ARCHIVES MAROCAINES

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE RF IMPRIMÉS

DON 126346

PUBLICATION

DE LA

MISSION SCIENTIFIQUE DU MAROC

VOLUME XV

FASC. III

TOUHFAT AL-QOUDDÂT BI BAD MASA'IL AR-ROUÂT

par le faqih, l'allama le véridique

ABOU'L-ABBAS SYDY AHMAD BEN MOUHAMMAD AL-YAQOUBY

connu sous le nom de **AL-MALOUY**

PARIS

ERNEST LEROUX, ÉDITEUR

28, RUE BONAPARTE, VIe

1909

O³ j 166

TOUḤFAT AL-QOUDḌÂT BI BA'D MASA'IL AR-ROUAT

PRÉFACE

Il nous a été impossible de trouver aucun renseignement biographique sur Aḥmad ben Mouḥammad al-Yaqoûby al-Malouy. Cependant nous avons pu retrouver l'époque à laquelle il vivait, grâce à une phrase de son ouvrage[1], *où il dit : « Nous avons interrogé notre Chaykh Aboû 'Abdallah Sydy Mouḥammad al-Taoudy ben Souda, etc. » De plus dans l'article biographique de ce chaykh, dans la Salouat al-Anfas, t. I, p. 113, on trouve dans l'énumération de ses élèves : « et le chaykh Abou 'l-Abbas Aḥmad al-Malouy ».*

Notre auteur a donc été l'élève de Mouḥammad al-Taoudy ben Souda, qui vivait au douzième siècle de l'hégire sous le règne de Sydy Mouḥammad ben 'Abdallah al-Filâly, et qui est mort au commencement du treizième siècle, en 1209 sous le règne de Moulay Sliman, dont il avait rédigé la be'ïâ (proclamation) en 1206.

C'est donc à la fin du dix-huitième siècle et au commencement du dix-neuvième que vivait l'auteur de la Touḥfat al-Qouddât.

Ses deux surnoms ethniques, de Al-Yâqoûby ou Al-Bou-Yâqoûby et de Al-Malouy, indiquent qu'il était originaire de la fraction des Oulad Bou Yaqoûb de la Malouya, dans la tribu des Oulad al-Hadj, où il est sans doute enterré. Son nom ne se trouve pas en effet parmi ceux des Oulama enterrés à Fâs.

Outre la Touḥfat al-Qouḍḍât, Aḥmad al-Yaqoûby, a

1. Page 40 de la traduction.

écrit également : Al-Tahrîr bi Masâ'il al-taçgîr ; — lith. à Fès, 1323.

Nous n'avons pas connaissance qu'il ait laissé d'autres ouvrages.

La traduction que nous donnons de la Touḥfat al-Qouḍḍât, a été faite sur deux textes, l'un manuscrit, de Fâs, sans date et qui fait partie d'un recueil comprenant également :

Al-Irtifâq fi masâ'il min al-istiḥqâq ;

et :

Damân aç-çounnâ' *par Ibn Raḥḥal.*

par Abdarrahman ben Abalqadir al-Madjâcy ;

Al Outha'iq al-Gharnatya *par Ibrahim al-Gharnâty ;*

Talif al-Mâallim Mouḥammad al-Banna Ibn ar-Râmy.

L'autre lithographié à Fâs, sans date également.

Nous avons suivi le plus souvent pour la traduction la version du texte lithographié, et nous avons indiqué en notes les différences entre les deux textes.

La Touḥfat al-Qouḍḍât, comme le dit l'auteur au commencement de son livre, est un recueil des questions relatives aux bergers, et des décisions prises sur ces questions par un grand nombre de jurisconsultes.

Tous les ouvrages de droit musulman au Maroc ne sont guère que des commentaires de Khalil et de Ibn 'Acim ou des plagiats plus ou moins déguisés des commentateurs de ces deux jurisconsultes, et des commentateurs des commentateurs.

Al-Yaqoûby n'est pas un commentateur ; il se contente de citer les opinions parfois opposées des jurisconsultes, relatives au sujet qu'il étudie.

Souvent, et c'est certainement là un des côtés les plus intéressants de la Touḥfat al-Qouḍḍât, *l'auteur cite des cas où les jurisconsultes renvoient à la coutume en lui laissant le soin de trancher une question douteuse.*

On trouvera par exemple, page 26, *l'opinion d'Ibn Nâdjy : « L'autorisation basée sur la coutume vaut celle*

qui se fonde sur un texte », et plus loin, page 37, celle du Chaykh Aḥmad ach-Chaddâdy : « En effet tout ce qui a rapport au salaire relève de l'usage et de la coutume. Ibn al-'Araby rapporte que Mâlik et Ach-Chaf'iy, que Dieu soit satisfait d'eux, ont établi que tout ce qui concerne le salaire relève de la coutume. »

Cela ne signifie pas que la Touḥfat al-Qouḍḍât soit un ouvrage de droit coutumier. Un semblable ouvrage n'existe pas. Les coutumes marocaines, faites par les siècles, de l'ensemble des coutumes apportées au Maroc par les nombreuses invasions de peuples de races différentes, n'ont jamais été réunies en un code. D'ailleurs, en pays musulman, la seule loi qui puisse être écrite est celle basée sur le Qoran; de plus les coutumes varient selon les tribus et tout ce que peut faire un auteur est de renvoyer aux coutumes de la région, qui d'une part ne doivent pas faire l'objet d'un texte écrit parce que ce ne sont que des coutumes et non des lois, et que d'autre part cet auteur les ignore le plus souvent.

Le droit coutumier est souvent appliqué au Maroc pour des questions qui ne sont pas tranchées par la loi, du moment où il n'est pas en opposition avec les principes fondamentaux de la loi musulmane. Cela arrive fréquemment pour les questions agricoles qui ont au Maroc une si grande importance.

Les questions spéciales aux différents corps de métiers, organisés en corporations, Ḥanṭa pl. Ḥanâti, *sont également réglées par la coutume,* « Al-'Orf » *et lorsque des affaires, nécessitant l'application du droit coutumier, sont apportées par les parties, soit devant le qâḍî (autorité judiciaire) soit devant le qaïd (autorité administrative), elles sont renvoyées par eux aux « maîtres de la partie »* arbâb aṭ-ṭourqa. *Ceux-ci après avoir examiné l'affaire et rendu leur décision, la transmettent au qâḍi ou au qaïd qui se contente de surveiller son application.*

En matière agricole, les arbâb aṭ-ṭourqa, *s'appellent* Chaykh al-fallaḥa *s'il s'agit de labours, de plantations ou de récoltes;* Chaykh al-kassaba *s'il s'agit d'animaux ou de troupeaux.*

Dans les corporations ouvrières, c'est le chef de la corporation, que l'on appelle vulgairement le lamin[1] *qui est chargé du maintien des coutumes de la corporation. Pour les bouchers au lieu de s'appeler* lamin, *le chef de la corporation a le nom de* Al-'Arif.

De fait, les corporations sont aujourd'hui placées sous l'autorité du Mouḥtasib. *Les fonctions de ce magistrat, qui consistaient en principe à surveiller les échanges, à contrôler les poids et les mesures, et à maintenir les rues en bon état pour la circulation, étaient basées sur la loi religieuse et le* Mouḥtasib *était même nommé par le qâḍi dont il relevait exclusivement.*

Plus tard, le Mouḥtasib *est devenu un véritable fonctionnaire du Makhzen ; il est aujourd'hui nommé directement par le sultan, il est complètement indépendant du qâḍi, et ses fonctions sont devenues à peu près celles d'un prévôt des marchands.*

Dans la pratique c'est à lui plutôt qu'au qâḍi ou qu'au qaïd que les ouvriers des différentes corporations apportent les différends spéciaux à ces corporations et c'est lui qui les fait juger par les arbâb aṭ-ṭourqa, *conformément à la coutume. C'est le* Mouḥtasib *qui nomme les* lamin *des corporations et les* arifs *des bouchers.*

Depuis plusieurs années, devant l'arbitraire et les besoins d'argent sans cesse grandissants du gouvernement marocain, les institutions relatives aux coutumes tendent à disparaître, dans les territoires makhzen.

Nous avons recherché dans un grand nombre d'ouvrages

1. Corruption de *Al-'Amin* et pour distinguer le chef d'une corporation de l'Amin du Sultan, chargé de la perception des Meks.

de droit musulman les passages se rapportant aux différentes questions traitées par l'auteur de la Touḥfat al-Qouḍḍât, et nous les avons cités dans des notes, de façon, d'une part, à indiquer dans la mesure du possible toutes les sources auxquelles a puisé notre auteur et d'autre part à faire connaître les opinions des différents jurisconsultes sur les mêmes questions.

ED. MICHAUX-BELLAIRE.

Voici ce qu'écrit Sydy Mouḥammad al-Mahdy al-'Omrany al-Ouazyâny dans ses notes marginales des commentaires de la Touḥfa de Ibn 'Acim de l'Imam Sydy Mouḥammad at-Tâoudy ben Soûda al-Mourry, t. III, p. 37. — Lith. à Fâs 1310 : « De même l'Allâma Al-Malouy dans la Touḥfat al-Qouḍḍât a émis ce principe : Si le berger refuse de terminer l'année pour laquelle il est engagé pour paître les troupeaux, il sera contraint de la terminer..... etc. » (Page 26 du texte, 66 de la traduction, paragraphe IX).

Sydy Mouḥammad al-Mahdy al-'Omrany al-Ouazzâny cite encore d'autres passages de la Touḥfat al-Qouḍḍât.

TOUḤFAT AL-QOUḌḌÂT

TRANSCRIPTION ADOPTÉE

hamza	'	ز	z	ل	l
ا	a voyelle longue â	س	s	ك	k
ب	b	ش	ch	م	m
ت	t	ص	ç	ن	n
ث	th	ض	ḍ	ه	h
ج	dj j g	ط	ṭ	و	ou (consonne) / oû voy. longue
ح	ḥ	ظ	ḍh		
خ	kh	ع	'		
د	d	غ	gh	ى	i (voyelle) / î (voy. longue) / y consonne
ذ	dh	ف	f		
ر	r	ق	q		

TOUḤFAT AL-QOUḌḌÂT BI BA'D MASA'IL AR-ROUAT

HOMMAGE AUX QADIS SUR DIVERSES QUESTIONS RELATIVES AUX BERGERS

Au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux !

Que Dieu glorifie notre Seigneur et notre Maître Mouḥammad, sa famille et ses compagnons, et qu'il lui accorde le salut !

Louange à Dieu, le Maître des mondes ! La vie future est à ceux qui craignent Dieu ; que la bénédiction de Dieu et le salut soient sur notre Seigneur Mouḥammad, le Prophète illettré, sur sa famille et sur tous ses compagnons [1] !

Et ensuite, l'esclave qui n'est rien sans l'aide du Très-Haut, Aḥmad ben Mouḥammad al-Boû Yâqoûby [2], connu sous le nom de Al-Malouy, que Dieu, qu'il soit exalté ! le mette au nombre de ceux qui se réfugient auprès de lui et il n'aura pas d'autre refuge, a dit :

Ceci est un ensemble de questions relatives aux bergers ; après les avoir rassemblées, j'ai craint de les voir se perdre et je les ai réunies en un seul ouvrage afin de les conserver et d'en faciliter la lecture à ceux qui désirent les connaître [3]. Je l'ai nommé :

« Touḥfat al-Qouḍḍât bi [4] ba'ḍ masa'ïl [5] ar-rouât ».

Je les ai divisées en sept chapitres, plus un recueil traitant diverses questions.

Chapitre premier. — Sur la validité et la non-validité du contrat de louage du berger.

Chapitre II. — Interdiction au berger de faire paître pour le compte d'un autre que celui qui l'a engagé. Ce chapitre traite également du pâturage des agneaux.

Chapitre III. — Sur le fait pour le berger d'estropier ou d'égorger (un mouton ou un bœuf).

Chapitre IV. — Sur le fait du berger de se faire remplacer par un autre et sur la garde des troupeaux à tour de rôle.

Chapitre V. — Sur le sommeil du berger.

Chapitre VI. — Relatif à des questions qui n'ont pas encore été traitées et qui entraînent la responsabilité du berger.

Chapitre VII. — Sur le berger commun.

Recueil[1] traitant de la transaction et de quelques questions relatives aux dispositions qui la régissent.

Je demande à Dieu d'agréer ce travail et de l'accueillir avec bienveillance et générosité.

CHAPITRE I

SUR LA VALIDITÉ ET LA NON-VALIDITÉ DU CONTRAT DE LOUAGE DU BERGER

Ce chapitre se divise en plusieurs paragraphes :

Paragraphe premier. — Sachez que l'engagement du berger peut se présenter sous trois formes : dans la première forme, le berger est engagé pour paître une quantité déterminée de moutons. Cette forme n'est valable que s'il est indiqué dans le contrat que les animaux qui viendraient à mourir ou qui disparaîtraient pour toute autre cause seraient remplacés par le propriétaire. C'est l'opinion la plus accréditée[1]. Saḥnoûn, Ibn al-Mâdjichoûn et Açbagh disent que cette convention est valable, même si l'obligation de remplacement n'est pas spécifiée, car il est obligatoire en droit. C'est l'opinion préférée par Ibn Ḥabîb et approuvée par Ibn Yoûnous.

Dans la deuxième forme, le berger est engagé pour paître la quantité de moutons que l'on sait composer habituellement un troupeau, sans qu'elle soit déterminée, cent, par exemple[2]. Ibn al-Qâsim dit que ce contrat est valable, même si cette clause n'est pas spécifiée.

Il est alors ordonné par justice au propriétaire des

moutons de remplacer ceux qui sont morts ou qui sont perdus. La même opinion se trouve dans le Moukhtaçar. Ce qui apparaît clairement, c'est que la clause de remplacement est valable parce qu'elle est conforme au droit. D'après Ibn Salmoûn, la clause de remplacement n'est pas valable ; si elle est indiquée le contrat est nul [1].

Remarque. — Ibn Nâdjy a extrait du commentaire de la Risâla trois opinions relativement à la nullité du contrat de commandite par l'insertion de clauses contraires à la loi.

La troisième forme du contrat consiste en ce que le propriétaire engage un berger pour paître ses moutons sans lui en indiquer le nombre et sans les lui montrer. Cette convention est valable ; le propriétaire met sa confiance en ce berger et lui donne la quantité de moutons qu'il peut faire paître. Al-Lakhmy ajoute : ceci lorsque le propriétaire connaît la mesure des services que peut rendre un berger comme celui qu'il loue. Sous ce régime, le propriétaire bénéficie de tout le travail du berger ; il met en lui sa confiance sans conditions ; s'il le traite bien et qu'il lui donne une nourriture suffisante, cela est valable, comme il est dit dans la Matîtiya [2].

Paragraphe II. — Il n'est pas valable, de la part du propriétaire des moutons, de stipuler la responsabilité du berger pour ce qui a été perdu autrement que par la négligence de sa part. Une telle clause rompt le contrat de louage et le berger est rétribué en proportion du temps pendant lequel il a fait paître, comme il est dit dans la Moudaouana [3]. Il n'y a pas à tenir compte de ladite stipulation et il n'y a pas à exiger du berger un remboursement pour ce qui a été perdu sans négligence de sa part [4]. Ce cas se présente souvent à notre époque pour le pâturage à tour de rôle des bœufs.

Les propriétaires de bœufs s'entendent pour les faire paître à tour de rôle et ils stipulent que si une bête du troupeau est perdue, celui qui était chargé du pâturage à ce moment en est responsable [1]. Il n'y a pas à tenir compte de la clause susdite.

Paragraphe III. — Il arrive souvent qu'un citadin confie ses moutons à un homme de la campagne, en spécifiant qu'il devra lui apporter un signe pour prouver ses assertions au sujet de la mort des moutons, tel que la peau avec une oreille adhérente. Cette clause n'a aucune valeur; le berger n'a aucune responsabilité, qu'il apporte cette preuve ou qu'il ne l'apporte pas, ainsi qu'il est dit dans la Moudaouana et dans le Moukhtaçar; le contrat de louage est rompu par une telle clause, et le berger a droit à un salaire proportionnel (au temps pendant lequel il a travaillé), comme le dit la Moudaouana.

Quant à ce que dit Al-Lakhmy : que le berger n'est pas responsable, même si sa responsabilité a été spécifiée, on peut le comprendre [2] : soit d'une manière absolue, soit en disant que le berger est responsable s'il n'apporte pas une preuve de la mort de l'animal [3]. Il l'a dit et Ibn al-Qâsim l'a dit également : ce qui est le plus fréquent, c'est que le berger doit apporter la preuve (de la mort), sinon on lui doit un salaire proportionnel et c'est là sans doute la vraie solution que ce salaire soit élevé ou faible; en effet, cette convention est aléatoire et il y a à ce sujet un autre texte du Moukhtaçar [4] d'après lequel le remboursement est licite, si le berger n'apporte pas la preuve (de la mort de l'animal) parce qu'il peut le faire, etc. Ibn Farḥoûn a résumé dans sa Tabcira les paroles de Lakhmy. Consultez-le [5].

Paragraphe IV. — Dans la campagne, il arrive souvent que l'on convient avec le berger que s'il s'en va sans rai-

son valable avant l'expiration du contrat, il ne lui est rien dû et que si c'est le propriétaire des moutons qui le renvoie, il doit lui donner un salaire en entier. On appelle ce genre de contrat un engagement qui lie pour un jour comme pour un an, pour un an comme pour un jour[1].

Aboû 'Abdallah Sydy Moḥammad Ibn al-Ḥasan Bennâny a été consulté sur cette question. Il a répondu : qu'un tel contrat est nul et que le salaire proportionnel est obligatoire dans ce cas; lorsqu'il se présente, le contrat est annulé. Il tire argument de ce que dit Ibn Rouchd dans son Bayân relativement à celui qui a chargé à forfait quelqu'un de lui ramener deux esclaves en fuite; s'il ne lui en ramène qu'un, il n'a droit à rien, parce que les conditions du forfait ne sont pas remplies. Nous avons consulté à ce sujet notre Maître Aboû 'Abdallah Sydy Mouḥammad at-Tâoudy ben Soûda; il nous a répondu qu'une convention de ce genre est nulle et il s'est rappelé ce que dit le Moukhtaçar que : sauf pour le cas d'une vente de marchandises, par exemple, celui avec qui on traite à forfait ne touchera rien si ce n'est pour le tout et c'est ce que disent les docteurs, à savoir que le forfait n'est valable que si l'intéressé n'a aucun avantage dans le cas où la forfaiture se retire avant d'avoir rempli les conditions du forfait.

Paragraphe V. — Dans les réponses de Sydy 'Abd al-Qâdir al-Fâsy il est dit qu'il n'est pas valable de donner à quelqu'un une vache à faire paître en lui abandonnant la moitié du beurre qu'elle produira; il ajoute : mais le Maouâq et le Mi'yâr, d'après Ibn Sirâdj, autorisent cette manière de faire, eu égard à la nécessité; en effet, le rite malékite prend en considération l'utilité des choses lorsqu'elle est générale et qu'elle répond à un besoin. Si les deux parties conviennent que le berger sera responsable de la production du beurre, Ad-Dâoudy[2] déclare que dans

ce cas nul ne conteste la validité du contrat. Et Dieu est le plus savant.

Dans l'ouvrage intitulé Ad-Dourar[1] al-Maknoûna fi Naouâzil Mazoûna, il est dit, d'après Al-Mouchaddâly, que ce que le berger prend de beurre, selon la coutume[4], pour la garde du troupeau, annule le contrat de louage et la loi lui adjuge le salaire proportionnel. En effet, il ne s'est pas engagé moyennant un poids de beurre déterminé, mais à la condition qu'il recevra tous les mois, par exemple, le produit d'un battage de beurre. Un arrangement du même genre est souvent pris à la campagne avec le maître d'école. On interrogea à ce sujet Aboû'l-Aḍl al-'Ouqbâny, comme il est rapporté dans le Dourr an-Nathîr et on lui dit : Ces gens imposent le produit d'un battage à tous ces notables du village, à ceux qui ont des enfants et à ceux qui n'en ont pas ; ils appellent cela le Jeudi du Ṭaleb. Il répondit : Si cette condition qui leur est imposée est la base même du contrat, l'engagement est nul, parce que l'on ignore ce qu'on lui donnera exactement en échange de son travail et que l'on ne connaît pas la quantité de beurre qu'il y aura le jeudi; il convient de défaire cet arrangement nul[2] et d'en revenir au salaire proportionnel pour le temps qu'a duré l'enseignement. En Dieu est l'assistance.

Complément. — Si le contrat est annulé pour son illégalité et que, comme nous l'avons dit, le salarié reçoive un salaire proportionnel au temps écoulé, ce salaire lui sera versé sur-le-champ, comme cela se comprend et comme cela a été expliqué dans le Dourar. Quant au contrat de salaire valable, s'il se produit pendant son cours telle chose qui en empêche l'achèvement et si ce salaire ne doit être payé qu'à une échéance fixée, il sera dû au salarié sur le salaire convenu une somme proportionnelle au temps de son travail; mais il sera ajourné pour le paiement à

l'échéance fixée d'abord et cette suspension des effets du contrat jusqu'à son terme est compréhensible, à moins qu'il n'apparaisse comme certain que ceux qui l'ont engagé sont disposés à avancer au salarié, au moment de la rupture du contrat, le salaire qui lui est dû.

CHAPITRE II

DE LA DÉFENSE FAITE AU BERGER DE FAIRE PAÎTRE POUR LE COMPTE D'UN AUTRE QUE CELUI QUI L'A ENGAGÉ

Ce chapitre contient plusieurs paragraphes.

Paragraphe premier. — Lorsque le propriétaire d'un troupeau a engagé un serviteur pour paître des moutons sans lui en indiquer le nombre et sans les lui compter, mais lui a donné la quantité de moutons qu'il peut paître, ce berger ne peut paître les moutons d'un autre [1], quand bien même cela ne causerait aucun tort aux premiers, parce que ce propriétaire dispose du travail entier du berger [2]; c'est ce que dit Ḥabîb.

Al-Matîṭy a dit et une opinion analogue se trouve dans la Tabcirat al-Lakhmy, que : Si le berger fait paître avec les moutons qui lui sont confiés d'autres moutons, la rétribution appartiendra à celui qui l'a loué [4] (en premier) et cela quand bien même il n'aurait pas été convenu avec le berger qu'il ne paîtrait pas d'autres moutons. Quant au cas où il aurait loué ses services pour une quantité donnée de moutons, cent, par exemple, qu'ils aient été comptés ou non, s'il est stipulé qu'il n'en paîtra pas d'autres, il n'a pas le droit de le faire, conformément à la convention

susmentionnée, quand bien même il ferait appel au concours d'un autre berger, ainsi que l'ont exposé clairement les commentateurs du Moukhtaçar. Si cette interdiction n'est pas stipulée à son égard et si les premiers moutons ne sont pas nombreux, il lui est permis de paître d'autres moutons[1], même en grand nombre, du moment que cela ne le gêne en rien pour paître les premiers. Mais si les premiers moutons sont nombreux au point qu'il ne puisse en paître davantage[2], il ne lui est pas permis d'en paître d'autres à moins qu'il ne se fasse aider par un autre berger[3].

Observation. — Ibn Nâdjy a dit : Notre Maître, c'est-à-dire[4] Al-Bourzouli, établit d'après cela que le maître d'école ou[5] quiconque lui est assimilé, ainsi que le maître ouvrier, ne doit pas se charger de plus que ce qu'il peut faire[6].

Paragraphe II. — Si avec les premiers moutons, le berger en fait paître d'autres, après qu'il a été stipulé qu'il ne le ferait pas, son salaire pour les seconds, d'après les enseignements d'Ibn al-Qâsim, revient à celui qui l'a engagé le premier. Celui-ci peut à son gré le prendre ou l'abandonner au berger et il lui retranchera du premier salaire ce qui compensera (la violation du contrat). Le moyen d'estimer cette compensation consiste à demander au berger quel est son salaire pour paître le premier troupeau seul; s'il répond dix, par exemple, on lui demande à combien il estime son salaire pour les faire paître en même temps que d'autres ; s'il répond huit, il aura diminué son salaire d'un cinquième et le patron aura le choix ou bien de diminuer le salaire fixé ou bien de s'approprier le salaire pour lequel le berger s'est engagé lui-même[7] (avec le propriétaire du second troupeau). C'est ce qu'a dit 'Abd al-Ḥaqq ; Aboû Ḥasan l'a admis et Al-Ḥaṭṭâb l'a commenté[8] en l'approuvant[9].

S'il n'est pas stipulé vis-à-vis du berger qu'il ne paîtra pas d'autres moutons avec les premiers, le principe de l'engagement est que le propriétaire a loué ses services pour paître un nombre de moutons déterminé, cent par exemple, que ce nombre ait été vérifié ou non et il n'y a pas désaccord entre Ibn al-Qâsim et les autres docteurs pour déclarer que le salaire reviendra au berger comme il est dit dans la Matîṭiya, dans les séances d'Al-Miknâsy, dans les notes marginales d'Ibn 'Âchir et dans les réponses d'Ibn Hilâl.

Deux remarques : 1° Ibn Yoûnous a noté ces paroles d'Ibn al-Qâsim, à savoir : que le salaire appartient au patron lorsque les conditions du deuxième engagement du berger[1] peuvent se confondre avec le premier, c'est-à-dire lorsqu'il cesse de faire paître les moutons qui lui étaient confiés et qu'il s'engage pour en paître d'autres.

Cet auteur a dit : si le propriétaire loue un berger au prix d'un dinar par mois et si le berger s'engage pour la moisson ou pour un travail pouvant donner des craintes, moyennant un dinar par jour, « dans ce cas et dans un cas semblable (dit-il au propriétaire) tu n'auras droit de retrancher que la valeur du salaire correspondante au temps de travail dont il t'a privé[2] ».

2° Si le berger travaille gratis pour autrui par exemple, s'il fait paître sans salaire pour un autre que celui qui l'a loué, ce dernier peut lui retrancher de son salaire une part proportionnelle à son travail, c'est-à-dire à la quantité de travail retranché de celle pour laquelle on lui avait fixé le salaire[3].

Paragraphe III. — Aboû Mouḥammad Çâliḥ, que Dieu lui fasse miséricorde ! a dit : Si le berger trouve des abeilles ou des œufs de perdrix ou des choses analogues que l'on peut trouver à la chasse, cela lui appartient[4]. Ibn Hilâl dit : « Je dis, ceci est exact, parce qu'il obtient

ces choses sans grand travail et qu'il ne diminue pas de ce fait le travail qu'il doit à celui qui l'emploie pour ce quoi il l'a loué. » Il en est ainsi quand bien même le patron aurait la propriété de tout le travail du berger.

Paragraphe IV. — Si le patron a posé comme condition de paître les agneaux, cela est valable et oblige le berger. Ibn Salmoûn dit qu'il est préférable que cette condition soit stipulée dans le contrat. Al-Matîṭy a dit : On a prétendu que cela n'était pas valable parce que l'objet d'une telle condition est ignoré et il n'y a pas là matière à un jugement après une obligation [1] comme celle qui a été stipulée dans le contrat.

Al-Ḥaṭṭâb confirme ce qui précède, car il a rapporté des paroles du Moukhtaçar relatives à des brebis qui n'auraient pas été dénombrées qui s'appliquent au cas précédemment cité. D'après lui, on a dit : Il en est ainsi parce que le profit est inconnu et que le nombre des agneaux à naître est connu ; il semblerait que cette quantité n'est pas connue, chaque brebis pouvant mettre bas un agneau [2] ou plus. Al-Matîṭy dit ensuite : On dit qu'il n'y a pas de doutes si le contrat avec le berger stipule qu'il y aura un nombre d'agneaux égal à celui des mères en indiquant que le pâturage durera le temps qui s'écoule depuis la naissance jusqu'au sevrage. Lorsque le pâturage des agneaux n'est pas stipulé vis-à-vis du berger, si la coutume veut que le berger qui fait paître les moutons fasse paître les agneaux [3], il est obligatoire pour lui de les faire paître. Si la coutume ne l'y oblige pas, il n'a pas à le faire, comme il est dit dans le Moukhtaçar et il n'y a aucune différence que les brebis aient été dénombrées ou non. Ibn Maghîth dit que les principes de la Moudaouana exigent que le berger soit tenu de surveiller les agneaux, de même que celui qui loue à une femme un moyen de transport doit également, si cette femme accouche en route, transporter son enfant

avec elle. Si nous admettons, conformément à l'usage habituel, que le berger n'est pas tenu de faire paître les agneaux, Ibn al-Labbâd dit que dans ce cas le propriétaire doit prendre un autre berger qui l'aidera pour éviter la séparation [1]. Aboû 'l-Ḥasan comprend cela comme une défense de séparer de leur mère les petits qui sont incapables de se conduire, comme il est dit dans le Samâ 'Isa. Ibn 'Arafa a dit : « le sens des paroles d'Ibn al-Labbad est que cette séparation cause aux animaux une vive souffrance qui est visée par la défense de les faire souffrir.

D'autres pensent qu'on peut interpréter dans ce sens que si la séparation survenait, elle fatiguerait le berger. Et Dieu est le plus savant [2].

CHAPITRE III

SUR LE FAIT POUR LE BERGER D'ÉSTROPIER OU D'ÉGORGER (UN MOUTON OU UN BŒUF)

(Saḥnoûn) dans la Moudaouana dit : tout ce que fait le berger qu'il n'a pas le droit de faire et qui cause un dommage[1] aux moutons, il en est responsable. Il n'a aucune responsabilité relativement aux actes qu'il est en droit de faire[2]. Al-Lakhmy dit : l'auteur entend par ces mots « ce qu'il n'a pas le droit de faire », le fait de frapper la brebis elle-même et il y a divergence d'opinions dans le cas où le berger jette son bâton devant la brebis ou à côté d'elle pour la faire revenir à sa place et l'atteint, car il a maladroitement fait ce qu'il était autorisé à faire, et s'il atteint la brebis par ricochet, il n'est pas responsable[3]. Ibn Ḥabîb a dit : Si le berger lance son bâton comme le font les bergers et qu'il atteigne par maladresse une brebis sans que celle-ci se soit portée au-devant du coup, il est responsable. Dieu a autorisé[4] les maris à battre leurs femmes si elles sont acariâtres, mais s'ils lui font une fracture ils ont à en répondre, même si c'est par maladresse. Al-Lakhmy dit : Le fait du mari qui agit pour son compte n'est pas assimilable à celui du berger et la femme est contrainte à la soumission ; le berger est mandataire

du propriétaire du troupeau et il doit agir au mieux comme le ferait le propriétaire lui-même, d'après ce que rapporte Ibn 'Arafa. Abou'l-Baqâ' Bihrâm dans son grand commentaire a dit ce qui suit et on peut y rapporter ce qui se trouve dans le chapitre des locations de la Moudaouana : Tout ce que fait le berger sans en avoir le droit et qui cause un dommage au troupeau, il en est responsable ; mais s'il agit conformément à ce qu'il a le droit de faire, si par exemple il frappe les moutons comme les bergers le font communément et qu'il en résulte pour ceux-ci un dommage, il n'encourt de ce fait aucune responsabilité [1]. Ibn Ḥabîb a dit : Si le berger frappe une brebis ou une vache et lui crève un œil ou lui brise un membre, il est responsable de sa diminution de valeur ; s'il la met hors de service, il est responsable de toute sa valeur, qu'il l'ait fait avec intention ou non [2].

De même lorsque le berger frappe comme les bergers ont l'habitude de frapper les moutons, s'il en résulte une chose dont il n'avait pas l'intention, il est responsable. Ibn Yoûnous a dit : Cela est en contradiction avec Mâlik. Ibn Nâdjy a décidé, dans le chapitre des témoignages du commentaire de la Risâla que le berger, s'il a frappé une brebis d'un coup semblable et qu'elle meure, il n'est pas responsable. Il attribue cette opinion à certains de ses maîtres et il se réfère habituellement à Ibn 'Arafa. Az-Zourqâny juge de même d'après les paroles du Moukhtaçar : « Il est responsable si le berger désobéit à la clause fixant l'endroit du pâturage » ; il a dit, en effet, c'est comme s'il frappe une brebis d'un coup dont les bergers n'ont pas l'habitude de frapper et que cette brebis en reste estropiée ; mais s'il la frappe comme les bergers frappent habituellement les moutons et qu'elle en soit estropiée, il n'est pas responsable, comme dit le commentateur [3]. Mais si le berger la frappe avec une pierre et qu'elle en reste estropiée, il en est responsable sans

qu'il y ait à distinguer si ce coup a été frappé conformément ou non à l'usage des bergers, car une pierre blesse habituellement. Référez-vous à Ḥaṭṭâb (termine Az-Zourqâny). L'auteur cité fait allusion à ce que Al-Ḥaṭṭâb a reproduit des notes marginales de divers auteurs, entre autres : le berger n'est pas responsable des fractures qu'il occasionne aux moutons en les ramenant avec son bâton[1]; quant aux fractures qu'il occasionne en jetant des pierres, il en responsable parce que cela est en dehors de ce qui lui est permis. Ibn Salmoûn exprime une idée analogue d'après plusieurs ouvrages. Il est dit dans le Mi'yâr que l'on interrogea Ibn Loubâba sur le cas d'un berger qui frappe une vache ou une brebis avec un grand bâton ou lance sur elles un petit bâton et les tue ou bien qui leur lance des pierres. Ibn Loubâba répondit : Ce berger est responsable quand bien même il aurait jeté son bâton ou une pierre à côté des moutons et aurait tué un animal par ricochet; mais si une brebis ou une vache effrayée tombe dans une fondrière et se brise un membre ou se tue, il n'est pas responsable. Ibn Hâroûn dans son abrégé de la Matîṭiya s'en est tenu à ces paroles : si un berger frappe une brebis comme le font les bergers et lui crève un œil ou lui brise un membre, il est responsable proportionnellement à la diminution de valeur causée par la blessure[2]; s'il l'égare, il en est responsable, qu'il s'en soit tenu ou non à ce qu'il est en droit de faire. Une opinion analogue se trouve dans ces paroles d'Ibn 'Abd ar-Rafî' dans le Mou'yn al-Ḥoukkâm : Si le berger frappe une brebis comme on le fait habituellement et lui crève un œil ou lui brise un membre, il est responsable, c'est-à-dire de la diminution de valeur causée par la blessure.

Ces deux auteurs semblent s'en être tenus à ce qu'ont dit Ibn Ḥabîb et Ibn Salmoûn. Par conséquent si le berger frappe une brebis et lui brise un membre ou lui crève un œil, il en est responsable.

On retrouve dans certains ouvrages : Les fractures causées par le bâton quand le berger s'en sert pour diriger le troupeau, etc... voir ce qui est rapporté précédemment en notes marginales. Leurs auteurs disent ensuite : Tout ce que fait le berger en dehors de la manière d'agir qui lui est permise et qui cause un dommage aux moutons, il en est responsable; mais s'il fait ce qu'il a le droit de faire, il n'est pas responsable.

PARAGRAPHES

Paragraphe premier. — Ibn Ḥabîb a dit : Le berger n'est pas responsable de ce qui survient après qu'il a jeté son bâton, comme par exemple si une brebis est effrayée par cet acte ou s'écarte du troupeau et tombe dans un fossé ou se brise un membre ou se noie dans une rivière, ou se brise la tête contre un arbre; ceci dans le cas où il a frappé à la manière des bergers, mais s'il a lancé son bâton sans nécessité il est responsable d'une manière absolue, comme quelqu'un qui ne serait pas berger. Ce qui vient à l'appui de cette responsabilité pour les conséquences de cet acte, c'est que s'il a jeté son bâton en chassant et qu'il ait atteint une brebis, il sera responsable[1]. Aç-Çaqally a dit : La différence qu'il y a entre le fait de frapper du gibier et de frapper les moutons, c'est que le berger ne peut bien paître les moutons que par ce moyen, car sans cela il n'arriverait pas à ramener chaque mouton qui s'écarte du troupeau et d'après la coutume il peut agir ainsi, tandis que la chasse n'est pas utile à ce qu'il a à faire. Ce qui atténue la distinction en tous les dommages causés par le coup et les conséquences de celui-ci, c'est que ces deux choses sont mises sur un même

pied dans le cas d'un pèlerin qui frapperait du gibier lorsqu'il est en état d' « Iḥrâm [1] ». C'est tiré d'Ibn 'Arafa et Ibn Salmoûn [2] l'a indiqué en disant : Plusieurs docteurs distinguent encore le cas où la brebis s'écarte par l'effet du coup et tombe dans un puits ou dans quelque chose d'analogue; cela n'engage pas sa responsabilité. Ibn Yoûnous juge cette distinction de peu d'importance et dit qu'elle est en opposition avec la Moudaouana.

L'auteur de la Matîṭiya a résumé cette opinion comme il suit :

Si la brebis se sauve par l'effet d'un coup [3] et tombe dans un trou, il n'y a rien à lui reprocher [4] du moment où il n'a pas agi intentionnellement, c'est dans ce cas seulement qu'il est responsable. On trouve dans le Mou'yn al-Ḥoukkâm une décision analogue. L'auteur de cet ouvrage a résumé les paroles d'Ibn Ḥabîb, mais il n'a pas cité les recherches d'Ibn Yoûnous.

Paragraphe II. — Il est dit dans la Matîṭiya :

Si, en cherchant à atteindre le gibier, le berger frappe un mouton, il est responsable. Une opinion analogue se trouve dans le Mou'yn al-Ḥoukkâm et cela a été exposé dans les doctrines d'Ibn Ḥabîb.

Paragraphe III. — Ibn Loubâba dit dans les notes marginales de l'ouvrage intitulé : « Tardjamat Istidjâr Râ'i al-Ghanam » : Si le berger a déjà blessé des moutons une ou deux fois et que le maître du troupeau ne l'ait pas rendu responsable et qu'il ait toléré cela sans le reprocher et l'ait admis, il ne peut plus le rendre responsable dans l'avenir. Al-Ḥattâb a reproduit ce jugement et l'a admis.

Paragraphe IV. — Ibn Zarb a dit : Le berger est réputé

coupable jusqu'à preuve du contraire. Tel est le sens de ce que dit la Moudaouana.

Ibn ʿArafa déclare au contraire que le principe posé par Ibn Zarb se trouve précisément réfuté par ce qui est dit dans la Moudaouana, à savoir que les bergers ne sont pas responsables, à moins qu'ils n'aient commis un manquement à leurs devoirs et à moins qu'il ne se soient montrés négligents [1] et il faut préférer la règle à l'exception.

Paragraphe V. — Si le berger est un enfant et cause la perte des moutons, il n'est pas responsable, quand bien même il l'aurait fait avec intention, ainsi que l'a [2] établi Ibn ʿArafa, réfutant les paroles suivantes d'Ibn Foutoûḥ : si quelqu'un confie des moutons à un enfant et que cet enfant désobéisse aux instructions qui lui sont données, de telle sorte que les moutons dépérissent, il n'est pas responsable, à moins qu'il ne les maltraite beaucoup, auquel cas il est responsable.

Ibn ʿArafa a basé cette opinion, à la suite d'autres auteurs, sur ces paroles du Moukhtaçar : Et il est responsable de ce dont il a causé la perte s'il s'agit de choses qu'il n'a pas reçues en dépôt et il n'est pas douteux que le propriétaire des moutons n'ait donné ceux-ci en dépôt à cet enfant [3] lorsqu'il l'a engagé; les bergers en effet sont au nombre des gens de confiance qui reçoivent des dépôts. Et Dieu est le plus savant. Il n'y a pas à distinguer si la chose a été faite ou non avec l'autorisation des parents de l'enfant; c'est ce qui peut être déduit de ces paroles du Moukhtaçar : si quelqu'un remet un dépôt à un enfant, lui prête ou lui vend quelque chose et que l'objet soit perdu, cet enfant n'est pas responsable, quand même il aurait agi avec l'autorisation de ses parents [4]. Il est dit dans les « Djaoûahir » si quelqu'un remet un objet en dépôt à un enfant, que ce soit avec l'autorisation de sa famille ou non, et que cet enfant le perde, il n'est pas

responsable. De même pour un incapable. On voit d'après cela que le berger incapable doit être traité comme le berger enfant. C'est-à-dire qu'il n'est pas responsable des brebis dont il cause la perte involontairement, quand bien même il aurait été engagé du consentement de ses parents. Au cas où il aurait vendu une brebis, ou l'aurait égorgée pour la manger, ou s'il l'a conservée pour lui, il est responsable pour ce qu'il a conservé [1].

Paragraphe VI. — Il est dit dans les *Réponses* [2] d'Ibn Saḥnoûn : Je l'ai interrogé au sujet d'un berger dont une brebis aurait fui et qui aurait dit à quelqu'un : « Cette brebis est chez toi. » Celui-ci ayant voulu la lui rendre et ne pouvant y arriver, si le berger lui dit « Frappe-la », et que cet homme la frappe et qu'il la tue [3], et je lui ai demandé s'il lui semblait que la responsabilité incombait au berger. Il a répondu : Mâlik a dit, que Dieu lui fasse miséricorde, la responsabilité incombe au berger, qui a donné l'ordre [4]. 'Abd al-'Azîz a dit : La responsabilité incombe à celui qui l'a frappée. D'autres que ces deux auteurs ont dit : Si le berger [5] a une autorité sur celui à qui il a donné l'ordre de frapper au même titre que le maître sur son esclave, le Sultan sur les gens de sa suite, et le père sur son enfant, la responsabilité incombe à celui qui a donné l'ordre ; sinon, la responsabilité incombe à celui qui a reçu l'ordre. Ceci a été rapporté d'après Ibn al-Qâsim. Ce qui est apparent, c'est que l'on dit lorsque le coup qui est l'objet de l'ordre est licite et rentre dans la manière de frapper des bergers, ni l'un ni l'autre n'est responsable, parce que c'est une délégation donnée pour un acte licite. S'il s'agit d'un mauvais coup donné avec intention, celui qui a frappé est responsable, à moins qu'il ne s'agisse d'un père commandant à son fils ou d'un patron à un enfant encore jeune, ou d'un maître à un esclave, d'une manière absolue. Si celui qui a donné l'ordre est le

propriétaire [1], celui qui frappe et qui lui est étranger n'est pas responsable, de même si un homme disait à un autre : « Brûle mes vêtements ».

En conséquence, si le propriétaire donne l'ordre au berger de frapper ses moutons avec brutalité, ce cas rentre dans ce que dit l'auteur de l'Istighnâ dans le passage où il parle du déposant qui dit au dépositaire : « Brûle ce dépôt » ; si celui-ci le fait, il est responsable, au dire de certains auteurs, à cause de la prohibition de détruire une valeur. Al-Ḥaṭṭâb a dit : cette question mérite la réflexion ; en effet, si celui qui donne l'ordre n'est ni le propriétaire [2] ni le berger, la responsabilité de celui qui a donné le coup prévaut. C'est ainsi que les choses doivent être, à mon avis, d'après les principes du droit. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe VII. — S'il est établi que le berger a dépassé la mesure de ce qu'il doit faire et qu'une brebis ait été estropiée, si le vice n'est pas rédhibitoire [3] il ne sera responsable qu'en proportion du dommage causé et la brebis restera en la possession de son propriétaire bien qu'elle soit blessée. S'il s'agit d'une blessure telle que la brebis ne puisse plus donner le profit que l'on espérait en tirer, le propriétaire pourra à son gré ou bien rendre le berger responsable de la valeur de la brebis, ou prendre celle-ci avec l'équivalent du dommage causé. C'est ainsi que les docteurs se sont exprimés au sujet des infractions certaines. C'est aussi la décision du Moukhtaçar et c'est elle qui est la plus répandue.

Paragraphe VIII. — Il arrive souvent que le berger maltraite une brebis et la blesse et que le propriétaire, craignant qu'elle ne meure, l'égorge et qu'il veuille obliger le berger à l'indemniser du préjudice causé. Le Moukhtaçar a résumé le principe et il est dit dans le

Samâ 'Isâ[1] : J'interrogeai Ibn al-Qâsim au sujet de quelqu'un qui aurait cassé la jambe d'une vache ou d'une brebis appartenant à une autre personne ; si le propriétaire de cette vache ou de cette brebis l'a égorgée de peur qu'elle ne meure, comment convient-il de traiter celui qui a causé le dommage ? Ibn al-Qâsim répondit : Si la fracture est telle qu'elle puisse entraîner la mort, celui qui l'a causée doit rembourser la totalité de la valeur. Mais si le propriétaire l'égorge, il consent à la garder en sa possession, et il ne semble pas qu'il y ait lieu d'imposer à celui qui a causé la fracture une réparation pécuniaire, grande ou petite. Si la blessure n'est pas telle qu'elle puisse entraîner la mort, celui qui l'a causée doit rembourser seulement la diminution de valeur produite par la blessure, soit que le propriétaire égorge l'animal, soit qu'il en fasse l'abandon. Ibn Rouchd dit dans le passage du Bayân relatif à ces paroles d'Ibn al-Qâsim que, d'après l'opinion la plus répandue, il n'est pas constant, dans le cas de dommage considérable, que le propriétaire puisse à son gré se faire indemniser de la valeur de la brebis ou conserver celle-ci en se faisant rembourser le montant du préjudice. Cette opinion n'est formulée que par Achhab. On voit aussi dans Ibn al-Qâsim que le propriétaire de la bête endommagée n'a droit, dans le cas où le dommage est considérable, qu'au remboursement de la valeur de l'animal, ou sinon qu'il le conserve tel quel[2] sans compensation. D'après les paroles les plus accréditées d'Ibn al-Qâsim, le propriétaire reçoit l'équivalent du dommage causé, quand bien même il aurait lui-même égorgé l'animal, si la blessure est incurable.

Paragraphe IX. — Si le berger apporte une brebis égorgée en disant : J'ai eu peur qu'elle ne meure, on doit le croire[3]. Il semble, d'après la Moudaouana, et le Moukhtaçar, qu'il n'y ait pas lieu d'exiger de lui le serment.

D'après les paroles d'Ibn 'Arafa, on peut exiger de lui le serment si l'on a des soupçons[1]. Al-Matîṭy a dit : Plusieurs docteurs ont dit que si l'usage est que le berger mange les abatis des brebis, il y a lieu d'examiner la chose[2]. Ibn 'Arafa a dit, et cela paraît basé sur les paroles d'Al-Lakhmy, que si le berger a égorgé une brebis malade, on doit le croire, même au cas où il aurait égorgé une brebis bien portante, car il n'a aucun avantage à agir ainsi, à moins qu'une inimitié n'existe entre lui et le propriétaire du troupeau[3], et cela quand bien même la coutume locale relativement aux animaux qui tombent et qui sont égorgés voudrait que le berger prît pour lui les abatis des animaux. Il reste difficile d'établir si le berger a tué la brebis à tort ou à raison. S'il dit : J'ai craint que cette brebis ne meure, c'est pourquoi je l'ai égorgée et je l'ai mangée, on ne le croira pas[4]. Le Chaykh Al-Kharchy a dit : Il doit en être ainsi à moins que le propriétaire du troupeau n'ait donné au berger le droit de manger les moutons qui meurent[5]. Si le berger dit : Je l'ai égorgée et on me l'a volée, l'avis le plus répandu est de le croire[6]. Quant au tiers, au locataire, à l'emprunteur, au gagiste, au dépositaire, et à l'associé, aucun d'eux n'est cru sur parole lorsqu'il prétend n'avoir égorgé[7] un animal que parce qu'il craignait le voir mourir. Ibn Rouchd dans l'ouvrage intitulé *Ta'lîl Ḍamân al-Moubḍi' Ma'h* dit qu'il en est ainsi parce qu'il est fautif et que l'animal ne serait peut-être pas mort s'il ne l'avait pas égorgé. Il est dans le cas d'un homme qu'il aurait égorgé un chameau appartenant à un autre et qui dirait : Je l'ai trouvé mourant[8], qu'il soit prouvé ou non qu'il craignait effectivement la mort de cet animal, et qu'il l'ait égorgé à cause de cela. Sa responsabilité est plus évidente dans le cas où il n'a pas de preuves[9]. (Tel est le résumé de ce que dit Ibn Rouchd.) Si quelqu'un trouve un taureau mort dans la montagne et, reconnaissant qu'il appartient

à l'un de ses voisins, l'écorche [1] et rapporte la peau à son propriétaire, dans le cas où celui-ci lui dirait : C'est toi qui l'as tué. D'après Ibn al-Qâsim, celui qui rapporte la peau n'est pas responsable à la condition de jurer qu'il n'a pas tué l'animal, et il n'a rien à se reprocher.

Remarque. — Si le berger veut égorger une brebis et ne l'égorge pas d'une façon licite, ce qui apparaît comme le plus probable, c'est qu'il est responsable s'il a commis une négligence, conformément à ce que dit Ibn 'Arafa, que le boucher est responsable s'il a mal pratiqué l'égorgement par négligence.

Paragraphe X. — Ibn 'Arafa a dit que, conformément aux paroles d'Ibn al-Qâsim et d'autres, il n'est pas responsable s'il rapporte une brebis morte ; s'il a été dans l'impossibilité [2] de l'égorger, il est évident qu'il n'est pas responsable ; mais s'il est établi que c'est par négligence que le berger ne l'a pas égorgée, il est responsable [3]. Quant à la question de savoir s'il doit porter avec lui un couteau pour égorger les animaux qu'il craint de voir mourir, elle doit être résolue par la coutume locale. Si cette coutume n'existe pas, il semble qu'il n'a pas à en porter. Certains docteurs disent que si la mortalité est grande parmi les moutons, il doit en porter.

CHAPITRE IV

SUR LE FAIT DU BERGER DE SE FAIRE REMPLACER PAR UN AUTRE ET DE LA GARDE DU TROUPEAU A TOUR DE RÔLE

Ce chapitre contient plusieurs paragraphes.

Paragraphe premier. — Ibn Foutoûḥ a dit : Si le berger prend pour le troupeau quelqu'un qui ne le vaut pas, il est responsable [1]; si son remplaçant le vaut, il y a au sujet de la responsabilité deux opinions : l'une, celle de Aboû Mouḥammad Çâliḥ, et l'autre d'Ibn Loubâba. Ibn 'Arafa a dit : J'ai dit, ce qu'a dit Al-Matîṭy, d'après Ibn Ḥabîb, est conforme à ce qu'a dit Abou Çâliḥ. Il est dit dans le texte de la Matîṭiya relatif au résumé d'Ibn Hâroûn, que le berger n'a pas le droit de faire paître le troupeau par un autre que lui [2], et Ibn al-Qâsim dit qu'il en est ainsi à moins d'une autorisation de son propriétaire. Il a dit dans un passage que le berger ne peut pas se faire remplacer, même avec l'autorisation du propriétaire [3], et c'est ce qu'il dit de plus important à ce propos; tel est l'avis de Saḥnoun. Si le berger confie, sans autorisation, le troupeau à quelqu'un qui le vaille, et qu'une partie de ce troupeau vienne à périr, Ibn Loubâba conclut à son irresponsabilité et Ibn Ḥabîb à sa responsabilité. Une opinion analogue

se trouve dans le Mou'yn al-Ḥoukkâm qui dit qu'il est interdit au berger de se faire remplacer quand bien même son maître l'y aurait autorisé, parce que c'est l'extinction d'une obligation par transfert[1]. C'est ce qu'ont dit Ibn Yoûnous et Aboû 'Omar; quant à ce que disent Ibn Ḥabîb et Aboû Çaliḥ, à savoir que le berger est responsable quand bien même son remplaçant le vaudrait[2], c'est conforme aux paroles du Moukhtaçar : et en le déposant, etc.[3].

Remarque[4]. — Il est dit dans les Naoûazil al-Idjâra d'Al-Bourzoûly, sur le salaire, au sujet de quelqu'un qui est engagé pour garder des oliviers et d'autres arbres fruitiers, ou des récoltes et qui s'absente en laissant quelqu'un à sa place, qu'il convient qu'il soit responsable, à moins qu'il ne se soit fait remplacer par nécessité. Ceci va à l'encontre des paroles suivantes d'Ibn Abi Zayd : il n'est pas responsable s'il s'est fait remarquer par quelqu'un qui est en état de faire office de gardien[5].

Deux remarques. — 1° Ibn Nâdjy a rappelé l'opinion d'après laquelle il est responsable dans le cas où la coutume des habitants du pays n'admet pas que le berger se fasse remplacer par quelqu'un qui le vaille, même étant contraint par la nécessité; si au contraire c'est l'usage, l'opinion unanime est qu'il n'est pas responsable[6]. Il a ajouté : il en est ainsi si la coutume lui permet de se faire remplacer et cela est évident, car *l'autorisation basée sur la coutume vaut celle qui se fonde sur un texte*[7]. Rappelez-vous les paroles du Moukhtaçar au chapitre des dépôts : elles agissaient couramment ainsi[8] :

Il est dit dans le Mi'yâr que l'on interrogea un docteur au sujet des habitants d'un village qui réunissaient leurs troupeaux pour les faire paître à tour de rôle; l'un des habitants loua quelqu'un pour le remplacer dans son tour de pâturage et une brebis du troupeau vint à disparaître.

Ce docteur répondit : si la coutume établie lui permet de louer qui bon lui semble parmi les gens du village et que ceci soit bien connu, chez eux, dans ce cas celui qui s'est fait remplacer n'est pas responsable, car c'est la coutume seulement qui dirige les gens dans la pratique de leurs propres affaires. Il n'en est pas de même pour le berger engagé pour paître lui-même des troupeaux et qui les confie à un autre. En effet, il est responsable s'il se fait remplacer. Ce qui résulte de cela, c'est que le berger pris à gages est responsable s'il se fait remplacer, même si la coutume le lui permet.

On a vu d'autre part, d'après ce que rapporte Ibn Nâdjy, qu'il y a accord pour déclarer que le berger n'est pas responsable.

Le berger est responsable lorsqu'il se fait remplacer pour la garde des moutons à moins qu'il ne lui soit arrivé quelque accident qui le mette dans l'impossibilité de les ramener à son propriétaire. C'est ce qu'expriment les paroles du Moukhtaçar : « à moins qu'il n'ait été dans l'impossibilité de ramener le troupeau ».

On trouve dans le Dourr an-Nathîr : Il fut interrogé — que Dieu soit satisfait de lui ! — sur le cas d'un berger qui, après avoir fait paître son troupeau, le ramenait le soir à l'endroit où il devait passer la nuit; un mouton qui boitait resta en arrière sans que le berger s'en aperçût, jusqu'à ce qu'on vint lui dire: « Un de tes moutons est resté en arrière ». Il confia alors son troupeau à d'autres bergers qui étaient avec lui; et les moutons étaient en grand nombre. Il revint vers le mouton et le ramena; il trouva alors son troupeau au milieu d'une plaine plantée d'arbres nombreux[1]. Il commença à les en faire sortir, mais il fut surpris par la nuit et s'aperçut qu'une partie des moutons lui manquait. Est-il responsable ou non? Il répondit : Le berger n'est pas responsable, attendu que lorsqu'il est retourné vers le mouton il a confié son troupeau aux ber-

gers qui en ont pris la charge. Ce cas est analogue à celui de quelqu'un qui ayant reçu un dépôt et ayant des craintes à son sujet l'aurait confié à un tiers, si ce dépôt vient à se perdre.

SUR LE PÂTURAGE A TOUR DE RÔLE

Paragraphe II. — Les règles qui régissent le pâturage à tour de rôle sont les mêmes que celles qui régissent le berger salarié ; dans l'espèce, celui qui remplace un berger à tour de rôle est un salarié parce qu'il a vendu son travail à un autre et il est indiqué dans plusieurs passages du Mi'yâr que les règles qui régissent le berger salarié [1] et qu'il n'est pas responsable à moins qu'il ne maltraite les animaux ou qu'il ne se montre négligent. Les textes sont nombreux à ce sujet, entre autres ce qui se trouve dans plusieurs passages du Mi'yâr, qui conclut que le berger du troupeau commun d'un village n'est responsable ni des pertes ni des autres dommages qui peuvent lui arriver. Tel est le résumé du Mi'yâr.

Remarque. — Si le berger à tour de rôle des bœufs se fait remplacer par un autre, les mêmes différences qui se remarquent dans le régime des bergers salariés se trouvent dans le régime qui régit ce remplaçant, à moins que la coutume courante ne soit que ce berger à tour de rôle se fasse remplacer, comme on l'a vu précédemment ; de même si le pays est troublé, cela autorise le propriétaire des bœufs à les faire paître par un tiers [2] comme l'a dit à ce sujet Aboû 'l-Ḥasan. En effet, en citant les différents cas relatifs à la responsabilité du berger lorsqu'il se fait remplacer par un autre [3]. Aboû Moḥammad Çâliḥ a dit :

Quelle est la règle qui régit la question du pâturage à tour de rôle entre ceux qui font paître les troupeaux, s'ils sont égaux dans leur façon de soigner les animaux et dans la confiance que l'on peut avoir en eux, à moins que l'on ne sache d'une façon certaine que l'un d'eux ne peut pas faire paître lui-même et que l'on ait admis celui qui le remplace, son esclave par exemple ou son fils.

Paragraphe III. — Il est dit dans le Dourr an-Nathîr : Interrogé, que Dieu l'agrée [1], sur le cas où les habitants d'un village se sont entendus pour le pâturage de leurs bœufs à tour de rôle et qu'ils ont convenu que les enfants ne feront pas paître et que l'un d'eux ayant envoyé un enfant pour le remplacer, une vache a été volée, il répondit : Si les gens de l'endroit ont vu l'enfant lorsqu'il faisait paître et qu'ils l'ont accepté, celui qui l'a envoyé n'a aucune responsabilité; mais s'ils ne l'ont pas vu, il est responsable, mais non vis-à-vis de ceux qui l'ont vu [2]. Ensuite Ibn Hilâl a dit ce qu'il faut retenir, à savoir qu'il ne saurait y avoir de doute sur la non-responsabilité vis-à-vis de celui qui a vu l'enfant, si nous admettons que le silence équivaut au consentement. Il a dit également : Il faut examiner si la responsabilité existe [3] au cas où le silence n'équivaut pas à l'autorisation formelle de faire paître le troupeau par un enfant, ou non ; c'est dans ce cas que la coutume indique si le silence est un consentement. Et Dieu est le plus savant.

CHAPITRE V

SUR LE SOMMEIL DU BERGER

Ibn 'Arafa a dit : Ibn Ḥabîb a dit : Le berger n'est pas responsable des moutons qui se perdent pendant son sommeil, alors même qu'il dormirait en plein jour, mais pendant la saison où le sommeil est permis (l'été) à moins qu'il ne résulte de son sommeil un dommage que le berger pourrait craindre, ou qu'il se trouve dans un endroit réputé dangereux, dans ce cas, il est responsable[1]. Al-Lakhmy dit que s'il dort un temps plus long que celui fixé par l'usage, il est responsable. Si, soit en été, soit en hiver, il dort au commencement du jour ou à la fin, il est responsable; il ne l'est pas s'il dort dans le milieu du jour, à moins qu'il ne prolonge son sommeil outre mesure. La même opinion se trouve dans le Dourr an-Nathîr. Dans le chapitre « Al-Ghaçb[2] » parmi les exemples rares, il est dit que si vous dites à quelqu'un : Gardez mes vêtements, ou ma nourriture, ou ma bête[3] jusqu'à ce que je revienne ou pendant que je dormirai, qu'il y consente, et qu'il soit vaincu par le sommeil et qu'on le vole, il n'est pas responsable. Il ajoute qu'il est responsable pendant le sommeil du jour, mais qu'il n'a aucune responsabilité pendant le sommeil habituel de la nuit que

l'on ne peut éviter, et cela, qu'il reçoive un salaire ou non. S'il dit que le sommeil l'a vaincu et qu'il ne s'est aperçu de rien, il sera cru et il prêtera serment. D'après la Matîṭiya le berger doit rembourser le dommage causé par son sommeil s'il provient de sa négligence ou s'il s'est endormi dans un endroit qui ne convenait pas au sommeil ou hors de la saison ou de l'heure où le sommeil est permis. D'après Al-Masâ'il Al-Malqoûta il n'est pas responsable s'il a été vaincu par le sommeil à l'heure du sommeil à moins qu'il n'en résulte un dommage qu'il pouvait craindre. Dans les notes d'Aboû'l-Ḥasan aç-Çaghîr sur la Moudaouana, on trouve ce qui suit : Le faqih a dit : Quant au Maghrib, il ne s'y trouve pas un endroit pour dormir, car on y craint le vol à tout instant et le berger est responsable lorsqu'il dort. C'est-à-dire que lorsque Dieu, qu'il soit exalté, ordonnera que dans un certain avenir on n'ait plus à craindre le vol dans une des contrées du Maghrib, le berger n'y sera plus responsable d'une façon absolue. L'usage est d'agir conformément à ce que nous avons dit auparavant. Et Dieu, qu'il soit glorifié, est le plus savant.

CHAPITRE VI

RELATIF A DES CAS QUI N'ONT PAS ENCORE ÉTÉ TRAITÉS ET QUI ENTRAÎNENT LA RESPONSABILITÉ (DU BERGER)

Ce chapitre contient plusieurs paragraphes.

Paragraphe premier. — Ibn 'Arafa dit que le berger n'est pas responsable dans le cas où des animaux s'enfuient ou sont volés, à moins qu'il ne soit établi par des témoignages qu'il a été négligent ou qu'il a maltraité le troupeau [1]. C'est-à-dire que le berger est considéré comme n'ayant pas été négligent jusqu'à ce que sa négligence soit dûment établie. Ce qui a été dit à ce sujet dans la Tabçira d'Ibn Farḥoûn et d'autres auteurs ne saurait s'énumérer. Et Dieu est le plus savant. Il est dit aussi dans Ibn 'Arafa, et cela est rapporté par Ibn Ouahb, que le berger esclave n'a pas la même responsabilité que celui qui est libre.

Paragraphe II. — On posa à Saḥnoûn la question suivante : Si un berger fait paître les moutons des bouchers[2], celui-ci appartenant à l'un, celui-ci à l'autre, qu'un mouton se sauve, et que le berger le cherche quelque peu et qu'il revienne en disant : J'ai craint pour les moutons. Est-ce de la négligence ou non ? Il répondit : Cela ne

constitue pas une négligence et cela n'entraîne aucune responsabilité. On trouve dans la Tabçira et dans d'autres auteurs, et Ibn 'Arafa a expliqué d'après les paroles de Aç-Çaqally empruntées à Saḥnoûn, que si un mouton s'est échappé du troupeau et que le berger l'a cherché quelque peu puis est revenu au troupeau en disant : J'ai craint que le troupeau ne se perde, dans ce cas, il n'est pas responsable et son acte ne saurait être considéré comme une négligence. Nous sommes de cet avis dans le cas où le troupeau serait dans un endroit peu sûr et que le mouton enfui serait éloigné du berger. Le Dourr an-Nathîr cite ensuite le cas d'un berger qui, un mouton s'étant attardé, confie, pour le rechercher, son troupeau à d'autres bergers; quelle devra être la décision? La voici : Si le berger revient sans confier son troupeau à personne et qu'il manque des moutons, alors que le berger savait que l'endroit était dangereux, et qu'il revienne vers la quantité moindre en abandonnant la quantité la plus considérable, lorsqu'il est chargé de la garde de la plus grande quantité[1], même si un mouton vient à s'en échapper; on lui dira que, de même si un petit nombre de bœufs s'était échappé, son devoir était de rester avec le plus grand nombre.

Paragraphe III. — Ibn Loubâba dit : Si deux bergers sont loués et que l'un d'eux aille acheter de la nourriture ou autre chose nécessaire et qu'une partie des moutons soit perdue ou que le lion en mange quelques-uns, il n'est pas responsable, car il est nécessaire que l'un d'eux cherche ce dont il a besoin. Cet exemple est emprunté au Dourr an-Nathîr et se trouve également dans le Mi'yâr.

Paragraphe IV — Le Dourr an-Nathîr a dit que Ach-Choûby cite d'après Al-Makouy le cas de quelqu'un qui loue un berger qui fait paître les moutons[2] puis re-

vient à la ville ; il retourne ensuite à ses moutons vers le soir et trouve qu'ils ont diminué de nombre ; il ne sait pas si cette diminution s'est produite pendant son absence ou non. Il dit (Al-Makouy) que dans ce cas le berger n'est certainement pas responsable à moins que le propriétaire du troupeau n'établisse par des témoignages que les moutons ont disparu pendant l'absence du berger. Cela se trouve dans deux passages des Naouâzil al-Idjâra d'Al-Mi'yar qui expose ensuite le cas suivant : Un pâtre de bœufs remet à un autre ses bœufs à faire paître, sans l'ordre de leur propriétaire et à la fin du jour il revient et en reprenant ses bœufs s'aperçoit qu'il en manque un. Le berger prétend que ce bœuf a été perdu après qu'il les a rendus à leur propriétaire qui lui dit : « Le bœuf s'est perdu pendant que le troupeau était entre les mains de ton remplaçant et c'est toi qui est fautif. » Voici la réponse : Si le propriétaire du troupeau a des témoignages établissant que le bœuf a disparu pendant que le troupeau était gardé par le remplaçant, le premier berger est responsable ;mais dans le cas où celui-ci jure par Dieu que ce bœuf a disparu pendant qu'il gardait lui-même le troupeau, et qu'il n'est coupable d'aucune négligence, il ne lui incombe aucune responsabilité après ce serment. Rappelez-vous les paroles du Moukhtaçar[1]. Il sera cru lorsqu'il dira l'avoir ramené (l'animal) en bon état, s'il avoue les fautes qu'il a commises.

Le Chaykh Ibn Raḥḥâl résume ces paroles dans les notes marginales de la Touḥfa et dit : S'il est fautif, il est responsable : il n'y a aucun doute à ce sujet ; mais s'il reste douteux que la brebis se soit enfuie[2] au moment où le berger était en faute ou à un autre moment, il n'est pas responsable. Le but poursuivi est en effet d'empêcher le berger de se mettre en faute ; à ce sujet, il faut consulter le commentaire (de la Touḥfa). L'auteur du Mi'yâr a résumé en deux endroits les dires d'Ibn al-Makouy et il rapporte

dans un autre passage une consultation d'Abou'l-Hasan qui conclut à la responsabilité obligatoire ; il dit en effet dans plusieurs de ses réponses : le berger est responsable sans aucun doute si la vache est sortie (avec le troupeau) et qu'elle se soit perdue au moment où le berger faisait preuve de négligence, et nous donnerons plus loin, s'il plaît à Dieu qu'il soit exact, le texte de cette consultation. Certains passages des Naouâzil al-Idjâra des Dourar sont d'accord avec la conclusion d'Aboû 'l-Ḥasan : on y trouve en effet ce qui suit : On interrogea Ibn Maḥsoûd sur la responsabilité légale qui incombait à un berger qui s'était fait remplacer et dont une partie du troupeau avait disparu ; il répondit que le berger était responsable de ce qui était perdu. Si le berger ne sait pas le moment où est parti ce qui manque du troupeau et que le propriétaire prétend que c'est pendant ce même jour (où le berger s'est fait remplacer) il prête serment à l'appui de sa déclaration et le berger paie la valeur de ce qui a été perdu. Si l'un ni l'autre ne savent le moment où les animaux se sont perdus, le berger jure qu'il n'a pas connaissance que les animaux se soient perdus pendant cette journée et il n'est pas responsable.

Il résulte des conclusions d'Ibn al-Makouy résumées dans le Dourr an-Nathîr et également en deux endroits par l'auteur du Mi'yâr est, d'après ce que dit le Chaykh Ibn Raḥḥâl, et qui est conforme au rite, que le berger n'est pas responsable s'il est prouvé qu'il a maltraité les animaux à un certain moment, par exemple, et que le propriétaire du troupeau allègue que les animaux se sont perdus au moment où le berger était fautif ou négligent. Ibn Mahsoûd conclut à la responsabilité du berger et c'est ce qui résulte de la consultation d'Aboû 'l-Ḥasan.

Paragraphe V. — Il est dit dans le Mi'yâr : On interrogea Aboû'l-Ḥasan aç-Çaghir sur le cas suivant :

Lorsque l'on a sorti au pâtre du troupeau commun les animaux pour les faire paître, il ne les a pas suivis immédiatement et son retard peut être considéré comme une négligence. Il est sorti ensuite, a fait paître les animaux le reste de la journée et les a ramenés vers le soir : une vache a été perdue ; le berger est responsable et il n'y a aucun doute que la vache était sortie et s'est perdue pendant que le berger négligeait le troupeau. Son devoir en effet était, au moment de la sortie des animaux, de vérifier ce qu'il avait devant lui afin de se rendre compte de leur nombre et il est d'autant plus responsable s'il connaît exactement chaque animal en particulier ; dans ce cas, s'il lui en manque, il doit s'enquérir à son sujet au moment où le troupeau lui est remis ; s'il ne le fait pas, il fait preuve de négligence. L'usage courant est que le propriétaire du troupeau ne compte les animaux ni au commencement du jour ni à la fin, même à la campagne. Dans les villes, ce soin incombe au berger ; s'il ne le fait pas, il est responsable.

Remarque. — Aboû Isḥâq Ibrâhîm al-Qâry combat la réponse d'Aboû 'l-Ḥasan (que Dieu lui pardonne) concernant la responsabilité du berger dans le cas où il nie que la vache disparue soit sortie avec lui et il conclut que l'on doit s'en rapporter à l'affirmation du pâtre que la vache n'est pas sortie ; son opinion a été reproduite par le Mi'yâr après le jugement d'Aboû 'l-Ḥasan ; voici le texte : « Sydy Ibrâhîm al-Qâry a répondu que l'on doit ajouter foi au dire du berger en ce qui concerne les pertes lorsqu'il n'y a pas eu remise effective, s'il n'y a pas de témoignage établissant qu'il a reçu (l'animal perdu). Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence entre le berger de la ville et celui de la campagne ». Quant à la consultation d'Aboû Ishâq Ibrâhîm al-Qâry, nous l'avons vue appliquée vers l'an 1180 dans la ville de Tâzâ, la bien gardée, dans des juge-

ments rendus par le Qâdy de cette époque, Sydy Mouḥammad al-Arby al-Qsanṭiny; plusieurs auteurs ont aussi écrit, et je l'ai vu moi-même, que le Chaykh Sydy Aḥmad ach-Chaddâdy a établi le principe suivant : « (Question) Louange à Dieu ! Salut et bénédiction à l'envoyé de Dieu ! Sidi, que Dieu soit satisfait de vous et qu'il vous agrée ! Quelle est votre opinion sur le cas suivant : Un homme fait paître les bœufs d'une ville ; une vache se perd et son berger nie l'avoir reçue ce jour-là du propritaire ; mais l'usage des gens de la ville n'est pas de faire au berger la remise des animaux, si ce n'est à certains jours peu fréquents, le mardi, par exemple, et l'habitude s'est établie, à la longue, de ne plus le faire du tout. Le berger doit-il, ou non, examiner son troupeau jusqu'à ce qu'il reconnaisse chaque animal et, au cas échéant, est-ce une obligation pour lui d'avertir le propriétaire ? S'il ne le fait pas et se tait, cela doit-il être considéré comme une négligence de sa part ? »

Réponse : Louange à Dieu ! Salut et bénédiction sur l'envoyé de Dieu ! Il est obligatoire pour le berger de se rendre compte tous les jours des animaux qu'il fait paître ; s'il ne le fait pas et s'il en perd quelques-uns il en est responsable, ayant commis une négligence par manque d'attention. On ne peut admettre une dénégation du berger que la bête dont il s'agit soit sortie avec lui, et son affirmation qu'elle n'est pas sortie le jour où elle s'est perdue. Aucune remise des animaux n'est obligatoire, à moins qu'elle ne soit établie par l'usage et dans ce cas seulement. En effet, tout ce qui a rapport au salaire relève de l'usage et de la coutume. Ibn al-Araby rapporte que Mâlik et Ach-Châfi'y, que Dieu soit satisfait d'eux, ont établi que tout ce qui concerne le salaire relève de la coutume. Sydy Mouḥammad ben Abî Zayd et le Qady 'Abd al-Ouahhâb ont jugé également que si le berger a passé en revue le

troupeau et ne l'a pas trouvé au complet, il doit en informer le propriétaire et que, s'il ne le fait pas, il est responsable.

Le Chaykh Aboû'l-Ḥasan parle du berger auquel le troupeau est remis lorsqu'il sort, ainsi qu'on l'a vu dans la consultation précitée, et il ajoute : C'est ce qu'a écrit 'Abd-Allah Yoûsouf ben Mouḥammad al-Fasy, avec l'assistance de Dieu. Sydy Mouḥammad al-Ouarzâzy a résumé cette consultation dans ses Adjouiba et l'a citée comme exemple en disant : On nous a interrogé sur le cas suivant : Si un animal d'un troupeau commun se perd et que le berger de ce troupeau prétende que cet animal n'était pas sorti avec le troupeau, ce berger est-il ou non responsable de l'animal perdu ? Nous avons répondu : L'Imam Aboû'l-Ḥasan a dit que si le berger commun ne suit pas immédiatement le troupeau, qu'un animal se perde et qu'il prétende que cet animal n'était pas sorti avec le troupeau, il est responsable à cause de sa négligence. Et Dieu est le plus savant.

Al-Ouarzâzy aurait dû dire au berger : Le fait que tu n'as pas prévenu le propriétaire du troupeau au commencement du jour que l'animal n'était pas sorti avec toi, fait croire à un mensonge de ta part lorsque tu prétends que cet animal n'est pas sorti ou que tu n'as pas contrôlé, ce qui constitue une négligence. Réfléchissez à cela.

Paragraphe VI. — Le berger doit être cru lorsqu'il dit que la brebis (perdue) a été ramenée par lui avec le troupeau. Dans les Naouâzil al-Idjâra du Mi'yâr, on rapporte qu'Aboû Mouḥammad Çâlih fut interrogé sur le cas d'un berger à qui l'on demandait où était une brebis de son troupeau et qui répondit qu'elle était revenue avec les moutons et qu'elle était entrée dans la maison ; on la chercha et on ne la trouva pas et cela se passait au moment où les mou-

tons venaient de rentrer de la montagne. Dans ce cas, le berger est-il responsable ou non? Aboû Mouḥammad Çâliḥ répondit : Le berger doit jurer par Dieu qu'il est certain que la brebis est rentrée dans la maison, qu'il n'a pas perdu cette brebis, qu'il n'y a de sa part aucune tromperie, qu'il ne l'a pas mangée, et qu'il n'a pas été négligent. On ne peut exiger autre chose de lui. Une opinion analogue se trouve dans les notes marginales du Chaykh Ibn Raḥḥâl ; il dit en effet : Consultez[1] ; en effet les commentaires admettent que le berger doit être cru lorsqu'il dit qu'une brebis (perdue) est rentrée avec le troupeau et qu'elle ne se retrouve pas dans la maison et cela au moment où ce troupeau a été ramené de la montagne.

Remarque. — Il faut examiner si ce qui précède peut s'appliquer à un autre berger qu'au berger commun ; quant à celui-ci, ses dires ne peuvent être acceptés, attendu qu'il a pris possession du troupeau à la condition acceptée par lui en toute connaissance d'être responsable. Il a été établi que les prétentions de quelqu'un qui affirme avoir rendu une chose dont il est responsable ne soient admises que moyennant une *beïna* (témoignage de douze témoins). Or le berger commun est responsable, quand même on voudrait comparer sa responsabilité à celle de l'ouvrier ; mais le berger commun est responsable du troupeau et l'ouvrier n'est responsable que des objets qui peuvent disparaître. On ne peut pas dire que le berger commun doit être cru lorsqu'il dit avoir ramené l'animal, en se basant sur les textes qui établissent que l'ouvrier doit être cru lorsqu'il dit avoir rendu un objet qui ne peut pas disparaître. En effet, on doit le croire, parce qu'il n'est pas engagé à la condition qu'il serait responsable, et la responsabilité du berger commun est considérée comme analogue à celle de l'ouvrier relativement à un objet susceptible de disparaître. Il résulte de cela que le berger

ne doit pas être cru lorsqu'il dit avoir ramené l'animal ou qu'il n'y a pas lieu de prendre à ce sujet une décision légale, d'autant plus que la coutume établie est que tout cela se passe sans témoins. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe VII. — Il a été dit précédemment, dans le paragraphe V, que le fait de la part du berger de ne pas se rendre compte du nombre des animaux du troupeau constitue une négligence. Az-Zourqâny, dans le chapitre « Al-'Arya » a dit que c'est une obligation pour ceux qui reçoivent un dépôt de se rendre compte de ce qui est remis entre leurs mains et qu'à défaut de cette précaution, ils doivent rembourser ce dépôt (s'il vient à se perdre). Il est courant chez les ṭolba de la campagne, que si le propriétaire du troupeau s'aperçoit du manque de de quelques animaux avant que le berger ne s'en soit rendu compte et qu'il lui demande ce qu'ils sont devenus et que le berger réponde qu'il n'en sait rien, cela constitue une négligence de la part de ce dernier, et l'obligation de rembourser les animaux perdus. On dit que tel est l'avis de Ar-Ra'îny et quelques-uns prétendent que c'est celui de Aboû 'Imrân al-Fâsy. Nous avons rencontré dans quelques notes marginales cette opinion exprimée par Ar-Ra'îny et par Aboû 'Imran à ce sujet. Nous avons interrogé sur cette question notre Chaykh Aboû'Abdallah Sydy Mouḥammad at-Tâoudy ben Soûda; il nous a répondu que cette manière de voir n'était pas conforme aux prescriptions du rite et que ce qui était conforme à ces prescriptions était que le berger jure qu'il n'a pas été négligent et que dans ce cas il n'est pas responsable et n'a rien à rembourser[1].

Nous avons également interrogé un autre docteur de son temps et il a été de la même opinion. Nous avons vu une consultation du faqih distingué, le chérif Sydy Mou-

lay Ali ben Mouḥammad as-Sidjilmâssy, établissant la non responsabilité du berger dont il s'agit en se basant sur le texte du Moukhtaçar relatif au dépôt : « s'il dit je ne sais pas quand (ce dépôt) a disparu ». Ad-Dourr an-Nathîr a dit qu'il n'y a pas de différence relativement à la responsabilité entre le berger et celui qui a reçu un dépôt. Telle est la règle généralement établie, et il est constant que le fait de recevoir un salaire pour conserver un dépôt ne modifie pas cette règle. Et Dieu est le plus savant.

La non-responsabilité (du berger) peut être établie par la réponse d'Aboû Mouḥammad Çâliḥ que nous avons citée si, comme il le dit, le berger jure qu'il a la conviction que l'animal (perdu) est entré dans la maison, etc., et que d'autre part le propriétaire a dénombré le troupeau ramené par le berger.

Paragraphe VIII. — On a vu précédemment dans la consultation d'Aboû 'l-Ḥasan que si le berger se rend compte qu'il manque une bête du troupeau il doit s'informer de suite de ce qu'elle est devenue, sous peine de faire acte de négligence. On a vu également que Ibn Abî Zayd et 'Abd al-Ouahhâb disent qu'il devait en informer son maître et que s'il ne le faisait pas, il faisait acte de négligence. Il apparaît d'après cela que le propriétaire du troupeau, si le berger ne le prévient pas est en droit de lui dire : Si tu m'avais prévenu, j'aurais pu rechercher mon bien aussitôt après sa perte et peut-être l'aurais-je retrouvé et appris où il était. Et Dieu est le plus savant.

D'autre part, le berger peut lui répondre : J'ai tardé à vous prévenir parce que je recherchais moi-même l'animal perdu et que j'espérais le retrouver ; cela est conforme à ce que dit le Moukhtaçar, à savoir : « à moins qu'il ne dise : la chose est perdue depuis plusieurs années et je continuais à espérer (la retrouver) et cela est admis même si le propriétaire de l'objet est présent (au moment

de sa perte)[1]. Cette manière de comprendre « Je continuais à espérer » est en opposition avec son sens véritable comme le dit à ce sujet Az-Zourqâny, conformément à Ibn Foudjalla lorsqu'il dit : Si le propriétaire dit : « Si tu m'avais averti, j'aurais fait des recherches ». Le sens de « plusieurs années » reste douteux, mais il semble que ce qui doit être retenu c'est « je continuais à espérer » ; s'il (le berger) ne le dit pas, et que l'on suppose qu'après longtemps le berger aurait pu informer le propriétaire et qu'il ne le fasse pas, et qu'il dise ensuite « je me suis tu parce que je continuais à espérer » on peut admettre cette manière de faire ou ne pas l'admettre[2].

En résumé, ce qui est conforme à la loi c'est que l'avertissement donné par le berger le soit pendant la période où il doit être donné et s'il dit alors « je cherchais et je continuais à espérer » il n'est pas responsable[3]. S'il ne dit pas cela il est responsable, si du fait qu'il a tardé à le prévenir, le propriétaire de l'animal perdu ne peut plus le rechercher utilement. Ce qui peut excuser le berger de n'avoir pas prévenu, c'est l'impossibilité où il pouvait être de trouver quelqu'un pour garder le troupeau pendant qu'il s'éloignait pour prévenir, car la garde de la plus grande quantité d'animaux est son principal devoir. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe IX. — Il est dit dans la Moudaouana : Si l'on a prescrit à un berger de faire paître le troupeau dans un endroit déterminé et qu'il le fasse paître dans un autre, il est responsable le jour où il a enfreint les ordres qui lui avaient été donnés [4], et le contrat passé avec lui est rompu à partir de ce jour ; c'est ce que dit le Moukhtaçar : « s'il change le pâturage convenu ». Sachez que dans ce cas, si un dommage est causé au troupeau du fait redouté par le propriétaire, le berger est responsable sans aucun doute ; si au contraire ce dommage est causé par une

autre cause, par exemple si le propriétaire craignait les voleurs et que le dommage provienne d'autre chose, par exemple d'avoir mangé des herbes dont meurent les animaux, ou une autre chose du même genre (le berger) dans ce cas n'est pas responsable. En effet, nous avons entendu dire par notre Chaykh Aboû Abdallah Sydy Mouḥammad at-Tâoudy ben Soûda dans son cours, qu'Ibn 'Arafa avait emprunté à Ibn Foutoûḥ que dans ce cas le berger n'était pas responsable. Al-Djazoûly prétend qu'il est responsable. L'opinion la plus répandue est que le berger n'est pas responsable si le dommage n'est pas causé par la non-observation des ordres donnés ; par exemple, si un animal vient à mourir de mort naturelle. Al-Ḥaṭṭâb a dit, d'après le texte du Moukhtaçar, dans le chapitre du Qirâd[1] « il est responsable s'il commet une infraction[2] ». Il apparaît, d'après la Moudaouana, que si un commanditaire interdit à son commandité de voyager sur mer ou pendant la nuit et qu'ayant enfreint cette défense il ne lui arrive aucun dommage et qu'ensuite il rachète d'autres marchandises et éprouve des pertes (dans un nouveau voyage) il n'est pas responsable[3]. Le Moukhtaçar dit dans le chapitre de l'Idjâra « c'est analogue à la location d'un animal à quelqu'un semblable à soi[4]. »

D'après Al-Lakhmy, si quelqu'un a loué un animal et le loue à son tour à un autre pour le monter, cela n'est pas régulier parce que, dit-il, il reste douteux, dans le cas d'une tare causée à l'animal par une autre cause que le fait de la monter, s'il est responsable ou non : il ne nous paraît pas que le premier soit responsable à moins que la raison qui a causé une tare à l'animal ne soit établie. Le Taoudîḥ, d'après Al-Lakhmy, dit que si le dépositaire n'avertit pas le déposant d'un accident survenu à son domicile, il n'est pas responsable si le dépôt a été perdu par une autre cause que celle que craignait le déposant. Az-Zourqâny cite le texte du Moukhtaçar relativement aux

dépôts, qui dit : avec défense de mettre un cadenas[1]. Le dépositaire n'est responsable que dans le cas de vol et, dit Ibn al-Qâsim, il n'est pas responsable à moins que la perte du dépôt provienne d'une cause que l'on pouvait redouter ; si le dépôt est perdu autrement que par le vol, le dépositaire n'est pas responsable, contrairement aux commentaires ; c'est ce qui ressort de ce qui précède, basé sur ce que dit Ibn Foutoûh, relativement au berger, sur le Taoudîḥ et sur ce que cite Al-Haṭṭâb d'après Al-Moukhtaçar à propos de Qirâd : « C'est comme semer ou cultiver un jardin dans un endroit dangereux ». Al-Lakhmy a dit, en effet : Si nous rendons responsable de son imprudence et du risque qu'il court en connaissance de cause celui qui cultive dans un endroit sans sécurité, nous ne devons pas faire de différence entre la perte causée par le fait de conduire un troupeau dans un endroit dangereux et celle causée en semant du blé dans un endroit analogue, car dans les deux cas il s'agit en principe de courir un risque. C'est ce qui ressort de ce qui précède, basé sur ce que dit Al-Djazoûly relativement au berger.

Paragraphe X. — Nous avons trouvé noté le texte suivant et celui qui l'a noté l'attribue aux Mas'âïl al-Hamiil, attribuées à Aboû'Imrân al-Fâsy. Voici les différents actes du berger qui établissent sa négligence : se faire remplacer par un autre[2] ; abandonner les moutons au pâturage ; désobéir aux ordres du maître du troupeau ; égarer un agneau ; abandonner une partie du troupeau ; si on lui demande où est une brebis, répondre qu'elle est avec les moutons et qu'on ne l'y trouve pas; de conduire le troupeau par un chemin où le bétail ne peut pas passer ; de rechercher une brebis et de renvoyer le troupeau par un tiers ; si une brebis s'enfuit et que le berger, après quelques recherches revient au troupeau[3], il n'est pas responsable. S'il s'arrête[4] dans un endroit dangereux (ou

s'il s'endort) il est responsable, comme cela est universellement établi.

Relativement au premier cas : il se fait remplacer par un autre, on a vu précédemment les discussions et les controverses auxquelles ce cas a donné lieu.

Le deuxième cas : s'il abandonne les moutons au pâturage, c'est-à-dire si par exemple il retourne à la ville en abandonnant les moutons au pâturage et qu'il se perde un mouton pendant son absence. Ce qui établit dans ce cas sa négligence, est évident et ce qui peut lui être applicable a déjà été dit par Ach-Choûby, d'après Ibn al-Makouy.

Le troisième cas : s'il désobéit aux ordres du maître du troupeau [1] est jugé par ces paroles du Moukhtaçar : « s'il viole le contrat fait avec lui relativement au pâturage ».

Le quatrième cas : s'il égare un agneau. Aboû 'Imrân aurait dû dire que le plus souvent si un agneau est séparé de sa mère, celle-ci pousse des bêlements dès que son petit la quitte, tels que pour ne pas s'en apercevoir il faudrait que le berger fît preuve d'une négligence extraordinaire; et s'il l'avait entendu il serait retourné en arrière immédiatement et aurait rapporté l'agneau. Nous ne saurions affirmer que dans ce cas le berger doit être responsable [2].

Le cinquième cas : s'il abandonne une partie du troupeau. Il paraît évident que de ne pas s'apercevoir de la disparition d'une partie du troupeau surtout si cette partie est considérable, constitue un cas de négligence majeure.

Le sixième cas : Si on lui demande où est une brebis, qu'il réponde qu'elle est dans le troupeau et qu'on ne l'y retrouve pas. Ce cas a été précédemment examiné.

Le septième cas : s'il conduit le troupeau par un chemin où le bétail ne peut passer. Il n'y a aucun doute que

dans ce cas le berger doit rembourser les pertes qu'il a causées.

Le huitième cas : s'il recherche une brebis et renvoie le troupeau par un tiers, c'est-à-dire que le berger renvoie le troupeau à son maître par ce tiers et va à la recherche de la brebis perdue. On a déjà vu précédemment que, d'après le Dourr an-Nathîr, dans ce cas le berger n'était pas responsable ; c'est ce qui ressort de ce que dit Al-Moukhtaçar « sauf dans le cas de force majeure » à moins qu'il ne renvoie le troupeau par quelqu'un connu par sa négligence et ne méritant pas la confiance.

Le neuvième cas : si une brebis s'enfuit et que le berger après quelques recherches revient au troupeau [1] ; cela veut dire qu'une brebis s'est enfuie, qu'il l'a recherchée pendant peu de temps [2] puisqu'il revient en disant : « J'ai craint pour le troupeau ». On a vu d'après Saḥnoûn que dans ce cas le berger n'est pas responsable, et il a été dit également que Ibn ʿArafa avait jugé de même, si le troupeau ne se trouve pas dans un endroit sûr.

Le dixième cas : s'il s'endort [3] (ou s'il s'arrête) dans un endroit dangereux ; il est juste dans ce cas qu'il soit responsable et ce cas a déjà été examiné précédemment.

Dans les Naouâzil d'Ibn Saḥnoûn, il rapporte qu'on lui a demandé quelles étaient les négligences commises par le berger et causant du tort au troupeau dont il était chargé, qui entraînaient pour lui l'obligation de rembourser. Il a répondu : toute occupation autre que celle de faire paître le troupeau quelle qu'elle soit ; comme de s'occuper à causer avec quelqu'un de telle sorte que les voleurs prennent les brebis ou que les loups les mangent ; de dormir en dehors des heures habituelles ou dans un endroit qui ne le comporte pas ; de rester assis jusqu'à ce que le troupeau soit hors de sa vue ; de passer son temps à s'amuser [4] ; de mêler un autre troupeau au sien sans l'ordre de son maître, etc.

Il est dit dans le Dourr an-Nathîr qu'Ibn Qâsim interrogé sur ce qui engageait la responsabilité du salarié a répondu : Il n'est responsable que s'il perd, néglige ou abuse : que par sa négligence il abandonne ce qui lui a été confié et qu'il aille s'occuper d'autre chose et que ce dont il a été chargé se perde et dans des cas analogues. S'il est vaincu par le sommeil ou qu'il soit surpris, le dommage[1] qui en provient ne saurait lui être attribué. De plus, le berger n'est pas responsable s'il s'endort pendant la grande chaleur[2] à moins qu'il ne dorme trop longtemps ou qu'il ne s'endorme dans un endroit réputé dangereux à cause du grand nombre de bêtes sauvages qui s'y trouvent; il est responsable également s'il rentre chez lui en abandonnant le troupeau. Ce qui est relatif au fait de la part du berger de rentrer chez lui en abandonnant le troupeau se trouve dans la Tabcira de Lakhmy et dans l'Irtifâq[3]. Quant au salarié qui est chargé de garder quelque chose et dont ce n'est pas le métier, il est notoire, d'après le Madhhab qu'il n'est pas responsable s'il s'endort ou s'il est surpris et qu'il n'est responsable que s'il sort des attributions de ce dont on l'a chargé. Il est dit[4] dans les Masâ'ïl al-Malqoûṭa que le berger n'est pas responsable de ce qui s'est perdu ou qui a disparu ; il doit jurer, s'il est soupçonné, qu'il n'a pas été négligent, qu'il n'a pas été fautif, qu'il n'a pas commis de supercherie et s'il a été négligent il est responsable. Ce qui paraît raisonnable, c'est que tout ce que fait le berger et qui est conforme à l'usage n'engage pas sa responsabilité, et s'il s'écarte de ce qui est conforme à l'usage, il est responsable. C'est ce qui apparaît des déclarations d'Al-Bourzoûly dans les Masâ'ïl Al-Qirâḍ, cités dans le Siyâq Adjouïba de Ibn al-Dâbiṭ, un des élèves de Lakhmy, lorsqu'il dit : Ce que doit avant tout rechercher celui qui a charge d'examiner une affaire, c'est d'abord d'examiner les actes du commandité ; si ce commandité a

agi conformément à la loi, ou selon la coutume, et s'il n'a fait preuve ni de désordre ni de négligence, on peut décider qu'il n'est pas responsable; dans le cas contraire, il est responsable. Al-Mâziry dit dans les Naouâzil al-Idjâra : « Si quelqu'un loue une bête de somme, se met en route avec elle, puis lui enlève sa charge en attendant celui qui doit le renvoyer, c'est-à-dire le guide; que la bête lui échappe, sans qu'il y ait de sa faute[1] cette personne n'est pas responsable, à la condition de prêter serment que les choses se sont passées comme on vient de le dire. »

Ach-Châbâny dit, dans ses Naouâzil al-Ḥadjar, que si le tuteur transporte le bien de l'orphelin dans un endroit qui lui semble sûr et qu'il soit volé, il n'est pas responsable, mais s'il transporte ce bien dans un endroit où il est notoire qu'il peut être volé, mais qu'il pense le passer heureusement et qu'il soit volé, il est responsable[2]. Le berger[3], le commandité, le salarié et le tuteur, sont tous des dépositaires. Et Dieu, qu'il soit exalté ! est le plus savant.

Paragraphe XI. — On dit dans Al-Matîṭiya : le berger est responsable s'il fait paître le troupeau dans un endroit dangereux. Cela est évident. Il est dit dans le Moû'yn al-Houkkâm : Le berger n'est pas responsable à moins que son mensonge ne soit établi par des preuves ; cela résume tout et cela est également évident. Et Dieu, qu'il soit exalté ! est le plus savant !

Paragraphe XII. — Ad-Dourar al-Maknoûna a dit que le Siyâq As'ila d'Al-Ouaghlîsy cite le cas d'un berger commun qui est parti une nuit pour assister à une noce et dont le troupeau est allé paître le lendemain tout seul; le lion a mangé une vache de ce troupeau; le propriétaire prétend n'avoir pas été prévenu de l'absence du berger,

tandis que le berger soutient l'avoir averti. Le berger doit-il rembourser la vache ou non ? Voici la réponse : C'est le propriétaire de la vache qui doit être cru et le berger est responsable. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe XIII. — La Moudaouana[1] dit : Si le berger fait couvrir les brebis sans l'ordre de leur propriétaire, il est responsable (du dommage qui peut en résulter pour elles). Achhab a dit qu'il n'est pas responsable. Ibn 'Arafa a dit : Je dis que si la coutume se prononce dans un sens ou dans l'autre, il ne saurait y avoir de doute (c'est-à-dire qu'il faut se conformer à la coutume). Si la coutume est muette à ce sujet, les opinions sont partagées, mais il est universellement admis que si le mâle n'appartient pas au propriétaire des femelles, le berger est responsable. Et Dieu, qu'il soit exalté ! est le plus savant.

CHAPITRE VII

SUR LE BERGER COMMUN

Sachez[1] que ce qui est relatif au berger commun fait l'objet de longs discours, à tel point que l'on a écrit à ce sujet des ouvrages spéciaux et l'opinion la plus généralement établie est que le berger commun est soumis aux mêmes règles que le berger particulier et qu'il n'est pas responsable à moins qu'il ne soit coupable de négligence ou qu'il ne se mette en défaut[2].

D'après Makḥoûl, Ibn Al-Masyb et Al-Ḥasan, la responsabilité du berger commun est la même que celle de l'ouvrier commun ; c'est également l'avis exprimé par Ibn Ḥabîb, un de nos amis, et la jurisprudence (qui règle la question) est basée sur cette manière de voir[3]. Al-Lâmiya exprime ce principe dans le vers suivant : « C'est ainsi qu'est établie la responsabilité des bergers ». Aboû Zayd al-Fâsy suit la même opinion dans ses Amalyât lorsqu'il dit : « Le berger est responsable des moutons d'autrui qu'il fait paître et il rembourse au même titre que l'ouvrier. » Le Chaykh Ibn Raḥḥâl dans Al-Irtifâq a dit : « Le berger commun est celui qui fait paître pour tout le monde, comme celui de *Dar ar-Ra'i* à Fâs[4] que Dieu, qu'il soit exalté, la garde ! et celui de la Doula (troupeau commun de chevaux, mules et bœufs) de la même ville.

Paragraphe premier. — Le berger particulier d'une communauté, comme d'un douar[1] ou d'un dchar[2] ou d'une réunion délimitée de personnes d'une ville[3], dix par exemple qui donnent leur bétail à un berger qui ne fait paître que pour elles seules, est régi par les mêmes règles que celles qui régissent le berger au service d'une seule personne.

Le Chaykh Ibn Raḥḥâl dans les notes marginales de la Touḥfa a émis le principe suivant : Ce qui caractérise le berger commun, c'est qu'il fait paître les animaux de quiconque lui en amène ; s'il fait paître uniquement le bétail d'une réunion déterminée d'individus, il ne doit pas être comme berger commun. Cette opinion est indiquée par ce que dit 'Iyâḍ dans *Aç-Çâni' li-Djama'a* (traité relatif à l'ouvrier d'un groupe limité de personnes) que cet ouvrier n'est pas responsable, parce qu'il est ouvrier particulier. Ibn 'Arafa a reproduit cette manière de voir. En résumé, le berger commun doit être cru sous serment. Le texte d'Ibn 'Arafa dit : Relativement à la responsabilité de l'ouvrier qui s'est consacré à un travail pour lequel il s'est mis à la disposition de tout le monde, il y a deux opinions : celle de Samâ 'Isa, qui est d'accord avec quelques Chaykhs de Çaqally et celle d''Iyâd et d'Ibn Rouchd. Ibn Bachîr[4] dans l'Irtifâq tranche la question dans le même sens que 'Iyad et Al-Kharchy[5] lui applique ce que dit Al-Moukhtaçar : « S'il s'est consacré, c'est-à-dire s'il s'est consacré à un travail au service de tout le monde, et non pas particulièrement à celui d'un groupe déterminé. »

Paragraphe II. — La conformité de situation du berger commun et de l'ouvrier entraîne pour lui l'obligation de rembourser « même s'il spécifie le non-remboursement », dit Al-Moukhtaçar en parlant de l'ouvrier. Ibn Rouchd a dit : Mais cela dans le cas où il reçoit un salaire proportionnel à son travail. En effet, l'ouvrier n'accepte un sa-

laire fixe qu'à la condition d'être déchargé de toute responsabilité [1].

Al-Kharchy [2] estime que le contrat qui supprime la responsabilité de l'ouvrier est vicieux; le Chaykh Ahmad ben Foudjalla rejette cette manière de voir. Et Dieu, qu'il soit exalté, est le plus savant.

Paragraphe III. — La conformité de situation du berger et de l'ouvrier ressort de ce que le salaire du berger commun est payé de la même façon que celui de l'ouvrier. Et Dieu est le plus savant. Sachez que, d'après la Moudaouana, le salarié de l'ouvrier n'est pas responsable pour lui. Achhab, en parlant du blanchisseur, dit que s'il a [3] des effets à laver, qu'il engage un tiers [4] et l'envoie à la rivière avec une partie de ces effets pour les laver et que ce tiers prétende l'avoir perdu, il devra le rembourser [5]; la Mouâziya [6] donne des arguments contraires. Ibn Mysar a commenté ce cas comme il est commenté dans At-Taoudîḥ. Ibn Rouchd, Aboû'l-Ḥasan et l'auteur du Taoudîḥ déclarent que ce que dit Achhab n'est pas en opposition avec la Moudaouana; c'est ce qui ressort des dires de Al-Lakhmy, Ibn Châs, Ibn Yoûnous, Ibn Al-Hâdjib, Ibn 'Abd-assalam, Ibn 'Arafa et de plusieurs autres, car le salarié, du moment qu'il est allé pour laver le linge et s'est éloigné en l'emportant a pris la place du maître ouvrier. Aboû'l-Ḥasan a dit : Le propriétaire des effets doit poursuivre le salarié de l'ouvrier (du maître ouvrier) parce que ce salarié est responsable vis-à-vis de lui (du propriétaire des effets). C'est-à-dire qu'il faut juger conformément à ce que dit la Moudaouana : si l'employé est avec le maître ouvrier, mais si cet employé s'éloigne de celui qui l'emploie, il devient responsable comme le maître ouvrier. Ibn Mysar dit qu'il en est ainsi si le maître ouvrier a engagé le salarié pour laver les effets moyennant un prix établi tant pour chaque objet; mais s'il l'a engagé à la

journée ou au mois en lui donnant une partie des effets pour les laver chez lui, cet employé n'est pas responsable, quoiqu'il se soit éloigné (de celui qui l'emploie)[1].

Ce qui est dit dans At-Taouḍîḥ expose clairement que l'opinion de Ibn Mysar confirme celle d'Achhab et si nous nous basons sur ce que dit ce même Ibn Mysar, celui qui est employé par le berger commun n'est pas responsable, car ce berger est employé[2] ou salarié à la journée ou au mois et comme on l'a vu dans l'opinion d'Ibn Mysar : dans ce cas l'employé de l'ouvrier n'est pas responsable. Tout cela dans le cas où l'employé du berger s'éloigne du gros du troupeau et va seul faire paître une partie du troupeau; mais si le premier berger l'accompagne pour faire paître, il n'y a pas de divergences d'opinions sur la non-responsabilité de l'employé du berger et que la responsabilité est toute sur le premier berger dans tous les cas.

Il reste à examiner s'il est conforme à la coutume et d'un usage constant que, si le berger commun engage des salariés qui s'éloignent du gros du troupeau, la responsabilité de ce berger est annulée ou non.

Sachez que Al-Adjoûry a dit : Si l'ouvrier pose comme condition au propriétaire de l'objet du travail qu'il prendra un salarié pour ce travail, ou que telle soit la coutume, ce salarié sera substitué à l'ouvrier et il deviendra responsable, conformément à la règle qui établit la responsabilité de l'ouvrier, que le travail ait été remis entre les mains de l'ouvrier ou non ; mais si l'ouvrier n'a pas posé cette condition et que telle ne soit pas la coutume, si le travail a été remis à l'ouvrier, et qu'il ait engagé quelqu'un pour le faire, c'est lui qui est responsable, quand même la responsabilité de cet ouvrier n'aurait été établie par aucune convention, comme c'est le cas pour le berger; si l'ouvrier n'a pas reçu le travail lui-même et qu'il engage quelqu'un pour le faire, il en est responsable,

conformément à la règle qui établit la responsabilité[1] de l'ouvrier et son employé n'est pas responsable.

Il convient donc, comme on vient de le voir, de distinguer trois cas dans la responsabilité de l'ouvrier.

Aboû 'Abdallah, Sydy Mouḥammad Bennany a dit dans des notes marginales de Zourqâny : Ce que dit Al-Adjoûry semble en contradiction avec les docteurs du rite (malékite); on dira que le salarié du berger commun n'est pas responsable quand même la coutume donnerait au berger le droit de se faire remplacer.

Ce qui vient d'être dit n'est pas applicable au berger particulier, quand même la coutume établirait d'une façon générale que le berger n'est pas responsable des fautes de son remplaçant. En effet, le berger particulier ne fait pas paître les troupeaux sous sa responsabilité, et ce qui le rend responsable, c'est de commettre une irrégularité en se faisant remplacer pour le faire paître.

Si le propriétaire du troupeau autorise le berger particulier à se faire remplacer par un autre, conformément à la loi ou à la coutume, il n'est pas fautif et n'est pas responsable, contrairement à l'ouvrier et au berger communs, car ceux-ci ont pris le travail à la condition d'être responsables et ils ne sont pas dégagés de cette responsabilité du fait d'avoir reçu l'autorisation de se faire remplacer. En effet l'autorisation dit : Je l'ai autorisé à se faire remplacer, mais je n'ai pas supprimé la responsabilité de l'ouvrier pour le dommage causé par le salarié qu'il emploie; à plus forte raison il est évident que l'ouvrier ne saurait bénéficier d'une clause le débarrassant de la responsabilité, conformément au texte du « Moukhtaçar » quand même il aurait spécifié sa suppression (de la responsabilité). Et Dieu est le plus savant.

RECUEIL TRAITANT DE LA TRANSACTION AVEC LE BERGER ET DE QUELQUES QUESTIONS RELATIVES AUX DISPOSITIONS QUI LA RÉGISSENT.

Sachez que si le berger a tué une vache, par exemple, ou si elle s'est perdue par négligence et que l'on ait cherché une transaction, si cette transaction se fait aussitôt après que le prix de l'animal mort ou perdu est connu, elle est valable, que la somme fixée par cet arrangement soit égale au prix établi ou qu'elle lui soit inférieure ou supérieure [1].

Si la transaction est faite longtemps après que la valeur de l'animal mort ou perdu a été fixée, elle est valable à la condition d'être faite moyennant une somme égale ou inférieure à la valeur; si la somme est supérieure, elle est nulle [2].

Si la transaction est faite longtemps après, non moyennant une somme d'argent, mais en vertu d'un échange par exemple, il est absolument nul [3]. Si elle est faite avant que l'on connaisse le prix de l'animal disparu et qu'il soit fait moyennant une chose d'un autre genre que celle dont le prix a été fixé, comme par exemple si le berger a tué une vache et fait une transaction moyennant des étoffes, avant de savoir le prix de cette vache, cette transaction est nulle sans discussion.

Si la transaction est faite moyennant un animal du même genre que celui qui a disparu, par exemple si le berger a tué une vache et que, lorsqu'on l'interpelle à ce sujet, il réponde : Voici ma vache, prenez-la [4]; et que (le propriétaire) la prenne avant que le prix de la vache disparue ait été fixé, il y a deux opinions à ce sujet sur la validité ou la non-validité de cette transaction, d'après ce que dit

Ibn Marzoûq, conformément au Dourar. Il apparaît, d'après ce que dit Ibn Marzoûq [1], que cette transaction est nulle, la nullité à ce sujet est encore plus sensible dans ce qui suit, et il est exposé clairement dans Aboû 'l-Ḥasan que la connaissance de la valeur fixée est une condition indispensable de la valeur de la transaction.

Si la transaction est faite moyennant de l'argent comptant ou à terme, il faut se rendre compte si la somme versée avant l'estimation de l'animal disparu n'est pas supérieure à la valeur de cet animal.

Aboû 'l-Ḥasan a dit que cette transaction est valable et le Chaykh Mousṭafâ a résumé ses paroles; Sydy Mouḥammad Bennany a émis la même opinion dans ses notes marginales de Zourqany; et ce qui se trouve dans les *Naouazil ac-Çoulḥi* du M'iyâr est d'accord avec ce que dit Aboû 'l-Ḥasan et, se rappelle de ce que dit Ibn Qâsim dans la Mouaziya; il est dit dans Ibn Bachîr que le but poursuivi est de supprimer les difficultés et les procès et non l'établissement du prix [2] (de l'animal disparu).

D'après Al-Lakhmy, le but poursuivi est d'obtenir une transaction moyennant un prix inférieur à la valeur établie; la limite de la concession est l'abandon complet, et l'abandon d'une valeur inconnue est licite. Il a dit ce qui précède après avoir établi le principe. Nous disons : le principe adopté par les principaux Chaykhs, tels que Ibn Yoûnous, Al-Lakhmy, Ibn Maḥraz et d'autres Chaykhs de Qaraouyin c'est que la connaissance de la valeur (de l'animal disparu) doit être exigée, c'est-à-dire que cette valeur soit représentée par un animal du même genre ou par autre chose, et tel est d'après eux le sens de la Moudaouana.

Le Chaykh Aboû't-Ṭâhar Ibn Bachîr — que Dieu lui pardonne — a clairement expliqué dans son ouvrage sur les ventes illégales, dans des observations, la notoriété de cette manière de voir. Il a dit avant cela ce qui suit :

Je dis que ces consultations des docteurs les plus illustres qui ont été citées approuvent toutes (la nécessité de l'estimation), c'est-à-dire que la transaction ait eu lieu moyennant paiement de dinars (monnaie d'or) ou de dirhams (monnaie d'argent) ou moyennant échange, il est nécessaire pour qu'elle soit valable de connaître la valeur de l'estimation. Açbagh a déclaré que quelques savants ont admis la transaction avant que la valeur de l'estimation ne soit connue. La Moûaziya admet cette manière de voir, si la transaction est faite moyennant paiement de dirhams, et si on ne connaît pas la valeur de l'estimation ni la valeur du dinar, il est préférable de faire l'arrangement en dirhams [1].

Al-Qoulchâny, dans les commentaires de la Risâla sur les transactions pour un animal estropié, dit une chose : La Moudaouana dit : si un esclave cause un dommage et fait avec vous une transaction et vous verse au comptant des dinars ou des dirhams, en un mot vous remet quelque objet (en échange du dommage) cela est valable à la condition que vous connaissiez tous les deux la valeur du dommage (causé par l'esclave). Il semble que cela n'est pas valable avant qu'ils connaissent tous les deux la valeur du dommage. Lorsqu'un dommage a été causé, le prix de l'estimation de ce dommage doit être payé par celui qui l'a causé, mais l'importance de ce paiement, qui est obligatoire pour l'auteur du dommage, est encore ignorée avant l'estimation et il n'est pas permis de le recevoir, comme il n'est pas permis de vendre une chose dont la valeur n'est pas connue [2].

Ibn 'Arafa a basé cinq propositions sur l'obligation et la non-obligation de connaître la valeur du dommage. La première ordonne cette connaissance, et c'est la plus répandue. La deuxième est en opposition avec ce que dit Al-Moûaziya. La troisième établit une différence entre le paiement en dinars qu'elle admet et les autres paiements

qu'elle repousse. Al-Mâziry attribue cette opinion à la Moûaziya. La quatrième opinion dit que s'il n'y a aucun doute que si l'arrangement est fait moyennant le paiement d'une somme qui n'est ni supérieure ni inférieure à l'estimation il est valable ; dans le cas contraire il est nul, c'est ce que dit Ibn Maḥraz. La cinquième opinion établit une différence entre ce qui se produit avant le paiement et qui est valable, et ce qui survient ensuite, et qui est nul ; c'est ce que dit Açbagh. Cela est attesté par l'auteur du Mi'yâr.

Il est établi par ce qui précède que la transaction faite par le berger lorsqu'il est établi qu'il a tué un animal ou qu'il a été négligent n'est valable qu'après connaissance de l'estimation du dommage, soit par un accord, soit que le prix en soit universellement connu : en effet, la transaction constitue la vente au comptant de l'estimation (c'est-à-dire de la chose estimée) et la valeur de cette estimation est inconnue avant que l'estimation n'ait été faite [1] ; or la vente d'une chose dont la valeur est inconnue est interdite. Il apparaît que l'on est d'avis d'admettre comme valable une transaction faite moyennant le remplacement d'un animal par un autre semblable, parce que cela ne constitue pas une vente à proprement parler, mais simplement la prise de possession de ce qui était dû, surtout si la transaction est faite moyennant un prix inférieur à la valeur réelle comme cela arrive le plus souvent ; c'est alors la prise de possession d'une partie de ce qui est dû et l'abandon du reste. C'est ce qu'a considéré Aboû'l-Ḥasan et il insiste sur ce point ; mais il faut faire remarquer que cela est contraire à la façon de faire habituelle.

Deux remarques. — 1° Si le berger a tué une vache, l'arrangement qu'il fait en donnant une autre vache n'est valable qu'après qu'il a vendu la viande de la première [2]. Il est dit dans la Moudaouana : Si on vous tue un cha-

meau, il n'est pas valable que vous fassiez une transaction moyennant un chameau semblable en donnant un délai. Aboû'l-Ḥasan a dit : Prêtez attention à ces mots : « avec un délai » cela signifie que si l'arrangement est payé comptant, il est valable. Si la viande n'est pas encore vendue, de telle façon que le propriétaire de l'animal (tué) puisse choisir (entre prendre la viande ou la laisser) l'arrangement n'est pas valable, parce que cela équivaut à vendre de la viande en échange d'un animal vivant [1] (ce qui est interdit). Si la viande est vendue, l'arrangement est valable après que la valeur de l'animal à rembourser a été établie.

2° Les ouléma disent que si un ouvrier, ou quelqu'un qui a loué (un animal) ou celui qui a dérobé et celui qui a volé de force, s'ils ont remboursé le prix de la chose qu'on leur réclame, et que cette chose se retrouve, elle appartient à celui qui l'a payée [2], à moins qu'on ne retrouve l'objet en sa possession et qu'ils l'aient cachée, auquel cas cette chose est à son propriétaire. S'ils ont menti on peut exercer contre eux une reprise pour le bénéfice. De même si on accuse quelqu'un d'avoir volé un esclave [3] et qu'après une transaction la personne soupçonnée ayant continué à nier, cet esclave se retrouve, il devient la propriété de cette personne comme cela est dit dans Al-'Outbiya. Ce qui vient d'être dit peut être appliqué au berger : s'il rembourse le prix fixé pour l'estimation d'un animal ou qu'une transaction intervienne et qu'ensuite l'animal se retrouve, il paraît évident que cet animal lui appartient. Si dans la transaction il est établi que l'animal, s'il était retrouvé, reviendra à son propriétaire, il semble que cette transaction est entachée de nullité.

PARAGRAPHES

Paragraphe I.— Ibn 'Arafa a dit ce qui a été établi par Ibn'Ât d'après Al-Mouchâouïr et d'autres : Si dans un village les propriétaires du bétail n'en ont pas chacun une quantité suffisante pour avoir un berger qui fasse paître ce qui appartient à chacun, et s'ils ont choisi un berger pour faire paître leurs troupeaux réunis, à l'exception de deux d'entre eux, qui refusent de participer à cet arrangement, ceux-ci sont libres de le faire, comme le berger n'est pas obligé de faire paître les troupeaux de ceux qu'il ne lui convient pas de faire paître. C'est ce que dit également Ibn Salmoûn.

Paragraphe II. — Si un berger fait paître les bœufs ou les moutons de quelqu'un présent ou absent, sans son ordre, que les animaux aient été abandonnés à eux-mêmes ou pour une autre cause, on lui doit un salaire et le propriétaire ne peut pas lui dire : Pourquoi n'as-tu pas chassé ce troupeau loin de toi ? et si ce troupeau était livré à lui-même et qu'il se perde, le berger n'encourt aucune responsabilité, comme le dit Ibn Salmoûn.

Paragraphe III. — Il est dit dans Al-Istighnâ : Si quelqu'un prétend que ses moutons se sont mêlés à ceux d'un berger, que le berger le reconnaît et que le propriétaire du troupeau le croie, son dire est accepté sans serment et la déclaration du berger est sans valeur.

Paragraphe IV. — Si un berger fait paître pour le compte d'une communauté et qu'un conflit se produise à propos de la propriété d'un mouton que chacun prétend

lui appartenir, si le berger affirme que le mouton appartient à un tel d'entre eux, et que ce berger soit un homme véridique (adel) celui qui est désigné par le berger comme le propriétaire prête serment avec le berger et prend possession du mouton. Si le berger n'est pas connu comme un homme véridique et que la question ne puisse être tranchée par des témoignages, les différents intéressés prêtent serment et se partagent le mouton. C'est ce qui ressort des dires de Mâlik. Quant à la marque (c'est-à-dire si le mouton est marqué) cela n'a aucune importance et on ne la prend pas en considération, comme le dit Ibn Salmoûn.

Paragraphe V. — Si un berger prétend que quelques-uns des moutons lui appartiennent et que le propriétaire des moutons refuse de le croire, le berger ne sera pas cru à moins qu'il n'établisse son dire sur des preuves ; il prêtera serment à l'appui de ses preuves et cela, que le berger habite dans sa propre maison ou dans la maison de son maître. C'est ainsi qu'a décidé Ibn Rouchd. Si ce n'est pas pour son propre compte que le berger fait la revendication, mais pour celui d'un étranger présent ou absent, il est considéré comme témoin de cet étranger et son témoignage est admis s'il est connu pour un homme véridique.

DEUX REMARQUES

1° Il est dit dans le Dourar que la question suivante a été posée à Al-Ouaghlîsy : Si des moutons se sont mélangés à d'autres moutons dans une maison et qu'un des propriétaires prenne des moutons appartenant à l'autre

en prétendant qu'ils lui appartiennent, sans avoir de preuves, jugera-t-on que ces moutons appartiennent au troupeau où ils se trouvent ou à celui qui en revendique la propriété ? Il a répondu : Louange à Dieu unique ! C'est le propriétaire du troupeau auquel se sont mélangés les autres qui doit être cru sous serment ; à moins que des témoins dignes de foi ne puissent désigner à qui appartiennent les moutons. Et Dieu est le plus savant.

2° Dans les Naoûazil d'Al-Bourzoûly, d'après Aṭ-Ṭourar d'Ibn Loubâba, si quelqu'un réclame à un berger ses moutons mélangés à ceux de ce berger, que ce dernier nie les avoir et qu'on en retrouve ensuite quelques-uns dans le troupeau, si le berger prétend que les autres se sont égarés dans le village ou dans la montagne, il est cru sous serment, à moins qu'il n'arrive à les réunir et qu'ils se perdent [1] ; dans ce cas il est responsable ; s'ils ne se perdent pas après qu'il les a réunis, il n'est pas responsable et il doit être cru en tout [2] ceci à moins qu'il n'y ait des témoignages contre lui ; s'il n'a pas réuni les moutons au premier abord, qu'il ne les ait pas cherchés et qu'ils se perdent, il n'est pas responsable. Aboû Mouḥammad Çâliḥ dit qu'il est responsable s'il a prétendu avoir perdu les moutons au village ou dans la montagne, parce qu'il a commencé par mentir.

Paragraphe VI. — Le contrat de berger est rompu par la mort du berger ; il ne l'est pas par la mort ou par la vente de tout ou partie du troupeau et c'est au propriétaire des moutons à les remplacer par d'autres pour les faire paître par le berger, si cela lui convient. S'il ne le fait pas, il doit payer au berger ses gages en entier. De même que pour la mort des moutons, si des voleurs les ont pris, le contrat, comme le dit Al-Ouaghlîsy, n'est pas rompu et il est très clair à ce sujet. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe VII. — Il est dit dans la Mazoûniya d'après Aboû 'l-Faḍl Al-'Ouqbâny que des gens avaient pris un maître pour leurs enfants et que celui-ci avait stipulé que s'ils se séparaient avant l'expiration du temps fixé il devrait toucher son salaire entier. Des discussions s'étant élevées entre eux, ils se séparèrent avant l'expiration de ce délai. Il n'est rien dû au maître pour le temps pendant lequel ses élèves ont été éloignés de lui malgré eux ; il ne lui est dû quelque chose que pour la partie de l'année pendant laquelle il a donné son instruction et il n'y a pas lieu de tenir compte du contrat, à moins que les élèves ne se soient séparés de leur propre gré.

Aboû 'Othmân a décidé également que si les élèves se sont séparés pour une cause plausible, le maître n'avait pas droit à son salaire entier. Ibn Hilâl établit le droit du maître à toucher tout son salaire dans le cas où ses élèves le quittent [1].

Le cas du départ des enfants a été comparé avec celui du départ des parents d'un enfant en nourrice, qui est indiqué dans le Moukhtaçar en ces termes : Le mari (de la nourrice) qui a consenti (à laisser sa femme nourrir un enfant) est affranchi (de cette obligation) du fait d'avoir des rapports avec sa femme (ce qui lui fait perdre son lait) et du voyage [2], c'est-à-dire du voyage du père de l'enfant [3] ou de son propre voyage à lui-même, comme le dit la Moudaouana.

On peut comparer le cas du propriétaire des moutons avec celui des parents de l'enfant. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe VIII [4]. — Il est dit dans les Naoûazil al-Idjâra du Mi'yâr que Ibn Loubâba a été interrogé sur la décision à prendre dans le cas d'un salarié engagé par les habitants d'un village pour garder leurs moutons pendant trois mois ; l'un d'eux a retiré ses moutons avant l'expi-

ration du terme. Il a répondu : Ce dernier devra payer au berger son salaire en entier.

De même si le maître des enfants est engagé [1] pour une année, et que les parents d'un de ces enfants le retirent avant l'expiration de l'année, ils doivent acquitter le salaire de l'année entière.

Il faut rapprocher ce qui vient d'être dit avant le paragraphe suivant.

Paragraphe IX. — Si le berger refuse de terminer l'année pour laquelle il est engagé pour paître les troupeaux, il sera contraint à la terminer si le contrat de louage est bien établi, et il ne lui sera pas permis de s'en aller avant l'expiration du terme fixé, car le contrat de louage est de ceux qui sont obligatoires par le fait du consentement réciproque. S'il part sans le consentement du propriétaire du troupeau, que la question n'ait pas été réglée sur-le-champ et qu'il revienne après l'expiration de l'année pour demander son salaire, il ne devra être payé que pour le temps pendant lequel il a travaillé, ainsi que cela est universellement établi. A la question posée [2] dans les Naoûazil d'Ibn Hilâl si le maître des enfants, le berger et le laboureur [3] refusent de terminer le temps pour lequel ils sont engagés, ont-ils droit à quelque chose ou non, s'ils n'ont pas terminé le temps de travail indiqué ? Voici textuellement ce qu'il a répondu : Louange à Dieu ! Il est généralement admis que le salarié, s'il ne termine pas le temps pour lequel il a été engagé, a droit à être payé en proportion du temps pendant lequel il a travaillé ; et que celui des salariés qui refuse de terminer le temps indiqué y est contraint ; et il n'y a pas de différence en cela entre le maître des enfants et les autres salariés. Et Dieu est le plus savant.

Tel est le sens général de la Touḥfa, qui dit : L'ouvrier a droit au salaire entier. — S'il achève sa tâche, sinon à

une somme proportionnelle à ce qu'il a fait[1]. Elle ne fait pas de différence entre le fait de n'avoir pas terminé le travail pour une raison de force majeure ou pour une autre raison.

Dans la Mazoûniya, il est dit : Si le berger a abandonné le pâturage avant l'expiration du terme fixé sans avoir été victime d'aucun accident, la question est l'objet de deux opinions de la part des Chaykhs. La plus connue est celle d'après laquelle il doit être payé pour le temps qu'il a fait paître. Aboû 'l-Ḥasan et ses Chaykhs sont d'avis qu'il n'a aucun droit à cela ; et quelques-uns disent que Sydy Abdarrahmân al-Fâsy et Sydy Aḥmad al-Maqqary ont tous les deux jugé que si le berger est parti avant l'expiration de son contrat, il ne peut prétendre à rien et perd toute espèce de droits. Ils disent[2] : Dans le cas où il est spécifié dans le contrat que, s'il veut partir quand bon lui semble, ce droit lui est acquis. Al-Qoulchâny, d'après Ibn 'Arafa, juge relativement aux salairés, aux laboureurs et aux bergers, que si un salarié abandonne son travail pendant un certain nombre de mois bien établis et revient après l'expiration de son contrat demander ce qui lui est dû, cela lui sera payé après évaluation de son travail[3]. De même dans la Mazoûniya[4] il est dit que le salarié doit être payé en proportion de son travail. C'est ce qu'Isâ a emprunté à Ibn al-Qâsim dans son ouvrage sur les salaires, qui fait partie de l''Outbiya. On ne trouve entre ces différents auteurs aucune divergence à ce sujet. On trouve dans les ouvrages d'Ibn Rouchd un indice de la conformité de son point de vue avec celui des autres, mais cet indice n'exprime pas suffisamment l'accord et d'après lui, le salarié doit être puni pour son départ lorsqu'on le retrouve et la punition qui doit lui être infligée par le Qady sera, selon qu'il le jugera, l'emprisonnement ou les coups, etc. Ibn Salmoûn, relativement au cas du départ du salarié avant la fin de son contrat, dit que la jurispru-

dence généralement approuvée décide qu'il doit être payé pour le travail qu'il a accompli. Régulièrement, il ne lui est rien dû, attendu qu'il a perdu tout droit en rompant le contrat avant son expiration. Tel est l'avis de Aboû Mymoûna, Faqîh de Fâs[1] et d'autres. Le même principe a été admis, ou à peu près, pour le patron qui renvoie le salarié avant l'expiration du contrat (c'est-à-dire qu'il doit lui donner son salaire entier).

Observation générale[2]. — Si le berger revient après l'achèvement de l'année[3] et que le maître du troupeau lui demande de compléter le temps où il n'a pas travaillé sur l'année suivante, si le berger refuse, il ne peut y être obligé et de même si c'est le berger qui veut compléter le temps pendant lequel il a été absent et que le maître du troupeau ne le veuille pas ; s'ils se mettent d'accord et qu'ils veuillent tous les deux, cela peut se faire régulièrement si les gages n'ont pas encore été payés ; s'ils l'ont été, cet arrangement n'est pas recevable, étant donné ce qu'il comporterait pour des convenances apparentes de contraire à la rupture de l'engagement.

Paragraphe final. — Si le berger vient avant l'expiration de l'année, il doit terminer ce qui est en reste[4]. On trouve dans la Moudaouana que si quelqu'un a loué un esclave et que cet esclave se réfugie en pays ennemi ou s'enfuie, le contrat qui les lie se trouve rompu, à moins que l'esclave ne revienne avant l'expiration de ce contrat : dans ce cas, il est obligé de le terminer. D'autres disent : à moins que le contrat ait été interrompu entre eux ou rompu ; dans ce cas, il n'est pas obligé de le terminer et le berger n'est pas une exception dans l'ensemble de tous les salariés, et il apparaît que le maître doit être soumis aux mêmes obligations ; il y a lieu d'examiner s'il a loué un autre berger pour ses moutons.

Paragraphe X. — Le contrat n'est pas rompu par la maladie du berger. S'il se rétablit pendant la durée du contrat, il est obligé de le terminer et il sera payé pour le temps où il aura travaillé. Dans le cas de désaccord entre le berger et le maître des moutons sur la durée de la maladie, le maître est cru si le berger habite avec lui; dans le cas contraire, les dires du berger sont admis, qu'il ait été payé ou non. C'est ce que dit Ibn al-Qâsim dans le Moutlaq al-Adjîr et les Chaykhs ont basé leur jugement sur cette manière de voir et Ibn Ḥabîb a dit : Il n'y aura aucun doute que le salarié devra être cru s'il est un homme libre. S'il y a désaccord sur le commencement de la cessation de travail et que le salarié prétende avoir travaillé toute l'année et que le patron prétende qu'il a interrompu son travail pendant un certain temps, c'est le salarié qui sera cru et il touchera son salaire en entier : c'est ainsi que le juge Ibn al-Qâsim.

Paragraphe XI. — S'il y a désaccord entre le berger, et le propriétaire des moutons sur le non paiement du salaire et que cela se produise au moment de l'expiration du contrat ou peu après le berger sera cru, d'une façon absolue dans sa déclaration sous serment [1] qu'il n'a reçu son salaire. Si ce désaccord se produit au bout d'un temps assez long, la Moudaouana décide que l'ouvrier qui réclame dans ces conditions en prétendant n'avoir pas touché son salaire ne sera pas cru et que la partie adverse sera crue sous serment.

Paragraphe XII. — Si le terme est expiré et que le salarié réclame son salaire et que le patron lui demande du temps et qu'un délai lui soit accordé comme pour une autre dette, Ibn Ḥabîb dit à ce propos que le salaire ne doit pas être assimilé aux autres créances, qu'il doit être payé immédiatement, conformément à ce que dit le

Prophète que le salut soit sur lui! Donnez au salarié son salaire avant que sa sueur ne soit « séchée » à moins que le salarié ne se soit loué au patron pour un certain prix et pour un certain temps et qu'il ne lui demande ce salaire qu'après l'expiration de son contrat: dans ce cas, ce salaire peut être considéré comme une dette quelconque. Quant à celui qui a loué son esclave et qui vient réclamer son salaire après l'achèvement du travail, ce salaire rentre dans la catégorie des dettes relativement au délai pour son paiement. C'est ce que dit Ibn Foutoûh et Al-Ḥaṭṭâb l'a cité au commencement de son ouvrage sur les salaires.

Paragraphe XIII. — Si le berger est convaincu de vol, le maître aura le choix de rompre ou non le contrat et s'il le rompt, il devra payer au berger le temps pendant lequel il a travaillé.

Paragraphe XIV. — Ibn 'Arafa dit: On trouve à ce propos dans Mâlik : Il ne me plaît pas qu'un berger donne à une personne du lait des moutons qu'il fait paître. Al-Lakhmy pense que, s'il est généralement reconnu que c'est licite, cela doit être considéré comme une faute sans être absolument un péché irréparable, parce que c'est généralement considéré comme une chose permise et si on défend la chose même le plus généralement, cette interdiction n'est pas valable et si on l'autorise et qu'on ne le défende pas, ce n'est pas une faute. Aboû Mahy 'Isâ al-Ghabrîny a dit que cela n'est pas comparable à celui qui traverse le jardin de quelqu'un où se trouvent des fruits, que ce ne soit pas la coutume de demander la permission de manger (des fruits) car le lait est produit chaque jour et que (le fait d'en boire) est de peu d'importance. Sachez que le fait pour un passant de manger des fruits présente trois cas différents : *La défense :* Djazoûly

dit que c'est le cas le plus général. *L'autorisation :* elle est contraire aux prescriptions du rite, et il y a une différence entre manger les fruits d'un ami : dans ce cas, c'est permis; dans le cas contraire, c'est défendu. Ibn Rouchd a dit : c'est ce que l'on peut dire de mieux, et c'est la vraie justice. Et dans le cas précité où la chose est défendue, Ibn Rouchd dit également qu'elle n'est pas même permise si c'est le gardien qui offre des fruits, pas plus qu'il ne serait permis à quelqu'un qui aurait absolument besoin d'un mouton de l'acheter à un berger. Al-Djazoûly a dit que les opinions diffèrent relativement à cette défense. Si le salarié, le berger ou l'associé disent que leur maître est consentant vis-à-vis de celui qui mangera quelque chose de ces produits, faut-il le croire et en manger ou non ? Il y a dans le rite deux opinions à cet égard. Sachez que, quant aux fruits, si leur maître en a été éloigné par des troubles survenus dans le pays, s'il est connu, lui et ses héritiers, il n'est absolument pas permis de s'emparer de la récolte et ceux qui la prennent sont passibles des mêmes peines que ceux qui volent de force. Si le propriétaire est inconnu, mais susceptible d'être retrouvé par des recherches et des enquêtes, ceux qui s'emparent de sa récolte sont passibles de la même peine que ceux qui s'approprient une trouvaille et le jugement est le même si un long temps s'est écoulé sans qu'on l'ait retrouvé et que son souvenir même se soit perdu. C'est ce que dit Ibn Rouchd.

Remarque. — Dans ses Adjouibat, Sydy Abdalqâdir al-Fâsy a dit qu'il est licite à l'un des deux associés pour le labour ou autre chose, de donner en aumône une petite partie[1] de la récolte; c'est en effet devenu une coutume et il est couramment établi que l'autre associé ne doit pas être trop regardant à ce sujet.

Paragraphe XV. — Il est dit dans Ad-Dourar al-Maknoûna que quelques personnes ont posé une question relativement au cas de trois (bergers) qui avaient dit à leur ami : « Gardez ces moutons; nous allons chasser; nous partagerons ensuite le produit de notre chasse. Celui-ci y a consenti et les autres ont pris du gibier; leur convention est-elle valable? La réponse est : Le produit de la chasse appartient au chasseur et celui qui a gardé les moutons ne peut que leur réclamer le prix de sa peine, et, s'il arrive quelque chose aux moutons, il n'a aucune responsabilité.

Paragraphe XVI. — Il est dit également dans Ad-Dourar[1] que dans l'ouvrage d'Al-Ghabrîny[2] intitulé Siyâq As'ila on pose la question de savoir si ce qui incombe au propriétaire d'animaux pour les frais à tour de rôle du pasteur des bœufs et des moutons doit être calculé suivant le nombre des propriétaires ou suivant le nombre des animaux à paître : La réponse est que le nombre de nuits qu'il couchera chez chacun sera calculé proportionnellement au nombre des animaux, si les propriétaires discutent pour si peu. En effet, le salaire sera proportionnel au nombre d'animaux, car le travail est proportionné à ce nombre et le coucher sera calculé de la même façon, car il fait partie du salaire et doit être également proportionné au nombre des animaux[3], à moins que les propriétaires ne prennent d'autres arrangements à leur convenance. Il en est de même, et Dieu est le plus savant, pour la nourriture[4] du maître d'école et du pasteur de bœufs à tour de rôle, c'est-à-dire que les frais doivent être établis proportionnellement à celui des propriétaires, à moins que ceux-ci n'aient pris un autre arrangement à leur convenance.

Paragraphe XVII. — La *Zakât al-Faṭr* du berger est à

sa charge et non à celle du propriétaire du troupeau et il n'est pas obligé dans le contrat relatif à la nourriture du berger de lui fournir cette zakât.

Paragraphe XVIII. — Si des troupeaux détruisent un champ de blé, le remboursement incombe-t-il au propriétaire ou au berger? Voici le règlement à ce sujet : Cette question est résolue dans le Moukhtaçar, qui dit : Si les troupeaux ont causé un dommage pendant la nuit, la responsabilité en incombe à leur propriétaire, quand même l'estimation serait supérieure à la valeur du troupeau en donnant à cette estimation une valeur moyenne entre une perte totale et la possibilité que le blé repousse. Il ne faut pas que ce soit pendant le jour à moins que le berger ne soit pas avec le troupeau et que ce troupeau ait pâturé loin des champs ensemencés; s'il en est autrement, c'est le berger qui est responsable[1] et il n'y a pas de différence du fait que les champs soient ou non clôturés. On ne peut pas invoquer contre les propriétaires du blé qu'ils devaient garder ou clore leurs champs; on juge au contraire que c'est au propriétaire des troupeaux de les garder, comme c'est évident. C'est ainsi qu'a jugé le Masnaouy. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe XIX. — Si les troupeaux ont mangé du blé et que le berger ou le propriétaire des troupeaux l'ait remboursé, eu égard à l'estimation moyenne dont il a été parlé, et qu'ensuite ce blé repousse, ce blé doit revenir à celui qui en a payé l'estimation, ainsi que l'ont jugé Al-Matîṭy, Al-Qoulchâny et le Mou'yn al-Ḥoukkâm; d'autres, contrairement à leur dire, prétendent qu'il faut rendre l'argent, et c'est dans ce sens qu'a d'abord décidé Ibn Salmoûn; il a dit ensuite le contraire.

Paragraphe XX. — Il est dit dans le Mi'yâr que 'Amir

ben Mou'âouiya interrogé sur le cas d'un berger endormi et dont les troupeaux ont détérioré un champ de blé a répondu : Le berger est responsable de ce que le troupeau a détruit. L'avis de plusieurs *fouqahâ* est que le berger doit payer ce que les troupeaux ont détruit si cela s'est fait par sa faute ou par sa négligence; mais s'il n'a pas pu contenir le troupeau, dans ce cas les dégâts doivent être payés par le propriétaire (du troupeau).

Paragraphe XXI. — Al-Bourzoûly est d'avis que si le propriétaire du troupeau sait ou suppose que son troupeau cause un préjudice au blé d'autrui, le berger n'encourt aucune responsabilité parce qu'il trouve en entrant en service des animaux habitués à faire tort au prochain. Mais s'il ne trouve pas cette situation établie et si elle n'est pas de notoriété publique, il est équitable que la responsabilité lui incombe parce que c'est lui qui s'occupe des animaux, contrairement à ce que dit As-Siyoûry dans ses consultations sur la responsabilité du maître des animaux.

Paragraphe XXII. — A la fin des Naouâzil, de Ibn Hilâl, il est dit que 'Iyâd[1] fut interrogé sur le cas de certaines personnes qui avaient engagé moyennant la nourriture un imam pour faire la prière; ils réunirent ce qu'ils devaient donner et, seuls refusèrent d'y contribuer avec leurs voisins quatre hommes qui gardaient les bœufs et les moutons du village, qui y rentraient chaque nuit et qui y couchaient. Ils y rentraient au coucher du soleil et ils en sortaient avant le jour. Ils refusèrent de donner quoi que ce soit avec leurs voisins pour contribuer à ce salaire. Il répondit que s'ils se sont engagés avec les voisins il leur incombe les mêmes obligations qu'à leurs voisins relativement à ce salaire[2]. Il a ajouté après autre chose : En résumé Ibn Al-Ḥâdj a dit que le paiement du salaire

pour le paiement de la communauté en dehors de la prière du vendredi n'incombe qu'à ceux qui se sont engagés à le payer, à moins qu'il n'y ait dans le village une coutume contraire à ce sujet. D'après 'Iyâd cette obligation est absolue et d'après Ibn Rouchd ce salaire n'est obligatoire qu'à ceux qui s'y sont engagés, même pour la prière du vendredi. Et Dieu est le plus savant.

Paragraphe XXIII. — Al-Bourzoûly dans les Naouâzil ad-Dâouy et les notes marginales sur Yaḥya ben 'Omar disent relativement à un homme qui se trouve avec ses moutons entre des champs de blé et qui craint de laisser passer l'heure de la prière, qu'il doit faire la prière et rembourser la valeur du blé si les moutons l'ont détérioré[1] (pendant qu'il faisait sa prière). Nous disons : c'est un cas analogue, d'après nous, à celui de quelqu'un qui craindrait à l'Ouaqfa au mont 'Arafa, la nuit, de laisser passer l'heure de la prière de l''Achâ'; commencerait-il par la prière de l'Ouaqfa ou par celle de l''Achâ'? se basant sur l'observation de l'heure de la prière de l''Achâ' préférera-t-il l'observance de l'heure de la prière ou la garde du troupeau? C'est encore comme celui qui, malgré la différence qu'il y a[2], fait ses ablutions avec du sable parce qu'il ne peut se procurer de l'eau qu'à un prix très élevé, ou bien comme quelqu'un qui a des chaussons[3] et à qui on demande un prix très élevé pour des scandales. Tel est le résumé de la question. Et Dieu est le plus savant.

COMPLÉMENT

Ibn Abî Zayd a dit : Il est licite à un homme de vendre la moitié de ses moutons[4] pour un prix établi, au

comptant ou pour un terme fixé, ceci à condition que l'acheteur se chargera de l'autre moitié du troupeau appartenant au vendeur jusqu'au terme fixé (pour le paiement) et on ne manquera pas de spécifier qu'il (le vendeur) devra remplacer les animaux qu'il fait périr conformément aux prescriptions d'Ibn al-Qâsim. Quant aux autres docteurs, ils disent qu'il faut un jugement pour l'y obliger.

Al-Bourzoûly a dit : En convenant ce qui précède, les parties admettent également que le vendeur peut, lorsqu'il lui plaît, compter le troupeau ; si les parties ont convenu que le prix de la moitié vendue ne serait payé que sur les produits du troupeau, ou bien que le vendeur devait paître le troupeau tant qu'il ne serait pas partagé, cela n'est pas licite. Si l'acte de vente ne contient aucune condition il peut être résilié, d'après Ibn al-Qâsim, et couramment, en se basant sur ce que dit Ibn Habîb, les oppositions qui peuvent se rencontrer dans un acte qui contient des clauses valables et des clauses vicieuses, n'entraînent pas la résiliation de cet acte. Si le contrat est rompu à cause des irrégularités qu'il contient, et que le marché des moutons ait subi une baisse, et que l'acheteur en ait déjà pris possession, il devra payer comptant la moitié de la valeur du troupeau au jour où il devra en avoir pris possession, et d'autre part, le vendeur devra lui payer le prix estimé pour le temps pendant lequel il a fait paître les moutons ; il en est de même pour les autres animaux. C'est ce qui résulte des paroles de Bourzoûly dans ses Naouâzil relatifs à l'association et à la conciliation. Dans ses Naouâzil relatifs à l'association, dans le Dourar al-Maknoûna, Aboû Abdallah al-Zaouâouy dit que l'association pour les animaux se divise en plusieurs catégories.

1° Si une personne dit à une autre : Prends mes animaux pour les faire paître pendant un temps déterminé. Cette catégorie se divise également en trois autres :

2° Si cette personne dit à l'autre : Prends cette part im-

médiatement et uses-en comme tu voudras. Cela est licite si l'on a spécifié que le preneur devra rembourser (les animaux qui peuvent se perdre). Si cette condition n'est pas spécifiée, la convention est nulle et il n'y a pas de controverse à ce sujet; en effet, la coutume est opposée au remboursement[1].

3° Si la personne ne peut user de cette part d'après l'expiration du délai. Ce contrat est nul par le fait de l'empêchement de pouvoir se servir d'une chose qui lui appartient.

4° Si le propriétaire dit au preneur : Tu n'auras aucune part avant l'expiration du délai. Ce procédé est illégal également, et s'il est constaté[2] le contrat est annulé si le marché n'a pas subi une baisse et si les animaux n'ont pas diminué de valeur (par leur état). Si cela se produit, il est obligatoire de faire l'estimation des bêtes le jour où le délai est échu et le preneur peut exiger du propriétaire un salaire proportionnel (pour le paiement de son travail pendant la durée du contrat) et si cela est constaté avant l'expiration du délai le preneur doit rendre les animaux à leur propriétaire.

Deuxième division des divisions principales.

Si le propriétaire vend à quelqu'un une partie de ses animaux à la condition que le preneur fasse paître le reste[3].

Cela est licite à certaines conditions :

La première, que le temps soit fixé.

La deuxième, que le remplacement soit spécifié.

La troisième, que l'acheteur ait la jouissance de ce qu'il a acheté sans que personne puisse s'y opposer.

La quatrième, que cette jouissance ne s'exerce que

dans des endroits et à des heures connus[1] (c'est-à-dire aux endroits et aux heures où il est habituel de faire paître les animaux.

La cinquième, qu'il ne sera pas stipulé parmi les conditions que l'acheteur devra s'occuper des agneaux[2].

Si une de ces clauses est supprimée, le contrat est irrégulier et cela entraîne sa nullité, et l'acheteur est en droit de demander au vendeur un salaire. Si les irrégularités ne sont constatées qu'après que le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution, il y a lieu d'estimer à combien s'élevait le prix de la moitié vendue le jour où l'acheteur est en droit de se faire payer par le propriétaire des animaux un salaire proportionnel (au temps pendant lequel il a fait paître les animaux)[3].

Troisième division des divisions principales.

Vente d'une certaine quantité de vaches ou de brebis à la condition que l'acheteur remettra au vendeur une quantité fixe de beurre frais ou beurre salé, que cet acheteur ne sera pas exempt de cette obligation, qu'il ait pris l'engagement de fournir cette quantité sous sa propre responsabilité, ou bien qu'elle provienne du beurre fourni par les vaches ou par les brebis vendues, qu'il n'en soit pas exempté non plus, que la quantité produite par ces animaux soit déterminée par l'usage ou non.

Dans le deuxième cas envisagé, il n'est pas contesté que cette manière de faire est interdite ; s'il s'agit du premier cas, cela peut être également autorisé ou défendu, de même que si le vendeur remet à l'acheteur une vache qu'il devra faire paître et dont il pourra prendre le lait, à la condition de lui remettre (au vendeur) une quantité déterminée de

beurre frais ou salé. Et Dieu, qu'il soit exalté ! est le plus savant.

Paragraphe (final). — Dans les Naouâzil al-Mouâouḍât du Mi'yâr, on cite le cas de quelqu'un qui a vendu la moitié de sa jument à un autre ; cette jument est restée longtemps entre les mains de l'acheteur qui s'en est servi pour faire un voyage pénible ; elle est revenue fourbue [1]. Le vendeur réclame le remboursement de sa moitié de la jument à l'acheteur qui lui dit : Donne-moi ce qui me revient pour les soins que j'ai donnés à ta moitié de la jument. La réponse est : L'acheteur (de la moitié) doit rembourser la part de son associé à moins qu'il n'ait fait avec la jument le voyage dont il s'agit avec l'autorisation de son associé, ou que ce soit une habitude établie entre eux que l'acheteur fasse avec cette jument des voyages semblables. Dans ces deux cas, l'acheteur n'est pas responsable. Quant au salaire pour les soins donnés à la moitié de l'animal, appartenant à son associé, si l'acheteur est de ceux qui ne se font pas payer un semblable travail, eu égard à leur importance personnelle et à leur origine, on estimera que cette demande n'est pas digne de lui et aucun salaire ne lui sera dû pour les soins donnés par lui ; dans le cas contraire, le salaire lui est dû.

Nous avons terminé, par la grâce de Dieu,
Qu'il soit exalté ! grâce à son aide bienfaisante.

Pour traduction :
ED. MICHAUX-BELLAIRE.

Avec la collaboration de
MM. L. MARTIN et P. PAQUIGNON.

LISTE DES OUVRAGES

QUI ONT SERVI A ÉTABLIR LES NOTES DE LA TRADUCTION DE LA *Touḥfat al-Qouḍḍat.*

الحمد لله وحده

تقييد بعض نصوص العلماء الموافقين مع تحفة القضاة للملوي

العمل المطلق للشيخ محمد بن ابى القاسم السجلماسى طبع بتونس سنة 1290. جزء واحد

L''*Amal Al-Moutlaq* du Chaykh Mouḥammad ben Abî'l-Qâsim Al-Filâly as-Sidjlamâssy. Tunis, 1290.

خليل بن اسحاق المالكى طبع بباريس سنة 1883.

Khalîl ben Isḥâq Al-Mâliky. Édition de l'Imprimerie nationale, 1883.

محمد الخرشى على الشيخ خليل اجزاء ٥ طبع بمصر سنة 1307.

Mouḥammad Al-Kharchy, *Commentaire de Khalîl*, cinq volumes. Le Caire, 1307.

حاشية العدوى على الخرشى المذكور اجزآء ٥ طبع بمصر سنة 1307.

Chaykh 'Ali Al-'Adouï, *Commentaire du Kharchy*, cinq volumes. Le Caire, 1307.

شرح ابى البركات الدردير على خليل اجزاء ٤ طبع بمصر سنة 1319.

Aḥmad Ad-Dardîr, *Commentaire de Khalîl*, quatre volumes. Le Caire, 1319.

حاشية شمس الدين الشيخ عرفة الدسوفى على الدردير اجزآء ٤ سنة 1319.

CHAMS AD-DYN CHAYKH 'ARAFA AD-DASOÛQY, *Commentaire marginal de Dardîr*, quatre volumes. Le Caire, 1319.

البهجة فى شرح التحفة لسيدى على التسولى على ابن عاصم جزان بمصر سنة 1317.

AL-BOUHDJA, *Commentaire de la Touḥfa* de Ibn 'Acim par Sydy 'Ali At-Tasoûly, deux volumes. Le Caire, 1317.

حاشية الرهونى على الزرقانى على خليل اجزاء ٨ لاطبع بفاس سنة 1292.

MOUHAMMAD BEN AḤMAD AR-RAHOÛNY, *Commentaire du Commentaire de Khalîl*, par Az-Zourqâny. Huit volumes lith. à Fès, 1292.

الشيخ محمد عليش جزءان طبع بمصر سنة 1320.

Chaykh MOUḤAMMAD 'ALÎCH, deux volumes. Le Caire, 1320.

تبصيرة ابن فرحون جزءان طبع بمصر سنة 1320.

Tabcira de Ibn Farḥoûn, deux volumes. Le Caire, 1320.

العلامه بابا احمد السودانى على خليل خط اليد جزء واحد

BABA AḤMAD AS-SOUDÂNY, *Commentaire de Khalîl*, un volume manuscrit.

(ضمان الصناع) العلامه سيدى الحسن بن رحال خط اليد جزء

AL-HASAN BEN RAḤḤÂL, *Damân aç-Çounnâ'*, un volume manuscrit.

عبد الرحمان بن عبد القادر المجاصى خط اليد

Abdarraḥmân ben 'Abdalqâdir Al-Madjdjâcy, un volume manuscrit.

ابن عاصم جزء واحد

IBN ʿACIM, *Touḥfat al-Ḥoukkâm*, un volume. Alger, 1882.

موطاء الامام المهدى مختصر من موطاء الامام مالك جزء واحد بالجزاير سنة 1907.

Mououaṭṭâ de l'Imam AL-MAHDY, Moukhtaçar du *Mououaṭṭa* de l'Imam Mâlik, un volume. Alger, 1907.

الشيخ سيدى محمد مياره على ابن عاصم جزءان طبع بمصر سنة 1315.

MOUḤAMMAD MIYÂRA, *Commentaire de Ibn ʿÂcim*, deux volumes. Le Caire, 1315.

NOTES

Page 295, *note* 1. — Cette invocation ne se trouve pas dans le texte manuscrit, qui commence à وبعد « Et ensuite ».

Page 295, *note* 2.— Le texte manuscrit dit : Al-Ya'qoûby.

Page 295, *note* 3.— Le texte manuscrit dit القاصر Al-Qacir, « celui qui possède peu de science ».

Page 295, *note* 4.— Le texte manuscrit dit : بى « bi ».

Page 295, *note* 5. — Le texte manuscrit dit : مسايب « masâ'ïf », ce qui n'a aucun sens.

Page 296, *note* 1.—Nous traduisons ainsi le mot جايع dont la traduction littérale ne rendrait pas exactement le caractère du chapitre qu'il désigne.

Page 297, *note* 1. — *'Amal al-Moutlaq de Mouḥammad ben Abî' l-Qâsim-ben 'Abd al-Djalîl al-Filâly as-Sidjlamâssy*, page 330. Édition de Tunis, 1290.

واشرط ان استاجرت راعى غنم ∴ بعينها خلف ما منها انعدم

« Si vous engagez un berger pour paître vos moutons, donnez-lui une quantité de moutons déterminée et spécifiez que vous devez remplacer ceux qui viendront à manquer. »

L'auteur ajoute, d'après Ibn al-Qâsim, que le contrat d'engagement du berger qui reçoit une quantité de moutons déterminée, n'est valable que si l'obligation de remplacer ceux qui viendront à manquer est spécifiée dans ce contrat ; sans cette clause le contrat est annulé et le

berger a droit à un salaire proportionnel au temps pendant lequel il a fait paître. Telle est la jurisprudence.

Aboû 'Abdallah Mouḥammad Al-Kharchy. Commentaires de Khalîl. Édition du Caire, 1308, t. V, p. 15.

انه يجوز لشخص ان يستا جر شخصا يرعى له غنما بعينها سنة با جرة معلومة بشرط ان يشترط العقد ان ما مات من الغنم او تلف منها ا خلفه

« Il est permis d'engager pour une année un berger pour paître une quantité déterminée de moutons, moyennant un prix indiqué, à la condition qu'il sera spécifié dans le contrat que les moutons qui mourront ou se perdront seront remplacés par le propriétaire; sinon le contrat est nul. »

Khalîl. — Édition de l'Imprimerie nationale. Paris, 1888 ; hég. 1300.

كغنم عينت والا فله الخلف على اجره

« De même que pour des moutons dont le nombre est déterminé, le remplacement incombe à celui qui a engagé le salarié. »

Dasoûqy. — (Chams ad-Dyn Chaykh 'Arafa). Notes marginales aux commentaires de Khalîl, de *Dardîr* (Aḥmed). Édition du Caire, 1319, t. IV, p. 14.

جواز الا ستيجا رعلى رعا ية غنم عينت ان شرط الخلف لما يتلف منها

« Le contrat de louage du berger engagé pour paître une quantité déterminée de moutons est valable à la condition qu'il soit spécifié que ceux qui viendront à se perdre seront remplacés (par le propriétaire). »

Page 297, *note* 2. — *'Amal al-Moutlaq* (ouv. cité), p. 330.

ولو اجره على رعا ية ما ية شاة غير معينة جا ز وان لم يشتر ط خلف ما مات منها وله خلف ما مات منها بالقضاء

« Si quelqu'un a engagé un berger pour faire paître une centaine de moutons, sans que ces moutons aient été comptés, cela est valable, quand même le remplacement de ceux qui mourront n'aura pas été spécifié dans

le contrat, et ce remplacement sera ordonné par justice. »

Page 298, *note* 1. — Une note marginale du texte manuscrit dit :

وان امتنع ربها من الخلف لزمه جميع الا جرة للعامل

« Si le maître des moutons refuse de remplacer ceux qui meurent ou qui sont perdus, il doit au berger son salaire en entier. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 15, dit :

وان امتنع رب الماشيه من الخلف قيل للراعى اذهب بسلام وياخذ جميع الاجرة

« Si le propriétaire du troupeau se refuse au remplacement et dit au berger de s'en aller, celui-ci a droit à son salaire en entier. »

Page 298, *note* 2. — Cette phrase depuis وضمه jusqu'à *Malîtiya* ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 298, *note* 3. — كما في المدونة « Comme il est dit dans la *Moudaouana* » ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 298, *note* 4. — Texte lithographié : في ما تلف من غير. تفريط Texte manuscrit : ان لم يفرط.

Page 299, *note* 1. — Texte lithographié : ضمنه « en est responsable ». Texte manuscrit : غرمه « doit le rembourser ».

Page 299, *note* 2. — Le texte lithographié dit : و. Le texte manuscrit : او.

Nous avons adopté cette deuxième version qui paraît plus conforme au sens général.

Page 299, *note* 3. — Le texte manuscrit ajoute : قاله الاكثر « c'est ce que dit le plus grand nombre ».

Page 299, *note* 4. — « Al-Moukhtaçar », ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 299, *note* 5.— Voici le texte auquel renvoie l'auteur :
قال اللخمي وعند مالك اذاشرط على الراعي ان يا تي بسمة ما مات والا كان ضامنا فالشرط باطل فان عمل فله الاكثر من المسمى او اجارة المثل وفيها قول ان الشرط جايز ويضمن ان لم يات بالسمة كما اذا قال المستاجر انكسرت الجفنة ولم يات بفلقتيها

« Al-Lakhmy a dit, d'après Mâlik : lorsqu'il a été stipulé à l'égard du berger qu'il devra apporter la preuve matérielle de la mort (d'un mouton) faute de quoi il sera responsable, cette clause est nulle ; mais s'il apporte cette preuve, il a droit à une plus grande partie du salaire fixé ou au salaire proportionnel. D'après une autre opinion, cette clause est valable et le berger est responsable s'il n'apporte pas la preuve (de la mort). De même si un salarié prétend qu'un vase (qu'on lui avait confié) s'est brisé et qu'il n'en rapporte pas les morceaux. »

(Tabcîrat al-Houkkâm de Ibn Farḥoûn Al-Mâliki, publiée en marge du Fatḥ al-'aly fî'l-fatouâ 'alâ Madhhab Al-Imâm Mâlik, de Mouḥammad 'Alych, t. II, p. 292, édition du Caire, 1320.)

Page 300, *note* 1.— C'est-à-dire que le contrat fait pour un an, s'il est rompu au bout d'un jour par le berger, celui-ci n'a droit à rien ; tandis que s'il est rompu dans les mêmes conditions par le maître, celui-ci doit au berger le salaire de l'année entière.

Page 300, *note* 2.— Le texte manuscrit dit : التاودى « At-Tâoudy ».

Page 301, *note* 1.— Le texte manuscrit dit : الدر « Ad-dourr ».

Page 301, *note* 2.— بالعادة ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 301, *note* 3.— « Mal » الفاسدة ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 303, *note* 1. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 178, ligne 17.

وليس لراع رعى اخرى

Page 303, *note* 2. — Texte lithographié : لا نه تلك خدمته كلها.

Texte manuscrit : لا نه اجيره وله خدمته كلها

« Le berger ne peut paître pour un autre. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 25.

وليس له ان يرعى معها غيرها

« Il ne peut (le berger) faire paître avec eux (les moutons pour lesquels il est engagé), d'autres moutons. »

Dardîr, ouv. cité, t. IV, p. 21.

وليس لراع استوجر على رعى غنم رعى غنم اخرى

« Le berger ne peut pas s'engager pour paître d'autres moutons. »

Page 303, *note* 3. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 178.

« Ou bien le salaire sera pour celui qui l'emploie. »

والا فاجره لمستاجره

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 24.

فان رعى غيرها بعد الشرط فان الاجرة تكون لرب الغنم الاول

« Si le berger fait paître d'autres moutons, après convention contraire, le salaire appartiendra au propriétaire des premiers moutons. »

Dardir, ouv. cité, t. VI, p. 17.

لم يجز له رعى اخرى فان تعدى ورعى معها غيرها فاجره لما رعى من غيرها لمستاجراى لرب الغنم الاول

Il n'est pas permis (au berger) de faire paître d'autres moutons : s'il enfreint cette défense et fait paître d'autres moutons avec ceux dont il était chargé, son salaire pour le pâturage de ces autres moutons appartient à celui qui l'avait engagé (en premier).

Soûdâny (Bâba Aḥmad). Manuscrit sans pagination.

فان شرط عليه ان لا يزيد وزاد فاجرة الزيادة لصاحب الاولى

« S'il a été convenu avec le berger qu'il n'ajouterait rien

aux moutons à lui confiés, le salaire pour le pâturage des moutons qu'il ajouterait appartient au propriétaire des premiers. »

Dasoûqy, ouv. cité, t. IV, p. 21.

لم يجزله رعى اخرى فان تعدى ورعى غيرها معها فاجره لما رعى من غيرها لمستاجره لرب الغنم الاول

« Il ne lui est pas permis (au berger) de faire paître d'autres moutons; s'il enfreint cette défense et en fait paître d'autres avec ceux dont il est chargé, le salaire du pâturage de ceux qu'il a ajoutés, appartient à celui qui l'a engagé, qui est le propriétaire des premiers moutons. »

Page 304, *note* 1. — *Al-Kharchy*, ouv. cit, t. V, p. 24.

فان كانت يسيرة فله ان يرعى معها غيرها

« Si les moutons sont peu nombreux, il peut en faire paître d'autres avec eux. »

Khalîl, ouv. cité, p. 178. او تقل.

« S'ils sont en petit nombre. »

Dardîr, ouv. cité, t. III, p. 17.

فله رعى اخرى ومفهومه انها ان قلت

« Il a le droit d'en faire paître d'autres, c'est-à-dire, s'il en a un petit nombre. »

Soûdâny, ouv. cité (manuscrit sans pagination).

الا ان تقل الماشية فان قلت فله ذلك

« A moins que les moutons ne soient en petit nombre; dans ce cas il peut en faire paître d'autres avec eux. »

Dasoûqy, ouv. cité, t. IV, p. 21.

فيجوزله رعى الاخرى مع الاولى بحيث يقوى على رعى الاخرى

« Il est permis au berger de faire paître d'autres moutons avec les premiers, à la condition qu'il puisse matériellement le faire. »

Page 304, *note* 2.

لا يقوى على الزيادة عليها

ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 304, *note* 3.

والمراد بالكثرة مالا يفوى على الزيادة عليها

« Il faut entendre le grand nombre dans le sens de la quantité en plus à laquelle le berger ne saurait suffire. »

Cette phrase ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 304, *note* 4. — Texte lithographié : يعنى. Texte manuscrit : يريد.

Page 304, *note* 5. — Texte manuscrit : اى, ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 304, *note* 6. — *Al-'Adouy*, t. V, p. 24. 'Aly al-'Adouy, ouvrage marginal des commentaires de Khalîl d'Al-Kharchy.

افام شيخنا من هذا ان المو دب اى ومن يشبهه من معلم صنعة لا يزيدا كثر مما يطيقه

L'auteur de la Touḥfa a copié littéralement la phrase d'Al-'Adouy.

Page 304, *note* 7. — *Al-'Adouy*, ouv. cité, t. V, p. 24.

وطريق معرفة ذلك او يقال ما اجرته على ان يرعاها وحدها فاذا قيل عشرة مثلا فيقال ما اجرته على ان رعاها مع غيرها فاذا قيل ثمانية فقد نقص الخمس فيخير مستاجره بين ان ينقصه الخمس من المسمى و بين اخذ ما اجر به نفسه

C'est textuellement la phrase de la Touḥfat al-Qouḍḍât qui se trouve également dans le commentaire de Dasoûqy, t. IV, p. 21.

Page 304, *note* 8. — Le texte manuscrit ne porte pas le mot : فسره « l'a commenté ».

Page 304, *note* 9.

تذييل قال المكناسى فى مجالسه

« Appendice. Al-Miknâsy dit dans ses séances. » Cette phrase ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 305, *note* 1. — Le texte manuscrit dit : ما اجرة الراعى نفسه.

Le mot نفسه ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 305, *note* 2. — *Al-'Adouy*, ouv. cité, t. V, p. 24.

وا ما اذا استاجره شهرا بدينار فيؤجر نفسه فى امر مخوف يوما بدينار او قاتل فيدفع له فى سهمه عشرة دنانير فانه يسقط من الاجرة التى استاجره بها مدة تعطيله

« Si quelqu'un a engagé un berger pour un dinar par mois, et que ce berger s'engage lui-même pour un travail dangereux, moyennant un dinar par jour, ou qu'il aille se battre et qu'il lui revienne pour sa part de butin dix dinars, on ne lui enlèvera de ses gages que la valeur correspondante au temps pendant lequel il aura été absent (en calculant proportionnellement à la somme pour laquelle il est engagé par mois).

Page 305, *note* 3. — *Dardîr*, ouv. cité, t. III, p. 17.

انه لو عمل مجانا فانه يسقط من كرايه بقدر قيمة ماعمل

« Si (le berger) travaille (pour un autre) pour rien, on lui retranchera de ses gages ce que vaut le travail qu'il a accompli (en dehors du travail pour lequel il est engagé). »

Al-'Adouy, ouv. cité, t. V, p. 24.

فان عمل مجانا فانه يسقط من الكراء بقدر ما عمل بغيره اى بقدر ما نقص من المسمى

« Si le berger travaille pour rien, on lui retranchera de ses gages proportionnellement au travail qu'il a fait pour un autre, c'est-à-dire une somme proportionnelle à ce que ce travail représente relativement au salaire pour lequel il est engagé. »

Ar-Rahoûny (Mouḥammad ben Aḥmad ben Mouḥammad ben Yoûsouf), Commentaire des commentaires de Khalîl du Zourqâny.

Lithographié à Fès, 1294 h., t. VII, p. 24.

ان عمل لغير المستا جر مجا نا فانه يسقط من كرايه

« Si (le berger) travaille pour un autre que celui qui l'a engagé, cela sera retranché de ses gages. »

Page 305, *note* 4. — Le texte lithographié dit :

ونحو هما من الصيا دة فهو له

Le texte manuscrit dit :

ونحو هما فهو له وغيرله من سا يرا لصيد كذ لك والظا هر انه كذا ان جاء بحطب و نحوه ان لم يبطل شي ء مما استوجر عليه ولم يكن استاجر جميع منفعته ويفيده الزرقاني

« Il est clair qu'il en est de même s'il apporte du bois ou autre chose semblable, si cela ne diminue en rien le temps de son travail et si le patron ne l'a pas loué pour la totalité du produit de son travail. C'est le sens de ce que dit Az-Zourqâny ».

Ce membre de phrase ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 306, *note* 1. — Le texte lithographié dit : بعد اللزوم.

« Après une obligation. »

Le texte manuscrit dit : بعد النزول

« Après la mise bas. »

La phrase serait alors : « et il n'y a pas là matière à un jugement postérieur à la mise bas prévue par le contrat ».

Page 306, *note* 2. — Le texte manuscrit dit : او اكثر. Ce mot ne se trouve pas dans le texte lithographié. Nous avons adopté la version du texte manuscrit.

Page 306, *note* 3. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 178.

ولا يلزمه رعي الو لد الا لعرف

« Ce n'est pas une obligation de faire paître les agneaux à moins que cela ne soit la coutume. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 24.

الراعي لا يلزمه ان يرعى ماولدته الغنم الا ان يكون عرفهم ذلك

« Le berger ne saurait être obligé de faire paître les produits des brebis, à moins que cela ne soit la coutume. »

Dardîr, ouv. cité, t. III, p. 17.

ولا يلزم الراعى رعى الولد الذى تلده الغنم الا لعرف

« Le berger n'est pas obligé de faire paître les petits des brebis, à moins que ce ne soit la coutume. »

Soûdâny, ouv. cité, manuscrit, sans pagination.

فلا يلزمه الارعى الامهات واما الاولاد فلا الا اذا كان عادة فانه يلزمه

« Le berger n'est tenu de faire paître que les mères, non les petits, à moins que cela ne soit la coutume ; dans ce cas il y est tenu. »

Page 307, *note* 1. — Le texte manuscrit ajoute : بين الام وولدها.

« Entre la mère et les petits. »

Page 307, *note* 2. — C'est-à-dire que le berger se fatiguerait à maintenir réunies les brebis qui chercheraient à rejoindre leurs petits. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 24.

ليلا يتعب راعى الا مهات اذا فارقت اولادها لاجل التفرقة

« Afin que le berger des mères ne se fatigue pas, par le fait de la séparation des mères et de leurs petits. »

Page 308, *note* 1. — Texte lithographié : فاصاب. Texte manuscrit : فعاب.

Page 308, *note* 2. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 292.

« Tout ce que fait le berger, des actes qui lui sont défendus et qui cause un dommage aux moutons, il en est responsable, et s'il fait un acte de ceux qui lui sont permis, il n'est pas responsable. »

Page 308, *note* 3. — *Tabcira de Ibn Farhoûn*, ouv. cité, t. II, p. 292.

وكل شيء صنعه الراعى مما لا يجوز له فعله فاصاب الغنم من فعله عيب فهو ضامن وان صنع ما يجوز له ان يفعله فلا ضمان عليه

يريد بقوله لا يجوز له هو ان يرمى الشاة نفسها ويختلف ان ارمى قدامها او جانبها لترجع الى موضع فوقعت عليها لانه خطا فيما اذن له ولو كانت هى التى تقرب الى ناحية الرمية فوقعت عليها لم يضمن

« Il (At-Thadîb) entend dire par ces paroles : « il ne lui est pas permis » qu'il ne lui est pas permis de frapper la brebis elle-même, et il fait une différence si le berger frappe devant la brebis ou à côté d'elle pour la faire revenir à sa place et qu'elle soit atteinte par le coup, c'est un accident dans un acte qu'il a le droit de faire, et si c'est la brebis qui s'est portée du côté du coup et qu'elle soit blessée, le berger n'est pas responsable. »

Page 308, *note* 4. — *Qoran*, trad. Kasimirski, sourate IV, « Les femmes », verset 38, p. 69.

« Les hommes sont supérieurs aux femmes, à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci, et parce que les hommes emploient leurs biens pour doter leurs femmes. Les femmes vertueuses sont obéissantes et soumises : elles conservent soigneusement pendant l'absence de leur mari ce que Dieu a ordonné de conserver intact. Vous réprimanderez celles dont vous aurez à craindre la désobéissance ; vous les reléguerez dans des lits à part, *vous les battrez* ; mais dès qu'elles vous obéissent, ne leur cherchez point querelle. Dieu est élevé et grand. »

Page 309, *note* 1. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 292.

وكل شيء صنعه الراعى مما لا يجوز له فعله فاصاب الغنم من فعله عيب فهو ضامن وان صنع ما يجوز له ان يفعله فلا ضمان عليه

Cette phrase citée dans la « Touḥfat al-Qouḍḍât » est exactement la même dans Aboû'l-Baqâ' Birhâm dans la Moudaouana et dans la Tabcira de Ibn Farḥoûn.

Page 309, *note* 2. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 292.

اذا رمى شاة كما يرمى الراعى الغنم ففقا عينها او كسرها ضمن ما نقص منها وما بطلها ضمن تعمد او لم يتعمد

La phrase de Ibn Ḥabîla, citée dans la Touḥfa, est la même que celle de la Tabcira de Ibn Farḥoûn, sauf que ce dernier ne parle pas du coup qui pourrait être porté à une vache.

Page 309, *note* 3. — Le texte manuscrit dit : الشراح « les commentateurs. »

Page 310, *note* 1. — Le texte manuscrit dit : يدوها بها

« Les dirige au moyen de lui (de son bâton). »

Le texte lithographié dit : يردها ربها

« Leur maître les a ramenés. »

Ce qui n'a aucun sens. Le ر de ربها est évidemment une faute de copie et il faut lire : يردها بها « il les ramène au moyen de lui (de son bâton). »

Page 310 *note* 2. — Texte lithographié : عيب. Le texte manuscrit ne porte pas ce mot.

Tabcira de Ibn Farḥoûn, ouv. cité, t. II, p. 292.

اذا رمى شاة كما يرمى الراعى الغنم ففقا عينها او كسرها ضمن ما نقص منها

« Si (le berger) a lancé sur une brebis (son bâton) comme il est d'usage que le fassent les bergers, et lui a crevé un œil ou lui a brisé un membre, il est responsable de sa diminution de valeur. »

Page 311, *note* 1. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, t. II, p. 292.

ويضمن ان رمى صيدا فاصاب شاة

« Il (le berger) est responsable, s'il lance son bâton pour chasser et qu'il atteigne une brebis. »

Page 312, *note* 1. — Iḥrâm. L'état d'Iḥrâm est celui dans

lequel se trouvent les pèlerins lorsqu'ils ont quitté leurs vêtements ordinaires pour revêtir les vêtements spéciaux avec lesquels ils accomplissent tous les rites du pèlerinage. Ces vêtements ne doivent pas être cousus. Les pèlerins revêtaient autrefois le vêtement d'Iḥrâm en arrivant à Rabagh, entre Yambo et Djedda. Aujourd'hui que le voyage se fait par mer, ils revêtent l'Iḥrâm quand le bateau qui les transporte passe à hauteur de Rabagh.

Page 312, *note* 2. — Le texte manuscrit dit :

وعبر ابن سلمون وقال انه خلاف المدونة

« Ibn Salmoûn indique cette distinction et la considère comme en opposition avec la Moudaouana. »

Page 312, *note* 3. — Le texte manuscrit dit : وان ندت فرفا.

Le texte lithographié : وان ندت برفن.

Page 312, *note* 4. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 292.

وان ندت من رمتيه خوفا من الرمية فوقعت في مهوات فلا شي عليه

« Si une brebis se sauve par crainte du coup et tombe dans un trou, le berger n'est pas responsable. »

Page 313, *note* 1. — *Alych*, ouv. cité, t. II, p. 189.

لاضمان على الرعات الا فيما تعدوا عليه او فرطوا فيه

« Le berger n'est responsable que pour ce qui est causé par sa faute ou par sa négligence. »

Page 313, *note* 2. — *Ibn 'Acim* (*Aboû Bakr Mouḥammad ben Mouḥammad Al-Andalousi Al-Gharnati*). *Touḥfat al-Ḥoukkâm*.

« Aucune responsabilité n'est encourue à ce propos par l'incapable ou l'impubère, en cas de perte de la chose (même si la perte provient de leur fait). » Trad. Houdas et Martel. Alger, 1882, p. 693.

Page 313, *note* 3. — Nous avons suivi la version du texte manuscrit qui dit : فدافنه. Le texte lithographié dit : افرار منه على غنمه.

Page 313, *note* 4. — Le texte manuscrit ajoute : اوسفيها « ou à un incapable ».

Dasoûqy, ouv. cité, t. III, p. 259.

ومن اودع صبيا او سفيها اوا فرضه فا تلفها لم يضمن وان باذن اهله

« Un impubère ou un incapable n'est pas responsable de ce qui lui a été confié ou prêté, même sur l'autorisation de ses parents. »

Soudâny, ouv. cité, manuscrit sans pagination.

فاتلف الصبى الا السفيه ذلك كله لم يضمن شيئا من ذلك كله لان ر ب المال فد فرط

« Si l'impubère ou l'incapable perd tout cela (ce qui lui a été confié ou prêté), il n'est responsable de rien de tout de cela, car c'est le propriétaire de ces objets qui est en faute. »

Khalîl, ouv. cité, p. 164, ligne 19.

ومن اودع صبيا او سفيها اوا فرضه او باعه فاتلف لم يضمن و ان باذ ن اهله

« Celui qui fait un dépôt chez un impubère ou chez un incapable, ou lui fait un prêt ou une rente, n'a aucune garantie, même si c'est avec l'autorisation de ses parents. »

At-Tâoudy (Aboû Abdallah Mouḥammad). Édit. du Caire 1318 — t. II, p. 255 (ouvrage marginal des *Commentaires* de Ibn 'Acim, de At-Tasoûly).

لاضمان عليهما و لو تعهدا الاتلاف لان ر بها فد سلطه عليها

« Ils ne sont pas responsables, quand même ils auraient perdu (l'objet) avec intention, car c'est le propriétaire de cet objet qui leur a donné le pouvoir d'en user à leur gré, (en le leur confiant). »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. IV, p. 335.

ان الصبى او السفيه اذا اخذ وديعه او قراضا او اشترى سلعة فاتلف ذلك كله او بعضا فانه لا ضمان عليه فيما اتلف لان صاحبه هو الذى سلطه على هلا كه

« Si l'impubère ou l'incapable reçoit un dépôt ou un prêt, ou achète des marchandises et que le tout ou une

partie soit perdu, il n'est pas responsable de ce qui s'est perdu, car c'est leur propriétaire qui a exposé ses objets à être perdus. »

Page 314, *note* 1. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. IV, p. 335.

اذا لم يصون به ماله و الا فيضمن

« S'il ne conserve rien pour lui, sinon (c'est-à-dire s'il conserve quelque chose) il est responsable (de ce qu'il a conservé). »

Dasoûqy, ouv. cité, t. III, p. 259.

ما لم يصو ن به ماله

« S'il ne conserve rien pour lui. »

Soûdâny, ouv. cité, manuscrit sans pagination.

واما ان صان به ما له فانه يضمن

« S'il conserve quelque chose pour lui, il est responsable. »

Dardîr, ouv. cité, manuscrit sans pagination.

لم يضمن الا ان يصون به ماله

« Il n'est pas responsable à moins qu'il n'en ait conservé quelque chose. »

Page 314, *note* 2. — Il est dit en marge du texte lithographié :

« En ce qui concerne les réponses d'Ibn Sahnoûn, plusieurs auteurs tels que Al-Fâsy et Al-Hilâly, ont écrit qu'elles n'avaient pas de valeur et qu'elles ne peuvent pas servir de texte pour une fetouâ. »

Page 314, *note* 3. — Texte lithographié : فضر بها فقتلها.

Texte manuscrit : فصر بها بمثلها.

« La frappe comme les bergers ont l'habitude de frapper. »

Page 314, *note* 4. — Texte lithographié : الراعى الامر. Le texte manuscrit ne dit pas الراعى.

Page 314, *note* 5. — Le texte manuscrit dit : الامر au lieu de الراعى. C'est-à-dire : « Si celui qui donne l'ordre a une autorité, etc. »

Page 315, *note* 1. — Le texte manuscrit dit : ملكا « Souverain. »

Page 315, *note* 2. — Le texte manuscrit dit :

فان كان العيب لا يبيت المقصود منها خير المالك بين ان يضمنه القيمة او يا خذ ها و ما نقصها

« Si le vice n'est pas rédhibitoire, le propriétaire pourra à son gré ou bien se faire payer la valeur entière de l'animal ou bien le reprendre en se faisant payer le dommage éprouvé. »

Ce membre de phrase ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Khalîl, ouv. cité, p. 167, ligne 17.

فله اخذه و نقصه او قيمته

« Il (le propriétaire) peut ne reprendre l'animal avec le prix du dommage causé, ou sa valeur entière (en abandonnant l'animal). »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. IV, p. 365.

فيخير ربه فى جميع ذلك بين ان يا خذ قيمته يوم التعدى او يا خذ متا عه وما نقص

« Le propriétaire a le choix entre tout ce qui suit : ou bien de se faire donner le prix (de l'animal) au jour de l'accident, ou de reprendre l'animal avec le prix du dommage causé. »

Dasoûqy, ouv. cité, t. III, p. 404.

ثبت لمالكها الخيار بين اخذ قيمتها و اخذها مع الارش

« Il est accordé au propriétaire de choisir entre se faire donner la valeur (de l'animal) ou de prendre (cet animal) avec la valeur du dommage qui lui a été causé. »

Ar-Rahoûny, ouv. cité, t. VII, p. 13.

يلزمه قيمته على انفراد وانما يلزمه ما نقص من قيمتها

« Il est obligé (l'auteur du dommage) à rembourser la valeur entière, ou la valeur du dommage causé. »

Soûdâny, ouv. cité, manuscrit sans pagination.

فللمالك اخذ شيئه مع ما نقص او اخذ قيمته منه

« Le propriétaire a le droit de reprendre ce qui lui appartient avec la valeur du dommage causé ou le prix en entier de ce qui lui appartient (en abandonnant l'objet ou l'animal). »

Page 316, *note* 1. — Le texte manuscrit dit : Sama Yaḥyâ.

Page 316, *note* 2. — Le texte manuscrit ne dit pas : معيبا دون ارش.

« Tel que (estropié) sans compensation. »

Page 316, *note* 3. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 179, ligne 6.

وصدق ان ادعى خوف موت فنحر

« Il (le berger) est cru s'il dit avoir égorgé la brebis dans la crainte de la voir mourir. »

Page 316, *note* 3. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V. p. 29.

ان الراعى اذا خاف موت شاة فذبحها لم يضمن ويصدق اذا جاء بها مذبوحة

« Si le berger craint qu'une brebis ne meure et qu'il l'égorge, il n'est pas responsable, et il est cru s'il la rapporte égorgée. »

Tabcira de Ibn Farḥoûn, ouv. cité, t. II, p. 291.

الراعى ياتى بالشاة مذبوحة ويزعم انها وقعت للموت فذبحها ان القول فى ذلك قوله

« Le berger revient avec une brebis égorgée et prétend qu'elle allait mourrir et qu'il l'a égorgée, il doit être cru dans son affirmation. »

Dardîr, ouv. cité, t. IV, p. 26.

وصدق راع نحر بعيرا او ذبح شاة ان ادعى خوف موت

« Le berger est cru qui a égorgé un chameau ou une brebis et qui dit qu'il a craint de voir cet animal mourir. »

Amal al-Moullaq, ouv. cité, p. 330.

ويصدق اذا جاء بها مذبوحة

« Il est cru (le berger) s'il revient en la (la brebis) rapportant égorgée. »

Ar-Rahoûny, ouv. cité, t. VII, p. 31.

Même phrase que l'Amal al-Moutlaq.

Page 317, *note* 1. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V, p. 29.

وبحوى كلام ابن عرفة حلفه ان كان متهما

« C'est le sens de ce que dit Ibn 'Arafa, il prête serment s'il est soupçonné. »

Page 317, *note* 2. — *Ar-Rahoûny*, t. VII, p. 32.

ان العادة عند قوم فيما سقط وذبح ان الراعي ياخذ سواء قطه فمن تلك عادتهم كان الامر فيه مشكلا

« Si, chez certaines gens, l'usage est que le berger prenne pour lui les abatis des animaux qui tombent ou qui sont égorgés, cet usage est la cause des complications. »

Amal al-Moutlaq, ouv. cité, p. 331.

ولو كانت عادتهم فيما ذبح ان الراعي ياخذ سوا قطه فهي كونه نقديا اشكال

« Si c'est un usage que le berger prenne pour lui les abatis des animaux égorgés, cet usage est une complication pour établir la culpabilité du berger. »

Page 317, *note* 3. — *Ar-Rahoûny*, ouv. cité, t. VII, p. 31.

فان ذبح الراعي شاة كانت مريضة صدق قولا واحدا

« Si le berger égorge une brebis qui était malade, on est d'accord pour dire qu'il doit être cru. »

Amal al-Moutlaq, ouv. cité, p. 331.

وا ما المريضة فيصدف قولا واحدا

« Si l'animal est malade il (le berger) doit être cru d'après l'avis unanime. »

Page 317, *note* 4. — Le texte manuscrit dit : بينه وبين الغنم « entre lui et le troupeau » ce qui n'a aucun sens.

Amal al-Moutlaq, ouv. cité, p. 331.

الا ان يكون بينه وبين رب الغنم شيئا

« A moins qu'il n'y ait une inimitié entre lui et le propriétaire du troupeau. »

Ar-Rahoûny, ouv. cité, t. VII, p. 31.

الاان يكون جرى بينه وبين رب الغنم شيئا

« A moins qu'il n'existe une inimitié entre lui et le propriétaire du troupeau. »

Page 317, *note* 5. — *Dasoûqy*, ouv. cité, t. IV, p. 26.

فان ذكاها الراعي خوف موتها و قال اكلتها لم يصدف

« Si le berger a égorgé une brebis dans la crainte qu'elle en meure et qu'il dise : « Je l'ai mangée », il n'est pas cru. »

Amal al-Moutlaq, ouv. cité, p. 330.

لاكن شرط تصديقه و نفي الضمان عنه ان لا ياكلها

« La condition pour que le berger soit cru et qu'il soit déchargé de sa responsabilité, c'est qu'il ne la mange pas (la brebis). »

Ar-Rahoûny, ouv. cité, t. VII, p. 32.

فان ذكاها الراعي وقال اكلتها لم يصدف

« Si le berger a égorgé la brebis et dit qu'il l'a mangée, il n'est pas cru. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 29.

واما ان قال ذبحتها خوف الموت واكلتها فلا يصدف

« S'il (le berger) dit avoir égorgé une brebis dans la crainte qu'elle ne meure et qu'il la mange, il n'est pas cru. »

Amal al-Moutlaq, ouv. cité, p. 331.

لو لم يات بها مذ بوحة واكلها فانه لا يصدف

« S'il (le berger) ne rapporte pas la brebis égorgée et s'il l'a mangée, il n'est pas cru. »

Page 317, *note* 6. — Le texte manuscrit dit :

فال الخرشي وينغى الايكون رب الغنم جعل له ما مات منها

« Il convient, dit « Al-Kharchy que le propriétaire n'abandonne pas au berger les moutons qui meurent. »

Page 317, *note* 7. — *Ar-Rahouny*, ouv. cité, t. VII, p. 31.

ولو فال ذ بحتها ثم سرفت صدف

S'il (le berger) dit : « Je l'ai égorgée et on me l'a volée, il est cru. »

Dardîr, ouv. cité, t. IV, p. 26.

فان فال ذبحتها خوف موتها ثم سرفت صدف

S'il (le berger) dit : « Je l'ai égorgée (la brebis) par crainte qu'elle ne meure, et on me l'a volée, il doit être cru. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 29.

ولو فال ذ بحتها ثم سرفت صدف على المشهور

S'il (le berger) dit : « Je l'ai égorgée, et on me l'a volée, (la brebis) », l'avis le plus répandu est de le croire.

Tabcira de Ibn Farḥoûn, ouv. cité, t. II, p. 299.

وان فال ذ بحتها لما خفت عليها الموت ثم سرفت منى مذ بوحة فانه صدف

S'il dit (le berger) « Je l'ai égorgée (la brebis) lorsque j'ai craint qu'elle ne meure, puis elle m'a été volée une fois égorgée », il est cru.

Page 317, *note* 7. — *Dasoûqy*, ouv. cité, t. IV, p. 27.

واما المستاجر والعستعير والمرتهن والمودع والشريك فلا يصدف واحد منهم فى دعوة التذكية

Le locataire, l'emprunteur, le prêteur sur gages, le dépositaire et l'associé, aucun d'eux n'est cru lorsqu'ils prétendent avoir égorgé (un animal).

Al-'Adouy, ouv. cité, t. V, p. 29.

المستا جر لثو ر او المستعير فلا يصد فان و مثله يقال فى الرهن والوديعة والشركة و الاجنبى

Celui qui a loué un taureau ou qui l'a emprunté n'est pas cru et de même le prêteur sur gages, le dépositaire, l'associé et l'étranger (ne sont pas crus lorsqu'ils prétendent ainsi égorgé un animal).

Page 317, *note* 8. — *Ar-Rahoûny*, ouv. cité, t. VII, p. 33.

فهو مقعد و لعله لم ينحره لم يمت فهو كمن نحر بعير رجل و قال وجدته يموت

« Parce qu'il est fautif et que s'il ne l'avait pas égorgé (l'animal) il ne serait peut-être pas mort ; c'est comme quelqu'un qui égorge le chameau d'un autre et qui dit : « je l'ai trouvé mourant ».

Page 317, *note* 9. — *Ar-Rahoûny*, ouv. cité, t. VII, p. 33.

وسواء كانت العبد بينة بانه خشى عليه الموت وانه لذلك نحره او لا وضمانه ان لم تكن له بينة و لا احد يعلم ذلك ابين

Soit que l'esclave ait des témoignages établissant qu'il a craint que la bête ne meure et que c'est pour cela qu'il l'a égorgée ou qu'il n'ait pas ces témoignages, il est responsable s'il n'a pas de témoignages et que personne n'ait une connaissance complète de la chose.

Page 318, *note* 1. — Le texte ne dit pas : فسلخه « l'écorche ».

Page 318, *note* 2. — Nous suivons la version du texte manuscrit qui dit : عدم امكانه ذكاته.

Page 318, *note* 3. — *Ar-Rahoûny*, ouv. cité, t. VII, p. 31.

فان كان مع عدم امكانه ذكاته فواضح وان ثبت تفريطه فى ذكاته ضمن

La phrase est exactement la même que celle de la Touḥfat al-Qouḍḍât.

Page 319, *note* 1. — *Al-'Adouy*, ouv. cité, t. V, p. 15.

ويضمن (الراعى) ولو كان مثله فى الامانة

« Il est responsable (le berger) quand même il (son remplaçant) offre les mêmes garanties que lui. »

Page 319, *note* 2. — *Al-'Adouy*, ouv. cité, t. V, p. 15.

ليس للراعى ان يجعل مكانه راعيا اخر

« Il n'est pas permis au berger de mettre un autre à sa place. »

At-Tasoûly, ouv. cité, t. II, p. 168.

وليس للراعى ان يسترعى غيره

« Il n'est pas permis au berger de se faire remplacer pour le pâturage. »

Page 319, *note* 3. — *Al-'Adouy*, ouv. cité, t. V, p. 15.

ولو برضاء رب الغنم

« Même avec le consentement du propriétaire des moutons. »

Page 320, *note* 1. — *Dardîr*, ouv. cité, t. III, p. 54.

لانه فسخ الدين فى الدين

« Parce que c'est l'extinction d'une obligation par transfert. »

At-Tasoûly, ouv. cité, t. II, p. 162.

فسخ دين فى دين

« Extinction d'une obligation par transfert. »

Page 320, *note* 2. — *Dardîr*, ouv. cité, t. III, p. 371.

وضمن بايداعها عند امين لان ربها لم ياتمن غيره

« Il est responsable (le dépositaire) s'il dépose à son tour le dépôt entre les mains d'un autre, car le propriétaire du dépôt n'a pas mis sa confiance dans un autre. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. IV, p. 328.

ان المودع يضمن الوديعة اذا اودعها عند غيره وان كان الغير امينا اذ لم يرضى ربها الا بامانته

« Certes le dépositaire est responsable du dépôt même s'il le dépose entre les mains d'un autre, quand même ce dernier mériterait-il confiance, car le déposant n'a confiance qu'en sa seule garantie. »

Al-'Adouy, ouv. cité, t. V, p. 15.

لضمن ولو كان الوكيل مثله

« Il (le dépositaire) est responsable, quand même son représentant offrirait les mêmes garanties que lui. »

Page 320, *note* 3. — *Khalil*, ouv. cité, ch. « le Dépôt » p. 163, ligne 20.

Page 320, *note* 4. — Le mot تنبيه ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 320, *note* 5. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 168.

ان الحارس يحرس الطعام فذهب واستخلف من لايقوى على الحراسة قال هو ضامن الا ان يكون المستخلف مطيقا على الحرس

« Si le gardien qui garde une récolte s'absente et se fait remplacer par quelqu'un qui est incapable de garder, il est responsable, à moins que le remplaçant soit en état de garder. »

Page 320, *note* 6. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 168.

اذا لم يجر عرف البلد بان الراعى يات بمن هو مثله لضرورة والا فلا ضمان اتفاقا

« Si ce n'est pas la coutume du pays que le berger se fasse remplacer par quelqu'un le valant, en cas de nécessité, l'opinion unanime est qu'il est responsable. »

Page 320, *note* 7. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 168.

وكذلك ان كان العرف اتيانه بدونه لان العرف كالنص

« De même s'il est conforme à la coutume qu'il se fasse remplacer par un autre. »

Page 320, *note* 8. — *Khalil*, ouv. cité, p. 163, ligne 20.

Page 321, *note* 1. — Le texte manuscrit dit : شعرى.

Le texte lithographié dit le même mot, mais il ajoute

en note qu'il faut lire شعراء qui a la même forme que صحراء.

Et qui signifie un endroit couvert d'arbres nombreux ; il renvoie au *Moukhtâr* (Dictionnaire qui porte ce nom).

Page 322, *note* 1. — Le texte manuscrit saute la phrase depuis وهو بى الحفيفة jusqu'à باجرة inclusivement.

Page 322, *note* 2. — Le texte manuscrit dit :

وكذا ان فامت فرية على اذن اهل الفرية له فى استرعاء غيره

« Et de même si le pays est troublé, les gens du village ont le droit de faire paître le troupeau par un tiers. »

Page 322, *note* 3. — غيره « par un autre », ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 323, *note* 1. — Le nom de la personne interrogée n'est pas indiqué ; peut-être s'agit-il de Aboû Mouḥammad Çaliḥ cité précédemment.

Page 323, *note* 2. — Le texte manuscrit dit وان لم يروه غرم لمن لم يره « mais, s'ils ne l'ont pas vu, il doit rembourser ceux qui ne l'ont pas vu. — لمن لم يره ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 323, *note* 3. — Le texte manuscrit dit على الفول.

Page 324, *note* 1. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 291.

ولم يزل من شان الرعات النوم نهارا فى ايام النوم الا ان ياتى من ذلك بما يستنكر مما يجر الى الضيعة البينة فيضمن

« Le berger peut dormir pendant la journée à l'époque du sommeil (en été) à moins que ce sommeil puisse causer un dommage évident et prévu, dans ce cas il est responsable (s'il s'endort). »

Page 324, *note* 2. — « Al-Ghaçb » chapitre du Moukhtaçar de Khalîl : Bab al-Ghasb on al-Istiḥqâq, p. 166.

Page 324, *note* 3. — « Ou ma bête » دابتى ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 326, *note* 1. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouvr. cité, t. II, p. 292.

ان شان الرعات فى رعيتهم على غير التضييع والتفريط حتى يظهر ذلك عليهم

« Le berger ne peut être accusé d'avoir causé un dommage au troupeau et d'avoir été négligent qu'avec des preuves suffisantes. »

Page 326, *note* 2. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouvr. cité, t. II, p. 292.

الراعى يرعى الجزارين لهذا شاة و لهذا شاتان فهربت من الغنم شاة فطلبها قليلا ثم رجع الى الغنم وقال خفت على الغنم هل هذ الفريط قال ولا ضمان عليه

« Le berger qui fait paître pour les bouchers, dont l'un a un mouton et l'autre deux, si un mouton s'enfuit, que le berger le recherche un peu et qu'il revienne ensuite au troupeau en disant : « J'ai craint pour les moutons », est-ce de sa part une négligence ? La réponse est qu'il n'est pas responsable. »

Page 327, *note* 1. — Quelque peu قليلا ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 327, *note* 2. — *At-Tasoûly*, ouvr. cité, t. II, p. 162.

الراعى تذهب له شاة فيتبعها ولايترك الغنم عند احد فتضيع كلها او بعضها انه ضامن من انه مفرط حين علم انه موضع الخوف فرجع الى الاقل وترك الاكثر لانه مامور بحفظ الاكثر

« Le berger du troupeau duquel une brebis s'est attardée, et qui va à sa recherche, sans laisser le troupeau à la garde de quelqu'un et que ce troupeau se perde en totalité ou en partie, est responsable, parce qu'il a fait preuve de négligence, du moment où il savait que l'endroit où il

se trouvait était dangereux et qu'il était retourné à la recherche de la moindre partie en abandonnant le plus grand nombre ; son rôle en effet est de garder le plus grand nombre. »

Page 327, *note* 2. — Le texte manuscrit ajoute à cet endroit : « Et les confie à un tiers » وتركها عند غيره.

Le sens de la phrase est ainsi plus complet et plus clair.

Page 328, *note* 1. — Littéralement : « Pendant qu'il était fautif » sous-entend « du fait d'être absent ».

Page 328, *note* 2. — *Khalîl*, ouvr. cité, p. 164, ligne 6.

القول له انه ردها سالمة ان قر بالفعل

« Il sera cru lorsqu'il dira l'avoir ramené (l'animal en bon état, s'il déclare ce qui a pu lui arriver. »

Al-Kharchy, ouvr. cité, I, IV, p. 330, commente ainsi cette phrase :

يعنى ان المودع بفتح الدال اذا ركب الدابة ثم قال رددتها سالمة على الحالة التى اودعت عليها ثم هلكت فان القول قوله مع يمينه ان اقر بالفعل لانه لايعلم الا من جهته وان لم يقر بالفعل بل اسرته البينة فانه يضمنها وكلام المولف يخالف قوله فيما مر وبره ان رد

« C'est-à-dire, si le dépositaire (dal avec un fatḥa) ici est monté sur l'animal et dit l'avoir ramené en bon état, dans l'état où il lui a été remis et qu'ensuite cet animal tombe malade, il sera cru sous serment, s'il avoue la faute qu'il a commise, car cela ne peut se savoir que par lui, mais s'il n'avoue pas et qu'il soit convaincu par des témoignages, il est responsable. » — Ce que dit l'auteur (Khalîl) est en contradiction avec ce qu'il a dit précédemment : « Sa responsabilité est dégagée s'il ramène (l'animal) ou s'il rend (l'objet). »

Al-'Adouy qui commente Al-Kharchy, explique le mot الفعل « les agissements » en disant qu'il est équivalent à العداء « la faute ».

Page 328, *note* 2. — Texte lithographié : ذهبت « s'est enfuie ». Texte manuscrit : نهبت « a été volée ».

Page 333, *note* 1. — Texte lithographié : انظر فى الشرح.

Texte manuscrit : انظر فى الشرح اى فى الشرح « Consultez les commentaires, en effet les commentaires, etc.) ».

Page 334, *note* 1. — Le texte lithographié dit :

انه يحلف ما فرط ولا ضمان ولا خرج عليه

Le texte manuscrit dit :

انه يحلف ما فرط ولا خان ولا غرم عليه

« Que le berger doit jurer qu'il n'a pas été négligent, qu'il ne s'est livré à aucune supercherie et que dans ce cas il n'a rien à rembourser. »

Page 336, *note* 1. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 164, ligne 16.

لا ان قال ضاعت منذ سنين وكنت ارجوها ولو حضر صاحبها

Page 336, *note* 2. — *Al-'Adouy*, ouv. cité, t. IV, p. 334.

انظر هل يفيد بقوله وكنت ارجوها او وان لم يقل ذلك او يقال ان مضت مدة يمكنه فيها الاعلام ولم يعلمه فان قال انها سكت لدى كنت ارجوها قبل منه و الا لم يقبل

Cette phrase est actuellement celle de la Touḥfat al-Qouḍḍât.

Page 336, *note* 3. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. IV, p. 334.

انه قال كنت ارجوها واطلبها فلم اجدها فانه لا ضمان عليه

« S'il (le berger) dit : je continuais à espérer et à chercher, mais je ne l'ai pas retrouvée (la brebis), dans ce cas il n'est pas responsable. »

Page 336, *note* 4. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V, p. 27.

مثل ان يقول له لاترع فى الموضع الفلان فيرعى فيه فيهلك بعض الماشية لاجل ذلك فيضمن قيمة ذلك يوم التعدى

« Par exemple si le propriétaire dit au berger de ne pas

faire paître le troupeau à tel endroit, qu'il les y fasse paître et qu'une partie de ce troupeau meure de ce fait; dans cas le berger est responsable de la valeur de ce qui est mort le jour de sa faute. »

Khalîl, ouv. cité, p. 179.

لا ان خالف مرعى شرط

« Ici change le pâturage convenu. »

Dasoûqy, ouv. cité, t. III, p. 25.

كان يقال له لاترع الا فى الموضع الفلان فخالف ورعى فى غيره فتلف فانه يضمن يوم التعدى

« Comme si ce propriétaire dit au berger de ne faire paître qu'à tel endroit, qu'il lui désobéisse et fasse paître autre part, et que ce troupeau se perde ; dans ce cas le berger est responsable de ce qui est perdu le jour de sa faute. »

Page 337, *note* 1. — Le texte lithographié dit : فى كتاب الفرايض.

« Dans le chapitre du partage (des successions) ».

Le texte manuscrit dit : فى كتاب الفراض.

« Dans le chapitre de la commandite ».

Nous avons adopté cette deuxième version, attendu que la phrase de Khalîl citée se trouve effectivement dans ce chapitre et non dans le chapitre du partage des successions.

Page 337, *note* 2. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 174, ligne 10 :

وضمن ان خالف.

Page 337, *note* 3. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. IV, p. 429.

يجوز لرب المال ان يشترط على العامل انه لا ينزل واديا او يسير بالمال فى الليل لما فيه من الخطر او لا ينزل بالمال فى البحر الملح او الحلو و اما لو خاطر وسلم ثم تلف المال بعد ذلك فلا ضمان عليه

« Il est permis au commanditaire de spécifier au commandité de ne pas traverser une rivière, de ne pas voyager avec l'argent, pendant la nuit à cause du danger, de ne pas voyager avec l'argent sur l'eau douce ou sur l'eau salée (sur mer ou sur un fleuve) s'il en court le risque une fois, sans qu'il lui arrive rien, et qu'ensuite il perde l'argent, il n'est pas responsable. »

Page 337, *note* 4. — *Dardîr*, ouv. cité, t. IV, p. 16.

يكره لمن استاجر دابة لركوب ان يوجرها لمثله خفة وامانة

« Il ne sera pas permis à quelqu'un qui a loué un animal pour le monter de le louer à son tour à un autre, fût-il égal à lui par le poids et les garanties qu'il offre. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 18.

فيمن اكترى دابة لركوب يكره له ان يكريها من مثله ليركبها حيث كان مثله فى خفته و امانته

« Celui qui a loué un animal pour le monter, il ne lui est pas permis de le louer à son tour pour le monter à un autre, fût-il son égal en poids et offrirait-il les mêmes garanties que lui. »

Page 338, *note* 1. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. IV, p. 327.

ان من اودع وديعة عند شخص وقال له اجعلها فى تابوتك او فى صندوقك ولا تقفل عليها فقلا فخالف وقفل عليها ثم سرقت بعد ذلك فانه يضمنها لانه سلط السارق عليها لان السارق اذا راى القفل طمع فى اخذها

Si celui qui a confié un dépôt à quelqu'un et lui a dit : « Mettez-le dans votre coin ou dans votre coffre et n'y mettez pas de cadenas » que le dépositaire s'en aille en mettant un cadenas et qu'ensuite l'objet du dépôt soit volé, il est responsable parce qu'il a attiré les voleurs qui en voyant le cadenas ont été excités à voler l'objet (c'est-à-dire que leur attention est attirée sur le coffre parce qu'il est fermé

et qu'ils doivent en conclure qu'il contient un objet de valeur).

Page 338, *note* 2. — *Al-'Adouy*, ouv. cité, t. V, p. 15.

ليس للراعى ان يحمل مكانه راعيا اخر

« Il n'est pas permis au berger de mettre à sa place un autre berger. »

At-Tasoûly, ouv. cité, t. II, p. 168.

وليس للراعى ان يسترعى غيره

« Il n'est pas permis au berger de se faire remplacer par un autre. »

Page 338, *note* 3. — Le texte manuscrit ne dit pas : ثم رجع الى ما بقى.

« Puis il revient au reste (du troupeau). »

Page 338, *note* 4. — Après avoir écrit نام ان « s'il dort », le texte lithographié rectifie et dit : ان قام « s'il s'arrête ».

Le texte manuscrit dit également ان قام, mais plus loin dans l'explication des différents cas où le berger est considéré comme responsable, les deux textes disent ان نام « s'il dort ». Les deux mots et les deux idées s'appliquent également au sens général.

Page 339, *note* 1. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 176, ligne 10 :

وضمن ان خالف.

« Il rembourse s'il désobéit. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 27.

فيضمن لتعديه مثل ان يقول له لا ترع فى الموضع الفلانى فيخالف ويرعى فيه فيهلك بعض الماشية لاجل ذلك فيضمن قيمة ذلك يوم التعدى

« Il (le berger est responsable à cause de la faute commise par lui ; par exemple si on lui dit de ne pas faire

paître le troupeau à tel endroit, qu'il désobéisse et qu'il aille y faire paître et qu'une partie du troupeau en souffre; à cause de cela il est responsable de la perte causée au troupeau le jour de sa faute. »

Page 339, *note* 2. — L'auteur semble considérer comme impossible que le berger n'entende pas les bêlements de la brebis s'il est présent et paraît être d'avis que ce cas doit rentrer dans celui de l'abandon du troupeau par le berger.

Page 340, *note* 1. — Le texte manuscrit ne dit pas :

ثم رجع الى ما بقى.

« Il revient au reste (du troupeau). »

Page 340, *note* 2. — Le texte manuscrit ne dit pas قليلا « pendant peu de temps ».

Page 340, *note* 3. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 291.

الراع نيام نهارا فتضيع الغنم فى نومه او يصيبها السبع او السارق انه لاضمان عليه الا ان يكون فى موضع مخوف

« Si le berger s'endort pendant le jour et que le troupeau subisse des pertes pendant son sommeil ou qu'il soit dévoré par les lions ou pris par les voleurs, il n'est pas responsable à moins qu'il se trouve dans un endroit connu pour être dangereux. »

Page 340, *note* 4. — Le texte manuscrit dit : او اشتغل بصيد او لهو « ou de s'occuper à chasser ou à s'amuser ».

Page 341, *note* 1. — فى الضيعة. Le texte manuscrit dit : في الصنعة, ce qui change complètement le sens de la phrase; il faut lire alors :

« Cela n'est considéré comme faisant partie de son métier », c'est-à-dire « cela n'est pas pour lui une excuse valable. »

Page 341, *note* 2. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 291.

ولم يزل من شان الرعاة النوم نهارا في ايام النوم

« Il est toujours permis au berger de dormir pendant le jour à l'époque du sommeil (en été). »

Page 341, *note* 3. — Le texte manuscrit dit : الارتشاف « Al Irtichâf ».

Page 341, *note* 4. — Le mot قال ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 342, *note* 1. — Le texte manuscrit a ici deux lignes qui manquent dans le texte lithographié.

انه ان فعل ما يفعله الناس من الحط عليها وكونها بين يديه ولم يفرط في بعدها منه فبقاته ولم يعرف لها موضعا من غير تفريط

« C'est-à-dire s'il a fait ce qu'il est d'usage de faire en déchargeant l'animal pendant qu'il le tenait et qu'il ne l'a pas laissé échapper par négligence ; qu'il s'est échappé qu'il ne sait pas où il est, mais qu'il n'y a pas eu de négligence de sa part. »

Page 342, *note* 2. — Le texte manuscrit dit :

ان الوصي اذا حمل مال اليتيم على ما ظاهره السلامة او الاغلب عليه السلامة فعطب فلا ضمان عليه

« Si le tuteur transporte le bien de l'orphelin dans un endroit qui lui semble sûr ou qui est généralement connu comme tel, et qu'il soit volé, il n'est pas responsable. »

Page 342, *note* 3. — « Le berger » الراعي ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 343, *note* 1. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 179, ligne 2 : « Ou fait couvrir sans ordre وا نزى بلا اذن. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 28.

وهكذا يضمن اذا انزى على الماشية بغير اذن اهلها فعطبت تحت الفحل

« De même il (le berger) est responsable, s'il fait couvrir les femelles sans l'autorisation du maître et qu'une femelle soit blessée par le mâle. »

Page 344, *note* 1. — « Sachez » اعلم, ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 344, *note* 2. — *Tabcira de Ibn Farḥoûn*, ouv. cité, t. II, p. 291.

كل راع كان مشتركا وغير مشترك لاضمان عليه الا ان يتعدى او يفرط واما سعيد بن المسيب والحسن البصرى فقالوا لا يضمن الا ان يتعدى او يفرط

« Tout berger, qu'il soit commun ou non, n'est pas responsable, à moins qu'il ne se mette en défaut, ou qu'il ne soit coupable de négligence ; c'est ce que disent Saïd Ibn Al-Masyb et Al-Ḥasan Al-Baçry. »

Page 344, *note* 3. — Le texte manuscrit dit : الان « jusqu'à présent ».

Page 344, *note* 4. — *Dar ar-ra'y*, textuellement : « la maison du berger ».

On appelle ainsi dans certaines villes du Maroc, un fondaq, souvent situé auprès des boucheries, où les bouchers réunissent les moutons qu'ils achètent. Ces moutons sont conduits au pâturage par un berger payé par les bouchers. D'autres que les bouchers peuvent également, moyennant un prix minime, six ou huit centimes par jour et par mouton, faire paître leurs moutons par le berger de Dar ar-ra'y. Dans les grandes villes, à Fas, par exemple, on appelle Dar ar-ra'y l'endroit connu dans les localités plus petites sous le nom de *Doula*, c'est-à-dire l'endroit où se réunissent pour aller paître les troupeaux communs, de bœufs, de chevaux, de mules et de moutons.

Page 345, *note* 1. — « Douar », village de plaine.

Page 345, *note* 2. — « Dchar », village de montagne.

Page 345, *note* 3.—فى اهل الحاضرة « d'une ville », ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 345, *note* 4. — Le texte manuscrit dit ابن بشير Ibn Bachîr.

Le texte lithographié après avoir dit Ibn Rouchd, corrige et met Ibn Bachîr en marge.

Page 345, *note* 5. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V, p. 28.

ان ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس يحترز به عن الاجير الخاص لشخص او لجماعة مخصوصين

S'il s'est consacré au travail de tout le monde, il sera distingué du salarié particulier à un individu ou à une réunion définie d'individus.

Page 346, *note* 1. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V, p. 28.

وله اجرة مثله على الضمان عليه لانه انما رضى بالاجر المسمى لاسقاط الضمان عنه

Il doit réunir un salaire proportionnel à cause de sa responsabilité, car il n'accepte un salaire fixe qu'à la condition d'être exempt de responsabilité.

Page 346, *note* 2. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V, p. 29.

ويفسد العقد بالشرط المذكور

« Le contrat est annulé par ladite clause. »

Page 346, *note* 3. — Le texte lithographié dit : تكون « a ».

Le texte manuscrit dit : تكثر « a une grande quantité ».

Page 346, *note* 4. — Texte lithographié : اخر « un autre ». Texte manuscrit : اجيرا, « un salarié ».

Page 346, *note* 5. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V, p. 27.

La phrase de Kharchy est la même que celle de la Touḥfat al-Qouḍḍât, depuis *Achhab*. Al-Kharchy dit : تكثر comme le texte manuscrit et اخر comme le texte lithographié.

Page 346, *note* 6. — Le texte manuscrit dit : المدونة. « La Moudaouana ».

Page 347, *note* 1. — La même phrase se trouve littéralement dans Al-Kharchy, t. V, p. 27, qui cite également Ibn Mysar. Dans la phrase citée par Al-Kharchy, après : « mais s'il l'a engagé à la journée ou au mois », il ajoute : او سنة « ou à l'année. »

Page 347, *note* 2. — Le texte manuscrit dit : لا يوجر « n'engage pas ».

Ce qui est contraire au sens général ; en effet le salarié du berger commun, vient de dire l'auteur, n'est pas responsable ; et il n'est pas responsable, parce qu'il est engagé moyennant un salaire fixe, à la journée ou au mois, sinon il serait payé proportionnellement à son travail et par conséquent serait responsable.

Page 348, *note* 1. — Le mot ضمان ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 349, *note* 1. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 203.
صلح الراعي فيما وجب عليه غرمه بتفريط ونحوه فان عرفت قيمة المستهلك جاز ذلك المصالح به قدر القيمة او اقل او اكثر

« L'arrangement à l'amiable pour le remboursement dû par le berger, à cause de sa négligence ou d'un acte semblable, peut être fait pour une somme supérieure ou inférieure au prix fixé pour le dommage causé, si ce prix est connu. »

Page 349, *note* 2. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 203.
وان صولح بموخر بعد معرفة القيمة جاز ايضا ان كان بدراهم قدر القيمة او اقل ولا يجوز باكثر

« Si l'arrangement est pris longtemps après l'établissement de la valeur du dommage, il est valable également si l'arrangement est fait pour une somme égale ou inférieure

à cette valeur : il n'est pas valable s'il est fait moyennant une somme supérieure. »

Page 349, *note* 3. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. I, p. 203.

Commentaire du chapitre باب الصلح ومايتعلف له « De la transaction et de ce qui s'y rapporte ».

De Ibn 'Âcim (fin de la première partie du chapitre, dans une observation relative au berger).

Page 349, *note* 4. — *At-Tasoûly*, t. I, p. 203.

وكذا اذا قتل بقرة مثلا فلا يجوز له الصلح بمثلها

« De même si par exemple, il (le pâtre) a tué une vache, il ne lui est pas permis de transiger en donnant une autre vache. »

Page 350, *note* 1. — Le texte manuscrit dit : قال « il dit ».

Page 350, *note* 2. — Le texte manuscrit dit : للمبايعه « lors de l'établissement du prix ».

Page 351, *note* 1. — « Il est préférable de faire l'arrangement en dirhams » واحرى ان كانت دراهم.

Ce membre de phrase ne se trouve pas dans le manuscrit. Cela change le sens en général de la phrase, qui devient alors : « La Mouaziya admet cette manière de voir, si la transaction est faite en dirhams et que ni la valeur de l'estimation ni celle du dinar ne soient connues. »

Page 351, *note* 2. — L'auteur du dommage est ici considéré comme l'acheteur, المشترى, de la valeur du dommage causé, dont le propriétaire de l'animal est considéré comme le vendeur; il ne peut recevoir le prix de ce qu'il vend que lorsque la valeur de ce dommage, qui est assimilé à une marchandise, est connue.

Al-Boukhâry, « Les traditions islamiques », traduction Houdas et Marçais, t. II, p. 53, chap. CVIII. De la vente d'un esclave contre un esclave, d'un animal contre un animal. Ibn 'Omar acheta un chameau de selle contre quatre

chameaux de bât que le vendeur lui garantit de lui livrer à Ratadza.

Ibn 'Abbas a dit : « Il arrive qu'un seul chameau vaille plus que deux autres chameaux. »

Râfé-ben-Khadîdj acheta un chameau moyennant deux chameaux et le vendeur ne lui en livra qu'un (1) (immédiatement) en disant : « Je te livrerai l'autre demain, et il sera agile si Dieu le veut! »

Ibn al-Mosayyb a dit : « Il n'y a pas d'usure lorsqu'il s'agit d'animaux, quand on donne à terme un chameau moyennant deux chameaux et un mouton moyennant deux moutons. »

Ibn Sîrîn a dit : Il n'y a aucun mal à livrer à terme un chameau contre deux chameaux, un dirhem contre un dirhem. »

Page 352, *note* 1. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. I, p. 203.

كان الصلح بيع للقيمة و هى قبل معرفة قيمتها مجهولة

« En effet la transaction est la vente de l'estimation (du dommage) et cette estimation est inconnue avant que l'estimation n'ait été faite. »

Page 352, *note* 2. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. I, p. 203.

ان قتل بقرة مثلا فلا يجو ز له الصلح بمثلها الا بعد فوات لحمها

« S'il (le berger) a tué une vache, par exemple, il ne lui est pas permis de faire une transaction, moyennant une autre vache, avant d'avoir vendu la viande de la première. »

Page 353, *note* 1. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. I, p. 203.

لانه من بيع اللحم بالحيوان

« Parce que c'est vendre de la viande en échange d'un animal vivant. »

Al-Madjâcy ('Abdarraḥmân ben 'Abdalqâdir). Kitâb

(1) Il faut lire : et il n'en livra qu'un au vendeur en disant : « Je te livrai l'autre demain, etc. »

Al-Moughârasa ou At-Tacîr ou At-Taoulidj, manuscrit, p. 127.

النهى عن بيع الحيوان باللحم

وعن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان با للحم وعن داو ود بن الحصين انه سمع سعيد بن المسيب يفول كان من ميسر اهل الجاهلية بيع اللحم با لشاة والشاتين قال ابو الزناد فقلت لسعد بن المسيب ار ايت رجلا اشترى شارفا العشر شا ة فقال سعيد ان كان اشتراها لينحرها فلا خير فى ذلك قال ابو الزنا د وكل منا درکت من الناس ينهون عن بيع الحيوان با للحم قال ابوالزناد وكان ذ لك يكتب فى عهود العمال فى زمان ابان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهو ن عن ذ لك

Mououaṭṭa Al-Imâm Al-Mahdy, Alger, 1905-1907, p. 497. (Abrégé de la Mououaṭṭa de l'Imam Mâlik.)

وسئل ابن القاسم عن رجل ذبح شاة لرجل فيلزمه الحاكم غرم قيمتها هل يجوز لصا حبها ان يا خذ شاة او بقرة او فصيلا من الا بل وما اشبه ذ لك والشاة المذبوحة بحا لها لم تفت فقال لا يجوز له ان يا خذ شيئا من الحيوان الذى لا يجوز ان يباع بلحمها قال ابن رشد هذ االماورد عنه عليه السلام من النهى عن بيع الحم بالحيوان

« Défense de vendre des animaux vivants moyennant de la viande.

« D'après Sa'ïd ben al-Macyb le prophète a défendu la vente des animaux vivants moyennant de la viande. »

« Dâououûd ben al-Ḥacîn rapporte qu'il a entendu dire par Sa'ïd ben Macyb que la vente usitée par les Arabes idolâtres, qui consistait à vendre de la viande moyennant une ou deux brebis faisait partie des jeux de hasard usités par ces Arabes (1). Abou Zinâd a dit : J'ai dit à

(1) Le jeu de hasard ne consistait pas dans l'échange d'animaux vivants contre de la viande, mais dans l'usage des Arabes idolâtres de partager

Sa'ïd ben Macyb : « As-tu jamais vu un homme acheter une vieille chamelle au prix de dix brebis. » Sa'ïd ben Macyb a répondu : « Si cet homme a acheté cette chamelle dans ces conditions, pour l'égorger, il a eu tort de le faire. » Abou Zinad ajoute : « Tous ceux que j'ai interrogés désapprouvent la vente des animaux moyennant de la viande ; et il ajoute également que la même défense a été écrite dans *'Ohoud al-'Ommâl* à l'époque de Aban ben 'Othmân et d'Hachim ben Isma'ïl.

« On a interrogé Ibn al-Qâsim sur le cas d'un homme qui avait égorgé une brebis appartenant à un autre et que le juge avait condamné à lui en payer la valeur. Est-il licite au propriétaire de la brebis de recevoir une autre brebis, ou une vache ou un jeune chameau, sevré, ou quelque chose d'analogue, alors que la brebis est encore entière et que sa viande n'a pas été vendue ? Il a répondu : Il n'est pas licite qu'il reçoive un animal vivant quelconque, qu'il n'est pas permis d'acheter en donnant en échange de la viande d'un animal semblable. » Ibn Rouchd a dit : « Cela parce que le prophète a défendu de vendre de la viande en recevant comme paiement un animal vivant. »

Page 353, *note* 2. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 321.

اذا تلف المغصوب فغرم الغاصب قيمته ثم وجده فانه يكون له لا لربه وكذا الراعي والصانع والمستعير وغيرهم

« Si l'objet volé a disparu et que le voleur ait remboursé sa valeur, qu'ensuite on l'ait retrouvé, il appartiendra

un chameau égorgé en vingt-huit ou en dix parts, et de tirer ensuite au sort ces parts au moyen de flèches ازلام mises dans un sac. Cet usage existe encore aujourd'hui au Maroc surtout dans les campagnes, lorsque plusieurs personnes se cotisent pour acheter un mouton ou un bœuf qu'elles égorgent et dont elles se partagent la viande : c'est ce qu'on appelle faire « l'ouziâa » الوزيعة. Les quartiers de viande sont partagés entre les acheteurs au moyen de bâtons de différentes longueurs, tirés au sort.

au voleur et non à son propriétaire ; il en est de même pour le berger, l'ouvrier, l'associé et les autres. »

Page 353, *note* 3. — Le texte manuscrit ne dit pas عبد « un esclave » et parle d'une accusation de vol sans spécifier quel en est l'objet.

Page 356, *note* 1. — « Et qu'ils se perdent » فيضيعها ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 356, *note* 2. — « Tout » كل ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 357, *note* 1.

Ce membre de phrase depuis « Ibn Hilâl » ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 357, *note* 2. — *Al-Kharchy*, ouv. cité, t. V, p. 14.

واما سفر الابوين بالولد فليس لهما اخذ الولد الا ان يدفع الى المرضعة جميع الاجرة

« Les parents de l'enfant, s'ils voyagent, ne peuvent pas emmener l'enfant avec eux avant d'avoir donné à la nourrice son salaire en entier. »

Page 357, *note* 3. — Le texte lithographié dit اب الصبي « le père de l'enfant ».

Le texte manuscrit dit الوصي « le tuteur ».

Page 357, *note* 4. — Le texte lithographié dit قال.

Ce mot ne se trouve pas dans le texte manuscrit :

Page 358, *note* 1. — Texte lithographié : ياجر. Texte manuscrit : يو اجر.

Page 358, *note* 2. — Texte lithographié ولما نسيل كما بي. Texte manuscrit كما بي.

Page 358, *note* 3. — Texte manuscrit اذا.

Page 359, *note* 1. — « Touḥfa de Ibn 'Acim ». Trad. Houdas et Martel, p. 583.

Page 359, *note* 2. — Le texte manuscrit dit قال au singu-

lier, le texte lithographié dit ولى au duel. Cette version paraît préférable, étant donné qu'il s'agit des deux auteurs précédemment nommés.

Page 359, *note* 3. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 166.
فان تروغ الراعى اومعلم الصبيان مثلا وخرجا قبل القضاء المدة من غير عذر ولا عايب انفسخت الاجارة وان عمل شيئا فحسا به وبه افتى ابن عرفه فى الراعى واجراء الحرث لاشهر معينة يروغ الاجير فى بعضها فياتى بعد المرة ان له بحساب ما عمل

« En cas de départ du berger ou des maîtres d'école avant l'expiration de leur contrat, sans motif sérieux, le contrat est annulé, et ils seront payés du temps pendant lequel ils auront travaillé. C'est ainsi qu'a jugé Ibn 'Arafa relativement au berger et aux laboureurs qui abandonnent leur travail pendant un nombre de mois déterminé et qui reviennent après l'expiration du contrat; il déclare qu'il a droit au salaire pendant le temps qu'il a travaillé. »

Page 359, *note* 4. — Le texte manuscrit dit : الموازيه « la Mouâziya ».

Page 360, *note* 1. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 167.
ان لا شيء له لا نه ترك ماكان لحب له بترك لمتام ما عوملعليه قاله ابو ميمونه الدراس بفيه فاس

« Que rien ne lui est dû, attendu qu'il a perdu tout droit en ne terminant pas le temps par lequel il était loué; c'est ce que dit Aboû Mymoûna, faqîh de Fâs. »

Page 360, *note* 2.—Texte lithographié تتمة. Texte manuscrit تنبيه.

Page 360, *note* 3. — Texte lithographié : « après » بعد. Texte manuscrit : « avant » قبل.

Page 360, *note* 4. — Cette phrase donne raison à la version du texte lithographié du paragraphe précédent, qui dit بعد.

« Si le berger revient après l'achèvement de l'année. » Le cas de son retour *avant* قبل est en effet traité maintenant.

Page 361, *note* 1. — Ibn 'Âcim. Trad. Houdas et Martel, chap. LXXV, du Salariat, p. 584 et 585 ;

والقول للعامل حيث يختلف

في شانها بعد الفراغ ان حلف

« Du moment qu'il y a désaccord au sujet du contrat, le travail terminé, on s'en rapporte au dire de l'ouvrier, s'il prête serment.

(*Miyâra de Mouḥammad ben Aḥmad Al-Fâsy.*) Commentaire de Ibn 'Âcim. Édition du Caire, 1315. — T. II, p. 110.

اذا اختلف العامل والمعمول له في شان الا جارة فا ن كان اختلا فهما بعد فراغ العا مل من عمله فالقول قو له مع يمينه

« S'il y a désaccord entre l'employé et celui qui l'emploie, à propos du salaire, si ce désaccord se produit après la fin du travail, l'employé sera cru sous serment. »

Page 363, *note* 1. — *Khalîl*, ouv. cité, p. 155, ligne 12.

وله ان يتبرع

« Il lui est permis de donner en aumône. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. IV, p. 259.

يجو زله بغير اذن شريكه ان يتبرع بشيء من مال الشركة

« Il lui est permis, sans autorisation de son associé, de faire une aumône avec une petite partie du bien de l'association.

Page 364, *note* 1. — Texte lithographié : الدرر. Texte manuscrit المدو نة.

Page 364, *note* 2. — Texte lithographié : العبر ينى. Texte manuscrit : الصد ينى.

Page 364, *note* 3. — *Ibn Raḥḥâl* (Al-Ḥasan). — Ḍamân aç-çounnâʿ, manuscrit, p. 66.

الراعي اذا كان يد وركل ليلة هل دورانه على عدد الما شية او البيوت واختارانه على عدد الماشية

« Si le berger fait sa tournée tous les soirs (pour recevoir sa nourriture), cette tournée sera-t-elle basée sur le nombre des animaux ou sur le nombre des maisons? On a décidé que cela devait être sur le nombre des animaux. »

Page 364, *note* 4. — Texte lithographié: اكل ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 365, *note* 1. — *Alîch*, ouv. cité, t. II, p. 48.

ان اكلت المواشي الزرع ليلاو الحال ان ربها لم يربطها ربطا يمنعها من الانطلاف ولم يغلب فلبا كذلك ضمن ربها قيمة ما اكلته على البت ان بدا صلاحه وان لم يبد صلاحه ضمن قيمته على رجاء سلامته من الجايحة وخوف اصابتها له ان لم يكن لها راع بالليل لوكان وحلف مافرط فان ربطت الربط المانع وافلب عليها الفلب المانع فانفلتت واكلته فهدر وان اكلته نهارا فان سرحت بمحل بعيد عن المزارع يفلب على الظن انها لاترجع لها فرجعت واكلته فهدر ايضا كان لها راع اولا وان سرحت فربها فا لضمان على ربها ان لم يكن لها راع اوكان وليس فيه كفاية ولا قدرة على منعها فان كان لها راع فيه الكفاية وفرط فا لضمان عليه وان غلبته فهدر وقال ابن سلمون فما افسدت من الزرع والشجر ليلا فاصحابها ضامنون كانوا معها اولم يكونوا على ما قضى به النبي في نافة البراء بن عازب واما بالنهار فلا ضمان عليهم كان معها راع اولم يكن فيما افسدته في الصحارى والمسارح البعيدة من الزرع وعلى اربابه حفظه ولا يلزم الراعي في ذلك الا ان يكون تعمد فالفا هافي ذلك فعليه الادب والضمان قال ابن رشد يسقط الضمان فيما افسدت من الزرع بالنهار اذا اخرجت عن جملة المزارع للفرية وتركها في المسرح واما ان اطلقها للرعي قبل ان تخرج عى مزارع

الفرية دون راع يذ ودها عن الزرع فهو ضامن لما افسدت وان كان معها
رعاتها فانما يكون الضمان على الرعات ان فرطوا او ضيعوا حتى افسدت
شيئا على هذا حمل اهل العلم ماثبت ان رسول الله صلعم فضى على
ارباب الزرع بحفظه بالنهار و قال ابن الحاج فى مسايله اذا قلنا بالضمان ما
افسدت باليل فهل يتعلف الضمان برعاتها او بار بابها تكلمت فيها مع
ابن رشد فظهر له ان الضمان على الرعاة و يحتمل ان الضمان يتعلف بار بابها
لان الراعى اجير يحلف مافرط ولا ضيع ويفرع رب الماشية

« Si le troupeau a mangé une récolte pendant la nuit et que cela se passait alors que le maître de ce troupeau n'avait pas attaché les animaux de façon à ce qu'ils ne puissent pas se détacher et qu'il ne les avait pas enfermés, ce propriétaire est responsable de ce qui a été mangé par le troupeau jusqu'à la racine, s'il paraît pouvoir renaître, sinon il est responsable de la valeur faite d'après une estimation moyenne établie d'une part sur la possibilité que la récolte repoussera et de l'autre sur la crainte qu'elle ne repoussera pas ; cela s'il n'y avait pas de berger avec le troupeau pendant la nuit ; s'il y avait un berger, ce berger doit jurer qu'il n'a pas été négligent.

« Dans le cas où les animaux auraient été solidement attachés ou bien enfermés, et qu'ils se soient échappés, dans ce cas il n'y a pas de sanction, même s'ils avaient mangé la récolte pendant le jour.

« Si le troupeau a été paître dans un endroit éloigné des champs ensemencés, d'où il ne semble pas possible qu'il puisse y revenir, qu'il y soit revenu et qu'il ait mangé la récolte ; dans ce cas également il n'y a pas de sanction, qu'il y ait avec lui un pâtre ou qu'il n'y en ait pas. Si on a fait paître le troupeau, près des champs ensemencés, son propriétaire est responsable, si le troupeau n'est pas accompagné d'un pâtre ou que ce pâtre ait été dans l'impossibilité d'empêcher le troupeau de manger la récolte. Si le

troupeau est accompagné d'un pâtre suffisant, c'est lui qui est responsable, au contraire si les efforts du pâtre pour retenir le troupeau sont insuffisants, il n'y a pas de sanction.

« Ibn Sahnoûn a dit : Les dommages causés pendant la nuit par des troupeaux à des récoltes ou à des arbres sont remboursés par les propriétaires de ces troupeaux, qu'ils y aient été avec eux ou non, ainsi que l'a jugé le Prophète à propos de la chamelle d'Al-Barrâ ben 'Azib.

« Pendant le jour les propriétaires ne sont pas responsables de ce que les troupeaux peuvent détruire dans des endroits sans cultures, et dans des pâturages éloignés des champs ensemencés, qu'il y ait eu avec ces troupeaux des pâtres ou qu'il n'y en ait point, et c'est au propriétaire des champs (qui pourraient se trouver dans ces endroits) à les garder ; ce n'est pas au pâtre à le faire; ce n'est que lorsqu'avec intention il pousse le troupeau (dans le champ placé au milieu des endroits réservés au pâturage) que le pâtre doit être puni et qu'il est responsable.

« Ibn Rouchd a dit : La responsabilité n'existe pas pour le blé détruit pendant la journée, s'il se trouve en dehors de l'ensemble des champs ensemencés du village, au milieu des endroits réservés au pâturage.

« Si le propriétaire lâche le troupeau et le laisse paître avant qu'il n'ait dépassé la limite des champs ensemencés du village, sans pâtre qui l'éloigne de la récolte, il est responsable de la récolte perdue. Si le troupeau est accompagné des pâtres, ceux-ci sont responsables des dommages causés.

« Les docteurs ont établi leur décision sur le jugement du Prophète, sur lui la bénédiction de Dieu et le salut, ordonnant que les propriétaires de champs ensemencés doivent les garder pendant le jour.

« Ibn al-Hâdj dans ses *Masâ'il*, a dit : Nous avons parlé de responsabilité encourue pour les dommages causés

pendant la nuit; cette responsabilité doit-elle être supportée par le berger ou par le propriétaire du troupeau ? Nous avons entretenu Ibn Rouchd de la question ; il lui a semblé que la responsabilité devait incomber au berger.

« Il est également possible que la responsabilité retombe sur le propriétaire ; en effet le berger est un salarié ; s'il jure qu'il n'a pas été négligent et qu'il n'a causé aucun dommage, le propriétaire du troupeau doit rembourser. »

Al-Kharchy, ouv. cité, t. V, p. 354.

يعنى ان الحيوان الذى يمكن حراسته ولم يكن معروفا بالعداء سوا كان
ماكول الحم ام لا اذا اتلفت شئيا من الزرع او من الحوايط اوالكروم فى ليل
فضمانه على ربه لاكن يضمن قيمة ماذكر على البت ان بدا صلاحه وان لم
يبد صلاحه فيضمنها على الرجاء والخوف وان زادت قيمة الشيء المتلف
على قيمة البهايم وسواء كان محظورا عليه ام لا فاله اشهب بان يقال
ما قيمته الان على جواز شرايه على تقدير تمامه سالما و على تقدير
جايحته كلا او بعضا فلو تاخر الحكم متى عاد لهينته سقطت قيمته ويودب
المفسد وليس له بها ان يسلم الماشية فى قيمة ما افسدت بخلاف العبد
الجانى والفرق ان العبد مكلف فهو الجانى والماشية ليست مكلفة فليست
هى الجانية واما ما اتلفته نهارا فلا ضمان على اربابها بشرطين .·. الاول
اذا لم يكن راع .·. الثانى ان تسرح بعد المزارع با ن يخرجها عن الزرع الى
موضع يغلب على الظن انها لا ترجع له فلو كان معها راع وهو قادر على
دفعها فانه يضمن سواء سرحت بعد المزارع او قربها فلو سرحت قرب
المزارع وليس معها راع فان ضمان ما اتلفته على ربها والا فعلى الراعى
فان كان معها راع فالضمان عليه سواء سرحت بعد المزارع او قربها على
ظاهر ما لابن ناجى

« C'est-à-dire que les animaux qui peuvent être gardés, et qui ne sont pas connus comme nuisibles, que leur

viande puisse ou non être mangée (c'est-à-dire que ce soit des bœufs et des moutons, ou des chevaux ou des ânes, par exemple) si ils détruisent des récoltes ou des haies, ou des vignes pendant la nuit, ce sont leurs propriétaires qui en sont responsables ; mais ils sont responsables de ce qui vient d'être dit, en entier, que l'on puisse espérer que ce qui a été détruit repousse ou que l'on ne puisse pas l'espérer, et l'estimation de cette responsabilité est faite d'après le sentiment d'espoir de voir repousser ce qui a été détruit et la crainte du contraire ; cela sans tenir compte si l'estimation de la chose détruite est supérieure à la valeur des animaux cause du dommage, et que ce qui a été détruit fût ou non clôturé.

« Achhab a dit : « Quel est le prix auquel on aurait acheté ce qui a été détruit quand cela était en bon état et quel est ce prix après que cela a été détruit en entier ou en partie ? Si le jugement a été retardé jusqu'à ce que la récolte ait repoussé à nouveau, l'estimation est supprimée. Celui qui a causé la destruction est puni, et il n'est pas permis au propriétaire du troupeau d'abandonner ce troupeau en échange de ce qu'il a détruit, contrairement à ce qui se passe pour l'esclave coupable. C'est la différence qu'il y a entre l'esclave qui est raisonnable et qui par conséquent peut être coupable, tandis que les animaux qui n'ont pas de raison ne peuvent avoir de culpabilité. Quant à ce qui est détruit pendant le jour, le propriétaire des animaux ne peut pas être rendu responsable, à deux conditions : la première, qu'il n'y ait pas de berger avec le troupeau, la deuxième, que le troupeau soit conduit loin des champs ensemencés de façon qu'il soit éloigné des récoltes, jusqu'à un endroit d'où on ne peut pas penser qu'il puisse revenir aux champs ensemencés. S'il y a un berger avec le troupeau et qu'il soit capable de le maintenir, il est responsable que le troupeau ait été conduit loin des champs

ensemencés, ou auprès d'eux. Si le troupeau a été conduit près des champs ensemencés et qu'il n'y ait pas de berger avec lui, la responsabilité de ce qui est détruit par ce troupeau incombe à son propriétaire; dans le cas contraire c'est le berger qui est responsable. Si le troupeau est accompagné d'un berger, c'est ce dernier qui est responsable que le troupeau ait été conduit loin ou près des champs ensemencés. C'est ce qui apparaît de ce que dit Ibn Nâdjy.»

Al-'Adouy, ouv. cité, t. V, p. 354.

فوله وما اتلفته البهايم ليلا فعلى ربها هذا اذا لم يكن لها راع فى اليل اما لوكان لها راع فى اليل فالضمان عليه مع قدرته على دفعها وفوله وان زاد على قيمتها اتى به للرد على يحيى بن يحيى انما عليهم الاقل من قيمتها وقيمة ما افسدت فوله فعلى ربها اى ضمانه اذا نقص عن قيمتها اوساواها بل وان زاد عوض ما اتلفته على قيمتها والعوض شامل لقيمة المقوم ومثل المثلى وظاهره سواء كانت مربوطة ام لا وليس كذلك بل محل الضمان اذا تركوها من غير ربط اما اذا ربطوها وحفظوها فلا ضمان عليهم والحاصل ان الماشية اذا ربطت الربط الذى يمنعها عادة فانه لاضمان على ربها كانت عادية ام لا وان لم تربط الربط المذكور ولا فعل عليها الفعل المذكور فان كانت عادية فانه يضمن ربها ما اتلفت ليلا اونهارا وان كانت غير عادية فانه يضمن ربها ما اتلفته ليلا دون ما اتلفته نهارا وقوله فعلى ربها سواء كان واحدا او متعددا وهل على عدد الرؤوس او على عدد المواشى قاله الافقهسى وافول الظاهر الثانى

« Il dit (le Moukhtaçar) : *Le propriétaire des animaux est responsable de ce qu'ils détruisent pendant la nuit*, c'est-à-dire s'il n'y a pas de berger avec ces animaux pendant la nuit ; s'il y a un berger avec eux pendant la nuit, c'est lui qui est responsable dans le cas où il était dans la possibilité d'empêcher les animaux (de détruire).

« Ce qu'il dit (le Moukhtaçar): *Quand même la valeur de ce qui a été détruit dépasse celle du troupeau*, est en réponse à Yaḥya ben Yaḥya qui dit que le propriétaire du troupeau doit payer la moindre estimation de ce qui a été détruit, et une somme moindre que la valeur du troupeau. Il dit aussi : « *il incombe au propriétaire*, c'est-à-dire de rembourser une valeur moindre que celle du troupeau ou égale à cette valeur, et même supérieure si cela est nécessaire pour compenser la valeur de ce qui a été détruit ; la compensation comprend l'estimation du dommage et son remplacement par une valeur égale ; il semble d'après cela qu'il en est ainsi, que les animaux aient été attachés ou non, tandis qu'ici il s'agit de responsabilité et que le propriétaire est responsable si les animaux ne sont pas attachés et s'il les attache et les garde, il n'est pas responsable. En résumé, le propriétaire des animaux n'est pas responsable si ceux-ci ont été selon la coutume attachés ou enfermés solidement, qu'ils s'échappent habituellement ou non ; mais si ces précautions n'ont pas été prises et que les animaux aient l'habitude de s'échapper de nuit ou de jour, leur propriétaire en est responsable. Si ces animaux n'ont pas l'habitude de s'échapper, leur propriétaire est responsable des dommages qu'ils causent pendant la nuit et non pendant le jour.

« Il dit (le Moukhtaçar) : *Le propriétaire est responsable*, c'est-à-dire, qu'il y ait un seul propriétaire ou plusieurs. Al-Aqfahasy demande si cette responsabilité est proportionnelle au nombre des propriétaires ou au nombre des animaux. Il semble que ce doit être au nombre des animaux. »

Dasoûqy, ouv. cité, t. IV, p. 318.

وما اتلفته البهايم ما كولة اللحم ام لا من الزرع والحوايط وهى غير معروفة بالعداء ولم تربطوا لم تقفل عليها بما يمنعها ليلا فعلى ربها وان زاد ما تلفته من زرع ونحوه على قيمتها بقيمته على

فرض والخوف اى يقوم مرتين مرة على فرض تمامه ومرة على فرض عدم تمامه ويجعل له قيمة بين القيمتين بان يقال ما قيمته على فرض تمامه فاذا قيل عشرة قيل وما قيمته على فرض عدم تمامه فاذا قيل خمسة فاللازم سبعة ونصف لانك تضم الخمسة الى العشرة تكون خمسة عشر نصفها ما ذكر والاصح انه يقوم تقويما واحدا على تقدير الرجاء والخوف

« Le propriétaire est responsable de ce que les animaux dont la viande peut être mangée et ceux dont la viande ne peut être mangée, ont détruit de récoltes et de clôtures, même s'ils ne sont pas connus pour avoir l'habitude de s'échapper, s'ils n'ont été ni attachés ni enfermés de façon à ne pas pouvoir sortir pendant la nuit, quand même la valeur de ce qui a été détruit, récolte ou autre chose analogue, dépasserait la valeur des animaux, après que l'estimation de ce qui a été détruit ait été faite entre espérance et crainte (c'est-à-dire en faisant une estimation moyenne basée d'une part sur l'espérance que la récolte repoussera, d'autre part sur la crainte qu'elle ne repousse pas).

« On devra faire deux estimations ; l'une basée sur une destruction totale, l'autre sur une destruction partielle, et établir la valeur des dommages entre les deux, c'est-à-dire que si l'estimation basée sur une destruction totale, donne dix et celle basée sur une destruction partielle, cinq, il faut estimer la valeur du dommage à sept et demi ; en effet cinq et dix font quinze et la moitié est le chiffre indiqué (sept et demi).

« Le meilleur moyen est de ne faire qu'une seule estimation du dommage en la basant entre l'espérance et la crainte. »

Tabcira de Ibn Farḥoûn, ouv. cité, t. II, p. 302.

وما افسدت البهايم فى الزرع نهارا فلا ضمان على ارباب الماشية واما ليل فالضمان عليهم والقول بنفى الضمان فيما افسدته نهارا محمول على

ان المواشى معها راع واما ان اهملها اهلها فهم ضامنون شبيه واذا سقط الضمان عن ارباب المواشى فيما رعته نهارا فضمان ذ لك على الراعى ان فرط وفى معين الحكام انما سقط عن رب الماشية ضمان ما افسدته ما شيته نهارا من الزرع والحوايط اذا اخرج ما شيته عن جملة الزرع والحوايط بفايد يقودها الى رعيها واما ان اهملوها بين الزرع والحوايط دون راع او مع راع يضيع او يفرط فربها ضامن لما افسدته ويضمن الراعى المفرط واعلم ان سقوط الضمان فيما رعته البهايم نهارا انما هو فى المواضع التى تغيب عنها اهلها واما ان كان الجنان مهملا لاياتيه اربا به الا فى ايام الجذاذ فان الضمان لازم فيما رعته نهارا قاله ابو محمد من الفتاوى المجموعة مسئلة قال ابن راشد وسالت بعض الفقهاء عن اجراء القرية يرعون بقرها على الدولة بالليل كل واحد منهم ليلة فطرقت البقر زرع انسان فافسدته على من الغرم فقال ان فرط الراعى وغفل فالغرم عليه وان سبقته وقهرته وعلم ذلك فالغرم على اربابها مسئلة وفى مختصر الواضحة قال ابن مزين سمعت اصبغ يقول سالته عن الزرع اذا كان محيطا بالقرية متصلا بها لا يسلم من الماشية اذا اخرجها صاحبها وخلاها من غير راع يحرسها قال صاحبها يومر ان يخرج معها راع او رعاة يحرسونها ويمنعونها ان تؤذى احدا او يمروا بها على الطريف التى يتحفظ اهلها من اذى الزرع التى يليها فاذا اخرجوها من مزارع القرية الى فحوصها ولا زرع فيه منها تركت الماشية هنالك بغير راع

« Le propriétaire du troupeau n'est pas responsable des dommages causés pendant le jour aux récoltes par les animaux, mais il est responsable des dommages causés pendant la nuit. Il est compréhensible que le propriétaire ne soit pas responsable des dégâts causés pendant le jour, parce qu'à ce moment le troupeau est accompagné du berger ; mais si le propriétaire laisse le troupeau abandonné à lui-même, il est responsable. »

« *Remarque.* — Si la responsabilité est supprimée pour le propriétaire pendant la journée, elle incombe au berger s'il est négligent. D'après le Mou'yn al-Ḥoukkâm la responsabilité du propriétaire du troupeau, est supprimée pour les dégâts causés par ce troupeau pendant le jour, aux récoltes et aux haies, à la condition que ce troupeau ait été conduit loin des endroits où se trouvent des récoltes et des haies, par un conducteur ; mais si le propriétaire a abandonné le troupeau à lui-même, au milieu des récoltes et des haies, sans berger, ou avec un berger connu pour sa négligence, et qui le laisse habituellement aller à sa guise, le propriétaire est responsable des dommages causés. Si les dommages proviennent d'une négligence occasionnelle du berger, c'est lui qui est responsable. Sachez que la responsabilité du propriétaire est supprimée relativement à ce que les animaux ont mangé pendant le jour, lorsqu'il s'agit d'endroits dont les propriétaires sont absents ; s'il s'agit d'un jardin abandonné, où son propriétaire ne va qu'à l'époque de l'émondage, le propriétaire du troupeau est responsable de ce qui est mangé pendant le jour. C'est ce que dit Aboû Mouḥammad, d'après un ensemble de consultations.

« *Une question.* — Ibn Râchid a dit : Nous avons interrogé quelques savants relativement aux salariés d'un village qui font paître les bœufs en troupeau commun, pendant la nuit, chacun pendant une nuit ; les bœufs sont entrés dans la récolte de quelqu'un et l'ont détériorée. Qui doit la rembourser ? Leur réponse a été que si le berger a été négligent ou inattentif, c'est lui qui est responsable, mais s'il est établi que les bœufs l'ont devancé et qu'il a été incapable de les retenir, la responsabilité incombe à leurs propriétaires.

« *Autre question.* — Dans le Moukhtaçar al-Ouâdiḥa Ibn

Mazian rapporte qu'il a entendu parler (à ce sujet) Açbagh et qu'il l'a interrogé sur le cas des récoltes qui se trouvent autour d'un village et tout près de ce village et qui ne peuvent être à l'abri des dommages causés par les troupeaux, si leurs propriétaires les font sortir et les laissent paître sans bergers. Il a répondu : Leurs propriétaires doivent ordonner que ces troupeaux sortent avec un ou plusieurs bergers pour les garder et les empêcher de causer aucun dommage, et qui les feront passer par un chemin qui leur permette de passer sans causer de dommages aux récoltes. Lorsque les moutons sont sortis de la région où se trouvent les récoltes, on peut abandonner en cet endroit les troupeaux sans bergers. »

Page 366, *note* 1. — Texte lithographié : عياض. Texte manuscrit : بعضا.

Page 366, *note* 2. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 168.

و اذا اجر بعض الجماعة اماما للصلاة او الاذان فان ذلك يلزم من غاب عن العقد كما افامه ابن نافى من المدونة وبه افتى ابن الحاج حيث جرى عرف القرية بذلك وبه افتى ابن هلال

« Si l'Assemblée du village engage un Imam pour la prière ou pour l'appel à la prière, cet engagement oblige même ceux qui n'ont pas assisté à la conclusion du contrat, comme l'a établi Ibn Nâdjy d'après la Moudaouana et Ibn al-Hâdj a conclu dans le même sens, attendu que telle est la coutume établie ; Ibn Hilâl a également conclu dans ce sens. »

Page 367, *note* 1. — Texte lithographié ان التزموا الاجرة مع جيرانهم. Texte manuscrit ان التزموا الاجرة جيرانهم.

Ar-Rahoûny, ouvr. cité, t. VIII, p. 120.

قال فى اخر طررا بن عات مانصه وليحيى بن عمر فى رجل كان مع غنم بين زرع وخاف فوات وقت الصلاة انه يصلى ويغرم قيمة الزرع ان افسدته الغنم

« Le principe suivant est établi à la fin de l'ouvrage marginal de Ibn 'At et dans Yaḥya ben 'Omar : « Un homme se trouvait avec des moutons entre des champs ensemencés ; il craignait de laisser passer l'heure de la prière. Son devoir est de faire sa prière et de rembourser l'estimation du dommage que les moutons pourront causer (pendant qu'il fera sa prière). »

Page 367, *note* 2. — في الخلاف ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 367, *note* 3. — « Chaussons ». — Le texte dit : خوف « Khouf ».

On appelle ainsi au Maroc des chaussons bas, en cuir très mince, sans semelles, qui se portent dans les babouches et avec lesquels on peut faire la prière.

Page 367, *note* 4. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 168.

ومن كانت له غنم فباع نصفها على ان يرعى المبتاع نصفها الثانى مدة معلومة جاز ذلك وتكتب فيه باع فلان من فلان نصف ماية شاة ضانا على السواء بكذا دينار او قبضها منه واجره بها الى وقت كذا وعلى ان يرعى له المبتاع النصف الباقى على ملكه منها طول هذه المدة المذكورة وقبض المبتاع جميع الغنم المذكورة بعد ان قلبها ورضيها وصارت تحت رعايته له نصفها بهذا الابتياع والنصف الثانى باقى على ملك البايع حتى يقتسماها اذا ادعى احدهما الى ذلك وعلى البايع خلف ما هلك او باع من نصيبه مدة الاستيجار المذكور وله سنة المسلمين فى بيعهم واستيجارهم شهد عليهما الخ

« Si celui qui a des moutons en vend la moitié à la condition que l'acheteur fera paître l'autre moitié, pendant un temps déterminé, cela est licite, et on rédige le contrat comme suit : Un tel a acheté d'un tel la moitié de cent brebis égales entre elles, pour tant de dinars ; il a pris livraison de ces brebis et s'est engagé vis-à-vis du vendeur pour tant de temps à faire paître pour lui l'autre moitié

qui demeure sa propriété, durant ce temps indiqué. L'acheteur a pris possession de l'ensemble des moutons sus désignés après les avoir examinés et acceptés, il les fera paître. La moitié lui appartient, en vertu de cette vente ; l'autre moitié est encore la propriété du vendeur jusqu'à ce qu'ils partagent le troupeau, si l'un d'eux réclame ce partage.

« Le remplacement de ce qu'il tue ou ce qu'il vend de sa part incombe au vendeur, pendant le cours de l'engagement ci-dessus, et il devra se conformer aux règles des Musulmans en matière de vente et de salaire. Ces conditions réciproques ont été consignées, etc. »

Page 369, *note* 1. — C'est-à-dire que le contrat étant nul, la question est jugée conformément à la coutume, qui n'admet pas le remboursement, et non conformément au Char'a, qui ne juge que ce qui fait l'objet d'un contrat régulier.

Page 369, *note* 2. — Sous-entendu « au moment de l'expiration du contrat ».

Page 369, *note* 3. — Nous suivons le texte manuscrit qui dit : على ان يخدم له الباقى.

Le mot يخدم ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 370, *note* 1. — فى اوقات معلومة ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 370, *note* 2. — Le texte manuscrit ajoute :

وتقدم مافى اشتراط رعى اولاد الغنم

« On a déjà vu ce qui est relatif au partage des agneaux. »

Page 370, *note* 3. — Il est sous-entendu que le contrat de vente avec obligation de garder l'autre moitié, est rompu, mais la vente est maintenue, et l'acheteur au lieu de payer le prix antérieurement convenu, paye le prix que valaient les animaux le jour où il a pris possession et reçoit du vendeur un salaire proportionnel au temps pendant lequel

« *Remarque.* — Si la responsabilité est supprimée pour le propriétaire pendant la journée, elle incombe au berger s'il est négligent. D'après le Mou'yn al-Ḥoukkâm la responsabilité du propriétaire du troupeau, est supprimée pour les dégâts causés par ce troupeau pendant le jour, aux récoltes et aux haies, à la condition que ce troupeau ait été conduit loin des endroits où se trouvent des récoltes et des haies, par un conducteur ; mais si le propriétaire a abandonné le troupeau à lui-même, au milieu des récoltes et des haies, sans berger, ou avec un berger connu pour sa négligence, et qui le laisse habituellement aller à sa guise, le propriétaire est responsable des dommages causés. Si les dommages proviennent d'une négligence occasionnelle du berger, c'est lui qui est responsable. Sachez que la responsabilité du propriétaire est supprimée relativement à ce que les animaux ont mangé pendant le jour, lorsqu'il s'agit d'endroits dont les propriétaires sont absents ; s'il s'agit d'un jardin abandonné, où son propriétaire ne va qu'à l'époque de l'émondage, le propriétaire du troupeau est responsable de ce qui est mangé pendant le jour. C'est ce que dit Aboû Mouḥammad, d'après un ensemble de consultations.

« *Une question.* — Ibn Râchid a dit : Nous avons interrogé quelques savants relativement aux salariés d'un village qui font paître les bœufs en troupeau commun, pendant la nuit, chacun pendant une nuit ; les bœufs sont entrés dans la récolte de quelqu'un et l'ont détériorée. Qui doit la rembourser ? Leur réponse a été que si le berger a été négligent ou inattentif, c'est lui qui est responsable, mais s'il est établi que les bœufs l'ont devancé et qu'il a été incapable de les retenir, la responsabilité incombe à leurs propriétaires.

« *Autre question.* — Dans le Moukhtaçar al-Ouâdiḥa Ibn

Mazian rapporte qu'il a entendu parler (à ce sujet) Açbagh et qu'il l'a interrogé sur le cas des récoltes qui se trouvent autour d'un village et tout près de ce village et qui ne peuvent être à l'abri des dommages causés par les troupeaux, si leurs propriétaires les font sortir et les laissent paître sans bergers. Il a répondu : Leurs propriétaires doivent ordonner que ces troupeaux sortent avec un ou plusieurs bergers pour les garder et les empêcher de causer aucun dommage, et qui les feront passer par un chemin qui leur permette de passer sans causer de dommages aux récoltes. Lorsque les moutons sont sortis de la région où se trouvent les récoltes, on peut abandonner en cet endroit les troupeaux sans bergers. »

Page 366, *note* 1. — Texte lithographié : عياض. Texte manuscrit : بعضا.

Page 366, *note* 2. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 168.

و اذا اجر بعض الجماعة اماما للصلاة او الاذان فان ذلك يلزم من غاب عن العقد كما افامه ابن نافى من المدونة وبه افتى ابن الحاج حيث جرى عرف القرية بذلك وبه افتى ابن هلال

« Si l'Assemblée du village engage un Imam pour la prière ou pour l'appel à la prière, cet engagement oblige même ceux qui n'ont pas assisté à la conclusion du contrat, comme l'a établi Ibn Nâdjy d'après la Moudaouana et Ibn al-Hâdj a conclu dans le même sens, attendu que telle est la coutume établie ; Ibn Hilâl a également conclu dans ce sens. »

Page 367, *note* 1. — Texte lithographié ان التزموا الاجرة مع جير انهم. Texte manuscrit ان التزموا الاجرة جيرانهم.

Ar-Rahoûny, ouvr. cité, t. VIII, p. 120.

قال فى اخر طررا بن عات مانصه وليحيى بن عمر فى رجل كان مع غنم بين زرع وخاف فوات وقت الصلاة انه يصلى ويغرم قيمة الزرع ان افسدته الغنم

« Le principe suivant est établi à la fin de l'ouvrage marginal de Ibn 'At et dans Yaḥya ben 'Omar : « Un homme se trouvait avec des moutons entre des champs ensemencés ; il craignait de laisser passer l'heure de la prière. Son devoir est de faire sa prière et de rembourser l'estimation du dommage que les moutons pourront causer (pendant qu'il fera sa prière). »

Page 367, *note* 2. — في الخلاف ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 367, *note* 3. — « Chaussons ». — Le texte dit : خوف « Khouf ».

On appelle ainsi au Maroc des chaussons bas, en cuir très mince, sans semelles, qui se portent dans les babouches et avec lesquels on peut faire la prière.

Page 367, *note* 4. — *At-Tasoûly*, ouv. cité, t. II, p. 168.

ومن كانت له غنم فباع نصفها على ان يرعى المبتاع نصفها الثانى مدة معلومة جاز ذلك وتكتب فيه باع فلان من فلان نصف ماية شاة ضانا على السواء بكذا دينار او قبضها منه واجره بها الى وقت كذا وعلى ان يرعى له المبتاع النصف الباقى على ملكه منها طول هذه المدة المذكورة وقبض المبتاع جميع الغنم المذكورة بعد ان قلبها ورضيها وصارت تحت رعايته له نصفها بهذا الابتياع والنصف الثانى باقى على ملك البايع حتى يقتسماها اذا ادعى احدهما الى ذلك وعلى البايع خلف ما هلك او باع من نصيبه مدة الاستيجار المذكور وله سنة المسلمين فى بيعهم واستيجارهم شهد عليهما الخ

« Si celui qui a des moutons en vend la moitié à la condition que l'acheteur fera paître l'autre moitié, pendant un temps déterminé, cela est licite, et on rédige le contrat comme suit : Un tel a acheté d'un tel la moitié de cent brebis égales entre elles, pour tant de dinars ; il a pris livraison de ces brebis et s'est engagé vis-à-vis du vendeur pour tant de temps à faire paître pour lui l'autre moitié

qui demeure sa propriété, durant ce temps indiqué. L'acheteur a pris possession de l'ensemble des moutons sus désignés après les avoir examinés et acceptés, il les fera paître. La moitié lui appartient, en vertu de cette vente ; l'autre moitié est encore la propriété du vendeur jusqu'à ce qu'ils partagent le troupeau, si l'un d'eux réclame ce partage.

« Le remplacement de ce qu'il tue ou ce qu'il vend de sa part incombe au vendeur, pendant le cours de l'engagement ci-dessus, et il devra se conformer aux règles des Musulmans en matière de vente et de salaire. Ces conditions réciproques ont été consignées, etc. »

Page 369, *note* 1. — C'est-à-dire que le contrat étant nul, la question est jugée conformément à la coutume, qui n'admet pas le remboursement, et non conformément au Char'a, qui ne juge que ce qui fait l'objet d'un contrat régulier.

Page 369, *note* 2. — Sous-entendu « au moment de l'expiration du contrat ».

Page 369, *note* 3. — Nous suivons le texte manuscrit qui dit : على ان يخدم له البافى.

Le mot يخدم ne se trouve pas dans le texte lithographié.

Page 370, *note* 1. — فى اوفات معلومة ne se trouve pas dans le texte manuscrit.

Page 370, *note* 2. — Le texte manuscrit ajoute :

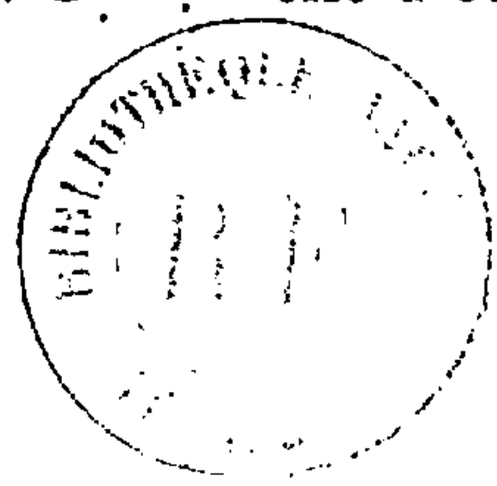
وتقدم مابى اشتراط رعى اولاد الغنم

« On a déjà vu ce qui est relatif au partage des agneaux. »

Page 370, *note* 3. — Il est sous-entendu que le contrat de vente avec obligation de garder l'autre moitié, est rompu, mais la vente est maintenue, et l'acheteur au lieu de payer le prix antérieurement convenu, paye le prix que valaient les animaux le jour où il a pris possession et reçoit du vendeur un salaire proportionnel au temps pendant lequel

il a fait paître l'autre moitié du troupeau, demeurée la propriété du vendeur.

Page 371, *note* 1. — Le texte lithographié dit : فعطبت « elle a été fourbue ». Le texte manuscrit dit : فغصبت « elle a été volée ».



تحفة الغزالي بعض فضائل الرجال

للفقيه العلامة المتفنن أبي
العباس سيدي أحمد بن محمد
البوتغفوني
الشهير بالملو
رحمه الله
وقرضي
منه

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

BIBLIOTHÈQUE ROYALE MAROCAINE MANUSCRITS
967
N.V.

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

الحمد لله على آلائه العظيمة والمتفضل على عباده بالنعم المقيمة والصلاة والسلام على سيدنا
محمد النبي الأمي وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد فيقول الفقير
الفقير إلى الله تعالى أحمد بن محمد الشنوي يعفو عنه بالسميع بالمثلوث جعله الله تعالى ممن
أنبه قبلوه وعلى غيره لا يلوه من بدء تعلقت بالأعمال اجتمعت عنده وخفت
ضبا فهما فأردت جمعها في عمل واحد تسهيلا وتسهيلا فتراجعتها على الفاضل وسميتها
بتحفة الأفاضل في بعض مسائل الأعمال وترتيبها على مقدمة الأبواب وجامع الأبواب
الأول في تحرير الأعمال والرابع وقد أضرب هذا الباب الثاني في قنعة من الأعمال بغير
من الله تعالى وفيه ترغيب أولاد المغنم الباب الثالث في تمر وترتيب الباب
الرابع في الشيء على ما به غيره وفيه ذكر الأعمال بالسنوية الباب الخامس في نوعه
الباب السادس في مسائل غير ذلك توجب تضمينه الباب السابع
في الأعمال الشتى في الجامع في فصل تحقيقه ومسائل من أحكامه والله أسأل أن
يجعل ذلك خالصا لوجهه ويتقبله بفضله وكرمه

الباب الأول

في تحرير الأعمال وقياس مثلها وفيه فروع **الفرع الأول** اعلم أن استيجار
الأعمال على ثلاثة أوجه الوجه الأول أن يستأجر على أعمال غير معينة ولا محصورة
وذلك إما أن يستأجره الصغير أن قد اضطرع منها بموت أو غيره أخلفه ربه من أهل
المسمى وقال سحنون وابن الماجشون والأصبغ يجوز وإن لم يشترط الخلف والحكم
يوجبه واختار ابن حبيب وصوبه ابن يونس الوجه الثاني أن يستأجر على أعمال غير
محدودة معلومة غير معينة كما إذا قبل الأجير الخياط يجوز ذلك وإن لم يشترط الخلف
ويقضى على الأجير بالخلف قولا واحدا منها الاضطرع وعليه قسمي بالجنس بظاهر أو
لم يجد أن شرط الخلف جائز لأنه لا شيء له قد أوجبه الحكم وجه ابن سلمون أنه لا يجوز
شرط الخلف فإن فعل فسد العقد **فرع** فيها نقل ابن شاس وشرح الرسالة في

بتمادي تعذر الغرض باختلاف الحكم فلا ائتلاف اغتراك الوجه احتمالات ان يشترك
على ان يرعى له غنما ولم يزد على ذلك ولا عين له غنما فيجوز ذلك ويضمن الراعي قيمته
ويلاقيه من الغنم بلا يفرز على رعايته **الفرع الثاني** ومنزل الخلاف المشتركين يعلم
فرز رعايته فيه وفي ذلك المشتركين في منزل الوجه جميع قبل مع الراعي وضمن الراعي
نقيض بشرط قول عزله ورتب له نفقة فعلوه جاز لحاجة المتبايعين **الفرع**
الثالث لا يجوز في الغنم ان يشترك على الراعي ضمان فلا قلة بغير تفريط منه
وتفسير الاجارة مع الشرط ولذا اجرة المثل فيما رعى لحاجة المرهونة ولا عين يشترك
المزكور الا يرجع عليه بما تلف من غير تفريط وكثيرا ما يقع ذلك وفيه الراعي
المتبرع بالشرط يتبع اهل البيع على رعاية تغرم بالشرط ويشترط ان من ضل
له شيء من البيع فهو ضمنه ولا عين يشترك المزكور **الفرع الثالث**
كثيرا ما يقع ان الحضري يشتري غنمه للبدوي ثم تلفها ويشترط عليه ان يلاقيه بعد مدة
على ما يرعيه من قوت الغنم بجلد منها وجه اذ تلفها وذلك الشرط لا عين به ولا ضمان
عليه مستوى اقتداء بتلك العلامة اذ لم يلاقيه بها لحاجة المرهونة والمختصر وتفسير
الاجارة بالشرط المزكور ولذا اجرة المثل لحاجة المرهونة ومثله كل الغنم انه لا ضمان
عليه ان اشترط عليه الضمان والطلق او اشترط عليه الضمان ان لم يلاقيه جميعه الحيث
قال وقال ابن القاسم لذلك لا كثير ان عمل من المسمى او اجرة المثل وقيل له اجرة المثل فلك (*)
او كثير لانه شرط فيه غرر وجر فيه من قول اخر ان اشترط جاز ويضمن ان لم يلاقيه
بالمسمى لانه فاد على ذلك واقتصر في تبصرة ابن شرف على كلام اللخمي فتأمله
الفرع الرابع كثيرا ما يقع في البادية ان الحضري يقول اغنمه للبدوي ثم تلفها
فيلزم المرتهن من غنم عوض بلا شيء له وان اخرجه رب الغنم اغتلاله جميع الاجرة
ويشتمل تلك الغنم تقوم بقلع وغلام يقوم وغير شيل عنها ابو عبد الله بن محمد
ابن الحسن بناء على جانب بلدها عفن قلبه تجيء منها اجارة المثل وتفسير مشى
عن عليها واختيره بلدي ابن رشد والشيخ ابن رشد وجعل اهل زمانه على الفتيا على انه ان
اقاله بها جميعا فلا كلام وان اقاله بلا صوفها فلا شيء له وان ذلك جعل قلبه
وقد وضعت فيه شيخنا ابو عبد الله سيدي محمد الشاوي ابن رشد قلبه جانب جعله
المعتبر المزكور وترك قول المختصر لا يتبع مستبع لا يأخذ شيئا الا بالجميع وقوله ان

(*) المختصر

يتم الجعل لأن هذا لا ينتفع به العامل إن خرج العامل قبل تمام العمل الخامس
في الجعالة يجوز عقد الجعالة إنه لا يجوز إعطاء البقرة لمن يرعاها على أن يأخذ
نصف نتاجها خلافا لأبي حنيفة والمغيرة بن سراج فإن يوجد بالمدينة خبير في
فالكا من أهل الأضبع إن قد مات قلبه وإعطاء المصلحة إن كانت كلية خاصة فإن
تعاقدا على زبد في قشره فقال الشرا وهي لا خلاف في جواز العقد والله أعلم هي وفي
الزرع المكنون في نوازل قاز ونه عن المشرك إذا قال فإياخذ الراعي من الزبد بالعادة
على رعايته فيجيز العقد الإجارة ويقضي له بأجر مثله لأنه لم يدخل معهم على غير بر
فإياخذ من الزبد بالحوز وإنما دخل على أن يأخذ قفيزا في الشهر مثلا ومثله ما
يقع كثيرا في إجارة معلم الصبيان في البادية وقد سئل عنه أبو الفضل العقبي
كتابه الزرع الكثير وقيل له إنهم يجعلون قفيزا على من فيه الحلة على من يعزى والزرع
وعلى من لا زرع له ويسمونه خبيث الطلب فأجاب أن كان شرطا عليهم في أصل
العقد فالإجارة فاسدة للجهل بما يعوض ولا يعرف قدر غلة يوم الجمعة وأما واجب
في مقدار الإجارة الفاسدة القفيز والرضوع التي أجرى المثل فيما قضى من قدر التعليم
والله الموفق **تتمة** إذا أدخل العقد بعشاره وقلنا إنه يأخذ إجارة مثله
فيما قضى بشرع له الأكل مقوا واضح وأفضى عنه الزرع وإما الإجارة الصحيحة
إذا وقع فيها ما يوجب فسخ الإجارة وكانت مؤجلة بأجل معلوم فإنه يأخذ من
الأجر المسمى بقدر عمله وتنفسخ مؤجلا بأجله وذلك أن يبقا ومتى أتى أجلها
وأخذ الأول يقيم منهم إزالة تعجيل ما ينوبه من الأجر عند استقامة

الباب الثاني

في قطيعة من الغنم تعاقد وجه بروع **الأول** إذا استأجر رب الغنم
أجيرا على رعاية غنم ولم يذكر عددا ولا عينها له الغنم واشترط عليه فلا يقوى عليه فليس
للراعي المذكور إلا من غنم رب الغنم وإن لم يضم بغنمه لأنه ملك غيره منه تلفا فإن
أن خيبت فإن الشيء وفي نبض اللغم فإن رعى معها غنم مثل قبل الأجر المستأجر
الجزء إن لم يشترط عليه إن لا يرعى غنم معها معه وإما إن اشتراط على رعاية غنمه وتلافيه
تصوره كانت معينة أو غير معينة فإن اشترط عليه إن لا يرعى معه غنم مثل فليس له
أن يرعى غنم مثل عملا بالشرط الذي كور وتوافق بدراع الأخر بعينه كما أفتى عنه كثير من

(*) تنبيه (**)

المختصر وإن قال لم يشترك عليه فإن كانت الغنم للأولى فليبلغ كذا لسنة إن
رعى عليه مثلا وسكت تا الخلافية حيث كذا لا يجل بترعى للأولى لعوقته وإن كانت
الغنم للأولى كثيرة لا يقوى على الزيادة عليها فليس له أن يرعى غنم مثلا إلا إن يأتي
بمراعاة أخر فيعينه **فتلخص** ما قال ابن خاب أقاع شيخنا يعني الجبر لي من
منزلة المؤدي ومن يشبهه وفعل صنعة لا يجبر إلا بشرط ما يطبعه **الثاني**
إذا رعى معها غنم مثلا بغير إذن المشترك عليه أن لا يرعى معها غنم مثلا قد أجرته لمشتاج
على قدر متب إن الغنم إن شاء أخرى وإن شاء تركه لنقص عنه من الأجرة لا طلبة مثلا
بتوبا ذلك ولم يبق مغرمة ذلك إن يفعله قال الأجرة على رعيها وحدها قد أفيل
مثلا فيل وقال الأجرة على رعيها مع غنم مثلا قد أفيل ثانية بغير نقص الخمس
فيغنم مشتاج بشرط أن ينقص أجرة المسمى وشيء أخر فلا أجر به نفسه فالله عبر الحق
وقبله أخو الحسن وشيء وإن نظاره الحطاب قال لم يشترك عليه أن لا يرعى معها
غنم مثلا وإن بعض أنه استاجر على رعايته غرد كمالية سواء عينها أو لا إلا أن يشترط
أن الغنم إن الأجرة الراعي كما في التيطيبة وجالس الكتاب وعلايبة أبي
علاش وأجوبة ابن ميلاد **فتلخص** **الأول** فيه أن يوسف قول ابن الغايم أن
الأجرة مشتاج بها إذا كانت قد أجر به أي مشبها إلى إذا لم تكن غاية الغنم
المشتاج على رعايتها وأجر نفسه بغنم مثلا فإن قال إن استاجر للرعاية شهرا
بدينار فشاج نفسه بالحطاب أو بأي أمر فهو كل يوم بدينار فيتزل وشبهه لا يكون له
إن اشتغاله قد عطل له مما عمل من الأجرة **الثاني** إذا عمل الراعي بغنم فإذا أما إذا
رعى بغنم مشتاج بغنم أجرة كان مشتاج إن ينقص من أجرته بقدر عمله أي بقدر ما
نقص فما سمى له من الأجرة **الفرع الثالث** قال أبو محمد صالح رحمه الله إذا
وجد الراعي مثلا أو نبض جمل ونحوه مما من الصياد بقوله قال ابن سلمان فلك
ومن أصحابه لأنه قد ملك منزلة بغير كسر عمل ولم يدخل على مشتاج تفصيل أعمال المشتاج
عليه وإن كان المشتاج قد ملك جميع قبقعته **الفرع الرابع** إذا اشترك المشتاج على
الراعي زمنه الأول أو جاز ذلك ومن قدر غيرها قال ابن سلمون وأشار إلى ذلك
عقيل الأجارة حسن قال التيطيبي وقيل لا يجوز لأنها مجهولة وشيء لا يقع به الحكم
بقدر اللزوم كما أشبه به وأشكل الحطاب منزلة القول لأنه نقل في قول المختصر تغنيم لم

تقييد توجيه القول الأول بقوله فلا حول الا بالله العلي العظيم مجهول وقد قيل بالضم مفعول
واحد يضمن الفعل غير مفعول لاحتمال ولادة نفسا واحدا ثم قال المتيطي وقيل يرتفع
الخلاف بشرط رضى عدد ما التعيين لا فهما تا فع تقسيمه الحرث من وقت ولادتها التي وقت
بكلامها هذا قبل لم يستحق عليه ضمانا قبل جزء العقاد ان زاعي الغنم يعني
اولاد ماشية من غنم وان لم يجز العقاد جزاء لم يلزمه ان يعني كما في المختصر ولا فرق
بين الحقيقة وغيرها وقال الباجي معنى الذي تقتضيه اصول الفروع ان يلزمه ان يحتمل
كما في يكتري لا فرق ان يحملها مثل في الكتاب ان يحمل الدواب فتعمل وان اختلفا على المشهور
من عزم الزامه جاز يعني فقال ابن القاسم على ربها ان يلتقي براع ذا غنم يعني فقد التبس فيه
فبعضه ابو الحسن على انه منع التفرقة بين الولد وولدها غير من يفعل كما في تسامع
عيسى وقال ابن عرفة معنى كلام ابن القاسم ان التفرقة تعذر فيها فيتوصل
الفهمي من تعذر الحيوان وفهمه غيره محمل على ان الحرام ليلا فخطر تفرقة الولد
من ولدها مستعب الراعي وانه اعلم

الباب الثالث

في تعقيب وفي فيه قال في الحرث وفيه وكل قلع صنعه الراعي مما لا يجوز فعله فلا ضمان الغنم
ضمنه وقد يجوز فعله لا ضمان عليه فيه قال اللخمي يجوز بما لا يجوز فعله ان يرعى
الشاة نفسها ويختلف ان رعى فرارها او جاذبها الى موضع فوقعت عليها لانه
خطأ مما لا ذا فيه ولو تفرقت مثلا الى ميتة فوقع عليها لم يضمن وقال ابن حبيب ان رعى
كرعي الراعي فلا بها خطأ ولم تكن الشاة خلاف ان يهلك ضمن وفي اجاز الشرب
الشيء للنشوز وهو شيء ماضي ولو كان خطأ الخمسي ليس مثله فعل الزوج
تنفيسه ومن يجوز عمل ذلك والراعي وكيل ربها فيفعله فلا يراه حسنا الفعل
ربها هو عمل فعل ابن عرفة وقال ابن رشد ابتغاء بهم الرعي بشرحه الكبير فانظره وله في
كتاب الاكرية من الحرث وكل شيء صنعه الراعي مما لا يجوز له فعله فلا ضمان الغنم
من فعله عمدا فهو ضامن وان صنع فلا يجوز له ان يفعله مثل ان يضع بها الكلأ
فتعيبت الغنم فلا ضمان عليه قال ابن حبيب اذا رعى الراعي شاة او قوما فلا ضمان
عليها او كسر مواضي فانفصلا وان ابطلها ضمن قيمتها قعدا ولم يتعمد وكذلك
اذا رعى كما يرعى الغنم بحرث عن ذلك فلا يرى قاله يضمن ابن يونس

ومعوضا لا لمالك ه وقول ابن فاجه في كتاب الشهادات من شرح الرسالة على ان
الراعي اذا ضرب الشاة ضربا فتلفت بهلكت ولا ضمان عليه وحسب ذلك بعض
شيوخه وقال ان بقيم جزاك الله ابن عرفة وعلى هذا ايضا قول ابن رشد في قول المختصر
لا ان خالف وهي ثم لا ان فاز وكض به فتلف فلا ايضا مثله متعمت قال كان هذا
ايضا مثله متعمت لم يضمن كما في الشارح قلت وما هذا بجبر متعمت ضمن في غير تفصيل
بشرط ان يكون في بيته الى الا ان هذا مثلا جبت انظر الخطاب بيتي الذي قال فعله
الخطاب عن الكم ربي بعضهم من اوليه قال كثير الراعي بالعصا بيتي وهذا ربما ولا
ضمان عليه وان قال كثير بالحجارة فعليه الضمان لانه من التعدي وغيره في الشي
سلمون من بعض الكتب وفي المختار نسبل الغنم بتبادر من راعي ضرب الشاة او
الشاة بعصا كبيرة او رمى بها بعصا صغيرة فتقتلها او رمى بها بحجر فاجاب
انه ضامن قال وهذا بخلاف من الغنم قال ان تقع العصا من الارض او الحجر فقتلها
او رمى الشاة او الشاة فوقعت في مهواة فانكسرت او قالت ولا ضمان عليه
وافتى ابن مناس في اختصار المتيطية على قوله قال رمى بها شاة لحاجة الراعي
الغنم فبعد عينها او كسر ما ضمن ما نقصه العيب وان اتلفها ضمنها تعدى
او لم يتعد وعلله قول ابن عبد الرفيع في فصيل الحكام اذا رمى شاة لحاجة في
الغنم فبعد عينها او كسر ما ضمن ما نقصه العيب ه وكذا فيها افتى على ما
لابن حبيب وعبد الملك ابن سلمون وكذا ان رماها فانكسرت او فقد عينها فهو
ظاهر وفي تعجيل الكتب قال كثير بالعصا يجزوه هذا بها فانفرد عن الطريق
ثم قال وكل شيء صنعه الراعي من غير الوجه الذي يجوز له ان يفعله فلا ضمان
من صنعه تعمت فهو ظاهر وان صنع ما يجوز له ان يصنعه ولا ضمان عليه **جزء**
الاول قال ابن حبيب ولا يضمن ما عزى عن رميه مثل ان تنبو الشاة في رميه او تخبر
فتنفع في مهواة فتنكسر او تنفر في فمه او تنفح بحجر فتعزى مثل ان رمى كرفي الرماة ونو
رمى عبثا ضمن فخلفا كذا جنبي ويزل على ضمانه قال الطابث رفيقه انه لو رمى صيدا
فاصاب شاة ضمنها الصغيرة والبقرة بين رمي الصيد ورميه للغنم ان الراعي لا
يستفيم رميه الا بزالك اذ نوى متعمدا وكل شاة تعزى فيما بالعصا كما ذكر في رميه
ورميه الصيد يسير من مقام الحلق بضعف الشيخ فيه فقال الطابث رفيقه وقال تولد

عنهما استووا وهما ارتفاع المحرم للصيد من ابن عمر وعن ابن سلمة ثم قال بقوله
وقرأ بتعظيم بنا لا يغير من رميته بشفعه به بسر وغيره ولا يضمن ذلك بمنزلة
وضعف منزلة ابن جويس وقال ابن خلاف للمروزي ه واقتصر في التنبيه على قوله وان نزل
برمي بقرة تا به منزلة بلا شيء عليه فلم يرمها فتعمر امبضي ه وفحوى به فيعيب
الحكام فلا اقتصر على كلام ابن حبيب ولم يذكر بعث ابن جويس **الثاني** فلا في التنبيه
فلو رمى صيدا فلاطا بشاة ضمن ه وفحوى به فيعيب الحكام وتقدم ذلك في كلام ابن
حبيب **الثالث** قال الجزولي استعمال زاع الغنم من الكلب قال ابن بشير
اذا انفرد الراعي من الغنم في فلاة فيه ولم يضمن صاحب الغنم وان فطاه على مغلبه ولم
ينكر عليه ورضي لم يضمنه بعقر ذلك ه وتعلله الجلاب وتلميذ **الرابع** قال ابن زرب
الراعي محمول على التنقيح حتى يثبت غيره وهو معنى قاله المروزي قال ابن عرفة
وقال ابن زرب ثم ذكر بعد هذا الضمان على الراعي لا فيما تعقر واحبه ومن صور
والمستثنى منه الكثير من المستثنى ه **الخامس** اذا كان الراعي صبيا فاشتملت
الغنم فلا ضمان عليه وهو مقابل ذلك عمر الما استكمل ابن عرفة معتمدا قول ابن مشهور
قراستم على صبيا فجاء فعيبت الغنم لم يضمن الا ان يشتمل كهلا استهلاكا
ويضمن ه وقال استكمل ابن عرفة معزا لما خوذ من قول المختصر تبعا لبعض وضمن
الراعي ان لم يوقف عليه ولا شك ان مقابل الاول من عليه حين استهلاكه الا ان الراعي
من جملة الاقتناء والله اعلم ولا فرق بين ان يكون ذلك بلا ذي امليه اذ الما يوخذ من
قول المختصر وان اودع صبيا او افترضه او قاعده فاتلف لم يضمن وان بلا ذي امليه
ه وفي الجواهر ومن اودع غير صبي شيئا بلا ذي امليه او بغير اذنهم فاتلفه لم
يضمن وكذلك الشفعة ه وبه يعلم ان الراعي الشفعة حكمه حكم الراعي الصبي
فلا ضمان عليه فيما اتلفه من الغنم عمدا وان اشترى بلا ذي امليه واما اذا اتباع
الشاة اودع فيها كلها او ضرب بها فاتلفه فيضمن ه وذلك اجماع المصنف
السادس قال ابن جويس وقال الشافعي الراعي تجب له شاة
رعى فقال الراعي رجل عندي يا فلان جاز اذا ان يرد منها واستضعفت عليه فقال له
الراعي ارض فيها فيض فيها فقتلها هل تسقط الضمان على الراعي فقال قال قيل
رحمه الله الضمان على الراعي لا غير وقال غير الشيخ الضمان على الضارب وقال غيره

(*) الشاة على انها باكلة
ا فقد منها العقوبة
ومصحيه

(*) ابن جويس ابن
ابن ابي امرئ العباس

إن كان الراعي ممن يدل الاجتهاد على المأمور كالسيد لعبده والشيخ لأعوانه والرجل
لولده فالضمان على الآمر وإلا فعلى المأمور وروي هذا عن ابن القاسم ه فرع
والظاهر إن فعل الراعي كان الضرب المأمور به قذفا وتأديبه بضربا مثلهما فلا
ضمان على واحد منهما لأنه توكيل على فعل مأذون فيه وإن كان ضربا غير
المباح لإن يكون الضرب إبلاغا فعليهما لأن ولد الصغير إذا تسبب إلى عبده مكلفا
فإن كان الإيلام والإكراه فلا ضمان على الضارب الأجنبي كمن قال لغيره اضرب زوجة
زيد الملك إلى أعمى إن يضرب بها ضربا غير جرح على قدر الذنب صاحب الاستغناء به
الموضع بالكسر يقول للموضع أخرى الزوجة بعينه فيفعل الضارب فقول بعضهم
للتمني على ظاهر المال فإن كان الخطاب وبه نظر فإن كان الإيلام يتسبب بمالك ولا
زاع فيه المباح منه إذن يضمن لجري بإذنه على فواعل العقبة والتقدير على التتابع
إذا ثبت فعل الراعي وفي تعيين السلاح فإن كان العقب لا يبعث المفقود
منهما غرم فانفصلا فقد وتشبه السلاح بها فعيبه وإن كان العقب متقاعدا
يبعث المفقود فيهما غير المالك بين أن يضمنه قيمتها أو يأخذ منها وقد انفصلا
تنزلا فلا دور فيه فلو انتفع وعول عليه في المختصر وهو المشهور الثاني كثيرا ما
يفعل الراعي يتغرى على السلاح فيعيبها فيخلف عليها صاحبها المرتهن
منه فيها ثم يريد أن يغرم الراعي فوجب بقيمته وفي المنتخب على قدر نقصه
وفي سماع عيسى وسلامة ابن القاسم عن رجل يكسر بين يدي رجل أو سلاح فيخلف
صاحب السلاح أو السلاح عليها المرتهن من جهة فإذا وجب على كاسر ما فقال
إن كنت ما كنت إلا مصيبا لها يجب فيه على الكاسر غرم جميع القيمة ملاءة فيجبر
أن يلاحظ في حسبها ولا أرى قلي إن كنت ما غرمت كثيرا ولا قليلا وإن كان إذن
أصابها غير فعيب فإنما على إذن أصابها فيه فقد انفصلا وقد انفصلا فيهما
صيرة الأول كهما وتشاكلا ابن رشد السلاح على قول ابن القاسم من ذكر الفضل
يعمل على المشهور من أنه يخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذ
وانفصله وإنما يخير على قول أشهب وقال ابن ابن القاسم أيضا من أن يعيب
يتقول له بين أن يعطيه الكثير إلا القيمة أو أخذ متاعه فيعطيه ابن رشد إذن يأتي
على قول ابن القاسم المشهور أنه يأخذ ما انفصلا قول أو يعطيها صاحبها وكان

(*) بهما

الكنز فعصبنا الثالث إذا جاء الراعي بالشاة فزعم أنه ذبحها وقال خفت عليها الموت صدق وكذا لو قال الحمل مات والمختار أنه لا يمين عليه ومعنى كلام ابن عرفة خلافه إن كان متهما فالراجح قول بعض المشيوخ إن كانت العادة أن الراعي يأكل منها فهو قول ابن عرفة وكلام ابن رشد من كلام اللخمي وإن ذبح الراعي الشاة فريضة صدق إن فعلا وأرى أن يصدق في الصحيحة إذا لا قائل بأنه لا يكون ثمنها وثمن ربا الغنم سنتان ولو كانت عادتهم فيما سقط وذبح إن الراعي يأكل منها فيجري كونه فعل بالاشتراك فلو قال خفت عليها الموت من جهتها والحالة لم يصدق قال الشيخ الخرشي وينبغي الآن يكون ربا الغنم جعل لشراء الحمل فإذا كان منها فلو ذبحها وسمرت في صدق على المشهور وإلا لا يجيء والمشتاجي والمشتري والمرتهن والمودع والشريك لا يصدق وأما منهم فيما ذكر إلا أنه خلاف عليه الموت قال ابن رشد في تعليل ضمان المبضع معه لأنه متعد ونقله تولى بزجه في بيت فهو كمن غرر بعبد رجل وقال وجدته يموت وتسوى كلام له بينة بأنه خشي عليه الموت وأنه ليزال في أولا وضمانه إن لم تكن له بينة أو بينة ه

(*) قال وجد ثوبا فيشك في جبل فعرف أنه بعض حيوانه فيه بعلامة وأتى به بجلد فقال الذي طلبت الثوب أنت فشلته فقال ابن القاسم لا شيء على الذي أتى بالجلد بعد أن يحلف أنه لم يفشله ولا تعدى عليه ه **فصل** إذا ادعى الراعي ذبح الشاة بغلصمها قال الخلاف أنه يضمن إن جزمه يقول ابن عرفة ويضمن الجزار إذا ادعى الغلصمة إن قوله ه **الثالث** قال ابن عرفة فمقتضى قول ابن القاسم وغيره لا ضمان عليه إن ادعى فيما أتى به ميتا فيها قال كان قد عرف ذكاته جواز أو ثبت تعريفه لذكاته ضمن وقال يجب أن يحمل قوله سكينا الذكاة فلا يخشى عليه فوته اعتبر في ذلك عرف موضعه فإن لم يكن عرف قال الخلاف مفقوده قال بعض الاشياخ الآن يكثر فيما الموت ه

الباب الرابع

في اختلاف الراعي مع غيره وفيه ذكر الراعي بالنوبة وفيه فروع **الأول** قال ابن مفتوح إن وكل الراعي من يشتري فيله على الغنم ضمن وإن كان فيله فيه الضمان فقول أبي محمد صالح وابن البلابة قال ابن عرفة فأنت للمبتاع من أذن تصيب كلاجا صالح ه

ونص التنبيهية على اختيار ابن مغاز وهو وينبغي لمن أراد بيعه عبدا غيره قال ابن المواز
الا بإذن ربه وقال في الواضحة لا يجوز وإن أذن له وهو جهل فقوله وقاله سحنون قبله
استثنى علامة فلا ذو إذن جهلك منه فيه وقال ابن سابق لا يضمن وضمنه ابن حبيب
وقوى به معيب الكلام وإن أراد بيعه من غيره وإن أذن له ورثه لأنه
مشتر ذي دين قاله ابن يونس وأبو عمر وقاله ابن حبيب وأبو طاهر من أنه يضمن
ونوكلاء الوكيل مثله سواء على قول المختصر وبابن إعمال فلسا وفي (*)
قول ابن الجلاب من اشترى جزءا مشاعا على جواز بيعه زيتون أو صلح وزيت
وإجلسه غيره إن الصواب تضمينه إلا أن يكون استخلف لضرورة خلافا لقول
ابن أبي زيد لا ضمان عليه إن استخلف مضيفا على الحرس قبلهما الأول
قيد ابن خلاف تضمينه بما إذا لم يعرف أهل البلد أن الراعي يأتي بمن يؤمنه
لضرورة فإن جرى عرفهم بذلك لم يضمن اتفاقا فإن وكزاك إن كان العرف
إضافة بدونه وهو ظاهر لا إن لا فالمستفاد من العرف كالإذن المستفاد من
الصريح وتذكر قول المختصر والوديعة أمنة قابل ذلك وفي المغيلي يشبه بعض
أهل الدعاء عن أهل في بيت جمعوا قول أسيهم بالنوبة فإذا كان رجل في حرز نوبته رجلا
فضاع من الماشية شيء فأجاب إن كان العرف المعلوم عندهم أن يكون من أتى
الحرز منهم وخلاف معلوم عندهم فلا ضمان على الكل إذا لم يعمل أن الناس على المتعارف
فيما أمورهم وليس من أهل الراعي المشتاج على رعاية الغنم بنفسه فيسلمها
إلى غيره ثم علامة الذي من أطاعه إذا استرعى غيره فيفتضل أن الراعي
المشتاج يضمن إذا استرعى غيره ونوضح العرف بذلك وفي علمك حكاية
ابن زلاب لا تعلق على أنه لا ضمان عليه الثاني إنما يضمن الراعي بتوكيل غيره
على الحفيظ إن لم تعرف ضرورة لذلك مع عجزه عن رد الماشية لصاحبها لما يعبر
قول المختصر لا إن عجز عن رد وفي الدر النثير وسيل الضر اشترى
غنمة من راع رجع بغنم رعاها عشية استهلاك التي في موضع فيتهما جميع منها
كبش فتخلف من الغنم فلم يشعر حتى قيل له إنه تبعت خلفك كبش فلا ودع الغنم
رعاه تحلنوا فقد والغنم كثيرة ورجع التي الكبش والتي به جوهر الغنم وخلف (**)
جوهر شعري فلا خبر إحداهما وإنما الإبل جوهر جملة منها فرطاعت فهل يضمن الراعي

(*) وفي ح

(**) ح شعراء

أو عسى بعزيا الجزاء
الشعر الكبير انتهى
المختصر

فاجاب لا ضمان عليه لانه لما رجع الى الكبش لم يصر اهمالا واخذ قوله ذلك
ومن جعل في عنق دجاجة فجاء واخذ منها غيره فضاعت **الفرع الثاني**
في الراعي بالنوبة حكمه حكم الراعي بالاجر ومنه في الحقيقة اجير لانه باع عمله
بعمل غيره وفرق في غيره في موضع من التعليل ان حكمه حكم الراعي بالاجر فلا ضمان
عليه الا ان يتعدى او يفرط والنصوص فيه كثيرة منها قول التعليل في بعض
المواضع الجواب ان الراعي يتبع الصغيرة بالدولة لا ضمان عليه فيما اتلف او
عرض له شيء **فتلخص** ان الراعي على الراعي بالنوبة غير جاري على
الخلاف السابق في الراعي بالاجر الا ان يجري الفعلان بالاشتراك بغير عقد
تقدم وتنزلك اذا افلت في بيت قرل على اذن اهل البيت له في الاشتغال غير
الصلاة له اجر الحسبة فلا فرق لما فعل الخيال في تضمين الراعي ان اشتغل غيره
قال ابو محمد طالح وعلى هذا فتسلم الدولة حتى رعاة مواشيهم اذا كانوا
متسلمين في الحفظ والاقامة الا ان يكون اعدهم يعلم انه لا يرعى فيما فيهم دخلوا
على من يرعى له من عبد او ولد **الثالث** قال في الدر النثير قيل
رضي الله عنه في اهل قرية اتفقوا على رعاية غنم من الدولة ثم بعد ذلك لا يرعى
في الدولة صبي فاذا سل الصرم في نوبته صبيا فتلف بغير فاجاب ان
على اصحاب الموضع الصبي حتى رعى ورضوا ولا شيء على اهل الدولة ثم يرعى
وان لم يرض فهم ولا يغرم لمن رآه هم ذكر ابن هلال عقبه فلا يعلم انه لا اشكال في
عموم ضمانه لمن رآه ان بينا على ان الشكوت اذن ثم قال اذن هل يضمن على
ان الشكوت ليس بلازم مشتم على الصبي في قسل ليتنا مطلقا ام الا ان مقر اهل
مما يعلم عادة ان الشكوت رضي به والله اعلم

الباب الخامس

في نوعه قال ابن عرفة قال ابن حبيب ولا يضمن الراعي ان نلاع فضاعت ولو نلاع
فهلك في اتباع الغنم الا ان يلاقي من ذلك فلا يشتكي او بموضع خوف فيضمن
الخمسة ان خرج عن المعتاد من نوعه ضمن فان نلاع في الشتاء او في الصيف اول
النهار او آخره ضمن وفي الفاعلية لم يضمن الا ان يطول هو ونحوه في الدر النثير
زاد وفي كتاب الغصب من الدواء في نوادر فلت يشخص اصرة نيا في او الصعاب او

وإن بقي حتى أرجع أو حتى أفارق فقال نعم فغلبته النوم فسرق لم يضمن خلافا لأشهب
طرف في نوم النهار وأما نوم الليل المعروف أنه لا يؤمن معه إلا بتيقظ عليه وسواء جعل
له الراعي أو لا أو لو قال غلبتني النوم ولم أتهيأ له قبل قوله وحلف وجب
التبييت وتعمد الراعي ما تعمد فيه أو فرط من النوم في غير موضعه أو زمانه
أو وقته وفي المسائل الملفوظة ولا يضمن إن نام مغلوبا في أقبال النوم لأن
جلاقي من ذلك بما ينكره وفي تغيير الحسن الصغير على المرتهن قد نقضه فلا
الصغير وأما الشيء فليس فيه محل للنوم ولا يخاف فيه من الشيء فيه أقل من
قبضه شيء فلا هل يجب قبل قبض الله تعالى في زمان أو مكان من أرض الشيء لا يخاف
فيه من الشيء فيه لم يضمن فلطفا وجزى على ما تعمد والله سبحانه أعلم

الباب الثامن

في مسائل الغنم مما ذكر توجب تضمينه وفيه في فروع **الفرع الأول** قال ابن عرفة
الاضمان على الراعي فيما أهمل مما فيه ولا فيما أشرف الا بينة أنه فرط أو تعدى
الا لا الراعي أمين محمول على عدم التعدي فيه حتى يثبت عليه أنه فرط وما ذكر نحو في تبصرة
ابن فرحون وغيره مما لمحمي الأبيض تحرز والله أعلم وجه ابن عرفة أيضا وفي ابن وهب الاضمان
على الغير الراعي كالغير **الثاني** سئل سحنون عن راع يرعى للجمال أيرى هذا سلامة
وهذا سلامة فيهرب وأصرى مطلبها فلبثا لم رجع وقال خفت على الغنم من سرقة
تفريط الراعي لا أجاب ليس من تفريط ولا ضمان عليه وتعلقه في التبصرة وغيره ما
وقع عند ابن عرفة بقوله الصغار عن سحنون أن من تبت السلامة من الذئب مطلبها فلبثا
لم رجع للذئب وقال خفت ضياعها لم يضمن وليس من تفريط فلت فلم تكن
الذئب بمحل الرعي مع تفرق الراعي عنه وأخذ الذئب عقب قصد الذئب فيه بغي لسرد
كنس فرجع إليه وقال أردع الغنم عن رعاة فلا نضمنه نعم لو رجع ولم يتم كما عنز
الصغر فغرضيع حيث علم أنه موضع الخوف في جمع الحي الأفل وتنزه الأكثر لأنه علم فوجد
بعقبه الأكثر إذا فقد من منها شاة فيبيت وكذلك لو هرب له من الغنم القليل فقال
نعم يبقى مع الأكثر **الثالث** قال ابن القاسم لو اشتاجر راعيين فرعى أحدهما
لسنة أو لعامها أو مطحة فضاع شيء من الغنم أو أكل السبع بعضها لم يضمنا لأنه
لا يؤمن أن يعمل أحدهما عملا بالرعية فغلبه على أحد الشيء وقوله في المغيلة **الرابع**

***

فالجواب الذي ذكره الشيخ عن ابن المكوي من استخراج راعيا بشرح الراعي الغنم ثم رجع
للمرتين ورجع اشتبه جلد تعيشي فوجد منها نفضت من العدد ولا يجزي نفضها متابع
زفلان تعزيه لم ال انه لا ضمان عليه الا ان يغيم رئيس الغنم بينة انها ضاعت في وقت
تعزيه ه ونقله في موضعين في فوائد الاجارة من المغيلي ثم قال عقبه وسئل ايضا
عن راعي بقر وجعها التي غنيمة بعلامتها بغير اذن اهلها وفي اخر اشتاد رد منها الراعي
التي البقر وقبضها من الاخر فضاعت منها بقرة فقال الراعي انها ضاعت بعد ان قبضها
وقال صاحبها انها ضاعت بعد ان رد علامتك وقد تعزيت باجابة ان فاقت
لصاحبها بينة انها ضاعت بعد ان رد علامتك قال الاول ضامن والاخر حلف الراعي الاول ان ادعى
انها ضاعت بعد ما قبضت فاذا حلف لم يضمن ه وتذكر قول المختصر والمغني انه
رد منها اشتبه ان اقر بالبقر والقضي الشيخ ابن رحال في حاشيته المتعلقة على قوله
فان تعزى ضمن ولا اشكال فان شك هل ذهبت الشاة في وقت تعزيه او في غيره
فلا ضمان والاظ عدم التعقل انكم الشرح ه وافتى صاحب المعيار في موضعين على
كلام ابن المكوي وتعقل في موضع ذا هي متوى لابي الحسن تقتضي الضمان لانه قال في اثناء جوابه
لان الراعي ضامن لا مكان ان تكون خرجت وضاعت في الساعة التي كان فيها قبل ذلك وتاخذ
ان شاء الله تعالى نص متذي المتوى وفي فوائد الاجارة من الدرر قال وافق متوى ابي
الحسن لانه قال وسئل ابن محسود عن الراعي يشتري غنيمة فزعمت بعضها هل يقضي
عليه بضمانه فاذا ذهبت فاجاب بانه ضامن لما ذهب منها بطريق جهل شيء ذهب فاضاع
من الماشية فاذا عمي رقبها انه ضاع في ذلك اليوم حلف وهو الراعي الغنيمة فان جهلا
جميعا حلف الراعي فاعلم انها ذهبت في ذلك اليوم والاضمان عليه ه متحصل ان الذي
افتى به ابن المكوي وافتى عليه في الدرر النثير وكذا صاحب المعيار في موضعين وذكر
الشيخ ابن رحال كذا انه الذي مذهب انه لا ضمان على الراعي اذا اثبت عليه تعدي فقلا
واذا عمي رب الماشية انها ضاعت في الساعة التي تعزى او خرجت فيها وافتى ابن
محسود بضمانه وهو موافق لمتوى ابي الحسن الخامس قال في المعيار سئل ابن
الحسن الصغير عن راعي البقر بالدولة اذا خرجت له الدواب ولم يتبعها عن البقر
حتى ضمن من استيقاظه بعض تفريطه ثم خرج وزعم انها بقية يومه فجاء بها الى النهار
وقد ضاعت منها بقرة فلانكر ان تكون خرجت معه ذلك اليوم وقال زعمها حل خرجت

فلا جواب ان الراعي ظامن لا محالة ان تكون خرجت وضاعت بالمساهلة التي كان فيها
فيكون ضامنا وكذا يجب عليه ان يتفقد قطيعه حتى يعرف ما ضاع منه ويتعرف عليه الضمان
ان كان يعرف الذي باعها منه وقد غاب عليه فيجب عليه ان يسأل عنه حتى يخرج
الشيء والا فهو مفرط والتفريط كالتعدي ان رب الماشية لا يعتمد اول الشهر ولا
آخره حتى يجد الضوال والقطاع فيجب ذلك على الراعي والا فهو ضامن
فقد سئل ابو الحسن رحمه الله تعالى واذا كان من ضمانه مع انه ادعى ان
تكون خرجت قطعة فلما تفقد منه ابو اسحاق ابن ابي الغفار فلما حتى جاء الصوف فسئل
الراعي انه لم تخرج قطعة وقد نقل الى الغيار جوابه بعد فقيه جواب ابي الحسن متزل
ونصه واجاب ابن ابي الغفار ان الصوف فوق الراعي فيما اتلف انه لم يقبضه الا
فلا تبعة بقبضه والا فرق بين راعي البلاد وبين الحاضر ه وبعثوا الى اسحاق
ابن ابي الغفار يسأل عن لفظ بخمر وسبعة فلا زيد بن مزود اسمانيس بقرا لمالية
والا فيه من فاضيتا سيل محمد ابن يعقوب الفسنيصيت وزاد بعضهم بقبضه اي قبضه تبين
احد الشرك فيه فلا نصه وجدنا فقيرا فلا نصه الحمد لله والصلاة والسلام على
رسول الله سيل رضي الله عنكم واذا ضاع جوابكم في رجل يرعى بقر الحاضر فضاعت ثم بقي
واذا كان الراعي ان يهمل الذي جهله ذلك الشيوخ وعلماء اهل البلد لا يقبضون ثلاثة
في الايام قليلة مثل يقع الشلاثة فقط وقد اعرى ذلك جرى العادة على عدم التفتيش
مثل يجب على الراعي التفقد لما فرا منه حتى يعرف كل واحد بعينها اذا اذا وجب
هل يجب عليه الاختبار بهذا ام لا واذا لم يقع منه الاختبار بهذا وسكت مثل يعرف منه
تفريط يعني عدم الاختبار ام لا الجواب بحمد الله وحسن عونه والصلاة والسلام
على رسول الله ان الراعي يجب عليه ان يتفقد الحواشي التي رعاها كل يوم فاذا لم يتفقدها
وضاع منها شيء فهو ضامن لانه مفرط بعدم تفقدها وانكار الراعي ان تكون الجميع منه
خرجت قطعة يوم تلفت غير مقبول ولا يحتاج من التمكين الا ما جرى به العرف والعادة
فقط لان مسائل الاجارة محمولة على العرف والعادة قال ابن ابي العرب واصل عليه
والسلام وابي رضي الله عنهما ان كل عمل من الاجارة ان يعمل على العرف وكذا نص على ذلك
قبيل محمد بن ابي زيد والفقيه عبد الحق مثلا ان تفقد الراعي الماشية ولم يفرط فيجب
عليه ان يجني رجعا والا فهو ضامن قال الشيخ ابو الحسن في راع اخرجت له حواشيه

فتوى ابي الحسن الشابتي فقال وكتب عبد الله بن يوسف بن محمد القاسم كان الله له
وافتى بمثل فتوى الوزير ابي الحسن وعبر عنها بقوله وسئل
عن راعي الزرع اذا ضاع منها شيء من الماشية وادعى انه لم يفرط مثل عليه ضمان لما ضاع
منها ام لا واجاب فقال الامام ابو الحسن راعي الزرع اذا خرجت الماشية ولم يتبعها
على العرف وضاع شيء منها وادعى انه لم يفرط فعليه ضمانه لتعديه والله تعالى اعلم
وكان وجه ان يقال للراعي عدم اعلامك لصاحبها اول انتشارها فتخرج معك
ميزا على تحريك وعوالم عدم الخروج او عدم تفقدها الزال على تقصيرك فاقل
الثامن من يصدق الراعي في قوله انه ضاعت مع الغنم فقال سئل ابو محمد صالح عن راعي غنم سئل عن شاة من الغنم فقال جئت بها مع
الغنم وقد ادخلتها الدار فطلبت فلم توجد وكان ذلك وقت مجيئه بالغنم من
الجبل ايضمن ام لا فاجاب يحلف الراعي بالله لقد دخلت الدار في طلبه وما ضاع
ولا قصر ولا اكل ولا فرط في الاتيان عليه في غير ذلك وخرجت منه قلت عادة الشيخ
ابي زيد الله فقال وانظر في الشرح تصريح الراعي في قوله دخلت مع الغنم ولم توجد
في الدار عند رجوعه بها من الجبل **قلت** ما انظر مثل بغير منزل بغير الراعي
المشترك واقل امره ولا يقبل قوله لانه قبض الماشية على الضمان على المعمول به وفي
قبض الراعي قولان عن ر وقد يضمنه لا يقبل قوله الا ببينة وضمان الراعي المشترك وان كان
قبضها على ضمان الصانع لا كالراعي المشترك يضمن الماشية والصانع لا يضمن الا
قد يغاب عليه ولا يقال بتصريق الراعي المشترك في الرد وتعميمه على تصريق الصانع
في رده قد لا يغاب عليه لانه الخاص قوي في ذلك لانه لم يقبض على الضمان وفي جعلوا
الراعي المشترك في الضمان كالصانع فيما يغاب عليه وذلك يقتضي عدم تصريقه في
الرد اذ لا يغيب بذلك سيما والعادة جارية بعدم الاشهاد والله اعلم **التاسع**
تفريع في العزم الخامس ان عزم تفقد الراعي الماشية تقصير وذكر الزرقاني في كتاب
الصلاة انه يجب على الاهل تفقد الاماكن التي فيها قوا وقد شرع
يعني الطلبة البلاد بان صاحب الغنم اذا تفقد بعض غنمه على الراعي فقيل تفقد الراعي
لم يستلزم عنه فقال لا اذ ذلك من الراعي تقصير موجب للغرم وقد كرر ان
الرعيني ذكر ذلك وتعميم نسبة لابي عمران العبدي وفرق وفقت في بعض الهوامش

على الكلام الرابع من الكلام الجامع إن كنت فرقا وضعت فيه شيخنا الإمام عز الدين
عبد العزيز بن عبد السلام قاضيا بين بلاد الإمام على قول عمر المزني والجمهور على
القول الآخر أنه يحلف قادرا ولا ضمان ولا غرم عليه وكذا إذا وضعت فيه غيره من غلاص
لا مثل ذلك ووقفت على فتوى الفقيه الإمام الشريف عبد العزيز بن محمد السلامي
تضمنت عزم عزم الرأي المذكور معتمدا بقول المختصر والمودع لا إن قال لا أدري فتى
تلفت وذكر في الذخيرة أنه لا فرق بين الرأي والمودع يعني في وجوب الضمان متكررا
جعلهما قولين على عادته وتقرر أن الآخر لا يجري على الأقوال لا يجري جملة من حكمهما والله تعالى أعلم
وربما يعسر عزم الضمان قول أبي محمد صالح الشابي قيل فإن يحلف الفرد خلت
الدار بحضرته مع أن رب الماشية أفتقر مثل عليه **الثامن** تفرع في فتوى أبي
الحسن الرأي الرأي أن أفتقر بعض الماشية وجب عليه أن يشتري عنزا صغيرة ولا فهو يعني
وتفرقت نسبة وجوب الإعلام صاحبها الأبرار في زفير وعبد الوهاب وأنه إن لم يعلمه فهو
بقرة ووجهه أن من حق صاحب الماشية إن لم يعلمه أن يقول له لو أعلمتني لكنت أخبرت
عن فتاي جني بأن مثله تعلق أجري وقصده والله أعلم إذا لم يقل الماشية أعلامك لأني
كنت أخبرت عنها أو أرجو أو جزا أنها يقول المختصر لا إن قال ضاعت منذ سنين وكنت
أرجو منها أو لو حضر صاحبها وفهموه كنت أرجو منها مفهوم مخالفة كما قال الشيخ
أبي زيد تبعا لابن محبة فإن قال أربعا يقول لو أعلمتني لكنت أفتقر وفهموه سنين
أخرى لا أدري أنكم مثل يغيرني بقوله كنت أرجو منها وإن لم يقل ذلك أو يقال إن قضت مدة
يمكنه فيها الإعلام ولم يعلمه قبلا فإن الماشية كانت لا إذ كنت أرجو منها قبل منه ولا لم يقبل
وربما جملتها قال في يقتضيه المنظم الجعبي أنه إذا أخبر الرأي الإعلام رب الماشية
بزمنها بها من يمكنه فيها الإعلام قبلا فإن كنت أكلتها وأرجو منها فلا ضمان عليه
وإن لم يقل ذلك فيجب أن تعزر الإمام على صاحبها التفتيش المعين ومن تعزر الإعلام
على الرأي أن لا يجزم بما يعرض له الماشية إن ذهب لا علامه لأنه يسقط الكثير واجب عليه
والله أعلم **التاسع** قال في الذخيرة وإن شرط رغبة في موضع وعمى في غيره فمتى
يوم انتقل وله أخرى التي تجوبه وهو قول المختصر لا إن خالف وعمى شرط هـ ثم
اعلم أن الماشية إذا هلكت بالآفة الذي خلقه صاحبها ضمان الرأي وإن ضيع وإن
هلكت بغيره كالإذاخاق من لصوص وهلكت بغيره مع تمني غصب لموت الماشية منها

وقد اشبه ذلك وكنت اسمع من شيخنا ابي عبد الله محمد التتائي ابن شيوخ
تقريره ان ابن عرفة نقل عن ابن بشير ان لا ضمان عليه وذكر الجزولي انه يضمن واجرى
ابن عرفة تضمينه مثله اذا هلكت لا بسبب مخالفته كما اذا خالف فجاءت عنقا اخطأ وذكر
الحطاب في قول المختصر في كتاب الجعل ايضا وضمن ان خالف عن كلام المدونة ان رب المال
اذا نهى العامل عن ركوب البحر والمشي بالليل فخالف وسلم ثم ان فنده اشتري وحبس
ولا ضمان عليه وذكر في قول المختصر في كتاب الاجارة كالجمال مشتاجر دابته عن اللخمي فيمن
اكترى دابة وادعى انه مات فيها ثم لم يركب حيث لا يجوز له ذلك انه قال واختلف ان
ضربها عيب من غير سبب الركوب مثل يضمنه او لا يضمنه ولا ارى ان يضمن الا ان
يوثق من تسبيب التوضيح الذي تعرض به هو في التوضيح عن اللخمي فيما اذا لم يجد الموضع بالعيب
الموضع بالكسر يعوزه فنزليه انه لا ضمان عليه ان ضاعت الدود بعد عنه بغير التسبيب
الذي يخالف فيه وذكر الزرقاني في قول المختصر او دود ابع او يعقل فيهما انه لا يضمن فيما
اذا سمر فيه عن ابن القاسم لقوله لا ضمان الا اذا قلعت جاء توضيحه الذي فصل الاخير ان منه فاذا
قلعت بغير السمر فيه لم يضمن خلافا للشارح ومنه ان يعبر فلا تفرقت نسبته لابن بشير في
الرابع في التوضيح وفعله الحطاب في قول المختصر في الغراس كان زرع او شافي بموضع
جوزه عن اللخمي انه قال اذا ضمنا ابلا تنقل فيما لم يزرع في موضع الكلم ولا جزء
بشرط ان تكون الخسارة من سبب الكلم او من سبب الزرع لانه متعد في اصل فعله وتمر ان
يعبر فلا تفرقت نسبته للتجزي في الرابع العاشر وجرت فقير او نسبته فغير
لمسائل الجعل المنسوبة لابن عمر ان الدعاء قد انقضه ومن ملاقات التقرير في الرابع
ان يستمر على غيره او يشرك الغنم في الرعي او يخالف في ربها او ذهب ولد الشاة او يشرك
منها فسقط او تسلم من تسلم فعلا وبقي في الغنم ثم لم يجز منها او يجعلها على ثم يوال
نسلكها المناسبة او ذهب تسلم فلا يصلها مع غيره فان من تت بطلبها فليبلغ
ثم رجع الى قاجفي ولا ضمان عليه وان خالف في موضع فعوض ضمن على المشهور فقوله
ان يشرك على غيره تفرق قلعه من التفصيل والخلاف فقوله او يشرك الغنم في
الرعي الذي يرجع للمرينة فنلا ويشرك الغنم في الرعي فضاعت منها شاة وقد
شبهته عنها ووجه التفريق في معنى الكلام وتفرق عن التشبيه عن ابن الحكم وقد يعبر
في قوله او يخالف في ربها فهو قول المختصر لا ان خالف في عبي شرطه فقوله او ذهب

(*) ع الذ

(**) يشكله

(**) والاخر اعتا

(**) خ خلاع

الشرح لو أرسلها كذلك وجهه أن الضلال حينئذ أو لو أرسلها إذا قارب أو قد أشرف على
الصياح بعورة متاعه بعقوره تنبيه الراعي لذلك لا يكون إلا عن غفلة عظيمة ولو
تنبه لذلك رجع إليه بعقوره بتعاهده وإنه به ولست بملتزم لصحة القول بالضمان
بالمتن قوله أو بنى بها فضلت وجهه أن عدم تنبيه الضالة من الغنم غفلة
عظيمة لا سيما إن كانت الضالة عظيمة قوله أو سلمها من شاة فبال
من الغنم فلم يحرمها تفريط الكلام عليه قوله أو حملها على طريق لا تسلكها
الحمايسية لا شك في عدم تفريطه من موجبات الضمان قوله أو ذهب يشاهد بلا سلمها
مع غيره أي أن سلم الغنم لصاحبها مع غيره وذهب يطلب الشاة الضائعة
لا تفريط على الراجح لأنه لا ضمان عليه في هذا وهو ما يفهم من قول المختصر إلا
بعقوره صرفت إلا إذا أرسلها مع مقربه أو غيره أجنبي قوله فإن لم يأت فطلبها
فيلا ثم رجع فوجدها لم يأت لشاة يطلبها فيلا ثم رجع وقد أضيفت على الغنم
وتفريط على سحنون لأنه لا ضمان عليه وتفريط على ابن عرفة لأنه قيس بما إذا لم تكن
الغنم في محل أنس قوله وإن فارق في موضع مخوف ضمن صوابه وتفريط نحو في
قول ابن سحنون فلت لشبهه الشيء بالشيء يعني من الراعي فإمساك من الغنم
الراعي عما فعل الشيء لغيره فقال عمي أي شيء كان يشتغل بالحرث مع غيره
حتى يقع فيه الشارق وإن زيد أو الراعي في غيره وفيه أو في غيره موضعه أو
الجلوس حتى تتوارى عنه الغنم أو يشتغل بلهو أو يخلطه معها غيره مما يعين
إذ إن ابتلاء بها في الحرث الشيء قيل الأبي الفاسم قال الراعي يضمن الشاة
إلا إذا ضيع أو فرط أو تعدى ومن الشيء أي يترك ما وكل به ويذهب إلى غيره
ذلك فيذهب عما وكل به ونحو هذا إما الراعي في هذا يغلبه والغفلة يغلبها قليلا
من الضيعة وهي لا ضمان على الراعي في نوم القيلولة إلا أن يطول فيضمن أو
بموضع يخاف عليها الكثير الذي ضيعه أو يرجع إلى منزله ويترك عنها قوله أو يرجع
إلى منزله ويترك عنها نحو في تبصرة اللخمي وإن ارتعاها وإما الراعي للمفقود الذي
تعلق له بالعمل بسحنون الذي مذهب لا ضمان عليه في النوم والغفلة إلا في التعدي
وقال في المسائل الملقوطة ولا ضمان على الراعي فيما تلف أو ضل وعليه التمييز
الذي إنه قد جاء ولا تعدى ولا دلس ويضمان جاء به والذي ذكر الشيخ أبو بكر

منه فقتل الراعي فاجتمع العقلاء بفعله لم يضمن وإن خرج عن العقلاء ضمن وقيل يضمن
قال ذكر الجزولي في مسائل الغرائض في ميراث الجدة لأبي الطاهر أن صاحب اللمع
أنه قال لا وجه أن يضمن فلزم النظر في المسألة التي عما يفعل الغارض فإن كان مما
إذا قام به نظر أو بمقتضى جرى العادة أو كان لا تفريط منه فيه ولا إهمال فيضمن بعدم
الضمان وإن كان الأمر بعكسه ضمن وذكر في نوازل الإجارة عن الحاوي فيمن اكترى دابة
ليخرج بها ثم حط عليها ليتيقن الخبر أي الدابة فرمقت من يرى من غير تفريط
فلا ضمان عليه بغير تبيين على ذلك كما يجب هو وذكر في نوازل الجزولي المستغلة إذا أوصى
إذا حمل فإذا احتيج على قائد الكلام في السلامة وتعطيب فلا ضمان عليه وإن حمله على ما
لا يغلب عليه العطب والسلامة موجودة فيه فتعطيب فهو ضامن هو والراعي
والغارض والمستأجر والموصى كلهم أمناء والله تعالى أعلم **الباب عشر** قال في
التبصرة ويضمن إن رمى بالحمالة في موضع مخوف هو ومتوقع الضرر وفي فيعيب الحكام لا
ضمان على الراعي إن يقوم دليل على كذبه هـ ج ومتوقع الضرر والله تعالى أعلم **الباب**
عشر قال في الدرر المكنونة في ميراث الشبلية للوغليسي وتسيل الدبطا من الراعي
يرعى جماعة في غياب ذات الشبلية للعرس فسرحت الجماعة غروبا وخرجت قبل كل السبع
منها تبقى وادعى صاحب البقرة أنه لم يعلم بغيبة الراعي وادعى مولاه علم قبل
يلزمه البقرة وإن لا فما جاب الصوف قول صاحب البقرة ويضمن الراعي والله أعلم
الثالث عشر قال في الحر وفيه إذا انفرد الراعي على الغنم بغير إذن أهلها
ضمن وقال الشعب لا يضمن قال ابن عرفة قلت إن نفر غنمها بالإذن أو المنع فلا ضمان
وإلا فلا الصواب وتنبيه إذا كان الفعل بغير ربه لا شيء إن يضمن إتفاقا والله أعلم
تعالى أعلم **الباب الرابع**
في الراعي المشترك **اعلم** أن الراعي المشترك فيه كلام طويل حتى أفرد بالتأليف
والمشهور فيه أنه كالراعي الخاص فلا ضمان عليه إلا أن يفرط أو يتعدى وعن مكحول
وابن المسيب والحسن أنه يضمن كالطابع المشترك وقال به ابن شعبان من أصحابنا وبه جرى
العمل ونظمه في اللامية بقوله: تكرا غرم الراعي عمالا نفر اختلا * وتبعه أبو زيد القابسي في
عليانه بقوله * ضمانا راع غنم اختلاس زرع * أخيفه بالطابع في الرفع * *
قال الشيخ ابن رشد إذا تفاقم فساد الراعي المشترك مثل الجزيرة يعني جماعة الغنائم كصاحب

وأن الرأي بقياس حتى يتمثل الشيء فعلى وصاحب ذو لبنة أحق وأولى بالبلد المذكور **فروع**
الأول الرأي الخاص بجماعة كأهل دار أو قرية فقد يشترك جماعة خاصة كعشرة مثلا
من أهل الحرفة يتحزبون لتوهم رأيا خاصا بهم حكمه حكم الرأي الخاص بواحد فإن
الشيخ ابن رسلان في حاشيته على التحفة ما نصه والمراد بالرأي هنا ما يترتب
على الخلق أي الذي أدى وإن كان يرى جماعة فقط فليس بمشترك بين الشيخ ابن فقول
عياض في الطالع لجماعة الأصحاب عليه لا أنه خاص وفعله ابن عرفة والحاصل أنه يصرح
مع يمينه هو نص ابن عرفة في خطابه يعني الطالع لمجرد نصه نفسه أو بغير تلويه
الناس فقول ابن الكاتب سماع عيسى مع بعض شيوخ الصقلي وكذا يوجد عياض مع ابن رشد
هو وجه الاختلاف في ابن رشد أنه قطع بخبر فلا تعيد ض وعليه عمل الحرس فقول المختصر
إن نصب نفسه أي إن نصب نفسه لجميع الناس لا لجماعة خاصة **الثاني** فقضى
فيما يرى المشترك على الطالع وجوبا لعرفه عليه ولو شرط نفسه لقول المختصر
في الطالع ولو شرط نفسه قال ابن رشد ولا كيف ينبغي أن يكون الذي أجمع مثله لأنه إنما
رضي بالأجر المسمى لاشتراط الضمان عنده فيحمله الحرب على أن الجعفر شرطه
اشتراط الضمان عنه بالنص وتم قول المصنف الحزب بجملة به بمشاورة الجعفر والله تعالى أعلم
الثالث فقضى فيما يرى المشترك على الطالع المشترك أن رأي الرأي
المشترك لا يحكم رأي الطالع والله أعلم واعلم أنه قسمي والمرجوح على أنه لا ضمان
على رأي الطالع ويضمن طالعه وعلى اشتباه الفقهاء أن تكون عنده الأشياء فيوجد
رأي بنفسه للتمر بشيء منها يغسله فيرى قلبه أنه ضامن وفي الموازنة قد يفتقر
خلافه وأول ابن ميسر كلام الشيخ فيه بمثل ابن رشد وأبو الحسن وصاحب التوضيح
كلام المصنف ثم قال المرزوقي وهو كلام كلام اللخمي وابن شاس وابن يونس وابن
الحاجب وابن عبد السلام وابن عرفة وغيرهم وأصل كلام الأصحاب أنه إذا غلبت الأشياء
فيغسلها وغلب عليه أنه كالطالع لا ضمان فقال أبو الحسن وفي الشيوخ كطلب أجير
الطالع لأنه غريم غريمه أي فيفيد كلام المرزوقي بأن الكلام الأصحاب تحت غير الطالع
وإنما إن غلب على المصنوع فيضمن كالطالع لا ضمان فقال ابن ميسر ومثل الذي أولى
على عمل الثوب فقد أصعد كل ثوب بكذا وإنما إذا أجري يوم قال أو شهر أجر جميع الأشياء
سبب يعمله في داري وغلب عليه فلا ضمان عليه وكلام التوضيح كالمتن في الكلام

(*) التنبيه

ابن ميسر هذا تفسير لكلام اشهب فاذا قيسنا على كلام ابن ميسر هذا لا ضمان على
احد الراعي المشترك لانه الراعي لا يعمل فيؤاجر على الرعاية مثلا ومنزلة وقد علمت
وقد علمت من كلام ابن ميسر انه لا ضمان على احد الصانع في منزله الصورة وكل هذا مع غيبة
احد الراعي على الماشية والرعاة جلا رعاية واما اذا صاحب الراعي لا يعمل
رعايته فلا اشكال انه لا ضمان على احد الراعي والضمان على الراعي لا يعمل على تحيل
حال ويقضي احدكم اذا جرى العادة وانتهى في الناس ان منزل الراعي المشترك
يشتاجر اجيرا يرعى على الماشية فهل ذلك يسقط الضمان عن الراعي الاول واعلم ان
الجمهور قال اذا اشترك الصانع على رب المصنوع لا يستحق اجرا وجرى العرف به فانه
يصير احدهما كصانع رب المال فيقضي بشروط ضمان الصانع سواء تعين العمل على
الصانع الراعي الاول ان لم يشترط فاذا كان لا جرى به عرف وتعلق العمل بعينه واشتاجر بمن
وان لم توجد شروط ضمان الصانع كما في مسألة الراعي وان لم تتعلق بعينه واشتاجر
ضمن بشروط ضمان الصانع والا ضمان على احد فالصانع خلاف الاجير الذي ينبغي
قال ابو عبد الله بن محمد بن في حاشيته على الزرقاني قلت فحصه قاذكي الاجمهور
يضمن احد مخالف لكلام اهل المذهب قلت لم نعتبر كلام الاجمهور من الفقهاء مخالفا لكلام
اهل المذهب فلنا بعدم ضمان احد الراعي المشترك وان جرى العرف بالاشتراك عليه
ولا يقاس على ما تقدم في الاشتراك على الراعي الخاص من انه اذا جرى العرف بالاشتراك عليه
لم يضمن فولا واحدا لان الراعي الخاص قبض الماشية لا لعمل الضمان والموجب لضمانه
هو تعريضه بالاشتراك عليه غيره فاذا اذن له اهل الماشية في استعمال غيره بالنص او
بالعادة لم يكن متعديا ولا ضمان بخلاف الصانع والراعي المشترك فانهما قبضا على
الضمان فلا يرفع عنهما بالاذن لهما في استعمال غيرهما لان الاذن يقول الاذن انما
له في استيجار غيره فلم ارفع عنه ضمانا قبل مقتضاه على سنته وادخلته فيه ضمان
الصانع لما افتقر اجيرا لا سيما وقد المشهور ان الصانع لا ينتفع بشرط عدم الضمان
يقول الجمهور وهو شرط نفعه والله اعلم

الجامع في مصالحة الراعي ومقابل من احكامها

اعلم ان الراعي اذا فعل فيه مثلا او قلقت له جنبه بيده وادخر فطاحته قبل
صوته بمال جعل فيه فيه المشتهك جاز ذلك سواء كان الصانع به فرز القيمة

أو أقل أو أكثر وإن صولح بموضع بعقار وقع فيه فيمن المشتهلك جاز إن كان الصلح بدراهم
قدر القيمة أو أقل ولا يجوز بدراهم أكثر من القيمة وإن صولح بموضع غير دراهم تعرض
منفعة والمنافع أو أقل إن صولح قبل وقوع فيه فيمن المشتهلك وإن وقع الصلح بغير جنس ما فيه
القيمة وغير جنس المشتهلك كما إذا افتتل الذي بقوم بطاحونة قبل وقوع فيه فيمنها جنوب
منفعة بلا إشكال وإن طاحونة بجنس المشتهلك كما إذا افتتل الذي بقوم قلعة كلمة فإن الذي
ميزي بقوم في مجزمها قلاعة مثلا قبل وقوع فيه فيمنه أهل الكتب فقال ابن مزروق كما جوز
بجواز ذلك ومنعه غيره إلى والكلام قال الذي ابن يونس من أن ذلك ممنوع والمنع
منزل التوجيه الأخرى منه بالتوجيه الأول بعض وقيل من الجنس المتضمن جلاء وقع فيه
القيمة به ميزي نشره بالجواز وإن صولح بدراهم عدلة أو مؤخرة تحقق أنها لا تزيد
على القيمة قبل وقوع فيه فيمن المشتهلك قرر أبو الحسن أن ذلك جائز واقتصر الشيخ
مصطفى على كلامه وتحذر أعول عليه جسيل محمد بن يلي بن خليل بن على ابن زغلي وكما ذكر
نوازل الصلح من الفقيه بن عبد الحسن وتبعه الإبراهيمي بالموازنة وذكر عن ابن
يبيع أنه وجهه بأن الغرض إنما هو إسقاط الشنازع والخصام لا المبايعة وعن اللخمي
أنه وجهه بأن الصلح إنما يقع بالغالب على الأقل من القيمة بقدر خروج عن صدر المكاتبة
إلى الجهة ومعينة المجهول جائز قال قبل قد انتقد فلت الذي وجب الشيخ
المشايخ كابن يونس واللخمي وابن مزروق وغيرهم من شيوخ الشيخ وبين الطلاق أنه الصلح
وقع فيه القيمة أعني صورة كان الخاصة من جنس القيمة أولا وهو معنى المروية
عندهم وصرح الشيخ أبو الكلام بن تيسير رحمه الله وكتاب الشيوخ القديمة من
تنبيهم بمنصوصية منزل القول ه وقال قبل ذلك أم كلام فلت ومنزل الصواب
التفريق منه كلها تقتضي الإطلاق عند الإبهام الجزاف أعني صورة وقوع الصلح بدنانير
أو دراهم أو عرض فلا بد بحصته من وقع فيه القيمة وذكر الصقع أن بعض أهل العلم أجاز
ذلك قبل وقوع فيه القيمة وبالموازنة جواز ذلك بالصلح بدراهم وإن لم تعم
القيمة والثمن دنانير والأخرى أكثر أنه دراهم ه ولمثل تكلم القلشاني بشرح
الرسالة على المطلحية على الجنس قال فسئل ابن قال بالمرونة قلت القبر فطلحة
على إما وقع الثمن دنانير أو دراهم أو عرضا فقد أجاز ذلك بعد وقع فيه القيمة
كلام أنه لا يجوز قبل وقوع فيه القيمة التعيين وذلك بالقولين وجبت فيه القيمة

للمشتري فإذا كانت من الجوارح جاز له ومن قبل التقويم مجهول لم يجز له بيعها إذ لا
يجوز بيع مجهول وفصل ابن عرفة بالتفريق بين الغرر وغيره خمسة أقوال الأول
لابن الحاجب ومنع المشهور والثاني مقابله للمواذية الشافعي الثالث قبل
يكون الثمن ذا خطر فيجوز أو غيره فلا يمنع عن الحاجة للمواذية الرابع إن كان
الطير بالا يشك أنه لا يكون منها أو أقل جاز وإلا فمنع فالثلاثة يجوز الخامس الرابع
إن ما يكون قبل نفي الثمن فيجوز وما يكون بعد النفي فلا يجوز فالثالث الصنع
وهو خامس لما قال الخاصة الغيار فيتحصل أن مظاهرة الرابع على قابيه لا يسلم
فتلخص أو قرب فيه لا يجوز إلا بعد مفرقة الغيمة إلا أن قبلها فالأول على المشهور لأن الطائر
بيع الغيمة بالمخاطرة ومن قبل مفرقة فهو مجهول لأن بيع المجهول ممنوع ووجه القول
بالجواز إن كان الطير بحيث يسهل أن ذلك يشتري بتيقن تحقيقه أقل من أن لا وجب
الثاني لا يسهل أن كان الطير بالا يتحقق أقل منها أن لا وجب فهو أخذ بعض فلا وجب
ومنع للتبايع ومنوا حتى رضي أو الحسن وليس ذلك المشتري لا يحرم فيه تعليل لا خلاف
المشهور فتلخصها **الأول** إذا أقبل الآبق بقرب فلا يجوز له أن يطارح بعبد
آخر إلا بعد قبول جميعا فلا أن الحرية وإن استشكل أن بعيد لم يجز أن يطارح
على تعميم مثليه إلى أجل فإن الأول أحسن لأنه فقوله إلى أجل مفهوم منه إذا كان نقد
جاز أقل إن كان اللحم فإنه لا يجوز لأنه بيع اللحم بالحيوان
من جنسه وإن كان فإنه يجوز بغير الحق في غير الغيمة **الثاني** ذكر أبو الطاهر
والحكم والسلاري والغاصب أنهم إذا أعرضوا فيمنة فلا إذا تمول التلقيح ثم وجد مهو سيم
إلا أن يوجد ذلك بعين منهم فيرد أخذوه ويكون له أو كذبوا أو الصفة هي جمع عليهم
بالقطيع وكذا إذا ادعى عليه جمع في غير مطارح وهو منكر ثم وجد مهو له كمدعيه
الغنيمة وإن أعرض فسلوا لحاذ في قبل إعراض فيمنة الغيمة أو طارح ثم وجد قبل الكلام
أنها لمدعيه فلا تطارح على شريكه إن وجدت بيني لما لكيهما قبل الكلام فيسلم الطير **فروع**
الأول قال ابن عرفة فانظر ابن عبد السلام في المشاور وغيره إذا كان بغير نعم تيس
الكل وإن عرفي ما لكيهما قابل على المدة زراع فإن بعضهم من بني نعيم ثلاثة كمثول
إذ خلاصهما فعهم قلهم ذلك وكذا إن كان ذلك إن أعرض يجتمعا وغيره ابن سلمون
الثاني إذا رعى إن أعرض نوزا أو غنما لخلاص أو غلاب بغير إذن سلامية أو غيره مثل

قبله الجزء ولا كلام لصاحبه أن يقول أمكنه قبضه عن نفسك فإن كانت صاحبته بنت محمد
ولم يضمنا فضاعت فلا ضمان عليه كما جزم به صلحي **الثالث** قال بعد الاشتغال أخذ
أو عمى رجل في غنم بهم رعاء أغنامها فقصر منه الراعي وأنكر رب الغنم فالقول قوله مع
يمينه ولا يقبل قول الراعي **الرابع** أخذ كلاب يرعى محمد عند جنازة عنزا له فقال له
من الغنم وأدعى كل واحد أنها له فقال الراعي أنها لفلان منهم وكانت عنزا
تلفت معه وآخر متابعا أن يكن عنزا ولا بينة تلفوا وكانت بينهم منزل الرجل على
قول ذلك ويقبل الرجل بيمينه فلا يعتبر كما جزم به ابن صلحي **الخامس** أن أدعى الراعي
بشيء من الغنم أنه لك والكذبة رب الغنم فلا يقبل قول الراعي إلا أن يأتي بشهود
يدل على صدقه فيقبل قوله وتصدق كلام الراعي قبل أن أدار أو أتى دار الجزء استنادا
كما اعتمد ابن رشد قال ابن رشد فإن كان الراعي تفسيره وادعاه رجل آخر فهي غاصب أو
غائب فبقوله شاهد تقبل شهادة ذلك إن كان عدلا **السابع** الأول فإن (*)
أخذ رجل أو غلب على غنم اختلطت بغنمه غنم أخرى أو أخذ من رجل في غنم
طاعة شيئا فأمر عبيدا أنها لك ولا يستحق أن يعطي بالشيء الذي كانت في غنمه أو
للذي أدعاها فإجابه الحق إليه وغرم الغنم قول صاحب رب الغنم أنها له وقلت
الشيء في غنمه مع يمينه إلا أن يثبت من تثبت شهادته بتعيين الشيء الطاعة
هو أحد أعلم **الثامن** في نوازل ابن زكري وأصله في الكبرى مؤلفه ابن سلامة من كلب
اختلاط غنم في غنم تراع فلا حكم أن يكون عنزا ستة ثم وجد بعضها فيها وقال الراعي أن
غنم قد تلفت في الرعية أو الجبل صدق بيمينه إلا أن يقر على ضمانه فيضيعها فيضمن
وإن لم يضيع بغير ضمانه فلا ضمان عليه ومن فصل في كل ذلك إلا أن تقوم عليه بينة
وإن لم يضمنا أو لا أتى رعيه وتم كما فضاعت فلا ضمان عليه وقال الفقيه محمد طرح منه
ضلعي كما أدعى تلفه في الرعية أو الجبل بحيث إلا أنه **التاسع** من تفسير الإجارة (**)
بموت الراعي ولا تقبل بموت الغنم أو ينعها أنها أو بعضها أو في مثل أن يأتيه
بغنم سليم فقال له إن أراد قلاعا أبي من ذلك فقبله الإجارة كما ذكره أبو غلبيب
ومن واضح والله أعلم **العاشر** ذكر في الإنار ونبيه عن أبي الفضل الغفيلي في قوم (**)
أغزوا معلما يغزو الأدمي وقال تيم أعاريق فتح فقبل انقضاء الأجل فإذا أغزوا
زاقة فأخرجه تيم أيتول فلا فتح فقبل انقضاء الأجل إنه لا يستحق الأجر الحق

(*) ط لأخذ

(**) ح كلمتك ومثله الموتاما

(**) اذا غار على الغنم لصوص
فأخذوها فلا تبعة على الراعي

قال فوى فيهما علته ويشترط لذلك الاجتهاد قال أو أمر السنة والاثر لشيء يحيه الاثر قال فوى
اختيار الاذكر قال ابن عثمان افتى بلا تهم ان افتى فوا حذر ربيب ولا يلزم المعلم
جميع الاجر والحلق ابن مثلا بلا استخفاف جميع الاجر بلا ترفع وفسر فيهما
فضل التزام الاطفال ابتداء الصبيان من الاطفال والادب الى ضيع المشار اليها المختصر
بقوله ومنع زوج رضا مرضع وتبعه اب الصبي كتبع زوج الصبي لحاجة
المرضعة وتبعه اذن تبرعا الاب المامية على تبرع ابتداء الصبيان واحتج اهل الثاني
قال في فتوى الاجارة من الجعل وسبل الاجارة ثم الاجر يتواجى اهل الفتوى بنية على
حق زاغنا مع ذلك اسهم فتخرج احدهم عنه قبل الاجل فاجاب فرقت له
عليه الاجر كاملة وكذا معلم الصبيان بلا شرط فاخرج احدهم ولزم قبل
تمامها فعليه اجر السنة كاملة وانظر فع قال في الجزء بعد التاسع
اذا امتنع الرابع من تمام السنة اخذ الشيوخ على رعايتها اجبر على اتمام اذا الكلام
تفسر الاجارة صحيحا ويشترط الخروج قبل تمام المدة لذا الاجارة من المعقود (*)
الملازمة فقط فاقال حرج بغير رضى صاحب المامية ولم يجد احد حتى تمت السنة
وجاء يطلب اجرته فلا يجب عليه ما عمل على المشهور وهذا شبه الكما جوز ابن مثلا
من معلم الابتدائي والرابع والخامس اتوا من تمام العمل مثل بهم في اول الاتي بهم الابتداء
العمل اجيب من ذلك بلا صورة الحمر لبعد المشتاجي وكلفا امتى لم يتم مشرى
الاشتيا ولم يجب عليه ما عمل ومن امتنع من اتمام الرابع المشتاجي من تمام الاجل
ولا جزء من ثمن الصبيان بخير والله اعلم قوله عمومه قول المتقدمين
* ولا اتم اجرة مكملة * ان لم اوبغذر قد فزمله *
اذا لم يقرب من كون عموم الاجل بغذر قد فزمله زر قرب المانع ونسبة اذا انفصل الرابع
من الصبيان بل امتناع الشيخ من تمام الاجل ... وجعلها فوق من الشيوخ المشهور له
نسبة قال عن واختار ابن المحصن قريب شيوخه اخذ ينتقل له ذلك وذكر
قال ربيع عبد الرحمن ... وجعل اجرة الى انما اختيار الرابع
... الاجارة بلا شيء ... فلا يلزم بكون الشرط
... ابن عرفة ... قلة ... ابن عرفة ... انقطع
ابن المحرز ... الاجل ... بعد انفصال

(*) خ

يعلاجه

الأمر بالطلب فإذا بدا قبله ذلك بالتفويض وهو الجواز ونيذ الفيض اللاحم بحسبه قال
عمل بقوله يبيعني من الفي الدفاع في كتاب الإجارة من المنتهى وصنف الحقه في مقدار
خلافا قوله كالدع ابن زيد الشارح الذي لقد متفق عليه لا من تلك الإشارة تبنت
ص يجتمع في الاتفاق ويعاقب اللاحم على ما وجه منتهى وجز يعاقبه الدفاع في الكلام
الذي من سبب الوضع ص ه وفي ابن صلوى عمله الذي اخترع اللاحم قبل فتح الأمر في الفضاء
والاستحسان أن اللاحم يعذر فيما عمل والتعليل لأنه لا ينتهي إلى ما كان يجب لذلك بحكم
تمام المقاطعة وبذلك قال ابن مخلوف فيه قياس وتجنب وتفعل نحو الوضع مثلا منه فيما
ذكر الخرجة المواجر قبل تمام الأمر قسمة الإجارة الراعي بعد انقضاء السنة
وكتابه صاحب الحاشية أن يعوض تلك الأيام التي تعطلها من السنة أن يعد مثلا
وكما الراعي ذلك فلا حجة عليه وكذلك إرادة ذلك الراعي وكم مقدر في الحاشية فإن
اتفقا على ذلك وإرادة فعلا جاز إن لم يكن انتقل الإجارة والامتناع الحاجة من قبله
الذي في مذاهب معينة فكمل الإجارة قبل انقضاء السنة في مدة يتم فلا يقبل
منها فيعتبر الذي وفي راعي عند أحمد بالبدل الذي الإجارة تنفسخ (*)
بهما الإجارة يرجع المعتبر في تعيين الأمر فإن قيل فيه فعلا فهو وإن لم يكن في
خصوص الراعي فهو من افتراق اللاحم والكلام أن الموجر يلزم وذلك أيضا وإنكم
لو وجد الخزر اعتبار الذي تعينه الخامس لا تنفسخ الإجارة بعرض الراعي فإن
ص في تعيين الأمر في فيه تمل فيما فيه فلا وكذلك الذي من اللاحق بعذر الراعي فإن اختلف مع
رب الغنم في فرز فرزا في ضيه فإن كان قال الراعي عند المشتاق في القول المشتاق
وإلا فلا نقول الراعي قبض الإجارة أم لا قال ابن القاسم في قطيع اللاحم وبه قضت
المفتوي عند الشيوخ وقال ابن حبيب القول اللاحم على كل حال إن كان هو أو أمكن
أن تخالفه أو أصل العطلة فقال اللاحم تمت السنة كلها وقال المشتاج عطلت
منها فالقول اللاحم ويأخذ جميع الإجارة عند ابن القاسم الخامس عشر إذا
تنازع الراعي مع رب الغنم في قبض الإجارة فإن كان ذلك عند انقضاء الأمر أو تغرة
بغرب فالقول قول الراعي مع يمينه في عدم قبض الإجارة بلا استحلاف وإن كان ذلك
بغير طول فعلى الذي الصانع إذا افترق بغير طول يسرعه لأنه لم يقبض الإجارة
في قبض والقول خصمه يمينه السادس عشر إذا انتهت الأمر وطلب اللاحم أجرته

(*) فإن غيره فإن يكن ما تعاسخا ؟ أو جسخ ذلك يجب ما يلزمه
الكامل ومن

فكلف من استأجر الحشمة وضرب الأجل وهذا يعني هذا من سلم الذي قال ابن
حبيب لا ينبغي أن تحمل أجرة الأجير محمل غيره هذا من الحفوف ويجب تعجيلها لقوله
عليه السلام أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه إلا أن يواجر الأجير من استأجره
بأجرة فيرى أن يكلفها بعد تمامها فتحمل محمل الحفوف وإن قال أجرة تمبر فبلغ
يكلف أجرته بعد تمام العمل فإنها تجري مجرى الحفوف والحشمة وضرب الأجل
فإنه أمر مشروع وفعله الخطاب بعد ضرب كتاب الإجارة **الثالث عشر** إذا انتهى
إلى الراعي صاحب من استأجره بتسليم العقد وتعجيله من الأجرة بعد فلا يميل
الرابع عشر قال ابن عرفة وفيها المالك لا يجبر أن يشتري قائم راع من بيت قال
يعني اللخمي يريد إن كان الغالب ابتياعه كرها ولم يجز تعليقه الإجارة وإن كانوا
يبتغونه أو أكثرهم لم يجز وإن كانوا يبيعونه ولا يبتغونه جاز هكذا قال أبو محمد عبيس
الفقيه وليس مثل منزل من يشتري لجنان رجل له غلة ولم يجد غرم يقتضي الإذن لأن اللبن
يتجزأ بكل يوم قال الأبي فيه اختلاف وأعلم أن أكل الثمار من الثمار التي يم بها هي
ثلاثة أقوال المنع قال الجزولي وهو المشهور والجواز وهو خارج المذهب والبيع
بشرط أن تكون الثمرة لصريفك متجوز لك الأكل منها أو لغيرك فيمتنع قال ابن رشد
وهو أولى الأقوال وأصحها بالصواب وعلى القول بالمنع قال ابن رشد لا يجوز ذلك
وإن اصطلحت على أنها لك الأجر للرجل أن يشتري من الراعي صلاة يريد متاعه فلا
الجزولي وإن اختلفوا على القول بالمنع إذا الأذن لا لم الإجارة أو الراعي أو الشريك وقال
ابن رشد إن بيعها بدلع ذلك من قبل أكله قبل أن يصرفه وبيع الكل أو لا يصرفه فوق الجزيب
وأعلم أن الثمرة إذا أكل عنها أمثلها بعتنة جنوا من بلد مع قبل كانوا
قعوا وبيعا أو ورثتهم لم يجز أكل تلك الثمرة إتلافا وحكمها حكم اعتبار المغصوب
قبل كانوا مجهولين ولا كن تمكن قعوا بتهم بالشرا الذي أصبح فحكم تلك الثمرة حكم
اللقطة وكذلك الحكم إن انقرض الطول الغمير وأيس من معرفتهم قال ابن رشد
قلت ما ذكره أبو محمد عبيس عبر الفقهاء الخطاب أنه يجوز للأجير أن يأكل
الجزء ونحوه إن يشترع بما خف إذ لأنه مأذون عليه عادة ولأن الخطاب على شريكه
إن لا يشتري بزائد **الخامس عشر** قال ابن رشد المكتوبة فصل تعضيم من قال
فلا أنوا الصاحبيم أصبحه غنما متزي ونقص فمن للضير وقاصر نا الحاجة هنا وهنك

(*) ضـ (*)
أنعمر

وجاز في كل ليلة إن شاء وتستوي فيها يوم دخولها في الشغل ويجوز فيها عند طلوع
الشمس قبل أن يطلع مع هم أنهم شيئاً من متن الإجارة فلا جاز إن الحق فيها
الإجارة مع هم أنهم في هم قبل في هم أنهم منها ثم فلا تعتبر كلام خلاف الكلام لأنه
الجواز إن الإجارة لا تجب إلا على الحق فيها في صلاة الجماعة غير الجمعة الإجارة
غرب أمثال الصفة يدل على ذلك وعند بعض فلزم مطلقاً ولا يرد أنها لا تلزم متى
لم يبلغ فيها عشرة الجمعة **الثالث والعشرون** قال في نوازل الحق على ما في
الجزء وفي الكتاب رجل يعني بن عمر في رجل كان قد غنم غنم تحت زرع وخلاف وقت الصلاة (*)
أنه يصلي ويغرم قيمة الزرع إن زرع إن أفسد شيئاً لا يضمن **قلت** بتخريج عمل على مسألة من
خلاف لو وقف بقرة بلا قائد وقت العشاء مثل بئر أبي موقوف أو بالصلاة بناء
على صفة وقت الصلاة أو تغرم صفة الحال والتيمم إذا كان لا يرى الحال الأيمن
فلا على قلبها من الخلاف أو زاد وإعليه بئر إن الشغل وعند الخف هي كواحدة
أعلم **تتمة** قال الإمام زيد يجوز للرجل أن يبيع ينطق غنمه بشيء معلوم حال أو
مؤجل بأجل معلوم على أن يعود المشتري بنصف الثمن بيع الشيء أجل معلوم ولا يجوز أن
يشتري إن قامت فيها بقليله خلف حصته على قدر مبيع إن الفلاس وأقل على قدر مبيع
غنم فالحكم يوجبه قال الصبري وفي شرحه ذلك أيضاً إن يرضى على أنه متى شاء
منه حصته بلا جعل الشيء لا يجوز إلا من غلبها أو جعل لنا الإمام عمارة فإذا أخذ الغنم
يشتمل لم يجز ذلك قلت وفيه الغرر مشكوك أن الشرط فيه الفلاس الغريم و
والجمار على أصل ابن حبيب لا يرى على الغلام إذا اشتمل الغرر الصحة والجعالة
قلت فيه الغرر يسيراً وقد تغير الغنم في شرفها وبعضها المشتري فعليه نصف
قيمتها يوم قبضها إلا أن ولد فيها فقص من حكم شريكه فيغرم عمارته وتجزأ لك
سلم الجيوش من الحصل الكلام الجزء في نوازل البيوع والشركة والصلح وفي نوازل
الشرط تحت من الجزء المكتوب على الجزء الذي وإن الشرط كتبه الجمار على الفلاس
الغنم الأول إن يقول له خذ قيمتها على أن تغرم قيمتها قدر معلوم منه ولك جزء معلوم
فيمن أعلى خلافه الفلاس الأول إن يقول له خذ مثل الجزء الآن وتقوم فيه كيف
شئت ومن الجمار إن شرط عليه الخلف قال يعتبر نصفه فهو فاسد ولا يختلفا في
ذلك لأن الغرر غرر الخلف أشبه إن لا يتصرف فيه إلا بغرر انقطاع الحر ومن

(*) ربما
تقوا

فرض فلا هزو اصير الجمود مقرا فاجاب الصيرفي صلاة ولله عليهم ميمة فلا زعمي
وراد انزل الى الضم فيه ولم يضمه **السادس عشر** فلا الجر والرد ايضا بيان
الشبلة للغزي وتسهيل الايضاح زراع البقر والضم مثل يكون ووراثه على عمرو
الى رؤس اذ على عمرو الحاشية فاجاب بيت عمر مع على فزر الحاشية اي تنشاصوا
لان الاجازة انما تكون على عمرو الحاشية لانها عمل الابدان والميت مثل الاجازة
تكون على عمرو الحاشية لان يتبعوا على قايم يزون ه ومثله والله اعلم تخرج انما
معلم الصنعاء ونحو وزعمي البقر بالتنوين اي تكون على عمرو البقر لا على عمرو
الى رؤس الحاشية لان يتبعوا على قايم يزون **السابع عشر** زحلة مع الراعي
عليه لا على الحاشية ولا يتضمنها الى زراع الحاشية في مغفر الاجازة تبقى الراعي
الثامن عشر اذا اتلفت الحاشية زرعا فعلى تكون البقر على ربها او على الراعي
تفصيل في المختصر يقوله وما اتلفته اصحابه ليلا فعلى ربها وان زاد على قيمتها
فيضمنه على الرجال والحقوم لانها ان لم يكن معها راع وسرحت بغير الزراع ولا فعلى
الراعي ه ولا في هنا ان يكون معهم ان لا ولا يقضى على اهل الزرع بحراسته ولا يتعين
وانما يقضى على اهل الحاشية بحفظ زراعتهم كما سوى كلام وافتى به الشيخ والله اعلم
التاسع عشر اذا اتلفت الحاشية زرعا وغرم الراعي او رب الحاشية فيمته
على الرجال والحقوم عمارة مهنية فلا يوجب ان يكون للغرم فيمته كما صرح به
المتيطي والفلشاني وقيعين الكلام وكتبوا مقابلة جفوكم وفي قبل ان القيمة
وتجزم به ان شاء الله اول ان حكى خلافه **العشرون** الجعيد رسل على وبشر
مقلوبة على الراعي بتلاف وتفسير ما فيه زرعا فاجاب متوطا من الحاشية
الحاشية ه وفيه عن بعض الفقهاء ان وجد الراعي او عقل قبل مغرم عليه ولا
سبقه وفهم منه بالمغرم على ان قبلها **الحادي والعشرون** اختلاف الجس زرع
اذا رب الحاشية اذا كان يعلم او يظن انها تنقض الحاشية زرعهم بالاثم عليه لانه
دخل على ان الراعي الحاشية ان لم يدخل على عقل او لم يتغير به عادة فلا تصور ان لا يأثم على
الراعي لانه الحاشية خلافا لا كلام لا يستوي جنوده بقايم رب الحاشية **الثاني**
والعشرون ناخي فوازل ابن هلال ان عيد اشبيل تحت قوم اشتاجي والعامة
للصلاة بالمعلم مجمعوا على تعليمهم نعيم ان يعين رجال يجرزون قرى الغربية وعنهم

قد يسر للتتميم الخلاف ان يقول الدلالة ذلك مبنية لا تعتبر انقضاء الحرز وتعتبر ايضا قبل
ان يعلم على ذلك بمعنى ما لم يتغير المشتري او تتغير البهيمة وذا انما قبل
فاتت بالذكر فالا قد اوجب الخيار بتوهم انقضاء الحرز ويرجع على صاحب البهيمة
بالاجر المثل قبل ان يعلم على ذلك فبقي انقضاء الحرز قد اوجب رد ما لم يعلم وعليه
اجر المثل الخيار لئلا من افتراق الاصل ان يبيع له جزء من البهيمة على ان له
الخيار في قدر ذلك جاز بشروطه الاول ان تكون الجزء منه الحرز معلوما والثاني ان يشترط
الخلف والخلاف ان يتفرق المشتري بهما المشتري من غير تسليم عليه والثالث ان يكون
لا يتضرر منهما لا لتواضع معلومة بدا وفات معلومة والخامس ان لا يشترط عليه
الفيلم بتسليمها فاذا استقطع شيء من مقدار المشتري قد انقضى قد اسير يجب فيه
ويرجع على رب البهيمة بالاجر وان لم يعلم على ذلك الا بعد الفوات قد اوجب
الخيار يوم القبض في الجزء المشتري ويرجع باجر المثل على ربها لا بتداء الخيار
الخلاف ان يبيع جزءا من قبر او شاة على ان يرقع به البقر او الشاة جزءا
معلوما من البر او السمن فلا يخلو اما ان يكون ذلك في وقت او من غير الجزء
يخرج من البقر او الشاة ثم لا يخلو اما ان يكون الجزء يخرج معلوما بالعادة
او لا فان كان كذلك فلا خلاف في المنع وان كان الاول يحتمل الجواز ويحتمل المنع
وكذلك ان وقع له بقر على ان يجز منها وتكون له منها على ان يعطيه قفيزا
معلوما من تمنها او زبدها والشراء جائز **فرع** في جواز المعاوضة
المعتبار فيمن قال نصف في سهم لي جل وتغيب صبر المشتري اخذ ما لم سلم عليها سعرا
ممنوعا فعلمت فيه فطلبته صاحبه بطعام ينتفعه فقال له متواعيني فاذنوا ينتفعه
من الحرز فاجابه اخذ فيصيب الشريك فهو ضامن له لانه يكون سلفا فيما
سعى ذلك بالذي شريكه وجزء العقد بينهما ان يستاجر بمثل ذلك السعي
فانه لا ضمان عليه واخذ اجر ميراث على نصيب شريكه فان كان في لا يقدر على ذلك
الجزء المحسب ونسبه جميعا يعز منه كلب منزل مع جفيد لا اجر له على ذلك وان
قبله اجرته

افتهى بحمد الله تعالى
وحسن عونه