

مقدمة الطبعة الاولى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تبارك من استأثر بالقضاء . وانعم على الانسان بمختلف الآلاء . والصلاة . والسلام على من احبب القلوب بالهدى والحكمة . وعلى آله وصحبه نجوم الملة وهداة الامة . اما بعد فهذه فقرات قيمة . وشذرات منظمة محكمة . تجمع من علم القضاء اشتاتا . وتحيي منه ما كان مواتا . وتسقي المتعطشين اليه عذبا فراتا . وتكون لما جرى به العمل التونسي في الاوضاع الحكيمة والقضايا الفقهية كفاتا . (١) حدا يبي الى جمعها وتهذيبها . واحكام ترصيفها وتبويبها . اشتمال الكتب المؤلفة فيه على ما بقي حيا وما عاد رفاتا . حتى اضاع على مبتغي التمييز بين الزيف والابريز اوقاتا . وجعل مرتاد حقوله الخصب . وان ابعد النجعة كأنه مسنت اسناتا . وقد حصرتها في ثلاثة ابواب والله المسئول ان يعصمنا من الخطا والخطل . في القول والعمل . وأن يفجر منها ينابيع نفع سائغة . ويكسوها من القبول حللا سابغة . انه قدير . وبالاجابة جدير .



الباب الاول

في الدعوى والجواب والمدعى والمدعى عليه

والاجال والاعذار والعقلة والتعجيز

وفيه فصول

الفصل الاول في الدعوى

وفيه سبعة مطالب : ١ - حقيقتها ومعناها - ٢ - كيفية القيام بها - ٣ - وصفة القائم بها - ٤ - وصحتها المقتضية استدعاء المطلوب للجواب عنها - ٥ - وما يلزم اشتغالها عليه اذا سأل المطلوب - ٦ - وما يترتب على القول بتبعيضا - ٧ - وما يسقطها .

المطلب الاول في حقيقة الدعوى

حقيقة الدعوى طلب معين او ما في ذمة معين او ما يترتب عليه احدهما . فطلب المعين كدعوى ان هذه الدار اشتراها او غصبت منه . وطلب ما في ذمة المعين كدعوى المرأة ان بذمة زوجها الفان جهة صداق أو نفقة . ثم المعين الذي يدعى في ذمته قد يكون معينا بالشخص كزيد أو بالصفة كدعوى الديانة على العاقلة والقتل على جماعة أو انهم اتلفوا له متمولا . وطلب ما يترتب عليه معين كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب عليها حوز نفسها ؛ وهي معينة . ودعوى الوارث ان مورثه مات مسلما فيترتب عليه الميراث المعين . وطلب ما يترتب عليه ما في ذمة معين كالمطلقة تدعي الميسس وينكره الزوج فان الميسس يترتب عليه استحقاق كامل الصداق وهو في الذمة .

المطلب الثاني في كيفية القيام بالدعوى

يقدم الطالب للقاضي في ورق معتاد كتابة (١) يبين بها موضوع الدعوى وحاصلها . ليكون القاضي على بصيرة معنا اشتملت عليه الدعوى من الفصول ولاي باب ترجع من الاصول وهل هي من مشمولات انظاره بمقتضى التراتيب

(١) يوقع القاضي على الشكاية انها من النوازل الشخصية اذا كانت موضوعها طلب نفقة او حضانة او ثبوت نكاح او طلاق او طلب فك الصمة لاضرار او ايلاء ولم يفى او طلب فسخ نكاح لفساده بفوات ركن او شرط او حصول مانع كحرمة المرأة برضاع او صهر او يكونها في عدة وفاة او طلاق . وبالجملة فالدعاوي المتعلقة بالنكاح والطلاق والرجعة والرضاع والايلاء والظهار واللعان والحضانة والنفقة والارث والاستحقاق والتعصيب . والاول . يوقع القاضي عليها انها من النوازل الشخصية . ويوقع القاضي على الشكاية انها من النوازل الاستحقاقية اذا كانت الدعوى في وصية او متعلقة بعقار سواء أكانت الدعوى في غصب او شفعة او ثبوت هبة او صحتها او فسادها او اعصارها او ثبوت وقف او صحته او فسادها ؛ ام كان في غير ذلك مما يوجب نقل الملك او طلب ايجاد رسم عوض رسم ضل .

ووقع التقييد بالمقار وهو الارض وما اتصل بها من بناء او شجر . لان الدعوى في المنقولات خارجة عن انظار المحاكم الشرعية بمقتضى التراتيب الا ما كان منها متعلقا بالموارث او كان بين الزوجين او كان بين المتراكتين بعد المراكنة من الهدايا والاملاك . فانها من انظار المحاكم الشرعية ثم المقار الذي يكون الحما في استحقاقه من انظار المحاكم الشرعية يشترط فيه ان لا يكون مسجلا بدفتر خانة الاملاك المقارية ولا مطلوبا تسجيله قبل وقوع النقل في المحكمة الشرعية والا كان خارجا عن انظارها وهذا كله في التسجيل النهائي واما التسجيل المستعجل المبرر عنه بالكداستر فانه لا يخرج النازلة عن نظر المحاكم الشرعية . ويشترط في كون المقار من انظار المحاكم الشرعية ايضا ان لا يكون من الارضين المشتركة الانتفاع ولا من الارضين المعتبرة دوائر عسكرية والا كان الحكم فيها خارجا عن انظارها . وقد جاءت مجلة المرافعات الشرعية منفصلة لما هو من خصائص المحاكم الشرعية في المادة الاولى منها . كما تضمنت المادة السادسة منها بيان القضايا الشخصية والقضايا الاستحقاقية .

وبعد الاطلاع على الشكاية والتوقيع عليها يحيلها القاضي على دائرة المدون ليحضر الطالب لديهم ويقيدوا عليه مقالا شرعيا ويشهدوا عليه بها تضمنه حتى لا ينكر شيئا مما تضمنه مقاله فيما بعد يوجب مؤاخذته او سقوط دعواه .

واقضت التراتيب ان القاضي لا يحيل الدعوى على دائرة المدون لكتب المقال الا بعد ان يحيل الشكاية على كاتب مكلف باعطاء ورقة خاصة مبين بها نوع النازلة يسلمها للطالب لينتهي

وهذا غير المقال الذي يكتبه العدول. فهو من وادي ما قصده الزقاق (١)
بقوله في لاميته :

ولتأمر بتقييد غامض * لتسأل عنه او لان تتأملا

فقد قال فيه ميارة (٢) والتاودي (٣) وليست هذه المسألة المشار اليها بقول
التحفة (٤) :

بها الى ادارة التسجيل ويدفع معلوما يختلف باعتبار كون النازلة شخصية او استحقاقية ويتسلم من
ادارة التسجيل ورقة تتضمن دفع المعلوم بتقديمها الى القاضي يمكنه ان ينظر في القضية ويحيل
النازلة الى دائرة العدول لكتب المقال وتوضع هذه الورقة بملف النازلة. فان ادعى الطالب العجز
عن دفع المعلوم كد بآيات العجز ويكتفي في ذلك شهادة شيخ الحومة (المحرك) بالحاضرة وشهادة
شيخ التراب بغيرها. وعند الادلاء بهذه الشهادة يكتب القاضي على الشكاية ما نصه « يمنع
الاعانة المدلية » وحينئذ يعفى الطالب من دفع المعلوم وتسلم له ورقة من ادارة التسجيل تتضمن
انه منح الاعانة المدلية. فاذا وقع الحكم للطالب حمل المعلوم على المحكوم عليه في جملة المصاريف.
وهذا كله في الامور المستعجلة كالنفقة والحضانة والمعاشرة. واما النوازل الاستحقاقية فيلزم فيها
مكاتبة الوزارة المدلية في منح الطالب الاعانة المدلية ويقع جمع مجلس في الوزارة المدلية للنظر في
تحويل الطالب الاعانة المذكورة وعندما يرى المجلس اسماؤه بذلك تكتب الوزارة المدلية القاضي
في الاعلام بذلك وحينئذ ينظر في القضية وربما استترك جمع المجلس لاجابة الطالب الى منح
الاعانة اشهرا كثيرة. ودفع المعلوم عن النوازل سمح باعفاء الخصوم من التكاليف المالية التي كانوا
يتحملون عبأها في اجور الاعوان لتبليغ الاذن واجور العدول لكتابة المقالات والاجابة
وتحاريرها واقامة البنات واخذ النسخ وكتب الآجال والاعذار وتلخيص الحجج وكتب الاحكام
اذ صار جميع ذلك مجابا مكتوبا في ورق معتاد غير متبر وتوات الحكومة دفع اجور للاعوان
والشهود وكتابت المحاكم ودفع انعام ما يلزم من الاوراق والدفاتر.

(١) هو علي بن قاسم بن محمد التجيبي شهر الزقاق. اخذ عن القوري من شيوخ فاس وعن
المواق من شيوخ الاندلس. وتوفي سنة ٩١٢

(٢) هو محمد بن احمد ميارة. له تاليف عديدة رزق فيها القبول، من اشهرها شرحان على المرشد المدين
وشرح التحفة وشرح لامية الزقاق وتذليل المنهج المنتصف وشرحه. مولده سنة ٩٩٩ وتوفي سنة ١٠٧٢

(٣) هو محمد التاودي بن محمد الطالب بن سودة المري القفاسي كاتب مشهورا بسعة العلم له
تاليف قيمة منها شرح التحفة وشرح لامية الزقاق وحاشية على شرح عبد الباقي الزرقاني المختصر
الخليلي وحاشية على صحيح البخاري وفتاوى. مولده سنة ١١١١ وتوفي سنة ١٢٠٩

(٤) صاحب التحفة هو ابو بكر بن محمد بن عاصم. اخذ عن الاستاذ ابي سعيد بن اب

والكتب يقتضي عليه المدعي * من خصمه الجواب توقيفا دعي
لان ذلك فيما بين الخصمين وما هنا فيما يفعله القاضي فيما صعب عليه من الدعوى

المطلب الثالث في صفة القائم بالدعوى

يلزم فيما ليس حق الله ان يكون القائم بالدعوى صاحب الحق او وكيله او
ناظره من اب او وصي او مقدم قاض .

فاذا كان القائم صاحب الحق نفسه لم يشترط فيه الرشد فللصبي والسفيه ان
يقوما بطلب حقوقهما البدنية والمالية وانما الممنوع تمكينهما من المال . ففي
المتبعية (١) قال غير واحد للسفيه طلب حقوقه حضر وصيه او غاب : والخصومة
فيها وليس له ان يوكل على طلبها . وقال ابن بقي (٢) وغيره له ان يوكل كما له
ان يطلب وبه مضى العمل ، اهـ . (٣) انظر شرح التحفة عند قولها « يجوز
توكيل لمن تصرفا » البيت .

واذا كان وكيلاً (٤) افتقر في قبوله ان يجعل له الاقرار اذا كان وكيلاً

والقجاطي والشاطبي وابن علاق وابن جزى . تولى القضاء بمدينة وادي واش سنة ٨٢٠ وقضاء
غرناطة سنة ٨٢٤ - مولده عام ٧٦٠ وتوفي سنة ٨٢٩

(١) صاحب المتبعية هو القاضي علي بن عبد الله بن ابراهيم الانصاري يعرف بـ المتبعية
السبتي الفاسي . له كتاب كبير سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والاحكام وهو المعروف
بـ المتبعية اختصرها اعلام من اشهرهم ابن هارون . توفي سنة ٥٧٠

(٢) هو احمد بن بقي بن مخند . قاضي الجماعة . تولى القضاء بقرطبة سنة ٣١٧ وتوفي سنة ٣٢٤

(٣) نظم هذا العمل صاحب العمليات العامة فقال :

وجاز للسفيه ان يوكله * شخصاً له يطلب حقاً مهما

حضر او غاب الوصي كما له * هو الخصم ليحق ما له

انظر شرحها صفحة ٢٦٣ الطبعة التونسية .

(٤) اقتضت الترتيب ان لا يقبل القاضي من الوكلاء لمرافعة الخصم الا من كان من الوكلاء
الرسميين (اي الذين رخصت لهم الحكومة في المرافعة عن الخصوم لدى سائر المحاكم) او وكلاء
المحاكم الشرعية خاصة . ولا فرق في الوكيل بين المسلم وغيره بناء على ان وكالة الخصم ليس فيها

عن الوصي في حق محجورة او وكيلها عن المحجور فلا يجعل له الاقرار (١)
لان الاقرار عن المحجور غير نافذ . قاله ابن سهل (٢) وخطأ ابن الهندي (٣)
حيث ذكر في مثل هذه الوكالة الاقرار . وقال الشيخ ابن الطاهر (٤) في حاشيته
على التاودي مانصه وعملنا اليوم فيما شاهدناه من محققي القضاة والمفتين ان
الوصي اذا وكل في حق محجورة يجعل له الاقرار والانكار كمقدم الفاضي
ويمضون له ذلك . اه ذكره في قول التحفة

والنقص للاقرار والانكار من * توكيل الاختصار بالرد قمن
وما ذكره غريب لم يذكره ابن ناجي (٥) ولا الشيخ عظم (٦) في

تصرف مالي فهي كالتوكيل على دفع هبة . كما اقتضت الترتيب ان وكلاء محاكم الآفاق لا يقبلون
في المرافعة الا في المحاكم المميزين بها . وتعين وكلاء المحكمة الشرعية يكون برخصة من الوزارة
المعدلة مع بيان المحكمة التي له الرخصة في المرافعة لديها . اما الوكلاء الرسميون وهم المحصولون على
شهادة الحقوق فالترخيص لهم في المرافعة أمر علي .

(١) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

ولازم لكل من قد وكلا * على خصام غيره ان يجعل
الاقرار والانكار للوكيل * وهو من تمتع التوكيل
الا وصييا عن يتيمه فلا * يقر لا هو ولا من وكلا
نعم يقر في الذي تولى * فيه المعاملة ليس الا

انظر شرحها صفحة ٢٥٩ - ٢٦٠ الطبعة التونسية .

(٢) هو القاضي ابو الاصبغ عيسى بن سهل الاسدي القرطبي . له كتاب الاعلام بنوازل
الاحكام . مولده سنة ٤١٣ هـ وتوفي سنة ٤٩٦ هـ

(٣) هو احمد بن سعيد بن ابراهيم الهمداني المعروف بابن الهندي . من فقهاء الاندلس
المازنيين بالشروط والاحكام . مولده سنة ٣٢٠ هـ وتوفي سنة ٣٩٩ هـ

(٤) هو احمد بن الطاهر اللطيف «باتصغير» من فقهاء تونس وفضلائهم . نسخ كثيرا من
الكتب الفقهية كقائى ابن راشد والبيان والتحصيل . واشتغل بالتوثيق وتولى قضاء المحلة ثم صرف
عن القضاء والشهادة ولزم بيته . له حاشية على شرح التاودي في جزئين وتوجد بخزانة جامع
الزيتونة نسخة منها بخطه . وشرح على السمرقندية . توفي سنة ١٢٧٣ هـ

(٥) هو قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني . اخذ عن البرزلي والبربري ومن في
طبقتهمما وعن ابن عرفة ويرمز اليه في كتبه ببعض شيوخنا . تولى القضاء بجهات كثيرة كإباجة

برناجهم ولا الشيخ حسن الشريف (١) وعلمنا اليوم جاز على ما لابن سهل .
وإذا جعل الاقرار للوكيل عمل باقراره فيما يرجع للخصومة لا فيما كان
خارجا عنها .

ومتى وقع التوكيل لشخص على الخصام فليس للموكل عزله إذا اشرفت النازلة
على الحكم او قاعد الوكيل الخصم ثلاثا الا ان يرضى خصمه او يظهر منه تقصير
او خيانة او يتبين عذر كمرض او سفر . ويقبل قول قاضي الحاضرة في مقاعدة
الوكيل الخصم ثلاثا . بخلاف غيره من قضاة الآفاق فيلزم في ذلك الثبوت بوجود
اثار ذلك كوجود ثلاث مرافعات في دفتر المحكمة او وجود ما ينشأ عن المقاعدة
من التحريات والاجال ونحوها .

وإذا وقع توكيل صرح فيه بالخاصة لدى الحاكم فلان فليس للوكيل التكلم
عند حاكم غيره اما اذا كان التوكيل مجملا فلم ان يخاصم عنه حيث شاء . قاله
في التبصرة (٢) صفحة ١٢٥ من الجزء الاول .

وإذا وكله على محاصمة رجل فلم يقم الوكيل بشيء الا بعد ستين او انشب

(تابع لهامش صفحة ٦)

وجرة وقابس وسوسة والمنستير والقيروان . شرح الرسالة والجلاب وتهايب البراذعي شرحين
كبير! وصغيرا . توفي بالقيروان سنة ٨٣٩

(٦) هو ابو الفضل قاسم ابن الشيخ محمد مرزوق ابن الشيخ عبد الجليل ابن الشيخ محمد
عظوم القيرواني . من بيت اشتهر بالعلم في القيروان . كان من عدول تونس ثم تولى الفتيا . له
تأليف مفيدة منها برناج الشوارد لشامل بهرام تضمن كثيرا من المسائل وما به السبل في تونس
والقيروان وهو من الكتب التي يعتمدها القضاة والمفتون بتونس وله اجوبة في اجزاء كثيرة فيها
من الاطناب الكثير ما هو غير محتاج اليه . أتم البرناج سنة ٩٨٣ وكان حيا سنة ١٠٠٩

(١) هو الشيخ حسن ابن سيدي عبد الكبير الشريف . جمع بين شرفي العلم والنسب وتولى
امامة جامع الزيتونة ثم تولى انتيا سنة ١٢٣٠ - من تلاميذه الشيخ ابراهيم الرياحي . له حاشية
على القطر وحاشية على شرح ميارة للامية الرقاق ومعين المفتي . وعاقه الاجل عن اتمامه
توفي سنة ١٢٣٤

(٢) صاحب التبصرة هو ابراهيم بن فرحون قاضي المدينة المنورة . له تأليف كثيرة من
احصنها التبصرة والديباج . توفي سنة ٧٩٩

الخصومة قبل ذلك ثم اتى بالينة بعد هذه المدة . فان وقع في وكالته انها دائمة مستمرة بقي على الوكالة ومكن من المخاصمة ولا ينزل عن الوكالة الا بص صريح . وان لم يقع التقيد بذلك فقال سحنون (١) يبعث الحاكم الى الموكل ليسأله أهو على وكالته . وتقل ابن سهل ان بعض شيوخه كان يستكثر الامساك عن الخصومة ستة اشهر ونحوها ويرى تجديد الوكالة ان اراد الخصومة . وقال ابن المناصف (٢) اذا خصم واتصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته . اه . من التبصرة صفحة ١٢٤ من الجزء الاول . والقول بالتجديد جرى به عمل فاس كما في المجالس المكنسية . وقول سحنون ائق به ابن مرزوق (٣) وهو الجاري على الاصول لان المسألة ترجع الى العمل بالاستصحاب وكون الشك في المانع غير مؤثر . ولم اعلم ان احدا من التونسيين نص على ان العمل التونسي موافق لعمل فاس فينبغي اعتماد ما لسحنون . واذا وطل على الخصام فخاصم عنه في قضية وانقضت تلك القضية واراد الوكيل ان يخاصم عنه في غيرها فان كان بقرب الخصام الاول كان له ذلك ان كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها انه وكله على مخاصمة فلان او في امر كذا وكذا اذا اتصل بعض ذلك ببعض أو كان بينهما الايام . وان تطاول ذلك سنين والموكل غائب لم يحتج الى تجديد التوكيل اذا لم يقصر على مطلب

(١) هو عبد السلام سحنون بن سميذ بن حبيب التنوخي القيرواني . اخذ عن كثير من اصحاب الامام مالك بن انس رضي الله عنه . وانتهت اليه الرئاسة في العلم ومدوته عليها الاعتماد في المذهب تولى قضاء القيروان في عهد محمد بن الاغاب سنة ٢٣٤ وتوفي وهو يتولاه في رجب سنة ٢٤٠ ومولده سنة ١٦٠

(٢) هو الحسن ابن ابي الحسن عيسى ابن اصبغ المعروف بابن المناصف . روى عن ابن عتاب وسمع منه المدونة . مولده سنة ٥٠٢ وتوفي ٥٨٠

(٣) هو محمد بن احمد ابن الخطيب محمد بن مرزوق . صاحب الاجوبة والفتاوى النفيسة في انواع من العلم والتثاليف الممتعة الجيدة منها شرح البردة واغتنام القرصة في محادثة عالم قصة واختصار الحاوي في الفتاوى وشرح على مختصر خليل لم يكمل . شرحه من اوله ومن مكتاب القضاء . مولده سنة ٧٦٦ وتوفي سنة ٨٤٢

سماه كما قدمنا فاما اذا اقصره على مطلب معين وكان بين المطلبين الاشهر فليس له ان يخاصم عنه الا فيما وكله فيه . ويستحسن في مثل هذا ان يجدد له التوكيل وحينئذ يتكلم عنه . اهـ . من التبصرة صفحة ١٢٥ من الجزء الاول .
وليس للوكيل ان يوكل غيره إلا اذا جعل له توكيل الغير او كان وكيلًا مفوضًا على الراجح . لكن العمل بتونس (١) على ان لا يوكل المفوض إلا بالنص عليه ؛ حكاه ابن ناجي . ومثله في خامسة نكاح الحاوي (٢) ونقله صاحب البرنامج في مبحث الوكالة والشيخ حسن الشريف في حاشية الزقاقة .

وليس للانسان ان يسند الوكالة في قضية واحدة الى وكلاء متعددين لان الاصل مباشرة الانسان الخصام بنفسه لكن جعل له توكيل الغير لاحتمال ان به عذرا يمنعه من الخصام كمعجز او كثرة اشغال او وجل . وهذه الاعذار تدفع بتوكيل الواحد . فان اسند الوكالة الى جماعة متعددة امره القاضي ان يختار منهم واحدا يقتصر عليه في مرافعة الخصم ان لم يكن احدهم قاعد الخصم ثلاثا وإلا تعين من تكررت مرافعته ثلاثا لاتمام النازلة .

واذا كان القائم ناظرا في حق منظوره ايا كان او وصيا او مقدم قاض كان له الخصام في حق منظوره سواء أكان الحجر لسفه او صغر . بيد ان الحجر للسفه يمنع الناظر من الخصام في غير الحقوق المالية . واذا كان الناظر محجورون متعددون عين الناظر المنظور المترافع في حقه وسماه؛ ولا يطالب باكثر من ذلك

(١) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

لكن اهل القيروان عملوا * بأن ذا التفويض لا يوكل

(٢) الحاوي في الفتاوى كتاب لابي القاسم بن احمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التونسي . اخذ عن ابن عرفة ولازمه نحو اربعين سنة . واحمد بن حيدرة التوزري وغيرها . واخذ عنه ابن ناجي وحلوا والرصاع ومحمد بن احمد عظم وابن مرزوق الحفيد والاخوان القلشانيان . توفي سنة ٨٤٣ او سنة ٨٤٤ او سنة ٨٤٦ وعمره ١٠٣ سنوات .

كما صرح به عياض (١) في جواب له نقله صاحب المعيار (٢) في الجزء العاشر صفحة ١٢١ من الطبعة الفاسية .

وليس للناظر الدعوى في حق السفينة في غير المال (٣) كالدعوى على الزوج انه يضر بزوجه؛ وكطلب معاشرته لها؛ او طلب بنائه بها؛ إلّا بتوكيل خاص من السفينة؛ كما في التبصرة صفحة ١١٤ من الجزء الاول . فان قيل طلب البناء يثول الى الحقوق المالية لوجوب الاتفاق على الزوج بالدعاء الى الدخول واذا سقطت نفقتها عن نفسها بالدعاء الى الدخول فكيف لا يكون للناظر طلبه ؛ قلنا للمحجورة ان تسقط نفقتها على الزوج لتبقى في عصمته ومن حجتها ان طلاقها يفضي الى ان تعول نفسها مع فوات ما ترغب من بقائها في عصمة هذا الزوج . ففي المعيار من جواب ابن لبابة (٤) وغيره فمعن قام على ابتها يطلب كالتها من زوجها والزوج يقول ان زوجتي لا تطالبني ؛ قال نزلت عند القاضي محمد بن مسلمة فقال له الشيوخ لا يجوز التكلم عنها إلّا بوكالته . وكان مضى لبناء الزوج بها ثمان سنين . قال ابن لبابة هذا الذي اذهب اليه وافتي به اذا مضى لها مثل هذه المدة .

(١) هو ابو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن محمد البصري السبتي الدار والميلاد الاندلسي الاصل . تولى قضاء سبتة وغرناطة . له التصانيف المفيدة البديعة من أشهرها « كتاب الشفاء وكمال المعلم في شرح صحيح مسلم ومشارق الانوار وترتيب المدارك . مولده سنة ٤٩٦ هـ وتوفي بمراكش سنة ٩١٤ هـ »

(٢) هو احمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الوائشريسي صاحب التاليف الكثيرة وقد اتم المعيار سنة ٩٠١ هـ ومن تاليفه الفائق في الوثائق . توفي سنة ٩١٤ هـ

(٣) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

ولا يقوم عن سفينة اب ❖ فدون، حقا بدنياً يطلب
كضرب الزوج بلا وكالة ❖ لان للسفينة احتياله

انظر شرحها صفحة ٢٥٦ الطبعة التونسية

(٤) هو محمد بن عمر بن لبابة القرطبي الامام المشاور . انفراد بالقوى بعد ابوب بن سليمان ودارت عليه الاحكام نحو ستين سنة . توفي في شعبان سنة ٣١٤ وسنه ثمان وثمانون

واجاب ابو محمد عبد القادر ان رضىت بالطلب فلم ذلك وان كرهت لم يكن له ذلك؛ لان ذلك يؤدي الى فساد حال الزوجين وانما له النظر فيما يؤدي الى الصلاح في حالهما؛ إلا ان يكون الزوج ظهر منه تنافر واتلاف بحيث يعلم انه ان لم يطلب به يتلف الكاليء ولا يوجد ما يؤخذ منه ان طلب به يوما ما؛ فيكون له اخذه وان كرهت . اه . وقال بعض الاندلسيين ان للمحجورة الرضى بأن يكون زوجها في منزلها محبانا وان تتفق على نفسها لمصلحتها بأن تفعل ذلك رغبة ومحافة طلاقها ولغبتطها به وانه ان طلقها بقيت بدارها وتتفق على نفسها وتفقدها ترغبه من زوجها . وبه افتى ابن عتاب (١) . عياض وبه قال شيخنا هشام بن احمد (٢) والقاضي ابن حمديس (٣) وهو الذي يوجب النظر . وواقفهم الشعبي (٤) في اسكان زوجها دون الاتفاق . اه .

وينبغي ان يتفطن الى ان المسألة في بنت محجورة . ولعلها جدد عليها الحجر اثر البناء؛ لان المكث ثمان سنين في بيت الزوج يوجب انطلاقها من ولاية ايها ان لم يكن جدد الحجر عليها . ومراد ابن لبابة بقوله اذا مضى لها مثل هذه المدة هو ان مرور هذه المدة يحقق الالفه والمعاشرة بين الزوجين وتعلق كل بصاحبه؛ فلا

(١) هو محمد بن عبد الله بن عتاب القرطبي شيخ المفتين بها . تفقه بآب النجار وابن ابي الاصبع وابن بشير؛ صحبه اثني عشر عاما وكتب له في مدة قضاءه . اخذ عنه ابن سهل وابو جعفر بن رزق . مولده سنة ٣٨٣ وتوفي سنة ٤٦٢

(٢) هو هشام بن احمد بن هشام الهلالي يكنى ابا الوليد، من اهل غرناطة وولي قضاءها . مولده سنة ٤٤٤ وتوفي سنة ٥٣٣

(٣) هو قاضي قرطبة النافم على احياء الغزالي وما ورد فيه؛ حتى كفر مؤلفه واغرى السلطان باحراقه واستشهد فقهاء فأقتى هو وهم بذلك؛ فامر علي بن يوسف بن تاشفين فأحرق باب قرطبة . وكان تاريخ هذا الاحراق سنة ٥٠٧

(٤) هو ابو المطرف عبد الرحمن بن قاسم الشعبي الهاتفي . كان عالما بالنوازل والاحكام واقرد في بلده برئاسة الفتوى، نحو من ستين سنة، له فتاوى في غاية الجودة . مولده سنة ٤٠٢ وتوفي في رجب سنة ٩٧٧

يمكن الاب من اثاره ما يفسد تلك العلائق . وتعرض للمسألة شارح (١) العمليات الفاسية عند قول ناظمها (٢)

وبرضاها يطلب السكالي لا * ان كرهت ما لم يخف نفى الملا
وفي التبصرة الفرحونية صفحة ١١٦ من الجزء الاول؛ ليس للاب القيام بطلب
تطبيق ابنته البكر بعدم النفقة إلا بتوكيل منها . اه
وللاب الواجب عليه نفقة ابنته لفقرها ان يطلب من الزوج البناء ليسقط عن
نفسه الانفاق .

ولا يقبل القاضي الخصام في حق الغائب من غير وكالة . هذا الذي جرى به
العمل التونسي من اقوال في المسألة نقلها شراح التحفة عند قولها « وغائب ينوب
في القيام » البيتين . ونقل حكاية هذا العمل عن الشيخ الشاذلي بن صالح (٣)
كبير اهل الشورى . ويؤيده قول البرزلي في الخامسة والثمانين من اقضيته؛ ظاهر
قسمة المدونة يقام له بلا وكالة؛ والذي به العمل ان لا يقام له ولو من قريب القرابة .
انظر برنامج الشوارد للشيخ عظم قويل مبحث الشهادات .

الدعوى فيما فيه حق الله

تقبل الدعوى فيما فيه حق لله من كل احد؛ وهو معنى القيام حسبة؛ كدعوى
ان هذه الارض مقبرة او هذا البناء مسجد او الموضع الذي بني فيه اقتطع من

(١) شارح العمليات الفاسية هو ابو عبد الله محمد بن قاسم الساجاسي الرباطي . وقد شرحها
شرحا مطنبا يدل على ما لصاحبه من طول باع وسعة اطلاع .

(٢) ناظم العمليات الفاسية هو ابو زيد عبد الرحمن الفاسي ابن الشيخ عبد القادر الفاسي من
البيت الفاسي المشهور بالعلم والفضل . توفي سنة ١٠٩٦

(٣) هو محمد الشاذلي بن الشيخ عثمان بن صالح . من ذوي الرسوخ والاضطلاع في العلوم
بتونس وبالأخص الفقه المالكي . له رسائل محررة وفتاوى كثيرة . تولى القضاء . يارود ثم القيا سنة
١٢١٧ ثم رئاسة المفتين ثم صرف عنها سنة ١٣٠٢ - توفي سنة ١٣٠١

الطريق العام أو أن هذه المرأة التي يرخي فلان الستر عليها مبتوتة له أو أن هذا المكان الميع حبس على الفقراء أو طلبت العلم أو أن المقدم عاث في مال منظورة فسادا أو ما اشبه ذلك . وعكس المسألة أن تقع الدعوى على حبس أو مسجد أو محجة . وحينئذ يقيم الحاكم وكلا يدفع عنه فإن وجب عليه قضى به وإلا فلا . قاله في التبصرة صفحة ١٣٧ من الجزء الاول . قلت وعملنا جار على أن تلك الجهات أن كان لها ناظر استدعي لها واجري الخصام معه وإن لم يكن لها ناظر قدم القاضي مقدما وقتيا لخصام عنها . وهل للاجنبي كشف الوصي عن مال المحجور وتسلم نسخة بالشهادة على ما عنده : وهل للمحجور ذلك ، ذكر ابن ناجي في الحادية عشرة من هبة كبيرة عن شيخه البرزلي أن لكل من المحجور والاجنبي الحق في ذلك ، وسلبه مقتصرا عليه . ونقله صاحب البرنامج في ص ١٤٣ - وفي كتب الاحكام عن احمد ابن نصر (١) لا يكشف على الوصي قريبا كان القائم أو بعيداً إلا أن يستراب في نظره ؛ مثل أن يالحقه دين لكثرة ما يده من المال أو ينفق على نفسه أكثر مما يحمل ماله . وقال غيره وهذا إذا كان أصل المال عنده معروفاً فإن لم يكن معروفاً وجب تعرف قدر ما عنده . وكذلك الأب في ابنه الصغير . انظر حاشية الشريف عند قول الزقاقة

« هكذا منع والد فقير من اخذ المال للولد فاعملا »

المطلب الرابع في شروط صحة الدعوى

يشترط في صحة الدعوى أن تكون مبينة غير مجملة كلما أمكن ذلك . ولم يكن

(١) هو احمد بن نصر بن زياد الهواري . أخذ عن ابن عبدوس وابن سحنون ويحيى بن سلام وحماس القاضي . وتفق عليه أكثر القرويين . مولده سنة ٢٣٥ - أو سنة ٢٣٦ وتوفي سنة ٣١٩ قال ابن فرحون وفي المالكيين من يشتبه به وهو احمد بن نصر الداودي الاسدي أبو جعفر المتوفى بتلمسان سنة ٤٠٢

هناك عذر في الاجمال ؛ وان تكون موجهة على معين ؛ وان تكون بحيث لو أقر بها المطلوب أو قامت عليه الشهادة بها لزمته . وقيدنا بالامكان وعدم قيام العذر لادخال نحو لي عليه شيء من المال أو لي حظ من هذه الارض ؛ فان الطالب اذا كان يعرف قدر حقه وامتنع من البيان لم تسمع دعواه ؛ بخلاف ما اذا جهل قدره كدعوى الرجل منابا من وقف كثر مستحقوه فانه يعذر لغلبة الجهل بكيفية قسمة الاوقاف . قال المازري (١) وأما لو ايقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء جهل مبلغه وأراد من خصمه ان يجاوبه عن ذلك باقراره بما ادعى على جهة التفصيل وذكر المبلغ الحق ؛ لزم المدعى عليه الجواب . وأيده الخطاب (٢) قائلا ؛ مسائل المدونة وغيرها صريحة في سماع الدعوى بالمجهول اذا كان لا يعرف قدره . وصوب البساطي (٣) ما للمازري . وحكى الرهوني (٤) عن شيخه الجنوبي (٥) جريان العمل به - اي في المغرب ، وفي التبصرة لو ادعى حقا في هذه الدار او الارض ، وقامت بينة ان له فيها حقا لا يعلمون قدره ؛ فهي دعوى مسموعة . انظر شروح التحفة عند قولها

(١) هو محمد بن علي بن عمر التميمي الهزري المدروف بالامام . كان حافظا نظارا مجتهدا في المذهب . له من التأليف شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب وشرح البرهان لامام الحرمين والملم شرح لصحيح مسلم وغيرها . ومن شيوخه اللخمي وعبد الحميد الصائغ . توفي في المهدية سنة ٥٣٦ هـ ودفن بالمنستير

(٢) هو محمد بن محمد الخطاب المكي المولد والقرار . له تأليف قيمة منها شرح المختصر الحلي وتحرير الكلام في مسائل الالتزام . مواده سنة ٩٠٢ هـ وتوفي سنة ٩٥٤ هـ

(٣) هو محمد بن احمد البساطي الطائي قاضي القضاة بمصر . أخذ عن بهرام والاقهسي واخذ عنه السنهوري والقصادي والسخاوي وغيرهم . مولده سنة ٧٦٨ هـ وتوفي سنة ٨٤٢ هـ

(٤) هو محمد بن احمد الرهوني صاحب الحاشية النفيسة على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني للمختصر الحلي . توفي سنة ١٢٣٠ هـ

(٥) هو محمد بن حسن الجنوبي الحسني الططاوي . اخذ عن الشيخ محمد جوس وعمر الفاسي والتاودي وغيرهم . واخذ عنه الرهوني وغيره . له تقايد على شرح الزرقاني والخطاب والرماسي والبناني . وطرر على شرح ميارة للتحفة . مولده سنة ١١٣٥ هـ وتوفي سنة ١٢٢٠ هـ

ومن لطالب بحق شهدا ولم يحقق عند ذاك العددا
والنصرة ص ٢١٥ من الجزء الثاني .

وانبنى على شرط البيان ورفع الاجمال ان المقال في استحقاق العقار تستدعى
صحته تعيين ناحية العقار وتشخيصه بذكر حدوده من جهاته الاربع (١) على
وجه مفصل كان يقال ارض أو دار أو حانوت ببلد كذا يحده قبله ارض لفلان
بن فلان أو بستان لفلان بن فلان أو واد يعرف بكذا أو طريق عام . وكذلك
يفعل في بقية الحدود . ولا يكفي التحديد بالاشخاص كان يقال يحده فلان .
ولو عين المدعي حدودا للعقار المتنازع فيه؛ فزعم المدعى عليه ان حدود العقار
الذي بيده مخالفة للحدود التي ذكرها المدعي وعين حدودا اخرى لكان من
اللازم ان تقع الدعوى والجواب على عين المتنازع فيه ليكون معينا ؛ ويؤمر
الخصمان باحضار شهود يشهدون بحيازته ؛ أي حدوده . ويتلقى شهادة هؤلاء
الشهود وتقييد الدعوى والجواب عدلان يأذنهما القاضي بالخروج الى محل النزاع
لتلقي الشهادة وسماع الدعوى والجواب . ومن هنا سمى العامة ما ذكر بالتوجه .
ولقاضي الحاضرة اذا كان المتنازع فيه ببلد فيه قاض ان يكتب قاضي بلد العقار
المتنازع فيه بان يختار عدلين من عدول بلده للقيام بهذه الاعمال . يأذنهما بذلك
ويختم بختمه ما يتمانه ويوجه للقاضي .

والمصاريف الناشئة عن تقييد الدعوى والجواب على العين تحمل على المبطّل
في التحديد فان كان التجازف من الخصمين معا حملت عليهما .

(١) المذهب الحنفي يرى ان تحديد العقار لا يكون بذكر الاشخاص المالكين لا يحيط
بالعقار من المقارات وانما يكون بذكر العقار المحاد له وبيان نوعه ككونه ارضا او دارا
او جنازا وبيان مالكة ان كان ملكا او مستحقه او المحبس له ان كان وقفا . ويلزم ان يبين مع
اسم المالك اسم ابيه واسم جده الا اذا كان له لقب مشهور به فذكر اللقب يفتني عن ذكر اسم
الجده . واذا كان المحدود به على ملك متدددين ورثة او غير ورثة فذكر واحد منهم كاف . وتذكر

وألقال في دعوى استحقاق العروس والحيوان والطعام يلزم فيه تعيين النوع وبيان العدد والقيمة . فيذكر في الثياب انها اقمصة او برانس وان عددها كذا وانها من حرير أو صوف أو كتان وان قيمتها كذا . ويستحسن التوسع في الوصف ككونها بالية أو جديدة وكونها من صنع بلد كذا . ويذكر في المصوغ انه من ذهب أو فضة وانه قرط أو سوار وانه مرصع بالياقوت أو خال منها وان قيمته كذا . ويستحسن التوسع كذكر نوع الحجارة يواقيت أو زمرد . ويذكر في الحيوان نوعه وانه ذكر أو أنثى وان سنه كذا وان قيمته كذا . ويذكر في الطعام نوعه كقمح أو ذرة ووزنه أو كيله وان قيمته كذا .

وابنى على شرط البيان ورفع الاجمال لزوم بيان المقدار الذي يدعي استحقاقه ككونه الكل او النصف او الثلث ، ولا يكفي انه يستحق جزءا من النصف ، الى هذا الجزء بالارث من فلان بن فلان المالك للنصف المذكور اذا تعددت الوراثات . ومن هنا يلزم الحاكم ان يأمر الطالب باقامة فريضة يتبين بها مقدار الجزء الذي يستحقه من النصف على دعواه . ويلزم اذا ادعى ان الحق لمت ، الى كنهه أو بعضه بطريق الارث ان يدلي بوفاة المورث وجميع من انتقل ارثه اليه : اذ من حجة الخصم ان يقول هذا الذي تسب اليه الملك حي ولو حضر لاقر ان الملك لي . فاذا اثبت موت من يقوم بسببه وعدة ورثته واثبت موت بعض ورثة المورث الاول وجب القائم ذلك الى نفسه ولكن لم يجد من يشهد له بعدة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به ؛ كفاه ذلك على ما افتى به الشيخ عمر الفاسي (١)

المواصل الطبيعية او الصناعية بين الحد والمحدود ، ويكتفي بثلاثة حدود ولكن اذا ذكر الرابع يلزم ذكره محررا على الوجه الاتم .

(١) هو عمر بن عبد الله بن يوسف بن العربي الفاسي من بيت الفاسي الشهير . كان نظارا فقيها اصوليا له تاليف ورسائل عديدة نفيسة . من اشهر مؤلفاته شرح التحفة وشرح لامية التوفيق . توفي في رجب سنة ١١٨٨

قائلاً : يحكم للقائم بقدر ميراثه لعلم نصيبه وتحققه وليس عليه ان يثبت تناسخ الوراثة الذين لا يدلي بهم .

ولا يكفي في اثبات وفاة من نسب اليه الملك وعدة ورثته؛ اقرار المطلوب بذلك؛ فقد قال المشاور ان قال المدعي أنت عالم بموته وعدة ورثته قال وان أقر بذلك لم يقبل ؛ لما فيه من الزام الحقوق وانما يكون شاهداً . اهـ ومعنى قوله لما فيه من الزام الحقوق ان الحاكم لو قبل اقرار المطلوب بوفاة من نسب اليه الملك وحكم به لكان حاكماً بموت المنسوب اليه الملك فتعتد زوجته وتزوج عند انقضاء العدة وتنفذ وصاياه وتحل ديونه؛ ولا يصح شيء من ذلك دون ثبوت سواء قيل ان قوله المذكور اقرار او شهادة ؛ اذ الشهادة لا بد فيها من عدلين والاقرار لم يكن هنا بالحق وانما كان بالموت الذي يتضمنه. وفي كون مضمّن الاقرار كالاقرار خلاف اختلف الترجيح فيه بحسب الفروع فألغى هاهنا بالكلية لما يترتب عليه مما ذكر. وما ذكره المشاور مثله لعياض في الاكمال على وجه يفيد انه متفق عليه عند المالكية؛ وما بحث به الشيخ التسولي (١) في شرح التحفة في كلام المشاور لا معول عليه؛ وعملنا جار على كلام المشاور الذي اشار اليه الزقاق بقوله :

ومن يدعي حقاً لميت ليثبتن له الموت والوراث بعد لتفصلاً

لكن قال ابن سلامة (٢) في حاشية التحفة كنت استشكل عدم كفاية اقرار الخصم بالورثة والموت مع ان المقرر بوارث يلزمه الاقرار فيما بيده كما في المختصر

(١) هو علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديش. كان فقيهاً بحاته له من المؤلفات شرح التحفة وشرح شامل بهرام وحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق وفتاوى، توفي سنة ١٢٥٨

(٢) هو محمد بن محمد الطيب بن احمد بن علي بن سلامة. تولى قضاء الجماعة بتونس ثم الفتيان وكان شديد الذكاء. تفقه بقاضي الجماعة الشيخ محمد البحري بن عبد الستار. له حاشية على شرح التاودي للتحفة بقيت في مسودتها. وتوفي سنة ١٢٦٦

وغيره حتى رأيت الایي (١) على مسلم (٢) قال في حديث الحضرمي والكندي (٣) حيث قال كانت لایي وغلبني عليها ما حاصله ان محل اثبات الموت إذا ادعى أخذ المستولي من يد المیت أما إذا ادعى الاخذ من يده ونسبه للمیت فلا؛ والاقرار بالموت والورثة فيما ينسب للمیت ويحتاج لاثبات الورثة؛ يوجب رفع يد المقر عن

(١) هو محمد بن خاف المعروف بالایي الوشة آتي. من اكابر اصحاب ابن عرفة أخذ عنه ولازمه وانتفع به. وأخذ عنه ابن ناجي وعمر القلشاني وابو زيد النعماني. له شرح على صحيح مسلم سماه اكمال الاكمال وهو مشهور متداول ولا سيدها بعد طبعه؛ وشرح المدونة. تولى قضاء الجزيرة سنة ٨٠٨ وتوفي سنة ٨٢٨

(٢) هو ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المجمع على جلالاته وامامته ألفه، كتابه الصحيح الذي اقرده بحسن الترتيب وتلخيص طارق الحديث. توفي بنيسابور سنة ٢٦١ وهو ابن خمس وخمسين سنة.

(٣) حديث الحضرمي والكندي اخرجه مسلم في كتاب الايمان عن سهاك عن علقمة ابن وائل عن ابيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يا رسول الله ان هذا قد غلبني على ارض لي كانت لایي فقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله ان الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتوزع عن شيء فقال ليس لك منه الا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أدبر أما لئن حلف على ماله لياكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض.

ثم اخرجه ابن عبد الملك بن عمير عن علقمة بن وائل عن وائل بن حجر عن ابيه قال كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا رجلان يختصمان في ارض فقال احدهما ان هذا اتزى على ارضي يا رسول الله في الجاهلية وهو امرؤ القيس بن عابس الكندي وخصمه ابن عبادان فقال بينتك قال ليس لي بينة قال يمينه قال اذا يذهب بها قال ليس لك الا ذلك قال فلما قام ليحلف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقتطع ارضا ظلما لقي الله وهو عليه غضبان. واخرجه ابو داود في سننه في كتاب الايمان والنذور عن اسمك بمثل ما اخرجه مسلم وعن الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في ارض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله ان ارضي اغتصبنيها ابو هذا وهي في يده قال هل لك بينة قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم انها ارضي اغتصبنيها ابوه فتبها الكندي لليمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقتطع احد مالا يمين الا لقي الله وهو اجنم فقال الكندي هي ارضه.

واعاد الحديث بطريقه في كتاب الافضية.

المتنازع فيه فقط ولا يحكم به للمدعي اذ قد يكون له وارث اخر فلا يحكم فيما لثالث بين اثنين؛ بخلاف ما اذا ثبت الارث فانه اعتراف فيما ثبت انه له وخصام مع مالك .

وللافتقار الى اثبات الوارثات في دعاوي الاملاك المنسوبة لميت جرت العادة في كتب المقالات بتصديرها بتضمين الوفيات ثم تذكر الدعوى: فابتداء الدعوى من قول الموثق فهو يطلب كذا وما قبله تمهيدات لتصحيح الدعوى وايضاها . وكما ان المطلوب لا يكلف بالجواب اذا مات رب الحق حتى يثبت الطالب موته ووراثته؛ كذلك اذا مات المطلوب وقام رب الحق أو ورثته على ورثة المطلوب فلا تكلف ورثته بالجواب حتى يثبت القائم موته وعدة ورثته من اجل ما يحتاج من الاعذار اليهم كما في المشيطة .

وانبنى على اشتراط ان تكون الدعوى بحيث لواقر بها المطلوب او قامت عليه البينة بها لزمته عدم سماع دعوى البيع والشراء والقبض والابراء والتبرعات على المحجور؛ بخلاف دعوى الغصب والتعدي والاضرار وترك الاتفاق الواجب والطلاق والارتجاع والظهار والايلاء؛ فان الدعوى بها تسمع عليه.

المطلب الخامس فيما يلزم اشتغال الدعوى عليه اذا سأل المَطْلُوب

هناك اشياء تلزم في الدعوى اذا سألها المطلوب؛ منها حصرها؛ فاذا قال المطلوب لا احبيك حتى تجمع مقالاتك وتحصر دعواك؛ فان كانت الدعوى متعلقة بالميراث لم يلزمه ذلك لان الميراث لا يحاط به؛ وان لم تتعلق بالميراث لزمه. هذا الذي به العمل من اقوال في المسألة حكاه الزقاق بقوله في لاميته

وهل مدع يلجأ لجمع حقوقه نعم ان بدا تعنيته او نأى ولا

وقيل يجمع عند احلافه فقط ويميز ارث من سواه قد انجلا

لكن محل عدم حصر الدعوى في الميراث اذا لم يطلب الخصم ان يحصرها

على ما في علمه وإلا لزمه ذلك. ويترتب عليه إنه إذا ادعى دعوى أخرى يحلف أنه لم يعلم بها وقت حصره لغيرها ويكلف المطلوب حينئذ بالجواب عنها. انظر شرح العمل عند قوله جمع الدعاوي في يمين. ويوضحه ما في نوازل الدعاوي من المعيار ص ١٧٤ من الجزء العاشر من الطبعة الفاسية سئل البرقي (١) عن توفي زوجها فقام يطلبها بعض ورثته عن أشياء وصاها بها وأشياء من التركة لم يوص بها وأشياء من قبلها لم يسمها؛ فانكرت الجميع وأرادت الحلف يميناً واحدة لأنها مطالب مالية؛ فيتجمع عليها من التركة جميع ما يعلمه ويحلفها عليه وطلبت حلفه أنه ما يعلم من التركة سوى ما ذكر مما لم يسمه لثلاث تكرار عليها اليمين مما لم يذكره أولاً؛ وقال الطالب بل لكل دعوى يمين لاختلافها في أصل الدعاوي؛ فهل يعمل على قوله أو قولها؛ فاجاب كل دعوى ذكرها من قبل وصية ميت أو ادعى كل من يستحق الدعوى على مطلب واحد فانها تجمع في يمين واحدة؛ وما وقع في المذهب أن دعاوي الموارث لا يلزم جمعها فمعناه أن الوارث ربما كان لموروثه حق لا يعلمه حين القيام فالو جمع في اليمين لادى إلى إبطاله فيضرب به؛ وإذا ذكر الوارث مطالب وسمّاها جمعت في يمين واحدة، ويبقى ما لا يعلمه حين القيام فيقوم به متى علمه؛ وما طلبته من يمينه عما لم يسمه فينبغي سؤال الوارث عنه فإن أنكر قوله وعلمه فينبغي تقييد الشهادة عليه ولا قيام له بعد ذلك إلا بإظهار أمر يعلم أنه لم يكن معلوما عنده ويعرف ذلك عند الأشهاد به عليه. اهـ. لكن ما اقتضاه هذا الجواب من وجوب يمين واحدة للدعاوي المتعددة؛ هو الذي عليه العمل بقربطية في نقل القاضي ابن سهل وغيره أن الدعاوي إذا كانت لشخص واحد تجمع في يمين واحدة ولا تعدد الإيمان بتعدد الدعاوي. والذي به العمل

(١) هو محمد بن عبد الله البرقي من بيت علم بمصر. أخذ عن عبد الله ابن عبد الحكم وأشبه وابن كثير وأصبغ بن الفرج. من مؤلفاته اختصار مختصر ابن عبد الحكم. توفي سنة ٢٤٩

في القيروان تعدد الايمان بتعدد دعاوي ولو لشخص واحد. ذكره الشيخ ابن تيمية ونقله عظم في برنامج وخرج عليه فتواه في نازلة اختلف فيها مع بعض معاصريه وساقها في البرنامج فارجع اليه ان شئت .

وما تقدم من لزوم حصر الدعوى في غير الموارث اذا سأل المطلوب؛ محله اذا لم تكن الدعوى من ناظر في حق محجوره وإلا لم يحصر الدعوى في تقييده لان حصرة معناه لا حق لمحجوري عليك إلا ما ذكرته في التقييد؛ فهو اقرار من أب أو وصي في حق محجور وهو باطل . قاله عظم في البرنامج ونقله الشريف في حواشي الزقاية قبيل قولها «يمين قضاء لا تعاد سوى لمن» بنحو ورقة.

ومنها اذا كان الحق للجماعة متعددة كحق في دار ورثة جماعة، او دين على شخص ورثة متعددون؛ وكأصحاب جنات لهم حق في ماء؛ ان يجتمعوا على مطالبته او توكيل واحد اذا سأل المطلوب ذلك وأبى من الجواب حتى يقوم جميعهم على مطالبته أو يجتمعوا على توكيل واحد؛ فيؤمرون اذا قاموا كلهم بأن يوكلوا واحدا أو يحضروا جميعا لمخاصمته ولا يتعاورونه واحداً بعد واحد لما في ذلك من اغتائه وادخال الحرج عليه. أما اذا قام بعضهم وبعض غائب فيمكن القائم من الدعوى وليس للمطلوب ان يقول لا أجيب حتى يحضروا. ثم ان كان القائم الحاضر بالبلد واحداً امر المطلوب ان يجيب، ولا يقضى له إلا بحقه ولا ينزع باقي الحق من يد المحكوم عليه، اذ لعل الغيب يقرون بانه للمحكوم عليه. وأما اذا كان القائم الحاضر اكثر من واحد فلا بد من توكيل واحد فقط أو الحضور؛ كما اذا قام جميعهم. وان كان غير القائم حاضراً فمن حق المطلوب ان يقول لا اخاصم حتى يوقف الحاضرون فأما ان يسلموا لي ويوكلوا واحداً أو يحضروا جميعا؛ فمتى طلب الخصم ذلك اجابه الحاكم اليه وكلفهم باحضارهم ذلك. ولا يجب ذلك على الحاكم ان لم يطلبه المدعى عليه.

وجمع ذوي الحق المشترك ليسهلوا أو يوكلوا واحداً انما هو على القائم لا على المطلوب؛ كما تدل عليه عباراتهم خلافا لما استظهره الشيخ الرهوني؛ وقد اشبع الشيخ مهدي (١) في حاشية الزقاقية النقل بما يفيد ذلك؛ فارجع اليه ان شئت . ومنها ان يبين السبب الذي من اجله ترتب ما في ذمة المطلوب كأن يقول المرأة لي عشرة تزوجته بها أو انفقها على ولده الواجب انفاقه عليه . ويحمل ما ادعى على الصحيح؛ فان لم يذكر المدعي السبب لزم الحاكم ان يسأله عنه؛ فان غفل الحاكم فمن حق المطلوب السؤال عن السبب؛ فإن بين الطالب السبب وقف المطلوب على ذلك ولزمه ان يقر أو ينكر؛ وان أبى الطالب من بيان السبب فان ادعى النسيان قبل منه بغير يمين . وقال الباجي القياس ان لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب انه لا يذكر سبب ما يدعيه؛ لانه قد يجد منه مخرجاً اذا ذكره . واذا كتبه لم يمكنه المخرج، فيكتمه ليلزمه اليمين، وان لم يدع الطالب نسياناً وامتنع من التبيين مع ذكره لم يسئل المطلوب عن شيء . قاله اشهب (٢) في المجموعة ونحوه في كتاب ابن سحنون (٣) .

(١) هو محمد المهدي بن خضر الحسني الوزاني الفاسي مفتي فاس وفتيها . له مؤلفات تدل على سعة اطلاع منها حاشية على شرح التاودي للتحفة وحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق وكتاب في الفتاوى . توفي عن سن عالية سنة ١٣٤٢

(٢) هو اشهب بن عبد العزيز بن داود بن ابراهيم ابو عمرو القيسي العامري الجمدي . اسمه مسكين واشهب لقب . مصري من اصحاب مالكا . روى عن الامام واليثة والفضيل بن عياض . وروى عنه الحارث بن مسكين وسحنون بن سعيد . أثنى عليه الشافعي وانتهت اليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم وكتب سماعه عشرون . وتوفي بمصر سنة ٢٠٤

(٣) هو محمد بن سحنون العالم بن العالم ثقة بأبيه ورحل الى المشرق فأخذ عن أعلام وأئمة عليه علماء عصره في مختلف الاقطار . رزق المعونة في التأليف فألّف مؤلفات كثيرة عد جلة منها ابن فرحون في الديباج . مولده سنة ٢٠٢ وتوفي بالساحل سنة ٢٥٦ وحيه به من الساحل الى القيروان فدفن بها .

المطلب السادس في تبعض الدعوى

اختلف هل تبعض الدعوى (١) ومن هذا من قال اعتقتك على مال وقال العبد بغير شيء؛ فقال في الكتاب القول قول العبد (٢) بناء على التبعض؛ وقال اشهب القول قول السيد بناء على عدمه؛ كما لو قال أنت حر وعليك كذا؛ بخلاف الزوجة؛ اي يقول لها أنت طالق وعليك كذا، ومنه من اقر بالطلاق وادعى انه على شيء وانكرته الزوجة، فقول يلزمه الطلاق (٣) بعد ان تحلف على ما قاله، وقيل القول قوله يحلف ويستحق. ومنه من قال طلقت وانا محنون او صغير، فقال ابن القاسم (٤) لا يلزمه اذا علم انه جن، والزمه اللخمي

(١) مما يرجع الى تبعض الدعوى اذا قال رجل اقررت لك بألف درهم وانا صبي؛ وقال الطال بن اقررت لي بها وانت رجل. فعند ابن القاسم القول قول المرمع يمينه ولا شيء عليه. قال اهل العراق وكذلك لو قال اقررت لك بها في نومي او قبل ان اخلق؛ كان ذلك كله باطلا في قول ابن القاسم وأهل العراق ولا يلزمه عندهم شيء من ذلك لانه نسبة الى حال لا يثبت فيها اقراره. وبه الحكم. وقال سحنون يلزمه ما اقر به لان قوله وأنا صبي او في نومي او قبل ان اخلق قدم منه. ١٠٥ من المفيد. ونقله شرح العمليات الدامة صفحة ٢١٧ وفي شرح المواق المختصر الحليلي عند قول خليل «او اقررت بكذا وانا صبي» ما نصه ابن رشد قوله غصبتك الف دينار وانا صبي لا خلاف في لزومه لان الصبي يلزمه ما افسد او كسر؛ وقوله اقررت لك وأنا صبي يخرج على قولين احدهما انه لا يلزمه اذا كانت كلامه نسقا. وهو الاصح وعليه قوله في المدونة طلقك وانا صبي ١٠٥؛ انظر شرح المواق صفحة ٢٢٦ ج ٥

(٢) جرى صاحب المختصر هنا على القول بالتبعض فقال «والقول للسيد في بقي العمد لا في عتق بمال»

(٣) هذا الذي درج عليه خليل في مختصره حيث قال «وان ادعى الحلم او قدرا او جنسا حلفت وبانت» وشرحه المواق بقوله ابن عرفة فيها مع سماع ابن القاسم من اقر بخلع على شيء فأنكرته امرأته ولا بينه؛ وقم العراق. ولا شيء له وحلفت ما خالته. ابن الحاجب اذا اقر بالطلاق واختلعا فيما وقع به الخلع او في وقوعه مجانا فالقول قولها مم يمينها. واذا تنازعا في اصل العوض حلفت وبانت خلافا لعبد الملك؛ وفي جنسه وقدره حلفت وبانت. ١٥٠. شرح المواق صفحة ٣٨ ج ٤

(٤) هو عبد الرحمن بن القاسم المعتق. روى عن مالك والليث وعبد العزيز بن الماجشون وغيرهم. وروى عنه اصبع وسحنون وعيسى بن دينار والحارث بن مسكين ويحيى بن يحيى

وسحنون؛ واصله تبعض الدعوى (١) انظر شرح المنهج المنتخب عند قول الناظم
« وهل تبعض دعوى » صفحة ٩٣

المطلب السابع في اضطراب الدعوى

إذا اضطرب المدعى في دعواه سقطت؛ لأن ذلك علم على بطلانه في دعواه.
ولذلك امثلة؛ منها ان يدعى شخص بشي كان ادعى به على غيره؛ فان ذلك يوجب
الحكم ببطلان حقه وسقوط دعواه؛ لأن الدعوى على شخص ابراء لغيره. ولا فرق
في تحويل الدعوى بين ان يكون ذلك في المدعى عليه او به. قاله في برنامج
الشوارد ونظمه الشيخ السنوسي (٢) في لقط الدرر صفحة ٢٠٨ - ومنها من ادعى
حظاً من ارض أو دار بطريق الارث من ابيه ثم استظهر بالشراء من المقوم عليه؛
فان ذلك يوجب الحكم ببطلان حقه على ما قاله العبدوسي (٣) لتناقضه. ويأت
التناقض ان المدعي بحجة قائل بما فيها؛ فثال الامر الى انه قائل بان هذه الارض
له بطريق الارث وبطريق الشراء وذلك تهاتف. ومنها ان يدعي بشيء ثم يدعي
اكثر منه؛ فذلك يوجب بطلان دعواه على ما افتى به عظموم. وقال الشيخ التسولي
ويدل على بطلان الدعوى بالاضطراب مسائل وقعت في المذهب متفرقة؛ منها ما

الاندلسي ومحمد بن الحكم وغيرهم. صحب ما لكاً عشرين سنة وفقه به وبظرائره وكان اعلم الناس
بعلم مالك وءامنهم عليه. توفي بمصر في صفر سنة ١٩١ وهو ابن ٩٣ سنة.
(١) ينبغي في كل مسألة ترجع الى تبعض الدعوى ان ينظر الى ما رجع فيها؛ لا ان يجعل
القول بعدم التبعض مطرداً او القول بمكسه مطرداً، لانه فُرِعَ على كل من القولين فروع
اختلف الترجيح باختلافها.

(٢) هو محمد السنوسي الكافي التونسي، اخذ عن علماء تونس الذين منهم الشيخ صالح
الكواش والشيخ اشعبي والشيخ الغرياني، ألف رجزاً في الإحكام ساء « لقط الدرر » اشتمل
على كثير مما جرى به العمل في تونس. تولى قضاء الجماعة وتوفي سنة ١٢٥٥

(٣) هو ابو عمران موسى بن محمد بن معطي العبدوسي؛ وبه عرف؛ الفاسي. عالم فاس ومفتيها.
اخذ عن القوري والجزولي. من تلاميذه تقييدان على المدونة وتقييد على الرسالة. توفي سنة ٧٧٦

هو على العموم ومنها ما هو على الخصوص . فمن الاول قولهم من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبينته . ومنه ما في العيار عن العبدوسي من تناقض كلامه فلا حجة له . ومنه ما نقله بعضهم عن ابن يونس (١) عن اشهب ان من اختلفت دعواه بأمر بين فلا شيء له ؛ هذا قول مالك . (٢) اهـ . ومنه ما في التوضيح (٣) ان الدعوى على شخص ابراء لغيره . ومن الثاني قال في المعيار عن عياض ان من ادعى الارث ثم الشراء سقطت دعواه . ومنه ما في القضاء من معين الحكم فيمن ادعى في دار انها وراثته من آبائه فلها اثبت غيره الملكية اقام هو بينة بالشراء منه . ومنه مسائل مضمن الاقرار المذكورة في القضاء والوكالات والوديعة . ومنه ما في نوازل الدعاوي من المعيار (٤) في مريض تصدق

(١) هو محمد بن عبد الله بن يونس . تميمي صقلي الف كتابا جامعا للبدونة اضاف اليها غيرها من الامهات ؛ وهو من الكتب المعتمدة . توفي سنة ٤٥١

(٢) هو امام دار الهجرة مالك بن انس بن ابي عامر بن عمرو بن غيثان بن خثيل بن عمرو بن الحارث وهو ذو اصبح . وذو اصبح من قحطان . وابو عامر بن عمرو جد ابي مالك من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شهد المنازلي كلها خلا بددا . وابنه مالك جد مالك كنيته ابو انس من كبار التابعين يروي عن عمر وطلحة وعائشة وابي هريرة وحسان بن ثابت رضي الله عنهم . وقد اختلف في مولد الامام اختلافا كثيرا والاشهر انه سنة ٩٣ زوى عن مالك جماعة من شيوخه والمعاشرين له ممن هو اسن منه . وشهد له بالامامة شيوخه ومعاصبوه واتنوا عليه كثيرا . له مؤلفات اشهرها الموطأ . وقد اقترح عليه تأليفه ابو جعفر المنصور . ومناقب الامام خصت بالتأليف . توفي رضي الله عنه سنة ١٧٩

(٣) هو لاني المودة حليل بن اسحاق الجندي احد شيوخ العلم والصلاح . اخذ عن ابن الحاج صاحب المدخل وابي عبد الله المنوفي وغيرهما . واخذ عنه بهرام والاقفسي والبساطي وغيرهم . له تآليف نافعة مفيدة رزقت القبول من اشهرها شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي المسمى بالتوضيح ومختصره الفقهي الذي وقع الاعتناء به من علماء مختلف الاقطار فشرحه علماء من مصر والمغرب وتونس والجزائر والاندلس . توفي سنة ٧٧٦

(٤) وقع اجحاف في نقل التسولي لما في المعيار ربما يقع لبسا في كيفية الاستدلال به . وتوضيحه بنقل كلام المعيار في صفحة ١٩٤ من الجزء العاشر بالطبعة الفاسية . قال : وسئل سحنون عن رجل تصدق على اخيه بنصف ماله وهو مريض مرضا طويلا دام سنتين ؛ يخرج في حوائجه ويقضيها ؛ فقضى اخوه الصدقة وحازها سنتين ؛ ثم ان للاح المريض مات ؛ وقام عليه ورثة المتصدق ؛ فقالوا للمتصدق عليه :

على اخيه فقبض الاخ الصدقة وحازها ثم مات المريض فرد على ورثته ما زاد على الثلث ثم تبين ان الصدقة في الصحة وانها جائزة كلها. ومنه من ادعى في ملك انه من اوقاف فلان ثم ادعى انه ملك لموروثه، افتى الحطاب بأنه لا حق له. ومنه من ادعى في ملك انه من مخلف ابيه فأثبت غيره انه ملك لموروثه فادعى انه أوصى له به، ومنه من ادعى في دار انها وراثة بينه وبين اخوته ثم ادعى انه انقرد بها بوصية أو صدقة من المورث، قال سحنون لا تقبل دعواه ولا يثبت. وذكر الثلاثة الاخيرة الحطاب في باب الاقرار وذكر عن القرافي (١) انه اعتمد في المسألة الاخيرة خلاف قول سحنون فذكر في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين ان ضابط ما يقبل الرجوع فيه ان يكون الرجوع لغير عذر عادي؛ وضابط ما يقبل فيه الرجوع ان يكون هناك عذر عادي كأن يقر الوارث للورثة ان ما تركه ابو ميراث بينهم ثم جاء شهود اخبروه او وجد رسماً بأن اباه كان تصدق عليه بهذه الدار في صغره وحازها لثمة؛ فانما اذا رجع وادعى انه لم يكن عالماً بذلك تسمع دعواه وعذره؛ ولا يكون اقراره السابق مكذباً لبيته. اهـ. ويؤيده ما في البرزلي عن المازري فيمن اقتسم تركته لموروثه مع الورثة ثم وجد بينه تشهد له ببعضها؛ انه يحلف ما علم بيته إلا الآن ويستحق. ونحوه في نوازل الزياتي فيمن سلم في شيء ظنا منه انه لا

لا يجوز لك الا الثالث؛ وقد سألتنا الفقهاء فقالوا لا يجوز لك الا الثالث. فدفع اليهم المتصدق عليه ما زاد على الثالث؛ ثم علم ان الصدقة جائزة. فأجاب بأن قال من يعلم انك كنت جاهلاً ان الصدقة لك كلها؛ انت تدفع اليهم مالك وتوجه لهم بعد ما قد حزنه ومكته؛ وقت الان تدعي الجاهل؛ ما ارى لك فيما دفعت اليهم حقاً. قال له السائل انا اقيم البينة انهم قالوا ان هذه الصدقة لا يجوز لك منها الا الثالث؛ وقد سألت عن ذلك الفقهاء فأخبروني بذلك. فقال له اما ان ائت البينة على هذا فأرى لك ان ترجع عليهم بما اخذوا منك. وبالله التوفيق. اهـ.

(١) هو شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي الصنهاجي المصري الاصولي الفقيه. اخذ عن ابن الحاجب وعز الدين بن عبد السلام والفاكهاني والبغوري وغيرهم. له تاليف بديعة من اشهرها التنقيح والذخيرة والفرق والاحكام في الفرق بين الفتاوى والاحكام والعقد المنظوم في الخصوص والعموم وشرح المحصول. توفي سنة ٦٨٤.

يستحقه^١ تبيين انه يستحقه فان التسليم لا يلزمه. وهذه النصوص كلها ظاهرة في ان تحويل الدعوى يطلها حيث لم يتضح العذر؛ سواء حصرها واشهد انه لا دعوى له غيرها ام لا. فلا ينبغي ان يعتمد ما في التبصرة من ان محل ذلك اذا شهد انه لا دعوى له سواها؛ ولا ما في اقضية البرزلي عن ابن حارث (١) ليس من ادعى دعوى يحجر عليه فيما سواها ان ادعى نسياناً؛ إلا ان يكون في الكشف؛ اي التقيد؛ اقرار المدعي ان الذي كشف عنه هو آخر دعواه. انظر شرح التسولي للتحفة في قولها :

لانه اضبط للاحكام * ولا نحصر ناشيء الخصام

الفصل الثاني

في استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى - وفيه مباحث

المبحث الاول في كيفية استدعاء المطلوب

بعد تقديم الدعوى على الصفة الميئة بالفصل الاول وطلب استدعاء المطلوب للجواب؛ فأما ان يكون المطلوب محجوراً أو رشيداً؛ فان كان محجوراً وكانت وكانت الدعوى في غير مال كالطلاق والحضانة والمعاشرة؛ استدعي المحجور نفسه؛ وان كانت الدعوى في مال استدعي حاجره ان كان له ناظر؛ وان لم يكن له ناظر قدم القاضي من ينظر في اموره وحينئذ يجري الخصام مع الناظر. وأما اذا كان المطلوب رشيداً؛ فأما ان يكون غائباً عن ايالة القاضي او حاضراً بها؛ واذا كان حاضراً بها، فأما ان يحضر بعد الاستدعاء أو يتخلف عن الحضور؛ واذا حضر فأما ان يجب أو يمتنع من الجواب؛ واذا اجاب فأما ان يقر أو ينكر؛

(١) هو محمد بن حارث بن اسد الحشني. تفقه بالقيروان على ابن اللباد ورحل فسمع من ابن ايمن وقاسم بن اصبغ ومحمد بن يحيى بن لبابة. له تاليف. توفي بقرطبة سنة ٣٦١ وقيل سنة ٣٦٥

وإذا حضر وأنكر فكلّف الطالب بالأدلاء بينته؛ فإما إن يستمر المطلوب على الحضور إلى أن تنتهي المنازلة بالحكم أو يلدّ عن الحضور في أثناء الخصام. أما كيفية استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى فإنها تكون على ما جاء به الأمر العلي (١) المؤرخ في ١٦ ربيع الأول ١٣٥٦ وفي ٢٧ ماي ١٩٣٧ وقد جرى هذا الأمر على أحد الأقوال الثلاثة في المتعيب ابتداء عن حضور مجلس الحكم المشار إليها بقول الزقاق

إذا اختفى خصم بيت فأرسلن عدولا له مع من يناي ألا ألا

لتحضر وإلا فلوكيل ثلاثة ينصم وبعد احكم ويمضي وحسلا

لبعض به هجما وقيل يفشبه بعدلين والاعوان والنسوة اعقلا

فان حاصل ما ذكره في المسألة ان المتعيب ان كان له مال ظاهر وأثبت الطالب حقه حكم عليه؛ وان لم يكن له مال ظاهر ففيه ثلاثة اقوال. احدها ان يرسل اليه القاضي عدلين مع رسول ثقة يناي : يا فلان ان فلانا رفعك الى القاضي فلان فلتحضر لديه لتخاصمه فان أبيت اقام لك وكلا يخاصمك؛ يقول ذلك ثلاثة ايام في كل يوم ثلاثة مرات؛ فان لم يحضر اقام له القاضي وكلا وحكم عليه ويرجى له الحجة . الثاني ان يهجم عليه في بيته على حين غفلة فيخرج من مكانه الذي اختفى فيه . الثالث ان يبعث اليه عدلين والاعوان والنسوة فيهجم عليه النسوان ويعزلن حرمة بمحل خاص فيدخل الاعوان والظاهر ان القولين الاخيرين بمعنى واحد كما جزم به التسولي في حاشية الزقاقية. فالامر العلي جار على اول الاقوال: لان امضاء المطلوب بجذر الاستدعاء دليل على بلوغ الاستدعاء اليه؛ فهو بمنزلة شهادة العدلين بوقوع استدعائه. والتفصيل في الاستدعاء الاخير انه اذا لم يحضر يسمي له القاضي وكلا ويحكم

(١) هذا الامر العلي صدر قبل صدور المجلة الشرعية للامرافات المؤرخة في ٢٩ شوال سنة ١٣٦٨ وفي ٢ سبتمبر سنة ١٩٤٨ وقد تضمنت ما جاء به الامر المذكور الا استدعاء اللطال فانه كان مرتين فصار مرة واحدة.

عليه؛ بمنزلة نداء المتادي بذلك، فإن قيل ما ذكره في المتغيب الذي احتفى
والامر العلي لم يفرق بين اختفاء المتغيب وظهوره مع ان حكم الحاضر الذي لم
يختف الرفع الى القاضي كما قال خليل «وجلب الخصم بخاتم أو رسول ان كان
على مسافة العدوى (اي مسافة القصر) لا أكثر كستين ميلاً إلا بشاهد» اهـ .
وكما قال ابن سلون (١) «ومن له على غيره دعوى دعاه الى القاضي فان أجاب
وإلا دفع اليه القاضي طابعاً (اي بطاقة محتومة بختم القاضي) ليرتفع بها المطلوب
ان كان في مصر الحاكم أو على الاميال اليسيرة؛ ولا يشخص من البعد خصماً
ولا شاهداً. والبعد ستون ميلاً ذكره سحنون في العتبية.» (٢) قلنا محل كلام
خليل وابن سلون اذا كان في وسع القاضي جبر المطلوب على الحضور، اما اذا
سلب من القاضي قوة الجبر على الحضور كما جاء به الفصل الاول من الامر

(١) هو سلون بن علي بن عبد الله بن عبد الله بن عبد العزيز بن سلون
الكناني الرناطي. تولى القضاء برناطة وكان بصيراً بمعرفة الشروط والاحكام. ألف في الوثائق
كتاباً عليه اعتماد القضاة. وتوفي برناطة سنة ٧٦٧

(٢) هي المساءة بالمستخرجة ايضاً. وهي لمحمد بن احمد ابن عبد العزيز بن عقبة بن حميد بن
ابي عقبة العتيبي الاندلسي. سمع من يحيى بن يحيى ورحل فسمع من اصبغ وسحنون. وكان
حافظاً للمسائل جامعا لها عالماً بالتوازل. انتهى عليه ابن لبابة وكان يراه منقطع القرين في الفقه
والفهم. قال ابن لبابة هو الذي جمع المستخرجة وكثر فيها من الروايات المطروحة والمسائل الشاذة.
وكان يؤتي بالمسألة الغريبة فاذا اعجبه قال دخلوها في المستخرجة. وقال ابن وضاح في المستخرجة
خطأ كثيراً. توفي العتيبي سنة ٢٥٥٠ قبل سنة ٢٥٤

«فائدة» في تفسير اصطلاح العتيبي وابن رشد في البيان. وقوله في رسم القبله مثلاً؛ وفي رسم
حبل الحبله ورسم سلف ونحو ذلك. وذلك ان العتيبي رحمه الله لما جمع الاسماء سماع ابن القاسم
وسماع اشهب وابن نافع عن مالك وسامع عيسى بن دينار وغيره من ابن القاسم كيحيى بن يحيى
وسحنون وموسى بن معاوية وزونان ومحمد بن خالد وأصبغ وأبي زيد وغيرهم؛ جمع كل سماع
في دفاتر واجزاء على حدة؛ ثم جعل لكل دفتر ترجمة يرف بها وهي اول ذلك الدفتر؛ فدفتر
اوله الكلام على القبله وءاخر اوله حبل الحبله وءاخر اوله جامع فباع امرأته وءاخر اخذ يشرب
خمرًا ونحو ذلك. فيجعل تلك المسألة التي في اوله لقباً له؛ وفي كل دفتر من هذه الدفاتر مسائل
مختلطة من ابواب الفقه؛ فلما رتب العتبية على ابواب الفقه جمع في كل كتاب من كتب الفقه ما في هذه
الدفاتر من المسائل المتعلقة بذلك الكتاب؛ فلما تكلم عن كتاب الطهارة مثلاً؛ جمع ما عنده من مسائل

العلي المذكور؛ فان المطلوب الممتع من الحضور يحير بمنزلة المتغيب لانتفاء مقدرة القاضي في كل منهما على الاحضار. وقد صرح بهذا المعنى ابن فرحون في تبصرته والشيخ التسولي في حواشي الزرقاية. ففي صفحة ٥١ من الحاشية المذكورة ما نصه: والحاصل ان المتغيب اذا ثبت تغيبه وعصيانه: وفي معناه المريض والمحجوس يمتنعان من التوكيل؛ يحكم عليهما القاضي بعد التلوم بالاجتهاد؛ سواء تغيب من اول الامر أو بعد ان انشب الخصومة. اهـ. فجعلهما المريض والمحجوس الممتنعين من التوكيل بمنزلة المتغيب؛ يفصح بأن العوارض الحائلة دون احضار المطلوب تجعله بمنزلة المتغيب .

المبحث الثاني في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب

اذا حضر المطلوب وامتنع من الاقرار والانكار؛ بأن قال لا اجيب؛ أو لا أقر ولا أنكر؛ أو قال لا اجيبك حتى تبين لي هل ما تدعي علي برسم أو بغير رسم، ففي ذلك ثلاثة اقوال. الاول يجبر المطلوب على الجواب بالسجن ثم بالضرب ان لم يزدجر بالسجن، وذلك بحسب الاجتهاد، فان تمادى على اباته حكم للطالب بدون يمين على الصحيح؛ بناء على ان الامتناع بمنزلة الاقرار؛ وقيل يمين؛ بناء على ان الامتناع بمنزلة النكول، وقيل لا يسجن ولا يؤدب ويعد ذلك نكولا منه، فيقضى للمدعي بما ادعى بعد يمينه، وهو لاصبح، (١) وان كان من

الطهارة كاهن؛ ويبدأ من ذلك بما كان في سماع ابن القاسم؛ ثم بما كان في سماع اشهب وابن نافع؛ ثم بما في سماع عيسى بن دينار؛ ثم بما في سماع يحيى بن يحيى؛ ثم بما في سماع سحنون؛ ثم بما في سماع موسى بن معاوية؛ ثم بما في سماع محمد خالد؛ ثم بما في سماع زونان وهو عبد الملك بن الحسن. ثم بما في سماع محمد بن اصبغ؛ ثم بما في سماع ابي زيد. فاذا لم يجد في سماع احد منهم مسألة تتعلق بذلك الكتاب اسقط ذلك السماع. وقد تقدم ان كل سماع من هذه الاسمعة في اجزاء ودفاتر فاذا نقل مسألة من دفتر عين ذلك الدفتر الذي نقلها منه؛ ليعلم من اي دفتر نقلها اذا اراد مراجعتها واطلاعه عليها في محلها؛ فيقصد الدفتر المحال عليه ويظهر بترجمته. اهـ. فتكون الاسمعة كالابواب للكتاب، والرسوم التي هي التراجم بمنزلة الفصول للابواب.

(١) هو اصبح بن الفرج بن سعيد بن نافع. مصري محدث فقيه، سمع من ابن القاسم وشبه

الحقوق التي لا تثبت باليمين ؛ كلف المدعي اليقينة وقضي له . وبالقول الثالث صدرت احكام مجلسية ، لما ذكره ابن سهل في احكامه بعد ان ذكر قول مالك وقول اصبح رحمهما الله من ان القاضي مخير في الاخذ بأيهما رآه سداداً . اهـ . وقول اصبح انسب بالظروف (١) . واذا قال المطلوب لا ادري هل علي شيء مما يدعي ، وجه القاضي عليه اليمين ، فان حلف قيل للمطالب اثبت حقك ، وان نكل عن اليمين جرى عليه حكم الملد عن الجواب . ومثله اذا قال لا اجيبك حتى تقيم يمينتك ، فلو طلب المطلوب بعد ان وجهت عليه الدعوى ان يترك ليثبت ويذكر ، ضرب له اجل غير بعيد .

ولو طلب المطلوب ان لا يجيب حتى يوكل ، فان كانت الدعوى بسيطة سهلة ، امر بالجواب في الحال ووكل بعد ، وان كانت ذات فصول اهل . هذا الذي عليه عمل قضاة تونس ؛ ففي حاشية القاضي ابن سلامة على التاودي ما نصه : والذي عليه العمل عندنا عدم التوكيل في المجلس فيما سهل ، ولو كان المدعي عليه ممن لا يباشر الخصومات ، ولكنه يجيب ثم يودل ، وشاهدنا به القضاء وبه نقضي . وفي حاشية الشريف على الزقاقية : حضرت مجلس قاضي الحاضرة ابي حفص المحجوب (٢) وقضى بالزام الجواب من ليس من اهل مباشرة الخصام . ولو قال لا اجيب لاني اريد التحاكم بين يدي القاضي الحنفي ، صرف الى الحاكم الذي يريد المخاصمة عنده ، بناء على ما جاء في ترتيب دار الشريعة من ان الخيرة للمطلوب . وهو خلاف ما جرى عليه خليل في مختصره حيث قال

وابن وهب . وتفق به ابن المواز وابن حبيب وابن مزين وغيرهم . من مؤلفاته كتاب الاصول وتفسير حديث الموطأ وكتاب سماعه من ابن لقاسم . توفي بمصر سنة ٢٢٥ .
(١) لان الجبر بالسجن والضرب صار متفردا بسبب الحجر على القاضي استعمال هذا الادب وخاصة الضرب .

(٢) هو عمر ابن العلامة قاسم المحجوب المساكيني التونسي . اخذ عن والده . وجموده بن عبد العزيز العزيز والفرياني . واخذ عنه اسماعيل التميمي وابراهيم الرياحي وغيرهما . توفي سنة ١٢٢٢

«وجاز تعدد مستقل أو خاص بناحية أو نوع، والقول للطلاب ثم من سبق رسوله وإلا أقرع» اهـ. قال الشيخ حلولو (١) في شرحه: إذا تنازع الخصمان عند من يكون تحاكمهما من القاضيين؛ فقال بعض الشيوخ يكون الحكم عند من يهول الطالب، وقال غيره يكون عند أقربهما مكاناً، فإن استوى المكانان أو كان كل واحد منهما طالباً؛ فأشار المازري إلى أنه يكون الخصام عند من جاء رسوله أولاً منهما، فإن لم يوجد وجه يقع الترجيح به أقرع بينهما حينئذ، فإن قيل كيف يمكن الحاكم المطلوب من المحاكمة عند غيره ويفعل خلاف مشهور مذهبه؛ وهل القاضي يحكم بالأوامر والقوانين أو يحكم بمشهور مذهبه. قلت لا حرج على القاضي في تمكينه المطلوب مما اختاره، لأن القاضي يكون معزولاً عن القضاء، في صورة ما إذا اختار المطلوب القاضي عند غيره، بمقتضى أمر الأمير، فلم يحكم بخلاف مذهبه وإنما تخلى عن القضية لعزله عنها. وقد نص العلماء على أن ولاية القضاء تخصص باعتبار الزمان والمكان والنوع. وقد حكى الشيخ حلولو في شرح المختصر عند قول خليل «وجاز تعدد مستقل» أنه جرت العادة بتونس بأفراد قاض للنساء في الانكحة وتوابعها. ونقل عن شيخه أنهم إذا اختلفوا في قضية هل هي من عمل الانكحة حكم فيها قاضي الجماعة لأن ولايته أعم ولأن الآخر كالنائب عنه وإن كان إنما يوليه السلطان. اهـ. واشتهر التعبير عن إرادة المطلوب القاضي لدى قاضي المذهب الآخر بقولهم متمسك. (٢)

ولو قال المطلوب لا أحيب حتى أخذ نسخة من المقال لا تأمل فيه، أحيب إلى مطلبه

(١) هو أحمد بن عبد الرحمن البيضاوي القروي عرف بحلولو. تولى قضاء طرابلس ثم صرف عنه. أخذ عن البرزلي والقلشاني وابن ناجي. من مؤلفاته شرح المختصر الحلبي وشرح تنقيح القرافي وشرح جمع الجوامع. كان حياً سنة ٨٧٥.

(٢) أدخلت تنقيحات على ما يقبل فيه تخيير المطلوب المبرع عنه بالتمسك وصار العمل على ما جاءت به المجلة الشرعية للمرافعات في الباب الثالث في تخيير المطلوب. وتغير كثير مما جاء في هامش الطبعة الأولى.

وممكن من اخذ النسخة وأجل على الجواب عن الدعوى بعد احضار النسخة بما يراه الحاكم، والغالب التأجيل بثلاثة ايام اذا حضر المطلوب بنفسه، فان حضر وكيله زيد على الايام الثلاثة وروعي قرب بلد الموكل وبعده وما تستدعيه مفاهمة الوكيل مع موكله من الزمان. ويتعين على القاضي ان يجيب الطالب للنسخة، في المقال والجواب والشهادات والوثائق غير الاسترعائية. نص على ذلك المتيطي وابن سهل وابن سلمون. واحتلف في تمكين المحكوم من نسخة الحكم اذا طلبها، فأفتى التاودي بلزوم ذلك، وأفتى ابن عبد الصادق (١) شارح المختصر بعدم تمكينه، وعملنا جابر على ما أفتى به التاودي. وأما وثائق الاسترعاء فقال ابن هارون (٢) في اختصار المتيطية لا يجب توقيف المطلوب عليها وانما يعذر اليه فيها عند ثبوتها. اهـ. وعلمه ألوانشريسي في الفائق بأن له ان يقول: اذهب الى من شهد لي يقيد لك شهادته كما قيدها لي، اذا كانوا حضوراً. وقال ابن سلامة في حاشيته لا يعطى للدعي عليه نسخة من الاسترعاء لان القاضي يمسك الوثيقة عنده ويسألهم، فان ارتابوا أو زادوا أو نقصوا أبطلها؛ بخلاف شهادة التحمل فحسب الشهود ان يقولوا: ما فيه اشهدنا به ونعرف المشهود عليه؛ ولهم الزيادة والنقص ان كانوا من اهل التبريز ويقبل منهم النسيان، بخلاف الاسترعاء، فلم يكن لاخذ نسخة من الاسترعاء فائدة؛ اذ لو خالفوا لبطلت؛ بخلاف شهادة التحمل فكان له في التحمل ان يقول: لي مخرج في التخلص من الاعذار بتذكير الشهود ما نسوه، دون الاسترعاء فليس له ذلك. والوسيلة التي لا يترتب عليها مقصد لا تشرع ابداً. اهـ. قلت الجاري

(١) هو محمد بن عبد الصادق الدكالي الفقيه النوازلي المفتي. أخذ عن عيسى الشاذلي وثاب عنه في القضاء. توفي سنة ١١٧٥

(٢) هو محمد بن هارون الكناني التونسي احد شيوخ ابن عرفة. وصفه ابن عرفة بيلوغ رتبة الاجتهاد المذهبي. من تأليفه مختصر المتيطية؛ استقطب منها نحو الثمانين. مولده سنة ٦٨٠ وتوفي سنة ٧٥٠

اليوم هو تمكين الخصم من اخذ نسخ الاسترعاء كوثائق التملك ووثائق الطلاق الاسترعائية؛ وكان ما اطبقت عليه كلمتهم مبني على ان وثائق الاسترعاء كانت تؤدي الشهادة بها عند الحاكم ، وهو الذي يقيد بها ، أما اليوم فالاداء يكون عند عدلين يأذنهما الحاكم بالرفع على الشهود وكتب شهادتهم وتركيز المزكين لهم ، ويختتم الآذن بختمه على كل من الشهادة والتركيز ، ويخاطب عليها ، وبذلك صارت مثل الوثائق الاصلية . أما ذكره الشيخ ابن سلامة في التعاليل ففيه نظر ، وكلاهما في مبحث التقصان والزيادة في الشهادة يتناول الوثائق الاسترعائية وغيرها ، بدليل ان غالب مثلهم لذلك من وادي الوثائق الاسترعائية كما في شرحي التاودي والتسولي للتحفة . وما ذكره من ان القاضي يمسك الوثيقة عنده ويسألهم ؛ يقال عليه ان اعتبر ان ما عند الحاكم هو الاداء فلا تضر الزيادة والتقص لما بالوثيقة . ففي التسولي . وهذا فيما اذا زاد أو نقص بعد الاداء ، وإلا فيعمل على ما أدى به ؛ مبرزاً كان أم لا ، وان اعتبر ان الاداء ما وقع عند الشهود ، وهو الحق ، كان سؤال الحاكم للشهود غير لازم ، اذ ذلك من قبيل الاستفسار المسمي بالاستقصال وهو انما يفعل اذا احتيج اليه ، وهل هو من حق القاضي أو من حق الخصم أو من حقهما ؛ اقوال ، وقد بسط شراح الزقاقة المسألة اتم بسط ووزنوها بالموازن التيسر عند قول الزقاق « وكثرن بغير عدول واجتهد وتأمل » من مبحث فصل في مسائل من احكام القضاء والشهادة . على ان التسولي في حاشية الزقاقية صرح في صفحة ٦٩ بأن الذي لا يعطى هو النسخ من وثائق الاسترعاء للاستقصال ، اما النسخة من وثيقة الاسترعاء للاعذار فتعطى .

وأخذ النسخ يكون لاغراض منها سؤال الشهود عنها ليذكروا ما شهدوا به لعلمهم يرجعون ، ومنها سؤال اهل العلم عنها ليأتي بمدفع فيها ، ومنها تأمل معانيها والوقوف عند فصولها ، ومنها تعلق حقها بها ؛ وسيأتي ان شاء الله بسط الكلام

في الغرض الاخير في مبحث اخذ النسخ والمضامين من باب الشهادات . انظر
سراج التحفة عند قولها : فالحكم نسخه وضرب الاجل ، والبيت بعده .

المبحث الثالث في حضور المطلوب وجوابه بالاقرار

اذا حضر المطلوب وأجاب عن الدعوى بالاقرار؛ فان القاضي يشهد عدلين
على اقراره، ثم يحكم عليه، ولا يحكم عليه قبل الاشهاد على اقراره ؛ ففي التوضيح
مذهب مالك وابن القاسم ان القاضي اذا سمع قول الخصم لا يحكم عليه حتى
يشهد عليه باقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما اليه ، وذهب مطرف (١) وابن
الماجشون (٢) وأصبغ وسخون الى انه يحكم بما سمع وان لم يشهد عنده بذلك .
والاول المشهور ؛ اهـ . وفي ابن سلون ويعتمد القاضي على علمه في التجريح
والتعديل اتفاقا؛ ولا يحكم بعلمه في شيء من الاشياء، كان مما أقر به احد المتحاكمين
عنده او لا، الا ان يشهد عليه بذلك شاهدا عدل، قاله ابن القاسم ، وبه العمل .
وقال ابن الماجشون يحكم عليه لما أقر به عنده ، وان لم يشهد عليه، وهو
قول عيسى (٣) وأصبغ وسخون؛ وليس به عمل . ومثله في المفيد وابن
مرزوق عن النوادر . فالحلاف هل يقدم على الحكم بما سمعه ابتداء قبل الاشهاد
عليه أم لا ، وعلى الاول يحكم ولو انكر المقر؛ وعلى الثاني وهو المشهور لا يحكم
إلا اذا استمر على اقراره . هذا ما قرر به الشيخ مصطفى (٤) المسألة واستشهد

-
- (١) هو ابو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني؛ من
من اصحاب امام دار الهجرة؛ خرج له البخاري في الصحيح . توفي سنة ٢٢٠ وسنه ثلاث وثلاثون
(٢) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي مفتي المدينة ؛ من بيت علم وحديث .
تفقه بأبيه وبامام دار الهجرة ، وتفقه به ائمة كابن حبيب وسخون وابن المذلل . توفي سنة ٢١٢
(٣) هو ابو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي القاضي العادل . لم يسمع من مالك وسمع
ابن القاسم وصحبه وعول عليه واه عشرون كتابا في سماعه عنه . وبه ويحيى ابن يحيى اتشهر علم
مالك بالاندلس . توفي ببلده طليطلة سنة ٢١٢
(٤) هو مصطفى بن عبد الله بن موسى الرماصي من بلد قريب من مازونة ، له حاشية على

عليه بكلام للامامين اللخمي (١) وابن رشد (٢) ساقه التاودي في شرح الزرقاية واعتمد كلام مصطفى، البناني (٣) والرهوني . واذا فرغنا على المشهور من عدم الحكم بالاقرار ، فاذا انكر اقراره قبل الحكم عليه وحكم القاضي بمقتضى اقراره؛ تقضه هو فقط اذا كان الاقرار في مجلس القضاء؛ وتقضه هو وغيره ان كان اقراره قبل مجلس القضاء .

واذا أقر المطلوب فطلب المدعي تقييد اقراره بالشهادة، اجابه القاضي . وللحاكم ان يثبت المدعي الى ذلك؛ لما فيه من تحصين الحق وقطع النزاع وتقليل الخصام . وليس ذلك من تلقين الخصوم المتي عنه . قال في التبصرة : ولا بأس ان يلحق احدهما حجة عجز عنها . اهـ . ولا يجوز ان يلحق الخصم ما يبطل به حقاً أو يثبت به باطلاً ، لانه من باب التعاون على الائم والعدوان . فلذلك قدح في العدالة. فلو علم الانسان ان الخصم مظلوم؛ جاز تلقينه ما ينفعه؛ لانه من باب اتقاد المظلوم من الظالمات . قاله البرزلي؛ وعليه يحمل ما اشتهر عن ابن علوان (٤).

شرح التتائي للمختصر اقدمت مسهولة الاجادة وتحرير الفقه؛ وعليها ممول حواشي الزرقاني توفي وقد اسن سنة ١١٣٦

(١) هو ابو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي القيرواني، انتهت اليه الرئاسة. تفقه بآبن محرز والسيوري والتونسي. وتفقه به الامام الازري وابو يحيى بن الضابط وعبد الحميد الصفارسي؛ له تعليق على المدونة ساه التبصرة من الكتب المتقدمة في المذهب . توفي بصفادق سنة ٤٧٨

(٢) هو القاضي ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القدرطي زعيم الفقهاء وحافظ المذهب والمرجع في حل المشكلات. من مؤلفاته البيان والتحصيل والمقدمات . مولده سنة ٤٥٥ وتوفي سنة ٥٢٠

(٣) هو محمد بن الحسن البناني التحرير الواسع الاطلاع. من بيت علم. أخذ عن الشيخ احمد بن مبارك والشيخ محمد جسوس وقربه محمد بن عبد السلام البناني. من اشهر مؤلفاته حاشية على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني. مولده سنة ١١٣٦ وتوفي سنة ١١٩٤

(٤) يحتمل ان يكون المقصود احمد بن علوان التونسي الشهير بالمصري المتوفى بالاسكندرية سنة ٧٨٧ - او عمر بن محمد بن علوان التونسي المتوفى سنة ٧٨٠ أو سنة ٧٨٦ - أو محمد بن احمد بن علوان الشهير بالمصري التونسي المتوفى سنة ٨٢٧

المفتي التونسي. ومما روي في ذلك ان امرأة وصيا على ولدها ضيق عليها اولياء زوجها وأقاموا عليها بيته انها سفیهة لا تصلح للتقديم ؛ فأمرها ان تعترف بين يدي القاضي بالسفه واذأ طلبوها في المال تدعى تلفه في إيام السفه ؛ ففعلت وسرحها القاضي ؛ قله الشريف في حواشي الزقاقية .

المبحث الرابع في حضور المطلوب وجوابه بالانكار

إذا اجاب المطلوب بالانكار يلزم ان يكون الانكار صريحاً، ولا يكفي منه بالانكار الضمني. ويلزم ان يكون بصيغة الجزم ؛ فلا يكفي : ما أظن ان له علي شيئاً . صرح به في التبصرة. وفي المذهب لابن راشد والحاوي للبرزلي : اذا ادعى الطالب دعوى مخصوصة فأجابه المطلوب بجواب يعمها ويعم غيرها ؛ كقوله لا حق لك قبلي ؛ فمذهب ابن القاسم في المدونة لا يقنع منه بذلك ؛ ومذهب مطرف وابن الماجشون كفاية ذلك . فعلى ما في المدونة وهو الراجح ؛ يلزم المطلوب ان يجيب بانكار الوجه الذي ذكره الطالب أو يقر به ؛ فان أبى عدكالمتمتع من الجواب وجرى عليه حكم الملد . ويترتب على الخلاف ان ادعت امرأة على رجل ان في ذمته الف درهم نصف صداقها الواجب لها بطلاقها منه قبل الدخول ؛ فأنكر وقال لا حق لها علي ؛ فقبل الحاكم منه هذا الجواب وطالبها بالبيته؛ فأدلت بها ؛ فأقام الزوج بيته تشهد بدفع نصف الصداق لها أو باسقاطه عنه، فان بينته تقبل لانه لم يكذبها بانكاره، بخلاف ما لو أجاب بانكار السبب الذي ادعته، كأن ينكر التزوج والطلاق وأن بذمته الف درهم قدر نصف الصداق الواجب لها . فان المرأة اذا ادلت بيته تشهد بما ادعت، فعارضها المطلوب بيته تشهد باسقاطها نصف الصداق عنه، أو تشهد بدفعه نصف الصداق لها ، فان بينته لا تقبل، لانه أكذبها حيث تضمنت بيته ثبوت التزوج والطلاق، وهو قد نفى ذلك ، والمسألة من باب الاقرار الحاصل بالتضمن ؛ لان انكاره التزوج

والطلاق يتضمن الاقرار بكذب بيته الشاهدة له بالقضاء. اذ القضاء فرع ثبوت التزوج والطلاق، وقد أقر بنفيهما، لكن عدم القبول قيد بقيدتين، احدهما ان يكون المدعى عليه ممن يعلم ان الانكار يضره ، فان كان ممن يجهل ذلك ولا يفرق بين لا حق لك علي وبين لم اتزوج مثلاً ، فيعذر بالجهل ، إلا اذا حقق عليه وقيل له انت تكرر هذا أصلاً، فاذا قامت عليك بيته فلا تسمع بينتك، فانه اذا استمر على انكار السبب لم تسمع بينته . ذكر هذا القيد الرعيني (١) ونقله عن مالك، وهو قول عيسى ابن دينار عن ابن القاسم، وقيد به ابن ناجي المسألة، وشرح المختصر كلام خليل. الثاني ان يكون ذلك في غير الحدود والعقار ، اما فيهما فتقبل البيته ولا يضره الانكار ؛ هذا قول ابن القاسم وابن كنانة. (٢) وهذا كأن يدعي انه قذفه، فينكر، فيقيم المدعي بيته بذلك ، فيقيم المدعى عليه بيته بالعفو ، فانها تنفعه. وكأن يقول القائم بعثك هذه الدار فاقضني ثمنها ، فينكر المطلوب البيع، فيقيم المدعي بيته ببيعها له ، فيقيم المدعى عليه بيته بدفع الثمن ، فينفعه . قال الزرقاني (٣) ولعل الفرق ان الحدود يتساهل فيها لدرئها بالشبهات. والاصول يظهر فيها انتقال الملك، فدعوى انها ما دخلت في ملك غير الحائز لا يلتفت اليها، فكأنهم لم يحصل ما يكذب البيته التي أقامها.

ولو اجاب المطلوب بأن المدعى فيه بيد فلان، طولب ببيان هل يدعي ان له فيه حقاً، فان نفى استحقاقه لشيء منه سجل عليه ذلك، ووجه الطالب الدعوى على ذي

(١) هو محمد بن عبد الجبار الرعيني السوسي الفقيه المعمر، اخذ عن القاضي ابي يحيى بن الحداد تلميذ الامام المازري. مولده سنة ٥٦٧ وتوفي بتونس في ذي القعدة سنة ٦٦٢

(٢) هو عثمان بن عيسى بن كنانة. من اشهر اصحاب الامام مالك وجلس مجلسه بعد وفاته. وجلس مجلس مالك بعد ابن كنانة عبد الله بن نافع المعروف بالصائغ احد اصحاب مالك الابطات المتوفى بالمدينة في رمضان سنة ١٨٦ - توفي ابن كنانة سنة ١٨٦ وقيل سنة ١٨٥

(٣) هو عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاني. أخذ عن الاجهوري والمقاني والشبراملسي . له شرح على المختصر الحلي مشهور متداول في مصر وتونس والمغرب. مولده سنة ١٠٢٠ توفي سنة ١٠٩٩

اليد. ولو قال ليس لي فيه شيء، هو حبس على اولادي، او هو ملك لفلان، فيقال للمدعي اقم البينة انه لك فان هذا لا ينزاعك. إلا ان يثبت المدعي عليه ما ذكر، فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية. ولو قال ليس لي، او لمن لا أسميه، فلا يمنع من تمام الحكومة. ولو قال هو لفلان، فان كان فلان حاضراً وادعاه، فللمدعي تحليفه، فان نكل، حلف المدعي وأخذ المدعي فيه. وان حلف المقر له فللمدعي تحليف المقر لانه اتلفه عليه باقراره، فان نكل، حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به من المقر. وان كان غائباً، فان أثبت ذلك بالبينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب، وإلا لم تنصرف، لانه يتهم ان يكون اراد صرف الخصومة عن نفسه الى الغائب. وتلزمه اليمين، فان نكل، اخذ المدعي ذلك من غير يمين. فان جاء المقر له فصدق المقر، اخذه، لانه انكشف ان الاول ليس له فيه شيء. وما الزمناه اليمين إلا لتهمته صرف الخصومة، ولو علمنا صحة الاقرار لاوقفناها الى الغائب. انظر الفائق (١) لابن رشد القفصي (٢) اهـ.

(١) وقع تحريف في الطبعة الاولى وسقط بعض جل من كلام الفائق أشكل مما فهم المعنى. ونص كلام الفائق « الصورة الثانية ان يكون انكاره باقرار انيره؛ مثاله ان يدعي عليه في ملك يده فيقول ليس لي فيه شيء. وانما هو وقف على الفقراء او على ولدي او هو ملك مثل سماء؛ فيقال للمدعي اقم البينة انه لك. فان هذا لا ينزاعك فيه؛ الا ان يثبت المدعي عليه ما ذكره من ذلك؛ فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية. ولو قال هو لمن لا أسميه فلا يمنع ايضاً من تمام المحاكمة. ولو قال هو لفلان؛ فان كان فلان حاضراً وادعاه فللمدعي تحليفه؛ فان نكل حلف المدعي وأخذ المدعي فيه. وان حلف المقر له فللمدعي تحليف المقر لانه اتلفه باقراره؛ فان نكل حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به. وان كان غائباً فان اثبت ذلك سبباً انصرفت الخصومة عنه الى الغائب؛ وان لم يثبت ذلك ببينة لم تنصرف عنه الخصومة اذ يتهم ان يكون اراد صرف الخصومة عن نفسه الى الغائب. وتلزمه اليمين؛ فان نكل اخذ المدعي ذلك بغير يمين. فان جاء المقر له فصدق المقر اخذه؛ لانه انكشف ان الاول ليس له فيه شيء. ونحن انما الزمناه اليمين لاثباتها لنا له في صرف الخصومة؛ ولو علمنا صحة اقراره لاوقفنا المحاسبة على حضور الغائب. اهـ. من كتاب القضاء مبحث الجواب من الفائق.

(٢) هو محمد بن عبد الله بن راشد القفصي. أخذ عن علماء تونس ورحل الى مصر فأخذ عن ابن المنذر وابن دقيق العيد والشهاب الآزفي. له مؤلفات قيمة مفيدة من أشهرها الفائق في

من حاشية ابن سلامة من مبحث فصل في المقال والجواب .
 وإذا حصل الجواب بالانكار فأراد الطالب الاعراض عن الدعوى فمن حق المطلوب
 ان يلزمه باتمام الخصومة الى ان تنتهي بالحكم، ويجب الحاكم المطلوب الى طلبه
 ويأمر الطالب بذلك ، فان أبى ، حكم القاضي بان لاحق له . ذكر المسألة الزرقاني
 في شرح المختصر في مبحث الصيد ، عند قول خليل « وتملك الصيد المبادر
 وان تنازع قادرون فينهم » ونصه : لو تكررت شكوى شخص لآخر ، فان
 للمشتكي ان يرفع الشاكي للحاكم ويقول له : ان كان عندي شيء فيدعى به ؛
 فان أبى في ذلك حكم عليه بأن لا حق له بعد ذلك ، وليس عليه شكوى ، قطعاً
 للنزاع . وقد حكم بها البدر القرافي (١) والبرموني (٢) وقالوا : هي مشهورة في
 المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بمذهب المالكية . اهـ . وقد صرح بمثل
 هذا ابن مرزوق في شرح المختصر الحلي عند قوله « وان أنكر » قال ألك
 بينة ، فان نقاها واستحلفه فلا بينة . ونصه قول (المص) « واستحلفه » لا يعطي
 بمفهومه انه لو لم يستحلفه وأراد البقاء على حقه انه يمكن من ذلك ، بل اذا
 طلب المطلوب تعجيزه وحلفه له ، ليرتفع عنه الطلب ، كان له ذلك على مذهب
 ابن القاسم .

المبحث الخامس في تغيب المطلوب بعد انشأاب الخصام

اذا تغيب المطلوب في اثناء الخصام ، فان كان تغيبه بعد استيفاء حججه ، حكم
 عليه بلا تلوم ، وعجزه . فلا يكون له اذا قدم ان يقوم بحجته ، بمنزلة ان لو

الاحكام والوثائق وشرح مختصر ابن الحاجب، توفي في تونس سنة ٧٢٣

(١) هو القاضي بدر الدين محمد بن يحيى القرافي . توفي سنة ١٠٠٨

(٢) هو كريم الدين عبد الكريم البرموني المرساطي . أخذ عن الناصر الملقب بـ « كان حياً »

قضى عليه وهو حاضر . وان كان تغيبه قبل ان يستوفي جميع حججه تلوم له .
واذا تمادى على التغيب ، قضى عليه من غير تعجيز . واذا كان التغيب بعد الحكم
وبقيت له اليمين ، وكل القاضي من يقضيها له ، وأشهد بذلك . انظر شراح التحفة
عند قولها «ومن الد في الحصار واتهج» الايات .

المبحث السادس في غيبة المطلوب عن ايلة القاضي

اذا كان المطلوب غائبا عن ايلة القاضي ، فلا يخلو من حالتين . الاولى ان
يكون خارجا عنها ، لان ذلك هو وطنه ومحل قراره ، وفي هذه الحالة يؤمر الطالب
بالذهاب الى بلد المطلوب ليخاصمه لدى حكمه . ويتنزل على هذه الصورة قول التحفة
والحكم في المشهور حيث المدعى * عليه في الاصول والمسال معا
ووجه ذلك انه لم يؤل الحكم بين جميع الناس ، وانما ولي على اهل البلد خاصة ،
فليس له ان يحكم إلا على رجل حاضر البلد ، أو على مال له بذلك البلد ، أو
حميل ، أو وكيل . قاله ابن عرفة (١) ونحوه للميتطي ؛ انظر حاشية الشريفي عند
قول الزرقا «ومن غاب عن قرب كمن هو حاضر» في الورقة ٤ - الحالة الثانية
ان يكون خارجا عن ايلة القاضي لزيارة أو تجارة أو نحوهما ، وهو موطن
بمحل ولاية القاضي ؛ اوله مال بها ، أو وكيل ، أو حميل ؛ فيتناول القاضي
القضية ، وحينئذ فيما ان يكون الغائب قريب الغيبة ، اي على مسافة ثلاثة ايام
ونحوها مع الامن ؛ أو متوسطها ؛ اي على مسافة عشرة ايام ونحوها ، ومثلها الثلاثة
مع الخوف ، أو بعيد الغيبة ، بان يكون على مسافة شهرين ، ومثلها اذا كان غير معلوم

(١) هو محمد بن محمد بن عرفة الورعني اقونسي . عالم تونس ؛ اتته اليه الرئاسة وتولى امامة
جامع الزيتونة سنة ٧٥٦ والخطابة به سنة ٧٧٢ والفتيا سنة ٧٧٣ - من مؤلفاته القيمة السائرة
مختصره الفقهي . أخذ عنه من العلماء من لا يحصى كثرة ومن اشهرهم البيهقي والابن عقاب
وابن ناجي واهم القشاني ومحمد القشاني والقبريني والزنديوي وابن علوان وابن الخطيب القسنطيني
والزعي والوانزعي وابن السماع . توفي وقد أسن سنة ٨٠٣ ومولده سنة ٧١٦

الموضع . ففي الغيبة القريبة يكتب القاضي الى المطلوب أما ان يحضر أو يوكل ؛
ويضرب له اجلا يسع وصوله ، أو وصول وكيله ، ويسع الطعن في البينة القائمة
عليه . فاذا تمادى على المغيب ولم يجب باقرار ولا انكار؛ حكم عليه في استحقاق
العروض والاصول وجميع الاشياء من الطلاق وغيره . ويباع عليه ماله من
اصول وغيرها لقضاء ديونه ، أو نفقة زوجته ؛ ولا ترجى له حجة . ولكن لا
يباع عليه ماله إلا بعد اثبات موجبات البيع؛ من الدين أو النفقة؛ والغيبة وقربها؛
وأنه اعذر له في القربة فلم يقدم ، وان هذا البيع ملكه ، وانه ارلى ما يباع عليه؛
وحيازة الشهود له (اي تعيين موضعه وحدوده: ان لم تشهد بها بينة الملك) والتسوق؛
وعدم الفاء زائد في الثمن . ولا يشترط بلوغ الثمن القيمة ، لان ذلك غاية
المقدور ؛ وانما الشرط ان لا تقع عجلة في البيع ، ولا تقصير . قاله السيوري (١)
وابن رشد. والمراد بعدم العجلة: ان يضرب اجل شهرين يقع اثناءهما اشهاره
للبيع. وما قرر هنا يقرر في بيع ربيع التيمر لانفاق المحجور. وما ذكرناه من
اشتراط ثبوت الملك للمبيع عليه ، عول عليه غير واحد ، وصدر في الشامل (٢)
بأنه لا يحتاج الى اثبات ملكه ؛ وجعله ابن عبد السلام (٣) ظاهرا للمذهب؛ واختلف
في اشتراط تسمية الشهود. ولا يحكم بالطلاق على الغائب حتى تثبت الزوجية ؛

(١) هو عبد الحاق بن عبد الوارث السيوري؛ من اعظم شيوخ التبروان. تفقه بأبي بكر
بن عبد الرحمن وأبي عمران اللباسي. وتفقه به عبد الحميد الصائغ والاعمي وعبد الحق الصقلي وابن
سردون . له تعلق على المدونة وكان يحفظها. توفي وقد اسن بالتبروان سنة ٤٦٠ او سنة ٤٦٢؛

(٢) مؤلفه يهرام ابن عبد الله بن عبد العزيز الدهيري الملقب بتاج الدين والمكنى بأبي البقاء.
من اكبر علماء مصر أخذ عن الشيخ خليل ثنايفه وبه تفقه. وأخذ عنه الاقفسي والبساطي. له
شروح على مختصر الحلبي. والشامل حاذى به المختصر؛ في غاية التحقيق. مولده سنة ١٢٤٤ وتوفي
سنة ٨٠٥

(٣) هو محمد بن عبد السلام الهواري التونسي. قاضي الجماعة بتونس وأحد شيوخ ابن عرفة.
له شرح على مختصر ابن الحاجب. توفي سنة ٧٤٩

وشرطها عليه إبطال بغيته ؛ ان كان الطلاق به ، أو ثبوت الاعسار بالنفقة ، ان كان الطلاق به .

وفي الغيبة البعيدة وما في معناها ، والمتوسطة حقيقة أو حكماً ؛ يحكم على الغائب ، بعد يمين القضاء من الطالب ، وترجي له الحجة ؛ ويسمي القاضي الشهود في سجل الحكم ، أو في سجل مستقل ، يوضع بالمحكمة ؛ ليجد الغائب عند قبوله مدفعاً بتجريح الشهود ، لانه باق على حجته . فان لم يسم اليانة ، وحكم بلا تسمية ؛ تقض حكمه . ولا تفرق الغيبة البعيدة من المتوسطة ؛ إلا في الحكم باستحقاق عقار الغائب ؛ فيحكم به في البعيدة ، دون المتوسطة ؛ كما في التحفة وشروحها . واختلف هل يقام للغائب البعيد وكيل للاعذار وغيرها ؛ فالمشهور انه لا يقام له وكيل ؛ وأنها اذا ثبت عليه شيء ، دفع عنه ، وكان له ارجاء حجته اذا قدم . وقال سحنون : يقام له وكيل ولا ترجى له حجة . قال ابن ناجي : شاهدت شيخنا القاضي أبا عبد الله محمد بن قليل الهم (١) يحكم بالقيروان بالجمع بين القولين ؛ فيقدم له وكيلاً ؛ ثم هو على ارجاء حجته . وهو الصواب اخذاً بالاحتياط ؛ لان القاضي اذا قدم له وكيل ، فهو لا يبالغ في الذب عنه .

الفصل الثالث في المدعي والمدعى عليه

وفيه مباحث

المبحث الاول في بيان المدعي والمدعى عليه

يطلق المدعي على الطالب والمدعى عليه على المطلوب ، ويطلق المدعي على المطلوب بالينة على صدق دعواه ؛ والمدعى عليه على المطلوب باليمين ، لرد

(١) تولى بتونس قضاء الانكحة وتوفي سنة ٨٠٤

الدعوى الحالية من بينة تدعمها . وهما بهذا الاطلاق مناط الوتر . ومحور النظر ، ومحل الاهتمام ؛ اذ يتميز احدهما عن الآخر ؛ يتكبد عن الخطيأ في تكليف أحدهما بغير ما عينه الشارع له . وقد ذكر فيهما تعريفات اقربها ان المدعي من تجرد قوله عن الاصل والعرف ، والمدعى عليه من عضده احدهما ؛ فان شهد لاحدهما الاصل ، وللآخر العرف ؛ كان من شهد له العرف هو المدعى عليه . ولدقة تحقيق المناط ، وتطبيق القواعد على جزئياتها ؛ صعب أمر القضاء ؛ وكان علم القضاء اخص من فقه القضاء . وقد استعرض الفقهاء جملة من الاصول في بعض الاشياء ؛ واختلفت الفتاوي والاحكام لاختلاف الاعراف المبنية هي عليها . وها نحن اولاء نسوق جملة صالحة مما ذكرناه ، مشبعة بأمثلة تكسب الناظر بصيرة . قالوا الاصل براءة الذمة قبل تحقق عمارتها ، فاذا تحققت عمارة الذمة ، فالاصل استصحاب تلك الحالة حتى يتحقق الراجع . وترتب على هذا ان من ادعى دينا على آخر ، فأنكر المطلوب ، كان المنكر مدعى عليه ؛ لان الاصل براءة الذمة ، وقد عضده هذا الاصل ، فكان القول له يمينه ، ان لم تكن للمدعي بينة . ولو اعترف المطلوب بالدين ، وادعى القضاء ، لكان الطالب هو المدعى عليه ، لان الاصل استصحاب عمارة الذمة بعد ثبوت شغلها ، فكان القول له يمينه اذا لم يكن للآخر بينة .

والاصل الصحة ، وزاعم المرض مدع خلاف الاصل ، فعليه البينة . فاذا وقع طلاق رجل لزوجته طلاقاً بائناً ، ثم مات ، فقامت المرأة على الورثة ، تدعي انه طلق في المرض المخوف ، لثرت ؛ وأنكر الورثة ذلك ، فعليها البينة ، لانها مدعية . خلاف الاصل . ولو شهدت احدى بينتين انه تصدق وهو صحيح ، وشهدت الاخرى انه تصدق وهو مريض ؛ قدمت بينة الصحة ، لانها الاصل والغالب ؛ قاله ابن القاسم . وستأتي المسألة ان شاء الله في مبحث تعارض البينات .

والاصل عدم العداء ؛ فلو ادعى على الطيب العمد فيما زاد على المأثون فيه ،
وادعى الطيب الخطأ ، فالقول قول الطيب ؛ واضرب قول سحنون في الزوج
والسيد وفقاً عين زوجته او عبده ، فيقول الزوج او السيد : فعلت ذلك خطأ
حين التأديب ، وتقول المرأة والعبد : فعل ذلك عمداً . هل يحمل على الخطأ
ويكون القول قول الزوج والسيد ، أو يحمل على العمد ، ويفرق بين الطيب وبين
الزوج والسيد : بأن فعل الطيب ابتدء على الأذن ، ولم يثبت الأذن في حق الزوج
والسيد ، ابن رشد الاظهر في السيد (١) ان يحمل امره على الخطأ إلا ان يعلم
انه قصد به التمثيل ، وأما الزوج فالذي اراه ان لا يحمل على الخطأ ولا على
العمد ، ولكن يكون كسبه العمد ، وتكون فيه الدية على الجاني (يعني بذلك
انه لو حمل على الخطأ لكنت الدية على العاقلة ، ولو حمل على العمد لوجب
القصاص) زاد ابن رشد : وان طلبت المرأة فراقه ؛ وقالت اخافه على نفسي ،
طلقت عليه طلقاً بائناً . اهـ .

والاصل فيمن ادعى عليه العلم بالشيء ؛ الجهل حتى يثبت العلم . فاذا قام
الشريك على مشتري حصته شريكه بالشفعة ، بعد سنة ، مدعي عدم العلم بالبيع
إلا وقت قيامه ؛ وادعى المشتري علمه بالبيع ، فالقول للشفيع بيمينه ؛ لانه
مدعى عليه .

والاصل هو الفقر لسبقه ؛ لكن الناس محمولون على الملا لغلته . فهذا من
وادي ما تعارض فيه الاصل والغالب . ولهذا كان زاعم الاعسار - وان واقفه
الاصل الذي هو الفقر - مدعي ؛ فهو المطالب بالبينة على الاعسار . فلو ادعى على

(١) هذا الذي درج عليه خليل فقال في باب المتق « والقول للسيد في قبي العمد » قال شارحه
المواق : رج سحنون الى ان من وفقاً عين عبده او عين امرأته ؛ فقالا فعل بنا ذلك عمداً ؛ وقال السيد
والزوج بل أدبهما فأخطأت . انه لا شيء على السيد ولا على الزوج حتى يظهر العداء . والقول
قول السيد والزوج . اهـ . من شرح المواق صفحة ٣٣٥ ج ٦

الزوجة الطالبة انفاقه اياها ؛ انها عالمة بعدمه ؛ توجهت عليها اليمين ؛ كما في المتبعية في مبحث النفقات .

والاصل في العقود الصحة ؛ فمن ادعى الفساد فهو المدعى الذي عليه الالابات ؛ فاذا غلب الفساد ؛ كان القول قول مدعيه ؛ لانه المدعى عليه . ويكون من قيل ما تعارض فيه الاصل والغالب . انظر شرح المنجور (١) على المنهج المنتخب في الورقة ١١٩

ومن الفروع التي كان حكمها مبني على شهادة العرف ، تمزيق رسم الدين ، او قطع طرته . او سطر بسملة ، فانه يدل عادة على البراءة من الدين ، فلا يفيد المستظهر به شيئا . بخلاف محو ظاهر باطن به عقد ونحوه ؛ فانه يستظهر على من قام به يمين ، بناء على عدم حصول عادة في هذه الصورة ، كحصولها فيما مر . وانما ذلك ريبة وشبهة ، يجب رفعها باليمين ، كما ترفع ريبة التزوير فيمن قام بعقد ظهرت فيه تلك الريبة ، وشهدت بينة ان الشهادات التي فيه من وضع شهوده ، وشهدت اخرى انها ليست من وضعهم ، وانما هي مزورة عليهم ، فطلبت يمين القائم به ، لمكان البينة النافية . والشهادة المثبتة هي المقدمة . قاله الشيخ محمد عظم (٢) في الدكانة .

ومن الفروع التي وقع القضاء فيها استنادا للعادة ؛ ما حكم به الشيخ احمد القلشاني (٣) قاضي الجماعة بتونس ، في ساقية احدثت بدرب ابي عائشة ، واتصلت الى شارع باب المنارة ، الذي تمر فيها فضلات مراحض دوره الى ان تصل الى الخندق المعد لذلك ، وامتنع من الموافقة على احداثها من تمر عليه ، وترافعا في

(١) هو احمد بن علي المنجور القاسي . المستبحر في كثير من العلوم . توفي سنة ٩٩٥

(٢) هو محمد بن احمد بن عيسى بن فندار القيرواني عرف بعظوم . أخذ عن البرزلي والزعي وغيرهما . له من المؤلفات مواهب العرفان والمباني اليقينية ورعاية الامامة . كان حيا سنة ٨٨٩

(٣) هو احمد بن محمد بن عبد الله القلشاني . أخذ عن والده وابن عرفة والفريسي . له شرح على الرسالة وشرح مختصر ابن الحاجب الفرعي . تولى القضاء وتوفي عليه سنة ٨٦٣

ذلك، فحكم بتمكين المحدث مما أحدثه. بعد ان تذاكر في النازلة مع الشيخ محمد عظم؛ فاستظهر الحكم بذلك. معللاً بأن وضع الشوارع بتونس قد علم حين وضعها وتخطيط دورها: عدم حفرء ابار لفضلات اهلها؛ ووضعوا السواقي في شوارعهم لذلك؛ واستمروا على ذلك على تعدد الازمنة والاعصر. واهل كل زقاق قد دخلوا على ما وجدوا عليه من تقدمهم في ذلك؛ والحادث عهده تبع لمن سبقه الى زمن الواضع؛ وعلى هذا مشى احوالهم، واستمرت قصودهم وافعالهم، واذا دخل على ذلك المتقدم، وجب الحاق حكم الطاريء به؛ اذ لا يملك الطاريء من الشارع إلا ما يملكه من خلفه هو فيه؛ قاله في الدكانة في الورقة ٤٨

ومن الفروع المبنية على العادة، القضاء بشهادة الحيازة على الملك، وجميع ما يذكر من الشروط (وهي كما ذكر القلشاني عن المازري سبعة شروط: ١- الحوز، اي وضع اليد على الشيء المحوز. ٢- وأن ينسب اليه. ٣- وأن يتصرف فيه تصرف المالك، في ملكه. ٤- وأن تطول المدة. ٥- وأن لا ينازع المحوز عنه في تلك المدة. ٦- وأن يكون حاضراً، عالماً، بالغاً، رشيداً. ٧- لم يمنعه من القيام مانع. اهـ). انما منشؤة تحقيق الحال التي تكون فيها الحيازة شاهده للحائز بالملكية؛ اذ مجرد الحيازة لا ينقل الملك، ولكن يدل عليه؛ ولهذا لا تنفع الحيازة إلا مع ادعاء الحائز الملكية، وجهل اضل مدخله، هل دخل بوجه لا يقتضي نقل الملك، كالعارية والاسكان ونحوهما، ام لا. اما اذا تحقق ان دخوله كان بشيء منها؛ فلا تنفعه حيازته، ولو طالت حيازته جداً، على ما لابن قنوح (١) وإلا ان يطول زمن ذلك جداً، على ما لابن رشد، قائلًا: ولم يحد في هذه الرواية

(١) هو ابراهيم بن قنوح العقبلي القرنطبي. أخذ عن ابن سراج وأخذ عنه ابن الازرق

والقاضي. كان من اخفط الناس لمذهب مالك. مولده سنة ٧٨٤ وتوفي سنة ٨٦٥

حدا ، إلا انه قال قد رما يخشى ان يكون من يعرف ذلك الحق قد هلك . لكن الذي في المختصر والتحفة وغيرهما انه اذا علم اصل المدخل بكراء او نحوه ؛ لا تنفع الحيازة . وظاهر كلامهم ولو طال الزمن جدا ، فيظهر انه الاقوى . قاله الشيخ مهدي في حاشيته في مبحث الحيازة .

ولتحقيق الحال البشادة عرفا للحائز ، قسم الفقهاء الحائز الى اجنبي ، وقريب غير شديد القرابة ، وقريب جداً واصهار . وجعلوا مدة الحيازة في الاجنبي عشر سنين . لكن اذا كان شريكا اشترطوا فيه ان يكون التصرف بمثل الهدم بغير اصلاح . والبناء الكثير ، والغرس في الدار والارض ، والاستغلال في غيرهما . واذا كان غير شريك فيكتفى في التصرف بمثل سكنى الدار وزرع الارض . واذا كان قريباً غير شديد القرابة كالاخوان والاعمام والاخوال وابنائهم ، وفي معانهم الاصهار والموالي ؛ فاذا كان التصرف ضعيفا كسكنى الدار وزراعة الارض وعمارة الحانوت ، فلا تقبل دعوى الحائز الملكية لما حاز . إلا مع طول المدة جداً ؛ وهو ما زاد على الاربعين سنة ، ان لم تكن بينهم عداوة ، وإلا كفى في حيازتهم عشر سنين ، كالأبعدين . واذا كان التصرف قوياً جداً ، كالتفويت بالبيع والهبة والصدقة ، لم يشترط مدة ، بل سكوتهم يوجب انقطاع حقه باقتضاء المجلس ، كما قال في التحفة :

وحاضر يعم عليه ماله * في مجلس فيه السكوت حاله

الايات الاربعة . واذا كان التصرف متوسطا ، كالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء ، فمدة التصرف ما زاد على الاربعين ، على المعتمد كما في الزرقاني وغيره ؛ وقيل عشر سنين .

واذا كان الحائز قريبا جداً ؛ كالأب مع ابنه والعكس ؛ فلا يعتبر التصرف بمثل السكنى والازدراج اتفاقا ، ويعتبر بمثل التفويت بالبيع والصدقة ونحوهما ، واختلف هل يجوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس على قولين .

أحدهما انه لا يحوز عليه بذلك؛ ان ادعاه ملكا لنفسه؛ قام عليه في حياته . او بعد وفاته ؛ وهو قول مالك . والمشهور في المذهب إلا ان يطول الامد جدا الى ما تهلك فيه البنات وينقطع فيه العلم . قاله ابن رشد . فالاختلاف في مقدار المدة المؤثرة ونوع التصرف المعتبر ، باختلاف صفة الحائز ودرجة قرابته . لان العادة قاضية بالتسامح مع الاقارب ووصل رحمهم بمثل السكنى للدار ، والزرع للارض ، والاعتماد للحنوت ؛ بخلاف التصرف بما هو اقوى من ذلك .

وكذلك ما اشترط من علم المحوز عنه ، فان قال القائم ما علمت حقني إلا الآن ، فقل لا يقبل قوله ، وبه كان يفتي الشيخ ابن عرفة وأبو مهدي عيسى الغبريني (١) وبفتواهما جرى العمل على ما قاله الرصاع (٢) وقوله عظمور في البرنامج . وقيل يقبل قوله يمينه ؛ وهو قول ابن سهل وغيره وبه افتى البرزلي ، فأدخل على الناس مشقة عظيمة في القيروان ، لان كثيراً من الناس يزهد في عقود اشترية البائع ، فيقوم على المشتري بعد الطول ويقول لا علم عندي إلا الآن ؛ وربما يضع عقد الاصل ، أو يعزل شهوده بجرحته ، وقيل يقبل قوله يمينه ان كان وارثاً ؛ ولا يقبل قول غيره . قاله في الوثائق المجموعة . ولو قال علمت بحقي ولم أجد ما أقوم به إلا الآن ، فاختار الشيخ الغبريني انه يقبل ؛ سواء أكانت البيعة التي قام بها استرعاء أو غيره . قال ابن ناجي والصواب عندي انه لا يقبل منه ، لانه كالمعترف بأن لا حق له ، مدع رفعه . ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة اعوام ، فأفتى فيها رحمه الله بما صوبته ،

(١) هو قاضي الجماعة ابو مهدي عيسى بن احمد ابن محمد الغبريني . تولى خطابة جامع الزيتونة بعد ابن عرفة . ونقل عنه عصره البرزلي . توفي سنة ٨١٣ - او سنة ٨١٥

(٢) هو محمد بن قاسم الرصاع الانصاري التونسي ، قاضي الجماعة بتونس وامام جامعها بعد محمد بن عمر القلشاني . اخذ عن تلامذة ابن عرفة . له شرح على الاسماء الثبوية وشرح على حدود ابن عرفة وشرح على البخاري وفتاوى نقلت في المييار والمازونية ، صرف نفسه عن القضاء وبقي في الامامة الى ان توفي سنة ٨٩٤

وهو خلاف فتواه الاولى ، لانه اذا كان لم يقبل قوله في عدم رعيه بحقه ، فأحرى اذا قال عندي العلم، ولم أجد ما أقوم به ، اذ هو قادر على ان يقول ذلك للشهود؛ ويبقى على حقه . اهـ .

وفي مطالبة الحائز بوجه ملكه ثلاثة اقوال : الاول يطلب ؛ اذا أثبت المدعي الملكية، أو أقر له بها . ففي التبصرة قال ابن رشد الذي مضى عليه العمل فيما ادركنا، وبه ائتم شيوخنا فيما علمنا ، ان من ادعى عقارا بيد غيره؛ زعم انه صار اليه عن ورثته عنه ، ان المطلوب لا يسأل عى شي؛ حتى يثبت الطالب موت مورثه الذي ادعى انه ورث ذلك العقار عنه، فاذا اثبت ذلك؛ وقف المطلوب حينئذ على الاقرار والانكار خاصة، ولم يسأل من اين صار اليه؛ فان أنكر وقال المال مالي ، والمملك ملكي؛ ودعواك فيه باطل ؛ اكتفى منه بذلك، ولم يلزمه أكثر من ذلك ، وكلف الطالب اثبات الملك الذي زعم انه ورثته ؛ واثبات موته، ووراثته له . فان اثبت ذلك على ما يجب؛ من صحة شروطه؛ سئل المطلوب حينئذ من أين صار اليه ، وكلف الجواب عن ذلك ؛ فان ادعى انه صار اليه من غير موروث الطالب الذي ثبت له الملك، لم يلتفت اليه؛ ولا ينقبه اثباته ان اثبت . وان ادعى انه صار اليه من قبل موروث الطالب، بوجه يذكراه، كلف اثبات ذلك . فان اثبت؛ وعجز الطالب عن المدفع في ذلك ، بطلت دعواه، وان عجز عن اثبات ذلك؛ قضى عليه للطالب . هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، ولا اختلاف في ذلك احفظه . اهـ .

القول الثاني : يطلب بيان وجه الملك ،

الثالث : لا يكلف بيان وجه ملكه مطلقا . وهو الذي اقتصر عليه ابن سلمون وغيره ، وجرى به عمل فاس، وهو الموافق لما يفعله القضاة الذين ادركناهم ، فان المنكر دعوى القائم؛ اذا اجاب بملكيته المحوز؛ وجازته له المدة

القاطعة ؛ يكلف المجيب باثبات الحيازة التي ادعاها ؛ لان في اثباتها اختصارا لمسافة الخصام ، لان الحيازة متى ثبتت وعجز القائم عن الطعن فيها ؛ يحكم باستحقاق الحائز للمدعى فيه، وبطلان دعوى القائم . فلا فائدة في تكليف القائم باثبات بينة لا تسمع، لثبوت الحيازة. أما اذا عجز المطلوب المجيب بالانكار؛ عن اثبات الحيازة التي يدعيها؛ فيعجز؛ ويطلب القائم بالينة المثبتة للملك؛ ويجري بعد ذلك ما نقل عن ابن رشد .

واختلف في العادة هل هي كشاهدين، فلا يمين معها؛ او كشاهد، يحتاج معها الى يمين . والمشهور توجه اليمين؛ ان كان للمدعى فيه منازع؛ غير من احتج بالعادة؛ فتجب اليمين على المحتج بها ، فان لم يكن له منازع، فلا يمين . قاله صاحب الدكأنة؛ وانتزعه من تعليل القرطبي (١) وابن عرفة عدم توجه اليمين على صاحب اللقطة؛ بعدم منازع له فيها . قلت ما ذكره عظمور غير مطرد؛ ينقض بمسألة ما اذا زوج ابنه البالغ، وهو ساكت ، حتى اذا فرغ؛ أنكر بحدثان ذلك . فانه يستحلف (٢) أنه لم يرض ، فان نكل لزمه النكاح ، وكان عليه نصف الصداق .

(١) هو احمد بن عمر الانصاري الاندلسي . القرطبي . يعرف بابن المزين . رحل لمكة والقدس والاسكندرية ومصر وأخذ عنه جماعة منهم القرطبي صاحب التفسير والتذكرة . له مؤلفات منها المفهم وهو شرح على صحيح مسلم بالغ في الاجادة والتحرير . مولده سنة ٥٧٨ هـ وتوفي بالاسكندرية سنة ٦٥٦ هـ

(٢) النزاع في لزوم النكاح موجود بين الاب وانه الرشيد وبين الابن والزوجة ؛ واذا نكل الابن عن اليمين لزمه النكاح ؛ والنكول شاهد عرفي؛ قضى هنا بمجرد من غير يمين على الاب ولا على الزوجة . وما ذكر هنا من لزوم النكاح بالنكول؛ هو الذي ذكره ابن يونس؛ كما في شرح المواق تقول خليل « وحلف رشيد وأجنبي وامرأة انكروا الرضا والامر حضورا » وحكام صاحب اللباب عن ابن القاسم . وقال ابو عبد الله لا يلزمه شيء ؛ وعليه فاليقين استظهار فقط ؛ لعله يقر . وصوبه ابو عمران . وحكى ابن سمنون عن بعض شيوخه : تطلق عليه بالنكول ويلزمه نصف الصداق . وذكر النورسي ان الخلاف في لزوم النكاح للناكل مبني على الخلاف في ان العادة هل هي كالشاهد او كشاهدين ؛ فان قلنا كالشاهدين لزمه النكاح بنكوله وعليه نصف الصداق ؛ وان قلنا كالشاهد لم يلزمه . وقد بسط المسألة شارح العمليات الفاسية عند قول الناظم « ومن تعمل عن ابنه النكاح » في الورقة ١١ من الطبعة الفاسية ج ١

فلعل ما ذكره اغلبي. والعرف احدى الدعائم الخمس التي بني عليها الفقه، فقد استند اليه في معرفة اسباب الاحكام من الصفات الاضافية، كالصغر والكبر، والكثرة والقلّة، في الاقوال والافعال في الصلاة، وضمن المثل في البيع والتعدي، ومهر المثل والكفء في النكاح، وتعيين المفروض من المئونة والكسوة والمسكن في النفقات واستند اليه في مقادير الحيض والطهر في الصلاة، والعدد واقصى امد الحمل في النسب، واستند اليه في فهم الالفاظ، في الايمان، والوقف؛ والوصية، والطلاق. اما بقية الدعائم فهي اليقين لا يرفع بالشك، والضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، والامور بمقاصدها. انظر شرح المنجور للمنهج المنتخب صفحة ٩٠.

المبحث الثاني

في تكليف المدعي باقامة البينة فيقر ان لا بينة له

اذا اجاب المطلوب بالانكار؛ طوب المدعي بالبينة. وحينئذ اما ان يقر ان لا بينة له، او يدعيها. واذا زعم ان له بينة؛ فاما ان يدعي انها بيد المدعى عليه، او انها غائبة عنه؛ غيبة قريبة او بعيدة.

فاذا اقر ان لا بينة له، توجهت اليمين على المدعى عليه المنكر، ان كانت الدعوى في مال، او ما يؤول الى المال؛ فان ادعى المطلوب على الطالب انه كان احلفه قبل، لزم الطالب اليمين انه لم يحلفه، لتوجه اليمين على المطلوب. فان نكل، فلا يمين له على المطلوب، وله قلب هذه اليمين على المطلوب، فيحلف انه كان احلفه ويسيراً. هذا الذي درج عليه صاحب المختصر، وصرح به الموثقون، وجرى به عمل فاس. ويرى بعض فضلاء اخواننا من محققي عصرنا؛ ان هذه الدعوى في زماننا مستبعدة؛ بعد ان صارت الايمان تسجل بعدلين؛ او في دفتر المحكمة؛ فادعائها تشغيب لا ينبغي الالتفات اليه.

ومن هذا الوادي ادعاء المدين علم الطالب بعدمه . فتوجه اليمين على الطالب ؛
انه لا يعلم عدمه . وجرى العمل التونسي على عدم توجه اليمين على الطالب ،
من ايام القاضي ابي اسحاق ابن عبد الرافع (١) وذكر ابن ناجي في كبيرة
في باب المديان ، في توجه اليمين من المدين على رب الدين : انه لا يعلم
عدمه ، قال كان العمل بتونس على توجهها ، الى ايام ابي اسحاق ابن عبد الرافع
فترك الفضلاء حقوقهم ؛ هروبا من اليمين ؛ فحكم بعدمها ، واستمر به العمل
بتونس ، وبه انا احكم ، وحسنه شيخنا الامام ابن عرفة ؛ فيمن لا يظن به علم
حال المديان ، لبعده عنه . واعترض هذا الكلام الشيخ عظم في برناجه بقوله :
ترك الحكم بما جري الحكم به ، ويشهد له اصل الشرع في الدعاوي . من
توجه اليمين على إنكارها ، بمجرد ترك الفضلاء حقوقهم ؛ من اشنع ما يسمع في
الشرع . ومن أكبر الدلائل على اتباع مجرد هوى الفضلاء ، وأي فضيلة لهؤلاء
الفضلاء الذين يتمتعون من توجه حكم من احكام الله تعالى ، جرى به العمل ،
مع ان جري العمل به يصيره مقدماً على المشهور اذا تعارضا في فرع . بل اي
علم ودين لحاكم يقول : تركت العمل بما به الحكم وجرى به العمل ؛ لكون
الفضلاء اهل النخوة يأفون من قبولها . اهـ .

ورده الشيخ حسن الشريف في حاشية الزقاقة ، بأن ما ذكره من امتناع
الفضلاء من الحكم غير مسلم ؛ وانما تركوا موجه وهو طلب حقوقهم خوفا
من لزوم اليمين لهم ، وذلك ادل دليل على مروءتهم حيث لم يرتكبوا ما يوجبها .
وفرق واضح بين ترك موجب الحكم وبين الامتناع من الحكم . على اننا لو سلمنا انهم
امتنعوا من اليمين ، فالامتناع منها جائز معهود شرعاً ؛ اذ غايته انه نكول ،

(١) هو ابو اسحاق ابراهيم بن حسن بن عبد الرافع الرعي التونسي . قاضي الجماعة بتونس
وخطيب جامعها . امتحن بالعزيز والنفي والسجن . له مؤلفات من اشهرها معين الحكم . توفي سنة ٧٣٣

والنكول جائز ، لان الناس تشق عليهم الايمان ويتورعون عنها .
وقد سئل الامام المازري عن رجل طلب رجلا ان يبيع له سلعة
فقال : امراته طالق لا يبيعها لك ؛ فلما رآه حلف ادعى عليه انه باعها منه ، وأنكر
هو ، فطوب باليمين انه ما باع منه شيئا ، فتورع عن اليمين وقلبها عليه ، فحلف
المدعى لقد باعها منه . فهل المدعى عليه حانث ام لا . فأجاب لا يحنث لنكوله
عن اليمين ، لان الناس تشق عليهم الايمان ويتورعون عنها . وقد قال مالك في
الوصي ، يغرّم في نكوله في اليمين ، وتوقف عن غرمه في الكثير ، لاجل مشقة
اليمين على الناس . فكذلك هذا ، فنكوله لاجل المشقة ، ولم يقصد بأصل يمينه إلا
انه لا يبيعها له اختياراً ، ولا يحنث فيما بينه وبين الله ، وصدق ، إلا ان تقوم عليه
بينة في يمينه ، فيحلف انه لم يرد الا انه لا يبيعها منه طوعاً ، ثم لا شيء عليه .
وامتناع الحاكم من الحكم بها ، من باب مراعاة المصلحة العامة ، لانه لو شاء كل
مدين يدعي العدم ، ان يحلف رب الدين ، يحلفه ، فتضيع الحقوق بتورع الناس عن
اليمين . نعم ان ثبت ان امتناع الحاكم من الحكم بها ؛ بمجرد مراعاته اهل النخوة
والترف ، فذلك ادل دليل على ضعف دينه . وما ذكره من تقديم ما به العمل على
القول المشهور ، نحوه للشيخ المساوي . (١) قال اذا جرى العمل ممن يقتدى به
بمخالف المشهور لمصلحة ، فالواقع في كلامهم انه يعمل بما جرى به العمل ،
وان كان مخالفاً للمشهور . وهذا ظاهر اذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك
السبب ، والا فالواجب الرجوع الى المشهور . اهـ . ثم ان وجوب العمل بالقول
المعمول به والمصير اليه ، يلحقه تفصيل وتحرير ، وذلك ان تقول اما ان يقولوا
جرى العمل به للعرف الذي اقتضته المصلحة في عرف العامة ، فهذا امر عام
في كل موضع وبلد ؛ كمسألة تضمين الصانع ، وكمسألة بيع السلطان للغصوبات ؛

(١) هو ابو عبد الله محمد الشهير بالمساوي . مشهور بفزارة العلم . له اجوبة كثيرة وتقايد

على اصل ابن حمديس والبطرني، (١) خلاف اصل ابن رشد وابن الحاج (٢) وغيرهما . وأما ان يقولوا جرى العمل به في هذه المسألة في بلد كذا، فهذا لا يعم بل يخص . اهـ .

ولو ادعى المطلوب على الطالب المدلي بيته ، انه عالم بفسق شهود بيته ، فتوجه اليمين على الطالب انه لا يعلم ذلك . وأما الدعوى التي لا ثبت إلا بالشاهدين فلا يمين بمجردهما ، كدعوى الطلاق ، والنكاح ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والاسلام ، والردة ، والبلوغ ، والجرح ، والتعديل ، والشركة ، والاحلال ، والاحسان ، والوكالة ، والوصية ، عند اشهب . قاله في التبصرة صفحة ١٥٨ من الجزء الاول ، ومثله اسقاط الحضنة اذ ليس اسقاطها مالا ولا ايلاليه . فلا توجه اليمين فيه بمجرد الدعوى ، ولا يثبت بالشاهد واليمين . قاله الشيخ الرهوني . وما في ابن سليون في ترجمة الحضنة وما اتصل بها ، لا ينبغي التعويل عليه ونضه : فان ادعى الاب على الحاضنة انها اسقطت الحضنة ، وأنكرت هي ذلك ، فعليها اليمين . قاله ابن الهندي . اهـ .

وأما الحيازة فتثبت بالشاهد واليمين لانها ثل الى المال . قاله عظم في مبحث الحيازة من برناجه ، معترضا على ما قاله ابن ناجي . واذا حلف المطلوب على رد الدعوى ، ثم ادلى المدعي بيته ، فان لم يعلم المدعي بها ، حكم له بها ، وان علم بها ، ففي المسألة روايتان ، ارجحهما قول المدونة : وان استحلفه بعد علمه ببيته

مفيدة في أنواع من العلوم . مولده سنة ١٠٧٢ وتوفي سنة ١١٣٦

- (١) هو محمد ابن الحافظ ابي العباس البطرني الانصاري التونسي . المتفنن المجاب الدعوة . استخلفه ابن عرفة في الخطابة حين سافر للحج سنة ٧٩٢ وأخذ عنه ابن خلدون والبرزلي وابو الطيب ابن علوان وابن الخطيب القسنطيني والبسيلي والوانوغي . مولده سنة ٧٠٢ ووفاته سنة ٧٩٣
- (٢) هو محمد بن احمد؛ يعرف بابن الحاج . كان القضاء يدور بينه وبين عسريه ابن رشد . ألف التوازل المشهورة به . وقتل ظلما بالمسجد الجامع وهو ساجد في صلاة الجمعة سنة ٥٢٩ ومولده سنة ٤٥٨

تاركا لها وهي حاضرة أو غائبة. فلا حق له. وفي الرسالة : واذا وجد الطالب بينة بعد يمين المطلوب. لم يكن علم بها، قضي له بها. وان كان علم بها، لم تقبل منه . قال ابن ناجي : وصاحب البينة محمول على عدم العلم، وبه العمل. اهـ. والتسرك للبينة، لا يلزم ان يكون بالتصريح، بل الاعراض كاف. على ما للاكثر. ولا ينتفع المدعي. الملفي بينة بعد يمين المطلوب، إلا ببينة بشاهدين، ولا يكفيه الشاهد واليمين. هذا الذي حكاه اكثر اهل المذهب، وحكم به ابو اسحاق ابن عبد الرافع بتونس حال قراءة الشيخ ابن ناجي بها. حكى جميع ذلك في شرح الجلاب (١).

فلو قال المدعي للقاضي : احلف الخصم لي، وأنا اترك بيتي. فأمر القاضي المدعى عليه باليمين، فلما توجه للحلف. بدا للطالب وطلب ان يأتي بيته، فليس له ذلك. وبهذا حكم ابن ناجي اجتهدا. ثم اطلع على النص في كتاب الديات وفي كتاب الحالمات.

المبحث الثالث في تكليف المدعي باقامة البينة

فيزعم ان ييد المدعى عليه ما يغنيه عنها

اذا زعم المدعي ان ييد المدعى عليه ما يغنيه عن البينة، وطلبه باحضار ما ييده من الحجج لتتضح هل له فيها حجة، فامتنع المدعى عليه. فأفتى الشيخ القاضي ابن سودة (٢)، والشيخ عبد القادر الفاسي (٣)، انه لا يلزمه اعطاء موجباته

(١) هو عبد الله بن الحسين بن الجلاب من اهل العراق. تفقه بالابهرى وغيره. وتفق به القاضي عبد الوهاب. له كتاب التفرغ في المذهب؛ مشهور معتمد. توفي سنة ٣٧٨

(٢) هو محمد بن ابي القاسم بن سودة؛ من بيت علم؛ كان من قضاة العدل بفاس. مولده سنة ١٠٠٣ وتوفي سنة ١٠٧٦

(٣) هو عبد القادر بن علي بن يوسف الفاسي؛ من بيت الفاسي الشهير بالعلم منذ اكثر من ثلاثمائة سنة. ومع غزارة علم هذا السيد لم يعتن بالتأليف وانما تصدر عنه اجوبة عما يرد من الاسئلة عليه. مولده سنة ١٠٠٧ وتوفي سنة ١٠٩١

التي بيده لخصمه؛ وقالوا لو مكن الخصم من هذا وشبهه لفتح على الناس باب يعسر سده . واختار أبو علي ابن رحال (١) القضاء عليه بذلك . واستظهر انه لو رفع الرسم لعدل ينظر فيه ؛ أو حلف انه لم يقصد حيلة وانما اراد الانتفاع به لكان حسنا . واعتمد فيما قاله على جواب الشيخ ابن أبي زيد (٢) عن متخاصمين طلب احدهما ان يوقفه صاحبه على وثيقة بيده له فيها حق . فأجاب اذا حضر الحكم وجب اخراج الوثيقة للطلاب لينظر فيها، وليس له الامتناع، وهو من حق الطالب . اهـ . وعلى ما في التبصرة عن افضية ابن سهل ونصها : مسألة اذا كانت عند رجل كتب لغائب ، فقام رجل عند القاضي ، وذكر ان له في تلك الكتب حقا ومنفعة . وسأله ان يأمر الرجل باحضار الكتب لينظر له فيها ، فان القاضي يأمر الذي عنده الكتب باحضارها وينظر فيها . اهـ . وقد رد كلام أبي علي؛ الشيخ الرهوني وبعض تلامذة التاودي، وقد احسن الثاني كل الاحسان . فأما الشيخ الرهوني فقال ليس في كلام ابن سهل ان بين الطالب لاحضار الرسوم وبين المطلوب خصومة ، ولا بين الطالب والغائب الذي نسبت اليه الرسوم خصومة، وانما مقصود ابن سهل ان نسبة المطلوب الرسوم للغائب ليس بعذر يمنعه من احضارها، كما ان من بيده مال لغائب؛ ليس له الامتناع من احضاره لمن طلبه به وله عليه دين ونحوه . وأما فتوى الشيخ ابن أبي زيد فقد قلها صاحب المعيار مختصرة، ونقلها البرزلي قبيلا مسائل الضرر برمتها . ونصه : سئل

(١) هو ابو علي الحسن بن رحال المدائني . احد قضاة العدل والعلماء المطلعين . له شرح جليل على المختصر الحلبي وحاشية على شرح التحفة نياراة والارفاق في مسائل الاستحقاق وغير ذلك توفي سنة ١١٤٠

(٢) هو ابو محمد عبد الله بن ابي زيد عبد الرحمن النفزي القيرواني حامي لواء المذهب المالكي . تفتحه بفقهه بلده وعول على ابن اليباد وأبي الفضل الميسي . وحقه به جماعة كأبي بكر عبد الرحمن وأبي يونس البراذعي . له مؤلفات كثيرة من اشهرها الرسالة والنوادر والزيادات على المدونة ومختصر المدونة . توفي سنة ٣٨٦ ودفن بداره بالقيروان .

ابن أبي زيد عن متخاصمين طلب احدهما صاحبه ان يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق ، فقال لا اخرجها إلا بعد بطلان العيد ، وادعى رضى خصمه بذلك . فهل يحلف له على الصبر أم لا . فأجاب : اذا حضر الحكم ، وجب اخراج الوثيقة للطالب لينظر ، وليس له الامتناع ، وهو حق للطالب . اهـ . فليس فيه ان تلك الوثيقة هي ملك للمطلوب وحده . وانما فيه انها بيده ، وذلك أعم من ان تكون بيده على انه كتبها لمنفعة نفسه خاصة ، أو كتبها معاً لمنفعتهما معاً ، فبقيت بيده . والاعم لا اشعار له بأخص معين . وقوي الاحتمال الثاني ، احتجاج المطلوب بأنهما اتفقا على ان لا يظهرها إلا بعد مضي ايام العيد ، ولم يحتج بأنها له وحده ، فلا يخرجها له لكونها له . فالنزاع بينهما في لزوم ما اتفقا عليه من التأخير وعدم لزومه . وعلى اللزوم فهل يحلف له على الصبر ، ان انكر الرضى بذلك ، أم لا . اهـ . وأما بعض تلامذة التلودي فقال : يشهد لما ذهب اليه ابن سودة والفاسي ، ما في البرزلي في اول مسائل النكاح ، ونصه على اختصار حلولو : وفي الطرر : رأيت في بعض الكتب ، سئل بعضهم عن شراء الرق الذي يكتب فيه الصداق واجرة الكاتب ، فقال على الذي يتوثق لنفسه ، وهو ولي المرأة . قلت في المدونة ما يدل على انه عليهما ، اي على الزوج والزوجة . ويدل أيضاً ما فيها ان الورثة اذا اجتمعوا على اثبات وفاة ونحوها ، فأجرها على جميعهم . على عدد رؤوسهم . وكذلك القسمة . ومن طلب نسخة فله ذلك بالقضاء ، بخلاف ما لو أقامها احدهم حتى تم حقه ، فليس عليه ان يعطيهم نسخة منها إلا برضاه . وقد نزلت بتونس وحكم بذلك ووقعت الفتيا به . اهـ . وما نقله ابن سهل عن ابن القطان (١)

(١) المراد به ابو عمر احمد بن عيسى بن هلال القطان القرطبي الذي دارت عليه الفتوى مع ابن عتاب واتفقوا بآراء دحون وابن الشقاق وسمه القاضي ابن مغيث؛ واتفق عليه موسى بن الطلاع وابن حمديس وابن رزق . مولده سنة ٣٩٥ وتوفي سنة ٤٦٠ - وليس المراد به علي بن محمد بن عبد الملك المكناسي المعروف بابن القطان شارح احكام عبد الحق الاشبيلي ؛ لوفاته سنة ٦٢٨ - فهو متأخر عن ابن سهل المتوفى سنة ٤٨٦ فلا يصح ان ينقل عنه ابن سهل .

فيمن وقف على املاك يده من اين صارت له ، فقال عندي بذلك وثائق ، فطوبل
 باحضارها ، فأبى ، قال ابن القطان : ليس على الموقوف احضار الوثائق ، ولا
 يسأل من أين صارت له الاملاك ، إلا ان يكون معروفاً بالغصب والتسور
 والاستطالة . اهـ . وأما مسألة ابن أبي زيد وابن سهل فمخالفة لمسألة ابن سودة
 والفاسي ، اذ الاولى ذكر السائل انه طلب نسخة مما له فيه حق ، ولا يكون
 له الحق إلا اذا كان هو ممن اقامه ، أو دخل مدخل الذي اقامه ، وثبت ذلك
 بالموجب ، كما يفيد ما تقدم عن حلوله . ومسألة الفاسيين لم يقم القائم على ما فيه
 حق له ؛ وانما قام يطلب ما فيه منفعة له ؛ فأفتيا بمنعهم . فابن أبي زيد وابن
 سهل تكلموا على ما ثبت فيه حق للطالب ، ولم يتعرضا لما لا حق له فيه ، وانما
 له المنفعة فقط . والفاسيان تكلموا على ما فيه المنفعة فقط . والبرزلي في نقله
 تكلم على الطرفين . والشيخ ابن رحال خالف الجميع ، فقال باعطائها فيما فيه
 المنفعة فقط ؛ فتعين عدم قبوله . اهـ . باختصار . انظر حاشية مهدي عند قول
 التحفة « وطالب التأخير فيما سهل » وقد تبين بما ذكرنا ضعف قول الشيخ
 عمر الفاسي محل كلام ابي علي . مع حضور الرسم . وإلا فلا يجبر على الاتيان
 به بلا خلاف . وان صوبه ابن سلامة في حاشية التأودي . ووجه الضعف ان
 مسألة ابن أبي زيد وابن سهل ، الرسم فيها غير حاضر بالمجلس . قال ابن
 سلامة وعملنا في تونس على هذا ، ان كان حاضرا دفع لعدل ينظر فيه . وانظر
 دل كونه في الجيب بمنزلة الحاضر يفتش ويخرج ، أم كالفائب ، وهو الاظهر ،
 لانه اذا لم يفتش دار الغريم لتمكين الحق الثابت - ومثله جيب المفاس كما يأتي -
 فأحرى هذا . اهـ . وانا اشك في صحة العمل الذي ذكره ؛ اذ لم ينص عليه
 عظموم ولا الشريف ولا ابن الطاهر ؛ ولعلمه رأى بعض شيوخه من القضاة
 فعل ذلك اغتراراً بكلام ابي علي ؛ فحكاها عملاً . وقد علمت ما فيه . وتلخص

أن ما ثبت الاشتراك فيه ، أو تعين الحق فيه للطلاب ، وكان مسلماً كرسوم المحاسبات والتركات والاحباس وعقود الاملاك ، لا خلاف فيه ؛ كما قاله الشيخ عمر الفاسي . وإن الحجة متى كانت موروثية ، أو اقامها الجميع ، فمن اراد نسخة منها اخذ الاجر من الجميع ، اذ لا وجه لاستبداد واحد دون الآخر ؛ إلا اذا تراضوا على تمكينها من شخص واحد منهم . ومن اسقط حقه لا يلزمه اجر . قال ابن سلامة رأيت القضاء بذلك من شيخنا القاضي اسماعيل (١) والقاضي ابن عبد الستار (٢) وبه قضيت مراراً . ورأيتهما يأمران بالقرعة على الاصل والفرع ، اما اخذ النسخ من عقود الاملاك المباعة المعبر عنها الآن بالمضمون ، فالاجر على البائع ، او يمكنه من الاصول ؛ فان ابى التمكين ، خير بين التمسك بالمبيع والرد ؛ ان لم تكن الرسوم الاصلية حاضرة ، وإلا اجبر على تمكينها . اهـ كلامه وستأتي المسألة ان شاء الله في الباب الثاني .

المبحث الرابع في تكليف المدعي باقامة البينة فيزعم ان له بينة

اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي ، فسأل القاضي المدعي أله بينة ، فادعاه ، فاما ان يدعي انها قريبة او بعيدة ؛ فان ادعى قريباً ، كان للمطلوب سؤال الحاكم تأجيله على احضارها ، ومقدار الآجال في غير ما ورد تحديده من

(١) هو اسماعيل التميمي التونسي ؛ قاضي الجماعة بتونس ومفتيها ورئيس المفتين بها . اخذ عن الشيخ صالح الكواش وعمر المحجوب . وأخذ عنه الشيخ ابراهيم الرياحي والشيخ البحري بن عبد الستار والشيخ محمد بن احمد بن خوجة . له رسائل وفتاوى كثيرة نزع فيها منزع ابن مرزوق في التحرير والاخذ بمأخذ المجتهدين . تولى رئاسة افتيتين عوض الشيخ محمد المحجوب بعد وفاته . توفي سنة ١٢٤٨

(٢) هو محمد بن عبد الستار البحري التونسي ؛ قاضي الحاضرة وفتيها الموثق . اخذ عن الشيخ حسن الشريف والشيخ الطاهر بن مسعود والشيخ اسماعيل التميمي والشيخ ابراهيم الرياحي . وأخذ عنه الشيخ محمد بن سلامة ولازمه . توفي سنة ١٢٥٤ .

الشارع ؛ موكول الى اجتهاد الحاكم . غير ان المتأخرين من المغاربة ضيقوا الحناق ، حتى جعلوا مخالفة الحاكم في مقدار الآجال الذي اشتهر عن القضاة ، يوجب مغمزا في الحكم . قال التسولي في شرح التحفة قيل مبحث الاعذار : المناسب لضعف عدالة قضاة الوقت ، ان لا يقبل منهم اقل من هذه التحديدات المذكورة ، وانه ان حكم عليه ، بعد ان اجله بأقل ، وعاجله بالحكم ، والمحكوم عليه يطلب ما وجب له على التفصيل المار ، يتقض حكمه وتعجيزه ان اتى بحجة . لانهم انما استحسنوا التحديدات المذكورة وعملوا بها ، رفعا للتهم . فكما لا يقبل قول قاضي الوقت حكمت بعد ان اجلت ، ونحوه ؛ كذلك لا يقبل قوله اجتهدت في قدر اجله ، اذ ليس هو من اهل الاجتهاد . ولذا صرح غير واحد بأن العمل على التفصيل المتقدم . اهـ . وهو مشكل جدا . وتظيرة بعدم قبول قول القاضي ، حكمت بعد ان اجلت ، مبني على ما جرى به عمل فاس لا على ما جرى عملنا . وستأتي المسألة قريبا ان شاء الله .

وقد وقع التأجيل لاحضار البينة القريبة ، في ادعاء الاصول ، وفي الوراثة ، بشهر . يؤجل خمسة عشر يوماً ، ثم ثمانية ، ثم اربعة ، ثم ثلاثة تلوماً . أو يؤجل ثمانية ، ثمانية ؛ ثم يتلوم بستة . أو عشرة ، عشرة ؛ ثم يتلوم بعشرة . أو بعشرين ، ويتلوم بعشرة .

وأجل في ادعاء غير الاصول والموارث ، بواحد وعشرين يوماً . يؤجل ثمانية ايام ، ثم ستة ، ثم اربعة ؛ ويتلوم له بثلاثة . وهذا كاثبات استحقاق الحضنة ، واثبات النسب ، واثبات ان متاع البيت له ، أو لها .

وأجل لاثبات العدم في الصداق ؛ ثلاثة اسابيع . نقله مهدي في حاشية الزقاقية صفحة ٥٩ - وأجل في اثبات الدين ؛ ثلاثة ايام . ولم يذكر مقدار التأجيل لاثبات العدم في غير الصداق ؛ واستظهر تأجيله بثلاثة ايام ؛ قياساً على

مثبت دين ؛ بجامع ان كلاً مثبت لحق . نقله مهدي أيضاً في حاشية الزرقاينة صفحة ٥٣ - واذا وقع الاجل مفصلاً ، وانقضى الاجل الاول ، وغفل المدعى عليه عن المتأجل ، فلم يقم عليه إلا بعد مدة تنتهي فيها الآجال المفصلة كلها ؛ فان ايام الغفلة تحسب من الاجل ، ولا يزداد للمتأجل اجل آخر . بهذا افتى الشيخ قاسم عظم كما في اجوبته ، حيث قال وأيام الغفلة يحسب بها على ما قاله بعض الموتين . وعزاه الوانوغى (١) للشيخين ابي صالح (٢) وابن عتاب . وهو منصوص عليه في المدونة ، وساقه وحكى عن شيخه ابن عرفة تصويبه . وخرّج البوسعيدي (٣) في اختصار الحاوي المسألة على قاعدة من فعل فعلاً لو رفع الى القاضي لم يفعل غيره ؛ هل يكون بمنزلة ما لو رفع اليه أمر لا . اهـ . نقله ابن الطاهر في حاشيته في مبحث الآجال .

واذا أجل القاضي الخصم ، ثم عزل او مات قبل انصرام الآجال ، لم يستأنف الذي ولي بعده ضرب اجل آخر ؛ وينفذ الحكم من اليوم الذي انتهى اليه العزل او الموت . وكذلك الحكم في الخصمين اذا مات احدهما قبل انقضاء الاجل الذي ضرب له ؛ فانه يكمل في حق الآخر ، او في حق ورثته . نقله في التبصرة عن المفيد صفحة ١٤٠ .

(١) هو محمد بن حمد الوانوغى التوزري نزيل الحرمين الشريفين . كان مشهوراً بالذكاء والحفظ والاعجاب بنفسه والازدراء بمعاصره . اخذ عن ابن عرفة وأحمد بن عطاء الله وأبي الحسن البطرني وابن خلدون وأبي العباس القصار . واخذ عنه ابن ناجي . له طرر على المدونة في غاية الاجادة . مولده سنة ٧٥٥ وتوفي بمكة المكرمة سنة ٨١٩ . ويذهب بعض الى ان تلك الطرر ليسى الوانوغى من اصحاب ابن عرفة الذي حج سنة ٨٠٣ ثم رجع لبلده .

(٢) هو ايوب بن سليمان بن صالح بن هشيم الماعفرى القرطبي . كان فقيها حافظاً مفتياً دزرت الشورى عليه وعلى صاحبه ابن لبابة في اياهما . سمع من العتبي وغيره وذكره ابن سهل في احكامه . توفي سنة ٣٠١ .

(٣) هو ابو عبد الله البوسعيدي البجائي . اختصر الحاوي وأتم اختصاره في ذي القعدة سنة ٨٢٦ .

وأما إذا ادعى القائم ان له بينة بعيدة ؛ فيؤجل على احضارها إذا كانت الدعوى في الاصول وفي الوراثة ، ثلاثة اشهر . كما في التحفة .

وإذا سأل الطالب ، المدعي بينة قريبة ، ان يأتي المطلوب بحميل بالوجه ، الزم المطلوب ذلك ، فان عجز ، حلف الطالب ان له بينة وسجن له الى اتمام الاجل المضروب ، فان ثبت الحق قضي به ؛ وإلا حلف المطلوب وذهب . ويتوقف سجن المطلوب العاجز عن الحميل ؛ على تسمية الطالب الشهود ؛ وإلا لم يسجن المطلوب . قاله الزقاق في لاميته ، واستظهره شراحه . وليس ذلك منصوبا للموقنين ، وانما النص على تسمية الشهود في خصوص البينة البعيدة . قلت وهذا المذكور لا يتمشى مع التمكين من الحكم على المتعيب كما تقدم ؛ فلا ينبغي للقاضي اليوم ان يسجن المطلوب اذا عجز عن الحميل وحلف الطالب ان له بينة ؛ لان القضاء بالحق بعد ثبوته ممكن ، سواء أحضر المطلوب او تعيب ؛ فلا ضرر على الطالب .

وإذا سأل الطالب ، المدعي بينة بعيدة ؛ تحليف خصمه المتكر ؛ مستقبيا لنفسه الحق في القيام بينته اذا حضر الشهود ؛ اجيب الى مطلبه ، بشرط ان يسمي الشهود ، وان يحلف انه صادق في دعوى البينة . وقيل لا يلزمه إلا تسمية الشهود دون الحلف . وإذا سمى الطالب الشهود الذين زعم غيبتهم ، فلم يشهدوا له ، او شهد غيرهم ، بطل حقه ، ولم يكن له قيام على المطلوب . وإذا أبى الطالب من تسمية الشهود ، لم يكن له ان يحلف المطلوب ، إلا على ان لا يقوم بحجة بعد .

المبحث الخامس في الاعتذار المترتب على حضور البينة

إذا ادلى المدعي بالبينة الشاهدة بصدق دعواه ، أعذر القاضي فيها للخصم ، بمعنى انه يسأله هل له ما يسقطها ، فان ادعى ذلك ، اجله القاضي بشهر ، كما قال في التحفة :

وحل عقد شهر التاجيل فيه وذا عندهم المقبول

وحل العقد ، اي اسقاط البينة ، يكون أما باثبات مخرج منها ، او بتناقض فيها او استحالة ؛ او بتكذيب المشهود لها ايها ، او بتجريح شهودها ، وإما بمعارضة البينة .

فاثبات المخرج ؛ كأن يدعي ان الارض له ، فينكره الخصم ؛ فيدلي القائم بيينة في الملكية ؛ ويعذر فيها الى الخصم ؛ فيثبت الخصم ان القائم باعها له او وهبها له . فان هذه البينة اذا سلحت من القوادح ، تسقط حق القائم ؛ وتبطل بيئته . ومن اثبات المخرج ، ان يثبت الاستحفاظ ؛ بمعنى الايداع ؛ على شرطه ؛ وهو ان يبين التقيّة ان كان المشهود فيه معاوضة ؛ ومن غير احتياج لذلك في عقود التبرعات ؛ كأن يدعي ان الدار له ، فينكر الخصم ؛ فيدلي المدعي بيينة ان الحائز وهبها للقائم ، فيثبت المدعى عليه ايداعا قبل تاريخ صدور العينة ؛ ان ما يفعله غير ملتزم له ؛ وانما قصده به استدراجهم ليقر بحق له عليه ، فذلك يسقط بيينة القائم .

والحل بالتناقض ؛ كأن يدلي القائم بيينة تشهد أن الارض ملك له ؛ فيعذر فيها الى الخصم ، فيثبت ان اولئك الشهود شهدوا في موطن ، اخر ان الارض وقف على القائم . وكان يقول شهود بيينة المدعي حضرنا يوم كذا بتونس وبحضرتنا انكح ابنته فلانا ؛ او باع لها داره التي بدرب كذا ، فيعذر الى المشهود عليه ؛ فيثبت انهم قالوا قبل الشهادة او بعدها وقبل الحكم بها ؛ كذا في اليوم المذكور بمصر . فهذا تناقض في الشهادة يوجب سقوط الحجة ، ولا تجر الى ضرر في الدعوى ولا تناقض فيها . لان المدعي أثنى بها طبق دعواه . فكذبها من خارج لا يبطل الدعوى . والتناقض في نفس الشهادة لا يمكن المشهود عليه من الحل به في الشهادات الاصلية ؛ لانه من باب القدرح بالكذب ؛ وشاهد الاصل

هو العدل المبرز ؛ بخلاف الاسترعاء ، فقد يكون مبرزاً ، وحيث لا يحل به لما ذكر ، وقد يكون غير مبرز ، فيمكن من الحل به . وإيضاً فشاهد الاصل من يقول اشهدني فلان بكذا يوم كذا ، فاثبات حله بالتناقض غير ممكن ، لانه ان كان باسترعاء ، شهودة مبرزون ؛ شهدت انه ليس هنالك ، فاثبت مقدم على النافي ، كما سيأتي ان شاء الله في مبحث تعارض البيئات قريباً . وان كان باسترعاء شهودة غير مبرزين ، فكذلك مع زيادة الترجيح بالاعدلية . ولا يكون التناقض في الشهادات الاصلية إلا من المشهد ، ويرجع ذلك الى تكذيب المشهد للشهود ، وذلك لا يجز قدحاً في الشهود ، اذ لا يلزم من تكذيب المشهد للشهود كذبهم في نفس الامر الواقع . وهذا هو الفرق بين التناقض في الاسترعاء وفي الاصل ؛ ففي الاسترعاء ، قدح بالكذب في الشاهد بواسطة تناقضه ، وفي الاصل ، تكذيب من المشهد ؛ وفي الاول قبل منه بيئة اخرى ، وفي الثاني لا قبل ، لان تكذيب الشهود فيما شهدوا به له في الدعوى ؛ تكذيب لنفسه فيها قطعاً . فيتناقض قوله بالنسبة لاصل الدعوى . وهذا كأن يقوم على حائز ارض ، ويدعي انها له ، فينكر الحائز ؛ ويزعم ملكيته لها ؛ فيدلي القائم برسم تباع بين المدعي والمدعى عليه فيها بتاريخ كذا . فيعذر الى المدعى عليه في الرسم ، فيثبت انه كان ادعى عليه ان هذه الارض له بطريق الهبة من الحائز بعد تاريخ التباع ، فلا عمل على كل من الدعويين ، ولا على ما يحتاج به عليهما او على احدهما ؛ للتناقض في القولين وتكذيب شهود كلتا الدعويين . قاله ابن سلامة في حاشيته . وما صورنا به التناقض في البيئات الاسترعائية هو البذي ينبغي اعتماده ، اما تصويره بأن التناقض في مجلس واحد من شاهدي الاسترعاء عند الاداء ؛ فمما لا يلتفت اليه ، لان البيئة بهذه الصفة لا يعذر القاضي فيها ، وانما يعذر في التام الصحيح ، وغير الصحيح برده ويطلبه ، من غير افتقار الى قدح الحصر فيه .

والحل بالاستحالة : كأن تشهد بئنه ان الدار للقائم ، ملكها بالشراء من المدعى عليه عام كذا ، فيثبت المدعى عليه ان القائم في تاريخ الشراء لم يبرز الى عالم الوجود . ومن هذا ما وقع امامنا في نازله استحقاقية احتج القائم فيها برسم مدلس ، اسنفيد تدليسه من ختم به منسوب لبعض قضاة الحاضرة ؛ وتاريخ الختم سابق على زمن الولاية ؛ ومن تحديد العقار في بعض جهاته بوقف المدرسة الباشية ، مع ان التاريخ سابق على تاريخ بناء المدرسة .

والحل بتكذيب المشهود له شهود بينته ؛ تقدم التمثيل له غير مرة .

والحل بالقدح في الشهود ، يكون في غير المبرز بكل قادح ، وفي المبرز بالعداوة والقراية . فاذا ذكر شاهد القدح جملة من القوادح في شهود البينة ، كان التجريح ساقطاً ، ففي رعاية الامانة للشيخ عظم : ان ابن راشد نقل عن القرافي ، وسلمه ، ان المجرح يجب عليه ان يقتصر على اقل ما يحصل الجرحمة المانعة ، فان زاد على ذلك ، كان غيبة ، وهي محرمة اجماعاً ، فيكون ذلك جرحة . ومنه قولهم في التجريح : نعرفه كذاباً : فصيغة المبالغة في صفة الكذب زيادة لافائدة فيها ، لان ما ايسح من ذلك مقيد بقدر الحاجة ، لضرورة التجريح وتحصيل مصلحته ، ويبقى ما عداه على وفق الاصل من انها غيبة محرمة . قال الشيخ الجدد وهو صواب ، وعليه فاذا اقدم على الزيادة ، يجب ان يجرح بها ، لأن الزيادة جرحة في المجرح ؛ تبطل بها شهادته في التجريح ، اهـ . قال عظم في برناجه : وهي فائدة جليلة قل من يتفطن لها ؛ وقد ابديتها في بينة جرحت حاضنة بأمور ثمانية ، عند قاضي الجماعة أبي عبد الله محمد بن عزوز ، ولم يتعرض لها احد من مفتيي تونس حينئذ في عام ثمانين وتسعمائة ، ولم تتقدم اذذاك للفتيا ؛ فاستغربه جميعهم ، ولم يقبله مني ، ولم يوافق عليه . عدا الشيخ سيدي عبد الكريم بن سعيد ، ومن جهل شيئاً عاداه . اهـ . قلت الذي

في الفائق ان هذه المسألة جرت في القاهرة ، والله اختلف فيها بينهم ؛ ولم يصرح باسم القرافي .. وحيث كان هذا رأيا لابن راشد ، ناشئا عن تحقيق المناط ، وهو ان الزيادة هل هي غيبة . وهل الزائد على الضرورة غيبة ؛ ولم يكن في نصوص المذهب ابطال التجريح بهذه الزيادة ، تعين عدم اعتماد ما ذكره . على ان في تجريح اليانة الشاهدة بتعدد الجرحة نظرا من وجوه . الاول : ان المشهود له قد يجد المخرج من بعض القوادح المعينة في شهوده ؛ كالتجريح بتكرار الكذب في شيء معين ؛ فيثبت المشهود له ان تلك الكذبات في مصلحة تبيح الكذب ؛ كالتجريح بترك حضور الجمعة مرات ، فيثبت المشهود له ان ذلك لتأويل او لمرض خفي على الناظرين ، وكالقدح بانكار ودیعة ، فيثبت المشهود له ان تلك الوديعة مقدار مال للمودع (بالفتح) استولى عليه المودع (بالكسر) وتعذر اخذه منه . فالاقصرار على بعض القوادح فيه خطر اعمال الشهادة الباطلة ؛ واعانة المبطل على استباحة الاموال المعصومة . الثاني : ان القدح قد يكون بكثرة اعلن بها ولم يقلع عنها ، وذلك يسلب المقدوح فيه حرمة العرض ، ويسمى بالاعلان بالفسق ، ولا غيبة في فاسق معلن . الثالث : ان الغرض انما هو ابطال الشهادة الزائفة ؛ لا ايداء الشاهد في وصفه بما يكره . على ان التجريح بالغيبة قال فيه صاحب العمل المطلق : ولا يجرح شاهد بالغيبة ، لانها عمت بها المصيبة . وتقل ابن الطاهر في حاشية التاودي ، عند قول التحفة « وغير ذي التبريز » ان ابن راشد القفصي قال في اول نكاح الفائق ما نصه : فان قلت فاذا شهد في حق شخص بأوصاف عدة ، مثل كونه شارب خمر ، وممن يعمل بالربا ، وغير ذلك ، فينبغي ان يجرح هذا الشاهد ، لانه قد اغتاب المشهود عليه ، لان الزائد على وصف من تلك الاوصاف لا يفيد شيئا ، لان التجريح حصل بأحدها ، فيكون ما عداه غيبة ، وانت تقول ان الشاهد يجرح بالغيبة ، قلت : ان الشاهد انما يقصد التجريح ، وأما لو علم ان التجريح يحصل ببعض تلك الاوصاف ،

وقدم على الزيادة مع علمه بالتجريح ، لزم على ما قلناه ان يجرح بذلك . والله اعلم . وقد شافهت في هذه المسألة بعض الفقهاء فقال ان الشاهد يجرح بذلك . وقال غيره لم يقصد الغيبة ، وانما قصد التجريح ، يريد فلا يجرح ، وهو اصوب . والله اعلم .

والحل بالمعارضة يكون باقامة بينة لا يمكن الجمع بينها وبين بينة الخصم ، اما اذا امكن الجمع فلا تعارض . كبينته شهدت للقائم بالملك ، وأخرى شهدت للهدعى عليه بالحوز ، لان الحوز يكون عن ملك وغيره ، فيعمل بهما معاً ، ويقضى لذي بينة الملك ، ان لم تكن هناك حيازة مستوفية للشروط . ففي الموازية: (١) لو اقام رجل بينة ان هذه السلعة ملكه ، واقام الآخر بينة انهم اشتراها من السوق ، كانت لذي الملك ، اهـ . لان الشراء قد يكون من غير مالك . ولهذا كانت عقود الاشربة لا تفيد الملكية . ولا تكون حجة إلا بين المتبايعين . هذا الذي عليه التعويل ، وصرح به ابن الحاج . أما رد الونشريسي عليه فممتنع . وقد اوضح المسألة التاودي في شرح الزقاكية وحاشية الزرقاني . اما اذا تعارضت البينتان ، فان وجد ما يرجح احدهما ، عمل بالبيضة الراجحة ؛ وإلا سقطتا . والترجيح يكون باشياء :

الاول - ذكر سبب الملك ، فاذا شهدت احدهما بالملك والاخرى به مع بيان سبب الملك ، كأن تشهد بينة ان الدار ملك لزيد ، واخرى ملك لعمر بن سها يده ، فتقدم الثانية على الاولى ، ولو كانت اعدل ، او في حوز المشهود له . وهذا اذا لم تؤثر ، او كانت الشهادة بالسبب اقدم تاريخاً . فلو كانت الشاهدة بالملك

(١) لمحمد بن ابراهيم الاسكندردي المعروف بابن المواز . تفقه بين الماجشون وابن عبيد الحكم واعتمد اصبح . و - تآبه المعروف بالموازية من اجل الكتب المالكية ؛ ورجعه القابسي على سائر الامهات مولده في رجب سنة ١٨٠ وتوفي في دمشق سنة ٢٦٩ وقيل سنة ٢٨١

وحده ابعد ، كأن تقول كان يملكها منذ ثلاث سنين ، وتقول الاخرى بناها منذ سنتين ؛ كان تهاترا ، ويقضى بالاعدل . انظر حاشية معدي على الزرقانية صفحة ١٣١ - ولو شهدت احدهما انها ملك لزيد ، والاخرى انه بناها عمرو . قيل بتقديم بنة الملك ، وهو اختيار الزرقاني وابن رحال والبناني والشيخ عمر الفاسي ؛ وقيل بتقديم بنة السبب . وهو ما في التوضيح واختاره مصطفى وجسوس (١) والتاودي والرهوني ، وهو الاشبه . لكن تقديم ذات السبب مشروط بشرطين ، الاول ان يقولوا بناها لنفسه ، والثاني ان لا يكون منتصبا للناس ، فان انتصب لهما ، لم ينتفع بالشهادة ؛ وانما يقضى له على من شهد له بالملك بقيمة عمله ؛ بعد حلفه انه ما عمله باطلا . وليس حلقه المذكور مكذبا لما ادعاه اولا . قاله بناني .

الثاني - زيادة العدالة ، في المال وما يؤول اليه . قال في المدونة قال مالك : من كانت في يده دور أو عبيد أو عروض أو دراهم أو دنائير ، أو ما اشبه ذلك من الاشياء ، فادعى ذلك رجل ، واقام بينة ان ذلك له ، وأقام من ذلك بيده انه له ؛ قضي بشهادة اعدلهما ؛ وان كانت اقل عددا . اهـ . فان كانت البيتان متساويتين عدالة ؛ الا ان مزكي احدهما اعدل من مزكي الاخرى ؛ لم يعتبر عند ابن القاسم ؛ وهو المشهور ، وقيدنا الترجيح بزيادة العدالة ؛ بكون المشهود فيه مالا او ايلا اليه ؛ للاحتراز عن الشهادة بالعق والحدود والدماء في العمدة والتجريح والطلاق والنكاح ؛ فان زيادة العدالة فيها ملغاة . كما قال الزقاق بعق نكاح ألغ زيد عدالة كحد طلاق مع دم جرح انجلا

(١) هو محمد بن قاسم جسوس . شيخ الجماعة في وقته . اخذ عن عمه عبد السلام جسوس والمناوي ومحمد بن عبد القادر الفاسي وولده انطليب الفاسي والربيعي بردلة وابن زكري . وخذ عنه الشيخ التاودي . له شرح علي المختصر وشرح على الرسالة وشرح على الشامل وشرح على الحكم المطائفة . مولده سنة ١٠٨٩ وتوفي سنة ١١٨٢

فلو ان اربعة نفر شهد اثنان منهم انه طلق امرأته في مجلس ، وشهد احران انه لم ينطق في محاسنه ذلك بشيء من الطلاق ؛ ولكنه حلف بعق غلام له سماه ، سقطت الشهادتان ، لان بعضهم كذب بعضا . قاله ابن القاسم ؛ قال ، وان اختلفوا ، فقال بعضهم نشهد انه طلق امرأته فلانة ، او اعتق غلامه فلانا ، وقال الآخرون نشهد أنه ما ذكر امرأته فلانة حتى تفرقنا ، او ما حلف بطلاقها ، ولكنه حلف بطلاق امرأته فلانة ، يريد امرأة اخرى . او قالوا نشهد انه ما اعتق الذي شهد تم له بالعقاة ، ولكنه اعتق فلانا ، غلاما له ، آخر ؛ فان الشهادة تبطل ؛ وتتقضى من قبول الاولين والآخرين في الطلاق والعقاة . نقله الخطاب .

الثالث - النقل يرجح على الاستصحاب ، فمن له دار وتوفي عنها ، فادعى ولده انها لم تنزل على ملك ابيه الى الموت ، وأقام على ذلك بيته ، وادعت زوجته انه اعطاها لها في صداقها ، او اشترتها منه ، وأقامت على ذلك البيته ، فتقدم بيتها ، لانها ناقله ، وبينه الابن مستصحبة والتحقيق ، كما قال الشيخ التسولي في حاشيته الزقائية ، ان لا تعارض هنا ، لان المستصحبة شهدت بنفي العلم بالخروج ؛ وذلك لا يقتضي عدم الخروج ، فلا تعارض الناقله العاملة به ، نعم اذا قالت هذه : وقع النقل بالبيع ، او الطلاق في وقت كذا ، وقالت الاخرى لم يقع بينهما بيع ولا طلاق مثلا ، في ذلك الوقت اصلا ، فيتعارضان حينئذ ، وتقدم بيته النقل . قاله التسولي . وانظر هل يخالف ذلك ما نقلناه عن ابن القاسم حسب نقل ابن رشد كما في الخطاب . على ان المسألة ترجع الى الاثبات والنفي .

الرابع - الاثبات على النفي والمراد اثبات الشيء المتنازع فيه . فاذا تنازعا في حوز العتية ، فالبينة الشاهدة به مثبتة ، والبينة الشاهدة بعدمه نافية . واذا تنازعا في انه اوصى وهو تام العقل ، فالتى شهدت بالتعالم مثبتة ، فتقدم . واذا تنازعا في البيع أو الطلاق أو الضرر ، فالبينة الشاهدة بها ، مقدمة على النافية لها .

واذا تعارضت بينتا تعديل وتجريح ؛ قدمت بينة الجرح ، لانها اطلعت على ما لم تطلع عليه الاخرى . واذا شهدت بينة ان المحبس لم يخرج عنه الحبس الى ان توفي وهو بيده ، وشهدت اخرى ان المحبس عليه حازه ، فقال في المعيار : اختلف صحابنا في ذلك . ، فقل ينظر الى اعدل البيتين ويقضى بها ، وقيل ينظر ان كان الحبس بيد المحبس عليهم وقت الدعوى فالحبس نافذ ، وقيل شهادة من شهد بالحوز اولى بالقبول والجواز ، اذا كانت عدلة ، وان كانت الاخرى اعدل ، لان شهادة الحيازة ثمر حكما ، وتوجب حقا ، وشهادة الذين لم يشهدوا بالحيازة ينفون ذلك . ومن اثبت شيئا اولى ممن نفاه . هذا الذي تقرر عليه مذهب مالك واصحابه ، وبه قال حذاقهم ، وبه اقول . اه .

الخامس - الاصلة على الفرعية . يدخل تحت هذا العنوان بينتا الصحة والمرض ، وبينتا الطوع والاكراه ، وبينتا الصحة والفساد ، وبينتا الرشد والسفه ، والعسر واليسر ، والعدالة والجرحية ، والحسرية والرق ، والكفاءة وعدمها ، والبلوغ وعدمه . فتقدم بينة الاكراه والصحة والسفه واليسر والجرحية والكفاءة والحسرية والبلوغ على اضدادها . وانما قدمت بينة الاكراه والسفه والبلوغ لانها ناقلية ، وان كانت اضدادها اصولا . وقدمت بينة اليسر ، لان الأغلب التكسب ، وان كان الاصل الفقر ؛ ولان بينة العسر تشهد بنفي العلم ؛ وتعتمد على قرائن ظنية ، بخلاف بينة اليسر .

فلو شهدت بينة بنكاحه صحيحاً ؛ وبينة به مريضاً مرض المتع ، قدمت بينة الصحة . وقيل بتقديم بينة المرض ، وقيل ترجيح التي هي اعدل . قاله ابن عرفة ؛ واذا شهدت بينة بأنها تبرع في حال صحة بدنه ، والاخرى في مرضه المخوف ؛ قدمت بينة الصحة ، ويكون التبرع نافذا ان حيز . وليس من هذا اذا شهدت بينة بأن المرأة ما زالت على عقلها الى الان ؛ وشهدت اخرى انه طرأ

اختلال عقلها نحو هشة اشهر ، فان بينة الاختلال تقدم ، لانها مثبتة وناقلة ،
والاخرى نافية ومستصعبة . فلا يلزم ما عقده من بيع او غيره في هذه المدة .
قاله المهدي في حاشية الزقاقة صفحة ١٣٥ .

السادس والسابع التاريخ، وسبقه، فتقدم المؤرخة على المطلقة ، والاقدم تاريخا
على الاحداث . فلو ادعى المرأة رجلا ، وأنكرتهما ، او احدهما ، وأقام كل
البينة ، فسح . فلو ارخت احدهما برمضان ، والاخرى بيوم منه ، قضي بذات
اليوم ، الا ان تقطع الاخرى ان النكاح كان قبل ذلك اليوم ، فترجح لانها اقدم
تاريخا . ووجه ذلك ان المشهود فيه ثبت للاقدم ، والاصل الاستصحاب ، وما
اثبتته البينة الاخرى محتمل ، لما رضى هذه البينة له ؛ فتساقطتا فيما تعارضتا فيه ؛
ويبقى استصحاب الحال لذات التاريخ الاقدم خاليا عن المعارض . قاله ابن عبد
السلام . وترجح الاقدم تاريخا ، ولو كانت الاخرى اعدل . وسواء أكان الشيء
يد احدهما ، او ايديهما ؛ او يد ثالث ؛ او لا يد .

الثامن الترجيح بكمال البينة . فيقدم الشاهدان على الشاهد واليمين ؛ والشاهد
والمرأتين .

التاسع الترجيح بالتفصيل . فتقدم البينة المفصلة ؛ على البينة المجملّة . فاذا
شهدت بينة ان ولاء بكر لزيد ؛ وقبلت على اجمالها ؛ لان شهودها من اهل العلم ،
وشهدت بينة اخرى انه لعمر ، وأنه باشر عتقه أو جر ولاء له بولادة أو عتق ،
قدمت الثانية على الاولى .

واذا لم يوجد مرجح لاحدى البينتين على الاخرى ، فإن كانت الشهادتان
فيما لا يعلم اصله ؛ بقي الشيء بيد حائزه من المتداعين ؛ مع يمينه ، على
المشهور . وان كاتبا فيما عرف اصله ، ككونه بالارث عن فلان ، وأقام
كل البينة انه وارثه ؛ فلا يختص به الحائز ، ويقسم بينهما ؛ ولو أقام احدهما

انه وارث فلان وحده ؛ وأخذ المال . ثم أقام آخر بينة كذلك ، فهو بينهما .
قاله في المدونة . انظر شرح الفاسي للزقاقة .

واذا كان المدعى فيه بأيديهما معاً ، أو لا يد عليه لاحد ، وتزاعا وتكافأت
بينتاهما ، قسم بينهما على حسب دعواهما كالعول ، مع ايمانها .

واذا كان المنازع فيه بيد ثالث ، وسقطت البينتان ، فإن أقر به لواحد منهما
فهو للمقر له يمينه ، وإن أقر به لغيرهما ، أو لم يدعه لاحد ، فهو بينهما ، ولا
يعتبر قوله ولا سكوته . وإن ادعاه لنفسه ، فهو له يمينه . قاله الزرقاني .

والاعذار للخصم قبل الحكم واجب . والحكم بدونه باطل عند اهل المذهب .
ويتقضى اذا ثبت عدم الاعذار بينة ، أو باقرار الخصمين والقاضي . اما لو ادعى
المحكوم عليه عدم الاعذار ، فلا يتعقب الحكم عند مطرف وابن الماجشون ،
وعند غيرهما يستأنف الاعذار ، فان أبدى مطعناً تقضى ، وإلا فلا . قاله الزرقاني .

وقيد الزرقاني وجوب الاعذار بما اذا ظن القاضي جهل من يريد الحكم عليه
بأن له الطعن أو ضعفه عنه ، وإلا لم يجب ، بل يحكم ، ان لم يطلب الخصم
القدح . اهـ . قلت : وما نقله الزرقاني عن مطرف وابن الماجشون ، هو الذي

به العمل التونسي ، ففي اواخر قضاء البرنامج لعظوم مانعه : واذا انكر محكوم

عليه وقوع الحكم ، وادعاه الحاكم ، صدق المحكوم عليه ؛ إلا بينة على الحكم ؛
بخلاف اختلافهما في وجود السبب ؛ كأقرار الخصم . قلت وفي مغناه تأجيله

والاعذار اليه . وحاصله وجود سبب الحكم وشرطه وانتفاء مانعه ، مصدق فيه ؛
فالقول في وجوده وعدمه قوله ، لا قول المحكوم عليه . وقال اصبح في الواضحة :

ان انكر المحكوم عليه ان يكون خصم عند القاضي وأعذر اليه فحكم غلبته ؛
قبل قول القاضي بأنه فعل . ابن ناجي في الثالثة عشر من افضة كبيرة : وقع في

احكامي بالقيروان مثل هذه المسألة ؛ وأفتى شيخنا الزعبي (١) بأن قولي مقبول عليه ، عملاً بقول اصبح ، اه .

والاعذار بشاهد ، واجب ، وبعدلين ، مستحب . واذا أعذر القاضي بأبقيت لك حجة . فقال لا ؛ فحكم عليه ؛ ثم جاء بحجة ؛ وزعم انه لم يكن اعذر اليه ؛ فاستظهر المحكوم له بشهادة عدلين على الاعذار ، فقال المحكوم عليه ، اعذر لي فيهما ؛ لم يجبه القاضي الى ذلك ؛ اذا كان وجههما لغائب عن مجلس الحكم ؛ كالريض والمسجون ، لان القاضي أقامهما مقام نفسه . ومثلما كل من وجهه بالنيابة عنه ، كتوجيه الشهود للحيازة ، اي بيان حدود العقار ، وتوجيههما لحضور اليمين ؛ أو لحضور تطليق المرأة وأخذها بشرطها . واما اذا كان شهيدا الاعذار شهداً على الاعذار للخصم الحاضر مجلس الحكم ، فان ادباها في ذلك المجلس ، فلا اعذار فيهما ، وإلا اعذر ، اي مكن من الطعن فيهما . قاله ابن سهل . واختلف في الاعذار ؛ هل هو بسيط او مركب ؛ والاول مذهب الاقدمين وظاهر المدونة والمختصر والشامل وابن عرفة ، حيث عرفه بقولهم « سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه » وهو اختيار بعض حذاق الشيوخ من التونسيين . وعليه فيكون اعطاء النسخة للاعذار ، والتأجيل لذلك وسيلة له ، ووسيلة الواجب واجبة . وقيل هو مركب من قول ؛ وهو أبقى لك حجة ؛ وفعل ، وهو اعطاء النسخة والتأجيل ؛ وهو مذهب المتأخرين . وردة اولئك الشيوخ الحذاق بأن الاعذار مجمع على اعتباره في كل نازلة ؛ وأما اخذ النسخة فغير متفق عليه في كل نازلة ، ولا يقول به احد في كل شيء ؛ فلو كان جزءا من اجزاء الاعذار لزم ان يكون مجمعا على اعتباره في كل نازلة ،

(١) هو ابو يوسف يعقوب بن ابي القاسم الزعبي التونسي . قاضي الجماعة بتونس بعد الغبريني .

من اكابر اصحاب ابن عرفة . توفي سنة ٨٣٣

اذ المركب لا يتحقق إلا بتحقيق جميع اجزائه. اهـ. وقد تحصل ان اعطاء النسخة للاعذار اما وسيلة اوجزء شرط لا يتم الاعذار بدونه. وقد ذكر المسألة الشيخ قاسم عظمور في اجوبته . قاله ابن الطاهر في حاشيته . واذا طلب المشهود عليه الاعذار في شهود البينة ، اجابه القاضي البينة ، ولا يتوقف ذلك على حضور المشهود له . قاله ابن القاسم وأصبع ، وقال هذا محض القضاء . قال ابن رشد : وهذا مما لا اختلاف فيه ؛ لان من حق المشهود عليه ان يعرض عليه ما شهد له به ، ويعذر اليه فيه ، ولا حق للمشهود له في ان يكون ذلك بحضرته؛ كما انه لا حق للمشهود عليه ان يشهد الشهود بحضرته. اهـ. من التبصرة صفحة ١٣٩ من الجزء الاول .

المبحث السادس في العقلية

اذا طلب المدعي عقله الشيء المتنازع فيه ، فان لم يكن له إلا مجرد الدعوى لم يجب مطلبه على المذهب ، وهو ما به العمل عندنا ، وجرى عمل فاس بالتوقيف بمجرد الدعوى . واذا أقام البينة على ما يدعي ، أوجب الى ذلك . والعقلية نوعان ، عقلية حيلولة ، اي انتزاع الشيء من يد المشهود عليه . ووضعه تحت يد امين . وعقلية عدم تقويت وعدم تغيير للمدعى فيه ، واشتهر في عرف العامة التعبير عنها بالعقلية التحفظية . فاما عقلية الحيلولة ، فتكون بشهادة عدلين بالملكية ، اذا بقي للحكم بشهادتهما الاعذار فيهما ، وتكون بشهادة محبولين احتاجا الى التزكية . وقول التحفة « وحيشما يكون حال البينة » اليتين ، معترض ، مخالف لكلام ابن الحاجب (١) و خليل وابن عرقه . واختلف في

(١) هو ابو عمرو جال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر يونس المعروف بابن الجاجب المصري ثم الدمشقي ثم الاسكندري . من اكابر العلماء ابرزين في فنون كثيرة . اخذ عنه الشهاب القرافي وابن المنبر وناصر الدين الايساري والزواوي - وهو اول من ادخل مختصره الفرعي لبجاية ومنها انتشر بالمغرب - له تاليف كثيرة في الفقه والاصول والعلوم اللسانية ؛ من

شهادة العدل الواحد بالاستحقاق ، فقال سحنون توجب شهادته عقله الحيلولة .
وقال ابن القاسم بنفيا ، وجعل ابن العطار (١) في وثائقه قول سحنون مقابلا لما
صدر به من ترتيب حيلولة عدم التفويت بشهادته ، ونصه باختصار : لا تجب
العقبة بشاهد واحد ، ولكنه يمنع المطلوب ان يحدث في العقار بناء او يبعأ او
شبه ذلك ، بالعقل ، ولا يخرج من يده . وقال سحنون وان اقام المدعي
شاهدا عدلا ، لا عقل عليه ، اهـ . واذا عقل المتنازع فيه عقلة حيلولة ، فما له
غلة كاللبساتين ، وما له خراج كالحوانيت ودور الكراء ، فحيلولته برفع يد
المتصرف فيه ووضعه تحت يد أمين ، يجمع ما تحصل من بيع غلته او من كرائه ،
ويقيم تحت يده ، الى ان يقيم الحكم ، فيدفعه لمستحقه . وما ليس له غلة
كدور السكنى ؛ المرادة لها لا للكراء ، فعقلتها باخلاؤها من امتعة المتصرف فيها .
واما الارض فقال ابن زرب (٢) عقلتها بمنع حرثها وزراعتها ، وهو الذي نظمه
صاحب التحفة والزقاق ؛ وقال عيسى بن ايوب : تزريع الارض وكراؤها من
النظر للفريقين ؛ وتوقيفها ومنعها من ذلك ضرر ؛ نهى عنه النبي صلى الله عليه
وسلم ، لما فيه من اضاءة المال . وقال اصبح بن سعيد : الذي اقول به ان
الارض تكرى مما يعمرها على ما يجوز من الكراء ، ولا تعطى لمن يزرعها من
قبل نفسه على المساهمة . نقله الشريف في حواشي الزقاقية . قلت شاهدنا الحكم

(تابع هامش صفحة ٧٥)

اشهرها مختصره الفرعي ونهاية السؤل ومختصره الاصيل وشرح الفصل والامالي . مولده سنة ٥٧٠
وفاته بالاسكندرية سنة ٦٤٦

(١) هو محمد بن احمد المعروف بابن العطار الاندلسي الفقيه العارف بالشروط والاحكام . له
كتاب في الوثائق هليه الممول . وله رحلة اجتمع فيها بابن ابي زيد القيرواني . مولده سنة ٣٣٠
وتوفي سنة ٣٩٩

(٢) هو ابو بكر محمد بن بقي بن زرب القرطبي . قاضي الجماعة بقرطبة . تفقه به ابن
الحذاء وابن مفيث . مولده سنة ٣١٧ وتولى القضاء سنة ٣٦٧ وتوفي وهو يتولاه في رمضان سنة ٣٨١

يجزون اليوم في الارضين على ما لاصبح بن سعيد ، وهو الذي فعلناه . وبلغنا ان غيرنا ممن تقدمنا ينتحيه . ثم ان كان المتنازع فيه جميع الاصل ، وقف الكراء كله ، وان كان في حصة منه فقط ، وقف ما فيه النزاع وما لا نزاع فيه ؛ على الراجح ، ووقف ما فيه النزاع فقط ، على ما اختاره غير واحد من المتأخرين ؛ وهو الذي انتحاه القضاة اليوم .

واما عقلة عدم التقويت والتغير ، فتكون بشهادة العدل الواحد ، او المرجو العدالة ، او الشهود غير العدول . فيعقل المتنازع فيه . بمعنى انه يمنع من يده من تقويته ببيع او هبة او غير ذلك من المفوتات ، ويمنع من تحويله عما هو عليه باحداث بناء فيه او هدم له او غرس او قلع ، ويبقى بيد حائزة .

المبحث السابع في التعجيز

اذا انتهى الاجل المضروب لاحضار البينة بالنسبة للقائم . اولطعن فيها بالنسبة للمطلوب ، ولم يدل المؤجل بما تأجل عليه . فان القاضي يحكم بتعجيز المؤجل ؛ طالبا كان او مطلوبا . وفائدة الحكم بالتعجيز ، اما على القائم . فعدم سماع ما يأتي به من البيئات على اثبات دعواه ، واما على المطلوب ، فعدم سماع قدحه في بيته المدعي . ومن هنا لزم الاعتناء بالتأجيل على اقامة البيئات أو الاعذار فيها ، وينبغي ان يشبه الى ان ابتداء الاجل يحسب من غد يوم التأجيل . ولكون التعجيز يقطع حجة المعجز ، وجب ان لا يقع التعجيز في الحقوق التي اذا ثبتت لا يجوز اسقاطها ، وهي التي جمعها صاحب التحفة في قوله :

إلا ادعاء حبس او طلاق * او نسب او دم او عتاق

فاذا ادعى قائم ان هذه الدار وقف على الفقراء او طلبتة العلم ؛ وعجز عن اثباته ، ثم اثبت قبل ، بخلاف الوقف على معين كزيد فانه اذا عجز عن اثباته يمضي عليه التعجيز ، قاله التاودي لكن قال التسولي في حواشي الزقاقية :

قد يقال هذا داخل في الضابط المتقدم ، اذ الحبس حق لله ، فليس للمحبس عليه ، بعد قبوله ، اسقاطه ويعه مثلاً ، فلا تعجيز فيه ، وكل من عبر بالحبس ، اطلق فيه ، ولم يقيد الزرقاني ولا غيره ممن وقفت عليه . اهـ . ويؤيد ما للتسولي ؛ ما في شرح ابن مرزوق على المختصر في مبحث التعجيز ، ونصه : وأما الحبس على معين ، ففيه نظر ، إلا ان يقال ، فيه حق لله في امتناع يعه ونحو ذلك . اهـ . والعمل عندنا على عدم التعجيز مطلقاً ، لان غالب الاحباس على محصور غير معين ؛ كأولاده ثم اولاد اولاده ، ولحق المرجع . وعدم التعجيز في الوقف انما هو في اثباته ، اما ادعاء فيه ففيه التعجيز . واذا ادعت المرأة على زوجها الطلاق ، وعجزت عن اثباته ، ثم اثبتته ، قبلت بينها ، ولو صدر الحكم باستمرار الزوجية بينهما وبقائها في العصمة . بخلاف الزوج ينكر الطلاق ؛ فثبتته بينته ، فعجز عن القدرح فيها ، فيحكم عليه بالطلاق والتعجيز ، ثم يجد القادح ، فلا تسمع بينته ، ويمضي عليه التعجيز . واذا ادعى الرجل انه ابن لفلان ، وأنكره بقية الورثة ، فعجز عن الاثبات ، ثم اثبت بينته ، قبلت بينته ، ولو وقع الحكم عليه باتقاء النسب . واذا اراد القاتل تجريح من شهد عليه بالقتل ، فعجز ، فحكم القاضي عليه بالقتل ، ثم وجد من يجرح البينة الشاهدة عليه بالقتل ؛ فانها تسمع منه ، ولا يعمل بتعجيزه ، لخطر الدماء . بهذا صور ابن مرزوق ، لكن قال الشيخ بناني : محله اذا اتى بها قبل استيفاء الحكم ، اما ان قام ورثة المدعى عليه بعد قتله بما يجرح بينته المدعي ؛ فالظاهر ان ذلك لا يسمع منه . اهـ . فان ادعى ولي القتل القتل على انسان ، وعجز عن اثباته ، فانه يعجز . لعدم اندراج تحت الضابط ، اذ لم يدعي القتل اسقاطه بعد ثبوته ، بالعفو عن القاتل مجاناً ، او بعوض . واذا ادعى العبد على سيده الاعتاق ، وعجز عن الاثبات ، ثم شهد له عدلان به ، اعتق العبد .

وكتب التعجيز والاشهاد عليه . حق على القاضي . قاله في المفيد وابن هارون في احتصار المتطية ، واستظهر التاودي في شرح الزقاقة : انه حق للحاكم والمحكوم له معاً ، لما فيه من قطع الشغب وحسم تطويل الدعاوي . والمعتمد في تصويره قول اللقاني (١) : الحكم بعدم قبول بينة يأتي بها ، وأنه زائد على الحكم بالحق ، لاعينه . وذلك ان الحاكم يفعل ثلاثة اشياء : اولها الاعذار ، وهو سؤال الحاكم من توجه عليه موجب الحكم : أبقيت لك حجة ، وفائدته استقصاء الحجج . الثاني الحكم . وهو الزام الحق ، أو ابطاله ، وفائدته قطع النزاع . الثالث التعجيز ، وفائدته عدم سماع ما يدلي به من البينات بعد . ولا ينبغي ان يفتقر في هذا المقام بكلام الشيخ التسولي في شرح التحفة : مما خالف ما ذكرناه ؛ فان فيه تخليطاً ، وقد تكفل بالرد عليه ، وأحسن ؛ مهدي في حاشية التحفة .

ولا يلزم في التعجيز التصريح بهذه المادة ؛ بل لو قال : حكمت بعدم سماع ما يأتي من الحجج في القضية ، لكان تعجيزاً . والعمل جار على عدم قبول البينة بعد التعجيز ، سواء اعترف بالعجز أو أنكره . وان جرى خلاف في أولى الصورتين ؛ فقبل بالقبول ؛ وقيل بالرد ؛ وقيل تسمع من الطالب دون المطلوب . وهي التي حكاها الزقاق في لاميته بقوله :

وان قام ذو التعجيز بعد بحجة وقد كان ينفي العجز فاردد وأبطلا

(١) هو محمد بن حسن اللقاني الملقب بأصغر الدين . اما اخوه فهو الملقب بشمس الدين . وكل منهما حافظ للمذهب محقق . فالشيخ شمس الدين مولده سنة ٨٥٧ وتوفي سنة ٩٣٥ . وأصغر الدين مولده سنة ٨٧٣ وتوفي سنة ٩٨٥ . وشمس الدين له طرز محررة على المختصر . وأصغر الدين اقرء بالرئاسة بعد موت اخيه . وله طرز على التوضيح وحاشية على شرح انجلي لجمع الجوامع وحاشية على شرح السعد للعقائد . اما الشيخ ابراهيم اللقاني فهو من شيوخها وكان قاضي القضاة بمصر ، مولده سنة ٨١٥ وتوفي سنة ٨٨٩ .

وان كان قد التقى السلاح فهل كذا نعم لا ولا ان كان مطلوباً اضجلاً
واختلف هل يعجز الوصي في حق منظورة . وذكر المتبسط في ذلك
تولين من غير ترجيح . وفي احكام ابن بطال (١) : الذي به العمل إعماله ؛
وأما تعجز المحجور . قال غطوم في برناجحه : ان اراد تعجزه باعترافيه
بالمعجز ؛ ففيه اشكال ؛ لانه اقرار في حق المحجور ؛ وان اراد بتعجزه الحكم
عليه بالمعجز ونفوذ الحجته ؛ فواضح لا اشكال فيه .



(١) هو سليمان بن محمد بن بطال بن ايوب البَطْنِيّوسي . اخذ عنه ابن عبد البر وابن الخذاء
له كتاب المقنع في اصول الاحكام ؛ من الكتب المتمددة ؛ وكتاب الدليل الى طاعة الجليل .
توفي سنة سنة ٤٠٢ هـ

الباب الثاني في مستند الحكم

وهو ايمان يمين او اقرار او ابراء او اسقاط او التزام او شهادة
فانحصر الكلام فيه في ستة فصول

الفصل الاول

في اليمين وفيه مباحث

المبحث الاول في صيغتها

اليمين في مقاطع الحقوق صيغتها : بالله الذي لا اله الا هو . فلو اقتصر
الحالف على اسم الجلالة ؛ أو على قوله بالذي لا اله الا هو ؛ لم يكف ذلك على
المذهب ؛ حتى يجمع بينهما ؛ خلافاً للخصمي . انظر شرح التاودي للتحفة عند
قولها « وبالله يكون الحلف » فلو توجهت للرجل قبل خصمه يمين ؛ فأمره
ان يحلف له بالطلاق ؛ فحلف له به ؛ ثم رجع فقال لا أكتفي بها ؛ فله ذلك
ان قام بالفور . وان قام بعد الطول فلا مقال له . قاله ابن سهل ؛ وأشار اليه
الزقاق في لاميته بقوله :

كجمع الدعاوي في يمين سوى التي * ترد ومن يحلف بلا من له العلا

اعاد بقرب . . .

ولو حلف يمين تشمل اليمين بالله . كالإيمان اللازمة . لا تكفيه يمينه .

ولا بد من اعادتها . قاله ابن عرقة ، ونقله الوانوغى . وذكر كلام ابن عرفة صاحب الميعار اآخر نوازل دعاوي .
وتكون اليمين على البت ، ان ادعى لنفسه أو لموروثه شيئاً ؛ أو نفى عن نفسه .
وتكون على نفي العلم ، ان نفى عن غيره ، كما قال في التحفة « ومثبت لنفسه... »
اليتين .

المبحث الثاني في الكيفية التي يكون عليها الحالف عند اليمين

يلزم اذا كان الحق ربع دينار فأكثر ، الاتيان باليمين من قيام ، وأن يكون الحالف مستقبل القبلة ، على ما جرى به العمل . والخلاف في المسألتين مروى .
قال في العمل المطلق : (١)

وغلظت فيما له بال على * من وجبت فقائماً مستقبلاً

المبحث الثالث في مكانها

يحلف من توجهت عليه اليمين في أقل من ربع دينار ؛ في مكانه . ويلزم ان يكون الحلف في ذي البال ؛ وهو ربع دينار فأكثر ، بالجامع . فان أوى ان يحلف فيه ؛ عدّ ناكلاً . فان سأل المحلوف له مسجداً اآخر يعظمونه ؛ اجيب الى مطلبه . قاله ابن ناجي ، وبه العمل ، كما في حاشية ابن الطاهر . ونظمه صاحب العمل المطلق فقال :

وعند ما تغلظ اليمين في * ربع دينار مكان الحلف

المسجد الجامع هو الاعظم * ما لم يكن في بلد يعظم

فيه سواه من مساجدهم * فان في هذا يكون القسم

ولو طلب الخصر تحليفه على المصحف ، أو سورة براءة ، أو قد سمع ، أو

(١) معنى العمل المطلق : العمل الذي لم يتقيد بخصوص بلد . ولذلك يذكر ما جرى به العمل في فاس أو في الاندلس أو في تونس . وناظم ذلك هو الشيخ محمد بن ابي القاسم بن محمد بن عبد الجلالى القلاى السجلماسى . ووضع عليه شرحاً اتمه في ١٢ جادى الثانية سنة ١٢٩٦

اضرحة الصالحين ، اجيب الى ذلك ، على ما افتي به جمع من المتأخرين . لان المقصود من اليمين هو الارهاب . أما لو طلب تخفيفه بالطلاق ، فلا ينبغي ان يجاب اليه ، ولا يعتمد ما ذكره الزرقاني هنا . انظر حاشية مهدي على التحفة .

ويكون الحلف في اعظم المواضع في المسجد ، وهو ما بين المنبر والمحراب . قال ابن النازم : (١) وأكثر موثقي الزمان يحلفون حيث تأتت لهم ، ولا أعلم مستدھر ؛ والغالب على الظن انه جهل منهم بالفقه . اه . قلت وقد شاهدنا الحلف في الجوامع يكون عند المصحف الموضوع بوسطها ، وما رأينا الحلف بين المنبر والمحراب اصلا . وهو جار على قول المدونة : ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر ؛ إلا منبر النبي صلى الله عليه وسلم ، في ربيع دينار . قال ابو ابراهيم : (٢) فيه اشارة الى ان الجامع كله سواء . وهي رواية في المذهب . اه . وقال ابن عبد السلام : ظاهره ان الجامع كله سواء . وهي رواية في المذهب إلا منبر مسجد المدينة ، ومنهم من تأوله . اه . اي يجعل عند ؛ بمعنى على ؛ اي فيحلف على منبر المدينة ، لان له حرمة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على منبري عائماً فليتبوأ مقعده من النار . بخلاف منابر سائر المساجد ؛ فان الحالف يحلف عندها ، لا عليها ، لان الحرمة لموضعها ، لا لها ، كما لو ازيلت عنه لاصلاح ، فلا يحلف إلا في موضعه ، بخلاف منبر النبي صلى الله عليه وسلم ،

(١) هو ابو يحيى محمد بن أبي بكر محمد بن عاصم العالم البالغ الفوه . تولى وظائف كثيرة منها القضاء والكتابة والوزارة والامامة والخطابة . له من المؤلفات شرح تحفة الحكام لوالده والروض الاريض في تراجم ذوي السيوف والاقلام والقرىض وذيل الاحاطة وجنة الرضا في التسليم لما قدر به الله وقضى . وساق جملة من عيونه المقرني في ازهار الرياض كان بالحياة سنة ٨٥٧ وتوفي على ما قيل ؛ ذبيحا من جهة السلطان

(٢) هو اسحاق بن ابراهيم التجيبي . اخذ عن ابن لبابة وآسلم بن خالد وبها تفقه . توفي بطليطة سنة ٣٥٢ وقيل سنة ٣٥٤ وسنة خمس وتسعون سنة .

فلا يكون الحلف إلا عليه أينما حل . قاله ابن رشد في كتاب الاقضية الاول من سماع اشهب من كتاب الهبات والصدقات من العتية .

واذا لم يكن للخصوم جامع ، جلب من توجهت عليه اليمين الى الجامع الذي على قدر مسافة الجمعة من منازلهم ، لان لهم جامعاً حكماً . فان كان الجامع على مسافة لا تجب معها الجمعة ، حلف حيث هو .

ولو ادعى من توجهت عليه اليمين ، عجزه عن الخروج للجامع ، لمرض ؛ فحكى ابن عرفة في المسألة اربعة اقوال . قال ابن بقي : ان ثبت ذلك بينة ؛ حلف بيته ، وإلا خرج . وقال ابن حارث : ان ثبت ذلك بينة . حلف بيته وإلا حلف لا يقدر على الخروج ، لا راجلا ولا راكبا ؛ وخير المدعي في تحليفه بيته ؛ وتأخير له لصحته ؛ فان نكل لزمه الخروج ، أو رد اليمين . وقال ابن لبابة : ان ثبت مرضه ، حلف بيته على المصحف ، وإلا حلف على عجزه ، وخير المدعي في الامرين . وقال ابن زرب : يختبره القاضي ، يبعث له شاهدين . وأنكر هذا القول محمد بن ميسرة . وقد اشار الزقاق الى هذه المسألة بقوله :

ومن عجزه عن مسجد يدعي فهل * يحلف في بيت اذا عجزه انجلي
وإلا فأخرج أمر يخير مدع * بيت وتأخير ان اقسم او لا
والا فأخرج او يميننا بمصحف * والا فحلف ثم خير بما خلا
(اي مضى وتقدم)

ولا تكفي اليمين في مقاطع الحقوق ، اذا حلفها في الجامع بغير حضرة الخصم ؛ ولو حضر اليمين عدلان ، ويلزمه ان يعيدها بحضرته ، إلا اذا تغيب المحلوف له بعد الحكم له بها ؛ وأقام القاضي له وكيلًا يقتضيها ، فلا حجة له حينئذ ؛ وتكفي الخصم ، اليمين بمحضر الوكيل المقام . ولو طلب احد الخصمين تعجيل اليمين ، وطلب الآخر تأخيرها ؛ فالقول لاطالب التعجيل .

والمرأة مثل الرجل ، في حلفها في الجامع ، اذا كانت تخرج في مصالحها نهاراً . فتخرج اليمين التي تغلظ نهاراً . اما التي لا تخرج إلا ليلاً ، فتخرج اليمين ليلاً . طالبة كانت او مطلوبة . وتحلف بحضرة الخصم ؛ فان ابت هي او زوجها من حضرة ؛ خشية الاطلاع عليها ؛ فانه يبعد عنها أقصى المسجد ، بقدر ما يسمع لفظ يمينها . قاله ابن عبد السلام . انظر التسولي وحاشية ابن الطاهر . والتي لا تخرج نهاراً ولا ليلاً ، بيعت اليها القاضي شاهدين ؛ يشهدان على يمينها ان كانت مطلوبة فان كانت طالبة خرجت ليلاً . قاله التاودي . واذا حلفت المرأة بيتها ، فلا يقضى للخصم بحضرة مع الشاهدين ، على ما للزرقاني ، تبعاً للاجهوري . وجعله ابن عرفة ظاهر المدونة ، ويقضى بحضوره ، ويبعد عنها أقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها ، كما في شهادات البرزلي ونقله الخطاب في القضاء ، وهو الذي ينبغي اعتماده . واذا وقع التنازع في خروجها ، فعليها الالبات : انها من اهل الحجاب ؛ وأنها ممن يحلف ليلاً . كما في التبصرة صفحة ٧٨ عن الميتية . قاله التسولي . ويكتب في حجة اليمين : ثبت عند القاضي فلان ان فلانة من اهل الحجاب ؛ ومنمن . يجب ان تحلف ليلاً ؛ وأن القائم باليمين عليها ممن يعرف ذلك . نقله ابن البطاهر . واذا وجبت اليمين لورثة رشاء ، فحلف الحالف بأمر القاضي ؛ لم يكن لبقية الورثة ان يحلفوه ثانية ؛ لان اليمين اذا كانت بأمر الحاكم ، كان حكماً مضى ؛ وان كان بغير امره ؛ فكل من قام منهم يحلفه . قاله في مختصر الميتية . وشحوه لابي بكر بن عبد الرحمن (١) وغيره من الموقنين ؛ وبه الحكم . وللشيخ ابن ابي زيد : ان لمن غاب منهم ان يحلفه ، وان كانت اليمين بأمر الحاكم .

(١) هو احمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الحولاني ؛ ابو بكر . من اهل القيروان وشيخ فقهاؤها في وقته ؛ مع صاحبه ابي عمران الفاسي . تفقه عليه خلق كثير ؛ منهم ابو القاسم بن عمرز وأبو اسحاق التونسي وأبو القاسم السيوري . توفي سنة ٤٣٢

ومثل ما في مختصر التيطية : لابن فرحون في تبصرته . وعلى ما يه العمل اقتصر الزقاق حيث قال

واين غاب بعض من ذوي الحق يكتفي * بإحلاف بعض ان يحكم تحسلا
قال الزقاق : واذا اقم غير من احلفه بينة ؛ عمل بها في حقه فقط ،
ولو كان عالما بها حين حلف القاضي المدعى عليه لغير مقيمها ، وعلم بذلك ؛
لان من حجه ان يقول : لم اقم بحقي وقت الحلف ، ولم يكن طلب الحلف مني .

المبحث الرابع في اقسامها

اقسام اليمين اربعة : يمين تهمة ؛ ويمين قضاء ، ويمين انكار ، ويمين متممة للنصاب .

فأما يمين التهمة ، فتكون في الدعوى التي لا تحقق على المدعى عليه ،
وتوجه على المتهم وغيره ، على ما جرى به العمل بتونس . قاله ابن ناجي ؛ وقوله
عظوم في البرنامج ، ونظمه صاحب العمل المطلق فقال

وتوجه يمين التهمة * جرى القضا من اهل افريقية

اي مطلقا وانها لا تقلب * بقلب او نكول من بها طلب

قال شارح العمليات : وانظر هل ما ذكر من عمل افريقية كان عاما عندهم ،
حتى في التهمة التي في دعواها معرفة ، او خاصا بغيرها . وذكر العبدوسي في
جواب له ؛ قوله صاحب المعيار : ان التهمة التي تلحق في دعواها معرفة ، كالاتهام
بالسرقة والنصب ، لا تلحق من لا تليق به ، ممن شهد فيه بالخير . وإن التهمة
في غير ذلك ، تلحق اليمين فيها جميع الناس ، برهم وفاجرهم ، على القول بإيجاب
اليمين في التهمة ، وهو المشهور من المذهب ، وبه القضاء ، وعليه العمل .

قال عظوم في برنامج في مبحث الصداق : وتوجهها مشروط بشرطين .
لاول ما قاله ابن ناجي : ان التهمة انما تتقرر بلفظ يقتضيها . كقوله : انك

فيك او اتهمك، لقوله فيها اخاف. الثاني ما قاله الشيخ ابو عبد الله المقرئ (١) في المسألة الثانية من القاعدة السابعة من قواعد الدعاوي والشهادات . ان العداوة بين المتداعين ، تمنع توجه يمين احدهما في دعوى الآخر عليه ، لانه يقصد إضراره بتوجه اليمين عليه. ونصه : اذا دفع الدعوى بعداوة؛ المشهور انه لا يحلف، لان العداوة مقتضاها الاضرار بالتحليف. وقيل يحلف لظاهر الخبر. ونحوه في تاسعة اعلام الرفاق : للشيخ الجذ رحمه الله . اهـ.

ولا يحلف المتهم بما ضاع او سرق ، حتى يحلف المدعي يمين الضياع او السرقة : لقد ضاع الشيء الفلاني المدعى ضياعه ، وحيثذ يحلف المدعى عليه. هذا اذا انكر المتهم ان يكون قد ضاع له شيء ، وانما يريد ان يحرجه باليمين. بهذا كان يحكم ابو بكر بن زرب : ويقول انها من دقيق المسائل. نقله ابن فرحون في التبصرة في الباب الثامن والعشرين . وفي نوازل الدعاوي والايمان من المعيار ان ابا عمر بن المكوي (٢) سئل عن رجل اتهم رجلا بالسرقة ، وقال له : تحلف لي ، فقال له الثاني : احلف انت اني سرقها ، وأغرم قيمتها. هل يجب له ذلك. فأجاب : ليس عليه يمين انه سرقها ، وانما يحلف لقد سرق له هذا الذي ادعى ، وأنه يتهم المطلوب بسرقة ، فان احب ان يرد عليه اليمين على هذه الصفة ، فذلك له . قال السجلماسي : والفرق بين المسألتين ، ان اليمين في مسألة ابن زرب ، لتحقيق التهمة التي هي سبب يمين المطلوب ،

(١) هو محمد بن محمد بن احمد القرشي التلمساني الشهير بالمقرئ. قاضي الجماعة بفاس. له من المؤلفات كتاب القواعد؛ اشتمل على الف ومائتي قاعدة ؛ وحاشية على مختصر ابن الحاجب القرعي. توفي وهو يتولى القضاء سنة ٧٥٦

(٢) هو احمد بن عبد الملك الاشبيلي ؛ ابو عمر المعروف بابن المكوي . انتهت اليه رئاسة الفقه في الاندلس حتى صار فيها بمنزلة يحيى بن يحيى واعتلى على الفقهاء ونقضت الاحكام برأيه. توفي سنة ٤٠٨

وذلك ثمرتها. واليمين في مسألة ابن المكوي، مردودة بعد وجوبها على المطلوب، وثمرتها لزوم الغرم للمطلوب، انظر حاشية مهدي على التحفة.

واذا نكل المتهم عن اليمين، غرم بمجرد نكوله، ولا يطلب المدعي بالحلف على ما ادعي. هذا قول ابن عبد الحكم وابن حبيب (١) وهو الذي جرى به العمل. وتقل ابو عمر بن المكوي عن مالك: ان يمين التهمة لا ترد، فان ابى المتهم ونكل عنها، حبس ابدا حتى يحلف. ذكره الونشريسي في اول نوازل الدعاوي من المعيار. انظر حاشية ابن الطاهر.

ولكون النكول عن يمين التهمة موجبا للغرم، لم توجه يمين التهمة على الصغير، ولا السفیه، اما الاول فلرفع القلم عنه، واما الثاني فلانه لو اقر لم يلزمه ما اقر به، لانه محجور عليه في المال. انظر حاشية مهدي على الرقاقة قيل قولها: كمن غاب والاقوال اربعة.

واما يمين القضاء، وتسمى يمين الاستبراء، فتوجه في الدعوى على الغائب، والميت، واليتيم، والمساكين، والاحباس، وكل وجه من وجوه البر، وبیت المال، وعلى من استحق شيئا من الحيوان، قاله المتيطي. فمن ادعى على غائب او ميت دينا وأثبتته بالبينّة، لم يقض له به إلا بعد حلفه يمين القضاء. انه ما قبض حقه ولا شيئا منه، ولا أحوال ولا اسقطه. ولا سقط عن الميت بوجه من الوجوه. ولا فرق في الديون بين ان تكون موثقة برهون، او ثابتة بحجج أصلية. او بخط المدين الغائب او الميت. واذا دفع الولي الدين قبل يمين القضاء؛ ضمن ان تعذرت يمين القابض. قاله ابن سلّهون عن ابن سهل. وقاله الونشريسي في آخر شهادات المعيار.

(١) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جناهمة بن عباس بن مرداس السلمي. سمع جماعة من اصحاب امام دار الهجرة؛ ورتب في طبقة المقتنين بقرطبة؛ فأقام مع يحيى بن يحيى زعيمها. من أشهر كتبه الواضحة. توفي سنة ٢٣٨ وقيل سنة ٢٣٩

ومتى كان في الورثة محجورون ، او كانوا كلهم محجورين ، لزمتم يمين القضاء . واذا كانوا كلهم رشداً ، وأقروا بالدين ، وأرادوا الدفع بحكم حاكم ، فقبل لا تلزم اليمين رب الدين ، وهو ما في الاستغناء ، (١) وقيل بلزومها ، وهو ظاهر ما في النوادر . وعلمه بعض الشيوخ بخوف طرو وارث آخر او دين . وهو المشهور كما في حواشي الزقاقة .

ولا تجمع يمين القضاء ، مع يمين تكميل النصاب ، على ما به العمل ، ولا بد من تمييزها . قال ابن ناجي في شهادات كبيره : (٢) وكذا يمين الاستحقاق ؛ لا تجمع مع يمين تكميل النصاب . ويجوز الصلح عنها ، ولا يسوغ تركها بلا صلح في حق محجور ، كما لا يسوغ صلحه عنها قبل ان يرى عزيمة الطالب على حلفها ، وتعرف عزمته بقرائن الاحوال . انظر معين المفتي وبرنامج الشوارد . والصلح عنها يتوقف على اذن القاضي ، ولا يستبد المقدم بذلك .

ولو كان الدين ميت على ميت ، لم يحلف إلا من يظن به العلم من ورثته . قال ابن عرفة يحلف اكابر الورثة : انهم ما يعلمون ان وليهم قبضه . ولو كان المطلوب حياً حاضراً ؛ لم يحلفوا حتى يدعي بذلك على الميت أو عليهم . ولا يحلف الا صغر ؛ وان كبروا بعد موته . قال ابو الحسن : (٣) وانظر هل

(١) هو لحلف بن مسلمة بن عبد الفتور . وكتاب الاستغناء في آداب القضاء عظيم الفائدة .
(٢) هو الشرح الكبير المختصر المدونة المسمى التهذيب لابي سفيان خاف بن ابي القاسم الازدي المعروف بالبراذعي . من حفاظ المذهب ومن كبار اصحاب ابن ابي زيد والقاسبي . اختصر المدونة اختصاراً اسماء التهذيب اشتهر اشتهاراً عظيماً وكثير اطلاق اسم المدونة عليه . وله اختصار الواضحة والتهديد لمسائل المدونة . خرج الى صقلية فحصل له شهرة عظيمة بها ؛ وهناك الف غال كتبه .

(٣) هو علي بن محمد بن عبد الحق الزروجلي ؛ يكنى ابا الحسن وعرف بالصغير مصنف ومكبراً ؛ ويعرف أيضاً بالمعري . قيدت عنه فتايد على المدونة والتهذيب والرسالة ؛ وله فتاوى قيدها عنه تلامذته وأبرزت تأليفاً . وولي القضاء بغاس وكان احد اقطاب الفتوى ترد عليه الاسئلة من جميع بلاد المغرب فيحسن التوقيع عليها بطريقة مختصرة محررة . توفي سنة ٧١٩ (ك . ١٢)

الزوجة ممن يظن به العلم ، أمر لا . قال ابن ناجي الاقرب حملها على العلم ، لان غالب الحال انها تعرف حال زوجها . واختار شيخنا ابو مهدي عكسه . ولا يبعد ان يكون الخلاف فيها : خلافا في حال . يريد انه ينظر في كل نازلة بخصوصها : فان كانت الزوجة ممن لا يخفى عليها امره ، حلفت ، وإلا فلا ، من غير خلاف . انظر شرح التاودي على الزقاقة وحاشية مهدي عليها .

وتسقط يمين القضاء ، اذا اوصى الميت بقضاء دينه من ثلثه ، نص عليه ابن الهندي . واذا اوصى الميت بتصديق رب الدين ، على احد القولين كما سيأتي ، فتسقط . واذا أقر الهالك بشيء معين ، من عرض أو غيره ، من قراض أو ودیعة ، فتسقط ، بخلاف ما اذا أقر له بشيء في ذمته ، أو بما لا يعرف بعينه ؛ ثم مات ؛ فعلى الطالب اليمين .

وتسقط يمين القضاء ، اذا وجبت على مسجد أو غيره من الاحباس ؛ بحيث لا تمكن ، قاله في المعيار ، انظر حاشية مهدي على الزقاقة .

واذا توجهت يمين القضاء ، أو يمين الاستحقاق ، على محجور ، فان كان صغيراً ، اخرت اليمين لرشده ، وتعجل حقه ، كما قال في التحفة :

وترجأ اليمين حقت للقضا * لغير بالغ وحقه اقتضى

فاذا بلغ طوبأ بالحلف ، فان حلف ، بقي حقه بيده ، وتم له الحكم به ، وان نكل عنها ، رد الحق الى من أخذ منه . وان كان سفيهاً ، كما مرأة مات زوجها ولها عليه دين ؛ من صداق أو غيره ، ثابت ، ففيها اقوال ثلاثة . الاول ما اقر به ابن عتاب وابن سهل وابن رشد وأكثر الاندلسيين : انها تقبض دينها وكالهما ، وتؤخر عنها اليمين الى ان ترشد . وحكى العبدوسي ان العمل مضى عند أكثر القضاة بتأخير اليمين الى الرشد . وهذا الذي نظممه صاحب العمل المطلق فقال :

كذا عن المحجور ايمان الفضا * ترحى فقبل رشده لا تقتضى
الثاني - سقوطها عن السفهاء ، اذ لو نكلوا عنها لم يستحق الطالب بشكولهم
حقا . وتقل هذا عياض عن معظم الاندلسيين . الثالث - حلفها عاجلا ، وهو
ما للاصلي (١) في ءاخرين ؛ واختاره التاودي في شرح الزقاقية ، وعليه . ضى
في العمليات الفاسية حيث قال :

ويحلف السفه والمهجور * في كل ما يأخذ لا يضر

فان نكل ، قضى له بحقه ، وأخرت عنه الى رشده ؛ فان حلف حينئذ ،
استمر قبضه ، وإلا رد ما أخذ . فهو يحلفها الآن لثلا يضيع حق الخصم باستمراره
في السفه طول عمره . قاله التسولي في شرح قولها : « والبالغ السفه بان حقه »
البيت .

واذا اوصى الميت باسقاطها وأن يصدق صاحب الحق بدونها ، فأفتى ابن
الحاج أنه يعمل بوصيته ، ونسبه لابن القاسم ، وقال غيره ان الحق لغير الميت ،
فلا تسقط اليمين . واذا كان الحق على ميت أو غائب ؛ وكان رب الدين اشترط
انه مصدق في عدم قبض حقه ؛ فذكر ابن ناجي في شرح المدونة ان العمل على
اعمال الشرط مطلقا ، فلا يمين . نقله التسولي في حاشية الزقاقية صفحة ٩٨ ؛
وفي شرح التحفة عند قولها « وللتى بها القضا وجوب » وقال بعضهم ذلك جائز
في البيع وما اشبهه ، بخلاف القرض فلا يجوز ؛ لانه سلف جر نفعا . وقال
بعضهم لا ينتفع باسقاط هذه اليمين ، إلا العدل المبرز . وحكى في
التوضيح في البائع بضمن الى اجل ، يشترط في عقد البيع انه مصدق في عدم
قبض الثمن . هل يوفى له بذلك أو لا ، أو يوفى للمتورعين

(١) هو القاضي ابو محمد عبد الله بن ابراهيم الاصلي رئيس علماء الاندلس . تفتته بالولوي
وأبى ابراهيم ابن مسرة . ورحل فسمع من الايباني وابن ابي زيد وابن شعبان وابي طاهر
البغدادي . توفي سنة ٣٩٢

عن الايمان من اهل الفضل دون غيرهم . على ثلاثة اقوال .
قال في التوضيح ، والصحيح الجواز ؛ لانه شرط ينشأ عنه توثق ؛ فكان كالرهن
والحميل . قال التاودي : وعلى التصديق ؛ لو مات صاحب الحق لم يورث ذلك
عنه ، لانه انما رضي بأمانته . واستظهر الشدادي (١) انه لو مات المدين
لم يلزم الورثة شرط التصديق ، لان من حجته ان يقولوا : لا يلزم ان
رضي موروثنا بتصدقك وحسن اعتقاده فيك ، ان نرضى نحن منك
بذلك .

واما يمين الانكار . فهي اليمين لرد دعوى مالية محققة ، اذا عجز المدعي عن
الاستظهار بالبينّة . ولا يشترط في توجيهها ثبوت الخلطة بين المتداعين ، على ما
جرى به العمل . ففي شرح ابن ناجي على الرسالة عند قولها « ولا يمين حتى
ثبت الخلطة » مانصه : ما ذكره الشيخ هو المشهور ، وقال ابن نافع (٢) لا
تشرط الخلطة ، حكاه ابن زرقون ، (٣) ولم يحفظه اكثر شيوخ المذهب كابن

(١) هو احمد بن محمد الشدادي الفاسي . اخذ عن محمد بن عبد القادر الفاسي . وتولى قضاء
فاس والامامة والخطابة بجامع القرويين . له فتاوى كثيرة وشرح على لامية الرقاق وتقييد على تحفة
ابن عاصم . توفي سنة ١١٤٦

(٢) هو عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم المعروف بالصائغ . روى عن مالك وثقة به .
وهو الذي سمع منه سحنون وسمع منه كبار اتباع اصحاب مالك . وهو الذي سماعه « قرون
بسماع اشهب في العتية » . توفي بالمدينة سنة ١٨٦ - وهناك من اصحاب مالك عبد الله بن نافع
الاصغر الزيري . روى عنه عبد الملك بن حبيب وغيره . وهو اصغر من ابن نافع الصائغ .
خرج عنه مسلم وتوفي سنة ٢١٦

(٣) هو محمد بن سعيد بن احمد بن سعيد ؛ يدعى بابن زرقون . الانصاري من اهل اشبيلية . اخذ
عن عياض ولازمه . ولي قضاء شلب وقضاء سبتة . له كتاب الانوار في الجمع بين المتقن والاستدكار .
مولده سنة ٥٠٢ . وتوفي بأشبيلية سنة ٥٨٦ وله حفيد اسمه محمد بن عبد الله بن محمد بن سعيد
بن احمد بن سعيد بن زرقون الانصاري الاشبيلي كان شيخ المالكية في عمره ومن كبار
المصنفين للمذهب المالكي . له كتاب الملط في الرد على المحلي لابن حزم . توفي سنة ٧٢١
عن ثلاث وثمانين سنة .

حارث وابن رشد ؛ قالوا : مذهب مالك وكافة اصحابه الحكم بالخلطة ، ويقول ابن نافع قال الاندلسيون ، واستمر عليه العمل بافريقية . اهـ . وزاد في شرح المدونة ما نصه : وأفتى شيخنا حفظه الله . لما كان عندنا بالقيروان . باشتراط ذلك في امرأة من وجوه الناس ادعى عليها ، وأمر قاضيا بالحكم به ، ففعل . وبه افتى شيخنا ابو يوسف يعقوب الزغبى منذ مدة قريبة . اهـ .

ولا يحلف المطلوب إلا على ما ادعاه الطالب ، في مذهب مالك واكثر اصحابه . ولا يكتفي بما ينفي دعواه تضرماً أو التزاماً ، كقوله : ما لك علي مما تدعي قليل ولا كثير . خلافاً لابن الماجشون وأشهب ؛ واختار ما لهما ابن حبيب وابن عبد البر (١) والقاضي ابن عبد السلام ، انظر شرح العمليات العامة عند قولها ومن عليه يدعى نحو السلف * نفاه في اليمين نصاً ان حلف وليس يكفي انه لا شيء له * عليه مما يدعي قبله واذا امتنع من توجهت عليه اليمين من الحلف حتى يحضر المال ؛ قالوا : اخاف ان احلف ويدعي العدم ؛ فتذهب يميني باطلا ، فالاقوال ثلاثة : قيل يجب الى ذلك ، وبه العمل بتونس ، قاله ابن ناجي ونظمه في العمل المطلق بقوله :

وبعض شراح الرسالة نقل * في شرحه ان بتونس العمل بأن للطالب ان يؤخر * يمينه للمال حتى يحضر وقيل يحلف ثم يطالبه بالمال ، وبه قال ابو حفص ابن العطار ، وعليه جرى الزقاق حيث قال « ومن ابى * يميناً لكون الحال غاب فجهدا » وقيل يكفي ان

(١) هو ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري . من كبار علماء الاندلس وعديثها . له كتاب التمهيد لما في الموطا من الممانى والامانيد ؛ والاستدكار بمذاهب علماء الامصار ؛ وجامع بيان العلم وفضله ؛ والكافي في الفقه ؛ وهو ممتد مشهور . مولده سنة ٣٦٨ وتوفي بشاطبة سنة ٤٣٣ ؛

يشهد المطلوب انه مليء ، ويحلف الطالب ثم يدفع له ، ولا تقبل منه بئنة بالهدم .
قاله ابن ابي زمنين (١) وفضل وغيرهما ؛ ولم يحك اكثر شيوخ المذهب
غيره . وهو المذهب . قال ابن ناجي وأفتى شيخنا ابو مهدي عيسى الفبريني
- على ما بلغني - ان كان المطلوب يتكلف كلفة في احضار المال ، مثل ان يحتاج
الى بيع داره ونحو ذلك ، فانه يحلف الطالب اولا ، وإلا فحتى يحضره . وما
ذكره صواب ، وبه حكمت بالقيروان ، كادخاله في معاملة لضعه وقد لا يعلم .
اهـ . انظر شرح العمليات العامة . وليس هذا الحكم خاصاً يمين الانكار ،
بل يجري في يمين القضاء واليمين مع الشاهد ، قاله التسولي في شرح قول
التحفة « وان نفى » فالنفى للعلم كفى » في التنبيه الثاني فانظره .

واذا توجهت اليمين على المطلوب المنكر للدعوى ، فالتزم الحلف ، ثم بدا
له ان يقلب اليمين على المدعي ؛ فله ذلك ، على ما لايي عمران الفاسي (٢) قائلاً :
لا يكون التزامه اشد من الزام الله له . قال وقد خالفني في ذلك ابن الكاتب
(٣) ورأى ان ذلك يلزمه . والصواب ما قدمناه . اهـ . قال اللقاني : ما قاله ابو
عمران غير مسلم ؛ فان الله لم يلزمه اليمين ؛ بل خيره بينها وبين ردها على
المدعي . ومن التزمها فقد اسقط حقه من ردها . وأيد الشيخ ابو علي بن
رحال وغيره ما للقاني . وصوب ما لابن الكاتب ، ودرج عليه ناظم العمل
الفاسي فقال :

(١) هو محمد بن عبد الله بن ابي زمنين القرطبي . من تاليفه المنتخب في الاحكام . مولده
سنة ٣٢٤ وتوفي سنة ٣٩٩ .

(٢) هو موسى بن عيسى بن ابي حاج الففجومي الفاسي القيرواني . اصله من فاس
واستوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم . تفرغ بالقاسي ورحل فسمع من ابي بكر
الباقلاني . له كتاب التعليق على المدونة . توفي بالقيروان سنة ٤٣٠ .

(٣) هو ابو القاسم عبد الرحمن بن محمد الكناني المعروف بابن الكاتب . اخذ عن القاسي .
وبينه وبين ابي عمران الفاسي مناظرات في مسائل . توفي في القيروان سنة ٤٠٨ .

والخصم يختار اليمين ونكل * فما لقلبها سبيل او محل

ودرج الزقاق على ما لابي عمران فقال :

للتزم مطلوب ان قلب اليمـ * ين اما رجوع بعد قلب لها فلا

واذا توجهت اليمين على المطلوب ، قلبها على خصمه ، ثم بداله وأراد ان يحلف ، فليس له ذلك ، ويتم نكوله بأن يقول : لا احلف ، احلف انت ، او يستمر على الامتناع .

ولو رضي من خصمه اليمين ؛ ثم رجع وقال : انا اتى باليمنة ؛ فله ذلك ؛ على ما لابن عتاب ؛ كما في شرح التاودي على الزقاقية ، وأفتى ابن رشيد (١) انه لما رضي يمينه ؛ علما بيئته ، وهي حاضرة ؛ انه لا رجوع له . ورجحه الرهوني مستدلا عليه بما شرح به ابن مرزوق قول المختصر « فان نقاها واستحلفه فلا ينة » ونصه : يعني ان المدعي اذا كانت له ينة حاضرة على دعواه ؛ او غائبة قريبة الغيبة على مسافة الجمعة ونحوها ؛ واستحلف خصمه ، اي طلب حلفه ؛ ورضي يمينه على رد دعواه ؛ وهو عالم بيئته المذكورة ، ثم اراد المدعي ان يقوم بهذه الينة ؛ فان بيئته لا تسمع ، ولا ينفعه القيام بها ، لان رضاه يمين المطلوب ، مع تمكنه من اقامة تلك الينة ، لحضورها او قرب غيبتها التي لا ضرر عليه في اتيانها منه ، دليل على رفض تلك الينة وعدم الاعتداد بها ، فكيف يسوع له القيام بعد ذلك بها . اهـ .

ومن وجبت له على رجل يمين لبعض المعاملات ، وقال له الرجل : اجمع مطالبك ان كان لك مطلب غير هذا ، لاحلف في الجميع يمينا واحدة . فهو من حق المدعى عليه . بخلاف مطالب الميراث ، فليس له ذلك ، لان الميراث لا يحاط بالحقوق فيه .

ولا تجمع يمين الانكار مع يمين الرد . فمن وجبت عليه يمين في دعوى ،

وُرِدَّتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ ، فَلَا يَجْمَعُ ذَلِكَ فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا يَدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ مُفْتَرَقَتَيْنِ ،
 فيقول بالله الذي لا إله إلا هو ، فإذا انقضت ؛ قال : وبالله الذي لا إله إلا هو ،
 حتى تنقضي اليمين الأخرى . وقد نظم ما ذكرناه في العمل المطلق فقال :
 فيما سوى الميراث يلجى طالبه * بجمعه لحلف مطالبه
 إذ الدعاوي في يمين واحدة * تجمع ما عدا اليمين العائدة
 ونظمه في العمليات الفاسية فقال :

وتجمع اليمين في الدعاوي * إلا يمين الرد في التساوي

قال الشيخ التسولي في شرح التحفة : استثناء يمين الرد يدل على أن غيرها
 من الأيمان متساوية في التغليظ وعدمه ، ولو يمين قضاء أو استحقاق ، تجمع ،
 وهو كذلك على خلاف فيه ، كما في الرعيني وغيره . فإن كان بعضها يغلظ في
 الجامع دون البعض الآخر ، فهو بالخيار في أن يحلف واحدة مغلظة ، يدخل
 فيها جميع ما وجب عليه ، أو يحلف يمينين ، المغلظة في الجامع ، وغيرها خارجة .
 وقد جاء في التبصرة الفرحونية ما يدل على أن المردودة تجمع . ونصها : إذا
 وجبت لرجل يمين على امرأة من ذوات الحجاب ، ووجبت لها هي يمين عليه .
 فأرادت أن تحلف ليلا ، وأن تحلف نهارا ، فقال الرجل : أخاف أن أحلف
 لها نهارا فترد علي اليمين ليلا ، فأحلف مرتين ، مرة في النهار ، ومرة في الليل .
 فإن المرأة إذا التزمت أنها لا ترد اليمين ، حلف لها الرجل نهارا ، وحلفت
 المرأة ليلا . اهـ . وهذا نص في أن التزامها بعدم الرد يلزمها ، وظاهر في جمع
 يمين الرد مع غيرها ، وإلا لم تتوقف يمينه على التزامها عدم الرد . وقد صرح
 بجمعها مع غيرها ابن رشد ، كما في الدرر السيرة . انظر التسولي عند قولها
 « وان نفى » فالنفي للعلم كفى » وقد تقدم في الباب الأول أن العمل
 في القيروان على تعدد الأيمان بتعدد الدعاوي . نقله في البرنامج . ونقله

الشريف عند قول الزقاق « كجمع الدعاوي في يمين سوى التي ترد »
 وإذا كان المدعى عليه سفيهاً ؛ وتوجهت عليه يمين الانكار ، أو يمين التهمة ،
 فلا يمين عليه الآن ، إذ لا توجه اليمين إلا حيث لو أقر المطلوب لزمه .

ولو ادعى السفيه على رجل بدعوى ، فنكل المطلوب ، فقال ابن الهندي في
 وثائقه : يغرّم المطلوب ؛ ولا يحلف السفيه حتى يرشد ، وإنما حلف مع الشاهد
 لأحياء السنّة . وقال ابن سهل : الصحيح عندي أن يحلف الآن ، إذا نكل
 المطلوب ورد عليه اليمين ، لأنه رضي بيمينه حين نكل . اهـ . انظر التسولي عند
 قولها « البالغ السفيه بأن حقه » البيت .

وأما اليمين المكتملة للنصاب ، فهي اليمين مع الشاهد في الدعاوي المالية ،
 وما يثول إليها ، ولا يحلفها الصغير الذي شهد له شاهد بحقه ، ويؤمر المطلوب
 باليمين حيث أنكر ، فإن نكل حكم للصبي في الحال ، ولا يمين بعد بلوغه ؛
 وإن حلف ، وقف الشيء إلى بلوغه ، فإن حلف استحق ، وإن نكل أخذه
 المطلوب .

وأما السفيه فيحلف مع الشاهد له ، ويستحق ، فإن نكل حلف المطلوب ،
 وبقي الشيء بيده إلى الرشد ، فيحلف ، ويستحق ، على المعتمد . وقيل يحلف
 المطلوب ويبرأ ، ولا يستأنى به كما يستأنى بالصغير . انظر شراح التنخفة .

ولو ادعى الأب على ابنه ، وقام له شاهد بحقه ، لزم الأب اليمين ، وكذا
 لو ادعى الأب على الابن ، فنكل الابن عن اليمين ، وردهما على الأب ، لزم
 الأب اليمين . وكذلك إذا تعلق بيمينه حق لغيره ، فإنه يحلف . كدعوى تلف
 صداق ابنته والزواج يطلبها بالجهاز ، أو يدعي عليه نحلة انعقد عليها النكاح .
 أما لو قامت البنت ، تطالب من أبيها ما قبضه من نقد صداقها ، مدعية أنه لم يجهزها
 به ، فلا يحلف لها الأب ؛ إن لم يكن لها يوم القيام زوج . قاله ابن

مغيث. (١) قال وفي ذلك اختلاف بين اصحابنا ، منهم من أوجب لها اليمين ، بعد ان تعرف ان ذلك عقوق ، ومنهم من لا يوجب لها عليه اليمين ، اهـ . ولو طالب الاب ابنه بالانفاق لعدمه ، فأنكر الابن عدم الاب ، فأثبتته الاب ، قضي للاب بالنفقة دون يمين ؛ على ما به القضاء والعمل ، لان تحليفه من العقوق ، وقيل يحلفه القاضي ؛ استبراء للحكم له . ونظم صاحب العمل المطلق مسألة حلف الاب فقال :

وليس يحلف لذي حق ابه * في غير ما الوالد قام يطلبه

انظر شرح العمليات العامة .

وبقي من انواع اليمين يمين اختلف فيها ؛ وهي المعبر عنها بيمين الرغبة . وهي كما في اخر وكالات حاوي البرزلي ؛ يمين يطلبها الحالف ليعث بها الى موضع المطلوب ؛ فهي يمين لم تطلب ، فقدمها قبل طلبها ، لضرورة طلب الحق . فقد جرى سببها ؛ وهو اثبات وثيقة الدين . فلا يقال انها استعجال الشيء قبل وجوبه بالاطلاق ، ولا يقال انها يمين لم تطلب فلا تكون ، لانه على احد امرين : اما اقراره ببقاء الحق ؛ فلا تضر زيادة اليمين ، او ينكر ويدعي القضاء ، فتجب له اليمين ، فقدمها قبل طلبها للضرورة المذكورة . اهـ . وسميت يمين رغبة ، لان صاحبها يرغب القاضي في اذنه في ذلك ؛ وتكتب عن اذنه . وفي اختصار ابن هارون للميتية : من له ديون مؤجلة فأراد سفراً ، ووكل وكيلاً على اقتضاها ؛ فهل يمكن من حلف يمين الرغبة أمر لا ، مكّنه من ذلك بعض قضاة الاندلس ، ومنعه بعضهم . اهـ . واستظهر بعض شراح لامية الزقاق المنع ، لعدم حلولها ؛ فهي يمين غير مفيدة ، وأصله لابن عرفة . لكن قال ابن

(١) هو ابو جعفر احمد بن محمد بن مغيث الصدي . حبيب طليطلة وقيسها . له المقنع في الوثائق . توفي سنة ٤٥٩ هـ

ناجي : الاقرب انه يمكن من ذلك ؛ خشية ان يدعى عليه انه عجل له جملة ما في ذمته او بعضه ؛ فهي يمين مفيدة ، لاسيما ان كان سفره طويلا كسفر الحج . وقد اذن بعض قضاة بلدنا بحلف من اراد الحج . قال الشريف في معين المفتي وحاشية الزقاقية : شاهدت من قاضي الحاضرة ابي الفداد اسماعيل التميمي ؛ انه حكم بها في سنة ١٢٢٣ ؛ واذن في كتبها لبعض العدول المنتصبين للشهادة بسوق الكتيين من تونس حاطها الله ، ولما ان بلغه الاذن في كتبها استغربها هو ومن حضر من العدول ، فسألوني عن صورتها ، فبينتها لهم . اهـ .



الفصل الثاني

في الاقرار وفيه مباحث

المبحث الاول في شروط صحته

وهي ان يكون المقر بالغاً ، مكلفاً ، طائعاً ، لم يكذبه المقر له ، ولم يتهم المقر في اقراره ، وأن يكون الاقرار لقابل التملك ، فلو قال رجل لآخر اقررت لك بألف درهم وأنا صبي ، وقال الطالب بل اقررت لي بها وأنت رجل ، فعند ابن القاسم : القول قول المقر ، مع يمينه ؛ ولا شيء عليه ، وكذا لو قال : اقررت لك بها في نومي ، او قبل ان اخلق ، لا يلزمه شيء ، لانه نسبه الى حال لا يثبت فيها اقراره ، وبه الحكم ، وقال سحنون : يلزمه ما اقر به ، لان قوله وأنا صبي ، او في نومي ، او قبل ان اخلق ؛ ندم منه ، قلت : المسألة ترجع الى تبعض الدعوى والاقرار ، وقد تقدم مبحثه في الباب الاول ، وقد نظم في العمل المطلق ما لابن القاسم فقال :

ومن يقول انه اقر لك * وهو صبي بكذا واستهلك

وقلت بل اقررت لي مكلفاً * فالقول في ذاك له ويحلفا

والاقرار في الصحة نافذ صحيح ؛ اذا كان المقر به في الذمة ؛ او معينا ؛ لا يعرف ملكه له ، فان اقر بما يعرف ملكه له ؛ من شيء بعينه ؛ انه لفلان ؛ سواء أكان المقر له وارثا او غير وارث ؛ فانه يجري مجرى الهبة ؛ ويحمل محلها ؛ ان حاز ذلك المقر له في صحة المقر ؛ جاز ؛ وإلا لم يجز . هذا ما جزم

بم العقباني (١) والوانشريسي والحطاب . انظر حاشية الرهوني . ولا فرق في اقرار الصحيح ؛ بين ان يكون لمن يتهم عليه ؛ وغيره . فالتهمة ملغاة في باب الاقرار بالصحة . ولا يرد عليه اعتبار التهمة في مسائل التوليج ؛ لان التهمة المطروحة في باب الاقرار بالصحة ؛ التهمة الوازدة من مجرد اقراره لمن يتهم عليه ؛ مصحوبة بشواهد وقرائن ؛ تؤدب بأن ذلك الاقرار لا اصل له . والتهمة المعتبرة في مسائل التوليج ؛ هي التي قامت فيها امارات على كذب المقر في اقراره ؛ حتى لمن لا يتهم عليه عادة لو لا قيام الامارات المذكورة . قاله العقباني ؛ كما في الميار ؛ ونقله ابو علي بن رحال واستحسنه . انظر حاشية الرهوني . والتوليج يثبت بأحد ثلاثة امور . الاول اقرار المشتري ان الشراء لا اصل له ؛ وانما هو عطية . ولا يعتبر اقرار البائع ، ويعد منه ندما . الثاني البيعة الشاهدة ان ما عقده سمعة وتوليج ؛ لا حقيقة له ؛ إذا كان الشاهد علما ؛ فان كان غير عالم لزم التفسير ؛ بأن يقول الشاهد : توسطنا العقد بين المتبايعين ؛ واتفقا على ان البيع الذي عقده في الظاهر ، انما هو سمعة لا حقيقة له . سواء أكان توسطهما العقد بأشهاد ، او بدونه ، او يقول الشهود اقر بذلك عندنا المشتري ، او يقولوا اشهدنا بذلك فلان وفلان على شهادتهما بأحد هذين الوجهين . فان وقعت الشهادة بالتوليج مجملة ، لم تقبل من غير اهل العلم . الثالث توارد القرائن وقوة المخايل ، كما للشيخ عمر الفاسي وغيره . خلافا للرهوني . انظر حاشية مهدي على الزقاقة ، آخر مبحث التوليج .

واذا ثبت في بيع التوليج او المحاباة ، ان المشتري حاز المبيع في صحة البائم على وجه الحيازة ، فليل يصح ذلك له ؛ ويجري مجرى الهبات ؛ وهو الراجح .

(١) هو ابو سالم ابراهيم بن ابي الفضل قاسم العقباني التلمساني قاضي قاس . اخذ عن والده قاسم بن سعيد العقباني المتوفى سنة ٨٥٤ - وأخذ عنه الوا نشريسي ونقل عنه في معياره . له تعليق على مختصر ابن الحاجب وفتاوى نقل بعضها المازوني . مولده سنة ٨٠٨ وتوفي سنة ٨٨٠

وقيل يبطل ذلك ، لانه لم يخرج مخرج الهبة . انظر حاشية التسولي ومهدي على الزقاقة .

وما قرر في المحابة ، محله اذا كانت المحابة في الثمن ، كأن يبيع ما قيمته مائة بعشرة ، فان كانت في الثمن ؛ كأن يبيع بعض ولده خيار ماله ، ولو زاد ثمنه على قيمته ، فلورثة تقض ذلك . قاله ابن عرفة في السويع الفاسدة ، ونحوه لابن ناجي .

والتوليج كما في الميعار قبل نوازل الشفعة بورقة ؛ ينقسم الى معلوم ، ومظنون ، وموهوم . فالمعلوم يوجب تقض البيع ، والمظنون يوجب اليمين ؛ الا ان يقوي جداً فبصير كالمعلوم . والموهوم لا يوجب شيئاً ، والمعلوم هو ما ثبت باقرار المشتري ، او البيعة كما تقدم . ويردّ فيه البيع ، ان لم يقبض المشتري المبيع قبل حصول مانع ، من موت او تفليس ، فان قبضه المشتري قبل حصول المانع ، فلا توليج على المعتمد من قولين ؛ كما صرح به التسولي في حاشية الزقاقة صفحة ١٤٣ ؛ فقد ذكر هنالك ان جميع صور التوليج مقيدة بما اذا لم يحصل قبض قبل حصول المانع ، وهو ظاهر . والمظنون ما اجتمع فيه امران : ميل البائع للمشتري ؛ وعدم معاينة قبض الثمن . وحكمه توجه اليمين على المشتري ؛ انه ابتاع يبعاً صحيحاً ، ودفع الثمن ؛ ان جرى نزاع له من بقية الورثة . واليمين هنا يمين تهمة لا تنقلب ؛ فان نكل عن اليمين ، يبطل البيع بمجرد نكوله ، كما في شرح التسولي عند قولها « ومع ثبوت ميل بايع لمن البيت ، اآخر الاقرار . فاذا وجدت تهمة الميل ؛ مع معاينة البيعة لقبض الثمن ؛ فلا يمين على المعتمد .

ولو اشترى الاب لابنه الصغير في حجرة ؛ ربعا او غيره ؛ وأقر ان المال للابن ؛ فان عرف الشهود الوجه الذي ذكره الاب ؛ ككونه من ارث امه او

صدقة من فلان ؛ مضى ذلك للابن ؛ وان لم يذكر الاب وجها ؛ فقليل يصح ذلك للابن ؛ سواء اشهد الاب بعد ذلك انه يكرها للابن ؛ او اعتمرها الاب او سكنها حتى مات . قاله ابن القاسم . وبه القضاء . وعليه العمل ؛ كما في ابن ناجي في كتاب المديان ؛ ناقلا له عن وثائق ابن الهندي ووثائق ابن فتوح . وقيل لا يصح ذلك للابن ؛ إلا ان يعرف له مال ؛ وإلا كان ذلك توليها . قاله مطرف وأصبغ . وقد نظم صاحب العمل المطلق المسألة فقال :

والمشتري من غيره متاعا * ان قال للشهود حين ابتاعا
لابني اشتريت وبما قدرزقا * نفذ ذلك للابن مطلقا
بين ام لا وجهه والحال * ان ليس يعرف للابن مال

ولو اشترى الأب لابنه الصغير بمال ؛ اقر انه وهبه له ؛ فان ابرز الاب المال وحوزه لغيره ، ثم امر الحائز بدفع ذلك للبائع ، كان اصح في الاحتياز ، واجوز للاتباع . وان دفع الاب ولم يحوزه احدا ، فقليل ذلك حوز تام ، واتباع الابن نافذ ، ولو لم يقبض الابن المبيع . وبه القضاء ، وعليه العمل . وقيل ليس بحوز ، واذا مات الاب رجع ذلك ميراثا . قاله في معين الحكام ومختصر الشيطانية ، ونظم المسألة صاحب العمليات العامة العلامة السجلاسي فقال :

كذلك ان قال بما وهبت له * من ثمن كان الشراء واستعمله
لموته فالحوز اخراج الثمن * من يده وهو عليه مؤتمن

المبحث الثاني في الاقرار بالنسب او وارث

اذا اقر احد ، ان فلانا ابن عمه ، لا وارث له غيره ، وأشهد بذلك ثم مات ، فمذهب ابن القاسم لا يثبت النسب بهذا الاقرار ، وانما له المال بعد الثاني ، فان لم يأت له طالب ، اخذه المقر له ، مع يمينه . وبعد ثبوت النسب قال مالك وجماعة اصحابه ، وحكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ ، قالا : لا يلحق

نسب احد من اخ او ابن عم او عم ، ممن استلحقه ، حتى وكنت وارثه وموروثه .
 بذلك الاستلحاق ، إلا الوالد للولد فقط ، كان الاقرار في صحة او مرض ، وقال
 اصبح في المستخرجة : اذا لم يكن له وارث معروف ، فاقراة جائز في صحته ،
 ويكون له ماله ، ولا يثبت له النسب بذلك ، وقاله سحنون ، وله قول آخر ، انه
 لا ميراث لهذا المقر له ، وان لم يكن للمقر وارث معروف ، لان ميراثه
 للمسلمين ، فهم كوارث معروف ، ومذهب اشهب انه لا يستحق الميراث ، إلا من
 استحق النسب ، وثبت له بما ثبت به الانساب ، ومذهب اشهب هو النظر والقياس ،
 إلا ان العمل جرى بقول ابن القاسم ، نقله ابن سهل وغيره ، وابنى على عدم
 ثبوت النسب بالاقرار ، فتوى فقهاء قرطبة في رجل اقر لاختين : انهما وارثاه
 ابنا عمه ، فمات احدهما قبل المقر ، ثم مات المقر ، فأراد الباقي من الاختين
 المقر لهما ، ان يأخذ جميع المال ، فقالوا ليس له إلا نصف المال ، اذ لم يقر بأكثر
 من ذلك ، وهو انما يأخذ بالاقرار ، لا النسب ، انظر شرح العمل العام عند قوله :

والاخوان ان اقر لهما * انهما ابنا عمه في الاتما
 وماله لا حق فيه لاحد * معهما ان مات عن غير الولد
 فمات قبل واحد فالتالي * لا يستحق غير نصف المال
 اذ هو بالاقرار لا بنسبه * يأخذ والنصف هو المقر به

ومن هذا الوادي ما أجاب به احمد بن عبد الله اللؤلؤي ، (١) في رجلين
 اقرا انهما ابنا عم لاب ، وهما غربيان في الموضع الذي اقرا فيه ، فمات احدهما
 فورثته ابنته وزوجته والمقر به ، ثم ماتت البنت ، فهل يرثها المقر به ؛ وكيف
 ان كان الحاكم قد قضى بالميراث له بذلك الاقرار ، فقال لا يرثها بإقرار ايها

(١) هو محمد بن احمد ؛ ويقال احمد بن عبد الله الاموي المعروف باللؤلؤي - صناعة ابيه -
 قرطبي ؛ افقه اهل زمانه هدموت ابن ايمن ، توفي سنة ٣٥٠ - او سنة ٣٥١

له ، وان كان الحاكم قد قضى بالميراث لم يرد حكمه ، لاختلاف الناس فيه . اهـ .
من معين المفتي .

ولو رجع المقر بوارث له عن اقراره . منع رجوعه من ارث المقر له ، لان
اقراره دائر بين ان يكون وصية او شهادة ، وكلاهما يطول بالرجوع . قاله
العقباني في جواب له نقله صاحب الدرر المكنونة في نوازل مازونة . (١)

ولو اقر احد الورثة بوارث آخر ، لكان للمقر له من المقر ما اخذه زائدا
عما ينوبه ، على تقدير صحة الاقرار . ففي مختصر ابن الحاجب ، آخر الاستحقاق :
ولو ترك امأ وأخاً ، فأقرت بأخ ؛ ففي الموطأ يأخذ منها النصف ، وهو السدس ،
لنفسه ، وعليه العمل . وروي يقتسمه مع اخيه . التوضيح : انما كان للمقر له
السدس ، لانها اقرت بأخوين يحجبانهما الى السدس ، ولا شيء فيه المنكر ، لان
يده الثلاثين ؛ وهو معترف بأنه لا يستحق غيرهما . وقوله روي يقتسمه مع اخيه ؛
اي لانها انما اقرت بالسدس لهما . وعلى القول الذي به العمل اقتصر في
المختصر .

ومن هذا الوادي ما في المجالس المكنسية في : هالك ترك ابنين ، اقر أحدهما
بثالث ، ثم اقر برابع . قال سحنون يجعل الجميع كأنهم ثابتو النسب ، وقال
هذا معنى قول ابن القاسم : فان ترك الميت ستين ديناراً ، اخذ المنكر منها ثلاثين
والثلاثون الاخرى يأخذ منها المقر له الاول عشرة ، والمقر له الآخر خمسة ؛
ويبقى للمقر خمسة عشر . وقال اشهب : انما ينظر في ذلك الى ما يجب للمقر
له ، على تقدير الاقرار بالجميع نسقاً ، فيأخذ المقر له الاول خمسة عشر . والمقر له
الثاني خمسة عشر ، ولا يبقى للمقر في هذا الفرض شيء . ولو اقر بخامس

(١) صاحب الدرر المكنونة هو ابو زكرياء يحيى بن موسى المنبلي المازوني القاضي . اخذ
عن ابن مرزوق الحفيد وقاسم العقباني ، وبهذا الكتاب فتاوى كثيرة من علماء تونس وبجاية
وتلمسان والجزائر وغيرها ، ومنه ومن نوازل البرزلي استمد الوائشيسي ، توفي بتلمسان سنة ٨٨٣
ك . ١٤

لضمن له من ماله قدر نصيبه . وقال احمد بن نصر الداودي : يفرق في ذلك بين ان يدفع للاول بقضاء ، فلا ضمان عليه ؛ او بغير قضاء ، فيضمن . اهـ .
تقله في معين المفتي .

المبحث الثالث في الاقرار بالحسبية

قال في مختصر المتبعية : يجوز لمن بيده دار او جنة ، ان يشهد انها حبس عليه وعلى عقبه وعلى كل من يذكر من المرجع ، وينفذ الحبس بشهادته . وهو في المعنى اقرار على نفسه . ويكتب في ذلك : اشهد فلان بن فلان ، اقرارا بالحق وعملا بمقتضاها ؛ ان الدار التي بيده ، بموضع كذا ، وحدودها كذا ، محبسة عليه من غيره ، ثم على عقبه من بعده . وان كان العقب داخلين معه ؛ قلت : وعلى عقبه - بالواو - ماتا سلوا وتسلسلوا ، ثم مرجعها من بعدهم الى كذا ؛ ثم يكمل الاشهاد . وانما قلنا من تحبب غيري ، لبيان ان الحبس ليس من قبله ، اذ لا يجوز لاحد ان يحبس على نفسه . وانما لم يسم المحبس ، لثلا يكلف القائم بهذا العقد ؛ اثبات موت المحبس ، وتناسخ وراثته ؛ فيعذر الى الورثة ، والعقد دون هذا تام ، وبه ضعيف . وان ضمننت في العقد علم الشهود بسكني المشهد ، وكونها بيده ، كان حسنا . وان اسقطته كان جائزا ، فان تبين بعد ذلك ان الدار ملك للمقر ، لم ينفذ التحبب فيها ، إلا ان يكون قد خرج عنها ؛ وحيزت بما تحاز به الاحباس ؛ فينفذ . ولو اقر الورثة بحبس ، لزهم ذلك . ويكون محبسا عليهم على حسب ما اقرؤا به ؛ إلا ان يظهر كتاب الحبس يوما ما ؛ ويكون فيه خلاف ما اقرؤا به من التعقيب والمرجع ؛ فينتقض اقرارهم في ذلك . وان شرهم احد في الميراث ؛ لم ينفذ اقرارهم إلا في حصصهم فقط ، ويلزم المنكر اليمين بالله ؛ انه لا يعلم ان مورثه حبس عليهم شيئا . وليس له رد اليمين ، لانها لو ردت ، لردت على مدعي الحبس وأعقابهم ، ولا يحلف احد عن احد ، وايضا لو نكلوا عنها ، لم

ينطل الحبس بنكولهم ، لبقاء حق العقب ، وقال الباجي (١) في وثائقه: اختلف هل على المنكر يمين أم لا ، فقال : بعضهم لا يمين عليه ، وقال بعضهم عليه اليمين ، اه .

المبحث الرابع في الاقرار بالمجمل

إذا أقر الزوج الصحيح ، بأن جميع ما في بيته لامرأته ، وأشهد بذلك ، فقال ابن زرب لا بد لها من اليمين بعد ذلك . قيل له ، وإن نصت الأشياء التي أشهد لها بها ، ووصفت في الوثيقة ، قال وإن وصفت ، فلا بد من اليمين ، لأن الصفات قد تقع على تلك الأشياء وغيرها ، إلا أن توصف وينظر إليها الشهود ، يريهم إياها المقر بها لامرأته ، ويعرفونها حين أداء الشهادة ، فحينئذ تستغني عن اليمين . قال ابن زرب : وكان عندنا شيخ ممن يستفتى ، كان يقول : إذا ادعى ورثة الزوج أنه اكتسب بعد شهادة لزوجته أشياء وجدت في البيت ، وقالت المرأة أنه مما كان أشهد لي به ، وحبت اليمين أنه ما اكتسبها بعد إشهاده ، وإن لم يدعوا هذا ، لم تجب اليمين . وكان ابن زرب لا يستحسن هذا القول ، ويذهب إلى أن اليمين واجبة على كل حال . اه . من أحكام ابن سهل ، نقله الشريف عند قول الزقاق « وأشهد زوج صح للعرس يجتلى » في مبحث التوليع .

وفي الفتاوى الاجهورية : (٢) شئل عمن أقر في حال صحته ، أن جميع ما

(١) الباجي صاحب الوثائق هو محمد بن أحمد بن عبد الله المروفي بابن الباجي . كان بصيرا بالمقود متقدما في الوثائق ؛ ألف فيها كتابا حسنا . وكان تابا مستوعبا في سجلات القضاء . وولده سنة ٣٥٦ وتوفي سنة ٤٣١ .

(٢) الفتاوى الاجهورية نسبة للاجهوري ؛ جمعها بعض تلاميذه ؛ والمنسوبة إليه هو علي بن زين العابدين بن محمد بن زين العابدين ابن الشيخ عبد الرحمن الاجهوري شيخ المالكية في الديار المصرية . أخذ عن البدر القرافي والبرموني والسنهوري والقيشي وغيرهم . وأخذ عنه الخرشى والشبرخية وعبد الباقي الزرقاني وابنه محمد ، له شرح على المختصر الحلبي . توفي سنة ١٠٦٦ .

يملكه من نقد ودين وسائر ما بمنزله من الامتعة ، مما يليق بالزوجة وما يليق بها ولولدها منه فلان وكتب بذلك وثيقة عند حاكم شرعي ، فهل هذا الاقرار صحيح معمول به ، سواء كان قاصدا حرمان بقية الورثة ، ام لا ، فأجاب : نعم ، الاقرار المذكور الصادر من الصحيح العاقل الرشيد ، للزوجة والولد ، صحيح لازم ، وان فعل ذلك قاصدا حرمان بقية الورثة ، ولا يضره الميل للزوجة ، وهو من الهبة ، لا بد فيه من حوز المقر له ، ما اقر به ، قبل حصول مانع المقر ، من موت ومرض مخوف ونحوهما ، اهـ .

واما اذا أقر ان جميع ما في بيته لزوجته ، وهو مريض ، فعند الابهرى : (١) ان كان غير متهم ، صدق ؛ وان كان يتهم على ذلك ، نظر فيه ، لان اقراره لمن يتهم عليه وصية منه له ؛ ولما علم ان وصيته لا تجوز ، جعلها اقرارا ، نقله في الطرر . وأفتى ابن زرب في ذلك ؛ بأن ما كان من زيا فانها تأخذه بلايين ؛ وما كان من غير زيا : فلا تأخذه إلا يمينها ، وأفتى ابن وضاح : (٢) ان ذلك عامل ؛ إلا في ذهب او فضة ، دنائير او دراهم ، وما كان من ثيابها وزيا او عروض او طعام ؛ فهو موروث ، إلا ان يعين ذلك في صحته ، ويعين الشهود ذلك . انظر حاشية الشريف على الزقاقية ، اخر مبحث التوليج .

المبحث الخامس فيما يقبل فيه رجوع المقر عن الاقرار

الاصل في الاقرار اللزوم . وضابط ما لا يجوز الرجوع عنه ؛ هو الرجوع

(١) هو ابو بكر محمد بن عبد الله الابهرى . انتهت له الرئاسة ببغداد . وأخذ عنه ابو بكر الباقلائي والقاضي عبد الوهاب وأبو جعفر محمد بن عبد الله الابهرى الذي يعرف بالابهرى الصغير وبابن الحصاص المتوفى سنة ٣٦٥ - وابن القصار وابن خويز منداد والاصيلي وابن الجلاب . له شرح على المختصر الكبير والصغير لابن عبد الحكم وكتاب الاصول وكتاب اجماع اهل المدينة توفي سنة ٣٩٥

(٢) جملة في الديباج مشهورا برواية الحديث والزهد ، وهو محمد بن وضاح ؛ من الاندلسيين ؛

الذي ليس فيه عذر عادي ، وما يجوز الرجوع عنه ، هو ما كان للمقر عذر عادي في اقراره . وهذا كما اذا اقر الوارث للورثة : ان ما تركه ابوه ميراث بينهم على القانون الشرعي ؛ ثم شهد له شهود : ان اباه اشهدهم ؛ انه تصدق عليه في صغره بهذه الدار وحازها له ، فانه اذا رجع عن اقراره ؛ يقبل رجوعه ؛ لانه اقر بناء على العادة ، ولا يكون اقراره السابق مكذبا للينة ، لان هذا عذر عادي ، يسمع مثله . قاله القرافي في الفرق ٢٢٢ وتلقاه غير واحد بالقبول . ومن هذا المعنى ان يقول : علي مائة درهم ان حلف ، او اذا حلف ، او متى حلف ، او حين يحلف ، او مع يمينه ، او بعد يمينه . فحلف المقر له ، فكل المقر ، وقال ما ظنت انه يحلف ، لا يلزمه شيء . قاله المقر في القاعدة العاشرة من قواعد القسمة والمساقاة والقراض . نظير ما قالوه فيمن قال رضيت بما شهد به علي فلان وفلان . فما شهدوا به فهو الحق ، فان له ان يرجع عن ذلك بعد شهادتهما ، ولا يلزمه الحق ، لان من حجته ان يقول : ظنت ان لا يشهدا باطل . وهو الفرق بين هذه المسالة ومسالة ما اذا قال : رضيت بيمينك ، وخذما تدعيه . فانه ليس له الرجوع عن ذلك ، ويلزمه الحق متى حلف صاحبه . وايضا فاليمين اما ان تكون في جهة المدعى عليه ، فاذا قال للمدعي : احلف ، كان ذلك نكولا منه عن اليمين ، فلم يكن له رجوع ، لان بنكوله ترتبت اليمين في جهة خصمه . واما ان تكون في جهة المدعي . فاذا قال للمدعى عليه : احلف ، فقد نكل عن اليمين ، وترتبت في حق خصمه . وليس رضا بالشهادة نكولا منه عن شيء وجب عليه ، فافترقا معنى .

ومن قبول الرجوع في الاقرار للعذر العادي ؛ ما فعله المجلس المالكي في

(بقية هامش صفحة ١٠٨)

قال . ولم يكن له علم بالمرية ولا بالبقية ؛ وكان المجاب عنه احمد بن خالد . مولده سنة ١٩٩ وتوفي سنة ٢٨٧ - او سنة ٢٨٦

نازلة حبس الشيخ الهشري ؛ فقد تضمن رسم حبسه : ان نصفه حبس على ابنه فلان ؛ ونصفه حبس على بقية اخوته فلان وفلان وفلان الخ . . . فرفع بعض المستحقين الامر للقاضي الحنفي ؛ يطلب تقديم مقدم على الحبس ؛ وتوزع ريع جميعه على سائر ورثة الشيخ الهشري ، على السواء ، فأدلى المختص بالنصف برسمه المقتضي للاختصاص ، فأبدى القائم مطاعن في الرسم ، ظنهما القاضي الحنفي وحيته ، فاستراب الرسم وحجزة ، وهذا المستظهر به بالسجن ، لتدليس الرسم ؛ وأمر بقسمة الحبس على الرؤوس ، وندي المستحقين كلهم للتقارر على الحبسية ، وقسمة الحبس على الرؤوس ، ومن جعلتهم مستحق النصف ، فتقارروا على ذلك ؛ ووقعت القسمة بضم سنين على الوجه المسطر ؛ ثم قام الابن المختص بالنصف بمقتضى رسم الحبس ، على المستحقين ، مدعياً اختصاصه بالنصف ، لدى القاضي المالكي ، فاحتج عليه المدعى عليهم برسم المقارة ، الصادرة منه ومن غيره ، فاعتذر بأن حجز الرسم عنه ، ظنه حكماً باطله ؛ وأن تهديده بالسجن لاجل الاستظهار به ، حمله على المقارة ؛ وتبين ان الرسم صحيح لا رية به ، فقبل المجلس عذره ، وألغى المقارة ، بعد ان وجه عليه يميناً : ان اقراره كان لما ذكر ، وأرجف المبطلون في ذلك ما شاؤوا ، وقد علمت ان ما فعله المجلس ، هو صريح الفقه .

ومن هذا المعنى ما ذكره المغربي (١) عند قولها في اوائل العدة وطلاق السنة: وكذلك ان طلقها وهو غائب ، فعدتها من يوم طلق ، ان قامت على الطلاق بينة ، وان لم تقم بينة ، إلا انه اقر به لما قدم ، فالعدة من يوم اقراره ، ولا رجعة له فيما دون الثلاث ، اذا تمت العدة من يوم الاقرار . وترثه في العدة المؤتلفة ، ولا يرثها ، ولا يتوارثان في البتات ، ولا يرجع عليها بما انقضت من ماله . بعد

(١) هو ابو الحسن المترجم له في هامش عدد ٣ من صحيفة ٨٩

طلاقه ، قبل علمها ، لانه فرط . ونص المقربي في صغيره : وانظر لو قال الزوج هنا : انما اقررت بذلك لاتخلص من النفقة والسكنى ، هل يصدق ، وتكون له الرجعة ، أم لا . وانظر المرأة تدعي : ان زوجها طلقها ثلاثا فلا تصدق ، ثم يخالفها ، فتريد نكاحه بعد ذلك ، وتقول : انما قلت انه طلقني ثلاثا لاتخلص منه ، فذلك لها . والمرأة تطلق ؛ فتدعي الحمل ؛ فتقول : لم يكن لي حمل ؛ وانما قلت ذلك ليراجعني ، انها تصدق . انظر برنامج الشوارد . اخر مبحث الاقرار وقيل . مبحث الاستحقاق .



الفصل الثالث

في الأبراء

الأبراء من المعين ، اسقاط لمطالبته به . فهو في الحقيقة هبة . (١) فما كان يعرف أصله للمبريء (بالكسر) ان حيز من المبرأ قبل حصول المانع ، فذاك وإلا بطل . قاله التسولي في حواشي الزقائية صفحة ١٣٢ - ويعرف أصل الملك للمبريء او المبريء ، بأن يكون بحوزة ستة اشهر او عشرة . قاله الونشريسي .
والأبراء بصيغة عامة ، كقوله أبرأته من جميع الدعاوي ؛ لا يتناول الربع ؛ حتى ينص عليه ؛ على ما به العمل . قاله ابن ناجي ؛ ونظمه صاحب العمل المطلق فقال :

والربع من ذاك العموم خُصاً * إلا اذا نُص عليه نصا
وقال البرزلي : وقعت مسألة اختلف فيها شيوخنا . وهي ان رجلا أبرأته
اخته من جميع تركتها ايها ؛ ما كان من ذلك في ذمة او امانة ، ابراء تاما .
وقد كان في التركة ارض او دار او عين عند غيرهما ، فأراد الاخ الاختصاص

(١) استعبد بعض علماء مصر ؛ لكونه يناكده تحقيق ابن عبد السلام الاتي في الاسقاط في المعين ؛ وحكاية الاجماع المنقولة عن النوادر في الأبراء في المعين وأجبت بأن الأبراء من وادي الاقرار ؛ لانه اعتراف من المبريء بأن لاحق له في المبريء منه . والاذقرار بالمعين ؛ الذي يعرف ملك المقر له ؛ جار مجرى الهبة ؛ كما هو مصرح به في الدواوين المذهبية ؛ ونقله مهدي في حاشية التاودي ؛ ونهنا عليه في صفحة ١٠٠ وكلام النوادر صريح في ان الأبراء العام يتناول المعين ؛ كالدار والارض . واما نفوذه والقضاء به ؛ اذا كان المعين المبرؤ منه ؛ يعرف ملك المقر له ؛ فيتوقف على الحوز قبل حصول المانع ؛ كما هو صريح نصوصهم في باب الاقرار . وليس في كلام النوادر ما يعارضه ؛ لانه مسكوت عنه .

به ، للفظ البراءة وتعميمها . فأفتى شيخنا احمد الغبريني (١) رحمه الله : بأنهم ليس له منه إلا قدر ميراثه ، وأنه غير داخل تحت الابراء . وأفتى شيخنا الامام اولاً : ان الاخ يختص به ، فلما عرف بفتوى المفتي المذكور ، رجع اليه . وهو الاحسن ، لانه ليس في ذمته ولا في اماتته . اهـ .

ولا يتناول العموم في الابرء ، الابرء من المعين . فاذا قال أبرأته من جميع الدعاوي ، فلا تدخل الدابة والدار والثوب ونحوها ، حتى ينص عليها ، فيقول « من داري او دابتي » ونحو ذلك . كما في الخطاب . قاله التسولي . وقال مهدي : والابرء العام يشمل المعينات ، كالعبد والدابة ، على ما هو الصواب . خلافاً لمن وهم . قلت : وما ذكره مهدي هو المتعين ؛ فقد ذكر الخطاب في شرح المختصر في التنبيه الثاني عند قول خليل « وان أبرأ فلانا مما له قبله الخ » ما حاصله : ان ظاهر كلام خليل والمازري ان الابرء يشمل الامانات ، وهي معينات . وفي كتاب الدعوى من ذخيرة القرافي : ان الابرء من المعين لا يصح ، بخلاف الدين . فلا يصح : أبرأتك من داري التي تحت يدك ، لان الابرء الاسقاط ، والمعين لا يسقط ؛ نعم يصح فيه الهبة ونحوها . قال الخطاب : وهو كلام ظاهر في نفسه ؛ إلا ان مراد القائل أبرأتك من داري التي تحت يدك ، اي اسقطت مطالبتني بها ، فالكلام على حذف مضاف ، مع ان ما ذكره القرافي ، خلاف ما لابن عبد السلام من الاسقاط في المعين . وان لفظ الابرء اعم منه ، لانه يطلق على المعين وغيره . اهـ . كلام الخطاب . وفي النوادر : وان اقر أنه لاحق

(١) احمد الغبريني الاكبر هو قاضي بجاية ، وهو احمد بن احمد الغبريني ؛ مؤلف . عنوان الرواية ، توفي سنة ٧٠٤ - او سنة ٧١٤ - واحمد الغبريني الأصغر هو ولده ابو القاسم احمد بن احمد بن احمد - ثلاثا - الغبريني ؛ فقيه تونس وعالمها وخطيبها بجامع الزيتونة ، اخذ عن ابن عبد السلام وغيره ، وأخذ عنه البرزلي وأبو مهدي عيسى الغبريني . توفي سنة ٧٧٢ وتولى مكانه في الخطابة ابن عرفة

له قبله ، فليس له ان يطلبه بقصاص ولا حد ولا ارش ولا كفالة بنفس ولا بمال ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا ارض ولا رقيق ، ولا في شيء من الاشياء من عروض وغيرها ، إلا ما يستأنف بعد البراءة . في اجماعنا . أه . قال بعض شراح المختصر : وبه تعلم ان قول القرافي ، ان البراءة في المعين لا يصح ، خطأ ، لان ذلك مجمع عليه في مذهبنا ، كما في النوادر .

ولو ابرأ انسان آخر ، من قليل الاشياء وكثيرها ، من ميراث وغيره ، فالتزم باخر جميع ما التزمه الاول ، ولم يبين الاول جميع ما كان التزمه ، ثم ذهب هذا الملتزم . الى انه لم يقصد إلا اشياء معينة ، صارت له بالميراث . فاختلف فيها فتاوى العلماء ، ووقع في افضية الحاوي عن احكام ابن حدير ، في اخ التزم لاخته وأخته ، مثل الذي التزم لهما اخوهما الرابع ، في قطع دعواه عنهما في ميراث أبيهم ، في قليل الاشياء وكثيرها ، من ميراث وغيره ، ولم يبين الرابع جميع ما كان التزمه ، ثم ذهب هذا الاخ الذي التزم لهما مثل ما التزم اخوه ، الى انه لم يقصد بالتزامه إلا اشياء معينة ؛ صارت لهما بالميراث . لا غير ذلك . فأفتى ابن ابي عيسى وأكثر اصحابه : بأنه لا يلزم هذا الاخ إلا ما نص وفسر من الاملاك المذكورة ، بعد يمينه انه ما التزم من البراءة إلا على ما نص عليه من الاملاك المذكورة ؛ وأنه ما التزم سائر ما التزمه اخوهما الرابع . وله رد اليمين عليهما . وأفتى ابن خلف : انه يلزم هذا الاخ البراءة من جميع ما يتعين ، وغير ذلك . ما ترك ابوهم ، من قليل الاشياء وكثيرها ؛ كما التزم اخوهم الرابع ، لانه ابرأهم مثل ابرائه ، وهو عام ؛ فحل هذا الاخ محل اخيه في جميع ذلك ، لانه عرف قدره ومبلغه . وما ادعاه من ان في الوصية اشياء لم يقف عليها ، فالوصي مؤتمن على ما اوصي عليه ، والقول قوله ، إلا ان يثبت ما يوجب قطرا ، فينظر السلطان . وأفتى ابن حارث : اشهاد الاخ بأن لا حق له في جميع ما

ذكر في أعلا الكتاب ، قاطع وحاسم لجميع ما فيه من ميراث في الاملاك المنصوصة ولما ذكر في آخر الوثيقة ، ويلزمه في جميع ذلك ما التزمه فيه . وليس له استثناء شيء اظهره من الجملة التي اظهرها . قال البرزلي : هذه كمسألة من خالغ زوجته على شيء ، ثم عزم الابرأء في جميع الدعاوي كلها ، ثم ادعت المرأة انه ما كان التعميم إلا في احكام الخلع خاصة ، وادعى الزوج انه راجع الى جميع الدعاوي كلها ، مما يتعلق بالخلع وغيره . فأفتى ابن رشد بارجاع العموم الى جميع الدعاوي ، وأفتى ابن الحاج بارجاعه الى احكام الخلع خاصة ؛ واختاره ابن مرزوق قائلاً : انه الحق الذي لا عوج فيه ولا امتنا . وقال سيدي عمر الفاسي : والقولان المذكوران كلاهما معمول به ، قضاء وقيا . ولهذا قال الزقاق :

وان عزم الابرأء والخلع سابق * فقصر وتعميم جميعاً تأهلاً

اي تأهل كل منهما لان يعمل به . وقال الشدادي : ما اختاره ابن مرزوق هو الذي جرى به العمل ، على ما صرح به الجزولي (١) في اختصاره لتوازل البرزلي . قال البرزلي : وهو عندي يجري على الخلاف في مسألة : العام اذا ورد على سبب خاص . هل يقصر سببه . او يعم . وبحث فيه بعض شراح الزقاقة بأن الخلاف بين الاصوليين ، انما هو في العام المستقل ، والعام الوارد على الخلع ونحوه ليس بمستقل . وحكى صاحب المعيار عن بعض المتأخرين من محققي شيوخنا (وهو ابن مرزوق كما في شرح العمليات العامة) في هذه النازلة ، ان يسئل شهود الوثيقة ، فان قالوا صرحت بما عدا الصداق من الديون ، او قطعوا بفهم ذلك

(١) هو محمد بن سليمان بن داود الجزولي . ولد بجزولة ولقي بتونس حين دخلها . ابا القاسم البرزلي . مولده سنة ٨٠٦ . وتوفي سنة ٨٦٣ - وليس الجزولي هذا صاحب دلائل الخلفاء ؛ وان توافقا اسما واسم اب ونسباً وزماناً ، اما شارح الرسالة فهو الشيخ عبد الرحمن الجزولي . ومقدم زماناً اذ توفي سنة ٧٤١ او سنة ٧٤٤

عنها ، قبلوا ان كانوا اهلا . وان تعذر سؤالهم ، سئلت المرأة ، فان قالت ما اردت إلا الصداق ، حلفت ، وثبت لها في ذمتها ما عداه . وقد اختلف فيها بين جاية ومصر وما كتبت به هو الذي ارتضيه . اهـ .

ومثله في جواب للشيخ العربي الفاسي . (١) وقال البرزلي بعد ان ذكر الخلاف : وهذا ما لم يعين السياق قصره او عمومه ، فان قصره او عممه ، حكم عليه بذلك ، وإلا جاء القولان . واما ان لم يجز ذلك على سبب ، فلا اشكال في العموم . اهـ . انظر برنامج الشوارد وشرح اللامية .

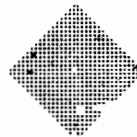
ولو وقع ابراء عام ، بأن قال : ابرأته مما لي قبله ؛ او من كل حق لي عليه ، او قال ابرأته - فلم يزد على ذلك - ثم قام يدعي عليه بحق ، وأقام بينة عليه ؛ والرسم الذي وقع فيه الأبراء خال من ذلك ، لم يتعرض لاسقاط هذه البينة . فان علم تقدم البينة على البراءة ، او جهل ، فلا تقبل بينته . وان علم بينته ، ان الحق المدعى به ، بعد الابراء ، قبلت بينته . هذا هو المشهور . وهو معنى قول المختصر « وان ابرأ فلانا مما له قبله ؛ أو من كل حق ، او ابرأه ، بريء مطلقا ، ومن القذف والسرقة ، فلا تقبل دعواه ، وان بصك ؛ إلا بينة انه بعده » اهـ . واما قول اللامية :

ويقضى الخصم بعد نفي حقوقه * بينة والرسم من نفيها خلا
فمعتز ، كما لشراحه . وهو وان وافق ما لابن عات في طرده ، فمخالف للمعتمد . والراجح ما افق به ابن الضابط (٢) في المسألة . ومن هنا يعلم ان ما ذهب اليه عظموم في برنامجهم ؛ من احتمال التوفيق بين الكلامين ، لا ينبغي اعتماده .

(١) هو محمد العربي بن يوسف الفاسي . من بيت الفاسي الشهير . مولده سنة ٩٨٨ وتوفي بطاوان سنة ١٠٥٢

(٢) هو ابو عمرو عثمان بن ابي بكر جود الصفاقسي المعروف بابن الضابط المحدث توفي سنة ٤٤٤

ولو عقد انسان : انه لم يخلف عند فلان قريبه ؛ او عند ورثته ؛ مالا ولا عرضا ولا ناضا . فاختلف في سقوط اليمين عن المبريء ؛ فكأن بعضهم يرى سقوطها ؛ وبعضهم يرى وجوبها . قاله ابن الحاج ؛ ونقله الوانشرسي في نوازل المعيار من الاقرار . قلت : والمسألة ترجع الى توجه يمين التهمة ؛ وقد علمت ان العمل بتوجيهها مطلقا . ولا يجوز للوصي ان يبريء عن المحجور البراءة العامة ؛ وانما يبريء عنه في المعينات . وكذلك المحجور لقرب ؛ رشده لا يرثه إلا من المعينات ، ولا تنفعه المبراة العامة ، حتى يطول رشده ، كسته اشهر فأكثر . ولا يبريء القاضي الناظر في الاحباس المبراة العامة ، وانما يرؤه في المعينات ؛ وابطاؤه عموما جهل من القضاة . كجعل القاضي الناظر مصدقا في دل ما يتولى دخله وخرجه ؛ دون بينة ، لثقتة بالقيام به . فهو غير جائز ، لان اموال الاحباس كأموال الايتام . قاله البرزلي ونقله الخطاب صفحة ٢٣٣ ج ٥ - وتبين بما نقلناه ، ان القاضي لا يأذن المقدم ان يحاسب نفسه بنفسه ، ولا بد من البينة في دخله وخرجه . فما يفعله المقدمون اليوم في محاسباتهم ، لا يساعد عليه النظر الملكي .



الفصل الرابع

في الاسقاط

اسقاط الانسان لحق من حقوقه ، لازم له ، اذا كان اهلا للتبرع به ، وكان بعد وجوبه له . وليس للمسقط الرجوع ، حيث لم يكن هناك عذر قوي . فان كان ثم عذر قوي ، كالزوجة تهب يومها لضرتها ، او لزوجها ، او تسقط حقها من القسم . فان لها الرجوع متى شاءت . ففي المدونة : اذا رضيت امرأة بترك ايامها ، وبالاثره عليها ، على ان لا يطلقها ، جاز . ولها الرجوع متى شاءت ؛ فاما عدل او طلق . قال اللخمي : وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت ، او للابد ، لان ذلك مما يدركها فيه الغيرة ، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت ، إلا اذا كان ما وهبته ، الزمن اليسير . كاليوم واليومين . فلا رجوع لها .

واذا وهبت يومها لضرتها : اختصت به الموهوب لها . وللزوج الامتناع ؛ لا للموهوبة ، لان الحق في الاستمتاع بالواهبه ، للزوج ؛ فلو جاز للموهوبة قبول هذه الهبة ، بغير رضى الزوج ؛ لسقط حق الزوج في متعته بالواهبه ؛ بغير رضا ؛ وهذا باطل . وكذلك لو قبل الزوج الهبة ؛ لم يكن للموهوبة الامتناع من القبول ، لان له الاستمتاع بها في كل وقت ، وانما امتنع عليه لحق الزوجات الاخر ، فلما اسقطت احداهن يومها للاخرى ، ورضي الزوج بذلك ، جاز ، ولم يكن للموهوبة في ذلك مقال . ولو وهبت المرأة يومها للزوج ، او اسقطت حقها من المبيت ، تصير كالعدم . وليس للزوج ان يخص يومها بواحدة من البواقي . انظر المسألة الرابعة من خاتمة التزامات الخطاب .

وتقييدنا لزوم سقوط الحق ؛ بما اذا كان بعد وجوبه للمسقط ؛ للاحتراز

عما اذا كان قبل وجوبه ، فانه يجري في سقوطه خلاف ، وقد اختلف الترجيح في فروع هذا الاصل ، وقد ساق منها الخطاب في التزاماته سبع عشرة مسألة ؛ تقتصر منها على ست ؛ ونضيف اليها سابعة لم يذكرها الخطاب :

المسألة الاولى : اسقاط الشفعة قبل بيع الشريك ، لا يلزم ، ففي كتاب الشفعة من المدونة : ولو قال للمبتاع قبل الشراء : اشتر ؛ فقد سلمت لك الشفعة ؛ وأشهد بذلك ، فلم القيام بعد الشراء ، لانه سلم ما لم يجب له ، وان سلم بعد الشراء ، على مال اخذه ، جاز ، وان كان قبل الشراء ؛ بطل ؛ ورد المال ، وكان على شفعتيه ، اه . قال ابن يونس : لان من وهب ما لا يملك ؛ لم تصح هبته . وقال اللخمي : ويختلف اذا سلها قبل الشراء ، وقال له : اشتر ، فاذا اشتريت فلا شفعة لي عليك . فقيل لا يلزمه ذلك ، وله ان يستشفع . ويجري فيها قول آخر : انه لا شفعة له ، قياسا على من قال ان اشتريت عبد فلان ؛ فهو حر ؛ او ان تزوجت فلانة ، فهي طالق . ومن جعل لنزوحته الخيار ان تزوج عليها ، فأسقطت ذلك الخيار ، قبل ان يتزوج عليها . فقد قالوا ان ذلك لازم لها ، وهو في الشفعة ابن ؛ لانه ادخل المشتري في الشراء لمكان الترك ، ولولا ذلك لم يشتره ، فأشبهه هبة قارنت البيع . ولانه لو قال له : اشتر ذلك الشقص والتمن علي ؛ فاشتراه . يلزمه الثمن الذي اشتراه به ؛ لانه ادخله في الشراء . وهذا قول مالك وابن القاسم . وهو في الشفعة ابن ، اه . ولما كان القول المخرج لا يقوى قوة القول المخصوص ، كان الراجح في مسألة سقوط الشفعة ، عدم اللزوم ، وقد قال ابو الحسن الصغير ؛ قيل لابي عمران : اذا قال « ان وجبت لي الشفعة فقد سلمت لك » هل هي مثل مسألة الكتاب ، قال : ذلك سواء ، ولا يلزمه شيء . وقال ابن رشد : اذا قال « ان كان فلان قد اشترى هذا الشقص بكذا ؛ فقد سلمت له الشفعة » فهذا يلزمه ، ان كان قد اشترى فلان .

واما ان قال «ان اشترى فلان الشقص ، فقد سلمت له الشفعة» فهذا لا يلزمه التسليم ؛ ان اشترى ؛ لانه اسقط حقه قبل ان يجب له .

المسألة الثانية : - من اسقط ارثه من مورثه ، او وهبه لشخص آخر . فان كان بعد موت مورثه ، او حال مرض مورثه المخوف الذي مات فيه ، لزمه ، ولم يكن له رجوع ؛ إلا اذا ظنه يسيرا ، ثم بان انه كثير ، فيحلف على ذلك ؛ ولا يلزمه . وان كان في صحة مورثه ، لم يلزمه ، وكان له الرجوع . فان وهب الوارث ميراثه لمورثه ، فان لم يقض المورث فيه شيء حتى مات ، رجع للواهب . وان قضى فيه شيء ، جرى على وزان اجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث ، او لبعض الورثة . ولهم ثلاثة احوال . الاولى ؛ ان يكون ذلك في صحة المورث ؛ من غير سبب ، فاجازتهم غير لازمة لهم ، على الزاجح . كمن اعطى شيئا قبل ملكه ؛ او جريان سبب ملكه . هكذا اشار اليه مالك في الموطأ . وروى عن مالك : ان ذلك لازم لهم . الحالة الثانية ؛ ان يكون ذلك في الصحة ، بسبب ؛ كالسقر والغزو ؛ فروى ابن القاسم في العتبية : ان ذلك يلزمهم . وقاله ابن القاسم . وقال ابن وهب (١) في العتبية : كنت اقول هذا ، ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم . قال محمد وأصبغ : وهو الصواب . واقتصر خليل في مختصره ، على القول بعدم اللزوم ؛ الذي رجحه اصبغ . الحالة الثالثة ، ان يكون ذلك في مرض المورث . فاذا كان المرض غير مخوف ، فحكمه حكم الاجازة في الصحة ؛ واذا كان مخوفا ؛ فان صح المورث منه ؛ لم تلزمهم الاجازة حتى يأذنوا له في المرض الثاني ، وان لم يصح المورث بعده ؛ لم تلزم الاجازة السفية ؛ ولا الرشيد الذي في نفقة الموصي ؛ كزوجته واولاده ؛ او له عليه

(١) هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي ؛ مولا هم . الامام الكبير الجامع بين الفقه والحديث . روى عن اربع مائة عالم وصحب مائة عشرين سنة . وروى عنه سحنون وابن عبد الحكم وأصبغ وزونان وغيرهم . مولده سنة ١٢٥ وتوفي بمصر سنة ١٩٧

دين : او في سلطانه . ولكن يحلف من في عيال الموصي ، من ولد لير او غيره . انه ما اجاز إلا خوفا منه . وتلزم البالغ الرشيد ، البائن عن الموصي الذي لا سلطان له عليه ولا نفقة . فاذا قال لم اعلم ان لي رد الوصية ، فان كان مثله يجهل ذلك ، حلف ، ولم يلزمه .

المسألة الثالثة : - من شرط لزوجه : ان تزوج عليها ، او تسرى ، او اخرجها من بلدها ، فأمرها بيدها . فتقول : اشهدوا انه متى فعل زوجي ذلك ؛ فقد اخترت نفسي ، او اخترت زوجي ، فذلك يلزمها ، على المعروف من قول مالك . ولو شرط ذلك لها ، ثم اسقطت الشرط ، وأباح له الزوج او التسري او الخروج ، فان كان بقرب ارادة فعل الزوج ، لزمها الاسقاط ؛ ولا رجوع لها ، وان تراخى فعل الزوج ، كان لها الرجوع فيما أباحت له . قاله ابن القاسم في سماعه عن مالك ، وبه الحكم . قاله ابن مغيث ونظمه صاحب العمل العام فقال :

وان يملكها معلقاً على * فعل له فأذنت ان يفعل

ليس لها الرجوع في ذلك ما * لم يتراخ فعله وتدمأ

فلو كان الشرط : طلاق الداخلة ؛ وعق السرية ، فليس لها اسقاط ذلك .

انظر شرح العمل العام صفحة ٨٠

المسألة الرابعة : - اذا أبرأت الزوجة زوجها من الصداق ، في نكاح التفويض ، قبل البناء ، وقبل ان يفرض لها . قال ابن شاس (١) وابن الحاجب : يتخرج ذلك ، على الابراء مما جرى سبب وجوبه قبل حصول الوجوب . واقتصر صاحب المختصر وصاحب الشامل على القول بأن ذلك لا يلزمها .

(١) هو عبدالله بن محمد بن شاس بن تزار الجذامي السعدي . من بيت امارة . ألف الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ؛ على ترتيب وجيز الفزالي . وهو الذي اغصبره ابن الحاجب . توفي بدمياط مجاهدا سنة ٦١٠

المسألة الخامسة : - اذا اسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل ؛ ففي لزوم ذلك قولان . واقتصر القرافي في الفرق ٣٣ على عدم اللزوم ، وحكاه عن الاصحاب ، وقبله ابن الشاط : (١) وحمل عليه ابن غازي (٢) قول خليل في فصل الصداق « لا ان ابرأت قبل الفرض او اسقطت فرضاً قبل وجوبه » اهـ . لكن ما ذكره الموتقون : المتيطي وغيره وعبد الحق في تهذيبه ، صريح في ان لزوم ذلك لها ، هو القول الراجح ، وهو الذي جزم به الخطاب .

المسألة السادسة : - اذا اسقطت المرأة حقها في الحضنة . فان كان ذلك بعد وجوبها لها ، لزمها الاسقاط ، وإلا لم يلزم . قال المشدالي : (٣) قال لي ابن عرفة : الفتوى عندنا ، فيمن خالم زوجته ، على ان تسقط هي وأما الحضنة ، انها لا تسقط في الجدة ، لانها اسقطت ما لم يجب لها . اهـ . ولو تأخر اسقاط الجدة عن اسقاط الام ، للزم ذلك ، لان الحق انتقل اليها بعد اسقاط الام . ففي المتيطية : الذي عليه العمل ؛ وقاله غير واحد : ان الام ، اذا أسقطت حقها في الحضنة ؛ بشرط في عقد المباشرة ، ان ذلك يرجع للجدة والحالة ؛ وقاله ابو عمران . وقال غيره من القرويين : يسقط بذلك حق الجدة والحالة ؛ ولا

(١) هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الانصاري السبتي . من تآليفه انوار البروق على فروق القرافي . توفي سنة ٧٢٣ هـ . مولده سنة ٦٤٣ هـ .

(٢) هو محمد بن احمد بن غازي العثماني المكناسي ثم القاسي . شيخ العلماء بفاس . له تآليف قيمة من اشهرها تكميل التقييد وتحليل التقييد على لدونة كمال تقييد ابي الحسن الصغير . وله شرح على المختصر الخليلي . مولده سنة ٨٤١ هـ . وتوفي سنة ٩١٩ هـ .

(٣) هذا اللقب لجماعة من العلماء منهم عمران بن موسى المشدالي احد شيوخ المقرئ . نقل الكثير من فتاويه الوائشريسي في المعيار . مولده سنة ٦٧٠ هـ . وتوفي سنة ٧٤٥ هـ . ومنهم محمد بن ابي القاسم المشدالي البعائي . ألف تكملة حاشية الواوغي على المدونة واختصر آلياته والتحصيل . توفي ببجاية سنة ٨٦٦ هـ . ومنهم الفضل محمد بن محمد المشدالي ؛ ابن المتقدم ذكره . مولده سنة ٨٢١ هـ . وتوفي بحلب سنة ٨٦٥ هـ . وشقيقه محمد بن محمد المشدالي توفي سنة ٨٥٩ هـ .

كلام لهما . ولهذا قال ابن الفخار : (٤) الصواب في عقد اسقاط الزوجة حضانة ابنها للزوج ؛ ان يكتب : على ان سلت اليه ابنها منه ؛ وأسقطت حضانتها فيه ؛ ثم قطعت امها فلائته او اختها ؛ حجتها فيما كان راجعا اليها من الحضانة . فالتعير يتعين ان يكون بشم ؛ دون الواو . ونظم صاحب العمل المسألة فقال :

وان يخالعهما على ان تسقطا * مع امها حضانة ابن سقطا
حق المخالعة لا الام كما * افتي بتونس الشيوخ العلما

واذا اسقطت الامر حقها في الحضانة ؛ في حال العصمة ؛ لزمها ذلك ؛ لان الحضانة واجبة للام في حال العصمة . وقد قال ابن عرفة في باب الحضانة : « ومستحقها وابو الولد زوجان هما وفي افتراقهما اصناف » .

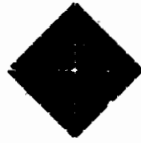
واذا خالغ الزوج زوجته على اسقاط حضانتها ، وهي حامل ، فاستظهر الخطاب ان ذلك لازم لها ، لقول العتبية : وسئل مالك عن صالح امرأته ، وهي حامل ؛ وشرط عليها ان لا نفقة عليه حتى تضع ، فاذا وضعت حملها اسلمته الى ابيها ، فاذا طلبته ، فنفقته ورضاعه عليها حتى تقطعه ، فان لم تستقم له بذلك ؛ فهي امرأته . قال مالك الصلح جائز ، وكل ما شرط جائز ، إلا ما اشترط ترجع اليه ، فليست ترجع اليه ، وقد بانت منه . قال ابن رشد : هذا كله كما قال ، لان ما شرط عليها ، حق لها ؛ فجاز ان يشترطه عليها ، حاشا الرجعة . اهـ .

المسألة السابعة : - اسقاط المستحق حقه في الحبس ، نافذ ولازم له . ففي نوازل الحبس من الفتاوى الاجهورية : سئل الاجهوري عن رجل بينه وبين اخوته منزل وقف من ابيهم ، فأشهد على نفسه انه لا حق له في هذا الوقف ، وأسقط حقه لاختوته . فهل يصح الاسقاط ، وليس لورثته من بعده شيء ، أم

(٤) هو محمد بن يوسف بن الفخار . ويرف بابن بشكوال . كان يحفظ المدونة والنواذر وله اختصار النواذر واختصار المبسوط للقاضي اسماعيل . توفي ببلنسية سنة ٤١٩

لا ، لان غرض الواقف انتفاع الجميع بالوقف . فأجاب : يسقط حق من اسقط
 حقه من الوقف لاختوته : ما دام حيا ؛ ما لم يكن في شرط الواقف ما يخالف
 ذلك ، كما اذا شرط ان من اسقط حقه يخرج عن الوقف ، واذا مات فلورثته
 القيام بحقه بعد موته ، حيث كان ينتقل لهم . فان كان ينتقل لغيرهم ، كان
 لذلك الغير القيام به . اهـ . وفي النوازل المذكورة ايضا ما نصه : ذكر المحققون من
 شيوخنا ، ان حكم من اسقط حقه مما شرط له الواقف ، لم يقع التصريح به
 في المذهب ، في علمهم ، وأن بعض المحققين من اشياخهم ، اجراه على مسألة
 اسقاط الحضانت ، بناء على انها حق الحاضن ، وهو المعتمد . قائلا : فاذا كان له
 اسقاط ما جعله الله له ، فأولى اسقاط ما جعله له الشرع بجعل جاعل . وقد ذكروا ان
 اسقاط الحضانت يقع على وجهين . الاول ان يسقطها لمعين كالاب . الثاني ان
 يسقطها ، ويطلق . فيجري هذان الوجهان في هذه المسألة ، فاذا اسقط حقه لمعين من
 اهل الوقف ؛ فان اسقاطه صحيح ؛ ويتوقف على قبول المستقط له ، وهل ذلك
 بشرط ان يكون معينا اهلا ، كما اذا وقف عليه ؛ او لا بد من القبول في هذا مطلقا .
 و فرق بين اصل الوقف عليه ؛ وبين اسقاط بعض الموقوف له حقه ؛ لان هذا
 انتقل الى باب الهبة ؛ ولا بد فيها من القبول . في فتاويه : ان هذه المسألة تؤخذ من
 قول خليل في مختصره ؛ في باب الهبة « وصحت في كل مملوك ينقل » اذ المملوك
 شامل الذات والمنفعة ؛ ولا شك ان القدر المعين من الربع ؛ ملك لمن عين له .
 ويدل له ما ذكر في قول (المص) « والمملك للواقف لا الغلة » اي فانها ملك
 للموقوف عليه . قال ؛ ثم رأيت للبرزلي ما يفيد ذلك ؛ وقد نقله عنه شيخنا
 البرموني في حاشيته . اخر الباب ، واذا ما اسقطه وأطلق ؛ فهو بمنزلة قوله ؛
 اسقطت حقي من هذا الوقف في كل حالة . فهو لم يقصد الاسقاط لمعين ؛ فهو
 تارة لا يتوقف على القبول اصلا ؛ كما اذا قال : وهبت هذا للفقراء ؛ وتارة يتوقف

على قبول الموجود : كوهبت هذا الزيد وعمره وأعقابهما . وجوز ذلك كله . وقد
اخبرت ان بعضهم افتى ببطان الاسقاط مطلقا ؛ لعدم تعيين المسقط له : وعهدته
عليه . واعلم ان بعض الاسقاطات ، لا يشترط فيها القبول ، بل عدم الرد ،
كاسقاط الشفعة والنفقة ، فحرره . اهـ .



الفصل الخامس

في الالتزام

الالتزام عرفا ، الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف ، مطلقا ، او معلقا على شيء . فهو بمعنى العطية . وقد يطلق على التزام المعروف ، بلفظ الالتزام . وهو الغالب في عرف الناس اليوم . وقد يكون في مقابلة شيء ، فيكون من باب المعاوضة . فان لم يكن الالتزام في مقابلة شيء ، اشترط فيه ما يشترط في الهبة ، وان كان من باب المعاوضة ، اشترط فيه ما يشترط فيها . والالتزام اما ان يكون مطلقا ، او معلقا . فانحصر الكلام فيه في مبحثين .

المبحث الاول في الالتزام المطلق

اذا الزل الشخص نفسه، شيئا من المعروف، كالصدقة والهبة والحبس والعارية والعمرى والاسكان، لزمه، وقضى به على الملتزم، ان كان الملتزم له (بالفتح) معينا، ولم يحصل للملتزم (بالكسر) مانع، من موت او تقليس او مرض مخوف، قبل حوز الشيء الملتزم به. فان حصل المانع بعد الحوز، نفذ الالتزام. كما اذا التزم شخص لآخر، السكنى في دار مدة، فأسكنه اياها، ثم مات الملتزم، لم تبطل السكنى، لان الحوز قد حصل. واما ان كان الملتزم له غير معين، كالساكنين، فالمشهور انه لا يقضى به، ان امتنع الملتزم.

ونذكر من فرع هذا الاصل، مسائل في النفقة والوصية: فمن مسائل النفقة، التزام الانفاق على شخص مدة معينة، او مدة حياة المنفق، او المنفق عليه، او حتى يقدم زيد، او الى اجل مجهول، فانه يلزمه، ما لم يفلس او

يمت ، لان من التزم معروفا لزمه ، على مذهب مالك واصحابه . قاله ابن رشد ،
واختلف في دخول الكسوة في النفقة ، والذي جزم به ابن سهل في احكامه الكبرى
والصغرى ، ان الملتزم ان قال لانية لي في مطعم ولا ملبس ، قضي عليه بهما ، وان
قال اردت الاطعام خاصة ، صدق بدون يمين ، لان كل متطوع مصدق فيما يحتمله
اللفظ . فلو التزم الاتفاق على آخر ، فأفق شهرا ، وقال هذا الذي اردت ،
وطلب الآخر الاتفاق مدة حياته ، صدق الملتزم . ولكون المتطوع مصدقا ، كان
الاسترعاء ، بمعنى الاستحفاظ ، نافعا في التبرعات . وان لم تعرف الينة صدق
المسترعى فيما يدعيه . اهـ . من الالتزامات للحطاب .

وفي معين الحكم : اذا طاع الزوج بنفقة ابن امرأته ، امد الزوجية ، جاز ؛
بعد ثبوت العقد . وان كان ذلك في العقد : لم يجز ؛ للغرر ؛ وفسخ قبل
البناء ، وشئت بعده بصداق المثل ؛ ويبطل الشرط . فان كان لمدة معلومة ؛ في
اصل النكاح ؛ ومات الولد قبل المدة ؛ رجع ذلك الى الامر ، وتأخذ على حساب
ما شرطت . اهـ . وقال ابن سلون : ان مات المتطوع ؛ سقط المتطوع به . وان
كان لمدة معلومة ، وبقي من المتطوع به شيء ؛ لانها هبة لم تقبض ، ولا يرجع
على الزوج بشيء منها ، لانها معروف منه ، وصلة للريب . ولم تترك الامم
حقها شيئا . وقع ذلك للشيوخ ؛ فأجمعوا عليه ، سواء اكان ذلك طوعا او
شرطا . اهـ . قال الحطاب : ماذكرة في المتطوع ظاهر ، لان الهبة تبطل بموت
الواهب قبل قبضها ، واما اذا كان شرطا في العقد ، وأجزأه ، اذا كان لمدة
معلومة ، على ما رجحه ابن رشد ، فينبغي ان لا يسقط ، وان يحل بموت الزوج . اهـ .
ولو تزوجت المرأة رجلا ، وشرطت عليه نفقة الاولاد ، اجلا معلوما ، او
تطوع به بعد العقد ، مدة الزوجية ، وأرادت الرجوع بذلك على ايهم . فان كان
ذلك مكتوبا من حقوقها ، بحيث لها الرجوع متى شاءت ، واسقاطه لزوجها ،

فلما ان ترجع بنفقتهم على ابيهم . وان كان ذلك للولد ، فلا رجوع على ابيه بشيء . هذا ما وقعت به الفتيا على ما قاله البرزلي . قال البرزلي : وهو جار على الاصول ، اذ في الصورة الاولى ، مال وهب لأمه ؛ فاذا انفقتة على الولد ، رجعت به على ابيه . وفي الثانية ، مال وهب للولد ، فنفقتة على نفسه ، لا على ابيه . قال الخطاب : وللاب ان يتمتع من اتفاق الزوج على الولد . اهـ .

ولو خالع الزوج زوجته ؛ علم ان التزمت له مئونة حمل ، ان ظهر بها ، أو مئونة حملها الظاهر ، جاز . وان التزمت له مع ذلك ارضاع الولد ومئونة الى فطامه ، جاز ، ولزمها . فان ماتت ، اخذ من تركتها ؛ ويوقف منها قدر مئونة الابن ، الى اقضاء المدة . فان ولدت توأمين ؛ لزمها ارضاعهما . فان مات الولد في خلال العامين ، فلا شيء للاب عليها ، لان المقصود من التزامها براءة الاب من مئونة ابنه . هذا هو المشهور من المذهب ، وبه القضاء . قاله في مختصر المتبعية . قال ابن سلهون : وللزوج محاصة غرماء المرأة ، بنفقة ابنه المشترطة في الخلع ، فان اعدمت الامر في خلال المدة ، فان النفقة تعود على الاب . ثم ان ايسرت ، رجعت النفقة عليها . وفي اتباع الوالد بما اتفق على ابنه مدة عدمها ، قولان ، واتباعها بذلك هو المشهور ، والذي جرى به القضاء . فان كانت اشهدت على نفسها انها موفورة المال ؛ وأنها متى اثبتت انها عديمة ، فذلك باطل ؛ فلا تتفع بما يشهد لها من العدم ، حتى يشهدوا بمعرفة ذهاب مالها ووفور حالها الذي اقرت به . قاله ابن رشد . اهـ . قال الخطاب : وهذا حيث تكون المرأة مجبولة ، ولم يشهد بعدمها الا شاهدان او نحو ذلك . اما ان كانت معلومة بالاعسار والعدم ، بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها ، فيغلب على الظن ان ما اشهدت به من الوفور كذب محض ، فلا يلتفت الى ما اشهدت به من الوفور ، ولا الى قولها ؛ انها متى اثبتت انها عديمة ؛ ان ذلك باطل ، ويلزم من الزوج الاتفاق . اهـ .

ومن مسائل الوصايا ، الوصية اذا التزم فيها عدم الرجوع ، ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ، مبني على ان الوصية من لوازمها الشرعية وخواصها صحة الرجوع عنها ، فهل ينزل اللازم الشرعي منزلة اللازم العقلي ، او لا ، وتتفرع الى ثلاثة فروع : الاول ، الوصية التي التزم الموصي فيها مجرد عدم الرجوع ، مجمله الثاني ، الوصية التي التزم فيها ذلك ، مستندا لاختيار قول من قال بلزومه من العلماء ، الثالث ، التزامه ذلك ، ثم تأكيده اياه بقوله « وأنه معهما او متى رجع ، كان رجوعه تجديداً للوصية . أو تنفيذاً لحكمها » او نحو ذلك من الالفاظ ، فأما الفرع الاول ، ففي لزومه ما التزمه من عدم الرجوع اقوال اربعة ، اشار ابن عرفة الى ثلاثة منها بقوله في مختصره « فلو التزم عدم الرجوع ، ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ، قال ابن علوان ثالثها ان كانت بعق لزم الالتزام المذكور ، وان كان بغيره لم يلزم » . اهـ الرابع اذا التزم فيها انه لا ينسخها . فلا ينسخها نسخ عام بعدها ، كقوله : نسخ كل وصية قبلها ، إلا بالنص عليها . وللشيخ ابن عرفة في مختصر الحوفي : (١) لو التزم عدم الرجوع ، لزمه على المشهور . وفي نسخة منه : على الاصح . وهو ما ذهب اليه الشيخ ابو عمران الفاسي وابو اسحاق التونسي (٢) وعبد الحميد الصائغ . (٣) وبه افتى ابو القاسم احمد الغبريني والشيخ ابن عرفة وابو القاسم القسنطيني (٤)

(١) هو ابو القاسم احمد بن محمد بن خلف الحوفي الاشيلي . كان من بيت علم وعدالة ؛ بصيرا بعقد الشروط ؛ فرضيا ماهرا ؛ له في القرائن تصانيف : كبير ومتوسط ومختصر ؛ وكلاما . بلغ من الاجادة الغاية . توفي في شعبان سنة ٥٨٨ هـ

(٢) هو ابو اسحاق ابراهيم بن حسن بن اسحاق التونسي . اخذ عن ابي عمران الفاسي . واخذ عنه عبد الحميد الصائغ . توفي بالقبروان سنة ٤٤٣ هـ

(٣) هو عبد الحميد بن محمد القيرواني المعروف بابن الصائغ . تفقه به الامام المازري وتوفي بالقبروان سنة ٤٨٦ هـ

(٤) هو ابو الفضل قاسم القسنطيني الوشتاني التونسي ؛ قاضي الجماعة بتونس وامام جامعتها . اخذ عن ابن عرفة والغبريني والزعي . واخذ عنه ابن ناجي . توفي سنة ٨٤٦ - او سنة ٨٤٧ هـ وهناك عالم ، آخر يلقب بالقسنطيني وهو احمد بن يونس القسنطيني التونسي . تولى قضاء الانكحة بتونس . اخذ عن البرزلي والرنديوي . توفي سنة ٨٧٨ هـ

والشيخ عمر القلشاني الجد . (١) وهؤلاء من مشيخة فقهاء الدولة العثمانية (٢) بتونس . والقول الثاني ، وهو عدم لزوم الالتزام . اخذ من قول : تخييرها لو قال انت طالق تطليقة لا رجعة لي فيها ، فله الرجعة . وقوله لا رجعة لي فيها ، ونيته ، باطل . قال ابن ناجي في سابعة تخييره وفي سادسة ستور صغيره : وبهذا القول العمل . وقال في رهون كبيره : وبه الفتوى . قال عظم : ان اراد في عصره ، فمسلم ، وان اراد الاطلاق ، فمردود بفتاوى من تقدم .

واما الفرع الثاني ، وهو اذا التزم عدم الرجوع ، اختياراً لقول من قال بلزومه من العلماء . فقال ابن ناجي في ستور صغيره : بعد ان ذكر فرع مجرد التزام عدم الرجوع : والاخذ من المدونة انه يرجع ، وبه العمل . وفتوى الشيخ ابي القاسم الغبريني ، انه لا يرجع . قال واذا فرعنا على الاول : وأشهد على نفسه : انه عرف باختلاف العلماء فيها ، فأخذ بقول من رأى العمل بعدم الرجوع . فقال شيخنا ابو مهدي : لا ينفعه ؛ ويرجع . وقال شيخنا البرزلي : لا يرجع . وبالاول اقول . اهـ . والتزام قول من الاقوال . اصل مختلف فيه بين المؤقتين . ذهب ابن الهندي الى انه يقضى عليه بما قضى به على نفسه ، وصوبه ابن بشير . (٣) وذهب ابن العطار الى انه لا يلزمه ذلك ، قائلاً : ليس له ان يتخير على الحاكم ؛ ويحكم على نفسه بقول قائل من اهل العلم ؛ حتى يكون الحاكم هو الذي يقضي بما ظهر له من الاختلاف في ذلك . ونظم صاحب العمل العام ما حكاه ابن ناجي من العمل فقال :

(١) هو عمر بن محمد القلشاني التونسي . قاضي الجماعة بتونس وخطيب جامعها . اخذ عن ابن عرفة واللاتي والتبريني . وأخذ عنه حلول والرصاع . توفي سنة ٨٤٧

(٢) يعني دولة ابي عثمان الحفصي .

(٣) هو ابو الطاهر ابراهيم بن عبد الصمد ابن بشير التنوخي المهدوي . اخذ عن السيوري وأمم كتاب التنبية وكتاب جامع الامهات والتذهيب على التهذيب وكتات المختصر . اكمله سنة ٥٢٦ ومات شهيدا .

ومن يقل ليس له نزوع * عما به اوصى له الرجوع
فيه ولو يكون فيما قيد * عليه انه الشهود اشهد
بأنه عرف خلف العلبا * فاختار من له اتقا العود اتمى

واما الفرع الثالث ، وهو ما اذا زاد الموصي في وصيته « انه مهما رجع عنها ؛
كان رجوعه تجديدا لها ، وتنفيذا لحكمها » فاختار عظموم في برنامجحه : انه يلزمه
الالتزام ، وأنه ينبغي ان يكون ذلك خارجا عن الخلاف . وأطنب في الاستدلال
على ذلك ، في مبحث الوصية من البرنامج ، فراجعه ان شئت . وبحث فيه الشيخ
اسماعيل التميمي بما هو وجيه جدا . لكن جرى القضاء التونسي بما اختاره
عظموم ، من لزوم التزام عدم الرجوع ، اذا قال « ومتى رجع كان رجوعه
تجديدا للوصية ، وتنفيذا لحكمها » من زمن العلامة الشيخ الشاذلي ابن صالح
كبير اهل الشورى رحمه الله الى زمننا هذا .

قال الخطاب : وشبه مسألة الرجوع في الوصية ؛ مسألة اعتصار الابوين
الهيئة من ولدهما ؛ حيث يجوز لهما الاعتصار . فلو التزم الواهب منهما
عدم الاعتصار . فالظاهر لزوم ذلك له . ولم اقف عليه منصوصا .
اه . قلت : اذا كان الاعتصار من اللوازم الشرعية لهبة احد
الابوين ولدهما ، لزم جريان الخلاف في المسألة ؛ بناء على ان الالتزام
الشرعي منزل منزلة الالتزام العقلي ، ويستحيل وجود الملزوم بدون لازمه .
او غير منزل منزلته . اللهم إلا ان يقال ، الرجوع في الوصية لازم متفق عليه ،
بخلاف الاعتصار ، فمختلف فيه ، والحنفية لا يرون الاعتصار فيما يهبه احد
الابوين لولده ؛ فلا يقاس الاعتصار على الرجوع ، لان المقيس عليه اقوى .
فتأمل ذلك .

المبحث الثاني في الالتزام المعلق

الالتزام المعلق ، اما ان يعلق على فعل الملتزم ، أو الملتزم له ، أو غيرهما .
فاما المعلق على فعل الملتزم : فان كان القصد بالالتزام ، الامتناع من ذلك
الفعل المعلق عليه ، ويسمى يمينا ، كقوله لزوجته : ان تزوجت عليك فلنك
الف دينار . فاختلف في القضاء به ، والمشهور من المذهب انه لا يقضى به ؛
سواء أكان الملتزم له معينا ؛ او غير معين . إلا في العتق ؛ فانه يقضى به . وان
كان القصد بالالتزام حصول ذلك الفعل ؛ ويكون الشيء الذي التزمه شكر الله
تعالى على حصوله ؛ كقوله : ان قدمت من هذا السفر فلفلان علي الف درهم ؛ او
ان اتممت هذه الدار او هذا الكتاب ؛ فعلي كذا - ويسمى نذرا - فحكمه للزوم ؛
ويقضى به ان كان لمعين ؛ ولا يقضى به ان كان لغير معين ؛ على المشهور . ومن
امثلة اليمين ما في مفيد الحكماء : لو اشترط احد الخصمين لصاحبه : ان لم يوافه
عند القاضي الى اجل سماه ؛ فدعواه باطلة ان كان مدعيا . او دعوى خصمه حق
ان كان مدعى عليه ، فيتخلف ؛ فلا يلزم هذا الشرط ؛ ولا يوجب حقا لم يجب ؛
ولا يسقط حقا قد وجب . قاله عيسى . قال ابو الحسن : ومن ذلك ما يقول الناس
اليوم « من لم يحضر مجلس القاضي وقت كذا ؛ فالحق عليه » لا يلزم من التزمه .
اه . لان ذلك من قبيل المخاطرة ؛ ليس فيه شيء من المعروف . وقال الخطاب :
مثل ذلك قول احد الخصمين « ان لم آت بالينة ؛ او بمستند ؛ في وقت كذا ؛
فدعواي باطلة ؛ او دعوى خصمي حق » فهذا كله لا يلزم . ولا اعلم فيه خلافا ؛
فينبغي ان يحكم بطلانه ؛ ولو حكم به حاكم . إلا ان يوجد قول بالزوم فيه .
وقد كثر الحكم به من جهلة قضاة المالكية ؛ فينبغي التنبيه له . واما اذا التزم
المدعى عليه : انه ان لم يوفه حقه في وقت كذا ؛ فله عليه كذا وكذا . فهذا
لا يختلف في بطلانه ؛ لانه صريح الربا . وسواء أكان الشيء الملتزم به من

جنس الدين ؛ او غيره . وسواء أكان شيئاً معيناً ؛ او منفعة . وليس من هذا قول احد الخصمين للآخر « ان لم اوافك عند السلطان ؛ فكراء دابتك علي » ثم يخلفه . فقليل لا يلزمه ذلك ؛ وقال مطرف وابن الماجشون وأصبع : يلزمه ذلك . وصوبه ابن يونس ؛ لانه ادخله في غرم كراء الدابة ، بوعده ، فاذا اخلفه ؛ لزمه ما اوجبه على نفسه . كمن قال « اشتر عبد فلان ، وأنا اعينك فيه بكذا » فاشتراه . فان ذلك يلزمه ، لانه ادخله فيه ، بوعده . بخلاف ما قبله . فانه لم يدخله في غرم شيء

ومن ذلك ما افتى به ابن الحجاج وابن رشد - في امرأة خالعت زوجها ، على ان حطت عنه جميع كائنها ، وعلى انها ان تزوجت قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع ، فعليها مائه مثقال - ان الخلع جائز ، والشرط باطل ، ولها ان تزوج قبل العام ، ولا شيء عليها . قال الخطاب اي في القضاء ، وان كانت تؤمر بالوفاء بذلك . واما الالتزام المعلق على فعل الملتزم له . فان كان الفعل غير اختياري ، كقولهم لزوجه « ان ولدت غلاما فلك كذا وكذا » فحكمه اذا وجد المعلق عليه ، حكم الالتزام المطلق ، في الزور ، والقضاء به . وان كان الفعل واجبا على الملتزم له ، كقولهم « ان جئني بمتاعي الضائع ، فلك كذا وكذا » وكان المتاع عنده ، او يعلم مكانه ، فان ذلك غير لازم للملتزم ، ولا يحكم عليه به ؛ ورد ذلك واجب عليه ، وكذلك الاعلام بموضعه ، ولا يجوز ان يأخذ على نفسه شيئا ، لان ذلك من باب الجعل ، ومن شرطه : ان لا يكون الفعل مما يلزم المجمعول له عمله . فان كان الفعل واجبا كفائيا ، لزم الالتزام المعلق عليه ، كقولهم « ان غسلت هذا الميت ، فلك كذا وكذا » - وقيد ابن رشد الصورة الاولى ، بما اذا لم يكن الملتزم يعلم ان ذلك الفعل يجب على الملتزم له ، ثم علق الالتزام عليه ، وإلا لزمه الالتزام . ويحمل على انه اراد ان يرغب في الاتيان بذلك الفعل ،

كقوله « ان صليت الظهر اليوم ، فلك عندي كذا وكذا » .

وان كان الفعل محرما على الملتزم له ، كقوله « ان قتلت فلانا ، او ان شربت الخمر ، فلك كذا وكذا » فحكمه ان ذلك غير لازم .

وان كان الفعل جائزا . فان كان لا منفعة فيه لاحد . كقوله « ان صعدت هذا الجبل ، فلك كذا » لم يلزم الالتزام ، لانه من باب الجعل ، ويشترط فيه حصول المنفعة ، في العمل المجعول فيه ، على الرجوع من القولين . وان كان الفعل فيه منفعة للملتزم . فلا يخلو اما ان يكون الفعل المعلق عليه اعطاء الملتزم له ؛ للملتزم او لغيره ؛ شيئا ، او تملكه اياه كقوله « ان اعطيتني دارك ، فلك عندي كذا » - لشيء يسميه - او « فقد اسقطت عنك الدين الذي لي عليك » فيكون من باب هبة الثواب ، التي هي يعم من البيوع . وحينئذ يشترط ما يشترط فيها . واما ان يكون الفعل المعلق عليه اعطاء الملتزم له . للملتزم او غيره . منفعة شيء ، كقوله « ان اسكنتني دارك سنة ، او سنين مسماة ، او اسكنت فلانا فيها ، سنة او سنين مسماة ، فلك كذا » فيكون من باب الاجارة ، ويشترط فيها شروطها . واما ان يكون الفعل المعلق عليه ، عملا يعمله الملتزم له ؛ للملتزم أو لغيره ؛ كقوله « ان حفرت لي بئرا في ارضي ، او ان جئت ببيعير فلان ، فلك كذا » فيكون من باب الجعل ، ويشترط فيه شروطه . واما ان يكون الفعل المعلق عليه ، ان يترك الملتزم له ، حقا من حقوقه ، لاجل ما التزم له الملتزم . نحو قول الشخص للحاضنة « ان اسقطت حقك من الحضانة ، فلك كذا » وكمسألة اعطاء الزوجة زوجها شيئا ، على ان لا يتزوج عليها . وهذا يشبه ان يكون من باب الجعل . فاذا اعطت الزوجة زوجها شيئا ، على ان لا يتزوج عليها ، او وضعت له شيئا من صداقها ، فلمتنصص في المسألة : انه ان تزوج عليها ، فلها ان ترجع عليه ، سواء أتزوج عليها بالقرب ، أو بعد البعد .

وهو ظاهر المدونة وغيرها . واما اذا اعطته الزوجة شيئا ، على ان يطلق
ضرتها ، فطلقها ، ثم اراد ان يراجعها ، فيفصل في ذلك . بين القرب والبعد .
كما اذا اعطته زوجته مالا . على ان يمسكها . ثم فارقتها ، فان كان فراقها
يقرب العطية ، كان لها ان ترجع . وان كان فراقها بعد ان طال الامد ، وما
يرى انها بلغت الغرض في مقامها ، لم ترجع . وهكذا قال مالك فيمن
اسقطت عن زوجها صداقها ؛ على ان لا يتزوج عليها ، فطلقها بحضرة ذلك ، فلها
ان ترجع عليه ، وان طلقها بعد ذلك ، فيما يرى انها لم يطلقها لمكان ذلك ؛
لم ترجع عليه . قال اصبح : إلا ان يكون الطلاق بحدثان الاسقاط ، ليمين نزلت ،
ولم يتعمد ، ولم يستأنف اليمين ، فلا شيء عليه ايضا . قال اللخمي : وأرى لها
ان ترجع في عطيتها ، وان كان الطلاق ليمين حث فيها ، لانها انما اسقطت
صداقها لمعنى ، ولتبقى زوجة في عصمته ، فاذا لم يصح ذلك لها ، لم يلزمها ما
اعطته . وما اختاره اللخمي مخالف لقول مالك وأصبح . ولو سقطت حضنة
الحاضنة ، بزواجها او غير ذلك ، ووجب للاب اخذ الولد منها ، فأرادت ابقاءه
عندها ، على ان تلتزم نفقته ، فالتزامها لازم .

واما الالتزام المعلق على الفعل ، الذي فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له ،
كقوله « ان وهبت ارضك لفلان ، فلك عندي كذا » او « ان اسكنته دارك سنة .
فلك عندي كذا » فهو اما من باب هبة الثواب ، او من باب الاجارة ، او باب
الجعل . فيشترط في كل نوع شروطه . ومن هذا النوع ما اذا بذل شخص
لرجل مالا ، على ان يطلق ذلك الرجل زوجته ، او التزم له بمال ان فعل ذلك ،
فانه يلزمه بذل المال . ويقع الطلاق باثنا . كما ذكرناه في باب الخلع . ولذلك
شرطوا في جوازه ، ان لا يكون القصد بذلك اضرار المرأة ، باسقاط نفقة العدة .
قال القاضي ابن عبد السلام : واما ما يفعله اهل الزمان في بلدنا ، من التزام

اجنبي ذلك ، وليس قصده إلا اسقاط النفقة الواجبة في العدة المطلقة على مطلقها ، فلا ينبغي ان يختلف في المنع منه ابتداء . وفي انتفاع المطلق به بعد وقوعه نظر . اهـ . وقال ابن عرفة : باذل الخلع ، من صح معروفه ، والمذهب صحته من غير الزوجة مستقلا . قلت : ما لم يقصد ضررها ، باسقاطه نفقة ، فينبغي رده ، كشراء دين العدو ، وفيها : من قال لرجل « طلق امرأتك ، ولك علي الف درهم » ففعل ، لزم ذلك ، الرجل . قال الخطاب : ومقتضى قول ابن عرفة « ينبغي رده » ان يبطل الالتزام ، ويقع الطلاق رجعا ، وهذا هو الظاهر . اهـ .

• واما الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له ، فحكمه حكم الالتزام المطلق ، يقضي به ، اذا وجد المعلق عليه ، وكان الملتزم له معينا ، ولا يقضى به ، ان كان الملتزم له غير معين . ومن امثلته : ما وقع في اول رسم « ان خرجت » من سماع عيسى ، من كتاب الصدقات والهبات ، في امرأة تركت زوجها وولدها وبنتا منه وأبأها ، وتركته متاعا وحليا وصدقا على زوجها ، فقال ابوها للزوج « ان تصدقت بنصابتك منها من صداقها وحليها ومتاع وغيره ، على ولديها ، فميراثي منها في جميع ما تركت ، صدقة عليهما » فقال الزوج « تصدقت بجميع نصابي عليهما » وأشهد لهما بذلك ، فمات الجد - وهو ابو الزوجة - ومات ابو الولدين ، والصبيان طفلان ؛ والمتاع والحلي وجميع ما تركت ، بيد ابيهما ، والصداق عليهما كما هو . قال ابن عبد الرحمن : (١) اما ما تركت من المتاع والحلي ، فهو لهما ، لان حوز ابيهما لهما ، حوز . واما الصداق ، فليس لهما منه شيء ، لا من نصيب جدهما ، ولا من نصيب ابيهما ؛ لان الجد انما تصدق عليهما على ان تصدق ابوهما عليهما ؛ فاذا لم تصدق ابوهما عليهما ، فليس لهما من صدقة جدهما شيء ؛ اذ لم يعزل ذلك لهما الاب ؛ ويجعله على يد غيره . لان الاب اذا تصدق على ولده بناض : لم تجز صدقته ؛ إلا ان يجعل ذلك على يد غيره . اهـ . وقبله ابن رشد .

(١) هو ابو بكر بن عبد الرحمن ، المترجم له في هامش صفحة ٨٥

الفصل السادس

في الشهادات وفيه مباحث

المبحث الأول في شروط قبول الشهادة وذكر موانعها

الشاهد حال تحمله الشهادة ؛ لا يشترط فيه إلا الميز والضبط . وحال الاداء ؛ يشترط فيه البلوغ والعقل والحرية والاسلام والعدالة . واختلف هل من شرطه الرشد ؛ فروى اشهب عن مالك : ان شهادة المولى عليه جائزة ، ان كان عدلا . وهي رواية ابن عبد الحكم (١) ايضا عنه . وقال اشهب لا تجوز شهادته ، وان كان مثله لو طلب ماله أعطيه . واختاره ابن المواز وابن عبد السلام . قال ابن عبد السلام : لان سوء التصرف في المال ، الموجب للولاية ، يدل على : عدم كمال العقل ، والضعف عن مقاومة الشهوات . وذلك مظنة عدم الضبط . لكن زيادة اشهب ، في قوله وان كان الخ ، غير بينة . اهـ . وذكر في البيان : ان قول اشهب هو الذي يأتي على المشهور من قول مالك وأصحابه ، ان المولى عليه لا تنفذ اقواله . واقتصر في المختصر على عدم القبول . وذكر المتبطل ان به العمل . ونظمه صاحب العمل العام بقوله :

ولا تجز شهادة المولى * عليه فالمحجور ليس اهلا
ولو يكون مثله لو طلب * اخذ متاعه ينال المطلب

(١) هو عبد الله بن عبد الحكم بن اعين . افضت اليه الرئاسة بعد اشهب . روى الموطا عن مالك ، وكان من اعلم اصحابه بمختلف قوله . اخذ عنه ابن المواز وابن حبيب والريسم ابن سليمان وابن نمير . له المختصر الكبير والاوسط والصغير . ولد بمصر سنة ١٥٥ هـ وتوفي بها سنة ٢١٤ هـ

واما مواعنها فسته .

الاول التغفل ، إلا فيما لا يلبس .

الثاني تأكد القرابة ، لان تأكدها يوجب تهمة الشاهد في استجلاب النفع لقريبه ؛ فلا تقبل شهادته . ويندرج تحت خبر « لاتجوز شهادة خصم ولا ظنين » وتأكد القرابة في شهادة الاصل ، وان علا ، لفرعه . وعكسه ، وشهادة احد الزوجين للآخر ، وشهادتهما لزوج ابنتهما ، ولزوجة ولدهما ، وشهادة زوج البنت لهما ؛ وزوجة الولد لهما ؛ وشهادة احد الزوجين لريسه ، وشهادة الريب لزوج امه او زوجة ابيه . وتجاوز شهادة احد الابوين لولده على ولده الآخر : ما لم يظهر ميل للمشهود له ؛ فلا تقبل حينئذ ، كما اذ اشهد للصغير على الكبير ، او للبار على العاق . وتجاوز شهادة الولد لاحد ابويه على الآخر ، ما لم يظهر ميل للمشهود له . فلو شهد الولد على يه بطلاق امه ؛ جازت شهادته . ولو شهد بطلاق غير امه ، لم تجز ؛ ان كانت امه في عصمة ابيه ؛ او حية مطلقة ؛ وتجاوز ان كانت ميتة . ولو شهد لايه على جده ؛ او لولده على ولد ولده ؛ لم تجز . ولو كانت على العكس ؛ جازت . وتجاوز شهادة الابن مع ابيه . وتعتبر تامة . على ما به العمل عندنا ، خلافا لما في المختصر الحلي من انها واحدة . وفي العمليات العامة

شهادة الاب والابن واحدة * وقيل شتان لكل فائدة

كلا المقالين جرى العمل به * لكنما الاخير اقوى فاتبه

ومثل ذلك شهادة احدهما عند الآخر ؛ وشهادة احدهما على حكم الآخر ؛ وشهادة احدهما على شهادة الآخر . واما تعديل احدهما للآخر ؛ فلا يجوز . وتجاوز شهادة الاخ لايه ، بشرط التبريز في العدالة ، على المعتمد ، كما في الزرقاني . وقال ابن ناجي : به الفتوى . وبشرط ان لا يكون في عياله ، كما في الخطاب . وبشرط انتفاء التهمة ؛ فلا تقبل فيما ينفي عنه وصمة ، او يدفع

عنه محنة ؛ او نكاح من يشرف بنكاحها ؛ او لها يسار والمشهود له فقير .

المانع الثالث تهمة جر النفع لنفسه ؛ او دفع الضرر عنها .

المانع الرابع العداوة الناشئة عن امور الدنيا . فلا تقبل شهادة العدو على عدوه ، ولا على ابن عدوه ؛ لتهمة ان يكون قصد بشهادته على احدهما ؛ الانتقام والتشفي . ولا تضر تهمة الجور والدفع والعداوة ؛ اذا حدثت بعد اداء الشهادة وقبل الحكم بها . كما لو شهد لامرأة اجنبية عنه بحق ، ولم يحكم بشهادته حتى تزوجها ، فلا تبطل شهادته ، إلا ان ثبت انه كان خطبها قبل ذلك . او شهد على رجل انه كان طلقها البتة ، ثم تزوجها ، وثبت انه خطبها قبل ذلك . قال ابن ناجي في شهادات كبره اثر شهادة الاصحار : قال اصبغ في العتية : من ثبتت شهادته عند قاض لامرأة ، فلم يحكم بها حتى تزوجها الشاهد ، لم تبطل شهادته . بخلاف الوصية لغير وارث ، ثم يصير وارثا يوم الموت ، فلا تجوز الوصية . والفرق ان رد الشاهد معلق بالظنة ، وهي في الزوجة انما حدثت بعد الشهادة ، والوصية ينظر فيها يوم تجب ، وذلك بعد الموت . واخبرنا بعض شيوخنا القضاة ، ان بعض شيوخه المحصلين المفتين ، كان وقف عن الشهادة ، بسبب انه شهد باسترعاء لامرأة بحق ، ثم تزوجها . وفهمنا منه ، بذكرة هذا ، زجر الطلبة عن ترك التحفظ ، ولو وافق بتركه قولاً منصوصاً بمذهبه . ابن ناجي : عزل هذا الشاهد ظلم من فاعله ، لان قول اصبغ هو المذهب ، وهو ظاهر قولها « ولا احد الزوجين لصاحبه » وحالة شهادته ، لم تكن زوجة له قط ، فلا يثم ، إلا ان تكون قرينة ، كبعث من يخطبها له ، ثم يشهد له ، ثم يعقد عليها . فشهادته تبطل ، كما تم به ابن رشد قول اصبغ . ثم لا يلزم من بطلان شهادته ؛ عزله . ونزلت في احكامي بياحة ؛ مسالمة من هذا : طرأت امرأة من المشرق علينا ؛ وأقامت بها اشهرًا ؛ ثم ارادت التزوج ؛ بعمل سبيها ؛ شهد فيها

من قُبْلته : ثم تزوجها رجل ممن شهد لها : فلم اعرض له ، عملا بما ذكرته . اهـ .
قال عظمور في برنامج الشوارد ، وانظر هل كتب شهادته ، يعد بمنزلة الاداء .
كما صرح به في مختصر الحديرية ، فطرو أحد هذه الامور الثلاثة بعده ، لا
يؤثر . اهـ . قلت عملنا اليوم على اعتبار الكتابة بمنزلة الاداء ، حتى ان القاضي
يعتمد على الوثائق التي بها عقود العدول ، من غير ان يؤدوها عنده .

واذا كانت الشهادة بأشياء ، ورُدَّ بعضها للتهمة ، رُدَّت كلها ، على المشهور .
واذا رُدَّ بعضها للسنة ، يمضي منها ما لا ترده السنة . كما اذا رُدَّت لانفراد
البشاهد ، يمضي منها ما يجوز بالواحد ، كالشاهد بوصية بعق ، ووصايا لقوم ،
فيحلفون ويستحقون من الثلث ، بعد اخراج قيمة الرقبة منه . ومن الرد
للهمة ، شهادة الرجل لنفسه ؛ ولغيره ، في وصية . وقد كثر فيها الاختلاف .
والذي اقتصر عليه صاحب المختصر ، مضيا فيما لا يهتم فيه ، كأن يوصي له
بالشيء التافه ، فتجوز له ولغيره ، وردها في الكثير ، فلا تجوز له ولا لغيره .
المانع الخامس :- الحرص ، اما على ازالة النقص ، واما على التآسي ، واما على
الاداء ، واما على القبول .

فالحرص على ازالة النقص ، كمن ادى شهادة ، فَرَّدَتْ لفسق او صبا ، ثم
بعد روال المانع الموجب للرد ، شهد بها مرة ثانية ، فلا يقبل ، لانه يَتهَمُ ان
يزيل عن نفسه عار النقص الذي لحقه ، بسبب رد شهادته . والنفس - كما قال
مالك - مجبولة على ذلك .

والحرص على التآسي ؛ اي على ان يكثر امثاله ؛ من المتصفين بمثل ما اتصف
به من النقص ؛ حتي اذا عُير ؛ وجد الكثير من امثاله ؛ فيخف عليه الامر ؛ لان
الشيء اذا كثر ؛ يقل استقباحه عادة . وهذا كشهادة ولد الزنى في الزنى . فلا
يقبل في شهادته به على احد ؛ وان كان عدلا . لانه يَتهَمُ بتكثير امثاله ؛ ليستخف

مالحقه من العار لاجله . ومثله شهادة من حُدَّ في كبيرة ؛ خمر ، او قذف ، او زنى . فاذا تاب لم تقبل شهادته فيما حُدَّ فيه .

والحرص على الاداء ؛ كمبادرته لرفع شهادته للقاضي ؛ فيما هو حق ، آدمي محض ؛ قبل ان يسأله صاحب الحق ، تلك الشهادة . والتقيد بحق الآدمي المحض ؛ للاحتراز عما فيه الحقان . فان الرفع قبل السؤال ؛ لا يضر . لاجل ما فيه من حق الله . وهذا كالوقوف على معينين ثم بعدهم للمسجد . واما فيما هو حق من حقوق الله المحضة ؛ ففيه تفصيل : بين ما يستدام فيه التحريم ؛ وغيره . فالاول تجب المبادرة فيه الى الرفع ؛ في اول الازمنة الممكنة ؛ ومتى آخر الرفع في ذلك ؛ كان التأخير جرحاً في شهادته ؛ لتركه الواجب . ومثاله ان يعلم تطليق الرجل امرأته ثلاثاً ؛ ثم يجدها ويستمر على وطئها ، او ان يرى وقفاً على مسجد ؛ يد من يتصرف فيه بغير حق . والثاني مخير في الرفع فيه ، كما لو رأى رجلاً يزنى بامرأة ؛ مرة من الدهر ؛ فالرفع قبل الطلب لا يقدح ، لانه من تغيير المنكر . وترك الرفع لا يقدح ، لانه يقتضي في الحال ، ولا يستدام فيه التحريم . بل الترك اولى ، للستر . وما ذكرناه من بطلان الشهادة ، بالمبادرة الى الرفع قبل السؤال ، في حق الآدمي المحض ، هو ما في المختصر . وقال المحقق ابن مرزوق في شرحه له : لم اراه منصوصاً على هذا الوجه ، إلا لابن الحاجب وابن شاس . وحكاة المازري عن الشافعية . والذي تقتضيه نصوص المذهب ، خلاف ذلك . وانما ان رفعها قبل الطلب ، لم يقدح ذلك فيها ، بل ان لم يكن فعلاً مندوباً ، فلا اقل من ان لا ترد . وانما اختلفوا : اذا رأى حقاً لآدمي ، يتصرف فيه غير مالكة . وسكت ولم يرفع ذلك . هل يكون ذلك جرحاً فيه ، مطلقاً ، او في تلك الشهادة خاصة ، او لا يكون جرحاً . وما ذكرناه من ان نصوص المذهب تقتضي ان الرفع قبل الطلب لا يقدح ، هو مقتضى ما اخرج به مالك في الموطأ ، ومسلم ؛ من حديث

زيد بن خالد الجهني « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الا اخبركم بخير الشهاداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » قال الباجي : (١) قال مالك في المجموعة وغيرها : معنى الحديث : ان يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها ، فيخبره بها ، ويؤديها له عند الحاكم . اهـ . فظاهر قوله « ويؤديها له عند الحاكم » اعم من ان يكون بعد طلبه بذلك ؛ امر لا . ومثل هذا التفسير ، يقل في الاحكام . وزاد : وقيل يحتمل ان يكون فيما لا يختص بحقوق ادمي ، ويكون من حقوق الله ، التي لا ينبغي السكوت عليها . قال ابن مرزوق : والاصل العموم ؛ لان في الجميع تغيير المترك . اذ ترك الانكار على من يتصرف في مال الغير بغير حق ؛ مع القدرة على دفعه بالشهادة عليه ، تمكين من المعصية . وهو لا يحل . واذا كان اعلامه ربا قبل الطلب ، لا يعد حرصا على الشهادة ، فكذا اعلامه الحاكم قبل الطلب . بل اعلامه الحاكم قبل طلب صاحبها اولى ، لقدرة الحاكم على ايقاف الشيء المشهود فيه سريعا ؛ ان كان يستحق الايقاف ، وقام صاحب الحق به ، ويحال بينه وبين من هو في يده سريعا ، فيحصل الغرض من التغيير . ولا يخالف ما ذكر ، قول الباجي « يحتمل ان يكون المعنى اذا سئلها بادر لادائها » ولم يحتج الى تكرير السؤال . لا انه يأتي الحاكم بها ، قبل سؤاله . لانه لا يسمعها منه ، ان لم يقم صاحب الحق به . اهـ . لانه لم ينف سماع الحاكم اياها بالاطلاق ، بل قال « ان لم يقم صاحب الحق بها » ومفهومه : انه ان قام بعد ادائه اياها ، وبعد ان قام صاحب الحق ، وأدى الشاهد ولم يسأله ذلك صاحب الحق - انه يسمعها . وانما لم يسمعها الحاكم ان لم يقم صاحب الحق ، لأن الحاكم لا يتولى اثبات الحق لصاحبه ، ولا يمكن من ذلك احدا إلا بإذنه .

(١) هو القاضي ابو الوليد الباجي سليمان بن خاف التميمي . له مناظرات مع ابن حزم . ألفت نحو الثلاثين ألفا ؛ من اشهرها وأحسنها : المنتقى . وولده سنة ٤٠٣ . وتوفي سنة ٤٧٤ .

ثم عدم سماع الحاكم اياها ، لا يدل على ابطالها ان قام بها صاحب الحق بعد ذلك . وهذا هو محل النزاع ، وبالجملة ، لم ار نصا على انها تبطل ، برفعها للحاكم قبل طلبه بها ، إلا لمن ذكرت . ثم ساق نصوصا من ابن يونس والمجموعة العتيقة ، تقتضي الاختلاف في التجريح ، بترك الرفع في حقوق الآدميين . استوعبه صاحب الاكمال في قوله : اختلف مذهبنا في تجريحه ، بسكوته على الشهادة بحقوق الآدميين ، وترك رفعها ، وهو يرى حقوقهم بيد غيرهم ، وصاحب الحق حاضرا غير عالم . فذكر بعضهم ان ابن القاسم يرى ذلك جرحا مطلقا ، ورأى بعضهم ان ذلك جرحا في الشهادة نفسها ، لا في الشاهد . وقيل انما تكون جرحا ، اذا رأى صاحب الحق صالحا عن حقه ، واضطر الى شهادته ، ولم يعرفه بها ، حتى بطل حقه . واما بمجرد سكوته ، فلا ، اذ لعله لا يطلبه او وهبه ، او باعه لمن هو في يده . واما سخوف ومن واقفه ، فيرى القيام بالشهادة ، وان طال حوزها على الشاهد . إلا فيما كان من حق الله . اهـ . ونقل كلام الاكمال ، الابي في شرح مسلم في الجزء الخامس صفحة ٢٤ وعقبه بقول القرطبي « قوله جرحا في الشهادة لا في الشاهد ، ليس بشيء . لان موجب جرحته ، فسقه لعدم رفعه ، والفسق مانع بالاطلاق » قال الابي : ولو تحمل انسان شهادة . ثم طلب بادائها ، فقال « لا اعرض بنفسى . اذ لعل القاضي لا يقبلني ، او لعل لا ازكى » فكان الشيخ (يعني ابن عرفة) يقول : ان تحملها اختيارا ، فلا حجة له بذلك ، وان لم يتحملها اختيارا ، فهو في سعة . اهـ . انظر صفحة ٢٥ من الجزء الخامس من شرح الابي ، الطبعة المصرية .

والحرص على قبول شهادته ، كمخاصمة المشهود عليه حال اداء الشهادة عليه ؛ سواء أكانت الشهادة بحق الله ، او بحق الآدمي . وكشهادته وحلفه ان ما شهد به حق ، في حق الله او في حق الآدمي . وعلل المازري القدح في هذه الشهادة :

بكون اليمين كالمعلم على التعصب والحمية وشدة الحرص على انفاذها . واستثنى ابن عبد السلام ممن يقدح في شهادته لاجل حلفه ، العوام ، فانهم يتساحون في ذلك ؛ فينبغي ان يعذروا . قال ابن مرزوق وحديث الصحيحين « ثم يأتي قوم تسبق شهادة اجدهم يمينه ، ويمينه شهادته » يدل على ابطال الشهادة المقترنة باليمين ، لانه في معرض الذم لمن يأتي في آخر الزمان . اهـ .

وليس من الحرص الموجب للرد ، الحرص على التحمل . كشهادة المختفي بغير قاذح . وفي كافي ابن عبد البر : لا ينبغي لاحد دعي الى الاستتار بالشهادة ؛ ان يجيب اليه ؛ إلا ان يضطر . فان ابتلي بذلك ، فلا يشهد حتى يستوفي آخر الكلام من المقر ، وأوله ، ويشهد للذي دعاة عليه . وان كان المقر ضعيفاً او مخدوعاً او مروغاً ؛ لم تقبل شهادتهم عليه . وعليه اليمين انه ما كان اقراره إلا لبعض ما ذكرناه ، وان لم يكن ذلك . ثبت عليه الحق . لان من الناس من يُقر في الخلاء ، ولا يقر في الملأ ، ومن عرف ذلك منه ؛ جاز ان يستتر له ، ليسمع اقراره . اهـ . قال الشيخ عمر الفاسي : الشهادة على المقر من غير اشهاد ، يلزم ان يقيد بغير من يخشى ان يخدع ، لضعفه وجهله ، في شهادة الاحتفاء . وبغير المتوسط بين اثنين ؛ فلا تقبل بدون اشهاد . اهـ . وقد نقل في المسائل الملقوطة ، عن الكافي والمنتقى : ان شهادة المتوسط ، الذي يدخل بين اثنين بالصلح ، لا يجوز ، وان استوعب كلامهما . اهـ . ومثله في الزرقاني ؛ معللاً بأنها تشبه الشهادة على فعل نفسه ، وسلمه بناني . لكن قال الرهوني : الظاهر ان شهادة المصلح ، كشهادة الخطاب ، فيكون فيها ثلاثة اقوال ، ويكون الصواب جوازها . اهـ . قال مهدي في حاشيته على شرح التحفة للتاودي : وهذا الاستظهار مخالف للمنصوص ، كما ترى . لانه لم يؤيده نص . قلت : وهو قصور . ففي الحدود في الرزني من المدونة ؛ قيل له رجلان تمارعا في امر ، فأدخل بينهما رجلين ، على ان لا يشهدا بما سمعا

منهما ؛ فيقرآن ، ثم يفترقان ويتجاحدان . قال فليعذر الشاهدان اليهما ، ولا يعجلا ؛ فان تماديا على الجحد ؛ فليشهدا عليهما . قال ابن ناجي في كبيرة : مثال ذلك ان يقول احدهما « لك علي كذا » ويقول الآخر « لك انت ايضا كذا » ثم يتجاحدان . واستشكل ابن ناجي جوازها : بأن كل واحد منهما ، يقول « ما شهدا لي به حق ، وما شهدا به علي باطل » فكان كل واحد منهما مكذبا لهذه البيعة ، فلا تصح شهادتهما لهما . وقال عبد الحق : (١) الصواب قول عبد الملك ورواية ابن نافع : انهما لا يشهدان ، عملا بشرطهما . وكان شيخنا البرزلي ، نصب نفسه للصلح بين الناس بتونس . فكان يصلح بينهم ، ولا يشهد . عملا يقول عبد الملك . لانه اذا شهد ، نفر الناس عنه . فكان يشترط ان لا يشهد بما يسمعه منهما . فاتفق الناس به كثيرا في مسائلهم ، الصغار والكبار . اه . وقال ابن مرزوق في شرح المختصر : قال اللخمي : اختلف ان جلسا للمحاسبة ، وأجلسا معهما رجلين ، على ان لا يشهدا بينهما . هل يشهدان . وأن تجوز شهادتهما في كل هذا ، اصبوب . وليست هذه بشهادة سماع . ولا يحتاج في هذا الى اذن . اه . فكلامر المدونة واللخمي ، صريح فيما استظهره الرهوني . قال الشريف في حواشي الزرقاية : وقد اتفق لي وقوع هذه النازلة سنة ١٢٢٥ وذلك ان رجلين من اهل الساحل ، تنازعا في اثاث مخلف عن امرأة ، هي زوجة لاحدهما ، وأخت للآخر ، وادعى كل واحد منهما على الآخر بأشياء من اثاثها المخلف عنها ، فتدبتهما للرجوع الى الحق ، والاقرار بما في قبل كل واحد ؛ واشترطت لهما عدم الاشهاد بما يعترفان به ، ترغيا في رجوعهما الى

(١) هو عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي . تفقه بشيوخ القيروان كأبي عمران الفاسي وأبي بكر بن عبد الرحمن ؛ وبشيوخ صقلية . وحج ولقي القاضي عبد الوهاب . ومن أشهر كتبه التكت والمروق لمسائل المدونة . وله الاستدراكات على تهذيب البراءة . توفي بالاسكندرية سنة ٦٦٠ هـ .

الحق، فاعترف كل واحد منهما، بما في قلبه، ثم انهما تآكرا، وترافعا الى الشيخ المفتي ابي عبد الله محمد المحجوب، (١) فأرسل الي؛ وطلب مني الشهادة بما في علمي، مما سمعته منهما، فقلت له اني قد اشترطت لهما عدم الشهادة، فأرسلهما الي، لتصالح بينهما؛ فندبتهما للصلح؛ فامتنعا، فوعظتهما، وذكّرت كلاً بما سمعت منه. فلم تتجع الموعظة فيهما. فعند ذلك اديت شهادتي بعد طلبها مني، وأنيتها للشيخ المذكور؛ فصالح بينهما، اهـ.

المانع السادس :- الاستبعاد . والاصل فيه ؛ حديث : لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية . وقد اخرج ابو داود ، من حديث ابي هريرة . وقال النسائي في هذا الحديث : ليس بالقوي ، ومحمله على ما يستبعد ويستتراب . في رسم القبله من سماع ابن القاسم في شهادة البدوي مانصه : اما في الحقوق فاني لا اراها جائزة ، وذلك ان الناس لا يتركون العدول . والذي يشهد بدويا ؛ ويترك حيرانه من اهل الحضر ، عندي مريب . واما الجراح ، فاني ارى ؛ اذا كان البدوي عدلا ، ان تجوز شهادته . ابن رشد : هذا فيما يقصد الى شهادتهم دون اهل الحاضرة ؛ فيما يقع في الحاضرة ، من البياعات والمناكحات والهبات وما اشبه ذلك . لان القصد الى شهادتهم دون اهل الحاضرة ، رية . فلا شهادة للبدوي في الحضر على حضري ، ولا على بدوي لحضري ، ولا لبدوي ؛ إلا في الجراح والقتل والزنى وما اشبه ذلك ، مما لا يقصد الى الاشهاد . وتجوز شهادتهم فيما في البادية من ذلك كله ، على الحضري والبدوي ، اذا كانوا عدولا ؛ اذ لا رية في القصد الى شهادتهم في البادية . هذا تحصيل القول في هذه المسألة ، على معنى هذه الرواية . اهـ . ونقله في المجالس المكناسية . ونقل صاحب

(١) هو محمد بن قاسم المحجوب المساكني التونسي . كان حافظا للذهب . تقدم للفتيا مع ابيه ثم تولى رئاسة المفتين . اخذ عن والده والشجعي والغرياني وغيرهم . وتوفي سنة ١٢٤٣

الدرر المكنونة : ان ابا الفضل قاسم العقباني ، سئل عن رجل متردد الى البادية . له فيها ضيعة ، يكثر التردد اليها ، ويسكن هنالك بأهله احيانا ، مات ؛ فادعى خاله الذي هو من اهل ذلك الموضع ، ان الميت اوصى له ؛ وشهد بذلك ناس من اهل ذلك الموضع ، فهل تعمل شهادتهم ، ام لا ؛ لانهم من اهل البادية . فأجاب : الشهادة في مسألتك ، من البدويين ، عاملة ؛ لما كان هذا المشهد كثير التردد الى البادية ؛ وينقطع فيها بعض احيان ويسكن ، اذ لا يستبعد في مثل هذا ان يقع اشهادُهُ في البادية . قاله ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن المواز . ويحمل الخبر الوارد في هذا ، على ما يستبعد ويستراب ، كالحضري يشهد في حضرته البادين ، ويترك جيرانه من الحضرة . وللاستبعاد لا قبل الشهادات الاسترعاية من اللفيف ، فيما جرت العادة ان يقصد فيه العدول المنتصبون للشهاد ، للتوثق . فاذا ادعى انسان على شريكه في ارض مشاعة بينهما ، انه وقعت القسمة بينهما ، وتعين لهذا المدعي مقسم منها ، عين حدوده ، وأدلى بشهادة استرعاية من اللفيف في ذلك ، لم تقبل . ومثل ذلك ادعاء المظلمة او البيع او الصدقة بعقار ، لا تقبل فيه الشهادة الاسترعاية ، لان الناس يقضون في معاملاتهم ، العدول المنتصبين . فاشهاد غيرهم ، مع التمكن من اشهادهم ، مستبعد . واستبعاد الشهادة ، موجب لسقوطها ، ونقل عظم في برنامجها في الورقة الثانية من مبحث الشهادات : ان جده قال في كتاب مواهب العرفان في بيان مقتضى حال حكم الزمان : افتى الشيوخ ابو محمد عبد الله البحيري (١) وابو العباس احمد القلشاني وابو عبد الله محمد الزنديوي (٢) بمنع قبول شهادة العامة ، في الامور

(١) الذي في كتب التراجم : ابو عبد الله محمد البحيري التونسي . قاضي الانكحة بتونس . اغد عن البرزلي وغيره . وتوفي سنة ٨٥٨

(٢) هو محمد بن محمد بن عيسى المقدي الزنديوي التونسي . من اصحاب ابن عرفة . تولى قضاء الانكحة بتونس . وتوفي سنة ٨٧٤

التي جرت العادة بالاعتناء بشهادة العدول فيها ؛ كالمعاوضات في الربع والنكاح ونحو ذلك ؛ في بلد يكون فيه العدول منتصبين لذلك . وذلك تهمة وظنة ؛ تمنع التعويل على شهادتهم في ذلك ؛ مع التمكن من اشهاد العدول المنتصبين . وكذلك الخروج من الحاضرة ؛ الى اشهاد اهل القرى . اهـ . ومن الرد بالاستبعاد ، عدم قبول شهادة السَّوَال ، إِلَّا في التافه اليسير . لحصول الرتبة في استشهاد الفقراء ، دون من عرف بالشهادة . فان الناس غالبا ؛ انما يقصدون بوثائقهم المعتبرة ؛ اعيان الشهود . ولهذا تقبل شهادة الفقراء ؛ فيما لم يقصد بالاشهاد فيه . كما لو قال السائل « مررت بهما وهما يتازعان ؛ فأقر فلان لفلان بكذا » فشهادة السَّوَال ترد في الشهادة الاصلية ، وهي شهادة التحمل ؛ للاستبعاد ؛ باشهاد من لا يقصد في غالب العادة . بخلاف الاسترعاء . قال في اول الشهادات من المدونة : ولا تجوز شهادة السَّوَال ؛ إِلَّا في التافه اليسير ؛ فتجوز اذا كان عدلا . قال ابن ناجي : يريد اذا كان يسأل لنفسه ، واما ان كان لغيره ، فيقبل . وظاهر لفظ « السَّوَال » يقتضي الشكرار ؛ بحيث يصير عادتهم . واما من فعل ذلك لعارض ؛ فلا يقدح في شهادته . وهو كذلك . قاله ابو حازم . وظاهرها : وان كانوا يطلبون الزكاة . وبذلك حكم الشيخ ابو اسحاق ابن عبد الرافع بتونس ، على ما بلغني . وهو الذي كان شيخنا حفظه الله تعالى ، يحمل عليه قولها ، ويذكر انه المتصوص للمتقدمين . ولم يرتض قول المغربي : لا يدخل هنا سؤالهم الزكاة ، اذا كان مستحقها ، لانه اخذ ما وجب له . ووقعت بالقيروان في حال صغري ، في ايام شيخنا ابي عبد الله الشيباني ، (١) فوقعت الفتوى والحكم بما قال . ونظمه صاحب العمل العام فقال :

كذلك الذي الزكاة يسأل * ولو فقيرا وعليه حملوا

قول الامام وبه قد حكما * بتونس والقيروان العلما

(١) هو ابو محمد عبد الله بن محمد بن يوسف البلوي الشيباني القيرواني . اخذ عنه البرزلي وابن ناجي والزعبي والمسراتي . توفي بالقيروان سنة ٧٨٢

المبحث الثاني

في تقسيم الشهادات الى اصلية واسترعاية وما يلزم في كل منهما

قال المحقق التاودي : التوثيق بأصله ينقسم الى قسمين : اصل ، واسترعاء . فالاصل : ما يمليه المشهود عليه على الشاهد ، كاشهاد المتعاقدين بالبيع او النكاح او غيرهما ، والاسترعاء : شهادة الشاهد بما في علمه ؛ من عسر او يسر او حرية او ملك او غير ذلك . وكيفية وثيقته : يشهد من يضع اسمه عقدا عقب تاريخه ، بمعرفة فلان ، وأنه رشيد مثلا ، ان كانوا عدولا ، او شهوده الموضوعه اسماؤهم عقب تاريخه ، يعرفون فلان ابن فلان ، اسماً وعيناً ونسباً ، ان كاتب غير عدل ، ويشهدون بأنه أقر لديهم ، او بحضرتهم ، ولا بد في الاسترعاء ، من قول الشهود : اقر لدينا ، او باع بحضرتنا ، او اقر عندنا بالبيع وقبض المبيع . فان سقط من الوثيقة لفظ لدينا ، او بحضرتنا ، او قبض المبيع ، في البيع ، لم تعمل الشهادة ، حتى يسنوا ذلك . فان تعذر استفسارهم ، بأن غابوا ، او ماتوا ، سقطت . كما تسقط ، اذا لم يتعرضوا لمعرفة . ولا تعريف ، ولا صفة ، وتعذر ادأؤهم على عينه ، ولم يكونوا من اهل الضبط والتحفظ ، وإلا قبلت . قاله التسولي عند قول التحفة « ويشهد الشاهد بالاقرار » البيت .

والاصل ان لا يشهد الشاهد إلا على من يعرف . فان لم يعرف المشهد ؛ اعتمد في التعريف به ، على المعرف العاقل (١) الذي لم يؤت به لهذا الغرض ؛ بل كان حضوره اتفاقاً ، واذا حصل العلم ، ولو بامرأة ، اكتفي بذلك . لان خبر الواحد ، قد تقترن به قرينة ، فيفيد العلم . وفي نوازل ابن الحاج عن

(١) ينبغي الجزم بأن ورقة التعريف اليوم ؛ يكتب في التعريف . لان الظن الناشئ عنها ؛ أقوى من الظن الناشئ عن تعريف امرأة او صبي غير محبوب للتعريف . اذ بها صورة الانسان ؛ ووصفه ؛ وامضاء المسكف بذلك ؛ وطابع الادارة ؛ وغير ذلك مما يحقق هوية الشخص .

ابن شعبان : يجوز قبول المعرف الواحد ، بالمرأة المشهود عليها ، وإن لم يكن عدلا . فإن لم يجد الشاهد ذلك ، فإنه يعتمد على صفات المشهود عليه . قال ابن ناجي في شهادات كبيرة : الأصل أن لا يشهد الشاهد ، إلا على من يعرف ، إلا لضرورة . وروى ابن نافع : أنه لا يشهد على امرأة ، إلا أن يشهد عنده عدلان ، أنها فلاتة . قال ابن القاسم : هذا باطل ، ولا يشهد عليها . ابن الماجشون : بل قول ابن القاسم هو الباطل ، وكيف يعرف النساء إلا بمثل هذا . الشيخ ابن ناجي : جرى العمل بأفريقية ، بالاكتفاء بمطلق معرفة ؛ ولو حتى من الصبي ، ما لم تكن ربة . ويقال في التعريف به « وعرف به » (١) وأما أن قال « وعرف به فلان » (٢) فالعمل على بطلانها ، لأنها كالنقل عن عرفه . فإن لم يجد من يعرفه ؛ فليكتب نعتَه وصفته . وقال بعضهم : يكتب اسمه وقريته ومسكنه ، ويجتزئ بذلك . وضعف ، لأنه قد يسمى الرجل بغير اسمه . وغير مسكنه ، وغير موضعه . وما ذكرناه من العمل يقتضي أنه لا يقبل قول المشهود عليه بالتعريف ، أنه لم يشهد عليه . هذا الذي كنت أفهمه . ووقعت في أحكامي ببلد القيروان ، وعملت على ذلك ، وسجنت الغريم . فأوقفني بعض أصحابنا ، على فتوى شيخنا أبي يعقوب يوسف الزعبي ، بأنه لا عمل على ذلك ، إلا أن يعرف الشهود من عرف به ، فتكون من باب النقل عنه . وبه العمل عندنا بتونس . فاطلقته . اهـ .

وإذا تكرر التعريف بالمشهد ، مرة بعد أخرى ، في شهادات عليه متعددة ، لم يحتج الموثق إلى ذكر المعرفين . وعبر عن ذلك بتقرر التعريف . فلو اكذب المعروف الشاهد في التعريف ، وقال لم اعرفه بالمشهود عليه ، احتمل أن يعول على قول الشاهد ، لأنه من الحقوق ، ومن تمام الحق المشهود به ، ومن وسيلته ، فهو مشهود عليه به ، كما أن أصل الحق مشهود به على المطلوب . واحتمل أن

(١) بالبناء لنائب الفاعل (٢) بالبناء للفاعل

يبطل التعريف ، ويؤدي الى بطلان الشهادة بأصل الحق ، كما اذا كذب الاصل الفرع في باب النقل ، وهو الظاهر اذا عين الشاهد المعروف ، بخلاف تقرر التعريف ، قال عظم في برنامج الشوارد : لم اقف على نص فيها ، إلا ما يقتضيه ظاهر كلام الزغبى ، حيث جعله من باب النقل ، فعليه ، تكذيبه ابطال على اصل النقل ، اذ تكذيب الاصل الفرع ، يبطل له ، اهـ

ولا يسأل القاضي الشاهد ، عن عرفه بالمشهود عليه ، فان سأل ، فلا يعينه ، وسؤاله عنه جهل من القضاة ، فان عين شخصه ، بطلت ، لانها صارت كالنقل ، وان عين جنسه ، ففي اجوبة ابن رشد : ان الشاهد اذا قطع بمعرفة المشهود عليها ، ثم بعد ذلك قال انه لم يعرفها ، وانما عينها له حين الاشهاد عليها ، امرأة وثق بها ؛ ان الشهادة عاملة ؛ اذا كان هو الذي ابتداء بسؤال المرأة المعركة ؛ لان ذلك من باب الخبر . اهـ . قال التسولي : فيفهم منه ان تعين الجنس غير مضر .

وينبغي ان يتنبه الى ان الشهادة الاصلية لا يحتج بها ؛ إلا فيما سيق للاشهاد ؛ من تعمير دمة ؛ او عقد بيع ؛ او نكاح ، مثلا ، واما ما يؤتى فيه من خبر او حكاية ؛ لم تتضمنه معرفة الشهود ؛ فلا يثبت بثبوت الوثيقة ، إلا ان يزيده الشهود عند شهادتهم ؛ او يشهد بذلك غيرهم . قاله الوانشرسي في الفائق . فاذا عقد في الوثيقة : بعد ان استقر على ملك فلان بن فلان الفلاني جميع الدار الفلانية ، وكان استقرار ذلك على ملكه ؛ بالشراء من فلان الفلاني ؛ او بالارث من فلان بن فلان ؛ واستمر ملكها لها الى ان توفي ؛ فورثها زوجها فلانة ؛ وولدها منها فلان وفلان ، وأمه فلانة ؛ وصار مناب فلانة لفلان بية او مخارجة او غير ذلك ، وبعد كون ذلك كذلك ؛ حضر لدى شهيديه فلان ؛ واشترى من بقية ورثة ابيه ؛ وهم فلان وفلان ؛ جميع الدار المحدودة المذكورة ؛ بثمان قدره كذا . الخ . الى قوله : شهد عليهم بذلك ؛ بحال صحة وطوع وجواز . وعرفهم ؛ او عرف بهم ؛ في تاريخ كذا ، فلا يحتج بهذه الوثيقة ؛ في النسب ولا في عدة الورثة ولا الهبة

ولا المخارحة . ولا يحتج بها إلا في خصوص البيع . إلا أن يضمن الشهود شهادتهم بذلك ، كأن يقولوا : صار المبيع للبائع ، بالابتياح من فلان ، بشهادة شهيديه . فتعمل الشهادة فيما حكوا شهادتهم فيه . فلو قالوا : صار المبيع للبائع ، بالابتياح من فلان ، حسبما ذلك برسم وقف عليه شهيداه ، يتضمن كذا . أو صار له ، بالارث من فلان ، حسبما ذلك بوثيقة استرعاية تامة الموجب ، من رفع وطبع وتزكية وكتب عمل . فإن استوفى شهود الوثيقة ، أسماء الشهود في الصورة الاولى ، ولم يتركوا شيئاً يؤثر في صحة العقد ، وسموا في الصورة الثانية . شهود الوراثة ومزكيتهم ، وعينوا الآذن فيها ، احتج بهذه الوثيقة ، فيما تضمنته من الابتياح أو الوراثة ، وقام ذلك مقام اعيان الوثائق التي تضمنت تلك الشهادات ، بناء على ما جرى به العمل التونسي ، من أن معاينة الرسوم مفيدة ، يعمل بها ، كما قلناه صاحب الاجوبة العظومية عن الشيخ ابي النور الاربسي احد مفتي تونس في عهد ابي عثمان الحفصي . ومسألة معاينة الرسوم ، (ويعبر عنها بشهادة الوقوف ايضاً ، ومعناها ان الرسوم اذا ضاعت وفنت ، بعد ان عاينها الشهود وعرفوا خطوطها ، وحفظوا ما فيها) اختلف هل يحكم بها ، أو أن الرفع على خطوطها لا يفيد مع غيبتها . وانما ينفع مع حضورها ، والشهادة على عينها . وجرى العمل الفاسي ، بأن معاينة الرسوم ، لا تفيد مع ضياعها . قال ابو زيد الفاسي :

وعدم الحكم بما قد عوينا * من الرسوم وتلاشى بفنا

وعملنا بتونس ، موافق لما افتى به ابو الحسن ، لما سئل عن شهادتين نظرا وثيقة ، وحفظاً مضمناً ، وعرفاً خطها ، وعدالة صاحب الخط ، وضاع الرسم ، هل يعمل بشهادتهما ، وتكون احياء له ، أو لا . فأجاب أنه يعمل بها ، اذ لا فرق بينه وبين رفعها على خطها ، مع جهل القاضي به . قال في المعيار : وفي ابن عرفة والمتيطي ما يناقض هذه الفتوى ، وهو الصحيح الذي لا يلتفت الى غيره . اهـ . وفي توافر الوديعه من المعيار : سئل ابن عرفة عن اودع رجلاً وثائق اشرية ؟

فضاعت . فأجاب لا ضمان عليه . فإن طالبه صاحب الوثائق بما فيها ، ان
تحقق الملك ، جاز أن يشهد عليه ، وان لم يتحققه وتحقق شهود الوثيقة
وخطوطهم . فكان شيخنا ابن عبد السلام رحمه الله ؛ لا يجوز الشهادة على الخط ،
لانه يفتر الى حضوره ، ليقم الاعذار على عينه ، وهو غير موجود ، يعني انه
مجهول العين ، فلا بد من حضوره ، لتقم الشهادة على عينه . وقبل ابن عرفة
هذا الكلام . وفي نوازل الشهادات منه : كان ابن عرفة ينقل عن شيخه ابن
عبد السلام ، ان من شرط الشهادة على الخط ، حضوره ، لتقام الشهادة على عينه ،
كالشخص المجهول اذا شهد على عينه . فقول الشهود في وثائقهم « وقف على
رسم يقتضي كذا » لا يعول عليه ، لانه كالشهادة على مجهول ، مقصود معرفة
عينه . اهـ . ومثله في البرزلي عن الشيخين ابن عبد السلام وابن عرفة . قال :
وكان غيرهما من الاشياخ لا يتفطن لهذا ، ويرى انه محصل لترجيح الملك .
وكذا التيسير على « ان فلاناً وصي » ونحو ذلك . واذا اريد اثبات ذلك من
غير اشكال ؛ فيشهدون على القاضي باثبات ذلك ، فتكون شهادتهم على حكم
القاضي . اهـ . وكتب عليه الشيخ ابو النور الاربسي ما نصه : رأيت في بعض
وثائق الميطي بآخر النسخة الكبرى من تاليفه ، جواز الشهادة على الخط مع
غيته . ولم يجلبه إلا كانه المذهب . وقوله « وكذلك التيسير على ان فلاناً وصي
ونحو ذلك » يريد اذا قالوا : وبالوقوف على رسم الايضاء ؛ او ما يقتضي الايضاء وما
اشبهه . والعمل اليوم مستمر بتونس ، على اعمال شهادة الوقوف ، وهو قول الاكثرين من
الاشياخ . وما اختاره ابن عبد السلام وابن عرفة . جرى العمل بخلافه . ورأيت جواباً
لبعض الشيوخ الحفاظ ؛ باعمال شهادة الوقوف . ونزلت ، ووقع التنازع فيها حتى اعتقد
كثير منهم ان المنع هو المذهب . وليس يوجد لغير الشيخ ابن زيتون ، (١) معتقدا صحة

(١) هو ابو القاسم بن ابي بكر بن مسافر اليميني التونسي ؛ ويقال ابو احمد ؛ المعروف

ما اشار اليه ؛ من ان شرط الشهادة على الخط ؛ حضوره . وقد تقدم عن المتبني خلافة ؛ ولم يحك غيره ؛ كأنه المذهب . وهو الحجة . اهـ . واقتى عظم بمقتضاه . واستمر به العمل الى يومنا هذا .

وقول الموثق في الشهادة الاصلية « شهد عليهما بذلك وهما بحال صحة وطوع وجواز » امر يدل على الصحة والطوع ؛ ولا يكون حجة في الانطلاق من الولاية . قال في شرح التلقين : ان الفتوى بترك الاعتداد بما يقوله الموثقون « شهد عليهما طوعا ؛ في صحة عقولهما ؛ وجواز امرهما » وان ذلك لا يكون ترشيداً لمن وصف بأنه جائر الامر ؛ لكونهم لم يقصدوا الشهادة به . ولو قصدوا الى الشهادة بذلك ؛ لم يحل لهم ان يشهدوا ؛ حتى يختبروا من وصف بذلك ؛ ويعلموا رشده . ولهذا يقولون ؛ اذا ارادوا ذلك « وعلم بكون فلان وفلان رشدين لا ولاية عليهما » . اهـ . قال التاودي في شرح الزقاية ؛ بعد ان نقل كلام شرح التلقين ؛ وما وافقه من كلام ابن فتحون والمتبني : فعلم من هذه القول ؛ ان عدم الكفاية ؛ انما هو في الانطلاق من الولاية ؛ واما بالعقل والطوع ، مما لا يخفى ؛ فلا يشهد عليه بأنه في حال عقل وطوع ؛ وهو بخلاف ذلك ؛ إلا زورا . وقولهم « بحال كمال » يشمل العقل والطوع والرشد . فينبغي ان يعتبر في الاولين ، دون الثالث ، إلا مع التصريح به . اهـ . والى هذا الفرع والذي قبله اشار الزقاق بقوله :

ولا يشمل الاشهاد بالحكم مسندا * لزيد على عمرو سواه من الحلا وما سيق للتقيد كابن محمد * وطوع جواز ذا الصحيح به اعملا وينبغي ان يتبها الحاكم ، الى ان الشهادات الاصلية في التبرعات ، يلزم

تصريح الموثق فيها بالاشهاد ، وإلا كانت ملغاة . فالصواب ان يقول الموثق « اشهد فلان انه وهب ، او تصدق » واذا قال في فاتحة الوثيقة « وهب فلان ، او تصدق ، او وكل » يلزم ان يقول في اخرها « وشهد على اشهادة بذلك » بـ عليه الشيخ التسولي في شرح التحفة .

ويلزم في البيئات الاسترعائية ؛ بيان مستند العلم في الشهادة . فان اهمل ذلك ، لم يصح القضاء بها ؛ حتى يبين مستند العلم . فان تعذر البيان ؛ لموت الشهود ؛ بطلت تلك البينة .

ويلزم في بيئة الارائة ؛ ان يذكر الشهود ، انحصار ارث المتوفى ؛ في الاشخاص الذين يعينونهم ؛ في علمهم ؛ وان يذكروا ؛ عدم علمهم بوارث سواهم . ففي مختصر المتبعية : ولا بد ان تقول « وأحاط بميراثه في علمهم » فان اسقطت « في علمهم » لم تصح الشهادة ؛ لامكان ان يكون له وارث لم يعلمه الشهود . ولا تكون الشهادة في ذلك على البت . وهو قول مالك ؛ وبه الحكم . وقال في باب التدبير من المختصر المذكور : الشهادة في عدد الورثة ؛ على العلم . وهو قول مالك وابن القاسم ؛ وبه الحكم . اهـ . انظر شرح العمليات العامة صفحة ٤٥٩ .

ومن هنا لا يقع التعارض ؛ بين ينتي وفاة ؛ تشهد احدهما بعدد من الورثة ؛ وتشهد الاخرى بعدد زائد . او تشهد احدهما بأن العاصب له بيت المال ؛ وتشهد الاخرى بأن العاصب له ابن عمه فلان . اذ لا منافاة بين العلم بالشيء من شخص ؛ وعدم العلم به من آخر . فيعمل حينئذ ؛ بالبينة الشاهدة بالعدد الزائد ، والبينة الشاهدة بأن العاصب له ابن عمه فلان . لكن يلزم في البينة الشاهدة بتعصيب ابن العم ، ان تذكر الجدة الجامع ، وإلا كانت الشهادة بالتعصيب ملغاة . قال البرزلي : العمل اليوم ان لا بد من ذكر الجد الجامع ، الذي يجتمعان فيه ، وإلا فلا تصح . وقال حلولو في اختصار نوازل البرزلي : اذا شهد انه شقيق فلان ، فذلك

يستلزم انهما ابنا رجل واحد ؛ ولو لم يذكره ، ولا يدخلهما الخلاف . اذا لم
يرفعهما الشاهد الى جد معين . اه . وفي العمليات الفاسية

لابد من معرفة القعدد في * ارث وإلا فبشك ينتفي

وفي نوازل العلمي (١) عن الشيخ ميارة : لا يشترط بيان القعدد ، إلا في
منازعة الاقرباء فيما بينهم ، لا مع بيت المال . ونقل التسوي في حواشي
الزقاية صفحة ٩٠ : انه وقف على جواب للتاودي نصه : تحرير المسألة ومحصلها ،
على ما تفيد اجوبة المحققين ، وكلام اصحاب النوازل ، انه اذا لم يكن هناك وارث
يدعي ذلك ، إلا مقيم البينة ، كان بيان القعدد فيها شرط كمال ، وصحت دونه
كما في المتبعية والفشتالي (٢) وابن سلمون وغيرهم . وان كان هناك معارض
لها ، ومن يدعي خلافها ، فلا بد من بيان القعدد لعلم الاحق منهما . اه . قلت
ينبغي ان يعول القاضي هنا ، على ما قلناه عن البرزلي وحلولو ، لا على ما قيد به
المسألة ميارة والتاودي ، لان عملنا على عدم التفصيل ، بدليل اطلاقهما .

والاصل ان الشهادة في الوراثة ، انما تكون على اعيان الورثة ، لكن اهل
العلم اجازوها على غير اعيانهم ، وحملوا الامور على الصحة . فان وقع بين
الورثة في ذلك اختلاف وتنازع ، واحتاج الحاكم الى الاعذار اليهم ، فلا بد من
الشهادة على اعيانهم . فان غاب الشهود الذين شهدوا بالوراثة ، او ماتوا ، جاز
اثبات العين بغيرهم . قاله في مختصر المتبعية ، ونقله ابن غازي في تكميل التقييد ،
وصرح بأنه الذي جرى به العمل . وفي المقصد المحمود : (٣) مجهول العين ، تقع
الشهادة على عينه . وجرى العمل في الوراثة بخلاف ذلك . اه . وفي
العمليات القاسمية :

(١) هو علي بن علي الشريف العلمي . اخذ عن والده وعبد القادر الفاسي ومحمد العربي برده .
آلف النوازل المشهورة بنوازل العلمي .

(٢) هو قاضي فاس ، محمد بن احمد الفشتالي . له تأليف في الوثائق ؛ مشهور . توفي سنة ٧٧٩

(٣) المقصد المحمود في تلخيص العقود احد الكتب التي اشار اليها صاحب التحفة في مقدمتها .
ومؤلفه هو ابن القاسم الجزيري . واسمه علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي . نزيل الجزيرة الخضراء .
توفي سنة ٥٨٥

وكل ماعدا وراثات المنون * فيه على العين الشهادات تكون
اما الوراثات فلا إلا اذا * للوارث الاعذار فيه اخذا
وتقل في المفيد عن اصبع ، في السامعين من المتكحة وان لم يعرفها : هذا امر
لا يجد الناس منه بدا . ثم قال : ويخرج من قول اصبع ، انه لا يحتاج في ثبوت
الموت وعدة الورثة ، الى تعيين الورثة ، اذا كانوا نساء ، وبه جرى العمل . وقال
ابن فرحون في تبصرته ، بعد ان قل كلام المفيد : فتلخص ان الزوجة ، حكمها
حكم البنات ، لا يلزم الشهود ان يعرفوا عينها ، في استحقاق الميراث . اهـ ،
واقصر في المتبعية في فصل التوارث ، على ان الشهود اذا عرفوا عدد الورثة ، ولم
يعرفوا اسماءهم ، فهي شهادة تامة ايضا ، إلا ان يقع بينهم تنازع . وذكر فيه ايضا :
انهم اذا سموهم ، ولم يشهدوا على عينهم ، او لم يذكروا انهم يعرفونهم ، فهي
تامة ايضا . انظر حاشية الزقاقة للتسولي صفحة ٩٠

ويلزم في بينة الملك الاسترغائية ان يصرح الشهود بفصول خمسة : - ١ - اليد ،
اي الحوز - ٢ - وتصرف الحائز تصرف المالك . - ٣ - وكونه ينسب الى نفسه ،
وينسب الناس اليه . - ٤ - وعدم المنازع . - ٥ - وطول الحيازة ، عشرة اشهر ، وقيل
سنة . وهل زيادة كون المحوز لم يخرج عن ملك حائزه ، في عليهم ، شرط
كمال ، وهو ظاهر كلام المدونة في العارية ، او شرط صحة ، وهو ظاهر شهادات
المدونة ، لقولها في اخرها ، فيمن قامت له بينة : انه ابن فلان الميت ، لم يستحق
ميراثه ، حتى يقولوا « لا نعلم له وارثا غيره » وكذلك ان شهدوا : ان هذه الدار
لايه او جده ؛ فلا تتم الشهادة ، حتى يقولوا « لا نعلم انها خرجت عن ملكه الى ان مات
وتركها ميراثا » لهذا قال ابن ناجي : وحملها شيخنا ابن عرفة على انه شرط كمال فيهما .
وبه اقول . وفصل ابن ابي جرة (١) فقال : هو شرط صحة في وثيقة استحقاق

(١) هو محمد بن احمد بن عبد الملك بن موسى بن ابي جرة المرسي ؛ القاضي المشاور .

الميت ، كما في الشهادات ، وكال في وثيقة استحقاق الحي ، كما في العارية ، لاث
الوارث يحلف على العلم ، والحي على البت . ومثله في الوثائق المجموعة . وقبله
ابو ابراهيم والمغربي . وبه الفتوى . اهـ . ونظمه في العمليات القاسمية بقوله :

ونني ما كالبيع شرط صحة * شهادة بملك خصم ميت

اما شهادة تحقق ملك مال * للحي فالشرط بها شرط كمال

ولا تقبل الشهادة بالملك مجملة . وصور المنجور الاجمال ؛ بأن يشهدوا بالملك ،
دون زيادة ان الشيء المستحق ، لم يخرج عن ملكه في علمهم . فيُستفسرون ،
فان ابوا ان يقولوا « ما علموه باع ولا وهب » الخ ، فشهادتهم باطلة . كما لو
قالوا « انه لم يخرج عن ملكه قطعاً » وصور ابو علي بن رجال والشيخ عمر
الفاسي ، الاجمال ، بعدم ذكر الشروط الخمسة ، والتفسير ، بذكرها . فان كان
الشاهد من اهل العلم ، لم يجب التصريح بها ، وإلا وجب . ويدخل في الاجمال ؛
ما نقله الثيطي عن ابن زرب وغيره : اذا قال شهود الملك ، انهم يعرفون
دار كذا ، مسكنا لفلان المتوفى ، فقال ابن زرب : يُستفسرون ، فان قالوا
« اردنا بمسكنه ملكه » قضى لربها . وان قالوا « اردنا انها دار سكناء » لم يقض
له بها . ويدخل في الاجمال : اذا قالوا « ملكه » ولم يزيدوا « مالا من امواله »
فقد نقل بناني عن ابن عرفة : وفي لغو شهادة الشاهد في دار بأنها ملك فلان ،
حتى يقول « ومال من ماله » وقبولها مطلقا ، ثالثا ان كان الشهود لهم نباهة
ويقظة . الاول لابن سهل عن مالك ، قائلا شاهدت القضاء به . والثاني لابني
المطرف ، (١) والثالث لابن عتاب .

(١) هو عبد الرحمن ؛ ابو المطرف ؛ بن مروان بن عبد الرحمن القنازعي القرطبي . تفقه
بالاصيلي وأبي . عمر بن المكوي . وروى عنه ابن عات وابن عبد البر . له تفسير الموطأ واختصار
مكتاب ابن سلام في تفسير القرآن واختصار وثائق ابن الهندي . توفي في رجب سنة ١٤٣

وما ذكرناه ، من كون بينة الملك اذا قطعت بالشهادة ، وقالوا : لم تخرج
عن ملكه « تبطل ، هو قول مالك وابن القاسم ، وبه العمل ، كما في التوضيح
ومختصر الميضية واللباب . ولذا قال في العمل العام :

قول شهود الملك ما باع ولا * قوت في عليهم امر جلا

ككل من يشهد في نفي كلا * نعلم وارثا سواء مشلا

وهو ما في المدونة . لقولها : فان قطعوا بالشهادة ، وقالوا « لم تخرج عن
ملكه » كانت زورا . وقيد بعضهم البطلان ، بما اذا كان الشهود من العلماء ، اما
اذا كانوا من العوام ، فتقبل . واليه ذهب الشيخ ابن ابي زيد وأبو عمران .
وتقل بعض المتأخرين انه المعتمد في الفتوى . وتقله مهدي في حاشية الزقاقية .
ولا بد في الشهادة بالملك لليت ، ان يقولوا « لا نعلم الهالك فوته الى ان
توفي » . وان سقط عدم تقويت الورثة لما ورثوه ، لم يضر ذلك ، وذكره اتم .
هذا ان لم يمت واحد او اكثر من الورثة ، وإلا وجب ذلك . فقي مختصر
الميتية : ويشهدون انه لم يفوتها عن ملكه ، الى ان مات ، وخلفها الى ورثته .
وأن احدا من ورثته ، لم يفوت حظه بوجه ، الى ان توفي وتركها الى ورثته .
وهكذا فان لم يذكرها ، ان المتوفى الثاني لم يفوت شيئا مما جرت الوراثة
اليه ، في علم الشهود الى ان توفي ، لم تعمل الشهادة لورثته شيئا . ونحوه في
الوثائق المجموعة . وقد اشار الزقاق الى شروط شهادة الملك بقوله

يد نسبة طول عشرة اشهر * وفعل بلا خصم به الملك يجتلا

وهل عدم التفويت في عليهم كما * ل ام صحة للحق لليت ذا اجعلا

واشترط طول الحياة ، عشرة اشهر ، انما هو فيما جهل اصله . اما حيازة
ما علم اصله ، لغير الحائز ، فهي التي اشترط فيها عشر سنين . وقد افصح ابو زيد
عن ذلك في نظم العمل الفاسي حيث قال
وحوز ما جهل اصله كفي * عشرة اشهر او العام وفي

تصرف المالك والنسبة مع * يدولا منازع طول وقع
هذا اذا توفرت فيشهد * عالمها بملك من له اليد
اما الذي علم فالمشهور * عشر سنين وله تقرير

ولا تقبل الشهادة الاسترعائية مجملة ، في ملك او عتق او تجريح او تعديل
او ترشيد او تسفيه او توليج او ذكر اخ في وثيقة الوراثة ، إلا من اهل العلم .
واما من غيرهم ، فلا تقبل إلا مفسرة . قاله الغرناطي . (١) فالاجمال في بينة
الملك ، كعدم التعرض للفصول الخمسة ، وقد تقدم . والاجمال في الشهادة بالعتق
كقولهم « يشهد انه يتصرف تصرف الاجرار » وكقولهم « نشهد انه قال له
انت حر » لاحتمال ان يكون ذلك لدخ او ذم ، لا لانشاء حرية . والتجريح
كقولهم « هو مجرّح او فاسق » والمشهور : لا بد من البيان مطلقا . قاله التاوذي
في شرح الزقاية . والتعديل كقولهم « نعم العبد ، او ممن تقبل شهادته » فان
كانوا من اهل العلم ، قبلت شهادتهم ، وإلا فلا . قاله ابن فرحون . قال المحقق
التاوذي : ومقتضاه ، ان القول المذكور ، يكفي في التزكية من اهل العلم ، وهو
خلاف قول المدونة : ولا يجزيء في التعديل إلا القول بانهم عدول مرضيون .
اه . وهو ما اقتصر عليه ابن الحاجب وابن عبد السلام وصاحب المختصر ،
وخلاف ما اشترطوه في المزكي من كونه عارفا ، فمقتضاه ان غير العارف لا
يصح تعديله ، ولو فسّر . قال : وينبغي ان لا يقبل قول المزكي « عدل رضى »
مجملا ، الا من العالم . واما غيرها ، فحتى يُفسّر . فان كثيرا من المنتصبين ،
لا يفهمون معناه اه . والعدالة ، السلامة في الدين . والرضى ، السلامة من
البلية والغفلة .

(١) هو ابو عبد الله محمد بن محمد الانصاري السرقسطي الغرناطي . عالم غرناطة ومفتيها .
اخذ عن ابن سراج . وأخذ عنه ابن الازرق والقلاصدي . كان من احفظ الناس لمذهب مالك
مولده سنة ٧٨٤ وتوفي سنة ٨٦٥

والاجمال في الترشيذ ، كقولهم « شهد انه رشيد » فتكني من اهل العلم ؛ دون غيرهم ، حتى يقولوا « حافظ لئله غير مبذر » . والاجمال في التسفيه ، كقولهم « شهد انه سفيه » فلا تقبل من العوام . حتى يقولوا « غير حافظ لئله » والاجمال في التوليج ، تقدم . والاجمال في الوراثة ، كقولهم « شهد انه توفي فلان فورثه زوجه وبنته واخوه » ولم يبينوا كونه لاب ، او لام . او شقيق . فلا بد من البيان ، لان احكام الاخوة مختلفة . إلا ان يكون علماً بأن الاخ للام ، يسقط بالبنت وغيرها من عمودي النسب ، وأنه لا يرث معها إلا الشقيق والذي للاب . فيقبل . وأشار الزقاق الى كلام الغرناطي بقوله :

شهادة اعتاق ورشد وضده * وجرح وتعديل وتأليج اسجلا

وابتات ملك او اخ في وراثته * تفسر الا من ذوي العلم فاقبلا

والحق بما ذكر نظائر ، لا تقبل من غير العالم إلا مفسرة . وهي الشهادة بالملأ على من ثبت غدمه ، لا تقبل من غير اهل العلم حتى يقولوا « ان له مالا اخفاء » فاذا قالوا ذلك ، قبلت ، على ما به العمل ، عينوه ام لا . قاله الزرقاني . والشهادة بضرر الزوجة لا تقبل بمجمل . اذ قد يكون ادبها لنشوز او نحوه ، فيظن من لا علم له ان ذلك ضرر منه ، فلا بد من بيانه ، إلا من اهل العلم . والشهادة بالغبن من العامي ، لابد فيها من بيان قدره ، لاختلاف العلماء في تحديده ، هل الثلث ، او اكثر ، او ما تقص عن القيمة تقصاً يتأ ، وان لم يبلغ الثلث . ولا تقبل بمجمل إلا من العالم .

والشهادة بالردة من العامي ، لابد فيها من بيان قول المرتد الذي صدر منه ، لاختلاف العلماء في الالفاظ التي يكفر بها .

والشهادة بالولاء ، لا تقبل من غير اهل العلم ، مجمل . حتى يقولوا « باشر عتقه ، او جره ولاء او عتق »

والشهادة بالسرقه من العوام ، لابد ان يبينوا كمر هي . وكيف اخذت ، هل خفية او جهارا ، وهل اخرجت من حرز ام لا . وكذا الشهادة بالزنى من العوام ، لابد فيها من بيان الصفة . ولا تتم شهادتهم حتى يقولوا « رأينا كذا في كذا كالمروء في المكحلة »- وكذا الشهادة بالقذف او الشتم ، لا تقبل من العامي حتى يكشف عن حقيقته ، لان شرط المقذوف به ، كونه زنى او نفي نسب عن اب او جد معين ، لا عن ام ، ولا ان قال « نذ فلم يدرك له اب ولا ام » - وكذا الشهادة بالتعئيس ؛ لا تقبل من العامي بمحمله ، للاختلاف في حده . وكذا الشهادة بالعدم ، اذا قالوا « لا مال له ظاهرا ولا باطنا » ولم يقولوا « انهم لا يعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا » فيستفسرون ، هل مرادهم القطع ، فبطل . او نفي العلم ، فتصح . والشهادة بوقف طريق على المسلمين ، لا تقبل بمحمله من العامي ، اذ قد يكون المحل يتفجع به وهو مملوك . فيلزم بيان ان واقفه فلان ، اما باشهاده ؛ او اخباره لهم ؛ او بالسماح الفاشي . وكذا شهادة السماع ؛ لا تقبل من غير اهل العلم ؛ حتى يقولوا « نسمع سماعا فاشيا من اهل العدل وغيرهم »- وكذا الشهادة بفساد عقد من العقود ؛ لا تقبل حتى يبينوا وجه الفساد . والشهادة بالخاق الحمل بأبيه الميت ؛ لا تقبل حتى يبينوا المدة التي بين الوضع وموت الاب . وقد نظم هذه الفروع التأودي فقال :

وغبن وكفر سرقة وزنى ولاء * وقذف وشتم عنست عدم ملاء

وضر وغصب وقف سبل سماعهم * فساد عقود حمل ميت لم تلا

واذا كان شهود البينات الاسترعائية عدولا معروفين بالعدالة ؛ ككونهم منتصبين للشهاد ، او حاملين لاوامر تخولهم الانتصاب للشهاد ، لم يحتاجوا الى تعديل ، اي تركية . ويكتب الموثق تحت اسم الشاهد هذه العبارة (معروف بالعدالة) واذا لم يكونوا كذلك ، احتاجوا الى التعديل . فان علم العدلان

المأذونان بالرفع عليهم ، عدالتهم ، كتبنا تحت اسم كل واحد منهم هذه العبارة (وأزكيه) وان لم يعلم عدالتهم ، افتقرا الى ان يزكيهم رجلان عدلان معروفان عند القاضي ، إلا ان يكون الشاهد غريبا او امرأة ، فلا يشترط ان يزكيهما ابتداء ، معروف عند القاضي ، لكن لا بد أن يزكي مزكياهما ، معروف عند القاضي بالعدالة . وهو معنى قول ابن عاشر

تعديل احتاج لتعديل هبا * إلا مزكي امرأة او غربا

ومن هنا يتبين التساهل الواقع من الحكماء ، في قبول تزكية من لا يعرفونه بحال ، فضلا عن معرفته بسمة العدالة . قال في التبصرة : ولقبول الشهادة في التعديل ثلاثة شروط . احدها في شاهدي التعديل . والثاني في المخالطة المبيحة للتعديل . والثالث في الوصف الكافي في التعديل . فاما شأده . فيشترط فيه ان يكون مبرزاً ، ناقداً ، فطنا ، لا يخدع في غفلة ، ولا يخفى عليه شروط التعديل . فلا تقبل التزكية من الابله والجاهل بوجوه العدالة ، وان كان في نفسه عدلا مقبولا في غير ذلك . ولا يقبل تعديل من يرى كل مسلم عدلا بمجرد الاسلام . واما المخالطة المبيحة للتعديل ، فأن يتكرر اختباره له ، وتطول مخالطته اياه ، ولا يقع منه في ذلك باليسير ؛ لانه يحتاج الى معرفة ظاهرة ، وذلك لا يدرك إلا مع المطاولة ؛ فان من شأن الناس تزوين الظواهر وكتمان العيوب . اهـ . واما صفة التزكية ؛ فهي ان يشهد المزكي (بالكسر) ان المزكى عدل رضى . ولا بد من الجمع بين الوصفين ؛ على المشهور . وقال في معين الحكماء : به جرى العمل . وقال في التوضيح : كون احدى الكلمتين لا تكفي ؛ هو الذي في الجلاب . قال في الكافي : وهو تحصيل مذهب مالك . وقال ابن زرقون (١) :

(١) هو محمد بن سعيد بن احمد بن سعيد ؛ يعرف بابن زرقون . سمع ابا الفضل عياض بن موسى ؛ واختص به ولازمه كثيرا . ولي قضاء شل وقضاء سبتة . وكان حافظا للفقاهة مبرزاً فيه ؛ مع البراعة في التأديب والمشاركة في قرض الشعر . من تاليفه كتاب الانوار في الجمع بين المتقني والاستنكار . مولده سنة ٥٠٢ هـ وتوفي سنة ٥٨٦ هـ

المعلوم من المذهب خلافه ؛ وأنها ان اقتصر على احدهما اجزأه ، وهو المعلوم
بمالك وسحنون وغيرهما ، فقد اختلف التشهير .

والمشهور ان لا تقبل تزكية النساء ؛ لا لرجال ولا لنساء ؛ ولو فيما تجوز
شهادتهن فيه . والمسألة ذات خلاف .

واذا عدل شاهد ؛ وحكم بشهادته ؛ ثم شهد ثانيا ؛ فلا يحتاج ؛ عند ابن
القاسم ؛ الى تعديل اخر . ويكتفى بالتعديل الاول حتى يطول سنة . وقال
سحنون : يطلب تعديله كلما شهد ، حتى يكثر تعديله ؛ ويشتهر مطلقا . ويقول
سحنون العمل قديما وحديثا ؛ ولو شهد في يوم تزكيته . قاله ابن عرفة . فلو
طلب تعديله بالقرب ؛ على قول سحنون ؛ او بالبعد ؛ على قول ابن القاسم ؛
فعجز عن ذلك ؛ لفقد من عدله اولا ؛ وجب قبول شهادته . لان طلب تعديله
ثانيا ؛ انما هو استحسان . قاله ابن رشد . وهو الذي ينبغي اعتمادا . ولا تعويل
على استشكل ابي علي والشيخ الرهوني . انظر حاشية مهدي على التحفة . وقد
نظم المسألة صاحب العمل العام بقوله :

ومن يعدل في شهادة فلا * بد اذا شهد ان يعدلا

ولو مع القرب فان عدم من * عدله بالشهادة احكم

واذا عدل شخص غيره ، فشهد المعدل على المعدل ؛ (بالكسبر) حكم عليه
من غير تزكية ؛ على ما به العمل ، على تقل ابن ناجي ، لاقراره بها . وقد نظم
المسألة صاحب العمل العام بقوله :

والقاضي ان عدل خصم عنده * شخصا قضى به عليه وحده

من دون ما تزكية لانه * صار كمن اقر فاعلنه

والتزكية لا تكون إلا على العين ؛ إلا ان يكون المعدل مشهور العين في البلد ؛
لا يشتبه بغيره في صفته واسمه ؛ فلا بأس بتعديله غائبا . قاله ابن قنوج

والمتيطي. ولهذا يكتب الموثق في الشهادات الاسترعائية؛ تحت اسم الشاهد؛ لفظته «معروف» فيمن كان معروفا عنده. ولفظة «عرفه مزكياه على العين» اذا كان غير معروف له. وينبغي؛ اذا سقط ذلك من الوثيقة؛ ان لا يعمل بها، لاجالها، حتى يتم ذلك. فان لم يمكن اتعانه، لموت الموثق، استوف تحرير الشهادة.

المبحث الثالث في احكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ

الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ، ويسمى ايداع الشهادة، من الشهادة الاصلية، لا قبيل لها. فليس هو من الاسترعاء بالمعنى المتقدم في تقسيم الشهادة. ومعناه: طلب المشهد الشهود برعي الشهادة وحفظها، ليؤدوها له عند الحاجة اليها. وموجه. اما انكار الحق، او الخوف، فيشهد الانسان الشهود، ان ما سيفعله من نكاح او طلاق او بيع او مخالعة او تجيس او ترك شفعة او صلح، انما هو لاقاء الضرر الذي يلم به، ممن طلب منه ذلك، او انكار الحق ممن عليه؛ وأنه غير ملتزم بشيء مما سيرمه، وأنه على حقه غير تارك له، وأنه يقوم به متى امكنه ذلك، ولا يكتبه العدول إلا باذن خاص فيه من الحاكم الشرعي. ففي الاجوبة العظومية: ومن شرط اعماله، الرفع الى القاضي، وادنه في الايداع، لانه من صور النزاع التي لا يكفي فيها إلا الرفع للقاضي. وينفع في التبرعات مطلقا؛ سواء أعرف الشهود ما ادعاه المسترعي من الخوف، ام لا. بخلاف المعاوضات؛ فلا ينفع فيها إلا اذا ثبت بالبينّة؛ التقيّة؛ اي ان المشتري يتقى ويخاف منه، لكونه يظلم الناس ويأخذ اموالهم. فان لم يثبت ذلك؛ لم ينفعه الاسترعاء. ويشترط في الانتفاع بالاسترعاء؛ ان يقوم المسترعي بالفور؛ اي داخل السنة؛ بعد زوال التقيّة. فان مضى عام على زوال التقيّة، ولم يقم المسترعي بحقه، لم ينفعه الاسترعاء. قاله ابن سهل، إلا ان يكون

المسترعى غائبا ؛ أو معذورا بما يوجب عذره ؛ فيبقى على حجته في الاسترعاء ، الى ان يمكنه القيام به ، وقد نظم الشيخ ميارة بعض شروط النفع بالاسترعاء فقال :

وفي المعاوضات الاسترعاء يصح * أن علم الاكراه علما متضح
وفي التبرعات الاشهاد كفى * من قبل فعله لما قد وصفا
ولا بد في الاسترعاء ؛ من تأريخه باليوم والساعة ، ليعلم تقدمه ، ففي
الزرقاني ما نصه : ابن عرفة : وشرطه ؛ تقدمه على الصلح ؛ فيجب تعيين وقته
بيومه ؛ وفي اي وقت من يومه ؛ خوف اتحاد يومهما ؛ اي او وقتها . فان
اتحدا : دون تعيين جزء اليوم ؛ لم يفد استرعاؤه . اهـ . وسلمه بناني والرهوني ،
ومثله في باب انكاح السفينة ، من المتيطة ، وهو مخالف لما نقله التاوودي في شرح
الزقاقية ، ونصه : ويؤرخ فيه بالساعة ؛ ليعلم تقدمه ، ابن الهندي : فان كان
تاريخ الاسترعاء والحبس واحدا ؛ لم يضر ذلك . وتقدمه اتم . اهـ . اللهم
إلا ان يحمل كلام ابن الهندي على التبرعات ؛ وكلام ابن عرفة على الاسترعاء
في غيرها ، لكن ظاهر كلامهم في الاسترعاء ؛ اشتراطهم تقدمه مطلقا . وقول ابن
ابي زيد في العمليات الفاسية (وفي التبرع قبيله بدا) يخالف ما لابن الهندي ؛
اذ الشك في الشرط مؤثر . فما ذكره الزرقاني عن ابن عرفة ؛ هو الذي ينبغي
اعتماده .

ومن عقود المعاوضات التي يشترط في نفع الاسترعاء فيها ثبوت الاكراه ؛ عقد
الصلح ، وانكار الحق يتزل فيه منزلة الخوف . قال الشيخ ابو ابراهيم
التجبي : (١) والاسترعاء لا يجوز إلا في وجهين ؛ احدهما التقية ؛ والثاني

(١) هو اسحاق بن ابراهيم بن مسرة ؛ ابو ابراهيم التجبي . من اهل طليطلة ؛ وسكن
قرطبة لطالب العلم ؛ ثم استوطنها ، اكثر اخذه عن ابن لبابة وابن خالد ؛ وبهما تفقه . توفي
بطليطلة سنة ٣٥٢ - او سنة ٣٥٤ عن خمس وتسعين سنة

الانكار . فان كان هذان الامران ثابتين بينة لا مدفع فيها : واسترعى عليها قبل الصلح ؛ او قبل البيع ؛ فالحجة في ذلك للمسترعى قائمة ؛ والاسترعاء باق له في ذلك ؛ لا يغيره شيء ؛ ولا ينقطع بشيء ، ما دامت التقية ، وأقام المنكر على انكاره . ومتى ذهب التقية ؛ او عاد الى الاقرار ؛ وجب للمسترعى القيام بما استرعه ؛ اذا قام في فور ذهاب التقية ، او اقرار المنكر . إلا ان يكون المسترعى في ذلك غائبا ، او معذورا بما يوجب عذره ، فيبقى في الاسترعاء على حجته الى حين يمكنه القيام في ذلك . اهـ . من المعيار . وفي حاشية ابن غازي : قال المتيطي وابن فتوح : لا ينفعه الاسترعاء ، إلا مع ثبوت انكار المطلوب ، ورجوعه في الصلح الى الاقرار . فان ثبت انكاره ، وتمادى عليه في صلحه ، لم يفده استرعاؤه شيئا ، ان لم تقم بينة تعرف حقه . وقول العوام « صلح المنكر اثبات لحق الطالب » جهل . اهـ .

ومما يدخل في عقود المعاوضات التي لا ينفع الاسترعاء فيها بغير ثبوت التقية ؛ تعمير الانسان ذمته بدين لغيره ؛ بالاشهاد . قال في نوازل الوكالات والاقراءات من المعيار : سئل محمد ابن احمد بن حسون عن اشهد على نفسه بدين ؛ فلما طولب به قال « انما اشهدت به على وجه الوصية » اذا حضره سفر ؛ وأتى الى القاضي بكتاب فيه « انه انما اشهد بالدين على وجه الوصية » فأجاب : ذلك لازم له ، وليست تعمل . شهادة من شهدوا : ان فعله ذلك ، انما كان على وجه الوصية . شيئا . بل يجب ان لا يسمع منهم فيها . ولو جاز مثل هذا ، ما صحت وثيقة بشراء ولا بدين لاحد ، ولا يؤمن ان يسترعى كل من يلزمه الاشهاد على حق له ، ان بينته لوجه غير الوجه الذي اشهد به على نفسه . اهـ .

ومما يندرج في عقود المعاوضات ، الطلاق بخلع . فلا ينفع فيه الاسترعاء ، إلا مع ثبوت الاكراه والتقية . فقد سئل ابو الفضل العقباني عن هربت زوجته

مع رجل، لموضع لا تناله فيه الاحكام، ثم بعد نحو العامين بعث الهارب له بالفداء، فأشهد انه مهما طلق بالفداء او صالح، فانما ذلك ليرجم الهارب بها، ثم وكل بعد الاشهاد وكلا طلقها على مال، فأجاب: للزوج اخذ زوجته، ولا يلزمه الطلاق مع الاستحفاظ ووضوح عذره، ويرد العوض على من اعطاه. وكان على الزوج الثاني، وعلى من اعاناه على سوء صنيعه، الضرب الوجيع والسجن الطويل. وأجاب عنها مرة اخرى بقوله: استرعاؤه ينفعه، ولا يلزمه ما طلق، على الوجه الذي وصفت، وأخذ العوض لا يمنع صحة استرعائه، مع ما علم من نشوز المرأة وامتناعها بأهل المنعة والتعدي. اهـ. فقلوه في الجواب الاول « ووضوح عذره » وفي الثاني « مع ما علم من نشوز المرأة وامتناعها بأهل المنعة والتعدي » دليل على ما ذكرناه. قاله شارح العمليات الفاسية. اما الطلاق على غير شيء، فينفع فيه الاسترعاء، ولو لم يثبت الموجب. ففي كتاب ابن المواز: الاسترعاء في الطلاق جائز. قال في رجل كانت له امرأة لها اب غائب عنها، فأرسلت اليه ان يزورها، فلم يفعل، فأرسل اليه زوجها انه طلق ابنته، وأشهد قبل الكتاب، انه انما يفعل ذلك لعله يأتي لابنته. قال: ان كان استرعى قبل ذلك شهودا، فانه ينفعه ذلك، وان لم يفعل، طلقت عليه. قال ابن عطية الوائشريسي: ونحو هذا لابن زرب في الاحكام. وقاله غير واحد من الموثقين. وهو الغول المشهور المعمول به. اهـ. وتقل في المعيار: ان الاستاذ ابا سعيد ابن لب (١) سئل عن الاستحفاظ في الطلاق؛ فأجاب: الظاهر اتفاقه به. وينبغي، اذا اخذ فيها بهذا الظاهر والبحث عليه؛ ان يقيد شهادة عليه فيما اشهد به من التحريم؛ انه لم يقصده؛ ولا التزم حكمه؛ حين اشهد به، ولا عقد

(١) هو الاستاذ ابو سعيد فرج بن قاسم بن احمد بن ابى الاندلسي القرطابي. ممن بلغ درجة الاختيار في الفتوى. وكان له قيام تام بالفنون. وقد انتهت اليه رئاسة الفتوى في المادوم. مولده سنة ٧٠١. وتوفي في ذي الحجة سنة ٧٨٢.

عليه نيته في نفسه، لئلا يكون قد بدا له حين اشهد بعد الاستحفاظ شهودا، انه مهما طلق زوجته فلاتة او حرما، فهو غير ملتزم له فيما استحفظ. فاذا اعترف ببقائه على حكم الاستحفاظ، صدق، لظهوره في رسمه. اهـ.

وذكر البرزلي: انه اراد الرحيل من القيروان الى تونس، فأبت زوجته ان ترحل معه، الا ان يجعل بيدها طلاق من يتزوج عليها، فاسترعى ان كل ما يكتب لها من ذلك، فهو غير ملتزم له، وانتقل بعد ذلك الى تونس، فكتب له الشيخ ابن عرفة في ذلك: ان الاسترعاء المذكور عامل، حسبما نص عليه المتقدمون والمتأخرون، ثم ان البرزلي تزوج، فأخرجت المرأة ما بيدها، فأبطاله الحاكم بما في يده.

وسئل القباب (١) عن رجل تطوع لزوجته، بأنه لا يتزوج عليها، ولا يسرى، ومتى فعل بغير اذنها، فالداخله عليها طالق، والسرية حرة. وكان استحفظ شهودا قبل الطوع، بأنه لا يتطوع الا خوفا منها ان تطلبه بما لها عليه من الديون، من صداق وغيره، وخوفا من شرها. وكيف ان كتب انه ان اسقط الاستحفاظ في ذلك، فانه غير ملتزم لذلك. هل ينفعه ذلك ام لا. فأجاب: ان الذي مضى عليه العمل، ان الاسترعاء عامل في التبرعات كلها، من طلاق وعتق وغير ذلك، وان لم تكن التقيّة معلومة. ولما لك ما يدل عليه في الطلاق. واما ان كتب انه اسقط الاستحفاظ، فان ذلك لازم له، ولا ينفعه استحفاظه المتقدم، إلا ان اشهد في استحفاظه، انه ان اسقط الاستحفاظ فانه غير ملتزم له. وان اشهد بقطع الاسترعاء في الاسترعاء، قطع جميع الاسترعاءات، ولم ينتفع باسترعائه. هذا

(١) هو احمد بن قاسم بن عبد الرحمن؛ الشهير بالقباب. اخذ عنه ابن الخطيب القسنطيني والشاطبي والرجراجي. تولى القضاء ببجل الفتح؛ ولقيت بفاس. شرح احكام النظر لابن القطان وشرح قواعد عياض. وله فتاوى؛ نقل بعضها البرزلي والواشرسي. وله مراجعات مع الشاطبي؛ ومناظرات مع سميد العقباني. توفي سنة ٧٧٨ - او سنة ٧٧٩

الذي مضى عليه جمهور الموتقين ، وفيه خلاف ، اهـ . وما ذكره القباب في جوابه ، هو الذي اقتصر عليه التأودي في شرح الزقاقة . ونصه : فان صالح وأسقط في عقد الصلح الاسترعاء ، وكان قد استرعى ؛ واسترعى في الاسترعاء : قام بالاسترعاء في الاسترعاء . فان اسقط الاسترعاء ، والاسترعاء في الاسترعاء ، فلا قيام له ، ولو استرعى فيه ، اذ لا استرعاء في الاسترعاء ، على الصحيح . فما نكتب من قولهم « ما تكرر وتاهى » لا طائل تحته . اهـ . ووضحه محشيه التسولي بقوله : الاسترعاء ، هو أن يشهد قبل الصلح ، في السر . انه انما يصلح لوجه كذا ، وأنه غير ملتزم له . والاسترعاء في الاسترعاء ، هو أن يشهد انه لا يلتزم الصلح ، وأنه متى صالح ، وأشهد على نفسه في كتاب الصلح ، انه اسقط عنه الاسترعاء ، فانه غير ملتزم لاسقاطه . فله القيام في هذا الوجه ايضا . فان اسقط عنه الاسترعاء . والاسترعاء في الاسترعاء ، فلا قيام له ابدا . اهـ . واذا اراد الانسان ان يتوثق لنفسه ، في نفوذ الصلح وعدم القيام بنقضه ؛ فلاحسن ؛ كما في ابن غازي عن المتيطي ، ان يحمل مصلحه ، على الاشهاد بأن كل بينة تقوم له بالاسترعاء ، فهي ساقطة كاذبة ، وأن يقر ايضا ، بأنه لم يسترع ، ولا وقع بينه وبينه شيء يوجب الاسترعاء . فان ذلك يسقط ، ويخرج به من الخلاف ، لانه يصير مكذبا للبينه ، ومبطلا لها ، وهو من دقيق الفقه . اهـ . وقد اشبع الكلام في الاستحفاظ ، شراح الزقاقة عند قولها « كذلك الاستحفاظ فاترك » من الفصل الاخير ، وشارح العمليات الفاسية عند قولها :

وفي المعاوضات الاسترعاء مع * عقد قبيله وبعده نفع

الايات الثلاثة صحيفة ٢١٧ من الجزء الاول من الطبعة الفاسية ، وصاحب المعيار .

المبحث الرابع

في قبول غير العدول من اللقيف في البيئات الاسترغائية.

والفرق بين ما عليه عملنا وما عليه عمل اهل فاس

الاصل ان لا يقبل غير العدل في الشهادة، وشهادة العدول هي المهودة في الشريعة لترتيب الاحكام عليها، والمقصودة بالدعاء الى التحمل، فاذا لم يتفق وجودها، واتفق وجود اللقيف، على الوجه المذكور، رتب الحكم عليه، ثم توسع المتأخرون في ذلك، فقنعوا برتبة دونه، حيث لم تتفق شهادة العدول ولا اللقيف على هذا الوجه، للضرورة الداعية الى ذلك، لئلا تهمل الاحكام وتضيع الحقوق، فحدث بسبب ذلك، نوع من الشهادة لم تتناوله النصوص، ولا تعرض له تقل على الخصوص، وقد سأل القاضي عياض شيخه ابا الوليد بن رشد، رحمهما الله، عن شهادة الكافة، يريد اللقيف، فأجاب بانه ما لم يبلغ عدد الشهود حد التواتر الذي يوجب العلم، فلم يحكم الشهادة على وجهها، والذي لا توسم فيه جرحه ولا عدالة، لا تجوز شهادته في موضع من المواضع، ولا ادري من اجاز شهادة الكافة منهم، كما ذكرت، في المذهب، على سبيل الشهادة. وانما تجوز، اذا وقع العلم بخبرهم من جهة التواتر. وسأله ايضا عن مدح شهادة رجال عدة، إلا انهم غير عدول، فأجاب بأن شهادة غير العدل كلا شهادة، اهـ. لكن اهمال شهادة غير العدل، لما افضى الى ضياع كثير من الاموال والحقوق، جرى العمل بقبولها، قبل الالف عند الفاسيين. وقد نص الشيخ ابن ابي زيد في النوادر، على اننا اذا لم نجد في حجة إلا غير العدول، اقمنا اصلهم وأمثلهم، لجواز الشهادة عليهم. ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم. لئلا تضيع المصالح، قال الشهاب القرافي: وما اظن احدا يخالفه في ذلك، وهذا

كله لئلا تهدر الدماء ، وتضيع الحقوق ، وتتعطّل الحدود . وفي طرر ابن عات :
حكى بعض شيوحنّا المتأخرين من الثقة ، ان اهل البادية اذا شهدوا في حق
لامرأة او غيرها ؛ ولم يكن فيهم عدول ، انه يستكثرون منهم ، ويقضى بشهادتهم .
وقال صاحب الاستغناء ، عن بعضهم : اذا كان البلد لا عدول فيه ، فانه يكتفى
بالامثل فالامثل . ويستكثرون ، بحسب خطر الحقوق . وحكى نحوه عن ابي
صالح . وقال غيره : لولا ذلك ، ما جاز لهم بيع ، ولا تم لهم نكاح ، ولا عقد
في شيء من الاشياء . اهـ . كلام الطرر . وفي شرح ابن ناجي على الجلاب ، عند
قوله « والعدالة شرط في قبول الشهادة » ما نصه : يريد ، اذا وجد العدول ،
وإلا فالامثل . ولما وليت قضاء جزيرة جربة ، وجدت اهلها خوارج ، كما يذكر
عنهم ، وشهودهم منهم ، وليس فيها من اهل السنة إلا القليل ، ممن لا يعرف
مواقع الشهادة ، كالأجناد . وأهلها من الرجال الاحرار البالغين ، يزدنون على
ثلاثين الفاً ، عرفني بذلك من يوثق به ، ووجدت قضاة اصحابنا . بأجمعهم ،
عملهم على جواز شهادتهم ، للضرورة . وكنت محافظاً على من يشهد بالحق ، ولا
ابالي بمذنبه وحاله في غير ذلك ، للضرورة . قال فيها : ولا يتخذ القاضي كاتباً
من اهل الذمة ، ولا قاسماً ولا عبداً ولا مكاتباً ، ولا يتخذ في شيء من امور
المسلمين ، إلا العدول . قال المغربي : يريد ، ان وجدوا ، وإلا فالامثل فالامثل .
فقبيده لقولها . يستروح منه ما ذكرناه . اهـ . المقصود منه . وسئل الشيخ ابو عبد
الله القوري ، (١) فقيل له : ان اهل زماننا ، لاهمالهم فرائض الله تعالى ، من
الصلاة والزكاة وغير ذلك من الواجبات . يكون في الحي منهم عدد كثير وجم
غفير ، وقد يكون منهم من لا يشهد بالزور ، وان كان على الحالة المذكورة .

(١) هو ابو عبد الله محمد بن قاسم بن محمد اللخمي ؛ المكناسي ثم الفاسي ؛ الاندلسي
الاصل ؛ شهر بالقوري . كان شديح العلماء بفاس ومفتيها . مولده سنة ٨٠٤ . وتوفي سنة ٨٧٢

فاجاب : ان شهادة غير العدول فيها خلاف ، فبعض الشيوخ قبل شهادتهم ، وقال يستكثر منهم ، وينظر الامثل فالامثل ، والاشبه فالاشبه ، وقال لكل قوم عدول ، ولكل زمان عدول ، وبعضهم اتبع الاصل ، وقيل لا يقبل إلا العدول ، ولا عمل على شهادة غيرهم . اه . فتبين من مجموع النقول ، ان شهادة اللقيف انما اجيزت للضرورة ، فيقتصر فيها على محل الضرورة ، ويستلزم ان يكونوا ممن يتوسم فيهم المروءة ، او كونهم امثل من يوجد ، ولا اقل من كونهم غير ظاهري الجرحه . وأن يكونوا كثيرين ، ويستكثر منهم بحسب خطر الحقوق ، قاله ميارة ؛ ونقل جريان العمل عندهم بالاكتفاء باثني عشر .

ولما كان اللقيف قاصرين عن كتابة رسم ما شهدوا به ؛ ووضع اسمائهم بخطوطهم ؛ لقصورهم عنه ؛ احتيج الى كاتب يكتب ذلك عند القاضي . ويلزم ان يكون عارفا بصناعة التوثيق وهناك في المغرب الاقصى طريقتان ؛ الاولى : يطالع الكاتب القاضي بما كتب ؛ ويؤدي الشهود عند القاضي ما قيد عنهم في الرسم ؛ ويضع على اسم كل واحد شيئا ؛ إلا انه لا يتقطعا ، علامة على انه شهد ؛ ويباشر القاضي الاداء بنفسه ؛ على الاصل في الاداء . الطريقة الثانية ؛ وهي الجارية كثيرا ؛ ان يعين القاضي عدلا لسماع شهادة اللقيف . وتارة يباح ذلك لكل من قدمه القاضي للشهادة . ويكون التقديم للشهادة ؛ متضمنا للتقديم لسماع البينة من اللقيف ؛ مع التعيين او عدمه ؛ فكأنه مقدم من القاضي لذلك ؛ ولهذا يكتب القاضي « شهدوا لدى من قدم لذلك » واذا كان هذا المؤدى عنده ؛ مستخافا من القاضي على ذلك ؛ فقال المتيطي : ينبغي لمن استخلفه الحاكم على ثبوت شيء عنده ؛ ان يجيزه به ، بحضور شاهدين ؛ يشهدان بذلك . اه . قال التاودي في شرح الزقاقية صفحة ٦٨ من الطبعة التونسية : يكتب ، اي العدل ، رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم ؛ ويضع اسماءهم عقب تاريخه ، ثم يكتب تحته رسما اخر ، فيه تسجيل القاضي ، اي

الشهادة بثبوت الرسم وصحته عنده . ويترك موضع اسم القاضي ايض ، ثم يطالع القاضي بذلك ، فيكتب بخطه تحت اسماء الشهود « شهدوا لدى من قدم لذلك بموجب ، فثبت » ويضع علامته موضع البياض ، ثم يضع عدلا علامتهما عقب هذا الرسم الثاني ، شهادة على القاضي بمضمونه . اه .

وعملنا بتونس ، (١) على ان السامع من اللقيف ، لا يكون الا من العدول المنتصين للاشهاد بأوامر عليّة . ويعتبر ذلك اداء . ولكن لا يسمع العدل الشهادة ، إلا بتقديم خاص لذلك من القاضي ، او احد المفتين . ويعبر عن هذا التقديم ، بالاذن . ويكتب العدل ، بعد تفيد الشهادة ، ما نصه « وذلك بالاذن من الشيخ القاضي ، او المفتي ، فلان رعا الله تعالى ، حسبما يضع ختمه اعلا » ويكتب ، بعد التاريخ ، اسماء الشهود . ويضع فوق كل اسم ما نصه « شهد به » وتحت الاسم « معروف » ان كان معروفا عنده « وعرفه مزيكيا على العين » ان كان غير معروف عنده ، ثم يكتب التزكية ، ان احتاجت البينة الى التزكية ، بأن كان الشهود غير عدول ، والا كتب تحت اسم الشاهد « معروف بالعدالة » واذا كتب التزكية ، كتب بعدها ما نصه « بالاذن حررت شهادة الشهود امامي ،

(١) حاشية - كانت الاذن تتلقى من الاعوان ؛ او مشافهة من الاذن . واقتضت التراتيب اليوم ؛ لمبالغة في الضبط والتحري ؛ ان تكون كتابية . فيتسلم لعدل بطاقة من الاذن ؛ ممضاة منه ؛ بعد ان يضمن الاذن في دفتر كات المحكمة الشرعية تحت عدد . ويضمن العدل الاذن وعدده في رسم صك الشهادة . وكان المحرر للبينات الاسترغائية واحدا ؛ وقد يحرقها عدلان . واقتضت التراتيب اليوم ؛ ان لا يحرقها اقل من عدلين . وقد ذكر المغاربة ؛ ان الاكستقاء بالعدل الواحد ؛ في سماع بينة اللقيف ؛ به عمل فاس ؛ لقول ابي زيد الفاسي : والعدل يكفي في سماع البينة ؛ لانه من باب الاداء ؛ والسامع من اللقيف نائب عن القاضي في ذلك . وعمل مراکش ؛ انه لا بد من اثنين ؛ في السماع من اللقيف ؛ لانه كان نقل عنهم ؛ ولا يكفي في النقل واحد . نقله مهدي في حاشية الزقاقية صفحة ١١٧ ؛ وذكر انه تاطى الفتوى بفاس ؛ ولم يقف على رسم فيه الاستفتاء بواجد . وعليه فعمل فاس موافق لمراكش ؛ الا ان يكون الثاني بفاس . على جهة الاستحباب ؛ وبمراكش ، على جهة الوجوب . اه .

او اعلاه ، او محوله ، اصلا وتزكية» ويضع العدل عقده ، ويختتم الآذن بختمه في اعلا الرسم ، ويختتم ختماً اخر على التزكية ، ان كانت ، ويكتب بخطه اسفل الوثيقة ، ان كانت الشهادة عنده صحيحة ، ما نصه « يكتب العمل » ويكتب التاريخ . فالحتم ، علامة على الآذن ، وكتابة العمل ، خطاب بصحة الشهادة ، وصلوحيتها للاحتجاج بها . ومن هنا لا يسوغ للقاضي ، ان يخاطب على الرسم بالاعمال ، فيما هو غير صحيح ، ولا يسوغ لقاض ان يعتمد على استرعاء من غير تسجيل القاضي الآذن فيه باعماله . وطالما اوقفنا بينات مقامة في الآفاق ، عن اذن قضاتها ، وقع اهمال التسجيل باعمالها . لان عدم الخطاب ، دليل على ريبة للقاضي فيها . وكنا نكتب القاضي الآذن في شأنها ، فان عرف ان عدم خطابه لريبة فيها ، الغناها . وان عرف انه لغفلة ، امرناه بتلافي امرها ، بالخطاب عليها . وحين يتم ذلك نعرضها على المشهود عليه ، للاعذار فيها . فهذا الخطاب ، من افراد ما يعبر عنه الفقهاء بالثبوت . ويفرقون بينه وبين الحكم ، بأنه يجري فيما لا يدخله الحكم ، كالعبادات والبيئات . فانها موارد للثبوت . وليست محالاً للاحكام . فمعنى الثبوت ، نهوض الحجة ، كما في صفحة ٩٢ من الجزء الاول من التبصرة . وسيأتي لهذا مزيد بيان ، ان شاء الله في الباب الثالث .

وكانوا في القديم يكتبون ، بعد خطاب القاضي على رسم الشهادة بالاعمال ، شهادة باعمالها . رأينا ذلك في كثير من البيئات القديمة ، وخصوصا القيروانية منها ، وبطل ذلك اليوم .

وهل يلزم ، في بيئة اللقيف ، الاستفسار . اما في المغرب الاقصى ، فظاهر كلام المغاربة ، انه لا بد منه ، لانه قائم مقام التزكية ، ولو لم يكن في الرسم اجمال ولا احتمال . وهو ظاهر قول الزقاق في اللامية ، في الفصل الذي عقده لما جرى به العمل بفاس :

فمن ذاك الاستفسارُ والتزكياتِ دع * نعم قد يزكى ذو المروءة فاقبلا
قال شراحها ، في تفسير البيت ، ما حاصله : ان الاستفسار ، هو استفهام
الشهود عما شهدوا به ، وان لم يكن فيه اجمال . وأنه اختلف في كونه حقا
للقاضي ، او للمشهد عليه . وأنه جعل عوضا عن التزكية التي هي الاصل في
الشهود ، فترك التزكية ، لان شهادة اللفيف مدخول فيها على عدم العدالة ،
الا السلامة من جرحة الكذب . وان الشهود اذا كانوا من العوام ذوى المروءة
والسمت الحسن ، طلب من المشهد له تزكيتهم ، على اصل المذهب ، لامكان
ذلك وقدرته عليه ، بخلاف غيرهم . اه . وقال الشيخ ميارة في مبحث شهادة
اللفيف ، في شرح قول الزقاق « وكثرن * بغير عدول واجتهد وتأملا » ما
حاصله : وهل الاستفسار غير لازم ، وانما يكون في بعض الاحوال دون بعض .
او لازم . والاول هو مقتضى ما جرى به العمل بفاس ، فيما ادرناه على عهد
المشايع ، من ان الخصم لا يمكن من نسخة الاستفسار ، الا اذا طلبها .
والثاني هو مقتضى التعديل بكتابة غير الشاهد . قال شيخنا القاضي الفلاي :
الاستفسار لا بد منه ولو لم يطلبه الخصم ؛ لان ذلك من حق القاضي ؛ لان كل
من يشهد شهادة ولا يعرف كتبها ؛ وانما غيره يكتبها ؛ فلا بد للقاضي من
استفساره ؛ اذ لعل الكاتب كتب ما لم يشهد به الشاهد من الفصول كلها او بعضها .
اه . باختصار . ومثله في شرح التاودي على الزقاقية . لكن ذكر الشيخ
مهدي في حاشية الزقاقية : ان ترك الاستفسار ؛ مخالف لما قالوه . وذكر
الوانشريسي : ان عمل القضاة بالمغرب الاوسط والاقصى ؛ جرى منذ مائتي
سنة ؛ باستفسار شهود الاسترعاء عند المبرزين عن شهادتهم ؛ بعد ادائها عند
القاضي ، وقبولها ايهم . قال ميارة : وهو شامل للعدول واللفيف . وأنكر ابو
الحسن الصغير الاستفسار عند المبرزين ، فقال : لا يجوز للقاضي ان يسبحه

البتة ، اذ ليس الاستفهام عند المبرزين ، هو الاداء المعبر ؛ بل الاداء المعبر ،
انما يكون عند القاضي؛ وانما هذا ثقل شهادة . اهـ . وجرى العمل بفاس ، ان
الاستفسار لا يكون إلا قبل مضي ستة اشهر من يوم الاداء ، فاذا مضت ستة
اشهر من يوم الاداء ، حكم بما كذلك ، من غير استفسار شهوده . قاله الفلاي .
وقال الوانشريسي : جرى عمل بعض قضاة المغرب ، في هذا التاريخ ، وقبله
بزمان ، باستحسان ترك الاستفسار ، بعد مضي ستة اشهر من اداء الشاهد
شهادته ، معتلاً بأن هذه المدة مظنة نسيان الشهادة . وبعضهم يقول باعتبار ستة
اشهر ، ان اداها اثر تحملها ، واما ان طال زمن ما بين تحملها وادائها ، ثم زعم
نسيانها بعد ستة اشهر ، فانه لا يقبل . والحق خلاف هذا كله . اهـ . بتقل ميارة .
وقد نظم هذا العمل صاحب العمل العام فقال :

واستحسنوا ان مر نصف عام * من الاداء تترك الاستفهام

ونظمه ناظم عمل فاس فقال :

وسنة الاشهر حد استفسار * في البيانات قاله في المعيار

هذا ملخص العمل الفاسي . واما عملنا التونسي ، فهو جار على ان الاستفسار
من حق القاضي . فقد يستفسر الشهود ، ان رأى موجبا لذلك . وقد يترك
الاستفسار ، ان لم ير داعيا اليه ، ولو ألحَّ المشهود عليه في طلبه ، اذا لاح
له ان الغرض من طلبه الاعنات والتشغيب . وقد يتولى الحاكم الاستفسار
بنفسه . وقد يسنده الى من يثق به من العدول المنتصبين . ولا يخفى ان الاحوط
لصيانة الحقوق ، ان يلتزم اشتراط الكثرة في شهادة اللقيف ، والاداء عند
الحاكم ، كما هو الاصل في الشهادة . واذا وقع الاداء عند العدول المنتصبين
للاشهاد ، ان يلتزم استفسار الشهود من الحاكم نفسه . فاذا التزم ذلك ؛ قلت
المجازفة ، ولم يرج الزيف لدى الصياغة . اما الاسترسال على قبول هذه

الشهادات ، واجرائها مجرى شهادة العدول؛ فمجلبة للشروع ، ومطية لنفاق سوق الزور والفجور . والله عاقبة الامور .

المبحث الخامس في الشهادة على الخط

الشهادة على الخط ، كما في شروح التحفة وغيرها . ثلاثة اقسام . الاول ، شهادة الشاهد على خط نفسه . والثاني ، الشهادة على خط الميت ، او الغائب . الثالث ، الشهادة على خط المنكر انه خطه . فاما القسم الاول . وهو ما اذا عرف الشاهد خطه ، ولم يذكر شهادته ، فقد جرى فيه خلاف ، وعن مالك فيه قولان . والذي جرى به العمل الفاسي ، هو قوله المرجوع عنه : يؤديها اذا لم يكن في الكتاب محو او بشر لم يعتذر عنه ، وتنقم المشهود له . وهو اختيار سخون ومطرف ، وقول المغيرة (١) وابن ابي حازم وابن دينار ، واختيار اللخمي . قال : لو وكل الناس اليوم الى الحفظ ، لما ادى واحد شهادته ، ولضاعت الحقوق . والقول الثاني المرجوع اليه ، هو المشهور ومذهب المدونة . قال فيها : اذا عرف الشاهد خطه ، في كتاب فيه شهادته ، فلا يشهد حتى يذكر الشهادة : ويوقن بها . ولكن يؤدي ذلك كما علم ، ثم لا تنفع الطالب . قال ابن ناجي : ما ذكره هو المشهور ، وأحد الاقوال الخمسة . قال شيخنا حفظه الله ، يعني البرزلي ، وبه العمل اهـ . وهو الذي اقتصر عليه صاحب المختصر . وقد نظم صاحب العمليات الفاسية ما جرى به عملهم فقال :

والشاهد العارف خطه ولم * يذكر شهادته ادى للحكم

ان لم يكن محو به اورية * وتنفع الشهادة المطلوبة

(١) هو المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي . اُحد من دارت عليه الفتوى بالمدينة المنورة بعد مالك بن انس رضي الله عنه . سمع اياه وهشام بن عروة وأبا الزناد ومالك بن انس . وخرج له البخاري . مولده سنة ١٣٤ وتوفي سنة ١٨٨

ونظم هذا العمل صاحب العمل العام فقال :

ومن برسر خط نفسه عرف * لكنه لم يتذكر ما سلف
أدى بما عليه وعمله * فيه ولم يتفع المشهود له
وأهل فاس بعد هذا عملوا * على اتفاعة بها فقبل

وفي البيان والتحصيل : اختلف كيف يؤديها ، ف قيل انه يقول « هذه شهادتي ، بخط يدي ؛ ولا اذكرها » وقيل يقول « ارى كتابا يشبه كتابي ، وأظنه إياه ، ولست اذكر شهادتي ، ولا متى كتبها » اهـ . وعملنا اليوم ، مطابق لما به عمل فاس . فان العدول المنتصين للاشهاد ، يعملون على ما قيد ، ووضعوا علامتهم فيه ، وان لم يذكروا الشهادة .

وحكم القاضي في ذلك ، مخالف لحكمهم . فاذا وجد حكما في ديوانه ، بخطه ، دون ان يذكره ، فليس له ان يعمل به ، إلا ان يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان . وكذا اذا وجده القاضي المتولي بعده ، فانه لا يعمل به ، دون ان يشهد به شاهدان . ولذا اصلح التاودي قول التحفة « والحكم في القاضي كمثل الشاهد » البيت . بقوله :

وللحكم في القاضي بعكس الشاهد * فلا ينفذ لمعنى زائد

ولو نسي الشاهد الشهادة ، وأخبره عدلان بأنهما سمعا شهد بكذا ، لم يجز له ان يعتمد في ذلك قولهما ، ليشهد به ، والفرق : ان الشاهد متعبد بأن لا يشهد إلا بما عليه ، دون ما ظنه . والقاضي على العكس في ذلك . فلا يصح الحاق احدهما بالآخر . قلعه عظوم في البرنامج ؛ آخر قضائه وأول شهادته ، عن ابن ناجي في اول اقضية كبيرة .

واما الثاني ، وهو الشهادة على خط الميت ؛ او الغائب . فقال ابن رشد في البيان والتحصيل : لم يختلف ، في الامهات المشهورة ، قول مالك في اجازتها واءائها . وقد قيل ،

انها لا تجوز. وروي ذلك عن مالك. والى هذا ذهب محمد بن المواز؛ وجعل الشهادة على خطه، كالشهادة على شهادته، اذا سمعها منه ولم يشهد عليه بقول، فكما لا يجوز ان يشهد على شهادته، اذا سمعها يقول « لفلان على فلان كذا وكذا » حتى يشهده على قوله، اذ قد يخبر الرجل بما لا يتحققه، تحققا يتقلد الشهادة به، فكذلك لا يجوز له ان يشهد؛ اذا رأى شهادة بخط يده، بحق لفلان على فلان؛ حتى يشهده على خطه. اذ قد يكتب شهادة من لا يتقلد الشهادة بها؛ ومن اذا ادعى اليها استراب فيها وتوقف عنها؛ ومن لا يعرف المشهود عليه إلا بعينه، وقد لا يعرفه بعينه ولا باسمه. وقال في المفيد: قال ابن حارث: جرى العمل من القضاة ببلدنا: يعني قرطبة، باجازه الشهادة على خط الشاهد؛ ولا اعلم احدا من اهل العلم فرق في ذلك بين الاحباس وغيرها؛ في حال من الاحوال. اهـ. وعملنا بتونس، على إعمالها في كل شيء: كما في حاشية ابن الطاهر على التحفة. اما عمل فاس، فخصص ناظمه قبولها بالمال والجس القديم. فقال:

بخط شاهد يموت او يغيب * في المال والجس القديم اشهد تصيب
وتقل شارحا عن المنجور، ان العمل بفاس على قبول الشهادة على الخط مطلقا.
وذلك هو ظاهر اطلاق الزقاق في اللامية.

ولا يجوز الرفع إلّا على الخطوط المعروفة؛ التي لا يقدر على الضرب عليها، قاله في المعيار. ونحوه لابن عرضون (١) قائلا: اذا كانت العلامة يمكن الضرب عليها من الفجّار؛ لعدم قوة تشكيلها؛ فلا يجوز لحاكم ان يقبل الرفع عليها؛ لان الشك يتطرق اليها؛ وحيث يتطرق؛ يسقط الحكم. واذا لم يضع ذو الخط علامته؛ فلا يرفع عليه؛ لانه ربهما كتب ولم يتم الامر. قاله البرزلي عن

(١) هو ابو العباس احمد بن الحسين بن عرضون؛ الفقيه الموثق القاضي. اخذ عن المنجور والسراج والحميدي. وتوفي سنة ٩٩٢

الطرر . قلت : ما ذكره البرزلي متعين في الشهادات المدرجة برسوم مستقلة بها . اما الشهادات المدرجة بدفتر العدل المعد لتقييد الشهادات ؛ المعروف بدفتر الميضاة ؛ فانه يرفع فيه على امضاء الشاهد فيه ، دون علامته . لان الشاهد لا يضع علامته فيه ؛ وانما يضع امضاءه ، اي اسمه بخطه . ويعطف عليه بالامضاء ايضا ؛ العدل الثاني الذي تحمها معا . وقد يكتب العدل الشهادة بخطه ، وقد يكتبها احد كتبه ، ويمضي عليها العدل وجليسه ، كما تقدم . ولا يوضع في دفتر الميضاة إلا الشهادات التامة . فينتفي الاحتمال الذي ذكره البرزلي .

فاذا مات العدل او غاب ؛ وأريد الرفع على شهادته ؛ لانه لم يخرجها بالرسم ؛ استأذن عدلان ؛ الحاكم الشرعي ؛ من قاض او مفت ؛ في اخراج الشهادة وادراجها بالرسم . فيكتب العدل الحي الحاضر شهادته ، ويعقد عليها بعقده ؛ ثم يخرج العدلان ؛ اسفل شهادة الحي ؛ ما بالدفتر ؛ ويعقدان على ذلك ، بعد ان يشهدا ان الامضاء امضاؤه ؛ من غير شك عندهما في ذلك ولا ريبه ؛ وأنه برسم العدالة الى ان توفي ؛ او الى الآن ان كان غائبا . ويضمنان الحاكم . ويختتم الحاكم تلك الشهادة بختمه .

ولا يشترط ادراك الشاهد صاحب الخط ؛ لامكان معرفته دون صاحبه . قاله ابن عبد السلام . وفي شرح ابن ناجي في اول شهادة السماع من المدونة ما نصه : قال بعض شيوخنا ؛ يعني ابن عرفة ؛ وحضرت يوما بعض من قدمه ابو علي ابن قداح (١) للشهادة بتونس ؛ وهو ابو العباس بن قليو ؛ وقد ناول القاضي ابن عبد السلام وثيقة ؛ ليرقم فيها على خط شاهد فيها ؛ فقال له انك

(١) هو ابو حفص عمر بن علي بن قداح الهواري التونسي . تولى قضاء الانكحة بتونس مرتين . وكانت الفتوى تدور عليه وعلى ابن عبد الرفيع . اخذ عنه ابن عرفة . وتولى قضاء الجماعة بعد ابن عبد الرفيع ؛ وتوفي وهو يتولاه ؛ سنة ٧٣٤ - وتولى قضاء الجماعة بعده ابن عبد السلام .

لم تدرك هذا الشاهد الذي اردت ان تشهد على خطه . ورد عليه الوثيقة :
ومنعه من الرفع على الخط فيها ؛ وأنا جالس عنده . فلما انصرف ابن قليلو :
قال لي : انما لم اقبل شهادته على الخط فيها ؛ لانه ليس من اهل المعرفة بالخطوط .
وليس عدم ادراك الرفع على خط كاتبه ؛ بمانع من الشهادة على خطه ؛ اذا كان
الشاهد عارفا بالخطوط . فانا نعرف كثيراً من خطوط من لم ندركه : كخط
الشلوبين (١) وابن عصفور (٢) ونحوهم ؛ لتكرر خطوطهم علينا . مع تلقينا
من غير واحد من الشيوخ ؛ انها خطوطهم . اهـ .

واذا كانت الوثيقة المشهود على خطها ؛ مشتملة على المعرفة ؛ او التعريف
بالمشهد ؛ او وصفه ؛ لم يشترط ان يشهد الشاهد بالخط ؛ ان المشهود على خطه ؛
كان يعرف من اشهده معرفة عين . وان خلت الوثيقة من ذلك ؛ فقال ابن
زرب باشتراط ان يشهد الشاهد بالخط ؛ ان المشهود على خطه كان يعرف مشهده .
وصحح ؛ ودرج عليه خليل في قوله « وأنه كان يعرف مشهده » وقال ابن راشد
الففصي : ظاهر كلام المتقدمين انه لا يحتاج الى ذلك ؛ ويحمل العدل انه لا
يضع شهادته حتى يعلم انه يشهد على خطه ؛ وأنه لا يضعها إلا عن معرفة ؛
وإلا كان شاهداً بزور ، والفرض انه عدل . وبهذا جرى العمل عندنا بقفصة .
وهو الصواب . اهـ . ونظمه في العمليات القاسمية بقوله :

وذكر الففصي ان العملا * عندهم الشاهد محمول على
انه ما كتب حتى عرفا * مشهده فليقتصر من عرفا

(١) هو ابو علي بن محمد الازدي الاشيلي ؛ يعرف بالشلوبين . كان في النحو والعربية بحرا
زاخرا . اخذ عنه ابن عصفور وجمال الدين ابن مالك وابن الابار . له كتاب التوطئة في النحو ؛
وكتاب القوانين فيه ؛ وشرحات للجزولية ؛ وتعليق على المنصل للزمخشري . توفي سنة ٦٤٥
(٢) هو ابو الحسن علي بن موسى الحضرمي ؛ المعروف بابن عصفور ؛ النحوي الكبير .
اخذ عن ابي علي الشلوبين . له من التأليف المغرب والممتع والمقرب . توفي سنة ٦٦٩

وظاهر كلام المتيطي ، ان ذلك لا يقدح في شهادته . ومثله لابن سهل ، كما في البرزلي ؛ قائلا : تسميته لهما معرفة . وذيل عليه البرزلي بقوله : قلت ، قد يكون عدم التسمية اعرف . وقال البناني : مقتضى كلام ابن سهل وابن فتوح ، ان ذلك يبطلها ؛ ولابن عرفة تفصيل ، وهو أن الشاهد ان كان معلوم الضبط والتحفظ ، قلت ، وإلا ردت ، إلا ان تكون على مشهور كالرؤساء . اهـ . ولعل تفصيل ابن عرفة اسد المذاهب .

وليس من تمام التعريف ، التعرض لتعديل ذي الخط . فاذ كان الشاهد بالخط لا يعرف عدالة صاحبه ، لا يشهد إلا بمعرفة خطه خاصة . ثم ان احتاج القاضي فيه الى تعديل ، جاز ان يعدله غير الشاهد بخطه . وان لم يحتج القاضي الى تعديله ، لمعرفته بعدالته ، لم يحتج الى تعديل . لان التعديل يستند فيه القاضي الى علمه . قال المتيطي في كتاب الحبس ، في فصل ذكر فيه ، ان قائما قام بالحسبة ، ان فلانا باع حسبا ، ما نصه : وان كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى ، في كتاب الحبس ، قلت « فأتى اليه بفلان وفلان ، فشهدا عنده ، ان شهادة فلان وفلان ، الواقعة في كتاب الحبس ، المنتسخ في هذا الكتاب بخطوط ايديهما ، لا يشكان في ذلك ، وأنهما ميتان . فقبل القاضي شهادة الشاهدين المشهود على خطوطهما . » وان عدلها الشاهدان على خطوطهما . وأجاز ذلك ، قلت في اثر قولك : وأنهما ميتان « وأنهما كانا بوسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ شهادتهما المذكورة وبعدها ، الى ان توفيا » وان عدلها عنده غير الشاهدين الذين شهدا على خطوطهما ، قلت في الشاهدين « وقبل شهدا دهما ، لمعرفته بهما . وقبل شهادة فلان وفلان ، المشهود على خطوطهما ، بتعديل فلان وفلان لهما عنده ، بالعدل والرضى ، الى ان توفيا على ذلك » . اهـ . بنقل الخطاب ، عند قول خليل « وتحملها عدلا »

ويشترط في قبول الرفع على الخط ، ان يكون بشاهدين اثنين ، على المشهور والمعتمد . وبه افتى الشيخ ابو الحسن الصغير . وهو الجاري عليه عمل اهل تونس . وتقل الفاسيون المتأخرون ان العمل عندهم ، جرى بفاس ، على الاكتفاء بالشاهد الواحد دون يمين ، في الرفع على خط الميت والغائب . وهو قول اشهب كما في التبصرة الفرحونية .

واختلف في قدر الغية ؛ الميح للرفع على خط الغائب . فقال ابن الماجشون : مسافة القصر . وحكى ابن منظور (١) ان به العمل . وقال أصبغ : البعيدة جدا ؛ كمصر من افريقية . واستحسن القاضي ابن عبد السلام ؛ قول سحنون : عدم التحديد ، إلا بما تنال الشاهد فيه مشقة . والقاضي يعلم ذلك عند نزوله . قال ابن عبد السلام : وجرت العادة عندنا ، أن اختلاف عمل القضاة ، يتنزل منزلة البعد ، وان كان ما بين العملين قريباً . لان حال الشاهد يعلم في بلدة ؛ وعند قاضيه ، لا في غيره . وفيه مع ذلك ضعف . فان الذي يشهد على خطه ، كالناقل عنه . فلا بد ان يعدله ، او يكون معلوماً عند القاضي . اهـ . وتقل كلامه تلميذه ابن عرفة ، ويحث فيه . بقوله : مقتضى تعليله ما زعمه من الضعف ، بما ذكر ان العادة عندهم ، ان لا يفتقر في الشهادة على الخط ، الى ثبوت عدالة ذوي الخط . وهذا شيء لا اعرفه ، ولا سمعت به ، عن عادة جرت بافريقية . والذي اعرفه وشاهدته ، ان القاضي المرفوع عنده على الخط ، ان كان عنده ذو الخط مقبولا ، قبله ، وإلا طلب تركيته . اهـ . وقد تقدم قريباً عن المتيطي ، نظير ما قاله ابن عرفة .

واما القسم الثالث ، فهو الشهادة على خط المقر بشيء ، ثم ينكر انه خطه ، او يموت ؛ فيشهد على خطه ؛ فيلزم بما تضمنه خطه من الاقرار . قال في الشامل :

(١) هو القاضي ابو عبد الله محمد بن منظور القيسي الاشبيلي . توفي سنة ٦٩٩ هـ

ولو كتب ذكر حق على نفسه بخطه ؛ ولم يكتب شهادته ؛ اي علامته ؛ فهو اقرار . فان كتبها ؛ يعني الشهادة ؛ اي العلامة ؛ فأقوى ؛ اي فهو اقوى في الاقرار . اهـ . ومثله لابن رشد في البيان والتحصيل . ونقله ابن عرفة ؛ ثم قال : تسوية ابن رشد ، بين الذي كتب شهادته على نفسه في ذكر الحق ؛ والذي كتب ذكر الحق على نفسه بيده ؛ فقال « لفلان علي كذا وكذا » ولم يكتب شهادته ، خلاف ما حكى ابن عات في طوره ، اذ قال ما نصه : في المجالس ، ان كتب الوثيقة بخط يده وشهادته ، نفذت ، لانه قليل ما يضرب على جميع ذلك ، وان لم تكن شهادته فيها ، لم تنفذ ، لانه ربما كتب ثم لم يتم الامر . وان كتب « لفلان عندي او قبلي » بخط يده ، مضى عليه ، لانه خرج مخرج الاقرار بالحقوق . وان كتب « لفلان على فلان » الخ الوثيقة ، وشهادته فيها ، لم يجز إلا بينة سواه ، لانه اخرجها مخرج الوثائق ، وجرت مجرى الشهادة . فلم تجز الشهادة على خطه . وهو تفسير جيد . وهي مسألة فيها اختلاف . اهـ . ونقل كلام الطرر ، ابن ناجي في سابعة افضية كبره ، وفي الثانية والعشرين من شهادات كبره ، والبرزلي في الواحدة والثلاثين من افضية حاويه . قال ابن ناجي في افضية كبره : ووقعت في احكامي بياجة . مسألة منه : كتب الفقيه عقبه بن سرور الماكني ، انه « وكل فلانا ، على ان يعقد له النكاح على فلاته ، بما يراه ، ويسوغ شرعا ، وأذن في الرفع على خطه ، لمن يجب له الرفع شرعا . وكتب بتاريخ كذا . والسلام . » وطلب مني وكيله ، مع بعض العدول ، ان يرفع على خطه ويعقد له . فقلت : وقعت هذه المسألة بيلدكم فيما مضى ، وأفتى فيها شيخنا ابن عرفة : انه لا ينفع ، وان الحكم الذي للرجل . لا يصح إلا بشهادة غيره عليه ، بخلاف الحكم الذي عليه ، فيصح بشهادته وحده . فبلغ ذلك شيخنا الغبريني فقال : ما ذكره في فتوى شيخنا ابن عرفة حقيق ، فانه كان

به يفتي ، وليس بصواب . ولكن ما خالفته في حياته ، ولا اخالفه بعد وفاته .
وأمر باعادة الوكالة بشاهدين . وبعد ذلك بقليل ، جاءت الى القيروان وكالة
من شيخنا الزعبي ، بمثل توكيل الفقيه عقبة . وعُمل عليها . ولو علم شيخنا
الزعبي بفتوى شيخنا ابن عرفة ، لما فعل . فتحصل في العمل وعدم العمل بها ،
قولان . عدم العمل بها افتى به شيخنا ابن عرفة ، والعمل بها قاله ابو الخير
عقبة ، وشيخنا الزعبي ، وصوبه شيخنا الغبريني . اهـ . وما استظهره التسولي في
شرح التحفة ، من الغاء ما عليه شهادته ، اذا لم تكن الوثيقة مكتوبة بخطه ،
ضعيف ، غير صواب ، مخالف لما شرح به الخطاب قول خليل « وجازت على
خط مقرر » من انه لا فرق بين ان تكون الوثيقة بخطه ، او فيها شهادته فقط .
ومثله لابي علي في شرحه ، ووجه ضعفه : ان احتمال الضرب على ما بالرسم ،
مع وضع الشهادة . ضعيف جدا . وعملنا اليوم ، في العقود والالتزامات الواقعة
بخط اليد ، دون اشهاد ، اذا كانت بامضاء العاقد ، او الملتزم ، او بعلامته فيما
اذا كان عدلا ، جار على اعتبار ذلك ، اذا ثبت الخط بشهادة عدلين . وهو صريح
كلام ابن رشد . لكن ينبغي للقاضي ان يتنبه الى امرين : احدهما ، الى ان
الاكتفاء بالامضاء ، يلزم تقييده بما اذا كان الممضي عارفا بالكتابة . اما اذا كان
لا يعلم من الكتابة إلا وضع اسمه ، ككثير من العوام ، فلا يقوم الامضاء حجة
عليه ، اذا انكر وقوع ما تضمنته الكتابة ، وذكر انه يعتقد ان الكتابة في غرض
آخر ، وأن الكاتب اخبره بأن الكتابة في الغرض الذي ذكره ، فأمضى لاعتقاده
صدقه . ووقعت هذه القضية امام المجلس المالكي ، فوجها اليمين على الممضي ، ولما
حلف ، الغينا الكتاب المشتعل على الامضاء . ووجه ظاهره الثاني ، ان لا يعتبر
الكتابة الحالية من الامضاء . لان العادة عندنا ، جارية على ان الكتابة لا تعتبر تامة ،
إلا بالامضاء . ومراعاة العادة من الاصول التي انبت عليها الاحكام . وقد صرح

الفقهاء بأن الاحكام المستندة الى العوائد تتغير بتغير العوائد ، قاله القرافي وابن عبد السلام وغيرهما .

ولا يثبت الحق ، بمجرد ثبوت الخط ، في الوصية المكتوبة بخط يد الموصي ، والطلاق المكتوب بخط المطلق . ويحتاج في نفوذ الطلاق ، الى ان يرسل الكتاب اليها ، او الى رجل يعلمها بذلك ، فيحكم لها حيثنذ بطلاقه ، اذا شهد على خطه عدلان . واما ان لم يخرج الكتاب من يده ، فلا يحكم لها به ، إلا ان يقر انه كتبه مجعاً على الطلاق ، او ينص فيه على انه انقذه . كما قاله ابن رشد في الكتابة بالعق .
وقاله التسولي . ويحتاج في نفوذ الوصية ، بعد ثبوت الخط ، الى ثبوت ان الموصي ، دفع الكتاب الى الموصى له ، او الى امين ، في حياته . فان وجد رسم الوصية في تركته ، فقال ابن رشد : اذا لم يشهد الموصي على خطه ، ولم يثبت للموصى له من يشهد له بأنه دفع الكتاب اليه ، سقط الحكم بما تضمنه الخط المذكور . اذ قد يكون اراد ان يؤامر نفسه . ولم يعزم على انفاذه . والرواية به عن مالك مسطورة . قال البرزلي : قلت ، ما ذكره عن مالك ، هو ما رواه الباجي وغيره : من كتب وصيته بيده ، فوجدت في تركته ، وعرف انها خطه ، بشهادة عدلين ، لم يثبت شيء منها ، حتى يشهد عليه . اذ قد يكتب ولا يعزم . رواه ابن القاسم في المجموعة والعنينة . ونقل البرزلي عن اللخمي ، انه قال : ان قال « فليشهد على خطي من وقف عليه » فينفذ ما فيه ، وإلا ، فالزواية : لا ينفذ . اهـ . قال الشيخ التسولي في شرح قول التحفة « وصححت لولد الاولاد » البيت : معنى قوله « قال » كتب ذلك ، لا انه قال ذلك للناس ، لانه في معنى الاشهاد عليها . ولا خلاف حيثنذ في تنفيذها . قلت ، ما استظهره التسولي ، وان كان ظاهراً في نفسه ، الا انه خلاف ما استظهره صاحب التوضيح . ونصه : انظر قوله ، يعني عياضاً ، وقال « اذا مت » هل المراد ، شهد على قوله من غير خط ، او المراد

انه وجد ذلك بخطه وشهد عليه . والاول اقرب الى حقيقة اللفظ ، اذ القول حقيقة ، انما هو في الملفوظ به . اهـ . فقول ابي زيد في العمليات الفاسية :
وكاتب بخطه لم يشهد * عليه او يقل تنفذ اردد

مقيد ، بما اذا بقي عند الموصي خطه الى ان مات ، وإلا نفذت قطعاً . دون الشرطين المذكورين . قاله التاودي .

واختلف : هل يقضى بالشهادة على خط المقر ، من غير يمين . وهو ما اقتصر عليه في المختصر ، وذكر صاحب التحفة ان به القضاء . او لا بد من اليمين ؛ لضعف الشهادة . وهما روايتان ؛ منشؤهما : هل ينزل الشاهدان على خط المقر ؛ منزلة الشاهدين على الاقرار ؛ او منزلة الشاهد فقط . ولو قام بالخط شاهد واحد ؛ فهل يحلف الطالب معه ؛ ويستحق . او تبطل شهادته . روايتان ؛ مبنيان على الاحتياج ؛ مع الشاهدين ؛ الى اليمين ؛ فلا تقبل . او لا ؛ فتقبل مع اليمين . وفي التبصرة عن الطرر ؛ ان الصواب عدم الحكم بها . اهـ . ولابن رشد : لم يختلف قول مالك ؛ في قبول شهادة الشاهد الواحد على الخط ، مع اليمين . ونحوه لابن يونس . قال التسولي : وهذا اقوى مما في الطرر .

واذا لم يوجد من يشهد على خط المتكر لخطه ؛ فطلب المدعي ؛ ان يجبر المدعى عليه ان يكتب بمحضر العدول ؛ ويقابلوا ما كتبه ، بما اظهره المدعي ؛ وزعم انه خط المدعى عليه . فأفتى الشيخ عبد الحميد الصائغ ؛ بأنه لا يجبر . لانما كالزمام المدعى عليه اقامة بينة ؛ لاثبات ما ادعى المدعي ؛ وهذا لا يلزمه . وأفتى اللخمي : بأنه يجبر على ذلك ؛ وعلى ان يطول فيما يكتب ، تطويلاً لا يمكن معه ان يستعمل فيه خطأ غير خطه . ورد ما احتج به الصائغ ، بأن البينة يقطع المدعى عليه بكذبها ، فلا يلزمه ان يسعى في امر يقطع بكذبه . واستظهر ابن عرفة فتوى عبد الحميد . ولعل وجه استظهاره ؛ ان الخط الذي

استظهر به المدعي ؛ لا يحصل للشهود ادراك كونه خط المدعى عليه ، ليشهدوا عليه بمجرد المماثلة الحاصلة بينهما وبين الخط الذي يكتب بمحضهم ، حتى تتكرر رؤيتهم لوضعهم ، او يسمعون بأنه خطهم سماعاً يحصل لهم العلم بذلك . ولم يحصل شيء من الامرين . قاله عظمى في البرنامج . وفي التبصرة الفرعونية : رجح اكثر الشيوخ ما اقرى به الاخمي .

المبحث السادس في الشهادة على الشهادة . وهي شهادة النقل

قال في المدونة : وتجوز الشهادة على الشهادة : في الحدود والطلاق والولاء ؛ وفي كل شيء . وشهادة رجلين ؛ تجوز على شهادة عدد كثير . ولا يتقل اقل من اثنين ، في الحقوق ، عن واحد فأكثر ، ولا يجوز نقل واحد عن واحد ، مع يمين الطالب ، في مال ، لانها بعض شهادة شاهد . والنقل نفسه ، ليس بمال ، ولو احيى ذلك ، لم يصل الى قبض المال إلا ليمينين . وانما قضى النبي صلى الله عليه وسلم ، في الاموال ، بشاهد ويمين واحدة . اهـ . قال ابن ناجي في صغيرة : اعلم ان للنقل خمسة شروط . احدها ، ما في الكتاب ، ان ينقل اثنان فأكثر ، عن واحد فأكثر . الثاني ، ان يكون شهود الاصل والنقل عدولا . وهذا يكاد لا يحتاج الى تنبيه عليه . الثالث ، ان يبقى شهود الاصل على شهادتهم ، حتى يحكم بها . الرابع ، ان يقول المنقول عنهم « اقلوها عنا » . الخامس ، ان يكون ذلك لعذر مرض او سفر ، إلا في النساء ، فانه يتقل عنهن ؛ وان كن حاضراً . قاله مطرف وابن الماجشون ، وقال المازري : لما أمر به النساء من السترة والبعد من الرجال ، وقال ابن عبد السلام : فيه عندي نظر ، ولو قيل في ذلك بالفرق بين من جرت عادتها بالخروج نهاراً ، وبين غيرها ، كما قيل في اليمين ، لكان له وجه .

المبحث السابع في العمل بالنسخ والمضامين

النسخ لا يعمل بها ، إلا إذا كانت مقامة عن اذن الحاكم الشرعي ، ومختومة بختمه ، وخاطب عليها ، وكيفية الخطاب بالنسبة لنسخ الاحباس ، على ما جرى به عملنا التونسي : ان يكتب الحاكم ، اعلا النسخة ، بخطه ، ما نصه « قوبل ، المقصود منه بأصله ، فتطابقا وكانا نصاً سواء » أو « قوبل الفرع بأصله ، فتطابقا وكانا نصاً سواء ، وأعلم به فقير ربه فلان القاضي بيلد كذا ؛ او المفتي بيلد كذا » وبالنسبة لغيرها ، ان يكتب اسفل النسخة « ثبت لدي » . والاصل فيما جرى به عملنا ان الاصل المتسوخ منه ، لا بد ان يثبت عند القاضي ، ويكون بحيث لو حضر لقضي به ، فمخاطبة القاضي على النسخة ، دليل على ثبوت رسم الاصل عنده ، وصحته ، لثبوت عدالة شاهديه ، وثبوت علامتهما عنده ، وسلامة الرسم مما يوهن الاحتجاج به ، من بشر ، او محو ، او الحاق ، لم يعتذر عنه ، فيما هو مقصود بالشهادة . اما اذا كانت النسخة غير مخاطب عليها ، فأصلها محتمل للنهوض وعدمه ، وما دام هذا الاحتمال قويا ، لا يمكن التعويل على الفرع ، الذي هو النسخة ، لان قبولها ، مترتب على قبول الاصل . ولا يدمع احتمال اختلال الاصل ، عدالة شاهدي النسخة ، لانه ربما خفي عليهما من امر الاصل الشيء الكثير . وقد علمت مما سبق ، عن ابن عبد السلام ، ان الشهادة على الخط ، لا تقبل من جميع العدول ، وانما قبل ممن له فطنة زائدة . وقد انضم الى ما قررناه ، ما علم من كثرة تحيل الناس ، ولا سيما في الاحباس . فطالما عمد من لا استحقاق له في الوقف ، فيكشط من الاصل بعض اسماء الاعيان الموقوف عليهم ، او بعض حروفه ، ويبدله باسم اخر ، او حروف اخرى ، يضعها موضع الاسم الاصيل ، ليتمكن الدخول من الاسم المثبت ، ويجتهد في اخفاء ذلك ، حتى لا يتنبه له ، إلا باعمال النظر الصحيح ، ويخشى ان استظهر بالاصل ، ان يتنبه

اليه ، فيطلب اخراج نسخة من رسم الوقف . وي تلف الاصل بعد الاستحصال على غرضه . وربما اخترعوا كتاب وقف ، فيما وقفته ثابتة ، وزوروا علامة شهود موسومين بالعدالة ، الى غير ذلك من ضروب التحيل . فلزم الثبت التام في امر النسخ ، وأن لا تعتمد ، إلا حيث يغلب الظن بصحة اصولها . وقد ذكر صاحب المعيار ، والمازوني في درره المكنونة : ان الشيخ ابا الفضل قاسما العقباني . سئل عن رسم ، شهد فيه شهود ، وخطب القاضي عليه ، وأعمله قصة اخر : اذا نسخ من اوله الى اخر الاعلام فيه . وقال من قابل النسخة ، قابلا بأصلها من الفاهما سواء ، وعين الاعلام الواقعة عقب الاصل ، فعلم انها بخط كاتبها الواقع عقب الرسم . هل يحكم بالنسخة ، اذا عدم الاصل او لم يعدم ؛ او لا . فأجاب : اذا كان شاهد النسخة قوي العدالة ؛ والمعرفة ، والفطنة لما قد يقع في الاصل ، من بشر خفي ، او زيادة مقحمة ، بما قد تتغير به المعاني ، عمل على النسخة ، ان كان الاصل مما يصح نسخه . اهـ . المقصود منه . ونقل ابن غازي ، في تكميل التقييد ، ما نصه : قال الامام الوائشري : ان النسخة اذا نسخت على خط القاضي ، وقوبلت بأصلها ، وشهد الشهود على اشهاد القاضي ، وصحة المقابلة ، من عدول الشهود ، فحينئذ يعمل بالنسخة ، اذا تعذر وجود الاصل . اهـ . قال المحقق السجستاني في شرح قول ابي زيد الفاسي في عملياته :

والحكم بالنسخة مشروط بأن * تقوى العدالة وحال من فطن ما نصه : قلت ، فمفهوم هذا الكلام ، ان النسخة . اذا لم تكن على خط القاضي ، ولا شهد عليه فيها الشهود ، بثبت الاصل عنده ، لا يعمل بها . وهو الجاري على ما تقدم ؛ من ان الرفع على الخط الغائب لا يفيد . وظاهر مسألة الشيخ ابي الفضل العقباني المتقدمة ، واطلاق النظر ، ان النسخة يعمل بها

مطلقا . ولا يأتي ذلك إلا على مذهب الشيخ ابي الحسن ، الذي لا يشترط حضور الخط عند الرفع عليه . اهـ . قلت ، قول الوانشريسي : ان النسخة ، اذا نسخت على خط القاضي ، اي في الاصل ، باستقلال الرسم ، واعماله ، وقوله : وشهد الشهود على اشهاد القاضي ، اي بصحة الاصل عنده ، واستقلاله ، واعماله . فالقاضي يكتب في الاصل ، ثبوت الرسم عنده ، وصحته ، ويضع علامته ، ويشهد عدلين بثبوته ، وصحته عنده ؛ فيضعان علامتهما ، شهادة على القاضي بذلك . وهذا نحو ما تقدم عن التاودي ؛ فيما يفعل عندهم في شهادة الليف . وقد قدمنا ؛ ان عملنا التونسي ؛ على ان حضور الخط عند الرفع عليه ؛ غير مشروط ؛ على ما به العمل التونسي ؛ وأن المخاطبة على النسخة ، قائمة مقام المخاطبة على الاصل ، لانها لا تكون إلا بعد ثبوت الاصل عند المخاطب ؛ واعماله ، وأن الاشهاد على الاعمال ؛ غير مشروط عندنا ، وانما الشرط ثبوت خط المخاطب ؛ عند الحكم بالنسخة ؛ ان كان يعرف خط المخاطب ، او ثبوته بشهادة عدلين ؛ ان كان لا يعرف خطه . ولو فرضنا ان النسخة خلت من مخاطبة القاضي ، لوجب اهمالها ؛ إلا ان ثبت ان الاصل مخاطب عليه بالاعمال . وانما اطنبنا في هذا المقام ، لقلة من وفاه حقهم من التونسيين ؛ مع شدة احتياج الحاكم الى معرفته . واذا كانت النسخة تامة . لا شيء فيها ، ووجد خطاب القاضي عليها ؛ فانه يعمل بها ، ولو وجد الاصل مرتابا ؛ لاحتمال ان الريية التي به ؛ انما وجدت بعد اخراج النسخة منه ؛ وقد كان الاصل حال اخراج النسخة ؛ سالما لا ريية به . فقد ذكر الوانشريسي في المعيار : انه سئل بعض الشيوخ ؛ عن اتباع جنايا ؛ فمكنه البائعون من نسخة رسم ؛ مسجل على القاضي ؛ وشهد عليه عدلان مبرزان ، وثبتت عنده ان سقي الجنان من ماء العين مدة كذا ، فازعه بعض من ينتفع بالعين ، وادعى ان المدة اقل ، فاستظهر المشتري بالنسخة ، فأثى خصمه

بعدل ، شهد انه رأى اصل النسخة ، وفيه تقطيع وترقيع ولصق ، واستراب القاضي ؛ وكلف المشتري باحضار الاصل ، فلم يجده . فهل يحكم القاضي بالنسخة ؛ لصحتها وثبوتها عند من له ذلك ، مع عدم احضار اصلها ، ام لا . فأجاب : شهادة النسخة ؛ المسجلة على القاضي بالصحة ، بعد المقابلة ؛ مع اتصافها بصفة العدالة ، والمعرفة بما تقتضيه الفاظ التسجيل ، وتصحيح النسخة من اصلها ، ماضيه ومعمول بها ، ويجب على القاضي الذي استظهر صاحبها بها عنده ؛ الحكم بها . ولا يصد عنه الحكم بها ، ما شهد به الشاهد الذي لم يشهد في النسخة ؛ لاحتمال وجوه ، تصرف شهادة الشاهد المذكور ، عن ان يحكم الحاكم برد النسخة . منها انه لم يذكر الشاهد في شهادته ، محل التقطيع والترقيع ، وما ذكر معه . وهل هو في محل يفسد الرسم بسببه ، او لا ، وهل فيه اعتذار عن ذلك ؛ او لا . فانه يمكن ان يكون ذلك في موضع افتتاح الرسم ؛ او في تحلية الموصوف في الرسم . ومنها ان يكون ذلك الذي رآه الشاهد المذكور ؛ مع فرض ان يكون موجبا للتهمة في النسخة ؛ في نظير هذا الذي نسخ منه الشاهدان شهادة غيرهما ؛ اذ لم يعين الشاهد المذكور انه بشهادة فلان وفلان ؛ او يكون بشهادتهما وعدلا عنه ؛ لما اتصف به من البشر وغيره ؛ وكتبا غيره سليما من ذلك ؛ وتركوا الآخر لا عبرة به . ومنها تجوز ان يكون ذلك طرأ عليه ؛ بعد تسجيل النسخة ومقابلتها ؛ والشهادة فيها ؛ الى غير ذلك من وجوه الاحتمال . فيجب العمل بالنسخة اهـ .

ثم ان النسخ ؛ لا حرج في اخراجها ؛ اذا لم يخش تكرار الحق ؛ كالا حباس ، والوصية بالثلث لمعين ، على ما قاله مهدي في حاشية التاودي . بخلاف الوصية بعدد معين من المال ؛ والدين ؛ والكتابة ؛ والدماء . كما اذا شهدوا في وثيقة ؛ بأن فلانا نجرح فلانا جالفة ، فاذا نسخ الرسم ؛ توهم انه جرحه

جائفتين . والوديعة ؛ اذا قبضت بينة مقصودة للتوثق . والقراض ؛ اذا قبض كذلك . ورسوم الالكرية . فاذا اريد اخراج نسخة من رسم الكراء ؛ نسبها الآذن الشاهد على التخصيص ؛ ان النسخة للاحتجاج بها في غير مال الكراء ؛ والا لم يخرجها . وكذلك الاصدقة المشتملة على كاليه ؛ لا تخرج إلا للاحتجاج بها في غير المال . ولا فرق في عدم اخراج النسخ ؛ فيما يخشى فيه تكرار الحق ؛ بين ان يكون الطالب لذلك مأمونا ؛ او غير مأمون . وهو قول ابن الماجشون . وهو المشهور ؛ على ما قاله ميارة ؛ والذي به العمل عند الموثقين ؛ كما قاله ابو علي ابن رحال . وقال مطرف بالاعادة مطلقا . وقاله مالك وأصبغ . وقال ابن حبيب : هذا احب اليّ ؛ اذا كان المدعي مأمونا . وان كان غير مأمون ؛ فقول ابن الماجشون احب اليّ . فالذي يفصل بين المأمون وغيره ؛ هو ابن حبيب . وابن الماجشون يقول ؛ لا تعاد . فان جهل الشهود وأعادوها ؛ قضى بها . ومطرف يقول بالاعادة ؛ خلاف ما ألمر به الزقاق في قوله :

ومن يتبغي تكرير كتبك رسمه * لزعم ضياع او اداء فأهملا

والا وقد وديت تمضي مطرف * اذا كان مأمونا فكرر ولا فلا

نسب ما لابن حبيب ، لمطرف . وقول الشيخ التسولي : « ظاهر قول التحفة (وما به قد وقعت شهادة) البيت ؛ انه ان اعادها ؛ لا يقضى بها ؛ سواء اعادها جهلا ؛ ام لا . كان المشهود له مأمونا ام لا . وهو كذلك ، خلافا لابن الماجشون ، في انه يقضى بها ، ان اعادها جهلا ، ولمطرف في انها تعاد للمأمون فقط . » الخ . لا ينبغي اعتماده . وينبغي اعتماد ما لابن الماجشون . وقد احسن في تزييف ما استدلل به التسولي ، مهدي في حاشية التحفة . فارجع اليه ان شئت . (١)

(١) حاشية - كانوا في القديم ؛ يعددون الرسوم للعقارات المملوكة ؛ بواسطة تعداد النسخ . فنجم عن ذلك كثرة الشناجر والنزاع بين المتبايعين . فبعد ان يقع البيع ؛ وتمضي عليه مدة ؛ يقوم البائع ؛ او ورثته ، على المشتري ؛ برسمه بقي عنده ؛ ويدعي ان العقار ملكه .

وقولنا : يخاطب القاضي على نسخ غير الاحباس ، بقوله « ثبت لدي » هو الجاري العمل به اليوم . وهل يفيد ذلك صحة الرسم مطلقا ؛ او لا يفيد إلا صحة عدالة عدلي الرسم . هذا مما اختلف فيه شيوخ شيوخنا . فكان الحذاق منهم ، يرون انما يفيد صحة الرسم . وهو الظاهر ، بدليل افراد الضمير في

وزيها ضاع رسم المشتري ؛ الواقع فيه الشراء ؛ او احدث به ما يزيل صلوحته للاحتجاج . فاقضت المصلحة ؛ ان يمنع ذلك ؛ وان لا تعدد الرسوم . وابنى على ذلك ؛ ان من ادعى ضياع رسم عقار له ؛ وأراد تجديد رسم له ؛ فان كان اصل التملك موجودا في دفتر الدول فانه يقع الاعلان بضياع الرسم ؛ وارادة اخراجه من دفتر المدين فلان وفلان ؛ فمن كان لديه اعتراض في ذلك ، فليقم لدى الشيخ القاضي . في مدة عشرين يوما . ويعلن بذلك في الصحيفة الرسمية . ولا يتكرر الاعلان ثلاث مرات بل يكفي الاعلان مرة واحدة . فاذا لم يعترض مقرر ؛ فان القاضي يأذن عدلي الدفتر ؛ باخراج ما في دفتريهما ؛ ان كانا حين ؛ او عدلين اخرين بذلك ؛ ان ماتا . ويذكران سبب اعادة اخراجه ؛ واذن الحاكم في ذلك ؛ ويعقدان عليه ؛ ويختمه الحاكم . ويقوم حينئذ هذا الرسم ؛ مقام الرسم الاصيل . وان لم يكن الرسم موجودا بدفتر المدين ؛ فيقيم الاعلان ، بأن فلانا ادعى ضياع رسم تملكه ؛ لعقار كذا ، ويسميه ، ويحدده ، وأنه يروم اقامه وثيقة في تملكه له ، فمن كان عنده اعتراض في ذلك ، فليقم باعتراضه لدى الشيخ القاضي ، في مدة سبعين يوما من تاريخ الاعلان . ويخرج الاعلان ثلاث مرات في الجريدة الرسمية . فاذا تم الاجل ، ولم يقم معترض ، اذن القاضي في الوثيقة . وتكون كسائر البيّنات الاسترائية ، ويختتمها الحاكم ، ويخاطب عليها بقوله « يكتب العمل » ويقوم حينئذ مقام الرسم الاصيل . اما اذا قام معترض . فيسمع اعتراضه ، الى ان يبين الامر ، فيعمل على ما يتبين . وكثيرا ما كانت ارادة اقامة الوثائق ، مبدءا لنشر نوازل استحقاقية . ولما كانت البيّنات لا تقام عند الخفية ، الا في وجه خصم ، اختصت بيّنات التملك بالقاضي المالكي . كما انه في القديم . كانوا يكتبون بريح المقارات ، في رسوم خالية من ثبوت اصل التملك للبائع . ولما ترتب على ذلك كثرة النزاع ، اذ ربما دعى الانسان ما لا يملك ، حصر على الدول المنتصين للاشهاد ، اخراج عقد البيع من دفتريهما في غير الرسوم المتضمنة للتملك ، وفي غير وثائق التملك التامة لشروط ، قليلا للنزاع . وتضييقا لجمال الاحتياال . وفي التبصرة الفرعونية : وينبغي له ، اي للشاهد ، ان لا يكتب لاحد مبايعه ، الا بعد ان يحضر كتابها . فان شهد بصحة ما يطلب كتابتها ، بانتقالها اليه ، بشراء ، او ميراث ، او صدقة ، او نحو ذلك ، كتب . وكذا كتب الاجارة . ومتى لم يحضر شيئا من ذلك ، فلا يكتب له ، الا ان يكون رجلا معروفا . مشهورا بالصدق والامانة . وان لم يكن معروفا ، وادعى ان يبيع ملكه ، وأن كتابه ضاع ، فليحترز ، فان ذلك موضع تهمة ، فقد يبيع الانسان ملك غيره ، ويشهد عليه بذلك ، ويتسمى باسم صاحب الملك ، ويؤخر المشتري القيام

« ثبت » فهو يعود على الرسم . وحينئذ فلا يخاطب القاضي ، على رسم لا يصح الاحتجاج به ، وان كان عدالة ثابتي العدالة عنده . وهذا مختار القاضي المحقق الشيخ الطاهر ابن عاشور (١) جد سميح صاحبنا الحفيد ، احد علماء العصر . ومنهم من يرى قصر افادته على عدالة عدلي الرسم . وهو مختار العلامة الشيخ حمدة الشاهد ؛ (٢) احد اهل الشورى زمن ابن عاشور الجد . وهو الذي جزم به الشيخ ابن الطاهر ، في حاشية التاودي ؛ في مبحث خطاب القضاة وما يتعلق به . ونصه : قلت ، واما عملنا اليوم بافريقية ؛ ان يكتب القاضي اسفل عقدي الرسم « ثبت لدي » ولا يفيد ذلك إلا صحة عدالة عدلي الرسم لا غير ؛ إلا في رسم الحبس . اذا قبل المقصود منه على يد القاضي ؛ فانه يكتب اعلا الرسم

بالمشتري ، حتى يحول الزمن قليلا ، او يموت صاحب الملك ، فيدعي على ورثته . وغير ذلك من وجوه الضرر . فينبغي اذا ادعى ضياع الكتب ، ان يحضر جماعة يشهدون له بالملك . ولو عمل بذلك محضر ، او شهد به عند الحاكم . وأثبت على الحاكم ، كان اجود . ولو فتح هذا الباب ، بيعت املاك الناس بغير مستند . اهـ . وما قاله ، من انه لا يكتب رسم البيع ، حتى يحضر رسم الملك ، يخالف ما قاله ابن تاجي في ثالثة غرره كبير . قال : جعل شهود تونس يمتنعون من كتب البيع ، في دور تونس ، لتحجيج الامير عليهم ذلك . وانهم يتساهلون بالكتب في دور خارج تونس ، فيكتبون بيعها ، ولو لم يحضر البائع رسم ملكه . قال وامتناعهم ليس بأمر شرعي . اهـ . قال الشيخ حسن الشريف ، في معين المفتي : والواقع اليوم من شهود تونس ، انهم يقدمون بدفترهم وقوع العقد بين المتبايعين ، ولا يكتبون رسم البيع الا بعد حضور رسم الملك . فان احضر ، كتبوا . وان لم يحضر ، وادعى البائع انه قد ضاع ، فانهم يضمنون في رسم البيع : ان تملك البائع له بالذكر ، وأن المشتري قد رضي بذلك ، ان رضي . اهـ .

(١) هو ابو عبد الله محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر ابن عاشور ، الاندلسي الاصل ، الجامع بين شرفي العلم والنسب . كان نسيج وحده ، يتقد ذكاه . تولى قضاء الجماعة بتونس في رجب سنة ١٢٦٧ ثم الفتيا . له حاشية على شرح القطر لابن هشام ؛ وشرح على البردة ؛ وحاشية على المطول ، وحاشية على شرح المحلي لجمع الجوامع لم تكمل . توفي سنة ١٢٨٤ (٢) هو ابو عبد الله ويدعى حمدة الشاهد . تفرغ حتى انقرضت بمشيخة علماء الزيتونة . تولى التفتيا ؛ وكانت مرجع علماء الزيتونة . توفي سنة ١٣١١

« الحمد لله قوبل المقصود منه بأصله ، فتطابقا وكانا نصا سواء ، وأعلم به فقير
ربه فلان قاضي كذا » اهـ . قلت : ولم ينزل القضاة المحققون يأبون من وضع
احتامهم على رسوم بشهادة عدول ثقات ؛ اذا كان الرسم مشتملا على ما لا يجوز
في مذهب مالك ؛ مثل بيع الكمشتة وبيع الثياب ورهن الانتفاع .

واما المضامين ؛ فانها تكون في العقارات المملوكة المشتركة ؛ اذا اراد كل
واحد الاستقلال برسم فيما على ملكه . فيطلب من الحاكم الشرعي ؛ اذن
عدلين في اخراج مضمون ما بالرسم ؛ يذكر فيه مقدار ما على ملكه من
العقار ، ليكون له حجة فيما بيده . فيتسلم الحاكم الرسم ، ويتأمل منه تأملا
شافيا ؛ فاذا لم يجد رية فيه ؛ وكان على الصحة والسلامة ، وعلم عدالة شاهديه
او وقع التعريف بعد التهما ؛ اذن عدلين في اخراج مضمون منه . فيعمدان الى
حكاية انتقال الملك الواقع في هذا العقار من يد الى اخرى ؛ وذكر اسبابه ؛ الى
ان يأتي على جميع ما بالرسم ، ان كانت المدة قصيرة ، فان طالت حكى ثلاثة
انتقالات ؛ وبعد تضمينها ذلك ، يذكران من اهل اليه استقرار هذا الملك ، ويذكران
انه كتب هذا المضمون بالاذن من فلان القاضي ببلد كذا ؛ او المقتني به ، وأنه
كتب هذا المضمون ؛ ليكون حجة في تملك فلان للجزء الذي يملكه منه ؛
ويبينان مقدار هذا الجزء ، ويؤرخان كتابة المضمون ، ولا يعقدان على ما كتباه ،
إلا بعد ان يطلع الآذن على المضمون ، ويتبعهما ، ويجده قد استوفى ما بالرسم
من الاركان ، ولا يترك منه إلا ما لا يحتاج اليه . فحينئذ يختمه ؛ ويكتب
بخطه ، قبل وضع الشاهدين علامتهما ، ما نصه « ختم في كذا من عام كذا »
ويذكر التاريخ . ثم يضع العدلان ، اثر هذه الكتابة ، علامتهما . ويكتب العدلان
في اعلا الرسم الاصيل ما نصه « اخرج منه مضمون في تملك فلان لقدر كذا ،
بشهادة شهيديه فلان وفلان ، في تاريخ كذا » ويسمى ذلك اعلالا . ويلزم

الحاكم ان يطلع على هذا الاعلال بعد كتبه . وباستيفاء المضمون لما تقرر ، يصير حجة يمكن الاستناد اليه والتعويل عليه ، فيما يستند فيه الى الرسوم . بمعنى انه يكون حجة بين المتبايعين . ومتى لم يشتمل المضمون على ما قررناه ، يلغ ، ويول شطر الاهمال . ولا خلاف في ان هذا الحتم من الحاكم ، اعلام بثبوت الرسوم المضمنة عند الخاتم ، وليس لمجرد عدالة عدلي المضمون ، كما يتوهم بعض الضعفاء .

المبحث الثامن في اقسام الشهادة باعتبار ما توجبه

الشهادة باعتبار ما توجبه ، اربعة اقسام . الاول : ما توجب الحق بدون يمين . وهي انواع . الاول : شهادة اربع في الزنى . الثاني : شهادة عدلين في غيره . سواء أكان حقا غير مالي ، ولا ايلا اليه ، كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة ، والبلوغ ان اريد بآبائه القصاص مثلا ، والعدة لتزويج او كان ماليا ، او ايلا اليه . الثالث ، شهادة رجل وامرأتين ، في المال وما يؤول اليه ، كاثبات البلوغ ، لاجذ مال ، والولاء ، لاستحقاق مال ، والعدة ، لاقطاع النفقة عنه ، والشركة ، لكونها بيعا ، خلافا لما في التبصرة الفرعونية ، والآجال ، اذا كان المُوَجَّل به مالا ، والوكالة على المال ، فتصح بالشاهد والمرأتين ، وبشاهد ويمين ، ان كان للوكيل نفع في الوكالة ، كما اذا وُكِّل على قبض دين ، وهبه له . فان لم يكن له نفع ، وقام له شاهد ، فلا يحلف معه ، على ما به العمل ، ولا ثبت . وما ذكرناه من حلف الوكيل ، الذي له نفع في الوكالة ، سلمه الخطاب وغيره ، وظاهر كلام غير واحد : ان الوكيل لا يحلف مطلقا . وذلك هو الحق ان شاء الله . قاله ابو علي ابن رحال . ومثل الوكالة الوصية . فان كانت على ابضاع بناته ، فلا تصح إلا بشاهدين ذكرين ، وان كانت بمال لمعين ، كزيد . فتصح بالشاهد والمرأتين ، من غير يمين . وتصح بالشاهد الواحد ، مع يمين

الموصى له، وبالمرأتين ايضا، مع يمينه، واما ان كانت بمال لغير معين، كالسكين، فلا تصح بالعدل وحده، ولا بالمرأتين وحدهما، لانه لا معين هنا يحلف. قاله ابو علي. ومثل الوصية بالمال، الوقف. فان كان على معين، ثبت بالشاهد واليمين. وان كان على غير معين، فلا بد من عدلين، ولا يكفي الشاهد واليمين، ويكفي فيه الشاهد والمرأتان. ومن هذا النوع، النكاح بعد موت الزوج، او الزوجة، فيثبت الارث بالشاهد والمرأتين، وبالشاهد واليمين. لكن محل ما ذكر من الارث، ان لم يكن للميت وارث معلوم، ثابت النسب، يحوز المال كله. وإلا فلا بد من عدلين على النكاح. فان لم يكونا، فلا ارث. ففي رسم الصلاة، من سماع يحيى، من كتاب الاستلحاق، ما حاصله، عن ابن القاسم: في الرجل، يموت وله ولد معروف، ثابت النسب، فتدعى امرأة إن الميت زوجها؛ او يقوم معها من يدعي ميراث الميت، فيأتي كل واحد منهم بشاهد، ويريد ان يستحق ميراثه باليمين والشاهد: ان ذلك لا يكون لواحد منهم، اذا ادعوا ذلك وللميت وارث، قد ثبت نسبه باليثة وانما يستحق الميراث باليمين مع الشاهد؛ من جاء يطلبه وليس للميت وارث قد ثبت نسبه باليثة. فان كانت للميت بنت ثابتة النسب باليثة، فجاءت امرأة تزعم انها امرأته، وجاءت بشاهد، تحلف مع شاهدها، وتأخذ ميراثها، ولا يثبت لولدها، ان كانت حاملا، نسب. قال الشيخ الرهوني بعد قول: فتحصل ان موتها كموته، وأن الصداق كالارث، وأن قيد نفي الوارث المعروف، لا بد منه، لانه مذهب مالك وابن القاسم وغيرهما، ولم يحك الشيخ ابو محمد ولا ابن رشد ولا اللخمي ولا ابن قنوج؛ فيه خلافا أصلا.

النوع الرابع. شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال، كالحيض؛ والرضاع؛ ان فشا قولهما قبل العقد والولادة والاستهلال، ومثله اذا شهدتا بأنه ذكر او أنثى، فان كان الجسم غائبا؛ حلف الطالب مع شهادتهما، واستحق حقه.

قاله ابن القاسم، ولم يجزها اشهب، قاله في المين، وكذا الحمل، ثبت بشهادة امرأتين، فان تعارضت شهادتهما مع امرأتين في اثباته، قدمت المثبتة، وكذا عيوب الفرج، ولو في الحرائر، بناء على ما جرى به العمل، من نظر النساء اليهن، وهو مخالف للمشهور؛ من كون الحرة مصدقة، مؤتمنة على فرجها، وكذا الافتضاخ، فاذا شهدت امرأتان به، وأنكره الزوج، لزمه جميع الصداق، ولا مقال له، فان دخل بها، وقال الفيتا ثيبا، وكذبه، وادعت انه افتضاخ، ولم يكن هناك اثر الافتضاخ، فيقبل قوله في القرب جدا، وإلا فلا، ففي جواب للاستاذ ابي سعيد بن لب: ولا اعتبار بنظر القوابل، اذا نظرن الى الثيب بعد ايام من دخول الزوج، وان شهدن بأن القطع قديم، فلا حجة للزوج في ذلك، لانه قد يكون الافتضاخ في اول دخوله؛ وبدأ الجرح يندمل؛ لان العادة انه يبرأ بالقرب، وانما يعتبر ذلك؛ على ما فيه من الخلاف؛ اذا نظرن اليه صبيحة ليلة دخوله، وما قرب منها جدا، بحيث لا يمر من الزمان ما يكون فيه براء عادة. اهـ.

القسم الثاني، الشهادة التي توجب الحق مع اليمين، وهي اربعة انواع، الاول؛ شهادة العدل في المال وما يتول اليم، فيحلف المشهود له، ويقضى له، وهذا كدعوى اليم والشرء والاجارة والشرقة والمساقاة والجعل والقرض والوديعة والعارية والهبة والصلح عن اقرار او انكار والحبس على معين، ففي المتيطة؛ وان شهد شاهد بصدقة او حبس على معينين، حلفوا مع شاهدهم، واستحقوها، وان كان على غير معين، حلف المشهود عليه، وبرىء، فان نكل، حكم عليه به، قال: وان كانت الصدقة او الحبس على بني فلان، فروى ابن الماجشون عن مالك؛ انه يحلف الجمل معه؛ وينفذ لجميعهم، وفي كتاب ابن حبيب: ان حلف منهم واحد؛ نفذ له ولغيره، وروى محمد عن اصحابه؛ انه لا يجوز فيه اليمين مع الشاهد، اهـ.

وكذا يثبت حكم الحاكم في المال ؛ بالشاهد واليمين ؛ على المعتمد ، وهو قول مطرف وأصبع . وهو ظاهر المدونة . قاله أبو علي . وكذا الإيصاء بالتصرف في المال ؛ يثبت بالشاهد واليمين .

النوع الثاني ؛ شهادة امرأتين في المال وما يثول اليه .

الثالث ؛ الشاهد العرفي . فيحلف من قام له ، ويقضى له .

الرابع ؛ البينة الشاهدة بظاهر الحال ؛ معتمدة على الظن ؛ لتعذر القطع بذلك ، أو عسره . فلا بد من يمين الطالب ، استظهارا على باطن الامر . ففي التوضيح : كل بينة شهدت بظاهر ، فيستظهر يمين على باطن الامر . اهـ . وهذا كالشهادة بالعسر ؛ فيحلف مدعيه ، الذي قامت له بينة به ؛ انه ليس له مال ظاهر ولا باطن ، وان وجد مالا ليؤدين له حقه . وحلفه انما هو على البت ، على المذهب ، كما في التوضيح . ويستثنى من الشهادة بالعسر ، اثبات احد الابوين فقر نفسه ، لتلزم نفقته ابنه . فلا تتوجه اليمين معها على الاب ، كما تقدم . ونظمه العلامة التاودي بقوله :

وكل من بظاهر قد شهدا * له فحلفه بقطع ابدا

إلا أبأكلف بالاعسار * لينفق ابنه على المختار

واستثنى ايضا من القاعدة العامة التي قلناها عن التوضيح ؛ مسائل : الاولى ، الشهادة بعدة الورثة ، فانها على العلم ، ولا يحلف معها مقيمها ، على ما به العمل . ففي العمليات القاسمية :

ومن على من رسم الارث اكمله * من حلف بأن لا علم له

وقد قيل باليمين في ذلك انه : لا يعلم له وارثا غيره . وهو ما في سماع اشهب . لكن قال حافظ المذهب ابن رشد : ليس العمل على ان يحلف به اهـ . الثانية ؛ الشهادة بالتركية . فانهم يقولون « عدل رضى في علمنا » وليس فيها يمين .

الثالثة : الشهادة بالملك في استحقاق الاصول ، على الراجح والمعمول به ، فلا يمين على المستحق للاصول ، مع ان البينة تشهد انها ملكه في علمهم ، وأنها لا تعلم خروجها عن ملكه بوجه من الوجوه .

القسم الثالث : الشهادة التي توجب العقلة ، وهي شهادة العدلين قبل الاعذار فيهما ، وشهادة اثنين محتاجين الى التزكية ، وشهادة العدل ، وقد تقدم ذلك في مبحث العقلة في الباب الاول .

القسم الرابع ، الشهادة التي توجب اليمين على المشهود عليه ، ولا توجب الحق للمشهد له ، وهي شهادة العدل الواحد ، او المرأتين ، في الطلاق والعق والقف ونحوها ، مما لا يثبت إلا بعدلين ، فاذا شهد عدل بطلاق المرأة ، فان حلف الزوج لرد شهادتهما ، بريء ، وان نكل ، سجن ، فان طال سجنه دين . والطول سنة ، على ما به العمل ، وقيل بالاجتهاد ، ففي ابن يونس : ان ادعت امرأة على زوجها طلاقها ، لم يحلف الزوج ؛ إلا ان تقيم المرأة شاهداً ؛ او امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق ؛ فيحلف الزوج ، قال مالك : ويحال بينه وبينها حتى يحلف ، فان نكل ، طلقت عليه مكانها ، وروي عنه : انه اذا طال سجنه ، دين وترك ، والطول سنة ، وبهذا اخذ ابن القاسم ، اهـ . وهو الذي رجع اليه مالك ، كما في شرح التاودي على التحفة ، واختلف في النكاح ، فقليل تجب اليمين فيه مع الشاهد ؛ وقيل لا تجب ، وعليه اقتصر خليل ، وهو المشهور ، ومثله الرجعة ، قال ابو علي ابن رحال : عدم توجه اليمين في النكاح ، بشاهد واحد ، في غير الطارئین ، واما فيهما ، فتوجه اليمين على منكر النكاح منهما ، بشاهد ، اهـ .

المبحث التاسع في شهادة السماع

شهادة السماع ، هي التي يصرح فيها الشاهد باستاد شهادته لسماع من غير

معين . فتخرج شهادة النقل ، لان المنقول عنه فيها ، معين . كما تقدم . وتخرج شهادة البت ، لان الشاهد لا يصرح فيها بالسمع ، اي لا يشهد به . بخلاف شهادة السماع ، فانه يشهد بالسمع ، اذ يقول : لم يزل يسمع ، من الثقات وغيرهم ؛ ان فلان بن فلان عدل ، او مات بأرض كذا . وبهذا فارقت شهادة البت التي مستندها السماع ، كقول الشاهد : يعلم شاهدا ان فلان بن فلان عدل ، او مات بأرض كذا ، ومستندة في ذلك السماع . فهذه بينة قطع ، وان كان مستندها السماع . ويدل لذلك قول ابن لب في جواب لم : ان الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به ، وتحققهم . وانما ذكرنا السماع مستنداً لما علموا وتحققوا . والخلاف انما هو اذا شهدوا بحصول السماع الفاشي فقط . فحينئذ يرى ابن القاسم وجوب الميراث ، مع يمين المشهود له ؛ ويرى اشهب وغيره ؛ ممن ثبت بها النسب ؛ وجوب الميراث بلا يمين . اما ان تضمنت الشهادة علم الشهود وتحققهم : كما في النازلة ؛ فيثبت النسب ، ويجب الميراث ؛ ولا يجب في ذلك يمين على احد . اهـ انظر حاشية مهدي على التحفة .

وصفة شهادة السماع : ان يقولوا « سمعنا سماعاً فاشياً ؛ من اهل العدل وغيرهم » فيلزم ان لا يعين المسموع منه ؛ وإلا كانت شهادة نقل ؛ وان يجمع بين اهل العدل وغيرهم ؛ وإلا كانت ملغاة . هذا الذي به العمل . واعتمده الموثقون : الباجي وابن سهل وابن سلمون وابن فتوح والطيطي . ونقله ابن عرفة ؛ وأقره . ونظمه في العمل المطلق بقوله :

والجمع فيها بين اهل العدل * وغيرهم جاء صحيح النقل

بل قيل فيها انها لا تكمل * إلا بذلك وبهذا العمل

وهي ؛ على ما اختاره ابن شاس وابن الحاجب وغير واحد : انها تجوز في

مسائل معدودة ؛ وقع التخصيص عليها :

الاولى ؛ الحمل . فاذا شهدت بينة بالسماع الفاشي ، من اهل العدل وغيرهم ؛ ان الامة الفلانية حملت . من سيدها فلان ؛ حملاً ظاهراً لا خفاء فيه ؛ فانها تصير بذلك امر ولد ؛ ان ادعت سقوطه . وتصدق في ذلك ؛ ان كان السيد قد مات ؛ او كان حياً وأقر بوطئها ؛ وإلا فلا .

الثانية ؛ النكاح . فاذا اتى المدعي منهما بينة بالسماع الفاشي ؛ على النكاح ؛ واشتباره بالدف والدخان ؛ ثبت على المشهور . وبه العمل . قاله في اختصار المتبعية . وقيد ابن الحاج المسألة ؛ بما اذا كانت المرأة تحت حجابها ؛ وفي حوزة ، والا لم يتفع بها ؛ ولا يدخل بالمرأة بسببها . وقيدها ابو عمران ؛ بما اذا كان الزوجان متفقين عليه . وأما اذا انكره احدهما ، فلا . واعترض ابو علي ابن رجال تقييدهما . فقال : اذا كان لها زوج ، فلا تنزع منه بشهادة السماع . وأما حيث لا زوج لها اصلاً ، ففي ذلك خلاف ، والراجح الجواز . وأما حيث تكون تحت حوز المشهود له ، فيصح بها النكاح ، ولا اشكال . وظاهر اقبالهم انه يستحقها ، ولو انكرت المرأة النكاح ، خلاف ما عند ابي عمران . وكذا حيث لا عصمة عليها ، خلاف ما عند ابن الحاج . اهـ . ونحوه في الرهوني . ويلزم في بينة السماع بالنكاح ، ان تكون مفصلة ، كبينه القطع ، بأن تقول « سمي لها كذا ، تقد كذا ، وأجل كذا ، وعقد وليها فلان » كما في عبارة المتبعية ، التي قلها الخطاب . فلا يكفي الاجمال . قاله بناني . ولا اعتداد بما استظهره التسولي هنا ، لانه خلاف المنصوص .

الثالثة ، الرضاع . فاذا قامت بينة بالسماع به ، لم يكن للرجل ان يعقد على المرأة ، وتنتشر الحرمة . اما اذا قامت بينة بالسماع به ، وكان ذلك بعد العقد على المرأة ، فليس لها ان تمنع نفسها بذلك ، لكونها في حوز الزوج وعصمته ، وبينه السماع لا ينتزع بها من يد حائز . والزوجة هنا محوزة بالعقد عليها ، فلا تفيد بينة السماع بالرضاع فيها شيئاً .

الرابعة ، الحيز ، فتقبل بينة السماع به . وثبت البلوغ ، والخروج من العدة .

الخامسة ، والسادسة ، النسب ، والولاء . قال في الكافي : الشهادة على السماع عند مالك وأصحابه ، جائزة في النسب المشهور ، وفي الولاء المشهور . فإذا قال الشهود « لم نزل نسمع ، ان فلان بن فلان مولى فلان بن فلان ، مولى عثاقة » او « انه ابن عمه » ثبت بذلك النسب ، والولاء . وقال ابن القاسم : لا يثبت بذلك نسب ، انما يستحق بها المال ، إلا ان يكون امراً مشتهراً ، مثل نافع مولى ابن عمر . اهـ . باختصار . وقال ابن رشد ، في شرح المسألة الرابعة عشرة من سماع ابي زيد ، من شهادات البيان والتحصيل ، ما نصه : وأما ان لم يكن السماع بذلك مشهوراً ، يصح للشاهد به ، الشهادة على القطع . فقال « لم ازل اسمع ، من اهل العدل وغيرهم ، ان فلاناً هو ابن فلان ؛ او مولى فلان » ففي ذلك اختلاف . قيل : انه يثبت بذلك النسب ؛ والولاء . وهو قول اشهب ؛ والذي يأتي على قول ابن القاسم ؛ في سماع اصبع ؛ في اجازة شهادة السماع ؛ في ضرر الزوجين . وقيل : انها لا يثبت بها النسب ، ولا الولاء . ويستحق بها الميراث . وهو قول ابن القاسم ، في هذه الرواية ، وفي المدونة . ويتخرج في المسألة قول ثالث : انها لا يثبت بها النسب ، ولا يستحق بها المال ، وأن المال لا يستحق ، إلا بعد اثبات النسب والولاء . اهـ . وفي وثائق الجزيري : ان بقول ابن القاسم العمل . قال في المفيد : وهذا كله ؛ اذا لم يكن للمال وارث مستحق . اهـ .

السابعة ؛ الميلاد . فاذا قالوا « لم نزل نسمع ؛ من اهل العدل وغيرهم ، ان هذه الامة ولدت من فلان » تصير بذلك ام ولد . **أدلت هذه المرأة** المطلقة ، او المتوفى عنها زوجها ، ولدت « تخرج بذلك من عدتها .

الثامنة ، والتاسعة : الاسلام ، والردة . وينبني على شهادة السماع بالاسلام ، ان يرثه ورثته المسلمون دون الكفار ، وعلى شهادة السماع بالردة ، ان يرثه بيت المال .

العاشرة ، والحادية عشرة ، الجرح ، والتعديل . وينبني عليها قبول شهادة من عدل ، ورد شهادة من جرح .

الثانية عشرة ، والثالثة عشرة ، الرشد ، والسفه . وينبني عليها نفوذ تصرفات من شهد برشد ، ورد تصرفات من شهد بسفه .

الرابعة عشرة ، الايضاء بالنظر ، او المال . فتعمد شهادة السماع فيهما .

الخامسة عشرة ، تملك المشهود له ، الحائز للعقار بسبب من اسباب انتقال الملك ، من القائم او من احد ابائهم ، اذا اقام العقار بيد الحائز عشرين سنة ، على ما به عمل اهل قرطبة ، كما قاله ابن رشد . قال في المدونة : ومن اقامت يده دار ، خمسين سنة او ستين ، ثم قدم رجل كان غائبا ، فادعاها ، وثبت الاصل له ، وأقام بينة انها لايه او جده ، وثبتت الموارث حتى صارت له ، فقال الذي في يده الدار « اشتريتها من قوم قد اقترضوا ، واقترضت البينة » وأتى بينة ، يشهدون على السماع ، فالذي ينفعه من ذلك ، ان يشهد قوم ، انهم سمعوا ، ان الذي في يديه الدار ، او احدا من ابائهم ، ابتاعها من القائم او واحد من ابائهم . ثم قال : ولو شهدوا انه ابتاعها ممن ذكر ، منذ خمس سنين ، لم ينفعه ذلك . قال ابن ناجي : لا عمل على مفهوم خمسين ولا خمس ، لتعارضهما . وتقل ابن رشد ، قال : العمل عندنا بقول ابن القاسم ، بعشرين سنة . وهو الذي نظممه صاحب العمل المطلق فقال :

وشرطها الطول وأهل قرطبه * قدما رأوا عشرين عاما اقر به

واختلف ، هل يشترط التصريح بمدة السماع في الرسم . وهو الذي ذهب

اليه ابن المكوي وغيره من فقهاء الاندلس ، معللا ذلك باختلاف الفقهاء في قدر المدة التي تجوز فيها شهادة السماع . او لا يشترط التصريح بذلك ، وهو الذي جرى به العمل عند غير واحد من الموثقين ، علي ما قاله ابن هارون ، ونظمه في العمل المطلق بقوله :

وفي وثيقة السماع اسقطوا * مدته اذ ذاك لا يشترط

السادسة عشرة ، الاحباس القديمة ، التي مضى عليها نحو العشرين عاما . اذا شهدت بينة السماع للاحازين له ، كما الخطاب والتوضيح والتبصرة . او لمن لا يد عليه لاحد ، ولا يشترط تسمية المحبس ، ولا اثبات ملكه ، في شهادة السماع . بخلاف ما لو شهد على الحبس بالقطع ، فانه لا يثبت الحبس ، حتى يشهدوا بالملك للمحبس . قاله في التوضيح . وذكره الخطاب عن ابن رشد . قال الشيخ الرهوني : ما ذكره الخطاب يفيد أن الموجب لاثبات الملك للمحبس ، هو القطع بالحبس ، سواء سمي من شهد بالقطع ، المحبس ، ام لا . والذي افتى به شيخنا الجنوبي ، ان شرط ذلك ، عند من قال به ، انما هو إن سمي المحبس ، لا ان لم يسمه ، كما في الغرناطي والبرزلي . ونص الغرناطي : الاسترعاء بمعرفة الحبس ، لا بد ان تذكر فيه « يحاز بما تحاز به الاحباس ، وانه يحترم باحترامها » ولا تذكر المحبس له ، لئلا يكلف القائم بالحبس اثبات موته ، وتناسخ وراثته . وملكه له اه .

ولا بد في شهادة السماع بالحبس ، من القطع بأنه يحترم باحترامها ، ويحاز بحوزها . فان شهدوا بما ذكر ، بالسماع لا بالقطع ، بطلت الشهادة . قاله ابن راشد في الفائق ، وعظوم في البرنامج . قال ابن ناحي : وبه العمل ، وقد حكمت به ، كما حكم به الغبريني ، وأفتى به البرزلي . ومعنى « تحاز بحوز الاحباس وتحترم بحرمتها » ان الرجل يموت فلا ترث زوجته منه ، والابن

يموت فلا ترث امه منه . وقد اشار في العمل المطلق الى المسألة بقوله :

وان تكن بالحبس الشهادة * فاعطف على المسموع ذي الزيادة

اعني بذلك انه يحترم * بحرمة الاحباس اي لا يقسم

ولابن ناجي ان ذاك يدخل * في القسط قال وبهذا العمل

ولما ثبت اصل الوقف بشهادة السماع ؛ كذلك مصارف الوقف ، وشروط

الوقف ، ثبت بشهادة السماع . نبه عليه الخطاب في شرح قول خليل في شهادة

السماع « وقف » .

السابعة عشرة ، والثامنة عشرة ، ولأية الحاكم ، وعزله . ويترتب على

شهادة السماع بالولاية ، مضي حكمه ، وبالعزل ، عدم مضيهِ .

التاسعة عشرة ، ضرر الزوجين . ويترتب على شهادة السماع بها ثبوت الخيار

لها في تطليق نفسها . هذا الذي ذكره صاحب التحفة . وزيد عليها : الصدقات ؛

والحلل ، والطلاق ، والقسم ، والحراية ، والابق ، والفقر ، والملا ، والاسر ،

واللوث ، والعق ، والموت .

ولا يشترط طول الزمان . فيما يشهد فيه بالسماع . عند ابن هارون . إلا في ثمانية اشياء :

الاملاك ، والاشرية . والاحباس ، والانكحة ، والصدقة ، والولاء ، والنسب ،

والحيازة . واما الموت ، فيشترط فيه تنائي البلدان ، او طول الزمان . واعتمد

ابن عرفة كلام ابن هارون في حصرة . وتبعه ابن غازي . واختار ابن

عرفة في سهلة السماع في الموت ، بعد البلدان ، وقرب الزمان . قائلا : اذا بعد

الزمان ، يمكن بت الشهادة بفشو الاخبار ، فلا تجوز شهادة السماع بقرب البلدان .

ولا يقبل في شهادة السماع اقل من اثنين . واشترط ابن الماجشون اربعة

كالزنى . وذلك انه مشبه بالشهادة على الشهادة ، وأقل ما يجوز من الشهود في

الزنى اربعة ، فاحتيط في شهادة السماع ، فجعل اقل ما يجوز فيها اربعة شهداء .

وصرح صاحب التحفة بأنه يكفى فيها بعدلين ؛ على ما تابع الناس عليه العمل ،
ومثل في العمل المطلق حيث قال :

وفي شهادة السماع قبل * * * * * إعلان والمال استحق لا الولا
وهذا هو الذي تجرى به الأحكام عندنا اليوم . واختلف هل يحتاج الى يمين
المشهود له ، فقال ابن محرز : (١) لا يقضى لاحد بشهادة السماع ؛ إلا بعد يمينه ،
وهو الذي اقتصر عليه خليل في المختصر . وقال ابن عرفة : ظاهر المدونة ،
انها دون يمين . واستشكل الشيخ يعيش الشاوي (٢) اليمين في المسائل التي لا
ثبت إلا بعدلين ، كالنكاح والطلاق ؛ اذ لا فائدة في اليمين فيها ، لعدم ثبوتها
بالشاهد واليمين .

المبحث العاشر في الشهادات الناقصة

قال ابن عرفة في سادسة اقرار مختصرة : اصل ابن الماجشون ، ان
الشهود اذا شهدوا على حق ولم يسموه ، ان الشهادة باطلة ، وهو قول أصبغ ،
خلاف قول مطرف وروايته ، وقول ابن القاسم ، اهـ . وقول مطرف وابن
القاسم ، هو القول بالاستئزال ، كما في برنامج عظم . ويشكل به ما صوبه
ابن ناجي . فانه قال في آخر ورقة من شهادات كبيرة : قال مطرف ، فيمن غصب داراً ،
فشهدت عليه بينة بذلك ، ولم يعرفوا الحدود : فان عرفها غيرهم ، تمت
الشهادة ، وإلا قيل للغاصب ، ادفع اليه ما غصبته ، واحلف عليه . قال ابن حبيب :
قال مالك في البينة يشهدون بحق للرجل ، ويقولون لا نعرف عدده ، إلا انا

(١) هو ابو القاسم عيد الرحمن بن محرز القبرواني . تفقه بأبي مكر بن عبد الرحمن وأبي
عمران القاسمي والقاسبي . وتفقه به اللخمي وعبد الحميد الصائغ . له تعليق على المدونة ؛ سماء البصرة
وله الكتاب الكبير المسمى بالقصد والايجاز . توفي في حدود سنة ٤٥٠ هـ

(٢) هو ابو البقاء محمد يعيش الشاوي الرغاوي . الفقيه النوازي . اخذ عن ابن رحال ومحمد
المسناوي . وأخذ عنه الشيخ التاودي ومحمد بن عبد الصادق الدكالي . له حاشية على شرح
التحفة لميادة سماها الكواكب السيارة ، مات قتيلا بفاس سنة ١١٥٠ هـ

نشهد انه بقي عليه حق؛ فيقال للمطلوب: اقر له بحقه؛ فما اقر به حلف عليه، وان ججده، قيل للطالب، ان عرفته فاحلف عليه وخذه، وان قال لا اعرفه. فليسجن المطلوب، حتى يقر بشيء، ويحلف عليه؛ فان اقر بشيء، ولم يحلف، اخذ منه، وجس حتى يحلف. ولو كان ذلك حظا في دار، حيل بينه وبينها، ولا احبسه، لان الحق في شيء بعينه. ابن ناجي: ما ذكره في غير الدار مشكل؛ والصواب بطلان شهادتهم، لعدم ضبطهم، كقولها في الايمان بالطلاق: ان شهد رجلان على رجل، انه طلق واحدة من نسائه معينة؛ وقالا « نسيناها » لم تجز الشهادة، ان انكر الزوج، ويحلف بأنه ما طلق واحدة منهن. وكان الجاري على ما قال مالك هنا، انه يحال بينه وبينهن، حتى يقر بالمطلقة؛ لان البينة قطعت بأن واحدة عليه حرام، كما اختاره اللخمي. اهـ. قال عظم في برناجه، يرد تصويبه بتصويب البرادعي القول بالاستئزال، اذا نسي الشهود بعض الشهادة. ويرد ايضا بمسألة الاعكام، حيث صرحوا بصحة الشهادة فيها. وما صوبه ابن ناجي، يوافق فرع الشهادة بالبيع او بالنكاح ولم يسموا ثمنًا ولا صداقًا، فان قول اصبح، بطلان الشهادة. وبذلك افتى اسحاق ابن ابراهيم التجيبي (١) وذكرها رواية لابن القاسم. كما في التبصرة الفرحونية. وهو خلاف عزو ابن عرفة لابن القاسم: صحة الشهادة اذا لم يسموا الحق المشهود به، وخلاف الشهادة في مسألة الاعكام. ومسألة الاعكام ذكرها في الطرر في باب التعجيز، والوانوغي في الوديعة، والبرزلي في تاسعة وديعة حاويه. وهي: مدع ادعى على رجل، انه اودعه ثيابًا، فأنكره، فقامت بينة انه اودعه اعكاما، لا يعرفون ما فيها؛ ويظنونها ثيابًا؛ انه يسجن ويهدد؛ فان اقر بشيء حلف عليه، كان القول قوله، وان تمادى على انكاره، حلف صاحب الوديعة.

(١) هو المذكور في صحيفة ٨٣ بعنوان « ابو ابراهيم » وقد ذكرت ترجمته هناك

على ما يشبه ان يكون يملك مثله ، وأخذة بذلك ، والظالم احق بالحمل عليه ، وبه القضاء ، وقيل : يحلف ، ولا شيء عليه ، بعد استبرائه بالسجن والتضييق والتشديد ، قال البرزلي ، تجري هذه المسألة ، على مسألة من غصب ارضا ؛ فشهد بها الشهود ، ولا يدرون حدودها ، ولا يعرفون موضعها ، وفيها ستة اقوال ، انظرها في سماع يحيى من استحقاق البيان ، اهـ ، والاقوال المشار اليها ، ذكرها جماعة ، ومنهم المتطي ، في الغصب ، مع زيادة فقه في المسألة . الاول منها ، بطلان الشهادة ولا توجب شيئا ، الثاني ، انها توجب التشديد على المشهود عليه ، الثالث ، ان البينة تستنزل الى ما لا تشك فيه ، الرابع ، القول قول المغضوب منه ، الخامس ، القول قول الغاصب ، إلا ان يأتي بما لا يشبه ؛ فيصير القول قول المغضوب منه ، السادس ، الفرق بين ان يشهد الشهود على الارض بعينها ، ولا يعرفون حدودها ، وبين ان لا يعينوا الارض ، بل يقولوا غصبه ارضا في القرية ، فالشهادة في الطرف الثاني باطلة ، لا توجب حكما ، واما الاول فيحلف المدعى عليه ، على ما اقر به ، ولا يكون عليه شيء ، إلا ان يأتي من الحق بما يستنكر ، فيحلف المدعي ، ويستحق ما حلف عليه ، اهـ ، والقول باستنزال الشاهد الى اقل ما يستقن ، ذكر الشيخ ابن ناجي ، في تاسعة الايمان بالطلاق ، فيه خلافا ، وأن اختيار شيخه البرزلي ، انه لا يستنزل ، بل تبطل الشهادة ، وعزاه ايضا لابن القاسم ؛ وأن اختيار شيخه ابي مهدي عيسى الغبريني ، انه يستنزل ، وهو قول مطرف ، اهـ ، وفي طلاق الحاوي ، عزو الاستنزال الى رواية مطرف ، واختاره اللخمي ، وأفتى به ابن رشد ، وعزاه في وديعة الحاوي ، لقول مطرف وقتوى ابن رشد . وفي حاشية الطرابلسي (١)

(١) هو عبد الرحمن الغرياني ، له حاشية جيدة على المدونة . اخذ عن اصحاب ابن عرفة كأبي يوسف يعقوب الزعبي .

عند قول المدونة : قيل لمالك فيمن شهد بين رجلين بحق ، فنسي بعض الشهادة ، وذكر بعضها . فقال ان لم يذكرها كلها ، فلا يشهد : ما نصه قوله « فقال ان لم يذكرها كلها فلا يشهد » قال المغربي : هذا قول لمالك وابن القاسم رحمة الله تعالى عليهما . وقال ابن كنانة وغيره ، يستنزل الى ما لا يشك فيه . وهو عمدة اهل السجلات . وهذا في الشهادة على عدد متماثل ، كذا فسرهما مالك رحمه الله في العتية . وان كانت الشهادة على فصول ، فهي كالشهادات : فلا تبطل إلا في ذلك الفصل الذي نسيها فيه ، إلا ان يكون مرتبطا بغيره ، فتبطل فيه ؛ وفي غيره . اهـ . قال ابو علي ابن رحال : قول ابي الحسن « وهو الذي اعتمدته اهل السجلات » مع قول ابي مهدي « لا ينبغي ان يختلف فيه » يدل على قوة القول بالاستئصال ، مع ظهوره في نفسه . لكن في الخطاب عن ابن رشد : اذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها ؛ وسقط عن حفظه بعضها ، فانها تسقط باجماع . الخ . فانظر هذا الاجماع . ومثله في الرهوني ، قائلا : لا يصح الاتفاق ، فضلا عن الاجماع . اهـ . وقد احسن عظمور في برنامجي ؛ في الجمع بين ما ذكره ابن رشد ، كما في التبصرة والبرزلي ، وبين ما ذكره ابو الحسن وابو مهدي ؛ بحمل كلام ابن رشد على ما اذا كانت ذات فصل واحد ؛ او كانت ذات فصول والفصل المنسي مرتبط بالمذكور . اما اذا شهد ان لفلان دينارا ، ولفلان عشرة ؛ ونسي عددا آخر لرجل نسيه ؛ فانما يبطل الفصل المنسي برأسه ، دون سائر الفصول التي ذكرها . اهـ .

وقد تححصص مما جلبناه ، ان الاقوال القوية في الشهادة الناقصة ثلاثة . الاول ، بطلانها . وهو الذي رجحه الرهوني قائلا : يكفي في رجحانه ، كونه قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة والعتية ، نصا ، مع حكاية ابن رشد الاجماع عليه . وقد علمت ما في حكاية الاجماع من الاشكال ، على ما لا يبي

علي والرهوني وفهم عظم لم. الثاني : امر المطلوب بالاقرار بشيء ؛ ويحلف عليه ، ليرأ . فان ابى قيل للمدعى عين شيئا واحلف عليه ؛ فان قال لا اعرفه او ابى ، سجن المطلوب ، ان لم يكن المدعى فيه شيئا معينا ، فان كان شيئا معينا ، حيل بينه وبين المطلوب ، ولا يصل الى ذلك الشيء المعين ، حتى يقر منه بحق ، او يسمي من ذلك ما سمي ، ويحلف على ذلك . وهي رواية مطرف عن مالك . قال ابن حبيب : قال لي مطرف ، وقد كنا نقول وغيرنا ، اذا لم يعرف الشهود الحق الذي شهدوا به ، او نسوه ، فلا شهادة لهم ، ولا حق لهذا ، حتى سألنا مالكا رحمه الله عنها ، وتكلم فيها ، فأخذنا بقوله ، وحكم به عندنا غير مرة ، وصار منها جلالا للحكام ، ودليلا على هذا النوع من الدعوى والشهادة فيها . نقله صاحب التبصرة مستوعبا ، وابن هارون في مختصر المتبعية مختصرا ، ونظمه في العمليات القاسمية بقوله :

لو شهدوا لقائم في دار * بحصة مجهولة المقدار
قيل لمطلوب بما شئت اعترف * منها لطالب وكمل بالحلف
فان ابى قيل لطالب الضنين * ما شئت سمع وخذه باليمين
فان ابى فالدار اخرج من يدي * مطلوبها حتى يقر بشي

القول الثالث ، الاستئزال الى ما لا يشك فيه . وهو قول مطرف وقول ابن القاسم ، وأفتى به ابن رشد ، واختاره ابو مهدي عيسى الغبريني ، قائلا : لا ينبغي ان يختلف فيه .



الباب الثالث

في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

وفي خطاب القضاة - وفي ضابط ما يفتقر للحكم وما لا يفتقر اليه

وفيما يحصل به الحكم

وفي تصرفات الحكام التي ليست احكاما ولغيرهم من الحكم تقضها او تغييرها

وفي المواطن التي يكون الحكم فيها جزئيا والمواطن التي يكون فيها كليا

وفي المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا او تضمنا

وفي معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب والحكم الضمني والحكم الفعلي

والحكم المختلف فيه والحكم بالمختلف فيه

وفي الاحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها

والتحجير على القاضي الذي يلزم قبوله والتحجير عليه المردود

والتخصيص في القضاء والتعميم فيه واشتراط الحكم بمذهب معين

وفيها تسعة فصول

الفصل الاول

في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

الحكم انشاء الزام ؛ او اطلاق ؛ فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا .

فانشاء الالزام ؛ كالحكم على الانسان ؛ بالزماه بانفاق ولده ؛ او والده . او

بتسليم الولد لامه ؛ لثبوت استحقاقها حضائته . او بتسليم المشفوع فيه للشفيع ؛

لاستحقاقه الشفعة . وانشاء الاطلاق ؛ كالحكم بزوال الملك عن ارض زال
الاحياء عنها ؛ والحكم بزوال الملك عن صيد ند عن حائزه ؛ وصار غير مقدور
عليه . فانهما يصيران مباحين . والتقيد بما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا ؛ لاجرا
ما يشجر فيه الخلاف لمصالح الآخرة ؛ فانه لا يكون موردا للاحكام . والحكم
فيه ؛ على فرض وقوعه ، يتنزل منزلة الفتوى . وهذا كمسائل العبادات ،
ومدارك الاحكام . قال القرافي ، في الاحكام ؛ في الجواب عن السؤال السابع
عشر : الحكم بشيء ؛ لمدر ك مختلف فيه ؛ ليس حكما بالمدر ك ؛ بل بمقتضاه .
ويوضحه ؛ ان الحاكم لم يقصد الحكم إلا في اثر ذلك المدر ك ، ولم يقصد الحكم
في المدر ك . بل القضاء في المدارك محال . لان النزاع فيها ؛ ليس
من مصالح الدنيا ؛ بل من مصالح الآخرة . وتقرير جميع قواعد الشرع ؛
واصول الفقه ، من هذا الباب . لم يجعل الله لاحد ، ان يعين احد القولين بحكم ،
وانما يحكم بمقتضى احد القولين .

والفرق بين الحكم والفتوى ، ان الحكم من وادي الانشاء ، ويشرب عليه
الجبر . واما الفتوى فمن باب الاخبار ، لانها عبارة عن اخبار المفتي مستفتيه ،
عن حكم الشارع ، في اعتقاده . ولا مجال فيها للالزام . فلمستفتي ان يأخذ
بقول عالم آخر ، في الحادثة التي استفتى فيها ، ويعرض عن الفتوى الاولى .
بخلاف الحكم ، فلا خيرة فيه للمحكوم عليه ، ويلزم بالحكم ، وينفذ عليه ،
سواء اطاب به نفسا ، او وجد حرجا فيما قضي به عليه . ومن هنا يتبين ، ان
ما كان يفعله بعض القضاة ، من امر المحكوم عليه بالدخول تحت الحكم ،
والاشهاد عليه بالرضي به ، والاذعان له ، مما لا معنى له . لانه يلزمه ،
رضي امر لا . وربما غلا بعض القضاة ، فسجن المحكوم عليه ، اذا امره
بالتصريح بالدخول تحت الحكم ، ليشهد عليه به ، فأبى ، او صرح بالامتناع
من الدخول . وكان بعضهم يستدل بقول الله جل وعلا « فلا وربك لا يؤمنون حتي

يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلووا تسليماً» وهو خطأ صراح . لان الآية الكريمة ، نزلت في قضية شراج الحرة. التي اختصر فيها الزبير وأحد الانصار؛ فأمر، عليه الصلاة والسلام، الزبير بأن يستقي ، ثم يرسل الماء لجاره. فقال الانصاري : أن كان ابن عمك. فتلون وجه النبي، صلى الله عليه وسلم ، ثم قال للزبير : امسك الماء حتى يبلغ الجُدُر؛ ثم ارسله. فاستوفى للزبير حقه . وكيف يصح ان يقاس احد القضاة برسول الله، صلى الله عليه وسلم ، والعصمة في حقه ، عليه الصلاة والسلام ، لا يتطرق ساحتها ريب . والارتباب في نزاهته ؛ يزجُّ بصاحبه في ظلمة الكفر والارتداد ؛ بخلاف غيره من افراد الامة. قال القاضي ابوبكر بن العربي (١) ، في احكام القرءان : كل من اتهم رسول الله؛ صلى الله عليه وسلم. في الحكم؛ فهو كافر. لكن الانصاري زلزلة. فأعرض عنه النبي؛ صلى الله عليه وسلم ؛ وأقال عثرته ؛ لعله بصحة يقينه ؛ وأنها كانت فلتة؛ وليست لاحد بعد النبي ؛ صلى الله عليه وسلم ، وكل من لم يرض بحكم الحاكم بعده؛ فهو عاصءائم . اهـ. والمراد بعدم الرضى ؛ في كلام القاضي ؛ عدم الاتقياد الظاهري ؛ لا الباطني . يدل على ذلك قول الشهاب القرافي ؛ في الفرق الثالث والعشرين بعد المائتين : انما حرم على المحكوم عليه ؛ المخالفة ؛ لما فيها من مفسدة مشاقمة الحكام ؛ وانخرام النظام ؛ وتشويش نفوذ المصالح . واما مخالفتهم بحيث لا يطلع عليه حاكم ولا غيره ؛ فجائزة . اهـ .

واما الثبوت ؛ فعبارة عن قيام الحجة على ثبوت السبب ؛ عند الحاكم . فاذا ثبت بالبينة ؛ ان السيد اعتق شقصاله في عبد ؛ او ان النكاح كان بغير ولي ؛ او بصداق فاسد ؛ او أن الشريك باع حصته من اجنبي ؛ في مسألة الشفعة ؛ او انها

(١) هو القاضي ابو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي . الحافظ النظار الاشيلي . له تاليف كثيرة منها عارضة الاوذى والقبس والمواصم من القواصم واحكام القرءان وترتيب الرحلة . توفي ٥٤٣ هـ منصرفه من مراکش . وحمل الى فاس ودفن بباب المحروق .

زوجة للميت ؛ حتى تراث ؛ ونحو ذلك من ثبوت اسباب الحكم ، فان بقيت عند الحاكم رية ؛ او لم تبق ؛ ولكن بقي عليه ان يسأل الخصم ؛ هل له مطعن او معارض ؛ ونحو ذلك ؛ فلا ينبغي ان يختلف في هذا ؛ انه ليس ثبوتاً ؛ ولا حكماً . لوجود الرية ؛ او عدم الاعذار . وان قامت الحجة ؛ على سبب الحكم ؛ وانتفت الرية ؛ وحصلت الشروط ؛ فهذا هو الثبوت . والحكم من لازمه . قاله الشهاب القرافي ، في الاحكام ، ومما يدل على ان الثبوت غير الحكم ، دخوله في العبادات . والمواطن التي لا حكم فيها بالضرورة ، اجماعاً . فيثبت هلال شوال ، وهلال رمضان . وثبت طهارة المياه ، ونجاستها . وثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين ، بسبب الرضاع ، والتحليل ، بسبب العقد . ومنع ذلك ، لا يكون شيء من ذلك ، حكماً . واذا وجد الثبوت بدون الحكم ، كان اعم من الحكم . والاعم من الشيء غيره بالضرورة . قال القاضي ابن عبد السلام : وليس قول القاضي « ثبت عندي كذا » حكماً منه بمقتضى ما ثبت عنده ، فان ذلك اعم منه . قال : وانما ذكرنا هذا ، لان بعض القرويين غلط في ذلك ، وألّف المازري جزءاً في الرد عليه ، جلب فيه نصوص المذهب ، اهـ .

وقل البرزلي في نوازل ، عن ابن رشد ، جوابين مختلفين في المسألة : سئل عن بنتا ثبتت عند قاض ، وأشهد على نفسه بشوئها ، ثم عزل ، وولي غيره . هل يكررون شهادتهم عند الثاني ، او لا . وهل اثبات العقد عند الاول . يجري مجرى الحكم ، او الشهادة على الشهادة ، فلا يشهد الفرع حتى يتعذر الاصل . فأجاب : اشهاد القاضي بثبوت العقد ، حكم بعدالة البينة عنده ، فلا يعيدون عند غيره ، لانه اذا ذلك لا يحكم بها ، إلا بعد عليه بعدالتهم ، او تزكيتهم عنده . واذا ثبت عنده ، ان القاضي الاول شهد بثبوت العقد عنده ، قضى بشهادتهم ، بعد الاعذار ، دون تزكية . وان لم يعرف عدالة ، اهـ . وهذا الجواب يقتضي ان الثبوت

جار مجرى الحكم . وسئل ايضا ، عمن له حق ، ثبت بشاهدين عند قاض ،
وأشهد القاضي بثبوت الحق عنده ، بعدلين ، ثم نقل الحكم لآخر . هل تعيد
بينما الاصل شهادتها عند القاضي . واذا اعيدت ، فهل يعذر في بينة بثبوت الحق .
واذا اعذر اليه ، وكانت مبرزة ، هل يمكن من القدح بغير العداوة ، وهل
يجرحهما من هو اقل منه عدالته . فأجاب : الوجه ، اعادة شهود الاصل شهادتهما ؛
عند المنقول اليه الحكم ، او من يعثه ، ان كان في بلد آخر . ولا يمكن الخصم ،
من القدح في شهود الحكم ، بالاسفاه ، مع تبريزهما ، بل بالعداوة والهجر ؛
اذ قد يقع من البارز في الفضل والصلاح . هذا المختار مما قيل فيه . وتجريحه
بالعداوة ، ممن هو فوقه ، (١) او مثله ، او دونه . اهـ .

قال البرازلي : ظاهر هذا الكلام ، ان قول القاضي « ثبت » ليس هو كنفاد حكمه
حتى يصير محترما . وهذه المسألة ، ذكر شيخنا الامام - يعني ابن عرفة - انها
وقعت بين يدي ابن عبد السلام ، وحكم بأن « ثبت » من قول القاضي ، ليس
بتنفيذ (٢) حكم . ونقله عن المازري . قال : لا يكون قول القاضي « ثبت عندي كذا »
حكما بمقتضى ما ثبت عنده ، فان ذلك اعم منه . قال ابن عرفة : قلت للشيخ
ابن عبد السلام : قول المازري : اختلف العلماء في اقتصار القاضي على تسمية
بينته ثبتت عدالتها عنده : هل ذلك كنقل شهادة عن شهادة ؛ او كالقضية المنفذة . (٣)
فمن رآه كالقضية المنفذة ؛ تناقض في تفريقه : بين ان يحكم القاضي ؛ او يسمع
بينته عليه ويحكم بثبوتها عنده . لان حكمه بثبوتها عنده ، يمنع القاضي الآخر
من الاجتهاد في ثبوتها . وكذلك . من اجري ذلك مجرى نقل الشهادة عن
الشهادة ، تناقض ، لان القاضي واحد . واذا كان قوله « ثبت عندي بشهادة فلان
وفلان » نقلا ، فنقل واحد شهادة شهود ، لا يعول عليه . لكنهم جعلوا حرمة
القضاء ومنصبه ، يصير القاضي ، وان كان واحدا ، كالاثنين نقلا ، لان له تنفيذ

ما شهد عنده ، فينفذ ما قضى ؛ وان كان واحدا . وكذا نقله عن شهود شهدوا عنده على غائب ، ليس بقضية محض . ولا نقل محض ، بل هو مشوب بالامرين . فينظر اولاهما به فينسب اليه . فقال لي : نقلك عن المازري ؛ ان قول القاضي « ثبت عندي » انه كالقضية المنفذة عند بعضهم ، بعيد . فانه الف جزءا خطأ فيه من قال ذلك . فأوقفته . بعد انقضاء مجلس الدرس ، على قول المازري المتقدم . فدخل منزله ، وأخرج اليّ الجزء الذي ألف المازري ، يقتضي ما ذكره الشيخ . قال ابن عرفة : ولبابه . ان بعض القضاة . انقذ كتابا لقاض ، ذكر فيه « وثبت لديّ ان فلانا وفلانا ، اشتريا من فلان ، في عقد واحد ، كذا وكذا بينهما ، بضمن سماء ، فسألني الحامل لهذا الكتاب ، انهاء جميع ذلك للقاضي ، ليفعل فيه موجه . » فاتفق رأي الجماعة الذين استرشدوا فيه ، على انه لا يوجب نقل ملك البائع ، فتعلق به الاحكام التابعة لنقل للملك ، من الشفعة وغيرها . وعن تعلق الشفعة وقم الكلام . والدليل على ان هذا الكتاب لا يوجب على الشفيع اخذ الشفعة او تركها ، انها لا تجب إلا بعد انتقال الملك . لان بيع الخيار لا تجب فيه شفعة ، ما لم يبت ، والملك قد انتقل فيه ، على احد القولين عندنا . والملك لا يثبت انتقاله ، إلا اذا اعترف به المتعاقدان ، او حكم به عليهما ، عند الانكار . وهذا الكتاب لم يذكر فيه اعتراف البائع بالبيع ، ولا صرح من بعد ، بأنه حكم بالبيع وقضى به ، بل اورد لفظا محتملا للحكم ، ولما سواه . ولا تلزم القضايا والاحكام بلفظ فيه اشكال وابهام . واللفظ المحتمل ، هو قول القاضي « وثبت عندي ان فلانا اشترى من فلان » وقوله « ثبت عندي » لفظ يتردد بين ثبوت حكم ، وبين استماع لما اثبتته من بينة زكية ، دون ايقاع حكم واپرام قضية . فان الثبوت لغة ، حصول امر وتحققه . يقال ثبت خصب ارض كذا ؛ مما لا يصح ان ينصب له الحاكم ، وتطلب فيه القضايا والاحكام . والروايات مسطورية

بصحته ما قلناه . قال اشهب : اذا كتب قاض الى قاض ، بأمر مختلف فيه ،
والمكتوب اليه لا يرى ذلك الرأي . فن كتب اليه انه حكم بما في كتابه وأنفذه ،
جاز ذلك ، وأنفذه هذا ، وان لم يكن قطع فيه الحكم . وانما كتب بما اثبت
عنده الخصم ، فلا ينبغي له ان يعمل برأي الكاتب . ومثله لابن حبيب . عن
الاخوين (مطرف وابن الماجشون) . وفي الموازية : يجب انقاذ ما في كتاب
القاضي لقاض ، ان كان فيه « قضيت لفلان على فلان » وان لم يكن في الكتاب
الفراغ من الحكم ، فعلى المكتوب اليه ان يتم الحكم ولا يستأنفه . اهـ . قال الشيخ
ابن عرفة : مسألة النزاع بين المازري ومنازعيه ، مبنية على تحقيق امرين . احدهما ،
ان فاعل « ثبت » اذا كتب قاض لقاض ، اخر بلفظ « ثبت كذا عندي » هل هو
بمنزلة المقتضي به عنده ، ام لا . والحق انه مختلف فيه على قولين . الاول . انه ليس
كالمقتضي به . وهو ظاهر قول ابن رشد ، في مسألة تسمية القاضي في كتابه من
شهد عنده ، ما نصه : لان كتاب القاضي للقاضي ، بما ثبت عنده على رجل في بلد
المكتوب اليه ، ليس بحكم على غائب . والثاني ، انه كالمقتضي به وهو ظاهر فهم ابن رشد
المذهب ، حيث قال : ان كتب بثبوت شهادة البينة فقط ، لم يؤمر باعادة شهادتهم ،
وان كتب بتعديلهم ، او بقبوله اياهم . الى اخر كلامه . ونص المازري في شرح
التلقين : على انه مختلف فيه بين العلماء ، ولم يصرح فيه عن المذهب بشيء .
وتقل الشيخ عن اشهب ، انه ليس كالمقتضي به . الثاني ، ان مسمى « اشترى »
هل يقتضي ثبوت ملك المشتري لما اشترى ؛ ام لا . فالمازري ، ومن وافقه على
فتواه من فقهاء المهدية ، يقول انه لا يقتضي ملكه . وخضمه يقول ، يقتضي ملكه .
وهو ظاهر المدونة عندي . منها قوله في الزكاة : الاول من اشترى ، بمال
حل حوله ولم يتركه ، خادماً فماتت ، فعليه الزكاة . وفي الجهاد ، من اشترى
من المغنم ، امر ولد رجل ، او ابتاعها من حربي ، فعلى سيدها ان يعطيه جميع

ثمنها . وفي الشفعة ، من ابتاع شقصا بضمن الى اجل . فللشفيع اخذه بالثمن الى ذلك الاجل . الى غير ذلك مما لا يعد كثرة . فعلى هذا . مقتضى العدل ، ان ثبت ان قول القاضي « ثبت عندي » . كالمقتضي به ، يكون الصواب فتوى منازع المازري ، وإلا فلا . قال البرزلي : وفي هذا الاستقراء نظر . لان هذه الاحكام مرتبة على صحة البيع قبلها ؛ فتأمل . ونقل في الحاوي عن المازري ، ان سحنونا وأشهب ومطرفا وابن الماجشون ، فرقوا بين ما ينفذ من الاحكام ، وبين ما اقتصر فيه على الاثبات . وذكر انه سأل شيخه أبا العباس ابن حيدرة . (١) عن شهيدين شهدا على رسم ، ورفعوا عند القاضي . وأثبت الرسم بعدول ، ثم خاطب عليه القاضي ، ثم رفعت يد الاصول بجرحة . فأجابه بأنه لا يعمل بها . قلت ، قول الشيخ ابن عرفة : ظاهر فهم ابن رشد المذهب ، على ان الثبوت كالمقتضي به . لاجابه بناء الثاني على فعل الاول ، فيه نظر . لاحتمال ان وجوب البناء على فعل الاول ، لمصلحة تقصير زمن الخصام ، والثقة بما فعله الاول ، لعلمه وعدالته ، مع عدم طرو ما يوجب اعادة النظر . وربما يستفاد هذا مما نقله ابن فرحون في التبصرة في صفحة ٨٨ من الجزء الاول ؛ عن الشيخ تقي الدين السبكي (٢) . ان فائدة الحكم بالثبوت ، عدم احتياج حاكم آخر الى النظر ، وجواز التنفيذ في البلد . فان في تنفيذ الثبوت في البلد ، من غير اقتراعه بحكم ، خلافا . فاذا صرح بالحكم ، جاز التنفيذ . فهما فائدتان .

ونقل عنه ايضا ، ان الثبوت . تارة يضاف الى السبب الذي نشأ عنه الحكم ، وتارة يضاف الى قول القاضي ، وتارة يضاف الى الحكم . فالاول . كاثبات جريان عقد الوقف او البيع او الهبة او النكاح ، والثاني ؛ قول القاضي : ثبت عندي قيام

(١) هو ابو العباس احمد بن محمد بن قاسم بن محمد ابن حيدرة . كان معاصرا لابن عرفة . اخذ عن ابن عبد السلام . واخذ عنه ابن علوان وعيسى الغبريني والبرزلي . تولى قضاء الانكعة بتونس . ثم قضاء الجماعة ، وتوفي سنة ٧٧٨

(٢) هو علي بن عبد الكافي السبكي ، الشافعي المذهب ، الجامع لاشتات العلوم ، وأتي قضاء الشام سنة ٧٣٩ من تاليفه الابتهاج في شرح المنهاج . وقد استوفى ابنه الشيخ تاج الدين ، في طبقاته ، اسماء كتبه ، وما قاله العلماء فيه . مولده سنة ٦٨٣ وتوفي في القاهرة سنة ٧٥٦

البينة بهذه العقود ، او ثبت عندي الاقرار بها ، او بالدين ، مثلاً ، وان معنى ثبوت قيام البينة ، تزكيته وقبولها . قال : وقد تردد الفقهاء ، في ان الثبوت حكم ، او ليس بحكم . وعند الحنفية انه حكم . ولا يتجه في معنى كونه حكماً ، إلا انه حكم بتعديل البينة ، وقبولها ، وجريان ذلك المشهود به . واما صحته ، او الالتزام بشيء ، فلا . والثالث ، كقوله : ثبت عندي ان هذه الدار وقف ، او ملك فلان ، او أن هذه المرأة زوجة فلان . فهذا مثل الحكم ، فلا يمكن التعرض لتقصه ، إلا ان يتحقق ان مستنده جريان عقد مختلف فيه ، كقول الحنفي « ثبت عندي ان هذه زوجت نفسها » ونحو ذلك . فحينئذ يعود الخلاف ، في ان الثبوت حكم ام لا ، ويقوى جريان الخلاف فيه . فان قلنا انه حكم ؛ امتنع على حاكمه . اخر ابطاله . وان قلنا انه ليس بحكم ، لا يمتنع . ومن يقول يتقضى حكم القاضي بلا ولي ، لم يمتنع عنده على الوجهين جميعاً . ولو لم يصرح القاضي ببيان السبب ، واقتصر على قوله « ثبت عندي انها زوجة » وعلم ببيته اخرى ، ان مستنده تزويجها نفسها ، فالظاهر ان الامر كذلك . لكن العلم بذلك صعب . لاحتمال ان يكون جاء وليها ، فجدد عقدها بحضوره . في غية من شهد عليه بالثبوت المطلق ، وبتزويجها نفسها ، وان كان احتمالاً بعيداً . اهـ . قلت : ما ذكره الشيخ تقي الدين في القسم الثالث ، لا يتمشي على المعول عليه ، عند المالكية ، في الثبوت . فان المعتمد عندهم ، ان الثبوت من القاضي العالم العدل ؛ يغني القضاة عن اعادة النظر فيما ثبت ؛ ما لم يحصل ما يوجب اعادة النظر . لا فرق في ذلك بين الثبوت المضاف الى السبب ؛ وبين الثبوت المضاف الى ما يحكم به . على ان قول القاضي : ثبت عندي ان هذه المرأة زوجة فلان ؛ او ان هذه الدار وقف فلان ؛ او ملك فلان ؛ لا يزيد على اضافة الثبوت الى السبب ؛ إلا بظهور الاعذار فيه ظهوراً بيناً . وذلك غير مؤثر ؛ بدليل انه لو طرأ ؛ بعد ثبوت قيام البينة والاعذار

فيها ؛ وقبل الحكم ؛ رجوع من الشاهد عن الشهادة ؛ لوجب ان يبطل الثبوت الاول ، كما لو طرأ بعد ثبوت قيام البينة موجب جرح ؛ او طرأ بعد ثبوت اهلية المعاملة موجب حجر .

واذا اتضحت حقيقة الثبوت ؛ فهناك بعض انواع من تصرفات القاضي ؛ التي هي من الثبوت ، ولا تلمسها يد الاحكام ابدًا .

النوع الاول ؛ اثبات الصفات في الذوات . كأن يثبت عند الحاكم ؛ الجرح ؛ او العدالة . او اهلية الامامة للصلاة ، او اهلية الحضانة ، او اهلية الوصية ، او اهلية التصرف في ماله كالترشيد ، او اهلية المنع من التصرف . فكل هذه الاشياء من قبيل الثبوت . ويجوز لغير المثبت من الحكم ، ان لا يقبل من عدله قاض ، ويعتقد فسقه . اذا ثبت سببه عنده . ويقبل من ثبتت جرحته عند قاض ، ان ثبتت عنده عدالته . وأن يطلق من حجّر عليه قاض ، ويحجّر على من اطلقه قاض آخر ، اذا تحقق عنده تقيض ما تحقق عند الاول .

النوع الثاني ، اثبات اسباب المطالبات . كثبوت الديون على الغرماء ، والنفقات للاقارب والزوجات ، وأجرة المثل في منافع الاعيان . فهذه الامور وما شاكلها ، اذا لم يحصل حكم بها ، وانما نهضت الحجة بها عند القاضي ، فلقاض آخر ان يغير ما ثبت عند الاول ، اذا ثبت موجبه .

النوع الثالث ، حجج اسباب الاستحقاق . كأن يثبت عند القاضي التحليف ؛ ممن يتعين عليه الحلف ؛ واقامة البينات ممن اقامها ؛ والاقراءات من الخصوم ؛ ونحو ذلك . فهذه الافراد وما شاكلها ، من الثبوت . وللاحكم ان ينظر فيها ؛ ويثبت ما اثبتته القاضي الاول ، او يبطله . بل اذا اطلع فيها على خلل ، تعقب ما ثبت عند غيره . ولا يكون ذلك الاثبات السابق ، مانعاً من تعقب الخلل في تلك الحجج .

النوع الرابع ؛ اثبات اسباب الاحكام الشرعية . نحو الزوال ، ورؤية الهلال في رمضان ، وشوال ، وذى الحجة . مما يترتب عليه الصوم ، او وجوب الفطر ، او فعل النسك . فكل ذلك من وادي الثبوت . وللمالكى ان لا يصوم في رمضان ، اذا اثبت الشافعي بواحد . لانه ليس بحكم ، وانما هو اثبات سبب . فمن لم يكن ذلك عنده سبباً ، لم يلزمه ان يترتب عليه حكماً . قاله القرافي في الاحكام .

واما التنفيذ . فمعناه بالنسبة لحكم نفسه . الالتزام بالحس ، وأخذ المال بيد القوة ، ودفعه لمستحقه ، وتخليص سائر الحقوق ، وتمكينها بأيدي مستحقيها . كتسليم الوالد لحاضنته ، وارجاع المعتدة من طلاق لبيت سكنها ، وإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه ، ونحو ذلك . فالتنفيذ ، غير الثبوت والحكم . بل يأتي في الدرجة الثالثة . اذ اول ما يسبق ، ثبوت الشيء . ثم الحكم به ، ثم تنفيذه . وقد تجعل للحاكم قوة التنفيذ ، وقد تسلب منه . (١) كما هو الحال اليوم .

واما التنفيذ ؛ بالنسبة لحكم غيره ؛ فأن يقول ، فيما تقدم الحكم فيه من غيره : ثبت عندي ، انه ثبت عند فلان من الحكم ، كذا . ومثله اذا قال : ثبت عندي ، ان فلاناً حكم بكذا . فهذا ليس حكماً من المنفذ ؛ البتة ؛ ولا مفيداً لصحة الحكم السابق . إلا ان يقول القاضي الثاني : حكمت بما حكم به الاول ، وألزمت بموجبه ومقتضاه . ومتى كان الحكم الاول مستوفياً لشروط الصحة ، يلزم تنفيذه والزام المحكوم عليه به . ان اتحد الحاكم الاول والمنفذ الثاني مذهباً . فان اختلفا مذهباً ؛ فهل يلزم الثاني تنفيذ حكم القاضي الاول ؛ والزام المحكوم عليه

(١) اقتضت التراتيب ؛ ان السلطة التنفيذية تكون مستقلة عن السلطة الحكمية . فالنفس هو شيخ المدينة في الحاضرة ؛ وعامل الجهة في غيرها . واذا صدر حكم من القاضي ؛ فالمحكوم له يسلم نسخة من حكمه ؛ وينهي الى المدينة ؛ او عامل الجهة ؛ لاجل التنفيذ .

بدفع المال الذي حكم ؛ عليه به القاضي والزام الزوجة المحكوم عليها بصحة
النكاح ؛ وتمكين الزوج منها ؛ مع ان مقتضى مذهبه خلاف ما نفذ به ذلك الحكم .
في ذلك قولان ؛ حكاهما المازري . احدهما ؛ انه يقف عن تنفيذه وابطاله .
لانه ان نفذه ؛ والزهر المحكوم عليه ما فيه ، الزم ما لا يرى انه الحق عنده .
والثاني ، انه ينفذه ؛ ويلزم المحكوم عليه ما تضمنه الحكم . لان توقفه عن انفاذه
كابطاله . وهو ممنوع من نقض الاحكام المجتهد فيها . وذكر في المفيد ؛ ان
الثاني هو الذي به العمل . قلت ؛ وعملنا التونسي على هذا الثاني . وذلك ان
القاضي الحنفي اذا حكم بصحة البيع ؛ فيما بيع على الكمشة المجهولة ؛ او بصحة
الوقف الحالي عن الحيابة ؛ وتروفع ؛ بعد هذا الحكم ؛ في القضية المحكوم فيها ؛
لدى القاضي المالكي ؛ في الصحة والفساد ؛ فان القاضي المالكي ؛ يحكم بمثل ما
حكم به القاضي الحنفي ، من الصحة . ويعلل حكمه . بأن حكم الحاكم يرفع
الخلاف ، ويجعل حكم تلك الجزئية الخاصة . الصحة عند الجميع . هذا ما كان
يفعله من سلف من القضاة التونسيين . وما زال العمل مستمراً به اليوم . بل كان
القاضي المحقق الشيخ ابو عبد الله محمد الطاهر بن عاشور الجدر رحمه الله ، ممكن
من الشفعة بقيمة الشقص المشفوع فيه ، فيما بيع على الكمشة المجهولة ، وصدر
حكم من القاضي الحنفي فيه ، بصحة البيع ؛ على مقتضى مذهبه . وعلل ذلك
بأن المشاع اذا بيع بيعاً فاسداً ، وطراً على ذلك البيع ما أوجب مضيه . فان
الشفعة تقع بقيمة الشقص المشفوع فيه ، كما قال في التحفة ، في مبحث الشفعة
« وفي البيوع الفاسدة * ما لم تصح فقيمة تجب » . والبيع على الكمشة
المجهولة ، فاسد عند المالكية . لجهل الثمن . فاذا حكم الحاكم الحنفي بصحة
البيع وامضائه ، ارتفع الخلاف في تلك الجزئية . وصارت من قبيل البيع الفاسد
الذي طراً عليه ما اوجب مضيه . ومن لوازم ذلك ، تمكين الشريك من الشفعة

فيه بالقيمة . وقد نازع الشيخ بعض معاصريه ، غير ان حجته ناهضة . قال رحمه الله : وبلغنا ان القاضي اسماعيل التميمي ، كان فعل مثل ذلك ، اخذا مما تقدم . وهو اخذ متين العري . وكان القضاة التونسيون في القديم ، ولم يزالوا الى اليوم ، يحكمون بما تقتضيه الفاظ الواقفين ، في الاستحقاق وشرائط الوقف ، على مقتضى مذهبهم ، في الاوقاف الحالية من الحوز ، المحصنة بحكم قاض حنفي بصحتها . وما ذلك إلا من اثار اعتبار الحكم الحنفي ونفوذه .

الفصل الثاني

في خطاب القضاة وفيه مباحث

المبحث الاول في حقيقة الخطاب وانواعه

الخطاب ، هو اخبار قاض قاضيا آخر بما ثبت عنده او حكم به . وانواعه ثلاثة . الانهاء بالمشافهة ، والانهاء بالاشهاد ، والانهاء بالكتابة .

فاما الانهاء بالمشافهة ، (١) فشرط الاعتداد به ؛ ان يكون كل من المنهي والمنهى اليه في موضع ولايته . ويتصور هذا ، بأن يكونا قاضيين في بلد واحد ، او في بلدين متجاورين . فيقف كل منهما في طرف عمله ، ثم يخبر احدهما الآخر بما يريد من التبليغ . ووجه هذا الشرط ، ان المبلغ (بالكسر) اذا كان في غير موضع ولايته ، يكون معزولا . وقول المعزول « كنت حكمت بكذا . او ثبت لدي كذا » لا يقبل . واذا كان المبلغ (بالفتح) في غير ولايته ، يهضي اعتماد

(١) الانهاء بالمشافهة ، بطل العمل به في تونس . ووقع الاختصار على الانهاء بالاشهاد ؛ او الكتابة . وهو اضبط ، وأضمن حفظ الحقوق .

التبليغ ، الى اعتماد علم حصل للقاضي في غير محاسن القضاء ، وانقاضي لا يستند الى علمه ؛ في غير التعديل والتجريح .

ثم ان الانهاء بالمشافهة ، صحيح ، على اصل المذهب في جواز تعدد القضاة بالبلد الواحد . ولم يقع منصوفا لقدماء المالكية . وانما يذكرون الاشهاد . ولهذا عزاه الشيخ ابن عرفة لابن شاس . وقد ذكره المازري ، تقريرا على مسألة اقتصر القاضي على تسمية بينة ثبت عدالتها عنده . هل ذلك كنقل شهادة من شهادة . او كالتقصية المنفذة . وظاهر كلامه . ان المسألة ينبغي ان يختلف فيها . ونصه . كما في شرح ابن مرزوق على المختصر : مما يتفرع من هذا ، لو ان احد القاضيين المستقلين بمدينة ، اخبر الآخر ، انه ثبت عنده شهادة فلان وفلان لرجلين بالبلد ، وقضى شوبتهما . فان قلنا ان هذا منه كنقل شهادة . فلا يكتفى بتعريف المخاطب انهما شهدا . لان المنقول عنهما حاضران ، ولا يتقل عن حاضر من غير عذر . وان قلنا انه كقصية ، فان الثاني ينفذه . ولا يطالب باحضارهما . وهذا ايضا ان قول القاضي وحده ، وان كان كالنقل . يكتفى به . لحرمة القضاء . فيصح نقله . وان حضر من نقل عنه . اه .

وما قدمناه ، من اشتراط حلول كل من المنهي والمنهي اليه في محل ولايته . هو الذي اقتصر عليه خليل ، تبعا لابن الحاجب . وفي المسألة خلاف . فاما بالنسبة الى المنهي ، فحكى ابن سهل عن اهل طليطلة ، انهم يجيزون اخبار القاضي الحال بغير محل ولايته ، لقاضي ذلك البلد ، وينفذه . ويرونه كخطابه اياه . ونقل الشيخ حلوله في شرح المختصر ، عن شيخه البرزلي ، ان العمل بتونس على ذلك ؛ وأن قضاة الكور اذا قدموا الى تونس ، ووجدوا خطاباتهم . فانهم يرفعون عليها . وأفتى الشيخ ابن عرفة . في قاض حل بغير محل ولايته وكان ابتداء قضية ، فسأله اهلها ان يستيب لهم من يكملها : ان ذلك له . وقال

الملازري ، لو سئل من الحال ، بغير محل ولايته ، ان يكشف له عن عدالة بينة ، هي بمحل ولايته . لكان له ذلك . ولو سألته التسجيل بذلك . لم يكن له ذلك . ولو سألته سماع البينة فقط ، فقولان ، لاصبح وابن عبد الحكم . والى هذه المسألة اشار في العمليات العامة بقوله :

وجوزوا انهاء ما في خلده * مشافها ان حل غير بلدة

بل بلد المنهى له ليعلمه * كما اجاز فقها طليطله

واما بالنسبة الى المنهى اليه ، فحكى ابن سهل عن اصبح ما ظاهره جواز الخطاب

واما الانهاء بالاشهاد ، فمعناه ان يشهد عدلين ، بأنه قضى بكذا ، او ثبت عنده كذا ، لينها ذلك الى قاض آخر . او أن يكتب قاض الى قاضي بلدة اخرى ، بما ثبت عنده ، من شهادة على رجل ، او حق ، او بقضاء ، ويشهدهما على كتابه . واختلف ، هل يكتفى بالشاهدين في جميع الحقوق ، وهو ما لاشهب ، وهو ظاهر المدونة . او يلزم اربعة في الزنى ، وهو ما لسحنون . قياسا على نقل الشهادة فيها . وعلى الاول درج المختصر الحللي . ووجهه ، ان الشاهدين هنا ، شهدا على اقرار القاضي . بأن الحكم ثبت عنده وتقرر . واما الناقلون ، فقد نقلوا حكما عن غيرهم ، لم يثبت ، وانما يثبت بهم ، فاعتبر فيهم العدد . قاله ابن يونس ، نقلا عن بعض القرويين . فلو شهد الشاهدان بخلاف ما في الكتاب ؛ بأن يشهدهما ، ويبحث معهما كتابه ، من غير ان يقرأه عليهما . فلا اعتماد على ما شهدا به ، لا على ما في الكتاب . قاله في الجواهر . واقتصر عليه خليل .

واما الانهاء بالكتاب وحده ، فاشتراط ابن القاسم في العمل به ، قيام البينة بشاهدين ، انه كتابه . واشتراط اشهب ، اشهادهما عليه . انه كتابه ، ولم يكتف بالشهادة من غير اشهاد . وجعل ابن رشد محل الخلاف ، في الكتاب الوارد من

كورة الى كورة ، واما ما جاء من اعراض المدينة الى قاضيها ، فانه يقبله بمعرفة الخط ؛ وبمعرفة الخاتم ، وبالشاهد الواحد ، اذا لم يكن صاحب القضية ، لقرب المسافة ، واستدراك ما يخشى من التعدي . قال ابن حبيب في الواضحة . وقاله ابن نافع وابن كنانة ، في الحقوق اليسيرة . قال ابن نافع : وقد كان يعمل ؛ فيما مضى ، بكتاب القاضي ، بمعرفة الخط والختم ، دون بينة ، حتى حدث اتهام الناس ، فأحدثت الشهادة على كتاب القاضي . وأول من سأل الشهادة ، سوار ابن عبد الله . اهـ . من شرح ابن مرزوق . وكان سحنون لا يقبل كتاب قاض من قضائه ، إلا بعدلين ، ولا يفكه إلا بمحضرهما . وكان يعرف خط بعض قضاته ؛ ثم لا يقبله إلا بشاهدين . وكان يجب من سألهم في الاحكام ، في كتابه ، فيطبعه ، ولا يشهد عليه ، وينفذه من يرد عليه ذلك منهم . وكان ينفذ كتب امثاله ، بلا بينة عليها ، ويأمر بعض اعوانه ، باحراز كتبهم عنده . والخلاصة ان الروايات صريحة في لغو كتاب القاضي ، بمجرد معرفة خطه ، دون الشهادة عليه . ولهذا قال ابن المناصف : اتفق اهل عصرنا ، في البلاد التي ينتهي اليها امرنا ؛ على قبول كتب القاضي ، في الاحكام والحقوق ، بمجرد معرفة خط القاضي ، دون الشهادة على ذلك ، ولا خاتم معروف . مع اني لا اعلم خلافا في مذهب مالك ، ان كتاب القاضي لا يجوز ، بمعرفة خطه . قال ابن المناصف : ووجه عمل الناس ؛ ان الظن الناشيء عن معرفة الخط ، مساو للظن الناشيء عن شهادة البينة . بانه كتابه ، مع ما في اشتراط البينة على الكتاب من المشقة ، مع انتشار الخطية ؛ وبعد المسافة . قال الشيخ ابن عرفة : ولا تدفع المشقة بينة يشهد بها القاضي على كتابه ، ثم يرفع على خط البينة ، كما يفعله كثير من اهل زماننا . لان ثبوته ، بالشهادة على خط القاضي ؛ اقوى ظنا من الشهادة على خط تلك البينة . اهـ . قال ابن المناصف : فاذا ثبت وجه ذلك

وقامت بينة عادلة على خطمه . وجب العمل به ، وان لم تقم عليه بينة . وعرفه القاضي المكتوب اليه ، فجائز عندي قبوله . وقبول سحنون كتب امنائهم دون بينة ؛ يدل على ذلك . قال : ويحتمل ان يقال ، لا بد من الشهادة على ذلك . اهـ .
وذكر البرزلي ، ان العمل بتونس ، جرى باعتماد كتاب القاضي ، اذا عرف المكتوب اليه خطه . وهو ما حكاه ابن المناصف عن اهل زمانه . وحكى ابن نافع العمل به قديما . قال ابن مرزوق : عاد الامر الى ما قال ابن نافع ، انه كان في القديم يكتب بالخط : والضرورة داعية الى ما عليه العمل اليوم ، والحمد لله على مصادفتهم لعمل السلف الاول . قلت ، العمل عندنا ، في هذا الزمان ؛ جار باعتماد كتاب القاضي ، اذا كان محتوما بختمه ، ومكتوبا عليه بخط القاضي « ختم في تاريخه » او « في تاريخ كذا » او « صح فلان » ويلزم الجمع بين الختم وهذه الكتابة . ولا يكتفى بالختم وحده احتياطاً .

ثم الانهاء بالكتابة قسمان . الاول ، ان يكون الكتاب مستقلاً بنفسه . الثاني ان تكون الكتابة على الرسم ، لافادة شيء يتعلق به . فأما الانهاء بكتاب (١)

(١) كان يطلق على هذا الكتاب اسم المراسلة . وما زال الناس يتناولون في اقتناء مراسلات حذاق القضاة والمفتين التونسيين ، المروفين بالعلم والتحقيق . كمراسلات القاضي اسماعيل التميمي ؛ المفتي محمد الحضار ؛ (*) واضرابهما . وكان في القديم ؛ احدث دفتر للمراسلات ؛ يمسكه عدلان ؛ ويضمنان به المراسلات الصادرة . واذا وجدا مراسلة مخالفة لمراسلة صدرت في القضية من بعض الحكام ؛ يعلّمون الشيخ المراسل ؛ ليتذكر مع صاحب المراسلة السابقة ؛ ويرجع احدهما الى ما رآه الآخر . فان بقي على الاختلاف ؛ ينهيا الامر الى رئيس تلك الدائرة . وهو الذي يت في المسألة . ثم انفي هذا . وتغير هذا الاسم في هذه الازمنة القرية . فاستمض عن اسم المراسلة بلفظ « مكتوب » . وكانت المراسلة يحملها المنتفع بها الى قاضي الجهة . وصار المكتوب يوجه الى القاضي المنهي اليه بواسطة البريد . واذا كان مصحوباً بحجج يخشى عليها من الضياع ؛ يرسل المكتوب والحجج على طريق ضمان البريد . والمكاتيب الموجهة الى قاض من قضاة الجهات ؛ تضمن بدفتر معد لذلك ؛ يمسكه كاتب المحكمة . كما ان الوارد من الكتب ؛ يضمن بدفتر معد لذلك

(*) هو ابو عبد الله محمد بن محمد الحضار التونسي . احد شيوخ الفتوى بتونس . كان اية في الذكاء مع غفلة . وخيراً مشتهراً بجدرة الشعر وشدة التحرير في الفتاوى . حتى ان العلماء يتنافسون في اقتنائها ، اخذ عن الشيوخ الاعلام الطاهر بن مسعود وحسن الشريف وارايم الرياحي وغيرهم . توفي سنة ١٢٦٧

مستقل ، فالعمل فيه بتونس ؛ منذ اكثر من مائة سنة ، جرى بتعيين المكتوب اليه ، وتسميته ، وهو خلاف قول ابن عرفة : الذي استقر عليه القضاة بافريقية ، عدم تسمية القاضي المكتوب اليه .

واما الانهاء بالكتابة ، في الرسم نفسه ، فلا يسمى فيه المكتوب اليه . وقد جرى عملنا التونسي ؛ بأن الخطاب على الرسوم ؛ يكون في سائر البيئات الاسترعاية ؛ بكتابة هذه الجملة ؛ بخط القاضي او المفتي المخاطب « يكتب العمل » مع ختم تلك البيئة بختم المخاطب . وتدل هذه العبارة ؛ على صلوحية هذه البيئة للاحتجاج بها . بحيث لا يتوقف ؛ فيما بعد ؛ على الحكم بمقتضاها ؛ الا على الاعذار فيها . فالخطاب بهذه الجملة عندنا ؛ بمنزلة لفظة « اديا ؛ ققبلا . وأعلم بذلك فلان » عند المغاربة . ويكون الخطاب في البيئات الاصلية ؛ كرسوم البيع والوقف والهبة والصدقة والمغارسة والنكاح والحلم ؛ بكتابة القاضي او المفتي ؛ في اسفل الرسم « ثبت لدى العدلان » (١) مع ختم الرسم بختم القاضي او المفتي المخاطب . وتدل هذه العبارة على ان الشهود ومنتصبون للاشهاد انتصابا عاما ؛ متسمون بالعدالة . ولا يكتب القاضي او المفتي « ثبت لدي » بصيغة الافراد ؛ اسفل الرسم ؛ الا اذا كان قاصدا الاعلام بصحة الرسم ؛ وسلامته من الريب ؛ من جميع النواحي . بناء على ما اختاره جماعة من حذاق العلماء التونسيين . وقد تقدم ذلك في الباب الثاني .

ويكون الخطاب في نسخ رسوم الاحباس ؛ بختم النسخة ؛ وكتابة القاضي او المفتي على هامشها ؛ بخطه « طابق الفرع اصله ؛ وأعلم بذلك فلان القاضي ؛ او فلان المفتي » او « قوبل الفرع بأصله ؛ فطابقه ؛ او فتطابقا ، وأعلم بذلك فلان قاضي

(١) انما يحتاج الى هذا الخطاب ؛ اذا اريد الاحتجاج بذلك الرسم ؛ في غير البلد الذي انتصب فيه العدلان للاشهاد . كأن يكونا من شهود الحاضرة ؛ وهو يريد الاحتجاج به في سوسة . او كان العقار مسجلا ، ويريد صاحب الرسم تضمين ما به ، في دفتر المحكمة المختلطة ، لدى دفتر دار . او قصد الاحتجاج به في محكمة اجنبية ، او خارج الولاية ، او تضمينه في القباضة العامة .

كذا ؛ او المفتي بلد كذا » ويدل هذا الخطاب ؛ على ان الاصل المنسوخ منه ؛
سالم من الارتباب ؛ لاشيء فيه يوهن الاحتجاج به ، وأن شهيديه ثابتا العدالة .
اما الخطاب على النسخ ، من غير رسوم الاحباس ، فيكون بختم النسخة ؛
وكتابة « ثبت لدي » وتقدم في الباب الثاني ، ما يجوز اخراج النسخ منه ، وما
لا يجوز . ويكون الخطاب في المضامين ، المخرجة للدلالة على التملك ، بختم
المضمون ، وكتابة « ختم في كذا » بخط القاضي ، او المفتي ، قبل عقد العدلين ،
ثم يعقد العدلان . ويدل ما ذكر ؛ على سلامة الاصل من الخلل والارتباب ؛
وصحة ما تضمنه هذا المضمون ، وقيامه مقام الاصل . واذا خلا المضمون من
ذلك ، لم يقيم مقام الاصل ؛ ولو كان محتوما : وكتب القاضي اسفله « ثبت لدي »
او « ثبت لدي » العدلان » اذ لا تدل هذه العبارة ، في المضامين : على اكثر من
ثبوت عدالة العدلين ؛ ولا تدل على سلامة الاصل من الريب . واستيفائه لشرائط
الاعمال .

المبحث الثاني في فائدة الانهاء

فائدة الانهاء ؛ عدم استئناف السير في المراحل التي قطعها القاضي المنهي ؛
والبناء على ما تضمنه الانهاء . قال ابن رشد : يجب على القاضي المكتوب اليه ؛ او
من تولى بعده ، ان يصل نظره بما ثبت عن القاضي الكاتب . فان كتب ثبوت
شهادتهم فقط ، لم يأمر باعادة شهادتهم ؛ ونظر في تعديلهم . وان كتب بتعديلهم
وبقبولهم اياهم ؛ اعذر للمشهود عليه فيهم . وان كتب انه اعذر له ؛ فعجز عن
الدفع ؛ امضي الحكم عليه . اهـ . قال التاودي في شرح التحفة : وحاصله ؛ انه
يبنى على فعل الاول . وهذا اذا كان قاضي مصر ؛ لم يعرف جورا ولا جهلا ؛
وإلا استونف . اهـ . وقال الشيخ التسولي في شرح التحفة : وانما كان يبنى ؛ لان

اشهاد القاضي الاول ، بما ثبت من شهادتهم ؛ او تعديلهم ؛ او اعدار فيهم ؛ ونحوه ؛
حُكْمٌ بذلك . فلو لم يبين ؛ لكان متعقبا لحكم الاول . وفي خليل « ولا يتعقب حكم
العدل العامل » ولهذا اشترط في المنهي ، ان يكون اهلا ، او قاضي مصر ؛ لم يعرف
جوره ولا جهله . لان شأن قضاة الامصار العلم . اهـ . قلت ؛ فيما قاله الشيخ التسولي
نظر . لان ما ذكره من قبيل الثبوت ؛ لا الحكم ، كما تقدم تحقيقه . وعندي . ان
ليس الامر بالبناء على فعل غيره ، ممن اشتهر بالعلم والعدالة ، او كان مظنة لها . بأن
كان قاضي مصر ؛ لم يعرف جوره ولا جهله ؛ لما ذكره الشيخ التسولي ؛ وسبقه
اليه ابن عرفة . وانما هو لحصول الطمأنينة والثقة ؛ بفعل المشتهر بالعلم والعدالة ؛
وعدم ظهور ما يوجب إعادة النظر . وفي استنباف النظر ، والحالة ما ذكر ، تطويل
لامد النزاع ، واضرار بالخصوم . وبما ذكرناه ، يمكن التوفيق بين ما ذكروه ،
من البناء على فعل القاضي العدل العالم ، وبين ما حققه الشهاب القرافي ، في الاحكام ،
في الفرق بين الثبوت والحكم . تبعا لما ذكره المازري ، ونقله عن اشهب وسحنون
ومطرف وابن الماجشون . وهو الذي جزم به القاضي ابن عبد السلام . وهو
الذي صرح به ابن رشد في بعض اجوبته . وكرر القرافي ذكر المسألة ، فأعادها
فيما يدخله حكم الحاكم ، وما لا يدخله . وقد تقدم طرف من ذلك .

المبحث الثالث في العمل بالمنهي

اذا مات او عزل المخاطب المنهي او المخاطب المنهي اليه

اذا مات المخاطب (بالفتح) او عزل ، قبل وصول الخطاب اليه ، او بعده
وقبل البناء عليه ، لا يلغى الخطاب ، ويجب ، على من ولي مكان المكتوب اليه ؛
انفاذه والعمل به ، كما لو كان هو المكتوب اليه بعينه . لان المراد في هذا كله ،
السلطان الذي اذا زال من واحد . كان في آخره . هذا قول مالك وأصحابه .

انظر التبصرة الفرجونية صفحة ٤٢ جزء ٢

واما اذا مات المخاطب (بالكسر) او عزل ، قبل وصول كتابه ، فان اشهد القاضي الكاتب على كتابه ، قبل كتابه ، لان اشهاد عليه ، كاشهادة على حكم نفيه ، واما ان لم يشهد عليه ، وهو الذي جرى به عمل تونس والمغرب ، من العمل بكتاب القاضي ، بمعرفة خطه دون اشهاد عليه ، فظاهر ما في مختصر الواضحة عن ابن الماجشون ، اعماله ، وقال ابن المناصف : لا يصح العمل به بوجه من الوجوه ، لان اعلا مراتبه ، اذا ثبت ، ان يقوم مقام قول القاضي نفسه « ثبت عندي كذا » لان ذلك مدلول الكتاب ، وهذا يقبل منه ما دام وأيا ، فاذا عزل ؛ لم يقبل منه على حال ، إلا ان يكون على ذلك اشهاد في حال الولاية ، فيجوز ، عملا بالشهادة ، وفي المدونة : ان القاضي اذا عزل او مات ، وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها ، لم ينظر فيه ، ولا يجيزه من بعده ، وان قال القاضي المعزول « ما في ديواني . قد شهدت به البينة عندي » او قال « كنت حكمت بكذا » لم يقبل ذلك منه ، فكذلك كتاب القاضي المعزول . قال ابن المناصف : وخالف في ذلك جماعة من الطلبة ، وأجازوا ذلك ، وهو غلط وخروج عن القاعدة في ذلك . اهـ ، من التبصرة . قال الشيخ التسولي في شرح التحفة : اعتمد تقييد ابن المناصف غير واحد ، وذكر ابن عرفة انها نزلت في وسط القرن الثامن ، وان شيخه ابا عبد الله السطي (١) رجع الى تقييد ابن المناصف . قال التسولي : وهو الاحوط في العزل ، لانه قد يفعله بعد عزله ، ويوهم انه صدر منه قبله ، فاذا كان قول القاضي بعد عزله « قد كنت حكمت بكذا قبله » او « اجلت » ونحوه ، لا يقبل إلا بينة ، لاحتمال كذبه ، فكذلك هذا ، اذ خطابه الوارد بعد عزله ، بمنزلة قوله ذلك ، واما في الموت على الولاية ، فلا يتطرق هذا الاحتمال ، مع

(١) هو ابو عبد الله محمد بن سليمان السطي . اخذ عن ابي الحسن الصنير . وثققه بأبي الحسن الطنجي . وأخذ عنه ابن عرفة وابن خلدون والمقري والقباب وابن مرزوق الجد . له تعليق على المدونة وشرح على الحوفية وتعليق على حواهر ابن شاس . مات غرقا في سواحل بجاية سنة ٧٥٠

معرفة خطه . ووقع في شهادات المعيار . من جواب لابن زيادة الله وابن البراء :
(١) الذي يقتضيه النظر ، التفصيل بين الموت والعزل . اهـ . باختصار . قلت :
عمل المحاكم الشرعية اليوم . جار على قبول كتاب القاضي . وان وصل الى
المكتوب اليه بعد موت الكاتب او عزله . وهو مقتضى اطلاق مختصر الواضحة
عن ابن الماجشون . ووجهه ، ان تضمنه بدفتر المحكمة ، بمنزلة الاشهاد عليه .
وينفي جميع الريب والشكوك . فان قيل : قد قلت قريباً عن المدونة . ان
القاضي اذا عزل او مات ، وفي ديوانه شهادة البينة او عدالتها ، لم ينظر فيه ،
ولا يجيزه من بعده ، فأبطل اعتماد الديوان . (وهو الكتاب) قلت ، الديوان
الملغى ، هو الذي يمسكه القاضي ، ويكتب بنفسه فيه . لا الذي يكون بيد غيره .
ويكتبه احد العدول . وهو الواقع اليوم .

الفصل الثالث

في ضابط ما يفتقر للحكم مع وجود سببه الشرعي
وما لا يفتقر للحكم مع وجود سببه الشرعي

ينبغي قبل ذكر الضابط ، تمهيد مقدمة . يستعان بها في هذا الفصل ،
وتجري في كثير من مسائل الاحكام ، والفصول الآتية ، مجرى القاعدة والاصل .
وهي : ان المقصود من الحكم ، انما هو سد باب الخصومات ، ودرء الظلمات .
وان الحكم يدخل في الواجب ، كالحكم بوجوب النفقة للمطلقة البائن ، عند من

(١) هو ابو علي عمر بن البراء التونسي . قاضي الانكحة بتونس . النبيه البيت . توفي

سنة ٧٩٧

او هو قاضي الجماعة ابو القاسم علي بن عبد العزيز بن البراء التنوخي المهدي . مولده بالمهديّة

في حدود سنة ٥٨٠ وتوفي بتونس سنة ٦٧٧

يرى ذلك. ويدخل في المحرم ، كالقضاء بفسخ النكاح الفاسد . فان معناه ؛ ابطال ما توهم انه سبب لباحة الاستمتاع ، ورد المرأة لما كانت عليها من التحريم . ويدخل في المباح . كالقضاء برّد الارض مواتا . مباحة لكل محيي . بعد زوال الاحياء ، كما هو مذهب مالك . وكباحة الصيد والنحل والحمام اذا توحش . اما المكروه والمحرم ؛ فقال القرافي في كتاب الاحكام ، في الفرق بين الفتاوى والاحكام ، في الجواب عن السؤال السادس : لا يتطرقهما الحكم ، اذ لا الزام فيهما ، والحكم انما شرع لدرء الخصام . ولن يندفع الخصام إلا بالالزام او الاطلاق . قلت ، وفيه نظر . لان الحكم شرع . كما قال ، لدرء الخصام ، واندفاع الخصام يكون بالالزام أو الاطلاق ؛ أو عدم الالزام ؛ ولا ينحصر في الاولين . وهذا كما لو طالبت مفارقة زوجها بالتمتع ، فامتنع ، فرفعته الى الحاكم ؛ فانهما يجب ان يقضي بعدم الزام الزوج بالتمتع ، ويكون حكمه حينئذ رافعا للخلاف ولو ترك الحكم ، لكان للقاضي الحنفي او الشافعي ، ان يحكم عليه بالتمتع ؛ طبق مذهبهما . وكذلك لو ادعى الولد على ابيه ، انه تصدق عليه بماله كله ، وامتنع من تحويزه ، لوجب على الحاكم ، اذا كان ممن يرى كراهة ذلك لا حرمة ، ان يحكم على الاب بالزامه بالتحويل . ومثل ذلك الوقف على الذكور دون الاناث . وفي مختصر ابن عرفة : الكراهة احد اقسام الاحكام الخمسة ، يجب رعي كل حكم منها ولازمه . وحكم المكروه عدم تقضه بعد وقوعه . اهـ . وصرح الشيخ التسولي ، في اول باب القضاء من شرح التحفة : ان الحكم قد يكون بعد اللزوم . فالعمدة حينئذ فيما يدخله الحكم ، ان يكون النزاع فيه لمصالح الدنيا ، اي جلب نفع او دفع ضرر .

اذا تمهدت هذه القاعدة ، فضابط ما يفتقر لحكم الحاكم ، مع وجود سببه الشرعي ، على ما قاله القرافي في الاحكام ، في الجواب عن السؤال الثاني والثلاثين ،

هو ما وجد فيه احد اسباب ثلاثة . الاول ، ان يكون ذلك الامر مما يحتاج الى نظر وتحرير ، وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسيئه . الثاني ، ان يكون مما لو فوض الى جميع الناس ، لادى الى الفتن والشحناء وانخرم النظام . الثالث ، ان يكون مما قوي فيه الخلاف ، مع تعارض حقوق الله وحقوق الخلق . فاما السبب الاول ، وهو ما يفتر الى نظر في تحرير سببه ومقدار مسيئه ، لاختلاف الحكم باختلاف احوال ذلك الامر . فكالطلاق بالاغسار والاضرار ، والطلاق على المولي . لانه يفتر الى تحقيق الاغسار ، وهل هو ممن يلزمه الطلاق بعدم النفقة . ام لا . لانه لو تزوجت فقيراً ، علمت بفقره . فانها لا تطلق عليه بالاغسار بالنفقة . وكذلك تحقيق حاله . وهل هو ممن يرجي له يسر ، أم لا . وكذلك تحقيق صورة الاضرار . وكذلك يمين المولي ، وهل هي لعذر ، كمن حلف ان لا يطأها وهي مرضع ، خوفاً على ولده . فلا طلاق هنا ، لقصده المصلحة لا الاضرار . او كانت لغير عذر . وكذلك التطليق على الغائب ، وعلى المعترض . فالطلاق في هذه الجزئيات كلها ، لا بد فيه من حكم الحاكم . لكن اختلف ، هل يقع الطلاق الحاكم ، او توقعه المرأة ، والحاكم يمضيه . فالذي ذهب اليه القاضي ابو محمد بن سراج : (١) ان ذلك للحاكم . والذي ذهب اليه ابن عتاب : ان القاضي يبيح لها ان تطلق نفسها ، فان طلقها ، اشهدت على ذلك . وقد نص على ذلك ابن العطار . والحجة له من السنة . حديث بريرة . فقد قال لها رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : انت املك بنفسك ، ان شئت اقمتم مع زوجك ، وان شئت فارقتيه . وكذلك الحاكم ، يقول للقائمة عنده بعدم النفقة ، بعد كمال نظره بما يجب : ان شئت

(١) هو محمد بن محمد بن سراج ؛ ابو القاسم الاندلسي القرطابي . مفتياً وقاضياً الجماعة بها . حامل راية الفقه والجامع للفنون . له تاليف منها شرحه الكبير على مختصر خليل ؛ اكثر المواضع من النقل عنه في شرحه على المختصر ، وله فتاوى كثيرة ؛ اشتمل المعيار على كثير منها . ونفي سنة ٨٤٨

ان تطلقني نفسك ، وان شئت التريص علي . فان طلقت ، اشهدت على ذلك . قال ابن عتاب : وهذا واضح ، إلا عند من عاند السنة ، وخالف الائمة . والخلاصة : ان الحق اذا كان للمرأة خالصاً ، فافاد الطلاق اليها ، مع اباحة الحاكم لها ذلك ، كما جاء في حديث بريرة . ونسبة الطلاق الى القاضي ، لكونه ينفذه ، ويحكم به . وهذا كما في الطلاق بعدم النفقة ؛ والطلاق بالعتق ، اي عتق الامة اذا كانت تحت عبد . والطلاق بالعنة ، والطلاق بتزوج الامة على الحرية ، والطلاق بالايلاء ، اذا حلف بالطلاق ليقضين فلاناً حقه . فانه يوقف عن امرأته ، فاذا جاءت اربعة اشهر ، فانتة يؤمر بالفيسة ، وإلا جعل الطلاق للمرأة ، تنفذه ان شئت . بخلاف الايلاء بقوله لها « ان وطئتك فانت طالق ثلاثاً » ففي المسألة اقوال . احدها ، انه مؤل ، ولا يمكن من وطئها . لان باقي وطئها ، بعد التقاء الحثانين ، حرام . فاذا رفعته الى الحاكم ، فان الحاكم ينجز عليه الطلاق . قاله ابن القاسم . وان لم ترفعه ، ورضيت بالمقام ، بلاوطء ، فلها ذلك . واما الطلاق بالحذام ، والجنون ، فانه يوقعه الحاكم ، اذا طلبته الزوجة . ففي ابن سهل : واما المجذوم ، فلا خيار لها ، حتى ترفع ذلك الى السلطان ، ثم ليس للسلطان ان يفوض اليها امرها ، تطلق متى شئت . ولكن على السلطان ، اذا كرهته وأرادت فراقه ، ان يفرق بينهما ، بواحدة . اذا يس من برئ . وكذلك المجنون ، إلا انه يضرب له اجل سنة ، كان موسوساً ، او يغيب مرة ، ويشيق اخرى . واما الطلاق الذي لا خيار فيه للمرأة ، فانه يوقعه الحاكم . وهذا كزواجها بغير ولي ، وتزويجها ممن ليس بكف . ونكاحها للفساق ، ومن تزوجت مع وجود والدها ، ولم يستأذنه وليها الذي زوجها ، وانواع الانكحة الفاسدة . انظر التبصرة الفرعونية صفحة ٧٦ ج ١

واما السبب الثاني ؛ وهو ان يكون ذلك الامر ، لو فوض لجميع الناس ،

لادى الى الفتن ، وانخرام النظام . فمن امثلته ، الحدود ، فانها منضبطة في انفسها ، لا تفقر الى بيان مقاديرها . غير انها لو فوضت لجميع الناس ، فبادر العامة لجلد الزناة وقطع السراق ، لا شتدت احميت ، وثارَت الانفس ، وغضب ذوو المروءات ، فانتشرت الفتن ، وعظمت الاحن . فحسم الشارع هذه المادة ، وفوض هذه الامور للولاة ، فأدعن الناس لهم ، واندفعت تلك المفاسد ، وهذا السبب الذي بسطناه ، هو ضابط ما يفقر لولاة الامور ، كقسمة الغنائم ، وجباية الجزية ، وأخذ الخراجات من اراضي العنوة ، وجمع الجيوش ، وانشاء الحروب ، وتولية الولاة ، وقتل الطغاة والبغاة .

واما السبب الثالث ؛ وهو قوة الخلاف ، مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق الخلق ، فمن امثلته ، العتق بالملثة ، والعتق بالسرية . لتعارض حق الله تعالى في العتق ، وحق السيد في الملك ، وحق العبد في الكسب ، مع قوة الخلاف في ذلك . قال الشهاب القرافي في الاحكام ، في السؤال الثاني والثلاثين : لاجل هذه القاعدة ، اقسمت الاشياء الى ثلاثة اقسام : ما يفقر للحكم اتفاقاً ، لاشتماله على سبب او اكثر من تلك الاسباب . وما لا يفقر للحكم اجماعاً ، لبعده عنها . وما اختلف فيه ، للتردد في ملاسته لاحد الاسباب ، وعدم ملاسته .

فمن الاول ، تفليس من احاط الدين بماله ، والتطبيق على الغائبين ، من المفقودين وغيرهم ، وفسخ الانكحة الفاسدة المختلف فيها .

ومن الثاني ، العبادات كلها ، وتحريم المحرمات ، المتفق عليها ، او المختلف فيها . كتحریم السباع ، وطهارة المياه ، ووفاء الديون ، ورد الودائع والغصب . ومن الثالث ، قبض المغصوب من الغاصب . اذا كان المغصوب منه غائباً ، وعتق الشريك نصيبه في عبد . فحكى ابن بونس ، اتفاق اصحابنا ، على انه يعتق ، بمجرد التقويم ، من غير حاجة الى حكم حاكم . وذكر غيره ، افتقار العتق

الى الحكم . ومنه . عتق القريب ؛ اذا ملكه الحر الميء . المشهور عدم افتقاره
للحكم ؛ وقيل بالافتقار اليه . ومنه ؛ العتق بالثمة . قال مالك : لا يعتق إلا
بالحكم . وقال اشهب : لا يفتقر اليه . وفسخ البيع ؛ بعد تحالف المتبايعين .
وفسخ النكاح ؛ بعد التحالف على قدر المهر . جرى الخلاف في توقف الفسخ
فيهما على حكم الحاكم ؛ وعدم توقفه عليه . وكذلك ، جرى الخلاف في المحجور
عليه ؛ اذا كان له وصي من قبل الاب ؛ هل يكفي اطلاق الوصي من الحجر
دون مطالعة الحاكم في ذلك ؛ أو يلزم استيذان الحاكم ، حتى يكون الاطلاق
بإذن الحاكم . وكذلك ؛ اختلف في الفرقة بين المتلاعنين . قال مالك وابن
القاسم : تقع . بتمام التحالف ؛ دون حكم حاكم . وقال ابن حبيب : لا تقع ؛
حتى يفرق الامام بينهما . وكذلك ، اختلف في الحاضنة تزوج ، هل يسقط
حقها من الحضانة بالدخول ، او بالحكم بأخذ الولد منها . وكذلك ، اذا قال
لزوجه « ان لم تحيضي فأنت طالق » فانه يحث . على المشهور . لكن ، اختلف
هل يقع الطلاق بمجرد نطقه ، أو يفتقر الى حكم الحاكم . وهو اختيار اللخمي .
وكذلك ، السلم المختلف في فساد ، اختلف هل يفتقر فسخه الى حكم حاكم ،
اولا . وعلى الافتقار ، فهو كالسلم الصحيح ، حتى يقع الحكم بالفسخ . وكذلك ،
اختلف في القاضي هل يعزل بمجرد فسقه ، او حتى يعزله الامام . وكذلك ،
اختلف في المفلس اذا قسم ماله ، وحلف انه لم يكتم شيئا ، وواقفه الغرماء على
ذلك ، هل ينفك الحجر عنه ، ويكون له التصرف فيما يكون بعد ذلك من
المال ، من غير ان يزيل عنه الحاكم حجر التفليس ؛ وهو اكثر نصوصهم ؛
واختيار اللخمي . او لا ينفك عنه إلا بحكم ، وهو قول القاضيين عبد الوهاب (١)
وأبي الحسن ابن القصار (٢)

(١) هو ابو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي . اخذ عن ابي بكر الابهري .
وتفقه بكبار اصحابه ، كابن القصار وابن الحلاب وابي بكر الباقلاني . وارتحل من بغداد الى

الفصل الرابع

فيما يحصل به الحكم

الحكم يحصل : اما بقول او فعل : او تقرير . اما القول : فكقوله : حكمت بصحة كذا واعماله : او فسادا وابطاله . وينبغي ان يتنبه : الى ان الحكم يلزم ان يكون فيما تناوله الخصام والتداعي ؛ وإلا كان فتوى لا حكما . وهذا كأن يدعي الاستحقاق ابناء اخ : في وقف سبيل واقفه على اولاده واولادهم ؛ والطبقة السفلى لا تشارك الطبقة العليا ؛ ثم مات الواقف عن ولدين ؛ مات بعده احدهما عن اولاده واخيه : فنازعهم العم في استحقاقهم ؛ بدعوى ان كل فرد من افراد الطبقة العليا يحجب الطبقة السفلى عن الاستحقاق ؛ فحكم القاضي المالكي باستحقاق اولاد الاخ مع العمر ؛ وبأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها ؛ لا فرع غيرها . فالمعتبر حكما ؛ هو استحقاق هؤلاء الاولاد مع عمهم . اما حكمه بأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها ؛ فخارج مخرج الفتوى ؛ لا يمنع حاكما ؛ يرى خلاف هذا المذهب ؛ ان يحكم ؛ فيما سيحدث ؛ في هذا الوقف من النزاع ؛ بحرمان فرد من اهل الطبقة السفلى (من غير المحكوم لهم اولا) من الاستحقاق ، اوجود فرد من اهل الطبقة العليا ، وإن لم يكن اصلا للمحكوم

(بقية هامش صفحة ٢٤٠)

مصر ، فتوى القضاء بها . له المؤلفات المفيدة الممتعة ، منها الموعظة ، والاشراف ، والتلحين ، وشرح الرسالة ، والتلخيص في اصول الفقه . مولده سنة ٣٦٣ هـ وتوفي سنة ٤٢٢ هـ او سنة ٤٢١ هـ بمصر .

(٢) هو ابو الحسن علي بن احمد بن القصار البغدادي . تفقه دالاهري . وكان اصوليا نظارا . له كتاب كبير في مسائل الخلاف ، لا يعرف للمالكيين مثله . ولي قضاء بغداد . وتوفي

نسبة ٣٩٨

بحرمانه . ولا يصده عن الحكم ، حكم الاول بأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها . لخروج هذا الحكم مخرج الفتوى . وفتوى المفتي بشيء ، لا تمنع فتوى غيره بخلاف فتواه ، ولا حكم غيره بخلاف ما يراه . ومما يكشف عن هذه المسألة القناع ، ويولي الناظر مزيد الاقناع ، ان الغرض من الحكم ، انما هو سد باب الخصومات ، وحسم النزاعات ، ودرء الظلامات ، وتمكين اهل الحقوق من حقوقهم . فيجب ان يقتصر فيه ، على ما يفي بهذا الغرض . وقد حصل هذا الغرض ، بالحكم باستحقاق انشاء الاخوة مع العم . اما ما زاد عليه ، فهو تبرع من الحاكم ، وبيان لمعتقد في معنى عبارة الواقف . فوزانها وزان المدرك . وقد علمت في الفصل الاول ، ان القرافي ذكر ان الحكم بمقتضى المدرك المختلف فيه ، ليس حكما بالمدرك ، وانما هو حكم بأثره . وأن الحكم بالمدرك ، غير مُتَأَتٍ . وسيأتي ، ان شاء الله ، في الكلام على كون الحكم جزئيا او كليا ، ما يزيد هذه الجزئية ايضاحا .

واما الفعل ، فانه لا يفيد الحكم بطريق المطابقة ، وانما يفيد بطريق الالتزام ، اذا كان ذلك الفعل يتوقف على ابطال شيء ، وفسخه ، فيفيد الحكم بالابطال . وهذا كاقدام الحاكم على تزويج امرأة ، زوجت زوانجا يستحق الفسخ ، ولم يقع دخول في هذا الزوج . فان نفس العقد عليها ، يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم . وكذلك بيع الحاكم ملك المديان . فانه حكم بنقل الملك عنه ، وخروجه من يده . اذ لا شك في ان نقل الاملاك ، وفسخ العقود ، حكم .

واما التقرير ، فهو اضعف في الدلالة ، من القول والفعل ، لانه مجرد ترك وسكوت . وذلك قد يكون مع الانكار . ولهذا كان ترك رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، لتغيير بعض المنكرات ، بعد تقدم نهيه عنها ، لا يقتضي اباحتها تلك المنكرات . وايضا ، فإن الحاكم قد يترك الواقعة ، على ما فيها من الخلاف ،

ولا يتعرض لإنشاء حكم فيها ، لأن كلا القولين ، يجوز الأخذ به ، وهو طريق إلى الله تعالى ، فلا ضرر في الإقرار عليهما ، بخلاف إقرار الرسول ؛ صلى الله عليه وسلم ، على الواقعة ، لا يكون إلا مع إباحة الفعل ، أو يكون تقدم من الإنكار ، ما يكفي في الإرشاد لحكم الله تعالى في تلك الواقعة .

ولكون تقرير الحاكم ، أضعف من تقرير الشارع ، لما ذكرناه ، اختلف المالكية في تقرير الحاكم الواقعة ، إذا رفعت اليه ، على قولين . فقال ابن القاسم : هو حكم ، اعتباراً بأصل دلالة التقرير ، وظاهر حال الحكم . وقال عبد الملك ابن الماجشون : ليس حكماً ، ويجوز لحاكم آخر قطعه ، نظراً لضعف الدلالة . وهذا كما إذا زوجت امرأة نفسها ، بغير إذن وليها ، ورفع ذلك إلى قاض يراه جائزاً ، فأقره وأجازة ، ثم عزل . قال ابن القاسم : ليس لغيره فسخه ، وإقراره عليه كالحكم به ، واختاره ابن محرز ، وهو ظاهر المدونة . ودرج عليه المختصر الخليلي حيث قال « وتقل ملك ، وفسخ عقد . وتقرر نكاح بلا ولي ، حكم . » وقال عبد الملك : ليس بحكم ، ولغيره فسخه . ومثل ذلك المخيرة . تختار طليقة واحدة ، ثم تتزوج بمفارقها قبل زوج . فيرفع امرها إلى حاكم يرى التخير بطلقة ، فيقر ذلك النكاح . فليس لغيره فسخ ذلك النكاح . على ما لابن القاسم . أما على مذهب ابن الماجشون ، فلغيره فسخ العقد ؛ وجعل الطلاق الأول ثلاثاً . ومثله إذا علق الطلاق أو العتاق ، على الملك أو التزويج . أو تزوج وهو محرم . فرفع ذلك إلى حاكم ، فأقر النكاح على حاله ، وأقر المملوك رقيقاً ، وأجاز نكاح المحرم وأقره . ثم رفع إلى غيره ، فليس للغير تقض ذلك ؛ على ما لابن القاسم ؛ وله الحكم بما يرى ؛ على ما لابن الماجشون . أما إذا لم يكن من الحاكم تقرير ؛ وكان مذهبه فسخ ذلك العقد ؛ إلا أنه لم يحكم بالفسخ ؛ وإنما قال « لا أحيزه » أو سكت ؛ فإن ذلك ليس بحكم ؛ اتفاقاً . وهذا كما إذا رفع إليه

نكاح امرأة بغير اذن وليها : فقال « لا اجيز النكاح بغير ولي » من غير ان يحكم بفسخه . فهذه فتوى ؛ ولغيره من الحكماء ؛ الحكم في تلك الواقعة ؛ بما يراه . وكذلك إذا ادعى على شخص بمال ؛ وأقام شاهداً ؛ فقال الحاكم « لا أجيز الشاهد واليمين » فهو فتوى ؛ اتفاقاً . وكذا لو أقام شاهداً على القتل ، فرفع لمن لا يرى القسامة ، فلم يحكم بها . فلغيره الحكم ، لان سكوت الاول عن الحكم ، ليس بحكم .

هذا . وما صورنا به التقرير : من انه السكوت ، وترك الحكم ، وعدم التعرض . هو ما للقرافي في الاحكام . وتبعه ابن فرحون في تبصرته . ونقله المشدالي عن بعضهم . وقال المحقق القاضي اسماعيل التميمي الشريف : ما ذهب اليه القرافي غير سديد ولا مستقيم . لان المراد ، ترك الواقعة على ما كانت عليه ، بأن لم يحدث فيها الحاكم ما يغيرها . وهكذا ذكر المسألة ؛ الشيخ في النوادر واللخمي وابن رشد وابن عرفة . فأما الشيخ : فقال عن ابن الماجشون ، بعد ان ذكر ما يفسخ من الاحكام ، وما يقر ؛ ما نصه : وهذا فيما يأخذ الحاكم من هذا ، ويعطيه لهذا . فأما ما هو ترك لما فعل الفاعل ، أو امسك ان يحكم عليه بغيره ، مثل ما مر من الاختلاف ، في الطلاق قبل النكاح ، والعق قبل الملك ، ونكاح المحرم ، والحكم بالقسامة ، وطلاق المخيرة ، فيما قيل انها واحدة بآئنه ، فلو خيرها ، فأختارت نفسها ، ثم تزوجت قبل زوج ، فرفع الى حاكم يرى ذلك ، فأقره ، ولم يفرق بينهما ؛ ثم رفع لمن بعده ، فهذا ان يفسخ نكاحها ، ويجعلها البتة ، وليس اقرار الاول اياه ؛ حكما منه . وان أشهد على ذلك ، وكتب . ثم ذكر في الطلاق قبل النكاح ، وما بعده من المسائل : انه اذا قررها حاكم ، فلن بعده ان يحكم فيها بما يراه . ثم قال : وقال لي مطرف مثل قول ابن الماجشون ، من اول هذا القول ، وقال انه قول مالك ، وقاله أصبغ . اهـ . ولم يحك عن ابن حبيب ، انه تعقب

شيئا من ذلك. فلذلك عزاه ابن رشد له ، فقال في البيان : اختلف في الحكم بترك الامر وتجويزه . هل هو كالحكم ؛ فذكر مذهب ابن القاسم ومذهب ابن الماجشون هذا ، إلا انه عزاه لابن حبيب . وظاهر هذا الكلام ، ان الحاكم حكم بترك الامر ، وتقريره على حاله . وهو صريح قول ابن الماجشون « ولو أشهد على ذلك ، وكتب » فمدار هذا الاختلاف ، هو أنه : هل من شرط الحكم ؛ ان يكون متعلقه تغيير امر عن حاله ، أو لا . الاول لابن الماجشون ، والثاني لابن القاسم . وهكذا أورد المسألة شيخ المحققين الامام ابن عرفة ، اذ قال بعد ان عرف الحكم ، بأنه جزم القاضي بحكم شرعي ، على وجه الامر به ، ما نصه : وفي شرط متعلقه ، تغيير أمر عن حاله ، أو لا . قولاً ابن الماجشون وابن القاسم . اللخمي : ما هو ترك لما فعل ؛ وامساك عن الحكم لغير الفاعل ، كالحث بالطلاق قبل النكاح ، والعتق قبل الملك ، ونكاح المحرّم ، والحكم بالقسامة ، فحكم حاكم بامضاء النكاح ، واستمرار الرق ، ثم رفع لمن يرى خلاف ذلك ، فليحكم به ، ولا يمنع من ذلك ترك الاول . قاله ابن الماجشون ، ورأى ان الترك ليس بحكم . وقال ابن القاسم في كتاب النكاح : ذلك حكم ، وفسخه اثباتي خطأ . وهو احسن . اهـ . وهو صريح فيما قررناه . وقول اللخمي « فحكم حاكم بامضاء » الخ . بين غاية فيما اسلفناه .



الفصل الخامس

في تصرفات المحاكم التي ليست حكماً ،
ولغيرهم من المحاكم تغييرها والنظر فيها

ذكر القرافي في الاحكام ، في جواب السؤال السادس والثلاثين ، عشرين نوعاً من التصرفات التي ليست احكاماً ، تقتصر منها على ثلاثة عشر . لان ما زاد عليها ، من متعلقات الائمة والولادة ، لا من تصرفات القضاة .

النوع الاول : العقود ، كعقد البيع والشراء والاجارة ، في اموال المحجورين والغائبين . وكعقد النكاح على من بلغ من الايتام . فجميع ذلك ليس حكماً . إلا ان يتوقف على ابطال تصرفات ، مقدمة على هذه التصرفات الواقعة من الحاكم الآن . كتزويجها بعد ان تزوجت من غير هذا الزوج ، والحاكم يعلم ذلك . ويبيع العين من رجل ، بعد ان بيعت من رجل آخر ، والحاكم يعلم ذلك ، فان العقود الاخيرة ، تقتضي فسخ تلك العقود السابقة ظاهراً .

النوع الثاني : اثبات الصفات . نحو ثبوت العدالة عند حاكم ، او الجرح ، او أهلية الامام للصلاة ؛ او أهلية الام للحضانة ، او أهلية الوصية . ونحو ذلك . فجميع اثبات الصفات ليس حكماً ، ولغيره ان لا يقبل من قبله الاول ، وأن يقبل من رده الاول ، لثبوت السبب القاضي بذلك عنده .

النوع الثالث : ثبوت اسباب المطالبات . نحو ثبوت مقدار قيمة المتلف في المتلفات ؛ واثبات الدين على الغرماء ، واثبات النفقات للاقارب والزوجات ، واثبات اجرة المثل في منافع الاعيان ، ونحوه . فاثبات هذه الاسباب ليس حكماً ، ولغيره من الاحكام ان يغير مقدار تلك الاجرة ، وتلك النفقة ، وغيرها من الاسباب المقتضية للطالبة .

النوع الرابع ؛ اثبات الحجاج الموجبة لثبوت الاسباب الموجبة للاستحقاق ،
نحو كون الحاكم ثبت عنده التحليف ممن يتعين عليه الحلف ، وثبوت اقامته
البنات ممن اقامها ، وثبوت الاقرارات من الخصوم ، ونحو ذلك . فان هذه
الحجج توجب ثبوت اسباب موجبة لاستحقاق مسياتها ، ولا يلزم من كون
الحاكم اثبتها ، ان يكون حكمه ، بل لغبره ان ينظر في ذلك ويطلبه ، إذا اطلع فيها
على خلل . ولا يكون ذلك الاثبات السابق ، مانعا من تعقب الخلل في تلك الحجج .

النوع الخامس ، اثبات اسباب الاحكام الشرعية . نحو رؤية الهلال في رمضان
وشوال وذو الحجة ؛ مما يترتب عليه وجوب الصوم او الفطر او فعل النسك ،
واثبات اوقات الصلوات . فجميع اثبات ذلك ليس بحكم ، بل هو كاثبات الصفات ،

النوع السادس ، الفتاوى في الاحكام . اي الوجوب والندب والكرهية والتحريم
والاباحية ، في العبادات وغيرها ، من تحريم الابضاع ، واباحية الانتفاع ، وطهارة
المياه ، ونجاسة الاعيان ، ووجوب الجهاد ، وغيرها من الواجبات . فجميع ذلك
ليس بحكم ، بل لمن لا يعتقد ذلك ، ان يفتي بخلاف ما افتى به الحاكم والامام
الاعظم . وكذلك اذا امروا بمعروف . او نهوا عن منكر ، فلمن لا يعتقد ذلك
ان لا يفعل مثل فعلهم . إلا ان يدعوه الامام للانكار ، وتكون مخالفتهم شقاقا ،
فتجب الطاعة لذلك . واما الحاكم فلا يساعد ، على ما نعتقد نحن ، خلاف ما هو
عليه ، إلا ان يخشى فتنة ينهى الشرع عنها .

النوع السابع ، تنفيذات الاحكام الصادرة عن الحاكم ، فيما تقدم الحكم فيه
من غير المنفذ ، بأن يقول « ثبت عند فلان من الحكم كذا وكذا » ومثله إذا
قال « ثبت عندي ان فلانا حكم بكذا » . فليس ذلك حكما من المنفذ ، ولا من المثبت .

النوع الثامن ؛ تصرفات الحاكم ، بتعاطي اسباب الاستخلاص ، ووصول
الحقوق الى مستحقيها ، من السجن ، والاطلاق وأخذ الكفلاء الاملياء . وأخذ

الرهون لنوي الأمن ، وتقدير مدة السجن بالشهور ، وغيرها . فهذه الذرفات ؛
كيفما قلت ، ليست حكماً لازماً . ولنغير الاول من الحكم ، تغيير ذلك وابطاله
بالطرق الشرعية ، على ما تقتضيه المصلحة .

النوع التاسع ؛ التصرف في انواع الحجاج ، بأن يقول « لا أسمع البينة ،
لانك حلفت قبلها ، مع قدرتك على احضارها » أو « لا احكم بالشاهد واليمين »
أو « لا ارد اليمين على المدعي » أو « لا أحلف المدعى عليه ، لانها يمين تهمة ،
ومذهبي انها لا تحلف » فهذا كله ليس حكماً شرعياً ، ولنغيره من الحكم ، ان
يفعل ما تركه .

النوع العاشر من التصرفات ، تولية الحكم ، النواب عنهم في الاحكام ،
ونصب الكتّاب والقُسمّ والمترجمين والمقومين ، واقامة الحجاب والوزعة ، ونصب
الامناء (١) في اموال الغائبين والمجانين ، واقامة من يتجر في اموال الايتام ، او
يعمر العقار ، او يجبي ريعه ، فكل ذلك ليس بحكم ، ولنغيره من الحكم تقض
ذلك ، وابداله بالطرق الشرعية ، لا بمجرد الشهري والهوى .

النوع الحادي عشر ، اثبات الصفات الموجبة التمكن من التصرف في الاموال ،
كالرشد ، او المزيلّة للمكنة من التصرف فيها ، كالفقه . فليس ذلك حكم
يتعذر تقضه ، ولنغيره ان ينظر في تلك الاسباب ، ومتى تحقق ضد ما تحقق
عند الاول ، تقض الاول ، وحكم بضده .

النوع الثاني عشر ؛ تعيين احدى الخصال ، في الحراية ، لعقوبة المحاربين .
ليس حكماً شرعياً . فاذا رفع الى غيره ممن يرى التخير ، ورأى ان المصلحة
في غير ما عينه الاول ، كان له تغيير ما عينه الاول ، وتعيين خصلة اخرى .

(١) هم المقدمون . فالمقدم مولى من قبل القاضي . والتقديم ولاية . لا فرق بين ان
يكون على مجبور ، او على وقف . وليس التقديم من وادي الاحكام ، كما يتوهمه بعض الضملاء .
نعم الترشيح والتجوير حكمان ، اما نصب المقدم فن قبيل الولاية .

النوع الثالث عشر ؛ تعيين مقدار من التعزير ، ليس حكماً شرعياً ، فإذا لم يقع التنفيذ ، ورفع الى غيره ، فرأى خلافه ، فله ان يبطل المعين ؛ ويعين غيره .
اذ ليس الاول حكماً شرعياً ، بل اجتهاد في سبب ، هو الجناية . فإذا ظهر للثاني انها لا تقتضي ذلك . فله الحكم بما يراه .

الفصل السادس

في بيان المواضع التي يكون الحكم فيها جزئياً .
والمواضع التي يكون فيها كلياً .

لما كان الغرض من الحكم ، رفع النزاع الواقع بين المتداعين ، وانضاف احدهما من الآخر ، لزم ان يختص بهما ، ولا يتجاوزهما ، وأن يتعلق بالقضية الواقعة ، لا بنظيرتها . وهذا معنى كون الحكم جزئياً ، لا كلياً . ولم يخرج عن جزئية الحكم ، إلا ثلاثة مواضع ، كان الحكم فيها كلياً ؛ لتحقيق فائدة الحكم ، وتحصل ثمرته . وهي الحكم بالتصفيق ، على المذهب المالكي . والحكم بالصحة . والحكم بالفساد . فالحكم بالتصفيق ، كأن يطلب احد المتشاركين في عقار ، غير قابل للقسمة ، من شركائه ، المتحدين معه في المدخل ؛ تصفيق العقار ، لعدم قبوله للقسمة ، ويحبه احد الشركاء ؛ دون بقيتهم ، بالامتناع من تصفيق جميعه ، ولا يحضر بقية الشركاء ، فيحكم القاضي المالكي بتصفيق جميعه . فالحكم يعم المرافع وغيره . والحكم بصحة العقد ، كالحكم بصحة الحبس الحالي من الحياة . على المذهب الحنفي ، والحكم بصحة الهبة في المشاع . على المذهب المالكي . وبصحة الوصية للمعدوم ؛ على المذهب المالكي ايضاً ، فإذا قام في الحبس الحالي من الحياة ؛

احد الورثة ؛ على مقدم الوقف ؛ او احد الموقوف عليهم ؛ لدى القاضي ؛ طالبا تمكينه من منابه ارثا ؛ في ذلك الوقف ؛ والحكم بفساد الوقفية ؛ لخلوة من الحوز ؛ وأجابه ناظر الوقف ؛ أو احد الموقوف عليهم ؛ بأنه وقف صحيح ؛ ليس للوارث حق فيه بطريق الارث ؛ فأصدر الحاكم ؛ بعد استيفاء الموجبات ؛ حكمه بصحة الوقف ؛ اذا كان حنفيا ؛ أو بفساده ؛ (١) اذا كان مالكيا ؛ فان الحكم يعمر جميع أهل الوقف ؛ الموجب منهم وغيره ؛ وليس لحاكم آخر ؛ ان يحكم بضد ما حكم به القاضي الاول ؛ في ذلك الوقف ؛ اذا تجدد النزاع فيه بين الآخرين ؛ لان حكم الحاكم يرفع الخلاف . وقد نظم هذا الفقه ؛ القاضي التونسي الشيخ محمد السنوسي ؛ المتوفى سنة ١٢٥٥ في نظمه المسمى بـ **لقط الدرر** ؛ فقال في مبحث الوقف :

والحكم بالصحة في الوقف انسحب * وهو في الاستحقاق ليس ينسحب
فان على حرمان زيد اصدرنا * فما على ابنه يرى معتبرا
وقال في مبحث القضاء :

والحكم بين اثنين من قاض جري * عليهما بالحكم منه اقتصرنا
مثل استحقاق الوقف والقرود وما * يعرفون ولا يجري على غيرهما
لان حكم القاضي جزئي كما * نص على ذلك الثقات العلماء
اما اذا بصحة الوقف حكم * أو بفساده فحكمهم يعمر
فكل أهل الوقف فيه من حضر * وغائب عليهم الحكم استمر
وينبغي ان يتبناه الى ان المراد بالعموم في الصحة ؛ عموم الاشخاص ؛ لا عموم

(١) الحكم بفساد الوقف الخالي من الحياة ، يتوقف ، في الولاية التونسية ، على اذن من الامير ، للقاضي المالكي بأن يحكم في هذا الوقف بمشهور مذهبه ، لوقوع التحجير من عهد قديم ، على القضاة المالكية ، في الحكم بفساد الاحباس لخلوها من الحياة ، الا باذن . وابتداء هذا التحجير من اثناء القرن الثاني عشر ، وما زال الى اليوم .

الاحوال لان حكم القاضي بالصحة ؛ انما يتسلط على الجهة التي ادعى تسرب الفساد منها. اي انه صحيح من هذه الناحية . وهي التي وقع الترافع فيها ، ولا يتناول الاحوال التي لم يقع الخوض فيها ، ولا التعرض لها . فالحكم بصحة هبة المشاع ، المتنازع في صحتها من حيث الشيوع ، انما هو من حيث الشيوع ، اي ان الشيوع غير محل بصحتها . والحكم بصحة الوقف الحالي من الحيازة ، المتنازع في صحته من هذه الجهة . انما هو من حيث ان خلو الوقف عن الخوز ، لا يخل بالصحة . فلا ينقض الحكم بالصحة من الجهة التي وقع التنازع فيها ، اما او وقع الترافع . بعد الحكم الاول ، في الصحة والفساد من نواح اخرى . ككون الراهب ، او الواقف ، محجورا عليه ، فان الحكم الاول بالصحة ، لا يسلط على هذه الجهة ، ولا يصد الحاكم عن الحكم بفساد هذا العقد ، لثبوت الحجب ، ولا يكون هذا الحكم ناقضا للحكم الاول ، لاختلاف الجهة . فليتبني الى ذلك ، فانه من مداحض الاقدام ، ومزالق الانتظار .

وفي غير هذه المواضع الثلاثة ، لا يكون الحكم إلا جزئيا . قال في المختصر « ولم يتعد لمائل ، بل ان تجدد فالاجتهاد ، كفسخ برضاع كبير ، وتأيد منكوحة عدة . وهي كغيرها في المستقبل » اهـ . قال الشيخ حلولو في شرح هذه العبارة : بعني ان الحكم بالاجتهاد ، لا يكون كلياً ، بل هو جزئي ، لا يتعدى الصورة التي هي محل الحكم . وبيان ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات ، هو أن معظم نظره ، إنما هو فيما يحتاج فيه الى البينات ، والبينة انما تشهد بما رأته وشافهته ، وذلك جزئي . فاذا فسخ نكاحا بين زوجين ، بسبب ان احدهما رضع امر الآخر ، وهو كبير ، فالفسخ ثابت لا يقضه احد . ولكنه إن تزوجها بعد ذلك ، فرفع امرهما اليه . او الى غيره ممن ولي بعده ، لم يمنعه ذلك من الاجتهاد فيها . فان اداه اجتهاده الى ان رضاع الكبير لا ينشر الحرمة ، اقره على

ذلك ولم يفسخه. وكذا من تزوج امرأة في عدتها، ورفع الى مالكي يرى مع الفسخ تأييد الحرمة، فإن حكمه لا يتعدى الفسخ، واما تحريمها في المستقبل، فلم يتعلق به الحكم. والواقعة بالنسبة للاجتهاد كغيرها. اهـ. وقال ابن فرحون في تبصرته صفحة ٧١ من الجزء الاول، نقلا عن القرافي: أعلم: ان القاضي اذا حكم بفسخ نكاح، او بيع، او اجارة، وشبه ذلك، لموجب من موجبات الفسخ، وذلك في مسألة مختلف فيها، ومثار الخلاف فيها اجتهادي، ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد، فان حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ، واما ما يتبع ذلك من الاحكام والعوارض، فذلك القاضي بالنسبة اليها كالمفتي. وكذلك لو حدثت قضية اخرى، مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ، في ولاية ذلك القاضي، ولم ترفع اليه، او رفعت اليه، ولم ينظر فيها حتى عزل او مات، فانها تحتاج الى انشاء نظر آخر من القاضي الاول، او من القاضي الثاني، ولا يكون حكم القاضي الاول متاولا إلا لما باشره بالحكم. وسبب ذلك، ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات، دون الكلليات؛ لان معظم ما ينظر القاضي فيه، يحتاج الى بينة، والبينة انما تشهد بما رأته او شافته، وذلك امر جزئي. وهذا هو غالب ما تشهد به البينة ويحكم القضاة به. اذا ثبت ما قررناه، فإن القاضي اذا فسخ نكاحا بين زوجين، بسبب ان احدهما رضع ام الآخر، وهو كبير، فالفسخ ثابت. لا ينقضه احد، ولكنه ان تزوجها بعد ذلك، فرفع امرها الى غيره، ممن ولي بعده، لم يمنعه ذلك الفسخ، ان يجتهد ويبيحها له، ان اداه اجتهاده الى ان رضاع الكبير لا ينشر الحرمة. وكذا لو رفع اليه نفسه، وتغير اجتهاده. فله ان يبيحها له. وكذا من تزوج امرأة في عدتها، ورفع ذلك الى قاض مالكي، فإنه يري مع الفسخ تأييد التحريم، ومع هذا فإن حكمه لا يتعدى الفسخ. فاذا تزوجها بعد ذلك، ورفع امرها الى قاض آخر، لا يري

تأييد التحريم ، لم يكن القضاء الاول مانعاً من أن يسبحها له . ويكون الحكم في حق المرأتين : في هذا الفرع والذي قبله ؛ حكم امرأتين لم يتقدم عليهما حكم . (فرع) وكذلك ؛ لو جمع رجل ، في عقد النكاح ، بين النكاح والبيع ، او بين النكاح والاجارة ، ورفع ذلك الى قاض مالكي ، فحكم بالفسخ ، على مشهور المذهب لرأي رءاه ؛ أو لتقليده ابن القاسم في ذلك ؛ ثم تزوج ذلك الرجل ، تلك المرأة بعينها ، على ذلك الوجه الفاسد ؛ الذي حكم القاضي بفسخه بينهما ؛ فرفع امرهما الى القاضي الاول ؛ أو الى قاض غيره ؛ فإن حكم القاضي الاول ؛ لا يتناول فساد هذا العقد الثاني ، بل اذا أدى نظر القاضي الثاني ، الى خلاف ما أدى اليه اجتهاد الاول ، من امضاء النكاح أو البيع ، مطلقاً ؛ أو بشرط أن يبقى للبضع ربع دينار ؛ امضاه . اهـ . وظاهر قول القرافي « حكمه لا يتعدى الفسخ » ان للحاكم الثاني ، أن يحكم بصحة العقد المجدد ؛ سواء كان الاول حكم بالفسخ فقط ، أو حكم بالفسخ وتأييد التحريم . وهو ظاهر كلام الجواهر ؛ ونصها : على نقل المواق : (١) قال في الجواهر : ان كان حكم الاول باجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ؛ ليس نقل ملك من احد الخصمين الى الآخر ؛ ولا فصل حكومة بينهما ؛ ولا اثبات عقد بينهما ؛ ولا فسخه . مثل ان يرفع الى قاض رضاع كبير ؛ فيحكم بأن رضاع الكبير يحرم ، ويفسخ النكاح من أجله ؛ فالقدر الذي ثبت من حكمه ؛ هو فسخ النكاح فحسب ؛ وأما تحريمها عليه في المستقبل ؛ فإنه لا يثبت بحكمه ؛ بل يبقى ذلك معرضاً للاجتهاد فيه . وكذلك لو رفع اليه حال امرأة ؛ نكحت في عدتها ؛ ففسخ نكاحها ؛ وحرمها على زوجها ؛

(١) هو محمد بن يوسف بن ابي القاسم البدرى ؛ شهر بالمواق ؛ الاندلسي الغرناطي . له كتاب سنن المهتدين في مقامات الدين ؛ وشرح على مختصر خليل ، نحا فيه طريقاً انفرادية ، وهو الاقتصار على عزو مسائله ؛ ونقل فقه من اصول المذهب ، بما يوافقه او يخالفه ؛ من غير تعرض لالفاظه ؛ ببلغ الغاية في الجودة وتحرير النقول . توفي في شعبان سنة ٨٩٧ هـ

لكان القدر الذي ثبت من حكمه ؛ فسخ النكاح فحسب ؛ واما تحريمها عليه في المستقبل ، فمعرض للاجتهاد ، ومن هذا الوجه ، ان يحكم بنجاسة ماء او طعام او شراب ، او تحريم بيع او نكاح او اجارة ، فانه لا يثبت حكم في ذلك الجنس من العقود ، ولا البياعات ، على التأيد ، وانما له ان يغير من ذلك ما شاهده ، وما حدث بعد ذلك فإنه معرض لمن يأتي من الحكم والفقهاء اهـ . وهو ظاهر قول خليل ايضا « بل ان تجدد فالاجتهاد ، كفسخ برضاع كبير ، وتأيد منكوحة عدة . وهي كغيرها في المستقبل » اهـ . وجعل معظم شراحه ، محل ذلك ، اذا حكم الحاكم بمجرد الفسخ ، ولم يحكم بتأيد التحريم ، اما اذا حكم بهما معا ، فليس لحاكم آخر ، الحكم بصحة العقد الثاني ، لافضائه الى تقض القضاء الاول .

وقد نزل سنة ١٣١٨ ان تزوجت امرأة قبل انقضاء عدتها ، فحكم القاضي المالكي بفسخ النكاح ، وتأيد التحريم . وبعد الاستبراء ، عقد الزوج ، المحكوم بفسخ نكاحه ، عقدا جديدا عليها ، على مقتضى المذهب الحنفي . ورأى اهل الشورى المالكية ، ان الحكم الاول مانع من تجديد العقد عليها ، ويمنع القاضي الحنفي من الحكم بصحة هذا النكاح ، بناء على ما قيد به غالب شراح المختصر كلامه . وبلغ ذلك الوالد الشيخ يوسف جعيط ، (١) رحمه الله ، فراجع في ذلك علامتين الشيخ عمر بن الشيخ ؛ (٢) احد شيوخ الفتوى ؛ المعروف بدقة النظر ؛

(٢) هو ابو الحباسن يوسف بن احمد بن عثمان ابن قدام جعيط ؛ القيرواني الاصل ، التونسي الدار . كان معدودا من علماء عصره . يشهد له معاصروه بحدة النظر ، واصالة الرأي ؛ وسعة الاطلاع . تصدى للتدريس اولاً ، ثم دخل في سلك كتابة الدولة ، وهي معدودة في عصره من الخطط العلمية ، كما هو شأنها في الاندلس والمغرب . وتدرج في مراتبها ، الى ان بلغ الوزيرة الكبرى ، ومات عليها . ولم تقطعه هذه الوظائف ؛ عن المطالعة العلمية ، ومراجعة شيوخه ومعاصريه ، في كثير من المواضيع العلمية . مولده سنة ١٢٤٧ وتوفي سنة ١٣٣٣ .

(٢) هو ابو حفص عمر بن الشيخ احمد ، المعروف بابن الشيخ ، من بلد رأس الجبل . احد

وجودة الفهر في تحقيق المناسط : المتوفى سنة ١٣٢٩ والشيخ محمد النجار الشريف : (١) احد اساطين الفتوى : المعروف بسعة العلم : وغزارة الحفظ ، وكثرة الاطلاع ، المتوفى سنة ١٣٣٠ - وألف في الغرض رسالة ، كانت سببا في رجوعهما الى ما راءه ، رحم الله جميعهم ، ورزقهم رضوانه ، وها انا ذا اورد رسالة الوالد ، لاختصارها ، ورشاقة اجرائها ، وغزارة فوائدها ، واعانتها على تحقيق مباحث ستأتي في الفصول الآتية ، وهذا نصها :

بسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله الذي اوضح للحق سبيلا ، والصلاة والسلام على نبيه محمد وصحبه وتابعيه القائمين بنصرة دينه جيلا فجيلا ، وبعد فهذه تقريرات جمعتهما ، وتحريرات أثبتتها ، تتعلق بمسألة رفع الخلاف بحكم الحاكم ، وما أنبنى عليها من الفتاوى ، في نحو مسألة المتزوجة في العدة . اذا حكم الحاكم بفسخ النكاح ، وتحريمها على من تزوج بها ، تحريما مؤبدا ، هل اذا عقد عليها الزوج المذكور ، عقداً ثانياً ، ورفع ذلك الحاكم لا يرى تأييد التحريم ، ان يحكم بصحة العقد الثاني ؛ ولا يكون ذلك تقضاً لحكم الحاكم الاول . أو لا يجوز ان يحكم بصحة العقد الثاني ؛ لانه تقض لقضاء القاضي الاول ؛ الحاكم بتأييد التحريم . وظاهر المختصر الخليلي على الاول ؛ ومعظم شراحه على الثاني . فأقول : يلزم ، قبل الخوض في تحرير هذه المسألة ؛ تقديم مقدمتين .

احد الراسخين في العلم ، وشيخ العلماء بتونس . تقل في وظائف علمية وادارية ، فرائها بلمه واستقامته ، وحيدة نظره . مولده في حدود سنة ١٢٣٧ وتوفي سنة ١٣٢٩

(١) هو محمد بن عثمان النجار الشريف ، القيرواني الاصل ، التونسي الدار . امتاز عين علماء عصره بسعة الاطلاع ، وقوة الحفظ ، والشفف بالمطالعة . له رسائل ، وكتابات على احاديث كثيرة من صحيح البخاري ، يكتبها في كل رمضان على كتابتين ، وباقي احاديثها في جامع حرمل ، وثانيتهما في ضريح الولي الصالح سيدي احمد بن عروس . ويحضره ما علماء عصره ، والتلاميذ . وله فتاوى كثيرة . مولده سنة ١٢٥٠ وتوفي سنة ١٣٣١

الاولى ؛ ان التحليل والتحرير ؛ معلوم انهما احكام شرعية محضة . ليس للعبد ان يحلل ؛ أو يحرم شيئاً على العباد . وانما المحلل والمحرم هو الله تعالى . وهو المنشئ لذلك . قال ابن شاس في الجواهر : انما القضاء اظهار لحكم الشرع ؛ لا اختراع له . اهـ . وهو انشاء الزام أو إطلاق ؛ يترتب على مقتضى تلك الاحكام الشرعية . لا انشاء تحرير او تحليل . وإلا كان تحصيلاً للحاصل . وقال القرافي ، في الاحكام ، في الفرق بين الفتاوى والاحكام . ما محصله . في الفرق بين المجتهد في الفتوى والحكم : انه في الفتوى ؛ يخبر عن مقتضى الدليل الراجح عنده . فهو كالمترجم عن الله تعالى ، فيما وجدته في الأدلة . كترجمان الحاكم ، يخبر الناس بما يجده في كلام الحاكم ، او خطه . وهو في الحكم ، ينشئ الزاماً او اطلاقاً للمحكوم عليه ، بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح ، والسبب الواقع ، في تلك القضية . فهو اذا اخبر الناس ، اخبرهم عما حكم به . هو . لان الله تعالى فوض له ذلك ، بما ورثه عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، مما في قوله « وأن احكم بينهم بما انزل الله » . واذا اخبر الناس في الفتيا . اخبرهم عن حكم الله تعالى ، الذي فهمه عن الله في ادلة الشرع . فهو في مقام الحكم ، كنائب الحاكم . يحكم بنفسه ، وينشئ الالزام والاطلاق ، بحسب ما يقع له من الاسباب والحجج . لان مستتيه جعل له ذلك . بخلاف الترجمان الذي جعل متبعاً لا منشئاً .

المقدمة الثانية ، ان القضاء شرع لقطع النزاع والخصومات بين العباد . وهو انما يتعلق بالجزئيات ، لا بالكليات . قال في التوضيح : ان الحكم بالاجتهاد ، لا يكون كلياً ، بل هو جزئي ، لا يتعدى الصورة التي هي محل حكمه . وذلك ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات . لان معظم ما ينظر فيه القاضي ، يحتاج فيه الى بيئته ، والبيئة انما تشهد بما رأته وشاهدته . وذلك جزئي . وقال الامام

ابن عرفة في مختصره : ولما كان حكم الحاكم انما يتعلق بجزئي ، لم يكن حكم حاكم ثان ، بقبض حكم الاول في جزئي اخر ، تقضاً لحكمه . ولذا قال المازري : كان الصديق ، رضي الله تعالى عنه ، يسوي في العطاء من الفبي بين الشريف والمشروف ، فلما ولي عمر ، فاضل بين الناس ، فلما ولي علي سوى بينهم فلم يكن اختلافهم تقضاً لقضاء بعضهم بعضاً . اهـ . اذا تمهد هذا ، فاعلم : ان ظاهر ما ذهب اليه ابن شاس في الجواهر ، تبعاً لابن محرز : ان الحاكم اذا حكم بتأييد تحريم المتزوجة في العدة على المتزوج بها ؛ وفسخ النكاح بينهما ؛ انه اذا تجدد العقد عليها من ذلك الزوج ؛ ان للحاكم الثاني ان يحكم بصحته ، ولا يكون ذلك تقضاً لقضاء القاضي الاول . ونص عبارته في الجواهر : وان حكم بالاجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ، وليس بنقل ملك من احد الخصمين الى الآخر ؛ ولا فصل خصومة بينهما ؛ ولا اثبات عقد ؛ وفسخه . مثل رضاع كبير ، فيحكم بانه رضاع محرّم ؛ ويفسخ النكاح لاجله . فالفسخ حكم ، والتحريم في المستقبل ؛ لا يثبت بحكمه ؛ بل يبقى ذلك معرضاً للاجتهاد فيه . وكذلك لو رفع اليه حال امرأة انكحت في عدتها ؛ ففسخ نكاحها ؛ وحرّمها على زوجها ؛ لكان القدر الذي يثبت من حكمه ؛ فسخ النكاح فحسب ؛ وأما تجريمها عليه في المستقبل ؛ فمعرض للاجتهاد . ومن هذا الوجه ؛ ان يحكم بنجاسة طعام او شراب ؛ او تحريم بيع او نكاح او اجارة . فانه لا يثبت حكم في ذلك الجنس من العقود ؛ ولا البياعات . على التأيد . وإنما له ان يغير من ذلك ما شاهده . وما حدث بعد ذلك فانه معرض لمن يأتي من الحكم والفقهاء . اهـ . فأنت تراه كالصریح ، في ان حكم الحاكم بالتحريم ؛ فتوى منه ؛ لا حكم . لقوله ؛ انه لا يثبت بحكمه . بل يبقى ذلك معرضاً للاجتهاد فيه ؛ وان الذي هو حكمه ؛ هو الفسخ فقط . وذلك لما بيناه لك سابقاً ؛ من ان التحليل والتحريم

احكام شرعية محضة . والله تعالى هو المنشئ لها ، لا غير . والقضاء اظهار لحكم الشرع ؛ لا اختراع له . وان حكم الحاكم : لا يتجاوز غير انشاء الالتزام او الاطلاق للمحكوم عليه ؛ بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح . والسبب الواقع في تلك القضية ؛ من الحكم الشرعي . فالحكم الشرعي بنشر الحرمة - مثلاً - برضاع الكبير ؛ الذي اعتقده الحاكم ؛ بسبب حكمه بفسخ النكاح ؛ ما هو حكمه ، بل هو حكم الله تعالى في اعتقاده ، على مقتضى ما اداه اليه اجتهاده ، والسبب غير المسبب . واذا كان متعلق حكمه الفسخ لا غيره ، فهو العقد الذي وقع النزاع فيه . فاذا تجدد عقد آخر ، فهو غير العقد الذي تعلق به الحكم . بل هو مثله . فيجري فيه الاجتهاد . ولا يكون ذلك نقضاً للقضاء الاول . اذ حكم المجتهد في جزئي معين ، لا يتعدى لمماثل يحدث . لان الحكم جزئي لا كلي . فلا يكون حكمه في الاول ، حكماً للمماثل ، رافعاً للخلاف فيه ايضاً . فإن قلت : قد وضع الحق لذي عينين ، فما مستند منظم شراح الشيخ خليل ، فيما ذهبوا اليه ، من ان الحاكم اذا حكم بتأييد تحريم المتزوجة في العدة على من تزوج بها ، فليس لقاض آخر ، اذ تجدد العقد عليها من ذلك الزوج ، ان يحكم بصحته ، لانه نقض لما حكم به الحاكم الاول . قلت : مستندهم في ذلك ، ما ذكره الامام ابن عرفته في مختصره الفقهي . بحثاً مع ابن شاس . وتابعه عليه الشيخ الخطاب في شرح المختصر الحللي . ونص ما ذكره الامام ابن عرفته : ابن شاس : « ان رفع لقاض رضاع كبير ، فحكم بأن رضاع الكبير يحرم ، وفسخ نكاحه لذلك ؛ فالقدر الذي يثبت من حكمه ، هو فسخ النكاح فقط ، لا تحريمها عليه في المستقبل ، بل هو باق لتعلق الاجتهاد به ، وكذا فسخه نكاح معتدة ، وتحريمها على زوجها . الثابت من حكمه فسخه ، لا تحريمها عليه في المستقبل . » وتبعه ابن الحاجب وقبلوه . قلت : وهو صواب في مسألة المعتدة . واما رضاع الكبير ، فغير صحيح . أو فيه نظر . وبيان ، ان علة منع حكم الثاني بخلاف

حكم الاول ، هي كون حكم الثاني رافعاً لمتعلق حكم الاول بالذات . وهذا لانه (١) دار معه وجوداً وعدمياً ، اما وجوداً ، ففي امثال حكم الحاكم الثاني ، يكون المبتاع الاول ، فيما باعه الامر والمأمور ، أحق بالمبيع ، ولو قبضه المبتاع الثاني ، بعد حكم الاول ، بأن قابضه أحق ، وأما عدماً ، ففي جواز حكم عمر وعلي ، رضي الله تعالى عنهما ، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء ، وتقرر في اصول الفقه ، اعتبار الدوران ، اذا ثبت هذا ، ونظرنا ، وجدنا حكم الثاني ، في مسألة الناكح في العدة ، غير رافع لنفس متعلق حكم الاول ، لان متعلق حكمه بالذات ، الفسخ ، والتحرير تابع له ، فلم توجد علة منع حكم الثاني فيها ، ووجدنا حكم الثاني ، في مسألة رضاع الكيسر ، رافعاً لنفس متعلق حكم الاول بالذات ، وهو تحريم رضاع الكيسر ، وفسخ نكاح رضاع الكيسر تابع لهذا المتعلق بالذات . لانه متعلق حكمه بالذات ، فيجب منع حكم الثاني ، عملاً بالعلّة الموجبة لمنعه ، فتأمل . اهـ .

(١) ايضاح لكلام ابن عرفة : قوله « لانه دار معه وجوداً وعدمياً » اي ذن منع حكم الثاني بعد حكم الاول ؛ دار مع رفع حكم الثاني لمتعلق حكم الاول ، فحيث وجد من حكم الثاني رفع متعلق حكم الاول بالذات ؛ امتنع . وحيث انتفى من حكم الثاني رفع متعلق حكم الاول بالذات ؛ جاز . وقوله « اما وجوداً ؛ ففي امثال حكم الحاكم الثاني يكون المبتاع الاول » الخ . يريد بذلك ؛ ان الانسان اذا كان مالكا لسلمة ؛ فأمر غيره ببيعها ؛ ثم باعها صاحبها من انسان ، وباعها الوكيل للمأمور من انسان آخر ، ولم يكن احدهما علم ببيع الآخر ، فوقع التنازع بين المشتريين ، فعلم الحاكم بأن قابضها أحق بها ، ثم جدد التنازع ، فعلم الحاكم بأن المشتري اولاً أحق بالسلمة . فان هذا الحكم الثاني لا يصح ، لانه رافع لكون المشتري ثانياً ؛ القابض للسلمة ، أحق بها . وقوله « واما عدماً . هي جواز حكم عمر وعلي ، رضي الله تعالى عنهما ، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء » يريد ان ابى بكر سبّ في العطاء ، وعمر فاضل فيه ، وعلياً سبّ فيه . وجاز ذلك ؛ لان حكم عمر لم يطل ما حكم به ابو بكر . وهو اعطاء بعض قدره خاصاً من المال ، لان ذلك قد فاعلمطى هو المنظور اولاً . وقد قد . والتسوية تابعة ، غير منظور اليها بالذات . فلذلك جاز تقضها . وفي التمثيل بهذا المثل نظر ؛ لان هذا التصرف ليس من الحكم ؛ على ما قاله القرافي في الاحكام ؛ في السؤال ٣٦ .

وقال الشيخ الخطاب : ما ذكر ابن عرفة . من البحث مع ابن شاس ،
وتفريقه بين المثلين ؛ ظاهر . لان حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح ؛
مستلزم لحكمه بتحريم رضاع الكبير ؛ اذ لا موجب للفسخ سواه . فحكم
الثاني ، بصحة النكاح الثاني ؛ رافع لحكم الاول ، بتحريم رضاع الكبير . فلا
يصح حكمه بذلك . بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة . فإنه لا يستلزم الحكم
بتأييد حرمتها . لان الفسخ لكون النكاح في العدة فاسداً ؛ وتأيد التحريم امر
وراء ذلك ، اختلف فيه العلماء . هل يستلزمه النكاح في العدة ، أم لا . واما
الفسخ فلا تعلق له به . نعم ، وقع في عبارة ابن شاس ، التي نقلها الجماعة ؛
منهم ابن عرفة . ان القاضي فسخ نكاح المعتدة وحرّمها . فإن كان مرادهم
بقولهم « حرّمها » انها حكم بحرمتها عليه للفسخ . فما قالوه ظاهر . وان
كان مرادهم ان القاضي حكم بتأييد حرمتها ، وكيف يصح حكم القاضي الثاني ؛
بصحة النكاح الثاني . ولعلمهم فهموا المعنى الاول . واما على المعنى الثاني ؛ فلا
يصح للقاضي الثاني ؛ ان يحكم بصحة النكاح الثاني . وذكر بعد ذلك تبيينها ،
نصه : تبيينه ؛ لو رفع نكاح النكاح في العدة . لقاض ففسخه ، ثم تزوجها ذلك
الزوج ، بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه ، فرفع ذلك لقاض يرى تأييد
حرمتها ، ففسخ النكاح حينئذ ، فلا يصح لقاض . اخر ، ان يحكم بصحة نكاحها
بعد ذلك . لان فسخ هذا النكاح الثاني ، مستلزم للحكم بتأييد تحريمها على
النكاح في العدة . اذ لا مقتضى للفسخ سواه . فتأمل . والله تعالى أعلم . اهـ .
بلفظه . فتلقاه الشراح المذكورون بالقبول . وجروا عليه في شروحه .
وبه جرت فتاوى المشايخ العصريين . وأقول : إني لاعجب من تلقي الشراح
لذلك بالقبول . مع ان الامام ابن عرفة ؛ انما ذكر ذلك بحثاً ، لا فقهاً . اذ لم
يتقل عن احد من الفقهاء ، ما يخالف ما ذكره ابن شاس . بل ذكر انهم قبلوه .

يعني الفقهاء، وما بعد قبول الفقهاء له، إلا تسليمه. واعتقاده الفقه. ومن المعلوم المقرر، ان ابحاث الامام ابن عرفة، تؤخذ تفقهاً لا فقهاً. فكيف يلغى ما قبله الفقهاء، ويؤخذ ما ذكر بحثاً. على ان ما ذكره ابن شاس، لم يفرد به. بل هو تابع في ذلك لابن محرز. حيث قال في تبصرته: وكذلك لو رفع اليه نكاح في عدة، ففسخه، وحرماها على زوجها، لكان الذي يثبت من حكمه، هو فسخ نكاحها فحسب. واما تحريمها في المستقبل، فمعروض للاجتهد. ثم قال: ولم يحرم ذلك على التأيد. اهـ. وجرى عليه القرافي في قواعده. وقد اوضحنا لك سابقاً، وجه الفقه في المسألة، وأنه لا يصح من الحاكم الحكم بالتحليل والتحريم. فاذا صدر منه ذلك، فهو جار منه مجرى الفتوى، لا الحكم. وإنما يحكم بمقتضاه، من فسخ أو غيره، كما تقدم. فإن قلت: هل من جواب على ما أوضح به الخطاب بحث ابن عرفة مع ابن شاس. قلت: الجواب عن ذلك: بنعم الملازمة، بين الحكم بفسخ النكاح برضاع الكبير، والحكم بتحريم رضاع الكبير. إذ الذي يستلزمه الحكم بفسخ النكاح برضاع الكبير. اعتقاد نشر الحرمة برضاع الكبير. لا الحكم بنشر الحرمة برضاع الكبير. فراضع الكبير، في اعتقاد الحاكم، سبب في نشر الحرمة. وترتب المسببات على أسبابها، لا يدخلها حكمه. وحينئذ لا يصح ان يقال: ان الحكم بفسخ النكاح، يستلزم الحكم بالتحريم. بل انما يستلزم اعتقاد التحريم، لا الحكم به. والذي لا ينقض، ويرفع الخلاف هو حكمه. وذلك لمصلحة الاحكام، ورفع التشاجر والخصار. لا اعتقاده. إذ لا تلزم الموافقة عليه. وحكمه بالفسخ فيما ذكر، إنما تعلق بجزئي خاص: وهو العقد الاول. فإذا تجدد؛ فهو عقد ثان، لم يتقدم فيه حكم. بل هو مثله. فيجري فيه الاجتهاد حينئذ. ولا يكون ذلك تقضاً للقضاء الاول. هذا ما ظهر للذهن الكليل، والله تعالى المرشد سواء السبيل. اهـ. الرسالة.

الفصل السابع

في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالاً أو تضمناً

ذكر ابن فرحون في تبصرته ، في الفصل الثالث من القسم الاول من الركن السادس : المواضع التي يدخلها الحكم استقلالاً ، أو تضمناً ، من غالب الابواب الفقهية . ولخص ذلك من كلام الشيخ سراج الدين البلقيني (١) الشافعي . غير ان ما ذكره ، رحمه الله ، لا يتمشى الكثير منه مع الاصول المالكية . فرأينا أن نذكر نصه ، في كل موضع ، ونردفه بما يوضح الحق فيه ، حتى لا يؤخذ على علته . وتقل نصه محكياً بقال . ونردفه بما رأيناه ؛ بأقول . ونختم الفصل بمسألة البينات ، هل يدخلها الحكم استقلالاً ، أو تضمناً .

قال : الطهارة . لا يدخلها شيء من الحكم بالصحة : ولا بالموجب : استقلالاً . لكن يدخلها الحكم بطريق التضمن . كتعليق عتق أو طلاق ، على طهارة ماء أو نجاسته . فإذا ثبت عند الحاكم وقوع الطلاق : لوجود الصفة : نحكم بصحة الطلاق ؛ أو بموجب ما صدر من المعلق ؛ ووجود صفته : كان ذلك متضمناً للحكم بالنجاسة أو بالطهارة .

أقول : الحكم بصحة الطلاق ، لا يتضمن الحكم بالنجاسة أو بالطهارة ؛ وإنما يتضمن اعتقاد الحاكم الطهارة أو النجاسة ، كما تقدم في الفصل السابق . ومما يدل عليه ، قول الجواهر ، في القاضي يرفع اليه رضاء كبير ، فيحكم

(١) هو عمر بن رسلان بن نصر الكنتاني المصقلاني الشافعي . ولد في بلقين بمصر سنة ٧٢٤ ونشأ في القاهرة . وكان مجتهداً ، حافظاً للحديث ، من العلماء الراسخين في العلم . ولي قضاء الشام سنة ٧٦٩ وتوفي بالقاهرة سنة ٨٠٥ له تاليف في الفقه وغيره .

بأن رضاع الكبير يُحرِّمُ ويفسخ النكاح من أجله . فالقدر الذي يثبت من حكمه : هو فسخ النكاح فحسب . وكذا لو رفع اليه حال امرأة نكحت في عدتها : ففسخ نكاحها ؛ وحرِّمها على زوجها ؛ ليكان القدر الذي يثبت من حكمه : فسخ النكاح فحسب ؛ وأما تحريمها عليه في المستقبل ؛ فمعرض للاجتهاد . ومن هذا الوجه ؛ أن يحكم بنجاسة ماء او طعام او شراب ؛ فإنه لا يثبت حكم في ذلك الجنس . اهـ باختصار . فإذا كان التصريح بالحكم بالتحريم : لا يعطيه الصبغة الحكمية . فكيف ما وقع السكوت عنه . وتقدم عن القرافي : أن الحكم بمقتضى المدرك ، ليس حكما بالمدرك .

قال : الصلاة يدخلها الحكم بالتضمن . مثل من صلى المكتوبة بوضوء خال عن النية ، او مع وجود مس الذكر ؛ لاعتقاده صحة الصلاة مع ذلك . فاذا حكم حاكم بعدالة من فعل ذلك . والحاكم معتقد صحة ذلك ، كان حكمه متضمنا صحة وضوئه . وعلى هذا قياس الصلاة الحالية عن قراءة الفاتحة ، او عن الطمأنينة ، ونحو ذلك . قال الشيخ سراج الدين ، رحمه الله ؛ ولقد عجبت من قاض ، حضر عند سلطان ، ووقع الكلام في صحة اقامة الجمعة في جامع بناء ذلك السلطان . فلما تكلموا في الخلاف في ذلك ، قال القاضي « نحكم بصحة اقامة الجمعة فيه » وهذا الكلام باطل . ولا يتصور ان يدخل ذلك ، ولا نحوه ، تحت الحكم استقلالا ، ولا تضمنا على الاطلاق . ولكن يدخل بالنسبة الى واقعة خاصة ، من تعليق الطلاق ، او غيره . على صحة اقامة الجمعة في هذا المكان . فالحكم اذا توجه الى المعلق بما التزمه . يتضمن صحة اقامة الجمعة في هذا المكان ، بالنسبة الى الزام الشخص ، لا مطلقا .

اقول : فيما ذكره نظر من وجوه . الاول : أن الحكم بالعدالة ، انما يتضمن اعتقاد صحة صلاة المعدل بالوضوء الحالي من النية ، او الواقع بعدة مس الذكر ،

لا الحكم بذلك . الثاني . ان التعديل ليس من باب الحكم ، وانما هو من قبيل الثبوت . وقد ذكر ابن فرحون . نقلا عن القرافي : ان اثبات الصفات ، كثبوت العدالة ، او الجرح : ليس حكما . ولذا يجوز لحاكم آخر . ان يرد من قبله الاول ، ويقبل من رده الاول ، لثبوت السبب القاضي بذلك . الثالث ، انه اذا سلم انه حكم بصحة اقامة الجمعة في الجديد ، يلزم ان يعم المحكوم عليه وغيره . لان الحكم بالصحة يعم . الرابع . ان الحكم بلزوم الطلاق ، لا يستلزم الحكم بصحة اقامة الجمعة في هذا المكان . وانما يستلزم اعتقاد صحة اقامتها فيه . وقد ذكر الزرقاني المسألة في باب الجمعة من شرح المختصر ، فقال : ان قوله « والجمعة للعتيق » مقيد بثلاثة قيود : ثانيها ان يحكم حاكم بصحتها في الجديد ؛ تبعا لنذر بانيه عتق عبد بعينه ، ان صحت صلاة الجمعة فيه . فإن وقع ذلك ، وحكم مخالف بعتق العبد لصحتها ؛ صحت فيه . إذ حكمه الداخل في العبادات ؛ تبعا لنحو عتق ؛ كما افتى به الناصر . لا ينقض . اهـ . وكتب عليه المحقق محبيه البناني ما نصه : فيه نظر . إذ حكم الحاكم ؛ في المسألة المذكورة ، لم يقع إلا بالعتق ؛ لا اعتقاده صحتها في الجديد . ولا يلزم من اعتقاده صحتها فيه ، حكمه بها . فتأمل . اهـ .

قال : واما الزكاة ، فيدخلها الحكم . وذلك مثل ما لو حكم حاكم ، يرى جواز اخراج القيمة في الزكاة ، بصحة الاخراج ، وبموجب الاخراج عنده . وهو سقوط الفرض . بذلك كان الحكم بالصحة والموجب في ذلك سواء . وليس للساعي . اذا كان ذلك الحكم مخالفا لمذهبه ، ان يطالب المالك باخراج الواجب عنده ، سواء حكم بالصحة او حكم بالموجب ،

اقول : الزكاة : لا يمكن ان يدخلها الحكم بالصحة ، او الموجب ، الذي هو سقوط الفرض . استقلالاً . لان الصحة في العبادات ؛ يراد بها سقوط الفرض ؛

وهو من مصالح الآخرة ، لا من مصالح الدنيا ، والقضاء انما يكون فيما هو من مصالح الدنيا . بخلاف الصحة في المعاملات ، لان المراد بها ، ترتب اثر العقد عليه ، وهو من مصالح الدنيا ، ولذا امكن الحكم بالصحة فيها . وأما دخول الحكم فيها ضمنا ، فكأن يدفع المركزي ، لاحد الفقراء ، قيمة ما وجب عليه اخراجه ، بناء على اعتقاد جواز اخراج القيمة في الزكاة ، ثم يبدو له ان ذلك غير صحيح ، فيريد استرجاع ما اعطاه ، ليخرج بدله عين ما وجبت فيه الزكاة ، فيمتنع الفقير من تسليمه ، فيقع التنازع في ذلك لدى القاضي الذي يرى صحة اخراج القيمة ، فيحكم باستحقاق المعطى لما تسلمه . فان ذلك يتضمن الحكم بالصحة ، بناء على ما قرره في الطهارة والصلاة . ويرد عليه ما ذكرناه سابقا ، من أن اللازم هو اعتقاد الصحة ، لا الحكم بها .

قال : واما الصوم ، فيدخله ايضا . وذلك اذا صام الولي الوارث ، عن الميت . وطلب الوصي ان يخرج الطعام ، فامتنع الوارث منه ، وترافعا الى حاكم يرى صحة الصوم عن الميت . فحكم بصحته ، او بموجبه . فليس للوصي ان يخرج الطعام حيثنذ ، ولا ان يطالب الوارث بذلك ، بخلاف ما قبل الحكم .

اقول : الحكم بالصحة استقلالا ، لا يتأتى ، لما قررناه في الزكاة . واما ضمنا ، كأن يحكم في الصورة التي صورها . بعدم الزام الوارث باخراج الطعام ، فيمكن . بناء على ما قرره ، من ان ذلك يستلزم الحكم بالصحة . لا على ما قررناه . من ان ذلك يستلزم اعتقاد الصحة . لا الحكم بها .

قال : واما الاعتكاف ، فيدخله استقلالا ، وتضمنا . اما الاستقلال ، ففي مسائل ، منها ، انه يقضى للمكاتب على سيده ، بالاعتكاف اليسير . ومنها ، من اعتكفت بغير اذن زوجها ، فله منعها . وكذلك العبد . وكذا لو اعتكف المديان ، هروبا

من اداء الحق ، فان الحاكم يرى فيه رأيه . ومنها ، اذا وطئ المعتكف ، أدبته الحاكم . واما التضمن ، فكما تقدم في الطهارة والصلاة .

اقول : جميع ما ذكره من الامثلة ، انما هو من وادي الحكم ضمنا . لان النزاع بين السيد ومكاتبه ، والزوج وزوجه ، والسيد وعبد ، والمديان وغيرهم ، انما هو في التمكين من الاعتكاف ، وعدم التمكين منه . فاذا قضى الحاكم بالتمكين ، تضمن ذلك صحة الاعتكاف وجوازه ، بناء على ما قرره ، وتضمن اعتقاد صحته وجوازه . بناء على ما قررنا . واذا قضى بعدم التمكين ، تضمن فساد او عدم جوازه ، على ما قرره ، وتضمن اعتقاد الفساد او عدم الجواز ، على ما قررنا . اما تاديب الحاكم للواطئ في الاعتكاف ، فمن باب تغيير المذكر ، لا القضاء . وما ذكره في التضمن ، يرد عليه ان اللازم هو اعتقاد الصحة او الفساد ، لا الحكم بهما . قال واما الحج ، فانه لو فسخ حنبلي حجه الى عمرة ، حيث يسوغ عنده ، ولها زوجة ليس معتقدها ذلك ، فامتعت من تمكينه بعد التحلل . فارتفع الى حاكم حنبلي . فحكم عليها بصحة ما فعل زوجها الحنبلي ، او حكم بموجب ذلك عنده . فهما مستويان . ولو حكم عليها بالتمكين . كان متضمنا للحكم بصحة ما فعله الزوج ؛ وهو نفس الموجب .

اقول : الحكم بصحة ما فعله الزوج ؛ فتوى . لان الصحة في العبادة ؛ اثرها اخروي ؛ كما تقدم . والحكم بالتمكين ؛ يتضمن اعتقاد صحة فسخ الحج في العمرة ؛ لا الحكم بها .

قال : واما الاضحية ؛ فهي عبادة ؛ لا يدخلها الحكم استقلالاً . وقد يدخلها بطريق التضمن ؛ في التعليق ؛ كما تقدم .

اقول : ما ذكره ؛ من دخول الحكم فيها بطريق التضمن ؛ في التعليق ؛ يرد عليه ما ورد على نظائره .

قال : وأما الصيد ، فيدخله الحكم استقلالاً . فإذا تنازع اثنان في صيد ، وترافعا الى الحاكم ، وتصادقا على فعلين ، صدرا منهما على الترتيب ، مثلاً ، او قامت البينة على ذلك . وكان مقتضى مذهب الحاكم انه للاول ، او للثاني ، فحكم له بأنه المالك . كان ذلك حكماً مستقلاً صحيحاً . وانما دخل الحكم في ذلك ، لانه يفضي الى الملك ، وجميع وجوه الملك يدخلها الحكم .
أقول : ما ذكره هنا ظاهر صحيح .

قال : وأما الذبائح ، فيدخلها الحكم من جهة التقصير المقتضي للتغريم . وكذلك دفع الاجرة . لو قامت البينة انه ذبح صحيح ، فإنه يحكم له باستحقاق الاجرة . وكذا لو باع صاحب الذبيحة لشخص ، ثم ارتفع الى حاكم . وادعى المشتري انها حرام : لامر ادعاه او ظهر للحاكم ذلك ، باقرار او بيعة . فحكم على البائع براد الثمن ، كان ذلك حكماً بتحريم الذبيحة . وكذا اذا اثبت التقصير في الذبح ، وحكم بالغرم ، كان ذلك متضمناً للحكم بحرمة الذبيحة .

أقول : الحكم بالتغريم او رد الثمن ، ليس حكماً بالتحريم ، اذ التحليل والتحريم لا يدخلهما الحكم ، لان المحلل والمحرّم هو الله تعالى ، كما تقدم في الفصل السابق . فالحكم بالتغريم ورد الثمن ، يستلزم اعتقاد التحريم ، ولمن لا يعتقد حرمة الذبيحة ، المحكوم بتغريمها او رد ثمنها . كما ان الحكم بدفع الاجرة ، لا يتضمن الحكم بحلّية الذبيحة . وانما يتضمن اعتقاد الحاكم حلّيتها ، وذلك لا يحلها لمن يرى حرمتها .

قال : وأما الاطعمة ، فيدخلها الحكم استقلالاً . مثاله اذا نزلت برجل مخمصة ، فوجد مع رجل طعاماً . فامتنع من اطعمته ، ومن مواساته ، فإن له ان يقاتله ؛ فإن مات الجائع ، وجب القصاص ، وان اخذه الجائع قهراً ، فعليه قيمته .
أقول : يلزم زيادة تحريم في هذا الفرع ، هل المراد : حلية الاطعمة او حرمتها من حيث الاكل ، فلا يدخلها الحكم استقلالاً ، ولا تضمناً . بناء على ان

الحكم المترتب على الحلية او الحرمة ، لا يتضمن الحكم بهما . وانما يتضمن اعتقادهما . او المراد : استحقاق الانتفاع بهما . او تسليها ، فدخلها الحكم كسائر المتمولات .

قال : وأما الايمان ؛ فدخلها الحكم استقلالاً ، كمن حلف بطلاق امرأته : ليجلدنها مائة سوط ، فإن الحاكم يمنعه من ذلك ، ويطلقها عليه . وغير ذلك كثير . وأما الجهاد ، فدخله استقلالاً ، في اكثر مسائله . وهو واضح لا يحتاج الى تمثيل . وأما النكاح وتوابعه ، فدخلوا الحكم بالصحة والموجب فيها واضح . وكذلك سائر المعاملات ، من البيع والقرض والرهن والاجارة والمساقاة والقسمة والشفعة والعارية والوديعة والحبس والوكالة والحوالة والحالة والضمان ، وغير ذلك من ابواب المعاملات ، يدخلها الحكم بالصحة ، والحكم بالموجب . فلا نطول بالتمثيل .

أقول : ما ذكره هنا ظاهر صحيح .

وهذا اخر ما اورده الشيخ ابن فرحون . ويحسن بنا في هذا المقام : ان نختم هذا المبحث ؛ بمبحث البيئات اذا عملها الحاكم وقبلها ، هل يكون ذلك حكماً بصحتها . فأقول : ليس الحكم بمقتضى البيئية ، حكماً بصحتها ، لان الحكم بمقتضاها ، انما يتوقف على اعتقاد صحتها ، لا الحكم بالصحة . فاذا شهدت بيئية بأمرين فأكثر ، ككون العقار في حوز زيد ، وملكا له ، فجرى النزاع اولاً في الحوز ، وحكم القاضي بكون الحوز للمشهود له . استناداً لهذه البيئية ، ثم جرى النزاع بعد في التملك بين المتنازعين اولاً ، او بين المشهود له وءاخر ، فإن القاضي يلزمه ان يعذر الى الخصم في هذه البيئية ، فإن سلمت من المطاعن ، قضى ، مستنداً اليها ، وان سقطت ، الغاها . ولا حرج في ذلك ، لان القضاء الاول ، انما هو بثبوت الحوز ، استناداً الى البيئية ، واعتقاداً لصحتها ، وذلك

لا يستلزم الحكم بصحتها . وايضاً لو كان القضاء بشيء ، استناداً الى بينة ، حكماً بصحة البينة ، لا يجوز نقضه ، لا يمكن ان يتواطأ شخصان ، فينشان خصومة بينهما . ويقيم احدهما بينة ، تشهد بأشياء متعددة ، ويتظاهر المشهود عليه بالعجز عن الطعن فيها . فاذا وقع القضاء . استناداً لها ، انشب خصومة مع آخرين ، فيما شهدت به تلك البينة ، وحينئذ تنقطع الاسباب بالمطلوبين ؛ وتعجزهم الحيلة في التفصي منها ، للحكم بصحتها . وهذا بديهي البطلان . اذ الضرر مرفوع ، والخرج مني ، في هذه الشريعة المباركة . فما يعتقد بعض الضعفاء ، من ان البينة المحكوم بمقتضاها ، لا يمكن الغاؤها ، وهم . وما ذكره القاضي ابن سلامة ؛ في حاشية التاودي ؛ في قول ابن عرفمة في تعريف القضاء « ولو بتعديل او تجريح » لا يخلو من اشكال . ذلك انه ذكر : ان التعديل والتجريح من متعلق الحكم ، لان تعديل البينة طريق للحكم ؛ وطريق الشيء غيره ؛ لكن لما كان تناول الحكم لهما ؛ من حيث الحكم في الطريق ، وذلك مظنة لتوه انهما خارجان ؛ نصّ عليهما . ثم قال : تبينه ؛ لا يشكل على تناول الحكم هما ، ما في التبصرة عن القرافي : اشياء لا تدخل تحت الحكم ، مثل التعديل والتجريح والتسفيه والترشيد واثبات الحجج ، فإن معناه : أصل إقامة الحجة عنده ، وتركيتها ؛ وهذا غير الحكم بالتعديل ؛ لانه يكون بعد التنازع في صحة البينة ، ولا يمكن الحكم في نفس العدالة والجرحه . اهـ . والبحث في كلامه من وجهين . الاول ، ما اقتضاه كلامه . من ان طريق الحكم يلزمه ان يدخله الحكم ، لا يصح ، لما قلناه سابقاً عن القرافي ، في الفصل الاول ، من ان الحكم بمقتضى المدرك ؛ ليس حكماً بالمدرك . وما قلناه في هذا الفصل ، عن الشيخ بناني ؛ من ان الحكم بعقوب العبد . المعلق عقه على صحة الجمعة في الجديد ، يستلزم الاعتقاد بصحتها في الجديد ، لا الحكم بصحتها فيه . اهـ . وما

تقلناه عن الجواهر ، في الحكم بفسخ نكاح المعتدة ، وفسخ النكاح بالرضاع في الكبر ، من ان القدر الثابت من الحكم ، هو الفسخ ؛ والتحريم في المستقبل معرض للاجتهاد ، ومثلها كل حكم طريقه التحريم والتحليل .

الثاني ؛ تفسيره كلام القرافي ؛ في معنى كون التعديل والتجريح لا يدخلهما الحكم ؛ بأنه لا يمكن الحكم في نفس العدالة ؛ وجزمه بمغايرة هذا المعنى ؛ للحكم بالتعديل ؛ لان الحكم بالتعديل ؛ يكون بعد التنازع في صحة البينة - فيه غموض شديد . إذ لا معنى للحكم بالتعديل إلا ثبوت عدالتها عنده ؛ وذلك من باب اثبات الصفات . ولعله يريد : انه اذا جرى النزاع في صحة البينة ؛ وكانت عند الحاكم صحيحة ؛ يحكم بصحتها ؛ وأن معنى الحكم بتعديل البينة ؛ الحكم بصحتها ؛ وبهذا تقم المغابرة بين كلام القرافي ؛ وما جزم به . لكن يرد عليه حينئذ امران . احدهما ؛ ان الحكم بالصحة ؛ اخس من الحكم بالتعديل ؛ اذ قد يعدل الشاهد ولا يقبل ، لقراية او عداوة او غيرهما من الموانع . ثانيهما ان جريان النزاع في صحة البينة وفسادها ، لا يقتضي الحكم بالصحة او الفساد ؛ وانما يوجب اعمالها او اهمالها ، لان خوض الخصوم في البينات . غير مقصود لذات البينات ؛ وانما المقصود ما يترتب على ما تضمنته ؛ من اثبات حق او نفيه ، وذلك مورد التشاجر والخصام . والمراد من ابرام الاحكام ، فإذا خاض الخصوم في البينات ، صحة وفساداً ، واستقصى القاضي ما ادلوا به ، يحكم بإمضاء العقد او فسخه ، وباستحقاق القائم لما ادعاه او عدم استحقاقه اياله ؛ استناداً لنهوض البينة او عدم نهوضها . هذا هو الطريق اللاحب ، والمنهج الواضح ، وغيره تكب عن جادة الطريق . وبالله العصمة والتوفيق .



الفصل الثامن

في معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب

والفرق بينهما وما يعتد به كل منهما

والحكم المختلف فيه والحكم بساالمختلف فيه

الحكم بالصحة . عبارة عن قضاء القاضي بصور ذلك العقد من اهله في محله . على الوجه المعتبر عنده شرعا . ومعنى صحة العقد ، كونه بحيث تترتب آثاره عليه . ومعنى حكم القاضي بذلك ، الزامه لكل احد . فإذا كان في محل مختلف فيه ، نفذ ، وصار في حكم الظاهر كالمجمع عليه . فلا سبيل الى يقضه ، باجتهاد مثله . إذا كان في محل مختلف فيه ، اختلافافا قريبا لا يقض فيه قضاء القاضي ، ولم يتبين بناؤه على سبب باطل . وقد يعرض الفساد في الحكم ، بالصحة ؛ من جهة تبين عدم الملك ، او شرط آخر . فإذا تبين بطلان الحكم بفوات محله ، نقضه ذلك القاضي نفسه ؛ او غيره ؛ لأن الحلل الذي ظهر ؛ تبين انه في محل الحكم ؛ لا في الحكم . والحكم بالصحة يستدعي ثلاثة اشياء : اهلية التصرف ، وصحة الصيغة ؛ فيما يشترط فيه صيغة خاصة ؛ وكون التصرف في محله . واما الحكم بالموجب ؛ فإنه لم يوجد في كتب المالكية . وانما تعرض له الشافعية اولا ، ثم الحنفية . واول من نقله من المالكية ، ابن فرحون في تبصرته . فقد قل في فصل في الفرق بين الفاظ الحكم المتداولة في السجلات ، صفحة ٨٢ من الجزء الاول ، عن البلقيني (١) والشيخ تقي الدين السبكي ، ان الحكم بالموجب ، عبارة عن قضاء القاضي ، بالالزام بما يترتب على ذلك الامر ،

(١) هو عمر بن رسلان بن نصر الكنتاني السقلاني الشافعي . ولد في بلقين بمصر سنة ٧٢٤ ونشأ في القاهرة . وكان مجتهدا حافظا للحديث . من العلماء الراسخين . ولي قضاء الشام سنة ٨٦٩ وتوفي بالقاهرة سنة ٨٠٠ - له تأليف في الفقه وغيره .

على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا . قال : وهو انما يستدعي شيئين : اهلية التصرف ؛ وصحة الصيغة . فيحكم بموجبها ؛ وهو مقتضاها . والفرق بينهما ؛ ان العقد الصادر ؛ اذا كان صحيحا باتفاق ، ووقع الخلاف في موجه ؛ فالحكم بالصحة فيه ، لا يمنع من العمل بموجه ؛ عند غير الذي حلم بالصحة . ولو حكم فيه الاول بالموجب ، امتنع العمل بموجه . مثال ذلك : التدير صحيح باتفاق ، وموجه . اذا كان تديرا مطلقا ، عند الحنفية ، منع البيع ، فلو حكم حنفي بصحة التدير المذكور ، لم يكن ذلك مانعا من بيعه ، عند من يرى صحة بيع المدبر . ولو حكم الحنفي بموجب التدير ، امتنع البيع ، إلا عند من يرى تقض الحكم المذكور ، لمخالفته السنة الصحيحة ، وهذا التقض حيثذ المدرك ، اخر اه

وأما الحنفية . فقد شرطوا لاعتبار الحكم بالموجب ، ان يكون وقع الترافع والتنازع فيه عند الحاكم ، وأن يكون لا ينفك عن ذلك العقد . قال المحقق ابن عابدين ، (١) من اعلام متأخري الحنفية ، في حاشية الدر المختار . صحة ٥٠٦ من الجزء الرابع : القضاء القصدي القولي ، دون الضمني والفعلي ، يشترط فيه تقدم الدعوى ، إلا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ، ومنه الوقف على الفقراء ، وإثبات الوقفية . اما كونها موقوفا على فلان او فلان ، وأن الواقف شرط كذا او كذا فهذا حق عبد ؛ فلا بد فيه من دعواه لإثبات حقه . وكذا في إثبات شروطه . قال في البحر : الحكم المرفوع ، لا بد ان يكون في حادثة وخصومة صحيحة ؛ كما صرح به العمادي والبرزازي ، وقالوا : حتى لو فات هذا الشرط ، لا ينفذ القضاء ، لانه فتوى . اه . فلو رفع الى حنفي . قضاء مالكي بلا دعوى ، لم

(١) هو محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي . فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره . له الحاشية البديعة على الدر المختار المسماة برد المحتار ؛ عليها الممول . والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية . مولده بدمشق سنة ١١٩٨ وتوفي فيها سنة ١٢٥٢ .

يلتفت اليه ، ويحكم بمقتضى مذهبه . ولا بد ، في امضاء الثاني لحكم الاول . من الدعوى ايضا ، كما سمعت . اه . اي لا بد ، في حكم الثاني ؛ اذا رفع اليه حكم الاول ، من ان يكون ايضا بعد دعوى صحيحة ، لما نقله قبله عن البرازية . وهذه الدعوى والخصومة ، تسمى الحادثة ؛ لحدوثها عند القاضي ، ليحكم بها ، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة ، فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه ، فلذا لم يصح حكمه به قبلها ، كما يأتي بيانه في الموجب قريباً . اه . باختصار . وقال ابن عابدين في الحكم بالموجب : اذا وقع تنازع في موجب خاص ؛ من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ، ووقعت الدعوى بشروطها ، كان حكماً بذلك الموجب فقط ، دون غيره . فلو اقر بوقف عقار عند القاضي ؛ وشرط فيه شروطاً ، وسله الى المتولي . ثم تنازعا عند القاضي الحنفى ، في صحته ولزومه ، فحكم بهما وبموجبه ، لا يكون حكماً بالشروط . فللشافعي ان يحكم فيها بمقتضى مذهبه . ولا يمنعه حكم الحنفى السابق . وذكر في البحر : ان القاضي اذا قضى بشيء ، في حادثة ، بعد دعوى صحيحة ، لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه ، فاذا قضى شافعي ، بصحة بيع عقار وموجبه ، لا يكون حكماً منه ، بأنه لا شفعة للجار ، لعدم حادتها . وكذا اذا قضى حنفى ، لا يكون حكماً بأن الشفعة للجار ، وان كانت الشفعة من مواجبه ، لان حادتها لم توجد وقت الحكم ، ولا شعور للقاضي بها . وكذا اذا قضى مالكي ، بصحة التعليق في اليمين المضافة ، لا يكون حكماً بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل : لعدم وقته . اه . وقال العلامة قاسم : اما كون الحكم حادثة ، فاحتراز عما لم يحدث بعد ، كما لو حكم بموجب اجارة ، لا يكون حكماً بالفسخ بموت احد المتأجرين ، لانه لم توجد فيه خصومة . اه . قال الشيخ ابن عابدين : وقد ظهر من هذا ، ان المراد بالموجب هنا ، الذي لا يصح به الحكم . هو ما ليس من مقتضيات العقد . فالبيع

الصحيح ، مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ؛ ودخوله في ملك المشتري ، واستحقاق التسليم والتسليم ، في كل من الثمن والمثمن ، ونحو ذلك ؛ فإن هذه ، وإن كانت من موجباته ، لكنها مقتضيات لازمة له . فيكون الحكم به ، حكماً بها ، بخلاف ثبوت الشفعة فيها للخليط ، أو للجار ، مثلاً ، فإن العقد لا يقتضي ذلك ، أي لا يستلزمه . فكس من بيع لا تطلب فيه الشفعة ، فهذا يسمى موجب البيع ، ولا يسمى مقتضى . وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية : أن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء ، وهو والمقتضى مختلفان ، خلافاً لمن زعم اتحادهما ، إذ المقتضى لا ينفك ، والموجب قد ينفك ، فالأول كانتقال للمشتري بعد لزوم البيع ، والثاني كالرد بالعيب ، والموجب اعم ، لأنه الأثر اللازم ، سواء كان ينفك ، أو لا ؛ فالموجب اعم ؛ ولا يصح الحكم بالموجب ؛ ما لم يكن حادثاً : بأن وقع فيه الترافع ؛ والتنازع عند الحاكم ؛ فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه ؛ فحكم بموجب ذلك البيع . كان حكماً بصحته . وببقي مقتضياته الشرعية : التي لا تنفك عنه ، كملك المشتري المبيع ؛ ولزومه دفع الثمن ، ونحو ذلك ، بخلاف موجب المنفك عنه . كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة ، لعدم الحادث . قال في البحر : ومما فرعته على أن قضاء المخالف ؛ إذا رفع الينا ، فإننا نمضيه ، فيما وقع حكمه به ، لا في غيره : ما لو قضى شافعي بينة ذي اليد على خارج نازعه ، ثم تنازع ذو اليد وخارج ، آخر عند حنفي ؛ فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعي من سماعها ؛ بناء على أن القضاء بالملك ؛ لا يكون قضاء على الكافة ؛ بل يقتصر على المقضي عليه ؛ وهو الخارج الأول . وإن كان مذهب الحاكم تعديه ؛ فلا تعرض لحكمه على الخارج الأول ؛ وأما الثاني ؛ فلم يقع حكمه عليه ؛ على مقتضى مذهبنا . ومما فرعته : لو حجر شافعي على سفيه ؛ بعد دعوى صحيحة ، ثم رفعت الينا حادثاً من تصرفاته ؛ فإننا نحكم بمذهب

ابي يوسف (١) ومحمد (٢) في الحَجَر على السفينة ؛ فإنهما وإن وافقا الشافعي في اصل الحَجَر ؛ لم يوافقاه في انه يؤثر في كل شيء ؛ وإنما يؤثر عندهما ؛ فيما يؤثر فيه الهزل ؛ فإذا تزوجت السفينة التي حَجَر عليها شافعي ، ولم يرفع نكاحها اليه ، ولم يبطله ، بل رفع الى ختني ، فله ان يحكم بصحته ، لو الزوج كفؤا ، على قولهما المفتي به ، ولا يمنع مذهب الحاجر ، لعدم وجود حادثة الزوج وقت الحَجَر ، ولم تكن لازمة للحَجَر ، حتى تدخل ضمنا ، لقبول الانفكاك ، لجواز ان لا تزوج المحجورة اصلا . وقد توقف فيها بعض من لا اطلاع له على كلامهم . اهـ . قال الشيخ ابن عابدين : ويعلم منه ؛ ما يقع الآن ؛ من وقوع التنازع في صحة الاجارة الطويلة عند قابض شافعي ؛ فيحكم بصحتها ، وبعدم انفساخها بموت ولا غيره ، فان عدم الانفساخ بالموت ، لم يصر حادثة وقت الحكم ، لان الموت لم يوجد وقته . قلل حنفي ان يحكم بفسخ الموت ، كما افتى به في الحيرية . وذكر ابن الغرس : (٢) من هذا القبيل ، ما لو وهب

(١) هو القاضي ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن خنيس ابن سعد بن حنيفة الانصاري . وسعد بن حنيفة احد الصحابة رضوان الله عليهم روى عنه محمد بن الحسن الشيباني وشرب بن الوليد الكندي وعلي بن الجعد واجد بن حنبل ويحيى بن معين . ولم يكن في اصحاب ابي حنيفة مثله . وهو اول من وضع الكتب في اصول الفقه على مذهب ابي حنيفة . وآمل المسائل ونشرها وبث علم ابي حنيفة في اقطار الارض . وحمل لباس العلماء متميزا عن لباس الناس . كان النهاية في العلم والحكم والرئاسة والقدر . نال الخطوة عند الرشيد العباسي . واستقضى بغداد ؛ وتوفي عليه . ولد سنة ١١٣ وتوفي سنة ١٨٢

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني . حضر مجلس الامام ابي حنيفة سنين . ثم تقه على ابي يوسف . وصنف الكتب الكثيرة 'لنادره' ؛ منها الجامع الكبير والجامع الصغير . ونشر علم ابي حنيفة . وكان من افصح الناس . جرى بينه وبين الامام الشافعي مجالس ومسابقات يحضره الرشيد . وكان الامام الشافعي يثني عليه . مولده سنة ١٣٥ - او سنة ١٣١ - او سنة ١٢٢ وتوفي سنة ١٨٩

(٣) هو الشيخ محمد بن غرس . الحنفي . المتوفي سنة ٩٣٢ - نظم بيتين لما اُجلى بالقضاء . في اطراف القضية الحكمية . وهما :

إنه . وسلمه العين الموهوبة ، وقضى شافعي بالموجب . ثم بعد مدة رجع
الواهب في هبته ، وترافعا عند القاضي الحنفي ، فحكم بطلان الرجوع قال :
وقد حصل النزاع في هذه المسألة بين اهل المذهبين ؛ يقال القاضي الشافعي :
حكم الحنفي باطل ، لاني حكمت قبله بموجب الهبة ؛ ومن موجبها عندي ، ان
الاب يملك الرجوع ؛ والحكم في الخلافة يجعلها وفاقية ، وقال القاضي الحنفي :
الرجوع حادثة مستقلة ، وجدت بعد الحكم بمدة طويلة . فكيف تدخل تحت
حكمه . وأجيب فيها ، بأن الموجب هنا . امور هي : خروج العين من ملك
الواهب ، ودخولها في ملك الموهوب له ، وملك الواهب الرجوع اذا كان أباً ،
عند الشافعي ، وعدمه عند الحنفي ، فان كان التداعي عند القاضي ليس إلا في
انتقال العين من ملك الواهب الى ملك الموهوب له ، اقتصر القضاء بالموجب على
ذلك ، فاذا كان القاضي الاول شافعي ، لا يصير كون الاب يملك الرجوع ،
محكوما به ، واذا كان حنفي ، لا يصير عدم ملكه ذلك ، محكوما به . فللقاضي
الثاني ان يحكم بمذهبه ، اي لان الامر الاول لا يستلزم الامر الثاني في الثبوت .
قال : فتبين ان القضاء في حقوق العباد ، يشترط له الدعوى الموصلة له شرعا ،
على وجه يحصل به المطابقة ؛ إلا ما كان على سبيل الاستلزام الشرعي ، وليس
للقاضي ان يتبرع بالقضاء بين اثنين ، فيما لم يتخاصما اليه فيه . اهـ . وهو تحقيق
تقتضيه الاصول المالكية . كما يستفاد ذلك مما قلناه في الفصل السادس من
النصوص . فينبغي اعتماده . وقد استفيد من هذه الاقوال ، ومما ذكرناه في الفصل
المذكور ، ان الاعتبار بكون الصادر من القاضي حكماً ، او ليس بحكم ، انما هو
في نظر القاضي الثاني اثاراف لديه ، ويترتب على ذلك ، انه اذا كان الصادر من

اطراف كل قضية حكمية * ست يدوح بعدها التحقيق

حكم ومحكوم به وله وعي * يحكم عليه وحاكم وطريق

وشرح هذين البيتين شرحا ساه بالفواكه البدرية.

الاول ليس حكماً في نظر الثاني ؛ ان لهذا الثاني ان ينظر فيما نظر فيه الاول ، ويصدر حكمه فيه ، بخلاف ما يراه الاول ، لانه والحالة ما ذكر ، يصير الصادر من الاول ، من المحكم المختلف فيه ، وهو لا يرفع الخلاف ، لا من الحكم المختلف فيه ، وهذا هو الذي يرفع الخلاف . قال البرهان ابن فرحون ، في تبصرته صفحة ٨٥ من الجزء الاول ، في فصل في بيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب ، ما نصه : لا ينقض الحكم بواحد منهما ، اذا صدرا في محال الاجتهاد التي لا ينقض الحكم فيها ، وانما استويا في ذلك ، لتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة ، اما عاماً ، عند استيفاء الشروط ، او خاصاً ، بالنسبة الى المحكوم عليه بذلك ، فكما لا يرد النقض على الحكم بالصحة ، لا يرد على ما يتضمنها ، اذا اجزئناه ، فأما اذا قلنا لا يجوز الحكم بالموجب ، مع عدم استيفاء الشروط ، فيكون الحكم قد وقع مختلاً . والحكم المختلف فيه ، غير الحكم بأمر مختلف فيه ، فیسوغ ، لمن لا يرى الحكم بذلك ، ان ينقضه ، إلا إذا حكم حاكم قبله ، بصحة الحكم الصادر بالموجب ، وكان الحاكم ممن يرى تسويغ الحكم بالموجب على الوجه المذكور ، فانه حينئذ لا ينقض . اهـ . قال الشيخ اسماعيل التميمي ، في بعض اجوبته : ويشهد له مذهب ابن الماجشون في تقرير الحاكم الواقعة وحكمه بها ؛ ان ذلك لا يمنع المخالف من الحكم فيها . وقد تقدم كلامه . آخر الفصل . فأرجع اليه .

وما ذكرناه ، من ان الحكم المختلف فيه ، ليس بحكم رافع للخلاف ، وللمخالف ان يحكم في الواقعة المرفوعة اليه بما يراه ، هو مذهب الحنفية ايضا . فقد ذكر ابن غرس الحنفي ، في اوائل الفصل السابع من الفوائد الفقهية ، ما نصه : قالوا ، القضاء المختلف فيه ، يحتاج ، في نفوذه على المخالف ، الى امضاء قاض آخر . الى ان قال : ومثاله ، قول القاضي « ثبت عندي كذا » اذا اراد به الحكم ، لا ينفذ على

المخالف ؛ حتى ينفذه قاض آخر ؛ يرى انه حكم ؛ او يحكم بصحة طريقه . اهـ .
ولكون الحكم المختلف فيه ؛ لا يرفع الخلاف ؛ يحسن ؛ في بلد تتعدد فيه
القضاة ، وتختلف مذاهبهم ، كتونس ، ففيها قاض مالكي وقاض حنفي ، ان يلم
القاضي بكثير من الجزئيات التي اختلفت المذاهب في كونها احكاما ، لئلا يلتبس
عليه ما له ان يتاوله ، ويصدر فيه حكما بعد قضاء غيزة ، مما ليس له تعاطيه ،
لاجل القضاء المتقدم . وحيث ذكرنا فيما سلف ، الحكم بالصحة والحكم
بالموجب ، فقد رايانا ان نذكر الحكم الضمني ، والحكم الفعلي ، عند الحنفية ،
ليتضح للقاضي المالكي ، الطريق السالبة . فأما الحكم الضمني ، عند الحنفية ،
فهو عبارة عما دخل القضاء فيه ضمنا ، لا قصدا ؛ وهو قسم للقولي ، لان القاضي
لا يصرح فيه بشيء ، ولا يشترط فيه تقدم الدعوى والخصومة . قال ابن نجيم (٢)
في الاشياء : القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة ، فإذا شهدا على
خصم بحق ، وذكر اسميه ، واسم ابيه ، وجده ، وقضي بذلك الحق ، كان قضاء
بنسبه ضمنا . وان لم يكن في حادثة النسب . وعلى هذا لو شهدا ، بأن فلانة
زوجة فلان . وكلت زوجها فلاناً في كذا ، على خصم منكر ، وقضى بتوكيلها ،
كان قضاء بالزوجية بينهما ، وهي حادثة الفتوى . ونظيره ما في الخلاصة : من
طريق الحكم بثبوت الرضائية ، ان يعلق رجل وكالته فلان بدخول رمضان ،
ويدعي بحق على آخر ، ويتنازعا في دخوله ، فتقام البينة على رؤياه ، فيثبت
رمضان ضمن ثبوت التوكيل . اهـ . انظر حاشية ابن عابدين صفحة ٣٥ هـ

ومن الجلي ؛ ان هذا الحكم الضمني ؛ ليس حكماً عند المالكية ، وكيف يكون
حكماً ، والنسب والزوجية ، عندنا ، في الفرعين اللذين تقدمنا ؛ غير مشهود بهما ،
كما تقدم في الباب الثاني . وحيث ، فالحكم الضمني ، من قبيل الحكم المختلف

(١) هو زين الدين بن ابراهيم بن نُجَيم . المصري الحنفي . صاحب الاشياء والنظائر
والرسائل الزينية في فقه الحنفية والفتاوى الزينية . توفي بمصر سنة ٧٠٠ هـ .

فيه ، فللقاضي المالكى ؛ ان يحكم بعدم النسب في الفرع الاول ، وبعدم ثبوت
الزوجة في الفرع الثاني ، اذا تروفع اليه فيهما . اما الفرع الثالث ، فقد تقدم
في الفصل السابع عن البناني ؛ انه ليس بحكم بالمعلق عليه .
واما الحكم الفعلي ، عند الحنفية ، فهو عبارة عن فعل القاضي ، كتزويجه
صغيرة لا ولي لها ؛ وشرائه وبيعه مال اليتيم ، وقسمته العقار . ونحو ذلك .
وهو كالحكم الضمني ، في استغنائه عن الدعوى . وبنوا على كون فعله حكما ،
انه لو زوج القاضي اليتيمة من نفسه ، او ابنه . لم يجز ؛ لانه من باب القضاء
لنفسه . او ولده ، وهو باطل . واستثنوا من كون فعله حكما ، مسألتين .
الاولى ، ان يأذن ولي المرأة القاضي بتزويجها ، فالتزويج هنا ليس حكما ، لانه
فعله بطريق الوطالة . الثانية . ان يعطي فقيرا من وقف الفقراء . فيانه لا يكون
حكما ، وله اعطاء غيره .

هذا حاصل ما في الدر وحاشيته لابن عابدين . وقد تقدم في الفصل الخامس ،
ان ذلك لا يكون حكما عند المالكية ، إلا اذا اقتضت هذه التصرفات فسخ عقود
سابقة عليها الفاضي . وحيثئذ فالحكم الفعلي من وادي الحكم المختلف فيه ،
لا يكون رافعا للخلاف . ولا مانعا قاضيا اخر من تغيير ما فعله القاضي الاول ،
اذا ظهر موجب ذلك . كما تبين ان التقديم على الوقف ، وان كان من قبيل
الحكم الفعلي عند الحنفية ، فليس حكما عند المالكي ، لان التقديم من التصرفات
التي ليست بحكم ، كما قلناه عن القرافي في الفصل الخامس . وحيثئذ فهو حكم
مختلف فيه . لا يصد القاضي المالكى عن تغييره وابطاله . والتوقف في ذلك من
ضيق الطعن .

الفصل التاسع

في الاحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها
وفي التحجير المقبول وغير المقبول
وفي التخصيص في القضاء والاشتراط فيه

جواز تعقب احكام القضاة ، منوط بأحوالهم . لان القاضي اما ان يكون عدلا عالما ، اي مجتهدا ، ولو في المذهب ، واما ان يكون جائرا ، واما ان يكون مسخوطا في احواله ، لم يعرف بالجور في احكامه ، واما ان يكون عدلا جاهلا ، (اي مقلدا) فأما القاضي العدل العالم ، فلا ينظر في احكامه على وجه الكشف والتعقب ، ويتقضى من احكامه ما خالف فيه قاطعا ، من نص كتاب او سنة او اجماع او قياس حلي ، واختلف في الخلاف الشاذ ؛ فقليل ينقض القضاء فيه ، وقيل لا يتقضى . قال ابن رشد ، في سماع عيسى : لا خلاف في نقض حكم من قبله . ان كان خطأ لم يختلف فيه . وان اختلف فيه ، لم يردده . وقيل يردده ان كان شاذا ، وعن ابن الماجشون يرد ؛ وان كان الخلاف قويا مشهورا ، ان كان خلاف سنة قائمة .

وذكر خليل في مختصره ، فروعا ينقض فيها قضاء العدل العالم ، غالبا مبني على ان الخلاف الشاذ ينقض به الحكم . وهي : حكم القاضي باستسعاء العبد ، وشفعة الجار ؛ والحكم على عدوه . او بشهادة كافر ، او ميراث ذي رحم : او مولى اسفل ؛ او بعلم سبق مجلسه ؛ او جعل البتة واحدة ؛ او انه قصد كذا فأخطأ بينه ؛ او ظهر انه قضى بعبدين ؛ او كافرين ؛ او صبيين ؛ او فاسقين ؛ او بشهادة رجلين احدهما من هذه الانواع ؛ فيما لا يثبت إلا بشاهدين . ولما كان اكثر هذه الفروع مبجوثا فيها ؛ رأينا تتبعها .

فأما الحكم باستسعاء العبد ، المعتق بعضه ، فيما بقي عليه ، اذا كان المعتق
عديماً ، فهو مذهب بعض العلماء ، والمذهب المالكي على استرقاق الباقي . وتقل
الشيخ في النوادر عن ابن الماجشون : ان الحكم بالاستسعاء ، من الخطأ الذي
ينقض فيه الحكم . وتقل المازري عن ابن عبد الحكم : انه لا يرى النقض في
ذلك . وضعف المازري نقض الحكم بالاستسعاء ، لثبوت الاستسعاء في الحديث
الصحيح .

واما الحكم بالشفعة للجار ، ففي نقضه قولاً ابن الماجشون وابن عبد الحكم .
وضعف المازري نقضه .

واما الحكم على العدو ، فحكى في التوضيح : انه لا خلاف في منعه . قال :
واتفاقهم على ذلك ، واختلافهم في الحكم للقريب ، دليل على ان مانع العداوة
اقوى من مانع القرابة . وقال ابن مرزوق : مسألة الحكم على العدو ، لا احفظ
فيها خلافاً لعالم . فان صح الاجماع عليها ، فالتنقض فيها لمخالفة القاطع . لا لشذوذ
الخلافاً .

واما الحكم بشهادة اهل الذمة في الوصية في السفر ، فمنصوصة ، وتقلها
ابن يونس والمازري وغيرهما . ومذهب ابن الماجشون نقض القضاء بذلك ،
ومذهب ابن عبد الحكم عدم النقض . واختار ابن حبيب ما لابن الماجشون .
واختار المازري وابن محرز مذهب ابن عبد الحكم . انظر شرح ابن مرزوق
على المختصر .

واما الحكم بتوريث ذوي الارحام ، فحكى في النوادر عن ابن الماجشون :
نقضه ، مع ان الخلاف في المسألة مشهور بين الصحابة والتابعين والائمة ، اذا لم
يكن ثمراً وارث ممن اجمع عليهم ، من ذوي السهام والعصبة . وتقل المازري عن
ابن عبد الحكم : عدم النقض . ويعلم ضعف النقض ، من قول ابن عبد البر :
قول ابن الماجشون لم يقله غيره .

واما الحكم بتوريث المولى الاسفل ، فهو قول ضعيف ، ذهب اليه بعضهم ، وجعله وارثا للاعلى ، اذا لم يكن له وارث ، وجهور العلماء على خلافه ، لحديث « الولاء لمن اعتق » وفي تقض الحكم بالتوريث ، مذهبا ابن الماجشون وابن عبد الحكم ، وسيأتي قريباً عن التوضيح ، في الحكم بأن البتة واحدة ، ما يقتضي ان اصل ابن القاسم ، موافقة ما ذهب اليه ابن عبد الحكم .

واما الحكم بعلمه السابق عن مجلس القضاء ، فحكى ابن الحاجب في تقضه قولين . قال في التوضيح : والقول بأنه يتقض ، لابن القصار ، ونحوه في الموازية . قال ابن راشد : وهذا القول هو الاصل ، والقول بعدم الفسخ حكاه ابن القصار عن بعض الاصحاب ، واختاره غير واحد ، لقوة الاختلاف في ذلك ، وهو عن الائمة ابي حنيفة (١) والشافعي (٢) وغيرهما .

واما الحكم بأن البتة واحدة ، ففي التوضيح عن ابن القاسم : تقض الحكم بذلك ، وقال ابن عبد الحكم : لا ينقض ذلك كائنا ما كان ؛ ما لم يكن خطأ بيناً ، والذي ذكر سحنون عن ابن القاسم ، انه لا يتقض ما اختلف فيه ، يلايم ما قال ابن عبد الحكم . اهـ . وظاهر كلام ابن مرزوق ، ان هذا الفرع ، مما اختار المازري وابن محرز فيه مذهب ابن عبد الحكم .

(١) هو ابو حنيفة النعمان بن ثابت رضي الله عنه . الامام الاعظم المجمع على امامته وفضله . ادرك اربعة من الصحابة . وشهد له الامام مالك والامام الشافعي بحدة النظر وقوة الورع والامامة في القياس . ولد سنة ٨٠ للهجرة وتوفي سنة ١٥٠ - لا يشك في ورعه وتحفظه الا من اعمى الله بصيرته . صلى صلاة الفجر بوضوء العشاء اربعين سنة . وحفظ عليه انه ختم القراءات سبعة آلاف ختمة . ومناقبه وفضائله اكثر من ان تحصى .

(٢) هو محمد بن ادریس بن العباس بن عثمان بن شافع المصطفي . المجمع على امامته وتفقه في الكتاب والسنة ، واتقانه وحفظه للاحادیث ، وتمكنه من اللسان العربي ، حتى قيل بالاحتجاج بكلامه . كان رضي الله عنه اية في الحفظ حفظ الموطأ في تسع لآل ، وقيل في ثلاث لآل . ولد سنة ١٥٠ وتوفي في رجب سنة ٢٠٤ .

وأما تقض الحكم الذي قصد ان يحكم بغيره ، فحكم به غلطا ، وقامت بينه على ذلك عند القاضي الثاني ، فذكره ابن محرز وابن الحاجب ، وقال فيه القاضي ابن عبد السلام : هذا مما يعسر ثبوته . قال حلولو : يريد ؛ لان القصد لا يطلع عليه الشهود ، لكن الشهادة بالفهم عاملة .

وأما تقض القضاء بظهور ان الشاهدين عندان ، او كافران ، او صيَّان ؛ فهو مذهب مالك واصحابه . وأما التقض بظهور انهما فاسقان ، فهو مذهب ابن القاسم ، ومذهب اشهب عدم التقض ، واختلف قول مالك في المدونة ، فقال في كتاب الشهادات : يتقض ، وقال في كتاب الحدود : لا ينقض ، وبه اخذ سحنون . وخرج الشيخ ابن عبد السلام الخلاف المذكور في العبدین ، قال : اذا لم يتقضه في الفاسقين ، بعد علمه بفسقهما ، وهو لو علم بفسقهما قبل الحكم ؛ لما جاز له القدوم باجماع ، فلأن لا يتقض في العبدین اولى وأحرى . لاختلاف العلماء في جواز شهادتهما ابتداء . واعترضه الشيخ ابن عرفة ، بما هو غير متجه ؛ كما في شرح حلولو على المختصر .

قال ابن مرزوق : فإن قلت ، كيف يتقض شيء من احكام العدل العالم ، وهي لا تتعقب . اي لا تعرض للنظر فيها . قلت ؛ قد يطلع عليها بحسب الاتفاق ، او ترفع للقاضي ، بعد الاطلاع على وجوه التقض فيها وثبوتها . اهـ . ومن هذا المعنى ما نقله البرزلي في حاويه عن الشيخ ابن عرفة ، انه نزلت مسألة عام ٧٣٦ ستة وثلاثين وسبعمائة ، وهي مسألة الشيخ ابي عبد الله بن الحباب (١) كان حكم عليه ؛ قبل هذه المدة بنحو عشر سنين ، القاضي ابن عبد الرافع ، في جنة استحقها منه بنو البسطي ، ايام تمكنهم من دولة الامير ابن يحيى ، فحكم عليه ،

(١) هو محمد بن يحيى بن عمر المعافري . المعروف بابن الحباب . الاصولي الجليل . اخذ عن ابن زيتون . وأخذ عنه المقرئ وابن عبد السلام وابن عرفة ، وكان يثني عليه ، ونقل عنه في مختصره ، توفي سنة ٧٤٩

في بناء احدث بها ، بعد خروجها من يد ابن البسطي ، احدثه القائد ابن يعقوب . وكان بناء رفيعا . فحكم عليه بقيمته . منقوضا مقابروعا . فلما تقلص ظل تمكن ابن البسطي . طلب الشيخ ابن الحباب ، ان يجعل له مجلس ، ينظر فيه في الحكم المذكور ؛ فأمر به السلطان ؛ واجتمع بدويرة جامع الزيتونة كل من يطلق عليه اسم فقيه ، حقيقة او مجازا ، ورئيس المجلس حينئذ القاضي ابن عبد السلام ؛ وكان اعتذر للسلطان عن الحكم . بأن شهادته تقدمت في الحكم المذكور . فصرف الحكم بينهما لقاضي الانكحة حينئذ . وهو الشيخ ابو محمد الاجمي . (١) فقال لاهل المجلس : ما تشهدون به من حال الفقيه ابي اسحاق ابن عبد الرافع : هل كان من قضاة العدل والعلم : فقال جلهم : هو من قضاة العدل والعلم ؛ فقال لهم اشهدوا علي بأني امضيت حكمه هذا . وكان ذلك بمحضر الشيخ ابن عبد السلام ؛ فلم يتعرض له في ذلك بسؤال ولا انكار ؛ فكان الشيخ ابن الحباب ينكر هذا الحكم ايضا ؛ ويحتج بأن القاضي العدل العالم ؛ ينظر في حكمه المعين ؛ البين الخطأ ، ولا ايبن من خطأ الحكم بقيمة البناء منقوضا في مذهب مالك ، ومن علم منه اتباعه وتقليده . وسأل البرزلي شيخه ابن عرفة . عن اعتذار ابن عبد السلام بأن شهادته تقدمت في الحكم المذكور . هل هو صحيح ، فقال هو خطابة ، قصد بها صرفها عنه ، ولو لحكم لحجاز . ونقل هذه الواقعة ابن عرفة في مختصره . وصاحب المعيار في الجزء العاشر صفحة ٧٦ من الطبعة الفاسية .

(١) المظنون ان هناك شخصين يلقبان بالاجمي احدهما هذا الذي ذكره الشيخ ابن عرفة وقد تولى قضاء الانكحة خاصة . والثاني هو ابو عبد الله محمد الاجمي وقد كان احد علماء تونس . وصلحائها . تولى قضاء الانكحة ثم خلف ابن عبد السلام في قضاء الجماعة . وقد كان من الفقهاء الاعلام . اخذ عن جماعة . واخذ عنه المقرئ وابن مرزوق الجد وابن عرفة وجماعة . توفي اثر ولايته قضاء الجماعة سنة ٧٤٩

واما القاضي الجائر ، فنقل الشيخ ابو محمد في السنوادر : ان احكامه يرد جميعها ، وان كان فيها ما ظاهرة الصواب . قال ابن حبيب : وهذا قول ابن القاسم وابن الماجشون ، وانفرد أصبغ بالقول بتصفح احكامه ، ومضي صوابها . قال ابن محرز : المعروف لابن الماجشون ؛ في المجموعة والمبسوطه ؛ مثل ما لأصبغ : لا يرد من اقصيته ؛ إلا ما عرف فيه الجور . وكذلك قال سحنون في كتاب ابنه ؛ في قاض عزل على جور : ان الصواب من احكامه يمضي ؛ والخطأ والجور يفسخ . قال العلامة ابن مرزوق ؛ بعد نقله ما ذكرناه ؛ وأكثر تأويلات المتقدمين ؛ ان لا ينقض من احكام القضاة ؛ على اي حالة كانوا ؛ إلا الجور البين . وظاهر عموم قول المدونة « ولا يفسخ القاضي قضاء من قبله ؛ إلا ان يكون جوراً بيناً فريدة » . موافق لما ذكرناه . وقال المتطي : المشهور للملك ؛ وبه العمل ؛ فسخ احكام الجائر كلها . وقال عبد الملك ؛ في الثمانية ؛ لا يبطل إلا ما عرف الخيف فيه ؛ لا ما جهل امره منها ؛ لان في ذلك ضرراً على الناس ؛ في تقض احكامهم ؛ وليس من قاض إلا وله اعداء . ونحوه في المبسوط وكتاب فضل ؛ (١) واختلف فيه قول سحنون . انظر حلوله على المختصر .

واما المسخوط في احواله ؛ اذا لم يعرف بالجور في احكامه ؛ فقال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون : هو كالجائر ؛ في فسخ احكامه ؛ ولا يمضي منها إلا ما علم صحة باطنه ؛ بالبينّة العادلة . وقال أصبغ : يجوز من اقصيته الخلفاء والامراء وقضاة السوء ؛ ما عدلوا فيه منها ؛ وينقض ما تبين فيه جورهم . وما استريب فيه منها ؛ يتصفح ؛ حتى يعلم حاله .

واما القاضي العدل الجاهل ؛ اي المقلد ؛ فلمن جاء بعده ان يتصفح احكامه ؛

(١) هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني البجائي . كان فقيها عالمًا بالوثائق . له مختصر المدونة ومختصر الواضحة والموازية وكتاب جمع فيه الموازية والمستخرجة . توفي سنة ٣١٩

ويمضي منها ما كان غير جور . قال في التوضيح : وحكى المازري رواية شاذة : ان الجاهل تنقض احكامه ؛ وان كان ظاهرها صوابا ، لانه وقع منه من غير قصد . اهـ . واختار اللخمي ، في الجاهل الذي لا يستشير العلماء . ان يرد من احكامه ما كان مختلفا فيه ، لان ذلك كان منه تخميناً وحسناً ، والقضاء بمثل ذلك باطل . قال العلامة ابن مرزوق : وما ذهب اليه اللخمي ، خلاف المنصوص . ففي النوادر عن العتبية ، من قول يحيى بن يحيى : (١) واذا كان ممن لا يهتم بجور ، ولا يقبل غير العدول ، وهو مجتهد ، غير انه جاهل بالسنن . لا يستشير العلماء ، ويقضي باستحسانه . فهذا تصفح احكامه ، ويمضي منها ما كان صوابا في ظاهره ، وما خالف الكتاب والسنة فسخ ، لما عرف من جهلته ؛ وان حكم بمختلف فيه ، لم ينقض . اهـ . قال ابن مرزوق : قوله « وهو مجتهد » يعني يجتهد في اصابة الحق ، فيما يظهر له ، وليس من اجتهاد الفقهاء ، لفرضه انه جاهل بالسنن . وقوله « لما عرف من جهله » . اهـ . ومحل قوله « اذا حكم بمختلف فيه لم ينقض » اذا لم يشترط عليه في ولايته . ان يحكم بمشهور المذهب المنتسب اليه ؛ فان شرط عليه ذلك . كما هو الحال عندنا بتونس ، فإنه ينقض ، متى خالف المشهور ، وما به العمل . وقد نبه على ذلك الشيخ حلولو في شرح المختصر . وقال صاحب العمل :

حكم قضاة الوقت بالشذوذ * ينقض لا يتم بالنفوذ

ومن عوام لا تجز موافقا * قولاً فلا اختيار منهم مطلقاً

ومراعاة بالشاذ . ما خالف المشهور وما به العمل ، وقد ظهر بما ذكرناه . ان احكام القضاة العدول المقلدين كقضائنا في هذه الازمنة ، يجوز تعقبها . فما

(١) هـ ابو محمد يحيى بن يحيى بن كثير اللبشي القرطبي . انتهت اليه رئاسة العلم بقرطبة . سمع الموصى من مالك ، غير الاعتكاف . وروايته اشهر الروايات . تفقه به المتي وابن مزين وابن وضاح وبقي بن مخلد . توفي سنة ٢٣٤ عن اثنتين وثمانين سنة .

يفعل اليوم عندنا بتونس ، من تعقب احكام قضاة الآفاق ، لدى قاضي الحاضرة ومشايع الشورى ، وهو المعبر عنه بالمجلس ، جار على صريح الفقه ولبابه ، وان علم تعقب حكم قاضي الجماعة بالحاضرة ، إلا بعد الترخيص من الامير في ذلك ، انما هو امر رءاء اولو الامر ، في بلدنا ، اوفق بالمصلحة ، فستؤه . ولو شاءوا ان يجروا حكم قاضي الحاضرة مجرى احكام قضاة الآفاق ؛ في جواز تعقبه ، لكان ذلك جاريا على مقتضى الفقه (١) وهو الواقع في الديار المصرية والديار المغربية ، ففيها محاكم استينافية ، والاستدلال على فساد ذلك بقول المختصر الخليلي « ولا يتعقب حكم العدل العالم » باطل ؛ لان المراد بالعالم ، المجتهد ؛ وبالجاهل ، المقابل له ؛ المقلد . قال البناني في حواشي الزرقاني : واعلم ان المراد بالجاهل ؛ العدل المقلد ؛ كما فسر به ابو الحسن ؛ ويفيده كلام اللخمي . اهـ . وهو الذي صرح به ابن مرزوق .

واما التحجير غير المقبول ، فما كان في الاستقلال بالقضاء ؛ بأن يتوقف القاضي في الحكم على غيره ، ففي المستقى لابي الوليد الباجي : لا يولى قاضيان فأكثر ؛ على وجه الاشتراك ؛ فلا يكون لاحدهما الانفرد بالنظر في قضية ؛ ولا قبول نيئة ؛ ولا انقاد حكم . قال الشيخ ابو اسحاق في زاهيه : والحاكم لا يجوز ان يكون نصف حاكم ؛ فلا يجتمع اثنان ؛ فيكونان جميعا ؛ حكماً في قضية واحدة ؛ واما ان يُستقضى في البلد قضاة ؛ ينفرد كل منهم بالنظر فيما يرفع من ذلك اليه ؛ فجائز . قال : وعمل الامة ؛ من زمانه ؛ صلى الله عليه وسلم ؛ الى زماننا هذا ؛ لا يشرك اثنان في قضية . اهـ . قال المازري : غلا الباجي في التسع ؛ حتى ادعى عليه الاجماع ؛ وقال لم يتفق هذا من زمنه ، عليه الصلاة والسلام ، الى زماننا ؛ وخاف من التقض عليه بالحكمين في الصيد ؛ والشقاق بين الزوجين ، فاشار الى انه لا مضره في اختلاف الحكمين ، لانهما اذا اختلفا ،

(١) بعد صدور التأليف صار حكم قاضي الحاضرة يعق بذاك بمجة المرافعات الشرعية الواردة الامر العالي بالعمل بها المؤرخ في ٢٨ شوال ١٣١٧ وفي ٢ سبتمبر ١٩٤٨

انتقل الى غيرهما . وفي القاضين لا يمكن التثقل عنهما ، لانهما بولاية لا يصح التثقل بها ، بعد انعقادها ، واختلافهما يؤدي لتضييع الاحكام . قال المازري : وعندي انه لا يقوم دليل على المنع ؛ اذا اقتضت ذلك المصلحة ؛ ودعت اليه الضرورة ؛ في نازلة ؛ يرى الامام انه لا يثلج صدره ؛ وترتفع فيه التهمة ؛ إلّا بقضية رجلين . وقد ذكر الباجي : انه قد ولي ؛ في بعض بلاد الاندلس ؛ ثلاثة قضاة على هذه الصفة ، ولم ينكره من كان في ذلك البلد من فقهاء . قال الشيخ ابن عرفة : منع الباجي وابن شعبان ، (١) انما هو في تولية قاضين ولاية مطلقة . لا في مسألة جزئية ، كما فرضه المازري . قلت ، لا يشكل على هذا ، ما جرى به الامر عندنا في تونس ، من الاحكام المجسمة ، التي لا يفرد القاضي بالنظر فيها ، لانها مخرجة على إن القاضي مشروط عليه ان يشاور العلماء . فيما يطلب فيه الخصوم مشاورتهم . على ان ابن شعبان اورد ذلك في القاضي المجتهد ، كما يدل عليه قول ابن عرفة في مختصره . في ضمن حكاية ما تقدم « واختلافهما يؤدي لتضييع الاحكام ، والغالب اختلاف المجتهدين . وان كانا مقلدين ، فولاية المقلد ممنوعة . اهـ . » ففرض الكلام في المجتهدين . كما ترى ، فتأمل .

واما التحجير المقبول ، فما كان في انواع من القضايا ، كالتحجير على القاضي الحنفي عندنا . في الحكم في المغارسة ، صحة وفساداً ، والتحجير على المالكي ، في الحكم بطلان الحبس الحالي من الخوز . صحة وفساداً ، او كان في الحكم على اشخاص معينين ، ولو بالنوع . كالحكم على رعايا الدول الاجنبية ،

(١) هو ابو اسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري : اتهمت اليه رئاسة المالكية بمصر . من تاليفه الزاهي في الفقه وكتاب احكام القراء وكتاب مختصر ما ليس في المختصر . توفي سنة ٣٥٥ وسنه فوق الثمانين .

في غير استحقاق العقار. قال الشيخ ابن عرفة في مختصره الفقهي . ما نصه :
المازري : يصح في ولاية القضاء التحجير ، ولو ولاه قضاء بلد ، إلا في رجل
سماه . صح ذلك . اهـ . لكن قبول هذا التحجير . مقيد بما اذا كان قبل النظر
في القضية وتبين الحق فيها ، وإلا لم يقبل . ففي النوادر عن الواضحة عن
اصبح : ان منع الامام قاضيه الحكم بين خصمين ، فان كان قبل ان تبين له الحق ،
اطاعه ، وان كان بعد ان تبين ؛ فلينفذه ؛ إلا ان يعزله راسا . قال البرزلي في
الحاوي : وكثيرا ما يقع في زماننا ، ينهى الامير القاضي عن تمام الحكم في قضية
او ينهاء عنها ابتداء ، مثل تحجيرها عليه ان يحكم على الاجناد . ايام الترك
فان كان قبل ظهور الحق ، عزل نفسه ، وبعد ظهوره يجب عليه السعي في تمامه
ان امكن ، ولم تنشأ عنه مفسدة . وان ظن انشاء المفسدة ، تركها وكان كالمكره
على عدم انفاذ الحكم ، فلم مندوحة عند الله تعالى .

واما التخصيص بنوع من الاحكام ، فجائز . ففي مختصر ابن عرفة : ويجوز
تولية قاضين بلد ، على ان يخص كل منهما بناحية من البلد ، او نوع من الحكم
فيه . لان هذه الولاية ، يصح فيها التخصيص والتحجير : لو استثنى في ولايته
ان لا يحكم على رجل معين ، صح ذلك . قال ابن فتحون : وقد تنفرد القضاة
في بعض البلاد ، بخطمة المناكح ومتعلقاته ، فيولاها على حدة . قال ابن عرفة :
كما في بلدنا قديما وحديثا ، من تخصيص احدهما باحكام النكاح ومتعلقاته على
حدة . اهـ .

اما الاشتراط على القاضي ان لا يحكم إلا بمذهب معين ؛ ففيه اقوال . الاول ،
الجواز ؛ وصحة الولاية . وهو ظاهر ما نقل عن سحنون : انه ولي رجلا ؛
سمع كلام بعض العراقيين ، وشرط عليه الحكم بمذهب اهل المدينة . قال
المازري : مع احتمال كون الرجل مجتهدا . وهو ايضا ظاهر نقل الباجي : ان

الولاية بقرطبة ، كانوا يشترطون على من ولي القضاء ، في سجله ، ان لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ؛ ما وجده . الثاني ؛ المنع ، وفساد الولاية . وبه قال الطرطوشي ؛ (١) ووصف اشتراطه بأنه جهل عظيم . الثالث ، صحة الولاية ، وابطال الشرط ، كما هو احد الاقوال في البيع المصاحب لشرط فاسد : من ابطال الشرط وصحة العقد . الرابع ، ما نقله المازري عن بعضهم : ان كان على مذهب مشهور ، عليه عمل اهل بلده ، نهى عن الخروج عن ذلك المذهب . وان كان مجتهدا اداة اجتهاده الى الخروج عنه ، لتهمته ان يكون خروجه حيفا او هوى . وهذا القول عمل بمقتضى السياسة ، ومقتضى الاصول خلافه ؛ والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده . انظر مختصر ابن عرفة . وهذه الاقوال كلها في المجتهد . واما المقلد ، فيلزمه اتباع المشهور ، وما به العمل ، لثبوت احكامه ، ويعلو يوم القيامة مقامه ، اذ بذلك يتعلق من الاستقامة بالحبل المتين ، ويحشر في زمرة القضاة العادلين .



قال الفقير الى ربه محمد العزيز جميعط : قد رأيت ان القى هنا عصا التسيار ، وأريح القلم من نصب الاصحار ، اذ فيما سقته جملة وافية من المباحث الشريفة ، والتحقيقات الطلية اللطيفة ، التي لا يستغني عنها من رام التبصر والاضطلاع ، والوقوف من علم القضاء على يفاع . ولا يجتني جناها ، ويحتسي كاس حمياها ؛ غير الخريت الطويل الباع . ولست ادعي اني استويت . فيما اصطفيت ، على صهوة الابداع ، فضلا عن ادعاء الابتكار والاختراع ، وانما ادعي اني انتخبت من تنف

(١) هو ابو بكر محمد بن الوليد القرشي القهري الطرطوشي الاسكندردي . صاحب ابا الوليد الباجي ؛ وسمم من ابي بكر الشاشي وأبي محمد الجرجاني وأبي علي التستري . وأخذ عنه ابو بكر بن العربي والقاضي ابن سادة . وابو عبد الرحمان الاصيلي والقاضي عياض بالاجازة . من تاليفه سراج الملوك وشرح رسالة ابن ابي زيد وكتاب في مسائل الخلفاء . مولده سنة ٤٥١ هـ وتوفي بالاسكندرية سنة ٥٢٠ هـ

الدقائق ما هو تحفة لاجزاء ونزهة في الاسباح ، وذلت من العَصِي ، وقربت
من القَصِي ، ما كشف اللثام ، من مخدرات غم الاحكام ، وازال عن محيا ابكارها
القناع ، وما قصدت بذلك إلا الاصلاح بقدر الاستطاعة ، مقرا بالمعجز والقصور
وقلة البضاعة ، والله المسئول ان ينفع به قارئه وناظره ، وان يجعله من الاعمال
المتقبلة في الدنيا والدار الآخرة . وكان الفراغ من تأليفه لسبع عشرة خلون من
شهر ربيع الانور عام ستين وثلاثمائة والـف .



فهرس مواضيع الكتاب

(لما كان الكتاب ينقسم الى قسمين اولهما صيغ في صورة مواد اشتمات على خلاصة الفقه المحرر مما وقع بسطه تفصيلا في القسم الثاني، فان عناوين المواضيع كانت متحدة في القسمين، وقد وقع ترقيم صفحات القسم الاول بحروف (ا ب ج د) عوضا عن الارقام، اما صفحات القسم الثاني فقد وقع ترقيمها بالارقام، ولاجل ذلك فسوف تذكر المواضيع في هذا الفهرس والى جانبها حروف تشير الى صفحة الكتاب من القسم الاول وارقام تشير الى صفحة الكتاب من القسم الثاني منه.)

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
مقدمة الطبعة الثانية من الكتاب		
مقدمة الطبعة الاولى من الكتاب	١	
الباب الاول في الدعوى والجواب والمدعى والمدعى عليه والآجال والاعذار والعقلة والتعجيز	٢	أ
الفصل الاول في الدعوى	٢	أ
المطلب الاول في حقيقة الدعوى	٢	أ
المطلب الثاني في كيفية القيام بالدعوى	٣	أ
المطلب الثالث في صفة القائم بالدعوى	٥	أ
الدعوى فيما فيه حق الله	١٢	
المطلب الرابع في شروط صحة الدعوى	١٢	د
المطلب الخامس فيما يلزم اشتعال الدعوى عليه اذا سأل المملوب	١٩	هـ

الحروف	الارقام	مواضيع الكتاب
ز	٢٣	المطلب السادس في تبعض الدعوى
ز	٢٤	المطلب السابع في اضطراب الدعوى
ح	٢٧	الفصل الثاني في استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى
ح	٢٧	المبحث الاول في كيفية استدعاء المطلوب
ح	٣٠	المبحث الثاني في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب
ي	٣٥	المبحث الثالث في حضور المطلوب وجوابه بالاقرار
ك	٣٧	المبحث الرابع في حضور المطلوب وجوابه بالانكار
ل	٤٠	المبحث الخامس في تغيب المطلوب بعد انشأ الخصام
ل	٤١	المبحث السادس في غيبة المطلوب عن ايلة القاضي
ن	٤٣	الفصل الثالث في المدعي والمدعى عليه
ن	٤٣	المبحث الاول في بيان المدعي والمدعى عليه
	٤٧	مبحث الحيازة
ع	٥٢	المبحث الثاني في تكليف المدعي باقامة البينة فيقر ان لا بينة له
ف	٥٦	المبحث الثالث في تكليف المدعي باقامة البينة فيدعي ان
		يد المدعى عليه ما يغنيه عنها
ف	٦٠	المبحث الرابع في تكليف المدعي باقامة البينة فيدعي ان له بينة
ض	٦٣	المبحث الخامس في الاعذار المترتب على حضور البينة
	٦٨	مبحث تعارض البينات والترجيح بينها
س	٧٥	المبحث السادس في العقلية
ت	٧٧	المبحث السابع في التعجيز
ث	٨١	الباب الثاني في مستند الحكم

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
الفصل الاول في اليمين	٨١	ث
المبحث الاول في صيغة اليمين	٨١	ث
المبحث الثاني في الكيفية التي يكون عليها الحالف عند اليمين	٨٢	ث
المبحث الثالث في مكان اليمين	٨٢	ث
المبحث الرابع في اقسام اليمين	٨٦	ذ
يمين التهمة	٨٦	
يمين القضاء	٨٨	
يمين الانكار	٩٢	
اليمين المكملّة للنصاب	٩٧	
يمين الرغبة	٩٨	
الفصل الثاني في الاقرار	١٠٠	أ ب
المبحث الاول في شروط صحته	١٠٠	أ ب
مبحث اتّوايح	١٠١	
المبحث الثاني في الاقرار بنسب او وارث	١٠٣	ب ب
المبحث الثالث في الاقرار بالحسبة	١٠٦	ج ب
المبحث الرابع في الاقرار بالمجمل	١٠٧	ج ب
المبحث الخامس فيما يقبل فيه رجوع المقر عن اقراره	١٠٨	د ب
الفصل الثالث في الابراء	١١٢	د ب
الفصل الرابع في الاسقاط	١١٨	ه ب
مسألة اسقاط الشفعة	١١٩	
مسألة اسقاط الميراث او هبته	١٢٠	

المحروف	الارقام	مواضيع الكتاب
	١٢١	مسألة اسقاط المواة عن زوجها شرط ان تزوج عليها
		او اخرجها من بلدها فأمرها بيدها
	١٢٢	مسألة اسقاط المرأة عن زوجها نفقة المستقبل
	١٢٢	مسألة اسقاط المرأة حقها في الحضنة
	١٢٣	مسألة اسقاط المستحق حقه في الحبس
ر ب	١٢٦	الفصل الخامس في الالتزام
ر ب	١٢٦	المبحث الاول في الالتزام المطلق
	١٢٦	مسألة التزام الانفاق
	١٢٧	مسألة التزام الزوج لزوجته انفاق اولادها
	١٢٨	مسألة الخلع على التزام مئونة الحمل
	١٢٩	مسألة التزام الموصي عدم الرجوع في وصيته
ط ب	١٣٢	المبحث الثاني في الالتزام المعلق
ك ب	١٣٧	الفصل السادس في الشهادات
ك ب	١٣٧	المبحث الاول في شروط قبول الشهادات وذكر موانعها
	١٣٨	مانع القرابة
	١٣٩	مانع العداوة
	١٤١	مانع الحرص على الاداء . وفيه تحقيق نقيض لابن مرزوق
	١٤٤	مبحث الحرص على التحمل . وفيه شهادات المختفي
	١٤٦	مانع الاستبعاد . وفيه مبحث ما لا قبل فيه الشهادة الاسترائية
ك ب	١٤٩	المبحث الثاني في تقسيم الشهادات الى اصلية واسترائية
		وما يلزم في كل منهما

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
مبحث التعريف	١٤٩	
مبحث تقرر التعريف	١٥٠	
مبحث ما يصلح للاحتجاج به وما لا يصلح في الشهادات الاصلية	١٥١	
مبحث معاينة الرسوم على ما به العمل التونسي	١٥١	
مبحث ما يدل عليه قول الموثق بحال صحة وطوع وجواز الامر	١٥٤	
مبحث بيان مستند العلم في الشهادات الاسترعائية	١٥٥	
ما يلزم في بينة الارائة	١٥٥	
ما يلزم في بينة الملك	١٥٧	
مبحث الاجمال في الشهادات الاسترعائية	١٦٠	
مبحث التزكية	١٦٢	
المبحث الثالث في احكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ	١٦٥	ص ب
المبحث الرابع في قبول غير العدول من الليف في البينات الاسترعائية والفرق بين ما عليه عملنا وما عليه عمل اهل فاس	١٧١	ع ب
مبحث استفسار الشهود وما عليه عمل تونس وعمل الفاسيين	١٧٥	
المبحث الخامس في الشهادة على الخط	١٧٨	ف ب
مبحث شهادة الشاهد على خط نفسه وما به العمل التونسي	١٧٨	
قديمًا وحديثًا وما عليه عمل فاس	-	
مبحث الشهادة على خط الميت او الغائب	١٧٩	

الحروف	الارقام	مواضيع الكتاب
	١٨٤	مبحث الشهادة على خط المقر بشيء ثم ينكر انه خطه
	١٨٧	حكم الوصية المكتوبة بخط الموصي
ر ب	١٨٩	المبحث السادس في (الشهادة على الشهادة وهي) شهادة النقل
ر ب	١٩٠	المبحث السابع في العمل بالنسخ والمضامين
	١٩٣	مبحث اخراج النسخ
	١٩٥	كيفية الخطاب على النسخ
	١٩٧	مبحث المضامين
ت ب	١٩٨	المبحث الثامن في اقسام الشهادة باعتبار ما توجبه
	١٩٨	مسائل ما يثبت بالشاهد واليمين وما لا يثبت . في الوصية
		والوقف والنكاح والميراث
	٢٠١	مبحث افتقار البينة الشاهدة بظاهر الحال الى اليمين
		استظهاراً على باطن الامر
ث ب	٢٠٢	المبحث التاسع في شهادة السماع
ذ ب	٢٠٩	المبحث العاشر في الشهادات الناقصة
ذ ب	٢١٤	الباب الثالث - الفصل الاول في معنى الحكم والفتوى
		والثبوت والتنفيذ
ظ ب	٢٢٦	الفصل الثاني في خطاب القضاة
ظ ب	٢٢٦	المبحث الاول في حقيقة الخطاب وانواعه
ش ب	٢٣٢	المبحث الثاني في فائدة الانهاء
ش ب	٢٣٣	المبحث الثالث في العمل بالخطاب اذا مات او عزل المخاطب
		المنهي او المخاطب المنهي اليه

الحروف	الارقام	مواضيع الكتاب
ش ب	٢٣٥	الفصل الثالث في ضابط ما يفتقر للحكم
أ ج	٢٤١	الفصل الرابع فيما يحصل به الحكم . وفيه تحقيق نقيس للشيخ اسماعيل التميمي
أ ج	٢٤٦	الفصل الخامس في تصرفات الحكماء التي ليست حكما ولغيرهم . من الحكم تغييرها والنظر فيها
ب ج	٢٤٩	الفصل السادس في بيان المواضع التي يكون الحكم فيها جزئيا والمواضع التي يكون الحكم فيها كليا . وفيه رسالة للشيخ يوسف جعيط
ب ج	٢٦٢	الفصل السابع في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا او تضمنا . وفيه تعقيبات كثيرة على ابن فرحون
ب ج	٢٧١	الفصل الثامن في معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب والحكم المختلف فيه وبالمختلف فيه . وفيه بيان الحكم الضميني والحكم الفعلي عند الحنفية وحكما عند المالكية
د ج	٢٨٠	الفصل التاسع في الاحكام التي يجوز تعقبها وفي التحجير المقبول وفي التخصيص في القضاء وفي الاستراط فيه
	٢٩٠	خاتمة الكتاب
	٢٩٢	فهرس مواضيع الكتاب
	٢٩٩	فهرس التراجم التي اشتملت عليها الهوامش
	٣٠٧	جدول الخطأ والصواب

فهرس التراجم الواردة في هواش الكتاب

مرتبة بحسب الاسم الذي اشتهر به صاحب الترجمة

صفحة	حرف الالف	صفحة	حرف الالف
١٢٩	ابراهيم بن حسن بن	١١	ابن حمديس
	اسحاق التونسي (ابو	٢٢١	ابن حيدر
	اسحاق التونسي)	٣٥	ابن دينار
٧٩	ابراهيم اللقاني	٣٩	ابن راشد القفصي
١٨	الابسي	٥٧	ابن رحال
١٥٧	ابن ابي حمزة	٣٦	ابن رشد
٩٤	ابن ابي زمنين	٧٦	ابن زرب
٥٧	ابن ابي زيد القيرواني	٩٢	ابن زرقون (الجد - محمد
١٠٧	ابن الباجي		بن سعيد)
٢٣٥	ابن البراء (ابو علي عمر	٩٢	ابن زرقون (الحفيد - محمد
	بن البراء التونسي)		بن عبد الله بن محمد
٢٣٥	ابن البراء (ابو القاسم علي		بن سعيد)
	بن عبد العزيز بن	١٥٣	ابن زيتون
	البراء التوخي المهدوي)	٦	ابن الطاهر
٥	ابن بقي	٩٤	ابن الكاتب
١٣٠	ابن بشير	٣٨	ابن كنانة
٥٦	ابن الجلاب	١٦٨	ابن لب (ابوسعيد)
٥٥	ابن الحاج	١٠	ابن لبابة
٧٥	ابن الحاجب	٣٥	ابن الماحشون
٢٧	ابن حارث	٢٠٩	ابن محرز
٢٨٣	ابن الحباب	٨	ابن مرزوق (الحفيد)
٨٨	ابن حبيب	٨٧	ابن الملوي

صفحة	حرف الالف	صفحة	حرف الالف
٨	ابن المناصف	١١	ابن عتاب
١٨٤	ابن منظور	٢١٦	ابن العربي (القاضي
٩٨	ابن مغيث		ابو بكر)
٦٨	ابن المواز	١٨٠	ابن عرضون
٦	ابن ناجي	٤١	ابن عرفة
٨٣	ابن الناظم (ابن ناظم	٧٦	ابن العطار
	التحفة ، ابو يحيى	٣٦	ابن علوان (احمد)
	محمد بن ابي بكر بن	٣٦	ابن علوان (عمر)
	عاصم)	٣٦	ابن علوان (محمد بن احمد)
٩٢	ابن نافع (عبد الله بن نافع	١٨٢	ابن عصفور
	مولى بنسي مخزوم	١٢٢	ابن غازي
	المعروف بالصائع)	٢٧٥	ابن غرس
٩٢	ابن نافع الاصغر (عبد الله	٤٧	ابن فتوح
	ابن نافع الزيري)	١٢٣	ابن الفخار
٢٧٨	ابن نجيم	٧	ابن فرحون
١١٦	ابن الضابط	٢٣	ابن القاسم
٢٧٢	ابن عابدين	١٨١	ابن قداح
٤	ابن عاصم (صاحب التحفة	٥٨	ابن القطان (احمد بن
	ابوبكر محمد بن عاصم)		عيسى القرطبي)
٨٣	ابن عاصم (ابن ناظم التحفة	٥٨	ابن القطان (علي بن محمد
	ابو يحيى محمد بن ابي		بن عبد الملك
	بكر محمد بن عاصم)		المكناسي)
٩٣	ابن عبد البر	٤٣	ابن قليل الهم
١٣٧	ابن عبد الحكم	٢٤١	ابن القصار البغدادى
٥٣	ابن عبد الرافع	٢٢	ابن سخون
٣٣	ابن عبد الصادق الدكالي	٢٣٧	ابن سراج
٦٠	ابن عبد الستار البحري	١٧	ابن سلامة
٤٢	ابن عبد السلام	٢٩	ابن سلمون

صفحة	حرف الالف	صفحة	حرف الالف
٦	ابن سهل	١٠٧	الاجهوري (علي بن زين العابدین)
٥٦	ابن سوذة	٤٦	احمد بن محمد القليشاني
١٢٢	ابن الشاط	٩٢	احمد بن محمد الشدادي الفاسي
١٣١	ابن شاس	١٣	احمد بن نصر الداودي
٢٨٨	ابن شعبان		الاسدي
٣٣	ابن هارون	١٣	احمد بن نصر الهواري
٦	ابن الهندي	٨٥	احمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الحولاني
١٠٨	ابن وضاح		القيرواني
١٢٠	ابن وهب	٣٦	احمد بن علوان
٢٥	ابن يونس	٥٨	احمد بن عيسى المعروف
١٠٨	الابري		بابن القطان
٨٣	ابو ابراهيم التجيبي	١٢٩	احمد بن يونس القسنطيني
١٢٩	ابو اسحاق التونسي	٢٨٢	الامام ابو حنيفة
٨٥	ابو بكر بن عبد الرحمن	٢٥	الامام مالك امام دار الهجرة
٢٨٢	ابو حنيفة (الامام الاعظم)	٢٨٢	الامام الشافعي
٨٩	ابو الحسن الصغير	٣٠	اصبغ
٦٢	ابو صالح (ايوب بن سليمان)	٩١	الاصيلي
	المعافري القرطبي	١٦٦	اسحاق بن ابراهيم بن مسرة التجيبي
١٥٨	ابو المطرف (عبد الرحمن القرطبي)	٦٠	اسماعيل التميمي
	بن مروان القنازعي	٢٢	اشهب
			حرف الباء
٩٤	ابو عمران الفاسي		الباجي (ابو الوليد الباجي القاضي)
١٦٨	ابو سعيد بن لب (الاستاذ)	١٤٢	الباجي (محمد بن احمد بن
٢٧٥	ابو يوسف (القاضي ابو يوسف صاحب الامام ابو حنيفة)	١٠٧	الباجي (محمد بن احمد بن
٢٨٤	الاجمي (ابو محمد)		
٢٨٤	الاجمي (ابو عبد الله محمد)		

صفحة	حروف الباء والتاء والحاء	صفحة	حروف (ح - خ - د - ر - ز)
	عبد الله المعروف بابن البايجي (حرف الحاء
٦٠	البحري بن عبد الستار	١٤	الخطاب
١٤٧	البحري التونسي	٣٢	حلولو
٨٩	البرادعي	١٩٦	حمدة الشاهد
٤٠	البدر القرافي	٧	حسن الشريف
٩	البرزلي	١٢٩	الحوفي
٤٠	البرهوني		
٢٠	البرقي		حرف الخاء
٥٥	البطري	٨٩	خلف بن مسلمة بن عبد الغفور
٨٠	البطلدوسي	٢٥	خليل (صاحب المختصر)
٢٦٢	البلقيني	٢٣٠	الحضار (محمد . المفتي التونسي)
٣٦	البناني		
١٤	اللساطي		حرف الدال
٤٢	بهرام	٣٣	الدكالي (ابن عبد الصادق)
٦٢	ابو سعدي		
	حرف التاء		حرف الراء
٤	التاودي	٣٥	الرماسي (مصطفى)
٨٣	التحيسي (ابو ابراهيم)	٤٩	الرصاص
١٧	التسولي	٣٨	الرعي
		١٤	الرهوني
	حرف الجيم		
١٥٦	الجزيري		حرف الزاي
١١٥	الجزولي	٣٨	الزرقاني (عبد الباقي)
٥٦	الجلاب	١٤٧	الزنديوي التونسي
١٤	الجنوي		
٦٩	جسوس		

صفحة	حروف الطاء واللام والميم	صفحة	حرف الميم
٧٤	الزعيبي	٢٧٥	محمد بن الحسن الشيباني (صاحب ابي حنيفة)
٤	الزقاق	١٢٢	محمد بن محمد المشدالي البجائي
	حرف الطاء	٣٦	محمد بن علوان
١٩٦	الطاهر بن عاشور (الجد)	٢٥٥	محمد النجار
٢١٩	الطرابلسي	١١٦	محمد العربي الفاسي
٢٩٠	الطرطوشي (ابوبكر)	٤٦	محمد عظم (صاحب الدكاته)
	حرف اللام	٣٥	مطرف
١٠٤	اللاؤلوي	٤٦	المنجور
٣٦	الدخمي	٣٥	مصطفى الرماصي
٧٩	اللقاني (ابراهيم)	٨٩	المغربي (علي بن عبدالحق الزرويلي وعرف بابي الحسن الصغير)
٧٩	اللقاني (الناصر)	١٧٨	المغيرة (بن عبد الرحمن المخزومي المدني)
٨٩	اللقاني (شمس الدين)	١٠٥	المغيلي
	حرف الميم	٨٧	المقري
١٤	المازري	١٨	مسلم (صاحب الصحيح)
٢٥	مالك بن انس (امام دار الهجرة)	٥٤	المسنوي
٥	المتطي	١٢٢	المشدالي (محمد بن ابي القاسم)
١٤٦	المحجوب (محمد بن قاسم المحجوب)	١٢٢	المشدالي (محمد بن محمد بن ابي القاسم)
٣١	المحجوب (عمر بن قاسم المحجوب)	١٢٢	المشدالي (عمران بن موسى شيخ المقري)
١٢٢	المشدالي (محمد بن ابي القاسم المشدالي البجائي)	١٢٢	المشدالي (الفضل بن محمد ابن ابي القاسم)
٢٨٢	محمد بن ادريس الشافعي (الامام)		

صفحة	حروف النون والصاد والعين	صفحة	حرف العين والغين والفاء
٢٢	مهدي الوزاني	٤٦	عظوم (محمد، صاحب الدكاته)
٢٥٣	المواق	٧	عظوم (قاسم ، صاحب برنامج الشوارد)
٤	ميّارة	١٥٦	العلمي
	=====	٥٨	علي بن عبد الملك المعروف
	حرف النون		بابن القطان المكناسي)
٧٩	الناصر اللقاني	١٢٢	عمران بن موسى المشذالي
٢٨٢	النعمان بن ثابت (الامام ابو حنيفة)		(شيخ المقرئ)
	=====	١٣٠	عمر بن محمد القلشاني
	حرف الصاد	٣٦	عمر بن علوان
١٢٩	الصائع (عبد الحميد)	١٦	عمر الفاسي
	=====	٢٥٤	عمر بن الشيخ
	حرف العين	١٠١	العقباني
٥٧	عبد الله بن ابي زيد القيرواني	١٠	عياض (القاضي)
١٢٩	عيد الحميد الصائغ	٣٥	عيسى بن دينار
١٤٥	عبد الحق (بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي)		=====
	عبد الرحمن الفاسي		حرف الغين
١٢	عبد الملك بن حبيب	٤٩	الغبريني (ابو مهدي عيسى)
٨٨	عبد القادر الفاسي	١١٣	الغبريني الاكبر (احمد ابن احمد)
٥٦	العبدوسي	١١٣	الغبريني الاصغر (ابو القاسم احمد بن احمد ابن احمد)
٢٤	عبد الوهاب بن نصر (القاضي)	١٦٠	الغمرناطي
٢٤٠	العتيبي		=====
٢٩	العربي الفاسي	٩٤	حرف الفاء
١١٦		١١٦	الفاسي (ابو عمران)
			الفاسي (محمد العربي)

صفحة	حرفا الفاء والقاف	صفحة	حروف القاف والسين والشين
١٢	الفاسي (عبد الرحمن)	١٢٩	القسنطيني (ابو الفضل
٥٦	الفاسي (عبد القادر)		قاسم القسنطيني الوشتاتي
١٦	الفاسي (عمر)		(التونسي)
١٢٢	الفضل بن محمد بن ابي	١٢٩	القسنطيني (احمد بن يونس
	القاسم المشذالي البجائي		القسنطيني التونسي)
٢٨٥	فضل بن سلمة	١٧٢	القوري
١٦٥	الفشتالي		
	حرف القاف		حرف السين
٢٧٥	القاضي ابو يوسف	٢٢١	السبكي
	(صاحب ابي حنيفة)	٢٧١	سراج الدين البلقيني
٢٤٠	القاضي عبد الوهاب	٨	سخون
	(بن نصر)	٢٣٤	السطي
١٠	القاضي عياض	٨٢	السجلماي (محمد بن ابي
٧	قاسم عظم (صاحب	١٢	السجلماي (محمد بن
	البرنامج)		قاسم)
١٢٩	قاسم القسنطيني (ابو الفضل	٢٤	السوسي (صاحب لقط
	قاسم القسنطيني		الدر)
	الوشتاتي التونسي)	٤٢	السيوري
١٦٩	القباب		
٥١	القرطبي (احمد بن عمر	١٢	الشاذلي بن صالح
	ويعرف بابن المزين)	٢٨٢	الشافعي (الامام)
٤٠	القرافي (بدر الدين)	١٤٨	الشيبي البلوي القيرواني
٢٦	القرافي (شهاب الدين)	٩٢	الشداي (احمد بن محمد
٤٦	القلشاني الحفيد (احمد بن		الشداي الفاسي)
	محمد)	١٨٢	الشلوبين النحوي
١٣٠	القلشاني الجد (محمد بن محمد)		

صفحة	حرفا الشين والهاء	صفحة	حرفا الواو والياء
٧٩	شمس الدين اللقاني	١٠	الوانشريسي
١١	الشعبي (المالقي الفقيه)	١٢	الوانوغي
٢٦	الشهاب القزافي (شهاب الدين)		حرف الياء
		٢٨٦	يحيى بن يحيى الليثي
	حرف الهاء	٢٠٩	يعيش الشاوي
١١	هشام بن احمد	٢٥٤	يوسف جعيط



فهرس الخطأ والصواب

نشير الى ما يوجد من خطأ في الهوامش بعلامة * نضعها بجانب كل خطأ
وارد في هذا الجدول تابع لهوامش الكتاب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
هـ	٢	وبيان	وبيان
ر	١٥	اكثر	اكثر
ح	١٤	فيقضي	فيقضي
م	٢٠	والغيبه	والغيبه
ع	٤	وحيازته له له الحيازة ...	وحيازته له الحيازة ...
ض	١٣	او شهد غيرهم ...	او شهد غيرهم ...
ر	٢	على البيته ذات الشاهدين	على البيته ذات الشاهد واليمين
خ	٧	يحلف	يجلب
دب	٥	يقبل	يقبل
دب	١٣	فان حيز قبل حصول المانع	فان حيز قبل حصول المانع
هـ	٥	ولأ بطل	ولأ بطل
فب	٤	الميريء	الميريء
فب	٤	غير صحيحه	غير صحيحه
فب	١٤	يوسم	يوسم
خب	١٣	فاكثر	فاكثر
شب	١٢	الخطاب	الخطاب
دج	٩	ألقى خطأ	ألقى خطأ
٨	٨	واغتنام *	واغتنام
١٠	٨	فدون *	فدون
١١	٢	وانما	وانما
١٣	٢	الميسع	الميسع

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٥	٥	كان	كأن
٢١	٢٠	ويوكلوا	او يوكلوا
٢٣	١٥	ولا يينه*	ولا يينة
٢٤	٣	ترجع*	ترجع
٢٥	٢	العيار	المعيار
٢٥	٨	بالامامه*	بالامامة
٢٨	١٣	ثلاثة مرات	ثلاث مرات
٣٠	٥	احزاء*	اجزاء
٣٠	٩	وشهب*	وأشهب
٣٨	٨	تووفي*	توفي
٣٩	٨	وأخذ*	وأخذ
٣٩	١١	لمقر*	المقر
٤٠	٧	للمشتكى	للمشتكى
٤١	٤	الد	ألد
٤٢	٣	سنة ٤٦*	سنة ٤٦
٤٤	٢٠	لأنها مدعية. خلاف الاصل	لأنها مدعية خلاف الاصل
٤٥	٢	وادعى الطيب الخطأ	وادعى الطيب الخطأ
٤٥	٣	خطأ	خطأ
٤٦	٣	المدعى	المدعى
٤٧	١٥	شاهدة للحائز	شاهدة للحائز
٥٤	١	المنساوي*	المنساوي
٥٥	١٠	فلا توجه	فلا توجه
٥٦	١٦	لتصقح	لتصفح
٥٧	٥	الممالكى*	المالكي
٥٨	٢	وسم*	وسم
٦٢	١٢	ولتي	ولتي
٦٦	٤	اسنفيد	استفيد
٧١	٤	صحابنا	اصحابنا

الصفحة	السطر	الخط	الصواب
٧٦	٥	رحلة	رحلة
٨٣	٣	وخته	وخته
٨٤	١١	وخير	وخير
٨٦	٢٢	الاول	الاول
٩٥			(سطر من ذيل هذه الصفحة (الهامش الذي يتضمن (ترجمة ابن رشيد ونصه (- (١) هو محمد بن عمر القهري (السبتي يرف بـابن رشيد. مولده (سنة ٦٥٧ وتوفي بفاس سنة ٧٢١
٩٧	٧	التسولي	التسولي
٩٩	٤	ابي الفداد	ابي الفداء
١٠٢	٩	فبصير	فبصير
١٠٤	١	ويكتن	ويكون
١٠٧	١٦	شئل	سئل
١٠٨	١	وما يليق	وما لا يليق
١٠٨	١١	تأخذه	تأخذه
١٠٩	١٢	باطل	باطل
١٢٠	١٣	كالسقر	كاسفر
١٢٤	١٧	الربع	الربع
١٣٦	٩	يقضي به	يقضى به
١٣٨	١١	على يه	على ايه
١٤٠	١٦	زوال	زوال
١٤٢	١٥	يحتج	يحتج
١٤٧	١	قاسم	قاسما
١٥٤	٨	جائر الامر	جائر الامر
١٦٠	١٧	تصح	يصح
١٦٢	٢٢	العدالة	بالعدالة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦٤	٥	عدل	عدل
١٦٤	١٠	فمعجز	فمعجز
١٦٦	١٣	عرفه	عرفة
١٧٠	٢٠	قيله	قيله
١٧٣	٥	ويشترط	ويشترط
١٧٣	٦	او كونهم	او كونهم
١٧٩	٨	قيد	قيد
١٨٠	٢٠	ربها	ربها
١٩١	٧	قصة	قصة
١٩١	١٦	شرح	شرح
١٩٢	١	بأتي	يأتي
١٩٢	٢٢	فاستظهر	فاستظهر
١٩٣	٢١	كما اذا شهدوا	كما اذا شهدوا
١٩٤	٥	المال	المال
١٩٤	١٥	التسولي	التسولي
١٩٤	٢	الشاجر*	الشاجر
١٩٣	٣	موحودا*	موجودا
١٩٦	٥	في ثالثة غرره كبير*	في ثالثة غرر كبيره
١٩٦	١٢	ان رضى	ان رضى
١٩٧	١٨	بترك	يترك
١٠٦	٨	فتعمد	فتعمل
٢١١	١٥	يستقن	يستقن
٢١٢	٢	الاودى*	الاحوذى
٢٢٠	١٢	للفاضي	للقاضي
٢٢٤	٣	سخته من حكمه؛ وينيه الى المدينة؛ او عامل الحمة*	نسخة من حكمه؛ وينيه الى شيخ المدينة؛ او عامل الجهة
٢٣٠	١	ينته	ينته

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣٠	٢	اسماعيل التميمي؛ المفتي*	اسماعيل التميمي؛ والمفتي
٢٣٠	٩	المنهي اليه*	المنهي اليه
٢٣٤	٤	كتاب	بكتاب
٢٣٧	٤	وتفي*	توفي
٢٤٠	٢	وابن الحلاب*	وابن الحلاب
٢٤٢	١١	مُتَّاتٍ	مُتَّاتٍ
٢٤٨	١٥	حكمة	حكما
٢٤٩	١	التعزير	التعزير
٢٥١	١٦	بغني	يعني
٢٥٢	٢٠	الفسح	الفسخ
٢٥٢	١٠	ينظر	ينظر
٢٥٥	٣	١٣٣٠	١٣٣١
٢٥٥	٦	حامع	جامع
٢٥٦	٩	يخير	يخير
٢٦٤	١١	يُوحكم	وَحكم
٢٦٤	١٢	بعا	تبعا
٢٦٤	١٤	لاعتقاده	لاعتقاده
٢٦٦	٢٠	كما تقدم	كما تقدم
٢٦٩	١	يستلزم	يستلزم
٢٦٩	١٢	الطريق، وذلك مظنة لتوهم	الطريق، وذلك مظنة لتوهم
٢٦٩	١٤	سهما	لهما
٢٦٩	١٤	التعديل م	التعديل
٢٧٠	١٠	المغابرة	المغابرة
٢٧١	٣	بينهما	بينهما
٢٧٤	٨	كانتقال للمشتري	كانتقال الملك للمشتري
٢٧٥	١٣	يبتين*	يبتين
٢٧٧	٣	من المحكم	من الحكم
٢٧٨	١٤	وقضى بتوكيلها	وقضى بتوكيلها

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
البين	ابن	٩	٢٨٥
الليثي	الليثي *	١	٢٨٦
وجاءت	وجاء *	١	٢٨٧
ابن شعبان	ابن شعبان	١١	٢٨٨



