسقط ما يتعلق بعين إن سقط ذلك المعين وذهب وحذف واو العطف من قوله: «عبداً شرط» أي شرط على نفسه صدقة شيء من ماله فمنعه سيده، فعتق لزمه ذلك إن بقي ذلك المال وإلا فلا هذا تطهير المؤلف عليه بخطه.

**ص** مضمن الإقرار كالصريح  
أولاً، كمودع وفي الصحيح  
تردد في الربيع والدين وما  
أفضى إلى الحد خلاف علما  
كشاهد بالعتق والذي أقر  
به وحالفين والنفسى اشتهر

شيء أي مضمن الإقرار هل هو كصريحه أم لا؟

وعليه من أنكر أمانة ثم ادعى ضياعها، أو ردها لما قامت عليه البينة.

وثالثها: يقبل في الضياع دون الرد ومن أنكر شيئاً في الذمة أو أنكر الدعوى في الربع أو ما يفضى إلى الحدود ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه ثم أقام عليه بينة.

ثالثها: يقبل منه في الحدود دون غيرها.

ورابعها: في الأصول دون الديون وغيرها من المنقولات.

ومن شهد أو شريكه في العبد أعتق حصته والشريك موسر هل يكون نصيب الشاهد حراً، لأنه أقر أن ماله على الشريك المعتق قيمته، أو لا يكون حراً قولان في المدونة وهما على القاعدة.

ومن أقر، أن شهد أو أباه أعتق هذا العبد في صحته أو في مرضه، والثالث يحمله والورثة ينكرون، لم تجز شهادته ولا إقراره، ولا يقوم عليه إذ لم يعتق وجميعه رقيق وهل له استخدام في يومه أو لا؟ قولان على القاعدة إذ ضمن إقراره أن الذي ينوبه منه حر.

والشريكان في العبد يحلف أحدهما بحريته إن كان دخل المسجد ويحلف الآخر لقد دخل، ولم يثبت النفي ولا الإثبات بعد ذلك فإن قلنا مضمن الإقرار كصريحه عتق عليهما إن كانا موسرين، لأن كل واحد منهما يقطع

بحث صاحبه وإنما له عليه قيمة حصته، وإن قلنا إن مضمن الإقرار ليس كصريحه فلا عتق وهو المشهور في هذه المسألة.

قوله: «مضمن الإقرار كصريحه» أي الإقرار المضمن هل هو كالإقرار الصريح أم لا؟ قوله: «كمودع» أي أنكر الوديعة ثم لما قامت عليه البينة انتقل إلى دعوى الضياع أو الرد أو قامت له على ذلك بينة فإن إنكاره أولاً يضمن الاعتراف بكذب نفسه وبينته، وذلك أن قوله أولاً لم يودعني شيئاً متضمن لعدم الرد وعدم الضياع فإن ذلك فرع الإيداع.

اللخمي: وقيل: يقبل وهو أحسن، لأن من حجته أن يقول: إنما أنكرت لغيبة بينتي، أو للاحتجاج إلى تزكيتها ونحو ذلك.

قوله: «وفي الصحيح تردد» أي في الصحيح من القولين في الوديعة تردد، فلا بن زرقون المشهور قبول بينته واختاره اللخمي.

ولابن يونس عن ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ عدم قبولها لأنه أكذبها.

قوله: «في الربع والدين وما أفضى إلى الحد خلاف علما» خلاف مبتدأ، وعلم صفته، وفي الربع وما بعدها هو خبر المبتدأ، فقيل: في هذه الأشياء مضمن الإقرار كصريحه وقيل: ليس كصريحه وقيل: كصريحه في غير الحدود لا فيها، وقيل: كصريحه في غير الأصول والحدود لا فيها، وقد مر ذكر

هذا الخلاف .

فالربع كأن يقول له : أنا بعت لك الدار أقض لي ثمنها ، فيقول له : ما بعت لي شيئاً فأقام المدعى بينة أنه باعها له فحينئذ أقام المبتاع بينة أنه دفع له ثمنها . والدين أن يدعى أن له في ذمة فلان كذا فينكر فلان أصل الدين فيقيم المدعى به بينة فحينئذ يقيم فلان بينة الخلاص وهي قول ابن الحاجب : وكذلك من عليه دين مثله .

والمفضى إلى الحد وشبه ذلك من ربع أو ما يفضى على حد ثم يرجع عن إنكاره لأمر ادعاه ، أو أقام عليه بينة فاختلف فيه على أربعة أقوال :

الأول : قال ابن نافع يقبل قوله في كل شيء .

الثاني : مقابله قاله غير ابن القاسم في الحدود التي تدرأ بالشبهات فأحرى غيرها .

الثالث : قال ابن كنانة : لا ينتفع بذلك إلا في الربع والحدود .

الرابع : لابن المواز : لا ينتفع بذلك إلا في الحدود انتهى .

وقال في موضع آخر عن ابن زرقون : وأما إن أقام بينة على ضياع القراض أو رده فالمشهور أنه تنفعه البينة بعد إنكاره ، وحكى اللخمي عن محمد أنه لا ينتفع بها .

خليل : فانظر ما شهره مع ما شهره المصنف فإن ذلك تعارض يعني ابن

الحاجب في الوكالة. خليل عن ابن زرقون: وأما إن أنكر شيئاً في الذمة أو أنكر الدعوى في الربع أو فيما يفضي إلى الحدود ثم رجع عن إنكاره لأمر إدعاء أو أقام عليه بينة ففيها أربعة أقوال:

الأول: لابن نافع: يقبل منه في جميع الأشياء.

الثاني: لغير ابن القاسم في اللعان من المدونة: لا يقبل منه ما أتى به في جميع الأشياء.

الثالث: لابن المواز: يقبل منه في الحدود دون غيرها.

الرابع: يقبل منه في الحدود، والأصول ولا يقبل ذلك منه في الحقوق من الديون وشبهها من المنقولات، وهو قول ابن القاسم في المدونة انتهى.

وحققه الشيخ ابن عرفة فقال: وسمع عيسى سئل ابن القاسم عن جحد قراضا ادعى عليه به ثم قال: تلف مني، قال: قال مالك فيمن أنكر ما لا بعث به معه رجل فقامت عليه بينة فقال تلف: يحلف لقد ضاع ويبرأ فكذا مسألتك.

وقال عيسى: إن جحد فقامت عليه البينة لم يصدق في دعوى الضياع وبلغني عن مالك.

وقال ابن القاسم في مسألة القراض: إن لم يأت بالبينة على القضاء غرمه وليس دعوى القضاء كدعوى الضياع.

وفي سماع ابن القاسم في رسم حديث طلق قال مالك: إنما عليه اليمين.

ابن رشد: في تصديقه مع يمينه بعد الإنكار في دعواه الرد أو الضياع وعدم تصديقه.

ثالثها في دعواه الضياع لا في الرد.

ومن هذا الأصل أن ينكر دعوى، فلما قامت عليه البينة جاء بالمخرج منها ببينة على البراءة أو دعوى لو جاء بها قبل إنكاره قبلت، وشبه ذلك، فقيل: لا يقبل منه، لأنه كذبه بجحده، وقيل: لا يقبل منه إلا في اللعان إن ادعى رؤية بعد إنكاره القذف وأراد أن يلاعن، وشبه اللعان من الحدود وهو قول محمد.

وقيل: لا يقبل إلا في الحدود والأصول لا في الحقوق، قاله ابن كنانة وابن القاسم في المدونة.

فيتحصل في ذلك أربعة أقوال بالتفرقة بين الحدود وما سواها، وبين الحدود والأصول وما سواهما.

قلت: تحقيقها أن من أنكر ما قامت به عليه ببينة بعد إنكاره في قبول ما يدفع عنه ما ادعى عليه به لو أتى به قبل إنكاره بعده مطلقاً مع يمينه ولغو، ولو كانت بينة.

ثالثها: تقبل بينيته لا قوله مع يمينه في تلف ولا قضاء.

رابعها: تقبل في التلف لا القضاء لسماع عيسى ورواية ابن القاسم، ومتقدم

نقل ابن حبيب، وقول عيسى مع روايته ، ونقله عن ابن القاسم .

وخامسها: بقبول ابن رشد تفرقتي محمد وابن كنانة مع ابن القاسم .

اللخمي: قبول بينته مع الجحد أحسن، لأنه يقول أردت أن أحلف ولا أتكلف بينة انتهى .

كما إذا ادعت عليه زوجة أنه قذفها فأنكر فأثبتت عليه ذلك فأراد أن يلاعن فقال ابن القاسم: له ذلك وقال غيره: ليس له ذلك ويجلد وفي معنى ما ذكره المؤلف ما لو ملك الزوج زوجته فتطلق نفسها ثلاثا فينكر التملك فتقوم البينة بذلك فيقول: ما أردت بالتمليك إلا واحدة .

ومن طولب بثمان سلعة اشتراها فأنكر الشراء فقامت بينة بذلك وبقبض السلعة فأقام بينة بدفع الثمن .

وأما لو أنكر الوكيل قبض الثمن، فقامت البينة، فقال: تلف، أو رددته ابن الحاجب: لم يسمع، ولا بينة، لأنه كذبها وكذا لو أنكر العامل القراض فأقام ربه عليه به بينة، فقال: رددته أو ضاع .

خليل: فقبل مالك قوله مرة فيهما، وقال مرة: لا يقبل قوله فيهما .

وقبل ابن القاسم قوله في الضياع فقط ، لأن أقام البينة على ضياعه أو رده بعد انكاره فالمشهور أنه لا تنفعه البينة، خلافا لمحمد هذا الحكم إذا أنكر ما لا يتعلق بالذمة من قراض أو ودیعة، وأما إذا أنكر ما يتعلق بها ثم قال تلف فلا .



ص هل ما أعير من حياة كالعدم أم لا بمنفوذ المقاتل علم

ش أي الحياة المستعارة هل هي كالعدم أم لا؟

وعليه من أنفذ مقاتله في المعترك، هل يصلي عليه أم لا؟ وكل ما بلغ بالتردي ونحوه ذلك المبلغ.

ومن أنفذ مقاتل رجل ثم أجهز عليه آخر ففي تعيين ذي القصاص من ذي العقوبة قولان لابن القاسم.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الحياة المستعارة كالعدم على الأصح فمن أنفذ مقاتله في المعترك فهو كالميت ولا قصاص في الإجهاز عليه، ولا يؤكل ما بلغ بالتردي ونحوه ذلك المبلغ، ويؤكل ما يعيش في البر من دواب البحر أربعة أيام ونحوها.

ولذلك تعتبر الصلاة على الجنين، وميراثه بالاستهلال، وما يدل على قوة الحياة وما دونه كالعدم، وفيه قولان للمالكية، وقد يحسن الاحتياط فيصلح عليه ولا يذكر ولا يؤكل ولا يقتص انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فأنفذ رجل مقتل عالج وأجهز عليه آخر، فسلبه للأول، دون الثاني، قاله سحنون ولا يتخرج كونه للثاني من أحد قولي ابن القاسم لصيرورته بالإنفاذ أسيرا ولا سلب في قتل أسير بل يتخرج عليهما حرمانهما معا.

قوله: « بمنفوذ المقاتل علم » أي علم هذا الخلاف في منفوذ المقاتل ونحوه .  
حيث اختلفوا فيه، أو بسبب اختلافهم في منفوذ المقاتل ونحوه، أو علم  
إجراؤه في منفوذ المقاتل.

|   |                       |                           |
|---|-----------------------|---------------------------|
| ص | وهل شراء خدمة أو رقبة | كتابة عليه عتق أو جبه     |
|   | سيده في أمة له كذا    | جبر وفطرة ظهار احتدى      |
|   | وحالف وغلة من اشترى   | كتابة الزوج والاستبرا جرى |

ش الكتابة هل هي شراء رقبة أو شراء خدمة .

وعليه من أعتق أمة مكاتبه ثم عجز هل تعتق بذلك العتق الأول، أو تفتقر  
إلى استئناف عتق آخر وزكاة المكاتب وإجباره على النكاح ومن ظاهر من  
مكاتبته ثم عجزت فإن قلنا بالأول فقد رجعت على ملك مستأنف، فلا يلزمه  
الظهار، وإن قلنا بالثاني لزمه .

وعليه من حلف بحرية عبده ليضربنه ثم لم يضربه حتى كاتبه هل يبرأ  
أم لا؟

ابن القاسم: يبرأ، أشهب: لا .

وعليه الخلاف أيضا في كتابة المكاتب إذا كان للتجارة هل هي كفائدة فلا  
زكاة أو فيها الزكاة كتابة المكاتب في هذه الصورة هي مراد المؤلف بالغلة .

وعليه لو اشترى أحد الزوجين كتابة الآخر هل يفسخ النكاح قبل العجز أم

لا؟ بناء على أنه ملك رقبة أم لا؟ فإن عجز انفسخ اتفاقا واستبراء المكاتبه إذا عجزت وكانت تتصرف فإن قلنا بالأول استبرئت، وإن قلنا بالثاني فلا.

وعليه إذا عجز وكان قبل الكتابة مآدونا هل يبقى على ما كان عليه من الإذن، أو يعود محجورا عليه، منتزع المال أم لا؟.

وعليه إذا أوصى بعتق عبده، أو أوصى به لرجل ثم كاتبه ثم عجز في حياة السيد هل تعود الوصية فيه أم لا؟ قولان على القاعدة.



وعليه من كاتب عبدا صار اليه في المقاسم ، أو ابتاعه من دار الحرب ، وعلم أنه لمسلم ، وقلنا إن لربه ان يأخذه فهل يحاسبه بما أخذ من الكتابة أم لا؟

فان قلنا إن الكتابة شراء رقبة كان للمستحق أن يحاسب المشتري بقدر ما أخذ من الكتابة ، وإن قلنا إنها شراء خدمة لم يحاسب بما أخذ ولم يكن للمستحق أن يأخذه إلا بعد دفع الثمن كله وعليه أيضا مكاتب الكافر لمسلم .

قال القاضي أبو عبد الله المقري : قاعدة : اختلف المالكية في الكتابة أهى شراء رقبة أم شراء خدمة فمن ظاهر من مكاتبته ثم عجزت وقلنا بالأول فقد رجعت على ملك مستأنف فلا يلزمه ظهار وإن قلنا بالثاني لزمه وعليه الخلاف في غلة المكاتب إذا كان للتجارة و هل تلزم فيها الزكاة أو لا؟ وفيمن أعتق أمة مكاتبه ثم عجز هل تعتق بذلك العتق الأول ، أو تفتقر إلى استئناف عتق آخر .

قال في إيضاح المسالك : تنبيه : لم يختلفوا فيما علمت فيمن قال : إن كلمت فلانا فعبدى حر فكاتبه ثم كلم فلانا أنه يعتق عليه وهو نص العتق الأول من الكتاب والجاري على أن الكتابة شراء رقبة أن لا يعتق ، كما لو باعه ثم كلم فلانا ، إلا أن تفرق بالاحتياط للعتق ومراعاة للقول بان الكتابة شراء خدمة وانظر إذا مثل بعبد مكاتبه ثم عجز بعد أن أدى السيد إرش الجناية للمكاتب وانظر إذا وطئ أمة مكاتبه قبل العجز هل يحد أم لا؟ .

قوله : «وهل شراء خدمة أو رقبة كتابة» أي وهل كتابة شراء خدمة أو شراء رقبة قوله : «وعليه» أي على هذا الأصل عتق إلى آخره وظهار ، مبتدأ

واحتدى خبره أي أتبع هذه المسائل «وحالف وغلة ومن اشترى كتابة الزوج» معطوفات على عتق، أو على جبر، وفطرة أو على ضمير احتدى، وإن لم يكن فاصل لورود ذلك في النظم، أو هي مرفوعات على الابتداء، والخبر محذوف لدلالة ما قبله أي احتذت المسائل السابقة.

قوله: «والاستبرا جرى» جملة اسمية أي جرى على هذا الأصل، ومن فيمن اشترى كتابة الزوج واقعة على أحد الزوجين، وكذا الزوج صادق على كل منهما، والمعين وأحد الزوجين يشترى كتابة الآخر انتهى.

**ص للعتق والبيع أنتسابها علم عليه كالمدين والذي سقم**

**ش** أي انتساب الكتابة للعتق أو البيع معلوم في كتب الفقهاء أو التقدير أنتسابها علم للعتق أو للبيع، بمعنى أن الكتابة هل هي من ناحية العتق أو من ناحية البيع وعليه كتابة المديان والمريض والمأذون والوصي فعلى أنها من ناحية العتق فلا تجوز كتابة واحد منهم، وعلى أنها من ناحية البيع فتجوز.

وعليه لزوم كتابة الذمي عبده فعلى العتق لا تلزم، وعلى البيع تلزم قال في إيضاح المساك: تنبيه: قال الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله: أما إن كانت الكتابة على الخراج أو ما قاربه فهي من ناحية العتق والعتق بابه باب الهبات، وما لم يخرج على عوض فله الرجوع عنه، ولا يجبر على الوفاء به، وإن كان أكثر من الخراج بالشئ الكثير كانت من ناحية البياعات والمعاوضات، فيحكم بينهم إذا امتنع السيد من الوفاء كما يحكم في البيع انتهى والذي

سقم هو المريض.

ص هل لمن أسقط حقا لم يجب رجوع إن كان جرى له السبب  
كوارث أو ذات شرط أو أمه كشفة أو شبهها أم لزمه

ش أي إسقاط الشيء قبل وجوبه وبعد جريان سببه هل يلزم أو لا؟.

وعليه إجازة الوارث في مرض الموصى الوصية للوارث أو بأكثر من الثلث.  
والمرأة ذات الشرط المعلق برضاها تقول إن فعله زوجي فقد فارقته والأمة  
تحت العبد تقول إن أعتقت تحت زوجي العبد فقد فارقته.

والشريك فيما فيه الشفعة يسقط الشفعة لمن يريد الشراء قبل الشراء  
وشبه ذلك كمن أذنت لمن حلف أن لا يتزوج عليها إلا بإذنها، ثم أرادت  
الرجوع قبل أن يتزوج.

والمفوضة تسقط المهر قبل الفرض والدخول وقريب من هذه القاعدة  
قول المؤلف فيما سبق: «هل سبق حكم شرطه مغتفر» وقد ذكرنا عليه كلام  
القاضي أبي عبد الله المقرئ والنعد هنا ما يناسب هذا المحل.

قال: قاعدة: اختلف المالكية في ترك الشيء قبل وجوبه هل يلزم أم لا؟  
كمن أذنت لمن حلف أن لا يتزوج عليها إلا بإذنها ثم أرادت الرجوع قبل أن  
يتزوج، فقيل: لها ذلك وقيل: لا.

ويتخرج على هذا الأصل الخلاف في إسقاط الشفعة قبل البيع وسقوطها

بوقوعه قوله: «أم لزمه» هو عدل لقوله رجوع.

هي هل بيت مال وارث أم مجمع عليه إيصال بمال أجمع

هي أي بيت المال هل هو وارث أم مجمع للأموال الضائعة.

وعلى هذا الأصل نفوذ وصية من لا وارث له بجميع ماله، وهي رواية الطائين عن مالك، ورد ما زاد على الثلث وهو المعروف وإذا أقر بوارث غير الولد وليس له وارث معروف.

قال القاضي أبو عبد الله المقري بعد ذكره القاعدة: إن صحة الالتزام لا تتوقف على ثبوت المطابقة بل يكفي دعواها وبنى الفرع الثاني يعنى فرع الإقرار بوارث وليس للمقر وارث معروف على قاعدة أخرى، وهي أن بيت المال هل هو وارث أو مرجع للضياع، أو على أنه كالوارث المعروف المعين، وهو قول محمد أو لا؟ وهو قول النعمان وللمالكية القولان وعليهما الخلاف في نفوذ وصيته بجميع ماله، أو يرد ما زاد على الثلث.

قال محمد: جهة الإسلام جهة في الإرث كجهة القرابة وقال النعمان: مصرف ما لا مستحق له في الميراث بمثابة كل مال ضائع فإذا أبان المالك له مصرفاً بوصيته لم يكن ضائعاً، وليست إسقاطاً للحق بل قطعاً للسبب.

## فصل



ابتداء القسم الثاني من القواعد.

من إعطاء ما وجد حكم ما عدم أو عكسه أصل لذلك ما علم  
منغرز نزر وما قد عسرا من حدث شبهه هو ذكرا  
لذا المقرر من الملك كما بذمة حول وعتق علما

ش هذا ابتداء القسم الثاني من القواعد، وهو ما قصد به ذكر النظائر والفروع التي تدخل تحت أصل واحد من غير إشارة إلى خلاف ولذا ترجمه المؤلف بالفصل، أي إعطاء الموجود حكم المعدوم، أو المعدوم حكم الموجود، أصل من أصول المالكية، وقاعدة من قواعدهم.

فمن الاول الغرر اليسير في البيع لتعذر الاحتراز منه وكل ما يعفى عنه من النجاسات والأحداث، وغيرها ومنفوذ المقاتل فانه لا يرث من مات بعده بل هو الموروث.

ومن الثاني: تقدير ملك الدية قبل زهوق الروح حتى تورث عنه فإنها إنما تجب بالزهوق والمحل حينئذ لا يقبل الملك، ولم يملكها في الحياة، لأنه ملك لنفسه حينئذ فلا يجمع له بين العوض والمعوض، فيقدر الشرع ملكه لها قبل موته بالزمن الفرد ليصح التوريث فيتعين التقدير وتقدير ملك المعتق عنه قبل العتق بالزمن الفرد ليكون الولاء له تقدير دوارن الحول على الربح والنسل وكالحكم للإمام بحكم الجماعة إذا صلى وحده وكالجماعة تقتل قتيلا فإنها تقتل به، وكأن كل واحد منهم باشر القتل والجنين ما دام في البطن لا يقسم مال مورثه إعطاء للمعدوم حكم الموجود.

وتسمى هذه القاعدة بقاعدة التقديرات الشرعية وقد تكلم عليها القرافي في مواضع من فروقه، وأوعب من الأمثلة في كتاب «الأمنية» في أحكام النية. قال في الفرق الحادي والسبعين ومائة حيث ذكر التقادير الشرعية، قال: وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود فلاول كالغرر والجهالة في العقود إذا قل وتعذر الاحتراز عنها نحو أنقاض الدار، وقطن الجبة ورداءة باطن الفواكه، ودم البراغيث، ونجاست ثوب المرضع والوارث الكافر والعبد يقدر عدمه فلا يحجب.

والثاني: كتقدير الملك في الدية متقدما قبل زهوق الروح في المقتول خطأ حتى يصح فيها الإرث فإنها لا تجب إلا بالزهوق وحينئذ لا يقبل المحل والميراث فرع ملك الموروث، فيقدر الشرع الملك متقدما قبل الزهوق بالزمن الفرد حتى يصح الأثر، وكتقدير النية في أجزاء الفعل ممتدة إلى آخرها.

وكتقدير الإيمان في حق النائم الغافل حتى تعصم دماؤهم وأموالهم. وكتقدير الكفر في الكافر الغافل حتى تصح إباحة الدم والمال والدية وقاعدة التقدير قد تقدمت في خطاب الوضع.

وقال في الفرق السادس والعشرين بين قاعدة خطاب التكليف وقاعدة خطاب الوضع: وأما خطاب الوضع فهو كالخطاب بنصب الأسباب كالزوال، ورؤية الهلال، ونصب الشروط كالحول في الزكاة والطهارة في الصلاة، ونصب الموانع كالحيض مانع من الصلاة، والقتل مانع من الميراث.

ونصب التقادير الشرعية وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم

حكم الموجود كما يقدر رفع الإباحة بالرد بالعيب بعد ثبوتها قبل الرد،  
وتقول: ارتفع العقد من أصله لا من حينه على أحد القولين للعلماء.

وتقدير النجاسة في حكم العدم، وفي حق صور الضرورات كدم البراغيث  
وموضع الحدث في المخرجين، وتقدير وجود الملك لمن قال لغيره: أعتق عبدك  
عني، لتثبت له الكفارة والولاء، مع أنه لا ملك له، وتقدير الملك في دية  
المقتول خطأ قبل موته حتى يصح فيها الإرث، فهاتان من باب إعطاء المعدوم  
حكم الموجود، والأولتان من باب إعطاء الموجود حكم المعدوم، وهو كثير  
في الشريعة، ولا يكاد باب من أبواب الفقه ينفك عن التقدير وقد بسطت  
ذلك في كتاب الأمانة في أحكام النية حيث تكلمت فيه على رفع النية  
ورفضها بعد وقوعها مع أن رفع الواقع محال عقلا و الشرع لا يرد بخلاف  
العقل وحررت التقدير وهذه المباحث.

قال في كتاب الأمانة: أما إعطاء المعدوم حكم الموجود فله في الشرع  
مسائل كثيرة:

منها: إيمان الصبيان وكذلك البالغون حالة الغفلة عن إيمان، وكفر أطفال  
الكفار، وبالغيهم حالة غفلتهم عن الكفر، وعدالة العدول حالة الغفلة  
وكذلك الفسوق في الفاسق والإخلاص في المخلصين، والرياء في المرءين،  
إذا تلبسوا بذلك ثم غفلوا عنه فمن مات على شئ من هذه التقديرات بغتة  
فهو عند الله كذلك، ولا تخرجه الغفلة عن حكمه.

ومن ذلك: النيات في العبادات، وقد تقدمت وكذلك العلم في العلماء، والفقهاء في الفقهاء، والعداوة في الأعداء، والصداقة في الأصدقاء، والحسد في الحاسد، حالة الغفلة عن جميع ذلك.

فائدة قوله تعالى: ﴿ومن شر حاسد إذا حسد﴾ إشارة إلى الحسد الفعلي، فإن الحكمى الذي هو مقدر لا يضر المحسود، إنما يضره الحسد الفعلى، فلذلك قيده بقوله: ﴿إذا حسد﴾.

ومن التقدير في إعطاء المعدوم حكم الموجود، أن المدلس بالسرقة في العبد إذا قطع العبد في السرقة، عند المشتري، يقدر القطع عند البائع، ويكون له الرد بغير شئ، أو دلس بالردة فقتل عند المشتري بالردة، يقدر القتل في يد البائع.

ومن ذلك الذم إنما هي تقديرات شرعية في الإنسان، تقبل الإلزام والالتزام والحقوق في الذم مقدرات، فيقدر الذهب والفضة والطعام في السلم وغيره، والعروض في الذم وهي أجسام لا يتصور كونها في الذم حقيقة، بل تكون معدومة من الوجود كله بالضرورة، كمن أسلم في فاكهة لا توجد إلا في الصيف، أو زهر كالورد، ونحوه، ويقع العقد في الشتاء، فيقدر ذلك كله في الذمة ونقدر النقدين في عروض التجارة للزكاة، ويقدر الملك في المملوكات، وكذلك الرق والحرية، والزوجية، وهو كثير جدا حتى لا يكاد يخلو باب من أبواب الفقه منه، فتأمله تجده.

وأما إعطاء الموجود حكم المعدوم: فكالماء مع المسافر، وهو يحتاجه لعطشه وعطش غيره، فإنه كالمعدوم ويقيم.

وكذلك: من عليه نصاب حال عليه الحول، وهو يحتاجه لقضاء دينه، يقدر معدوما ولا زكاة عليه.

وكذلك: وجود الرقبة عند المكفر مع حاجته الضرورية إليها.

وكذلك: من معه نصاب يحتاجه لضرورته وهو لا يكفيه نقدره كالمعدوم، ونعطيه الزكاة كالفقير، الذي لا شئ له.

وكذلك: صاحب السلس، والجراحات السائلة، نقدر ما وجد من الأحداث أو الأخبار في حقه معدوما، وتصح صلاته، كالذي عدم ذلك في حقه.

ويقع في التقدير إعطاء المتقدم حكم المتأخر، والمتأخر حكم المتقدم كمن رمى سهما أو حجرا، ثم مات فأصاب بعد موته شيئا فأفسده فإنه يلزمه ضمانه ويقدر الفساد وقع متقدما في حياته.

وكذلك: لو حفر بئرا فوق فيها شئ، فهلك بعد موته.

وأما إعطاء المتقدم حكم المتأخر: فكتقديم النية في الصوم، أو في الطهارة على الخلاف في الطهارة تقدر متأخرة مقارنة، ويكون المقدم لنيته بمنزلة المؤخر لها لأنه الأصل.

وكذلك: مقدم الزكاة في الفطر، والمال، يقدر الإخراج وقع بعد الحول، أو رؤية الهلال ليترتب الحكم على سببه الذي هو الهلال، أو الشروط على شرطه الذي هو الحول.

واعلم أنه متى وقع البيع دينا بدين، أو عينا بدين اشتمل على التقدير في الذمة ولا يخرج البيع عن التقدير، إلا في بيع المعاطاة، ولا بد في الإجارة من التقدير، إن قوبلت منفعة بمنفعة فكلاهما مقدر أو بعين كانت المنافع مقدرة.

وكذلك: السلم لا بد فيه من التقدير في الجهتين، أو المسلم فيه فقط، إن كان الثمن عينا، والوكالة منافع الوكيل فيها مقدرة.

وكذلك: القراض والمساقاة، منافع العاقد عليها مقدرة في جهتهم.

وكذلك: القرض المقترض مقدر في ذمة المقترض.

وكذلك: المزارعة، والجعالة، والوقف، تمليك المعدوم، فهو تقديري.

والرهن، يقع في الديون المعدومة، وقد يكون دينا في نفسه، وتقع الوصية بالدين للموجود والمعدوم، المقرر وجوده.

والعوارى تتناول المنافع المعدومة المقدرة في الأعيان، وحفظ الوديعة معدوم حالة ابداع فهو تبرع بمعدوم مقدر حتى يصح ورود الشرع عليه.

وعقد النكاح إنما يتناول معدوما، مقدرًا في الزوجة، وفي الزوج، من الوطاء والعشرة والصداق والنفقة والكسوة، ولا يخرج عن التقدير إلا الصداق المعين، والكفالة: التزام معدوم، والحوالة، بيع معدوم بمعدوم، والصلح، بيع أو إجارة فيدخله التقدير، والإبراء إنما يتناول المقدر في الذم، والعجب ممن يعتقد أن المعاوضة عن المعدوم على خلاف الأصل، مع أن الشريعة طافحة

به في موارد ومصادرها، حتى لا يكاد يعرى عنه باب، كما قد رأيت بل الأوامر والنواهي والأدعية والشروط ومشروطاتها في التعلقات، والوعود والوعيدات، وأنواع الترجي والتمني والإباحات، كلها لا تتعلق إلا بعموم فتأمل ذلك حق تأمله تجد فيه فقها كثيرا تنتفع به في محاولة الفقه واتساع النظر، ودفع الإشكالات عن القواعد والفروع.

وإنما أكثرت من مثل التقدير، لأنني رأيت الفقهاء والفضلاء إذا قيل لهم: ما مثال إعطاء الموجود حكم المعدوم، أو المعدوم حكم الموجود؟ صعب عليهم تمثيل ذلك، وإن مثلوا فعساهم يجدون المثال أو المثالين، فأردت أن يتسع للفقهاء هذا الباب ويسهل عليه صح منه.

وقال في الفرق الثالث أثناء ذكره لمسائل ذكرها بعد من اختصار الأبى. وثانيها أنه إذا قال: أعتق عبدك عنى فأعتقه فإننا نقدر دخوله في ملكه قبل عتقه بالزمن الفرد تحقيقا للعتق، وثبوت الوكالة إلى آخر المسألة.

واعترضه الإمام أبو القاسم بن الشاط فقال: لا حاجة إلى التقدير للملك في هذه المسألة، فإنه لا مانع من عتق الإنسان عبده من غيره من غير تقدير ملك ذلك الغير للعبد، ولا تحقيقه صح من إدراج الشروق على أنواع الفروق.

وكذا أعترض الإمام أبو عبد الله المقري قاعدة: التقدير لا في خصوص ملك العبد في العتق عن الغير كابن الشاط، بل عموما قال في أثناء اختصاره للفرق الثالث: المقدرات لا تنافي المحققات بل يثبتان ويجمعان ويشهد لذلك، أن الأمة إذا اشتراها شراء صحيحا أبيع وطؤها بالإجماع إلى حين الاطلاع بالعيب والرد به.

وكذلك إذا قال: أعتق عبدك فأعتقه فإننا نقدر دخوله في ملكه قبل عتقه بالزمن الفرد مع أن الواقع عدم ملكه.

وكذلك: دية الخطأ تورث عن المقتول، ومن ضرورة الإرث ثبوت الملك للمورث فيقدر ملكه للدية قبل موته بالزمن الفرد ليصح الإرث، ونحن نقطع بعدم ملكه للدية حال حياته، فقد اجتمع الملك المقدر وعدمه المحقق ولم يتنافيا.

وكذلك: صوم التطوع يصح عندهم بنية من الزوال فهذه الوجوه قدر الشهاب القاعدة: المذكورة.

قلت: وهو منازع في ذلك كله، فإننا نقول: لا تقدير في شيء مما ذكرناه فالرد بالعيب رفع الحكم المتصل من إباحة الوطاء وغيره، وقطعه وما قبل ذلك كان فيه إباحة الوطاء محققا ولا وجود لتقدير شيء يخالفه، ولذلك ورث الشرع ورثة المقتول خطأ من ديه ما ملكها قط.

وكذلك: عتق العبد عن زيد جعل الشرع ذلك من غير تملك سابق له، لا تحقيقا ولا تقديرا والأمر في الصوم أبين.

وقال أيضا: مختصرا للفرق السادس والخمسين بين قاعدة رفع الوقاعات وقاعدة تقديرا ارتفاعها: الرفع ممتنع عقلا من حيث أنما وقع في زمان ماض لا يصح في زمان متأخر عنه أن يرفع ذلك الواقع الذي مضى، ومعنى، تقدير ارتفاع الواقع أن يكون الشيء موجودا فيعطى حكم المعدوم، وهذه من حيث



الشرع وهذا صحيح غير محال فظهر الفرق.

قلت: لا خفاء أن رفع الواقع إذا فسر بما قاله فهو محال، ولكنه الذي يسبق إلى الفهم في الرفع كما يقال في النسخ أنه رفع ما هو ذلك بل الذي يرفع اتصال ذلك الحكم بحسب الأزمنة ولا استحالة في هذا.

قال رحمه الله تعالى: وأوضح هذا بذكر مسائل:

المسألة الأولى: العيب إذا وجد في السلعة فكان ذلك موجبا للرد هل هو رفع العقد من أصله أو من حينه؟ قولان، من حينه لا إشكال فيه، ومن أصله ربما يقال هذا رفع للواقع وذلك محال فيقال: ليس هذا من رفع الواقع، وإنما هو من باب تقدير ارتفاع الواقع، إذ لا شك في حصول عقد البيع فإذا قلنا من حين أصل الشراء فمعناه يقدر الشرع ذلك العقد بعد ظهور العيب كعدم الأمة إن كانت هي المبيعة وهي قد كانت بحمل إذا كان القيام بعد الوضع بالعيب، إن قلنا من حينه فالولد للمشتري، وإن قلنا من أصله فالولد للبائع، ولا شئ للمشتري وكذلك الحال في الغلات وسائر المنافع.

قلت: قد مضى في القاعدة الأولى أن كلامه على قاعدة التقدير لم يتم وكلامه فيها هما ليس إلا إحالة عليها.

المسألة الثانية: رفض النية في العبادة فيها قولان، والمشهور في الصلاة والصوم صحة الرفض، وفي الحج والوضوء عدم الرفض.

قال شهاب الدين «رحمه الله»: وذلك من باب التقديرات الشرعية لا من باب رفع الواقع.

قلت: قد مضى في القاعدة التي قبلها أن ذلك الرفض هو رفع النية الحكمية لا الفعلية من حيث أنه لو قدر هذا الرفض مع النية الفعلية لصادتها أو أبطلتها إذا كانت مع الأصل هكذا فمع الحكمى الذي هو فرع أولى أن تضاده، وعلى هذا فلا تقدير.

قال شهاب الدين «رحمه الله»: فإن قلت: وأي دليل في الشريعة يقتضى تمكن المكلف من هذا التقدير بتحقيق ولو صح ذلك تمكن المكلف من إسقاط أعماله الحسنة والقبیحة في الزمن الماضي بحسب التقدير والقصد إليه دون أن يأتى بكفر، وكذلك يقصد بجميع أعماله السيئة من الزنا وغيره مما تقدم فيستريح من مؤاخذتها وذلك كله غير متقرر بل المتقرر في الشريعة أن عدم اعتبار ما وقع في الزمان الماضي متوقف على أسباب غير الرفض كالإسلام يهدم ما قبله والهجرة والتوبة، والحج، وعكسها في الأعمال الصالحة تبطلها الردة، والنصوص دلت على اعتبار ما ذكرناه.

وأما الرفض فما نعلم فيه دليلاً شرعياً يقتضى اعتباره.

ثم قال: هذا سؤال قوي والأحسن الاعتراف به.

قلت: وكذلك قاعدة التقدير عدم الاعتراف بها أولى من القول بها، ولا دليل يوجد عليها في الشريعة دلالة قوية كما في الأمر في الرفض فلا يعرف بواحد منهما، ثم لقائل أن يقول بعد هذا الفرق بين قاعدة التقدير وقاعدة

الرفض حتى يصح القول بالرفض ولا يصح القول بقاعدة التقدير، أنه وجد دليل عقلي امتزج بدليل شرعي يمنع من اعتبار النية التي رفضت ويعتبر الرفض، هذا لما تقرر من قريب من المضادة، وقاعدة التقدير ما وجد دليل مركب من الشرع والعقل ولا شرعي مجرد يدل عليهما فلا تقول بها والله أعلم.

المسألة الثالثة: إذا قال لامرأته إن قدم زيد آخر الشهر فأنت طالق من أوله فهي مباحة بالإجماع إلى قدوم زيد فإذا قدم زيد آخر الشهر هل تطلق من الآن أو من أول الشهر وهذا الذي يراه ابن يونس من أصحابنا، فرغ الإباحة الكائنة في وسط الشهر وقد كانت واقعة يؤدي إلى رفع الواقع وهو محال.

فقال شهاب الدين: هو من باب التقدير الشرعي بمعنى تقدير أن تلك الإباحة في حكم العدم، لا أنا نعتقد أنها ارتفعت في الزمن الماضي.

قلت: وكيف نقدر ذلك والوجود على خلافه والحكم الشرعي على ذلك الحيث فإننا قد قلنا إن وطئها كان مباحا شرعا فكيف يكون حراما شرعا بالتقدير، وقد مضى معنى هذا أول قاعدة، والله أعلم.

ثم ذكر شهاب الدين مسألة العتق عن الغير والكلام فيها قد تقدم، وهو هذا الذي مضى لنا الآن من قبله ومن الرد عليه فلا فائدة في ذكره من مسألة العتق عن الغير انتهى.

وقال في القاعدة التي قبل هذه المسألة الخامسة: رفض النية في أثناء العبادة فيه قولان: هل يؤثر أو لا؟ فإن قلنا بعدم التأثير فلا كلام، وإن قلنا يؤثر

فوجهه أن هذه النية التي حصل بها الرفع وهي العزم على ترك العبادة لو قارنت الفعلية الكائنة أول العبادة لصادتها فكذلك الحكمية هي مضادة لها انتهى.

وقال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: إذا ثبت حكم عند ظهور سببه أو شرطه، فإن أمكن تقديرهما تعين، وإلا عد مستثنى كميراث الدية يقدر له ملك الميت لها قبل الموت وكثبوت الولاء للمعتق عنه عند مالك فوجب تقدير ملكه له قبل العتق وكتقدير دوران الحول على السخال والربح ومن التقديرات تقدير الغزالي موافق صفة الماء مخالفاً.

قال ابن الحاجب: وفيه نظر قال ابن الصباغ: لان الأشياء تختلف في ذلك فبأيها يعتبر؟ فان قال: بأدناها صفة، قيل: فاعتبر هذا لنفسه فإن له صفة ينفرد بها، فإن قال: هذا لا يغير بحال قيل: هذا مستحيل، لأنه إذا كان أكثر من الماء تبعه الماء في صفته.

وقال بعض الشافعية: يعتبر الغالب منهما بالكثرة كما يفعل في الماء المستعمل فأيهما كان الغالب والأكثر جعل الحكم له وهو أقرب.

قال القرافي: والمقدرات لا تنافي المحققات بل يجتمعان، ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه، ثم استشهد بالعتق والميراث ونحوهما.

ومن التقديرات تقدير رفع الواقع، كقولنا الرد بالعيب نقض للبيع من أصله ونحو ذلك وإلا فهو محال في نفسه.

قاعدة: التقديرات الشرعية وهو إعطاء الموجود حكم المعدوم وبالعكس مثل ما مر أنفا ثابت في الجملة وإن اختلف في بعضها، لأن التقدير على خلاف الأصل ومن ثم كان القياس رواية الاستقبال بالربح.

قاعدة: قال ابن القاسم: الربح مقدر الوجود يوم الشراء، فمن حال له حول على عشرة، فاشترى، ثم أنفق خمسة، ثم باع بخمسة عشر زكى.

وقال أشهب: يوم الحصول فلا يزكي.

وقال المغيرة: يوم ملك الأصل فيزكي وإن تقدم الإنفاق.

قاعدة: إذا قدر الفرع مع أصله، هل يقدر معه مطلقا، أو إذا وجد سببه قولان للمغيرة وعبد الرحمن.

وقال أيضا: قاعدة: يعطى الموجود حكم المعدوم للضرورة، كالغرر اليسير في البيع لتعذر الاحتراز وكل ما يعفى عنه من النجاسات والأحداث وغيرهما والمعدوم حكم الموجود كتقدير مالك الدية قبل زهوق الروح حتى تورث، فإنها إنما تجب بالزهوق والمحل حينئذ لا يقبل الملك، وكتقدير المالكية تقديم ملك المعتق عنه على العتق ليكون الولاء له وتسمى بقاعدة التقديرات الشرعية، وقد تقدمت بلفظ آخر.

قوله: «لذلك ما علم من غرر نزر وما قد عسرا من حدث وشبهه» أي للبيعد من الأصليين وهو إعطاء الموجود حكم المعدوم من الفروع ما علم من إلغاء غرر يسير في البيع وإلغاء ما قد عسر من حدث وشبهه، وهو النجاسة

بمعنى العفو عن ذلك .

قوله: «وذكر الذا المقدر من الملك» - البيت - أي وذكر من الفروع للأصل القريب، وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود المشار إليه بقوله: «عكسه المقدر من الملك» وذلك في الدية، وفي معناها الغرة ودوران الحول في النسل والريح، والعتق عن الغير، وشبه ذلك فالمقدر مرفوع نائب فاعل ذكر.

|                             |                            |
|-----------------------------|----------------------------|
| في قاتل أو موص أو من قد قصد | ويبنيض القصد عامل إن فسد   |
| نهج عياض ذا بذالا الربع     | فسادا أو إفاته في البيع    |
| وردة ومن نصابا سرقا         | وهارب ومنع من تصدقا        |
| الأشهب إن أحنثت قد علما     | ومن زنت أو اشترت بعلاكم    |
| شيئا قبيل وقته قد حرما      | وشبه ما ذكر والذي قدما     |
| طلق في رأي وشبهه أعلمن      | كمن تزوج بعدة ومن          |
| لنفي حج لم يكن بتال         | أن التصدق بكل المال        |
| بالنقد حليا والذي قد امتنع  | وما لحيض سفر ومن صنع       |
| فيمن تبرعت خلاف قد علم      | من قبض دين والذي باع النعم |

ش من الأوصول المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، وعليه حرمان القاتل عمدا من الميراث والوصية للوارث، أو بأكثر من الثلث وقاصد الفساد في البيع الصحيح كمن اشترى قصيلا فاستغلاه فأبى البائع من الإقالة فتركه حتى تحبب على رأى ابن يونس وقاصد الإفاته في البيع الفاسد بالبيع الصحيح على طريق عياض لا اللخمي وهو مراد المؤلف بالربع.

ومن هرب برأس المال فيتأخر وكذا من أقال في السلم فهرب قبل قبض رأس مال السلم قاصدا فسخ الإقالة ومن تصدق عليه بصدقة فقام يطلبها فمنعه المتصدق في قبضها فخاصمه فيها فلم يقبضها حتى مات المتصدق، أو فلس، فإنه يقضي لربها بعد الفلس والموت إذا أثبتتها بالبينة المرضية والتي ترد مغتزية فسخ النكاح في رواية على وبه أفتى الحوفي حين نزلت ببجاية، وبه قال يحيى بن يحيى في نقل ابن كوثر عنه، ونصه: إذا تنصرت المرأة راجية بذلك فراق زوجها لكراهتها فيه ضربت ضربا وجيعا ثم ردت إليه أحبت أو كرهت وإنما تفارقه وتملك نفسها إذا ارتدت كراهية في الإسلام وحرصا على الدين الذي دخلت فيه فلما أستتبت رجعت إلى الإسلام فحينئذ يكون زوجها خاطبا من الخطاب، وتفعل في نفسها ما شاءت، وتأخذ صداقها كله عند محله، إذا كان ذلك بعد الدخول، وخالف يحيى بن عمر وقال: الردة تزيل العصمة كيف كانت، وتوقف فيها ابن زرب والذي يترد في مرضه وقد علم أنه قصد الفرار بماله من الورثة لبغض معروف على دليل المدونة.

وسارق النصاب في كرات وهو يقدر على إخراجه من الحرز في دفعة واحدة.

وجبر أشهب بالزنا إذا قصدت به رفع الإجمار وابتياح الزوجة زوجها قاصدة حل النكاح وقاصدة الإحناث في قول أشهب وشبه ما ذكر، كمن أبدل ماشية فرارا من الزكاة ومن ارتحل من البلدة التي وجبت فيها الدية على الجاني قبل فرضها فرارا منه فإنه يلحقه حكمها حيث كان عند ابن القاسم وغيره.

وإذا اشترى قوم قلادة ذهب على النقد وفيها لؤلؤ فلم ينقدوا حتى فصلت وتقاوموا اللؤلؤ وباعوا الذهب، فلما وضعوا أرادوا نقض البيع لتأخير النقد قال ابن المواز عن ابن القاسم: لا يفسد ذلك، لأنه باع على النقد ولم يرض يتأخيرهم إنما هو رجل مغلوب، وجودها سحنون وإجبار المطلق في الحيض على الرجعة.

وهي قاعدة من تعجل شيئاً قبل أوانه فإنه يعاقب بحرمانه، ولذا نظمها المؤلف مع هذه.

وعليها تأييد تحريم المتزوجة في العدة والمخلعة على رأي ابن مبشر واختيار الشيوخ وشبه ذلك، كحرمان المدبر القاتل سيده عمداً من العتق والموصى له بقتل الموصى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: خالفوا هذا الأصل: يعنى أصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد في المتصدق بكل المال لإسقاط فرض الحج، ومنشئ السفر في رمضان للإفطار، ومؤخر الصلاة إلى السفر للتقصير، أو إلى الحيض للسقوط، ومؤخر قبض الدين فراراً من الزكاة، وبائع الماشية بعد الحول فراراً من زكاة عينها، وصائغ الدنانير والدراهم حلياً لإسقاطها، وذات الزوج تقصد بعطية الثلث فدون الإضرار، وفيها ثلاثة أقوال وانظر إذا قتل السيد أمته، أو زوج أمته، والمرأة نفسها، أو زوجها قبل البناء فالمنصوص تكميل الصداق لان التهمة فيه أضعف، وكذلك أم الولد تقتل سيدها، فلا تبطل بذلك حرمتها.



وكذلك الطالب بالدين إذا قتل مطلوبه قبل حلول أجل دينه فإنه يحل بموته ولا يهتم بتعجيله، وكذلك السيد يقتل مكاتبه فإن الكتابة تحل بموته. وكذلك من أعتق عبده على موت دابة فقتلها العبد، فقالوا: تعمر الدابة ويعتق العبد بعد ذلك، وانضر على هذه لو أعتقه إلى موت فلان فقتل العبد فلانا، وكذلك إن أوصى لعبد رجل، أو أولاده أو زوجته، فقتله السيد أو الأب أو الزوج، قالوا: لأنه لا يتهم أحد أن يقتل من أوصى لأبيه، أو لابنه أو لعبده أو لزوجته، لعل أن يعطيه منه شيئاً انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: من أصول المالكية المعاملة بنقيض المقصود الفاسد كحرمان القاتل من الميراث، وتوريث المبتوتة في المرض المخوف، قال بعضهم: إنما تجبر الثيب بالزنا إذا قصدت بذلك رفع الإجمار، وقال آخرون إنما منع المطلق في الحيض من الطلاق في الطهر الذي يليه لأنه استعجل الطلاق حيث لا يجوز فمنع منه حيث يجوز.

وقيل: إن الرجعة إنما تكون للوطء فإن لم يفعل صارت للطلاق، فانصرفت عن مقصدها الشرعي، فإن وطئ كره للمس إما لخوف الندم، لأنها قد تكون حاملا، أو لأنها لا تدري بماذا تعتد، فقد لبس عليها.

وهذان أصلان أخران لهم، وقد اختلفوا في النكاح على الطلاق أهو من باب المتعة فيمنع أو لا؟ فيصح، وغير المالكية يخالفهم في أصل هذه القاعدة ولا يراها معتمدة في الشرع، وحكمتها أن من استعجل الشئ قبل أوانه

فإنه يعاقب بحرمانه، ولذلك أبدوا تحريم المتزوجة في العدة على تفصيل في مذهبهم.

قوله: «وبنقيض القصد عامل إن فسد» أي وعامل بنقيض القصد إن فسد القصد.

قوله: «في قاتل» متعلق بعامل أي عامل بذلك في قاتل العمد حيث لا يرث من مال ولا دية، وفي الموصي لو ارث أو بأكثر من الثلث لقصد الضرر بالوارث حيث لا يمضي إلا الثلث، وفيمن قصد فساد بيع القصيل بتركه حيث تحبب لا ينتفع بقصده وفيمن قصد إفادة البيع الفاسد بالبيع الصحيح على ما لعياض، لا على ما للخممي وهو الربعي وهو معنى قول المؤلف: «نهج عياض ذا بذا لا الربعي» أي هذا الحكم في هذا الفرع هو طريق عياض لا طريق اللخممي، وفيمن هرب قبل قبض رأس مال السلم بعد إقالة لفسخ الإقالة حيث لا تنفسخ أو هرب برأس المال قبل دفعه للمسلم إليه إرادة فسخ السلم بالتأخير حيث لا يفسخ وفيمن منع من حوز ما تصدق به حيث وجد مانع الحوز حيث لا تبطل الصدقة، وفيمن ارتدت عن الإسلام إرادة فسخ النكاح حيث لا يفسخ وكذا من ارتد في مرضه قصد الفرار بماله من الورثة حيث يرثونه، وفيمن سرق نصاباً في مرار، لئلا يقطع حيث لا ينتفع بذلك وفيمن زنت وهي بكر قصد رفع إجبارها حيث لا تنتفع وفيمن اشترت بعلمها قاصدة حل النكاح حيث لا ينحل.

وفيمن حلف بالطلاق على زوجته أن لا تخرج فخرجت قاصدة تحنيثه، عند أشهب حيث لا يحنث عنده، وشبهه ما ذكر كإبدال الماشية وشراء قلادة

الذهب حسبما مر .

قوله: «والذ شيئاً قبيل وقته قد حرماً» الذ مبتدأ وخبره قد حرم . وهذا إشارة إلى قاعدة من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه، الذي هو المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، أي و الذي قدم شيئاً قبل وقته قد حرم ذلك الشيء، ومنع منه .

قوله : «لم يكن بتال» هو خبر أن أي أعلم أن التصديق بكل المال لم يكن تابعا للأصل وجاريا عليه كمن تزوج امرأة في عدة فإنها تحرم عليه أبدا على تفصيل معلوم في المذهب وكمن خلق امرأة أي أفسدها على زوجها فإنها تحرم عليه أبدا في قول بعض أصحابنا . ومثل ذلك المتزوجة في الإحرام على قول عندنا وذلك كله عقوبة على الاستعجال .

قوله: «اعلمن أن التصديق بكل المال» - إلى آخر- هذا إشارة إلى تنبيه إيضاح المسالك، يعني أنه مما ينبغي أن يتفطن له ويعلم أن هذه المسائل لم تجر على هذه القاعدة وهي من تصدق بماله كله حتى يكون غير مستطيع ليسقط عنه الحج، ومن أخرت الصلاة حتى حاضت في الوقت ومنشئ السفر في رمضان للإفطار، ومؤخر الصلاة إلى السفر للتقصير .

ومن صنع بما عنده من العين حليا لتسقط عنه الزكاة ومن أخر قبض الدين فرارا من الزكاة، ومن باع نعم الزكاة قبل كمال الحول لتسقط عنه الزكاة فإنه لا

يعاقب واحد منهم بنقيض مقصوده، ويعتبر ما صار إليه حاله، ووجه ذلك عند بعض الشيوخ أن وقت الحج موسع، وكذلك الوقت موسع في الحائض والمسافر وصاحب الحلبي إنما صنعه قبل حصول الحول الذي هو شرط، وكذلك بائع النعم ومن أخر قبض دينه إنما سقط عنه زكاته، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان من عدم الزكاة كالمال الموروث غير المقبوض، وإنما يتأتى النظر فيه إذا قلنا من ملك أن يملك يعد مالكا والتقدير على خلاف الأصل. وأيضا فإن هذه الأفعال إنما هي مباحة أو مندوبة بخلاف القتل، والتطليق في المرض وما أشبه ذلك من المسائل التي وقعت فيها المعاملة بالنقيض فإنها دائرة بين محرم ومكروه فتأمله انتهى.

قوله: «فيمن تبرعت خلاف قد علم» هو إشارة إلى ذات الزوج تقصد بعطية الثلث فدون الإضرار بالزوج المشهور يمنعها، وهو قول ابن القاسم وأصبع في الواضحة وقال مطرف وأشهب وابن الماجشون عن مالك: إذا تصدقت بالثلث فأقل على وجه الضرر بالزوج فله رده واختاره ابن حبيب. وقيل إن ضارت بالثلث رد لا بأقل.

قال الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في المضارة هل تعتبر في الثلث فيرد ما علم أنه أراد به الضرر مما منع به أو لا إضرار في الثلث فلا يرد.

قوله: «وما لحيض سفر» أي وما أخر من الصلاة بمجئ حيض في الوقت يسقطها فجاء أو لوقوع سفر فيه يقصرها فوق، وفي بعض النسخ بحيض بالباء، أي بسبب توقع حيض، أو في صورة حيض وفي بعضها كما لحيض.

|   |                           |                          |
|---|---------------------------|--------------------------|
| ص | وأبق ما كان على ما كانا   | مثمونا أو أجلا أو أثمانا |
|   | عند التنازع بقبض وانقضاء  | بسكت بائع طويلا أنقضا    |
|   | لمشتر كبقل أو لحم بيان    | به والا فخلافا يستبان    |
|   | إن ادعى الدفع قبيل القبض  | وبعده فلا وشبهه الفرض    |
|   | كحال استصحاب أو ما قد وقع | .....                    |

ش الأصل بقاء ما كان على ما كان وهو المعبر عنه باستصحاب الحال حتى يظن عدم البقاء، وقيل حتى يوقن، فإذا اختلفا في القبض فالقول قول البائع في الثمن والمبتاع في المثمون إلا أن يبين بنحو البقل واللحم مما العادة فيه شرعية القبض فإن القول قوله عند مالك في دفع الثمن، فإن قبض ولم يبين فقولان للمالكية.

أو يأتي من الزمن ما لا يمكن الصبر إليه، أو ما ينكر مثله في ذلك البيع فالقول قول المشتري في دفع الثمن عندهم أيضا ويرجع في قبض المثمون إلى العادة.

وإذا اختلفا في انقضاء الأجل، وانقطاع الخيار فالقول قول مشروطه، إلا بقول أو فعل يدل على إسقاطه، فإن احتمل فالأصل البناء.

وكذلك إذا اختلف البائع والمبتاع في مضي أمد العهدة فإن فيه قولين:

أحدهما: تصديق البائع، لأن المشتري يحاول نقض بيع قد انعقد.

والآخر: أن القول قول المشتري استصحابا للأصل، وهو كون الضمان من

البائع وكذلك لو باع عبدا فتبرأ في العقد من الأباق ففيه قولان:

أحدهما: أن إثبات خروجه سالما من العهدة على البائع، استصحابا لحال الضمان، وهي رواية ابن نافع عن مالك في المدونة.

والثاني: أن على المشتري إثبات أنه قد هلك في العهدة، وبه أخذ ابن القاسم وكذلك لو اختلف المتبايعان في عبد بيع بالخيار وقد ذهبت أيام الخيار هل مات في أيام الخيار أو بعد ذهابه، ففيه أيضا قولان، سببهما استصحاب حال كون البيع منعقدا أو استصحاب حال ثبوت الضمان.

وكذلك لو اختلفا في تاريخ انعقاد البيع وتداعيا في قدم العيب وحدوثه أن القول قول المشتري في التاريخ، استصحابا لعدم عقده، وقيل القول قول البائع استصحابا لكون البيع منعقدا فلا ينتقض بالدعوى.

وكذلك لو زعم المشتري على رؤية متقدمة أن المبيع تغير عن حالته الأولى إلى ما هو أدون فقال ابن القاسم: القول قول البائع وقال أشهب: قول المشتري بناء على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل براءة ذمة المشتري من الثمن.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل بقاء الشيء لمن هو في يده إلا بدليل، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، فاذا اختلفا في القبض فالقول قول البائع في الثمن والمبتاع في الثمنون، إلا أن يبين بنحو البقل واللحم مما العادة فيه سرعة القبض فإن القول قوله في دفع الثمن عند الملكية فإن قبض

ولم يبين فقولان لهم، أو يأتي من الزمان ما لا يمكن الصبر إليه، وما ينكر مثله في ذلك البيع فالقول قول المشتري في دفع الثمن عندهم أيضا ويرجع في قبض المثلون إلى العادة، وإذا اختلفا في انقضاء الاجل وانقطاع الخيار فالقول قول مشرطه إلا بقول أو فعل يدل على إسقاطه، فان احتمل فالأصل البقاء فإن اتهم على قصد الإسقاط استظهر باليمين على الخلاف في إيمان التهم.

قوله: «مثمونا أو أجلا، أو أثمانا عند التنازع بقبض وانقضا» نصب مثمونا على البدل من مفعول أبق، وباء بقبض للظرفية، وهو راجع إلى المثلون والثلث والانقضاء راجع إلى الأجل أي ابق المثلون عند التنازع في قبضه على ما كان عليه من كونه بيد البائع، وأبق الثلث عند التنازع في قبضه على ما كان عليه من كونه في يد المشتري، وأبق الأجل عند التنازع في انقضائه على ما كان عليه من كونه لم ينقض.

قوله: «فسكت بائع طويلا انقضاء لمشتر» أي يقضي للمشتري بدفع الثلث بسبب سكت البائع الزمن الطويل الذي لا يمكن الصبر إليه. وفي بعض النسخ بدل هذا «إن لم يطل سكت وإلا فالقضاء لمشتر» أي أبق مثمونا أو أجلا أو أثمانا على ما كانت إن لم يطل في الثلث سكت وإن طال فالقضاء لمشتر.

قوله: «كبقل أو لحم بيان به» أي كما يقضي للمشتري فيما جرت العادة فيه بسرعة قبض الثلث كاللحم والبقل إذا بان به.

قوله: «وإلا فخلاف استبان، إن ادعى الدفع قبيل القبض وبعده فلا» أي وإن لم يبن بنحو اللحم والبقل وقد قبضه ثم تنازع مع البائع في دفع الثلث بأن ادعى أنه دفع قبل القبض فقولان، وإن ادعى الدفع بعده فلا يصدق والقول

## قول البائع.

قوله: «وشبه الفرض كحال استصحاب أو ما قد وقع» شبه بالنصب، عطفاً على مضمون والحال المستصحب إشارة إلى الفروع المذكورة، والذي قد وقع كانعقاد البيع في الاختلاف في مضي أمد العهدة وفي قدم البيع وحدوثه.

ص ..... وبدل مع أصله لا يجتمع  
وقيل إن ضعف قواه البدل كماء استعمل والخف نقل

ش أي ومن الأصول السابقة أن الأصل لا يجتمع مع البدل، وقيل إلا أن يضعف فيقويه البدل.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: لا يجتمع الأصل والبدل إلا بدليل وعن بعض المالكية إن ضعف الأصل ولم يسقط قواه البدل فمن لم يجد إلا ماء مستعملاً، أو قليلاً بنجاسة، فإن لم يغلب الأصل بدأ به كالمستعمل، وأحد الأقوال في القليل، وصلى بهما صلاة واحدة، وإن غلب بدأ بالبدل وصلى صلاتين وقال الأوزاعي: في الخف المخرق يمسح ما استتر ويغسل ما ظهر ولا دليل على التلفيق ورواه الوليد صاحبه عن مالك وضعف فرد بإخراج الصحيحين له فوهم، وهذا على الخلاف في سماع الاستبعاد، والحق أنه لا يقبل وإن من عرف حجة على من لم يعرف، ومن أثبت حجة على من نفى.

قوله: «كماء استعمل» أي على القول بأنه مشكوك فيه فيتوضأ به ثم يتيمم لصلاة واحدة.



قوله: «والخف نقل» أي نقل عن مالك أنه يجمع فيه بين الغسل والمسح، وذلك فيما إذا لم يكن ساترا لمحل الفرض، وهي رواية الوليد بن مسلم عن مالك.

قال الشيخ ابن عرفة: ولا يمسح على غير ساتر كل محل الغسل، وروى الوليد يمسح ويغسل ما بقي فغمزه الباجي بأن هذا إنما يعرف للأوزاعي، وهو كثير الرواية عنه ومال إليه المازري، ورده ابن عبد السلام بأنه أحد رجال الصحيحين ولم يوهمه أحد.

قلت: قال المروى والذهبي فيه عن بعضهم مدلس ولم يفصله ومقتضى كلام الثلاثة انفاضه بالرواية ونص كلام ابن رشد ومفهومه عدم انفاضه والاقتصار على مسحه دون غسل ما بقي قال روى على، وأبو مصعب والوليد: يمسح على مقطوع المحرم أسفل من الكعبين وزاد الأوزاعي غسل ما بقي.

ص بفساد في الحال لا تواعد كعدة بيع طعام وارد  
ما ليس عندك كذا وما منع للوقت في الصرف خلاف قد سمع

ش الأصل والقاعدة منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: أصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة وعلى بيع الطعام قبل قبضه ووقت نداء الجمعة وعلى ما ليس عندك، وفي الرصف، مشهورها المنع.

وثالثها: الكراهة وشهت أيضا لجوازه في الحال، وشبهت بعقد فيه تأخير وفسرت به المدونة انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قال اللخمي: المواعدة في بيع الطعام قبل قبضه كالصرف وقد اختلف فيها فيه.

ابن رشد: فتكون فيها ثلاثة أقوال: وليس كما قال، والفرق أنها في الصرف فغنا يتخيل فيها وقوع عقد فيه تأخير، وهي في الطعام قبل قبضه كالمواعدة على النكاح في العدة، وإنما منعت فيهما لأن إبرام العقد محرم فيهما فجعلت المواعدة حريما لهوليس إبرام العقد في الصرف بمحرم فتجعل المواعدة حريما، وقد ذكر هذا الفرق لمن يعتنى بالفقه فلم يفهمه وهو ظاهر.

قوله: «وما منع للوقت» ما واقعه على البيع ونحوه، والمراد بالوقت وقت نداء الجمعة، وسمع بمعنى قبل، أي بخلاف تخريجه اللخمي في بيع الطعام قبل قبضه فإنه غير مقبول.

ص تبيع محظورا ضرورة كما  
في كسفاتج ربا وسائس  
لذي اضطرار وخلاف علما  
بسالم وأخضر بيا بس  
في سنة ونجس كعك.....

ش قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: من الأقوال الجمهورية الضرورات تبيح المحظورات وأصل ذلك ثابت في الميتة والخمر للغصة، ومال الغير واختلف المالكية في إباحتها للربا ونحوه كالمسافر والمضطر يأتي

إلى دار الضرب بتبر فيدفعه وأجرة العمل ويحسب ما نقص ثم يأخذ في  
مقابلة الباقي مسكوكا وكمسألة دار الإشقالية والسفاتج.

والمستاس بالسالم في المسغبة، والدقيق والكعك للحاج بمثله في بلد آخر.

قال مالك: يسلف ولا يشترط والأخضر في وقت الحصاد باليابس في  
المجاعة وكبيع النجاسة.

ثالثها: المشهور يجوز ما اختلف في نجاسته لا ما أجمع عليه ومن ثم قيل  
المشتري أعذر فيها من البائع، وأصله القياس على الرخصة المباحة للضرورة  
كالقرض والقراض والجعل والعرية والمساقاة ونحوها وقد تقدم مثله.

قوله: « في سنة » أي مجاعة.

ص ..... وما آخر بعد الوقت قرضا رسما

كعكس أولا.....

ش أي من آخر ما وجب له عد مسلفا وعكسه من عجل ما لم يجب  
عليه هل يعد مسلفا ليقضي من دمه إذا حل الأجل، إلا في المقاصة وهو  
المشهور، أو مؤديا، ولا سلف ولا اقتضاء وهو المنصور، لأنه إنما قصد إلى  
البراءة والقضاء ومن أجل الأصل الأول لم يجز بأن يأمره بصرفه ولا أن  
يسلمه لثلا يكون تأخيرا المنفعة وإن أسلمه إلى نفسه ففسخ دين في دين.

وعلى الأصل الثاني: صرف المؤجل ومسألة الغرس في بيوع الأجال أن

يسلم فرسا في عشرة أثواب إلى أجل ثم يشتريه بخمسة منها ويسترد معه خمسة.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: قال المالكية: من أخر ما وجب عليه عد سلفا، ومن ثم لم يجز أن يأمره بصرفه ولا أن يسلمه لثلا يكون تأخيرا بمنفعة وإن أسلمه إلى نفسه ففسخ دين في دين، ومن ذلك أن يقرض في مسألة الحمار في كتاب الأجال وهي باع حمارا بعشرة إلى أجل، ثم استقال منه فرده ودينارا نقدا، قال في المدونة: لا يجوز، لأنه بيع وسلف، وضع وتعجل، وذهب بذهب، وعرض غير يد بيد، فنقض الدينار مؤجلا إلى أبعد من الأجل ولا خلاف بينهم في منعه.

وقال أيضا: قاعدة: المشهور من مذهب مالك أن المعجل كالسلف ليقبض من ذمته إذا حل الأجل إلا في المقاصة، والمنصور أنه مؤد، ولاسلف، ولا اقتضاء، لأنه إنما قصد إلى القضاء والبراءة، وعليه مسألة الفرس في بيوع الأجال أن يسلم فرسا في عشرة أثواب إلى أجل ثم يشتريه بخمسة منها ويسترد معه خمسة، قال في المدونة: لا يجوز، لأنه إن كان يساوى دون الخمسة دخله وضع وتعجل، أو فوقها فحط الضمان، ولأنه بيع بخمسة والخمسة الأخرى سلف من المعجل يأخذه من ذمته.

قوله: «أولا» راجع إلى قوله: «كعكس» أي المؤخر سلف باتفاق، واختلف هل المعجل سلف أو لا.

ص .....نضى ما قد أدى إثباته إليه أولى عدا

من فروع جعل عبد مهرا      كمعتقين ادعيا أقرا  
وقبض مهر أمة ومن شهد      بعثق أو حمل وشبهها.....

ش كل ما أدى ثبوته إلى نفيه فنفيه أولى ومن ثم إذا جعل رقبة العبد صداقا لزوجه فسد النكاح، لأن صحة كونه صداقا يلزم منه ملكها له ويلزم منه فسخ النكاح، ويلزم من فسخه ارتفاع الصداق، لأنه قبل البناء، ويلزم منه عدم كونه صداقا.

وإذا عتق عبديه فادعاهما غيره فشهد له العبدان، قال مالك: لا تقبل شهادتهما، لأننا لو قبلناهما لصارا رقيقين وبالرق تبطل الشهادة، فلو صحت لبطلت فتبطل.

وإذا زوج أمته وقبض صداقها وتصرف فيه، ثم أعتقها قبل البناء، فلا خيار لها، لأن ثبوت الخيار يرفعه، إذ لو اختارت لسقط الصداق، وإذا سقط بطل عتقها بصيرورة السيد مدينا وإذا بطل عتقها بطل خيارها وإذا شهد رجل مع آخر على عتق عبد فعتق وقبلت شهادته، وشهد ذلك الرجل مرة أخرى فردت شهادته بجرحه فشهد العبد المعتق فيه بالجرح فلا تقبل شهادته لأنها إن قبلت شهادته ثبتت جرحه الشاهد فإذا ثبتت بطل عتق العبد وإذا بطل سقطت شهادته، وإذا سقطت لم يصح تجريحه للشاهد، وإذا لم يصح تجريحه ثبتت شهادته، وإذا ثبتت صح عتق العبد، وإذا صح عتقه صحت شهادته، وإذا صحت شهادته صح تجريحه، ودارت المسألة أبدا.

وإذا توفى وله أمة حامل، وعبدان، وله عاصب فيعتق العاصب العبدان،

وتلد الأمة ابناً ذكراً فشهد العبدان بعد عتقهما أن الأمة كانت حاملاً من سيدها المتوفى، فإن شهادتهما لا تجوز، لأن في إجازة شهادتهما إبطال عتقها.

وإذا زوج عبده من حرة بصداق ضمنه لها، ثم باع منها العبد بالصداق قبل الدخول، فإنه لا يصح البيع، لأنه لو صح للملكت زوجها، ولو ملكته لفسخ النكاح، ولو فسخ لسقط مهرها، وإذا سقط المهر بطل البيع.

وإذا اشترى اثنان عقاراً دفعة واحدة، فلا شفعة لإحدهما لأنها لو وجبت لأحدهما لو جبت للآخر، ولو وجبت لهما لزم أن لا تجب لهما.

وإذا عدله رجلان فلا يجوز له تجريحه لإحدهما مع غيره بجرحة قديمة قبل تعديله لأن في ذلك إبطال تعديله، وإذا قال متى طلقتك فانت طالق قبله ثلاثاً وهي الملقبة بالشريجية.

قال تاج الدين وقد كثرت فيها التصانيف، واشتهر إشكالها مع زمن زيد بن ثابت رضي الله عنه، وقيل: الشافعي، وقيل: المدني وقيل ابن سريج وأخطأ من جعلها من مولدات ابن الحداد وإن كانت في فروعه فليس كلما في فروعه مما ولده، وإنما نسبت لابن سريج لقوله: هو ودهماء الشافعية لا يلزمه شيء لأنه لو وقع مشروطه وهو تقديم الثلاث، ولو وقع مشروطه لمنع وقوعه، لأن الثلاث تمنع ما بعدها.

ومذهبنا أن قوله قبله لغو فيقع عليه المباشر وتام الثلاث من المعلق.

قال الأستاذ الطرطوشي: هو الذي نختاره.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: كل حكم يقتضي إثباته رفعه أو رفع موجهه فهو باطل، كمن جعل رقبة العبد صداقا لزوجته فهذا يفسد مطلقا بخلاف الخمر وشبهه وقيل يسقط خيار الأمة إذا أعتقت قبل البناء وقد أتلف السيد الصداق، ولا مال له، لأن ثبوته يعيدها إلى الرق لوجوب بيعها فيه، وذلك يسقط الخيار، فأثباته لها يقتضي رفعه عنها.

وقيل: الصداق دين طار باختيارها فلا يرد له العتق المتقدم.

وقيل: لها الخيار ثم تباع في الصداق، إذ ذاك هو موجب الأحكام، وهي قاعدة إجراء الأحكام على ما تقتضيه، وعدم الالتفات إلى العوارض، وعلى هذه القاعدة لا تجب المقاصة، وفي الكتاب قولان.

قوله: «عدا من الفروع جعل عبدا مهرا» يحتمل أن يكون عدا ماضيا مبنيا للمجهول، وألفه لإطلاق القافية، فجعل مرفوع على النيابة.

ويحتمل أن يكون أمرا وألفه بدل نون التوكيد الخفيفة في الوقف فجعل منصوب على المفعولية.

|                            |                           |
|----------------------------|---------------------------|
| ..... ورد                  | ..... ص                   |
| في الحلى والقبر خلاف علما  | في متلف قيمته أن قوما     |
| المثل في العرض ومنها ابرزا | كالغزل والجدار باج قد عزا |
| مع جزاف والخلاف رويًا      | ومثل مثلى سوى ما صريا     |
| الغلا كما بمعطش وشبه نقلًا | في القرص والغصب بموضع     |

شي قال في إيضاح المسالك: الأصل أن من أتلف مثليا فعليه مثله إلا في المصراة، لأجل اختراط لبن البائع بلبن المشتري، وعدم تمييز المقدار، وفي الجزاف، وغاصب الماء في المعاطش ومحل عزته، وتسلفه في موضع غلائه على الشاذ المنصور، والأصل أن من أتلف مقوما فعليه قيمته إلا في مسألة الحلبي المتقدمة على قول ابن القاسم وأشهب.

والغزل على ما سلف من الخلاف، والجدار، ومن دفن في قبر متعديا على رأي سحنون، تنبيهان:

الأول: أقام غير واحد من المحققين كابن سهل والباجي، وابن رشد مسألتي جلد البعير والشاة، اللتين في التجارة والصناع وغيرهما من مسائل المدونة القضاء بالمثل في العروض كمسألة رقد في كتاب الغصب ومسألة المخدمة في كتاب أمهات الأولاد من أخدم أمته رجلا سنين ثم وطئها فحملت منه كانت له أم ولد في ملائه، وتؤخذ منه مكانها أمة تخدم في مثل خدمتها، وقيل: تؤخذ منه قيمتها فيؤاجر منها خادم، وبهذا الرأي أعنى القضاء بالمثل في المقوم كان يحكم آخر المجتهدين بفاس القاضي أبو يحيى أبو بكر بن خلف المواق فيما حكى أبو الحسن الصغير عن أبي محمد صالح عن شيخه أبي محمد بن تاعزيرت.

وصرح القاضي أبو الوليد الباجي رحمه الله تعالى بأنها رواية عن مالك، وفي صحة الاعتراض عليه عند الخذاق نظر لأنه ثقة راسخ القدم.

الثاني: قال بعضهم: الأصل قضاء ما في الذمة بمثله، فإن تعذر، أو تعسر رجع إلى القيمة، وهذا أصل مذهب مالك في ضمان ما سوى المكيلات،



والموزونات والمعدودات بالقيمة، أعني التعذر أو التعسر، وتأويل حديث القصة وهو معترض بالقرض وبثبوته في الذمة سلماً فإن انقطع اعتباره كالفلوس يترك التعامل بها فمشهور مذهبه القضاء بالمثل، والشاذ بالقيمة انتهى.

وعنى ببعضهم القاضي أبو عبد الله المقري، وبمسألتي الحلي والغزل ما تقدم في قاعدة الموزون إذا دخلته صنعة هل يقتضى فيه بالمثل أو بالقيمة، وتلك القاعدة أليق بما ذكره المؤلف هنا كما فعل في إيضاح المسالك، لكن المؤلف تبع المقري، والله أعلم.

قال المقري، أثر الكلام السابق: فيقوم منه قاعدة وهي إذا فقد المعنى المقصود مع وجود العين المحسوس، فهل يجعل الحكم تابعا للمعنى فيقدر بعدمه عدم العين أو للعين وجود المعنى كعدمه قولان وقد تقدم مثله.

وابن بشير يقول: سبب الخلاف هل المستقر في الذمة شئ معين أو إنما وقعت المعاملة بها بشرط الانتفاع، يعني للعرف، وهما لو صرحا بذلك فسد القرض والشرط العادي لا يزيد على القولي نعم قد يراعى في الحكم ما أشار إليه من نفي الضرر عن الجانبين.

ومن هنا استصعبت القضاء بإيراد قيمة النقد من الشورة إلى بيت البناء ورأينا أن ذلك موكول إلى محاسن العادات مأمور به بمقتضى الجريان على ما اقتضته مكارم الأخلاق ولا ينتهي إلى حد الوجوب الشرعي الموجب للقضاء به، لأنهما لو شرطا ذلك ابتداء لم يجز إلا بمعرفة الشورة وقدر

الانتفاع بها وأجله ثم فيه النكاح والبيع إلى غير ذلك مما لا يخفى على من منح فضل تأمل.

قوله: «باج قد عزا» أي لمالك قوله: «ومنها ابرزا» أي ومن المدونة أقيم المثل في العروض قوله: «ومثل مثلي» هو بالرفع عطفًا على قيمته هذا إن كان رد ماضيا مبنيًا للمجهول، وإن كان أمرًا كانا منصوبين.

|                        |    |                          |
|------------------------|----|--------------------------|
| من ذلك الجار ومن يحتكر | هي | لأكبر الضرين ينضى الأصغر |
| وفرس وشبهه للسلطان     |    | وصاحب الماء أو الفدان    |
| جبر صاحب القليل للكثير |    | وحكمان وسفينة أسير       |
| كذلك سنور جدار أزيار   |    | كثور أو دجاجة أو دينار   |
| بما يعم كعدى وما مضى   |    | وشبهها واصل شرع القضا    |

هي إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر ومن ثم جبر المحتكر على البيع وجار المسجد إذا ضاق وجار الطريق والساقية إذا أفسدها السيل وبيع الماء لمن به عطش أو خاف على زرعه ومعه الثمن وصاحب الفدان في قرن الجبل إذا احتاج الناس إليه وصاحب الجارية والفرس يطلبهما السلطان فإن لم يفعل جبر الناس.

وخلع الحكمين والسفينة إذا خافوا غرقها فإنه يرمى منها ما ثقل من المتاع، ويغرم أهل السفينة ما رموا على قيمة ما معهم من المتاع والأسير الكافر يطلب شراءه من ربه من له أسير مسلم فليفديه به، أو شرط عليه الأسير في الفداء فامتنع من هو بيده.

قال في إيضاح المسالك: ومن تغليب أحد الضررين ثور وقع بين غصنين، أو دينار وقع في محبرة رجل، أو دجاجة لقطت فصا فيجبر صاحب القليل منهم على البيع لصاحب الكثير. وانظر مسألة الخوابي والأزيار والجميلين والسنور والجدار انتهى.

الإمام المازري بعد أن ذكر الخلاف فيمن غصب حجرا أو خشبة بنى عليها أو لوحا أدخله في سفينة أنشأها عليه وبناه، على اعتبار أشد الضررين باعتبار ذات الضرر ومن يلحقه من حيث كونه غاصبا وغير غاصب قال: وكذا غصب خيط خيط في جرح إن لم يستلزم نزعه إتلاف عضو آدمي من محترم أو حدوث مرض به مخوف فإن لم يستلزم ذلك أو استلزم براءه فمختلف فيه بين الشافعية.

ومن هذا الأسلوب لو أن كبشا أدخل رأسه في قدر لغير ربه لا لسبب من أحد لكليهما لم يضمن أحدهما لصاحبه شيئا وهو من جرح العجما، وكذا دخول دينار في دوات غير ربه لا يمكن إخراجه منها إلا بكسرها، وكان شيخنا إذا ذكر هذه المسألة يحكي أن جملين اجتمعا في مضيق لا يمكن نجاة أحدهما إلا بنحر الآخر فحكم بعض القضاة بنحر أحدهما، ويشتركان في الباقي كالمطروح من السفينة لنجاتها، انتهى باختصار.

ابن عرفة: ونص المازري في كتاب الغصب من شرح التلقين: ومما يجري في هذه الأبواب لو أن كبشا أو ثورا أدخل رأسه في قدر طباخ ثم لم يمكن إخراج رأسه منها فإنه إن كان لصاحبه سبب في تمكينه من إدخال رأسه في القدر،

مثل أن يكون هو سائقه أو قائده، فإنه إذا كسرت قدر الطباخ يتخلص الثور يضمن صاحب الثور قيمة القدر، لأنه لإفسادها صان ماله، وهو السبب في تعرض ماله للتلف، ولو كان الطباخ هو السبب بأن وضعها وضعا لا تسلم معه فما جرى فيها من تشبث الثور وصاحب الثور لا سبب له فإنه لا يضمن صاحب الثور قيمة القدر، وكذلك لو كانا غير مفرطين جميعا لم يضمن صاحب الثور قيمة القدر، لأن جرح العجما جبار، وكذلك لو دخل فصيل ناقة دارا وأقام فيها حتى عظم جرمه فلم يقدر أن يخرج من الباب فإننا إذا كسرنا الباب لنتمكن من إخراجه كان على صاحب الفصيل غرامة ما أفسد من الباب لأننا صنا ماله بإفساد غيره قال: وهذه المسائل تجري على ما نبهنا عليه من اعتبار الضرر والموازنة بين الضررين في كتاب الاستغناء.

قال بعض أهل العلم في الدجاجة تلتقط الدراهم أو اللؤلؤة: أنه ما كان من ذلك أكثر من قيمة الدجاجة فعلى صاحبها أن يذبحها بعد أن يدفع إليه صاحب الدراهم، أو اللؤلؤة قيمتها لربها، إلا أن يشاء صاحبها أن يأخذها مذبوحة فله ذلك، وما كان أقل من قيمتها فلا شيء له على صاحبها.

وقال بعض المفتين في الثور يدخل قرنيه في فرع شجرة ولا يطبق أحد نزعه: أنه ينظر إلى قيمة الثور وقيمة الغصن فإن كان الغصن يساوي أكثر من الثور ذبح الثور مكانه ولم يقطع من الشجرة شيء، ومصيبته من صاحبه، وإن كانت قيمة الثور أكثر من قيمة الذي يقطع من الشجرة ليتخرج الثور، قطع منها ما يتمكن به إخراج الثور عنها وقيمتها على صاحب الثور.

خليل: فرع لو كان بالدار أزيار ونحوها فأراد البائع إخراجها فلم يسعها

الباب، أو كان فيها بعير صغير فكبر و لم يخرج من الباب فقال ابن عبد الحكم ليس على صاحب الباب قلعه ويذبح هذا بعيره، ويكسر جزاره.

ونزلت باشبيليا فكتب بها إلى القروان، فقال الشيخ أبو عمران: الاستحسان أن يهدم الدار وبينه البائع إن لم يبق بعد البناء عيب، وإن بقي بعده عيب ينقص الدار، قيل للمشتري: ادفع قيمة الجرار، فإن أبي، قيل: للبائع ابن له وأعط قيمة العيب، فإن أبي تركا حتى يصطلحا، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن إن علم المبتاع بها ووقع الشراء على أنها للبائع لزم إخراجها وإن لم يعلم وكان الذي يهدم يسيرا أهدهم وأصلحه انتهى.

البرزلي: ونزلت مسألة وهي إن قطا عمى وفرغت منفعته فاستغنى فيها شيخنا الإمام فأفتى بوجوب إطعامه وأن لا يقتل، وكذلك ما أيس من منفعته لكبر أو عيب وكذا ذبح القطوط الصغار والحيوان الصغار لقلة غداء أمهاتها، أو راحتها من ضعفها والصواب في ذلك كله عندي الجواز لارتكاب أخف الضررين لقوله ﷺ: «إذا التقى ضرران نفى الأصغر للأكبر» انتهى.

فإلى مسألة القطوط الصغار، والأعمى أشار صاحب الإيضاح بالسنور أو إلى الهر يستتر، وسئل ابن الفخار عن ثور دخل حائط رجل فاحتك إلى شجرة فدخل رأسه بين غصنين فيها، ولم يقدر على إخراجها، فأجاب: إن الثور إن دخل الحائط ليلا قرضت قرونها وخلصت الشجرة، وإن دخله نهارا قطعت الشجرة وخلص الثور لأن على أصحاب المواشي حفظها بالليل وعلى أصحاب الحوائط حفظها بالنهار انتهى.



قال الداودي: ينظر إلى الأقل منهما قيمة فإن كان كالثور أقل منهما قيمة من الأغصان ذبح الثور، وإلا قطعت الأغصان وأعطى صاحبها القيمة.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: شرط انعقاد البيع الرضى أثر كلامه على بيع المكروه وإن بيع العمال إذا أكرهوا جائز.

قلت: وكذلك من أجبره الحق على البيع لعارض من العوارض كبيع الماء لمن به عطش أو خاف على زرعه، والمحتكر وجار المسجد إذا ضاق والسييل إذا أفسد الطريق، وصاحب الفدان في معقل إذا احتيج إليه، وصاحب الفرس أو الجارية يطلبها السلطان فإن لم يفعل جبر الناس: هكذا في الذخيرة، وفي الإجماع لابن حزم أن هذا لا يجبر إجماعاً.

قاعدة: أصل الشريعة القضاء للعامة على الخاصة كما في هذه المسائل، قال المالكية: ولذا تباع الدواب العادية في الزرع بموضوع لا زرع فيه، تتقي عليه فإن تعذر تقدم إلى أصحابها أن يضمنوا ما أصابت ليلاً أو نهاراً، وإلا فليلاً لأن عليهم حفظها لا نهاراً لأن الغالب على أرباب الحوائط حفظها بالنهار.

قال في إيضاح المسالك: وانظر المعيان والساحر والضارب على الخطوط انتهى.

الشيخ ابن عرفة: وكان القضاء ببلدنا ينفون من ظهر عليه الضرب على الخطوط بعد تأديبه بحسب اجتهادهم إلى بلاد المشرق، فبعث ففقهاء المشرق إليهم بالتعقب عليهم في ذلك وقالوا: أنتم فعلكم هذا كمن أراح نفسه من معتد فيمحلله بإرساله على غيره من المسلمين، فأجابوهم بأن المنفى لا قدرة

له على خطوط من وصل إليهم لعدم ممارسته خطوطهم انتهى.

وفي حكاية الأبي لهذه الحكاية: فأجيبوا بأن مفسدته ليست محققة الوقوع عندكم، فإنه لا يعرف شهودكم ولا خطوطكم إلا بعد مدة وعمر وقد لا يحيى إليها، فلم نبعث إليكم بمفسدة محققه انتهى.

المازري: قال العلماء: ينبغي أن يتجنب من عرف بإصابة العين ويحترز منه، وينبغي للإمام أن يمنعه من مداخلة الناس وإن يلزم بيته وإن كان فقيرا أجرى عليه رزقه ويكف أذاه عن الناس وضرره أشد من ضرر أكل الثوم الذي منعه ﷺ دخوله المسجد لئلا يضر بالناس ومن ضرر المجدوم الذي نهاه عمر عن مخالطة الناس، ومن ضرر المواشي العادية التي أمر بتغريبها.

وقال المقرئ أيضا: قاعدة: العمل بالراجع واجب بالاجماع فتسقط المفسدة المرجوحة للمصلحة الراجحة إذا تضرر الجمع، بخلاف ما اختلف فيه المالكية وغيرهم من مخالطة يسير الحرام لكثير الحلال لا مكان الجمع بالإبراء والقسمة وغيرهما.

قوله: «من ذلك الجار» أي للمسجد، أو الطريق، أو الساقية.

قوله: «والشبه» هو الجارية، قوله: «وحكمان» أي خلعهما، قوله: «وسفينة» أي في الرمي منها، قوله: «أو دجاجة» أي لقطت فصا.

قوله: «أو دينار» أي وقع في محبرة رجل قوله: «يجبر صاحب القليل للكثير» هي قاعدة داخلية فيما قبلها وأمثلتها ما بعدها، وكذا قوله: «وأصل



شرع القضاء بما يعم» أي أصل الشريعة القضاء للعامة على الخاصة وقوله: «كعدا» أي كذات عداة وهي البهيمة التي تتعدى في الزرع تباع بموضع لا زرع فيه تتقى عليه قوله: «وما مضى» أي في أصل القاعدة من مسائل الجار والمحتكر وصاحب الماء أو الفدان، أو الفرس أو الجارية.

ص أخف مكروهين أو خطريين      إن لم يكن بد كفى ضررين  
قدم كبقر وعرة وكذا      مضطر أو ما من نكاح أنفذا

ش قال في إيضاح المسالك: إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران، ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما، وقد يختلف في بعضها كبقر الميت رجاء الولد والمال وكالعاراة في الضوء قيل: يجلسون ويومون وقيل: يقومون ويقضون وكأكل المضطر ميتة الأدمي وكإمام الخوف في الحضر يصلي بإحدى الطائفتين.

قيل: ينتظر الثانية جالسا استصحابا، وقيل: قائما، لأنه فرض، ويقبل الطول ثم اختلفوا هل يقرأ، أو يسبح، والأصل القراءة.

وكإنفاذ المالكية ما سوى ابن عبد الحكم والمغيرة، وابن مسلمة، ورواية حمديس عن مالك واختيار ابن لبابة وقول الشافعي وأكثر العلماء والأئمة، نكاح الثاني في مسألة الوليين بالدخول، وإنفاذهم به ما فسد لصدقه بصداق المثل، وما عقد بالولاية العامة أو الخاصة، وليست بولاية إجبار، وبطول وبكونه صوابا، ونظرا أو ينتقل حكما كفوات البيع الفاسد بالقيمة انتهى.

وقال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: إذا تقابل مكروهان، أو محضوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما، وقد يختلف فيه كالعرايا في الضوء قيل: يجلسون ويومون، وقيل: يقومون ويقضون، وكإمام الخوف في الحضر يصلي بإحدى الطائفتين، قيل: ينتظر الثانية جالسا استصحابا، وقيل: قائما، لأنه فرض، ويقبل الطول، ثم اختلف هل يقرأ، أو يسبح والأصل القراءة، وكبقر الميت رجاء الولد أو المال النفيس، وكأكل المضطر ميتة الأدمي، وكله في مذهب مالك.

وقال أيضا: ترجع المفسدة على المفسدة فيسقط اعتبارها ارتكابا بأخف الضررين عن تعذر الخروج عنهما، كإنفاذ المالكية إلا ابن عبد الحكم نكاح الثاني في مسألة الوليين بالدخول وإنفاذهم به ما فسد لصدقه على صدق المثل، وما عقد بالولاية العامة والخاصة ليست بولاية إجبار وبالطول وكونه صوابا أو ينتقل حكمها كفوات البيع الفاسد بالقيمة هذا أصل مالك وخالفه الشافعي فيه على الجملة.

قوله: «أخف» هو مفعول مقدم.

قوله: «كفى ضررين» أي كما يرتكب الأخف في تقابل ضررين كما مر.

## فصل

انظر ما الكلي الجامع للقواعد المذكورة في هذا الفصل حتى عقد لها فصلا يخصصها ومن البعيد أن يقال: عقد هذا الفصل لما يتوهم أنه يسقط الشيء وهو لا يسقطه، كالنسيان لا يسقط الوجوب، وكالشك في حصول الشرط لا يسقط

المشروط، وكذا شهادة النفي لا تسقط شهادة الإثبات بل الأمر بالعكس، وقال إسماعيل: شهادة القتل ساقطة.

وكذا أخذ من بيده المال لخرجه لا يسقط ضمانه بل يقرره ولا إشكال في بعد هذه المناسبة وتكلفتها، وعلى تسليمها فما وجه دخول تبعية الربح للمال تحت هذه المناسبة، وما هو الكلي الجامع لها وللأربع المذكورة معها، والمقري ذكر قاعدة الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط وقاعدة لا يسقط الوجوب بالنسيان وقاعدة النسيان لا يجعل المتروك من المأمور به مفعولاً في الطهارة وقاعدة الخطأ لا يكون عذراً في إسقاط المأمورات في الصلاة وقاعدة الناسي أعذر من المخطي وقاعدة لا يفترق العمل من النسيان في باب سقوط المأمورات في الصوم وأما قاعدة النافي مقدم على المثبت فلم يذكرها أصلاً والمؤلف في مختصر المنهج لم يذكر في الفصل إلا قاعدة لا يسقط الوجوب بالنسيان ولم يخلط معها غيرها فانظر ذلك.

|   |                         |                        |
|---|-------------------------|------------------------|
| ص | لا يسقط الوجوب بالنسيان | وفي ضعيف مدرك قولان    |
|   | في نجس نضح و ترتيب علم  | كقبلة تسمية فور نعم    |
|   | كفارة تسقط عن لم يطأ    | وعنه شهر وبعذر أسقطا   |
|   | في طوع وصلاة وصيام      | طواف قادم عكوف وانتمام |
|   | وعمرة إذ لزم من شرعا    | وفي انتمام نظر قد سمعا |

ش قال القارافي في الذخيرة: نظائر الأصل: أن الواجب لا يسقط بالنسيان، وأسقطه مالك «رحمه الله» في خمسة مواضع: في النضح، وفي إزالة النجاسة، وفي الموالاتة في الوضوء، وفي الترتيب في المنسيات وفي التسمية على الذبيحة على القول بالوجوب، في هذه الخمسة، لضعف مدرك الوجوب فيها بسبب تعارض المأخذ،

فقوى اسقاط بعذر النسيان انتهى.

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل أن لا يسقط الوجوب بالنسيان على ما نحققه بعد.

قال القرافي: وأسقطه مالك في خمس نظائر، منها: الموالاة لضعف مدرك الوجوب فيها وهذه قاعدة أخرى.

أن ضعف مدرك الوجوب يوجب سقوطه بالنسيان، وقيل في قوله: إذا نسي التسمية أكلت، إنما قال ذلك لفهمه أنها إنما تشترط مع العمد أو لمراعاته الخلاف كالنجاسة.

وقال أيضا: قاعدة: النسيان لا يجعل المتروك من المأمور به مفعولا، فإذا تذكر الماء في رحله أعاد وثالثها لابن القاسم: في الوقت، بل يجعل المفعول من المحذور متروكا إلا بدليل يزيده وضوحا أن النسيان ضد الذكر لا ضد الوجود ألا تدري أنه لو نسي الحدث، أو لمعة، أو غسل الرجلين أو الرقبة وصام أو الثوب وصلّى عاريا لم يعذر.

وقال أيضا: قاعدة الناسي أعذر من المخطئ على الأصح لأن التفريط مع المخطئ أكثر منه مع الناسي فمن جاء الثالث أن التابع ينقطع بالخطأ، دون النسيان، وهو للمالكية.

قاعدة: لا يفترق العمد من النسيان في باب سقوط المأمورات ولا العذر من الاختيار بخلاف ثبوت المنهيات فيهما، هذا هو الأصل، وقد اختلف المالكية في

انقطاع التابع بالنسيان لا في اختلافهم أهو من باب المأمورات، أو من باب المنهيات.  
وقال أيضا: قاعدة: الخطأ لا يكون عذرا في إسقاط المأمورات عند محمد، وقال  
النعمان، عذر وفرقت بين تيقنه وظنه كما مر.

وقال أيضا: قاعدة: اختلفوا في الحاق المخطئ بالناسي، والفرق أن المخطئ معه  
ميزة وقد قيل بتكليفه انتهى.

وزاد المؤلف على الخمسة السابقة القبلة، وهو بناء على المشهور أن من صلى  
لغير القبلة ناسيا يعيد في الوقت لا أبدا وقد اعترض على ابن الحاجب قوله: ويعيد  
الناسي والجاهل أبدا على المشهور فيهما.

وفي التوضيح فائدة: ثمان مسائل المذهب فيها على الوجوب مع الذكر والسقوط  
مع النسيان، إزالة النجاسة، والنضح، والموالة في الوضوء، وترتيب الصلاة،  
والتسمية في الذبيحة، والكفارة في رمضان، وطواف القدوم، وقضاء التطوع من  
صلاة وصيام واعتكاف أعني إذا قطعه عمدا من غير عذر، لزمه القضاء، وإن كان  
لعذر لم يلزمه.

قوله: «لا يسقط الوجوب بالنسيان» البيت، في طرة على هذا بخط المؤلف من  
القواعد: لا يسقط الوجوب بالنسيان إلا إذا ضعف مدركه، وقيل: لا يسقط بحال  
عليها فيما ضعف مدركه ما ذكر من نجس، وتسمية، وموالات، وترتيب، وكفارة  
وتسمية انتهى.

وهذا يشعر بأن الصحيح عنده من القولين فيما ضعف مدركه السقوط ولذا

بنى عليه الفروع المذكورة، وهو المشهور أيضا فيها، وضعيف مدرك بالإضافة وفتح الميم والراء وهو المأخذ، والدليل يعني ما ضعف مدركه من كتاب أو سنة أو إجماع، والتقدير وفي سقوط وجوب ضعيف مدرك بالنسيان قولان.

قوله: «وفي نجس» بدل من ضعيف مدرك، أو متعلق بعلم، وضميره عائد إلى أحد المقدرين سقوط أو وجوب، أي علم سقوط أو وجوب ضعيف مدرك في نجس وما بعده، أي في غسل نجس ونضحه وترتيب الصلاتين فائتين أو حاضرتين لكنه شرط في الحاضرتين دون الفائتين فاستقبال قبلة وتسمية في الزكاة، وفور في الطهارة، وهو الموالات.

قوله: «نعم كفارة تسقط عن من لم يظأ» يظأ بإبدال الهمزة ألفا، أي نعم تسقط الكفارة عن من أفطر في رمضان بغير الوطء ناسيا كالأكل والشرب ناسيا.

قوله: «وعنه شهر» أي و شهر سقوطها عن الواطئ ناسيا، ومقابل المشهور قول ابن الماجشون أنها تجب في نسيان الجماع وإكراهه.

والحاصل الاتفاق على السقوط في الفطر بغير الوطء ناسيا أو مكرها، أو مغلوبا وكذلك الوطء على المشهور.

قوله: «وبعذر أسقطا» - إلى آخره - أي أسقط القضاء في طوع الحج وما بعده بسبب العذر، على معنى أنه إنقطع شيئا منها لعذر كالغفلة والنسيان

والغلبة فلا قضاء وإلا وجب عليه، لأنها لازمة بالشروع بخلاف غيرها من التطوعات، فلا تجب بالشروع كغسل الجمعة، ووضوء التجديد فله أن يقطعه بعد الشروع فيه، وكذا الوقف كبناء قنطرة فلا يلزم إتمام بنائها بالشروع، بل يجوز القطع فقوله: «إذ لزم من شرعا» أي فيها هو علة المفهوم من قوله: «وبعذر اسقطا» إذ مفهومه يجب القضاء حيث لا عذر، وتقييد الطواف بالقادم احترازا عن طواف الإفاضة الذي هو ركن من أركان الحج فيرجع إليه ناسيه من بلده ولا ينجبر بالدم وإلا فسائر الأطوفة التطوعية هي كطواف القدوم في هذا الحكم من باب الأولى.

وفي التوضيح عند قول ابن الحاجب: ومن قطع نافلة عمدا لزمه إعادتها بخلاف المغلوب فائدة: هذي إحدى الأشياء السبعة التي تلزم بالشروع فيها وهي: الصلاة، والصوم، والاعتكاف، والحج، والعمرة، والطواف، والائتمام ونظمها بعضهم فقال:

|                           |                           |
|---------------------------|---------------------------|
| صلاة وصوم ثم حج وعمرة     | يليه طواف واعتكاف وائتمام |
| يعيدهم من كان للقطع عامدا | لعودهم فرض عليه والتزام   |

انظر ما ذكر من لزوم الإعادة في الائتمام فإن الظاهر عدم لزومه انتهى.

وهكذا وجدنا هذين البيتين في التوضيح، ولا يصح وزن الأول، وفي الثاني استعمال ضمير الهاء والميم لما لا يعقل من غير تأويل.

وقال أبو العباس القلشاني وقد نقل خليل في شرحه ما معناه أن سبع عبادات تلزم بالشروع، وإن قطعت عمدا بغير ضرورة أعيدت، وإن قطعت

غلبة لم تعد وهي:

الصلاة، والصوم، والحج، والعمرة، والطواف، والاعتكاف، والائتمام  
وقد كنت نظمت هذه المسائل بقولي:

|                            |                            |
|----------------------------|----------------------------|
| صلاة وصوم ثم حج وعمرة      | طواف عكوف وائتمام مكمل     |
| إذا قطعت عمدا بغير ضرورة   | أعيدت لزوما كيف عدا المحصل |
| خليلي حكى ذا القول في شرحه | الذي يحق لذي لب عليه يعول  |

أعني أن صلاة التطوع وصومه وحجه وعمرته وطوافه واعتكافه ومن  
اتم في فريضة بإمام لا يجوز لمن تلبس بشيء من ذلك قطعه لغير ضرورة،  
وتلزم الإعادة فيه إلا مع الغفلة ومثاله بين في الستة الأولى، ومثل السابع أن  
يقتدي في فرض بغيره ثم يريد الانتقال إلى الانفرد لم يصح له، ولو فعل بطلت  
صلاته، وأما مع الغفلة مثل أن يغلب إمامه الحدث فله أن يكمله بقية صلاته  
منفردا إلا في الجمعة، لأن من شرطها الجماعة، انتهى.

وحكي عن الشيخ ابن عرفة أنه أنشد بيتين في هذا المعنى أسبك وأفيد مما  
ذكر وراهما الشيخ العلامة أبو عبد الله بن غازي عن شيخه الأستاذ أبو عبد الله  
الصغير عن الفقيه أبي عبد الله العكرمي عن الإمام أبي عبد الله بن عرفة وهما:

|                              |                             |
|------------------------------|-----------------------------|
| صلاة وصوم ثم حج وعمرة        | طواف عكوف وائتمام تحتما     |
| وفي غيرها كالوقف والطهر خيرن | فمن شاء فليقطع ومن شاء تمما |

وإلى قول خليل: وانظر ما ذكر - إلى آخره - وأشار المؤلف بقوله: «وفي



اِثْتِمَامَ نَظَرٍ قَدْ سَمِعَا» وَمَعْنَى سَمِعَ قَبْلَ بِمَعْنَى أَنْ اسْتَشْكَلَهُ ظَاهِرُ مُسْلِمٍ.

قلت: ولا إشكال على تفسير القلشاني أن المراد بطلان الصلاة، ولعل خليلاً فهم من لزوم الإعادة أنه يعيد الصلاة مؤتماً لا مطلق الإعادة، والله تعالى أعلم وفي بعض النسخ بدل قوله «وفي نجس نضح» - البيتين - .

بخبث سم بظور رتـــــــــــــــــب كضر وقبل وبعذر أذهب

وكتب المؤلف هذا البيت بخطه في داخل، وكتب البيتين في خارج نسخة وصححها، وأشار بقوله: «بخبث» إلى إزالته بغسل أو نضح، وسم، أمر بالتسمية في الزكاة، ورتب أمر بترتيب الصلاتين وكفر، كفارة رمضان، وسبق بيان ذلك في النسخة الأولى.

وقبل استقبال القبلة، أي قبل وجهك وسائر بدنك في الصلاة، أي، وله القبلة وبعذر أذهب أي اذهب الوجوب بسبب عذر في طوع حج وما بعده أي أسقطه.

من الشك في المانع لا يؤثر في كطلاق وعتاق يذكر وعكسه الشرط كموقفن إذا في حدث شك وشبه احتدى

من الشك في المانع لا أثر له، ومن ثم لم يلزم الطلاق و العتاق والظهار وحرمة الرضاع.

والشك في الشرط يثر بمعنى أنه مانع من ترتيب المشروط، ومن ثم وجب الوضوء على من تيقن الطهارة وشك في الحدث إذا لم يكن مستنكحاً،

وامتنع القصاص من الأب في قتل ابنه.

قوله: «في كطلاق» متعلق ببيذكر، أي يذكر هذا الأصل في طلاق وعتاق وشبههما.

قوله: «كموقن إذا في حدث شك» أي كمن أيقن أنه كان على طهارة إذا شك في حدث أي هل أحدث بعد ولم يكن مستنكحاً، وراجع ما مر في قول المؤلف: «والشك في زيد ونقص كتتحقق».

قوله: «وشبهه» عطف على موقن أي وشبه هذه الصورة، وجملة احتذى نعت لشبهه أي وشبهه، بصورة الشك في الطهارة تبعها في كونه شكاً في الشرط.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: قال ابن العربي: الشك ملغى بالإجماع.

قال القرافي: فكل سبب أو شرط شك فيه ألغى فلا يترتب الحكم عليه، كمن شك هل طلق، فإنه شك في السبب فلا تزول العصمة، أو كم طلق فإنه شك في شرط الرجعة وهو بقاء العصمة فلا تثبت الرجعة وكل مانع شك فيه ألغى فيترتب الحكم فالحكم أبداً بغير المشكوك من معلوم أو مظنون نعم قد يشك في العين فتصير، كميتة مع ذكية فتغلب الحرمة، وإنما الخلاف في تحقيق أحد الوجوه في بعض صور النزاع، كالشك في الطهارة.

قال محمد: في السبب الرافع، وقال مالك: في السبب المبدي وهو الصحة انتهى.

وسوى اللخمي بين الطلاق والطهارة كالمخالف فخرج الحنث على القول بوجوب الوضوء في حق من تيقن الطهارة وشك في الحدث، قال: وعلى القول بأن الوضوء مستحب يؤمر هنا بالفراق استحباباً، وفرق غيره بين الشك في الطلاق والحدث بفرقين:

أولهما: عظم المشقة الناشئة عن الطلاق لو أمر به، ويسارة الوضوء.

وثانيهما: في المشكوك يجب طرحه فالشك في الوضوء، شك في المشروط وذلك يمنع من الدخول في الصلاة، والشك في الطلاق شك في حصول المانع من استصحاب العصمة فيطرح المانع انتهى.

وإلى هذا الأخير مرجع ما ذكره المقري.

الشيخ ابن عرفة: وفي تخريجه الوجوب يعنى اللخمي نظر لأن الوضوء أيسر من الطلاق، ولأن أسباب نقض الوضوء متكررة غالبية بخلاف أسباب الطلاق.

ولما حكى ابن عبد السلام التفريق بمشقة الطلاق دون الوضوء قال: ما أشار إليه في المدونة من الفرق أحسن وذلك أنه جعل الشك في الحدث من الشك في الشرط والشك في الشرط كالشك في المشروط، وذلك مانع من

الدخول في الصلاة، والشك في الطلاق شك في حصول المانع من استصحاب العصمة والشك في المانع لا يوجب التوقف بوجهه، والنكته أن المشكوك فيه مطرح فالشك في حصول الشرط يوجب طرح الشرط وذلك يمنع الإقدام على المشروط، والشك في المانع يوجب طرحه وذلك موجب للتمادي.

قلت: من تأمل وأنصف علم أن الشك في الحدث شك في مانع لا في شرط لكنه في مانع لأمر هو شرط غيره، والمعروف أن الشك في المانع لغو مطلقاً، ويؤيده قوله أن المشكوك فيه مطرح والمشكوك فيه في مسألة الوضوء إنما هو الحدث لا الوضوء فيجب طرحه انتهى كلام ابن عرفة فهو موافق للخمى.

وإشارة في المدونة إلى أن مسألة الوضوء من باب الشك في... من جهة أنه شبهها بمن شك أصلي ثلاثاً أم أربعاً.

خليل: واستشكل الشيوخ القياس لأن الشك في الصلاة شك في المانع والأصل في الشك الإلغاء، إذ الأصل في الوضوء دوامه بخلاف الركعات فإن الشك فيها شك في الشرط والأصل عمارة الذمة بالعدد حتى يتحقق حصوله، وحاصله أن الأصل إلغاء الشك ويلزم منها البقاء على الأصل في الركعات والبقاء على الطهارة، ويمكن أن يوجه الوجوب بالاحتياط للعبادة إذ الأصل أن الصلاة في الذمة بيقين فلا تبرأ إلا بيقين، ويمكن أن يقال: نشأ الخلاف هل الشك في الشرط يؤثر الشك في المشروط أم لا؟ انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط، ويبني عليه الوضوء.

قال القرافي: ومن ثم جاز الدعاء ب ﴿ءاتنا ما وعدتنا﴾ لأنه مشروط بحسن الخاتمة دون ﴿لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾ إلا إن أريد بالنسيان الترك وب ﴿ما لا طاقة﴾ البلايا.

ص الخرج بالضمان أصل قد ورد في مستحق شفعة بيع فسد  
رد بعيب فلس بما رمز يجيز من كلم تج شيس عضر

ش يعني بالخرج الغلة، وباء بالضمان للسببية، والمعنى أن الخرج بالضمان أصل من أصول المذهب قد ورد فيما ذكر بخلاف الغاصب مثلاً فإنه يضمن ويرد الغلة.

قال صاحب التوضيح: فائدة: والمشتري لا يرد الغلة في خمسة مواضع: في الرد بالعيب والبيع الفاسد، والاستحقاق، والشفعة، والتفليس، وهذا إذا فارقت الثمرة الأصول أما إن لم تفارق فالمشهور أنها لا ترد مع أصولها، إذا أزهدت، ولم تجد ولا يبست في الرد بالعيب، وفي البيع الفاسد، وأما الشفعة، والاستحقاق فترد وان أزهدت ما لم تيبس فإذا يبست لم يجب ردها، وفي التفليس ترد ولو يبست ما لم يجزها، وقيل: في هذه المسائل إلا الأبار فوت.

المازري: وكان بعض أشيخي يرى أنه لا فرق بين هذه المسائل وأنه يخرج في كل واحدة ما هو منصوص في الأخرى انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: للمشتري الغلة في خمسة مواضع: الرد بالعيب والبيع الفاسد والاستحقاق، والشفعة، والتفليس وقد نظمتها فقلت:

|                           |                          |
|---------------------------|--------------------------|
| ولا يرد مشتر غلة ما       | قد اشتراه فاحفظنه واعلما |
| في الرد بالعيب والاستحقاق | وفاسد البيع بلا شقاق     |
| وفلس وشفعة يا طالب        | مكملين عدة المطالب       |
| ففي المقدمات ذا مذکور     | وفي خليي مثله مشهور      |

واختلف المشهور بماذا تكون الغلة للمشتري في هذه المواضع إن لم تفارق الأصول فاحفظها بما ضبطها بعضهم بهذه الحروف تجذ عفازا شيسا فالتاء من تجذ للتفليس والجيم والذال للجذاذ فالمشهور أنها لا تكون للمشتري في التفليس إلا بالجذاذ.

والعين والفاء من «عفاز» للرد بالعيب والبيع الفاسد، والزاي للزهو، فالمشهور أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهدت، ولم تجذ ولا يبست في الرد بالعيب، وفي البيع الفاسد، والشين والسين من «شيسا» للشفعة والاستحقاق، والياء لليبس، فالمشهور أنها ترد مع أصولها وإن أزهدت ما لم تيبس في الشفعة والاستحقاق انتهى.

الشيخ أبو عبد الله المقري بن غازي بعد أن ذكر كلام المازري السابق قال: وقبله ابن عرفة بعد أن نقل غيره، وعليه اقتصر في التوضيح، وقد كنت نظمت هذه المعاني في رجز مع زيادة بعض الفوائد فقلت:

|                             |                          |
|-----------------------------|--------------------------|
| الخرج بالضمان في التفليس    | والعيب عن جهل وعن تدليس  |
| وفاسد وشفعة ومستحق          | ذي عوض ولو كوقف في الأحق |
| والجن في الثمار فيما انتقيا | يضبطه تجذ عفزا شيسا      |

الخرج والخراج لغتان اجتماعتا في قراءة نافع ومن وافقه ﴿ أم نسئلهم خرجا  
فخرجا ربك خير ﴾ .

ودخل تحت الكاف من قولنا كوقف الاستحقاق بالحرية، ومعنى في الأحق  
في القول الأحق تلويحا لقول المغيرة ومن وافقه، ومعنى انتقى اختيار وهو  
مبني لما لم يسم فاعله قال: واختصرتها في بيت من المجتث فقلت:

ضمن بخـرج وفيـا تجذ عـفـزا شـيسـا

على أنهما مسبوكان بهذا التركيب الذي هو تجذ عفزا شيسا، سبق إليه  
الوانوغي.

قوله: «بما رمز» هو بدل من قوله: «في مستحق» وما عطف عليه والباء  
ظرفية، وقوله: «يجيز» يتعلق برمز.

وقوله: «من كلم» حال من جيز وهو مضاف لما بعده، والجيم للجذاذ والياء  
لليبس، والزاي للزهو والتاء تج للتفليس، فالثمرة فيه تفوت بالجذاذ وهو  
المرموز بالجيم، والشين، والسين من شسى للشفعة والاستحقاق فالفوت  
فيهما باليبس وهو المرموز له بالياء، والعين والفاء من عفز، للرد بالعيب  
والبيع الفاسد فالفوت فيهما بالزهو وهو المرموز له بالزاي.

ص والربح تابع لما عـدا غصبا وديعة وتفليسا بدا

ش من الأصول والقواعد، الربح يتبع المال الأصل، فيكون ملكا لمن له المال

الأصل إلا في ثلاثة مواضع: الغاصب يتجر في المال المغصوب فالربح له والمال الأصل للمغصوب عنه.

والمودع يتجر في الوديعة فإن الربح له دون رب الوديعة والمفلس يوقف ماله فيتجر فيه فالربح له والمال للغرماء، وهذا على القول بأن ضمانه إذا تلف منهم لا من المفلس.

وأما على أن الضمان من المفلس فهي باقية على قاعدة اتباع الربح المال، والمشهور أن ضمان العين منهم وضمنان العرض منه، وهو قول ابن القاسم. وعليه فإنما يستثنى من القاعدة ربح العين فقط.

ابن عرفة: محمد، قيل لابن القاسم لو اشترى من العين بعد أو وقف سلعة ربح فيها مالا قال: الربح له يقضي منه دينه قيل له: كيف يكون له ربح ما ضمانه من غيره، فسكت ولم يوجهه.

الشيخ المازري: عندي إن له ان يقول: لما حيل بينه وبين المال فتعدى بالتجربة كانت الديون باقية في ذمته بالتعدى، وإن كانت ذمته برئت لو لم يتعد، ومن تعد على دنانير أو دراهم فتجر فربحها له، وهذا يدفع المناقضة دفعا ظاهرا ولعله إنما سكت استثقالا للمعارضة التي هي كالمناقضة، انتهى.

أو أشار المؤلف إلى مسألة تفليسها إذا حبس الغريم لبعض أرباب الديون ليفلس وقسم ماله فمن أراد أخذ منابه أخذه، ومن أبقاه فليس لأخذ منابه فيه شيء إلا في ربحه فيضرب فيه بما بقى انظر تمامها بعد، وحمل كلام المؤلف على هذه أقرب أو متعين وهو الذي رأيت في طرة بخطه لهذا المحل كما



عبر عن هذا الأصل في الطرة بقوله: الأرباح تابعة للأموال عدا ما ذكر انتهى.

وقال بعض أصحاب النظائر: الأرباح تابعة للأصول إلا في ثلاث مسائل في المدونة: فمن ذلك قوله في كتاب التفليس: وإذا أراد واحد من الغرماء تفليس الغريم وحبسه وقال الباكون: ندعه يسعى، حبس لمن أراد حبسه إن تبين رده ثم إن شاء الآخرون محاسبة القائم فيما له فذلك لهم ثم لهم قبض ما نابهم وإبقاؤه بيده، فإن أقروه في يده لم يكن للقائم أن يأخذ منه شيئاً في بقية دينه إلا أن يخرج منه ربحاً أو يفيد فائدة من غيره فيضرب في الربح الفائدة القائم بما بقي له، وهؤلاء الغرماء بما بقي لهم بعد الذي أبقوه بيده، لأنهم فيما ردوا إليه كمن عامله بعد التفليس فيكون من عامله أخرى أولى بما في يده بقدر ما ينوبه، ثم يتحاصون مع القائم في الربح أو الفائدة كما وصفنا.

والثانية: مسألة الغاصب فتجرب به وربح فالربح الغاصب وليس لرب المال فيه شيء، والثالثة: مسألة المودع إذا تعدى في الوديعة فتجرب بها فالربح له حلال، دون رب المال.

قال بعض المتأخرين إنما يطيب له الربح إذا رد رأس المال كما هو، وأما لو لم يرده فلا يحل له من الربح قليل ولا كثير، هكذا ذكره أبو محمد عبد الله بن أبي زيد في النوادر فاعرفه انتهى.

قوله: ثم لهم قبض ما بأيديهم أو إبقاؤه بيده، أي ما صار لهم في المحاسبة فيعد صيرورته لهم هم مخيرون بين أخذه وتركه بيد المفلس، قوله فإن أقروه في يده «إلى قوله» أو يفيد فائدة من غيره: أي فإن أقره بعضهم بيده فليس لمن

لم يقر شيئاً في يده أن يأخذه من المال الذي أقر في يده إذا أراد الأخذ منه بعد ذلك، وإنما يأخذ مما ربح فيه إن ربح أو مما أفاد إن أفاد شيئاً.

قوله: بعد الذي القوا بيده أي بعد أخذ الذي بيده، الذي هو رأس المال المتروك عنده أو لا مما صار لهم في المحاصة.

وفي مسألة المدونة: المال المتجدد بعد التفليس بمعاملة غرماء آخرين ليس للغرماء الأولين الذين فلسوه فيه شئ إلا في ربحه.

ابن عرفة: وقولها من عامله بعد تفليسه أحق بما بيده من متقدم غرمائه في قدر ما عامله به إلا فيما أفاد من ربح أو غيره يفسر قول ابن شاس: والمال المتجدد يحتاج لحجر ثان.

|                         |                           |
|-------------------------|---------------------------|
| رد بعينه وإن فات يـحـق  | والعرض إن بيع بعرض فاستحق |
| مكاتب مقاطع عمرى اصطلاح | قيمته إلا بخلع ونكاح      |
| منها مساقاة قراض و جدوا | فقيمة العوض والمقيـد      |
| عليه والغير بتأويل بصير | فرسها منها عياض الكثير    |

شئ الأصل أن من باع عرضاً بعرض فاستحق أحدهما رجوع المستحق من يده في عين شئته إن كان قائماً، أو في قيمته إن كان فائتاً، إلا في سبع مسائل فإنه يرجع عند الفوات في قيمة ما استحق من يده لا في قيمة شئته.

من خالغ بعبد فاستحق، لزمه ويرجع بقيمته ومن نكح بعبد بعينه

فاستحق أو صالح عن دم عمد على عبد، أو باع السيد عبده من نفسه بعبد، أو باع السيد قطعة مكاتب به بعبد، أو كان عوضاً من عمري، أو صالح على الإنكار.

قوله: «اصطلاح» يشمل الصلح على دم العمدة والصلح على الإنكار قوله: «رد بعينه» خبر العوض، قوله: «فقيمة العوض» خبر مبتدأ محذوف أي فالمرود فيها قيمة العوض.

قال الشيخ أبو الحسن الصغير على قوله في كتاب الخلع: وإن كان على عبد بعينه فاستحق رجوع بقيمته كالنكاح لأن العصمة التي أخرج من يده لا قيمة لها، ولأن ذلك بينهما كانت فيه مكارمة فيؤدي إلى الرجوع في المكارمة وهي نظائر أحدها: هذه.

والثانية: النكاح على عبد بعينه.

الثالثة: الصلح على عبد بعينه من دم العمدة

الرابعة: السيد يبيع عبده من نفسه على عبد في ملك الغير فيستحق.

الخامسة: السيد يقاطع مكاتبه على عبد بعينه.

السادسة: العمري على عبد بعينه

السابعة: الصلح على الإنكار على عبد بعينه والقاعدة أن من استحق من يده شيء إنما يرجع في عين شئيه وقال أيضاً قبل الخلع: وهذه القاعدة فيما إذا

استحق عوض ما لا ثمن له معلوم أنه يرجع بقيمة العوض لا بقيمة المعوض عنه، وذلك النكاح، والصلح على دم العمد والصلح على الإنكار، وقطاعة المكاتب وعتق العبد على عوض، وثمان العمرى، وثمان الخلع.

وقال في كتاب الصلح أثناء كلامه على الصلح على الدم على قوله: فإن وجد عيبا يرد من مثله في البيوع فرده رجوع بقيمة العبد إنما قال يرد من مثله في البيوع، لثلا يتوهم أن النكاح لما كان أصله المكارمة بخلاف البيوع...

ابن يونس: فإن قيل: لمكان لا يرجع في النكاح والخلع إذا وجد بالعبد عيبا أو استحق بصداق المثل، لأن ذلك قيمة البضع، ويكون كالنكاح بالغرر، أو بتفويض يفوت بالبناء، لأنه يقضى فيه، بصداق المثل، ويرجع في دم العمد بدية العمد إذا قبلت ويكون قولهم في بيع العوض بالعرض.

فالجواب: عن ذلك أنه لما كان طريقه المكارمة، وكان الإنسان يتزوج بأضعاف صداق المثل وبعشر صداق المثل أو أقل أو أكثر لم يكن للبضع قيمة بخلاف من تزوج بغرر أو تفويض، لأن قيمة الغرر غير محققة، وفي التفويض ليس ثم صداق مذكور يرجع إليه فكان الرجوع إلى صداق المثل أولى، وكذلك القول في الخلع والدم، إذ ليس من عادة الناس أن لا يخالعوأ إلا بصداق المثل، ولا يعفوا إلا بمثل الدية، وأنهم يخالعون ويصالحون بأضعاف ذلك وبعشر ذلك، وبغير شئ فلما كان الأمر كذلك كان الرجوع إلى قيمة ما تراضوا به وتصالحوا عليه أولى وقال على قوله: قال أشهب وابن نافع عن مالك في مكاتب قاطع سيده فيما بقى عليه على عبد دفعه إليه فاعترف مسروقا، فليرجع المكاتب على السيد بقيمة العبد.

ابن يونس: إن قيل: لم لم يرجع بقيمة الكتابة التي قاطعه عليها، كمن أخذ عن دينه عرضاً ثم أستحق أنه يرجع بدينه؟

قيل: الكتابة: ليست بدين، لأنها تارة تصح وتارة لا تصح، فأشبهت ما لا عوض له معلوماً من نكاح أو خلع يعرض يستحق فإنه يرجع بقيمته فكذلك هنا صح منه.

وفي شفاء الغليل لشيخ شيوخنا العلامة أبي عبد الله محمد بن غازي «رحمه الله تعالى» على قول خليل في باب الصلح: وإن رد مقوم بعيب رجع بقيمته كنكاح وخلع هذه الثلاثة من النظائر السبع التي رجع فيها لأرش العوض في الرد بالعيب والاستحقاق والشفعة، وقد كنا جمعناها في بيت وهو:

صلحان عتقان وبضعان معاً      عمرى لأرش عوض بها ارجعاً

قوله: «والمقيد» البيتين مراده بالمقيد الشيخ أبو الحسن الصغير، لأن شرحه للمدونة يعرف بالتقييد، لكونه من تقييد تلامذته عنه كالصرصرى والقوري واليحمدي وابن أبي يحيى.

وفي بعض النسخ واليلزوي بدل والمقيد آخر البيت، وروى بدل وجدوا، لأن الشيخ أبا الحسن من بنى يلزوا، وإليهم تنسب خزانة بنى يلزوا ويعنى أن الشيخ أبا الحسن زاد على السبع المستثنيات ثلاثة أخرى وهى:

المساقاة والقراض ومسألة الفرس في الاستحقاق، فتكون المستثنيات التي يرجع فيها إلى قيمة العوض عشر أما مسألنا القراض والمساقاة: فهما إذا

أخذ العامل المال والمساقى الحائط على جزء ودفعا لمن يعمل فيه باكثر، كما إذا أخذ على النصف ودفعا على الثلثين فإن رب المال أحق بشرطه وهو النصف، على قول مالك وابن القاسم وهو مذهب المدونة ويرجع الثاني ببقية شرطه وهو السدس على العامل، الأول، وكذلك رب الحائط أحق بنصف الثمرة ويرجع المساقى الثاني على الأول بسدس الثمرة، وسواء كان الربح عينا أو عرضا وكان الأصل أن يرجع كل منهما بربع قيمة عمله اذ القاعدة ان من باع عرضا بعرض فاستحق احدهما وفات ان يرجع المستحق من يده في قيمة شيئه، أو مثله وهو المعوض، وهنا رجع في قيمة العوض، فيلحق هذا بالمستثنيات من هذا الأصل وهذا إنما هو على المشهور أن رب المال أو الحائط يكون أحق بما اشترطه وأما على قول أشهب إن العامل الثاني أحق ورب المال هو الراجح على العامل الأول بما فوت عليه من الربح بشرطه للعامل الثاني أكثر مما شرطه لنفسه فليس ذلك من هذا الوادي، وكذا القول بأنه يرجع بقيمة عمله فهو على الأصل.

ابن يونس: ولمالك في الموازية إذا أخذه على النصف ودفعه على الثلثين إلى غيره وربه عالم فربه أولى بنصف الثمرة، ويرجع الثاني على الأول بفضل ما بقي له وكذا في العتبية عن مالك ولا بأس أن يدفعه مساقاة لرب الحائط بأقل مما أخذ إذا لم تظهر الثمرة، ولا يجوز بمكيلة مسماة ولا يثمر نخل معروفة ولا شئ غير الثمرة ولا بأكثر مما أخذ، ويصير العامل يحتاج إلى أن يزيد من ثمر حائط آخر.

ابن يونس: وأجاز دفعه إلى غير رب الحائط بأكثر مما أخذه فإذا أجاز ذلك

مع غير ربه وهو إنما يدفع ما بقي من غير الثمرة في الحائط فكذلك يجوز مع ربه لا فرق بينهما، أما أن يجوز فيهما أو يمنع، وهذا أبين.

ويحتمل أن يفرق بأن رب الحائط عالم أنه يعطيه الزيادة من حائط آخر، لأنه عالم بمساقاته والأجنبي غير عالم، ولو علم لم يجز فيهما انتهى.

وقال ابن رشد: لما ذكر مسألة الموازية وقال فيها إن ربه عالم: هذا عندي على القول بأن السكوت ليس كالإذن وهو أحد قولي ابن القاسم، وأما على القول بأنه كالإذن فيجب أن يكون أحق بثلث الثمرة ويرجع رب الحائط على العامل الأول بمثل سدس الثمرة إن كان الأول أحق بنصف الثمرة فهو مثل ما في المدونة.

قال: وهذا كلام خرج على غير تحصيل لأن الواجب أن يرجع عليه بقدر ما لصاحب الحائط من حظه من الثمرة في قيمة عمله، ويلزم على هذا إذا علم العامل الثاني أن الأول على النصف أن تكون المساقاة فاسدة لأنه دخل على أن يكون نصف الثمرة وقيمة ربع عمله، وذلك لا يحل، وقد رأيت لبعض أهل النظر انتهى.

الشيخ أبو الحسن: وانظر ما في كتاب القراض، وكذلك المساقاة إنها تكلم هنا بعد الوقوع قالوا: فعلى القول بجواز المساقاة فليل يرجع العامل الثاني على الأول بسدس الثمرة كالنكاح بعوض يستحق، وقيل: يرجع بأجرة مثله على قاعدة البيوع، فهي طرفان وواسطة النكاح بعرض في طرف، والبيوع في طرف، والواسطة مسألة المساقاة هذه هل يرجع بسدس الثمرة، أو يرجع بقيمة عمله ويشبه النكاح، لأن المساقاة رخصة وتوسعة وينبغي أن تزداد هذه

المسألة و إلى الثمانية المتقدمة، أنه يرجع بقيمة ما استحق من يده انتهى.

والعاشرة: هي مسألة الفرس، لأنها ستأتي ولذلك قال في مسألة الاستحقاق فتضم مسألة الفرس هذه إلى التسعة نظائر التي تقدمت، وله مثل هذه في كتاب القراض أيضا.

قال على قوله في مسألة المساقاة: ويرجع المساقى الثاني على الأول بالسدس.

ابن يونس: قال بعض القرويين: وظاهر هذا أنه يرجع بسدس الثمرة، والصواب أن يرجع بربع قيمة عمله، لأنه باع عمله بثمره استحق ربعها، كما لو باع سلعة بمكيل أو موزون فاستحق ربع ذلك بعد فوات السلعة أنه يرجع بربع قيمتها لا بمثل ما استحق، إلا على تأويل أبي محمد على ما في كتاب الشفعة في استحقاق المكيل بعد أخذ الشفيع الشقص أنه رده بمثل المكيل وليس هذا بالمشهور من المذهب، صح من ابن يونس.

اللخمي: وهذا لما في المساقاة من التوسعة من الغرر وغيره بخلاف البيع فالشفعة كونها صداقا أو كتابة، وقياس البياعات أن يرجع بربع الإجارة انتهى.

وأما مسألة الفرس: ففي آخر كتاب الاستحقاق من المدونة: وهي من أسلم ثوبين في فرس موصوف فاستحق الأدنى من الثوبين كان عليه قيمة ما



استحق، وثبت السلم وكان الأصل أن يكون عليه حصة ما استحق من قيمة الفرس على قول ابن القاسم الذي يراعي ضرر الشركة، أو أن ينتقص من السلم بقدر ذلك فيكون المسلم إليه شريكا في الفرس بذلك على قول أشهب الذي لا يراعي ضرر الشركة فضرر الشركة يصير شيئا فائتا على قول ابن القاسم فيرجع في قيمته، وعلى قول أشهب لا فوات فيرجع في عينه، لكنه رجع على ما في المدونة بقيمة العرض المستحق من يده.

قال في المدونة: ومن أسلم ثوبين في فرس موصوف فاستحق أحدهما فإن كان وجه الثوبين بطل السلم وإن كان الأدنى كانت عليه قيمة ما استحق ووثبت السلم، وهذا وما بيع يدا بيد سواء ما يفسخ يدا بيد يفسخ في السلم انتهى.

قوله: «فقيمة ما استحق» أبو الحسن: هذا خلاف قاعدة من باع عرضا يعرض فاستحق أحدهما أنه يرجع في عين شيئه إن كان قائما أو قيمته إن كان فائتا وهذه العاشرة للمسائل التي يرجع لقيمة ما استحق من يده، وهذا على حملها على الظاهر وإن معناه يرجع بقيمة الثوب المستحق من يده.

عياض: وعليه حملها أكثر المختصرين والشارحين، وحمله آخرون على أن معناه حصة ذلك من قيمة الفرس إلى أجله، وهو ابن المواز وابن يونس يريد إذا كان الثوب الربع أعطاه ربع قيمة الفرس نقدا أن يقبض الفرس إلى أجله، ورجحه عبد الحق.

ابن المواز: واستدل بالنظير فقال: لأنه قال وهذا وما بيع يدا بيد سواء

فكيف يساوي بين ذلك في تشبيهه ويحمل عليه أنه أراد بقيمة الثوب المستحق هذا لا يصح، وإنما يستعمل قيمة المستحق في مثل دم العمد، والخلع والنكاح، ونحو ذلك مما لا ثمن له معلوم.

نكت عياض: وحمله حمديس أنه ينتقض من السلم بقدر ما استحق فيكون بذلك في الفرس ربه شريكا، وإليه ذهب سحنون قال بعضهم: هذا على قول أشهب لا على قول ابن القاسم الذي يراعى ضرر الشركة، ثم اختلف في صفة التقويم فقال محمد: إلى أجله، وقال التونسي: كذا يقوم، حل الأجل أو لم يحل وقيل: إذا حل قوم حالا، وقال اللخمي: المعروف منقول مالك وابن القاسم أنه يرجع بقيمة ما اسلم فيه في قيمة ما بيده، فإن تأخر الحكم فالقيمة بعد الاستحقاق حتى حل الأجل أخذ الفرس ودفع قيمة ما رجع فيه من الفرس يوم يأخذه وإن كان الاستحقاق بعد الأجل وقبض الفرس كانت عليه القيمة حالة يوم القبض وإن كان قبل حلول الأجل كان المسلم بالخيار بين أخذ قيمة ذلك على أن يقبضه إلى بقية أجله، وإن أحب أمهل حتى يحل الأجل ويقع التقابض فيدفع القيمة حالة.

قوله: «ومنها مساقاة» أي من مسائل الرجوع بقيمة العوض المستحق أو مثله.

قوله: «وجدوا فرسا منها» أي وجد الباحثون على جمع النظائر، أو على حفظ مسائل المدونة وتحريرها فرس المدونة من تلك النظائر، ففرسها منصوب بوجدوا، وعلى النسخة الأخرى، هو مرفوع بروى.

قوله: «عياض الكثير عليه» - البيت - أي قال عياض: الكثير من المختصرين والشارحين على هذا أي أنها من النظائر المستثنيات، وغير الكثير وهم القليل كابن المواز وحمديس، وغيرهما على تأويل آخر، وأنه فيه على بصيرة وفي وصفه ذلك إشارة إلى ترجيح ميله إلى حمله كترجيح عبد الحق لتأويل ابن المواز، وفي بعض النسخ والقل بدل والغير، والقل القلة أي دو القلة بصير بتأويل.

ص ومثبت أولى من الذي نفى في الجرح والقتل بلوغ عرفا  
كعقل من أوصى وإيحاء كذا في كالموازين وشبه احتذى  
وقيل في البعض بأعدل كما في سفه.....

ش أي ومن الأصل والقواعد من أثبت أولى ممن نفى، عليها ما ذكر، وشبهه، وفي نظائر أبي عمران الفاسي عند كلامه على مسائل تعارض البينتين: ومن ذلك إذا عدلا رجلا وجرحه آخرون، فقليل: من أثبت التجريح أولى ممن نفاه وقيل: يقضى بأعدل البينتين.

وقال عمر بن عبد العزيز: معاذ الله أن يكون التجريح أعدل من التعديل، ومن ذلك إذا شهد الشهود بأن فلانا قتل فلانا يوم كذا وكذا، وشهد آخرون بأنه كان معنا ذلك الوقت، فقليل: إن من أثبت القتل أولى مم نفاه.

وقال إسماعيل القاضي: شهادة القتل ساقطة، وأما إذا شهد شهود على وصية بأن فلانا قتله يوم كذا وكذا، وشهد آخرون بأنه كان معنا ذلك اليوم في موضع كذا وكذا لا يوصل إلى ذلك الموضع فهذا الوصية ساقطة بخلاف إذا

شهدوا بأنهم عاينوا قتله، وشهد آخرون أنه كان معنا أن الشهادة عند مالك أولى في القتل لضعف الوصية.

ومن ذلك إذا شهد الشهود على اليتيمة أنها تزوجت قبل البلوغ، وشهد آخرون أنها بعد البلوغ، فقول: تكاذب، وقيل: إن من أثبت البلوغ أولى ممن نفاه، ومن ذلك إذا شهد شهود أن الميت أوصى وهو صحيح العقل، وشهد آخرون أنه مختل العقل فقول: إن من أثبت العقل أولى ممن نفاه.

وكذلك تعارض الموازين في الزكاة مثل أن تجب الزكاة بميزان وتسقط بميزان آخر فالذي أثبت الزكاة أولى ممن نفاه، وقيل: يقضى بأعدل البينتين ومن ذلك إذا شهد الشهود بأن فلانا أقر لرجل بحق بحضرتنا، وقال آخرون: ما أقر بشئ حتى مات، فقول: من أثبت الاقرار أولى ممن نفاه.

قوله: «في الجرح» هو بفتح الجيم، أي تجريح الشاهد، وهو متعلق بعرف أي عرف هذا الأصل في الجرح وما بعده، قوله: «كعقل من أوصى» هو فرع ما إذا شهد شهود أن الميت أوصى وهو صحيح العقل، وشهد آخرون بأنه مختل العقل، قوله: «وإيضاء» هو إشارة إلى قول أبي عمران وأما إذا شهد شهود على وصية بان فلان قتله يوم كذا وكذا - إلى آخره - وشهادة الشهود في هذه المسألة على قول الميت - وهي تدمية - أي شهد الشهود على قول الميت فلان هو الذي جرحني هذا الجرح يوم كذا وهو المطالب بدمي، وشهد آخرون بأنه كان في ذلك اليوم بموضع ناء أو أنه كان معنا ذلك اليوم ولم يفارقنا.

قوله: «وشبه احتذى» أي اتبع ما قبله ويدخل فيه مسألة الإقرار السابقة

وما إذا شهد على امرأة أربعة بالزنى، شهد النساء أنها رتقاء أو بكر، وما إذا قوم السرقة اثنان بربع دينار، وقومها آخرون بأقل، وكتعارض الشهادة في ثبوت العيب وعدمه.

قوله: «وقيل في البعض بأعدل» أي في بعض الفروع السابقة يرجح بأعدل البينيتين، كما في تعارض بينتي سفه ورشد، أي كما اختلف في ذلك. وسيعاد الكلام على شئ من هذا في فصل طهارة الأعيان.

|                           |                        |                    |                     |
|---------------------------|------------------------|--------------------|---------------------|
| ص                         | .....                  | .....              | تنبيه الذ علما      |
| من قولهم فيمن على نفي شهد | يسقط إجمال نعم وقد فقد | علم ضروري وظن غالب | كنضى بيع ووفاء طالب |
| وان يكن ذلك فلا اتفقا     | كحصر وارث وشبه لاقا    |                    |                     |

ش قال القرافي: اشتهر على السنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة وفيه تفصيل فإن النفي قد يكون معلوما بالضرورة، أو بالظن الغلب الناشئ عن الفحص، وقد يعرى عنهما فهذه ثلاثة أقسام:

أما القسم الأول: فتجوز الشهادة به اتفاقا، كما يشهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه فرس، ونحوه، فإنه يقطع بذلك، وليس مع القطع مطلب آخر.

والثاني: تجوز الشهادة به في صور منها: التفليس وحصر الورثة فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب، لأنه يجوز عقلا حصول المال للمفلس

وهويكتمه ووارث لا يطلع عليه ومنها: قول المحدثين هذا الحديث ليس بصحيح بناء على الاستقراء.

ومنها: قول النحويين: ليس في كلام العرب اسم آخره واو قبلها ضمة، ونحو ذلك.

والقسم الثالث: أن زيدا ما وفى الدين الذي عليه، أو باع سلعته وغير ذلك فإنه غير منضبط، وإنما يجوز في النفي المنضبط قطعاً أو ظناً، وكذلك يجوز أن زيدا لم يقتل عمراً أمس، لأنه عنده في البيت، أو أنه لم يسافر، لأنه رآه في البلد، فهذه كلها شهادة صحيحة بالنفي، وإنما يمتنع غير المنضبط فاعلم ذلك وبه يظهر أن قولهم الشهادة على النفي غير مقبولة ليس على عمومته، ويحصل فرق بين قاعدة ما يجوز أن يشهد به من النفي قاعدة ما لا يجوز أن يشهد به منه انتهى.

قوله: «الذ علما، من قولهم: فيمن على نفي شهد يسقط إجمال» الذ مبتدأ وخبره إجمال أي المعلوم في قولهم من شهد على نفي يسقط ذو الاجمال، أو التقدير فيه إجمال.

قوله: «نعم وقد فقد، علم ضروري وظن غالب، كنفى بيع وفاء طالب» أي نعم تسقط شهادة النفي في حال فقد العلم الضروري والظن الغالب كقوله: ما باع سلعته، أو ما وفى الدين الذي عليه.

قوله: «وان يكن ذاك فلا اتفاقاً» البيت أي وإن يكن العلم الضروري أو الظن الغالب فلا تسقط اتفاقاً، كالشهادة بحصر الوارث وبالعدم، ونحوه من

الظن الغالب، و كما يشهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه فرس ونحوه من العلم الضروري.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: تقبل الشهادة على النفي المحصور والمعلوم إجماعاً دون غيرهما فلا يصح إطلاق أنها لا تقبل.

## فصل

أي في بيان الذين يضمنون والذين لا يضمنون.

|   |                        |                       |
|---|------------------------|-----------------------|
| ص | يضمن ذو إرث ورهن وخيار | وصانع عرس وحاضن معار  |
|   | وحامل الطعام كالذي حبس | لثمن ذا غيبة إن التبس |
|   | تلفه لا غيره فمع يمين  | كحارس وذئ قراض وأمين  |
|   | و والد وصيه و سمسار    | راع وخاتن طبيب بيطار  |
|   | نوت وكيل مبضع وخادم    | معلم و مكتر و حاجم    |
|   | ومتعلم رسول مشترك عن   | بعضهم ضمان بعضهم حكى  |

ش ذكر الضامنين في هذا التأليف، لأنه ينبني على ذكرهم بعض قواعدهم وكذلك الذين لا يضمنون.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة الإلتاف كالحرق ووضع سببه كالحفر غير المأذون فيه، أو اليد غير المؤتمنة كالغاصب والمختبر للسلعة، ولهذا اختير غير المؤتمنة على العادية، والمباشرة مقدمة على السبب كالملقي على الحافر، ما لم يقو السبب جدا فيقدم كجاعل السم

على مقدم الطعام، أو يستويان فيعتبران كالإكراه والفعل ومن ثم فرق القول الثالث للمالكية بين الغرور بالفعل فأوجب فيه الضمان، والغرور بالقول فلم يوجب.

وقال أيضا: قاعدة: تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة الإلتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة كالبيع الفاسد يضمنه المبتاع بالقبض بخلاف الخيار إذا أصيب بسماوي وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الضمان، وهي متفق عليها، وإنما يختلف عند اجتماع شائبة الأمانة معها فيختلف أيهما يغلب.

وقال أيضا: قاعدة: القابض بإذن من له الإذن شرعا لحق نفسه ضامن إلا في عارية ما لا يغاب عليه، وما عرف هلاكه على مشهور مذهب مالك، ولحق غيره أمين ولحق نفسه وغيره إن قويت شائبة الأمانة كاللقطة والقراض والإجارة، فأمين الا حامل الطعام عند المالكية للتهمة كما مر، وإن قويت الشائبة الأخرى فضا من كالرهن فإنه عند المالكية كالعارية، وإلا فقولان انتهى.

وقال القرافي: في الفرق السابع عشر والمائتين: أسباب الضمان ثلاثة فمتى وجد واحد منهما وجد الضمان ومتى لم يوجد واحد منهما لم يجب الضمان.

أحدها: التفويت مباشرة كإحراق الثوب، وقتل الحيوان، وأكل الطعام ونحو ذلك.

وثانيها: التسبب للإلتلاف كحفر الآبار في موضع لم يؤذن فيه ووضع



السموم في الأطعمة ووقود النار بقرب الزرع، والأندر ونحو ذلك مما شأنه أن يفضي غالباً للإتلاف.

وثالثها: وضع اليد غير المؤتمنة، فيندرج في غير المؤتمنة، يد الغاصب والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض، فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه، لأن يده غير يد أمانة، ويد المتعدي بالدابة في الإجارة، ونحوها.

ويخرج بهذا القيد المودع وعامل القراض ويد المساقى، ونحوهم فإنهم أمناء، فلا يضمنون وقولنا: اليد غير المؤتمنة، خير من قول من قال: اليد العادية لأنها لا تعم هذه الصورة المتقدمة وإنما يندرج فيها الغاصب ونحوه، وحد المباشر ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط والسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفاعل بتلك العلة كحفر البئر في محل عدوان فتردى فيه بهيمة أو غيرها، فإن رداها غير الحافر فالضمان عليه دون الحافر تقدماً للمباشرة على السبب.

ويضمن المكره على اتلاق المال، لأن الإكراه سبب، وفتح القفص بغير إذن فيطير ما فيه حتى لا يقدر عليه، والذي يحل دابة من رباطها أو عبداً مقيداً خوف الهرب فيهرب لأنهم متسبب كان الطيران عقب الفتح والحل أم لا؟ وكذلك السارق يترك الباب مفتوحاً، وما في الدار أحد.

وقال الشافعي: إن طار الحيوان عقب الفتح ضمن، وإلا فلا، لأن الحيوان إن طار حينئذ بإرداته لا بالفتح.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن إلا في الزق إذا حله فيتبدد ما فيه وانظر تمام

## القرافي .

المقري: قاعدة: المباشرة مقدمة على السبب ما لم تكن معهودة له كقتل المكره فيعتبر على أصح قولي مالك أو تكون المباشرة ليست بعدوان طرحه مع سبع في مكان ضيق فيعتبر السبب فقط .

والمباشرة: ما يعد في العادة علة الفعل من غير واسطة وإن لم يكن كذلك كالجراح والسبب ما تشهد أنه لا يكفي في ذلك مما له فيه مدخل ظاهر كالحفر وتقديم الطعام المسموم انتهى .

وفي النظائر لأبي عمران: مسائل ما يضمن إذا ادعى تلفه، من ذلك عارية ما يغاب عليه، والبيع بالخيار إذا كان مما يغاب عليه ونفقة الولد عند الحاضنة إذا ادعت تلفها، والمرأة إذا أصدقها ما يغاب عليه وكذلك إذا أعطها نقدا بالجهاز وهو مما يغاب عليه فادعت تلفه فعليها أن تخلفه من مالها والورثة إذا اقتسموا ثم انتقضت القسمة بلحوق الدين، أو الغلط وقد أتلّف بعضهم ما يغاب عليه فهم ضامنون لما يغاب عليه وكذلك الصناع هم ضامنون إلا أن تقوم لهم البينة، وكذلك رهن ما يغاب عليه هم ضامنون في هذه الوجوه كلها، إلا أن تقوم لهم بينة على تلفها فيبرؤون من الضمان عند ابن القاسم وأشهب يقول: هم ضامنون وإن قامت لهم بينة على تلفه، وأما عارية ما لا يغاب عليه ورهن ما لا يغاب عليه فلا ضمان .

قال عبد الحق: يحلف متهما كان أو غير متهم، وقول مالك: لا يحلف إن كان غير متهم، وفي ذلك قول آخر يضمن ذلك كله .

وأما ما يغاب عليه ولا يضمن فالوادي، والقراض، وما طريقته الأمانة فلا ضمان في ذلك وأما كراء ما يغاب عليه فلا ضمان إذا ادعى تلف ذلك، وقيل إن أكرى ما يغاب عليه مثل الجفنة فهو ضامن، وقيل إنما الرواية في دعواه الكسر لأنه يقدر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين، وأما دعواه الضياع في الجفنة فهو مصدق.

قوله: «يضمن ذو إرث - إلى قوله - لا غيره ضمان الوارث» هو فيما إذا ظهر دين أو طرا وارث أو نحوه بعد القسمة وادعى أحد الورثة تلف ما أخذه من العين والطعام وإلا دام ولم تقم بينة فإنهم لا يصدقون.

واختلف إذا قامت لهم بينة على الضياع، فقال ابن القاسم: لا شئ عليهم وقال أشهب: يضمنون وهو أصله في العواري.

وحكى في البيان: ثالثا ببراءته في العين دون غيرها.

قال: ولا خلاف في العروض التي يغاب عليها أنه ضامن، إلا أن تقوم البينة على تلفها ولا في الحيوان الذي لا يغاب عليه أنه يصدق في تلفه.

وفي طرة بخط المؤلف إثر قوله في مختصر المنهج: ووارث إن قبض ما ينويه من المختلف فانتقضت القسمة لدين أو غلط فادعى تلف ما غاب عليه وعلى قوله وحاضن إن قبض نفقة المحضون ثم ادعى تلف ما يغاب عليه.

وأما الرهن والمبيع بخيار والصداق والعرية فيضمن فيهما ما يغاب عليه دون ما لا يغاب عليه، إلا أن يكون الرهن عند أمين فلا ضمان مطلقا.

واختلف إذا قامت بينة على تلف ما يغاب عليه، فقال ابن القاسم: لا ضمان، بناء على أن الضمان للتهمة وقال أشهب: بالضمان، بناء على أنه بالأصالة قوله: «ورهن وخيار» أي وذو رهن و ذو خيار، وعرس الزوجة إشارة إلى ضمانها للصداق وفي طرة بخط المؤلف أثر قوله: عرس الزوجة ومسألتها إن قبضت ما يغاب عليه من مهر ثم طلقها زوجها قبل البناء فادعت التلف.

وأما الصانع فيضمن إن انتصب للصنعة ولم يكن في بيت رب السلعة ولم يكن ملازمه فإن كان أحدهما فأمين وكذا الحاضن يضمن ما قبض لمحضونه من النفقة والكسوة ونحوهما من مؤن المحضون إلا أن تقوم بينة على التلف.

وحامل الطعام يضمن في سائر أنواع الحبوب والإدام سواء حملة على رأسه أو على الدابة أو في سفينة إلا ببينة أو بصحبة ربه.

وكذلك المحبوسة في الثمن تضمن ضمان الرهان على المشهور فيفرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه وقيل: من البائع مطلقا.

وقيل: من المشتري مطلقا فقول المؤلف «ذا غيبة» يحتمل أن يكون مفعول حبس والأولى أن يرجع إلى جميع ما قبله فيكون متنازعا فيه.

وبخط المؤلف في طرة قوله: «كالذي حبس لثمن ذا غيبة» على إسقاط العاطف أي كالذي، ودخل تحت الكاف المحبوسة للإشهاد، قوله: «ذا غيبة» مفعول يضمن ونازعه حبس انتهى.

وقوله: «وإن التبس تلفه» أي تلف ذي الغيبة احترازا عما قامت البينة على تلفه.

قوله: «لا غيره فمع يمين» أي لا يضمن من ذكر ذي غيبة فالقول قوله فيه مع يمينه يعني ما لم يظهر كذبه كدعواه موت الدابة ببلد ولم يعلم بذلك أحد، ولا يرجع ضمير غيره إلى الملتبس تلفه، لأنه لا يمين مع قيام البينة، وطرر عليه بعض تلامذة المؤلف بقوله: أي لا غير ما التبس تلفه بل ظهر ولا غير ذي الغيبة انتهى.

وفيه نظر لما ذكرته، وهذا الكلام في الذين لا يضمنون، وذكرهم، لأنه يبنى على ذكرهم بعض قواعدهم كما مر شئ من ذلك قوله: «كحارس» - إلى آخره - أي كما يصدق الحارس، ومن عطف عليه بيمين، وأراد بالحارس الأجير على الحراسة، فلا ضمان عليه وكذا عامل القراض إذا ادعى التلف أو الخسارة وكذا المودع يدعى التلف وكذا ولي المحجور كالوالد والموصي، ووصيه لا ضمان عليهم إذا ادعوا التلف بخلاف دعوى الدفع بعد الرشد فلا يصدق على المشهور.

وطرر المؤلف على قوله: وأمين المودع وأمين الحاكم قوله: «وصيه» أي وصى الوالد، وأما السماسرة فقد اختلف قول مالك في تضمينهم ابن رشد: والذي أفتى به على طريق الاستحسان مراعاة للخلاف تضمينهم، إلا أن يكونوا مشهورين بالخير.

ابن رشد: ورأيت بعض قضاة الإسكندرية ضمن السمسار وكأنه ذهب

إلى ذلك من مصالح الناس العامة لفساد الزمان وقيد السمسار في مختصر المنهج فقال وسمسار ذو الخير وطرر عليه بقوله: ابن رشد: لا ضمان عليه إن ظهر خيره وعليه اعتمدنا.

وأما الراعي فلا ضمان عليه فيما تلف من الغنم وغيرها إذا لم تعد، ولا فرط وأقصى ما عليه فيما ضل أو هلك اليمين أنه ما فرط ولا تعدى.

وروى عن سعيد بن المسيب في الراعي الذي يلقي الناس أغنامهم إليه، وهو الراعي المشترك أنه ضامن لما تلف منها، ورأه كالصانع، قيل: وليس على ذلك العمل.

وأما الخاتن والطبيب والحاجم والمعلم فقال ابن أبي زيد: قال ابن القاسم: لا ضمان على حجام وبيطار وخاتن، وطبيب إن مات أحد مما صنعوا إن لم يخالفوا، ومعلم الكتاب والصناعة في الأدب، ولو آل إلى الموت إن لم يتجاوز، فيضمن لتعديه، وجاهل.

أبو عمر وابن الحاجب: ومن فعل فعلا يجوز له من طبيب وشبهه على وجه الصواب فتولد منه هلاك أو تلف مال فلا ضمان عليه، فإن كان جاهلا أو لم يؤذن له أو أخطأ فيه أو في مجاوزة أو تقصير فالضمان كالمخطأ، وإذن العبد له أن يحجمه أو يختنه غير مقيد انتهى.

وما ذكره من نفي الضمان بما إذا لم يكن السلطان قد تقدم إلى الأطباء

والحجامين أن لا يقدموا على شئ مما فيه غرر إلا باذنه، ففعلوا ذلك بغير إذنه، فعليهم الضمان فيما تلف من أموالهم رواه أشهب.

ابن رشد: وقال ابن دحون: هو على العاقلة إلا فيما دون الثلث وهو خلاف الرواية انتهى.

وكذا لا ضمان على النوتي وهو صاحب السفينة وهو مصدق في تلف المتاع المحمول إذا غرقت السفينة بفعل سائغ إلا أن يكون الذي حملة طعاما أو إداما وهلك بغير بينة ولم يحضره ربه كما تقدم.

والوكيل أمين بأجرة أو غيرها مفوضا أو مخصوصا سواء ادعى تلف السلعة التي وكل على بيعها أو ثمنها إن باع، وكذا في الوكالة على الشراء أو الاقتضاء أو غير ذلك.

وكذا المبضع أمين في البضاعة إن كانت مما يغاب عليه وطرر عليه المؤلف بخطه، أو مبضع معه مال يشتري به.

قوله: «طبيب بيطار نوت وكيل مبضع» سقط العاطف في خمستها، والخادم يحتمل أنه أراد به من استؤجر على نقل زجاج أو حمل غير الطعام، أو حراسة متاع، أو خدمة على أشجار أو تنقيتها ونحو ذلك، وهو الأظهر تطرير المؤلف عليه بقوله: هو الأجير فيما استؤجر عليه.

ويحتمل أنه أراد به الأجير الخاص للرجل أو الجماعة دون غيرهم، والصانع

الخاص الذي لم ينصب نفسه فلا ضمان على هؤلاء، لأن الضمان إنما كان للمصلحة العامة وقيده بعضهم بما إذا عمله بغير أجر، وإلا فيضمن.

ابن يونس: وحكى هذا القائل منصوص للمتقدمين، وقد نقل عبد الحق وغيره عن القرويين القولين، أعني هل لا ضمان على من لم ينصب للصناعة مطلقاً أو بشرط أن لا يأخذ أجره، ونقل بعضهم الاتفاق على الثاني.

والمعلم يشمل المعلم لكتاب أو صناعة فلو ضرب الولد ضرباً يجوز له فمات من ذلك فلا ضمان.

القرافي: في الفرق السابع والمائتين بين قاعدة ما يضمنه الأجراء إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنونه: اعلم الهالك خمسة أقسام:

ما هلك بسبب حامله من عثار أو ضعف حبل، لم، يغربه أو ذهاب دابة أو سفينة فلا ضمان، ولا أجره، ولا عليه أن يأتي بمثله قاله مالك وقال غيره: ما هلك بعثار كالهالك بأمر سماوي وقال ابن نافع: لرب السفينة بحساب ما بلغت.

الثاني: ما غرر فيه بضعف حبل يضمن القيمة بموضع الهلاك، لأنه موضع أثر التفريط وله من الكراء بحسابه، وقيل: بموضوع الحمل منه ابتداء التعدي.

الثالث: ما هلك بأمر سماوي بالبينة فله الكراء كله، وعليه حمل مثله،



من موضع الهلاك ، لأن أجره المنفعة مضمونة عليه .

الرابع : ما هلك بقولهم من الطعام لا يصدقون فيه لقيام التهمة ، ولهم الكراء كله ، لأن شأن الطعام امتداد الأيدي إليه ، لأنهم استحقوه بالعقد .

الخامس : ما هلك بأيديهم من العروض يصدقون فيه ، لبعدهم التهمة ، ولهم الكراء كله وعليهم حمل مثله من موضع الهلاك ، لأنهم لما صدقوا أشبه ما هلك بأمر سماوى .

وقال ابن حبيب : لهم من الكراء بحسب ما بلغوا ويفسخ الكراء ، لأنه لما كان لا يعلم إلا من قولهم أشبه ما هلك بعثار انتهى .

الأبى : لم يذكر إجارة الصناعات على عمل في السلعة كالصنغ وأمثاله فإنه عند مالك يضمن فيه الأجير ، وهو بمنزلة الطعام الذي تمتد الأيدي إليه انتهى .

وأما المكتري فهو أمين على الأصح ، كان الشئ المستأجر مما يغاب عليه كالقصة أو لا ؟ كالدابة ، مقابل الأصح في كتاب ابن سحنون .

وقال أشهب : في الجفنة يدعي ضياعها إنه ضامن ، وأنكر ابن المواز أن تكون الرواية هكذا ، وقال إنما الرواية في دعواه الكسر ، لأنه يقدر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين وأما الضياع فيصدق ، ولهذا قال مالك في رواية أخرى وأين فلقتها .

ابن المواز : إلا أن يقول : سرقت مني الفلقتان أو تلفتا .

وحكى صاحب البيان الإتفاق على نفي الضمان قال: فلا أعلم فيها خلافاً، إلا ما لابن القاسم في الدمياطية في مكثري الدابة يشترط عليه الضمان قال: لا ضمان عليه والمناجل وآلة الحديد يضمنها، قال: وهو شذوذ.

وأما المتعلم فإشار إلى إن الأجراء والصناع تحت يد الصانع أمناء له فإذا تلف بأيديهم شئ بغير تعد فلا ضمان عليهم، لأنهم صناع له خاصة، وأما لو غابوا على السلع فإنهم يضمنون، فقد نص أشهب في العتبية والموازية إنه لو كثر الثياب على العمال فواجر آخر يبعثه بها إلى البحر فادعى تلفها أنه ضامن.

ابن يونس: وذلك إذا عامله على أثواب مقاطعة أي كل ثوب بكذا، وأما إن كان في أجرته يوماً أو شهراً فدفعت إليه شيئاً يعمله في داره وغاب فلا ضمان عليه.

وطرر عليه بعض تلامذة المؤلف: أي يضيع لمعلمه انتهى، وفيه نظر، والمضيع ضامن وإنما طرر عليه المؤلف أي متعلم صانع، وكذا لا ضمان على الرسول بهدية أو غيرها كان مما يغاب عليه أم لا؟.

وطرر عليه المؤلف رسول بمال يوصله، ولا ضمان أيضاً على الشريك فيما هلك بيده من مال الشركة أو خسر فيه وهو مصدق في ذلك مفاوضاً كان أو غيره.

قوله: «عن بعضهم ضمان بعضهم حكى» أي ضمان بعض المذكورين حكى عن بعض العلماء، وقد سبقت الإشارة إلى شئ من ذلك، وبالله تعالى

التوفيق .

ص وكل من خالف أو تعدى أو غر بالفعل كمن قد شدا  
أو صب أو قطع أو قد أنكحاً لا غر بالقول على ما صححاً  
ضمنه لا منازعاً فيما قلع والصبغ كالنحر وللخوف نزع

شيء أي كل من خالف ما أمر به أو نهى عنه أو تعدى، على مال غيره، أو غر بالفعل فإنه يضمن، بخلاف الغرر بالقول فلا ضمان فيه على الصحيح، فالأول كالمودع يقول له رب الوديعة: لا تقفل الصندوق فقفله فإنه يضمن وكعامل القراض يخالف ما أمر به رب المال من التجارة في نوع من السلع فيتجر في غيره أو من عدم المعاملة مع فلان فيعامله ونحو ذلك.

والثاني كقطع ذنب البغلة وأدنيها، وقطع طيلسان ذي الهيئة وجبته وهمامته وشبه ذلك وكالمكتري والمستعير يتعديان المسافة المدخول عليها أو يزيدان في الحمل فتهلك الدابة بذلك وقد يريد المؤلف بالتعدي ما هو أعم مما ذكرنا بحيث يشمل الغصب والسرقة وغير ذلك.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: التعدي على الأموال سبعة أقسام:

الغصب، قال ابن الحاجب: وهو أخذ المال قهراً عدواناً من غير حرابة وفيه تعريف ماهية بسلب أخرى.

والحرابة وهو كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر الاستغاثة عادة والاختلاس، والسرقة، وهو أخذ المال المحترم، أو الحر الصغير خفية من

حرز من غير شبهة ملك .

والخيانة، والإدلال والجحد، قال ابن رشد: وهي مجمع على تحريمها قلت: وأما قوله تعالى: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ فقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما يأكل من بيت صديقه في وليمة أو غيرها إذا كان الطعام حاضرا غير محرز، وقيل: غير ذلك انتهى، ويضمن أيضا الغار بالفعل دون القول على الصحيح.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في تعلق الغرامة بالغرور.

فثالثها: المشهور يتعلق بالغرور بالفعل كمتولى العقد، والمرأة، لا بالقول كالمخبر انتهى.

ومثله في التوضيح قال: وحكى ابن بشير في تعلق الغرامة وعدمه ثلاثة أقوال يفرق في الثالث وهو المشهور فيغرم في الغرور بالفعل دون القول انتهى.

اللخمي: فإن عرف الحمال بضعف الأحبل وربط فهو غرور بفعل، وإن أسلم الحبال للمكتري وكان المكتري هو الذي يسيرها فهو غرور بالقول انتهى.

وفي الضمان بالغرور طريقان: أحدهما: لزومه بالفعل بلا خلاف، وبالقول قولان قائمان منها.

والثانية، ثالثها، الفرق بين القول والفعل، ومن الغرور بالقول مسألة من أراد معاملة شخص فقال له رجل: هوثقة، فقد حكى ابن رشد في قوله ثقة قولين: الضمان وعدمه منشأهما الخلاف في الغرور بالقول.

قوله: «كمن قد شدا أو صب أو قطع، أو قد أنكحا» يعني شد بحبل ضعيف كما مر، وصب شخص زيتا في إيناء مثقوب قد علم به أو قطع شقة برسم قميص علم أنه لا يخرج منها، أو أنكح امرأة على أنها حرة، وهو يعلم عبوديتها والمعنى أن من غر بالفعل في هذه الأربعة مثلا فإنه يضمن، لا إن غر بالقول، أما الشد فقد مر من كلام اللخمي.

وأما البواقي فقال أبو عمران في النظائر عند كلامه على الغرور بالقول والفعل: والغرور بالقول مثل أن يقول تزوج هذه المرأة فإنها حرة، وقد علم



أنها أمة فإن زوجها له غيره فإنه غرور بالقول لا شئ عليه على أحد الأقوال، وإن زوجها له هو غرور بالقول والفعل فهو ضامن.

ومنه: أن يقول له: انظر إلى هذه الخابية فإن كانت صحيحة أصب فيها الزيت فقال له: هي صحيحة، ولم يصب له فيها فهو غرور بالقول وإن صب له هو فيها فهو غرور بالقول والفعل فهو ضامن.

ومنه: أن يقول له: انظر إلى هذه الشقة فإن كان يقطع منها قميصا اشتريتها، فقال: يقطع منها قميصا، فإن لم يقطعه له فهو غرور بالقول لا شئ عليه، وإن قطعها له فهو غرور بالقول والفعل فهو ضامن صح منه وفي طرة بخط المؤلف على قوله: «لا غر بالقول» أي كأن يقول: الإناء صحيح فقط، أو الشقة تقطع قميصا، أو فلانة حرة فقط، أو هذه الدراهم جياذ لمن قال له: قلبها فوجدتها ردية، ويدخل في قوله: «قد أنكحها» الولي يغر بالعيب ويظهر على ذلك بعد البناء فإن الزوج يرجع عليه بجميع الصداق، ومن غر من وليته فزوجها في عدة ودخلت فسخ النكاح وضمن الولي الصداق، وإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار.

فان في كتاب تضمين الصناع من المدونة: وإن سألت خياطا قياس ثوب فزعم أنه يقطع قميصا فابتعته بقوله فلم يقطع قميصا فقد لزمك ولا شئ لك عليه ولا على البائع، وكذلك الصيرفي في درهم تريد إياه جيدا فيلقي رديا، فإن غرا من أنفسهما، عوقبا ولم يغرما انتهى.

قوله: «على ما صححا» هو راجع إلى التفصيل في الضمان في الغرور بالفعل

دون القول على ما صححه غير واحد من الشيوخ، قوله: «ضمنه» هو خبر كل، أو مفسر لعامله.

قوله: «لا منازعا فيما قلع» - البيت - أي لا تضمن هؤلاء:

الأول: الطبيب يقلع سنا فيدعي صاحبها أنه إنما أذن في غيرها، والطبيب يدعي الإذن في المقلوعة فالقول قوله مع يمينه، فإن اعترف الطبيب بالخطأ في المأذون في قلعها ضمن.

ومن المدونة قال ابن القاسم: وإذا قلع الحجام ضرس رجل فقال له: لم أمرك إلا بقلع الذي يليه فلا شئ عليه، لأنه علم به حين قلعه فتركه، وله أجر إلا ان يصدقه الحجام فلا يكون له أجر.

يريد ويكون عليه العقل في الخطأ والقصاص في العمد، وقلع بفتح القاف مبني للمفعول، منازعا بفتح الزاي مبني للمجهول، أي لا تضمن حجاما منازعا في الضرس الذي قلعه، نازعه ذو الضرس المقلوع.

الثاني: الصباغ يضمن الثوب فيقول ربه إنما أمرتك بلون آخر فالقول قول الصباغ مع يمينه.

قال في المدونة: وإذا صبغ الصباغ الثوب أحمر أو أسود وقال لربه: بذلك أمرتني، وقال ربه: أمرتك بأخضر فالصباغ مصدق، إلا أن يصبغه صبغا لا يشبه مثله.



الثالث: إذا نحر الراعي ناقة من الإبل أو ذبح شاة من الغنم وادعى أنه خاف عليها الموت فإنه مصدق، وقيل: لا، وهما روايتان عن مالك.

قال في المدونة: قال ابن القاسم: والراعي مصدق فيما هلك أو سرق، ولو قال: ذبحتها، ثم سرقت، صدق، ولو خاف موت الشاة فأتى بها، مذبوحة صدق، ولم يضمن ونزع في كلام المؤلف بمعنى ذهب، وبه يتعلق للخوف أي ذهب إلى احتجاجه إلى الخوف وبالله التوفيق.

ص وكل من صدق في دعوى التلف      تقبل دعوى رده مع الحلف  
إن لم تكن بينة حين دفع      في بعضها معها خلاف قد سمع

ش أي كل من يصدق في دعوى التلف فالقول قوله في الرد مع يمينه إلا أن يقبض ببينة، مقصودة للتوثق فإنه يصدق في التلف ولا يصدق في الرد وهذا كالمدع والمستأجر والوكيل، وعمل القراض، ونحوهم.

قوله: «في بعضها معها خلاف قد سمع» أي في بعض الجزئيات الداخلة تحت الكلية المذكورة خلاف في تصديق مدعى الرد مع البينة، أي في قبضه ببينة، وهذا كالوديعة والقراض، فالمشهور عدم التصديق والشاذ التصديق كما لو لم تكن ببينة.

قال أبو عمرو بن الحاجب باب الوديعة: وإذا ادعى الرد قبل مطلقا، وقيل: ما لم تكن بينة، مقصودة للتوثيق فتلزمه بخلاف التلف.

وقال في القراض: والقول قوله في رده إن كان بغير بينة، وقيل: مطلقا،

واعترض عليه في الوديعة تقديمه غير المشهور.

ابن رشد: ويتحصل في المسألة أربعة أقوال: أحدها: وهو المشهور أنه لا يصدق في دعوى الرد إذا دفع إليه بينة، لا في الوديعة ولا في القراض، ولا في الشيء المستأجر.

والثاني: يصدق في جميع ذلك وإن دفع إليه بينة، وهو الذي يأتي على ما رواه أصبغ عن ابن قاسم من تصديقه في رد المستأجر، لأنه إذا صدقه على الرد مع قيام البينة في الشيء المستأجر الذي قبضه لمنفعتيها جميعاً فأحرى أن يصدق في الوديعة التي قبضها لمنفعة صاحبها خاصة.

والثالث: تفرقة أصبغ: يصدق في المستأجر لا في الوديعة والقراض على ما تأول ابن القاسم.

الرابع: الفرق، فلا يصدق في الوديعة إذا دفعت إليه بينة ويصدق في رد المستأجر والقراض وإن دفع إليه بينة انتهى.

الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة الأصل فيمن دفع مختاراً لا على قصد التمليك الائتمان، وقول مالك في الرهن والصناع استحسان أو قياس على العارية، لأنه إنما قبض لحق نفسه وقد جاء أنها مؤداة، وقد أشكل على تكذيبهم في دعوى الرد، مع أنهم أيضاً يقبضون بغير بينة عادة عامة مطردة، وإذا صدقوا في دعوى الرد فهم في دعوى الضياع أصدق.

وما يقال من أنهم لو لم يضمنوا أسرعوإلى أكل أموال الناس أو أحوجوجهم إلى ما يضر بهم، فقد كذبه العيان، لأن غالب من وراء الإسكندرية إلى أقصى المشرق لا يضمنونهم، ولم يقع فيهم شئ من ذلك لايقائهم على أسباب معاشهم مع أن أولئك الصناع شر من هؤلاء بكثير.

هي وكل شخص ضامن إن ادعى ردا بلا بينة لن يسمع

شيء أي لا يصدق في دعوى الرد قبض بينة أو لا؟ كما لا يصدق في دعوى التلف وهذا كالرهن، والعارية و المبيع على خيار فيما يغاب عليه وما يضمنه الصناع، لأن هذه قبضت على الضمان، وخالف ابن الماجشون في المصنوع، فقال: القول قول ربه إن قبضه بينة، وإلا فالقول قول الصانع فجعله كالوديعة والقراض.

قوله: «ضامن» نعت شخص ولن يسمعا هو خبر كل.

## فصل

عقد هذا الفصل لذكر أصول وقواعد كل قاعدة بيان لما هو الأصل من غيره فيرجح الأصل حتى يدل دليل منفصل على خلافه كما يقال لنا أصل وقاعدة وهو أن الأصل قبل التكليف براءة الذمة لا عمارتها، والأصل بعد التكليف عمارتها لا براءتها.

هي طهارة الأعيان أصل وكذا براءة لا بعد تكليف خذا

عكسا بعكس ويسار جرح جمع تساو وضهور شرح

|                           |                            |
|---------------------------|----------------------------|
| وصحة حرية تضمين           | ضمان كالكراء لا كالتعيين   |
| والإذن لا العدوان ليجمعها | للشخص بين العوضين فاسمعا   |
| وبالندور احكم إن شئ ورد   | كأجر من أم وجعل من قعد     |
| كذا اللزوم في العقود أصل  | وجاء في جعل قراض حل        |
| زراعة وكالة ما يعتصر      | وصية قبولها ومن أضر        |
| غرس وشركة وتحكيم كرا      | في بعضها الخلاف والفرق يرى |

شئ الأعيان جمع عين وهو الشئ القائم بنفسه، والأصل في الأعيان الطهارة لطرو النجاسة، ولأجل أن الأصل الطهارة، تقول في صلاة المزبلة، والمجزرة، ومحجة الطريق والحمام ونحو ذلك تعارض الأصل والغالب، فلذلك اختلف في بطلان الصلاة فيها.

وكذا نقول: الأصل البراءة قبل ثبوت التكليف، وعمارة الذمة، والأصل عدم البراءة بعد تحقق التكليف وعمارة الذمة، وهو معنى قول المؤلف: «خذ عكسا بالعكس» أي خذ العكس وهو عدم البراءة في العكس، وهو ما بعد التكليف ما لم يعتقد.

وقيل: أويظن، والأصل الصحيح الموافق لنقل الباجي خلافا لابن الحاجب في قوله: ويعمل الظان على ظنه وقد مر التنبيه على هذا ولذلك يأتي برابعة من شك أصلى ثلاثا أم أربعا؟ ويتوضأ من شك في الحدث وهو معنى قولهم الذمة عامرة فلا تبرأ إلا بيقين، والقول قول من ادعى براءة ذمته قبل تحقق العمارة.

وأما بعد تحقق العمار فلا يكون القول قوله، بل قول رب الدين أن الدين باق عليه، وكذا مذهب مالك أن الأصل اليسار حتى يثبت العدم لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ وإذا شهد له عدول بالعدم وآخرون باليسار فليل ينظر إلى أعدلهما فإن تكافتا سقطتا وبقي مسجوناً على الأصل أنه محمول على الملاء حتى يثبت عدمه.

وقيل تسقطان ويرسل من السجن حتى يكشف عنه في السر، ويظهر من حاله ما يجب أن يعاد إليه.

البرزلي: هذا الأصل يجري على قاعدة النفي والإثبات وله نظائر انتهى.

قلت: وقد تقدم بعض تلك النظائر في قاعدة من أثبت مقدم على من نفى، كتعارض بينتي الرشد والسفه، وصحة العقل واختباله.

قال بعض الشيوخ المفتين: والمنصوص في مواضع من العتبية، وفي كتب الوثائق ونوازل ابن رشد رحمه الله تقديم بينة الصحة على بينة المرض وتقديم بينة المرض قول شاذ مخرج عند ابن رشد وقيل: ينظر إلى الأعدل.

قال الحافظ المحصل أبو العباس الونشريسي لما ذكر بينتي الصحة، والمرض: فائدة: من نظائر هذه المسألة بينتا الطوع والإكراه، والصحة والفساد، والرشد والسفه، والعسر واليسر، والعدالة والجرحة، والحرية والرق، والكفاءة وعدمها، والبلوغ وعدمه.

ومنها: إذا شهدت بينة بأن الذي وجدته من المستنكه رائحة خمر،

وشهدت أخرى بنفيها.

ومنها: إذا شهدت بينة بأن فلانا قتل فلانا في وقت كذا وشهدت أخرى أنه كان حينئذ في موضع بعيد بحيث لا يمكن منه القتل.

ومنها: اختلاف المقومين في قيمة المسروق وفي جميعها اختلاف صح من المنهج الفائق.

القرافي: في الفرق الثامن والعشرين والمائتين بين قاعدة ما يقع به الترجيح بين البيئات عند التعارض، وقاعدة ما لا يقع به الترجيح: أعلم أنه يقع الترجيح بأحد ثمانية أشياء وقع في الجواهر منها أربعة:

فقال: يقع الترجيح بزيادة العدالة، وقوة الحجة كالشاهدين يقدمان على الشاهد واليمين واليد عند التعادل وزيادة التاريخ.

وقال ابن أبي زيد في النوادر: وترجح البينة المنفصلة على المجملة والنظر في التفصيل والاجمال مقدم على النظر في الاعدية.

السادس: قال ابن أبي زيد: ان تختص احدهما بمزيد اطلاع قاله ابن القاسم وسحنون، وقال محمد: يقضى به لمن هو في يده.

السابع: استصحاب الحال والغالب، ومنه شهادة إحداهما أنه أوصى وهو صحيح وشهدت الأخرى أنه أوصى وهو مريض، قال ابن القاسم: تقدم بينة الصحة، لأنه الأصل والغالب.

وقال سحنون: إذا شهدت بأنه زنى عاقلاً، وشهدت أخرى بأنه كان مجنوناً، إن كان القيام عليه وهو عاقل قدمت بينة العقل، وإن كان القيام عليه وهو مجنون قدمت بينة الجنون وهو ترجيح بشهادة الحال وهو الثامن.

وقال ابن اللباد: يعتبر وقت الرؤية لا وقت القيام، فلم يعتبر ظاهر الحال ونقل عن ابن القاسم في الثالث الزيادة إذا شهدت إحداهما بالعقل أو السرقة أو الزنى، وشهدت الأخرى أنه بمكان بعيد، أنه تقدم بينة القتل، ونحوه لأنها مثبتة زيادة، ولا يدرأ عنه الحد.

قال سحنون: إلا أن يشهد الجمع العظيم كالحجيج ونحوهم أنه وقف بهم أو صلى بهم العيد ذلك اليوم فلا يحد، لأن هؤلاء لا يشتبه عليهم أمره بخلاف الشاهدين صح من اختصار البقوري للفروق.

الإمام المقري: قاعدة: مدارك الترجيح زيادة في عدالة في الشاهد، وفي المزكي للمالكة قولان، وقوة الحجة كالشاهدين على الشاهد واليمين عند أشهب خلافا لابن القاسم، وفي العدد قولان، واليد وزيادة التاريخ والاطلاع، كحوز الرهن، واستصحاب الغالب والحال وفي هذه خلاف للمالكية والتفصيل على الإجمال، والنظر فيه قبل زيادة العدالة انتهى.

وكذا الأصل عند مالك والشافعي الجرح حتى تثبت العدالة ولذلك يتوقف الحكم بالشهادة على التعديل، وقال أبو حنيفة: الأصل العدالة حتى يثبت الجرح.

فمالك يقول للمشهد له: دونك فعدل، وحينئذ يعذر للمشهد عليه وأبو

حنيفة يقول: للمشهود عليه دونك فجرح.

وكذا الأصل الجمع، بمعنى أن من ادعى من المتناظرين الجمع بين الأدلة فقد ادعى الأصل لا من ادعى التعارض فعليه البيان.

وفي طرة بخط بعض تلامذة المؤلف: يعني أن من ادعى من المتكلمين الجمع فقد ادعى الأصل لا من ادعى التفريق.

وكذا الأصل التساوي بين البيتين ونحوهما حتى يثبت المرجح، وهو أيضا الأصل في القصاص، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾.

قال القرافي: العدل التسوية في كل شئ حتى يقوم المخصص.

قال الإمام أبو عبد الله المقري: الأصل في القصاص التساوي انتهى لأنه معناه إلا أن يؤدي إلى تعطيل القصاص قطعا كالجماعة بالواحد لا سبيل لتساعد العدالة عادة، أو غالبا كاستواء العضوين من كل وجه لندوره، ولهذه النكتة فرق مالك في جراحات العمد بين المسميات الأربعة، فقال: فيها نسبة دياتها من دية الحر من قيمة العين لأنها قد تبرأ على غير نقص يحط من القيمة فلو اعتبرت بذلك أدى إلى ابطالها وكذا... لا يجوز بخلاف الجناية على الأطراف ونحوها فإن النقص فيه حاصل لا يزول وهذا فقه بديع يذهب تشنيع المزنئ عليه، فتأمله لأن معناه التساوي.

قال مالك ومحمد: تجب المماثلة في استيفائه، إلا لمانع كالنار والفاحشة. وخالفهما النعمان فقال: لا قود إلا بسيف انتهى.



الإمام البقوري في اختصاره للفرق الثامن والأربعين بين ما خرج من المساوات، والمماثلة في القصاص، وبين قاعدة ما بقى من ذلك على قاعدة المساوات : اعلم أن القصاص من القص الذي هو المساوات فهو شرط إلا أن يؤدي إلى تعطيل القصاص قطعاً أو غالباً، وله مثل إحداها: التساوي في أجزاء الأعضاء وسمن اللحم في الجانب لو اشترط لما حصل إلا نادراً بخلاف الجراحات في الجسد.

وثانيها: تساوي منافع الأعضاء

وثالثها: العقول

ورابعها: الحواس

والخامس: قتل الجماعة بالواحد، وقطع الأيدي باليد، لو اشترط الواحد لساعد الأعداء ببغضتهم وسقط القصاص.

السادس: الحياة اليسيرة كالشيخ الكبير مع الشاب، ونفوذ المقاتل على الخلف.

السابع: تفاوت المنافع والمهارة فيها وها هنا ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: قتل الجماعة بالواحد إذا قتلوه عمداً، وتعاونوا على قتله عمداً بالحرابة وغيرها حتى يقتل، وعندنا الناظور وغيره، ووافقنا الشافعي

وأبو حنيفة وأحمد في أحد المشهورين من قوله: من حيث الجملة أنه تقتل الجماعة بالواحد وعن أحمد وجماعة من التابعين والصحابة أن عليهم الدية.

وعن الزهري وجماعة أنه يقتل منهم واحد، وعلى الباقي حصصهم من الدية لقوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾ ولأن تفاوت الأوصاف كالحر والعبد يمنع من القصاص فالعدد أولى لنا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين على قتل عمر رضي الله عنه سبعة من أهل صنعاء في رجل واحد، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم.

وقتل علي رضي الله تعالى عنه ثلاثين ولا يعرف لهم مخالف في ذلك الوقت.

المسألة الثانية: وافقنا الشافعي وأحمد بن حنبل في أنه لا يقتل مسلم بذمي وقال أبو حنيفة: يقتل المسلم وما قبله يذمي.

لنا ما في البخاري: «لا يقتل مسلم بكافر»، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾

وبقوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾.

وجوابنا: أن دليلنا خاص ودليلهم عام، فيقدم الخاص على العمومات ويخصص بها جمعا بين الأدلة.

المسألة الثالثة: خالفنا الشافعي في قتل المسك وقال: يقتل القاتل وحده. لنا:

ما تقدم من قضاء عمر، وعلي رضي الله عنهما، وقول عمر: لو تمالا عليه أهل صنعاء وأيضاً فهو مقيس على المسك للصيد للمحرم فإن عليه الجزاء.

وكذا الأصل الظهور دون التأويل، بمعنى أن الأصل حمل الكلام على ظاهره، ولا يخرج عن ظاهره إلا للدليل، ويقع في بعض النسخ الظهور بالمهملة ويكون المراد أن الأصل في الماء أنه طهور حتى يتحقق عدم ذلك، ولهذا يستعمل الماء إذا شك في مغیره هل يضر، ويدل على ذلك: ﴿خلق الله الماء طهوراً﴾ الحديث وكذا الأصل الشرح، بمعنى أن من ادعى البيان فقد تمسك بالأصل دون من ادعى الإجمال، وكذا الأصل الصحة.

قال القرافي: في الفرق الثامن والعشرين والمائتين: مما ترجح به إحدى البيئتين على الأخرى استصحاب الحال والغالب.

ومنه شهادة إحداهما أنه أوصى وهو صحيح، وشهدت الأخرى أنه أوصى وهو مريض.

قال ابن القاسم: تقدم بينة الصحة، لأنه الأصل، والغالب وقد قدمنا أنه المنصوص في مواضع من العتبية وفي كتب الوثائق ونوازل ابن رشد.

ويحتمل أن يريد المؤلف ما هو أعم من صحة الجسم والعقل والمعاملة، وكذا الأصل الحرية فمن ادعاها فالقول ما لم يثبت عليه حوز الملك.

قال العلامة أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: الاصل الحرية لا الرق، قال مالك فيمن قذف رجلاً لا يعرف برق وهو يدعي الحرية، والقاذف ينفىها: هو على الحرية.

ومن يقذف الإفريقي والشامي بالمدينة، فأرى أن يحد له إلا أن يأتي بالبينة على رقه، فإن ادعى بينة قريبة لم يعجل عليه، وإن كانت بعيدة أقيم عليه الحد مكانه، ثم إن قامت البينة زالت جرحه الحد وجازت الشهادة، ولا رجوع له بشين الضرب انتهى.

وكذا الأصل التضمنين دون التأمين، ولذا كان القول رب المال إذا قال: قرض، وقال الذي في يده المال قراض، أو وديعة فيضمنه لأنه مقر بوضع يده الذي هو سبب للضمان مدع لرفع ذلك السبب، وكذا الأصل ضمان الكراء والإجارة حتى يقع التعيين.

محمد بن المواز: وإن وقع الكراء على الإطلاق حمل على المضمون، حتى يدل دليل على التعيين قال: ولو ائتمرت منه أن يحملها إلى بلد كذا على دابة أو سفينة وقد أحضرها ولم يعلم له غيرها، ولم يقل له: تحملني على دابتك هذه، أو سفينتك هذه فهلكت بعد أن ركب فعلى المكري أن يأتيه بدابة أو سفينة غير هذه وهو مضمون يشترط أنه، إنما ائتمرت منه هذه بعينها.

محمد: أو يكون نصف السفينة، أو ربعها فيكون كشرط التعيين، وكذا الأصل عدم الإذن ولذا كان القول قول الموكل إذا تنازعا في الإذن أو صفة من صفاته، وكذا القول قول رب المال إذا قال وديعة، وقال العامل قراض فيضمنه بعد العمل لا قبله، وكذا الأصل عدم العداء، لا العداء ولذا لو قال العامل قراض، وقال رب المال بل غصبتني، لم يصدق رب المال بل القول قول العامل.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل عدم العداء، فإذا تنازع السيد والعبد في الخطأ والعمد، فالقول قول السيد، وإليه رجع سحنون.

وفي التوضيح: ولو ادعى على الطبيب العمد فيما زاد، أو قصر، وادعى هو الخطأ فالقول قوله، واختلف قول سحنون في الزوج والسيد وفقاً عين زوجته أو عبده، فيقول السيد أو الزوج: فعلت ذلك أدبا، وتقول المرأة أو العبد ذلك عمدا، هل يحمل على الخطأ أو على الأدب؟ وإليه رجع سحنون.

وفرق في القول بين الطبيب وبين الزوج والسيد، لأن فعل الطبيب ابتدئ على الإذن، ولم يثبت الإذن في حق الزوج والسيد.

ابن رشد: والأظهر في السيد أن يحمل أمره على الخطأ، إلا أن يعلم أنه قصد به التمثيل فيباع عليه إن قصد العبد ذلك، وأما الزوج فالذي أراه في ذلك أن لا يحمل أمره على الخطأ، ولا على العمد، ولكن يكون كسبه العمد، وتكون فيه الدية على الجاني، وإن طلبت المرأة فراقه، وقالت: أخافه على نفسي طلقت عليه طلبة بائنة انتهى.

وفي التبصرة لابن فرحون: تنبيه: قال ابن لبابة وغيره: والمسلمون في دعوى الغصب والعدا يحملون على العافية حتى يثبت خلافها ليس هذا من الاختلاف المذكور في باب الشهادة هل المسلمون محمولون على العدالة حتى يثبت خلافها أو على الجرحه حتى تثبت العدالة.

تنبيه: وأما الشهادة على المتبايعين، أو المتناكحين فالناس محمولون على الصحة وجواز الأمر، ليس على الشهود البحث هل هما في ولاية أم لا؟ من

## المتيضية.

تنبيه: الناس عند ابن القاسم أحرار، فلا تحتاج المرأة عند إرادة النكاح أن تثبت أنها حرة، وعند أشهب وغيره: الناس حر وعبد، فتحتاج إلى إثبات ذلك.

تنبيه: الناس فيما ادعى عليهم عمله محمولون على الجهل حتى يثبت علمهم بذلك لقول الله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بَطُونَ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا ﴾ فجعل الناس سابق لعلمهم.

تنبيه: الناس محمولون على السفه حتى يظهر منهم الرشد، قاله ابن الهندي.

تنبيه: الناس محمولون على العدم حتى يثبت الملاء والغنى، ذكره ابن الهندي.

قال: والعمل عند الحاكم على أن مدعي العدم عليه الإثبات لعدمه وهو الأصح.

مسألة: المتبايعان على المعرفة حتى يثبت الجهل وعلى جواز الأمر حتى يثبت السفه وعلى الرضى حتى يثبت الإكراه، وعلى الصحة حتى يثبت السقم وعلى الملاء حتى يثبت الفقر، قاله ابن سهل انتهى.

ويوجد في بعض النسخ على العداء، فيكون معطوفا على محذوف، أي والأصل عدم العداء لا العداء، وفي بعضها والعداء بالواو، فيكون داخلا تحت لا، من قوله: لا التعيين أي ليس الأصل تعيين الكراء وليس الأصل الإذن،

وليس الأصل العداة ويحتمل أيضا على نسخة لا، أن يكون معطوفا على التعيين بحذف حرف العطف، أي لا التعيين والإذن ولا العداة، ويحتمل أن يكون الإذن مثبتا والعداة معطوف عليه بلا فتكون مسألة واحدة أي والأصل الفعل بإذن لا بعداة وهذا أبعد عن التكلف وهو الموافق لكلام المقرئ في الكليات فليعتمد.

ونص الكليات: الأصل، الإذن والتضمين لا العداة، والتأمين، وكذا الأصل أن لا يجمع للشخص بين العوضين.

القرافي: «في» الفرق الرابع عشر والمائة بين قاعدة اجتماع العوضين لشخص واحد وبين قاعدة ما لا يصح أن يجتمع فيه العوضان لشخص واحد: فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل، وإنما يأكله بالسبب الحق، إذا خرج من يده فأخرج العرض بإزائه، فيرتفع الغبن والضرر عن المتعاضين، ولذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمن والسلعة معا، ولا للمؤجر الأجرة والمنفعة معا، وكذلك بقية الصور، غير أنه قد استثنيت من هذه القاعدة أنواع من المصالح.

المسألة الأولى: الإجارة على الصلاة فيها ثلاثة أقوال: الجواز، والمنع، والثالث: الفرق بين أن يضم إليها الأذان فتصح أو لا يضم فلا تصح.

وجه المنع: أن ثواب صلاته له لو حصلت له الأجرة أيضا لحصل له العوض والمعوض منه، وهو غير جائز.

حجة الجواز: أن الإجرة بإزاء الملازمة في المكان المعين وهو غير الصلاة.

وجه التفرقة: أن الأذان لا يلزمه فيصح اخذ الاجرة عليه، فإذا ضم إلى الصلاة قرب العقد من الصحة وهو المشهور.

المسألة الثانية: أخذ الخارج في الجهاد من القاعد من أهل ديوانه جعلاً على ذلك، ومنع منه الشافعي وأبو حنيفة وأجازة مالك رحمه الله تعالى وقال مالك: لا يجعل لمن في غير ديوانه لعدم الضرورة لذلك ثواب الجهاد حاصل للخارج فلا يجتمع العوض والمعوض منه لأن حكمة المعاوضة انتفاع كل واحد من المتعاضين بما بذل له.

حجة مالك: عمل الناس لأجلها في ذلك، ولأنه باب ضرورة أن ينوب بعضهم عن بعض إذا كانوا أهل ديوان واحد، فإن تعدد الديوان فلا ضرورة يخالف من لأجلها القاعدة المجمع عليها.

المسألة الثالثة: المسابقة بين الخيل، فقلنا: السابق لا يأخذ ما جعل للسابق لأن السابق له أجر التسبب للجهاد، فلا يأخذ الذي جعل للمسابقة لئلا يجتمع له العوض والمعوض لهذه الحكمة ولسبب هذه القاعدة اشترط العلماء الثالث المحلل لأخذ العوض.

الإمام أبو القاسم بن الشاط: في هذا الفرق نظر يفتقر على بسط، وما ذكره من المسائل الثلاث، لقائل أن يقول: ليس المبذول فيها عوضاً عن الثواب بل هو معونة على القيام بتلك الأمور، فللقائم بها ثوابه ولمن تولى المعونة ثوابه فلم يجتمع العوضان لشخص واحد من جهة، والله أعلم.



وقال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل ألا يجتمع العوضان لشخص واحد، لأنه من معنى العبث، وأكل المال بالباطل، واستثنى القرافي من ذلك أجرة الإمامة لابن عبد الحكم، وجعل القاعد للغاز وهما من ديوان واحد، والسبق لمن يجيز أخذ السابق وفيها نظر لمن تأمل.

وقال أيضا: قاعدة: التعدي ينقل المتعدي عليه للخدمة بالقيمة عند مالك، فيكون له، لأن القيمة للمتعدي عليه فلا يجتمع له بين العوض والمعوض فإذا وجد الدابة المصالح عليها في التعدي فلا تكون له، بخلاف من طرح متاعه الهول فصالحه بدنانير أن لا يشاركهم بعد أن عرفوا ما يلزمهم في القضاء، ثم خرج بعد الطرح فإنه له وينتقض الصلح وإن نقض نصفه انتقض نصفه انتهى.

وكذا الأصل في العقود اللزوم لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها، كما أن الأصل فيها الصحة أيضا، ويحتمل أن تكون هي مراد المؤلف بقوله «وصحة» أو المراد الصحة المقابلة للمرض كما مر، ويحتمل أن يكون أرادهما معا أو ما يشمل صحة الجسم والعقل والعقد.

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل في العقود عموما وفي البيع خصوصا الصحة، ولا يمنعها إلا ما يرجع إلى المتعاقدين كعدم التمييز بخلاف بين المالكية في السكران ونزله ابن رشد على السكران الذي معه بقية فيخطئ ويصيب، فأما الذي لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة فكالمجنون اتفاق فيما بينه وبين الناس، وفيما بينه وبين الله عز وجل إلا فيما ذهب وقته من الصلاة ففي سقوطها قولان.

ونسبه ابن الحاجب إلى الباجي، لما لم يفرق في اصطلاح ابن شاس بين القاضي أبو عبد الوليد والشيخ أبي الوليد، وتكرر له هذا في مواضع نبهنا عليها فيما قيدناه. أو إلى العوضين كالغرر والربا، أو كون أحدهما لا يصح تملكه أو المنفعة به عموماً أو خصوصاً بالعاقد، أو لعدم تحقق المالية فيه كالبرة، أو إلى الوقت كالبيع عند وجوب الجمعة.

قاعدة: الأصل للزوم، كذلك ويمنعه ما يرجع إلى العقد ككونه لم يفوت حقاً وجب كالجعالة وسائر العقود الجائزة عند المالكية، أو ما يرجع إلى العاقد كعدم التكليف، أو شرط الخيار ذكراً أو عادة كالعيب، أو شرعاً كخيار المجلس عند الشافعي وابن حبيب.

وقال في الكليات: الأصل الصحة، الأصل في القصاص التساوي ما لم يؤد إلى التعطيل غالباً، الأصل في الكراء، ونحوه الضمان لا التعيين، الأصل الإذن والتضمن لا الاعتداء والتأمين، الأصل في الاقرارات أن لا يقبل الرجوع عنها واستثنى الحدود للعذر، وقيل مطلقاً الأصل التساوي لا الرجحان ولا الاختصاص الأصل الاجتماع لا التعارض، الأصل الظهور لا التأويل، الأصل الجرح ومن ثم قدم التجريح، وقيل التجريح الأصل في العقود للزوم، لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها.

قوله: «ضمان كالكراء» أي وضمان مثل الكراء فأدخل تحت الكاف الإجارة وهي اسم لإضافة ضمان إليها.

قوله: «والإذن» هو معطوف على ضمان أي والأصل الإذن.

قوله: «وإن لا يجمع للشخص بين العوضين» أي والأصل أو لا يجمع للشخص بين العوضين.

قوله: «وبالندور احكم إذا شئ ورد» أي إذا ورد شئ من الجمع بين العوضين فاحكم بندوره، قوله: «كذا اللزوم في العقود أصل».

القرافي في الدخيرة: قاعدة: العقود قسمان مستلزم لمصلحته عند العقد فشرعه على اللزوم وترتبا للمصلحة وترتبا للمسببات على أسبابها وهو الأصل، كالبيع فإن مجرد العقد يمكن كل واحد من المتعاقدين من تحصيل مصلحة الثمن والمثمن بالبيع، والهبة وأنواع الانتفاع، وكذلك الإجارة وغيرها.

وقسم لا يستلزم مصلحة كالقراض والجمالة والوكالة والمغارسة وتحكيم الحاكم انتهى.

وقال في الفروق: في التاسع والمائتين ما بين قاعدة، ما مصلحته من العقود اللزوم، وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم اعلم أن الأصل في العقد اللزوم، لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من العقود به، أو العقود عليه، ودفع الحاجة فناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود، غير أن مع هذا الأصل انتقسمت العقود إلى قسمين:

أحدهما: كذلك كالبيع والإجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات فإن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد.

والقسم الآخر: لا يستلزم مصلحة مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم، وهو خمسة عقود: الجعالة، والقراض، والمغارسة، والوكالة، وتحكيم الحاكم ما لم يشرعاً في الخصومة فإن الجعالة لو شرعت لازمة مع أنه قد يطلع على فرط بعد مكان الأبق، أو عدمه مع دخوله على الجهالة بمكانه فيؤدي ذلك لضرره فجعلت جائزة لثلا يجتمع الجهالة، بالمكان واللزوم، وهما متنافيان، وكذلك القراض، حصول الربح فيه مجهول، فقد يتصل به أن السلع متعدرة ولا يحصل فيها ربح وإلزامه السفر حصره بغير حكمه ولا يحصل مقصود العقد الذي هو الربح.

وكذلك المغارسة مجهولة العاقبة في نبات الشجر وجودة الأرض، ومؤاتات الأسباب على معانات الشجر مع طول الأيام، فقد يطلع على تعذر ذلك، أو فرط بعده فيلزامه بالعمل ضرر من غير حصول المقصود.

وكذلك الوكالة وقد يطلع فيما وكل عليه على تعذر أو ضرر فجعلت على الجواز.

وتحكيم الحاكم ضرر على المحكم عليه، لما فيه من اللزوم إذا حكم بعد تطلع الخصمين على سوء العاقبة في ذلك، فلا يشرع اللزوم في حقهما نفياً للضرر عنهما واشترك الجميع في عدم انضباط العقد لحصول مقصوده، فكان

الجميع على الجواز انتهى.

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: العقود قسمان: مستلزم لمصلحته عند العقد فشرعه على اللزوم تحصيلا للمصلحة وترتبا للمسبب على السبب وهو الأصل، كالبيع والإجارة والهبة.

وغير مستلزم فشرعه على الجواز نفيا للضرر عن المتعاقدين، لأنه قد تظهر أمانة فلا يكلف ما يضره ولا يجرى له كالقراض فإن المقصود الربح، وهو قد لا يحصل فيضيع تعب العامل، بل قد يضيع رأس المال والجمالة: فقد لا يرد الأبق والوكالة وسائر العقود الجائزة، قوله: «وجاز في جعل قراض» - إلى آخره -.

أبو عمران في النظائر: مسائل ما يلزم بالعقد من ذلك: النكاح، والبيع والكراء والإجارة، والمساقاة.

والذي لا يلزم بالعقد من ذلك، الشركة: لا تلزم بالعقد، والقراض: لا يلزم بالعقد وكذلك الجعل لا يلزم بالعقد، وكذلك المغارسة، وكذلك الوكالة لا تلزم بالعقد.

سحنون يقول: الشركة تلزم بالعقد، ابن حبيب: يلزم القراض بالعقد وكذلك الجعل على قوله يلزم بالعقد، وكذلك من حكما رجلا لا يلزمهما ذلك عند ابن القاسم ما لم يشرعا فإذا شرعا فليس لهما ترك ذلك وقيل: يلزمهما ما حكم به بينهما وإن لم يشرعا في الخصومة، وهو عقد لازم،

وقيل: لهما الرجوع ما لم يشرفا على الحكم.

وقيل: لهما الرجوع ما لم يقطع الحكم انتهى.

واستثنى المؤلف من اللزوم اثني عشر عقدا، وذكر أنه اختلف في بعضها هل هو جائز أو لازم: الأول: الجملة، وهو جائز من الجانبين فإن شرع لزوم الجاعل، وقيل: لازمة فيهما بالقول وقيل: في لزوم الجاعل.

الثاني: القراض، ولكل منهما فسخه قبل العمل ويلزم بعده حتى ينضج وبعد الزاد والضعن ومثل الزاد والسفر لا يمنع، وحكى المازري في العتبية قولين:

أحدهما: أنه لازم بالعقد لهما، والثاني: أنه لازم لرب المال فقط والفرق بينه على المعروف وبين المساقاة أن القراض لما لم يكن مؤقتا كان شبيها بالإجازة كل شهر أو كل سنة، والمساقاة لما كانت مؤقتة كالإجازة الوقتية لشدة الحاجة.

الثالث: المزارعة وهي دائرة بين الشركة والإجازة فلهذا وقع الاختلاف في لزومها بالعقد، فقيل تلزم به تغليباً للإجازة وهو قول سحنون وقيل: لا تلزم تغليباً للشركة ولكل منهما ان ينفصل عن صاحبه ما لم يذر.

ابن رشد: وهو معنى قول ابن القاسم ونص رواية اصبح عنه في العتبية، وقيل: لا تلزم إلا بالشروع في العمل، وهو قول ابن كنانة في المبسوط، وبه جرت الفتوى عندنا بقرطبة وهو على قياس رواية ابن زياد عن مالك أن

الجاعل يلزمه بشروع المجعول له في العمل .

الرابع : الوكالة : وهي إما أن يتعلق بها حق الغير كالوكالة على الخصومة أو لا ؟ أما الأول : فقال ابن رشد في المقدمات : ليس له ان يعزله إذا قاعد خصمه المرتين و الثلاث إلا من عذر ، وهذا هو المشهور في المذهب ، ووقع لأصبع في الواضحة ما يدل على ان له ان يعزله ما لم يشرف على تمام الخصام وفي المحل الذي لا يكون للموكل عزله عن الخصام لا يكون له هو ان ينحل عن الوكالة إذا قبل الوكالة انتهى .

و اما الثاني : فان كانت بأجرة فهي لازمة كالإجارة و يجعل ثالثها : تلزم الموكل ، و بغيرهما جائزة ، قيل : تلزم الوكيل كالهبة ، لأن الوكيل كواهب منفعة و الهبة تلزم بالقول على المعروف و هذا الأخير هو مراد المؤلف ، و أطلق لرجوع ما قبله إلى الإجارة ، و الجعالة ، و عروض تعلق حق الغير ، او أطلق ، لأن أصل شرع الوكالة على الجواز ، و اللزوم حيث تلزم لعروض تعلق حق الغير ، ومنه ما اذا كانت باجرة .

الخامس : الهبة التي تعتصر ، وهي الهبة من الأب و الأم ، و يدخل في قول المؤلف او ما يعتصر الصدقة بشرط الإعتصار على القول بأن شرطه عامل .

السادس : الوصية بالمال او بالنظر فللموصي الرجوع و ان اوصى بالعتق .

السابع : قبول الوصية فللموصي ان يعزل نفسه في حياة الموصي و لو بعد القبول على الأصح ، لأنه لم يغر الموصي و هو قادر على ان يستبدل غيره





و مقابل الأصح لعبد الوهاب في المعونة قال: اذا قبل الوصي الوصية ثم اراد تركها لم يجز له ذلك الا ان يعجزها عنها او يظهر له تعذر في الإمتناع من المقام عليها.

ابن عبد السلام: و هو ظاهر قول غيره من العراقيين، و بعض المغاربة، لأن ذلك كهبة بعض منافع انتهى.

و ظاهر كلام المؤلف ان للوصي الرجوع مطلقا، لو قبل بعد الموت، و الاصح انه لا رجوع له اذا قبل بعد الموت، و قال بعضهم: لا فرق بين قبوله بعد الموت او قبله، ان له الرجوع.

الثامن: الإقرار بالزنى او السرقة، او الشرب، او نحو ذلك مما له عذر في الرجوع و قيده في مختصر المنهج بالحد فقال: مقرر حد و هو لا يتقيد به حسبما سيأتي.

اما الزنى، فان أقر به ثم رجع الى ما يعذر فيه قبل، و في اكذابه نفسه قولان لابن القاسم، و اشهب.

و اما السرقة: فان اقر بها ثم رجع الى شبهة ثبت الغرم دون القطع، و في غير شبهة روايتان عن مالك، هذا نقل ابن الحاجب.

و قال الشيخ ابن عرفة: ابو عمر: اتفق مالك و الشافعي و ابو حنيفة على قبول رجوع المقر بالزنى و السرقة و شرب الخمر، اذا لم يدع المسروق منه ما اقر به السارق.

وقال ابن أبي ليلى و عثمان البتي: لا يقبل رجوعهم في شيء من ذلك،  
ابن زرقون: و حكاه الخطابي في شرح السنن عن مالك و هو غريب.

قلت: لعله فيما لم يذكر له وجهها، الباجي: ان رجوع لغير شبهة فروى ابن  
وهب و مطرف في الموازية انه يقبل، وقاله ابن القاسم و ابن وهب و ابن عبد  
الحكم، وعن مالك: انه لا يقبل منه، وقاله اشهب و عبد الملك، و قال في  
الشرب: و رجوع المقر و تقدم في السرقة.

الشيخ عن الواضحة: اعترف أبو محجن الثقفي في شعره يشرب الخمر  
فأراد عمر حده فقال: صدق الله و كذبت قال الله تعالى في الشعراء: ﴿وانهم  
يقولون ما لا يفعلون﴾ فلم يحده و عزله عن العمل صح منه.

القرافي: في الفرق الثاني والعشرين والمائتين بين قاعدة الإقرار الذي يقبل  
الرجوع عنه، و بين قاعدة الإقرار الذي لا يقبل الرجوع عنه: الأصل فيه  
اللزوم ثم ضابط ما لا يجوز له الرجوع عنه هو الرجوع الذي ليس له فيه عذر  
عادي، و ما يجوز له الرجوع عنه هو أن يكون له في الرجوع عذر عادي.

وهذا كما إذا أقر الوارث للورثة أن ما ترك أبوه ميراث ينقسم على القانون  
الشرعي ثم جاء شهود أخبروه أن أباهم أشهدهم أنه تصدق عليه في صغره  
بهذه وحاز له فإذا رجع عن إقراره يقبل رجوعه، لأنه على العادة، و لا يكون  
إقراره السابق مكذبا للبينة لأن هذا عذر عادي يسمع مثله.

ومثل هذه المسألة أن يقول له: على مائة درهم إن حلف أو إذا حلف أو

متى حلف أو مع يمينه، فنكل المقر، وقال ما ظننت أنه يحلف لا يلزمه شيء لأن العادة جرت بأن الاشتراط يقتضي عدم اعتقاده.

وقال ابن عبد الحكم: إن قال له على مائة إن حلف أو ادعاها، أو مهما حلف بالعتق أو استحلال ذلك، أو كان يعلم أنها له أو أعارني ردا فاعلاه أو إن شهد بها على فلان، فشهد عليه بها، فلا يلزمه في ذلك كله شيء، لأن العادة جرت أن هذا ليس إقرارا، فإن قال: إن حكم بها على فلان فحكم بها لزمته، لأن الحكم سبب فتلزمه عند سببها، والأولى كلها ليست شروط الأسباب بل استبعادات محضة مخلة بالإقرار.

ومثل هذا أن يقول له عندي مائة من ثمن خمر، أو ميتة، لأن الكلام بأخره والقاعدة أن كل كلام لا يستقل بنفسه، وقوله: من ثمن خمر لا يستقل بنفسه فيصير الأول المستقل غير مستقل بنفسه، وكذلك الصفة والاستثناء والغاية والشرط ونحوها.

التاسع: المغارسة أعني أن يغارسه في الأرض على جزء منها، فقد أجازها أهل العلم قياسا على ما جوزته السنة من المساقاة ثم اختلف فقيل: هي لازمة بالعقد كالإجارة وقيل: هي من باب المجاعلة وللعامل أن يترك العمل.

العاشر: الشركة، قال ابن رشد في المقدمات: وهي من العقود الجائزة لكل واحد أن ينفصل متى شاء، إلا الشركة في الزرع ففي لزومها خلاف لتردها

## بين الإجارة والشركة .

ونحوه للخمي وخرج قولاً بلزومها لأول سنة، من الشاذ في كراء للمشاهدة أنه يلزم شهر، وفي مفيد الحكام: الشركة تنعقد بالقول على المشهور من قول مالك وأصحابه، وقال ابن يونس: تلزم بالعقد كالبيع لا رجوع لإحدهما فيها كالبيع بخلاف الجعل والقرض، ولعياض وابن عبد السلام نحوه، والظاهر أنه لا مخالفة بينهم، ومراد ابن يونس أنها تلزم بالعقد باعتبار الضمان إذا هلك شيء بعد العقد يكون ضمانه منهما، خلافاً لمن يقول إنها لا تنعقد إلا بالخلط.

الحادي عشر: التحكيم وهو أن يحكم الخصمان رجلاً يحكم بينهما، وهو غير لازم وعند سحنون، بمعنى أن لكل منهما أن يرجع قبل النفوذ ولازم عند ابن الماجشون ومنشأ الخلاف هل يقال لما حكماه صار كالوكيل لهما، أو لا؟ وهو كالحاكم.

وقال أصبغ: لكل منهما الرجوع ما لم ينشأ في الخصومة فإذا نشأ فلا رجوع لأحدهما، ولابن المواز الرجوع ما لم يشرف على الحكم.

الثاني عشر: كراء المسانحة أو المشاهدة، فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة: أنه غير لازم وروى مطرف ابن الماجشون: أنه يلزم أقل ما سمياً فإن قال كل شهر بكذا لزم شهر، وإن قال كل سنة بكذا لزم في سنة، وبه قال ابن حبيب، واختاره اللخمي قال: لأنهما أوجبا بينهما عقدا ولم يوجبا فيه خياراً فوجب أن يحملا على أقل ما تقتضيه تلك التسمية.

واختار ابن يونس المشهور، قال: لأنه كأنه قال: أكريتك بحساب الشهر

والسنة بكذا، وفي المسألة قول ثالث: لا يلزمه شيء كالقول الأول حتى يشرع في السكنى فيلزمه أقل ما يسمى كالقول الشاذ وهو مروى عن مالك وكان حق المؤلف أن يقيد الكراء بما ذكرنا احترازاً عن كراء الوجيبة فإنه لازم، وقد وقع مثل هذا الإطلاف في نظم شيخ شيوخنا الإمام أبي عبد الله بن غازي لهذا المعنى بقوله:

|                           |                       |
|---------------------------|-----------------------|
| أربعة بالقول عقدها يرى    | بيع نكاح وسقاء وكراء  |
| لا الجعل والقراض والتوكيل | والحكم فافعل بها كضيل |
| لكن في الغراس والمزارعة   | والشركات بينهم منازعة |

وقد يتبين معنى قول المؤلف: في بعضها الخلاف، وأما قوله: «والفرق يرى» بمعنى يعلم أو يبصر في كتب الفقه ويحتمل أن يعني الفرق بين العقد اللازم والعقد الجائز وهو ما نقلناه فيما تقدم عن القراني والمقري، ويحتمل أن يعني الفرق بين العقد المتفق على جوازه والمختلف فيه.

## فصل

عقد هذا الفصل في تقديم أحدهما على الآخر عند التعارض كتعارض قياسين ومقصد، ولفظ وغالب، وأصل وظاهر وأصل وإنما ذكر تعارض قياسين هنا مع الجزم بتقديم الأقوى شبهها، لأنه قد يختلف في الأقوى ما هو فالتحق بالنمط الأول وإن كان خلافاً في حال.

ص إن دار فرع بين أصليين وقد تعذر الجمع يغلب الأسد

شي في طرة على هذا بخط المؤلف من القواعد: إذا دار الفرع بين أصليين غلب أرجحهما إن تعذر الجمع وقد يختلف في ذلك انتهى.

ويعني بالأسد الأكثر سدادا أي: استقامة، والمعنى أن الفرع إذا دار بين أصليين يغلب الأقوى شيها قال بعضهم: كمن تيقن بالوضوء وشك في الحدث فالأصل بقاء ما كان على ما كان، وبهذا الأصل تمسك الجماعة، وبالثاني تمسك حمديس وذلك أنه قال: الأصل عمارة الذمة بعد لتكليف ولا يبرأ إلا بيقين، والشك في الشرط شك في المشروط.

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: إذا اختص الفرع بأصل أجرى عليه إجماعا، فإن دار بين أصليين حمل على الأولى منهما، وقد يختلف فيه كالإرث من المكاتب، وما يجب بقتل أم الولد، وملك العامل أهو بالظهور، لأنه كالشريك لتساويهما في زيادة الربح ونقصه، ولعدم تعلق حقه بالذمة، أو بالقسمة لأنه كالأجير، لا اختصاص رب المال بغرم رأس المال، ولأن القراض معاوضة على عمل وقد تعمل الشائبتان، فإن من غلب الشركة اعتبر شروط الزكاة في حقهما ومن غلب الإجارة اعتبرها في حق المالك فقط.

وابن القاسم أعملهما فقال: يراعي أمرهما وإن سقطت عن أحدهما سقطت عن العامل في الربح انتهى، ومثل لهذا أيضا بمن قتل عبدا هل عليه قيمته وإن زادت على دية الحر، أو ما لم تزد على دية الحر ومذهبنا الأول وله شبه بالحر وهو ظاهر والدابة والياقوتة ونحوهما في المالية والتصرف بالملك

فبأيهما يلحق.

ص ومقصدان عارض اللفظ قضي ذاك وقيل ذا كذا حال

ش هل يقدم القصد أو اللفظ عند تعارضهما؟ اختلف في ذلك والصحيح تقديم القصد بمعنى أن القصد العرفي مقدم على مقتضى اللفظ لغة أو العكس على الآخر، كمن حلف لا يأكل لحماً أو بيضاً أو رؤوساً ففي حنثه بمثل لحم الحيتان وبيضها ورؤوسها قولان، لابن القاسم وأشهب.

فابن القاسم بنى على تقديم اللفظ، وأشهب على تقديم القصد وكذلك لا أكل خبزاً فأكل نحو الأظرية والهريسة والكمك، وكذلك لا أكل عسلاً فأكل عسل الرطب وكذلك لو حلف لا أدخل عليه بيتاً هل يحنث بالمسجد، ومنه لو حلف لا أكلمه فسلم عليه في الصلاة.

وعروض قول ابن القاسم وأشهب هنا بقولهما فيمن وكل رجلاً يشتري له ثوباً فاشترى ما لا يليق بالأمر، فإن ابن القاسم قال: إنه غير لازم للأمر، ورأى أشهب لزومه له فراعى ابن القاسم العرف في الوكالة دون الأيمان، وعكس أشهب وأجيب بأنه لا يلزم من أطراد العرف في وجه أو في مسألة أطراده في مثل ذلك لجواز جريان العرف في أحدهما دون الآخر، والقياس لا يجري في المسائل العرفية.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في المقدم من اللفظ والقصد عند تعارضهما، كصوم يوم يقدم فلان فقدم نهاراً، قيل: يقضي، لأن المقصود صيام يوم شكراً، وقيل: لا وبابها الأيمان، والظاهر كمن ظاهر

قاصدا للطلاق ففي اللازم منهما قولان أما إن لم يقصد شيئا فعلى الخلاف في لزوم اليمين باللفظ المجرد عن النية وهي قاعدة عامة انتهى.

وقوله: «كصوم» أي كندر صوم، وفي طرة بخط المؤلف: وعليه من نذر صوم يوم قدوم فلان فقدم نهارا، هل يقضي لقصد الشكر أم لا؟ للفظ انتهى، ومثله لو نذر صوم شهر، فالقصد أنه يغلظ على نفسه، ولفظ الشهر يطلق على ثلاثين، وعلى تسعة وعشرين والأصل براءة الذمة فاقتضى القصد ثلاثين واللفظ تسعة وعشرين حملا على الأقل لما مر.

قوله: «ففي ذاك» أي تبع المقصد فوصل إشارته بالكاف لبعده، وإذا أي اللفظ لقربه ونذر منون أي كندر وحالف، وفي بعض النسخ بلفظ المصدر مناسبا لنذر.

**ص** في الأخذ بالغالب أو أصل إذا تعارضا قولان لكن نبذا  
إجماعا أصل عارض الذي شهد وغالب في الدين قال من رشد

**ش** إذا تعارض الأصل والغالب هل يؤخذ بالأصل أو الغالب فيه قولان  
وعليه في المذهب فروع ومسائل منها:

الخلاف بين مالك وابن حبيب في دعوى المبتاع الجهل بالعيب الظاهر،  
فمالك قبل دعوى المبتاع بيمين، وابن حبيب والموثقون لم يقبلوها إذا كان  
العيب في موضع ظاهر لا يخفى غالبا.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قال القرافي: هذا ليس على إطلاقه بل



أجمعت الأمة على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب في دعوى الدين ونحوه، فإن القول قول المدعي عليه وإن كان الطالب أصلح الناس وأتقاهم لله، ومن الغالب عليه أن لا يدعي إلا ماله، فهذا الغالب ملغى إجماعاً، واتفق الناس على تقديم الغالب وإلغاء الأصل في البينة إذا شهدت، فإن الغالب صدقها، والأصل براءة ذمة المشهود عليه، وألغى الأصل هاهنا بالإجماع عكس الأول، فليس الخلاف على الإطلاق انتهى.

وأجاب الإمام أبو عبد البقوري في اختصار الفروق وترتيبها بقوله: إنما ألغى الغالب الذي هو صدق البر التقي لما قلناه: من أن القلوب بيد الله يقبلها كيف شاء فليس هذا الغالب بمعتبر أصلاً كما قلنا في الذي قبله وكلام الفقهاء في الغالب الذي لا يطرقه مثل هذا كجلد قران ودباغ الغالب أنه للدباغ، وما قاله في البينة إذا شهدت فإن الغالب صدقها ليس هذا من ترجيح الغالب على الأصل، بل من باب العمل بالخبر الذي لا يصح خلافه وهو قوله عليه السلام: «شاهدك أو يمينه» انتهى.

والذي قاله في الذي قبله هو ما ذكرناه عنه في قاعدة المدعي والمدعى عليه من قوله: الظواهر التي ذكرناها جلية بينة غير خاف قبولها وما نقضت به من دعوى البر التقي على الفاسق لطروق الشك في هذا الظاهر، فإن القلوب بيد الله يقبلها كيف شاء فيكون تقياً الزمن الطويل ثم ينعكس، وبالعكس ومعرفة هذا من الأمر الخفي فالغنى هذا الظاهر هنا ولم يعتبر بخلاف الظواهر التي ذكرناها لا يطرقها ما طرق هذا فاعتبرت وترتب الحكم عليها.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في المقدم من الأصل والغالب عند التعارض كسؤر ما عادته استعمال النجاسة إذا لم تر على أفواهاها وقت شربها، وقد مر تحقيقه وتفريق المشهور بين الطعام والماء لمقاومة حرمة للغالب المتقدم عنده فيسلم الأصل كعمل الماضين فيما نسجه أهل الذمة وقد نبه في المدونة على هذه الحرمة، في سؤر الكلاب وإن كان البراذعي قد أسقطها حتى حمل كتابه ما ضعف التعليل به من التخصيص بالعادة، ومن هذا الأصل أن يتزوج حر أمة فيدعي الغرور وتنكره، ففي المصدق منهما قولان وأشار بقوله «وقد مر تحقيقه» إلى قوله: قاعدة: ما يحصل على تقديرين أقرب وجودا مما يحصل على تقدير واحد، ثم أصدد كذلك فإن شربت الجلالة احتمال أن تكون لم تستعمل نجاسة إذ ذاك أو استعمالها ثم ذهبت بالكلية أو لم تلاق الماء، وهذه تقتضي البقاء على الأصل ويحتمل أيضا أن تكون فيها وقت شربها ولاقت الماء، وهذا يقتضي النجاسة لكن الأول أقرب إلى الوجود وبه تبطل دعوى الغالب الذي هو مستند المشهور، فيبقى الأصل وهو الصحيح إلا على القول بانتقال النجاسة الحكمية.

قوله: «لكن نبذ إجماعا أصل عارض الذي شهد» هذا كاستثناء من الخلاف الذي قبله أي لكن طرح بالإجماع أخذ أصل عارض شهادة الذي شهد، أي طرح الأخذ بالأصل وإنما يتمسك بالشهادة والأصل براءة الذمة والغالب صدق الشاهدين وعلى ما شهدا به يعمل إجماعا.

قوله: «وغالب في الدين» أي ونبذ غالب في دعوى الدين، والغالب صدق الرجل الصالح والأصل براءة الذمة من الدين، وعلى الأصل يعمل إجماعا

وإن كان مدعيه فاسقا.

قوله: « قال من رشد » يعني الرشد في الدين، أي من رشد في الدين قال بغيته.

ص في الأصل والظاهر أيضا علما مع تعارض كقبر قدمما

ش من القواعد إذا تعارض أصل وظاهر أيهما يقدم؟ عليهما ما ذكر، وهو القبر القديم أي البالي هل تجوز الصلاة فيه، بناء على الأصل، وهو بقاء ما كان، أو لا؟ بناء على الظاهر وهو وجود العظام في القبر.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: إذا تعارض أصل وظاهر فللمالكية في المقدم منهما قولان، كالمقبرة القديمة الأصل الطهارة، والظاهر اختلاط الأجزاء.

قوله: « علما » أي القولان وبه يتعلق في الأصل.

|   |                             |                          |
|---|-----------------------------|--------------------------|
| ص | وغالبا قدم على ما نـدرا     | وهو شأن شرعنا فكثرا      |
|   | لكن عليه نادر قد قدمما      | كالطين والنعل ونحو علمما |
|   | ومنه نسج مسلم لا يحتـرز     | من نجس وثوبه كمن نبز     |
|   | بشرب أو ترك صلاة أو جهل     | كثوب سوق وعن اللحمي نقل  |
|   | في ثوب من ذكر انه نجس       | كالنوم لكن خفض الذي لبس  |
|   | في الرأس قيل ما عدا من شربا | وغسل ما قد شك فيه صوبما  |
|   | ونسج كافر وما قد صنعما      | كفاسق من طعام وسعما      |

فيه كلبس صبيحة ونقلا      معافري نجس وقبلا  
 إن استقل ولد بالغسل      وكمبرز ووضع الحمل  
 وشبهه ما ذكر مما ارتكبا      من النوادر لعنى أوجبا

شمل هذا الكلام مأخوذ من كلام القراني، في الفرق السابع والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما اعتبر من الغالب وبين ما ألغى من الغالب.

قال: اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر وهو شأن الشريعة كما يقدم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السفر، ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمنع من شهادة الأعداء والخصوم، لأن الغالب منهم الحيف، وهو كثير في الشريعة لا يحصر كثرة، وقد يلغى الشارع الغالب رحمة بالعباد، وهذا قسمان:

قسم يعتبر فيه النادر، وقسم يلغيان معاً، وأنا أذكر من كل قسم مثلاً ليتهدب بها الطالب ويتنبه إلى وقوعه في الشريعة، فإنه لا يكاد يخطر ذلك بالبال، لا سيما تقديم النادر على الغالب.

ثم ذكر من القسم الأول عشرين مثلاً ونذكر منها على كلام المؤلف ما يناسبه قوله: «وهو شأن شرعنا» يحتمل أن يقرأ هو بتخفيف الواو وهي اللغة الكثرى، فيكون الجزء مخبولاً، ويحتمل أن يقرأ بتشديدها وهي لغة همدان، فيكون الجزء مخبوناً؟.

قوله: «ناذر قد قدما» يصح رفع ناذر، وقدم ماض للمجهول ونصبه وقدمن

أمر فألفه بدل نون التوكيد الخفيفة وهما نسختان.

قوله: «كالطين والنعل ونحو علما» كأن هذا من التقديم النادر، لأن الغالب في الطرق النجاسة، وكذا النعل المأمور بذلكها.

القرافي: الرابع: طين المطر الواقع في الطرقات وممر الدواب والمشى بالأمدسة التي يداس بها في المراحيض، الغالب عليها وجود النجاسة، من حيث الجملة، وإن كنا لا نشاهد عينها والنادر سلامتها ومع ذلك ألغى الشارع حكم الغالب وأثبت حكم النادر توسعة ورحمة بالعباد فتصلي به من غير غسل.

الخامس: النعال الغالب عليها مصادفة النجاسات، لا سيما نعل مشى بها سنة وجلس بها في وضع قضاء حاجة الإنسان سنة أو نحوها والنادر سلامتها من النجاسة، ومع ذلك ألغى الشارع حكم الغالب وأثبت حكم النادر، فجاءت السنة بالصلاة بالنعال حتى قال بعضهم: إن خلع النعال في الصلاة بدعة كل ذلك رحمة من الله، وتوسعة على العباد انتهى.

ويدخل في قول المؤلف «ونحو علما» الرجل الحافية وفي بعض النسخ بدل هذا وزاد القدا وصدر البيت بعده على هذه النسخة بعض فهو فاعل زاد وأثره، «ونسج مسلم» بخفض نسج عطقا على الطين، وعلى الأول ومنه نسج مسلم برفع نسج.

القرافي: الخامس عشر: الحفاة بغير نعل الغالب مصادفة النجاسة، ولو في الطرقات ومواضع قضاء الحاجات، والنادر سلامتهم منها، ومع ذلك جوز الشرع صلاة الحافي كما جوز له الصلاة بنعله من غير غسل رجله، وكان

عمر رضي الله عنه يمشي حافيا، ولا يعيب ذلك في صلاته، لأنه يرى رسول الله ﷺ يصلي بنعليه، ومعلوم أن الحفاء أخف في تحمل النجاسة من النعال وقدّم الشرع حكم النادر على الغالب لتوسعة على العباد.

قوله: «ومنه نسج مسلم لا يحترز من نجس وثوبه كمن نبز بشرب أو ترك صلاة أو جهل كثوب سوق» أي ومن النادر المقدم على الغالب ما نسجه مسلم لا يتوقى النجس وما بعده.

القرافي: العاشر: ما ينسجه المسلمون المتقدم ذكرهم، الغالب عليه النجاسة «أي الذين لا يصلون ولا يستنجون بالماء ولا يتحرزون من النجاسة» قال: وأثبت الشرع حكم النادر، وألغى حكم الغالب، وجوز الصلاة فيه، لظفا بالعباد.

الحادي عشر: ما يصنعه أهل الكتاب الغالب نجاسته وهو أشدهما لكثرة النجاسة فألغى الشارع حكم هذا الغالب وأثبت حكم النادر فجوز الشرع الصلاة فيه تغليباً لحكم النادر على الغالب لظفا بالعباد .

الثاني عشر: ما يلبسه العوام الذين لا يصلون، ولا يتحرزون من النجاسات الغالب نجاسته فجوز الشرع الصلاة فيه تغليباً لحكم النادر على الغالب وتوسعة على العباد .

الثالث عشر: ما يلبسه الناس ويبيع في الأسواق ولا يعلم لابسه كافر أو مسلم مخلط أو محترز، مع ان الغالب على أهل البلاد العوام والفسقة وتراك الصلاة

ومن لا يحترز من النجاسات فالغالب نجاسة هذا الملبوس، والنادر سلامته فأثبت الشارع حكم النادر وألغى الغالب لطفًا بالعباد انتهى وثوبه، بالرفع عطفًا على نسج مسلم أي وثوب مسلم لا يتحرز من نجس وجهل، بفتح الجيم معطوف على نبز، أي جهله مشتريه، بمعنى أنه جهل مشتريه نجاسته وطهارته بأن لم يدر حال لابسه، ولا مانع من ضم جيمه مبنيا للمجهول لكن بالفتح ضبطه المؤلف.

وقوله: «وعن اللخمي نقل، في ثوب من ذكر أنه نجس كالنوم لكن خفف الذي لبس في الرأس» أنه نجس نائب عن فاعل نقل، وفاعل خفف عائد على اللخمي أي نقل عن اللخمي في ثوب المسلم الذي لا يحترز من النجس، وثوب شارب خمر وتارك الصلاة والمجهول وثوب السوق أن ذلك كله نجس كثياب النوم.

البرزلي: وفي تبصرة اللخمي ثياب النوم وما لبس شارب الخمر ومن لا يصلي وما يحاذي الفرج ممن لا يحسن الاستبراء من العوام، وزاد بعض القرويين المتأخرين وما تحت الفرج مما يصيبه البلل عند الجلوس كل هذا نجس، وجل النساء غير مصل، ولباس رأس من لا يصلي أخف من غيره، وإن شك في حال لابسه يغسل استحبابًا انتهى.

وقال الشيخ ابن عرفة: اللخمي: ملبوس النوم وشارب الخمر وقميص غير المصلي ولباس الوسط نجس لقلة محسني الاستبراء، ولباس رأس غير المصلي أخف وأكثر النساء غير مصل، وما شك في حال لابسه غسل احتياطًا، ونجاسة الثوب الجديد عيب.

وفي التوضيح قال اللخمي: وأما ما يلبسه المسلم فإن علم أن بئعه ممن يصلي فلا بأس بالصلاة فيه، وإن كان ممن لا يصلي لم يصل به حتى يغسله، فإن لم يعلم بئعه فينظر إلى الأشبه ممن يلبس مثال ذلك، فإن شك فالاحتياط بالغسل أفضل انتهى.

ونص سند: على أن من اشترى من مسلم مجهول الحال محمول على السلامة قال: وإن شك فيه نضح.

قوله: «قيل ما عدا من شربا» يعني أن كلام اللخمي في ثوب رأس غير المصلي مقيد بغير شارب الخمر، وأما شارب الخمر فثيابه كلها نجسة، واللخمي نفسه هو المقيد بهذا ونصه في نقل أبي الحسن الصغير، وأما ما يستعمل في الرأس من منديل أو عمامة فالأمر فيه أخف، لأن الغالب سلامته من النجاسة كان البائع له ممن يصلي أم لا؟ إلا أن يكون ممن يشرب الخمر فلا يصلي في ذلك حتى يغسله صحح من التقييد.

وعلى هذا قلت: فلو قال المؤلف قال بالبناء للفاعل لكان أحسن، ولعل هذا التقييد مبني على نجاسة عرق السكران.

قوله: «وغسل ما قد شك فيه صوبا» أي صوب اللخمي غسل ما قد شك فيه للجهل بحال لابسه، وقد تقدم ذلك، فصوب بالبناء للمعلوم، وضبطه المؤلف أيضا بالبناء للمجهول وعليهما نصب غسل ورفع.

قوله: «ونسج الكافر» هو معطوف على قوله: «نسج مسلم» فهو مما قدم فيه النادر على الغالب.



القرافي: السابع: ثياب الكفار التي ينسجونها بأيديهم لما يباشرونه عند قضاء حاجة الإنسان ومباشرتهم الخمر، والخنازير، ولحوم الميتات، وجميع أوانيه نجسة لملاسة ذلك، ويباشرون النجس والعمل مع بلة أيديهم وعرقها حال العمل ويبلون تلك الأمتعة بالنشا، وغيره مما يقوي لهم الخيوط، ويعينهم على النسج، فالغالب نجاسة هذا القماش والنادر سلامته من النجاسة، وقد سئل مالك - رضي الله عنه - فقال ما أدركت أحدا يتحرز من الصلاة في مثل هذا، فأثبت الشارع حكم النادر وألغى الغالب رحمة بالعباد.

قوله: «وما قد صنعا كفاسق من كطعام وسعا فيه» ما مبتدأ والخبر وسع فيه وفاعل صنع يعود على الكاف، ويحتمل أن يكون الكاف من كفاسق وذكر البرزلي في اغتفار ما خاطه الكفار كما نسجوه قولين للشيببي وابن عرفة.

الوانوفي: لا يصلي بما خاطه الذمي لنجاسة ريقه، ولو صلى بخيط ورمى في جيبه لا يعيد كنسجهم.

البرزلي: لا بأس بالصلاة بما نسجوه أهل الذمة لا بما لبسوه.

ابن عبد الحكم: وكذلك ما لبسوه.

ابن رشد: يحمل على ما لم يغب عليه ولم يطل لبسه، واختلف في صلاته بما لبسه في كفره ولم يعاين به نجاسة وعن ابن العربي: تجوز بما نسجوه إذا كانت تؤكل ذبائحهم إجماعاً وأما المجاسي فكذلك عندنا، وأما ذوو الصناعات منهم مثل من يقص الملف والخياط ونحوه، والصاغة في الحلبي

والدراهم يمسها بيديه أو فمه فكان شيخنا الإمام ابن عرفة يفتي بغسل كل ما لبسوه، لأن الغالب عليهم عدم التحفظ من النجاسات ولا ضرورة تدعو إليهم للاستغناء عنهم بالمسلمين، وكان غيره يفتي باغتفار هذا قياسا على ما نسجوه، وأكل المائع من أطعمتهم وغير ذلك مما هو مباح، لا سيما إن كانت صنعتهم يفتقر إليهم فيها كالصواغين في الأغلب، وكذلك كانوا يستلون عن طبخ الخبز معهم في الفرن الذي يخلطون المسلمين فيه والصواب الجواز في ذلك كله.

وكذلك ما يحكى عن الشيخ الصالح ابن أبي محمد المرجاني أنه كان يتوقى الصلاة بجنب من يلبس الملف وعلل ذلك بما يذكر أن فيها شحم الخنزير، وهذا إغراق في الورع، والحق إتباع السلف الصالح، ولم يأت عنهم التحفظ في مثل هذا بل أتى عكسه في مسألة النسج انتهى من اختصار سيدي أحمد حلوله للنوازل المذكورة .

وفي شرح الأبى لصحيح مسلم: وما يحكى عن الشيخ تقي الدين: من انه كان لا يلبس الملف وأنه إذا قبل أحد يديه يغسلهما كان شيخنا يقول: أن هذا ورع، لأنه إنما يريد أن يخرج من عهدة التكليف بيقين، لأنه من الجائز أن يكون بيد من مسه أو بقي من قبل يده نجاسة لا سيما العوام ومن لا يتحفظ ولا يعرف أحكام الطهارة، وليس هذا وسوسة وإنما الوسوسة ما يتفق لبعض الناس من إكثار الماء في الوضوء وإطالة التدلك، وكان الشيخ الولي الفقيه أبو محمد المرجاني لا يصلي بالملف لما يذكر أنهم يرطبونه بشحم الخنزير ويستدل على ذلك بأن الإبرة إذا مسكت فيه فإنها لا تصدي، ولو جعلت في أرطب صوف أو غيره تصدت فما ذلك إلا لصحة ما يقال .

وكان الشيخ يقول: ترك الصلاة به إنما هو ورع، لأن ما يقال من ذلك لا يثبت بخبر مقبول، ولا بينة وكان السطي وابن عبد السلام يصليان بالملف وأنا أصلي به في الدار ويمنعني من الصلاة به في الجامع خوف أن يأتني بي من يكره الصلاة فيه، قيل: وإن غسل بالماء الحار فإنه يطهر.

القرافي: الثامن: ما يصنعه أهل الكتاب من الأطعمة في أوانيهم وبأيديهم الغالب نجاسته لما تقدم، والنادر طهارته، ومع ذلك أتت الشارع حكم النادر وألقى حكم الغالب وجوز أكله توسعة على العباد.

التاسع: ما يصنعه المسلمون الذين لا يصلون ولا يستنجون بالماء، ولا يتحرزون من النجاسة من الأطعمة الغالب نجاستها، والنادر سلامتها فألقى الشارع حكم الغالب وجوز لطفًا بالعباد انتهى.

بعض الشيوخ: وهو أشد مما ينسجونه لكثرة الرطبات الأثلة للنجاسة. قوله: «كلبس صبية» عياض أثناء كلامه على حديث أمامة: وفيه من الفقه أن ثياب الصبيان وأبدانهم على الطهارة حتى تتحقق النجاسة.

الأبي: حمل ثياب الصبيان على الطهارة إنما هو في صبيان علمت أهاليهم بالتحفظ من النجاسة.

أعطيت للشيخ أبي الحسن المنتصر خياره فجعلها في جيبه، ومعه حفيد له، فجعل الصبي يقول: منجوسة منجوسة، وما ذلك إلا لا علم الصبي من تحفظ أهله من النجاسة حتى أنهم كانوا يغسلون الخيار لما عسى أن يكون

علق بها من زبل الأرض المستنبتة فيها.

القرافي: السادس: الغالب على ثياب الصبيان النجاسة لا سيما مع طول لبسهم لها والنادر سلامتها، وقد جاءت السنة بصلاته عليه السلام بإمامة يحملها في الصلاة إلغاء لحكم الغالب، وإثباتا لحكم النادر لطفًا بالعباد، قوله: «ونقلا معافري نجس وقبلًا إن استقل ولد بالغسل».

المعافري هو أبو بكر بن العربي، أي ونقل المعافري عن أهل المذهب في ثوب الصبي أنه نجس إن استقل الصبي بالغسل وقبل ذلك هو طاهر.

الشيخ ابن عرفة: ابن العربي ثوب الصبي عندهم نجس، والصواب إن استقل بغسل حدثه وقبله طاهر، لأن حاضنه ينظفه وهذا خلاف قول القرافي وفي نوازل البرزلي: ابن عربي: وثوب الصبي عندهم نجس قال: والصواب إن استقل بغسله فهو نجس وإن لم يستقل فهو طاهر، لأن حاضنه ينظفه دليله الرواية في حمل الولد في الصلاة وهو المذكور في حمل أمانة.

أبو عمران: معناه أن الولد كان طاهرا أو لو لم يشغله في الفريضة أجزاءه. قوله: «وكمبرز» أي ادعى على فاسق، والمبرز السابق في الصلاح.

القرافي: السادس عشر: دعوى الصالح الولي التقي على الفاجر الشقي الغاصب الظالم، درهما الغالب صدقه، والنادر كذبه، ومع ذلك قدم الشرع حكم النادر وجعل القول قول الفاجر، لطفًا بالعباد، بإسقاط الدعاوي عنهم، واندرج الصالح مع غيره سدا لباب الفساد والظلم بالدعاوي الكاذبة.

قوله: «ووضع الحمل» هو شامل لصورتين، القرافي أثر قوله: وأنا أذكر منه - أي من تقديم النادر - عشرين مثالا، قال:

الأول: غالب الولد أن يوضع لتسعة أشهر فإذا جاء بعد عشر سنين من امرأة طلقها زوجها دار بين أن يكون من زنى وهو الغالب، وبين أن يكون تأخر في بطن أمه وهو نادر بالنسبة إلى وقوع الزنى في الوجود فالغنى الشارع الغالب، وأثبت حكم النادر، وهو تأخر الحمل رحمة بالعباد لحصول الستر عليهم وصونا لأعراضهم عن الشك.

وزاد هذا بيانا في الفرق الخامس والسبعين والمائة بين قاعدة الدائر بين النادر والغالب، يلحق بالغالب من جنسه وبين قاعدة الحاق الأولاد بالأزواج إلى خمس سنين وقيل: إلى أربع، وقيل: إلى سبع، فقال: لكن الله تعالى شرع لحوقه بالزوج لطفًا بعباده وسترا عليهم وحفظًا للأنساب وسدا لباب ثبوت الزنى، كما اشترط تعالى في ثبوته أربعة مجتمعين سدا لبابه حتى يبعد ثبوته، وأمرنا أن لا نتعرض لتحمل الشهادة فيه، وإذا تحملناها أمرنا بأن لا نؤديها، وأن نبالغ الستر على الزاني ما استطعنا بخلاف جميع الحقوق كل ذلك شرع طلبها سترا على العباد ومنه عليهم، فهذا هو سبب استثناء هذه القاعدة من تلك القاعدة.

قال: الثاني: إذا تزوجت فجاءت بولد لسته أشهر جاز أن يكون من وطء قبل العقد وهو الغالب: أو من وطء بعده وهو نادر، فإن غالب الأجنة لا توضع إلا لتسعة أشهر، وإنما يوضع للسته سقطا في الغالب، فالغنى الشارع

الغالب وأثبت حكم النادر وجعله من الوطاء بعد العقد لطفًا بالعباد لحصول الستر وصونا للعرض.

قوله: «وشبه ما ذكر» - البيت - لمعنى يتعلق بارتكب، والمعنى الذي اقتضى تقديم حكم النادر في تلك المواضع المتوسطة على العباد واللطف بهم، ويدخل تحت الشبه من كلام المؤلف باقي العشرين التي ذكر القرافي - رحمه الله تعالى - كعقد الجزية لتوقع إسلام بعضهم وهو نادر والغالب استمرارهم على الكفر وموتهم عليه.

وكالحصر والبسط التي قد اسودت من طول ما لبست بمشي عليها الحفاة والصبيان ومن يصلي ومن لا يصلي، الغالب نجاستها والنادر سلامتها، ومع ذلك فقد جاءت السنة بأن رسول الله ﷺ قد صلى على حصير قد اسود من طول ما لبس بعد أن نضحه بماء والنضح لا يزيل نجاسة بل ينشرها.

وكالاشتغال بالعلم مأمور به مع أن غالب الناس الرياء وعدم الإخلاص والنادر الإخلاص، ومقتضي الغالب النهي عن الاشتغال بالعلم لأنه وسيلة للرياء ووسيلة المعصية معصية، فلم يعتبره الشرع وأثبت حكم النادر.

وكالمتداعيين أحدهما كاذب قطعًا والغالب أن أحدهما يعلم بكذبه، والنادر أن يكون قد وقع لكل منهما شبهة، وعلى التقدير الأول يكون تحليفه سعيًا في وقوع اليمين الفاجرة فكان حرامًا، غايته أنه يعارضه أخذ الحق وإلجاؤه إليه وذلك إما مباح، وإما واجب، وإذا تعارض المحرم والواجب قدم المحرم، ومع ذلك ألغى الشارع حكم الغالب وأثبت حكم النادر لطفًا بالعباد







في تخلص حقوقهم وكذلك القول في اللعان الغالب أن أحدهما كاذب.

وكتعمير المفقود إلى سبعين سنة فإن الموت في الشبان أكثر إذا لو كان الشبان يعيشون لصاروا شيوخا فيكثر الشيوخ لكنهم في الوجود أقل، ومع ذلك فقد شرع صاحب الشرع التعمير إلغاء لحكم الغالب وإثباتا لحكم النادر لظفا بالعباد.

وكنذب الشرع للنكاح رجاء أن يخرج رجل صالح مسلم بين الزوجيين والغالب الجهل بالله، والإقدام على المعاصي، ومقتضي هذا الغالب أن ينهي عن النكاح لا سيما على مذهب من يكفر المقلد، ولكنه حكم بالنادر وغلب على الغالب ونظائر هذا كثيرة: فينبغي لمن قصد إثبات حكم النادر دون الغالب أن ينظر هل ذلك الغالب مما ألغاه الشرع أم لا؟ وحينئذ يعتمد عليه، وأما مطلق الغالب كيف كان في جميع صورته فإخلاف الإجماع، ومع هذا كله فالأصل اعتبار الغالب وإلغاء النادر، فالفرد المتردد بينهما على الغالب يحمل، لكن شرطه على ما ذكره الشهاب أن يكون ذلك الفرد من جنس الغالب وإلا فلا يحمل على الغالب، فالعام الذي لا قرينة على تخصيصه يحمل على عمومته وإن كان التخصيص في العام أكثر حتى روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ما من عام إلا وقد تخصص إلا قوله تعالى: ﴿والله بكل شيء عليم﴾.

وهذا لأننا لم نقض على عام بأنه مخصوص بمجرد كونه لفظا عاما بل لأجل اقترانه بالقرينة الصارفة عن العموم للتخصيص، وهذا اللفظ الوارد

ابتداء ليس معه مخصص صارف عن العموم فهو حينئذ ليس من جنس ذلك الغالب فلو حملناه على الخصوص حملناه على غير غالب فإنه لم يوجد لفظ عام حمل على الخصوص من حيث كونه كذلك البتة فضلا عن كونه غالبا بل هذا اللفظ قاعدة مستقلة بنفسها ليس فيها غالب ونادر بل شيء واحد وهو العموم مطلقا، فتأمل.

ولم يذكر المؤلف القسم الثاني من إلغاء الغالب وهو ما ألغى فيه الغالب والنادر معا وذكر الشهاب منه عشرين مثالا أيضا:

الأول: شهادة الصبيان في الأموال إذا كثر عددهم جدا الغالب صدقهم، والنادر كذبهم ولم يعتبر الشارع صدقهم، ولا قضى بكذبهم، بل أهملهم رحمة بالمدعي عليه بخلاف القتل والجراح فقد قبلهم مالك وجماعة.

الثاني: شهادة الجمع الكثير من جماعة النسوان في أحكام الأبدان، الغالب صدقهن والنادر كذبهن، لا سيما مع العدالة، وقد ألغى صاحب الشرع صدقهن فلم يحكم بصدقهن لظفا من الله تعالى بالعباد.

الثالث: الجمع الكثير من الكفار من الأحرار والرهبان إذا شهدوا الغالب صدقهم والنادر كذبهم وقد ألغى الشارع صدقهم لظفا بالمدعي عليه ولم يحكم بكذبهم.

الرابع: الجمع الكثير من الفسقة الغالب صدقهم، والنادر كذبهم، ولم يحكم الشرع بكذبهم ولا صدقهم.

الخامس: شهادة ثلاثة عدول في الزنى، الغالب صدقهم والنادر كذبهم، ولم يحكم الشرع به سترًا على المدعي عليه، ولم يحكم بكذبهم بل أقام الحد عليهم من حيث إنهم قذفة لا من حيث إنهم شهود.

السادس: شهادة العدل الواحد في أحكام الأبدان الغالب صدقه، والنادر كذبه ولم يقض الشرع بصدقه لطفًا بالمدعي عليه، وكذلك لم يكذبه.

السابع: حلف المدعي الطالب وهو من أهل الخير والصلاح، الغالب صدقه والنادر كذبه ولم يقض الشرع بصدقه فيحكم له بيمينه بل لا بد من البينة ولم يحكم بكذبه.

الثامن: رواية الجمع الكثير لخبر رسول الله ﷺ من الأحرار والرهبان المتدينين المعتقدين بتحريم الكذب في دينهم الغالب صدقهم، والنادر كذبهم، ولم يعتبره الشرع لطفًا بالعباد، وسداً لذريعة أن يدخل دينهم ما ليس منه.

التاسع: رواية الجمع الكثير من الفسقة بشرب الخمر وقتل النفس وهم رؤساء عظماء في الوجود كالمملوك والأمراء ونحوهم، الغالب عندنا اجتماعهم على الرواية الواحدة عن رسول الله ﷺ والغالب صدقهم، فإن لهم وازعاً طبيعياً بمنعهم الكذب معرفة لا ديناً، ومع ذلك لم تقبل روايتهم صوناً للعباد عن أن يدخل في دينهم ما ليس منه، بل جعل الضابط العدالة، ولا يحكم بكذب هؤلاء.

العاشر: رواية الجمع الكثير من المجاهيل للحديث النبوي الغالب صدقهم والنادر كذبهم ولم يحكم بصدقهم ولا كذبهم.

الحادي عشر: أخذ السراق المتهمين بالسرقة بالتهم، وقرائن أحوالهم كما يفعلها الأمير اليوم دون الإقرار الصحيح والبيانات المعتبرة، الغالب مصادفتهم الصواب والنادر خطأهم، ومع ذلك ألغاه الشرع صونا للأعراض والأطراف عن القطع.

الثاني عشر: أخذ الحكام بقرائن الأحوال من المتكلم وكثرة الشكوى والبكاء مع كون الخصم مشهورا بالفساد والعناد، والغالب مصادفته للحق والنادر خطأه ومع ذلك منعه الشارع منه وحرمه ولا يضر الحاكم ضياع حق لا بينة عليه.

الثالث عشر: الغالب على من وجد بين فخذي امرأة وهو متحرك حركة الواطئ وطال القران في ذلك أنه قد ولج، والنادر عدم ذلك فإذا شهدوا عليه بذلك لغى الشارع هذا الغالب ولم يحكم بوطنه ولا بعدم وطنه.

الرابع عشر: شهادة المبرز لولده الغالب صدقه، وقد ألغاه الشارع ألغى كذبه فلم يحكم بواحد منهما.

الخامس عشر: شهادة العدل المبرز لوالده الغالب صدقه ولم يحكم الشرع بصدقته ولا بكذبه بل ألغاهما.

السادس عشر: شهادة العدل المبرز على خصمه، الغالب صدقه وقد ألغى الشرع صدقه وكذبه.

السابع عشر: شهادة الحاكم على فعل نفسه إذا عزل وشهادة الإنسان لنفسه إذا وقعت من العدل المبرز في العدالة، الغالب صدقه، وقد ألغى الشارع صدقه وكذبه.

الثامن عشر: حكمه لنفسه وهو من أهل العدل والتقوى، والغالب صدقه وأنه يحكم بالحق والنادر خلافه وقد ألغى الشارع ذلك الحكم وحكم ببطلانه.

التاسع عشر: القرء الواحد في العدة الغالب منه براءة الرحم، والنادر شغله ولم يحكم الشرع بواحد منهما حتى ينضاف إليه قرءان آخران.

العشرون: من غاب عن امرأته سنين ثم طلقها أو مات عنها الغالب براءة الرحم والنادر شغله، وقد ألغاهما صاحب الشرع وأوجب عليها استئناف العدة بعد الوفاة، والطلاق، لأن وقوع الحكم بغير سببه غير معتد به.

والمقصود من ذكر هذه الأمثلة من أجناس مختلفة أن يظهر لك أن إطلاق القول بترجيح الغالب على النادر مما لا ينبغي، بل ما يكون ذلك إلا بحث شديد ومعرفة الباحث بالمسائل الفقهية والدلائل الشرعية، واستقرائه لذلك كله فبعده يصح له أن يحكم بترجيح الغالب.

وأيضاً فلا ينبغي أن يقال إذا تعارض الأصول والغالب فأيهما يرجح قولان؟ فقد ظهر أجناس كثيرة اتفق الناس فيها على تقديم الغالب على الأصل، كما في أمر البينة فإن الغالب صدقها والأصل براءة الذمة والتنبيه على هذا اللفظ في الإطلاق هو المراد المقصود من بيان هذا الفرق، وأكثر هذا لفظ القرافي وبعضه

بالمعنى على سبيل الاختصار أيضا .

## فصل

أي في القضاء والشهادة .

من المدعي عليه من يوافقـه عرف أو أصل بعضهم يحقـقه

بأنه أقرب خصمين سبب والضم مدع كناظر طلب

شي بدأ بقاعدة المدعي والمدعى عليه، لأن من ميز بينهما لم يلتبس عليه الحكم، كما قال ابن المسيب .

قال أبو عمرو بن الحاجب: والمدعي من مجرد قوله عن مصدق، والمدعى عليه من ترجح قوله بعهود، أو أصل، فلذلك كان مدعي رد الوديعة مقبولا لائتمانه ومدعي حرية الأصل صغيرا كان أو كبيرا، ما لم يثبت عليه حوز الملك بخلاف مدعي العتق .

قال شهاب الدين القرافي: في الفرق بين قاعدة المدعي والمدعى عليه، إذ هما يلتبسان، لأنه ليس كل طالب مدعيا، ولا كل مطلوب مدعى عليه .

للأصحاب فيه عبارتان: إحداهما: أن المدعي هو أبعد المتداعين سببا، والمدعى عليه هو أقرب المتداعين سببا .

والعبارة الثانية: وهي توضح الأولى المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق الأصل أو عرف، وبيان

ذلك بالمثال:

أن اليتيم إذا بلغ وطلب الوصي بماله فإنه مدعى عليه، والوصي المطلوب مدع، عليه البينة، لأن الله تعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم، فلم يأتمنهم على الدفع بل على التصرف والإنفاق خاصة، وإذا لم يكونوا أمناء كان الأصل عدم الدفع، فهذا طالب واليمين عليه، لأنه مدعى عليه، والوصي مطلوب وهو مدع وإنما قلنا اليمين عليه لقوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ونظائر هذا كثيرة فيكون الطالب فيها مدعى عليه ويعتمد أبدا الترجيح بالعوائد وظاهر الأحوال والقرائن، وعلى هذا إذا ادعى قزاز، ودباغ جلدا كان الدباغ مدعى عليه أو قاض و جندي رمحا كان الجندي مدعى عليه و على هذا مسألة الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت أن القول قول الرجل فيما يشبه قماش الرجل و القول قول المرأة فيما يشبه قماش النساء و قد تقدم هذا وخالفنا الشافعي.

و أما الأصل وحده من غير ظاهر الحال و لا عرف، كمن ادعى على شخص دينا أو غصبا أو خيانة أو نحوهما فالأصل عدم هذه الأمور و يكون القول في ذلك قول المطلوب مع يمينه، لأن الأصل يعضده و يخالف الطالب و هذا مجمع عليه، و إنما الخلاف فيما قبله و ظهر لك بهذا قول الأصحاب أن المدعي هو أضعف المتداعيين سببا و المدعى عليه هو أقوى المتداعيين سببا.

تنبيه: ما ذكرنا من ظاهر الحال ينتقض بما اجتمعنا عليه من أن الصالح

البر التقي العظيم الشأن في العلم و الدين، مثل أبي بكر الصديق و عمر بن الخطاب لو ادعى على أفسق الناس أو أرذلهم لا يصدق فيه، و عليه البينة و هو مدع، و المطلوب مدعى عليه، و عكسه لو ادعى الطالح على الصالح كان الحكم كذلك، و بهذا يحتج الشافعي علينا و ينقض علينا الحدود انتهى باختصار البقوري.

و نص الأصل: و كما أن هذه الصورة فهي نقض لقولنا المدعي من خالف قوله أصلاً أو عرفاً، و المدعى عليه من وافق قوله أصلاً أو عرفاً فإن العرف في هذه الصورة شاهد، و كذلك الظاهر، و قد ألغيا جميعاً فكان ذلك ابطالا للحدود المتقدمة و نقضا على المذهب فتأمل ذلك.

و أجاب الإمام أبو عبد الله البقوري عن اشكاله، بأن قال: الظواهر التي ذكرناها جلية بينة غير خاف قبولها، و ما نقضت به من دعوى البرالتقى على الفاسق لطروق الشك في هذه الظواهر فإن القلوب بيد الله تعالى يقربها كيف شاء، فيكون تقيا الزمن الطويل ثم ينعكس، و بالعكس و معرفة هذا الأمر الخفي فالغى هذا الظاهر هنا و لم يعتبر بخلاف الظواهر التي ذكرناها لا يطرقتها ما طرق هذا فاعتبرت و ترتب الحكم عليهما انتهى.

و قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: المدعي أبعد المتداعين سبباً، و هو من كان على خلاف أصل أو عرف أو ظاهر، و المدعى عليه أقربهما سبباً و هو من وافقت دعواه أحدهما و قد يتساويان كالمتبايعين فالأصل كدعوى بقاء الملك، و العرف كدعوى الأشبه وهي مسموعة بعد القوات اتفاقاً، و مع القيام قولان.



ابن بشير: وهما خلاف في حال، فإن ادعى شبيها وأبعد صاحبه فينبغي أن لا يختلف أن القول قول من ادعى الشبه، وإن ادعى الآخر ما يمكن ويتغابن الناس به لم يلتفت إلى الشبه، والظاهر.

أما ظاهر حال أو قرينة فقال: وبالجملة ما أفاد ظن الصدق، وليس كل طالب مدعيا ولا كل مطلوب مدعى عليه، فعلى هذه القاعدة تخرج فروع الدعاوي قال ابن المسيب: من عرف المدعي عليه لم يلتبس عليه الحكم انتهى وقال العلامة شهاب الدين بن حجر: و اختلف الفقهاء في تعريف المدعي والمدعى عليه والمشهور فيه تعريفان:

الأول: المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه بخلافه.

والثاني: من إذا سكت تركه و سكوته، والمدعى عليه إذا سكت لم يترك، والأول أشهر والثاني أسلم، وقد أورد على الأول أن المودع إذا ادعى الرد أو التلف، فإن دعواه يخالف الظاهر، ومع ذلك فالقول قوله، وقيل في تعريفهما غير ذلك انتهى.

والثاني قد ذكره المازري في شرح التلقين عن بعضهم، قوله: «بعضهم يحققه بأنه أقرب خصمين سبب» أي بعضهم يحقق المدعى عليه بما ذكر، وفسر المؤلف هذا البعض في طرة بخطه بقوله: هو القرافي وغيره.

وفسره تلميذ له زعم أنه أخرج نسخته من مبيضة المؤلف وأنه سأله عن كل ما أشكل عليه فيها وأنه لم يسبقه إلى كتبها أحد، بقوله: نقله القرافي

عن بعضهم انتهى.

وقد رأيت أن القراني نقله عن الأصحاب وقرره و سلمه فهو أحد القائمين به و البعض يصدق على الواحد و الجماعة فصح كل من التفسيرين.

ابن عبد السلام بعد أن ذكر أنه اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد كل واحد منهما قال: و تحويهم على شئ واحد، هو أن من اراد التمسك بالأصل فهو المدعى عليه، و من أراد النقل عنه فهو المدعي، إلى غير ذلك من العبارات المؤدية الى هذا المعنى، غير أنه يتعارض النظر في كثير من المسائل من هو المتمسك بالأصل من الخصمين.

وأيضا فهناك أمور اختلف الفقهاء في ترجيح أحد الخصمين على الآخر بسببها و أمور اتفقوا على الترجيح بها، و يختلف النظر في حصول ذلك المرجح في صورة النزاع فهذه الوجوه و ما أشبهها صعب علم القضاء و دق، وقوله: «و الضد مدع» أي المدعي هو الضد على كلا التعريفين.

ابن عبد السلام: فإن قلت: لا إشكال أن كل خصمين فلا بد أن يكون أحدهما مدعيا و الآخر مدعى عليه، أو يكون أحدهما مدعيا من وجه مدعى عليه و من وجه و بالجملة إن معرفة المدعي تغني عن معرفة المدعى عليه، فلم عرف المؤلف كل واحد منهما و هلا اكتفى بتعريف احدهما عن تعريف الآخر؟

قلت: قد قلنا الآن إنه ربما أشكل تمييز المدعى عليه في بعض الصور و قد

تكون معرفة كل واحد منهما ظاهرة، وقد تكون معرفة أحدهما دون الآخر فإذا كان رسم كل واحد منهما معلوما عند الفقيه، و عرضت عليه مسألة نظر فيما ينوب كل واحد من الخصمين، فإذا انطبق رسم المدعي على كلام أحدهما و رسم المدعى عليه على الآخر فذلك غاية البيان، و ان انطبق رسم المدعى عليه على كلام أحدهما و لم ينطبق رسم المدعى على كلام الآخر، لم يضره ذلك، لأن معرفة المدعي توجب معرفة المدعى عليه، و كذلك العكس، فلهذا احتاج إلى تعريف كل واحد منهما و الله أعلم.

قوله: « كناظر طلب » أي ناظر على يتيم طلبه اليتيم بعد الرشد بالمال، فزعم الدفع فهو مدع، لأن الأصل الإستصحاب، و لأن اليتيم لم يأتمنه، و قد مر ما فيه من الخلاف.

|   |                         |                        |
|---|-------------------------|------------------------|
| ص | طلب ما بذمة المعين      | أو المعين كثوب بين     |
|   | أو مترتب عليه ما ذكر    | كمرأة و وارث اعتبر     |
|   | شرعا و إلا لا كعشر سمسه | وهوى صحيحة و جهلا عدمه |
|   | و لم تكذب عادة و حقا    | و فرض صح به تعلقا      |

ش القرافي: في الفرق الحادي و الثلاثين و المائتين بين قاعة الدعوى الصحيحة و الدعوى الباطلة: فضابط الدعوى الصحيحة أنه طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبر لا تكذيبا العادة شرعا: فالأول: كدعوى أن السلعة اشتراها و غصبت منه.

والثاني: كالديون والسلم، ثم المعين الذي يدعي في ذمته، قد يكون معينا بالشخص كزيد أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة، و القتل على جماعة و أنهم اتلفوا له متمولا.

الثالث: كدعوى المرأة الطلاق، أو الردة على زوجها، فيترتب لها حوز نفسه وهي معينة، أو الوارث أنه مات مسلما أو كافرا فيترتب له الميراث المعين فهن مقاصد صحيحة.

وقولنا معتبر شرعا احترازا من دعوى عشر سمسمة فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى فإنه لا يترتب عليها نفع شرعي، و لهذا الدعوى أربعة شروط: أن تكون معلومة، محققة، لا تكذبها العادة، يتعلق بها غرض صحيح وفي الجواهر: لو قال: لي عليه شيء لم تسمع دعواه، لأنها مجهولة، و كذلك أظن أن لي عليك ألفا أو لك علي ألف، و أظن أني قبضتها لم يسمع لتعذر الحكم بالمجهول إذ ليس بعض أولى من بعض، و لا ينبغي للحاكم أن يدخل في الخطر بمجرد الوهم من المدعي.

ثم قال بعد كلام: و قول أصحابنا: إن من شرطها أن تكون معلومة نظر فإن الإنسان لو وجد وثيقة في تركة موروثه، أو أخبره عدل بحق له فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذه و الحلف بمجرد عندنا، و عندهم يعني الشافعية مع أن هذه الأسباب لا تفيد إلا الظن فإن العلم في نفس الطلب و ليس كذلك و إن أرادوا التصريح بالظن يمنع الصحة و السكوت عنه لا يقدر، فهذا مانع إلا أن عدمه شرط.

وأيضاً فما جاز الإقدام معه لا يكون التصريح به مانعاً، كما لو شهدوا بالإستفاضة و بالسماع و بالظن في الفلوس و حصر الورثة و صرح بمستنده في الشهادة.

و قال بعض الشافعية: يقدر تصريح الشاهد بمستنده في ذلك، و ليس له وجه فإنما جوزة الشرع لا يكون النطق به منكراً و هذا مقتضى القواعد.

ثم قال بعد كلام: المسألة الثانية في بيان قولي: لا تكذبها العادة و الدعوي ثلاثة أقسام:

قسم: تصدقه العادة كدعوى القريب الوديعه، و قسم: تكذبه العادة، كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار في يد زيد، و هو حاضر يراه يهدم و يبني و يؤجر مع طول الزمان من غير وازع يزعه عن الطلب من رغبة أو رهبة فلا تسمع دعواه، لظهور كذبها، و السماع إنما هو لرفع الصدق، فإذا تعين الكذب عادة امتنع رفع الصدق.

و القسم الثالث: لم تقض العادة بصدقها و لا كذبها كدعوى المعاملة و يشترط فيها الخلطة، قوله: «طلب ما بذمة المعين».

القرافي: الذمة معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام و الالتزام و شرط ثبوته انتفاء الحجر انتهى، و قد مر تحقيق ذلك.

و طلب مبتدأ، و الخبر دعوى صحيحة، و المعين من قوله: «أو المعين» معطوف على ما بين نعت لثوب و معناه كثوب ظاهر، وأشار بظهوره إلى

تعيينه و مترتب هو ما ذكر، و ما واقعة على المعين، أو غير المعين أي أو مترتب عليه أخدهما، و معتبر من كلام القراني مخفوض نعت لأحد الثلاثة السابقة و عبارة القراني الآتية أبين.

قوله: «كمراًة و وارث» هما مثالان للمترتب عليه المعين، قوله: «إن اعتبر شرعا» ضمير اعتبر عائد على ما، أي إن اعتبر المطلوب المدعى فيه شرعا و هذا الكلام مؤخر في التقدير عن قوله دعوى صحيح أي طلب ما تقدم دعوى صحيحة إن اعتبر شرعا، و عدم جهلا - إلى آخره - .

قوله: «و إلا لا» أي و أن لا يعتبر شرعا فلا تصح الدعوى، فحذف الفاء من جواب الشرط لضرورة، كقول الشاعر.

من يفعل الحسنات الله يشكرها .....

و قوله: «و جهلا عدمه» جهلا منصوب على شريطه التفسير و المفسر معطوفا على اعتبار أي و ان اعتبر المدعي فيه شرعا و عدم جهلا عدمه، و طرر عليه المؤلف بخطه جملة حالية انتهى و عليه فتقدر قد، أي و قد عدم جهلا، و لم تكذب عادة، و هو معطوف على اعتبر و كذا قوله: «و حقا» أي مطلوب، قوله: «و فرض صح به تعلقا» يحتمل أن يكون رفع غرض بفعل محذوف يفسره ما بعده، و تكون الواو عاطفة على اعتبر يحتمل أن يرتفع على الإبتداء فتكون الواو للحال، و الظاهر أن هذا الشرط يغني عن قوله إن اعتبر شرعا، لكونه أشمل، و يتبين بكلام القاضي أي عبد الله المقري قال:

قاعدة: لا يعتبر الشرع من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح من جلب

مصلحة أو درء مفسدة، و لذلك لا يسمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة و لا يمكن المستأجر و نحوه من قلع ما لا قيمة له بعد القلع، و مقتضى هذه القاعدة أنه إذا عين صاعا من صبرة و باعه أنه لا تعين و إن قالت المالكية بتعيينه و لا العين لذتها و ان اختلفوا فيه.

و قال أيضا بعد: قاعدة: الدعوى الصحيحة طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب نفع معتبر شرعا بحيث لا تكذبه العادة كدعوى المرأة الطلاق فيترتب لها حوز نفسها والوارث أنه مات مسلما أو كافرا فيترتب له الميراث.

ص و كل ما ثبوته مقيّد بشهادي عدل فإن تجرد  
فلا يمين مطلقا.....

ش هذا كقول أبي عمرو بن الحاجب: و كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردهما، و لا ترد كقتل العمد، و النكاح و العتق، و النسب و الولاء و الرجعة.

ابن عبد السلام: هذا ظاهر لأنه بتقدير أن ينكل المدعى عليه و لا يتم الحكم عندنا بمجرد النكول بل لا بد مع ذلك من يمين المدعي، و قد تقدم أن نكول المدعى عليه مع يمين المدعي إنما يجري فيما يجري فيه الشاهد و اليمين.

قوله: «فإن تجرد فلا يمين مطلقا» أي فإن تتجرد الدعوى التي لا تثبت إلا بشاهدين عن الشهادة فلا يمين، فتجرد على حذف إحدى التائين، و يحتمل

أن يكون بضم التاء مبنيًا للمفعول فلا حذف، و ضبطه المؤلف بهما، و احترز بالشرط التجرد مما إذ اقترنت بشاهد واحد فإن اليمين تتوجه.

ابن الحاجب: و يطالب المشهود عليه بالشاهد في النكاح و الطلاق و العتاق بأن يقر أو يحلف فإن امتنع فالأخيرة أن يحبس لهما لا أن يحكم بالشهادة.

وقال ابن القاسم: يحبس سنة قال سحنون أبدا.

خليل: و مساواته النكاح لهذين خلاف معروف، نعم حكى ابن الهندي في وثائقه: قولان بوجوب اليمين في النكاح كما يجب في غيره، لأن نكاح أشبه بالبيوع، واستقرى أيضا مما لابن القاسم في الموازية، و مما في الواضحة من التوضيح و أصله لابن عبد السلام، و شمل إطلاق المؤلف دعوى جرح العمد على القول بأنه يثبت إلا بشاهدين.

ابن عبد السلام: و اختلف المذهب في توجه دعوى الجرح من غير بيان سببه فقليل: يحلف المدعى عليه و قيل: لا يحلف و إن بين المدعي لذلك سببا فقليل: يحلف المدعى عليه و قيل: يضرب، فإن أبى أن يحلف على القول بذلك فقليل: يسجن، و قيل: إن طال سجنه أدب إلا أن يكون مبرزا صح من شرحه.

ابن فرحون: و قاعدة المذهب في هذا - أي في تعلق اليمين بالدعوى - أن كل دعوى لو أقر بها المدعى عليه، لا تنفع المدعي بإقراره، فإن إذا لم يقر و أنكر تعلقت عليه اليمين على الجملة، ما لم يخرج ذلك أصلا من قواعد الشرع، مثل أن يطلب المحكوم عليه القاضي باليمين أنه ما جار عليه،



أو يطلب المشهود عليه يمين الشهود أنهم لم يكذبوا في شهادتهم فإن هذا لا يختلف في سقوط الدعوى، و كونها لا يلتفت اليها، لأنها تفسد قواعد الشرع في الأحكام و لا يشاء أحد أن يحط منزلة القاضي و الشهود إلا ادعى مثل ذلك حتى يؤدي ذلك إلى الوقوف عن القضاء و الشهادة، و أما تحليف القاضي للشهود فليس من هذا الباب و سيأتي ذكره في قسم السياسة.

مسألة: ويستثنى من هذه القاعدة أيضا دعوى المرأة على زوجها أنه طلقها و دعوى العبد على سيده أنه اعتقه فإن عندنا لا تتعلق اليمين بهذه الدعوى مجردة لأجل أن ذلك لو فتح فيه الباب لم تشأ امرأة أن تستحلف زوجها كل يوم مرارا إلا و فعلت و كذا العبد مع سيده، إذا ادعى عليه العتق فسقطت هذه الدعوى مع كونها مفيدة لو أقر بها المدعي عليه، لأجل ما يتخوف من تكريرها مضارة حصول الأذى للزواج و السادات انتهى.

وقاعدة المذهب التي ذكر أصلها للإمام المازري ونقلها عنه صاحب التوضيح على قول ابن الحاجب: و كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردا.

ص ..... نعم تجب إن نفي القيد و ما كان طلب مستوفيا شروط ما تقدم ما و مشبها كمن بسوق علم

ش فاعل تجب عائد إلى اليمين، و القيد المنفي كون الدعوى لا تثبت إلا بشاهدين و يعنى بالشروط المتقدمة شروط الدعوى الصحيحة.

القرافي: في الفرق السابع و الثلاثين و المائتين بين قاعدة من شرع إلزامه بالحلف و قاعدة من لا يلزمه الحلف: فالذي يلزمه الحلف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة مشبهة، فقولنا صحيحة احترازا من المجهولة أو غيره المحررة، و ما فات فيه شرط من الشروط المتقدمة في هذه القاعدة، قولنا مشبهة احترازا من التي يكذبها العرف، و قد تقدم أن الدعوى ثلاثة أقسام ما يكذبها العرف، و ما يشهد لها و ما لم يتعرض لتكذيبها و لا تصديقها.

فما شهد لها كدعوى سلعة معينة بيد رجل، أو دعوى غريب وديعة عند جاره، أو مسافر أنه أودع أحد رفقائه، و كالدعوى على الصباغ المنتصب أنه دفع إليه متاعا ليصبغه، أو على أهل السوق المنتصبين للبيع أنه اشترى من أحدهم، أو يوصي في مرض موته أن له دينا عند رجل، فيشرع التحليف ها هنا بغير شرط و تتفق الأئمة فيها و التي شهد بأنها غير مشبهة و هي كالدعوى دين ليس على من تقدم فلا يستحلف إلا بإثبات خلطة انتهى. قوله: «علما» صلة من أي كمن علم يسوق.

|   |                          |                          |
|---|--------------------------|--------------------------|
| ص | و الحكم و الثبوت شئ اتحد | و قيل غير أن نعم هذا أسد |
|   | و خصص الكل كما قد عمما   | نهوض حجة ثبوت رسمما      |
|   | و الحكم إنشاء كلام قررا  | في النضس إلزاما.....     |

ش القرافي: في الفرق الخامس و العشرين و المائتين بين قاعدة الحكم و قاعدة الثبوت: اختلف فيهما، هل هما بمعنى و احد أو الثبوت غير الحكم و العجب أن الثبوت يوجد في العبادات و المواطن التي لا حكم فيها بالضرورة إجماعا فيثبت هلال شوال و هلال رمضان و تثبت طهارة

المياه و نجاستها، و يثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع، و التحليل بسبب العقد، و مع ذلك لا يكون شئ من ذلك حكما، و إذا وجد الثبوت بدون الحكم كان أعم من الحكم و الأعم من الشئ غيره بالضرورة، ثم الذي يفهم من الثبوت نهوض الحجة كالبينة و غيرها، السالمة عن المطاعن فمتى و جد شئ من ذلك يقال في عرف الاستعمال ثبت عند القاضي ذلك، و على هذا التقدير يوجد الحكم بدون الثبوت أيضا كالحكم بالاجتهاد فيكون كل واحد منهما أعم من الآخر و أخص من وجه، ثم ثبوت الحجة مغاير للكلام النفساني الإنشائي الذي هو الحكم، فيكونان غيرين بالضرورة و يكون الثبوت نهوض الحجة، و الحكم إنشاء كلام في النفس هو إلزام و الحكم يترتب على هذا الثبوت، و هذا فرق آخر من جهة أن الثبوت يجب تقديمه على الحكم، و من قال بأن الثبوت هو الحكم لم يتحقق له معنى ما هو.

قوله: «نعم هذا أسد» أي القول بأنهما غير أن أسد من لقول بالإتحاد.

قوله: «و خصص الكل كما قد عمما» أي جعل كل واحد من الحكم و الثبوت أخص من الآخر و أعم بمعنى أن بينهما عموما و خصوصا من وجه.

قوله: «نهوض حجة ثبوت رسما» أي الثبوت رسم، أي عرف بنهوض الحجة فانتصب نهوض بعد إسقاط الخافض.

قوله: «و الحكم إنشاء كلام قرارا في النفس إلزاما» نصب إلزاما على الحال من ضمير قرر، و هذا كقول القراني: و الحكم إنشاء كلام في النفس هو إلزام.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الفتيا إخبار عن حكم الله تعالى فهو كالمترجم، و الحكم إنشاء له، فهو كالنائب، فمن ثم لا تلزم الفتيا من لا يعتقدونها كالإمام الشافعي يثبت الهلال بواحد و يبرح به، فلا يلزم المالكي الصوم بذلك و يلزمه الحكم مطلقا، و من ثم قيل: الحكم هو الثبوت، فهما غيران مطلقا انتهى.

وقال ابن عبد السلام: و لا يكون قول القاضي ثبت عندي حكما منه، بمقتضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه، و إنما أوجب هذا البيان أن بعض من ينتهي إلى علم الأصول من اهل القيروان غلط في ذلك، فألف الإمام المازري جزءا في الرد عليه و جلب عليه نصوص المذهب و المسألة جلية لا تحتاج إلى بيان.

الشيخ ابن عرفة: و أنا أذكر لبابه مختصرا - أي لباب الجزء - فإنه تفريق فيه بخطابات أدبية لا يحتاج لذكرها هنا.

قال: حدث سؤال أفيت فيه و جميع من يستفتي بالمهدية بجواب واحد، و على أن ما خالفه باطل فاسد، فظن بعض من نشأ ممن ينسب للفقهاء أنه خفى شأنه و أخمله زمانه، فأراد أن يعلم اخوانه بمخالفته إيانا، محله و مكانه و لا بد من ذكر السؤال بنصه، و إيضاح مكنونه و كشفه.

و هو: أن بعض القضاة أنفذ كتابا لقاض، ذكر فيه: و ثبت لدى أن فلانا و فلانا اشتريا من فلان في عقد واحد كذا و كذا سهما بثمن سماء، ثم ذكر بعد ذلك هذا و ما يتعلق به فسألني الحامل لهذا الكتاب إنهاء جميع ذلك

للقاضي ليفعل فيه موجهه، فاتفق رأي الجماعة الذين استرشدوا فيه على أنه لا يوجب نقل ملك البائع فتتعلق به الأحكام التابعة لنقل الملك من الشفعة وغيرها، وعن تعلق الشفعة وقع الكلام، والدليل أن هذا الكتاب لا يوجب على الشريك أخذا للشفعة أو تركها أنها لا تجب إلا بعد إنتقال الملك، لأن بيع الخيار لا تجب فيه الشفعة ما لم يثبت، و الملك قد انتقل فيه على أحد القولين عندنا، و الملك لا يثبت انتقاله إلا إذا اعترف به المتعاقدان، أو حكم به عليهما عند الإنكار، و هذا الكتاب لم يذكر فيه إعراف البائع بالبيع، و لا صرح من بعثه بأنه حكم بالبيع و قضى به، بل أورد لفظا محتملا للحكم و لما سواه، و لا تلزم القضايا و الأحكام بلفظ فيه إشكال و إبهام، و هذا مما لا يختلف فيه أحد من ذوي الأفهام، و اللفظ الذي أشرنا اليه بإحتمال هو قول القاضي: و تبث عندي أن فلانا إشتري من فلان، و قوله: تبث عندي لفظ يتردد بين تبوث حكم و قضية، و بين إستماع لما أتبثه من بينة زكية دون إيقاع حكم، و ابرام قضية فإن تعسف متعسف و رأى أن التبوث نص في القضايا و الأحكام، قيل له: إنما يتحاكم في هذا لأهل اللسان، و أرباب البيان، و ووجدنا أهل اللسان يقولون تبث عندنا موت الخليفة و خصب أرض كذا، و تبث عندنا ظلم فلان و عداوته الى غير ذلك مما علموه بالخبر عنه و تلقوه بالقبول من أفواه العدول مما لا يصح أن ينتصب له الحكم و تطلب فيه القضايا و الأحكام، و جملة الأمر أن المعنى بالثبوت لغة حصول الأمر و تحققه ولهذا حد بعض المتكلمين العلم بأنه إثبات المعلوم على ما هو به، و إن كان هذا الحد مرغوبا عنه عندنا و الروايات مسطورة بصحة ما قلناه .

قال أشهب: إذا كتب قاض إلى قاض بأمر مختلف فيه و المكتوب اليه لا يرى

ذلك الرأي فإن كتب إليه أنه حكم بما في كتابه و أنفذه جاز ذلك، و أنفذه، هذا و إن لم يكن قطع فيه الحكم، و إنما كتب بما ثبت عنده للخصم فلا ينبغي له أن يعمل برأي الكاتب، و مثله لابن الحبيب عن الأخوين.

و في الموازية يجب إنفاذ ما في كتاب القاضي إن كان فيه إني قضيت لفلان عن فلان، و إن لم يكن في الكتاب الفراغ من الحكم فعلى المكتوب إليه أن يتم الحكم و لا يستأنفه.

ابن عرفة مسألة النزاع بين المازري و منازعه مبنية على تحقيق أمرين:

أحدهما: أن فاعل تبث في كتاب القاضي لقاض آخر بلفظ ثبت كذا هل هي بمنزلة المقضي به عنده أم لا؟ و الحق أنه مختلف فيه على قولين:

أحدهما: أنه ليس كالمقضي به و ظاهر قول ابن رشد حيث قال في ما قدمناه عنه في مسألة تسمية القاضي في كتابه من شهد عنده ما نصه: لأن كتاب القاضي بما ثبت عنده على رجل في بلد المكتوب إليه ليس بحكم على غائب.

و الثاني: أنه كالمقضي به و هو فهم ابن رشد المذهب حيث قال: إن كتب بثبوت شهادة بينة فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم، و إن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم إلى آخر... كلامه المتقدم.

و لفظ المازري الذي نقلناه عنه من شرح التلقين نص في أنه مختلف فيه بين العلماء.

و لم يصرح فيه عن المذهب بشئ، و نقل الشيخ عن أشهب: يقتضي أنه ليس كالمقتضي به.

الأمر الثاني: هو أن المسمى اشترى هل يقتضي ثبوت ملك المشتري، مفعول اشترى و هو المشتري أملى فالمازري و من ذكر أنه وافقه على فتواه من فقهاء المهديّة يقول إنه لا يقتضي ملكه، و خصمه يقول: يقتضي ملكه ابن عرفة: وهذا هو مقتضى ألفاظ المدونة عندي، منها قولها - إلى آخره - و بفهم كلامه في المسألة تتحرر و ينجلي تحقيقها.

|                          |                            |                 |
|--------------------------|----------------------------|-----------------|
| ص                        | .....                      | ..... وقد تأثرا |
| به تقاربست مداركه        | و باجتهاد تنجلي مسالكه     |                 |
| لأجل ما يصلح من دنيا وقد | اختص بالفتيا جميع ما ورد   |                 |
| من العبادات و ما قد منع  | منها و أسباب شروط جمعها    |                 |
| و ما للأخرة فيه اختلفا   | ورسمها أخبار من قد عرفا    |                 |
| بأنه أهل بحكم شرعا       | والحكم وهي في سواها اجتمعا |                 |
| وربما شاركها في ماذكر    | من الزكاة أيضا إن له افتقر |                 |

ش القراني: في الفرق الرابع و العشرين و المائتين بين قاعدة الفتوى و قاعدة الحكم: و ينبني على الفرق تمكين غيره من الحكم بغير ما قال في الفتيا في مواقع الخلاف بخلاف الحكم.

و اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة، بل الفتيا فقط فكل ما وجد فيها من الأخبار فهي فتيا فقط فليس للحاكم أن يحكم

بأن هذه الصلاة صحيحة و لا باطلة، و لا أن هذا الماء دون القلتين فيكون نجسا فيحرم على المالكي بعد ذلك استعماله بل يقال في ذلك إنما هو فتيا إن كانت مذهب السامعي عمل بها، و إلا فله تركها و العمل بمذهبه، و يلحق بالعبادات أسبابها فإذا شهد بهلال رمضان شاهد واحد فأثبتته حاكم شافعي، و نادى في المدينة بالصوم، و لا يلزم ذلك المالكي، لأن ذلك فتوى و ليس بحكم و كذلك إذا قال حاكم: قد ثبت عندي أن الدين يسقط الزكاة أو لا يسقطها، أو ملك النصاب من الحلبي المتخذ لإستعمال مباح سبب وجود الزكاة فيه، أو أنه لا يوجب الزكاة أو غير ذلك من أسباب الأضاحي و العقيقة، و الكفارات، و النذور، و نحوها من العبادات المختلف فيها، أو في أسبابها لا يلزم شئ من ذلك ما لا يعتقده، بل يتبع مذهبه في نفسه و لا يلزمه قول ذلك القائل لا في عبادة و لا في سببها، و لا شرطها و لا مانعها.

و بهذا يظهر أن الإمام لو قال: لا تقيموا الجمعة إلا بإذني لم يكن ذلك حكما و إن كانت مسألة مختلف فيها، هل تفتقر الجمعة إلى إذن السلطان أم لا ؟ و للناس أن يقيموها بغير إذن الإمام، إلا أن يكون ذلك صورة المشاقة، و خرق الولاية، و إظهار الفساد و المخالفة فممتنعة إقامتها بغير أمره، من أجل لأجل ذلك لا لأنه خلاف اتصل به حكم حاكم، و قد قال بعض الفقهاء، و ليس بصحيح، بل حكم الحاكم إنما يؤثر إذا أنشأه في مسألة الاجتهاد تتقارب فيها المدارك، لأجل مصلحة دنيوية، فاشتراط قيد الإنشاء احتراز من حكمه في مواقع الإجماع فإن ذلك إخبار و تنفيذ محض، و في مواقع الخلاف ينشئ حكما و هو إلزاما أحد القولين الذين قيل بهما في المسألة و يكون إنشائه إخبارا خاصا عن الله تعالى في تلك الصورة في ذلك



الباب، و جعل الله تعالى إنشائه في مواطن الخلاف قضاء ورد من قبله في خصوص تلك الصورة ، كما لو قضى في امرأة علق طلاقها قبل الملك بوقوع الطلاق فتناول هذه الصورة الدليل الدال على عدم لزوم الطلاق عند الشافعي وحكم الحاكم بالنقض، ولزوم الطلاق نص خاص يختص بهذه المرأة المعينة، وهو نص من قبل الله تعالى ، فإن الله تعالى جعل ذلك للحاكم رفعا للخصومات والمشاجرات، وهذا النص الوارد من هذا الحاكم أخص من ذلك الدليل فتقدم عليه، لأن القاعدة الأصولية أنه إذا تعارض الخاص و العام قدم الخاص على العام، فلذلك لا يرجع الشافعي يفتي بمقتضى دليله العام الشامل لجملة هذه القاعدة في هذه الصورة، منها لتناولها نص خاص منخرج لها عن مقتضى ذلك الدليل العام، و يفتي الشافعي بالعام في ما عدا هذه الصورة من هذه القاعدة.

و كذلك لو حكم الشافعي باستمرار الزوجية بينهما خرجت هذه الصورة عن دليل المالكي و أفتى فيها بلزوم النكاح و دوامه، و في غيرها بلزوم الطلاق، لأجل ما أنشأه الشافعي من الحكم تقديما للخاص على العام، فهذا هو معنى الإنشاء و قولي: في مسألة اجتهادية احترازا من مواقع الإجماع، فإن الحكم هنالك ثابت بالإجماع فتعذر فيه الإنشاء لتعيينه و ثبوته إجماعا.

و قولي: تتقارب مداركها احترازا من الخلاف الشاذ على المدرك الضعيف و قولنا: لأجل مصالح الدنيا احتراز من العبادات، و الفتوى بتحريم السباع و طهارة الأواني و غير ذلك مما يكون اختلاف المجتهدين فيه لا للدنيا بل للأخرة بخلاف المنازعة في العقود و الأملاك و رهون و الأوقاف و نحوها إنما ذلك لمصالح الدنيا و بهذا يظهر أن الأحكام الشرعية قسمان :

منها: ما يقبل حكم الحاكم مع الفتيا فيجتمع الحكمان، ومنها: ما لا يقبل إلا الفتيا، و يظهر لك بهذا أيضا تصرف رسول الله ﷺ، إذا وقع هل هو من باب الفتوى، أو من باب القضاء، و الإنشاء.

و أيضا يظهر أن أخبار الحاكم عن نصاب اختلف فيه أنه يوجب الزكاة فتوى، و أما أخذه للزكاة في مواطن الخلاف فحكم و فتوى من حيث إنه تنازع بين الفقراء و الأغنياء في المال الذي هو مصلحة دنيوية.

و كذلك إن تصرف السعاة و الجباة أحكام لا ينقضها و إن كانت الفتيا عندنا على خلافها، و يصير حينئذ مذهبنا.

و يظهر بهذا التقرير سر قول الفقهاء: إن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا ينقض و أنه يرجع إلى القاعدة الأصولية، و تصير هذه الصورة مستثناة من تلك الأدلة العامة كما تستثنى المصراة و العرايا و المساقاة و غيرها من المستثنيات.

و يظهر بهذا أن التعزيزات من الأحكام ليست أحكاما فتبقى الصورة قابلة لحكم جميع تلك الأقوال المنقولة فيها.

ثم قال بعد كلام: فظهر أيضا من هذه الفتاوى و المباحثات أن الفتوى و الحكم كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى، و يجب على السامع اعتقادهما، و كلاهما يلزم المكلف من حيث الجملة، لكن الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة و الحكم إجبار و معناه الإنشاء و الإلزام من قبل الله تعالى.

و بيان ذلك بالتمثيل :

إن المفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي ينقل ما وجدته عن القاضي و استفاده عنه بإشارة أو عبارة أو فعل أو تقرير أو ترك .

و الحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم ينشئ الأحكام و الإلزام بين الخصوم ، و ليس بناقل ذلك عن مستنبيهه ، قال له : أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكمي فكلاهما موافق للقاضي و مطيع له و ساع في تنفيذ مراده ، غير أن أحدهما ينشئ و الآخر ينقل نقلا محضا من غير اجتهاد له في الإنشاء ، كذلك المفتي و الحاكم كلاهما مطيع لله تعالى ناقل لحكمه غير أن الحاكم منشئ و المفتي مخبر محض انتهى .

و قد اعترض الإمام أبو القاسم ابن الشاط كثيرا من كلامه في هذا الفرق ، و قال لا أشد فسادا من كلامه في هذا الفصل ، فقال في كلامه : لا يلزم ذلك المالكى لأن ذلك ليس بحكم ، فيما قاله في ذلك نظر ، إذ لقائل أن يقول : و هو حكم يلزم جميع أهل ذلك البلد .

و قال في قوله : و كذلك إذا قال حاكم ثبت عندي أن الدين يسقط الزكاة - إلى قوله - : لا في عبادة و لا في سببها ، و لا شرطها و لا ما معها ، لقائل ان يقول : إنه يلزم غير ذلك الحاكم ممن يخالف مذهبه مذهبه ما ينبني على ذلك الثبوت ، كما إذا ثبت عنده أن الدين لا يسقط الزكاة ، و أراد أخذها ممن يخالف مذهبه مذهبه أنه لا يسوغ له الإمتناع من دفعها له و كذلك ما أشبه ذلك .

و كذلك على قوله: و قد قاله بعض الفقهاء، و ليس بصحيح، بل هو صحيح كما قال ذلك الفقيه، لأنه حكم حاكم اتصل بأمر مختلف فيه فتعين الوقوف عند حكمه.

و قال على قوله: فاشتراط قيد الإنشاء احترازاً من حكمه في مواقع الإجماع فإن ذلك إخبار و تنفيذ محض ليس ما قاله من أنه إخبار، صحيح، بل هو تنفيذ محض و هو الحكم بعينه إذ لا معنى للحكم إلا التنفيذ، و ما يوضح ذلك أنه لو أن حاكماً ثبت عنده بوجه الثبوت أن لزيد عند عمرو مائة دينار فأمره أن يعطيه إياها أن ذلك الأمر لا يصح بوجه أن يكون إخباراً و هذا الموضع و ما أشبهه من مواقع الإجماع فلا يصح، قوله إن مواقع الإجماع لا يدخلها الحكم بل الإخبار بوجه أصلاً و قال على قوله أثر الكلام السابق: و في مواقع الخلاف ينشئ حكماً و هو إلزاماً أحد القولين اللذين قيل بهما في المسألة، إلزامه أحد القولين هو تنفيذ الحكم و إمضاؤه بعينه.

و قال على قوله: ويكون إنشاؤه إخباراً خاصاً عن الله تعالى في تلك الصورة في ذلك الباب وكيف يكون إنشاء و يكون مع ذلك خبراً و قد تقدم له الفرق بين الإنشاء والخبر، هذا ما لا يصح بوجه.

و قال على قوله: و جعل الله إنشاؤه في مواطن الخلاف نصاً ورد من قبله في خصوص تلك الصورة - إلى قوله - فهذا هو معنى الإنشاء، و لا كلام أشد فساداً من كلامه في هذا الفصل و كيف يكون إنشاء الحاكم الحكم في مواقع الخلاف نصاً خاصاً من قبل الله تعالى، و قد قال النبي ﷺ: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر" و كيف يصح

الخطأ فيما فيه النص من قبل الله تعالى ، هذا كلام بين الخطأ لا شك فيه ، وما تخيل هو أو غيره لا يصح ، و لا حاجة اليه و إنما تعين في القضية المعينة أحد القولين ، أو الأقوال إذا اتصل به حكم الحاكم ، لما في ذلك من المصلحة في نفوذ الحكم و ثباته ، و لما فيه من المفسدة لو لم ينفذ ، لا لما قاله من أنه إنشاء من الحاكم موضوع كنص خاص من قبل الله تعالى و هو أعلم .

و قال على قوله : فإن الحكم هنالك ثابت بالإجماع فتعذر فيه الإنشاء لتعينه و ثبوته إجماعاً : هذا كلام ساقط أيضاً ، كما أن الحكم في مواقع الإجماع ثابت بالإجماع فالحكم في مواقع الخلاف ثابت بالخلاف فعلى القول بالتصويب كلاهما حق و حكم الله تعالى .

و على القول بعدم التصويب أحدهما حق و حكم الله تعالى ، و لكن ثبت العذر للمكلف في ذلك ، و ما أوقعه فيما وقع فيه إلا الاشتراك الذي في لفظ الحكم فإنه يقال الحكم في الطلاق المعلق على النكاح لزوم للمقتد المالكى ، و يقال الحكم الذي حكم به الحاكم الفلاني على فلان معلق للطلاق لزوم الطلاق و المراد بالحكم الأول لزوم الطلاق لكل معلق للطلاق مالكي أو مقيد المالكى و المراد بالحكم الثاني لزوم الطلاق بإلزام الحاكم المحكوم عليه من مالكي أو غير مالكي و الله تعالى أعلم .

ذو قال على قوله : و يصير حينئذ مذهبنا ، لا يصير مذهبنا و لكننا لا ننقضها لمصلحة الأحكام .

قال على قوله : و إنه يرجع إلى القاعدة الأصولية : لا رجوع للقاعدة

الأصولية إن كان يعني قاعدة الخاص و العام، و لكن يرجع الى قاعدة فقهية و هي: أن الحكم إذا أنفذ على مذهب ما لا ينقض لا يرد، و ذلك لمصلحة الأحكام و رفع التشاجر و الخصام.

و قال أيضا على قوله: فظهر أيضا من هذه الفتاوى و المباحث أن الفتوى و الحكم كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى - الى قوله - من قبل الله تعالى، قال: كيف يكون الإخبار إنشاء، و قد فرق هو في أول كتابه بينهما، و كيف يكون الحكم إلزاما من قبل الله تعالى وهو ممكن الخطأ على ما نص عليه النبي ﷺ في الحديث الذي تقدم ذكره، هذا ما لا يصح.

و قال على قوله: و بيان ذلك بالتمثيل - إلى قوله - كنائب الحاكم ينشئ الأحكام و الإلزام بين الخصوم، ما قاله صحيح و ما مثل به كذلك، ان كان يريد بالإ إنشاء التنفيذ، و الإضاء لما كان قبل الحكم فتوى و إلا فلا صح من إدرار الشروق على أنواع الفروق.

أبو عمرو بن الحاجب: و نقل الاملاك و فسخ العقود و شبهه واضح أنه حكم، و فتواه في واقعة واضح أنه ليس بحكم و تأثر مطاوع أثر و في مثل تقرير النكاح بلا ولي رفع إليه فأقره، قال ابن القاسم: حكم، و قال ابن الماجشون: ليس بحكم فلو قال: لا أجيزه و لم افسخه ففتيا.

و قوله: "و قد تأثرا به الذي تقاربت مداركه و باجتهاد تنجلي مسالكه لأجل ما يصلح من دنيا".

هذا كقول القرافي: حكم الحاكم إنما يؤثر إذا أنشأه في مسألة اجتهاد تتقارب

فيها المدارك لأجل مصلحة دنيوية.

قوله: "جمعا" هو توكيد للعبادات و ما عطف عليه.

قوله: "وما للأخرة فيه اختلفا" و مما اختلف فيه للأخرة لا للدنيا، و ما هذه عطف على ورد أو على العبادات، ثم هو عطف عام على خاص، لأنه يشمل العبادات و غيرها، كتحریم السباع.

قوله: "و رسمها أخبار من قد عرفا بأنه أهل بحكم شرعا" أي ورسم الفتيا، و بأنه يتعلق بعرف أي عرف بأنه أهل للفتيا، و بحكم يتعلق بإخبار.

و في المدونة: لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أهلا للفتيا.

قال سحنون: الناس هنا العلماء.

و قال ابن هرمز: و يرى هو نفسه أهلا لذلك.

ابن عرفة: وقع هذا في رسم الشجرة تطعم بطنين من جامع العتبية لأبن هرمز فيما ذكره مالك عنه و ليس فيه و يرى هو نفسه أهلا لذلك.

قال ابن رشد: زاد في هذه الحكاية في كتاب الأفضية من المدونة و رأيت نفسك أهلا لذلك، و هي زيادة حسنة، لأنه أعرف بنفسه، و ذلك أن يعلم من نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد، و ذلك علمه بالقران و ناسخه و منسوخه و مفصله من مجمله و عامه من خاصه، و بالسنة مميزا بين صحيحها و سقيمها، عالما بأقوال العلماء و ما اتفقوا عليه و ما اختلفوا

فيه عالما بوجود القياس ووضع الأدلة مواضعهما وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام.

وفي نوازل ابن رشد سئل عن من قرأ الكتب المستعملة مثل المدونة والعتبية دون رواية أو الكتب المتأخرة التي لا توجد فيها رواية هل يستفتي وإن أفتى، وقد قرأها دون رواية هل تجوز شهادته أم لا؟ فأجاب: من قرأ هذه الكتب وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معناها وأصول مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع - وذكرنا ما نقلناه عنه في البيان - قال: هذا يجوز له أن يفتي فيما ينزل ولا نص فيه باجتهاده، قال: ومن لم يلحق هذه الدرجة لم يصح أن يستفتي في المجتهدات التي لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتي برأيه في شيء منها إلا أن يعلم برواية عن عالم فيقلد فيما يخبر به، وإن كان فيها اختلاف أخبر بالذي ترجح عنده أن كان ممن له، فهم ومعرفة بالترجيح.

ابن عرفة: هذا حال كثير ممن أدركنا وأخبرنا عنه أنهم كانوا يفتون ولا قراءة لهم في العربية فضلا عما سواها من أصول الفقه.

وقال القرافي: ما حاصله، لمن حفظ روايات المذهب وعلم مطلقها ومقيدتها وتمامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه منها، وما ليس محفوظا له منها لا يجوز له تخريجه على محفوظه منها إلا إن حصل علم أصول الفقه وكتاب القياس وأقسامه وترجيحاته وشرائطه وموانعه، وإلا حرم عليه التخريج.

قال: وكثير من الناس يقدمون على التخريج دون هذه الشرائط بل صار يفتي من لم يحط بالتقيدات ولا التخصيصات من منقول إمامه، وذلك لعب



و فسق، و شرط التخريج على قول إمامه أن يكون القول المخرج عليه ليس مخالفا لإجماع و لا نص و لا قياس جلي، لأن القياس عليه حينئذ معصية، و قول إمامه ذلك غير معصية، لأنه باجتهاد و أخطأ فيه مجملا فلا يأتى و تحصيل حفظ القواعد الشرعية إنما هو بالمبالغة في تحصيل مسائل الفقه بأصولها و أصول الفقه لا يفيد ذلك، و لذا ألفت هذا الكتاب المسمى بالقواعد.

ابن عرفة قوله: ليس مخالفا لنص و لا اجماع، أما الإجماع فمسلم، و أما النص فليس كذلك، لنص مالك في كتاب الجامع من العتبية و غيره على مخالفته نص الحديث الصحيح، اذا كان العمل يخالفه.

المازري: و من يفتي في هذا الزمان أقل حاله أن يكون مطلعاً على روايات المذهب، و تأويل الأشياخ و توجيههم ما اختلفت ظواهر بعضها مع بعض و تشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق الفهم تباعدها الى غير ذلك مما بسطه الأشياخ فهذا لعدم المجتهد يقتصر على نقله.

واختلف أصحاب الشافعي في جواز إفتاء المفتي اذا كان مجتهداً في مذهب امام و بجوازه اخذ القفال و هو مبني على جواز تقليد الميت، و فيه خلاف بين الأصوليين.

ابن عرفة: في هذا الإجراء نظر و الأقرب فهمه على أن جواز تقليد الميت يمنع إفتاء المجتهد الخاص و منعه يجيزه خوف التعطيل انتهى.

و قد ذكر ابن الحاجب في إفتاء من ليس بمجتهد أربعة أقوال المختار منها

عنده أنه إن كان متطلعا على مآخذ الأحكام أهلا للنظر كان جائزا وإلا فلا.  
وقيل: إنما يجوز الإفتاء بمذهب المجتهد عند عدم المجتهد وأما مع وجوده  
فلا.

وقيل: يجوز مطلقا واستغريهما معا الشارح العلامة الشيرازي.

وقال: ما ظفرت به في شيء من الكتب قال: وكذا القول بالجواز مطلقا  
إنما جوز من جوز بشرط الإطلاع كما اختاره المصنف أو بشرط أن يثبت  
عنده مذهب ذلك المجتهد بنقل من يثق بقوله، وقيل: لا يجوز مطلقا، وهو  
مذهب أبي الحسين بن الحاجب.

لنا وقوع ذلك وما ينكر وأنكر من غيره أي أنكر الإفتاء من غير من له  
الإطلاع على المآخذ وأهلية النظر، وليس الكلام في نقل غير المجتهد إذا  
كان عدلا أنه قال مالك كذا، وقال الشافعي كذا، فإن هذا لا نزاع في جوازه  
إنما النزاع فيما هو المتعارف من الإفتاء في المذهب لا بطريق نقل كلام الإمام،  
بل بأن يقول مثلا مذهب مالك والشافعي في هذه المسألة كذا.

قوله: «و الحكم و هي في سواها اجتماعا» أي و الحكم و الفتيا اجتماعا  
في سوى العبادات و أسبابها و شروطها و موانعها، وما اختلف فيه للأخرة.

قوله: «و ربما شاركها فيما ذكر من الزكاة أيضا ان له افتقر» منصوب  
شاركها يعود على الفتيا و ضمير له يعود على الحكم، و جعل الزكاة مذكورة  
لدخولها في العبادات أي و ربما شارك الحكم الفتيا في الزكاة إذا افتقر له،

و يقع في بعض النسخ عوض هذا البيت:

وفي الزكاة اشتركا إذا بدا من الغنى أو من الغير اعتدا

و هذا أوضح، ثم هو إشارة إلى قول القرافي.

وأما أخذه للزكاة في مواطن الخلاف - إلى قوله - و يظهر بهذا التقرير، و الغير أي غير الغنى أي إذا بدا من الغنى اعتداء على الفقير أو بالعكس بتنازعهما في المال، و هذا بناء على قول المخطئة فالحاكم يأخذ الزكاة من الغنى إن صادف حكم الله فالغنى هو الذي اعتدى على الفقير في منازعته و امتناعه من دفع الزكاة له، و إن أخطأه و لم يصبه فالفقير هو الذي اعتدى على الغني في أخذه ماله من غير موجب، إلا أن هذا اعتداء يحسب ما في نفس الأمر و إلا فكل منهما معذور و لا إثم عليه في التقديرين.

|   |                            |                         |
|---|----------------------------|-------------------------|
| ص | و كل ما تعين الحق به       | و لا يؤدي أخذه لعيبه    |
|   | لفتنة أو لفساد سمعا        | مما على ثبوته قد أجمعا  |
|   | فليس يحتاج لحاكم بلا       | أضداد ما ذكر كالذ نقلا  |
|   | مما للاجتهاد و التحرير     | يحتاج كالانفلاق للتقدير |
|   | أو ما يؤدي لخيانة و ما إلى | فساد العرض او خوف الدما |

ش القرافي: في الفرق الثالث و الثلاثين و المائتين بين قاعدة ما يحتاج للدعوى، و بين قاعدة ما لا يحتاج إليها و تلخيص الفرق أن كل أمر مجمع على ثبوته و تعين الحق فيه و لا يؤدي أخذه لفتنة و لا تشاجر و لا فساد

عضو أو عرض فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم فمتى وجد المغصوب أو عين سلعته التي اشتراها أو ورثها، و لا يخاف من أخذها ضررا فله أخذها، و ما يحتاج للحاكم خمسة أنواع:

النوع الأول: المختلف فيه هل هو ثابت أم لا، فلا بد من الرفع فيه للحاكم في بعض مسائله دون بعض كاستحقاق الغرماء لرد عتق المديان، و تبرعاته قبل الحجر عليه، فإن الشافعي لا يثبت لهم حقائق ذلك ومالك يشبهه فيحتاج إلى قضاء الحاكم.

و قد لا يفتقر هذا النوع للحاكم كمن وهب له متاع في عقار أو غيره أو اشترى مبيعا على الصفة أو أسلم في حيوان أو نحو ذلك، فإن المستحق المعتقد لصحة هذه الأسباب يتناول هذه الامور من غير حاكم و هو كثير، و المفتقر منه للحاكم قليل، و في الفرق بين ما يفتقر من هذا النوع و بين ما لا يفتقر عموم.

النوع الثاني: ما يحتاج للاجتهد و التحرير، فإنه يفتقر للحاكم كتقويم الرقاق في اعتقال البعض على المعتق، و تقدير النفقات للزوجات و الأقارب، و الطلاق على المولى بعدم الفيئة، فإن فيه تحرير عدم فيئه، و المعسر بالنفقة لأنه مختلف فيه فمنعه الحنفية و لأنه يفتقر لتحرير إعساره و تقريره و ما مقدار الإعسار الذي يطلق به فإنه مختلف فيه، فعند مالك - رحمه الله - لا يطلق بالعجز عن أصل النفقة و الكسوة اللتين يفرضان بل بالعجز من الضروري المقيم للبيئة و إن كنا لا نفرضه ابتداء.

النوع الثالث: ما يؤدي أخذه للفتنة كالقصاص في النفس، و الأعضاء يرفع

ذلك للأئمة لثلا يقع بسبب تناوله تمناع و قتل و فتنة أعظم من الأولى ، و كذلك التعزير ، و فيه أيضا الحاجة للاجتهاد في مقداره بخلاف الحدود في الحدود .

النوع الرابع : ما يؤدي إلى فساد العرض وسوء العاقبة ، كمن ظفر بالعين المغصوبة المشتراة ، أو الموروثة ، لكن يخاف من أخذها أن ينسب إلى السرقة فلا يأخذ بنفسه و يرفعه للحاكم دفعا لهذه المفسدة .

النوع الخامس : ما يؤدي إلى خيانة الأمانة إذا أودع عندك من لك عنده حق عجزت عن أخذه لعدم اعترافه و عدم البينة عليه ، فهل لك جحده ، وديعته إذا كانت قدر حقتك من جنسه أو من غير جنسه ، منعه مالك لقوله عليه السلام : «أد الأمانة إلى من أئتمنك و لا تخن من خانك» .

و أجازته الشافعي لقول رسول الله ﷺ لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان لما شكت إليه أنه بخيل لا يعطيها وولدها ما يكفيهم فقال لها عليه السلام : "خذي لك ولولئك ما يكفيك بالمعروف" .

و منشأ الخلاف هل هذا القول منه عليه السلام فتيا ، فيصح ما قاله الشافعي أو قضاه فيصح ما قاله مالك ، و منهم من فصل بين ظفرك بجنس حقتك فلك أخذه و غير جنسه فليس لك أخذه فهذا تلخيص الفرق بين هاتين القاعدتين انتهى .

قال القاضي أبو عبد الله المقري : قاعدة : كل ما يفتقر إلى فحص و تلخيص و تختلف فيه الأحوال فلا يقع إلا بحكم حاكم و لا يكفي فيه وجود سببه

و إلا كفى فطلاق المعسر إلى تحقق الإعسار، و تقدم الدين، و من حلف ليضربن عبده ضربا مبرحا يحتاج في العتق عليه إلى أن ذلك مما يباح أو يحرم، و هل جناية العبد مبيحة له أم لا ؟ أما إن استغنى عن التلخيص فإنه يكتفى بالسبب ليكون ذلك أقطع للخصومات.

قاعدة: كل ما فيه خلاف قوي فلا يقع إلا بالحكم كالإعتاق على الشريك و اختلفت الرواية عن مالك في كونه به أو بالسراية، فإن ضعف الخلاف اكتفى بالسبب.

قوله: «و كل ما تعين الحق به» أي فيه قوله: «و لا يؤدي أخذه لعيبه» أضاف العيب للمأخوذ لأن أخذه سبب عيب الأخذ و بالإضافة تسوغ بأدنى ملابسة و يحتمل - على بعد - أن يكون ضمير أخذه عائدا إلى الأخذ، فإنه يرجع ضمير عيبه، و لا إشكال حينئذ.

قوله: «الفتنة» هو بدل من عيبه، أي و لا يؤدي أخذه لفتنة أو لفساد مسموع أي معتبر مقبول كفساد العرض أو العضو.

قوله: «مما على ثبوته قد أجمعا» أي حال كون هذا الذي تعين الحق به مما قد أجمع على ثبوت حكمه احترازا من المختلف فيه، قوله: «فليس يحتاج لحاكم» هو خبر كل و قرنه بإلغاء لشبهه بالشرط في العموم و الإبهام كقولهم الذي يأتيني فله درهم.

قوله: «بلى أضداد ما ذكر» أي بل يحتاج له أضداد ما ذكر و الأضداد خمسة مثل منها بما عدا الأول وهو مختلف فيه، لأنه لا يتحتم الرفع فيه للحاكم بل قد يستغني عن الرفع في بعض مسائله كما مر.

قوله: «مما للاجتهد و التحرير يحتاج» أي كالذي نقل مما يحتاج للاجتهد و التحرير و هذا النوع الثاني من كلام القرافي.

قوله: «أو يؤدي لخيانة» هذا النوع الخامس وما معطوف على ما من قوله: «مما للاجتهد».

قوله: «و ما إلى فساد العرض» أي و ما يؤدي إلى فساد العرض و هذا النوع الرابع قوله: «أو خوف الدماء» أتى ما يؤدي إلى خوف الدماء، و هذا النوع الثالث.

ابن الحاجب: و من قدر استرجاع عين حقه بيد أمنا من فتنة أو نسبة إلى رذيلة جاز له، فأما في العقوبة فلا بد من الحاكم، و أما من قدر على غيره فثالثهما: إن كان من جنسه جاز، و عليه الخلاف في إنكار من عليه شيء لمن أنكره غيره.

و قال في الوديعة: و إذا استودعه من ظلمه بمثلها، فثالثهما الكراهة، و رابعهما الإستحباب.

قال الباجي: و الأظهر الإباحة لحديث هند.

من مستند الشهادة العلم نعم مدركه عقل ونقل و تضم

|                            |                           |
|----------------------------|---------------------------|
| ذوات حس لهما ومستبدل       | قد يكتفي بالظن والسمع نقل |
| عزل و جرح سفه و كفر        | ثم نكاح ضدها و ضر         |
| كهبة و صيبة و انضاق        | ولادة حرا بة و اعتاق      |
| خلع رضاع نسب و اسر         | قسم قسامة و لوث يسر       |
| اباق أو حمل و تفليس و لا   | جرح نيابة و إقرار جلا     |
| وقف و تنفيذ و موت و ابتياع | تصرف ارث تصح بالسمع       |

شي القراني في الفرق السادس والعشرين والمائتين بين قاعدة ما يصح أن يكون مستندا في التحمل و بين قاعدة ما لا يصح أن يكون.

قال صاحب المقدمات: كل من علم شيئا بوجه من الوجوه الموجبة للعلم شهد به فلذلك صحت شهادة هذه الأمة لنوح عليه السلام و لغيره على أئمتهم بأخبار رسول الله ﷺ عن ذلك، و صحت شهادة خزيمه و لم يحضر شراء الفرس، و مدرك العلم أربعة العقل و احدى الحواس الخمس و النقل المتواتر، و الاستدلال فتجوز الشهادة بما علم بأحد هذه الوجوه و شهادة خزيمه كانت بالنظر و الاستدلال، و مثله شهادة ابي هريرة أن رجلا قاء خمرا فقال له عمر: تشهد أنه شربها قال: أشهد أنه قاءها، فقال عمر رضي الله عنه، ما هذا التعمق فلا و ربك ما قاءها حتى شربها.

و منها شهادة الطبيب يقدم العيب، و الشهادة بالتواتر كالنسب و ولاية القاضي و عزله، و ضرر الزوجين، و الأصل في الشهادة العلم و اليقين لقوله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ و قوله: ﴿و ما شهدنا إلا بما علمنا﴾.



وقوله عليه السلام: «على مثل هذا فاشهد» أي على مثل الشمس، فهذا ضابط ما يجوز التحمل في الشهادة به، وقد يجوز بالظن و السماع، صح من الفروق.

أبو اسحاق بن فرحون في التبصرة: و لا تصح لشاهد شهادة بشيء حتى يحصل له به العلم إذا لا تحصل الشهادة إلا بما علم و قطع بمعرفته، و لا بما يشك فيه، و لا بما يغلب على الظن معرفته قال تعالى: ﴿و ما شهدنا إلا بما علمنا﴾ و قد يلحق الظن الغالب باليقين للضرورة في مواضع يأتي ذكرها، كالشهادة في التفليس، و حصر الورثة، و ما أشبه ذلك.

و العلم يدرك بأحد أربعة أشياء:

الأول: العقل بانفراده فإنه يدرك به بعض العلوم الضرورية مثل الاثنين أكثر من الواحد و يعلم به حالة نفسه من صحته و سقمه، و ايمانه و كفره، و يصح بذلك شهادته على نفسه و ما أشبه ذلك.

الثاني: العقل مع الحواس الخمس، حاسة السمع و حاسة البصر، و حاسة الشم، و حاسة الذوق، و حاسة اللمس فيدرك بالعقل مع حاسة السمع الكلام و جميع الأصوات، و لذلك نجيز شهادة الأعمى على الأقوال، إذا كان المشهود عليه قد لازمه كثيرا حتى يتحقق الأعمى كلامه، و يقطع عليه و كذلك الاستعمال و يدرك بالعقل مع حاسة البصر جميع الاجسام و الأعراض و المبصرات، و لذلك نجيز شهادة الأصم على الأفعال، و نجيز الشهادة على الخط.

و يدرك بالعقل مع حاسة الشم جميع الروائح المشمومات فيدرك بها حال المسكر فتراق الخمر و يحد شاربها بالشهادة على الرائحة، و يدرك بالعقل مع حاسة الذوق جميع الطعوم المذوقات، و لذلك تجوز شهادة في اختلاف المتابعين في صفة المبيع كالزيت الحلو و عكسه، و العسل الشتوي و الربيعي و السمن المتغير و غير ذلك من ما يكثر ذكره.

و يدرك بالعقل مع حاسة اللمس جميع المملوسات عل اختلاف أنواعها، و لذلك نجيز شهادة أهل المعرفة في المتبايعين في صفة المبيع في اللبن و الخشونة و ما أشبه ذلك.

الثالث: حصول العلم بالأخبار المتواترة فإنه يحصل به العلم بالبلدان النائية والقرون الماضية و ظهور النبي . و دعائه إلى الإسلام، و قواعد الشرع و معالم الدين، و لذلك تجوز الشهادة بما علم من جهة الأخبار الصحيحة في باب الولاء و النسب و الموت وولاية القاضي و عزله، و ضرر الزوجين، و ما أشبه ذلك.

قال ابن رشد: فالعلم المدرك من هذه الوجوه الثلاثة علم ضروري يلزم النفس لزوما لا يمكنها الانفصال عنه و لا الشك فيه.

الرابع: العلم المدرك بالنظر و الاستدلال فالشهادة بما علم من جهة النظر و الاستدلال جائزة كما تجوز بما علم من جهة الضرورة، و ذلك مثل ما روي أن أبا هريرة شهد أن رجلا قاء خمرا فقال له عمر: أتشهد أنه شربها؟ فقال له: أشهد انه قاءها، فقال عمر: ما هذا التعمق فلا و ربك ما قاءها حتى

شربها.

و من ذلك شهادة الحكماء في قدم العيوب و حدوثها، و شهادة أهل المعرفة في قدم الضرر و حدوثه، و الشهادة في معاهد القمط في الحيطان و ما أشبه ذلك.

و من هذا المعنى شهادة أمة محمد ﷺ يوم القيامة لنبيين على أهمهم بالبلاغ، و شهادة المؤمن بأن الله وحده لا شريك له، و انه حي عالم قادر الى غير ذلك، من الصفات التي هو عليها لعلمه بذلك من جهة النظر و الاستدلال و هذا باب واسع انتهى.

القرافي اثر الكلام السابق: قال صاحب القبس: ما اتسع أحد في شهادة السماع اتساع المالكية في مواطن كثيرة، الحاضر منها على الخاطر خمسة وعشرون موضعاً.

الأحباس: الملك المتقادم، الولاء، النسب، الموت، الولاية، العزل، العدالة، الجرحه، منع سحنون ذلك فيها قال علماؤنا: و ذلك اذا لم يدرك زمان المجروح و المعدل فإن أدرك فلا بد من العلم، الإسلام، الكفر، الحمل، الولاية، الرشد السفه، الصدقة، الهبة البيع في حالة التقادم، الرضاع، النكاح، الطلاق، الضرر، الوصاية، اباق العبد، الحراة و زاد بعضهم البنوة، الإخوة.

و زاد العبدى الحرية، القسامة، فهذه مواطن راي الأصحاب فيجوز تحمل الشهادة بالظن الغالب، هذا ما يتعلق بكلام المؤلف من كلام القرافي.

و زاد المؤلف على ما ذكره القرافي عن ابن العربي: الأسر، و الملاء، و العدم، وهو مراد المؤلف بالتفليس، واللوث، و الجرح، والإقرار، و تنفيذ الإيضاء و العتق، و التصرف، و النيابة و الإرث، و الخلع يتضمنه كلام ابن العربي لأنه دخل في الطلاق أما الثلاثة الأولى فزادها ابن هارون و أما اللوث فظهر الكلام المؤلف أنه مغاير للقسامة و ليس كذلك بل من عبر بالقسامة فمراده اللوث و عبر عنه بالقسامة، لأنها مسببة عنه، و لهذا يعبر بعضهم بالقسامة و بعضهم باللوث و لا يجمعون بينهما.

اللحمي: و مما ثبت به القسامة السماع المستفيض مثل لو أن رجلا عدا على رجل في سوق علانية مثل سوق الأحد و شبهه من كثرة الناس فقطع كل من حضر عليه الشهادة قال: فرأى من أرضى من أهل العلم أن هذا اذا كثر هكذا و تظاهر انه بمنزلة اللوث انتهى.

واما العتق فقال الشيخ ابن عرفة الأكثر لم ينص عليه بعينه فيها و هو عندي لاكتفائهم بذكر الولاء عنه مهما ثبت ثبت العتق و مهما ثبت العتق ثبت الولاء و مهما انتفى احدهما انتفى الآخر، و مهما ثبت احد المتساوين ثبت الآخر.

وقال المازري: ضبط عبد الوهاب ما تجوز فيه شهادة السماع بما لا ينقل و لا ينتقل و قبله هو و الباجي منه ثم قال المازري: اختلف الناس في العتق منهم من لم يثبت بها و منهم من اثبت بها و هو الحق.

ونحوه قول ابن عبد السلام: منهم من الحق العتق بما يثبت بالسماع، و

أما التصرف فظاهر كلام المؤلف أنه مغاير للإنفاق والنيابة وإن كلا منهما مقصود الشهادة بالذات.

وفي الكافي: جائز أن يشهد أنه لم يزل يسمع أن فلانا كان في ولاية فلان، يتولى النظر له والإنفاق عليه بإيصال أبيه إليه وتقديم قاض عليه وإن لم يشهده أبوه ولا القاضي بالتقديم، ولكنه علم ذلك بالاستفاضة من العدول وغيرهم، ويصح بذلك تسفيته إذا شهد معه غيره بمثل شهادته، وفيها بين أصحابنا اختلاف انتهى.

ونظمه الشيخ ابن عرفة فقال:

|                             |                             |
|-----------------------------|-----------------------------|
| وقد زادنا الكافي سماع تصرف  | وانفاق ذي إيصال أو ذي نيابة |
| شهادة ظن بالسماع مقالتي     | لما عد متيظهم في النهاية    |
| فوقف قديم مثله البيع والولا | وموت وارث والقضاء كالعادلة  |
| وجرح ونكاح وكفر وضده        | ورشد وتسفيه وعزل ولاية      |
| واضرر زوج والرضاع وفي النسب | نفاس حكي اللخمي لوث قسامة   |

وإذا تأملت مص الكافي المتقدم طهر لك أن مقصود الشهادة بالذات إنما هو تصحيح تقديم الحاكم، وإيصال الأب وإن التصرف والإنفاق دليلان عليهما خلاف ظاهر كلام المؤلف، ونظم ابن عرفة، وأما الإرث فقد ذكره المتيطي.

ابن عرفة: المتيطي: قال ابن الهندي في نسخته الكبرى: غمز بعض أهل عصرنا شهادة السماع على الضرر، واختار الشهادة على معرفة الضرر وقد غمز ابن القاسم هذا الذي اختاره، وكرهه وعلله من جهة القطع على أمر لا

يعرف إلا بالاستفاضة و السماع، لأن الشهود لا يسكنون مع الزوجين و إنما هو عندهم بلاغ فترك الغامز العقل بما استحسنت ابن القاسم و أجاز ما كرهه، و يجب اذا ثبتت المسألة رواية ان لا ترفع الا برواية اثبتت منها، و هذه المسألة من الثماني عشرة التي تجوز شهادة السماع فيها منها: الأحباس المتقدمة، و الأشرية المتقدمة، و النكاح و الأنساب، و الولاء، و الميراث، و الموت، و ولاية القاضي، و عزلته، و العدالة و التجريح، و الإسلام، و الكفر بالله، و الولادة، و الرضاع، و الترشيده، و التسفيه، و في بعض هذا نزاع صح منه، و اما الجرح و الإقرار فقد ذكرها الشيخ أبو عبد الله بن مرزوق.

و اما التنفيذ الإيصاء ففي مفيد الحكام لابن هشام أفتى ابن زرب في وصي قانت له بينة على تنفيذ وصية أسندت إليه بالسماع من أهل العدل و غيرهم من الثقات انها جائزة، و المفهوم من الوصية المذكورة في كلام المؤلف انها الوصية بالمال.

قال شيخ شيوخنا أبو عبد الله محمد بن غازي: ولم ار من صرح بالوصايا بالمال و إنما ذكر ابن العربي و القراني و الغرناطي لفظ الوصية غير مفسر، فالظاهر انهم قصدوا ما في الكافي من الإيصاء بالنظر، و بذلك فسر صاحب التوضيح الوصية في لفظ ابن العربي يعني في تذييل النظم الذي أوله:

أيا سائلي عما ينفذ حكمه      ويثبت سمعا دون علم بأصله

و بعضهم ينسب الأصل لابن رشد و التذييل لولده، و ظاهر كلام صاحب القبس أنه لا يشترط التقادم إلا في الملك و العدالة و الجرحه و البيع و ليس

الأمر كذلك، و ظاهر مختصر ابن الحاجب و خليل اشترطه في مطلق شهادة السماع فحمل ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب على طاهر إطلاقه.

و قال ابن هارون: ليس هذا على إطلاقه إنما هو في الملك و الوقف، و الصدقة و الأشرية القديمة، و النكاح، و الولاء، و النسب، لحيازة جميع ذلك يشترط فيه طول الزمان، و أما في الموت فيشترط فيه ثنائي البلدان أو تقادم الزمان.

ابن عرفة: مقتضى الروايات و الأقوال ان شهادة السماع القاصرة عن شهادة البت في القطع بالمشهود به، يشترط فيها كون المشهود بحيث لا يدرك بالقطع و البت به عادة و إن أمكن عادة البت به لم تجز فيه شهادة السماع، و هو مقتضى قول الباجي أما الموت فيشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد، و اما ما قرب او ببلد الموت فإنما هي شهادة بالبت، و قد شاهدت شيخنا القاضي ابن عبد السلام، و قد طلب منه بتونس بعض أهلنا إثبات وفاة صهر له مات ببرقة قابلا من الحج فأذن له فأتاه بوثيقة بشهادة شهود على سماع لوفاته على ما يجب كتبه في شهادة السماع و كان ذلك بعد مدة يتصور فيها بت العلم بوفاته و القطع بها و اظن ان ذلك كان منذ نحو من ثمانية أعوام، فرد ذلك و لم يقبله، و لحوق الرية فيها يطلها انتهى.

القاضي ابو عبد الله بن الحاج: صفة جواز شهادة السماع في النكاح ان تكون المرأة تحت حجاب الزوج فيحتاج إلى إثبات الزوجية بالسماع المستفيض، فيحكم له بالميراث فلو لم تكن المرأة في عصمة لأحد بزوجية

فأثبت رجل أنها زوجته تزوجها بالسماع لم يستوجب البناء عليها، بشهادة السماع لأن شهادة السماع إنما تنفع مع الحيازة للمرأة وهذا لم يحزها إليه انتهى.

قلت: وهذا بناء على أنه لا يستخرج بشهادة السماع من يد حائز وهو المشهور ولم يحك المازري غيره.

ابن زرقون وغيره عن محمد، لا تجوز شهادة السماع إلا لمن كان الشيء بيده ولا يستخرج بها من يد حائز، ولا ابن حبيب عن الآخرين وابن القاسم ما يقتضي أنه يستخرج بها من اليد.

المازري: لو كان المتنازع فيه عفوا من الأرض ليس بيد أحد لكان المذهب على قولين في تمكينها، لمن قام فيها بشهادة سماع.

ومدرك بفتح الميم والراء مكان دركه أي العلم، ومراده بالعقل قوته، من ضرورته وبمستدل نظره، وهو اسم مصدر بمعنى استدلال ففتح داله وهو ما عدا العلوم الحسية، وبالنقل التواتر، فإنه يفيد العلم.

ابن الحاجب: وأما السماع المفيد للعلم فقال ابن القاسم: هو مرتفع عن شهادة السماع مثل أن نافعا مولى ابن عمر وأن عبد الرحمن بن القاسم وإن لم يعلم لذلك أصلا قيل له، أيشهد أنك ابن القاسم من لا يعرف أباك، ولا يعرف أنك ابنه إلا بالسماع؟ قال: نعم، يقطع بها ويثبت النسب.

ولم يجعل ابن راشد القفصي هذين من التواتر بل جعلها من الاستفاضة



وبعدها التواتر فقسم شهادة السماع إلى ثلاثة أقسام تواتر واستفاضة وظن، فانظر لفظه في تبصرة ابن فرحون وقد نص غير واحد أن المثالين المذكورين من التواتر المفيد للقطع واليقين.

قوله: «قد يكتفي بالظن» أي كالشهادة بالإعسار وحصر الورثة أو التعديل أو أنه لم يقدم في أثناء غيبته في المشرط لها أنه إن غاب عنها أكثر من ستة أشهر مثلاً فأمرها بيدها أو أنه غاب ولم يترك لزوجها نفقة، وكالشهادة في الاستحقاق أنه ما باع ولا وهب ولا فوت بوجه، ونحو ذلك مما يتعذر فيه القطع أو يتعسر ولهذا يستظهر في هذا النوع باليمين وإن كانت للطالب بينة إلا في استحقاق الأصول على المشهور في ذلك.

ابن الحاجب: فإن شهد بإعساره حلف وأنظر.

خليل: هذه من المسائل التي يحلف فيها المدعي مع بينته كدعوى المرأة على زوجها الغائب النفقة، والقضاء على الغائب وضابطه كل بينة شهدت بظاهر فيستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر صح من التوضيح.

وقول ابن الحاجب: ولا يحلف مع كمال البينة إلا أن يدعي عليه طرو مما يبريه من إبراء أو بيع.

يعني في البينة تشهد بالقطع وقد يؤخذ من لفظ الكمال فيكون كمالها باعتبار النصاب والقطع، ومن الشهادة شهادة السماع.

ابن عرفة: وشهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته

لسماع من غير معين فتخرج شهادات البت، والنقل من مختصره.

أبو إسحاق ابن فرحون: الباب الأربعون في القضاء بغلبة الظن: واعلم أن الشرع لم يعتبر مطلق الظن في غالب المسائل، وإنما يعتبر ظنونا مقيدة مستفادة من إمارات مخصوصة، وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع كالشهادة أن المديان معسر فإنهم يشهدون على علمهم، وقد يكون الباطن بخلافه فاستظهر باليمين في ذلك على المشهود له، فبقيام البينة على ذلك مع يمينه استحق حكم العدم ويقطع عنه الطلب ما دام على تلك الحالة.

مسألة: وكذلك الشهادة لامرأة غاب زوجها وتركها بغير نفقة، لأن الشهادة فيه على العلم دون البت فإذا قامت بذلك عند الحاكم وشهد لها الشهود استظهر عليها باليمين على صحة ما شهدت به الشهود لها، فبقارفة اليمين للشهادة وجب لها الحكم بذلك.

مسألة: وكذلك الشهادة على الشيء المستحق، وفي هذا النوع خلاف وتفرقة بين أنواع المستحقات، وقد تقدم بيان ذلك في القضاء بشاهدين وبيمين القضاء.

مسألة: من ذلك الشهادة على عدة الورثة لا بد أن يقولوا: لا نعلم له وارثا غيرهم في سائر البلاد.

وكذلك شهادتهم في الشيء المستحق، لا بد أن يقولوا: لا نعلم أنه باع ولا وهب ولا تصدق ولا خرج من يده بوجه من وجوه انتقالات الأملاك، ولا يشهدون في الاستحقاق ولا في عدة الورثة على البت، فلو قالوا: لا وارث

له غيرهم أصلاً على البت، وقالوا: نشهد أنه شيء لم يبعه، ولا فوته كانت الشهادة زوراً، كذا هو في المدونة.

وقال بعض أصحاب مالك إن الشهادة في ذلك لا تكون إلا على البت وهو ابن الماجشون، وهذا مبسوط في الفصل الثامن فيما يجب على القاضي التنبيه له في أداء الشهادة.

مسألة: ومن ذلك لو شهد شاهدان أنهما رأيا رجلاً خرج مستترا من دار في حال رثة فاستنكرا ذلك، فدخل العدو من ساعتهم الدار فوجدوا قتيلاً يسيل دمه وليس في الدار أحد فهذه شهادة جائزة يقطع الحكم بها وإن لم تكن على المعاينة.

قال ابن القاسم: وكذلك لو رأى العدو المتهم يجرد المقتول، وإن لم يروه حين أصابه فإن شهادتهم لو ثبت معها القسامة.

مسألة: ومن ذلك الشهادة على التعريف فإنها مستندة إلى غلبة الظن.

مسألة: قال ابن الحاجب: ويعتمد على القرائن المغلبة للظن في التعديل والإعسار بالخبرة الباطنة وضرر الزوجين.

قال ابن عبد السلام: أجازوا للشاهد هنا أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوي القريب لليقين لأنه هو المقدر على تحصيله، فلو لم يحكم بمقتضاه لزم تعطيل الحكم في التعديل والإعسار وأما ضرر الزوجين وإن كان يمكن حصول القطع به للشاهد، ولكنه في غاية الندور والعسر، فيلزم تعطيل الحكم فيه أيضاً

ولعسر ذلك قال في الرواية: ومن أين للشهود العلم بذلك صح من التبصرة.

خليل: يعني أنه يجوز للشاهد في هذه الصورة أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوي، لأنه المقدور على تحصيله غالبا ولو اشترط العلم تعطلت الأحكام غالبا، وقد تقدم الكلام على ما يعتمد عليه العدل في التعديل، ويعتمد في الإعسار على صبره على الجوع ونحوه مما لا يمكن إلا مع الفقر، وضرر الزوجين وإن كان يمكن فيه القطع لكونه من الجيران أو القرائب لكنه نادر.

ابن الحاجب: ولا يقبل إلا العارف بوجه التعديل، وهو أن يعرف عدالته بطول المحنة والمعاشرة، لا بالتسامح.

وقال سحنون: في السفر والحضر، قال مالك: وإذا صحبه شهرا فلم يعلم إلا خيرا فلا يزكيه بهذا.

الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: تقدم المصلحة العامة على المفسدة النادرة ولا يترك لها فمن ثم أقيم مقام العلم بهن فمقتضى الدليل انتفاؤه ﴿ولا تقف﴾ ﴿إن يتبعون﴾ فالظن منتف ما لم يثبت العلم، فيكون هو المقفوء المتبع، وإنما يثبت العلم بشرطين: أحدهما: تعذره، أو تعسره.

والآخر: دعوى الضرورة، أو الحاجة إلى الظن إلا في الفقهيات بخلاف مسائل التفصيل وكثير من مباحث الكلام، وقد رسمت لبعض ذلك قاعدة فقلت: لا تقدمن إلا بإذن ودليل، ولا عذر ما لم ينفع ما استطعت، فقد يضر، ثم انظر فلن يضرك جهل ما لم تكلف علمه، وأخاف عليك سوء عاقبة

النجوم ﴿ ما أشهدتهم ﴾ ﴿ أشهدوا خلقهم ﴾ ﴿ قل الروح من أمر ربي ﴾  
وما ذكر ابن فرحون من أن الشهادة على التعريف مستندة إلى غلبة الظن  
فهو قول ابن نافع وروايته.

والمشهور أنه لا يشترط فيمن عرف من الجميع بلوغ عدده ما يحصل العلم  
به، بل ظاهره إن عرف منه اثنان أو واحد أنه لا يكتفي بالتعريف إلا إن يفيد  
اليقين واستظهر ابن عرفة الأول فقال: وظاهر قول ابن رشد ولفظ السماع  
كفى في ذلك، والأظهر تقييده بما يفيد العلم بكثرة أو قرائن أو الظن القوي.

وما ذكر أيضا من أنهم لا يشهدون على البت في الاستحقاق ولا في عدة  
الورثة على المشهور، خلافا لابن الماجشون، ففي شهادة المدونة ما ظاهره أن  
شهادتهم على البت باطلة ففيها من تمام شهادتهم أن يقولوا وما علمنا باع ولا  
وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من وجوه الملك، وليس عليه أن يأتي ببينة  
تشهد على البت أنه ما باع ولا وهب، ولو شهدت البينة بذلك كانت زورا.

وبهذا الظاهر قال ابن القاسم لأنه قال: وإن أبوا أن يقولوا: ما علموه باع  
ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة، وظاهر ما في كتاب العارية من المدونة  
أنه ليس بشرط، قال: وإن شهدوا أن الدابة له ولم يقولوا لا نعلم أنه باع ولا  
وهب ولا تصدق حلف على البت كما ذكرنا، ويقضي له.

ابن عبد السلام: وقد أكثر الشيوخ هل الكلام في المدونة متناقض أو لا؟  
وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين يقطعون بالملك مع إطلاقه عليها الزور، أو  
يفصل فيهم بين أن يكونوا من العلماء فلا تقبل أو يكونوا من عوام الناس

فتقبل، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران، والذي قاله الشيخ أبو إبراهيم وأبو الحسن: إن ما في الشهادات شرط كمال.

أبو الحسن: إلا أن تكون الشهادة على ميت فلذلك شرط صحة.

القرافي: في الفرق السادس والعشرين والمأتين: اعلم أن قول العلماء إن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ليس على ظاهره، فإن ظاهره يقتضي أنه لا يجوز أن يؤدي الشهادة إلا ما هو قاطع به وليس كذلك بل حالة الأداء دائما عند الشاهد الظن الضعيف في كثير من الصور بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علما فقط فإن شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذي عليه قد دفعه فتجوز عليه بالاستصحاب الذي لا يفيد إلا الظن الضعيف، وكذلك الثمن في المبيع مع احتمال دفعه ويشهد في الملك الموروث لو ارثه مع جواز بيعه بعد إن ورثه، ويشهد بالإجازة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة بعد ذلك بناء على الاستصحاب، والحاصل في هذه الصورة وشبهها إنما هو الظن الضعيف، ولا يكاد يوجد ما بقي فيه العلم على حاله من ذلك الشهادة بالإقرار فإنه إخبار عن وقوع النطق في الزمن الماضي وذلك لا يرتفع.

ومن ذلك الوقف إذا حكم به الحاكم، أما إذا لم يحكم به حاكم فإن الشهادة إنما فيها الظن فقط فإذا شهد بأن هذه الدار وقف احتمال أن يكون حاكم حنفي حكم بنقيضه انتهى.

الإمام أبو القاسم بن الشاط: ما قاله أن الشاهد في أكثر الشهادات لا يشهد إلا بالظن الضعيف غير صحيح وإنما يشهد بأن زيدا ورث الموضع الفلاني

مثلاً أو اشتراه جازماً لا ظاناً بذلك، واحتمال كونه باع الموضع لا تتعرض له شهادة الشاهد بالجزم لا في نفيه ولا في إثباته، ولكن تتعرض له بنفي العلم ببيعه أو خروجه عن ملكه على الجملة، فما توهم أنه مضمن الشهادة ليس كما توهم فهذا التنبيه غير صحيح والله تعالى أعلم انتهى.

ابن عرفة: في شرط شهادة غير السماع بقطع الشاهد بالعلم بالمشهود فيه مطلقاً وصحتها بالظن القوي فيما يعسر العلم به عادة طريقان:

الأولى: للمقدمات: لا تصح شهادة بشيء إلا بعلمه والقطع بمعرفته لا بما يغلب على الظن معرفته قال: والعلم يحصل بمجرد العقل فقط منه ضروري كعلم الإنسان حال نفسه من صحته وسقمه، وإيمانه، وكفره، ويصح بذلك شهادته على نفسه، وبالعقل مع إحدى الحواس الخمس السمع والبصر والشم والذوق واللمس.

والثالث: الخبر المتواتر ومنه نظري كشهادة خزيمة بن ثابت له ﷺ أنه اشترى الفرس من الأعرابي ولم يحضر شراءه مستنداً في ذلك للدليل الظاهر والبرهان القاطع.

فإن قلت: جملة شهادة خزيمة على هذا الاعتبار وجعلها مثولاً لأصل عام خلاف قول الأصوليين أنها خاصة لا يقاس عليها حسبما ذكر الأمدى وابن الحاجب في شروط الأصل في القياس.

قلت: جعل الأصوليين كونها خاصة هو من حيث الحكم لها بشهادة شاهدين لا من حيث الحكم لها بأنها شهادة شرعية.

قال: وكذا الشهادة بما علم من الأخبار المتواترة جائزة الولاء والنسب والموت وولاية القاضي وعزله وضرر الزوجين وشبهه إذا حصل العلم بهذه الأمور والقطع بها.

الثانية: للمازري قال في قبول الشاهد بزوجية رجل امرأة برؤيته حوزة إياها حوز الأزواج زوجاتهم وإن لم يولد حين التزويج هذا نوع خارج عن شهادة السماع وإنما يطلب فيه الظن القوي المزاحم للعلم اليقيني بقرائن الأحوال كالشهادة بالتفكير فإن الشاهد يشهد له ولا يقطع على صحة ما شهد به بجواز أن يكون له مال أخفاء، لكن إذا بدت قرائن الفقر من الفقر والإعسار والصبر على مضمض الجوع، وإدراك ذلك بالمخالطة صح التعويل عليه في الشهادة بقرائن الأحوال وعلى هذه الطريقة قال ابن الحاجب تبعاً لابن شاس: ويعتمد على القرائن المغلبة للظن في التعديل والإعسار وضرر الزوجين.

قلت: وهذا الظن الناشئ عن القرائن إنما هو كاف في جزم الشاهد بما به يشهد على وجه البت، ولو صرح في أداء شهادته بالظن لم تقبل إلا بما تقدم في التعديل من قوله أراه عدلاً، ولعله مراد ابن رشد ففتفق الطريقان.

قوله: «والسمع» يحتمل أن يخفض بالعطف على الظن عطف خاص على عام توطئة لذكر مواطن شهادة السماع، وهذا هو الموافق لقول ابن العربي السابق وقد يجوز بالظن والسماع، ونقل على هذا جملة حالية أي حال كونه منقولاً عن أهل المذهب في مواطن بينها بقوله: عزل - إلى آخره - فعزل مبتدأ، والخبر تصح بالسماع ويحتمل أن يكون عزل نائب عن فاعل



والجملة مستأنفة أي نقل في شهادة السماع عزل - إلى آخره - وتصح بالسماع على هذا تأكيد لما قبله ويحتمل أن يرفع مبتدأ ونقل خبره، وضبطه المؤلف بالوجهين، وجرح الأول بفتح الجيم وهو التجريح ضد العدالة، والآخر بالضم جرح الدم، وضمير ضدها عائد إلى الخمسة التي هي العزل والجرح والسفه والكفر والنكاح، وأضدادها هي: الولاية والعدالة والرشد والإيمان والطلاق بلا عوض لأنه ذكر الخلع بعد ويدخل تحت قوله: «كهبة» الصدقة أي وكهبة والقسم بفتح القاف قسمة المال بين الشريكين وجلا: نعت للإقرار وهو بمعنى ظهر.

ص واللفظ في الأداء إنشاء بما ضارع في العقود ماض علما  
كالتعق والطلاق واسم من فعل زيد لدين وعلى العرف العمل

ش القرافي: في الفرق السابع والعشرين والمائتين بين قاعدة اللفظ الذي يصح أداء الشهادة به وبين قاعدة ما لا يصح أدائها به: اعلم أن أداء الشهادة لا يصح بالخبر ألبته فلو قال الشاهد للحاكم: أنا أخبرك أيها القاضي بأن لزيد عند عمرو ديناراً عن يقين مني وعلم بذلك لم تكن هذه شهادة بل هذا وعد من الشاهد للقاضي أنه سيخبره بذلك عن يقين، فلا يجوز اعتماد القاضي على هذا الوعد، ولو قال له: قد أخبرتك أيها القاضي بكذا، كان كذبا، لأن مقتضاه تقدم الإخبار منه ولم يقع، والاعتماد على الكذب لا يجوز فالمستقبل وعد، والماضي كذب، وكذلك اسم الفاعل المقتضي للحال كقولك إنما مخبرك أيها القاضي بكذا فإنه إخبار عن اتصافه بالخبر للقاضي،

وذلك لم يقع في الحال وإنما وقع الإخبار عن هذا الخبر فظهر أن الخبر كيف تصرف لا يجوز للحاكم الاعتماد عليه، وكذلك إذا قال الحاكم للشاهد: بأي شيء تشهد؟ قال: حضرت عند فلان فسمعته يقر بكذا وأشهدني على نفسه بكذا وشهدت بينهما بصدور البيع أو غير ذلك من العقود، ولا يكون هذا أداء شهادة، ولا يجوز للحاكم الاعتماد عليه بسبب أن هذا مخبر عن أمر تقدم فيحتمل أن يكون قد اطلع بعد ذلك على ما منع من الشهادة به من فسخ أو إقالة أو حدوث ريبة للشهادة تمنع الأداء فلا يجوز لأجل هذه الاحتمالات الاعتماد على شيء من ذلك إذا صدر من هذا الشاهد، فالخبر كيف تقلب لا يجوز الاعتماد عليه بل لا بد من إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها، والإنشاء ليس بخبر ولذلك لا يحتمل التصديق والتكذيب وقد تقدم الفرق بين البابين، فإذا قال الشاهد: أشهد عندك أيها القاضي بكذا كان إنشاء، ولو قال: شهدت لم يكن إنشاء عكسه في البيع، فلو قال: أبيعك لم يكن إنشاء للبيع بل إخبار لا ينعقد به البيع بل وعد بالبيع في المستقبل، ولو قال: بعثك كان إنشاء للبيع، فالإنشاء في الشهادة بالمضارع وفي العقود بالماضي وفي الطلاق والعتاق بالماضي، واسم الفاعل نحو أنت طالق، وأنت حر ولم يقع الإنشاء في البيع والشهادة باسم الفاعل فلو قال: أنا شاهد عندك بكذا، أو أنا بائعك بكذا لم يكن إنشاء وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء وما لا فلا، فاتفق أنهم وضعوا للإنشاء الماضي في العقود والمضارع في الشهادة والماضي واسم الفاعل في الطلاق والعتاق فلما كانت هذه الألفاظ موضوعة للإنشاء في هذه الأبواب

صح من الحاكم اعتماده على المضارع في الشهادة لأنه موضوع له صريح فيه والاعتماد على الصريح هو الأصل ولا يجوز الاعتماد على غير الصريح لعدم تعيين المراد منه فإن اتفق أن العوائد تغيرت وصار الماضي موضوعا لإنشاء الشهادة والمضارع لإنشاء العقود جاز للحاكم الاعتماد على ما صار موضوعا للإنشاء، ولا يجوز له الاعتماد على العرف فتلخص لك أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشئ من العوائد وتابع لها، وإنه ينقلب وينفسخ بتغيرها وانتقالها، فلا يبقى بعد ذلك خفاء في الفرق بين قاعدة ما تؤدي به الشهادة وقاعدة ما لا يصح به أداء الشهادة انتهى.

وقد تعقب عليه الإمام أبو القاسم بن الشاط كثيرًا من هذا الكلام فقال على الترجمة: هذا الفرق ليس بجار على مذهب مالك رضي الله عنه فإنه لا يشترط معينات الألفاظ في العقود ولا في غيرها وإنما ذلك مذهب الشافعي.

وقال على قوله: اعلم أن الشهادة لا تصح بالخبر ألبتة قد تقدم له في أول فرق من الكتاب حكاية عن الإمام المازري أن الرواية والشهادة خبران ولم ينكر ذلك ولا رده بل جرى في مساق كلامه على قبول ذلك وصحته.

وقال على قوله: فلو قال الشاهد للقاضي أنا أخبرك أيها القاضي إلى قوله: ولم تكن هذه شهادة، ذلك لقرينة قوله أخبرك ولم يقل أشهد عندك.

وقال على قوله: بل هذا وعد من الشاهد للقاضي بأنه سيخبره بذلك عن يقين فلا يجوز اعتماده القاضي على هذا الوعد، ومن أين يتعين أنه وعد

وأنة إنشاء إخبار فيكون شهادة إذ الشهادة خبر لا سيما إن كان هنالك قرينة تقتضي ذلك من حضور مطالب وشبه ذلك، فما قاله في ذلك غير صحيح.

وقال على قوله: ولو قال: أخبرتك أيها القاضي بكذا كان كاذبا إلى قوله: فالمستقبل وعد والماضي كذب، إن كان لم يكن تقدم منه إخبار فذلك كذب كما قال.

وقال على قوله: وكذلك اسم الفاعل المقتضي للحال كقولك: أنا مخبرك أيها القاضي بذلك فلأنه إخبار عن إنصافه بالخبر للقاضي وذلك لم يقع في الحال إنما وقع الإخبار عن هذا الخبر، هذا كلام من لم يفهم مقتضى الكلام، وكيف لا يكون من يقول للقاضي أنا مخبرك بأن لزيد عند عمرو دينارا مخبرا للقاضي بأن لزيد عند عمرو دينارا بل مخبره بانه مخبره، وهل العبارة عن إخباره عن الخبر إلا تلك وأنا مخبرك بأني مخبرك، ولا أنا مخبرك بكذا، هذا كله تخليط لا يفوه به من يفهم شيئا من مضمونات الألفاظ، وقال على قوله فظهر أن الخبر كيف تصرف لا يجوز للحاكم الاعتماد عليه، لم يظهر ما قاله إذا قال الحاكم بوجه ولا حال.

وقال على قوله: وكذلك إذا قال الحاكم للشاهد بأي شيء تشهد؟ قال حضرت عند فلان - إلى قوله - : فالخبر كيف تقلب لا يجوز الاعتماد عليه إذا لم يكن قول الشاهد حضرت عند فلان فسمعتة يقر بكذا أو يشهدني على نفسه بكذا بعد قول القاضي له: بأي شيء تشهد شهادة، فلا أدري بأي لفظ يؤدي الشهادة، وما هذا إلا تخليط وسواس لا يصح منه شيء البتة.

وقال على قوله: بل لا بد من إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها، يا

للعجب وهل إنشاء الأخبار إلا الإخبار بعينه.

وقال على قوله: والإنشاء ليس بخبر إلى قوله وقد تقدم الفرق بين البابين من هنا دخل عليه الوهم، وهو أنه أطلق لفظ الإنشاء على جميع الكلام، ومن جملة الخبر، وأطلق لفظ الإنشاء على قسيم الخبر، ثم تخيل أنه أطلقهما بمعنى واحد فحكم بأن الإنشاء لا يدخله التصديق والتكذيب، وما قاله من أنه لا يدخله ذلك صحيح في الإنشاء الذي هو قسيم الخبر.

وقال على قوله: فإذا قال الشاهد: أنا أشهد عندك أيها القاضي بكذا كان إنشاء وما المانع من أن يكون وعدا بأنه يشهد عنه، لا أعلم لذلك مانعا إلا التحكم بالفرق بين لفظ الخبر ولفظ الشهادة وهذا كله تخليط فاحش.

وقال على قوله: ولو قال: شهدت لم يكن إنشاء - إلى قوله - عكسه في البيع لو قال أبيعك لم يكن إنشاء - إلى قوله - ولو قال: أنا شاهد عندك بكذا أو أبيعك بكذا لم يكن إنشاء لقد كلف هذا الرجل نفسه شططا وألزمها مالا يلزمها كيف وهو مالكي والمالكية يجيزون العقود بغير لفظ أصلا فضلا عن لفظ معين وإنما يحتاج إلى ذلك الشافعية حيث يشترطون معينات الألفاظ.

وقال على قوله: وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي، ما قاله في ذلك كله مبني على مذهب الشافعي وهو مسلم وصحيح إلا قوله: إن أداء الشهادة بالإنشاء لا بالخبر، فإنه قد تقدم أن الشهادة خبر وهو الصحيح، وقد تقدم التنبيه على الموضوع الذي أدخل عليه الوهم والغلط انتهى.

وقد اعترض كلام القرافي أيضا الشيخ أبو إسحاق بن فرحون في التبصرة محتجا بكلام شمس الدين بن قيم الجوزية وغيره فقال:

وهذا الذي ذكر القرافي هو مذهب الشافعية ولم أراه لواحد من المالكية ونقل شمس الدين بن قيم الجوزية الحنبلي الدمشقي: أن مذهب مالك وأبي حنيفة وظاهر كلام أحمد بن حنبل: أنه لا يشترط في صحة الشهادة لفظ شهد بل متى قال الشاهد: رأيت كذا وكذا أو سمعت ونحو ذلك كانت شهادة منه وليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسول الله ﷺ موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة، ولا ورد ذلك عن أحد من الصحابة، ولا في القياس والاستنباط ما يقتضي ذلك، بل الأدلة المتضاربة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة وأقوال العرب تنفي ذلك قال الله تعالى: ﴿ قل هلم شهداءكم ﴾ الآية ومعلوم أنه ليس المراد التلفظ بلفظ أشهد في هذا المحل، بل مجرد الإخبار بتحريمه وقال تعالى: ﴿ لكن الله يشهد ﴾ ولا يتوقف ذلك على أن يقول سبحانه أشهد، وكذلك قوله تعالى: ﴿ شهد الله أنه لا إله إلا هو والملائكة وأولو العلم ﴾ وقال الله تعالى: ﴿ والله يشهد إنهم لكاذبون ﴾ وقال تعالى: ﴿ ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة إلا من شهد بالحق ﴾ أي أخبر به وتكلم به عن علم وقال تعالى: ﴿ وشهد شاهد من أهلها ﴾ الآية. وقال تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ والمقر على نفسه لا يقر أشهد، وسمى ذلك شهادة ولا تفتقر صحة الإسلام إلى أن يقول الداخل في الإسلام أشهد أن لا إله إلا الله، بل لو قال لا إله إلا الله محمد رسول الله كفى وقال تعالى: ﴿ واجتنبوا قول الزور ﴾.

وقال عليه السلام: « عدلت شهادة الزور الإشراك بالله » وقال عليه السلام: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر الشرك بالله وقتل النفس التي حرم الله وقول الزور وشهادة الزور» فسمى قول الزور شهادة.

قال: ابن العباس: شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر أن رسول الله ﷺ: نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، وبعد الصبح حتى تطلع الشمس.

ومعلوم أن عمر بن الخطاب لم يقل لابن عباس: أشهد عندك ولكن أخبره فسمى ذلك شهادة فاشتراط لفظ الشهادة لا أصل له في الكتاب ولا في السنة ولا في عمل سلف الصالحين، انتهى ما ذكره ابن قيم الجوزية ونسبه إلى مذهب مالك.

تنبيه: ويؤيد ما نقله ابن القيم الجوزية عن مذهبنا ما ذكره ابن بطال في المقنع عن أصبغ قال: لقد حضرت ابن وهب ومن معه من الفقهاء عند القاضي العمري فكان كاتب القاضي يقرأ على القاضي شهادة الشاهد بمحضر الشاهد ثم للشاهد أهذه شهادتك؟ فإذا قال: نعم قبل ذلك منه، فقله نع ليس هو إنشاء للشهادة، وقد اكتفى به الشاهد.

وفي الرسالة القضاء والأحكام فيما يتردد بين المتخاصمين عند الحكام قال: فإذا فرغ الكاتب من قراءة المحضر الذي تقيده فيه الدعوى، والجواب، قال القاضي للمدعي: هذه دعواك؟ فإذا قال نعم قال لكل واحد من الشهود: هكذا شهدت؟ فإذا قال: نعم وقع القاضي بخطه في آخره شهد

هؤلاء الشهود عندي وإن شاء كتب كذلك كانت الشهادة عندي، فجعل أداء الشهادة بلفظ نعم فقط.

وفي الوثائق المجموعة: إن شريحا كان يقول للشاهدين إنما يقضي على هذا المسلم أنتما وأنا متق بكما فاتقيا الله، أتشهدان أن الحق لهذا؟ فإذا قالوا: نعم أجاز شهادتهما وظاهر نصوص المذهب أن ما ذكره القرافي لا يشترط في أداء الشهادة وقبولها وهو منسوب إلى الشافعية فلعله نقله من كلامهم فكثيرا ما ينقل من عبارتهم إذا ظهر له أنها غير مخالفة لقواعد المذهب، وقد فعل ذلك في تصحيح الدعوى، وله مثل ذلك كثير في باب السياسة من كتاب الذخيرة له نقله من الأحكام السلطانية للماوردي الشافعي ونصوص المذهب مخالفة لما ذكره وقد ذكرت ذلك في قسم السياسة الشرعية.

فصل: وللشافعية تفريق في الشهادة بالمصدر واسم المفعول، والشهادة بالصدور، فإذا قال الشهود: نشهد أن هذا وقف أو أن هذا مبيع من فلان أو أن هذه منكوحة فلان، فإن الحاكم يحكم بموجب شهادتكم ويكون ذلك متضمنا للحكم بصحة الوقف ونحوه.

ولو شهدوا بالصدور فقالوا مثلا: نشهد بصدور الوقف أو بصدور البيع لم يحكم بموجب شهادتكم لاحتمال تغير تلك العقود كما لو استحق الوقف أو صدرت الإقالة في البيع أو نحو ذلك.

قال الشيخ سراج الدين البلقيني في بعض تعاليقه، وهو الذي أشار إليه الشيخ تقي الدين كما قدمناه عنه قبل هذا فينبغي تأمل ذلك انتهى.



وقد تبين من كلام هؤلاء الأئمة عدم جريان ما قاله القرافي على المذهب بل وعدم صحته في نفسه فكان اللائق بالمؤلف أن لا يعتمد في هذا ولا يغتر بكلامه فيه.

قوله: «واللفظ في الأداء إنشاء بمضارع»، أي بما ضارع الاسم من الأفعال وهو المضارع، فاحترز بالإنشاء من الخبر وبالمضارع من الماضي واسم الفاعل، وقد سبق بيان ذلك.

قوله: في العقود ماض علما أي اللفظ في العقود إنشاء بلفظ الماضي كبعث وطلقت، وأنكحت وأعتقت، ورضيت قوله: «كالعتق والطلاق واسم من فعل زيد لزيد» التشبيه إشارة إلى أن اللفظ في العتق والطلاق يكون بالماضي، ويزاد لهما اسم الفاعل فيقعان به كما يقعان بالماضي.

قوله: «وعلى العرف العمل» يعني أي ما تقدم من الفرق مبني على العرف ولو تغير العرف لانقلب الحكم، وقد مر هذا من كلام القرافي.

واعلم أن ما ذكره القرافي وأشار إليه من أن صيغ العقود إنشاء هو الصحيح وقالت الحنفية: هو إخبار على أصل الوضع.

قال القرافي بعد أن ذكر ما اتفق على أنه إنشاء، وأما المختلف فيه هل هو إنشاء أو خبر فهي صيغ العقود نحو بعث واشتريت، وأنت حر، وامراتي طالق ونحو ذلك.

قالت الحنفية: إنها إخبارات عن أصلها اللغوي، وقال غيرهم: إنها

إنشاءات منقولة عن الخبر إليها احتج هؤلاء بأمور:

أحدها: أنها لو كانت أخبارا لكانت كاذبة، لأنه لم يبع قبل ذلك الوقت ولم يطلق، والكذب لا عبرة به لكنها معتبرة فدل ذلك على أنها ليست أخبار بل إنشاء لحصول لوازم الإنشاء فيها من استتباعها لمدلولاتها وغير ذلك من اللوازم.

وثانيها: أنها لو كانت أخبار لكانت إما كاذبة ولا عبرة بها، أو صادقة فتكون متوقفة على تقدم أحكامها وحينئذ إما أن يتوقف عليها أيضا فيلزم الدور أو يطلق امرأته ويعتق عبده، وهو ساكت وذلك خلاف الإجماع ثم استمر في الكلام إلى أن قال:

وسادسها: أن الإنشاء هو المتبادر في العرف إلى الفهم فوجب أن يكون منقولاً إليه كسائر المنقولات.

والجواب: قالت الحنفية: أما الأول: فإنما يلزم أن يكون كذبا إن لو لم يقدر فيها صاحب الشرع تقدم مدلولاتها قبل النطق بها بالزمن الفرد لضرورة تصديق المتكلم لكن الإضمار أولى من النقل لما تقرر في علم الأصول، ولأن جواز الأصل في الكلام مجمع عليه والنقل مختلف فيه والمجمع عليه أولى، ومنه كان المدلول مقدرا قبل الخبر كان الخبر صادقا فلا يلزم الكذب ولا النقل للإنشاء وبقية إخبارات عن موضوعاتها اللغوية وعملنا بالأصل في عدم النقل وانتم خالفتموه ثم قال بعد أن ذكر الجواب عن الأمور الخمسة:

وأما الوجه السادس: فلا يتأتي الجواب عنه إلا بالمكابرة فإن المبادرة للإنشاء والعدول عن الخبر مدرك لنا بالعقول بالضرورة ولا نجد في أنفسنا أن القائل لامرأته أنت طالق أنه يحسن تصديقه بما ذكره من التقدير والبحث في هذا المقام يعتمد التناصف في الوجدان فمن لم ينصف يقل ما شاء.

وأما الأجوبة المتقدمة عن بقية الوجود فمتجهة صحيحة، والسادس هو العمدة المحققة والله أعلم.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل في صيغ العقود ونحوها الإخبار ثم غلب الإنشاء.

وقالت الحنفية: هي على أصلها، وقدر الشرع ثبوت متعلقها بعد النطق بها قبله بالزمن الفرد فيصدق المتكلم ويثبت الحكم، فقيل: الصبر بالقرينة أولى من التحكم، ولأن التقدير لا يفهم من العرف بخلاف القرينة والقاعدة أن مخالفة الأصل بالمعلوم أولى من مخالفته بالمجهول، ومقتضى ذلك الأصل أنه لو شهد شاهد أنه طلق بمكة في رمضان وآخر بمصر في صفر أن تحمل الثانية على الإخبار ما احتملته وهو مذهب المدونة إلا أنه عارضته قاعدة وهي أنه يجب حمل اللفظ على المعاني المتجددة والتأسيس حتى يدل دليل على التأكيد، لأن مقصود الوضع ومقتضاها عدم الضم في الأقوال كما في الأفعال لعدم وجود النصاب فإن قال: أنت طالق، وقلنا: بغلبة الإنشاء فما نوى، وإلا فواحدة، وإن قلنا بالبقاء على الخير فهو نعت فرد للمرأة فواحدة أبداً، لأنه لا يحتمل العدد انتهى.

ولا شك أنها في اللغة إخبار وفي الشرع تستعمل إخباراً، وإنما النزاع فيها إذا

قصد بها حدوث الحكم، والصحيح أنها إنشاء.

واحتج ابن الحاجب بصدق حد الإنشاء عليها وهو أنها لا تدل على الحكم بنسبة خارجية فإن بعث لا يدل على بيع آخر غير الذي يقع به، وأيضا فلا يوجد فيه خاصية الإخبار وهو احتمال الصدق والكذب إذ لو حكم عليه لأحدهما كان خطأ قطعاً وأيضا لو كان خبرا لكان ماضيا للاتفاق على أنه لم يرد عليه ما يغيره إلى غير الإنشاء، وعلى أنه ليس خبرا في معنى الحال ولأنه لو كان مستقبلا لم يقع كما صرح به.

وأما انتفاء اللازم فلأنه لو كان ماضيا لم يقبل التعليق، لأنه توقيف أمر على أمر وإنما يتصور فيما لم يقع بعد لكنه يقبله إجماعا.

وأیضا فإننا نقطع بالفرق بينه خبرا وإنشاء، ولذلك لو قال للرجعية طلقتك، سئل فإن أراد الإخبار لم يقع طلاق آخر، وإن أراد الإنشاء وقع بخلاف البائن فإنه لا يقع وإن أراد الإنشاء لعدم القبول المحل له فلا يكون للسؤال فائدة.

وقد أجاب العضد عن بما يدق ويفتقر إلى فضل تأمل، وما أشار إليه المقري من تلفيق الشهادة في الأقوال كما في الصورة التي ذكر دون الأفعال يتبين بقوله بعد بالقرب.

قاعدة: مشهور مذهب مالك تلفيق الشهادة في الأقوال ونفيه في الأفعال، وفي القول والفعل قولان مشهوران فمن نظر إلى محصولها لفق، ومن نظر إلى اختلاف الأسباب ومر المواطن لم يلفق، ومن فرق رأي القول إقرارا فهي إخبارات ترجع إلى مقصود واحد والأفعال متباينة لا يتحد مقصودها ولا

يجتمع منها فعل واحد فإن كان الأصل قولاً وموجب الحكم بالطلاق فعلاً كمن حلف أن لا يدخل دار عمرو بن العاص فشهد شاهد أنه دخلها في رمضان وآخر في ذي الحجة فالمشهور التلفيق اعتباراً للطلاق انتهى.

ويزداد بياناً بكلام القرافي: في الفرق التاسع والستين والمائة بين قاعدة ضم الشهادة في الأقوال وقاعدة عدم الشهادة في الأفعال.

البقري في اختصاره للفروق: القاعدة التاسعة عشرة في ضم الشهادات قال اللخمي: تضم الشهاداتان في الأقوال والأفعال أو إحداهما قول والآخر فعل.

وقيل: لا تضمنان مطلقاً وقيل: تضمنان في الأقوال فقط وقيل: تضمنان إذ كانتا على فعل فإن كانت إحداهما على قول والأخرى على فعل فلا، وهذه كلها لمالك رضي الله عنه واعتمد الأصحاب في الفرق بين الأقوال والأفعال أن الأقوال يمكن تكررها ويكون الثاني خبراً عن الأول والأفعال لا يمكن تكررها إلا مع التعدد، وهذا الفرق فيه بحث، وذلك أن الأصل في الاستعمال الإنشاء وتعدد المعاني، بتعدد الاستعمال حتى يدل دليل على التأكيد ومقتضى هذه القاعدة ضم الأقوال والأفعال لكن عارض هذه القاعدة قاعدة أخرى، وهي:

أن الأصل قولنا أنت طالق وأنت حر الخبر عن وقوع الطلاق والعتاق قبل زمن النطق وكذلك بعت واشتريت وسائر صيغ العقود وإنما ينصرف لاستجداد هذه المعاني بالقرائن، أو النقل العربي فيحمل القول الثاني على

الاجبار في المرة الثانية مجملا بقاعدة ترجيح الاصل الذي هو الخبر والحمل على الأصل أولى ، ولذلك شبه الأصل بما لو أقر بما في مجالس فإنه لا يتعدد عليه ما أقر به اما لو فرضنا كل واحد من الشاهدين صمم على الإنشاء فيما سمعه كانت الأقوال كالأفعال وبالجمله من غلب عليه ملاحظة الإنشاء لم يضم في الأقوال ومتى لاحظ الإنشاء ولاحظ الخبر وأنه الأصل ضم في الأقوال، وأما الأفعال فيبين أنه لا يكون الثاني عن الأول ولا يمكن لأنه لا يصح أن يكون خبرا عنه فإن الخبر من خصائص الأقوال فصار مشهودا به آخر، وأما عدم الضم إذا كانت إحداهما قولا والأخرى فعلا، فإن الضم إنما يكون في جنس واحد وضم الشيء إلى جنسه أقرب من ضمه إلى غير جنسه .

تفريع: قال اللخمي: لو شهد أحد الشهود بالثلاث قبل أمس والثاني باثنتين أمس، والثالث بواحدة اليوم لزم الثلاث لأن ضم الثاني للأول يوجب اثنتين قبل سماع الثالث فلما سمع الثالث ضم لهما فلزمت الثلاث، وكذلك لو شهد الثاني بواحدة والآخر باثنتين، لأن الثاني مع الأول طلقتان فيضم لها طلبة الآخر.

وكذلك لو شهد الأول باثنتين والثاني بثلاث والآخر بواحدة: هذا كله إذا علمت التاريخ، فإن جهلت فيحلف في لزوم الثلاث أو اثنتين، لأن الزائد عليهما من باب الطلاق بالشك.

قال أبو حنيفة: إذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بأكثر لم يحكم بشيء لعدم كمال الشهادة فلو شهد أحدهما ببائنة والآخر برجعية صححت الشهادتان،

لأن الاختلاف هاهنا إنما هو في الصفة.

قال مالك في المدونة: إذا شهد أحدهما أنه قال في رمضان: إن فعلت كذا فامرأتي طالق، وشهد الآخر أنه قال ذلك في صفر، وشهد عليه أو غيرهما بالفعل بعد صفر طلقت لاتفاقهما على التعليق والمعلق عليه، كما لو اتفقا على المقر به وله، واختلفا في زمن الإقرار.

وإن شهدا في مجلس التعليق وشهد أحدهما أنه فعل يوم الجمعة الشرط، والآخر أنه فعله يوم السبت طلقت، لاتفاقهما على التعليق ووقوع الشرط، وكذلك لو نسبا قوله لمكانين، وهذا بناء على أن القول الثاني خبر لا إنشاء فلو صمم كل واحد من الشاهدين على الإنشاء لم يكن ضم.

قال الإمام أبو القاسم بن الشاط على قوله: واعتماد الأصحاب - إلى قوله - والحمل على الأصل أولى، ما قاله صحيح بناء على ما أصل إلا ما قاله من أن أصل قوله أنت طالق، وأنت حر، الخبر عن وقوع الطلاق والعتاق قبل زمان النطق، فإنه ليس بصحيح فإن الخبر باسم الفاعل المطلق لا يكون إلا للحال.

وقال على قوله: ولذلك شبه الأصحاب - إلى قوله - لا يتعدد عليه ما أقر به، إنما لم يتعدد عليه ما أقر به لاحتمال تكرار الإقرار بمال واحد مع أن الأصل براءة الذمة من الزائد، وكذلك ما نحن فيه من قوله عبدي فلان حر ثم كرر ذلك القول فإنه يحمل على أن الثاني خبر عن الأول بناء على ما أصله من أن الأصل الخبر فيكون حينئذ الشاهدان شهدا على شيء واحد،

وهو إنشاء العتق في العبد الذي سمي .

ثم قال ابن الشاط معترضاً: لا أدري ما الحامل على تكلف تقدير كون القول الثاني خبراً عن الأول مع أنه لو تبين بقريئة مقاله أو بقريئة حاله أنه يريد بقوله الثاني تأكيد الإنشاء لعتق ذلك العبد لكملة شهادة الشاهدين بذلك العتق وكذلك لو بين بالقرائن أن القول الأول خبراً على أنه كان عند عقد عتقه والقول الثاني أيضاً كذلك لحصلت شهادة الشاهدين على إقراره بعتقه فلا فرق إذا بين ما إذا كان القولان إنشاءً أو كانا خبراً أو كان أحدهما خبراً والآخر إنشاءً من حيث أن المقصود وهو وقوع عتقه إياه قد حصل على كل تقدير من تلك التقادير، نعم إذا تبين بالقرائن أو احتتمل أن القول الثاني تأسيس إنشاء كالأول فيها هنا لا يصح ضم الشهادتين المختلفتي التاريخ، لأنه لا يكون على عقد العتق إلا شاهد واحد وهو الأول، وأما الثاني فإنما شهد بما لا يصح عقد العتق به، لأن العتق لا ينعقد فيمن تقدم عتقه .

وقال على قوله: أما لو فرضنا كل واحد من الشاهدين صمم على الإنشاء فيما سمعه - إلى قوله - حرفاً حرفاً، لا أحسب ما بني عليه الفرق من كون القول الثاني خبراً عن الأول صحيحاً بل الذي ينبغي أن يكون أصلاً في هذه المسائل سواء كانت قولاً أو فعلاً أم كيف ما كانت أن ينظر إليها فإن قبلت الضم ضمت وإلا فلا ففي القول بمسألة الإقرار بمال كمن يقول في رمضان لفلان عندي دينار فسمعه شاهد، ثم يقول في شوال لفلان عندي دينار فسمعه آخر فلا شك أن هذا الموضع يقبل الضم، فتكمل الشهادة ويقضى عليه بالدينار، وفي الفعل كمن يشرب الخمر في شوال فيشاهده شاهد، ثم



يشربها في ذي القعدة، فيشاهده آخر، فلا شك أن هذا الموضوع يقبل الضم، فإن الشاهدين هنا قد اجتمعا على مشاهدتهما إياه بشرب الخمر فتكمل الشهادة فيلزم الحد، أما القول الذي لا يقبل الضم فكما إذا قال: في رمضان عبدي فلان حر على قصد تأسيس الإنشاء لعنته فشهد عليه بذلك شاهد ثم كرره ثانيا على قصد تأسيس الإنشاء فشهد عليه بذلك شاهد وتعذر قبول الضم هنا من قبل أن العتق لا يتعدد وأما الفعل الذي لا يقبل الضم فكما إذا شهد شاهد أنه شاهد زيدا قتل عمرا في شوال وشهد آخر أنه قتله في ذي القعدة، وتعذر قبول الضم هنا من قبل أن القتل لا يتعدد وعلى ما تقرر تشكل المسألة التي نقل عن مالك - رحمه الله - من أنه إذا شهد أحد الشاهدين أنه طلقها بمكة في رمضان وشهد الآخر أنه طلقها بمصر في صفر طلقت من حيث إن المدة التي بين رمضان وصفر أكثر من مدة العدة فعلى تقدير قصد تأسيس الإنشاء فالقول الثاني لا يتقيد به طلاق، لأنها قد انحلت عصمته عنها قبل هذا التاريخ بمقتضى شهادة الأول، وعلى تقدير قصد الخبر فالقول الثاني يبعد اطلاع الشاهد على هذا القصد لاحتمال القول الثاني قصد تأسيس الإنشاء وقصد تأكيده، وقصد الخبر وترجيح قصد الخبر بأنه الأصل لا يخفي ضعفه والله تعالى أعلم.

وما قاله بعد حكاية أقوال لا كلام فيها، وما قاله من الحمل على الخبر فهو بناء على أصله وما قاله فيما إذا شهد بالإنشاء صحيح، والله تعالى أعلم.

من والحد لا يلزم لمن إن شهد      غير به تمت وإلا فاعتمد  
على اليمين وكذا جهل العدد      بينة أو نسب وقد ورد

الرد فيهما .....

شيء القرافي: قال ابن يونس لو شهدوا بالأرض ولم يحدوها، وشهد  
آخرون بالحد دون الملك.

قال مالك: تمت الشهادة وقضي بهم لحصول المقصود من المجموع.

قال ابن حبيب: إن شهدت بغصب الأرض ولم يحدوها قيل للمدعي حدد ما غصب منك واحلف عليه.

قال مالك: وإن شهدت بالحق وقالت لا تعرف عدده قيل: للمطلوب قر بالحق، واحلف عليه، فيعطيه ولا شيء عليه غيره، فإن جحد قيل للطالب، إن عرفته أحلف عليه وخذه.

فإن قال: لا أعرفه أو أعرفه ولا أحلف عليه سجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه، فإن لم يحلف أخذ المقر به وحبس حتى يحلف، وإن كان الحق في دار حيل بينه وبينها حتى يحلف ولا يحبس لأن الحق في شيء بعينه.

قال الباجي في المنتقى: وعن مالك ترد الشهادة بنسيان العدد وجهله لأنه نقص في الشهادة.

قال الباجي: نقصان بعض الشهادة يمنع من أداء ذلك البعض إلا في عقد البيع والنكاح، والهبة، والحبس والإقرار ونحوه مما لا يلزم الشاهد حفظه بل مراعاة الشهادة في آخره وكذلك جميع تسجيلات الحاكم لا يلزم حفظها عند الأداء لأنه يشهد بما علم من تقييد الشهادة انتهى.

وقال في المنهج الفائق: الباب الرابع عشر في ذكر العقود التي ليس على الشاهد قراءتها ولا حفظ ما فيها: اعلم أن الشاهد ليس عليه من قراءة العقود

التي فيها المقالات إلا عقود الاسترعاءات، وأما ما أشهد عليه من عقود الإقرار، والمبايعات فليس عليه قراءتها ولا حفظ ما فيها وحسبه أن يتصفح منها عقود الإشهاد فيجوز له أن يؤدي شهادته على ما أشهد فيه ولم يعرف ما في الكتاب ولا عدد المال.

وفي البيان قال ابن القاسم: يجوز أن تشهد بما في الكتاب وإن لم تحفظ ما فيه إذا قرئ عليك لأن حفظه متعذر إذا كنت من أهل اليقظة بما في الكتاب إذا قرئ عليك، وهذا في الاسترعاء وأما ما أشهد به المتعاملان على أنفسهما فليس عليك أن تقرأه ولا يقرأ عليك وتكفيك أن تذكر أنهما أشهداك على ما في هذا الكتاب، ويستحسن للعالم القراءة لثلا يكون فيه فساد فيزيله.

وفي طرر الشيخ أبي إبراهيم: ومن أتى بوثيقة يشهد فيها فليُنظر في آخرها فإن كان فيه شهد عليهما بذلك من عرفها فهي وثيقة استرعاء فلا يشهد حتى ينظر جميعها ويعرف ما فيها، وإلا فلا يشهد، وإن وجد فيها شهد عليهما بذلك من أشهداه به على أنفسهما فليشهد وإن لم يعرف ما فيها لأنه إنما يشهد على ما قاله.

وعن أبي زرب: إذا انعقدت الوثيقة على إشهاد المشهودين لهم بالاتباع والصدقات ونحو ذلك فلا ينبغي أن يؤخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة وحسبهم أن يقولوا: إن شهادتهم الواقعة فيها حق وأنهم يعرفون المشهودين لهم وإذا بنيت الوثيقة على معرفة الشهود كعقود الاسترعاء يشهد المسمون في هذا الكتاب من أشهد أنهم يعرفون كذا وكذا ورأى الحاكم ريبة توجب الاستنابة فينبغي له أن يقول لهم ما تشهدون به فإذا نصوا شهادتهم بالسنتهم

على ما في الوثيقة نفذت وإلا ردها وليس في كل موضع ينبغي له أن يفعل هذا بكل الشهود وإنما ينبغي له أن يفعله بمن يخشى عليه الخديعة من الشهود، قال: وربما فعلته.

وفي الجزيرية: يجوز للشاهد أن يضع اسمه في وصية مطبوعة وإن لم يعرف ما فيها إذا كان المشهد عدلا، وكشف له عن قوله شهد إلى التاريخ، وبه قال من التابعين سالم والحسن وقاله إسماعيل القاضي، وأباه أبو قلابة مخافة أن يكون فيها جور.

الرعي: هل للشاهد أن يضع شهادته في كتاب طبع المشهد عليه، ف قيل: بجوازه مطلقا، وقيل: بقصره على الوصية إذا كان الموصي عدلا ويكون انتهاء الختم إلى موضع الإشهاد ليكون الشاهد على يقين من اتصال شهادته بالمشهود فيه ومن تقوية هذه الشهادة أن تستقر بنسخة منها مختومة عند الشاهد، فقد قال مالك: على أي شيء يشهدون إذا لم يكن عند كل واحد نسخة منها انتهى ما في المنهج.

وفي مختصر ابن عرفة عن الباجي: أن ما أشهد فيه من العقود لا يلزمه تصفحه ولا قراءته ولا يتصفح منه إلا موضع التقييد قال: ولذا يشهد الحكام بالسجلات المطولة ولا تقرأ وإذا لم تلزمه قرائته حين تقييد الشهادة فإن لا يلزمه ذلك حين الأداء أولى.

وعن ابن رشد قريبا من هذا قال بعد أن ذكر عنه خلافا في لزوم حفظ

الشاهد لشهادة الاسترعاء وتيقنها حرفا حرفا: وأما ما أشهد عليه الشاهد من عقود البياعات والإقرارات فليس على الشاهد أن يقرأها ولا يحفظ ما فيها وحسبه أن يتصفح منها عقد الإشهاد، فيجوز له أن يؤدي شهادته على ما أشهد عليه وإن لم يعرف ما في الكتاب ولا عدد المال إذا عرف المشهدين له على أنفسهم.

ابن عرفة قوله مع الباجي وغيره: أنه يلزم الشاهد قراءة كل الوثيقة خلاف عمل محققي شيوخنا على لزوم قراءتها خوفا أن يكون في الوثيقة عقد فاسد أو مشروط فيه ما يفسده أو ما ظنه المشهد صحيحا وهو غير تام كهفته لابنه الصغير دار سكناه ونحو ذلك، أو ما فيه تلبيس على حكام المسلمين.

قال بعض من لقيناه: إلا أن يعلم الشاهد بقرائن الأحوال أن ما يشهد به قد أبرمه والتزمه فلا تلزم قراءتها، لأنه أمر قد وقع فيشهد به لينفذ فيه حكم الله بفسخه وأدب ملبسه انتهى.

وإنما نقلت هذا ليتبين به ما نقله القرافي عن الباجي في المذهب مع ما فيه من زيادة الفائدة قوله: «والحد لا يلزم لكن إن شهد غير به تمت» أي وتحديد المشهود عليه لا يلزم الشاهد ولا يكون شرطا في صحة شهادته لكن إن شهد غير بالحد تمت الشهادة.

قوله: وإلا فاعتمد على اليمين أي وإن لم يشهد الغير بالحد حدد المطلوب وحلف فإن نكل حدد الطالب وحلف، وكل هذا يشمله قول المؤلف فاعتمد على اليمين.

قوله: «وكذا جهل العدد بينة أو نسيت» ارتفع بينة على انه فاعل المصدر وهو جهل أضيف بالمفعول وكمل بالفاعل ونسيت معطوف على الجهل، والمعنى أن البينة إذا شهدت بحق وجهلت عدده، أو نسيت فكما إذا شهدت بالأرض ولم تحد فإن شهد الغير بالعدد تمت الشهادة وإلا فاليمين على ما سبق، قوله: «وقد ورد الرد فيهما» يعني رد الشهادة في الجهل والنسيان بمعنى أنه ورد عن مالك، وهذا إشارة إلى ما نقل الباجي عن مالك في نسيان العدد أو جهله، ويلزم مثله في نسيان الحد، أو جهله والله تعالى أعلم.

ص ..... ورد مثبتا أو جامعا نفيا له كما اتى  
في حصر وارث وملك وتزرد ألفاظ أخبار على الإنشاء اعتمد

ش القرافي: في الفرق السابع والعشرين والمائتين: الشهادة قسمان تارة يكون مقصودها مجرد الإثبات فيقتصر عليه نحو أشهد أنه باع ونحوه، وتارة يكون المقصود الجمع بين النفي والإثبات وهو، الحصر فلا بد فيه من التصريح بهما في العبارة وقال مالك في التهذيب: ولا يكفي أنه ابن للميت حتى يقولوا في حصر الورثة: لا نعلم له وارثا غيره وكذلك هذه الدار لأبيه أو جده حتى يقولوا: ولا نعلم خروجها عن ملكه إلى الموت حتى يحكم بالملك في الحال فإن قالوا هذا وارث من ورثة آخرين أعطي هذا نصيبه وترك الباقي بيد المدعى عليه حتى يأتي مستحقه، لأن الأصل دوام يده، ولأن الغالب قد يقر له بها.

قال سحنون: وقد كان يقول غير هذا وعن مالك ينزع عن المطلوب لتيقنها لغيره، فإن قالوا: لا نعرف عدد الورثة لم يقض لهذا بشيء لعدم تعيينه ولا

ينظر إلى تسمية الورثة وتبقى الدار بيد صاحب اليد حتى يثبت عنده الورثة  
لئلا يؤدي لنقض القسمة وتشويش الأحكام.

قوله: «ورد مثبتا أو جامعا نفيا له» أي ورد الشهادة في حال كونك مثبتا أو  
جامعا نفيا للإثبات.

قوله: «كما أتى في حصر وارث ملك» هما مثالان للجميع بين النفي  
والإثبات وأشار بالملك إلى الاستحقاق كما إذا شهدوا باستحقاق زيد دارا  
مثلا فيقولون هذه الدار لأبيه أو جده ولا نعلم خروجها عن ملكه إلى أن  
مات.

قوله: «ولترد ألفاظ إخبار على الإنشاء اعتمد» هذا زيادة بيان لقوله  
واللفظ في الأداء إنشاء وقد مر ما يتعلق به من كلام القرافي، وبحث ابن  
الشاط مع رحمة الله عليهما.

## فصل

من وبيع أم ولد ممنوع      إلا بست بيعها ممنوع  
رهن وتفليس قراض شركه      جناية كوطء من بتـركه

من الأصل منع بيع أم الولد وأجيز بيعها في ست مسائل ستبين بعد.

أبو عمرو بن الحاجب في باب الرهن: ويمنع من الوطء فإن فعل فحملت



فالولد ينسب مطلقاً، ثم إن كان غصباً فكالعتق، أي فيلزمه تعجيل الدين أو قيمة الأمة، إن كان أقل، إن كان ملياً وإن كان معسراً بيعت الجارية بعد الوضع.

ابن يونس: وحلول الأجل، ولا يباع ولدها لأنه حر نسيب، وإن كانت مخلاة تذهب وتجيء في حوائج المرتهن فوطئها الراهن بغير إذنه فالمشهور أن ينتقض الرهن، لأن كونها مخلاة كالإذن في الوطاء، وقيل: كالغصب فتباع دون الولد، واختاره اللخمي، لأن الراهن في كلتا الحالتين ممنوع من الوطاء.

صاحب التوضيح: فائدة: تباع أم الولد هنا يعني في الرهن وفي خمس مسائل.

الأولى: الأمة الجانية إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية وهو عديم فإنها تسلم للمجني عليه.

الثانية: الابن يطاق أمة من تركة أبيه وعلى الأب دين يغترق التركة والابن عديم وهو عالم بالدين حالة الوطاء.

الثالثة: أمة المفلس إذا وقفت للبيع ووطئها وحملت.

الرابعة: أمة الشريكين يطاقها أحدهما وهو معسر.

الخامسة: إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسراً ويمكن أن تجعل هذه المسائل فائدة من وجه آخر، بأن يقال: توجد أمة حامل بحر في ست مسائل.

فإن قلت: فهل يتصور عكس هذا بأن يكون العبد في بطن الحرة؟ قيل: نعم وذلك إذا وطئ العبد جارية له وحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعتقه لها حتى أعتقه، فإن عتق المعتق أمته ماض، وتكون حرة، والولد الذي في بطنها رقيق لأنه للسيد.

قال في الجلاب: فلو أعتقها بعد عتقه لم يعتق حتى تضع حملها انتهى.

وطرر بعض تلامذة المؤلف على قوله قراض، بقوله: وذلك إن العامل إذا وطئ أمة القراض فإنه إن كان ملياً فإنه يؤدي ما ينوب صاحب المال منها، وإلا بيع ما ينوب صاحب المال.

وعلى قوله «شركة» بقوله: مسالة الرسالة في قوله: «والشريك في الأمة لا يطؤها».

قال شيخ شيوخنا الإمام أبو عبد الله محمد بن غازي رحمه الله: وقد أجاد بعض الأذكياء ممن لقيناه إذ نظم النظائر المذكورة في هذا المحل من التوضيح فقال رحمه الله تعالى:

|                          |                         |
|--------------------------|-------------------------|
| تباع عند مالك أم الولد   | للدين في ست مسائل تعد   |
| وهي إن أحب حال علمه      | بمانع الوطاء وحال عدمه  |
| مفلس موقوفة للغرما       | أوراهن مرهونة ليغرمها   |
| أو ابن مديان إماء التركة | أو الشريك أمة للشركه    |
| أو عامل القراض فيما حركه | أو سيد جانية مستهلكه    |
| في هذه ستة تحمل الأمة    | حرا ولا يدرأ عنها ملامة |

والعكس جاء في محل فرد      وهو حمل حرة بعبد  
 في العبد يغشى ماله من معتقه      وما درى السيد حتى أعتقه  
 فالأم حرة وملك السيد      يشمل ما في بطنها من ولد

قوله: بيعها مسموع أي منقول أو مقبول.

من تنجيز عتق في التي قد منعنا      من وطنها مولدها قد سمعنا

شيء أي كل أم ولد يحرم على مولدها وطنها ينجز عتقها على المشهور وهذا لأن معظم ما بقي للسيد في الأمة إذا أولدها الاستمتاع، والخدمة تابعة له، وكذلك إنما يستخدمها الخدمة اليسيرة التي للزوج في الزوجة، ولا وجود للتابع حال عدم المتبوع، وذلك كمن ملك عمته أو خالته أو غيرها ممن يحرم عليه ثم أولدها.

وكأب وطئ أمة ابنه بعد أن وطنها ابنه استولدها أحدهما فتعتق على الابن إن كان قد استولدها قبل وطء والده والأب قد أتلفها عليه بوطنه، فيغرم قيمتها أم ولد، لأننا لو أعتقناها على الأب كنا ناقلين ولاء أم الولد عن استولدها.

وإن كان الابن وطنها ولم تحمل منه ثم وطنها أبوه وأولدها غرم قيمتها أمة وعتقت عليه، وفي كتاب أمهات الأولاد من المدونة: وإذا قومت على الأب أمة الابن وقد حملت منه وكان الابن قد وطنها عتقت على الأب إذا حرم عليه وطنها وبيعها إلى آخر المسألة، وفي النكاح الثلاث منها: ومن وطء أمة له أو لولده ولم تحمل، وامرأته أم لها حرمت عليه، لأنه ممن لا حد عليه فيها،

وهذا مما لا اختلاف فيه، فإن حملت منه الأمة عتقت عليه وكذلك من ملك ذات محرم فوطئها فحملت منه فإنه لا يحد وتعتق عليه إذ حرم عليه ما كان له فيها من المتعة انتهى.

وقوله: وعتقت عليه يريد إن بنى بالأم، وعليه قيمتها للابن.

وفي التوضيح: وإذا حملت منه من هي محرمة عليه عتقت عليه، وفي سماع عيسى لا تعتق عليه وتستخدم بالمعروف صح منه، يعني من هي محرمة عليه بنسب لا يعتق أو صهر ورضاع بخلاف النسب الذي يوجب العتق فإن فيه الحد وحينئذ لا يثبت النسب إلا ان يثبت الحد بالإقرار.

الشيخ ابن عرفة: سمع عيسى بن القاسم: كل من وطئ امرأة بملك يمين ممن تحرم عليه بالرضاع من أم أو غيرها وكل من وطئ امرأة بملك يمين ممن تحرم عليه بالنسب ولا تعتق عليه من عمه أو خالة أو بنت أخت فلا حد عليه في شيء من ذلك، وإن علم أنهم محرّمات عليه، لأنه يجوز له بيعهن واستخدامهن إلا أن يحملن فيلحق به الولد ويجعل عتقهن ومن وطئ شيئاً منهن عامدا عالما بحرمة ذلك عوقب نكالا وبيعت عليه.

وكل من وطئ امرأة بالملك ممن تحرم عليه بالنسب وتعتق عليه بالملك كالبنات والأم والأخت عالما عامدا حد، ولا يلحق به الولد قال ابن القاسم: إلا أن يعذر بالجهالة فلا يحد ويلحق به الولد.

ابن رشد: هذه مسألة صحيحة على ما في المدونة وغيرها لا خلاف في

شيء منها إلا في تعجيل عتق من حملت منه منهن، ومن الناس من قال: يستخدمهن ولا يعتقن عليه، وقع ذلك في رسم الفصاحة من سماع عيسى من كتاب الاستبراء.

قوله: «تنجيز عتق» مبتدأ، وبه يتعلق في التي والخبر قد سمع، أي قبل أو نقل، ومولدها نائب فاعل منع.

من وكل ولد تابع للأمات وفي وصاياها وفي الجنات  
ثلاثة لا يتبعون.....

من الأولاد يتبعون الأمهات إلا ثلاثة، نص على ذلك في كتاب الوصايا الثاني من المدونة، وكتاب الجنائيات منها، فإثنان في الوصايا وهما: ولد الموصي بعثتها بعد الوصية وقبل موت الموصي، وما ولد للموصي بعثته من أمته قبل موت الموصي أيضا وواحدة في الجنائيات وهو: ما ولدته الأمة الجانية بعد الجناية وقبل أن يسلمها سيدها.

قال في الوصايا: الثاني: ومن أوصى لرجل برقبة جنانه أو بأمته، أو بعثتها، فأثمر الجنان عاما أو عامين، أو ولدت الأمة وذلك كله قبل موت الموصي والثلث يحمل الجنان وما أثمر والأمة وولدها فإن الولد والثمرة للورثة دون الموصي له.

وفي الوصايا أيضا: وما ولدت الموصي بعثتها قبل موت سيدها، فهم رقيق وما ولدت بعد موته فهم بمنزلتها بعثت أولادها معها في الثلث أو ما حمل منهم بغير قرعة.

وفي كتاب التدبير: وما ولدت الموصي بعقتها أو ولد للموصي بعته من أمته قبل موت سيدهم فهم رقيق، وما ولد لهم بعد موته فبمنزلتهم.

وقال في كتاب الجنائيات: وإذا ولدت الأمة بعد أن جنت لم يسلم ولدها معها إذ يوم الحكم يستحقها المجني عليه، وقد زایلها الولد قبله ولكن تسلم بمالها وهو قول أشهب في الولد.

قوله: «وكل ولد» مبتدأ وقوله: «تابع للأمامات» هو الخبر، وولد بضم الواو وسكون اللام بمعنى ولد بفتحهما، وقيل: هو جمع له.

وفي التسهيل: وأمها في الأم من الناس أكثر من أمات وغيرها بالعكس قوله: وفي وصاياها وفي الجنات ثلاثة لا يتبعون أي وفي وصايا المدونة يريد الثاني، وفي جنائيات منها وثلاثة، مبتدأ، ولا يتبعون نعت له، والخبر الجار والمجرور قبله، ويحتمل أن يكون الخبر لا يتبعون أي ثلاثة أولاد لا يتبعون أمهاتهم ذكر ذلك أو نص عليه في الوصايا، أو الجنائيات منها.

ص ..... فاعتمدا في كشف شاهد بخمسة شهد

في ردة سرقة ومستحق زنى ومولى فليؤد كالفلق

ش أي يكشف الشاهد عن شهادته في خمسة، الردة والسرقة والاستحقاق والزنا والولاية فأما الزنا والسرقة والردة فكشف الشاهد عن شهادته فيها معروف في المذهب قال أبو عمرو بن الحاجب في باب الشهادات حيث تكلم على شهادة

الزنا: وينبغي للحاكم أن يسألهم، وفي السرقة ما هي وكيف أخذها، ومن أين وإلى أين.

وقال سحنون: إن كانوا ممن يجهل، وقال في الارتداد: وتفصل الشهادة فيه لاختلاف الناس في التفكير.

وأما الاستحقاق فيعني به ما إذا شهد الشهود بالملك ولم يقولوا لا نعلمه باع ولا وهب، فإنه قد اختلف هل تصح شهادتهم أم لا؟ ففي كتاب العارية من المدونة: فإن لم يشهدوا أنهم لا يعلمونه باع ولا وهب حلف أنه ما باع ولا وهب وقضى له به فأمضى شهادتهم، وإن لم يقولوا لا نعلمه باع ولا وهب.

وعن أشهب أن هذه الشهادة تمضي إن لم يوجد سبيل إلى سؤالهم، وأما إن حضروا فسئلوا فأبوا أن يقولوا: لا نعلمه باع ولا وهب فشهادتهم باطلة، ومثله لابن أبي زمنين.

قال في شهادات المقرري: إن هذه الشهادة إذا سقط منها ذلك لم تقبل إلا إذا لم يوجد سبيل إلى سؤالهم، وإن حضروا فسئلوا فأبوا أن يقولوا ذلك فشهادتهم باطلة.

قال ابن رشد: ولا بد من شهادة الشهود بالملك على البت، وأما الزيادة على ذلك أنهم لا يعلمونه باع ولا وهب فهو من كمال الشهادة، ومما ينبغي للقاضي أن يوقف الشاهد على ذلك ويسأله عنه، فإن أبى أن يزيده في شهادته بطلت ولم يصح الحكم بها، وإن قصر القاضي عن توقيف الشهود وسؤالهم حتى ماتوا أو غابوا حكم بشهادتهم مع يمين الطالب، إذ لا يصح للشاهد أن يشهد إلا

مع غلبة الظن أنه لم يبيع ولم يهب فهي محمولة على الصحة انظر رسم سن من الاستحقاق.

وقد تقدم ما في شهادتهم على البت أنه ما باع ولا وهب هل تبطل الشهادة أو لا؟ وأما الولاية ويعني بها التقديم على من ظهر منه سفه فأشار إلى قول ابن رشد: يستفسر الشهود من أين علموا السفه إذا كانوا عالمين بوجوه الشهادة وإن كانوا من أهل البله والغفلة فلا يقبلوا، ذكر ذلك في أحكام ابن حدير.

ومولى من كلام المؤلف يحتمل أن يكون بفتح الميم اسم مصدر، بمعنى الولاية ويحتمل أن يكون بضم الميم اسم مفعول، ووجدت بخط الناظم ما يقتضي أنه مولى بفتح الميم من الولا ونصه: الكشف عن السرقة أن يسألوا عن الكيفية وعن إخراجها من الحرز، وعن الزنا عن صفته وعن الردة عن قول المكفر، وعن المستحق هل باعه أو لم يعلموا ببيعه، وعن المولى من أعتقه فإن لم يكشف الشهود في هذه بطلت شهادتهم وإن غابوا قبل السؤال حكم بشهادتهم، انتهى.

وفي نظائر أبي عمران: المسائل التي يكشف عنها الشهود: الشهادة على الزنا والسرقة لا بد أن يسئلوا عن السرقة كم هي وكيف أخرجت ويكشفوا إذا شهدوا بذلك هل علموا أنه ما باعها أو لم يعلموا، وإن شهدوا على معتق أنه مولى يسئلوا هل أعتقه هو أو أعتقه أبوه، فإن أبوا أن يبينوا ما قدمنا من الكشف، فشهادتهم ساقطة، وإن غابوا قبل السؤال حكم بشهادتهم إن كانوا من أهل العلم والانتباه وإلا لم يحكم بشهادتهم.

وفي تبصرة ابن فرحون حاكيا عن مقنع ابن بطال: فإذا شهدت البينة أن



هذا مولى جد هذا ولم يحدوا المواريث فلا يحتاجها هنا إلى أن الجدمات وورثته ابنه، وأن الأب مات وورثه هذا، ولكن لا بد لأن يشهدوا أنهم لا يعلمون للجد ولدا ذكرا غير أبيه، وإن أقام بينة بأنه أقعد الناس بجمده اليوم وقد مات له مولى، وترك مالا فلا تنفعه الشهادة حتى يقول: أنه أقعد الناس يوم مات المولى.

وفيها أيضا: وإذا شهدت البينة أن فلانا افتري على فلان أو شتمه أو أذاه أو سفهه فلا يجوز ذلك حتى يكشفوا عن حقيقة ذلك إذ قد يظنون صحة ما قالوا وهو على خلاف ما ظنوا، وقاله أصبغ.

قال أصبغ: إلا أن تفوت البينة ولا يقدر على إعادتهم فليعاقب المشهود عليه على أخف ما يلزم في ذلك.

مسألة: وكذلك الشهادة على الزنا واللواط يسألهم الحاكم ويستفسرهم كما يسألهم في السرقة، إلا أن يكون الشاهد مبرزا عالما بوجوه الشهادة، ولا يسألهم عما أكلوا في ذلك المجلس ولا عن لباسهم ونحو ذلك، لأن ذلك من التنعيت.

وفي المجموعة قال ابن القاسم، وأشهب، وعبد مالك: وإذا سأل الحاكم الشهود عن صفة الزنا فأبوا ولم يزيدوا على أن الشهادة عليه بالزنا فلترد شهادتهم وليحدوا.

قال ابن القاسم: لا يحد المشهود عليه إلا بعد كشف الشهادة حتى يدل تفسيرهم أنه الزنا أو يقولوا: مثل المرود في المكحلة، فإن استراب القاضي

من خبر العدول سأله عن غير هذه مما يرجعوا فيه بيانا من اختلاف شهادته.

فصل في الشهادة في السرقة: وإذا شهد الشهود في السرقة فلا تقبل شهادتهم مجملة ولا بد أن يسأل الحاكم الشاهدين عن السرقة ما هي؟ وكيف أخذها؟ ومن أين أخرجها وإلى أين أخرجها فإن غابا قبل أن يسألهما الحاكم لم يقطع السارق لاحتمال أن يكون ذلك دون النصاب، أو من غير حرز فإن قالوا: إنهما مما يجب فيه القطع وغابا قبل أن يسألهما الحاكم لم يقطع إلا أن يكونا من أهل العلم ومذهبهما مذهب الحاكم.

فصل في نوع مما تقدم: وفي وثائق الغرناطي: لا تقبل الشهادة مجملة في ترشيد أو تسفيه أو ملك أو غبن أو تجريح أو تعديل أو توليج، إلا من أهل العلم، وأما غيرهم فلا تقبل الشهادة منه إلا مفسرة، وكذلك في الكفر لاختلاف الناس في الألفاظ التي يكفر بها.

نوع منه: وإذا قال الشهود: نشهد على فلانة بنت فلان البكر المعنسة بكذا فإنه يحتاج أن يكون الشهود بذلك من أهل العلم بحد التعنيس، لأنه ليس كل الشهداء يعرفون ذلك.

ثم ذكر فصلا في الترشيد والتسفيه قال في آخره: وقد تقدم أن الشهادة في الترشيد والسفه لا تقبل مجملة ولا بد أن تكون مفسرة انتهى.

وفي المنهج الفائق: وأما الأشياء التي لا تقبل فيها الشهادة مجملة فاعلم أن الشهادة المجملة لا تقبل في ملك ولا في غبن ولا في تعديل ولا في تجريح ولا في ترشيد ولا في تسفيه ولا في توليج، ولا في عدم، ولا في كفاءة، ولا في ضرر،

ولا في إسلام، ولا في ردة ولا في قذف ولا زنا، ولا فاحشة ولا غضب ولا فاسد بيع ولا فاسد نكاح، ولا شهادة سماع ولا في طريق مشي ولا في ذكر أخ في وثائق الوراثة، إلا من أهل العلم وأما من غيرهم فلا تقبل إلا مفسرة.

تنبيه: قال ابن العطار: ولا تتم الشهادة في المولود بعد أبيه حتى يشهد الشهود أنه ولد بعده لأمد يلحق به فيه ويكون الشهود من أهل المعرفة بذلك فإن لم يكونوا من أهل المعرفة لم يكن لهم بد من تحديد المدة التي ولد فيها بعد وفاة أبيه.

وقال ابن الفخار: لا بد لهم من تحديد المدة كانوا من أهل ذلك أم لم يكونوا لاختلاف الناس فيها.

قوله: «في ردة» وما عطف عليه بدل من خمسة بإعادة العامل، أي في كشف شاهد شهد في خمسة في ردة - إلى آخرها - ولا أدري لم قرن اعتمد بالفاء إذ لا يتسبب عما قبله، ولعل الواو أليق.

قوله: «فليؤد» أي شهادته كالفلق، أي الفجر الصادق الذي لا شك فيه.

|   |                         |                         |
|---|-------------------------|-------------------------|
| ص | ونسب والحد لن يجتمعا    | إلا بزوجات ثلاث فاسمعا  |
|   | مبتوتة خامسة ومحرم      | وأمتين حرتين فاعلم      |
|   | بشرط علم في جميع ما ذكر | ونفي تسويغ بيت فاذا ذكر |

ش الحد والنسب لا يجتمعان إلا بخمس مسائل.

قال صاحب التوضيح على قول ابن الحاجب في باب الغصب: ويحد

الواطئ العالم والولد رقيق، ولا نسب له.

قال: وهذا بشرط أن تقويم البينة قبل الوطئ على أن الواطئ أقر بعلمه أن الأمة مغصوبة أو تشهد الآن بينة بأنه أقر عندهم قبل الوطئ بعلمه وأما إن لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأنه وطئ عالماً فقال أهل المذهب: يحد لأجل إقراره على نفسه بالزنا ويلحق به الولد لحق الله تعالى، وحق الولد في ثبوت النسب، وهي إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحد وثبوت النسب.

ثانيها: أن يشتري أخته أو من يعتق عليه ويولدها، ثم يقرأ أنه وطئها عالماً بذلك.

ثالثها: أن يتزوج امرأة ويولدها وهي ذات محرم منه إما من نسب أو صهر أو رضاع ثم يقر على نفسه أنه تزوجها عالماً بتحريمها.

رابعها: أن يتزوج امرأة ثم يولدها ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثاً وأنه تزوجها قبل زوج عالماً بالتحريم.

خامسها: أن يتزوجها ويولدها ثم يقر أنه له أربع نسوة غيرها وأنه تزوجها عالماً بتحريمها.

وليس ذكر هذا على طريق الحصر بل الضابط فيه أن كل حد ثبت بالإقرار وسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت معه، وكل حد لازم لا يسقط بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت انتهى.

وفي نوازل البرزلي وسئل ابن رشد عن الخمس مسائل التي يجتمع فيها

الحد ولحوق النسب .

فأجاب عنها: بأنها الرجل يشتري الأمة فيولدها ثم يقر بحريتها وشرائها مع علمه بحريتها، أو يشتري الأمة، ويولدها ثم يقر بأنه اشتراها عالماً بأنها ممن تعتق عليه، ووطئها عالماً بذلك وبعدم حليتها، أو يتزوج المرأة ويقر أنه طلقها ثلاثاً وعلم أنها لا تحل له إلا بعد زوج ووطئها وأولدها كذلك .

أو يشتري الأمة ويطأها وهو يعلم أنها لا تحل له وكذا يتزوج المرأة ويطأها ويعلم أنها لا تحل له بنسل أو رضاع مع علمه بعدم حلية ذلك .

أو يتزوج المرأة ثم يقر أنها خامسة ويطأها وهو يعلم أنها لا تحل له وإنما ثبت النسب في هذه المسألة لان ظاهر الحكم يعطيه، ووجب الحد بما أقر به على نفسه مما يوجب، ولا يسقط ما ثبت من نسب الولد بقوله وكذلك كل ما في معنى هذه المسائل إذ لا حصر فيها، وإنما ذكرت لكونها أمهات مسائل يقاس عليها، وضابطه أن كل حد يجب بالإقرار ويسقط بالرجوع فالنسب معه ثابت وكل ما لا يسقط من الحدود بالرجوع عنه فلا يثبت النسب فيه انتهى .

وجواب ابن رشد هذا هو الذي نظم المؤلف لا ما في التوضيح لقوله: «وأمتين حرتين» لأن الأمة الأولى في كلام التوضيح ليست بحرة، والتحقيق هو ما في النوازل والتوضيح، وذكر بعض أصحاب النظائر أنها أربع ثلاث منها من الخمس المذكورة .

فقال في باب نظائر مسائل تجتمع فيها الحدود والنسب وذلك أربع مسائل من ذلك: من تزوج أخته من الرضاعة، فولد معها أولادا وهو عالم بتحريم ذلك أنه يحد ويلحق به الولد.

ومسألة: من تزوج أم امرأته بعد أن ماتت الابنة وهو عالم بتحريم ذلك، أنه يحد ويلحق به الولد.

ومسألة: من اشترى حرة وهو عالم بأنها حرة فوطئها فحملت منه، فإنه يحد ويلحقه الولد وإذا لم يعلم في الأخت من الرضاعة وفي الأم بتحريم ذلك لكان لا حد عليه ويلحقه الولد.

ومسألة: من أمر لرجل أن يشتري له جارية من بلد من البلدان، فشتراها له فأرسل إليه بجارية غير التي اشتراها له فوطئها وهو عالم انها ليست بجاريته التي اشتراها له فوطئها أنه يحد ويلحقه الولد وعليه قيمتها امة، فاعلمه انتهى.

والثلاث الأولى داخلة في الاثنتين من الخمس، والرابعة داخلة في الضابط قوله: «ونفي تسويغ بيت» نفي بالخفض عطفًا على علم وبالجذر للظرفية، والتسويغ في المبتوتة بأن يتزوجها بعد زوج على الشروط المعلومة.

## فصل

من سكوت سيد الـورى محمد وقوله وفعلاه الأبد  
أو ما عليه قد أقر سنة والمحدثات بدعة لكنه

|                         |                           |
|-------------------------|---------------------------|
| تجب إن شملها أدلتها     | كالكتب والضد بدت أمثلته   |
| يندب ما دليله قد عمه    | كمركب ولبسه الأئمة        |
| وكترواح وما قد شمله     | دليل كره كهو كالمفضلة     |
| تخص بالنوع من التعبدات  | وكالزيادة على المحددات    |
| مما استحب ويباح ما شمل  | دليله كمنخل مما نقل       |
| حاصلها استنادها لما شهد | الشرع باعتباره فلتعتمد    |
| عليها وإغائه عنه يصد    | أو لم يكونا فإباحة وقد    |
| قال تقي الدين قول عمرا  | ذي بدعة نعمت وقول من يرى  |
| تقسيمها أي لغة وقوله    | صلى عليه الله صح نقله     |
| وكل بدعة ضلالة نعم      | شرعا لما استناده قد انعدم |
| وما دليل فرضه أو ندبه   | باد فليس بدعة فإنتبه      |
| كجمع مصحف وكشكل ونقط    | نقش كدرهم ثريا وبسط       |
| مع مسمع وشبهها فقد      | أحدثها السلف نعم ما ورد   |

هي السنة لغة: الطريقة والعادة وهي في الاصطلاح مشتركة بين نوع من العبادات، ونوع من الأدلة فالسنة في العبادات النافلة التي واظب عليها النبي ﷺ أو فهم منه الدوام لو تكرر سببها كصلاة الكسوف وزاد بعضهم وأظهرها في الجماعة وينبني عليه الخلاف في ركعتي الفجر.

والسنة من الأدلة، وهي المراد هنا: ما صدر عن النبي ﷺ غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير بهذا عرفها بعض المحققين، وزاد المؤلف قيد الأبد، احترازا من المنسوخ، فإنه لا يستدل به وقد أحال هذا الرسم في طرة على

هذا المحل بخطه، على فروق القرافي، ولفظه: انظر القواعد والفروق انتهى.  
ولم أقف عليه لكنني لم استوعبها مطالعة كما ينبغي وزيد التقرير، لأنه  
ﷺ لا يقر أحدا على باطل لوجوب العصمة، وبالتواتر استدل على طهارة  
فضلاته عليه السلام لإقراره شاربه بوله ﷺ.

الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: كل ما أمن تجده مما لا يتوقف عليه  
حكم بتجدد فلا ينبغي التبعض ولا التفريع عليه بل لا يجوز جعله مورد  
الظنون عندي، لأن الظن إنما يجوز اعتماده حيث يدل العلم عليه وتدعو  
الضرورة إليه وقد أكثر الشافعية من أحكام فضلات رسول الله ﷺ،  
وأنكحته وزواجه بما خرج من حيز الفضل إلى حيز الفضول، وفتنة اللسان  
أكبر من محنة الحصر، والمعلوم أنه كان يتوقى من نفسه ما أمر بتوقيه من  
غيره، ثم لم ينكر من شرب بوله بعد النزول لما غلبه من حسن قصده مع أمنه  
من اعتماد خلاف الحكم، ألا ترى قوله للأخر "زادك الله حرصا ولا تعد"  
قوله: "سنة" خبر سكوت قوله: "والمحدثات بدعة" هو مأخوذ من قوله ﷺ  
: "إياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة، وكل  
ضلالة في النار" فكل ما كان في كتاب الله تعالى وسنة نبيه محمد ﷺ أو عليه  
عمل الصحابة رضي الله عنهم والتابعين لهم بإحسان فهو دين الله تعالى يدان  
به، وما خالفه فهو بدعة وضلالة، وأنشد بعضهم:

وخير أمور الدين ما كان سنة      وشر الأمور المحدثات البدائع

قوله: «لكنه تجب إن شملها أدلة» - الأبيات الخمسة - هذا الكلام مأخوذ



من كلام القرافي: في الفرق الثاني والخمسين والمائتين بين قاعدة ما يحرم من البدع وينهي عنه، وبين قاعدة ما لا ينهي عنه منها، قال رحمه الله:

اعلم أن الأصحاب فيما رأيت متفقون على إنكار البدع نص على ذلك ابن أبي زيد وغيره، والحق التفصيل، وأنها خمسة أقسام:

قسم واجب: وهو ما تناولته قواعد الوجوب وأدلته من الشرع، كتدوين القرآن والشرائع إذا خيف عليها الضياع فإن التبليغ لمن بعدنا من القرون واجب إجماعاً وإهمال ذلك حرام إجماعاً، فمثل هذا النوع لا ينبغي أن يختلف في وجوبه.

والقسم الثاني: محرم وهو كل بدعة تناولتها قواعد التحريم وأدلته من الشريعة كالمكوس والمحدثات من المظالم والمحدثات المنافية لقواعد الشريعة كتقديم الجهال على العلماء وتولية المناصب الشرعية لمن لا يصلح لها بطريق التوارث، وجعل المستند في ذلك كون المنصب كان لأبيه وهو في نفسه ليس بأهل.

القسم الثالث: من البدع مندوب إليه وهو ما تناولته قواعد الندب وأدلته كصلاة التراويح وإقامة صور الأئمة والقضاة وولاية الأمور على خلاف ما كان عليه الصحابة رضوان الله عليهم بسبب أن المقاصد والمصالح الشرعية لا تحصل إلا بعظمة الولاية في نفوس الناس وكان الناس في زمن الصحابة رضوان الله عليهم معظم تعظيمهم إنما هو بالدين وسابق الهجرة حتى اختل النظام وذهب ذلك القرن وحدث قرن آخر لا يعظمون إلا بالصور فتعين

تفخيم الصور كي تحصل المصالح، وكان عمر رضي الله عنه يأكل خبز الشعير والملح ويفرض لعامله نصف شاة كل يوم لعلمه بان الحالة التي هو عليها لو عملها غيره لهان في نفوس الناس ولم يحترموا عليه، وتجاسروا عليه بالمخالفة فاحتاج إلى أن يضع غيره في صورة أخرى تحفظ النظام.

وكذلك لما قدم الشام وجد معاوية بن أبي سفيان قد اتخذ الحجاب، واتخذ المراكب النفيسة، والثياب الهائلة العلية، وسلك ما سلكه الملوك، سأله عن ذلك فقال له: إنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا فقال له: لا أمرك، ولا أنهاك.

ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسنا أو غير محتاج إليه فلا يكون حسنا فدل ذلك من عمر وغيره أن أحوال الأئمة وولاية الأمور تختلف باختلاف الأمصار والأعصار، والقرون والأحوال فلذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديما وإنما وجبت في بعض الأحوال.

القسم الرابع: بدع مكروهة، وهي ما تناولته، أدلة الكراهة من الشريعة وقواعدها كتخصيص الأيام الفاضلة أو غيرها بنوع من العبادة وكذلك في الصحيح خرجه مسلم وغيره أن رسول الله ﷺ: "نهى عن تخصيص يوم الجمعة بصيام أو ليلته بقيام" ومن هذا الباب الزيادة في المندوبات المحددات كما ورد في التسبيح عقب الفريضة ثلاثة وثلاثين، فيفعل هو مائة، وورد

صاع في زكاة الفطر، فيجعل عشرة أصع فأظهار الزيادة فيها، إظهار الاستظهار على الشراع وقلة أدب معه، بل شأن العظماء إذا حددوا شيئاً وقف عنده وعد الخروج عنه قلة أدب، والزيادة في الواجب أو عليه أشد في المنع لأنه يؤدي إلى أن يعتقد أن الواجب هو الأصل والمزيد عليه، ولذلك نهى مالك رضي الله عنه عن إيصال ستة أيام من شوال لثلا يعتقد أنها من رمضان.

وخرج أبو داود: أن رجلاً دخل إلى مسجد رسول الله ﷺ فصلى الفرض وقام ليصلي ركعتين، فقال له عمر بن خطاب رضي الله عنه: اجلس حتى تفصل بين فرضك ونفلك، فبهذا هلك من كان قبلنا، فقال له رسول الله: "أصاب الله بك يا ابن الخطاب".

يريد عمر أن من قبلنا وصلوا النوافل بالفرائض واعتقدوا الجميع واجباً، وذلك تغيير للشرائع، وهو حرام إجماعاً.

القسم الخامس: البدع المباحة وهي ما تناولته أدلة الإباحة وقواعدها من الشريعة كاتخاذ المناخل للدقيق، ففي الآثار أن أول شيء أحدثه الناس بعد رسول الله ﷺ اتخاذ المناخل لأن تليين العيش وإصلاحه من المباحات فوسائله مباحة فالبدعة إذا عرضت تعرض على قواعد الشرع وأدلتها فأى شيء تناولها من الأدلة والقواعد ألحقت به من إيجاب أو تحريم أو غيرهما وإن نظر إليها من حيث الجملة بالنظر إلى كونها بدعة مع قطع النظر عما يتقاضاها كرهت فإن الخير كله في الاتباع والشر كله في الابتداع.

ولبعض السلف الصالح يسمى أبا العباس الأبياني من أهل الأندلس:

ثلاث لو كتبن في ظفر لوسعهن، وفيهن خير الدنيا والآخرة، اتبع لا تبتدع، اتضع لا ترتفع من تورع لا يتسع انتهى.

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: القرافي: الأصل في البدع الكراهة إلا أن تتناولها قاعدة غيرها من الأحكام من غير معارض يرد إلى الأصل فيلحق بالمتناول إن اتحد أو بأقوى المتناولين إن تعدد.

قوله: "لكنه" أي الأمر والشأن، قوله: "إن شملها أدلته" أي إن شمل المحدثات أدلة الوجوب. قوله: "كالكتب" هو مصدر بفتح الكاف، أي كتب القرآن، والشرائع، وفي طرة بخط المؤلف: أي ككتب الكتب قوله: "والضد بدت أمثله" أي ضد الواجب وهو الحرام ظهرت أمثله.

قوله: "يندب ما دليله قد عمه" أي يندب ما دليل النذب قد شمله.

قوله: "كمركب ولبسة الأئمة" أي كمركب الأئمة ولبستهم، كانت الإمامة كبرى أو صغرى، وكركب منون لوقوع التنوين موقع نون مفاعلي وهي من وتد فلا تزحف ولولا هذا المانع لجاز الحذف لوجود الشرط.

قوله: "وما قد شمله دليل كره كهو" أي والذي قد شمله دليل الكره من المحدثات كالمكروه فما مبتدأ والخبر كهو قوله: "كمفضلة تختص بالنوع من التعبدات" أي كالأيام أو الليالي المفضلة تختص بنوع من العبادة، كتخصيص يوم الجمعة بصيام أو ليلته بقيام، أو يقدر كالأزمة المفضلة، وفي

بعض النسخ أدلة الكره كهو كالفاضلة والتي كتبناها هي اللائقة لاشتمال هذه على سناد التأسيس، وكهو، في هذه بضم الهاء وسكون الواو و في التي كتبناها بسكون الهاء.

قوله: "وكالزيادة على المحددات" أي مما استحب كما إذا زيد على التكبير والتحميد والتسبيح بأثر الصلاة، واحترز بقوله مما استحب من الزيادة على الواجب فإنه قد يحرم كزيادة ركعة أو أكثر في صلاة من الخمس، وقد يكره كصيام ستة من شوال.

قوله: "ويباح ما شمل دليلها كمنخل" أي ويباح من المحدثات ما شمله دليل الإباحة كمنخل الدقيق، وأشار بقوله: "مما نقل" إلى الأثر المذكور أولا وهو: أول شيء أحدثه الناس بعد رسول الله ﷺ اتخاذ المناخل، أي كمنخل كائن مما نقل من المحدثات.

قوله: "حاصله - إلى قوله - وقد" أصل هذا الكلام للشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - أي حاصل المحدثات أو البدع، قال في الجواب له على حكم الدعاء عقب الصلاة على الهيئة المعهودة في هذه الأعصار: وأما البدع فقد تكلم الناس عليها متقدم ومتأخر، كالقرافي وعزالدين، وقسموها إلى أقسام، والحاصل استنادها إلى ما حكم الشرع بإلغائه واعتباره، وما ليس بواحد منهما ومجال النظر في جزئيات المسائل هذا كلامه ومعناه ما قاله المؤلف أن المستند إلى ما شهد الشرع باعتباره يعتمد عليه لكونه واجبا أو مندوبا، والمستند إلى ما شهد الشرع بإلغائه يصد عنه لكونه حراما أو مكروهاه وما ليس بواحد منهما يباح

قوله: "وقال تقي الدين" - إلى آخره - هو تقي الدين ابن تيمية قال البرزلي أثناء كلامه على حكم الدعاء عقب صلاة الفرض على الهيئة الاجتماعية: قال تقي الدين بن تيمية في قوله في الصحيح: قال عليه السلام في خطبته: "خير الكلام كلام الله وخير الهدى هدى محمد ﷺ، وشر الأمور محدثاتها وكل بدعة ضلالة" قال: "البدعة ما لم يقم عليه دليل شرعي على أنه واجب أو مستحب سواء فعل على عهده أو لم يفعل، وبالعكس كإخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب، وقتل الترك لما مفعولا بأمره لم يكن بدعة وإن لم يكن مفعولا على عهده وكذا جمع القرآن في المصاحف والإجماع على قيام رمضان، ومثل ذلك مما ثبت وجوبه أو استحبابه بدليل شرعي: وقال عمر في التراويح: "نعمت البدعة هذه" أي هذه بدعة في اللغة، لأن البدعة في اللغة ما فعل على غير مثال كما قال الله تعالى: ﴿ما كنت بدعا من الرسل﴾ وليست بدعة في الشريعة، فإن كل بدعة في الشريعة ضلالة كما أخبر به عليه السلام، ومن قال من العلماء البدعة تنقسم إلى حسن و غيره فتقسيمه في البدعة اللغوية، ومن قال كل بدعة ضلالة فمعنى كلامه البدعة الشرعية، ألا ترى أن علماء الصحابة والتابعين لهم أنكروا الأذان في غير الخمس صلوات كالعيدين وإن لم يكن فيه نهي خاص، وأنكروا استلام الركنتين اليمينين وإن لم يكن في ذلك نهي خاص وكذا الصلاة عقب السعي بين الصفا والمروة قياسا على الطواف.

وكذا ما تركه الرسول مع قيام المقتضى كان تركه سنة وفعله بدعة مذمومة،

ومعنى ذلك إذا كان المقتضى التام موجودا في حياته كوجوده بعد كإخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب، وما تركه لوجود المانع كالاتحاد في صلاة التراويح يدخل في ذلك فإن المقتضى التام عدم المانع.

قال البرزلي: هذا من هذا المعنى، لأنه عليه السلام ترك الجمع للتراويح، وقال: خفت أن يفترض عليكم. فلما توفي عليه السلام ذهب هذا المانع فأحدثه عمر، فذهب المانع هو المقتضى، كذا الدعاء على هذه الكيفية الخاصة لم يرد عنه صريحا فلما توفي ذهب المانع وهو خوف أن يعد من حدود الصلاة كما اختاره شيخنا الإمام - رحمه الله - وهو طرد العلة وعكسها، فمتى وجد المانع منع الحكم ومتى ما فقد ثبت الحكم، صح من نوازل.

وقال محيي الدين النووي حديث: «كل بدعة ضلالة» من العام المخصوص لأن البدعة خمس: واجبة: كترتيب الأدلة على طريقة المتكلمين للرد على الملحدة.

ومندوبة: كوضع التأليف وبناء المدارس والزوايا وحرام، ومكروهة وهما واضحتان.

ومباحة: كالتبسيط في أنواع الأطعمة، ويشهد لذلك قول عمر - رضي الله عنه - في تراويح رمضان: «نعمت البدعة هذه».

وقال في حديث: «من سن سنة حسنة» هذا الحديث مخصص لعموم حديث «كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة» فالمراد بالمحدثات التي هي بدع المحدثات الباطلة.

الأبي: ويدخل في حديث «من سن سنة حسنة» البدع المستحسنة كالتحضير والتأهب والتصحيح ووضع التأليف.

قوله: «عنه يصد» أي عما شهد الشرع بإلغائه يعرض . قوله: «قول عمر» أي ابن الخطاب رضى الله عنه . قوله: «ذي بدعة نعمت» أي التراويح بدعة نعمت بدعة، وهذا نقل بالمعنى، ولفظ عمر «نعمت البدعة هذه».

قوله: «وقول من يرى تقسيمها» أي لغة، ضمير تقسيمها، ويعود على البدعة وهذا من كلام تقي الدين، وهو قوله: ومن قال من العلماء البدعة تنقسم إلى حسن وغيره فتقسيمه في البدعة اللغوية، وقول عمر مبتدأ، وقول من يرى تقسيمها معطوف عليه والخبر أي لغة على ما تقدره، وإلا فلغة منصوب، وشاع في كلام المصنفين إدخال أي على خبر المبتدأ ليتعين للخبرية، أي قولهما محمول على البدعة لغة، أو معناه في البدعة لغة، أو يكون المذكور خبر الثاني وحذف خبر الأول، أو العكس.

قوله: «وقوله ﷺ صح نقله، وكل بدعة ضلالة»، نعم شرعا لما استناده قد انعدم هذا أيضا من كلام تقي الدين، وهو قوله: ومن قال كل بدعة ضلالة فمعنى كلامه البدعة الشرعية.

ومعنى كلام المؤلف، أن البدعة في قوله: "وكل بدعة ضلالة" هي اسم لما انعدم إسناده في الشرع، أي لما ليس له في الشرع دليل على الجواز بل فيه ما يدل على التحريم أو الكراهة، وجملة صح نقله من كلام المؤلف معترضة بين المبتدأ والخبر والمبتدأ هو قوله والخبر لما، وجملة وكل بدعة ضلالة، محكية القول ونعم



تصديق لهذه الجملة .

قوله: "وما دليل فرضه أو ندبه باد فليس بدعة" هو من كلام تقي الدين أيضا .  
وهو قوله: والبدعة ما لم يقم عليه دليل شرعي على أنه واجب أو مستحب  
إلى قوله: ومثل ذلك مما ثبت وجوبه أو استحبابه بدليل شرعي .

قوله: "فانتبه كمجمع مصحف" - إلى آخره - هذه أمثلة لما دل على وجوبه  
أو ندبه دليل شرعي، إلا أن تقي الدين لم يمثل منها إلا بجمع المصحف،  
ولكن البواقي هي في معناه لشهادة الشرع لجنسها بالاعتبار، ويدخل في  
قوله: "كدرهم الدينار" وفي قوله: وشببها القناديل وكون المنبر أكثر من  
ثلاثة أدراج، وتحزيب القرآن والمحاريب ونحو ذلك، وكجمع يتعلق بانتبه .

وقد سئل البرزلي عن جعل الثريا والقناديل في المساجد، وكون المنبر  
أكثر من ثلاثة أدراج، هل هذا جائز، أو من السرف كما قال القائل، مع أنه  
درج على عدم إنكار ذلك سلف صالح مقتدى بهم علما وعملا فأجاب بما  
حاصله: إن جعل الحصر والمنبر ومطلق الاستصباح حسن من باب ترفيع  
المساجد، وقد ورد ثواب جزيل في استصباحه، حكى الزمخشري في تفسير  
قوله عز وجل: ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ ﴾ - الآية - عن أنس رضي الله عنه  
«من أسرج في مسجد سراجا لم تزل الملائكة وحملة العرش تستغفر له  
مادام في ذلك المسجد ضوء» قال: والعمارة تتناول رم ما استهدم منها وقمها  
وتنظيفها وتنويرها بالمصابيح وتعظيمها واعتيادها للعبادة والذكر .

وورد الخبر أيضا في جعل منبر النبي ﷺ، وإذا ثبت في جنسه جاز ترفيعه،

وأما كثرة المصايح في رمضان ، فقد طعن فيه بعض المغاربة بأنه بدعة ، والصواب أيضا أنه من باب ترفيع المساجد والزمان كما قدمناه ، وقد ذكر ذلك عز الدين ، ولا بن رشد في الشرح ، أن من سرق ثرية من ثرياته المعلقة فيه المتشبهة به أو حصيرا مسمرا في حائط من حيطانه ، أو خيط إلى سواء من الحصر على ما روى عن سحنون ، فلا خلاف في وجوب القطع على من سرق شيئا من ذلك تبلغ قيمته ما يجب فيه القطع .

وله أيضا في الشرح : قد قيل : إن معاوية بن أبي سفيان وهو أول من اتخذ المقاصر في الجامع وأول من أقام على نفسه حريسا وأول من اتخذ الخصيان في الإسلام وأول من بلغ درجات المنبر خمسة عشر مرقاة .

قال البرزلي : وإنما ذكرت ذلك لأن بعض الجهلة كسر ما زاد على ثلاثة أدراج من منبر ، فرددت عليه بأمر كثيرة ، وأن المنبر ما هو إلا على قلة الناس وكثرتهم ، مثل منبر القيروان وغيرها من سائر المنابر التي جرى عليها عمل المتقدمين والمتأخرين من سائر القرى والأمصار ، ومعاوية من فضلاء الصحابة ، وكاتب وحي رسول الله ﷺ ، وصهره ، وسابقته في الجاهلية والإسلام ، ومنزلته مشهورة معروفة ، وقد أحدث السلف أشياء لم تكن في الزمن الأول كالجمع على المصحف ، والنقط والشكل ، وتحزيب القرآن والقراءة في المصحف في المسجد ، أول من أحدثها الحجاج وتحصير المساجد في موضع التحصيب ، وتعليق الثريات فيها للاستصباح بها ، ونقش الدراهم والدنانير أول من أحدثها عبد الملك والناس متوافرون .

وقال البرزلي أيضا: الإجماع على أن من البدع ما هو حسن مثل قول عمر: "نعمت البدعة هذه" وإخراج اليهود من جزيرة العرب فعله عمر ولم يقع في زمنه عليه السلام، وجمع الناس على المصحف كما فعله عمر ونقط المصحف وشكله كما فعله أبو الأسود الدؤلي ونقش الدنانير والدرهم فعل في زمن ابن مروان، وتحزيب القرآن كما فعل في زمان الحجاج، ومحارب مساجد البلاد إلى غير ذلك، وتحصيله أن كل بدعة شهد الشرع باعتبار جنسها ولم تترتب عليها مخالفة لأصل الشريعة فهي حسنة وما لم يشهد به الشرع باهدار ولا اعتبار فليُنظر ما يترتب عليه من مصلحة فيعمل عليها، أو مفسدة فيلغىها، وقد نص على هذا التقسيم عز الدين وغيره.

وقال البرزلي أيضا بعد أشياء أنكرها عمر الرجراجي الوارد على تونس وحج ورجع إليها قال: واستقر بها الآن، فمن ذلك ما ذكر عنه من إنكار التسميع خلف الإمام. قال: وللعلماء في صحة الصلاة بالمسمع وصلاة المسمع ستة أقوال فمذهب الجمهور الجواز، بل أعراه ابن رشد من الخلاف في مسألة الرفع صوته بالذكر للإفهام لأنه من ضروريات الجامع.

وأنكره حماس بن مروان، ورد عليه لقمان بن يونس بعدم إنكار علماء الأمصار على أهل مكة ذلك، يريد وجريانه بينهم من غير نكير، والرجلان من أصحاب سحنون. وحكى المازري عن بعض شيوخه، أنه صلى بجامع مصر وفيه المسمعون من غير نكير في الجامع لابن شعبان وغيره من علماء مصر في زمانهم.

ونقل المازري عن بعض المتأخرين: إن أذن له الإمام جاز وإلا لم يجز  
وحتى القاضي في الإكمال: إن لم يتكلف رفع صوته صح وإلا فلا.

والقول الخامس: إن كثرة الناس في غير صلوات الفرض كالعيدين والجنائز  
صح وإلا فلا.

والسادس: يضاف إلى هذا صلاة الجمعة قال واستدلوا على ذلك بحديث  
صلاة أبي بكر بصلاة النبي ﷺ في صلاة الناس بأبي بكر متبعين له في أقواله  
وأفعاله وبما وقع في المدونة من قوله: ولا بأس بالصلاة في دور محجورة بصلاة  
الإمام في غير الجمعة إذا رأوا عمل الإمام، والناس والعمل يطلق على القول  
والفعل.

واحتج عليه ابن رشد بأن عمر رضي الله عنه كان إذا قرأ بسورة فيها ذكر  
النبي ﷺ يعلي صوته لكي يسمع أصحاب حجر النبي ﷺ.

وبالجملة فما عليه السلف والخلف من جواز هذا الفعل حجة بالغة على  
من خالفهم فكيف بمن فسقهم، أو بدعهم وضللتهم فهذا مخالف للجماعة  
جدير بهذه الأوصاف أو بعضها أو مكابر للبيان أو جاهل بالعلم لا عقل له .

قوله: "نقش كدرهم" هو بإضافة نقش إلى الكاف. قوله: "نعم ما ورد  
عن" أي عن السلف الصالح، نكت بهذا المدح على المنكر لبعض الأمثلة  
السابقة كالرجراجي.

ص تنبيه اعلم في الدعاء تردد أثر الصلاة باجتماع يوجد

وقيل إن لها أضيف منعاً وحسنه إن لم يضاف قد سمعاً

شي البرزلي: ومما أنكره أيضا - يعني الرجراجي - الدعاء عقب الصلاة إما مطلقا وإما على هذه الصفة الخاصة التي الناس عليها اليوم، ثم ذكر البرزلي من حلية النووي أحاديث الدعاء دبر الصلوات من حيث الجملة، وهي كثيرة كحديث الترمذي قيل لرسول الله ﷺ، أي الدعاء أسمع قال: "جوف الليل الآخر ودبر الصلوات المكتوبات" وفي الصحيحين قال: "كنت أعرف انقضاء صلاة رسول الله ﷺ بالتكبير وفي مسلم عن ثوبان كان رسول الله ﷺ إذ انصرف من صلاته استغفر ثلاث مرات، وقال: "اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت يا ذا الجلال والإكرام".

قال الأوزاعي: يقول: "أستغفر الله أستغفر الله" وفي الصحيحين أيضا كان إذا فرغ من الصلاة قال: "لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت".

وفي حديث معاذ: "لا تدع في كل صلاة أن تقول اللهم أعني على ذكرك وشكرك وحسن عبادتك".

وفي كتاب ابن السني عن أنس بن مالك قال: كان رسول الله ﷺ إذا قضى صلاته مسح جبهته بيده اليمنى ثم قال: "أشهد أن لا إله إلا الله الرحمن الرحيم اللهم أذهب عني الهم والحزن" وفيه من طريق أبي أمامة قال: ما دنوت من رسول الله ﷺ في دبر صلاة مكتوبة ولا في تطوع إلا سمعته يقول: "اللهم اغفر لي ذنوبي وخطاياي كلها، اللهم أنعشني وأجبرني وأهدني

لصالح الأعمال والأخلاق إنه لا يهدي لصالحها ولا يصرف سيئها إلا أنت" وفيه من طريق أنس: كان إذا انصرف من الصلاة يقول: "اللهم اجعل خير عمري آخره وخير عملي خواتمه، واجعل خير أيامي يوم لقائك".

وفيه أنه كان يقول في دبر الصلاة: "اللهم إني أعوذ بك من الكفر والفقر وعذاب القبر".

وفيه بإسناد ضعيف من طريق فضالة قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا صلى أحدكم فليبدأ بتحميد الله، والثناء عليه، ثم يصلي على النبي ﷺ، ثم ليدع بما شاء".

وفي سنن ابن ماجه من طريق أم سلمة قالت: كان إذا صلى الصبح قال: "اللهم إني أسألك علما نافعا، وعملا متقبلا ورزقا طيبا".

وفيه من طريق صهيب كان يحرك شفتيه بعد صلاة الفجر يقول: "اللهم أحاول وبك أصاول، وبك أحول" وغير ذلك من الأذكار.

قال: والحاصل أن هذه أحاديث نص في تحصيل مطلق الدعاء عقب الصلوات وطريق التجميع والتأمين مأخوذ أصل شرعه من الحديث الآخر الذي ذكر أنه ضعيف، ومن التأمين بعد أم القرآن للمأموم فهو يقرب من النص في عين النازلة، لأنه إذا ثبت في الشرع في الصلاة التي هي محصورة الأركان والصفات فأحرى مع الإطلاق.

ثم قال: وأما إنكار الهيئة الخاصة فسئل عز الدين عن الدعاء عقب السلام

هل يستحب للإمام في كل صلاة أم لا ؟ فأجاب : كان عليه السلام يأتي بعد السلام بالأذكار المشروعة، ثم يستغفر ثلاثا، ثم ينصرف، وروى أنه كان يقول: "رب قني عذابك يوم تبعث عبادك" والخير كله في اتباع الرسول الله ﷺ وقد استحب الشافعي للإمام أن ينصرف عقب السلام.

البرزلي: وكلامه هو يحتمل أن يكون دليلا على الجواز ويكون قول الشافعي ينصرف أي من موضع الإمامة لما قال أنه يأتي بالأذكار، أو أوقفه على ما ذكر خاصة قال: وسئل عنه بعض متأخري التونسيين، ونصه: ما تقول في الدعاء دبر الصلوات والناس يؤمنون كما هي عادة الناس في البلاد هل هو سنة أو بدعة مستحسنة فإن قلت مستحسنة فمن استحسناها ؟ وإن قلت إنه بدعة وكذا بسط الكفوف في الدعاء ؟ فأجاب: الدعاء بعد الصلاة على الوجه الذي ذكرت بدعة، وكذا قول المؤذن عند ظهور الفجر: أصبح والله الحمد، بدعة.

البرزلي: لم يجب عن سؤاله كله، لأنه لم يبين هل هي بدعة مستحسنة أو لا ؟ ومن قال ذلك قبل قال: ويأتي الكلام على حكم قول المؤذن في كتاب الأوائل أول من أحدث الدعاء بعد الصلاة واستحسنه الإمام المهدي ويحتمل أن يستند إلى قوله تعالى: ﴿فإذا فرغت فانصب وإلى ربك فارغب﴾.

وحكى عنه أيضا أنه أول من أمر المؤذن أن يقول: أصبح والله الحمد وكان من تقدم قبله من أهل هذه البلاد يقولون: أصبح الصبح بالعافية، فما أقل

رونقها قال: وسئل عن المسألة شيخنا الإمام المفتي رحمه الله، وذلك أن إماما ترك الدعاء إثر الصلاة بالهيئة الاجتماعية المعهودة في أكثر البلاد، يدعو الإمام ويؤمن الحاضرون، ويسمع المسمع إن كان وصار هذا الإمام إذا سلم من الصلاة قام إلى ناحية من نواحي المسجد، أو مضى لحاجته، وعد فعل الناس بدعة محدثة لا ينبغي أن تفعل بل من شاء أن يدعو حينئذ فلنفسه بغير هيئة الاجتماع، فأنكر عليه ذلك، فقال: هذا هو الصواب حسبما نص عليه العلماء فبلغت الشيخ الأستاذ أبا سعيد بن لب فأنكر ترك الدعاء إنكارا شديدا، ونسب ذلك الإمام إلى أنه من القائلين إن الدعاء لا ينفع ولا يفيد، ولم يبال إن قيد في ذلك تأليفا سماه لسان الأذكار والدعوات مما شرع في أدبار الصلوات ضمنه حججا كثيرة على صحة ما الناس عليه، جملتها أن غاية ما يستند إليه المنكر أن التزام الدعاء على الوجه المعهود إن صح أنه إن لم يكن من عمل السلف، فالترك ليس بموجب للحكم في المتروك إلا جواز الترك، وانتفاء الحرج فيه خاصة، وأما تحريم أو كراهة فلا، لا سيما فيما له أصل جلي كالدعاء، فإن صح أن السلف لم يعملوا به فقد عمل السلف بما لم يعمل به من قبلهم مما هو جائز كجمع المصحف ثم نقطه، وشكله، ثم نقط الأبي، ثم الفواتح والخواتم، وتحزيب القرآن، والقراءة في المصحف في المسجد، وتسميع المؤذن تكبير الإمام، وتحصير المسجد عوض الحصيب، وتعليق الثريا، ونقش الدرهم والدنانير بكتاب الله، وقال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور وكذا يحدث لهم ترغيبا بقدر ما أحدثوا من الفتور، وجاء أفة العبادة الفترة، وفي القرآن: ﴿وتعاونوا على



## البر والتقوى ﴿٤٠﴾.

ثم ذكر أن في تلك الهيئة فوائد مثل أن أكثر الناس لا يعرف ما يدعو به ويدعو بما لا يجوز وقد يلحن في الدعاء وقد لا يستنبط له وحده فإذا اجتمع عليه ارتفع المحذور، وأتى بأحاديث الدعاء بأثر الصلاة وتأول كلام السلف والعلماء في قيام الإمام من مجلسه أثر السلام فأشكل على الأمر في المسألة جدا فلکم الثواب في بيان الصواب في المسألة وقد وقعت بفاس أيضا هذه المسألة واختلف شيوخهم، وفي هذا السؤال أيضا السؤال عما تتميز به البدعة الحسنة من القبيحة.

البرزلي: أجاب شيخنا الإمام: حاصل هذه المسألة ما حكم الدعاء على هذه الهيئة المعهودة في هذه الأعصار عقب صلاة الفرض، وقد سألتني عنها بعض الواردين علينا من مدينة سلا منذ نحو من عشرة أعوام.

والجواب: أن إيقاعه إن كان على نية أنه من سنن الصلاة أو فضائلها فهو غير جائز وإن كان مع السلامة من ذلك فهو باق على حكم أصل الدعاء، والدعاء عبادة شرعية فضلها من الشريعة معلوم عظمه، ولا أعرف في المذهب نصا، إلا أنه وقع في العتبية في كتاب الصلاة كراهة مالك الدعاء بعد الصلاة قائما فمفهومه عدم كراهته جالسا.

وفي العتبية أيضا كراهة مالك الدعاء عقب ختم القرآن ولكن الأظهر عندي جوازه وقد ورد بذلك أحاديث في المصنفات كسنن النسائي وغيره لا

يخلو بعضها عن كون سنده صحيحا وأما البدع فقد تكلم الناس عليها متقدم ومتأخر كالقرافي، وعز الدين، وقسموها إلى أقسام، والحاصل استنادها إلى ما شهد الشرع بإلغائه واعتباره وما ليس بواحد منهما، ومجال النظر في المسائل طويل، والله تعالى موفق للصواب انتهى.

وجواب ابن عرفة هذا هو مراد المؤلف بقوله: «قيل إن لها أضيف منعا» البيت أي أضيف للصلاة على معنى انه إن وقع على نية أنه من سنن الصلاة أو فضائلها وحاصل ما ذكر المؤلف ثلاثة أقوال: القول بإطلاق أنه بدعة مستحسنة، القول بإطلاق أنه بدعة قبيحة القول بالتفصيل وهو قول ابن عرفة رحمه الله تعالى.

وقال أبو عبد الله الأبي أثر كلامه على أحاديث الدعاء والذكر بعد الصلاة، وذكر عبد الحق إثر هذه الأحاديث أحاديث أماكن قبول الدعاء وأن منها الدعاء أثر الصلاة وذلك يدل على عدم كراهة الدعاء إثر الصلاة كفعل الأئمة والناس اليوم وكان الشيخ الصالح أبو الحسن المنتصر رحمه الله تعالى يدعو إثر الصلوات، وذكر لبعضهم أن في كراهته خلافا، وأنكره الشيخ وقال: لا أعرف فيه كراهة.

قلت: ذكرها القرافي عن مالك في آخر ورقة من القواعد، وعللها بما يقع بذلك في نفس الإمام من التعاضم انتهى.

ونص السؤال السلوى سأل أهل سلا الإمام أبا عبد الله بن عرفة عن إمام الصلاة إذا فرغ منها هل يدعو ويؤمن المأمومون أم لا؟ فإنه قد استمر ببلاد المغرب وفي بعض نواحيه كراهة هذه الصفة، فقد يصلي الإمام في بعض

المواضع ولا يدعو فتشتمز قلوب المأمومين، فالغرض من سيدنا بيان الحكم في ذلك وإزالة الإشكال بما أمكن فأجاب: مضى عمل من يقتدي به في العلم والدين من الأئمة على الدعاء بأثر الذكر الوارد بأثر تمام الفريضة، وما سمعت من ينكره إلا جاهل غير مقتدي به، ورحم الله بعض الأندلسيين لما أنهى إليه ذلك ألف جزءا في الرد على منكره وخرج عبد الرزاق عن النبي ﷺ أنه سئل أي الدعاء أسمع قال: "شطر الليل الآخر وأدبار المكتوبة" وصححه عبد الحق، وابن القطان.

وقد ذكر الإمام الرواية المحدث أبو الربيع في كتاب مصباح الظلام عن النبي ﷺ أنه قال: "من كانت له إلى الله حاجة فليسألها دبر صلاة مكتوبة" والله حسيب أقوام ظهر بعضهم ولا يعلم لهم شيخ ولا لديهم مبادئ العلم الذي يفهم به كلام العرب والكتاب والسنة يفتون في دين الله بغير نصوص السنة.

وأجاب كبير تلامذته وقاضي الجماعة بتونس أبو مهدي عيسى الغبريني: الصواب جواز الدعاء بعد الصلاة على الهيئة المعهودة إذا لم يعتقد كونه من سنن الصلاة أو فضائلها، أو واجباتها، وكذلك الأذكار بعدها على الهيئة المعهودة كقراءة أسماء الله الحسنى ثم الصلاة على النبي ﷺ مرارا ثم الترضي عن الصحابة رضي الله عنهم، وغير ذلك من الأذكار بلسان واحد انتهى.

الإمام أبو عبد الله بن مرزوق: تكلم بعض من أدركناه من أئمة المغرب

في الدعاء المحدث عقب الصلوات في الجوامع والمساجد، وألحقوه بالبدع المحدثه، وألف بعضهم في ذلك، واحتج عليهم بغض من أجازته بما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص عن أبي بكر الصديق رضي الله عنهم، أنه قال لرسول الله ﷺ: علمني دعاء أدعوه به في صلاتي. فقال: "قل اللهم إني ظلمت نفسي ظلما كثيرا، ولا يغفر الذنوب إلا أنت فاغفر لي مغفرة من عندك وارحمني إنك أنت الغفور الرحيم".

وبكلام عياض في هذا المحل، وإلى المنع منه مال الشيخان الإمامان الأوحدان أبو زيد وأبو موسى ابنا الإمام رضي الله عنهما وقطع من الجامع بتلمسان مرة ثم غلب الإلف واستشنع الناس هذا القطع وعاد الأمر في ذلك إلى العادة.

الشيخ أبو إسحاق الشاطبي: بدعة التزام الدعاء بأثر الصلوات دائما على الهيئة الاجتماعية بلغت ببعض أصحابها إلى أن كان الترك لها موجبا للقتل عنده، حكى أبو الخطاب ابن خليل حكاية عن أبي عبد الله بن مجاهد العابد أن رجلا من عظماء الدولة وأهل الوجاهة فيها - كان موصوفا بشدة السطوة وبسط اليد - كان نزل في جوار ابن مجاهد وصلى خلفه في مسجده الذي كان يؤم فيه وكان لا يدعو في أخريات الصلوات تصميمًا في ذلك على المذهب، يعني مذهب مالك لأنه مكروه في مذهبه، وكان ابن مجاهد محافظا عليه فكره ذلك الرجل منه ترك الدعاء وأمره أن يدعو فأبى وبقي على عادته في تركه في أعقاب الصلوات، فلما كان في بعض الليالي صلى ذلك الرجل العتمة في المسجد، فلما انقضت وخرج ذلك الرجل إلى داره قال لمن حضره من أهل المسجد: قد قلت لهذا الرجل يدعو بعد الصلوات فأبى فإذا كان غدوة غد أضرب رقبتة

بهذا السيف وأشار إلى سيف في يده، فخافوا على ابن مجاهد العابد من قوله لما علموا فرجعت الجماعة بجملتها إلى ابن مجاهد فخرج إليهم فقال: ما شأنكم؟ فقالوا: والله لقد خفنا عليك من هذا الرجل، وقد اشتد الآن غضبه عليك في تركك الدعاء، فقال لهم: لا أخرج عن عادتي فأخبروه بالقصة فقال لهم- وهو مبتسم - : انصرفوا ولا تخافوا، فهو الذي تضرب عنقه غدوة بذلك السيف بحول الله ودخل إلى داره، وانصرفت الجماعة ذعرا من قول ذلك الرجل فلما كان مع الصبح من الغد وصل إلى دار الرجل قوم من صنفه من عبيد المخزن وحملوه حمل المغضوب عليه وتبعه قوم من أهل المسجد ومن علم حال البارحة حتى وصلوا به إلى دار الامارة بباب جوهر، من أشبيلية وهنالك أمر بضرب رقبتة فضربت بسيفه ذلك، تحقيقا للإجابة وإثباتا للكرامة.

|                        |                             |                            |
|------------------------|-----------------------------|----------------------------|
| هي                     | وهل دعى الأذنين ليلا والندا | لها بشير بغير لفظه وما بدأ |
| من قوله أصبح والله حمد | مستحسنت لا نعم ذا فاعتمد    |                            |
| لشاهد الشرع بأن الجنس  | معتبر فطب بذاك نفسا         |                            |

**هي** الأذنين المؤذن، والمعنى أنه اختلف في دعاء المؤذن بالليل وفي النداء للصلاة بغير لفظ الأذان كالتأهيب والتحضير وفي التصبيح، وهو قول المؤذن عند طلوع الفجر أصبح والله الحمد، هل هي بدعة مستحسنة، فقيل لا، وقيل نعم، والثاني هو الصحيح وعليه الاعتماد.

والتأهيب: قول المؤذن تأهبوا للصلاة والتحضير قوله: احضروا للصلاة أو حضرت الصلاة، وقد ذكر الإمام البرزلي الخلاف في هذه الثلاثة، واختار أنها

مستحسنة وإياه تبع المؤلف والله أعلم.

البرزلي: ومما أنكره أيضا - عمر الرجراجي - الدعاء لصلوات الفرض بغير لفظ الأذان وقد جرى به عمل الناس في الحواضر والأقاليم.

وفي كتاب الجهاد من مسلم في حديث «ناد الصلاة جامعة» ما حفظ للنووي قال يؤخذ منه الجواز بالإيدان بالصلاة وكذا قوله: «ألا صلوا في الرحال» في الليلة المطيرة.

وفي الأذكار له: من الصلوات غير الفرائض ما يستحب أن يقال فيه الصلاة جامعة مثل العيد والكسوف والاستسقاء، ومنها ما لا يستحب فيه كسنن الصلوات والنوافل المطلقة، ومنها ما اختلف فيه كصلاة التراويح والجنائز فظاهره مطلقا حيث كان وأحفظ لابن رشد إنما ذلك عند أبواب المساجد، لا داخلها.

البرزلي: والأمر محتمل، قال: ومن الدليل العام على جواز الدعاء للصلاة بغير الأذان غير ما تقدم، قوله عز وجل: ﴿ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله﴾ لأنها نزلت في المؤذنين ونحوهم، وقال عليه السلام: «ما من داع يدعو إلى هدى إلا كان له أجره وأجر من عمل به» والدعاء إلى الصلاة هدى فتجب راجحيته إلى غير ذلك مما يطول بنا جلبيه، قال: ومما سمعت عنه أيضا: أنه أنكر التأهيب يوم الجمعة، وأمر بقطعه وجعله حراما وبدع فاعله، وسمعت عنه أكثر من هذا، وهذا لم يقل به أحد من علماء الأمة، بل الناس فيه على مذهبين فمنهم من كرهه، لأنه لم يكن في زمنه عليه السلام ولا الخليفتين بعده.

ومنهم: من استحبه وراعى فيه المعنى من الأذان قبل الفجر في صلاة الصبح للحرص على المبادرة بها أول الوقت.

ولما ورد من الرغبة في التبكير والتهجير بها ولم يكن في ذلك الزمن الأول لعدم المقتضى فلما كان زمن، عثمان رضي الله عنه ثبت المقتضى وهو كثرة الناس فأحدث الأذان الثاني في الوضع والأول في الزمان ليجتمع الناس فيكون الأذان الثاني الذي كان في زمن النبي ﷺ وليس ذلك بخلاف للسنة، فأحدثه بالزوراء بالسوق - وهي دار له - أمر المؤذن أن يعلو على سطحها وينادي ليتأهب الناس للصلاة ويجمعوا.

واختلف في هذا الذي أحدثه عثمان رضي الله عنه فمنهم من قال: إنه كان يقول قبل الزوال الصلاة حضرت رحمكم الله، لا الأذان المجموع المعهود ويكون قبل الزوال.

وروى عن ابن حبيب: أنه أجاز الأذان قبل الزوال يوم الجمعة، والذي قبله حكاه بعض شراح الرسالة عن عثمان رضي الله عنه، فهو نص في عين النازلة.

ثم قال البرزلي بعد كلام: والدليل على صحة ما ذهبنا إليه الثابت في الأمصار من الزمن الأول إلى هلم جرا ووضع أصحاب علم الأوقات في آلتهم ورسموه كما رسموا وقت الظهر والعصر، وكل ما يدل على الدعاء للصلاة مما قدمناه يدل على هذا، وقد رأيتهم بالقيروان يعملون ذلك على منازلها ثلاث مرات، الأول يقول فيه تأهبوا إلى الصلاة، والثاني اعزموا على الصلاة، والثالث: الصلاة حضرت وبعد يصعد الامام على المنبر ويجعلون حين اذن من يطوف

بالأسواق يحضر ويقيم الناس من حوانيتهم، والفقهاء فيها متوافرون وفهموا من الشريعة أن هذا خفيف إذ لم يرد ما يخالفه من السنة والأعمال بالنيات.

قال: ومما أنكره أيضا، لفظ التصبيح في الفجر، وقد بينا في هذا التقييد أن أول من اتخذته الإمام المهدي مستدلا عليه، وهذا لا يخلو إما أن ينكر الهيئة الاجتماعية من الأذكار قبل الصبح مع ذكر الأصباح، أو إنما أنكر أصبح والله الحمد فإن كان الثاني فقد تقدم أن بعض متأخري التونسيين قال: هو بدعة، كما قال هذا، وعندني أنها جائزة إذ لم يرد فيها من الشرع ما يمنعها، بل ورد ما يدل عليها منها، قوله في حديث: "إن بلالا ينادي بليل" وقوله في ابن أم مكتوم: "وكان أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت" أي قاربت الصبح أو دخلت فيه.

ووجه الأخذ منه: أن ابن أم مكتوم فقد حاسة البصر فلا يرى الفجر فيخبر ويعين له أنه دخل في الصبح، والنائم فقد حاسة البصر، بل والتعيين الذي يدرك به الأشياء فينادي من يوقظه، بذلك ومنه ما كان عليه السلام يقول: "اللهم فالق الإصباح وجاعل الليل سكنا والشمس والقمر حسبانا اقض عني الدين واغنني من الفقر، ومتعني بسمعي وبصري وقوتي في سبيلك" وقوله تعالى: ﴿فالق الإصباح﴾ الآية، فاستنبط منه المؤذن عند الفجر اللهم فالق الإصباح بقدرته، ومجرى ﴿الرياح بشرا بين يدي رحمته﴾، ﴿ويمسك السماء أن تقع على الأرض إلا بإذنه وقدرته﴾، ﴿إن الله بالناس لرءوف رحيم﴾ إلى آخر ما يذكر الأدعية والآي، وهذا أحسن في التذكير ينبه الغافل والنائم ويهدي للخروج للجماعة، وتقدم أن النبي ﷺ كان إذا مر بالرجل يقول: "قم يا نائم"



أو يحركه برجله .

وأما إن أنكر الهيئة المجموعة من الأذكار وغيرها، فقد حكى ابن سهل أنه حسن وإنما اختلف فقهاء الأندلس إذا كان يكثر من ذلك حتى يؤثر عند الجيران قلة النوم هو من ضرر الأصوات التي تمنع إذا طلب ذلك الجيران أم لا؟ والمعروف الذي أفتى به ابن عتاب والميلي وغيرهما جواز ذلك ولا ضرر فيه بل فيه التذكير .

قال الميلي: ما صنعه سليمان مأمور به من الدعاء وقراءة القرآن وتذكير الناس وتخويفهم قديم من فعل الصالحين والمسلمين الزهاد في أمصار المسلمين . وقد كان عروة ابن أذينة يقوم بالليل فيصيح في الطرق ويخوفهم ويحضهم بقول الله تعالى: ﴿أفأمن أهل القرى أن يأتيهم بأسنا بياتا وهم نائمون أو أمن أهل القرى أن يأتيهم بأسنا ضحى وهم يلعبون﴾ ثم يقبل على صلاته فيصلي حتى يصبح إلى آخر ما ذكر .

وأجاب ابن عتاب ما احتسب على سليمان أنه يقوم في جوف الليل يؤذن على سقف المسجد ويبتهل في الدعاء ويتردد في ذلك فليس في هذا حسبة إلا في القيام على سطح المسجد لما يتوقع من فساد بالصعود عليه، وقد أذن الله أن ترفع والاحتساب على سليمان غير سائغ إذا ذكّر الله وهو ينشرح إليه صدور أهل الإيمان وتطمئن إليه قلوبهم ﴿ألا بذكر الله تطمئن القلوب﴾ ومتى عهد من أذن بالأسحار وابتهل بالدعاء والاستغفار أن يوقف مواقف الإقرار

والإنكار، أما سمع قول الله عز وجل: ﴿ولا تطرد الذين يدعون ربهم بالغداة والعشي يريدون وجهه﴾.

وقد حكى مالك: أن الناس في الزمن الأول كانوا عند خروجهم لأسفارهم يتواعدون لقيام القراء لقيامهم بالأسحار فيسمعون أصواتهم من كل منزل.

وقال أيضا على ما يفعله الناس اليوم من التحضير: أي قول المؤذن قد حضرت الصلاة قد أخذ استنباط هذا الحكم من حديث أمر النبي ﷺ: "بأن ينادي الصلاة جامعة" مع غيره من سائر الأحاديث وعمومات الكتاب والسنة المقتضية لذلك مثل قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» «وخياركم أنفعكم لأمتي» وقوله: «ما من داع يدعو إلى هدى إلا كان له أجره وأجر من عمل به إلى يوم القيامة» واحفظ في سنن أبي داود عليه السلام كان إذا خرج إلى الصلاة فيمر برجل إلا قال له «قم، أو حركه برجله» وقوله الصلاة حضرت يقصد به التثويب إلى الصلاة.

قال النووي: كما هو عندنا اليوم وأخذه من حديث الصلاة جامعة، وقيل غير ذلك وقد بسطنا القول فيه في غير هذا، وإجماع هذا القطر مع قطر المشرق على جواز هذا دليل واضح على صحته، لأن الشرع شهد باعتبار جنسه لا إلغائه وقد قال الحاكم المحدث في واضح على صحته، لأن الشرع شهد باعتبار جنسه لا إلغائه وقد قال الحاكم المحدث في مستدركه: ما جرى عليه العمل من المتقدمين والمتأخرين من نقش الحجارة عند رءوس الموتى دليل

على أن ما ورد في ذلك، من النهي ليس عليه العمل فكيف بهذا الذي لم يرد فيه وإنما فيه كراهة مالك له على أصله خشية أن يعتقد من أحكام الصلاة أو من سننها أو من فرائضها كالأذان كما كره صوم ست من شوال مع ورود الحديث الصحيح به، وكره التسمية في الوضوء على إحدى الروايات عنه، وقراءة يس عند المريض لتسهيل الموت، وغير ذلك فإذا أسلم الإنسان من هذا الاعتقاد جاز مع ما دل عليه من الأحاديث والآثار وثبوتها بالقياس على عكس العلة.

وأما قوله: إنه بدعة، وعموم القول في كونها ضلالة فهو خطأ بين إذ الإجماع على أن من البدع ما هو حسن، وانظر تمام كلامه، وقد نقلنا بعضه فيما تقدم.

وقال الإمام أبو عبد الله الأبي عند كلامه على قوله ﷺ: "من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد" قال: ما ليس من أمره هو ما لم بسنة ولم يشهد الشرع باعتبار فيتناول المنهيات، والبدع التي لم يشهد الشرع باعتبارها وأما التي شهد الشرع باعتبار أصلها فهي جائزة وهي من أمره كالبدع المستحسنة كالاجتماع على قيام رمضان، وكالتصبيح اليوم، والتحضير والتأهيب، فإن الشرع شهد باعتبار جنس مصلحتها، فإن الأذان شرع لمصلحة الإعلام بدخول الوقت، والإقامة شرعت للإعلام بالدخول في الصلاة، والتصبيح والتأهيب والتحضير من ذلك النوع لما في الثلاثة من مصلحة الإعلام، بقرب حضور الصلاة ولما في التأهيب من الإعلام بقرب حضور الصلاة، ولما في التأهيب من الإعلام بأنه يوم الجمعة لمن ليس عنده شعور بذلك، ويشهد

لذلك زيادة عثمان رضي الله عنه أذانا بالزوراء يوم الجمعة على ما كان في زمنه ﷺ وزمن الخليفتين من بعده وإنما زاده لمصلحة المبالغة في الإعلام حين كثر الناس انتهى.

قوله: "لها" أي لصلاة قوله: "بغير لفظه" أي الأذان، قوله: "وما بدا من قوله أصبح والله حمد" أي والذي ظهر من قول الأذنين أصبح وقد حمد الله بقوله والله الحمد قوله: "مستحسنتات" خبر دعا وما عطف عليه، أي هذه الثلاثة مستحسنتات أولا؟ قوله: "لا نعم" هو جواب السؤال، أي قيل لا، وقيل نعم وهو المختار وإليه أشار بقوله: "ذا فاعتمدا لشاهد الشرع بأن الجنس معتبر" أي هذا القول القريب اعتمده لشاهد الشرع لجنسه بالاعتبار كما سبق من كلام البرزلي، ثم أكد الأمر باعتباره بقوله: "فطب بذلك نفسا" ولما بعد ذلك القول لما وقع بعده من الكلام أشار إليه بذلك، أو تعظيما له لمصلحته.

قال الإمام أبو عبد الله المقري وأبو الحسن الصغير: حدثني العلامة أبو محمد إبراهيم الأبلي: أنه سأله عن رواية في المهدي فقال: عالم سلطان قال: فقلت له: وافقت الغرض فلا تزدد.

ص وفي تغيير الصوم والبوق نقل تردد.....

ش أي والبوق له أي للصوم، أو يقدر وبوقه على قول الكوفيين أن ال تقع بدلا من الضمير.

البرزلي: ومنها ما وقع الإنكار فيه وهو النفير والبوق في شهر رمضان للإشفاق والسحور، فقد سألت شيخنا الفقيه أبا القاسم الغبريني - رحمه الله - وهو في سقيفة داره وقد جعل ذلك قريبا من داره وأظنه لولادة نفاس، فقال لي: يا فقيه ما رأيت في جامع الزيتونة فقلت له: جامع الزيتونة لا يكون حجة إلا إذا أقره العلماء وأباحوه، فسكت عني.

وسألت عنه شيخنا الإمام - رحمه الله - فقال: وقع هذا في أيام قضاء ابن عبد السلام بعثت إليه قاضي القيروان بأنه قد أنكر النفير على المنار بعض من هنا وقال: هي معصية في أفضل الشهور وأفضل الأماكن وأدل قبلة اختطت بالمغرب وهو جامع القيروان، فكتب به القاضي لابن عبد السلام، فأجاب: إن عاد إلى مثل هذا فأدبه.

قلت له: الذي قال به هو الصواب إذ لم يجز البوقات في الأعراس إلا ابن كنانة وهذا ليس منهما، وأجابني بأن هذه البوقات لها لذة في النغمات وسماع الأصوات كما يقال إنها بالأندلس وأما هذه فهي أصوات مفزعة تفزع حتى الحمار قلت له: الحمار يفزع من كل ما لم يألّف، فلم يكن من جوابه إلا هذه قوارع لا لذة فيها ولا يترتب عليها مفسدة إلا إيقاظ النائم للسحور على ما ورد فيه الفضل أو من قيام الليل أو نحو ذلك.

وتحصيله أنهم استعملوها وذلك دليل على جوازها، ونحو هذه المسائل التي فيها خلاف بالجواز والكراهة لا ينبغي أن ينتصب الرجل لخلاف الجماعة فيها لأن ذلك يقتضي كونه لأجل ظهوره.

وفي موضع آخر من نوازل البرزلي: وعلى ظني أني وقفت عليها - يعني البوقات في رمضان في الجوامع لابن الحاج المتأخر، وأنه أنكرها في جملة ما أنكر، وفي موضع آخر من النوازل المذكورة: وسألت عنها - يعني عن البوقات - شيخنا المفتي الغبريني واحتج على بما وقع في جامع الزيتونة، فقلت له: ليست بحجة لأن الفقهاء لم يجيزوها إلا في الأعراس خاصة أجازها ابن كنانة فسكت عني وسألت عنها شيخنا الفقيه الإمام، فأجاب بالجواز وأن البوقات المذكورة في الأعراس غير هذه، فيها طرب يعلمها أهل الأندلس، وأما هذه فتنفر الحمر.

فقلت له: الحمار ينفر من كل ما لا يألف ولعل هذا منها، وذكر ابن عبد السلام أمر بأدب المنكر لهذا إن عاد، ونزلت بالقيروان وفيها وقعت الفتيا انتهى.

فقلت، أصوب مما وقع بالقيروان وتونس ما عليه أهل فاس من كون البوقات على سطح قريب من لا على المنار نفسه لما فيه من تعظيم حرمة الله، المنكر لنفير الصوم، وفي معناه البوق، بعض القرويين ممن عاصر ابن عبد السلام وأنكرهما الفقيه الصالح سيدي عمر الرجراجي والمجيز ابن عبد السلام، وابن عرفة، وأبو القاسم، واليه ميل البرزلي، والرجراجي المذكور من كبار فقهاء فاس، ومن الصالحين عاصر البرزلي، وورد على تونس في سفره للحج وسكنها، وأنكر على أهلها أمورا منها: أفاظ في الخطبة، والصلاة حضرت أو جماعة والدعاء عقب الصلاة على الهيئة المعهودة، والتسميع خلف الإمام، والدعاء للصلوات الفرض بغير الأذان، والتأهيب يوم الجمعة، ولفظ

التصبيح في الفجر والستر على جدران المسجد من داخل، وتأخير الصبح في الجامع الأعظم إلى وسط الوقت، وتخصيص صبح الجمعة بقراءة «الم» السجدة، ودخول الصبيان فيه ولعبهم لا سيما في شهر رمضان، والنفير والبوق في شهر رمضان للإشفاق والسحور، وزيادة سيدنا في الصلاة على محمد ﷺ، والصلاة على السجادات.

وورد على تونس أيضا قبله رجل يقال له الدكالي عاصر ابن عرفة واجتمع به البرزلي أيضا في الإسكندرية وبها كان قاطنا أنكر على أهل تونس لبس العمامة الفقهاء على المعهودة بتونس وغيرها والتختم مطلقا، ولبس الأحمر وأخذ المرتب على الإمامة والتدريس حتى ترك الجماعة والجمعة لأجل ذلك.

وأجاب البرزلي عن ذلك كله بما هو مذكور في نوازله، وذكرنا هنا منه ما يناسب كلام المؤلف وحكى البرزلي الدكالي بقوله، ورد علينا في عشر التسعين والسبعمئة رجل يقال له الدكالي وكان شيخا صالحا مظهرا للزهد في الدنيا والأكل من كد يمينه العلقة من القوت، واعتقده الناس لصلاحه، وكان مذهبه يغلب عليه مذهب الحديث، فأنكر أشياء منها، لبس العمامة إلى آخره.

ثم قال الرجراجي: ثم ورد علينا رجل اسمه عمر وأصله من المغرب وحج ورجع إلى تونس، واستقر بها الآن وهو ينسب إلى الزهد في الدنيا والتخلي عنها لكنه يتغذى من أيدي الناس بالقليل على ما سمعت عنه، ويذكر أن

معه بعض طلب ولا أدري مذهبه محدث أو مالكي أو ظاهري واستقر بتونس وأنكر أشياء - إلى آخره -، وحين ورد الشيخ ابن عرفة مصر ووجد الدكالي على الطريقة المذكورة عنه من التشدد في الدين وتركه الجماعات والجمع لأخذ المرتب على ذلك، ذكر فيه أبياتا وهي:

|                               |                               |
|-------------------------------|-------------------------------|
| أهل مصر ومن في الدين شاركم    | تنبهوا لسؤال معطل نزل         |
| لزوم فسقكم أو فسق من زعمت     | أقواله إنه بالحق ما عدلا      |
| في تركه الجمع والجماعات خلفكم | وشرط إيجاب حكم الكل قد حصلا   |
| إن كان حالكم التقوى فغيركم    | قد باء بالفسق حقا عنه ما عدلا |
| وان يكن عكسه فالأمر منعكس     | فاحكم بحق وكن بالهدى معتدلا؟  |

فأجابه الإمام المحقق سراج الدين أبو حفص البلقني، وذكر انه على البديهة:

|                                |                                |
|--------------------------------|--------------------------------|
| ما كان من شيم الأخيار إن يسموا | بالفسق شيئا على لخيرات قد جبلا |
| لا لا ولكن إذا ما أبصروا خلل   | كسوء من حسن تأويلاتهم حللا     |
| أليس قد قال في المنهاج صاحبه   | يسوغ ذاك لمن قد يخشى زللا      |
| وقال فيه أبو بكر إذا تبست      | عدالة المرء فليترك وما عملا    |
| وقد روينا عن ابن القاسم العتقي | فيما اختصرنا كلاما أوضح السبلا |



|                             |                                 |
|-----------------------------|---------------------------------|
| ما إن ترد شهادة لتاركها     | إن كان بالعلم والتقوى قد احتضنا |
| كذا الفقيه أبو عمران سوغه   | لمن تخيل خوفا واقتنا عملا       |
| نعم وقد كان في الأعلى منزلة | من جانب الجمع والجمعات واعتزلا  |
| كمالك غير مبد فيه معذرة     | إلى الممات ولم يثلم وما عزلا    |
| هذا وإن الذي أبداء متضح     | أخذ الأئمة أجرا منعه نقلا       |
| وهب أنك راء حلة نظرا        | فما اجتهدك أولى بالصواب ولا     |
| .....                       | تأمل الذي عمل.....              |
| ص له من العلام والضار       | والشبهه زن وقسمه بالمعيار       |

شئ أي تأمل ما عليه بقطر المغرب في هذه الأزمنة وما قاربها من جعل  
العلام في رأس صاري المنار عند دخول وقت الظهر والعصر والمغرب وجعل  
الفنار فيه عند دخول وقت العشاء والصبح، ولعل المؤلف تردد في العلام  
والفنار لكونه لم يجد لمن قبله فيهما والظاهر أنهما من جنس ما شهد الشرع  
له بالاعتبار كالدعاء بغير لفظ الأذان، وقد قيل أحدثهما الفقيه السلطان أبو  
عنان - رحمه الله - .

قلت: ويدل على الجواز في الفنار أن الصحابة رضوان الله عليهم تشاوروا  
بمحضر رسول الله ﷺ قبل شرع الأذان فيما يجعل علما على الوقت فذكر  
بعضهم أن ينوروا نارا ، وذكر بعضهم أن يضربوا ناقوسا، وقال آخرون:  
النار شعار اليهود والناقوس شعار النصارى، فإن اتخذنا أحدهما التبتست  
أوقاتنا بأوقاتهم، فنزل شرع الأذان وبيان الدليل من هذا، أنهم عللوا الامتناع  
بالالتباس فيلزم من مقتضى عكس العلة الجواز حيث لا التباس والله تعالى

اعلم.

قوله: "والشبهه زن وقسه بالمعيار" وهذا الشطر من تمام قوله: "تأمل وقس" توكيد لزن، والمعيار والمحك والمثاق مترادفة، والمعنى زن هذين وشبههما حتى تعلم بأي الجنسین تلحق هل بالبدع الحسنة أو القبيحة والله تعالى أعلم، وطرر المؤلف بخطه زن بميزان الشرع وقسه بمعيار الشرع انتهى، أي فإن اتزن بميزانه وتقرر بمعياره فذلك من البدع الحسنة وإلا فمن القبيحة.

|   |                          |                            |
|---|--------------------------|----------------------------|
| ص | وكل ما يخلص للتعبد       | أو كان غالباً بنية بدى     |
|   | إن كان ذا لبس وما تمحضنا | أعني لمعقولية نحو القضاء   |
|   | أو غلبت كنجس فلا افتقار  | وفي سوى الشائبتين الاعتبار |
|   | ونضيه وكل ما مصلحته      | تحصل بالفعل فتنضية نيته    |
|   | وكل قرابة بلا لبس ترد    | كذكر افتقارها لها فقد      |
|   | تميز عادات بها أمر حتم   | وفي العبادات تقرب علم      |

ش قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: كل ما تمحض للتعبد أو غلبت عليه شائبته فإنه يفتقر إلى النية كالصلاة والتميم، وما تمحض للمعقولية أو غلبت عليه شائبته، فلا يفتقر كقضاء الدين، وغسل النجاسة عند الجمهور، فإن استوت الشائبتان فقليل: كالأول لحق العبادة، وقيل: كالثاني يحكم الأصل، وعليهما الطهارة، والزكاة، والكفارة وغيرهما.

قاعدة: القربات التي لا لبس فيها، كالذكر والنية لا تفتقر إلى نية كغسل النجاسة.

قاعدة: النية في العبادات للتمييز والتقرب وفي غيرها للتمييز، كوصي

أيتام لا ينصرف شراؤه لأحدهم إلا بالنية، ولا يترتب الثواب إلا على النية بخلاف براءة الذمة أما ما يطلب الكف عنه فتركه يخرج عن عهده وإن لم يقصده، ولا شعر به انتهى، وعلى هذه القواعد الأربع اشتمل كلام المؤلف عدا قوله: أما ما يطلب الكف عنه - إلى آخره -.

وقال أيضا: قاعدة: الفعل إن اشتمل وجوده على مصلحة مع قطع النظر عن فاعله صحت فيه النيابة، ولم تشترط فيه النية، وإن لم يشتمل إلا مع النظر لم تصح واشترطت، فالنية وانتفاء الصحة على هذا متلازمان، وكذلك عدم وجوبها وصحة النيابة، فكل ما تصح فيه الاستنابة لا تشترط فيه النية، وكل ما تشترط فيه النية لا تصح فيه الاستنابة إلا أن يدل دليل على خلاف ذلك فمن ثم قال النعمان: لا نيابة في الحج، وقلنا إنها رخصة كالاستخلاف انتهى.

وفي الفرق الثامن عشر: إن ما يمكن أن ينوي ينقسم إلى مطلوب وغير مطلوب فغير مطلوب لا ينوي من حديث هو غير مطلوب، بل قد يقصد بالمباح التقوى على المطلوب كما يقصد بالنوم التقوى على قيام الليل فمن هذا الوجه تشرع نيته لا من حيث إنه مباح والمطلوب قسمان: نواه وأوامر، فالنواهي لا يحتاج فيها إلى النية شرعا بل يخرج الإنسان من عهدة المنهي عنه بمجرد تركه، وإن لم يشعر به فضلا عن القصد له لكنه إن نوى بتركها وجه الله تعالى حصل الثواب وكان الترك قربة.

وأما الأوامر فقسمان، أيضا: منها: ما تكون صور أفعالها كافية في تحصيل مصالحها فلا يحتاج إلى النية كدفع الديون ورد المغصوب ونفقات الزوجات والأقارب وعلف الدواب ونحو ذلك فهذا القسم مستغن عن النية شرعا، فمن دفع دينه غافلا عن قصد التقرب به أجزأ عنه، ولا يفتقر إلى إعادته مرة أخرى نعم إن قصد في هذه الصور كلها امتثال أمر الله تعالى فيها حصل له الثواب، وإلا فلا.

القسم الثاني: ما لا تكون صورته كافية في تحصيل مصلحته فهذا القسم هو المحتاج إلى النية كالعبادات، فإن الصلاة شرعت لتعظيم الرب تعالى وإجلاله، والتعظيم إنما يحصل بالقصد ألا ترى أنك لو صنعت ضيافة لإنسان فأكلها غيره من غير قصدك لكنت معظما للأول دون الثاني، بسبب قصدك، فما لا قصد فيه لا تعظيم فيه، فيلزم أن العبادات كلها يشترط فيها القصد لأنها إنما شرعت لتعظيم الله تعالى فهذا هو ضابط ما تمكن فيه النية وما لا تمكن وضابط ما يحتاج إلى النية وما لا يحتاج شرعا.

ثم قال الشهاب بعد كلام: النية لا تحتاج إلى النية، قال جماعة من الفضلاء لثلا يلزم التسلسل، ولا حاجة إلى التعليل بالتسلسل بل النية من القاعدة المتقدمة لأن مصلحتها التمييز وهو حاصل بها سواء قصد ذلك أو لم يقصده، فاستغنت عن النية من الفروق وسلم له الإمام أبو القاسم بن الشاطب جميع ذلك، إلا ما ذكر من أن أداء الدين وشبيهه لا يثاب عليه حتى ينوي التقرب إلى الله تعالى بأداء دينه قال: فيه عندي نظر فإنه لا مانع أن يثاب في هذه الصورة، ويكفيه من النية كونه قصد أداء دينه والله تعالى أعلم.

قوله: «وكل ما يخلص للتعبد» - البيت - كل مبتدأ وخبره بدي، وبه يتعلق بنية أي كلما تخلص للتعبد وتمحض له فإنه يبتدأ بالنية قوله: «إن كان ذا لبس» هو راجع إلى القسمين قبله، واحتراز به مما ليس فيه كالذكر ونحوه وقد ذكره منطوقا بقوله: «وكل قرية» - البيت - وخبر كل جملة افتقارها لها فقد، وضمير لها عائد إلى النية.

قوله: «ومما تمحضا أعني لمعقولية نحو القضاء أو غلبت كنجس فلا افتقار» ما موصول اسمي مبتدأ، وخبره فلا افتقار، ودخلت الفاء في خبر الموصول لشبهه الشرط بالشرط في العموم والإبهام، ويحتمل أن تكون شرطية، وأراد بالقضاء قضاء الدين.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: إعمال الشائبتين أرجح من إلغاء أحدهما كالدليلين كإعمال مالك ومحمد شائبة المعقولية في الخبث في سقوط النية، والعبادة في تعيين الماء فهذا أولى من إلغاء النعمان شائبة العبادة وبعضهم شائبة المعقولية عندهم، وعندني أن إلغاء الراجح لإعمال المرجوح، ولو في وجه تقديم للمرجوح المؤخر بإجماع، فإذا تبنت الراجحية سقطت المرجوحية بالكلية.

قوله: «وفي استواء الشائبتين الاعتبار ونفيه» المشهور هو الاعتبار تغليباً لشائبة العبادة أبو عمرو بن الحاجب - رحمه الله - والإجماع على وجوب النية في محض العبادات وعلى نفي الوجوب فيما تمحض لغيرها كالديون والودائع والغصوب واختلف فيما فيه شائبتان كالطهارة والزكاة، والمذهب

افتقارها ويعني بالطهارة الطهارة المائية دون التوابية فإنها محض تعبد.

صاحب التوضيح، وحاصله أن الفعل أقسام قسم: تمحض للعبادة كالصلاة فالإجماع على وجوب النية.

الثاني: مقابله كإعطاء الدين ورد الودائع والغصوب، فالإجماع على أنه لا تجب فيه النية.

الثالث: ما اشتمل على الوجهين كالزكاة والطهارة، لأن الزكاة عقل معناها وهو رفق الفقراء وبقية الأصناف، لكن وكونهما إنما تجب في قدر مخصوص على وجه مخصوص لا يعقل معناه، وكذلك الطهارة عقل معناها وهي النظافة لكن كونها في أعضاء مخصوصة على وجه مخصوص لا يعقل معناه، واختلف في وجوب النية وانظر تمام كلامه.

قوله: «تمييز عادات» - البيت - هو معنى قول المقرئ: النية في العبادات للتمييز والتقريب وفي غيرها للتمييز كوصي أيتام لا ينصرف شراؤه لأحدهم إلا بالنية ومراد المؤلف تمييز عبادات عن عادات وعبارته توهم العكس، فلو قال تمييز عن عادة بها حتم لكان أبين.

صاحب التوضيح: وحكمة إيجاب النية تمييز العبادات عن العادات لتمييز ما الله تعالى عما ليس له أو تمييز مراتب العبادات في أنفسها لتمييز مكافآت العبد على فعله وتعظيم العبد لربه، فمثال الأول: الغسل يكون

عبادة وتبردا، وحضور المساجد يكون للصلاة ويكون للفرجة، ويكون السجود لله وللصنم.

ومثال الثاني: الصلاة لانقسامها إلى فرض، والفرض إلى فرض على الأعيان وفرض على الكفاية وفرض مندور وفرض غير مندور.

|                           |                          |
|---------------------------|--------------------------|
| من وفرض عين الذي تكررا    | نفع به غير كفاية يرى     |
| في زروجاهد قم بشرع واشهد  | واقض وأم مر بعرف واردد   |
| سلاما افت واحترف وادرأوصن | ميتا ورابط وفد وثق مؤتمن |
| والظن كاف في سقوط والسنن  | عين كفاية على ذلك السنن  |

ش القرافي: في الفرق الثالث عشر، بين قاعدتي فرض الكفاية وفرض عين وضابط كل واحد منهما وتحقيقه بحيث لا يلتبس بغيره فنقول: الأفعال قسمان منها: ما تكرر مصلحته بتكرره ومنها ما لا يتكرر مصلحته بتكرره.

فالقسم الأول: شرعه صاحب الشرع على الأعيان تكثيرا للمصلحة بتكرر ذلك الفعل كصلاة الظهر فإن مصلحتها الخضوع لله تعالى وتعظيمه ومناجاته والتذلل له والمثول بين يديه والتفهم لخطابه والتأدب بأدابه، وهذه المصالح تكثر كلما كررت الصلاة.

والقسم الثاني: كإنقاذ الغريق إذا شاله إنسان فالنازل بعد ذلك إلى البحر لا يحصل شيئا من المصلحة، فجعله صاحب الشرع على الكفاية نفيا للعبث في الأفعال، وكذلك كسوة العريان وإطعام الجيعان ونحوهما، فهذا هو ضابط

القاعدتين وبه تعرفان ثم ذكر مسألتين:

الأولى: أن الكفاية والأعيان كما يتصوران في الواجبات يتصوران في المندوبات كالأذان والإقامة، والتسليم والتشميت، وما يفعل بالأموات من المندوبات، فهذه على الكفاية والذي على الأعيان كالوتر والفجر وصيام الأيام الفاضلة، وصلاة العيدين، والطواف في غير النسك والصدقات.

المسألة الثانية: يكفي في سقوط المأمور على الكفاية ظن الفعل لا وقوعه تحقيقا فإذا غلب على ظن هذه الطائفة أن تلك فعلت سقط عن هذه، وإذا غلب على ظن تلك أن هذه فعلت سقطت عن تلك، وإن غلب على ظن كل واحدة منهما فعل الأخرى سقط الفعل عنهما انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة كل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الكفاية، وإلا فعلى الأعيان إلا لمعارض أرجح كصلاة الجنائز لأن المطلوب بها صورة الشفاعة، وقد حصلت، والإلحاح فيها مذموم عرفا فيذم شرعا، كما يأتي وأما المغفرة فأمر خفي لا يجوز أن يعتبر بنفسه، بل بمظنته على وجهها، وأيضا فإن من يقول بتكررها وهو الشافعي يوافق على أنها لا تقع نفلا بل فرضا وقد حصلت مصلحة الواجب بالصلاة الأولى إجماعا.

قاعدة: يكفي في سقوط المأمور على الكفاية ظن الفعل، وإن لم يفعل ألبتة بخلاف الأعيان على الصحيح، وليس سقوطه بالغير نيابة حتى يتعذر في الفعل البدني بل لتعذر حكمة الوجوب.



قوله: «غير كفاية» أي غير الذي تكرر والنفع به فرض كفاية، ويجوز أن يكون الخير يرى فينتصب كفاية، وقد ضبطه المؤلف بهما، ويضبط أيضا فرض الكفاية بأنه الذي تندفع الحاجة فيه بالبعض، كالقضاء وتحمل الشهادة، وشبه ذلك بخلاف فرض العين فمقابله، وسيزاد هذا بيانا بعد قوله: «يرى في زر وجاهد قم بشرع واشهد» - البيتين - أي يعلم فرض الكفاية أو يبصر في هذه المواضع، وقصد بهذا الكلام حصر فرض الكفاية بالعدد كما حصرها بالضابط.

الأول: زيارة الكعبة كل سنة فهي فرض كفاية فلا يجوز أن يترك الناس كلهم زيارتها في عام من الأعوام إلا من عذر لا يستطيعون معه الوصول إليها نعوذ بالله من ذلك.

الثاني: الجهاد هو واجب على الكفاية لأن مصلحته تحصل بالبعض ففرض على الإمام إغراء العدو في كل سنة مرة يخرج بها هو أو من يثق به، وفرض على الناس في أموالهم وأنفسهم الخروج المذكور، لا خروجهم كافة، والنافلة منه إخراج طائفة بعد أخرى وبعث السرايا وقت الغرة والفرصة.

الثالث: القيام بالعلوم الشرعية قال الله تعالى: ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة...﴾ الآية، وعن الشافعي العلم قسمان فرض عين وفرض كفاية ففرض العين علمك بحالتك التي أنت فيها، وفرض الكفاية ما عدا ذلك ومثل هذا في الرسالة قال: وكذلك طلب العلم فريضة عامة يحملها من قام بها إلا ما يلزم الرجل في خاصة نفسه وانظر الفرق الثالث والتسعين.

القرافي - رحمه الله -: العلم وضبط الشريعة وإن كان فرض كفاية غير أنه يتعين له طائفة من الناس، وهي من جاد حفظهم وراق فهمهم وحسنت سيرتهم وطابت سريرتهم فهؤلاء هم الذين يتعين عليهم الاشتغال بالعلم فإن عديم الحفظ أو قليله أو سيء الفهم لا يصح لضبط الشريعة المحمدية، وكذلك من ساءت سريرته لا يحصل به الوثوق للعامّة فلا تصح به مصلحة التقليد فتضيع أحوال الناس.

الرابع: تحمل الشهادة وكان فرضاً لأنه لو تركه الناس كلهم أدى إلى إتلاف الحقوق وكان على الكفاية لأن الفرض يحصل بالبعض، وإذا كان على الكفاية فيتعين في حق من انفرد كما في سائر فروض الكفاية.

أبو عمر بن الحاجب: والتحمل حيث يفتقر إليه فرض الكفاية، والأداء من نحو البر يدين إن كان اثنين فرض عين، ولا تحمل إحالته على اليمين، فإن لم يجتز الحاكم باثنين فعلى الثالث ولا يلزم من أبعد.

الخامس: القضاء، وكان فرضاً أنه لما كان الإنسان لا يستقل بأمور دنياه إذ لا يمكن أن يكون حراثاً طباحاً بزازاً إلى غير ذلك من الصنائع المفتقر إليها احتاج إلى غيره، ثم بالضرورة قد يحصل بينهما التشاجر والخصام لاختلاف الأغراض فاحتيج إلى من يفصل تلك الخصومات ويمنع بعضهم من غرضه وبهذا وجب إقامة الخلافة لكن نظر الخليفة، أعم إذا حد ما ينظر فيه القضاء، ولما كان هذا الفرض يحصل بواحد وجماعة كان فرض كفاية، لأن ذلك فرض الكفاية.

السادس: الإمامة الكبرى هي من فروض الكفاية إن قام بها البعض سقطت

عن الباقيين وإن لم يقيم بها أحد خرج بتركها فريقان، أحدهما: أهل الحل والعقد.  
والثاني: كل من يصلح للإمامة، وأما إمامة الصلاة فهي تابعة لصلاة  
الجماعة والمشهور أنها سنة مؤكدة وقيل فرض.

السابع: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قال الله تعالى: ﴿ولتكن منكم  
أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ فالتغيير فرض  
كفاية إذا قام به في كل صقع من فيه غنا سقط الفرض عن الباقيين، نعم إن  
نصب لذلك أحد تعين عليه كما يتعين الجهاد على من عينه الإمام.

الثامن: رد السلام فإنه فرض كفاية بمعنى أنه إن سلم على جماعة وقام بالرد  
واحد منهم سقط الباقيين وخالف أبو يوسف في قوله: لا بد من رد جميعهم.

التاسع: الفتوى فهي فرض كفاية على المتأهلين لها إذا كان السؤال عن الأمر  
المهم المحتاج إلى بيانه فيجب الجواب كما يجب السؤال قال تعالى: ﴿فسئلوا  
أهل الذكر إن كنتم لا تعملون﴾ وقال عز من قائل: ﴿إن الذين يكتُمون ما  
أنزلنا من البينات والهدى﴾ الآية.

قال بعضهم تتعين على المفتي الفتيا بأربعة شروط كون السائل سأل عن  
واقعة دينية يخاف فواتها، وانفراد المستفتي، ومعرفته بالجواب الصحيح عن  
اجتهاد أو عن تقليد، ومتى انخرم أحدهما فالجواب فرض كفاية.

العاشر: الحرف المهمة كالحرثة والتجارة ونحوهما وقد نص غير واحد على  
أنها فرض كفاية.

الحادي عشر: الدرء بالدال المهملة ويعني به والله أعلم دفع الضرر في النفس أو المال عمن لا يستحقه شرعاً فهو فرض كفاية على من قدر عليه كدفع الصائل من إنسان أو بهيمة عن المصول عليه وكالتخليص من الغرق فهو فرض كفاية على من يحسن العوم، وكإعطاء الطعام للجوعان، والماء للعطشان، والخشب لتدعيم الجدار عند خوف سقوطه ونحو ذلك.

الثاني عشر: القيام بمؤن الميت كالغسل والصلاة والدفن، ولا خلاف في وجوب الدفن، واختلف في الغسل والصلاة، والأصح عند ابن الحاجب الوجوب.

وفي الرسالة: والصلاة على موتى المسلمين فريضة يحملها من قام بها، وكذلك مواراتهم بالدفن، وغسلهم سنة واجبة.

الثالث عشر: الرباط، قال في الرسالة: والبراط في تغور المسلمين وسدها وحياطتها واجب يحمله من قام به.

الرابع عشر: فداء أسارى المسلمين، الشيخ ابن عرفة: وفداء أسارى المسلمين فيه طرق الأكثر واجب.

الباجي: في وجوبه وكونه نفلاً قول جمهور أصحاب مالك، وقول أشهب في الفداء بخمر لا يدخل في نفل بمعصية ابن بشير سماه نفلاً لوجوبه على الكفاية لا الأعيان إلا أن يتعين.

الخامس عشر: التوثيق وهو كتب الوثائق، وهو فرض كفاية لشدة الحاجة

إليه وتندفع بالبعض كالحرف والصناعات المهمة، فإذا أمكن كتاب فلا يجب الكتب على معين، ويتعين على الكاتب أن يكتب إذا لم يوجد كاتب سواه قال الله تعالى: ﴿وَلِيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ﴾، وفي بعض النسخ بدل البيتين اللذين كتبناهما.

بالشرع قم جاهد وزر واقض      اشهد بالعرف مرام سلام اردد  
ورابط افتى واحترف والميت من      واحضن ووثق وافد وادراً تؤتمن

وهذه النسخة أحسن لما فيها من زيادة الحضانة، ويعني بها حضانة اللقيط:  
أبو عمرو ابن الحاجب: والتقاطه فرض كفاية.

خليل: لأن حفظ النفوس واجب وكان على الكفاية، لأن المقصود يحصل  
بواحد وذلك شأن فرض الكفاية.

ابن الحاجب: وليس له رده بعد أخذه.

التوضيح: لأنه فرض كفاية يتعين بالشروع فيه كالنافلة وزاد بعضهم في  
فرض الكفاية عيادة المرضى وتمريضهم وحضور محتضرهم ونصيحة المسلم،  
وقد تدخل هذه في الدرء، وإطعام الجياع، وستر العورات، وهذان داخلان  
في الدرء بلا شك وزاد أيضا حفظ القرآن سوى الفاتحة، وضيافة الوارد وزيد  
الأذان أيضا وإنما يأتي على قول.

قوله: «تؤتمن» هو جواب زور وما بعده، أي افعل هذه الأشياء تؤتمن أي

تلخ شؤلة الوجوه وكلفا وابدان صغيترا او موضعين خلافا للنعمان ويهنا وان تكون بحيث يكون محملا ولو لم يرد  
مشبهه ما كان حاصلا كجمله ما ان تصدق وسزا انما يكون مع الخلق قانع واعى النوع وسرا تتعزلا الى التيميم مثال الغير ما تتعزلا  
الى تيميم مثال اليوسر فالتميم يفر بهاء الفصوص ومن شتم من شتم محتو شركة الا اذا اورد في التناويع لا تتصلك وشركة  
المفاوضة وقال ايضا فاعيدك دره العسرة وشروكها بان ايدوك في التي مثلها او اعلم انما وجوبا فيما يقاوما  
هو ازا فعال النعمان يجوز ان يعرض بعسرة في تغيير المنزلة اعلا لكلتا نحو ان يوزوا فيها العسرة من بالمهاد وموسم  
الترجيح النجوة والفاخرة اتقوا فتولة بغيره ان فلان في من قول الكتاب التي اخرج

- من اتمام التيميم المستحب •
- جمعته من اتمهات الكتب •
- لفكتها منه •
- من اتمهات العالم المرينة •
- قال قوله على الاقسام •
- بالفضل والرحمة والتمتع •
- اجده بانلج التيميم •
- شكرا على فلكه التوحيد •
- انه غير قاطنة به •
- اذ قال الله اخلاص الله في التسه •
- سبحانه دالجه •
- ما اقسام •
- انه عينا رحمة •
- كما اقسام •
- ونحنا بالصفحة •
- محتسب •
- انه من نكولوا لاسرا •
- نتم •
- اجد انما على التمر •
- والاذن والصب •
- وفرق •
- وانظر الله به فيل المنسي •
- وترجم الرجل عن اتمه •

انها ان الكتب اذ الكتب التي برى اذهات بوجه انها وبعتمزة من الرفعه عليهما والرد رجح دره وسى الخويرة العظيمة  
والتميمية ان الشمس الكثير وعالم المرينة مؤا ما منا على ان من اذ تمامه اصحى وعليه عمل كثير من العلماء وقول  
صلى الله عليه وسلم فوشه ان يضره الناس كما به ان يكلمون العلم فلا يبروه علانا اعلم من عالم المرينة وبالفصل  
يتخلوا بالنعام والختم ختمه سزا النكلاء وانما له والخمير المبالغة في الخويرة ضرر جرد بالتفرد ومنه يصح نسبنا  
مغوص الله عليه وسلم انما ذكر هذا التامر لانه في الخصال الخوفية صلى الله عليه وسلم وحالها خلاصتها ما قامت  
به واخواتها العفة فيه كانه قد نكح به وادرا بما منه التمرح والافاها خلاصتها العقل وفيه افضا الى سارا الى  
ان الغيرة اذ خلاصتها ان التصور ومه كعبه به وعيها فحمة الاسلام ايها معسر المسلمين في رحل مؤاسم برام  
السابعة اذ بمنا عشر رمت محق عليه السلام وسزا اخسر لقوله وخصمانه وعشر من اتمه من شمس برام  
وسا اذ المسلمين محق صلى الله عليه وسلم اذ في سزا الوجه ادهام التضاد وسزا اذ اذات العموم والخصوص للشمع  
الواحدة والكهنة وسوا صلى الله عليه وسلم جعله نعتا الهوى على سبيل المبالغة لانه فيه صلى الله عليه وسلم  
كس يقال ان جبر حزل وقبر وانما الله به اذ متوسلا بالشرى التي هو محق صلى الله عليه وسلم لم ويجوز ان وجود الضمير  
على الله يصحون سزا الذي متوسلا اليه به عز وجل وعبرنا انما في قال احير قال الله لا يخلان العافية ومننا اقتضى الشرح  
والجولته والعالمه

ترجمة الإمام أبو العباس

أحمد بن علي

بن عبيد الرحمن المنجور





هو الإمام العلامة مفخرة أهل زمانه، صدر علماء عصره النابغة الشيخ أحمد أبي العباس بن علي بن عبد الرحمان المنجور، كبير فقهاء المغرب الأقصى في أواخر القرن العاشر الهجري، أصل سلفه من مدينة مكناس ثم انتقل منهم من انتقل إلى سكنى مدينة فاس، وكان أبوه علي كبير دار ملك بني وطاس وامينها والقيم على أمورها، كما كان جده عبد الرحمان من الأمناء أيضا، وبفاس ولد المترجم عام 929 هـ على الأرجح، ونشأ وأخذ عمن كان بها من علماء وفقهاء ضمن الفهرس أسماءهم وعرف فيه بهم وذكر مروياته عنهم، كمحمد بن أحمد اليسيتني - وهو كان عمدته - وعبد الرحمان سقين العاصمي وعبد الواحد بن أحمد الونشريسي وعلي بن هارون المطغري ومحمد ابن مجبر المساري وعبد الوهاب الزقاق.

وكان المنجور ثاقب الدهن دكي القلب نجيبا مجدا مجتهدا سريع الفهم حسن الإدراك حريصا على تحصيل العلوم واستيعاب الفنون حتى استكمل حفظها واثقن فهمها وصار ممن يشار إليه بالبنان فيها مع صغر سنه وفتاء عوده ووجود من هم أكبر منه سنا، ولما أكمل التعلم والدراسة انصرف إلى التدريس والتأليف فاقبل عليه الطلبة من كل الآفاق وتنافسوا في حضور مجالسه العلمية لمهارته في التبليغ واستحسانهم طريقته في التدريس وقدرته على إيضاح الغامضات وحل المشكلات، كما تنافس محبو العلم والمنسوبون إليه في استنساخ مؤلفاته والاستشهاد بأقواله واستنتاجاته، وما زالت درجته تعلو حتى صار شيخ الجماعة بلا منازع،

وطارت شهرته في جميع الأفاق وأدناه السلاطين والأمراء والولاة، وتوددوا له وصاروا يستشيرونه ويحترمون رأيه ويعملون بنصحه عندما تدعوهم الحاجة إلى استشارته والتماس نصيحته، وكان السلطان أحمد المنصور السعدي - على الخصوص يجله ويصله بجوائز سنوية فلا يلقى لها بالا ويفرقها على الأراامل والضعفاء.

وصفه مترجموه بعبارات طنانة رأينا أن نجمع شتاتها لتستدل منها مجوعه على قيمته ورأي الناس فيه، وهي: "إمام فقيه معقولي، محدث" أصولي، آية من آيات الله في المعقول والمنقول، واسع العارضة والإطلاع، ذو مهارة كاملة في جميع الفنون، احفظ أهل زمانه واعرفهم بالتاريخ والبيان والمنطق والكلام والأصول والحديث والتفسير، متبحر في العلوم كلها من معقول ومنقول، عارف "برجال الحديث، شديد العناية بالتحصيل، قوي التحقيق عند الإلقاء والتقرير، معتن بالمطالعة والتقييد والإقراء لا يميل ولا يضجر، منصف" في البحث والمذاكرة، جنوح" إلى الصواب مهما تعين وعند من تعين، يميل مع الحق حيث كان، صدوق" في النقل متبث" في الإملاء، قوي الإدراك ثاقب الدهن صافي الفهم، ذو خط فائق وأدب رائق، خدم العلم عمره حتى ألفت إليه العويصات زمامها وبرز على الأقران وصار شيخ الجماعة في وقته، وكان يحض على تعلم جميع العلوم ويتعلمها ويقول أنها كلها نافعة، حتى انه تعلم لعب الشطرنج فأتقنه ومهر فيه، وصار المشار إليه بالبنان في معرفة دقائقه، وتعلم تلاحين عود الغناء فكان يحرك بجس

أوتاره قلوب العاشقين، وبلغ الغاية القصوى في العقائد، أما الأصول فهي عشه الذي فيه يدرج، ويدخل فيه ويخرج، وانفرد عن أهل زمانه بمعرفة تاريخ الملوك والسير والعلماء على طبقاتهم ومعرفة أيامهم، وكان طبعه يحتد في بعض الأوقات حدة تمنع المتعلم من مراجعته والإكثار من مباحثته، وكان مولعا بأمثلة العامة خصوصا عامة الأندلس ويستحسن لغتهم ولكنتهم ويثني عليهم وعلى بلادهم ويتشوق إليها، وكان العلماء والطلاب يقولون أن فهمه لا يقبل الخطأ، وكانت له طريقة خاصة في التدريس، يجيد ترتيب النقول ويتألق في كيفية الإلقاء، عبد من عباد الله الصالحين، لا يفتر عن قراءة القرآن إلا في ساعة المطالعة أو التأليف أو الإقراء أو ضروريات الإنسان، أروع الناس في النقل، كاد أن لا يفارق لسانه : لا ادري، أو حتى انظر، أو كلام يقرب من هدا، دمث الأخلاق رقيق الحاشية، متقشف "قانع" يما تيسر من المأكول والملبوس لا يحسن تدبير الدنيا، وبالجملة فهو - كما قال بعضهم - آخر الناس في فاس، ولم يكن مثله في الفنون بالمغرب ولا جاء بعده من أتقن مثل الذي اتقن من العلم.

أخذ عنه عدد عديد من الطلبة صاروا فيما بعد من العلماء المبرزين والمؤرخين المرموقين، منهم السلطان أحمد المنصور السعدي الملقب بالذهبي واجازه وألف برسمه عددا من كتبه، والشيخ يوسف بن محمد الفاسي المشهور بكنية أبي المحاسن، وأحمد بابا السوداني مؤلف نيل الابتهاج وأحمد بن محمد ابن القاضي صاحب المؤلفات

العديدة في التاريخ وغيره واجازه، لازمه كثير - كما يقول عنه في درة الحجال - من سنة خمس وسبعين إلى وفاته، وما فارقه إلا زمن رحلته للمشرق أو زمن أسره فقط أو مدة أقامها بمراكش.

ألف المنجور عدة تأليف ذكر أكثرها في آخر فهرسته، جلها في الفقه والكلام والبلاغة، منها :

- 1- أجوبة في القراءات توجد منه نسخة مكتوبة بخط المؤلف على ما يظهر محفوظة تحت نمرة 8011 بالخزانة الحسينية بالرباط.
- 2- أجوبة مجموعة في الفقه والكلام يوجد منها مخطوط مصور نمرته 318 ر 73 بالخزانة العامة بالرباط.
- 3- تقريب لفهم شواهد الخزرجي في العروض توجد منه نسخة مخطوطة نمرتها 603 بالخزانة الحسينية بالرباط.
- 4- حاشية كبرى على شرح كبرى السنوسي في العقائد أمره السلطان احمد المنصور السعدي بإخراجها من مبيضتها الصعبة الدقيقة خط الطرر الملحقة الكثيرة جدا المدمجة، فانقدت بذلك بعد ما كادت تندثر، توجد منها نسختان مخطوطتان بالخزانة الحسينية بالرباط، أولاهما في مجلد ضخم نمرته 5011 والثانية نمرتها 575 كتبت في جمادى الثانية عام 1000 هـ.
- 5- حاشية صغرى على شرح كبرى السنوسي، توجد منها نسخة مخطوطة نمرتها 8054 بالخزانة الحسينية بالرباط.
- 6- شرح المنهج المنتخب، إلى قواعد المذهب، وهو شرح لاجوزة علي

بن قاسم الزقاق التجيبي الفاسي في قواعد المذهب المالكي، طبعت مرتين بفاس طبعة حجرية.

7- مراقي المجد، آيات السعد، تفسير للآيات القرآنية الواردة في شرح سعد الدين التفتزاني لتلخيص المفتاح، يوجد مخطوطا بالخرزانة الحسنية بالرباط محفوظا تحت نمرات 176 و 5038 و 5302.

8- الفوائد، ومبدي الفوائد، لمحصل المقاصد، وهو شرح لقصيدة في التوحيد من نظم الفقيه احمد بن محمد ابن زكري التلمساني متقدم الترجمة (5 : 97 ع 1440).

9- مختصر نظم الفوائد، وهو مختصر الكتاب السابق توجد منه نسخة عتيقة في 300 صفحة كتبت في أواخر دي القعدة عام 997 محفوظة تحت نمرة 4147 بالخرزانة الحسنية بالرباط.

10- شرح إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام ابي عبد المالك، الترجمة (5 : 108 ع 1444).

11- شرح نظم علاقات المجاز ومرجحاته، والنظم لابي الفضل ابن الصباغ المكناسي، توجد منه نسخة مخطوطة نمرتها 1032 د بالخرزانة العامة بالرباط.

12- الفهرس، كتاب ذكر فيه شيوخه ومروياته عنهم أجاز به السلطان احمد المنصور السعدي، طبع بالرباط عام 1396هـ - 1979 م بتحقيق الاستاد محمد حجي قيدوم كلية الآداب بالرباط، الذي أشار في هذا الأخير مؤلفين اثنين للإمام احمد المنجور عدا ما ذكر أنفا وهما :

13- المختصر المذهب من شرح المنهج المنتخب، وهو اختصار للشرح

السابق مخطوطة المكتبة الملكية بالرباط عدد 8054 .

14- شرح المختصر من ملتقط الدرر

مخطوطات المكتبة الملكية بالرباط أعداد 172 و5038 و5302

توفي رحمه الله بفاس ليلة الاثنين 16 قعدة عام 995 هـ موافق 19 أكتوبر 1587 م ودفن بمطرح الجلة (القبب) خارج باب فتوح متصلاً بقبره بقبر شيخه اليسيتني ، قال ابن القاضي في درة الحجال : صارت الدنيا تصغر في عيني كلما تذكرت أكل التراب للسانه والدود لبنانه .

---

أخذت عن "أعلام المغرب العربي" عن الإمام أبو العباس أحمد بن علي بن عبد الرحمان المنجور لعبد الوهاب بن منصور ص -202-203-204 . 206-205 .



شارع الكونغو عمارة 23 رقم 1 - المحيط - 10005 - الرباط  
الهاتف: 05 37 26 21 80 - الفاكس: 05 37 26 21 79