

MANUSCRITO N.º 1.077, EN LENGUA ÁRABE, DE LA
BIBLIOTECA DEL REAL MONASTERIO DE EL
ESCORIAL, SIN TÍTULO, DEL QUE ES AUTOR EL
JURISTA GRANADINO Y JUEZ DE MALLORCA ABŪ
'ISHĀQ IBRĀHĪM IBN 'ABD AL-RAḤMĀN AL-GARNĀṬĪ,
DEL SIGLO XIV

POR

JOSÉ AGUILERA PLEGUEZUELO

POR el carácter doctrinal y técnico de la obra, del mayor interés para los historiadores del Derecho español, y con el propósito de lograr un perfil lo más aproximado posible del malikismo español —falta aún de la traducción y análisis de las obras básicas del mismo— abordo en esta monografía el contenido del manuscrito n.º 1.077 de la Biblioteca del Real Monasterio del Escorial, del que fue autor el jurista granadino y juez de Mallorca en el siglo XIV Abū 'Ishāq Ibrāhīm Ibn 'Abd Al-Raḥman Al-Garnāṭī.

Este jurista granadino, sobre el que apenas contamos con datos, se nos presenta como autor de una obra clave para la historiografía jurídica hispano-árabe. En su época tiene ya una perspectiva histórica suficiente como para proporcionarnos en su obra una visión global de lo que había sido el Derecho Islámico malikí en su aplicación en Al-Andalus a lo largo de siete siglos y de las modalidades de su aplicación en nuestro país. Mālik B. 'Anas en su doctrina había previsto una adaptación del Derecho a las necesidades sociales de cada país. A tal fin y como recurso técnico formula el principio jurídico de "al-maṣāliḥ al-mursala", que podríamos traducir como principio de libre aplicación o de tolerada adecuación. Este principio se aplicó en la España musulmana, de aquí las discrepancias que han subrayado siempre los autores entre el Derecho teórico y el Derecho real que se aplicó en Al-Andalus.

Abū Ishāq Ibrāhīm ‘Abd Al-Raḥmān Al-Garnāṭī, por otra parte, comienza a asistir al inicio del renacimiento del Derecho Islámico, que se produce precisamente a partir del siglo XIV en todo el imperio espiritual que preside el Islam, después de un largo proceso de copia y decadencia que se extiende desde el siglo X al siglo XIV. Su obra es, en efecto, un loable intento de síntesis y revisión contra los excesos contrarios a la letra y al espíritu del Derecho a que habían llegado los distintos autores de los formularios notariales hispano-musulmanes en detrimento de las propias normas jurídicas que se proponían aplicar.

En mi intento de dar a conocer las fuentes del Derecho Islámico aplicado en Al-Andalus —y hasta el momento en que pueda disponerse de una edición y completa traducción de la obra de Abū Ishāq Ibrāhīm B. ‘Abd Al-Raḥmān Al-Garnāṭī— he estimado que era del mayor interés que los estudiosos e investigadores del Derecho Islámico en España contaran con este nuevo apoyo para la andadura del conocimiento de ocho siglos de vida jurídica en una de las partes en que estuvo dividido nuestro viejo solar hispánico. Al final de la traducción castellana de los párrafos de la obra de Abū ‘Ishāq —sin título por cierto en el manuscrito de la Biblioteca escurialense— se incluyen los textos árabes correspondientes con el propósito de que pueda ser compulsada la exactitud efectuada en cada caso.

La obra de Abū ‘Ishāq comienza así:

“¡En nombre de Dios Clemente y Misericordioso! ¡Dios los bendiga y salve a nuestro Señor Muḥammad y sus compañeros!

“El muy noble Alfaquí, juez Abū ‘Ishāq ‘Ibrāhīm B. ‘Abd Al-Raḥmān Al-Garnāṭī, de quien Dios —ensalzado sea— tenga misericordia por sus virtudes..., afirma que: (...).

“Habiendo observado en los redactores de formularios notariales un exceso de retórica y de abundantes invenciones en las que se mezclan la práctica jurídica sobre lo legal e ilegal con cuestiones litigiosas, decidí desbrozar dichos formularios, y resumir la jurisprudencia en forma no llevada a cabo con anterioridad por nadie, al tiempo que reunía algunos casos curiosos.

“No he hallado forma más condensada y específica de hacerlo: reu-

nir los diferentes apartados y establecer los principios en forma racional y lo más acertada posible.

“Hay quien dice que el fruto de la jurisprudencia son los formularios, al igual que hay quien dice que la prosa o el verso son el resultado de la literatura. Pese a todo, en la literatura el verdadero fruto es la comprensión del Corán y de la tradición del Profeta, al inducir de ambas fuentes las normas que conducen al camino recto. De la misma manera, el fruto de la ciencia jurídica debe ser para quienes se ocupan de ella el temor al Señor Creador, según las propias palabras de quien tiene en su mano el poder y el castigo: “que téngan temor de Dios sus siervos los doctores de la Ley”. Esta es, por otra parte, la actitud que debe observar toda persona inteligente antes de que le alcance la muerte, a través de la cual accedemos, con su poder y su gloria, a la misericordia y bondad del Altísimo...”

“Sobre la exhortación a que consten por escrito los documentos jurídicos”

“Afirma el Señor —ensalzado sea—: “¡Oh creyentes, si contraéis una deuda a término conocido, hacedla constar por escrito”.

‘Ibn Mas‘ūd comenta al respecto: “Cuando oyes a Dios el ensalzado decir: ¡Oh creyentes, poned atención!” es que va a mandar o prohibir algo”. El alfaquí Abū Ishāq abunda en el sentido de que este precepto es aplicable a todas las ciencias del Derecho.

“Yo, por mi parte, hago constar la bondad del Libro Divino por siempre, ya que éste al hablar de “si contraéis una deuda”, está afirmando la legalidad de la deuda, de las transacciones a crédito del préstamo de bienes muebles o semovientes, pues Dios no establece distinción entre las distintas deudas, con lo cual permite todas las adquisiciones a crédito, así como los préstamos en alimentos, bienes muebles o similares (...).”

“Al hablar Dios —ensalzado sea— de ‘término conocido—, está prescribiendo la obligatoriedad de esta determinación temporal, y, al aludir a que se haga constar por escrito, se refiere a la preceptiva constancia por escrito para la presentación de demandas, recogida de

testimonios, atribuciones, delimitación, determinación numérica de testigos, etc...

“Cuando Dios preceptúa que sea un testigo instrumental quien redacte los documentos, alude a que tal función es preceptiva en la misma proporción que puede serlo la guerra santa, la oración funeraria y el entierro, la búsqueda del saber, la memorización del Corán al nivel mínimo, la prestación de testimonio, la realización del bien, la evitación del pecado, la asunción del puesto de Imán o el llamamiento público a la oración”.

“Sobre los emolumentos de quienes redactan los documentos”

“Cualquier obligación individual o colectiva es lícito que sea remunerada. Así pues, el estipendio del redactor de un documento notarial será por cuenta del titular del derecho y de aquel a quien incumba la obligación. Caso de que sea de una colectividad la titularidad del derecho y el obligado sea una persona individual u otro grupo o, inversamente, que el derecho pertenezca a una persona y la parte obligada sea otro individuo o colectividad —aunque sean diferentes las cuotas— el precio a pagar por redacción del correspondiente documento jurídico será abonado por igual. Esta será la pauta a seguir en la redacción de documentos de división, deuda de sangre, limpieza de servicios comunes (letrinas, basuras, pozos y acequias) así como en el pago de peritos en cuestiones de división, en productos agrícolas, bienes, alimentos y reparto en sociedades de caza o pesca. Lo contrario regirá en los contratos de adquisición de la propiedad mediante compensación económica determinables mediante cuotas: cosechas, productos agrícolas, beneficios de socios y manumisión conjunta de esclavo”.

“Sobre la obligación de someter a interdicción al indigno”

“Las palabras del Señor exhortando a practicar la justicia supone la obligatoriedad de someter a interdicción al que cayó en la indignidad”.

“Sobre la testificación documental”

“El precepto divino ordenando atenerse a las manifestaciones del demandado y que el demandante habrá de aportar dos testigos varones, indica que no es válido el mero testimonio documental. En efecto, en el pasado han existido discrepancias en torno a tres cuestiones: el testimonio escrito del declarante, que es el más sólido; el testimonio del ausente respecto a hechos no relacionados con actos de devoción o muerte; y, en tercer lugar, el testimonio sobre acto documental propio, que es el más débil”.

“Sobre la licitud de la testificación”

“Se deduce, igualmente, que será lícito el testimonio del hombre de campo en contra del de la ciudad, en oposición a lo manifestado por Ibn Wahb como oído a Mālik B. 'Anas.

”Se aboga, asimismo, por la licitud del testimonio del padre en favor de su hijo.

”El requerimiento de testimonio puede ser realizado respecto a toda clase de derechos”.

“Discrepancias de las gentes de Al-Andalus con la doctrina de Mālik en algunos supuestos”

”No basta el juramento con un solo testigo, ya que, si ello bastara, no se mencionaría al otro. En ésta una de las cuestiones específicas en que discrepaban las gentes de Al-Andalus de la doctrina de Malik, a quien Dios tenga en su misericordia.

”La segunda peculiaridad es que no regularon jurídicamente las hipótesis legales de confusión patrimonial. Tal peculiaridad derivaba de la doctrina de Layt B. Sa'id.

”La tercera materia de diferencia de los árabe-andaluces con la doctrina de Mālik B. 'Anas era la admisión del alquiler de la tierra con parte de sus frutos, como en los supuestos de aparcería y préstamo. Ello derivaba también de la doctrina de Layt.

'La cuarta diferencia es que permitieron plantar árboles en las mezquitas, de acuerdo con las doctrinas de Al-'Awza'ī.

"La quinta diferencia entre lo aplicado por los andalusíes y la doctrina malikí era que el almuédano elevase la voz en la primera llamada a la oración al decir "Dios es el más grande!".

"La sexta era que en el reparto del botín correspondiera al jinete dos partes, de acuerdo con la doctrina de Abū Ḥanīfa.

"También era peculiar de las gentes de Al-Andalus la licitud del testimonio del ciego, en contra de lo prescrito al respecto por al-Šāfi'ī. Por otra parte, se fallaba en los supuestos de evidencia sin necesidad de juramento.

"Los supuestos de testificación y réplica"

"Cuando Dios prescribe que testifiquen un hombre y dos mujeres, está señalando con ello la licitud del testimonio prestado por las mujeres. No obstante, tal testificación sólo será lícita en tres materias: a) El patrimonio; b) legados, muerte o heridas accidentales, robo en cuanto atañe a los bienes sustraídos, mandatos de contenido patrimonial y post-mortem en los supuestos no contemplados en la herencia y el patrimonio; y c) en las cuestiones en que las mujeres se hallan más impuestas que los hombres: natalidad, abortos, embarazos, malformaciones femeninas, lactancia, nupcias y cuestiones que se suscitan en los baños.

"Se estimará, asimismo, que es válido el testimonio de la persona que olvida el contenido del mismo y posteriormente lo recuerda.

"El precepto del Señor en el que se dice: "aquellos testigos que aceptéis", indica que no todas las personas son idóneas para testificar. No es válido, por ejemplo, el testimonio del niño, de la persona con la que existe enemistad, de la persona de dudosa moralidad y del infiel. Con ello, por otra parte, se observa lo que Dios recomienda: o dos personas no musulmanas, con lo cual se tiene en cuenta la condición de ser creyente —contrariamente a la opinión sostenida por Saḥnūn—, dado que la referencia a la aceptación de los testigos alude a la prestación de fe por aquéllos después de inquirir su condición. La cuestión,

de todas formas, se dejará al buen entender del Juez; caso de que se pusiera de manifiesto negligencia o duda en el testigo, será rechazado su testimonio.

”Se deduce de todo ello la facultad de actividad deductiva (’iÿtihād) en las resoluciones del Derecho Islámico. Así, el término “el que reconoce a fulano” es considerado como una aceptación. Basta, pues, con dos testigos fidedignos. Esta figura del testigo fidedigno es, asimismo, una de las nueve peculiaridades de la Escuela malikí en Al-Andalus. Se produce, como decimos, la aceptación, evitando el testimonio del sujeto a enemistad, parentesco, dependencia, amistad, de quien haya sido huésped o vivido con aquel a quien favorece el testimonio, socio en cuestiones distintas de las comerciales y testimonios viciados por exceso o defecto en la prestación del mismo.

”Sobre el contenido de las nueve cuestiones”

”No será válido el testimonio en favor de quien se haya establecido un arriendo, salvo que sea de su familia.

”No existirá excusa legal para el testigo que conoce hechos no divulgados, salvo, según jurisprudencia, en los supuestos de enemistad. Será válido, por lo tanto, el testimonio de quien manifiesta que sabe que fulano vendió, compró o hizo tal cosa por voluntad propia. También es lícita la manifestación denegatoria a solicitud de parte, aunque en este punto la opinión no sea unánime (...)”.

”No es válido el testimonio del esclavo, al que le está vedado hacer manifestaciones en estrados a favor de su Señor.

”Capítulo sobre las cuestiones en que las gentes de Al-Andalus discrepan de la doctrina de Mālik”

”Las cuestiones en las que las gentes de Al-Andalus han discrepado con la doctrina malikí son cuatro: no juzgar en los supuestos de confusión, cuando se aporta un solo testigo o mediante juramento, permitiendo al propio tiempo el pago del alquiler de la tierra con los

productos de la misma. Tal normativa procedía de la doctrina de Layt B. Sa'id.

"Los naturales de Al-Andalus, por otra parte, permitieron plantar árboles en las mezquitas, procediendo tal norma de la doctrina de Al-'Awzā'i.

"Discreparon los andalusíes de Ibn Al-Qāsim¹ en dieciocho cuestiones:

"En lo que al matrimonio se refiere, considerar la adecuación de la condición social y el patrimonio.

"La obligación de la mujer divorciada, propietaria de bienes, después de consumado el divorcio, de sufragar los gastos del hijo. Ello se acuerdo con la doctrina de Al-Maḥzumīn. El marido no quedaba obligado —según Ibn Al-Māyṣūn— a concederle servidumbre o medios materiales adecuados a su rango.

Permitir la remuneración del Imán por los actos religiosos y por el reparto del botín obtenido en la guerra santa, según norma de Ibn 'Abd Al-Ḥakam.

"Según Ibn Ḥabīb, permitir la enseñanza de la gramática y la poesía.

"Permitir la venta de los libros de Derecho, según doctrina de la mayor parte de los discípulos de Mālik B. 'Anas.

"Considerar válidos los actos del pródigo hasta tanto no haya sido declarado como tal, de acuerdo con la prescripción de Mālik sobre la materia, quien, en el libro sobre la deuda, afirma que después de tal declaración no será válida la compra o venta realizada por el mismo.

"El permitir ponerse vestidos de seda durante las campañas militares contra países enemigos, según Al-Māyṣūn.

"Autorizar la mejora gratuita en el contrato de aparcería, si se llevara a cabo en forma de arrendamiento de la tierra por trigo o por productos de la cosecha, considerándolo como un arrendamiento, no una sociedad, según precepto de 'Īsā B. Dīnār.

Según jurisprudencia de Ibn Kināna, no extender formalmente los contratos, ni incluso en la fase de ejecución de los mismos.

No autorizar la división de las casas, de forma que uno de los

¹ Discípulo de Mālik B. 'Anas.

copropietarios de las habitaciones y patio pudiera beneficiarse de su cuota en las mismas y conservar su intimidad.

Decretar la obligatoriedad del derecho de tanteo en las propiedades de carácter indivisible, como los baños y molinos, según norma del propio Mālik, pero extendiendo tal derecho de tanteo al patrimonio asignado a un fin, según norma de Ašhab.

”No obligar al garante de un derecho a aportar dos testigos, según doctrina de Saḥnūn.

”Obligar a aportar prueba testifical de sus bienes al garante cuyo patrimonio se desconozca. Caso de serle imposible tal aportación y a falta de la prueba, sufrirá prisión, según Ašhab.

”Entre las discrepancias de las gentes de Al-Andalus respecto a la doctrina de Mālik B. ’Anas figuraba también que la cosa debida era garantía y provecho del acreedor. Caso de probarse a través de dos testigos, se adoptarán las debidas medidas cautelares, según doctrina de Mālik en la “Al-Muwaṭṭā” y de otros autores en la “Al-Mudawwana”.

”El que, cuando alguien afirma algo, lo declara y presenta prueba testifical, no podrá después retractarse, según jurisprudencia de Ibn Dīnār, Muṭarrif e Ibn Al-Māyṣīn. De igual modo, quien fuera demandado por un empréstito, depósito o deuda y lo negara, aunque después declare y aporte testimonio de su pago, no le valdrá, ya que lo invalidó con su primera negación en falso.

”El considerar a quien se ausenta de junto a su esposa, durante el período de ausencia, como al sujeto a impedimento, según doctrina de Ibn Nāfi’a.

”Obligar al juramento cuando los que depusieran fuesen testigos “lafif” o no instrumentales. El testimonio escrito no se admitirá más que en los supuestos de bienes religiosos diferidos...

No especificar ni describir en los contratos lo testimoniado.

No conceder al sodomita la tutoría de los menores, salvo mediante la presentación de otra persona a la que se pueda recurrir.

Cuanto antecede lo declaró el alfaquí juez Abū ’Ishāq, a quien Dios tenga en su misericordia y lo perdone, según lo expuesto al comienzo del presente manuscrito... La alabanza sea para el Señor, Dios de los Mundos! Que la oración y la paz recaigan sobre Muḥammad, el último

de los Profetas e Imán de los enviados, así como sobre su familia y compañeros y sobre todos nosotros hasta el Juicio Final!...

Terminada la copia, con la alabanza del Señor y su ayuda, por el copista, el siervo indigno e implorante de Dios, de quien éste tenga misericordia, Muḥammad B. Sa'īd Mas'ūd, el viernes veinticinco de Dū l-Qa'da del año ochocientos (?) de la Hégira ².

² Marzo de 1398.

باسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم

قال الشيخ الفقيه القاضي أبو اسحاق إبراهيم عبد الرحمان الغرناطي رضي
الله تعالى عنه ورحمته بمنه وفضله

أما بعد حمد الله رب العالمين منزل آيات الدين على محمد خاتم النبيين وصلواته على العيين
القائل من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين
وسلم صلواتا كثيرا فإني لآ رأيت الموقنين قد طولوا الكلام وكثرت في وظائفهم الا ومام واشتغلوا
مما يلزمهم من الحلال والحرام بمسايل التعارض والخصام فبنت طريق على الوطائق تقريبا
لم اسبق اليه ولا به احد منهم طويه واخصرت مسائل من الفقه منتخبة وجمعت منها انواعا
صعبة في شربة لو كان طمت سقيتم ولم اخف عنكم ذلك العلهادخره فجمعت فصولها و
وربطت اصولها • واثبتت من الحدقة انسابها ومن القنات صنائها لان ثمره الفقه
الوطائق كما قالوا ان الكتابة والشعر ثمره الادب عند النهلاء الخلاق بل ثمره الادب فهم القرآن
وحدث رسول الله صلى الله عليه وسلم وان تصحط منها الاحكام وعلى التحقيق القطبي
الى سول الظن • فثمره العلم عند اهل التحقيق خوف الله الخالق • لقول من له الملك
والجزء انما يخشى الله من عباده العلماء • الحالة التي ينهني للعاقل ان يكون طمها من
قبل ان يأتي حتمه تداركنا من الله الكريم رحمته ولفظه بعزته وقدرته •

فصل في الحضي على كتب الوطائق

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم الى اجل ستمى فاكتبوه الا يقول ابن
مسعود اذا سمعتم الله تعالى يقول ايها الذين امنوا فاوعها سمعك فانه خير بامر به او شر
ينهى عنه • قال الفقيه ابو اسحاق وهذه ولاية تجمع جميع علوم الشريعة • وانا اذكر من
ذلك ما حضرت الان ليستدل به على الابساط من كتاب الملك الا على لا ينقطع ما بقوت الدنيا
فقوله تعالى اذا تداينتم بدين يدرى على جواز التداين والبيع بالنسيئة وعلى جواز السلم
في الحيوان والعين لان الله تعالى لم يخص دين من دين بل تم جميع الدين من حيوان
ومين وغير ذلك مما يجوز تحلقه بالذمة وعلى جواز السلم في الطعام والمرض وجميع ما يضبط
بصفة وقوله تعالى الى اجل ستمى يدرى على امتناع البيع بالنسيئة الا الى اجل معلوم وقوله تعالى
فاكتبوه يدرى على وجوب كتب الوطائق لرفع الدأوى وحفظ الاقوال والانساب وحصين الفروع

و على نسخ على عدد المشهودين وقوله تعالى وليكتب بينكم كاتب بالعدل يدل على ان كتب
 الوثائق فرض على الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز ودفنها وطلب العلم وحفظ القرآن
 بسوى الفاحصة وتحمل الشهادة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والاطاعة والاذان . وكل
 من يتحمل على واحد او على جماعة فرضه جاز أخذ الاجرة عليه . ويدل على ان اجرة كاتب
 الوثيقة على رب الدين والغنم . و اذا كان الحق لجماعة على واحد او على جماعة او لواحد على
 واحد او على جماعة وسهامهم مختلفة بالا جرة طيبهم بالمسوية بولذلك اجرة كاتب وثيقة القصة
 والدية وكس المراضى المشتركة والذبول والابار والسواقي وكذلك اجرة القساو الذلا ليق
 وحازر الزرع والكرم والمقاتي وأبدال المتاع وبيوت الطعام وقصة الشركة في الاصطياد
 بخلاف الشفعة التي هي على الانصاء كالغسل والفطرة والمزارعة وريح الشركاء وعتق شقيق
 في عبد وقوله تعالى وليل على بالعدل يدل على وجوب الحجر على الصفيه وعلى ان
 القول قول المدعي عليه وقوله تعالى واستشهدوا شهودين من رجالكم يدل على ان الشهادة
 على الخطا تجوز وقد اختلف فيها في ثلاثة مواضع . احدها الشهادة على خط العرق وهو
 اقواما . وطلبها الشهادة على خط الشاهد الغائب فيما تقصر فيه الصلاة أو الميت . والثالث
 شهادة الشاهد على خط نفسه وهو اضعفها في اجازة الشهادة . ويدل ايضا على جواز
 شهادة البدوي على القروي خلاف لبريوية ابن وهب عن ملك . وعلى شهادة الولد لولده وعلى
 الاشهاد على جميع الحقوق . وعلى انه لا يقضى باليمين مع الشاهد لانه لو يكفي بشاهد
 ويمتن لم يحتج ان تذكر احديهما الاخرى . وهذه احدى المسائل العين التي خالف فيها
 الاندلسيون مذهب ملك رحمه الله تعالى . والثانية انه لا يحكم بالخلطة وهو مذهب الليث
 بن محمد . والثالثة اجازة كراه الارض بالجزء مما يخرج منها كالمساقات والقراض
 وهو مذهب الليث ايضا . والرابعة اجازة غرس الشجر في المساجد وهو مذهب الازاعي . الخامسة
 رفع المؤذن صوته في اول الاذان بالكبير . والسادسة ان يحسم من الغنمة للفارس سهما
 وهو مذهب ابي حنيفة . ويدل ايضا على جواز شهادة الاعم خلافا للشافعي . وعلى انه
 يقضي بالبينة من غير يمين وقوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادة انصاء غير
 انها لا تجوز الا في ثلاثة مواضع: احدها المال والثاني ما حوالى المال من الوصية بالمال
 وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب الا المال والمال في السرقة . وليلولة على المال والموت
 اذا لم يكف في التركة ولا المال . ويثبت النصب بخير من والثالث ما لا يطلع عليه الرجال غالبها
 كالولادة والسقط والاستهلال والحمل والحوض وميوب فريج الامساء وميوب النساء والرضاع
 اذا فشا ولا يملك الا فراس وبوازل الحمام . ويدل ايضا على الشاهد اذا نسي شهادته ثم

ذكره بها صاحبه حتى يذكرها ان شهادته جائزة وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
يدل على الناس غير محمولين على العدالة حتى تثبت • وعلى انه لا تجوز شهادة الصبي والعدو
والفاسق والكافر وان ذلك ناسخ لقوله تعالى واخوان من غيركم ويدل ايضا ويدل ايضا
على انها يراعي ظاهر الاسلام خلافا لسخن لان الرضى لا يكون ان بالعدالة بعد البحث عن
حاله • وعلى صهيبي الامر في ذلك الى اجتهاد الحاكم فربما يفرس في الشهادة غفلة او ريمه فيرد
شهادته بذلك • ويدل على جواز الاجتهاد في الاحكام الشرعية وعلى ان قول المزكي فلان وهي
تزكية • وعلى ان من اشهد شاهدين مهزين في العدالة لم يحرم على زيادة غيرهما • وعلى احدى
المسائل التسع التي يختص بها الشاهد المميز في العدالة وهي التزكية والتجريح بخير العداوة
وشهادة لاخيه زلمولا له ولصديقه الملاطف ولمن ضيف اوبات عنده ولشريكه في غير التجارة
وإذا زاد في شهادته او نقص منها بعد الاداء والاجير •
على ما يختص به المميز من مسائل التسع

لمن استأجره اذا لم يكن في عياله • وعلى انه لا يعذر في الشاهد المميز في العدالة • والفتوى
بانه لا يعذر فيه الا بالعدالة فقط • وعلى ان من شهد انه يعرف فلانا قد باع كذا او ابتاع
كذا او تطوع بكذا تجوز شهادته • وان لم يقل ان علمه لذلك باشهاد فلان له عليه بذلك ولا
تجوز من غير المميز في العدالة الا ان يقول ان علمه لذلك باشهاد فلان له عليه به واختلافها
..... هل شهادة الشاهد المميز في العدالة مع اليمين او الشاهدان العدلان غير المميزين
وقوله تعالى ولا يابن شهداء اذا ما دعوا يدل ان شهادة العبد لا تجوز لكونه ممنوعا من الاجابة
لحق سيده والاجابة لا تكون الا من من الحق ...

.....

فصل المسائل التي خالف فيها ا ندلسيون مذهب مالك

وهي اربع الا يحكموا بالخلطة او بشاهد ويمين • واجازوا كراء الارض بالجزء مما يخرج منها
 وذلك كله مذهب الليث بن سعيد واجازوا غرس الشجر في الساجد وهو مذهب الاوزاعي •
 والتي خالفوا فيها ابن القاسم • وهى ثمان عشرة مسألة وهى مراعات الكفاية فى النكاح فى الحال
 والمال وان التزمه المائكة امر نفسه فى الحلح من نفقة ولدها بعد الحولق لا لم لها وهو
 قول المحزوميين وانه لا يلزم الاخد ام الا فى ذوات الحال قاله ابن الماجشون واجازوا اخذ
 الاجرة على الامامة فى الفريضة والنفقة قاله ابن عبد الحكم وبنى تحليم النحو والشجر قلله
 ابن حبيب واما خواتم كتب الفقه • هو قول اكثر اصحاب ملك • واجازوا فعل المغيه الذى لم
 يول عليه قاله ملك • وهو دليل قوله فى كتب المديان فمن باع وابتاع منه بعد بعد ذلك
 فهو مردود • واجازوا لباس احيرير فى الخزوة قاله ابن الماجشون واجازوا التفاضل فى المزارعة
 اذا سلمت من كراء الارض بالنعام او ببعضها يخرج منها لانها كراء لا شركة قاله عيسى بن
 دينار • ولا تتحقق عندهم ولا بالشروع فى العمل قاله ابن كنانة • ولم يجيزوا القسمة فى الدار
 حتى يصير ليل واحد من اشركاء من البيوت والمساحة ما يتخعبه ويستتر فيه عن صاحبه •
 واجازوا الشفعة فيما لا يتقسم كالحمام والرحى قاله ملك • واجازوا فى الاموال المورثة قاله
 اشهب • ولم يوجبوا الحمل بالحق الا بشاهدين قاله سحنون • واجازوا العمل على من لا تعرف
 عينه لتشهد البينة على عينه فان هجز عنه وكانت البينة غايمة سجن قاله اشهب • ومنها ان
 الحق المستحق يدخل فى ضمان المستحق منه وتكون له قلته • ويجب توقيفه وفقا يحال بينه
 وبينه اذا ثبت بشاهدين قاله ملك فى الموطأ قاله الخمر فى الدعوة • ومن اذكر شيئا ثم اقر
 به واقام البراءة منه لم تخفه بينة قاله ابن دينار ومطرف وابن الحاجب ومن ادعى عليه