

عَمَلَةُ الْمُحْتَاجِ الْمَشْرِحُ الْمُبْتَغَى

تَصْنِيفُ

عَمْرُو بْنُ لَاقِيٍّ السُّنِّيِّ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ النَّصْرِيِّ السَّافِيِّ

ابْنِ الْمُطَلِّقِ

الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٨٠٤ هـ

تَحْقِيقُ

دَارُ الْفَيْلَاحِ

لِلْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ وَتَحْقِيقِ التَّرَاثِ

المجلد الخامس عشر

كتاب التَّذَرُّعِ - كتاب القَضَاءِ - كتاب القِسْمَةِ - كتاب الشَّهَادَاتِ - كتاب الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ

كتاب الْعِنَقِ - كتاب التَّذْيِيرِ - كتاب الْكِتَابَةِ - كتاب أُمَمَاتِ الْأَوْلَادِ

دار ابن حزم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عَبْدُكَ الْمُحْتَاجُ
إِلَى شَرْحِ الْمُنْهَاجِ

جميع الحقوق محفوظة للناشر

الطبعة الأولى

١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م



ISBN: 978-9959-857-30-9

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

كِتَابُ الْبَيْتِ

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كتاب النذر

هُوَ صَرْبَانِ نَذْرٍ لَجَاجٍ: كَإِنْ كَلَّمْتُهُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ أَوْ صَوْمٌ، وَفِيهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ، وَفِي قَوْلٍ: مَا التَزَمَ، وَفِي قَوْلٍ: أَتَيْهُمَا شَاءَ.
قُلْتُ: الثَّالِثُ أَظْهَرُ وَرَجَّحَهُ الْعِرَاقِيُّونَ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ فَعَلَيَّْ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ أَوْ نَذْرٌ لَزِمْتُهُ كَفَّارَةٌ بِالدُّخُولِ.
وَنَذْرٌ تَبَرُّرٍ: بِأَنْ يَلْتَزِمَ قُرْبَةً إِنْ حَدَثَتْ نِعْمَةٌ أَوْ ذَهَبَتْ ^(١) نِقْمَةٌ: كَإِنْ شَفِي مَرِيضِي فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَوْ فَعَلَيَّْ كَذَا فَيَلْزِمُهُ ذَلِكَ إِذَا حَصَلَ الْمُعْلَقُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَقْهُ بِشَيْءٍ كَلِلَهُ عَلَيَّ صَوْمٌ لَزِمَهُ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَا يَصِحُّ نَذْرٌ مَعْصِيَةٍ، وَلَا وَاجِبٍ، وَلَوْ نَذَرَ فَعَلَ مُبَاحٍ، أَوْ تَرَكَهُ لَمْ يَلْزِمَهُ، لَكِنْ إِنْ خَالَفَ لَزِمَهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ عَلَى الْمُرَجَّحِ.

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ نُدِبَ تَعَجُّلُهَا، فَإِنْ قَيَّدَ بِتَفْرِيقٍ أَوْ مُوَالَاةٍ وَجِبَ، وَإِلَّا جَازَ.
أَوْ سَنَةً مُعَيَّنَةً صَامَهَا وَأَفْطَرَ الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ وَصَامَ رَمَضَانَ عَنْهُ وَلَا قَضَاءً، وَإِنْ أَفْطَرَتْ بِحَيْضٍ وَنَفَاسٍ وَجِبَ الْقَضَاءُ فِي الْأَظْهَرِ.

قُلْتُ: الْأَظْهَرُ لَا يَجِبُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْمًا بِلا عُذْرٍ وَجِبَ قَضَاؤُهُ وَلَا يَجِبُ اسْتِثْنَاءُ سَنَةٍ، فَإِنْ شَرَطَ التَّائِبَ وَجِبَ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَشَرَطَ التَّائِبَ وَجِبَ، وَلَا يَقْطَعُهُ صَوْمُ رَمَضَانَ عَنْ فَوْضِهِ وَفْطَرِ الْعِيدِ وَالتَّشْرِيقِ وَيَقْضِيهَا تَبَاعًا مُتَّصِلَةً بِآخِرِ السَّنَةِ، وَلَا يَقْطَعُهُ حَيْضٌ، وَفِي قَضَائِهِ الْقَوْلَانِ، وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْهُ لَمْ يَجِبُ.

(١) فِي الشَّرْحِ: (دَفَعَتْ).

أَوْ يَوْمِ الْاِثْنَيْنِ أَبَدًا لَمْ يَقْضِ أَثْنَيْنِ رَمَضَانَ، وَكَذَا الْعِيدُ وَالتَّشْرِيقُ فِي الْأَظْهَرِ، فَلَوْ لَزِمَهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ تَبَاعًا لِكَفَّارَةِ صَامَهُمَا، وَيَقْضِي أَثْنَيْهِمَا، وَفِي قَوْلٍ: لَا يَقْضِي إِنْ سَبَقَتْ الْكَفَّارَةُ النَّذْرَ. قُلْتُ: ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَتَقْضِي زَمَنَ حَيْضٍ وَنَفَاسٍ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ يَوْمًا بَعَيْنِهِ لَمْ يَصُمْ قَبْلَهُ، أَوْ يَوْمًا مِنْ أُسْبُوعٍ ثُمَّ نَسِيَهُ صَامَ آخِرَهُ وَهُوَ الْجُمُعَةُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ وَقَعَ قَضَاءً. وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمٍ نَفَلَ فَتَنَذَرَ إِثْمَامَهُ لَزِمَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ نَذَرَ بَعْضَ يَوْمٍ لَمْ يَتَعَقَّدْ. وَقِيلَ: يَلْزِمُهُ يَوْمٌ.

أَوْ يَوْمٌ قُدُومٍ زَيْدٍ فَالْأَظْهَرُ اتِّعَادُهُ، فَإِنْ قَدِمَ لَيْلًا أَوْ يَوْمَ عِيدٍ أَوْ فِي رَمَضَانَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ أَوْ نَهَارًا وَهُوَ مُفْطِرٌ أَوْ صَائِمٌ قَضَاءً أَوْ نَذْرًا وَجَبَ يَوْمٌ آخَرُ عَنْ هَذَا، أَوْ وَهُوَ صَائِمٌ نَفَلًا فَكَذَلِكَ.

وَقِيلَ: يَجِبُ تَتَمِيمُهُ وَيَكْفِيهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ الْيَوْمِ التَّالِي لِيَوْمِ قُدُومِهِ، وَإِنْ قَدِمَ عَمَرُو فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ أَوَّلِ خَمِيسٍ بَعْدَهُ فَقَدِمَا فِي الْأَرْبَعَاءِ وَجَبَ صَوْمُ الْخَمِيسِ عَنْ أَوَّلِ النَّذْرَيْنِ وَيَقْضِي الْآخَرَ.

فَصْلٌ

نَذَرَ الْمَشْيِ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ، أَوْ إِثْبَانَهُ فَاَلْمَذْهَبُ وَجُوبُ إِثْبَانِهِ بِحُجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، فَإِنْ نَذَرَ الْإِثْبَانَ لَمْ يَلْزِمُهُ مَشْيٌ، وَإِنْ نَذَرَ الْمَشْيِ أَوْ أَنْ يَحُجَّ أَوْ يَعْتِمِرَ مَاشِيًا فَالْأَظْهَرُ وَجُوبُ الْمَشْيِ، فَإِنْ كَانَ قَالَ: أَحُجُّ مَاشِيًا فَمِنْ حَيْثُ يُحْرِمُ، وَإِنْ قَالَ: أَمْشِي إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى فَمِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْمَشْيَ فَرَكَبَ لِعُذْرِ أَجْزَأَهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ بِلا عُذْرِ أَجْزَأَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ وَعَلَيْهِ دَمٌ.

وَمَنْ نَذَرَ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً لَزِمَهُ فِعْلُهُ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ مَعْضُوبًا اسْتَنَابَ.

وَيُسْتَحَبُّ تَعْجِيلُهُ فِي أَوَّلِ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ تَمَكَّنَ فَأَخَّرَ فَمَاتَ حُجَّ مِنْ مَالِهِ.
وَإِنْ نَذَرَ الْحُجَّ فِي عَامِهِ وَأَمَكَّنَهُ لَزِمَهُ، فَإِنْ مَنَعَهُ مَرَضٌ وَجَبَ الْقَضَاءُ، أَوْ عَدُوٌّ
فَلَا فِي الْأَظْهَرِ.

أَوْ صَلَاةٍ أَوْ صَوْمًا فِي وَقْتٍ فَمَنَعَهُ مَرَضٌ أَوْ عَدُوٌّ وَجَبَ الْقَضَاءُ.

أَوْ هَدْيًا لَزِمَهُ حَمْلُهُ إِلَى مَكَّةَ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ عَلَى مَنْ بِهَا.

أَوْ التَّصَدُّقُ عَلَى أَهْلِ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَهُ.

أَوْ صَوْمًا فِي بَلَدٍ لَمْ يَتَّعَيْنْ، وَكَذَا صَلَاةٌ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ، وَفِي قَوْلٍ:
وَمَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى. قُلْتُ: الْأَظْهَرُ تَعْيِينُهُمَا كَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
أَوْ صَوْمًا مُطْلَقًا فَيَوْمٌ، أَوْ أَيَّامًا فَثَلَاثَةٌ، أَوْ صَدَقَةٌ فَبَأْي شَيْءٍ كَانَ، أَوْ صَلَاةٌ
فَرَكْعَتَانِ، وَفِي قَوْلٍ: رَكْعَةٌ. فَعَلَى الْأَوَّلِ: يَجِبُ الْقِيَامُ فِيهِمَا مَعَ الْقُدْرَةِ، وَعَلَى
الثَّانِي: لَا.

أَوْ عِتْقًا فَعَلَى الْأَوَّلِ: رَقَبَةٌ كَفَّارَةٌ، وَعَلَى الثَّانِي: رَقَبَةٌ.

قُلْتُ: الثَّانِي هُنَا أَظْهَرُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

أَوْ عِتْقَ كَافِرَةٍ مَعِيَّةٍ أَجْزَأُهُ كَامِلَةٌ، فَإِنْ عَيَّنَ نَاقِصَةً تَعَيَّنَتْ، أَوْ صَلَاةً قَائِمًا لَمْ
يَجْزُ قَاعِدًا، بِخِلَافِ عَكْسِهِ.

أَوْ طُولَ قِرَاءَةِ الصَّلَاةِ، أَوْ سُورَةٍ مُعَيَّنَةٍ، أَوْ الْجَمَاعَةَ لَزِمَهُ.

وَالصَّحِيحُ أَنْعِقَادُ النَّذْرِ بِكُلِّ قُرْبَةٍ لَا تَجِبُ ابْتِدَاءُ كَعِبَادَةٍ، وَتَشْيِيعُ جِنَازَةٍ،

وَالسَّلَامُ.



[illegible]

كتاب النذر

هو في اللغة: الوعد بخير أو شر، وشرعاً: وعد بخير دون شر. قاله الماوردي^(١)، قال عليه السلام: «لا نذر في معصية الله» رواه مسلم من حديث عمران/٢٣٦ب/ بن حصين^(٢).

وقال الرافعي: هو التزام شيء^(٣). وقال غيرهما: هو التزام قرينة غير لازمة بأصل الشرع، وزاد بعضهم مقصوده، والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿يُؤْفُونَ بِالَّذِينَ﴾ [الإنسان: ٧] وقوله عليه الصلاة والسلام: «من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه» رواه البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها^(٤)، وهو قرينة كما جزم به القاضي حسين والمتولي والغزالي والرافعي^(٥)؛ لأنه عليه السلام حث عليه حيث قال: ﴿وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُمْ مِنْ نَذْرٍ﴾ الآية [البقرة: ٢٧٠]. فتكون قرينة ولأنه وسيلة إلى القرينة، فلها حكم المقاصد.

لكن صح أنه عليه السلام نهى عنه، وقال: «إنه لا يأتي بخير، وإنما

(١) «الحاوي» ٤٦٣/١٥. (٢) مسلم (١٦٤١).

(٣) «الشرح الكبير» ٣٥٥/١٢. (٤) البخاري (٦٦٩٦).

(٥) «الوسيط» ٢٦٥/٧، «الشرح الكبير» ٣٥٥/١٢.

يستخرج به من البخيل»^(١) فصرح بظاهره في «شرح المذهب» وقال: إنه مكروه^(٢) وأشار إليه في «الروضة» ولم ينقله عن أحد^(٣)، وقد نص عليه الشافعي كما أفاده ابن أبي الدم في «شرح الوسيط» ثم اختار ابن أبي الدم أنه خلاف الأولى، وفيه نظر؛ لأنه قد ورد فيه نهى مقصود.

وقال ابن الأثير في «نهایته»: تكرر في الأحاديث النهي عنه وهو تأكيد لأمره وتحذير عن التهاون بعد إيجابه. قال: ولو كان معناه الزجر عنه حتى لا يفعل لكان في ذلك إبطال حكمه وإسقاط لزوم الوفاء به؛ إذ كان بالنهي يصير معصية فلا يلزم، وإنما وجه الحديث أنه قد أعلمهم أن ذلك أمر لا يجبر لهم في العاجل نفعا ولا يصرف عنهم ضرراً ولا يرد قضاءً، فقال: لا تنذروا على أنكم تدركون بالنذر شيئاً لم يقدره الله لكم، أو تصرفون به عنكم ما جرى به القضاء عليكم، فإذا نذرتم ولم تعتقدوا هذا فأخرجوا عنه بالوفاء، فإن الذي نذرتموه لازم لكم^(٤).

قال ابن الرفعة: ويمكن أن يتوسط فيقال: الذي دل الخبر على كراهته نذر المجازاة، وأما نذر التبرر فيظهر أنه قربة؛ لأن له فيه غرضاً، وهو أن يثاب عليه ثواب الواجب، وهو فوق ثواب التطوع^(٥)، أي: سبعين درجة كما أفاده الإمام^(٦).

قلت: أو يحمل النهي على من علم من حاله عدم القيام بما التزم، وفي «الحاوي» للماوردي أن الحديث يدل على أن ما يبتدئه الإنسان من

(١) رواه البخاري (٦٦٠٨)، ومسلم (١٦٣٩) من حديث ابن عمر. واللفظ لمسلم.

(٢) «المجموع» ٤٣٤/٨. (٣) «روضة الطالبيين» ٣/٣٣٦.

(٤) «النهایة في غريب الحديث والأثر» ٣٩/٥.

(٥) «كفاية النبيه» ٢٨٤-٢٨٥. (٦) «نهاية المطلب» ٧/١٢.

البر أفضل مما يلتزمه بالنذر^(١).

قال: (وَهُوَ ضَرْبَانِ نَذْرٌ لَجَاجٍ: كَإِنْ كَلَّمْتُهُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ أَوْ صَوْمٌ، وَفِيهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ) لقوله ﷺ: «كفارة النذر كفارة يمين» رواه مسلم من حديث عقبة بن عامر^(٢)، وإنما حمل الأصحاب هذا الحديث على نذر اللجاج؛ لأنه لا خلاف أن نذر التبرر لا يكفر.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: مَا التَزَمَ) لأنه التزم عبادة في مقابلة شرط، فيلزمه عند وجود الشرط كما إذا قال: إن شفى الله مريضى فله علي كذا. قال: (وَفِي قَوْلٍ: أَيُّهُمَا شَاءَ) لأنه يشبه النذر من حيث إنه التزم قربة واليمين من حيث إن مقصوده مقصود اليمين، ولا سبيل إلى الجمع بين موجبهما ولا إلى تعطيلهما فوجب التخيير.

قال: (قُلْتُ: الثَّالِثُ أَظْهَرَ وَرَجَّحَهُ الْعِرَاقِيُّونَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لما قلناه. وعبارة الرافعي: إيراد العراقيين يقتضي أن يكون هو المذهب، لكن الأصح على ما ذكره البغوي والمروذي والموفق بن طاهر وغيرهم الأول^(٣): /٢٣٧/ ومن الأصحاب من قطع بالقول الثالث، ومنهم من قطع بالأول والثاني، ومنهم من اقتصر على الأول والثالث، ومنهم من قطع بالثاني والثالث ونفى الأول، والأعدل المشهور طريقة المصنف حكاية ثلاثة أقوال.

فإن قلنا بالأول: يوفي بما التزم، لم تسقط الكفارة على الأصح، وإن كان الملتزم من جنس ما تتأدى به الكفارة فالزيادة على قدر

(١) «الحاوي» ٤٦٤/١٥. (٢) مسلم (١٦٤٥).

(٣) «الشرح الكبير» ٢٤٩/١٢، وانظر: «التهذيب» ١٤٧/٨.

الكفارة يقع تطوعاً. وإن قلنا: يتخير فلا فرق بين الحج والعمرة وسائر العبادات، وخرج قول: أنه يلزم الوفاء بهما خاصة لعظم أمرهما، كما يلزمان بالشروع. وعن أبي حنيفة ثلاث روايات كالأقوال، والمختار عند أصحابه وجوب الوفاء.

قال: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ فَعَلَيْ كَفَّارَةِ يَمِينٍ أَوْ نَذَرٍ لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ بِالْدُّخُولِ) أما الأول فلا خلاف فيها، وأما في الثانية فهو ما نص عليه الشافعي، وأجاب به البغوي والمروذي، واحتج له بالحديث السالف: «كفارة النذر كفارة يمين»^(١)، وقال القاضي حسين وغيره: إنه يتفرع على قول وجوب الكفارة وعلى القول الثاني، وهو أنه يلزمه ما التزم، يلزمه قرابة من القرب والتعيين إليه، وليكن ما يعينه مما يلتزم بالنذر، وعلى القول الثالث هو التخيير يتخير بين ما ذكر وبين الكفارة.

فرع:

لو قال: إن فعلت كذا فعلي يمين، أو فله علي يمين، فالصحيح أنه لغو فإنه لم يأت بنذر ولا صيغة يمين، وليست اليمين ما ثبتت في الذمة. وقيل: يلزمه كفارة يمين إذا فعله.

فرع:

لو قال: نذرت لله لأفعلن كذا. فإن نوى اليمين فيمين وإن أطلق فوجهان.

فرع:

لو عدد أجناس قرب فقال: إن دخلت فعلي حج وعتق وصدقة، فإن

(١) «التهذيب» ٨/١٤٨.

أوجبنا الوفاء لزمه ما التزمه، وإن أوجبنا الكفارة لزمه واحدة على الأصح؛ لأننا إذا لم نوجب الوفاء فلا نظر إلى الملتزم تعدد أو اتحد.
 فرع:

لو قال: إن دخلت الدار فله علي أن أكل الخبز. فدخلها لزمه كفارة يمين على الصحيح، وقيل: لغو.
 فرع:

لو قال ابتداء: مالي صدقة أو في سبيل الله. فالأصح عند الغزالي أنه لغو؛ لأنه لم يأت بصيغة التزام، وبه قطع القاضي حسين^(١).
 فرع:

لو قال: إن فعلت كذا أو كلمت فلاناً فمالي صدقة. فقال الإمام والغزالي: يخرج على الخلاف في الفرع قبله^(٢)، والجمهور على الجزم بالوجوب.

قال: (وَنَذْرٌ تَبَرُّرٌ) أي: تقرب (بأن يلتزم قربةً إن حدثت نعمةً أو دفعت نعمةً كأن شفي مريضٌ فله علي أو فعلتي كذا فيلزمه إذا حصل المعلق عليه) للحديث السالف أول الباب: «من نذر أن يطيع الله فليطعه» وقد ذم الله أقواماً عاهدوا فلم يفوا فقال: ﴿وَمِنْهُمْ مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ﴾ الآية [التوبة: ٧٥]، وفي: (عليّ) كذا وجه، وهو قريب من الخلاف في الإضافة إلى الله تعالى في الصوم والصلاة.

قال: (وإن لم يعلقه) - يعني: النذر (بشيءٍ كليله عليّ صومٌ لزمه في

(١) «الوسيط» ٢١٢/٧.

(٢) «نهاية المطلب» ٤١٣/١٨، «الوسيط» ٢١٣/٧.

الأَظْهَرُ) لمطلق الحديث السالف « من نذر أن يطيع الله فليطعه » والثاني : لا يصح ولا يلزمه شيء ؛ لأن أهل اللغة قالوا - كما حكاه ثعلب - : النذر هو وعد شرط ، ولا شرط هنا ، فلا نذر ، ولأنه / ٢٣٧ ب / التزام حق من غير غرض فلم يلزمه بالقبول كالوصية والهبة ، ومنع الأول لهذا - أعني : كونه لا يسمى نذراً - لقوله تعالى حكاية عن مريم ﴿ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا ﴾ الآية [آل عمران : ٣٥] . فأطلقت ولم تعلقه على شرط وسمته نذراً ، ومنهم من حكى الخلاف وجهين ؛ لأن الثاني مخرج .

قال : (وَلَا يَصِحُّ نَذْرُ مَعْصِيَةٍ) لقوله ﷺ : « لا نذر في معصية الله » رواه مسلم من حديث عمران بن حصين كما تقدم أول الباب ، نعم في تعليق القاضي حسين أنه لو نذر أن يعتكف جنباً أنعقد نذره في الأصح ، ولو نذر القراءة فقرأ جنباً يصح نذره ، والجمهور على خلافه ، ومن هذا القبيل نذر ذبح الولد . وقال أبو حنيفة : ينعقد ، ويلزمه ذبح شاة ، وسلم أنه يلغو نذر ذبح الولد والأخ ونذر قتل الولد^(١) . وعن أحمد أنه يلزمه كفارة يمين ، ويروى ذبح كبش^(٢) .

فرع : لو نذر الصلاة في أوقات الكراهة فأوجه في « الحاوي » أحدها : بطلانه ولا قضاء ؛ لأنه معصية .

وثانيها : صحته ويصلي فيها ؛ لتوجه النهي إلى ما لا سبب له .
وثالثها : صحته ، لكن يصلي في وقت آخر ليفي بالنذر ويسلم من

(١) أنظر : « مختصر اختلاف العلماء » ٢ / ٢٣٩ ، « المبسوط » ٨ / ١٣٩ ، « بدائع الصنائع » ٨٥ / ٥ .

(٢) أنظر : « اختلاف الأئمة العلماء » ٢ / ٣٩٢ ، « المغني » ١٣ / ٤٧٦ .

المعصية^(١)، وهذا الفرع تقدم في كتاب الصلاة أيضًا.

قال: (وَلَا وَاجِبٌ) أي: كالصلوات الخمس وصوم رمضان؛ لأنه واجب بإيجاب الشرع ابتداءً فلا معنى لالتزامه.

قال: (وَلَوْ نَذَرَ فِعْلٌ مُبَاحٌ، أَوْ تَرَكَهُ لَمْ يَلْزَمُهُ) لما روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه قال: بينا النبي ﷺ يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه، فقالوا: أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال النبي ﷺ: «مروه فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه»^(٢).

وفي «مسند أحمد» و«سنن أبي داود» من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعًا: «لا نذر إلا فيما أبتغي به وجه الله تعالى»^(٣) وعن أحمد أنه ينعقد نذر المباح ويتخير بين الوفاء والكفارة^(٤).

قال: (لكن إن خالف لزمه كفارة يمين على المرجح) هذا خلاف ما رجحه في «الشرح» فإنه قال في المعصية: إن لم يفعلها فقد أحسن ولا كفارة عليه على المذهب المشهور؛ لأنه لم يوجد صيغة اليمين ولا حقيقته، وحكى الربيع قولاً في وجوبها^(٥)، واختاره الحافظ أبو بكر البيهقي وابن الصلاح؛ لحديث: «لا نذر في معصية وكفارته كفارة

(١) «الحاوي» ٥٠١/١٥. (٢) البخاري (٦٧٠٤).

(٣) أبو داود (٢١٩٢)، (٣٢٧٣)، أحمد ١٨٥/٢، وقال الهيثمي في «المجمع» ١٨٦/٤: رواه أحمد وفيه عبد الرحمن بن أبي الزناد، وقد وثقه جماعة وضعفه

آخرون. والحديث حسنه الألباني في «صحيح الجامع» (٧٥٢٢).

(٤) أنظر: «اختلاف الأئمة العلماء» ٣٩٣/٢، «المغني» ٦٢٧/١٣.

(٥) «الشرح الكبير» ٣٥٨/١٢.

يمين»^(١) وقال الجمهور: المراد بالحديث نذر اللجاج، قالوا: ورواية الربيع من كيسه. وقال في الطاعة: إذا خالف ما ذكره ففي لزوم الكفارة الخلاف المذكور في نذر المعصية، وادعى البغوي أن الظاهر وجوبها، وقال في المباح: فيه ما ذكرناه في نذر المعصية والفرض.

وقطع القاضي حسين بالوجوب في المباح وحكى في نذر المعصية وجهين وعلق الكفارة باللفظ من غير حنث، وهذا لا يتحقق ثبوته كما قاله الرافعي وتبعه في «الروضة» على جميع ذلك^(٢)، وزاد أن الحديث /٢٣٨/ باللفظ المذكور ضعيف باتفاق المحدثين وقال في «شرح المذهب»: الصواب على الجملة أنه لا كفارة مطلقا لا عند المخالفة ولا غيرها في نذر المعصية والفرض والمباح^(٣).



(١) رواه أبو داود (٣٢٩٠)، (٣٢٩١)، والترمذي (١٥٢٤)، والنسائي ٢٦/٧، وابن ماجه (٢١٢٥)، وأحمد ٢٤٧/٦، والبيهقي ٦٩/١٠ من طريق الزهري، عن أبي سلمة، عن عائشة مرفوعاً.

وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح؛ لأن الزهري لم يسمع هذا الحديث من أبي سلمة، سمعت محمداً -البخاري- يقول: روى غير واحد عن الزهري، عن سليمان بن أرقم، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن عائشة، عن النبي ﷺ. قال البخاري: والحديث هو هذا. اهـ.

(٢) «الشرح الكبير» ٣٦٢/١٢، «روضة الطالبين» ٣٠١/٣.

(٣) «المجموع» ٤٥٥/٨.

فصل

قال: (وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ نُدِبَ تَعَجِّلُهَا) مسارعة إلى براءة الذمة.
 قال: (فَإِنْ قِيدَ بِتَفْرِيقٍ أَوْ مَوَالَاةٍ وَجَبَ) عملاً بما التزمه، وفي وجهه إذا
 قيد بالتفريق لا يجب؛ لأنه ليس وصفا مقصودا بخلاف الولاء، فإذا صام
 متتابعاً فقد أتى بما هو أفضل.

قال: (وَالِإِلاَّ جَاَزَ) أي: وإن لم يقيد بتفريق ولا موالاة جاز التفريق
 والولاء؛ لحصول الوفاء على التقديرين، وعن أبي حنيفة وجوب
 التتابع^(١).

قال: (أَوْ سَنَةً مُعَيَّنَةً) أي: كقوله: أصوم سنة كذا، أو سنة من أول
 شهر كذا أو من الغد (صَامَهَا وَأَفْطَرَ الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ وَصَامَ رَمَضَانَ عَنْهُ وَلَا
 قَضَاءً) لأن هذه الأيام لو نذر صومها لم ينعقد نذره، فإذا أطلق فأولى أن
 لا يدخل في نذره، بل لو نوى رمضان النذر لم ينعقد عن واحد منهما. قاله
 الأصحاب، وما ذكره في التشريق بناء على تحريم الصوم فيهما وهو
 الصحيح كما سلف في بابه.

قال: (وَإِنْ أَفْطَرْتُ بِحَيْضٍ وَنَفَاسٍ وَجَبَ الْقَضَاءُ فِي الْأَظْهَرِ) لأن
 الزمان قابل للصوم، وإنما أفطرت لمعنى فيها فتقضي كصوم رمضان،
 وهذا ما رجحه البغوي فتبعه في «المحرر»^(٢).

قال: (قُلْتُ: الْأَظْهَرُ لَا يَجِبُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ)؛ لأن
 أيام الحيض لا يقبل الصوم منها، فلم يدخل في نذرها كالعيدين، وكلام

(١) أنظر: «المبسوط» ١٣٣/٣، «بدائع الصنائع» ٩٥/٥.

(٢) «التهذيب» ١٥٧/٨، «المحرر» (ص ٤٨١).

الرافعي في «الشرح» يقتضي ترجيحه أيضاً، فإنه نقل تصحيح الأول عن البغوي خاصة، وهذا عن جماعة، وأن ابن كج نسبه إلى الجمهور^(١).

فرع:

لو أفطر بالمرض ففيه هذا الخلاف، ورجح ابن كج وجوب القضاء. قال ابن الرفعة: وهو الأظهر لأنه لا يصح أن تنذر صوم أيام الحيض، ويصح أن تنذر صوم أيام المرض^(٢).

فرع:

لو أفطر بالسفر وجب القضاء على المذهب؛ لأنه يتعلق بمحض اختياره، وقيل: على الخلاف.

قال: (وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْمًا بِلاَ عُدْرٍ وَجَبَ قَضَاؤُهُ) لتفويته.

قال: (وَلَا يَجِبُ اسْتِثْنَاءُ سَنَةٍ) لأن التابع كان للوقت لا أنه مقصود كما في رمضان.

قال: (فَإِنْ شَرَطَ التَّابِعَ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ) لأن ذكر التابع يدل على كونه مقصودا، والثاني: لا يجب؛ لأن شرط التابع مع تعيين السنة لغو، فإن قلنا بالأول فأفطر بلا عذر وجب الاستئناف، وإن أفطرت بالحيض لم تحث، والإفطار بالسفر والمرض له حكم الشهرين المتتابعين، فإن قلنا: لا يبطل التابع ففي القضاء الخلاف السابق.

فرع:

لو قال: لله علي صوم هذه السنة. يتناول السنة الشرعية، وهي من المحرم إلى المحرم، فإن كان مضى بعضها لم يلزمه إلا صوم الباقي،

(١) «الشرح الكبير» ٣٧٠/١٢. (٢) «كفاية النبيه» ٣٤٧/٨.

فإن كان رمضان باقيا لم يلزمه قضاؤه عن النذر، ولا قضاء العيدين، وفي التشريق والحيض والمرض ما ذكرناه في جميع السنة.

قال: (أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَشَرَطَ التَّتَابُعَ وَجَبَ)؛ عملاً بما التزمه.

قال: (وَلَا يَقْطَعُهُ صَوْمُ رَمَضَانَ عَنْ فَرْضِهِ وَفَطْرَ الْعِيدِ / ٢٣٨ ب / وَالتَّشْرِيقِ) لأنها مستثناة شرعا.

قال: (وَيَقْضِيهَا تَبَاعًا مُتَّصِلَةً بِآخِرِ السَّنَةِ) لأنه التزم صوم سنة، ولم يصم عما التزمه سنة.

وهذا هو المنصوص وبه أجاب المعظم، وقيل: لا قضاء كالسنة المعينة، وأجاب الأول عن هذا أن المعين في العقد لا يبدل بغيره، والمطلق إذا عين قد يبدل، وشبه ذلك بالمبيع إذا خرج معيبا لا يبدل، والسلم فيه إذا سلمه فخرج معيبا يبدل. وقوله: (تَبَاعًا) أي: متتابعا. وقوله: (مُتَّصِلَةً بِآخِرِ السَّنَةِ) أي: لا يؤخرها بل يجب القضاء متصلا.

قال: (وَلَا يَقْطَعُهُ حَيْضٌ، وَفِي قَضَائِهِ الْقَوْلَانِ) تقدما بدليلهما.

قال: (وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْ) -يعني: التتابع- (لَمْ يَجِبْ) لعدم الالتزام فيصوم ثلاثمائة وستين يوما أو اثني عشر شهرا بالهلال، وكل شهر أستوعبه بالصوم فناقضه كالكمال، وإن أنكسر شهر أتمه ثلاثين وشوال وذو الحجة منكسران بسبب العيد والتشريق، فإن صام سنة متوالية قضى رمضان والعيدين والتشريق ولا بأس بصوم يوم الشك عن النذر كما ذكره المصنف في بابه، وتقضي أيام الحيض. هذا الذي ذكرناه هو المذهب، ووراءه وجهان آخران:

أحدهما: أنه لا يخرج عن نذره إلا بثلاثمائة وستين يوما؛ لأن السنة تنكسر لا محالة بسبب رمضان وأيام الفطر، وإذا أنكسرت وجب أن يعتبر العدد، كما أن الشهر إذا أنكسر يعتبر العدد.

والثاني: إنه إذا صام من المحرم إلى المحرم أو من شهر آخر إلى مثله أجزاءه؛ لأنه لا يقال: صام سنة. ولا يلزم قضاء رمضان والعيد والتشريق. (أَوْ يَوْمِ الْاِثْنَيْنِ أَبَدًا لَمْ يَقْضِ أَثَانِي رَمَضَانَ) لأن وجوب صوم رمضان سابق على النذر فلا ينعقد عليها النذر، نعم لو وقع فيه خمس أثانين ففي قضاء الخامس وجهان أو قولان كالقولين فيما إذا وقع العيد في يوم الاثنين، لأن الخامس قد يتفق، وقد لا يتفق كما في يوم العيد، كما أن العيد قد يقع في يوم الاثنين وقد لا يقع، والأربعة لا بد منها.

فائدة:

قوله: (أَثَانِي) هو بحذف النون، قال في «شرح المذهب»: وهو الصواب، قال: ووقع في نسخ «المذهب»: أثانين^(١). قلت: وكذا في «المحرر» و«الشرح» و«الروضة»^(٢) نعم ليس خطأ محضاً كما هو ظاهر كلامه، بل قال ابن السكيت في كتاب «الشهور والأيام»: جمع الاثنين: أثانين، والأثاني أكثر في كلام العرب وفي كتاب «صناعة الكتاب» للنحاس عن الفراء: الجمع الاثنين والأثان الكثيرة.

قال: (وَكَذَا الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ فِي الْأَظْهَرِ) كالأثاني في رمضان؛ لأن هذا متعين للإفطار، كما أنه يتعين لصوم رمضان.

والثاني: يجب القضاء؛ لأن ذلك قد يتفق وقد لا يتفق فيتناوله النذر، بخلاف أثاني رمضان، وبخلاف ما إذا نذر صوم سنة معينة حيث قلنا: لا

(١) «المجموع» ٨/ ٤٨٠.

(٢) «المحرر» (ص ٤٨١)، «الشرح الكبير» ١٢/ ٣٧٦، «روضة الطالبين» ٣/ ٣١٦.

يقضي؛ لأن وقوعها في السنة لازم ووقوع العيد في يوم الاثنين ليس بلازم، وما ذكرناه في التشريق مبني على الصحيح، وهو أنه لا صوم فيها. واعلم أن كلام المصنف يومهم أن كل اثنين وقع في رمضان لا يقضيه قطعاً مع جريان خلاف في العيد /٢٣٩/ والتشريق، وليس كذلك بل الخامس من الاثنين الواقعة في رمضان هو كالعيد على الخلاف كما قدمته، وهو تابع «المحرر» في ذلك^(١).

قال: (فَلَوْ لَزِمَهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ تَبَاعًا لِكَفَّارَةِ صَامَهُمَا، وَيَقْضِي أَثَانِيَهُمَا، وَفِي قَوْلٍ: لَا يَقْضِي إِنْ سَبَقَتِ الْكَفَّارَةُ النَّذْرَ. قُلْتُ: ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرَ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ).

الشرح: إذا لزمه صوم شهرين متتابعين عن كفارة فتقدم صوم الكفارة على هذه الاثنين سواء تقدم وجوب الكفارة أو تأخر؛ لأنه يمكن قضاء الاثنين، ولو عكس لم يتمكن من الكفارة؛ لفوات التتابع بتخلل الاثنين، ثم إن لزم الكفارة بعد نذر الاثنين قضى الاثنين الواقعة في الشهرين؛ لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين بعد النذر، وإن لزم الكفارة قبله فوجهان، ويقال: قولان، كذا قاله الرافعي في «الشرح»^(٢)، وفي «الروضة» و«شرح المذهب»^(٣): وقيل: قولان، فاقترض أن الراجح طريقة الوجهين لا القولين خلاف ما في الكتاب، نعم المصنف تبع «المحرر» فإنه جزم بطريقة القولين: أحدهما: أنه لا يقضيهما كما لا يقضي الاثنين الواقعة في رمضان؛

(١) «المحرر» (ص ٤٨١). (٢) «الشرح الكبير» ١٢/٣٧٨.

(٣) «الروضة» ٢/٥٨١، «المجموع» ٨/٤٨٣.

لتقدم وجوبها على النذر وهذا هو الأظهر عند الإمام والغزالي والقاضيين
أبي الطيب وابن كج، زاد في «شرح المذهب» والمحاملي وغيره وتبعهم
المصنف في الكتاب، فقال: إنه أظهر، وقال في «شرح المذهب»: إنه
الأصح المختار. وقال في «الروضة»: إنه أصح.

والثاني: يجب القضاء؛ لأن الوقت غير متعين لصوم الكفارة، ولو
صام في الشهرين أثانينهما لوقعت عن نذره، فإذا تركه قضى بخلاف
أثانين رمضان، وهذا أظهر عند البغوي وطائفة من العراقيين، وتبعهم
في «المحرر» ويحكى عن رواية الربيع^(١).

قال: (وَتَقْضِي زَمَنَ حَيْضٍ وَنَفَاسٍ) أي: واقع في الأثانين (في
الأظهر) الخلاف كما مر في العيد، ومنهم من قطع بالوجوب؛ لأن
واجبه شرعاً يقضى فكذا بالنذر، ثم الطريقان فيما إذا لم يكن لها عادة
غالبة، فإن كانت فعدم القضاء فيما يقع في عاداتها أظهر وربما قطع
به؛ لأنها لا تقصد صوم اليوم الذي يقع في عاداتها غالباً في مفتتح
الأمر. وقيل بخلافه؛ لأن العادة تختلف.

فرع:

لو أفطر الناذر بعض الأثانين بالمرض فالمذهب وجوب القضاء.

وقيل: هو على الخلاف فيمن نذر صوم سنة معينة.

قال: (أَوْ يَوْمًا بَعَيْنِهِ لَمْ يَصُمْ قَبْلَهُ) وفاء بما التزم، وهذا هو الأصح

وقيل: لا يتعين كما لو عين له مكانا فيجوز له التقديم والتأخير.

(١) «روضة الطالبين» ٣/٣١٧، «المجموع» ٨/٤٨١، وانظر: «المحرر» (ص ٤٨١)،

«نهاية المطلب» ١٨/٤٥٣، «الوسيط» ٧/٢٧١، «التهذيب» ٨/١٥٩.

قال: (أَوْ يَوْمًا^(١)) مِنْ أُسْبُوعٍ ثُمَّ نَسِيَهُ صَامَ آخِرَهُ وَهُوَ الْجُمُعَةُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ وَقَعَ قَضَاءً) أي: وإن كان فقد وقى بما التزم، والدليل على أن آخر الأسبوع الجمعة، ما رواه مسلم من حديث إسماعيل بن أمية، عن أيوب ابن خالد، عن عبد الله مولى أم سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أخذ رسول الله ﷺ بيدي فقال: «خلق الله جل وعز التربة يوم السبت، والجبال يوم الأحد، والشجر يوم الاثنين، والمكروه يوم الثلاثاء، والنور يوم الأربعاء، وبث فيها الدواب يوم الخميس، وخلق آدم بعد العصر من يوم الجمعة في آخر / ٢٣٩ ب/ الخلق في ساعة من ساعات الجمعة فيما بين العصر إلى الليل»^(٢).

لكن قال البيهقي فيما نقله عنه القرطبي في «شرح الأسماء الحسنی»: زعم بعض أهل العلم أنه غير محفوظ لمخالفة ما عليه أهل التفسير وأهل التواريخ، أي: من أن بدء الخلق إنما هو في يوم الأحد لا في يوم السبت. قال: وزعم بعضهم أن إسماعيل بن أمية إنما أخذه من إبراهيم بن أبي يحيى عن^(٣) أيوب، وإبراهيم غير محتج به. قال البيهقي. وقد تابعه على ذلك موسى بن عبيدة الربذي عن أيوب إلا أن موسى ضعيف^(٤)، وقد قدمت في باب صوم التطوع عن السهيلي أنه قال في «روض الأنف»: إن أول الأسبوع السبت^(٥)، وإن المشهور من أول الأسبوع الأحد

(١) وقع في الأصل: يومان، والمثبت الصواب.

(٢) «صحيح مسلم» (٢٧٨٩).

(٣) زاد هنا (أبي) وهي مقحمة، وقد سبق في نفس الصفحة.

(٤) «الأسماء والصفات» للبيهقي ٢/ ٢٥٠.

(٥) «الروض الأنف» ٤/ ١٠٢.

بخلاف الصواب، وإنه لم يقل به إلا ابن حزم، وإن المصنف نقل في «تهذيبه» عن «المحكم» أن أول الأيام الأحد^(١)، وأنه قال في «تحريره»: إن يوم الاثنين سمي بذلك؛ لأنه ثاني الأسبوع ويوم الخميس سمي؛ لأنه خامسه^(٢) مخالف لما ذكره هنا أن الجمعة آخر الأسبوع.



(١) «تهذيب الأسماء واللغات» ١١٦/٣، وانظر: «المحكم» ١٠٢/٢.

(٢) «تحرير التنبيه» ص ١٤٩ - ١٥٠.

فصل

قال: (وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمٍ نَفَلَ فَنَذَرَ إِيَّامَهُ لَزِمَهُ عَلَى الصَّحِيحِ) لأن صومه صحيح، فيصح التزامه بالنذر ويلزمه الإتمام، والثاني: لا يصح، لأنه نذر صوم بعض اليوم.

قال: (لَوْ نَذَرَ بَعْضَ يَوْمٍ لَمْ يَنْعَقِدْ) لأن صوم بعض يوم ليس بقربة.

قال: (وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ يَوْمٌ) لأنه قد ورد الأمر بإمساك بعض النهار كما في حق من أصبح مفطرًا يوم الشك، ثم بان أنه من رمضان لكن لا سبيل إلى صيامه؛ لأن صوم بعض يوم ليس معهودًا شرعًا فلزمه يوم كامل، وذكر في «التتمة» أن المسألة تنبني على أن المتنفل إذا نوى الصوم نهارًا يكون صائمًا من وقت النية، أو ابتداء النهار إن قلنا: من وقت النية ينعقد نذره. وإن قلنا: من ابتداء النهار فوجهان:

أحدهما: لا ينعقد؛ لأن المنذور ليس بقربة، ولا سبيل إلى إيجاب زيادة لم يلتزمها.

والثاني: تنعقد لما تقدم من ورود الإمساك في حق من أصبح مفطرًا يوم الشك، وذكر تفريعًا على الانعقاد أنه لو أمسك بقية نهاره عن النذر أجزاء إن لم يكن تناول في أوله شيئًا، وإن تناول فلا يجزئه على المذهب، وقد سبق في كتاب الصوم وجه أنه إذا نوى صوم التطوع بعد الأكل أجزاء، فعلى ذلك الوجه يجزئه هنا عن نذره قاله الرافعي^(١).

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٣٧٢ - ٣٧٣.

فرع:

لو نذر أن يصلي بعض ركعة فالأصح عدم الانعقاد كالصوم.

فرع:

لو نذر ركوعًا لزمه ركعة باتفاق المفرعين.

فرع:

لو نذر تشهدًا ففي «التتمة» أنه يأتي بركعة يتشهد في آخرها أو يقتدي بمن قعد للتشهد في آخر صلاته أو يكبر ويسجد سجدة على طريقة من يقول: سجود التلاوة يقتضي التشهد، فيخرج به عن نذره.

فرع:

لو نذر سجدة فردة فطريقان: أصحهما: عدم الانعقاد؛ بناء على الأصح أنها ليست قرينة.

فرع:

لو نذر أن يحج في هذه السنة وهو على مائة فرسخ، ولم يبق إلا يوم واحد فالأصح عدم انعقاده، ولا شيء عليه؛ لأنه لا يتأتى له /١٢٤٠/ الإتيان بما التزم.

قال: (أَوْ يَوْمَ قُدُومِ زَيْدٍ فَالْأَظْهَرُ أَنْعِقَادُهُ) لأن الوفاء به ممكن بأن يعلم أنه يقدم غدًا فينوي ليلاً ويصوم، وقد يجب الصوم في زمن لا يمكن الإتيان به ويؤثر وجوبه في القضاء كالصبي يبلغ في أثناء النهار، والمغمى عليه يفيق، والحائض تطهر، كذا وجهه الرافعي^(١).

(١) «الشرح الكبير» ٣/ ٣٧٣ - ٣٧٤.

والثاني: لا ينعقد؛ لأنه لا يمكنه الصوم بعد القدوم؛ لأن التبييت شرط في صوم الفرض، وإذا لم يمكن الوفاء بالملتزم يلغو الالتزام كما ذكرنا في التزام الحج قريباً.

قال: (فَإِنْ قَدِمَ لَيْلًا أَوْ يَوْمَ عِيدٍ أَوْ فِي رَمَضَانَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لأن هذه الأوقات غير قابلة للصوم، نعم يستحب أن يصوم من الغد أو يوماً آخر شكرًا لله، وحكى صاحب «التنبيه» قولاً فيما إذا قدم يوم العيد أنه يقضيه وزاد فصحه^(١)، ولا يعرف من حكاه غيره.

قال: (أَوْ نَهَارًا وَهُوَ مُفْطِرٌّ أَوْ صَائِمٌ قَضَاءً أَوْ نَذْرًا وَجَبَ يَوْمٌ آخَرُ عَنْ هَذَا) كما لو نذر صوم يوم معين، قضاه، واستحب الشافعي أن يعيد الصوم الواجب الذي هو فيه؛ لأنه بان أنه صام يوماً مستحق الصوم بكونه يوم قدوم فلان^(٢).

قال البغوي: وفي هذا دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه ثم صامه عن نذر آخر أو قضاء ينعقد ويقضي نذر ذلك اليوم^(٣)، والأصح في الصورة الأولى أن الصوم لزمه من أول اليوم لا من القدوم، ولا يمكن صومه إلا بيوم تام، وليس هذا كنذر بعض يوم، فإنه لا يصح على الأصح كما سلف؛ لأنه نذر هنا صوم يوم، لكن شرط الوجوب حصل في البعض، فأشبهه ما لو نذر تطوعاً ثم نذر تمامه، فإنه يلزمه على الصحيح كما سلف، ويكون واجباً من حين نذر.

(١) «التنبيه» (ص ٨٦).

(٢) «الأم» ٦٤/٧.

(٣) «التهذيب» ١٦٣/٨.

وتظهر فائدة الخلاف في صور منها: لو نذر أعتكاف اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم نصف النهار، إن قلنا بالأول أعتكف باقي اليوم وقضى ما مضى.

قال الصيدلاني: وله أن يعتكف يومًا مكانه، والظاهر أنه يتعين. وإن قلنا بالثاني أعتكف باقي اليوم، وليس عليه شيء آخر، هذا ما ذكره الرافعي هنا^(١)، وقال في الاعتكاف: الأصح وظاهر نص «المختصر» الاكتفاء ببقية اليوم، فإن الوجوب من القدوم وهو الحق - يعني الفرق بين الاعتكاف وغيره - وهو خلاف قضية البناء^(٢) وبه جزم «الحاوي الصغير».

وقال صاحب «البيان»: إنه المذهب؛ لصحته في بعض اليوم بخلاف الصوم؛ ولهذا يصح نذره قولًا واحدًا^(٣).

قال: (أَوْ وَهُوَ صَائِمٌ نَفْلًا فَكَذَلِكَ) أي: يلزمه يوم آخر (وَقِيلَ: يَجِبُ تَتَمِيمُهُ وَيَكْفِيهِ) أي: ويكون أوله تطوعًا وآخره فرضًا كمن دخل في صوم تطوع ثم نذر إتمامه يلزمه الإتمام.

فرع:

لو تبين للناذر أن فلانًا يقدم غدًا فنوى الصوم من الليل، فالأصح الإجزاء، لبناء النية على أصل مظنون، وخص المتولي الخلاف بما إذا قلنا: يلزم الصوم من أول اليوم، فإن قلنا باللزوم من وقت القدوم / ٢٤٠ب/ لم يجزئه.

(١) «الشرح الكبير» ١٢/ ٣٧٤ - ٣٧٥.

(٢) «الشرح الكبير» ٣/ ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٣) «البيان» ٤/ ٤٩٣ - ٤٩٤.

قال: (وَلَوْ قَالَ: إِنَّ قَدِمَ زَيْدٌ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ الْيَوْمِ التَّالِي لِیَوْمِ قُدُومِهِ، وَإِنْ قَدِمَ عَمَرُو فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ أَوَّلِ خَمِيسٍ بَعْدَهُ فَقَدِمًا فِي الْأَرْبَعَاءِ وَجَبَ صَوْمُ الْخَمِيسِ عَنْ أَوَّلِ النَّذْرَيْنِ وَيَقْضِي الْآخَرَ) لتعذر صومه بخلاف الأول، وللبغوي احتمال في انعقاد النذر الثاني^(١).

فرع:

قال: إن قدم زيد فله علي أن أصوم أمس يوم قدومه ففي صحة نذره طريقان، قال الشيخ أبو حامد: لا يصح قولاً واحداً وهو المذهب، وقال صاحب «الشامل»: ينبغي أن يكون على القولين فيمن نذر صوم يوم قدومه، ذكره في «شرح المذهب»^(٢).



(١) «التهذيب» ٨/ ١٦٢.

(٢) «المجموع» ٨/ ٤٨٦.

(فَصْلٌ)

قال: (نَذَرَ الْمَشْيِ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ أَوْ إِيَّانَهُ فَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ إِيَّانِهِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ) أعلم أنه إذا نذر المشي إلى بيت الله أو إِيَّانَهُ، فتارة يصفه بالحرام، بأن يقول: إلى بيت الله الحرام، وتارة لا يصفه، فإن وصفه فطريقان: أحدهما: أنه ينعقد نذره ويلزمه إِيَّانُهُ؛ لأن الله تعالى أوجب قصده، فلزم بالنذر كسائر القرب بحج أو عمرة؛ لأن مطلق كلام الناذر محمول على ما ثبت له أصل في الشرع، كمن نذر أن يصلي يلزمه الصلاة المعهودة لا الدعاء، وقصد البيت الحرام في الشرع هو بالحج أو بالعمرة. والطريق الثاني: حكاية قولين فيه، وأما إذا لم يصفه بالحرام بأن قال: أمشي إلى بيت الله أو آتيه فوجهان أو قولان:

أحدهما: أن مطلقه يحمل على البيت الحرام؛ لأنه السابق إلى الفهم، فيكون كالمذكور.

وأصحهما: في شرحي الرافعي. و«الروضة» أنه لا ينعقد نذره إلا أن ينوي البيت الحرام؛ لأن جميع المساجد بيت لله تعالى^(١). إذا علمت ذلك، فإن حمل كلام المصنف على هذه الصورة وهو الظاهر كان مخالفاً لما صححه في «الروضة» والرافعي في «الشرح» من عدم الانعقاد، وفيه مخالفة أخرى من كونه حكى الخلاف طريقين وعبارتهما وجهان أو قولان كما سلف.

وإن حمل كلامه على الصورة الأولى كان مطابقاً لحكاية الخلاف وال ترجيح، لكن على هذا لا بد من تقدير في كلامه، وهو أنه نوى

(١) «الشرح الكبير» ٣٨٨/١٢، «روضة الطالبين» ٣/٣٢٢.

البيت الحرام، أو العلم أسقط لفظة الحرام.

فرع:

لو قال في نذره: أمشي إلى بيت الله بلا حج ولا عمرة فالأصح في «الروضة» أن عقاد نذره، ويلغو قوله: بلا حج ولا عمرة، ثم إذا أتاه فإن أوجبنا إحراماً لدخول مكة لزمه حج أو عمرة، وإن قلنا: لا، فعلى ما سنذكره في مسجد المدينة والأقصى^(١).

فرع:

سواء فيما سلف لفظ المشي والإتيان كما ذكره المصنف، وكذا الانتقال والذهاب والمضي والمسير والمصير، ونحوهما.

فرع:

نذر إتيان شيء من الحرم كالصفا ولو دار أبي جهل ودار الخيزران يوجب الحج أو العمرة؛ لشمول حرمة الحرم في تنفير الصيد وغيره، ولو نذر إتيان عرفات فإن أراد بذلك التزام الحج / ١٢٤١/ أن عقد نذره به وإلا فلا؛ لأن عرفات من الحل فهو كبلد آخر، وهذا هو الأصح.

قال: (فَإِنْ نَذَرَ الْإِتْيَانَ لَمْ يَلْزَمْهُ مَشْيٌ) أي: بل له الركوب قطعاً، وكذا لو نذر الذهاب وغيره مما سوى المشي.

قال: (وَإِنْ نَذَرَ الْمَشْيَ أَوْ أَنْ يَحُجَّ أَوْ يَعْتَمِرَ مَاشِيًا فَالْأَظْهَرُ وَجُوبُ الْمَشْيِ) الخلاف مبني على أن الحج راكباً أفضل أو ماشياً، وفيه قولان: أحدهما: أن الركوب أفضل، وصححه المصنف في «شرح

(١) «روضة الطالبيين» ٣/ ٣٢٥ - ٣٢٦.

المهذب»^(١) وقال: في «الروضة»: إنه الصواب^(٢) اقتداء به ﷺ فإنه حج راكباً^(٣)، ولأن فيه تحمل زيادة مؤنة وإنفاق في سبيل الله، ويستحب أن يركب على القتب والرحل دون المحمل والهودج اقتداء به ﷺ.

والثاني: أن المشي أفضل وهو ما صححه الرافعي؛ لأن التعب فيه أكثر، وصح أنه عليه أفضل الصلاة والسلام قال لعائشة: «أجرك على قدر نصبك» كما أخرجه الشيخان من حديثها^(٤).

وفي قول ثالث: إنهما سواء؛ لتعارض المعنيين.

وقال ابن سريج: هما سواء ما لم يحرم فإذا أحرم فالمشي أفضل. قلت: ويؤيده حديث ابن عباس يرفعه: «من حج من مكة ماشياً حتى رجع إليها كتبت له بكل خطوة سبعمائة حسنة من حسنات الحرم، وحسنات الحرم الحسنة بمائة ألف حسنة» وصححه الحاكم، لكن ضعفه البيهقي وغيره^(٥).

(١) «المجموع» ٨/ ٤٩٠.

(٢) «روضة الطالبين» ٣/ ٣١٩.

(٣) قال المصنف في «البدر المنير» ٩/ ٥٠٦ - ٥٠٧: هذا الحديث صحيح متكرر في الأحاديث الصحيحة الثابتة، ومنها: حديث أنس في «صحيح البخاري» (١٥١٧) أن رسول الله ﷺ حج على رجل. اهـ. ومما يدل عليه أيضاً ما رواه مسلم (١٢٦٤) عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ طاف بين الصفا والمروة راكباً، وذلك لما كثر الناس، قال ابن عباس: والمشي والسعي أفضل.

(٤) البخاري (١٧٨٧)، مسلم (١٢١١).

(٥) رواه ابن خزيمة (٢٧٩١)، والحاكم ١/ ٤٦٠ - ٤٦١، والبيهقي ٤/ ٣٣١، ١٠/ ٧٨ وقال: تفرد به عيسى بن سودة، وهو مجهول. وقال الذهبي في «الميزان» ٤/ ٢٣٣: ليس بصحيح. وقال الألباني في «الضعيفة» (٤٩٥): ضعيف جداً.

وقال الغزالي في «الإحياء»: من سهل عليه المشي فهو أفضل في حقه، ومن ضعف وساء خلقه لو مشى فالركوب أفضل^(١).

فإن قلنا: المشي أفضل لزم بالنذر.

وإن قلنا: الركوب أو سوينا لم يلزم المشي بالنذر كذا ذكره في «الروضة» وغيرها تبعاً للرافعي، ثم قال: الصواب أن الركوب أفضل كما سلف. ومقتضاه أنه لا يلزم المشي^(٢)، لكن صحح لزومه في الكتاب وغيره، وعلله في «شرح المذهب» وبعض نسخ «الروضة» بأنه مقصود^(٣) لكنه قال في أوائل الفرع الثاني: من أنواع المنذور من أصل «الروضة» أنه يلزمه الوفاء بالمشي إذا قلنا: المشي أفضل^(٤). ومقتضاه أنه لا يلزمه إذا قلنا: الركوب أفضل، قال الرافعي: واعلم أنا ذكرنا في الحج أن الوقوف بعرفة راكباً أفضل من الوقوف راجلاً على الأظهر، وههنا نجعل الحج ماشياً أفضل. والوقوف أعظم أركانه فكأننا نريد بهذا حالة السير والحركة وبذاك حالة اللبث والسكون^(٥).

فرع:

في نهاية مشيه طريقان أحدهما: حتى يتحلل التحليلين. وقيل: له الركوب بعد التحلل الأول.

(١) «إحياء علوم الدين» ٢٦٣/١.

(٢) «الشرح الكبير» ٣٨٢/١٢، «روضة الطالبين» ٣٢٠/٣.

(٣) «المجموع» ٤٩٠/٨، «روضة الطالبين» ٣١٩/٣.

(٤) «روضة الطالبين» ٣١٩/٣.

(٥) «الشرح الكبير» ٣٨١/١٢.

قال: (فَإِنْ كَانَ قَالَ: أَحَجُّ مَاشِيًا فَمِنْ حَيْثُ يُحْرَمُ) أي: سواء أحرَم من الميقات أو من قبله؛ لأنه التزم المشي في الحج وابتداء الحج من وقت الإحرام، وهذا هو الأصح وقطع به قاطعون. وقيل: يلزمه المشي من دويرة أهله للعبادة، فإن من قال: حججت ماشيًا فهم منه المشي في جميع الطريق، وبنى صاحب «التتمة» الوجهين على أنه من أين يلزمه الإحرام، فعن أبي إسحاق: من دويرة أهله؛ لأنه من تمام الحج، وعن غيره من الميقات كما في الواجب الشرعي فعلى الأول يمشي من دويرة أهله، وعلى الثاني من الميقات؛ لأن المشي قبل الميقات ٢٤١/ب لا قرينة فيه، كذا قاله الرافعي^(١).

فرع:

قوله: أَمْشِي حَاجًّا كَقَوْلِهِ: أَحَجُّ مَاشِيًا عَلَى الصَّحِيحِ، وقيل: أَمْشِي حَاجًّا يَقْتَضِي أَنْ يَمْشِيَ مِنْ مَخْرَجِهِ إِلَى الْحَجِّ.
قال: (وَإِنْ قَالَ: أَمْشِي إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى فَمِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ فِي الْأَصَحِّ) لأن قضية قوله أن يخرج إليه من بيته ماشيًا قال في «المحرر»: وهذا أقرب الوجهين^(٢). وقال في «الشرح»: إنه الأظهر.

والثاني: من الميقات؛ لأن المقصود من الإتيان الحج أو العمرة، فيمشي من حيث يحرم. وذكر القاضي أبو الطيب وكثير من العراقيين أنه لا خلاف بين الأصحاب أنه يمشي من دويرة أهله، لكن هل يحرم من دويرة أهله أو من الميقات؟ وجهان. قال أبو إسحاق: من دويرة

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٣٨٢.

(٢) «المحرر» (ص ٤٨٢).

أهله، وقال صاحب «الإفصاح»: من الميقات. وهو الأظهر^(١).
قال: (وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْمَشْيَ فَرَكِبَ لِعُذْرٍ أَجْزَأُهُ) أي: حجه راكبا عن
حجة النذر لمكان العذر.

قال: (وَعَلَيْهِ دَمٌ فِي الْأَظْهَرِ) لما روى أبو داود بإسناد على شرط
البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة نذرت أن تمشي إلى
البيت، فأمرها رسول الله ﷺ أن تركب وتهدي هدياً^(٢).
والثاني: لا دم عليه، كما لو نذر الصلاة قائماً فصلّى قاعداً للعجز،
وفرق الأول بأن الصلاة لا تجبر بالمال بخلاف الحج، واحترز بقوله: إذا
أوجبنا المشي عما إذا لم نوجبه، فإنه لا يجبر تركه بدم.
فرع:

الدم شاة على الأظهر؛ لقوله في الحديث المذكور: «ولتهد هدياً»،
ومطلق الهدى يحمل على شاة، وفي قول: إنه بدنة لقوله في بعض
روايات الحديث: «ولتهد بدنة» رواها البيهقي وعللها^(٣).
قال: (أَوْ بِلَا عُذْرٍ أَجْزَأُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ) لإتيانه بأصل الحج ولم يترك
إلا هيئته فصار كترك الإحرام من الميقات أو المبيت بمنى. والثاني: لا
يجزئه؛ لأنه لم يأت بما التزم.
قال: (وَعَلَيْهِ دَمٌ) لأنه ترفه بترك صفة، وقال الرافعي: للحديث الذي

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٣٩١.

(٢) أبو داود (٣٢٩٦) وصححه الحافظ في «التلخيص» ٤/١٧٨. ورواه البخاري
(١٨٦٦)، ومسلم (١٦٤٤) من حديث عقبة بن عامر، دون ذكر الهدى.

(٣) البيهقي ١٠/٧٩.

سبق - يعني. به : حديث عقبة^(١) - لكن فيه أنها كانت عاجزة فلا يقاس غير العاجز على العاجز، وهل هو شاة أو بدنة؟ فيه الخلاف السابق. وفي قول أو وجه: أنه لا دم؛ لأن الفدية إنما تجب بترك أبعاض النسك، والمشي ليس من الأبعاض.

قال: (وَمَنْ نَذَرَ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً لَزِمَهُ فِعْلُهُ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ مَعْضُوبًا أَسْتَنَابَ) كما في حجة الإسلام، وتناول كلامه الاستنابة بأجرة أو جعل أو تبرعاً وهو مراد «المحرر» وإن لم يصرح بالتبرع^(٢).

قال: (وَيُسْتَحَبُّ تَعْجِيلُهُ فِي أَوَّلِ الْإِمْكَانِ) مبادرة لبراءة الذمة.

قال: (فَإِنْ تَمَكَّنَ فَأَخَّرَ فَمَاتَ حُجٌّ مِنْ مَالِهِ) كحجة الإسلام.

قال: (وَإِنْ نَذَرَ الْحَجَّ عَامَهُ وَأَمَكَّنَهُ لَزِمَهُ) تفريعاً على الصحيح وهو لزوم التعيين كالصوم.

قال: (فَإِنْ مَنَعَهُ مَرَضٌ وَجَبَ الْقَضَاءُ) هنا إذا منعه بعد الإحرام على المشهور كما ذكره الرافعي في «شرحه» أما إذا منعه قبله بأن كان مريضاً وقت خروج الناس فلم يتمكن من الخروج معهم، أو لم يجد رفقة وكان الطريق مخوفاً لا يتأتى للآحاد سلوكه فلا قضاء عليه، كما نقله الرافعي عن المتولي، وأقره معللاً بأن المنذور حج في تلك السنة ولم يقدر /١٢٤٢/ عليه ولهذا أن حجة الإسلام لا تستقر عليه والحالة هذه^(٣)، فهذا التقيد يقيّد به إطلاق الكتاب و«المحرر»^(٤).

(٢) «المحرر» (ص ٤٨٢).

(١) «الشرح الكبير» ٣٨٤/١٢.

(٤) «المحرر» (ص ٤٨٢).

(٣) «الشرح الكبير» ٣٨٥/١٢.

قال: (أَوْ عَدُوٌّ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ) لمكان العذر. والثاني: يجب. ومنهم من قطع به، ويجريان فيما لو منعه سلطان، أو رب الدين، وهو لا يقدر على أدائه. وفي الحصر الخاص في حجة الإسلام، ولو صده عدو، أو سلطان بعدما أحرم حتى مضى العام.

قال الإمام: أو أمتنع عليه الإحرام للعدو. فالمنصوص: أنه لا قضاء كحجة الإسلام إذا صد عنها في أول سنة الإمكان لا يلزم قضاؤها. وخرج ابن سريج قولاً: أنه يجب. وبه قال المزني. كما لو قال: أصوم غداً فأغمي عليه حتى مضى الغد يجب القضاء^(١).
فرع:

النسيان وخطأ الطريق والضلال فيه كالمرض.

قال: (أَوْ صَلَاةٌ أَوْ صَوْمًا فِي وَقْتٍ فَمَنَعَهُ مَرَضٌ أَوْ عَدُوٌّ وَجَبَ الْقَضَاءُ). أي: بخلاف الحج؛ لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع. وقد يجب الصوم والصلاة مع العجز فلزما بالنذر. والحج لا يجب إلا عند الاستطاعة.

واعلم أن ظاهر كلام المصنف تعيين الصوم والصلاة في الوقت المعين في النذر، وهو ما صححه في «الروضة» وقال: الخلاف يجري في الصلاة أيضاً، لكنه في باب الاعتكاف، جزم في الصلاة بعدم التعيين. ذكره في كلامه على المعتكف، وهو تابع للرافعي في كل ذلك^(٢).
قال: (أَوْ هَدْيًا لَزِمَهُ حَمْلُهُ إِلَى مَكَّةَ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ عَلَى مَنْ بِهَا) أي:

(١) «نهاية المطلب» ٤٤٨/١٨، وانظر: «الأم» ٦٤/٧.

(٢) «روضة الطالبين» ٣/٣٢٢، وانظر: «الشرح الكبير» ٣٨٦/١٢.

غريبًا كان أو مستوطنًا قال تعالى: ﴿هَذَا بَلَدٌ بَلَّغَ الْكُفَّةَ﴾ [المائدة: ٩٥].

قال: (أَوِ التَّصَدُّقَ عَلَى أَهْلِ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَهُ) الوفاء بما التزم.

قال: (أَوِ صَوْمًا فِي بَلَدٍ لَمْ يَتَّعَيْنِ) أي: بل له الصوم في غيرها سواء عين مكة أو غيرها كما أن الصوم الذي هو بدل واجبات الإحرام لا يختص بالحرم.

وقال صاحب «التلخيص»: إذا عين الحرم أختص به، تخريبًا من الصلاة والصدقة. وغلطه صاحب «العدة» و«البيان». وخالفهما أبو زيد المروزي، وقال: إنه يحتمل؛ لأن الحرم مختص بأشياء^(١).

قلت: وفيه قوة؛ للأخبار الواردة في تضعيف حسنات الحرم، فقد مر من حديث ابن عباس أن الحسنة فيه بمائة ألف. فاندرج فيه الصوم، بل قد ورد التنصيص عليه وأنه بمائة ألف صوم في غير الحرم كما رواه ابن ماجه وغيره^(٢).

قال: (وَكَذَا صَلَاةً إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ) لعظم فضله وتعلق النسك به. وقد صح أن الصلاة فيه بمئة ألف، كما رواه الإمام أحمد من حديث عبد الله بن الزبير، وصححه ابن حبان^(٣). وقال ابن عبد البر في

(١) «البيان» ٤/٤٨٧.

(٢) ابن ماجه (٣١١٧) من حديث ابن عباس: «من أدرك رمضان بمكة فصامه، وقام منه ما تيسر له، كتب الله له مئة ألف شهر رمضان فيما سواها».

وقال أبو حاتم في «العلل» (٧٣٥): هذا حديث منكر، فيه عبد الرحيم بن زيد العمي، متروك الحديث. وقال الألباني في «الضعيفة» (٨٣٢): موضوع.

(٣) أحمد ٥/٤، ابن حبان (١٦٢٠). وحسنه النووي في «شرح مسلم» ٩/١٦٤، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٣٨٤١).

«تمهيد» : إنه حديث ثابت لا مطعن لأحد فيه^(١).

قال : (وَفِي قَوْلٍ : وَمَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى) لأنهما مسجدان تشد الرحال إليهما. كما نطق به الحديث الصحيح^(٢) - فتعينا بالقدر كالمسجد الحرام، والله أعلم. وهو نصه في البويطي. وقطع به المراوزة. وقال الرافعي في «الشرح» : لا يبعد ترجيحه، والقول الآخر مبني على أنه إذا نذر الإتيان إليهما لا يلزمه ويلغو ٢٤٢/ب/ النذر، كما صححه العراقيون والرويان وغيرهم، للحديث الصحيح على شرط مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً قام يوم الفتح فقال : يا رسول الله، إني نذرت إن فتح الله عليك أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، فقال : «صل ههنا» ثم أعاد، قال : «صل ههنا» ثم أعاد عليه، قال : «شأنك إذا» رواه الحاكم وأبو داود وقال : صحيح على شرط مسلم^(٣).

ومعلوم أن هذا النذر يتضمن الإتيان؛ ولأنهما لا يقصدان بالنسك فأشبهها سائر المساجد^(٤).

فرع :

إذا عينهما - أعني : مسجد المدينة والأقصى - للصلاة، وقلنا بالتعيين

(١) «التمهيد» ٢٦/٦.

(٢) رواه البخاري (١١٨٩) ومسلم (١٣٩٧) من حديث أبي هريرة : «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : مسجدي هذا، ومسجد الحرام، ومسجد الأقصى».

(٣) أبو داود (٣٣٠٥)، الحاكم ٣٠٤/٤ - ٣٠٥ وصححه ابن دقيق العيد في «الافتراح» (ص ٥٠٥)، والألباني في «الإرواء» (٩٧٢) على شرط مسلم.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٨٩/١٢.

فصلیٰ فی المسجد الحرام خرج عن نذره، علی الأصح بخلاف العکس. وفيه احتمال للإمام^(١).

فرع:

هل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الصلاة في الآخر؟ فيه أوجه؛ لاستوائهما في التعديل المذكور في الحديث، قاله الرافعي^(٢).
أصحهما في «الروضة» ونص عليه في البويطي أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصى دون عكسه^(٣).

فرع:

ذكر الإمام أنه لو قال: أصلي في مسجد المدينة فصلیٰ في غيره ألف صلاة لم يخرج عن نذره، كما لو نذر ألف صلاة لا يخرج عن نذره بصلاة واحدة في مسجد المدينة، وإن شيخه كان يقول: لو نذر صلاة في الكعبة فصلیٰ في أطراف المسجد خرج عن نذره^(٤).

فرع:

لو نذر إتيان مسجد آخر سوى هذه الثلاثة لم يتعين كما جزم المصنف في قوله قريباً: (وكذا صلاة) لأنه ليس في قصدها قرينة، كذا علله، وفيه نظر، فقد ورد تخصيص بعضها بالحث على الصلاة فيه كمسجد قباء والخيف ومسجد العشائر. وذلك دليل على أفضليتها، فينبغي تعيينها بالنذر، إلا إذا أنتقل إلى مثلها في الفضل أو الأفضل. وقد حكى عن ابن القاص: أنه يتعين. وقيل: إن عين الجامع تعين.

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٤٣٥ - ٤٣٦. (٢) «الشرح الكبير» ١٢/٣٩٣.

(٣) «روضة الطالبيين» ٣/٣٢٥. (٤) «نهاية المطلب» ١٨/٤٣٦.

وقال الفوراني: لا يتعين للنفل مسجد، وأما الفرض فإن أنتقل من مسجد المصر إلى مسجد آخر جماعته أكثر جاز، وإلا فلا. وعند أبي حنيفة: لا يتعين موضع ما للصلاة^(١).

فرع:

لو نذر أن يحرم بالحج من شوال أو من بلد كذا، لزمه على الأصح. كذا ذكره الرافعي هنا، وجزم في الحج بأنه لا يتعين الزمان، وتبعه المصنف عليهما^(٢).

قال: (أَوْ صَوْمًا مُطْلَقًا فَيَوْمٌ) لأن الصوم أَسْمَ جنس يقع على القليل والكثير والمتيقن يوم، فلا يزداد عليه.

قال الرافعي: ويجيء وجه أنه يخرج عن النذر بناء على أن النذر يحمل على ما يصح من جنسه وأن إمساك بعض اليوم صوم^(٣). وقال الماوردي: لو قيل: يلزمه صوم ثلاثة أيام كان مذهبا؛ لأنه أقل صوم ورد في الشرع^(٤) يعني: في الكفارة.

قال: (أَوْ أَيَّامًا فَثَلَاثَةٌ) لأن الأيام جمع، وأقل الجمع ثلاثة.

فرع:

لو قال: أصوم دهرًا وحقبًا كفاه صوم يوم.

فرع:

هل يجب تبيت النية في الصوم المنذور أم يكفي نية قبل الزوال؟ يبنى

(١) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٢٤٩/٣، «المبسوط» ٢٣٨/٣.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٨٤/٣، ٣٦١/١٢، «روضة الطالبين» ١٤٠/٣، ٣٠٢.

(٣) «الشرح الكبير» ٣٦٥/١٢. (٤) «الحاوي» ٥٠٢/١٥.

ذلك على أن الناذر إذا التزم عبادة بالنذر وأخلفها، فعلى أي شيء /١٢٤٣/
ينزل نذره؟ وفيه قولان مأخوذان من كلام الشافعي رحمته الله:

أحدهما: ينزل على أقل واجب من جنسه، لأن المنذور واجب،
فجعل كواجب بالشرع ابتداء.

والثاني: ينزل على أقل ما يصح من جنسه. وقد يقال: على أقل جائز
بالشرع؛ لأن لفظ الناذر لا يقتضي إلزام زيادة عليه.

قال الرافعي: وهذا الثاني أصح عند الإمام والغزالي، ولكن الأول
أصح. فقد صححه العراقيون والرويان وغيرهم^(١).

قال في «الروضة»: الصواب أن الأصح منهما يختلف باختلاف
المسائل. فالأصح في التبييت القول الأول. وفيما إذا نذر صلاة لزوم
ركعتين. وفي الجمع بين مندورين المنع. وفيما إذا نذر إعتاق رقبة أجل
المعينة والكافرة ترجيحاً للثاني.

قال: ويجوز أن يكون مراد الجمهور ترجيح القول الأول أنه الأصح
مطلقاً، لكن أستثنى منه مسألة الإعتاق^(٢).

وذكر في كتاب الرجعة نحو مقالته هنا، فقال: المختار أنه لا يطلق
ترجيح واحد من القولين، بل يختلف الراجح منهما بحسب المسائل
لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها، وعكسه في بعض.

قال: وكذلك الخلاف في أن الرجعية زوجية أم لا، وفي أن الإبراء

(١) «البحر» ٨/١١، «الشرح الكبير» ٣٦٥/١٢، وانظر: «الوسط» ٢٦٥/٧.

(٢) «الروضة» ٣٠٦/٣.

إسقاط أو تملك^(١).

قال: (أَوْ صَدَقَةً فِيمَا كَانَ) أي: ولا يتقدر بخمسة دراهم، ولا بنصف نصاب، وإن حملنا المطلق على الواجب من جنسه، لأن الخلطاء قد يشتركون في نصاب، فيجب على أحدهم شيء قليل فيكفيه أن يتصدق بدانق فما دونه مما يتمول.

قال الرافعي: كذا ذكر حكما وتعليلا، وإنما يستمر هذا التوجيه على قولنا بتأثير الخلطة في النقود. ثم لك أن تقول: إذا حملنا المطلق على الواجب، فإنما نحمله على أقل واجب من ذلك الجنس. والأقل من الصدقة غير مضبوط جنسًا وقدرًا، بل الأموال الزكائية مختلفة الجنس وليس لواجبها قيمة مضبوطة، وصدقة الفطر أيضًا واجبة وليس لها قيمة مضبوطة فامتنع إجراء هذا القول في الصدقة وتعين اتباع اللفظ^(٢).

قال: (أَوْ صَلَاةً فَرَكْعَتَانِ) حملًا على أقل واجب في الشرع.

قال في «المحرر»: وهذا ما رجح من القولين^(٣).

قال: (وَفِي قَوْلِ رَكْعَةٍ) حملًا على أقل جائزه وهو ركعة، ولا يكفيه سجود التلاوة والشكر؛ لأنها لا تسمى صلاة.

والأول قد يبطل بالصوم؛ فإن أقل ما وجب منه ثلاثة أيام. ويجاب عنه بأنه قد يجب يوم في جزاء الصيد، اللهم إلا أن يراد أنه أقل صوم وجب نصًا فيمتنع.

(١) «روضة الطالبين» ٢٢٣/٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٣٦٧/١٢. (٣) «المحرر» (ص ٤٨٣).

قال: (فَعَلَى الْأَوَّلِ يَجِبُ الْقِيَامُ فِيهِمَا مَعَ الْقُدْرَةِ) لأننا ألحقناه بواجب الشرع، (وَعَلَى الثَّانِي لَا) لأننا ألحقناه بجائزه.

قال: (أَوْ عِتْقًا فَعَلَى الْأَوَّلِ رَقَبَةٌ كَفَّارَةٌ) حملًا له على الرقبة الواجبة شرعًا.

قال: (وَعَلَى الثَّانِي رَقَبَةٌ) أي: ولو معيبة وكافرة، لوقوع الاسم ورجحه المصنف فقال: (قُلْتُ: الثَّانِي هُنَا أَظْهَرَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ). وقال في «الروضة» صححه الأكثرون، وهو الراجح في الدليل^(١).

فائدة:

قوله: (أَوْ عِتْقًا). هو كلام صحيح. قال في «التحرير»: ولا التفات إلى من أنكره بجهله. قال: ولكن لو قيل: إعتاق، لكان أحسن^(٢). قلت: هي عبارة «المحرر» فلم غيرتها^(٣)؟
./٢٤٣ب/

قال: (أَوْ عِتْقَ كَافِرَةٍ مَعِيَّةٍ أَجْزَأُهُ كَامِلَةٌ) أي: على الأصح. لإتيانه بما هو أفضل.

قال: (فَإِنْ عَيَّنَ نَاقِصَةً تَعَيَّنَتْ) أي: بأن قال: لله علي أن أعتق هذا الكافر أو المعيب؛ لتعلق النذر بعينه، ولو كان المبذول أشرف.

قال: (أَوْ صَلَاةً قَائِمًا لَمْ يَجُزْ قَاعِدًا) لأنه دون ما التزم.

قال: (بِخِلَافِ عَكْسِهِ) أي: وهو ما إذا نذر الصلاة قاعدًا فإنه يجوز أن يصليها قائمًا؛ لإتيانه بما هو أفضل، وله أن يصلي قاعدًا كما لو صرح

(١) «روضة الطالبين» ٣/٣٠٧.

(٢) «تحرير التنبيه» (ص ١٩٥). (٣) «المحرر» (ص ٤٨٣).

في نذره بركعة له الاقتصار عليها. كذا جزم به الرافعي هنا^(١)، وبقي الخلاف فيه في «الشرح الصغير» وكذا المصنف في «الروضة» لكنهما حكيا الكلام على ما لو نذر صوم بعض يوم عن الإمام، أنه حكى عن الأصحاب أنه لو قال: علي أن أصلي كذا قاعدًا. يلزمه القيام عند القدرة إذا حملنا المنذور على واجب الشرع، وأنهم تكلفوا فرقًا بينه وبين ما إذا نذر ركعة أنه لا يلزمه إلا ركعة. قال: ولا فرق فيجب تنزيلهما على الخلاف^(٢).

فرعان:

أحدهما: لو نذر أن يصلي ركعتين فصلي أربعًا بتسليمة واحدة بتشهد أو تشهدين. قطع البغوي بجوازه^(٣).

وقال في «التتمة»: فيه وجهان، ويمكن بناؤهما على الأصل السابق. إن نزلناه على واجب الشرع لم يجزئه، كما لو صلى الصبح أربعًا، وإلا أجزأه.

الثاني: لو نذر أربع ركعات، فإن نزلناه على واجب الشرع أمرناه بتشهدين، فإن ترك الأول جبره بالسجود، ولا يجوز أداؤها بتسليمتين، وإن نزلنا على الجائز تُخَيَّر: إن شاء أداها بتشهد، وإن شاء بتشهدين، ويجوز بتسليمتين، بل هو أفضل.

قال في «الروضة»: الأصح أنه يجوز بتسليمتين، والفرق بين هذِهِ

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٣٦٦.

(٢) «روضة الطالبين» ٣/٣١٢-٣٨٣، وانظر: «نهاية المطلب» ١٨/٤٤٩.

(٣) «التهذيب» ٨/١٦٤.

المسألة والمسائل المخرجة على هذا الأصل غلبة وقوع الصلاة مثني وزيادة فضلها^(١).

قال (أَوْ طَوَّلَ قِرَاءَةَ الصَّلَاةِ أَوْ سُورَةً مُعَيَّنَةً، أَوْ الْجَمَاعَةَ لَزِمَهُ) لأن ذلك طاعة، وهذا هو الأصح. وقيل: لا يلزمه؛ لثلاث تغير عما وضعها الشرع. فرع:

لو نذر فعل السنن الراتبة كالوتر وسنة الفجر والظهر، فعلى الوجهين. قال: (وَالصَّحِيحُ اتِّعَادُ النَّذْرِ بِكُلِّ قُرْبَةٍ لَا تَجِبُ ابْتِدَاءً كَعِيَادَةٍ، وَتَشْيِيعٍ جِنَازَةٍ، وَالسَّلَامِ). لأن الشارع رغب فيها، والعبد يتقرب بها فهي كالعبادات.

والثاني: المنع؛ لأنها ليست على أوضاع العبادات، وقول المصنف: (وَالسَّلَامِ) أجود من قول «المحرر»: السلام على الغير. لأنه يوهم الاحتراز بها عن السلام على نفسه عند دخوله بيتاً خالياً، ولا يصح الاحتراز، فإنه سواء. قاله في «الدقائق»^(٢).

وقد نجز شرح مسائل الكتاب ونختمه بتمتات:

فصل

الناذر: هو كل مسلم مكلف مختار. فلا يصح نذر صبي ولا مجنون ومكره، وفي السكران الخلاف في تصرفاته. ولا يصح نذر الكافر على الصحيح. بناء مجلي على أنهم مخاطبون بالفروع أم لا؟ ويصح من المحجور عليه نذر القرب البدنية دون المالية؛ لعجزه عن التصرف فيها.

(١) «روضة الطالبيين» ٣/٣٠٧. (٢) «دقائق المنهاج» (ص ٧٦).

كذا جزم به الرافعي هنا، وفصل في كتاب الحجر فقال: يصح في الذمة دون العين^(١). وقد تقدم التنبيه على ذلك في كتاب الحجر أيضًا. ويصح من المفلس المالية في الذمة؛ لأنه إنما يوفيه بعد البراءة من حقوق الغرماء.

فروع مثورة:

يصح /٢٤٤/ تعقبه النذر بالمشيئة، ولو نذر صوم رمضان في السفر فالأصح عدم انعقاد نذره وله الفطر؛ لأنه التزام يبطل رخصة الشرع، والخلاف جار فيمن نوى إتمام الصلاة في السفر إذا قلنا: الإتمام أفضل، وفيمن نذر القيام في النوافل أو أستيعاب الرأس بالمسح أو بتثليث الطهارة، أو أن يسجد للتلاوة والشكر عند مقتضيها، وصح «الحاوي الصغير» في الأوليين الانعقاد.

قال الإمام: وفرض الكفاية التي تحتاج في أدائها إلى بذل مال أو مقاساة مشقة تلزم بالنذر كالجهاد، وتجهيز الموتى، وعن القفال: أن من نذر الجهاد لا يلزمه شيء، وفي صلاة الجنازة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ما ليس فيه بذل مال ولا كثير مشقة وجهان، أصحهما: لزومهما بالنذر أيضًا^(٢).

ولو نذر تجديد الوضوء فالأصح اللزوم، لأنه عبادة مثاب عليها كسائر العبادات. ووجه مقابله أن الوضوء ليس عبادة مقصودة وإنما يرفع به الحدث ولا يجب من غير حدث، ولو نذر الاغتسال لكل صلاة لزمه الوفاء. قاله في «التتمة» قال الرافعي: وليس هذا على أن

(١) «الشرح الكبير» ٣٥٦/١٢، ٧٩/٥. (٢) «نهاية المطلب» ٤٢٠/١٨.

تجديد الغسل هل يستحب، ولو نذر الوضوء أنعقد نذره ولا يخرج عنه بالوضوء عن حدث بل بالتجديد^(١)، أي: حيث يشرع، وهو أن يكون صلى بالأول صلاة ما على الأصح كما قدمته في الغسل، قاله المتولي أيضًا.

وجزم القاضي حسين أيضًا بانعقاده، وفي «التهذيب» فيه وجه ضعيف، ولو نذر أن يتوضأ لكل صلاة لزمه الوضوء لكل صلاة، وإذا توضأ لها عن حدث لا يلزمه الوضوء لها ثانيًا، بل يكفي الوضوء الواحد عن واجبي الشرع والنذر ذكره في «التتمة».

ولو نذر أن يتيمم قال في «التتمة» أيضًا: المذهب أنه لا ينعقد نذره؛ لأن التيمم يؤتى به عند الضرورة، ولو نذر أن يصلي الفرائض في المساجد قال في «الوسيط»: يلزمه إذا قلنا: صفات الفرائض تفرد بالالتزام^(٢).

ولو نذر قراءة القرآن فقرأه ولم ينو النذر ولا الفرض، فإن لم يكن النذر مضافًا إلى زمن معين لم يقع عن النذر، وإلا فاحتمالان لوالد الروياني، وأشبههما كذلك، والثاني: الوقوع، وتجعل نيته عنه قوله: في يوم كذا كالنية المتقدمة، كما في تقدير النية على الزكاة في وجه.

ويمكن أن يقال ذلك في العبادات المالية، أما البدنية فلا تجوز لغير ضرورة. ولو نذر شيئًا ثم شك أنه نذر عتقًا أو صلاة أو صومًا أو صدقة. قال البغوي: يحتمل أن يقال: يجتهد بخلاف الصلاة؛ لأننا تيقنا

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٣٦١.

(٢) «الوسيط» ٧/٢٨٠.

وجوب الكل عليه، وتيقنا هنا أن الكل لم يجب فيجتهد كالأواني والقبلة، ولو قال: لله عليّ أن أعتق هذا العبد الكافر، قال القاضي: لا يصح؛ لأنه جعل الكفر صفة، ولو قال: هذا العبد وكان كافرًا صح، كنظيره في الوقف.

وفي تعليق لابن الصلاح أنه رأى بخط الشيخ أبي محمد أنه إذا قال: لله أن أعتق هذا العبد الكافر أو أتصدق بهذا المال على أهل الذمة. ففي لزومه وجهان، ولو نذر أن يزور قبر النبي ﷺ قال ابن كج: عندي أنه يلزمه الوفاء بذلك وجهًا واحدًا. قال: ولو نذر أن يزور قبر غيره فوجهان. ولو قال: إن شفى الله مريض عليّ أن أشتري بدرهم خبزًا وأتصدق به لا يلزمه الشراء، بل له أن يتصدق بخبز قيمته درهم. قاله صاحب «التقريب» ولو قال: فعليّ ألف ولم يعين شيئًا باللفظ ولا بالنية لم يلزمه شيء.

قال القفال: ولو التزم بالنذر ألا يكلم الآدميين، ففيه احتمالان للقفال، أحدهما في «الروضة» أنه لا يلزمه؛ لأن ذلك ليس من شرعنا، كما لو نذر الوقوف في الشمس^(١)، وفي «فتاوى القاضي حسين» أنها لو كانت تلد لها أولادًا ويموتون فقالت: إن عاش لي ولد فلله عليّ عتق رقبة، قال: يشترط للزوم العتق أن يعيش لها ولد أكثر مما عاش أكبر أولادها الموتى، وإن قلت تلك الزيادة^(٢).

وقال العبادي: متى ولدت حيًا لزمها العتق وإن لم يعيش أكثر من ساعة؛ لأنه عاش، ونقل ابن أبي الدم في شرحه لـ «الوسيط» ما أفتى

(١) «روضة الطالبيين» ٣/ ٣٣٤.

(٢) «الفتاوى» ص ٤١٠.

به القاضي عن إفتاء بعض شيوخه، وحكى عن الشيخ أبي علي وجهًا آخر أنه لا يستقر ما لم تمت الأم والابن حي، فيخرج العتق من الثلث، ووجه آخر أنه إذا عاش الابن واستغنى عن الحضانة لزم العتق، فتلخص في المسألة أربعة أوجه، واقتصر في «الروضة» على الأولين وصحح الأول منهما^(١).

وفي «فتاوى ابن الصلاح» رجل نذر ثلثي ما يحصل له من فعل وقفه في سبيل الله هل يلزمه الوفاء به؟ أجاب لا يلزمه، لأنه لم يكن حالة النذر مالًا لما سيحصل له من المغل، وأيضًا ثلثًا ما يحصل مجهول.

قال: والأظهر إن كان علق على حصول المغل زوال الملك فلا يصح كما ذكرنا، وإن كان التزم أن يتصدق به فيصح، وتفرق في وجوب الوفاء به بين أن يكون في نذر لجاج أو مجازاة على ما عرف^(٢).

قال في «الروضة»: ومما يحتاج إليه إذا نذر زيتًا أو شمعًا أو نحوه ليسرج به في مسجد أو غيره إن كان بحيث قد ينتفع به -ولو على الدور- مصلٍ هناك أو نائم أو غيرهما صح ولزم، وإن كان يعلق ولا يتمكن أحد من الدخول والانتفاع به لم يصح. قال: ولو وقف شيئًا ليشتري من غلته زيتًا أو غيره ليسرج في مسجد أو غيره فحكمه في الصحة ما ذكرناه في النذر^(٣).

قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في «الفتاوى»: ما يهدى من زيت

(١) «روضة الطالبين» ٣/ ٣٣٤.

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/ ٤٧٩ - ٤٨٠.

(٣) «روضة الطالبين» ٣/ ٣٣٧.

وشمع إلى مسجد له أحوال:

أحدها: أن يقول المهدي: إنه منذور فلا يجوز بيعه، ولا التصرف فيه ويجوز صرفه في جهة النذر، فإن أفرط في الكثرة لم يجز بيعه كما لا يجوز بيع الموقوف على الثغر إذا خرج عن كونه ثغراً باتساع بلاد الإسلام.

الثاني: أن يصرح المهدي بأنه تبرع فلا يجوز التصرف / ١٢٤٥ / فيه إلا على وفق إذنه وهو باق على ملكه، إلا أن يفنى بالاستعمال في جهة النذر، فإن طالت المدة وعرف أن باذله مات فقد بطل إذنه فإن عرف ورثته روجعوا في ذلك، وإن جهلوا وتعذرت معرفتهم صار لمصالح المسلمين العامة فيصرفه من هو في يده فيها مبتدئاً بما يجب البداءة به في مثله، وينزل نفسه منزلة الإمام العادل فيصرفه في أهم المصالح، لا يحل له غير ذلك إلا أن يكون متولي أمور المسلمين عادلاً فيلزمه دفعه إليه ليقوم بما وظفه الله تعالى عليه فيه، وإن توقعنا معرفة الوارث ومراجعته وجب حفظه إلى أن يظفر به ويراجع أو يُئس من ظهوره فيرجع إلى المصالح العامة، وإن دفع المهدي ذلك إلى متولي المسجد ولم يعرفه الجهة وهي الحالة الثالثة وهي مشكلة؛ إذ من الجائز أن يكون منذوراً وهو الغالب، فتجري عليه أحكام النذور التي ذكرناها، ومن الجائز أن لا يكون منذوراً، لأن الأصل عدم النذر فتجري عليه أحكام الحالة الثانية^(١).



(١) «الفتاوى» للعز ابن عبد السلام ص ١١٧-١١٨.

[illegible]

كِتَابُ الْقَضَاءِ

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كِتَابُ الْقَضَاءِ

هُوَ فَرَضٌ كِفَايَةٌ، فَإِنْ تَعَيَّنَ لَزِمَهُ طَلَبُهُ.

وإِلَّا فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ، وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ فَلِلْمَفْضُولِ الْقَبُولُ، وَقِيلَ: لَا، وَيُكْرَهُ طَلَبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ فَلَهُ الْقَبُولُ.

وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلًا يَزُجُو بِهِ نَشْرُ الْعِلْمِ أَوْ مُخْتِاجًا إِلَى الرِّزْقِ، وَإِلَّا فَالْأَوَّلَى تَرْكُهُ. قُلْتُ: وَيُكْرَهُ عَلَى الصَّحِيحِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَالِإِعْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ.

وَشَرْطُ الْقَاضِي: مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ حُرٌّ ذَكَرَ عَدْلٌ سَمِيعٌ بَصِيرٌ نَاطِقٌ كَافٍ مُجْتَهِدٌ وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ، وَخَاصَّةً وَعَامَّةً، وَمُجْمَلَةً وَمُبَيَّنَةً، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ، وَمُتَوَاتِرَ السُّنَّةِ وَغَيْرَهُ، وَالْمُتَّصِلَ وَالْمُرْسَلَ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفًا، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا، وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إجماعًا واختلافًا والقياس بأنواعه.

فَإِنْ تَعَدَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ قَوْلَى سُلْطَانٍ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقَلِّدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَةِ.

وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الْأُسْتِخْلَافِ، فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلِفْ، فَإِنْ أَطْلَقَ اسْتَخْلَفَ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَا غَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَشَرْطُ الْمُسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي، إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ: كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَيَحْكُمُ بِاجْتِهَادِهِ أَوْ اجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ إِنْ كَانَ مُقَلِّدًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَطَ عَلَيْهِ خِلَافُهُ.

وَلَوْ حَكَمَ خَصْمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ

القضاء، وفي قول: لا يجوز. وقيل: يشترط عدم قاض بالبلد. وقيل: يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما، ولا ينفذ حكمه إلا على راض به فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية على عاقلته، وإن رجع أحدهما قبل الحكم امتنع الحكم، ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر.

ولو نصب قاضين في بلد وخص كلًا بمكان أو زمان أو نوع جاز، وكذا إن لم يخص في الأصح، إلا أن يشترط اجتماعهما على الحكم.

فصل

جُنَّ قاضٍ أو أُعْمِيَ عَلَيْهِ أو عَمِيَ أو ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضَبَطَهُ بِغَفْلَةٍ أو نِسْيَانٍ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمَهُ، وَكَذَا لَوْ فُسِّقَ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ لَمْ تَعُدْ وَلَا يَتَّهَى فِي الْأَصَحِّ.

وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ أو لَمْ يَظْهَرْ، وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ أو مِثْلُهُ وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ، وَإِلَّا فَلَا لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الْأَصَحِّ. وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرِ عَزْلِهِ.

وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ: إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعزُولٌ فَقَرَأَهُ أَنْعَزَلَ، وَكَذَا إِنْ قُرِئَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أُذِنَ لَهُ فِي شَعْلِ مُعَيَّنٍ: كَبَيْعِ مَالِ مَيِّتٍ وَالْأَصَحُّ أَنْعِزَالَ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الْأَسْتِخْلَافِ، أو قِيلَ لَهُ: اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ أو أَطْلَقَ، فَإِنْ قَالَ: اسْتَخْلِفْ عَنِّي فَلَا.

وَلَا يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الْإِمَامِ وَلَا نَاطِرُ يَتِيمٍ وَوَقْفٍ بِمَوْتِ قَاضٍ. وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ انْعِزَالِهِ: حَكَمْتُ بِكَذَا، فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرٍ بِحُكْمِهِ لَمْ يُقْبَلْ

عَلَى الصَّحِيحِ، أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ الْحُكْمِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.
وَيُقْبَلُ، قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ: حَكَمْتُ بِكَذَا.
فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَا يَتِيهِ فَكَمْعُزُولٍ.
وَلَوْ أَدْعَى شَخْصٌ عَلَى مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلًا
أُخْضِرَ وَفُصِّلَتْ خُصُومَتُهُمَا.
وَأِنْ قَالَ: حَكَمَ بَعْدَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَالًا أُخْضِرَ. وَقِيلَ: لَا حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ
بِدَعْوَاهُ، فَإِنْ حَضَرَ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِلَا يَمِينٍ فِي الْأَصَحِّ.
قُلْتُ: الْأَصَحُّ بِيَمِينٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
وَلَوْ أَدْعَى عَلَى قَاضٍ جَوْرًا فِي حُكْمٍ لَمْ تُسْمَعْ، وَيُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ
بِحُكْمِهِ حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ.

فَصْلٌ

لِيَكْتُبَ الْإِمَامُ لِمَنْ يُؤَلِّيهِ، وَيُشْهِدَ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ
يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ، وَتَكْفِيهِ الْأَسْتِيفَاضَةُ فِي الْأَصَحِّ لَا مُجَرَّدُ كِتَابٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.
وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ، وَيَدْخُلُ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ، وَيَنْزِلُ
وَسَطَ الْبَلَدِ.

وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الْحَبْسِ، فَمَنْ قَالَ: حَبِسْتُ بِحَقِّ أَدَامَةٍ، أَوْ ظُلُمًا فَعَلَى
خَصْمِهِ حُجَّةٌ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا كَتَبَ لَهُ لِيُحْضَرَ.
ثُمَّ الْأَوْصِيَاءَ، فَمَنْ أَدْعَى وَصَايَةً سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ فَمَنْ وَجَدَهُ
فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ، أَوْ ضَعِيفًا عَضَّدَهُ بِمُعِينٍ.
وَيَتَّخِذُ مُزَكِّيًّا وَكَاتِبًا، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ: مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِكِتَابَةِ مُحَاضِرٍ

وَسِجَلَاتٍ، وَيُسْتَحَبُّ فَقَّهُ، وَوُفُورُ عَقْلٍ، وَجُودَةُ خَطٍّ.
وَمُتَرَجِمًا، وَشَرْطُهُ: عَدَالَةٌ، وَخُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ، وَالْأَصَحُّ جَوَازُ أَعْمَى، وَاشْتِرَاطُ
عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ.
وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ، وَسِجْنًا لِأَدَاءِ حَقٍّ وَلِتَغْزِيرٍ.
وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ مَجْلِسُهُ فَسِيحًا بَارِزًا مَصُونًا مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ لَا يِقَا
بِالْوَقْتِ وَالْقَضَاءِ لَا مَسْجِدًا.
وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشَبَعٍ مُفْرِطَيْنِ، وَكُلِّ حَالٍ يَشُوءُ
خُلُقُهُ، وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ.
وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ.
وَلَا يَكُونُ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ، فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ
وَلَا يَتَّهِ حَرَمَ قَبُولُهَا، وَإِنْ كَانَ يُهْدِي وَلَا خُصُومَةَ لَهُ جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ
يُثِيبَ عَلَيْهَا.
وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ، وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ
عَلَى الصَّحِيحِ، وَيَحْكُمُ لَهُ وَلِهَؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرٌ، وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى
الصَّحِيحِ.
وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي وَسَأَلَ الْقَاضِي أَنْ يُشْهَدَ عَلَى
إِفْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ أَوْ الْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَالْإِشْهَادَ بِهِ لَزِمَهُ.
أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجَلًا بِمَا حَكَمَ
أُسْتُحِبَّ إِبَاجَتُهُ، وَقِيلَ: يَجِبُ.
وَيُسْتَحَبُّ نُسَخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ فِي دِيْوَانِ الْحُكْمِ.

وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادٍ ثُمَّ بَانَ خِلَافَ نَصِّ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ أَوْ الْإِجْمَاعِ أَوْ قِيَاسٍ جَلِيِّ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ، لَا خَفِيٍّ.

وَالْقَضَاءُ يُنْفَذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا.

وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ إِلَّا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّكَ حَكَمْتَ أَوْ شَهِدْتَ بِهِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ وَلَمْ يَشْهَدْ حَتَّى يَتَذَكَّرَهُ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَضُونَةٍ عِنْدَهُمَا وَلَهُ الْحَلْفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقٍّ أَوْ أَدَائِهِ اعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ مُؤَرِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانِيَّتِهِ.

وَالصَّحِيحُ جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطِّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ.

فَصْلٌ

لِيسُوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولِ عَلَيْهِ، وَقِيَامِ لَهُمَا، وَاسْتِمَاعِ، وَطَلَاقَةِ وَجْهِ، وَجَوَابِ سَلَامٍ وَمَجْلِسِ، وَالْأَصَحُّ رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ فِيهِ.

وَإِذَا جَلَسَا فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ، وَأَنْ يَقُولَ لِيَتَكَلَّمَ الْمُدَّعِي.

فَإِذَا أَدْعَى طَالَِبَ خَصْمَهُ بِالْجَوَابِ، فَإِنْ أَقَرَّ فَذَلِكَ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي: أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ، وَأَنْ يَسْكُتَ، فَإِنْ قَالَ: لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيلَهُ فَلَهُ ذَلِكَ، أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِي ثُمَّ أَحْضَرَهَا قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِذَا أَرَدَحَمَ خُصُومَ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ، فَإِنْ جُهِلَ أَوْ جَاءُوا مَعًا أَقْرِعَ، وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِرُونَ، وَنِسْوَةٌ، وَإِنْ تَأَخَّرُوا مَا لَمْ يَكْثُرُوا، وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقُ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى.

وَيَحْرُمُ اتِّخَاذُ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ، لَا يَقْبَلُ غَيْرُهُمْ.

وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقًا عَمِلَ بِعِلْمِهِ، وَإِلَّا وَجَبَ الْأَسْتِزْكَاءُ بِأَنْ يَكْتَسِبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ، وَكَذَا قَدَرُ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيَنْعَتُ بِهِ مُزَكِّيًّا ثُمَّ يُشَافِهُهُ الْمُزَكِّي بِمَا عِنْدَهُ، وَقِيلَ: تَكْفِي كِتَابَتُهُ. وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ، وَخُبْرَةُ بَاطِنٍ مَنْ يَعْدِلُهُ لِصُحْبَةٍ أَوْ جَوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ، وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَتِهِ، وَأَنَّهُ يَكْفِي: هُوَ عَدْلٌ، وَقِيلَ: يَزِيدُ عَلَى وَلِيٍّ، وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ، وَتُعْتَمَدُ فِيهِ الْمُعَايَنَةُ أَوْ الْأَسْتِفَاضَةُ، وَيُقَدَّمُ عَلَى التَّعْدِيلِ.

فَإِنْ قَالَ الْمُعَدِّلُ: عَرَفْتُ سَبَبَ الْجَرْحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ قُدِّمَ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ.

بَابُ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ

هُوَ جَائِزٌ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَادَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ، فَإِنْ قَالَ: هُوَ مُقَرَّرٌ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَلَا أَصَحَّ أَنَّهَا تُسْمَعُ.

وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي نَصْبُ مُسَخَّرٍ يُنْكَرُ عَنِ الْغَائِبِ.

وَيَجِبُ أَنْ يُحْلَفَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ، وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ.

وَلَوْ ادَّعَى وَكِيلُ الْغَائِبِ فَلَا تَحْلِيفَ، وَلَوْ حَضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقَالَ لَوْ كِيلِ الْمُدَّعَى: أَتُرَانِي مُوَكَّلُكَ أَمَرَ بِالتَّسْلِيمِ.

وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ، وَإِلَّا فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعَى إِنْهَاءَ الْحَالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ فَيُنْهَى سَمَاعَ بَيِّنَةٍ؛ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ

يَسْتَوْفِي الْمَالَ، أَوْ حُكْمًا لِيَسْتَوْفِي.

وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهَدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ، وَيُسْتَحَبَّ كِتَابُ بِهِ يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَيُخْتِمُهُ، وَيُشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ، فَإِنْ قَالَ: لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِبَيِّنَةٍ، وَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ أَسْمُهُ وَنَسَبُهُ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَالَ: لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الْأَسْمِ وَالصِّفَاتِ، وَإِنْ كَانَ أَحْضَرَ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ طُولِبَ وَتُرِكَ الْأَوَّلُ، وَإِلَّا بَعَثَ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا.

وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدٍ الْغَائِبِ بِبَلَدٍ الْحَاكِمِ فَشَافَهُهُ بِحُكْمِهِ فَفِي إِمضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وَلايَتِهِ خِلَافُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ، وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفَيْنِ وَلَايَتِهِمَا أَمضَاهُ، وَلَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ بَيِّنَةٍ كَتَبَ: سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَى فُلَانٍ، وَيُسَمِّيهِ الْقَاضِي إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ.

وَالْكِتَابُ بِالْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ وَبِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لَا يُقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا فِي مَسَافَةِ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ.

فَصْلٌ

ادَّعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنِ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ اسْتِبَاطُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا وَكَتَبَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ.

أَوْ لَا يُؤْمَنُ فَالْأَظْهَرُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ، وَيُبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيَمَةَ، وَأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ فَيَأْخُذُهُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ؛ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى الْمُدَّعِي بِكَفِيلٍ بِيَدِهِ

فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ كَتَبَ بِرَأْءِ الْكَفِيلِ، وَإِلَّا فَعَلَى الْمُدَّعِي مُؤَنَةُ الرَّدِّ.
أَوْ غَائِبَةً عَنِ الْمَجْلِسِ لَا الْبَلَدِ أَمْرٌ بِمَا يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا
تُسَمَّعَ شَهَادَةُ بِصَفَةٍ.

وَإِذَا وَجِبَ إِحْضَارُ فَقَالَ: لَيْسَ بِيَدَيَّ عَيْنٌ بِهَذِهِ الصَّفَةِ. صُدِّقَ يَمِينِهِ ثُمَّ
لِلْمُدَّعِي دَعْوَى الْقِيَمَةِ، فَإِنْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً كُلَّفَ الْإِحْضَارَ
وَحُبِسَ عَلَيْهِ، وَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلَفٍ، وَلَوْ شَكَ الْمُدَّعِي هَلْ
تَلَفَتِ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيَمَةً أَمْ لَا فَيَدَّعِيهَا فَقَالَ: غَضَبَ مِنِّي كَذَا. فَإِنْ بَقِيَ لَرِمَهُ
رَدُّهُ، وَإِلَّا فَقِيَمَتُهُ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ، وَقِيلَ: لَا، بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحْلِفُ. ثُمَّ يَدَّعِي
الْقِيَمَةَ وَيَجْرِيَانِ فَيَمْنُ دَفَعَ ثَوْبَهُ لِدَلَالٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ
الثَّمَنَ، أَمْ أْتْلَفَهُ فَقِيَمَتُهُ، أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ حَيْثُ أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ فَتُبَيَّنَتْ
لِلْمُدَّعِي أَسْتَقَرَّتْ مُؤَنَتُهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَهِيَ وَمُؤَنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُدَّعِي.

فَصْلٌ

الْغَائِبُ الَّذِي تُسَمَّعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ مَنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ، وَهِيَ الَّتِي لَا يَرْجِعُ
مِنْهَا مُبَكَّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلًا، وَقِيلَ: مَسَافَةٌ قَصْرٌ. وَمَنْ بِقَرِيْبَةٍ كَحَاضِرٍ فَلَا تُسَمَّعُ
بَيِّنَتُهُ، وَيُحْكَمُ بغيرِ حُضُورِهِ إِلَّا لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّرِهِ.

وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدٍّ قَذْفٍ وَمَنْعُهُ فِي حَدِّ اللَّهِ
تَعَالَى.

وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَسْتَعِدَّهَا بَلْ يُخْبِرُهُ وَيُمْكِّنُهُ
مِنَ الْجَوْرِ.

وَلَوْ غُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ وَجِبَتْ الْأَسْتِعَادَةُ.

وَإِذَا أَسْتُعِدِّي عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ أَحْضَرُهُ بِدَفْعِ خَتَمِ طِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ
بِمُرْتَبٍ لِدَلِّكَ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ بِلا عُذْرٍ أَحْضَرُهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ.

أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وَلَا يَتَّهِ فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ، أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضَرَهُ
بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ، أَوْ لَا نَائِبَ فَالْأَصَحُّ يُحْضَرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطُّ،
وَهِيَ الَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكَّرٌ لَيْلًا.

وَأَنَّ الْمُخَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ، وَهِيَ مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ.



This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كتاب القضاء*

القضاء بالمد: الولاية، وجمعه: أقضية، كغطاء وأغطية.

قال الأزهري: وهو في الأصل: إحكام الشيء وفراغه، ويكون القضاء إمضاء الحكم، ومنه: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ﴾^(١) [الإسراء: ٤]. وقال الجوهري: قضى بمعنى: أنهى وفرغ^(٢).

قال الرافعي: ومنه: ﴿فَوَكَّرُوا مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ﴾ [القصص: ١٥]، فالقاضي يُنهي الأمر ويفرغ منه^(٣)، وقضى بمعنى: أوجب، ومنه: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ﴾ [الإسراء: ٢٣]، فالقاضي يُوجب الحكم على المحكوم عليه، ويُقال: بمعنى الإتمام، ومنه: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٠٠]، فالقاضي متمم الأمر بحكمه، وبمعنى: أدى، وبمعنى: قدر.

وسُمي القضاء حكمًا؛ لما فيه من منع الظالم، مأخوذ من الحكمة التي تُوجب وضع الشيء في محله، أو من إحكام الشيء، مأخوذ من

* ورد بالأصل: أول من دُعِيَ بقاضي القضاة: أبو يوسف حين ولّاه المهدي، ثم أقرّه الرشيد.

(١) «الزاهر» (ص ٢٦٩). (٢) «الصحاح» ٦/٢٤٦٣.

(٣) «الشرح الكبير» ١٢/٤٠٨.

حَكَمَ اللِّجَامِ، لَمْنَعَهَا الدَّابَّةَ، وَقِيلَ: الْحِكْمَةُ مَأْخُوذَةٌ مِنْهَا أَيْضًا.

وَالْأَصْلُ فِيهِ: مِنَ الْكِتَابِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وَقَوْلُهُ: ﴿وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمَا أُنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٤٢]، وَقَوْلُهُ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥].

وَمِنَ السُّنَّةِ: قَوْلُهُ ﷺ: «إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتِهَدْ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتِهَدْ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ» مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ^(١)، وَفِي رِوَايَةٍ لِلْحَاكِمِ: «إِذَا أَجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ، وَإِنْ أَصَابَ فَلَهُ عَشْرَةُ أَجُورٍ»، ثُمَّ قَالَ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ^(٢). وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ الْمَشْهُورَةِ، وَبَعْضُهَا يَأْتِي فِي الْبَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

قَالَ: (هُوَ فَرَضٌ) لِأَنَّ طِبَاعَ الْبَشَرِ مَجْبُولَةٌ عَلَى التَّظَالُمِ، وَمَنْعَ الْحَقُوقِ، وَقَلٌّ مَنْ يُنْصَفُ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَا يَقْدِرُ الْإِمَامُ عَلَى فَضْلِ كُلِّ الْخُصُومَاتِ بِنَفْسِهِ، فَدَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى وِلَايَةِ الْقَضَاةِ.

قَالَ: (عَلَى كِفَايَةٍ) لِأَنَّهُ ﷺ بَعَثَ غَيْرَ وَاحِدٍ قَاضِيًا كَعَلِيٍّ^(٣) وَغَيْرِهِ، وَكَذَا الصَّحَابَةُ كُلُّهُمْ أَفْرَادًا، فَلَوْ كَانَ فَرَضَ عَيْنٍ لَمْ يَكْفِ وَاحِدٌ، وَلَئِنْ

(١) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ (٧٣٥٢)، وَمُسْلِمٌ (١٧١٦).

(٢) «الْمُسْتَدْرَكُ» ٨٨/٤ وَقَالَ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، قَالَ الذَّهَبِيُّ: -فِيهِ- فَرَجُ بْنُ فَضَالَةَ ضَعَّفُوهُ.

(٣) بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ. أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٥٨٢)، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٣٣١)، وَابْنُ مَاجَةٍ (٢٣١٠)، وَأَحْمَدُ ١/١٤٩، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ ٩٣/٤.

القضاء إما أمر بمعروف، أو نهي عن منكر، أو هما، وهما فرض كفاية، وأدعى الرافعي فيه الإجماع^(١)، لكن في «تعليق أبي الطيّب» أنه يستحب نصب القضاة في البلدان. قال ابن الرُّفْعَة: ٢٤٥ب/ ولم أره لغيره^(٢).

فإن قام به من يصلح سقط الفرض عن الباقيين، وإن امتنع الجميع أثموا، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء؛ لئلا تتعطل المصالح، وقيل: لا يجبر؛ لئلا يلتحق فرض الكفاية بفرض العين، والصحيح: الأول.

قال: (فإن تَعَيَّنَ) أي: للقضاء، (لَزِمَهُ طَلْبُهُ) أي: إن لم يُعرض عليه؛ لأن به يخرج من واجبه، كذا جزم به المصنف تبعاً للرافعي^(٣) وغيره، قال في «المهذب» وغيره: فلو احتاج في تحصيله إلى بذل مال لزمه بذله كسواء الرقبة في الكفارة^(٤)، وفي «الحاوي»: أنه يلزمه القبول دون الطلب، وبذله المال حينئذ مستحب^(٥)؛ لأن فرض التقليد على الإمام.

قال ابن الرُّفْعَة: ولعله إذا عَلِمَ به الإمام وإلا لزمه إعلامه كما أطلقه ابن الصَّبَّاح وغيره^(٦).

(١) «الشرح الكبير» ٤٠٩/١٢.

(٢) «كفاية النيه» ٣٨/١٨، وقال تاج الدين السبكي: ومن الغرائب والفوائد عن القاضي أبي الطيّب: حكى القاضي أبو الطيّب في «التعليق» وجهاً: أن القضاء سنة وليس بفرض كفاية. قال ابن الرُّفْعَة: لم أره لغيره. «طبقات الشافعية الكبرى» ٤٦/٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٤١١/١٢.

(٤) ورد بهامش الأصل: (حاشية: هو أقوى مما ذكره المصنف)، وانظر: «المهذب» ٢٨٨/٢.

(٥) «الحاوي الكبير» ١٢/١٦. (٦) «كفاية النيه» ٣٩/١٨.

فرع:

يجب عليه في هذه الحالة أن يُشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملاً، ولا يُعذر بأن يخاف ميل نفسه وخيانتها، بل يقبل ويحترز، فإن أمتنع عصي. وهل يجبر؟ فيه وجهان، أصحابهما: نعم؛ كما يُجبر على القيام بسائر فروض الكفاية عند التعيين.

قال الرافعي: وربما تردد الناظر في الإجماع من جهة أن الامتناع عن هذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة بعد ما تَعَيَّنَ يُشبه أن يكون من الكبائر، وحينئذ يفسق به ويخرج عن أهلية القضاء؛ لفوات شرط العدالة فكيف يُؤلى ويُجبر على القبول؟ قال: ويمكن أن يكون المراد: أنه يُؤمر بالتوبة أولاً، فإذا تاب يُؤلى^(١).

وقال في «الروضة»: ينبغي أن يُقال: لا يفسق؛ لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً، وهذا ليس بعاصٍ قطعاً وإن كان مخطئاً^(٢). أنتهى.

ويلزم الرافعي على ما ذكره من الفسق: أن يقول بوجوب الاستبراء أيضاً، ولم يُوجهه.

قال: (وإلا) أي: وإن لم يتعين عليه، (فإن كان غيره أصلاً، وكان يتولاه فللمفضول القبول، وقيل: لا) هذا الخلاف مرتب على الإمامة العظمى، هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل؟ وفيه قولان للمتكلمين والفقهاء.

أحدهما: المنع؛ رعاية لزيادة الفضيلة.

وأصحابهما: الانعقاد؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن حد الإمامة فأشبه

(١) «الشرح الكبير» ٤١٢/١٢. (٢) «روضة الطالبين» ٩٢/١١.

إقامة الصلوات وسائر المناصب الدينية، والقضاء أولى بأن يجوز تفويضه للمفضل؛ لأن الفأنت بتولي المفضل الإمامة لا يُتدارك، والفأنت في القضاء يُتدارك بنظر من فوقه من الولاة.

وقال الماوردي: هذا إذا لم يكن عذر في تولية المفضل، فإن كان بأن كان أطوع في الناس، وأقرب إلى القلوب، أو كان الأفضل غائباً أو مريضاً أنعدت قطعاً^(١)، فإن لم تُجوز للمفضل القضاء حرمت توليته، وحرّم عليه الطلب والقبول، وإن جوزناه جاز القبول. وأما الطلب فيكره أو يحرم؟ فيه وجهان: أظهرهما: الاقتصار على الكراهة؛ لما فيه من الخطر، ففي «سنن أبي داود» و«جامع الترمذي» من حديث أبي هريرة رفعه: «من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين»^(٢).

وفي رواية «النسائي» ١٢٤٦/١: «فكأنما ذبح بالسكين»^(٣)، وقد حكى الخلاف المذكور المصنف حيث قال: (وَيُكْرَهُ طَلْبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ) ومقتضى التحريم: تحريم التولية، لكن صرح القاضي بخلافه،

(١) «الأحكام السلطانية» (ص ٢٧).

(٢) رواه أبو داود (٣٥٧١) والترمذي (١٣٢٥) كلاهما من طريق عمرو بن أبي عمرو عن سعيد عن أبي هريرة به.

ورواه أبو داود أيضاً في (٣٥٧٢)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، وأحمد ٣٦٥/٢، وأبو يعلى (٥٨٦٦)، والحاكم ٩١/٤ كلهم من طريق عثمان بن محمد الأحنسي عن المقبري به، قال الترمذي: حسن غريب، وصححه الحاكم، وابن حجر في «التلخيص» ١٨٤/٤.

تنبيه: وقع في إسناد أبي يعلى: سعيد بن المسيب بدلاً من سعيد المقبري، وهو خطأ.

(٣) «سنن النسائي الكبرى» ٤٦٢/٣.

واستشكله الإمام^(١).

واحترز بقوله أولاً: (وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ) عما إذا كان الأصلح لا يتولاه؛ فإنه كما لو لم يوجد الأصلح.
قال: (وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ فَلَهُ الْقَبُولُ) أي: ولا يلزمه في الأصح؛ فربما قام به غيره.

قال: (وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلًا) أي: غير مشهور بين الناس، (يَرْجُو بِهِ نَشْرَ الْعِلْمِ أَوْ مُحْتَاجًا إِلَى الرِّزْقِ) أي: مع الشهرة، وإذا ولي صار مكفياً من بيت المال؛ لينتفع به، واقتصر بعضهم على نفي الكراهة في الثاني، وقال القفال: لا يندب الطلب بحال؛ لظاهر حديث عبد الرحمن بن سمرة: «لا تسأل الإمارة»^{(٢)(٣)}، والأصح: ما جزم به المصنف. قال (وَالِإِلَّا) أي: وإن كان مع الشهرة مكفياً (فَالأَوَّلَى تَرْكُهُ) أي: الطلب والقبول؛ لما فيه من الخطر من غير حاجة إلى ارتكابه، ولم يذكر في «المحرر» ترك القبول بل أقتصر على ترك الطلب^(٤)، فقد يؤهم اختصاصه به.

قال: (قُلْتُ: وَيُكْرَهُ عَلَى الْأَصَحِّ)^(٥)، والله أعلم أي: الطلب والقبول إن لم يطلب، وعلى ذلك حُمِلَ أمتناع السلف، وهذا ما صححه الرافعي في «شرحه»^(٦) أيضاً.

(١) «نهاية المطلب» ٤٦٢/١٨.

(٢) أخرجه البخاري (٦٦٢٢)، ومسلم (١٦٥٢).

(٣) أنظر: «الشرح الكبير» ٤١٣/١٢. (٤) «المحرر» (ص ٤٨٤).

(٥) ورد في هامش الأصل: (في نسخة: الصحيح).

(٦) «الشرح الكبير» ٤١٣/١٢.

فرع:

ذكر المصنف فيما إذا كان هناك غيره ممن يصلح ما إذا كان أصلح أو مثله، وأهمل ما إذا كان هناك من دونه، وحكمه: أنا إذا لم نُجَوِّز تولية المفضل فقد تعيّن عليه، وإن جوزناها أَسْتَحَبَّ القبول، وفي الوجوب الوجهان، ويُستحب له الطلب إذا وثّق بنفسه، وهكذا حيث أَسْتَحَبَّنا الطلب والتولي أو أبحناهما فذلك عند الوثوق وغلبة الظن بقوة النفس، وأما عند الخوف فينبغي أن يحترز فإن أهم الغنائم حفظ السلامة.

فرع:

هذا التفصيل الذي ذكرناه في الطلب هو فيما إذا لم يكن هناك قاض يتولى، فإن كان نُظِرَ: إن كان غير مستحق؛ لجورٍ أو جهلٍ فهو كما لو لم يكن، وإن كان مستحقًا والطالب يروم عزله فالطلب حرام والطالب مجروح. ذكره الماوردي^(١).

قال في «الروضة»: وسواء كان فاضلاً أو مفضولاً إذا صححنا تولية المفضل^(٢).

فرع:

ما ذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل مال، فلو بذل مالاً ليتولى فقد أطلق ابن القاصّ وآخرون^(٣): أنه حرام، وقضاؤه مردود، والأشبه: تفصيل ذكره الرُّوياني^(٤) وهو: إن تعين عليه القضاء أو ندب جاز كما

(١) «الأحكام السلطانية» (ص ١٢٦). (٢) «روضة الطالبين» ٩٣/١١.

(٣) انظر: «الروضة» ٩٤/١١. (٤) انظر: «الشرح الكبير» ٤١٣/١٢.

في الأمر بالمعروف، ولكن الآخذ ظالم بالآخذ وإلا حُرِّمَ بذله؛ ليتولى لا لئلا يعزل، والآخذ ظالم بالآخذ، وأما بذل المال لعزل قاضٍ فإن لم يكن بصفة القضاء فيستحب؛ لما فيه من تخليص الناس، لكن أخذه حرام على الآخذ، وإن كان بصفته فحرام، فإن فعل فعزل الأول وولى البازل، قال ابن القاصِّ: توليته باطلة، والمعزول على قضائه؛ لأن العزل بالرشوة حرام، وتولية المرتشي الراشي حرام.

قال الرافعيُّ: وليكن هذا محمول على الأصل الممهد في الشريعة، وأما عند الضرورات وظهور الفتن ٢٤٦/ب فلا بُدَّ من تنفيذ العزل والتولية جميعاً كتولية البغاة^(١).

قال: (وَالْإِعْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ) أي: فلا يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرى لا صالح بها ولا قبوله إذا وُلِّي. قال الرافعيُّ: هذا قضية طرق الأصحاب، ويجوز أن يُفَرَّقَ بينه وبين القيام بسائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد، وتعلم العلم، ونحوهما بأن تلك يمكن القيام بها، والعود إلى الوطن، وعمل القضاء لا غاية له، فالانتقال له هجرة، وترك الوطن بالكلية تغريب^(٢).

قال ابن الرُّفْعَةِ: في هذا نظر؛ فإن ابن الصَّبَّاح وغيره قالوا: لو احتاجت بلدة إلى قاضٍ لزمه أن يبعث إليهم قاضياً، ولا يكلفون في خصوصاتهم المجيء إلى بلد الإمام، وإذا وجب البعث على الإمام فلا بُدَّ من مبعوث يلزمه المضي، ويعود الكلام إلى تعينه؛ لكونه لا صالح له غيره، أو كونه فرض كفاية؛ لصلاحيه جمع له، وأيضاً لو وُلِّي

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤١٣ - ٤١٤. (٢) «الشرح الكبير» ١٢/٤١٤.

واحد من غير البلد وفيها صالح صح، وهذا يمنع حقيقة التعيين لو أختص التصوير بما ذكره^(١).

قال: (وَشَرَطُ الْقَاضِي: مُسْلِمٌ) أي: فلا يجوز تقليد الكافر القضاء على المسلمين؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وأيُّ سبيل أعظم من القضاء، وكذا لا تصح توليته على أهل دينه؛ لأن من لا تصح ولايته على العموم لا تصح على الخصوص كالصبي والمجنون طردًا، والمسلم عكسًا، وقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١] المراد به: الموالاة لا الولاية.

قال الماوردي: وما جرى في العرف من نصب قاض حاكم على أهل الذمة منهم فهو زعامة ورياسة لا تقليد قضاء، وما يلزم من حكمه أهل دينه فلا التزامهم لا للزومه لهم، ولا يقبل قوله فيما حكم به، ولو أمتنعوا من التحاكم إليه لم يجبروا^(٢).

قال: (مُكَلَّفٌ) أي: فلا يجوز تولية الصبي والمجنون؛ لأنه إذا لم يتعلق بقولهما حكم لأنفسهما فعلى غيرهما أولى، وقد أدعى الإجماع عليه في المجنون، وسواء المطبق والمتقطع، الطويل المدة أو القصير، إن أعقبه غفلة ودهشة، فلو قصرت كساعة ويعود إلى الاستقامة فوجهان في «الحاوي»، وجه الجواز: تشبيهه بالنوم^(٣).

قال الماوردي: ولا يكتفى بالعقل الذي يتعلق به التكليف حتى يكون

(١) «كفاية النبيه» ٥٠/١٨.

(٢) «الحاوي الكبير» ١٥٨/١٦.

(٣) «الحاوي الكبير» ١٥٥/١٦.

صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيداً من السهو والغفلة؛ ليتوصل إلى وضوح المُشْكِل^(١).

ويقرب منه قول الإمام: الذي أراه أن يضم إلى ما ذكرناه الكفاءة اللَّائِقَةُ بالقضاء، وهي عبارة عن التشمير والاستقلال والحذر^(٢)، وتبعه الغزالي لكنه لم يفسر معنى الكفاءة^(٣).

قال مُجَلِّي: إن عنى بها أَسْتَقْلَاله بالأحكام فقد ذكره في الصفة، وإن عنى بها كونه غنياً فتقليد الفقير جائز وفاقاً.

قال ابن شداد: يمكن أن يعني بها ما قاله صاحب «الشامل» هو: التثبت واليقظة بحيث لا يُؤْتى من غفلة، ولا يُخدع لِغَرَّةٍ، لكن المشكل أشرطه، وقد ذكره الأصحاب في الاستحباب. قال الرافعي: يستحب كونه وافر العقل، مثبِتاً، ذا فطنة وتيقظ^(٤).

قال: (حُرٌّ) أي: فلا يجوز تولية العبد قِناً كان أو غيره؛ لأنه ناقص عن ولاية /١٢٤٧/ نفسه فعن ولاية غيره أولى، وبالقياص على الشهادة.

قال: (ذَكَرَ) أي: فلا يجوز تولية المرأة؛ لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤] يعني: في الرأي، فلم يجز أن يقمن على الرجال. وفي «البخاري» من حديث أَبِي بَكْرَةَ رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ أُمْرَأَةٌ»^(٥).

وفي «البحر»^(٦) أن عائشة روت أن النبي ﷺ قال: «لا تكن المرأة

(١) «الحاوي» ١٦/ ١٥٤.

(٢) «نهاية المطلب» ١٨/ ٥٨٤.

(٣) «الوسيط» ٧/ ٢٩١.

(٤) «الشرح الكبير» ١٢/ ٤١٨.

(٥) أخرجه البخاري (٧٠٩٩، ٤٤٢٥). (٦) «البحر» ١١/ ١٥٧.

حكمًا تقضي بين العامة»^(١)، ولأن القاضي يحتاج إلى مخالطة الرجال والمرأة مأمورة بالتخدر، وعند أبي حنيفة: يجوز أن تكون المرأة قاضية فيما تُقبل شهادتها فيه^(٢).

فرع:

لو ولي حنفي امرأة فيما تقبل شهادتها فيه على معتقده فحكمت، قال الإصطخري: يُنْقَضُ قضاؤها، وقال غيره: لا.

فرع:

الخنثى المشكل كالمرأة فلو بان بعد التقليد امرأة لم يصح، وقيل: وجهان، والخنثى الواضح الذكورة يصح تقليده جزماً. قاله في «البحر». قال: (عَدْلٌ) لأن الفسق إذا منع من النظر في مال الابن مع عظم الشفقة فمنع ولاية القضاء التي بعضها حفظ مال اليتيم أولى، وسواء كان فسقه بما لا شبهة له فيه، وكذا ما له شبهة وتأويل، وفي «الحاوي» حكاية وجه في الثاني^(٣).

قال الماوردي في «الأحكام»: ووصف العدالة: أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، مُتَوَقِّفاً للمآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مُسْتَعْمِلاً لمروءة مثله في دينه ودنياه، فإن أنخرم منها شيء منع الولاية كما يمنع قبول الشهادة^(٤).

(١) أخرجه الديلمي في «الفردوس» ٧٧/٥ (٧٥٠٤).

(٢) أنظر: «الهداية» ١١٨/٣.

(٣) «الحاوي الكبير» ١٥٨/١٦ - ١٥٩.

(٤) «الأحكام السلطانية» ٧٣/١.

قال: (سَمِيعٌ بَصِيرٌ نَاطِقٌ) لأن الأصم بالكلية لا يُفرق بين إقرار وإنكار، والأعمى لا يعرف الطالب من المطلوب، والأخرس لا يقدر على إنفاذ الأحكام، وفي وجه: تصح ولاية الأعمى والأخرس إذا فهمت إشارته؛ لأنه عليه السلام استخلف ابن أم مكتوم على المدينة وكان أعمى^(١)، وأجاب ابن الرُّفَّة عنه: على تقدير صحته بأنه محمول على ولاية الصلاة دون الحكم^(٢)، وفيه نظر؛ لأن في «الطبراني الكبير» من حديث ابن عباس أنه عليه السلام استخلفه على الصلاة وغيرها في أمر المدينة^(٣). وقد صَنَّفَ ابن أبي عَصْرُون جزءاً في جواز ولاية القضاء للأعمى لَمَّا عَمِيَ، ونصر ذلك^(٤)، فبادر السلطان صلاح الدين فولى القضاء ولده، ولم يعزل الوالد جبراً وإحساناً منه.

وقال مُجَلِّي: إن الفُورَانِي أشار إلى جوازه للأصم، فإنه قال: هل يُشترط العدد في المسمع إذا كان القاضي أصم؟ فيه وجهان، ونازعه ابن الرُّفَّة في ذلك، وقال: مراده من لا يسمع إلا عالي الأصوات؛ لأن السمع إنما يكون لمن يسمع^(٥).

وفي معنى الأعمى: من يرى الأشباح ولا يعرف الصور، نعم لو كان إذا قُرِبَتْ منه عرفها صح كما تصح ولاية الأعشى، ومن في لسانه تمتمة

(١) أخرجه أبو داود (٥٩٥)، وأحمد في «المسند» ١٣٢/٣، ١٩٢ من حديث أنس رضي الله عنه، وزاد أحمد: يُصَلِّي بِهِمْ، وَهُوَ أَعْمَى.

(٢) «كفاية النبيه» ١٨/٧٦.

(٣) «المعجم الكبير» ١٨٣/١١ (١١٤٣٥).

(٤) أنظر: «طبقات الشافعية الكبرى» ١٣٥/٧.

(٥) «كفاية النبيه» ١٨/٧٥.

أو عقدة تجوز ولايته؛ لأنه نقص لا يمنع من الكلام.
 قال: (كَافٍ) أي: فلا يجوز تولية المغفل، والذي أختل نظره بكبيرٍ
 ومرضٍ ونحوهما، وقد تقدم ذلك في الكلام على قوله «مُكَلَّفٌ» واضحًا.
 قال: (مُجْتَهِدٌ) أي: فلا يجوز تولية الجاهل بالأحكام الشرعية
 وطرقها، المحتاج إلى تقليد غيره فيها؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ
 لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، والمقلد في حكمه مقتفٍ ما ليس له به علم،
 وقاضٍ بالجهل؛ فإنه لا يدري طريقة، ولأنه لا يصلح للفتيا، فalcضاء
 أولى؛ لأن الفتيا إخبار لا بلزوم الحكم والقضاء إخبار بلزومه،
 وخالف أبو حنيفة فقال: يجوز تولية العامي، ثم هو يسأل أهل
 العلم^(١)، واحتج الأصحاب بما أسلفناه.

وإنما تحصل أهلية الاجتهاد بالعلم بأمور ذكرها المصنف، حيث
 قال: (وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ) أي: لا
 جميعها، وآي الأحكام كما قيل: خمس مائة آية، قال الروياني: وكذا
 الأخبار التي تتعلق بها الأحكام - وفيه نظر - قال: ولا يشترط حفظه
 عن ظهر قلب.

قال الرافعي: ومنهم من ينازع ظاهر كلامه فيه^(٢).
 قلت: ونقل القَيْرَوَانِيُّ عن النص: أنه شرط حفظ جميع القرآن.
 قال: (وَخَاصَّةً وَعَامَّةً) أي: والعام الذي أريد به العموم، ومُطْلَقَةً.

(٢) «الشرح الكبير» ٤١٥/١٢.

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ٣/٧.

قال: (وَمُجْمَلُهُ وَمُبَيَّنُهُ، وَنَاسِخُهُ وَمَنْسُوخُهُ) أي: وأسباب النزول، كما قال ابن برهان.

قال: (وَمُتَوَاتِرُ السُّنَّةِ وَغَيْرُهُ) أي: وهو الآحاد، وقيل: لا يوجد الآن حديث متواتر إلا ثلاثة: حديث «من كذب علي متعمداً»^(١)، وحديث حجة الوداع^(٢)، وحديث إثبات الحوض^(٣)، واقتصر بعضهم على الحديث الأول.

قال: (وَالْمُتَّصِلَ وَالْمُرْسَلَ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفًا) لأن بذلك يتوصل إلى تقرير الأحكام.

قال: (وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا) لأن الشرع ورد بالعربية، وبهذا يعرف عموم اللفظ وخصوصه، وإطلاقه وتقييده، وإجماله وبيانه، فيعرف ما لا بُدَّ منه في فهم الكتاب والسنة.

قال: (وَأَقْوَالُ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إجماعاً واختِلافاً) أي: حتى لا يخالف الإجماع باختيار قول ثالث.

(١) قد جاء من حديث: أبي هريرة، والمغيرة بن شعبة، وعبد الله بن عمرو، وغيرهم.

١- حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري (١١٠، ٦١٩٧)، ومسلم (٣).

٢- حديث المغيرة بن شعبة. أخرجه البخاري (١٢٩١)، ومسلم (٤).

٣- حديث عبد الله بن عمرو. أخرجه البخاري (٣٤٦١).

(٢) قال النووي: فأما جابر فهو أحسن الصحابة سياقة لرواية حديث حجة الوداع؛ فإنه

ذكرها من حين خروج النبي ﷺ من المدينة إلى آخرها، فهو أضبط لها من غيره.

«شرح النووي على صحيح مسلم» ٣٠١/٨.

قلت: وحديث جابر. أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٣) حديثه متواتر النقل، ورواه خلائق من الصحابة، وجلُّها في «الصحيحين».

قال: (وَالْقِيَاسَ بِأَنْوَاعِهِ) جليّة وخفيّة، صحيحة وفاسده.

ولا يشترط التبحر في هذه العلوم بل يكفي جمل منها، وزاد الغزالي تحقيقات أوردتها في أصول الفقه:

منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها، بل يكفي أن يكون له أصل مُصَحَّح وقعت العناية فيه، يجمع أحاديث الأحكام كـ«سنن أبي داود»، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب فيراجعها إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب^(١). كذا مثله الغزالي بسنن أبي داود، وأقرّه الرافعي عليه^(٢)، وهو غريب لا جرم قال في «الروضة»: لا يصح التمثيل بذلك؛ فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام ولا معظمه، وذلك ظاهر بل معرفته ضرورية لمن له أدنى إطلاع، وكم في «الصحيحين» من حديث حُكْمِي ليس في «سنن أبي داود»، وأما ما في كتاب الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة، فكثرت وشهرته غنية عن التصريح بها^(٣).

ومنها: أنه لا يُشترط ضبط جميع مواضع الإجماع، والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يُفتي فيها أن قوله لا يُخالف الإجماع، إما بأن يعلم أنه يُوافق قول بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن المسألة متولدة في ذلك العصر لم يخض فيها الأولون / ٢٤٨، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على قبوله -أي: على العمل به-

(١) «المستصفى» ٣٤٣/١.

(٢) «الشرح الكبير» ٤١٦/١٢.

(٣) «روضة الطالبين» ٩٥/١١.

أو تواترت أهلية رواته -أي: مع ضبطهم- فلا حاجة إلى البحث عن رواته، وما عدا ذلك فينبغي أن يكتفي في روايته بتعديل إمام مشهور عُرفَ صحة مذهبه في الجرح والتعديل.

قال في «الروضة»: وشذ من شرط في التعديل أثنين^(١).

ومنها: أن أجمع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون للعالم منصب الاجتهاد في باب دون باب، فالناظر في مسألة المُشَرَّكة يكفيهِ معرفة أصول الفرائض، ولا يضره أن لا يعرف الأخبار الواردة في تحريم المسكر مثلاً.

وعَدَّ الأصحاب من شروط الاجتهاد: معرفة أصول الاعتقاد.

قال الغزالي: وعندي أنه يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها^(٢).

فرع:

لا يشترط أن يُحسن الكتابة على الأصح، وصحح ابن أبي عَصْرُون مقابلته، قال الروياني: ولا الحساب على المذهب، وصحح ابن الصلاح مقابلته^(٣)، وقَيَّدَ في «الروضة» الخلاف بالحساب الذي يتعلق بالمسائل الفقهية^(٤).

ويستحب أن يكون حليماً، كامل الحواس والأعضاء، عالماً بلغة الذين يقضي بينهم، بريئاً من الشحناء والطمع، صدوق اللهجة، ذا

(١) «روضة الطالبين» ٩٦/١١. (٢) «المستصفى» ٣٤٣/١.

(٣) «فتاوى ابن الصلاح» ٢٨/١، ذكره في شروط المفتي المستقل.

(٤) «روضة الطالبين» ١٠٩/١١.

رأي وسكينة ووقار، وأن لا يكون جباراً يهابه الخصوم فلا يتمكنون من استيفاء الحجة، ولا ضعيفاً يستخفون به ويطمعون فيه، وأن يكون قرشياً، ورعاية العلم والتقوى أولى من النسب، ومن لا تجوز شهادته من أهل البدع لا يصح تقليده القضاء.

قال الماوردي: وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع، أو يقول بأخبار الآحاد، وكذا حكم نفاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً بل يتبعون النصوص، وإن لم يجدوا أخذوا بقول سلفهم كالشيعة^(١). كذا مثله في «الروضة»^(٢)، وإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام، ويبنون الأحكام على عموم النصوص وإشاراتها جاز تقليدهم على الأصح.

قال: (فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمِيعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ) أي: لخلو الزمان عن المجتهد المستقل، (فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقْلِدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ؛ لِلضَّرُورَةِ) كيلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده أنا ننفذ قضاء قاضي أهل البغي لمثل هذه الضرورة، وهذا ذكره الغزالي رحمه الله^(٣)، وقال الرافعي: أنه حسن^(٤)، لكن قال ابن أبي الدّم وابن شدّاد: ما قاله الغزالي لا نعلم أحداً نقله.

قال ابن أبي الدّم: مع تصفحي شروح المذهب فيه، بل قطع العراقيون والمراوزة بأن الفاسق لا ينفذ حكمه، ونحن إذا نفذنا حكم قاضي البغاة فلا بُدّ من أن يكون مع علمه عدلاً متأولاً في خروجه مع البغاة على بغيهم، وهذا لا خلاف فيه، فكيف ننفذ أحكام قاضي أهل

(١) «الحاوي» ١٦/١٦١.

(٢) «روضة الطالبين» ١١/٩٨.

(٣) «الوسيط» ٧/٢٩١.

(٤) «الشرح الكبير» ١٢/٤١٨.

العدل مع فسقه وعلمه بفسقه الذي لا تأويل فيه؟!

وكذا قال ابن الصلاح: ما ذكره الغزالي خلاف ما ذكره غيره، قال: المنقول في «تعليق القاضي حسين» وغيره أنه لا تنفذ أحكامه وإن ولّاه الإمام، قال: وما أحتج به من قضاء أهل البغي ففي «التهذيب» وغيره: أنهم إذا ولّوا قاضياً غير عدل لم تنفذ أحكامه، نعم ما ذكره يوجه بإجماع الأمة على تنفيذ ٢٤٨/ب/ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام من ولّوا، غير أنه يُورد عليه: ما إذا ولي السلطان قاضياً كافراً فإنه لا تنفذ أحكامه مع وجود الضرورة، قال: وإن ارتكب وطرد فقد أبعد^(١).

وفي «الكافي»: أن الْمُتَغَلَّبَ على إقليم لو نصب فاسقاً أو جاهلاً وتَعَذَّرَ دفعه ففي نفوذ أحكامه من التزويج والتصرف في أموال الأيتام احتمال وجهين، فعلى المنع أن طريق الناس التحاكم إلى من هو أهل، فإن تَعَذَّرَ^(٢) نفذت أحكامه للضرورة.

وفى «شرائط الأحكام» لابن عبدان: أن الإصطخري خالف جمهور الأصحاب فيمن تولى القضاء من غير أهل الاجتهاد، فقال: إذا وافق الحق في حكومة نفذت تلك الحكومة الواحدة.

قال بعض المتأخرين: ويتعين على السلطنة في عدة الأزمنة أن يُؤلَّى من أتصف بصفة العلم بمذهب إمام إذا كان عارفاً بغالب منصوباته، وأقواله المخرجة، وأقوال أصحابه، صحيح الذهن؛ لأنه أقرب إلى مقصود الشارع من غيره.

(١) «مشكل الوسيط» ٢٩١/٧، «التهذيب» ١٦٧/٨.

(٢) تُشبه في الأصل: (فُقِدَ)، والمثبت من «الفتاوى الفقهية الكبرى» ٢٩٨/٤ لابن حجر فقد نقل نص «الكافي».

فرع:

قال الماوردي في «تفسيره»: «أختلف الناس في جواز الولاية من قبل الظالم على قولين:

أحدهما: الجواز، والثاني: المنع. والأصح: أن يفصل، فيقال: ما يتولاه من جهته ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجوز لأهله فعله من غير أجهاد في تنفيذه كالصدقات والزكوات، فيجوز توليته من جهته؛ لأن النص على مستحقه أغنى عن الاجتهاد فيه، وبجواز تفرد أربابه به.

والثاني: ما لا يجوز أن ينفردوا به، ويلزم الاجتهاد في مصرفه كأموال الفيء، فلا يجوز توليته من جهته.

والثالث: ما يجوز أن يتولاه أهله، وللأجهاد فيه مدخل كالقضايا والأحكام، فإن كان تنفيذ الحكم بين متراضيين جاز، وإن كان إلزام اختيار لم يجز^(١).

وفي الرافعي: أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ أجابه إليه، ونفذ قضاءه؛ فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه زياد، فقالت: إن لم يقض لهم خياركم قضى شراركم^{(٢)(٣)}.

(١) «النكت والعيون» ٣/٥٠ - ٥١.

(٢) قال ابن الملقن: وهذا الأثر لا يحضرني من خرجه بعد البحث عنه. «البدور المنير» ٥٥٩/٩.

قلت: أخرجه عمر بن شبة في «كتاب السلطان» له كما في «التلخيص الحبير» ١٨٧/٤، وساقه بسنده.

(٣) «الشرح الكبير» ١٢/٤١٨، ٤١٩.

فرع:

لو أَسْتَوَى الكفار على إقليم فولوا القضاء رجلاً مسلماً، قال الشيخ عز الدين في «القواعد»: الذي يظهر إنفاذه، قال: ولو أبتلينا بولاية امرأة أو صبي فولوا قاضياً ففي نفوذه وقفة^(١).

قال: (وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا: أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الاسْتِخْلَافِ) ليكون أسهل عليه، وأقضى إلى فصل الخصومات.

قال: (فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلِفْ) لأنه لم يرض بنظر غيره، فإن كان ما فوضه إليه لا يمكنه القيام به، فقال القاضي أبو الطيّب: هذا النهي كالعدم. قال الرافعي: والأقرب: أحد أمرين، إما بطلان التولية، وبه قال ابن القطان، وإما أقصاره على الممكن، وترك الاستخلاف^(٢).

قال في «الروضة»: وهذا أرجحهما^(٣).

وقال ابن الرُّفْعَةِ في «الكفاية»: إنه المشهور^(٤).

قال: (فَإِنْ أَطْلَقَ) أي: التولية، (اسْتَخْلَفَ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ) لأن العرف يقتضيه، فحملت التولية عليه.

قال: (لَا فِي غَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ) لأن العرف لم يقتضه، والثاني: يستخلف في الكل، واختاره ابن أبي عَصْرُون؛ لأن الإمام لما ولّاه صار ناظراً للمسلمين، فله الاستنابة فيما له التصرف فيه كالإمام.

قال الرافعي: والقياس فيما إذا أذن له أن يكون / ٢٤٩/ في القدر المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يُصَرَّحَ بالاستخلاف في الجميع^(٥).

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/ ٤٣٣.

(١) «قواعد الأحكام» ١/ ٨٥.

(٤) «كفاية النبيه» ١٨/ ٨٣.

(٣) «روضة الطالبين» ١١/ ١١٩.

تنبيهان :

أحدهما: ما ذكره المصنف فيما إذا لم يمكنه القيام بما تولاه كقضاء بلدتين أو بلد كبير، فإن أمكنه قضاء بلدة صغيرة فليس له الاستخلاف في الأصح؛ لأن الإمام لم يرض بنظر غيره، والثاني: له ذلك؛ لأنه ناظر في المصالح العامة متمكن منه كالإمام، وحكى المراوزة والماوردي في الحالين ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يستخلف قلّ عمله أو كثر^(١)، وثانيها: مقابله، وثالثها: التفصيل^(٢). واستغرب الرافعيّ الخلاف فيما لا يقدر على مباشرته^(٣).

الثاني: جميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام، أما في الأمور الخاصة كتحليف فيه، وسماع بينة، فقطع القفال بجوازه للضرورة، وقال غيره: هو على الخلاف، قال الرافعيّ: وهذا قضية إطلاق الأكثرين^(٤).

قال: (وَشَرَطُ الْمُسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي) لأنه نائبه، (إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ) أي: ولا يتعلق فيه رتبة الاجتهاد، نقله الرافعيّ عن الجويني وغيره، وجزم في الكلام على التزكية أنه إذا نصب حاكماً في الجرح والتعديل يُعتبر فيه صفات القضاة^(٥).

قال: (وَيَحْكُمُ) يعني: الخليفة، (بِاجْتِهَادِهِ أَوْ اجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ) أي: بفتح

(١) «الشرح الكبير» ٤٣٣/١٢.

(٢) في «الأصل»: أكثر. والمثبت من «الحاوي الكبير».

(٣) «الحاوي الكبير» ٣٣١/١٦.

(٥) «الشرح الكبير» ٤٣٣/١٢.

(٤) «الشرح الكبير» ٤٣٤/١٢.

اللام، (إِنْ كَانَ مُقَلِّدًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَطَ عَلَيْهِ خِلَافَهُ) أعلم أن هذا مبني على أنه يجوز أن يستخلف من يُخالفه في الحكم، وهو المعروف في المذهب؛ لأن الحاكم يعمل باجتهاده حتى لو شرط على النائب أن يخالف أجهاده، ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز، وكذلك إذا جوزنا تولية المقلد للضرورة، فاعتقاد المقلد في حقه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشترط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده كما ذكره المصنف، فلو خالف وشرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة.

قال في «الوسيط»: له الحكم في المسائل المتفقة بين الإمامين، وفي المختلف فيها لا يحكم، أما بمذهب أبي حنيفة؛ فلأنه يخالف معتقده، وأما مذهب الشافعي؛ فلأنه غير مأذون فيه^(١). وهذا حكم بصحة الاستخلاف، ورعاية للشرط؛ لكن قال الماوردي وصاحب «التهذيب» و«المهذب» وغيرهم: لو قلد الإمام رجلاً القضاء على أنه يقضي بمذهب عَيْنَهُ بطل الشرط والتقليد جميعاً^(٢)، ومقتضى هذا بطلان الاستخلاف هناك.

وفي «فتاوى القاضي حسين»: أن الإمام الحنفي إذا وَلَّى شافعيًا بشرط أن لا يقضي بشاهد ويمين ولا على غائب تصح التولية، ويلغو الشرط حتى يقضي بما يؤدي إليه أجهاده، فقضية هذا: أن لا يراعي الشرط هناك.

(١) «الوسيط» ٢٩٢/٧، ٢٩٣.

(٢) «الحاوي الكبير» ٢٥/١٦، «المهذب» ٢/٢٩١.

قال الماوردي: ولو لم تجز صورة شرط، بل قال الإمام: قلّدتك القضاء فاحكم بمذهب الشافعي ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة صح التقليد، ولغا الأمر والنهي، وفيه احتمال، قال: ولو قال: لا تحكم في قتل المسلم بالكافر، والحر بالعبد جاز، وقد قصر عمله عن باقي الحوادث، وحكى وجهين فيما لو قال: لا تقضي فيهما بقصاص أنه يلغو، أو يكون منعاً له عن القصاص نفياً وإثباتاً^(١).

فرع:

حيث منعنا الاستخلاف فاستخلف ٢٤٩ ب/ فحكم الخليفة باطل، لكن لو تراضى خصمان بحكمه كان كالحكم، وليس للقاضي إنفاذ حكمه بل يستأنف الحكم بينهما، وإذا جوزنا الاستخلاف فاستخلف من لا يصلح للقضاء فحكمه باطل أيضاً، ولا يجوز إنفاذه.

فرع: يجوز استخلاف ابنه وأبيه إذا صلح، صرح به البغوي والماوردي^(٢)، وهو ظاهر إطلاق المصنف، نعم يستثنى من ذلك: حال تفويض الإمام له اختيار قاض كما لا يختار لنفسه، لكن في سماع القاضي شهادتهما وجهان، صحح الرويانى وابن أبي الدّم: المنع، وكأن وجهه تضمنه التعديل، وهو متهم فيه، وذلك موجود في استنابته حاكماً.

قال ابن الرّفعة: فينبغي أن يمتنع^(٣)، ويؤيده: أن المزكي لو زكى

(١) «الحاوي الكبير» ١٦/٢٥ - ٢٦.

(٢) «الحاوي الكبير» ١٦/٣٣٩، «التهذيب» ٨/١٩٣.

(٣) «كفاية النبيه» ١٨/٨٩.

ولده لم يقبل في الأصح للتهمة، وعلى هذا كان يلزم الماوردي منع التولية، لكن قد يقال: أن محل جزمه بالتولية إذا ثبت عدالته عند غيره فإن الإمام رجح هناك الحكم بشهادته^(١).

فرع:

لو وَقَّعَ الحاكم إلى فقيه في تزويج فلانة، وعنده أن الموقع إليه فلان فتبين أنه كان غيره، قال الروياني^(٢): قال والدي: الظاهر عندي أنه لا يكون إذنًا؛ قياسًا على من صلى خلف رجل يظنه زيدًا فبان عمرًا.

قال: (وَلَوْ حَكَّم) أي: بتشديد الكاف، (خَصَمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدٍّ لِلَّهِ تَعَالَى جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّتِهِ لِلْقَضَاءِ)؛ لأن عمر وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت في نخل^(٣)، وعثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم^(٤)، ولم ينكره أحد، وفي «سنن أبي داود»^(٥) و«النسائي»^(٦)، و«صحيح ابن حبان»^(٧) و«الحاكم»^(٨) من حديث هانئ: أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم بأبي الحكم، فدعاه رسول

(١) «نهاية المطلب» ٤٨٩/١٨. (٢) «البحر» ١٠٧/١٤.

(٣) أخرجه علي بن الجعد في «مسنده» ١/ ٢٦٠ (١٧٢٨)، وعمر بن شبة في «أخبار المدينة» ١/ ٤٠٠ - ٤٠١ (١٢٧٨، ١٢٧٩)، ومحمد بن خلف في «أخبار القضاة» ١٠٨/١ - ١٠٩، و«سنن الدار قطني» ٤/ ٢٤٢، وابن حزم في «المحلى» ٩/ ٣٨١، و«سنن البيهقي الكبرى» ١٠/ ١٣٦، ١٤٤ - ١٤٥ من طرق عن الشعبي به.

(٤) «سنن البيهقي الكبرى» ٥/ ٢٦٨، و«معركة السنن والآثار» ٤/ ٢٧٣.

(٥) «سنن أبي داود» (٤٩٥٥).

(٦) «المجتبى» ٨/ ٢٢٦، و«سنن النسائي الكبرى» ٣/ ٤٦٦.

(٧) «صحيح ابن حبان» ٢/ ٢٥٧ (٥٠٤).

(٨) «المستدرک» ١/ ٧٥.

الله ﷻ ، فقال: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تُكْنَى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أنزلوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال ﷺ: «ما أحسن هذا»، ثم كنَّاه بأبي شُرَيْح^(١).

واحترز بقوله: (في غير حَدِّ الله): عن الحدود؛ فإنه لا تحكيم فيها إذ ليس لها طالب معين، وفي «التهذيب»^(٢) وغيره ما يقتضي ذهاب بعضهم إلى إجراء الخلاف فيها.

وقوله: (حَدُّ الله) كذا رأيت به خط مصنفه، ويقع في بعض النسخ: (حَقٌّ) بدل (حَدٍّ)، وقوله: (مُطْلَقًا) أي: سواء كان هناك قاض أو لم يكن، وسواء كان المحكم فيه قصاصًا أو نكاحًا أو غيرهما مما سيأتي، واحترز بقوله: «بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ» عما إذا كان غير أهل، فإن حكمه لا ينفذ اتفاقًا.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: لَا يَجُوزُ) لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام فلا يثبت للآحاد، ولأن فيه تفويت الحكومات على القاضي، وتفويت رأيه ونظره، وهذا ما رجحه الإمام والغزالي^(٣)، قال في «المحرر»: والأقوى الأول^(٤).

قال: (وَقِيلَ: بِشَرْطِ عَدَمِ قَاضٍ فِي الْبَلَدِ) للضرورة، فإن كان

(١) عند أبي داود والنسائي وغيرهما، قال له: «فما لك من الولد؟» قال: لي شُرَيْحٌ ومُسْلِمٌ وعبد الله، قال: «فمن أكبرهم؟» قلت: شُرَيْحٌ. قال: «فأنت أبو شُرَيْحٍ».

(٢) «التهذيب» ١٩٧/٨.

(٣) «نهاية المطلب» ٥٨٢/١٨، «الوسيط» ٢٩٤/٧.

(٤) «المحرر» ص ٤٨٤.

فالقولان، وقيل: عكسه؛ محافظة على منصب القاضي، والأظهر: لا فرق.

قال: (وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِمَالٍ) لأنه أخف، (دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا) أي: كلعان وحد قذف؛ لأنها أمور خطيرة فتناط بنظر القاضي ومنصبه، وصححه المَحَامِلِيُّ والفَارِقِيُّ، والأكثرُونَ أجروا الخلاف في جميع ما يقع به التداعي؛ لأن من صح حكمه في المال صح في غيره كالموَلَّى من جهة الإمام، وعن الدَّارَكِيِّ: يجوز في اللعان عند عدم الحاكم دون وجوده للضرورة، حكاه الماوردي /٢٥٠/ في بابهِ^(١).

واعلم أن قوله: (وَقِيلَ) في هذين الموضعين طريقة، فهذا مما أطلق الوجه على اصطلاحه، والمراد: الطريقة.

قال: (وَلَا يَنْتَفُذُ حُكْمُهُ إِلَّا عَلَى رَاضٍ بِهِ فَلَا يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَّةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ) أي: بل لا بُدَّ من رضا العاقلة، وقيل: يكفي رضاه، والعاقلة تبع له.

قال السرخسي: والخلاف مخصوص بقولنا: تجب الدية على الجاني ثم تحملها العاقلة، فإن قلنا: تجب عليها ابتداءً لم تضرب عليهم إلا برضاهم قطعاً. قال الرافعي: وهذا حسن^(٢)، قال السرخسي: وإنما يشترط رضا المتحاكمين إذا لم يكن أحدهم القاضي نفسه، فإن كان فهل يشترط رضا الآخر؟ ففيه اختلاف نص، والظاهر: أنه لا يشترط.

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/٤٣٧.

(١) «الحاوي الكبير» ١١/١٣٤.

قال الرافعي: وليكن هذا مبنياً على جواز الاستخلاف، فإن جاز فالمرجوع إليه نائب القاضي^(١)، قال ابن الرُّفْعَة: لا يحسن هذا البناء؛ لأن ابن الصَّبَّاح وغيره قالوا: إن التحاكم إلى الشخص لا يكون تولية^(٢). قال السرخسي: ويشترط على أحد الوجهين كون المتحاكمين بحيث يجوز للمحكم أن يحكم لكل واحد منهما، فإن كان هناك أبه أو أباه لم يجز، وليس للمحكم الحبس على الأصح، بل غايته الإثبات والحكم. قال في «الوسيط»: وإذا حكم بشيء من العقوبات كالقصاص وحد القذف لا يستوفيه؛ لأن ذلك يخرم أُبَهَّةَ الْوَلَاةِ^(٣).

قال: (وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ أَمْتَعَ الْحُكْمُ) أي: حتى لو أقام المدعي شاهدين، فقال المدعى عليه: عزلتك، لم يكن له أن يحكم، وقال الإصطخري: إن أحس المدعى عليه بالحكم ففي تمكينه من الرجوع وجهان خرجهما، والمذهب الأول.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ فِي الْأَظْهَرِ) كحكم الحاكم، والثاني: يشترط؛ لأن رضاهما معتبر في الحكم فكذا في لزومه. فرع:

إذا جوزنا التحكيم في غير الأموال، فخطب امرأة وحكماً رجلاً في التزويج كان له أن يزوج.

قال الروياني^(٤): وهذا هو الأصح، واختيار جماعة، وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لها ولي خاص من نسب أو معتق، وقيل: يشترط أن

(١) «الشرح الكبير» ٤٣٧/١٢.

(٢) «كفاية النبيه» ٦٥/١٨.

(٣) «الوسيط» ٢٩٤/٧.

(٤) انظر: «الشرح الكبير» ٤٣٨/١٢.

لا يكون هناك قاضٍ.

قال الرافعي: وليكن هذا مبنياً على الطريقة السالفة الفارقة بين أن يكون في البلد حاكم أو لا يكون^(١).

فرع:

إذا رفع حكم المحكم إلى القاضي لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره.

قال: (وَلَوْ نَصَبَ قَاضِيَيْنِ بِلَدٍ وَخَصَّ كُلًّا بِمَكَانٍ أَوْ زَمَنٍ أَوْ نَوْعٍ) أي: بأن جعل أحدهما يحكم في الأموال والآخري في الدماء والفروج، (جَازَ) قال ابنُ كَجَّ: وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه.

قال: (وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخُصَّ فِي الْأَصَحِّ) أي: بل عمم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثه كنصب الوكيلين والوصيين، وهذا ما صححه الأكثرون، ورواه الروياني عن النص، والثاني: لا يجوز كالإمامة العظمى، وصححه الإمام / ٢٥٠ ب/ والغزالي^(٢)، وابن أبي عَصْرُون، ونقل مُجَلِّي تصحيحه عن الأصحاب، فعلى هذا: إن ولاهما معاً بطلت ولايتهما، أو متعاقبين صحت تولية الأول دون الثاني.

قال: (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى الْحُكْمِ) أي: فإنه لا يجوز؛ لأن الخلاف يكثر في مواقع الاجتهاد فتتعطل الحكومات.

(١) «الشرح الكبير» ٤٣٨/١٢.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٣٥/١٨، «الوسيط» ٢٩٣/٧.

فرع:

إذا قلنا بالأصح فيما إذا لم يخص فيجيب من سبق داعيه، فإن جاء
معاً حكمت القرعة، فإن تنازعا في اختيار القاضيين فقد أطلق الغزالي:
أنه يقرع^(١)، وقال الماوردي وتبعه الروياني: القول قول الطالب دون
المطلوب، فإن تساويا حضرا عند أقرب القاضيين إليهما، فإن تساويا
في القرب فالأصح أنه يقرع، وقيل: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا
على أحدهما^(٢).

فرع:

لو أطلق نصب قاضيين ولم يشترط اجتماعهما ولا استقلالهما، فقال
صاحب «التقريب»: يحمل على إثبات الاستقلال؛ تنزيلاً للمطلق على ما
يجوز. وقال غيره: التولية باطلة حتى يُصرَّح بالاستقلال.

قال في «الروضة»: قول صاحب «التقريب» أصح، وبه قطع الراجعي
في «المحرر»^(٣).

قلت: ليس في «المحرر» القطع بذلك، وإنما هو داخل في إطلاق
قوله وإن لم يجز تخصيص فكذلك في الأصح.

فرع:

جميع ما تقدم في تولية القاضيين يجري في تولية ما فوقهما إن قل
عددهم، وإن كثروا لم يصح قطعاً، قاله الماوردي والروياني.

(٢) «الحاوي» ١٦/١٥.

(١) «الوسيط» ٧/٢٩٣.

(٣) «روضة الطالبين» ١١/١٢١، «المحرر» (ص ٤٨٥).

فائدة:

من ولي القضاء مطلقاً أستفاد أموراً: كسماع البينة، والإثبات وتوابعهما، قال الرافعي: وإقامة الحدود، وخصصه الماوردي والرؤياني بما يتعلق بالآدميين كحد القذف والقصاص، وأما ما يختص بالله كحد الزنا، وشرب الخمر، وتارك الصلاة، فإن تعلقت باجتهاد فالقاضي أحق بها، ويأمر أمير البلد باستيفائها؛ فهو أولى من مباشرتها بنفسه، وعليه أن يعمل بأمره فيها، وإن لم يتعلق بالاجتهاد كان الأمير أحق بها، فإن تعلقت ببينة سمعها القاضي، واستوفى الأمير.

قال الماوردي: وينظر في الأوقاف العامة والخاصة؛ لأن الخاصة تنتهي إلى العموم، وتعين المصروف إليه إذا لم يكن لمعين، والجرح والتعديل. قال الهروي: ونصب المفتين والمحتسبين، وأخذ الزكوات. وفصل الماوردي والرؤياني في الزكاة، فقالا: إن ولي الإمام لها ناظراً خرجت عن عموم ولايته، وإلا فوجهان، قال الرافعي: ويشبه أن يطرد هذا في المحتسبين، وكذا قال في دخول صلاة الجماعة والعيد في ولايته.

قال القاضي: ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد، وليس له جباية الجزية والخراج في الأصح. وأما أموال الغائبين فإن علموا بها فلا نظر للقاضي فيها، وإن لم يعلموا بها بأن ورثوها فهي داخلية في نظره، وعليه حفظها حتى يحضروا أو يوكلوا^(١).

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٤٠، «الحاوي» ١٦/١٩ - ٢٠.

قال ابن الصلاح: وليس للحاكم النظر في أموال أيتام أهل الذمة
/ ٢٥١ / ولا في أوقاف كنائسهم إلا أن يترافعوا إليه فيه أو يتعلق بها
حق مسلم^(١).



(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٢٩٩/١.

(فصل)

قال: (جُنَّ قَاضٍ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ، أَوْ عَمِيَ، أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّتُهُ أَجْتِهَادِهِ وَضَبَطَهُ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمَهُ) لأن هذه الأمور تمنع ولاية الأب فالحاكم أولى.

قال: (وَكَذَا لَوْ فَسَّقَ فِي الْأَصَحِّ) أي: بخلاف الإمام الأعظم؛ لما في إبطال ولايته من اضطراب الأمور وحدث الفتن، والثاني: ينفذ كالإمام الأعظم.

وقال الماوردي والرؤياني: إن استدّام الفسق مُصِرًّا عليه أنعزل وإن عجل الإقلاع، فإن كان من غير توبة فكذلك، وإن كان بتوبة، فإن كان فسقه ظاهرًا قبل التوبة أنعزل به، وإن لم يظهر إلا بعدها لم ينعزل^(١).

وهذه المسألة مكررة في الكتاب، ذكرها في كتاب الوصايا حيث قال: (وَيَنْعَزِلُ الْوَصِيُّ بِالْفِسْقِ وَكَذَا الْقَاضِي فِي الْأَصَحِّ).

قال: (فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ لَمْ تَعُدْ وَلَايَتُهُ فِي الْأَصَحِّ) أي: إلا بالاستئناف؛ لأنه بالانعزال صار على ما كان عليه قبل التولية فاحتاج إلى تجديدها، والثاني: يعود من غير استئناف كما تعود ولاية الأب إذا جُنَّ ثم أفاق، وقطع السرخسي بعودها في صورة الإغماء بخلاف الجنون.

فرع:

لو أُخِيرَ الإمام بموت القاضي أو فسقه فولّى قاضيًا ثم بان خلافه لم يقدح في تولية الثاني.

(١) «الحاوي الكبير» ٣٣٥/١٦، «بحر المذهب» ٨٦/١٤.

فرع:

لو عمي القاضي بعد سماع البيئة وتعديلها ، ففي نفوذ قضائه في تلك الواقعة وجهان:

أحدهما: لا ؛ لانعزاله بالعمى ، كما لو أنعزل بسبب آخر. وأصحهما: نعم إن لم يحتج إلى الإشارة كما لو تحمّل الشهادة وهو بصير ثم عمي.

قال: (وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلْلٌ) لأنه يجب عليه النظر للمسلمين بالمصلحة، وليس من المصلحة بقاؤه مع ظهور الخلل، قال في «الوسيط»: ويكفي فيه غلبة الظن^(١).

قال: (أَوْ لَمْ يَظْهَرْ) أي: خلل، (وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ) لما في ذلك من تحصيل مصلحة زائدة.

قال: (أَوْ مِثْلُهُ) أي: وكذا دونه، (وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ، وَإِلَّا فَلَا) أي: وإن لم يكن فيه مصلحة فليس له عزله.

قال: (لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الْأَصَحِّ) للمصلحة وطاعة السلطان، والثاني: لا ؛ لأنه لا خلل في الأول ولا مصلحة في عزله، أما إذا لم يكن ثم من يصلح للقضاء غيره فإنه ليس له عزله، ولو عزله لم ينعزل.

فرع:

متى كان العزل في محل النظر، واحتمل أن يكون فيه مصلحة فلا أعترض على الإمام فيه، ويحكم بنفوذه، وفي بعض الشروح: أن تولية قاض بعد قاض هل هي عزل للأول؟ وجهان.

(١) «الوسيط» ٧/ ٢٩٥.

قال الرافعيُّ: وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في البلد قاضيان^(١)؟

قال: (وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرَ عَزْلِهِ) لعظم الضرر في نقض أفضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، والطريق الثاني: حكاية قولين كالوكيل.

قال: (وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ: إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعْزُولٌ فَقَرَأْهُ أَنْعَزَلَ) لوجود القراءة.

قال: (وَكَذَا إِنْ قُرِئَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ) لأن الغرض إعلامه بصورة الحال لا قراءته بنفسه، والثاني: لا ينعزل؛ لصورة اللفظ، وهو /٢٥١ب/ المصحح في نظيره من الطلاق، والفرق ظاهر.

فرع:

لو كان أمياً وجوزناه فقرئ عليه فالانعزال أولى، والظاهر في مثله في مسألة الطلاق الوقوع أيضاً.

فرع:

للقاضي أن يعزل نفسه كالوكيل، وفي «الإقناع» للماوردي: أنه إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا بعلم من قلده^(٢).

وقال البغوي^(٣) وصاحب «الكافي»: حكمه حكم الإمام إذا عزله. وقال القاضي حسين: ينعزل إذا لم يتعين، فإن تعين ففيه نظر، وقال ابن أبي الدَّم: لا ينعزل عند تعيينه، وفي انعزاله إذا لم يتعين وجهان:

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٤٢.

(٢) «الإقناع» (ص ١٩٦).

(٣) «التهذيب» ٨/١٩٨.

أصحهما: الانعزال.

قال: (وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أُذِنَ لَهُ فِي شُغْلٍ مُعَيَّنٍ كَبَيْعِ مَالٍ مَيِّتٍ) أي: أو غائب أو سماع شهادة في حادثة معينة كالوكيل فإنه ينعزل بموت الموكل.

قال: (وَالْأَصَحُّ: انْعِزَالَ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ) لأن الاستخلاف في هذا لحاجته إلى من يعاونه في العمل، وقد زالت بزوال ولايته.

قال: (أَوْ قِيلَ لَهُ: اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ أَوْ أَطْلَقْ) لظهور غرض المعاونة ببطان ولايته.

قال: (فَإِنْ قَالَ: اسْتَخْلِفْ عَنِّي فَلَا) لأنه مأذون من جهة الإمام وكان الأول سفيراً في التولية.

والوجه الثاني: ينعزل مطلقاً كما ينعزل الوكيل بموت الموكل. والثالث: لا مطلقاً؛ رعاية لمصلحة الناس. والرابع: إن استخلف بالإذن لم ينعزل وإلا انعزل، ولم يورد الغزالي سواه^(١).

والخامس: إن كان المولي قاضي القضاة لم ينعزل بموته وعزله من ولاه وإلا انعزل. قاله الماوردي^(٢).

فرع:

نصب الإمام نائباً عن القاضي، قال السرخسي: لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله؛ لأنه مأذون من جهة الإمام، وفيه احتمال لزوال الأصل.

(١) «الوسيط» ٧/ ٢٩٦.

(٢) «الحاوي» ١٦/ ٣٣٤ - ٣٣٥.

فرع:

يتخرج على هذا الخلاف والتفصيل: أن القاضي هل له أن يعزل الخليفة؟.

قال: (وَلَا يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الْإِمَامِ) أي: ولا بانعزاله؛ لشدة الضرر في تعطيل الحوادث، وكذا لا ينعزل الولاية بذلك أيضاً؛ لما قلناه، وقيل: نعم، حكاه الإمام والماوردي^(١).

وعبارة القاضي الحسين: الإمام الأعظم: إذا مات لم ينعزل القضاة من جهته، وكذا والي الإقليم إذا مات لم تنعزل القضاة من جهته، ذكر ذلك بعد أن ذكر أن نواب القاضي ينزلون بموته والخلاف فيهم، فسوى بين الإمام الأعظم والي الإقليم، فيجوز أن يقال: القاضي الكبير بمنزلة والي الإقليم؛ لاتساع الخطأ، ويجوز أن يفرق.

قال: (وَلَا نَظَرُ يَتِيمٍ وَوَقَفَ بِمَوْتِ قَاضٍ) أي: وكذا بانعزاله؛ لئلا تتعطل أبواب المصالح فهم كالمتمولي من جهة الواقف، هذا هو المشهور، وجعلهم الغزالي في معنى الخلفاء^(٢).

قال: (وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ عَزْلِهِ: حَكَمْتُ بِكَذَا) لأنه لا يملك الحكم حيثئذ فلا يقبل إقراره به، وخالف أحمد فقال: يقبل^(٣).

قال: (فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرٍ بِحُكْمِهِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنه يشهد على فعل نفسه، والثاني: يقبل؛ لأنه لا تجر شهادته نفعا إلى نفسه،

(١) «نهاية المطلب» ٥٨٨/١٨، «الحاوي» ٣٣٣/١٦.

(٢) «الوسيط» ٢٩٦/٧.

(٣) أنظر: «المغني» ٨٥/١٤ - ٨٦.

ولا تدفع ضرراً، ومحل الخلاف في غير الإقرار، أما إذا شهد أنه أقر في مجلس حكمه فتقبل شهادته قطعاً. نبّه عليه صاحب «المعين» ٢٥٢/١.

قال: (أَوْ بِحُكْمٍ [حَاكِمٍ] ^(١) جَائِزِ الْحُكْمِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ) كما لو شهدت المرضعة برضاع محرم ولم تذكر فعلها، قال في «المحرر»: وهذا أقرب الوجهين ^(٢).

والثاني: المنع؛ لأنه قد يريد نفسه فيجب البيان ليزول اللبس، والوجهان مفرعان على أنه لو قامت بينة على حكم حاكم قبلت، ولا يشترط تعيينه، وهو الأصح، ثم يجوز أن يقال: الوجهان فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه، فإن علم فهو كما لو أضاف، ويجوز أن يقال: هما إذا علم فإن لم يعلم قبل قطعاً؛ لجواز إرادة غيره. قال في «الروضة»: الاحتمال الأول هو الصحيح ^(٣).

قال: (وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ: حَكَمْتُ بِكَذَا) لقد رتته على الإنشاء، حتى لو قال على سبيل الحكم: نساء هذه القرية طوالق من أزواجهن قبل قوله، ولا حاجة إلى الحجة، وعن مالك: أنه لا يقبل قوله إلا بحجة. قال: (فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَا يَتِيهِ فَكَمَعُزُولٍ) لأنه ليس له إنشاء الحكم ثم، فليس له الإقرار به.

قال: (وَلَوْ أَدَّعَى شَخْصٌ عَلَى مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةٍ عَبْدَيْنِ أَحْضَرَ وَقُضِيَتْ خُصُومَتُهُمَا) لأن هذا الأخذ كالغصب، وله أن يوكل ولا يحضر.

(١) سقط من «الأصل»، والمثبت من «المنهاج».

(٢) «المحرر» ص ٤٨٦. (٣) «روضة الطالبين» ١١/١٢٨.

فائدة:

الرشوة مثلثة الرءاء، قال أبْنُ كَجَّ: وهي عطية بشرط أن يحكم له بغير حق أو يمتنع من الحكم عليه بحق بخلاف الهدية؛ فإنها عطية مطلقة. وقال الغزالي: إن بذل المال لغرض آجل فصدقة، أو عاجل مالي فهبة بثواب، أو لعمل مباح فإجارة أو جعالة، أو محرم أو واجب يتعين فرشوة، أو للتودد أو يتوصل إلى مقاصد فهدية إن كان جاهه بعلم أو صلاح أو نسب، ورشوة إن كان بقضاء وعمل^(١).

قال: (وَإِنْ قَالَ: حَكَمَ بَعْبِدَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَالًا أَحْضَرَ) أي: ليجيب عن دعواه كما لو طلب إحضار غيره.

قال: (وَقِيلَ: لَا حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ) لأن الظاهر جريان حكمه على الصواب، فيكفي هذا الظاهر حتى تقوم بينة بخلافه، وعلى هذا فليس المراد أن البينة تقام في غيبته ويحكم بها، لكن الغرض أن يكون إحضاره عن ثبت، فيحضر المدعي الشهود؛ ليعرف القاضي منهم أن لدعواه حجة حقيقة، ثم إذا حضر المعزول أدعى المدعي وشهد الشهود في وجهه على المعهود.

واعلم أن الرافعي في «المحرر» لم يرجح شيئاً من هذين الوجهين بل أقتضى كلامه رجحان الثاني، فإنه قال: هل يحضره أو حتى تقوم بينة بدعواه؟ فيه وجهان، رجح الثاني منهما مرجحون^(٢).

وقال المصنف في «الدقائق»: ما صححته في الكتاب غير مخالف

(١) «إحياء علوم الدين» ٢/ ١٥٥.

(٢) «المحرر» (ص ٤٨٦).

لقول «المحرر»: (رجَّح الثاني مرجحون)؛ لأنه لا يمتنع أن الأول رجحه آخرون أو الأكثرون، فقد صحح هو الأول في «الشرح» وصححه آخرون^(١).

قلت: وعبرة الرافعي في «الشرح»: أن الثاني أصح عند البغوي، والأول أصح عند الروياني وغيره^(٢). فما نقل في «الشرح» تصحيحه عن واحد نقله في «المحرر» عن جماعة، فيكون أطلع حالة تصنيف «المحرر» على تصحيح غير البغوي، أو أراد رجح الأول مرجحون؛ ليوافق ٢٥٢/ب ما في «الشرح»، فسبق القلم من الأول إلى الثاني، والله أعلم.

ووقع في «الوجيز» حكاية الخلاف في سماع الدعوى؛ إذ في وجوب الغرم على القاضي خلاف^(٣).

قال الرافعي: والذي أورده المعظم أن الدعوى مسموعة لا محالة، والخلاف في الإحضار بمجرد دعواه، وهذا الخلاف لا يعرف لأحد من الأصحاب؛ فقد اتفقوا على سماعها^(٤).

قلت: هذا الوجه حكاه الإمام في «النهاية»^(٥) فلم ينفرد به كما أفاده ابن الرُّفَّعة، وحكى الماوردي في المسألة وجهًا ثالثًا: أنه إن اقترن بدعواه ما يدل على صحتها من كتاب ومحضر ظاهر الصحة أحضره، وإلا فلا^(٦).

(١) «دقائق المنهاج» (ص ٧٦).

(٢) «الشرح الكبير» ٤٤٧/١٢، «التهذيب» ١٩٤/٨.

(٣) «الوجيز» ٢٣٨/٢. (٤) «الشرح الكبير» ٤٤٧/١٢ - ٤٤٨.

(٥) «كفاية النبيه» ١٦٧/١٨ - ١٦٨، «نهاية المطلب» ٥٨٩/١٨.

(٦) «الحاوي» ١٧٥/١٦.

قال: (فإن حضر) أي: بعد البيعة أو من غير بيعة، (وَأَنْكَرَ صُدَّقَ بِلَا يَمِينٍ فِي الْأَصَحِّ) لأنه كان أمين الشرع فيصان مجلسه عن التحليف والابتدال بالمنازعات الباطلة كالمودع.

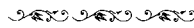
قال في «المحرر»: وهذا أحسن الوجهين^(١).

وقال في «الشرح»: أن الإصطخري وصاحب «التلخيص» قالوا به، وأنه أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم وصاحب «التهذيب»، وبه قال صاحب «التقريب» والماوردي^(٢).

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ بِيَمِينٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) كالمودع وسائر الأئمة إذا ادعيت عليهم جنائية، قال الرافعي: وهذا ما اختاره العراقيون والرويان^(٣).

وذكر الرافعي في الطرف الثالث من الباب الثالث من كتاب الدعاوى: أنه لو ادعى على المعزول أنه حكم عليه أيام قضائه ظلماً وأنكر فقد ذكرنا وجهين في أنه يحلف أو يصدق بغير يمين، والذي أجاب الغزالي هنا: أنه يحلف فيعلم بالواو^(٤) للوجه الآخر، والكلام على ما تبين هناك مائل إلى ترجيحه^(٥). انتهى.

وعبر في «الروضة» عن ذلك بأن قال: الأصح أنه يصدق بلا يمين^(٦).



(١) «المحرر» (ص ٤٨٦).

(٢) «الشرح الكبير» ٤٤٧/١٢، «التهذيب» ١٩٤/٨، «الحاوي» ١٧٦/١٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٤٤٧/١٢.

(٤) المقصود بها قول أو وجه بعيد مخرج للأصحاب، كذا أصطلح عليه الغزالي في «وجيزه».

(٥) «الشرح الكبير» ٢٠١/١٣. (٦) «روضة الطالبين» ٣٨/١٢.

فرع:

لا فرق فيما ذكره المصنف بين أن يدعى عليه الحكم في مال أو دم حتى إذا ادعى عليه أنه قتل ظلماً بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على بينة وأنه إذا أنكر هل يحلف؟

فرع:

إذا ادعى على نائب المعزول في القضاء فهو كالدعوى على المعزول، وأما أمنائه الذي يجوز لهم أخذ الأجرة فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء، فقال: أخذت هذا المال أجرة عمل، فصدقه المعزول لم ينفعه تصديقه بل يسترد منه ما يزيد على أجرة المثل، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل؟ وجهان:

أحدهما: لا، بل عليه البينة بجريان ذكر الأجرة.

والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه لا يعمل مجاناً. قال الإمام: والخلاف مبني على أن من عمل لغيره ولم يُسم له أجرة هل يستحقها؟^(١)
قال: (وَلَوْ أَدْعَى عَلَى قَاضٍ جَوْرٌ فِي حُكْمٍ لَمْ يُسْمَعْ [ذَلِكَ])^(٢)، وَيُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ) لأنه أمين شرعاً، ولو فتح باب التحليف؛ لتعطل القضاء، وكذا الشاهد إذا ادعى عليه أنه شهد بالزور وأراد تحليفه كما ذكره المصنف في دعاوى.

قال: (وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمٍ) أي: كأن ادعى تلفاً أو غيره، (حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ) لفصل الخصومة بذلك، وعن الشيخ أبي حامد:

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٥٩٠.

(٢) سقط من «الأصل» والمثبت من «المنهاج».

أن قياس المذهب التحليف فيما سلف كسائر الأمانة إذا أُدعيت عليهم
خيانة.

قال أبنُ الرُّفْعَةِ: هو ما جزم بتخريجه القاضي أبو الطَّيِّبِ في الشهود،
وقال: إن الشهادة عليهم بالزور إنما تتصور عند الإقرار^(١) / ٢٥٣ / .



(١) «كفاية النبيه» ١٨ / ١٧٠.

(فصل)

قال: (لِيَكْتُبَ الْإِمَامُ لِمَنْ يُؤَلِّيه) أي: أَسْتَحْبَاباً؛ لأنه عليه السلام كتب لعمر و ابن حزم كتاباً حين بعثه إلى اليمن^(١)، وكتب أبو بكر لأنس حين بعثه إلى البحرين^(٢).

قال القفال الشاشي: وينبغي أن يتخذ الإمام لنفسه نسخة منه؛ ليتذكر بها إن نسي أنه ولاه عمل كذا ولو لم يكتب له جاز؛ لأنه عليه السلام لم يكتب لمعاذ، وليذكر فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به، وليعظه فيه^(٣).

قال: (وَيُشْهِدُ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ) أي: سواء قَرَّبَ محل الولاية أم بَعُدَ، (يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ) أي: لأهل العمل ولا يشترط لفظ الشهادة، ولا يقدم دعوى، وفي «الحاوي»: أنهما يشهدان عند أهل العمل فحينئذ يلزم طاعته. ولو أخبرهم القاضي بالولاية من غير إشهاد لم يلزمهم إلا أن يصدقوه على أحد الوجهين في «الحاوي»^(٤).

قال: (وَتَكْفِيهِ الْإِسْتِفاضةُ مِنْهُ فِي الْأَصَحِّ) إذ لم يؤثر عن رسول الله ﷺ ولا عن الخلفاء بعده الإشهاد، بل كانوا يقنعون بالإشهار والاستفاضة. والثاني: لا تكفي؛ لأن العقود لا تثبت بها كالوكالة والإجارة، ومحل الخلاف في البلد القريب، ومن الأصحاب من أطلقه ولم يفرق بين البلد القريب والبعيد كما هو ظاهر إيراد المصنف، قال الرافعي: ويشبه أن لا يكون في هذا خلاف، ويكون التعويل على الاستفاضة^(٥).

(١) رواه النسائي ٥٧/٨. (٢) رواه البخاري (١٤٥٤).

(٣) انظر: «النجم الوهاج» ١٧٢/١٠. (٤) «الحاوي» ٢٤/١٦.

(٥) «الشرح الكبير» ٤٥٠/١٢.

قال: (لَا مُجَرَّدُ كِتَابٍ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأنه لا يعتمد على الخط،
واعلم أن عبارة الرافعي في هذه المسألة: هل يعتمد على الكتاب من
غير استفاضة ولا شهادة شاهدين؟ فيه وجهان، في «الوسيط»:
أحدهما: نعم؛ لبعد الجراءة في مثل ذلك على الإمام.

والثاني: لا، بل لابد من عدلين يخبران عن التولية، ثم قال: وهذا
هو المفهوم من كلام عامة الأصحاب، وهو قياس أصلنا في امتناع
اعتمادنا على الخط^(١). انتهى. وهذا ليس فيه حكاية طريقين في
المسألة، ولخص المصنف ذلك في «الروضة» بأن قال: هذا هو
المذهب، والمفهوم من كلام الجمهور، وذكر الغزالي في اعتماده
وجهين^(٢)، ثم أخذه منها فوضعه في الكتاب.

وعبارة «المحرر» على الصواب، فإنه قال: هل يكفي الكتاب من غير
شاهدين ولا استفاضة؟ فيه وجهان، أظهرهما: لا^(٣).

فرع:

في «الأحكام السلطانية» للماوردي: أن ولاية القضاء تنعقد بما تنعقد
به الوكالة، وهو: المشافهة باللفظ، والمراسلة، والمكاتبة عند الغيبة،
وفيه: أن الصريح: وليتك، واستخلفتك، واستنبتك، والكناية:
كاعتمدت عليك في القضاء ونحوه^(٤).

قال: (وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ [عُلَمَاءِ] ^(٥) الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ) أي: قبل

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٥٠، وانظر: «الوسيط» ٧/٢٩٨.

(٢) «الروضة» ١١/١٣١. (٣) «المحرر» (ص ٤٨٦).

(٤) «الأحكام السلطانية» (ص ١١٧). (٥) من «المنهاج».

دخوله؛ ليعاملهم إذا دخل بما يليق بهم، فإن تعذر يسأل بعد دخوله.
 قال: (وَيَدْخُلُ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ) لأنه عليه السلام دخل فيه المدينة، فإن فاته فيوم السبت أو الخميس قاله الأصحاب؛ لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «اللهم بارك لأمتي في بكورها يوم الخميس» رواه ابن ماجه^(١).
 ورواية: «اللهم بارك لأمتي في بكورها، سبتها وخميسها»^(٢)

(١) «سنن ابن ماجه» (٢٢٣٧) من طريق عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال البوصيري في «مصابيح الزجاجة» ٢٨/٣: هذا إسناد ضعيف لضعف عبد الرحمن.
 ورواه الدولابي في «الكنى والأسماء» ٦٧٦/٢ من طريق أبي صفية، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً. والبيهقي في «الشعب» ١٨٣/١٠ من طريق عمر بن مساور، عن أبي حمزة، عن ابن عباس به. قال الهيثمي في «المجمع» ٦١/٤: فيه عمرو بن مساور وهو ضعيف.
 ورواه الطبراني في «الأوسط» ١١٢/٥ من طريق عمار بن رجاء، عن عفان بن سيار، عن خلف بن خليفة عن محارب بن دثار عن عائشة. وقال: لم يرو هذا الحديث عن محارب إلا خلف بن خليفة، تفرد به: عفان بن سيار. وقال الهيثمي في «المجمع» ٦١/٤: فيه عمار بن رجاء، ولم أجد من ترجمه.

(٢) رواه الخرائطي في «مكارم الأخلاق» (٨٣٧) ولم يذكر: الخميس، وقال ابن حجر في «التلخيص» ٩٨/٤ بعد أن ذكره: وسئل أبو زرعة عن هذه الزيادة فقال: هي مفتعلة. وقال العجلوني في «كشف الخفاء» ٣٤٢/١: لا أصل له.
 قلت: الصحيح في هذا الحديث رواية من لم يذكر الأيام وهي رواية صخر الغامدي: رواه أبو داود (٢٦٠٦)، والترمذي (١٢١٢)، وابن ماجه (٢٢٣٦).
 ورواه أيضاً ابن ماجه (٢٢٣٨)، وعبد بن حميد (٧٥٥)، والطبراني في «الأوسط» ٣٣٠/٣، و«الصغير» ١٩٤/١ جميعهم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
 ورواه أحمد ١٥٣/١، وابن أبي شيبة ٢٠٣/١٨ (٣٤٣٠٨) وأبو يعلى (٤٢٥)، والبخاري (٦٩٦).

لا أصل لها^(١).

فرع:

٢٥٣/ ب/ يندب أن يدخل لابس السواد؛ لأنه أهيب، وفي «الصحيح»: أنه عليه السلام دخل مكة بعمامة سوداء^(٢).

قال: (وَيَنْزِلُ فِي وَسْطِ الْبَلَدِ) لأنه أقرب إلى التسوية فلا يطول الطريق على بعضهم.

فرع:

وإذا نزل جمع الناس، ويقرأ العهد عليهم، ويتسلم المحاضر والسجلات من الذي قبله.

قال: (وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الْحَبْسِ) أي: وجوبًا كما قاله الإمام؛ لأن الحبس عذاب، وإدامته بلا تثبت لا سبيل إليه، وليس هذا من تعقب أحكام القاضي الأول حتى يجب فيه الاستعداد بل لأنه قد يكون فيه مظلوم لا يتمكن من الظلم أو حبس تأديبًا، وفيما مضى كفاية^(٣).

قال: (فَمَنْ قَالَ: حُبِسْتُ بِحَقِّ أَدَامَةٍ) لأنه يستحقه لو أنشأ المحاكمة الآن فاستمراره أولى.

قال: (أَوْ ظَلَمًا فَعَلَى خَصْمِهِ الْحُجَّةُ) أي: والقول قول المحبوس مع

ورواه أبو يعلى (٥٤٠٦) والخراطي في «مكارم الأخلاق» (٨٣٩) عن ابن مسعود رضي الله عنه. قال الترمذي: حديث صخر الغامدي حديث حسن. وحسن متنه العقيلي في «الضعفاء الكبير» ٣/ ١٩٢. وانظر: «التلخيص الحبير» ٤/ ٩٧.

(١) ورد في هامش الأصل: في نسخة: له.

(٢) رواه مسلم (١٣٥٨) من حديث جابر.

(٣) «نهاية المطلب» ١٨/ ٥٧٠.

يمينه، (فَإِنْ كَانَ) أي: خصمه، (غَائِبًا كَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ) ليفصل الخصومة بينهما. واعلم أن عبارة الرافعي في «الشرح» في هذه المسألة ما نصه: وإن ذكر خصمًا غائبًا فطريقان:

أحدهما: القطع بأنه يطلق؛ لأن الحبس عذاب، وانتظار الغائب يطول. وأصحهما: أنه على وجهين، فإن قلنا: أنه يطلق فيحسن أن يؤخذ منه كفيل، وإن قلنا: لا يطلق فيكتب إلى خصمه في الحضور، فإن لم يفعل فحينئذ يطلق^(١).

فرع:

لو قال: لا خصم لي أصلاً، ولا أدري لم حبست، نودي عليه لطلب الخصم، فإن لم يحضر أحد حلف وأطلق، قال في «الوسيط»: وفي مدة المناداة يرتقب^(٢).

فرع:

حيث أطلق الذي ادعى أنه مظلوم لا يطالب بكفيل على الأصح.

فرع:

لو كان قد حبسه الأول تعزيراً، قال الغزالي: أطلقه الثاني^(٣)، ولم يتعرض الجمهور لهذا، فإن بانت خيانتة عند الثاني ورأى إدامة حبسه فالقياس الجواز.

قال: (ثُمَّ الْأَوْصِيَاءُ) أي: إذا فرغ من النظر في المحبوس نظر في الأوصياء، ومال الأطفال؛ لأن الوصي يتصرف في حق من لا يمكنه

(١) «الشرح الكبير» ٤٥٢/١٢ - ٤٥٣. (٢) «الوسيط» ٢٩٩/٧.

(٣) «الوسيط» ٢٩٩/٧.

المرافعة والمطالبة كالأطفال وأصحاب الجهات العامة.

(فَمَنْ أَدْعَىٰ وَصَايَةً سَأَلَ عَنْهَا) أي: فإن أقام بينة بثبوتها أقره.
(وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ، فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ، أَوْ ضَعِيفًا)
أي: لكثرة المال أو لسبب آخر.

(عَضَّدَهُ بِمُعِينٍ) قال الماوردي: ويبدأ في النظر في الأوصياء بمن يرى من غير قرعة بخلاف [المُحْبُوسِينَ]^(١)؛ لأن النظر هنا عليهم وهناك لهم^(٢).

ولو كان المال والأوصياء في عمله والمولى عليهم في غير عمله فهل له النظر؟ فيه تردد، فيه جواب القاضي حسين، وصحح ابن أبي الدَّم: المنع، ومال الإمام إليه، وظاهر كلام المصنف تبعاً لـ «البحر»^(٣) وغيره: أنتزاع المال من الفاسق وإن قويت أمانته في التصرف.
وفي الماوردي: أنه إذا كان فاسقاً في الديانة ثقة في الأمانة، فإن كان على طفل ونحوه أو تفرقة ثلث على غير معين أنتزعه منه إلى غيره، وإن كان لتفرقة على معين أو قضاء دين لمعين جاز إبقاؤه؛ إذ لا أجتهد هنا بخلاف هناك^(٤).

ولو شك في عدالته فهل يبقى لأن الظاهر الأمانة أم ينزع منه؟ فيه وجهان.

فرع:

ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال، وتفرقة / ٢٥٤ / الوصايا فمن تغير حاله بفسق أو غيره فعلى ما ذكرنا في

(١) في الأصل: (المحبسين) والمثبت من «الحاوي الكبير».

(٢) «الحاوي» ٣٩/١٦. (٣) ٨٣/١١. (٤) «الحاوي» ٤٠/١٦.

الأوصياء، ومن لم يتغير حاله أقره، قال الروياني^(١): وله أن يعزله ويولي غيره بخلاف الأوصياء؛ لأن الأمين مولى من جهة القاضي بخلاف الوصي.

فرع:

ثم ينظر في أمر الأوقاف، والمتولين لها، وفي اللقطة والضوال، وترتب الحكم عليها.

فرع:

ليقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات أستخلف من ينظر في تلك الحادثة، أو في ما هو فيه.

قال: (وَيَتَّخِذُ مَرْكَبًا) لشدة الحاجة إليه، فإنه يعرف حال من يجهل عدالته من الشهود؛ لأنه لا يمكنه البحث بنفسه، وصفته يأتي بيانها آخر الباب.

قال: (وَكَاتِبًا) لأنه عليه السلام كان له كتاب فوق الأربعين كما عدتهم في موضع آخر، واقتدى به الخلفاء بعده، ولأن اشتغال الحاكم بالكتابة تقطعه عن الحكم.

قال: (وَيُشْتَرَطُ: كَوْنُهُ مُسْلِمًا) لتؤمن خيانتة، وفيه وجه: أنه يستحب؛ لأن القاضي يقف على ما يكتب فتؤمن فيه الخيانة.

قال: (عَدْلًا) لما ذكرناه أيضاً، وفيه الوجه المذكور.

قال ابن الرُّفْعَةِ: وقد يفهم من توجيهه استحباب الصفتين اختصاص ذلك الوجه بما إذا كان القاضي كاتباً، فإن كان أمياً فيجب القطع

بالمنع؛ لفوات المعنى المجوز^(١).

قال: (عَارِفًا بِكِتَابَةِ مَحَاضِرٍ وَسِجَلَاتٍ) ليعلم صحة ما يكتبه من فساد، والمحاضر: جمع مَحْضَر - بفتح الميم: ما يكتب فيه ما جرى للمتحاكمين في المجلس وحجتهم، فإن كتب مع ذلك تنفيذ الحكم سُمِّيَ سَجَلًا، وقد ذكره المصنف بعد ذلك في أثناء الفصل.

قال: (وَيُسْتَحَبُّ: فِقْهٌ) أي: لثلاثي من الجهل.

قال: (وَوُفُورٌ عَقْلٍ) أي: لثلاثي يُخدع أو يُدلس عليه، وجزم الماوردي^(٢) والقاضي أبو الطَّيِّب باشتراطه.

قال: (وَجَوْدَةٌ خَطٍّ) أي: وأن يكون ضابطاً للحروف؛ لثلاثي يقع الغلط والاشتباه.

فرع:

يستحب أيضاً: أن يكون عفيفاً عن المطامع الفاسدة؛ كيلا يخدع من غرة أو بمال، جزم به الرافعي وكلام الماوردي والرؤياني يفهم الاشتراط^(٣).

فرع:

يحرص أن يكون فصيحاً عارفاً بلسان الخصوم. قاله ابن القاص كما نقله ابن الصَّبَّاح.

فرع:

يستحب أن يكون حاسباً؛ لأنه يحتاج إلى الحساب في المقاسم

(١) «كفاية النبيه» ٩٢/١٨. (٢) «الحاوي» ١٩٩/١٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٤٥٦/١٢، «الحاوي» ١٩٩/١٦، «البحر» ١٦١/١١.

والمواريث. نقله أبْنُ الرَّفْعَةِ عن الأصحاب^(١).

فرع:

الأولى أن يجلسه بين يديه. قاله البَنْدَنِيْجِيُّ والرافِعِيُّ، قال الماوردي وغيره: من جهة يساره؛ ليملي عليه ويشاهد ما يكتبه^(٢).

قال: (وَمُتَرَجِّمًا) أي: ويتخذ أيضاً مترجماً؛ لأن القاضي قد لا يعرف لسان بعض الخصوم والشهود فلا بُدَّ ممن يطلعه عليه.

قال: (وَشَرْطُهُ: عَدَالَةٌ، وَحُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ) لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لا يعرفه فأشبهه الشاهد والمزكي بخلاف الكاتب؛ فإنه لا يثبت شيئاً، وذكر في «المحرر»: التكليف مع العدالة^(٣) ٢٥٤/ب، وحذفه المصنف؛ لدخوله في شروط العدالة.

قال الأصحاب: فإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين قبلت الترجمة من رجلين أو من رجل وامرأتين، وانفرد الإمام باشتراط رجلين^(٤)، واختاره البغوي^(٥) لنفسه، وأما النكاح والعق وسائر ما لا يثبت إلا برجلين فيشترط في ترجمته رجلان.

وفي الزنا هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة؟ فيه قولان كالشهادة على الإقرار بالزنا، وقيل: يكفي رجلان قطعاً. ولو كان الشاهدان أعجميين فهل يكفي لهما مترجمان أم يشترط لكل مترجمان؟ قولان

(١) «كفاية النبيه» ٩٣/١٨ - ٩٤.

(٢) «الحاوي» ٢٠٠/١٦، «الشرح الكبير» ٤٥٦/١٢.

(٣) «المحرر» (ص ٤٨٧). (٤) «نهاية المطلب» ٤٩٠/١٨.

(٥) «التهذيب» ١٨٤/٨.

كشهود الفرع، وبالأول قطع العبادي في «الرقم».
 قال: (وَالْأَصَحُّ: جَوَازُ أَعْمَى) لأن الترجمة تفسر للفظ لا يحتاج فيه
 إلى معاناة وإشارة بخلاف الشهادة، والثاني: لا كما لا يجوز أن يكون
 شاهداً، وقد ذكرنا الفرق.

قال: (وَاشْتِرَاطُ: عَدَدٍ فِي إِسْمَاعٍ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ) كالمترجم.
 والثاني: لا؛ لأن المسمع لو غَيَّرَ أَنْكَرَ عَلَيْهِ الْخَصْمُ وَالْحَاضِرُونَ
 بخلاف المترجم.

والثالث: إن كان الخصمان أصممين أشتراط؛ لأن غيرهما لا يعتني
 أعتناؤهما، وإن كانا سميعين فلا، ومنهم من قطع باشتراط العدد إذا
 كان الخصمان أصممين. حكاه الرافعي، وأسقطه المصنف من
 «الروضة». وهذا في إسماع كلام الخصم القاضي، فأما إسماع الخصم
 ما يقوله القاضي وما يقوله الخصم فحكى الروياني عن القفال: إنه
 لا يشترط فيه العدد، وأقره الرافعي^(١)؛ لأنه إخبار محض.
 فرع:

إذا شرطنا العدد في المسمع أشتراط لفظ الشهادة على الأصح،
 فيقول: أشهد أنه يقول كذا، ومن منع قال: ليست شهادة محققة.

فرع:

إذا لم يشترط العدد أشتربت الحرية على الأصح كهلال رمضان،
 ولا يسلك به مسلك الروايات.

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٥٦ - ٤٥٧، «البحر» ١١/٧٣ - ١٧٤.

تنبیه :

قال الرافعي: وليجر الخلاف في لفظ الشهادة والحرية مع بعده في المترجم، ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسماع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم^(١).

فرع:

المترجم يرزق من بيت المال على الأصح، وقيل: لا كالوكيل، والمسمع والمزكي كالمترجم.

قال: (وَيَتَّخِذُ دَرَّةً لِلتَّأْدِيبِ) أقتداءً بعمر رضي الله عنه، قال ابن دحية في كتابه «شرح التحرير»: وهو أول من ضرب بالدرة وحملها.

قلت: في «دلائل النبوة»^(٢) للبيهقي في باب كفيه وإبطيه رضي الله عنه من حديث ميمونة بنت كردم قالت: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة على ناقه له وأنا مع أبي، وعند رسول الله صلى الله عليه وسلم دَرَّةٌ كَدَرَّةِ الْكُتَّابِ، فدنا منه أبي.. الحديث.

قال: (وَسَجَنًا؛ لِأَدَاءِ حَقٍّ وَتَعْزِيرٍ) أقتداءً بعمر رضي الله عنه فإنه اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف وجعلها سجنًا. رواه البيهقي^(٣)، وفي «البخاري»: بأربع مئة دينار، وأخرجها أيضاً البيهقي^(٤)، واختلف أهل العلم كما حكاه ابن

(١) «الشرح الكبير» ٤٥٧/١٢. (٢) «دلائل النبوة» ٢٤٦/١.

(٣) «السنن الصغرى» ٤٠٧/٣، ورواه عبد الرزاق ١٤٧/٥ (٩٢١٣)، وابن أبي شيبة ٦٧٢/١١ (٢٣٦٦٢).

(٤) «صحيح البخاري» معلقاً، كتاب الخصومات، في أول باب: الربط والحبس في الحرم، قبل حديث (٢٤٢٣)، و«السنن الكبرى» ٥٦/٦.

الطلاع^(١) في «أحكامه»: هل سجن رسول الله ﷺ وأبو بكر أحدًا؟ فذكر بعضهم: أنه لم يكن لهما سجن ولا سجنًا أحدًا، وذكر /٢٥٥/ بعضهم أنه ﷺ سجن بالمدينة في تهمة دم. رواه أبو داود^(٢). كذلك قال، وروي أنه سجن رجلًا أعتق شرًا له في عبد فوجب عليه أستمات عتقه، قال في الحديث: حتى باع غنيمة له^(٣).

وقال ابن شعبان في «كتابه»: وقد روي عن النبي ﷺ أنه حكم به، وثبت عن عمر أنه كان له سجن، وأنه سجن الحُطَيْئَةَ على الهجو^(٤).

(١) هو الفقيه المشاور الفاضل، أبو عبد الله بن محمد بن فرج القرطبي، قرطبي الأصل. كان رحمه الله من أهل الفضل والصلاح مع التقدم في حفظ الرأي والمعرفة بالفن والوثائق، وله تأليف حسن في أفضية رسول الله ﷺ وآخر في زوائد مختصر ابن أبي زيد القيرواني على «المدونة». ولد سنة (٤٠٤هـ)، وتوفي سنة (٤٩٧هـ). أنظر: «سير أعلام النبلاء» ١٩/١٩٩، «الوافي بالوفيات» ٤/٢٢٦. (٢) «سنن أبي داود» (٣٦٣٠)، ورواه الترمذي (١٤١٧)، والنسائي ٦٧/٨، و«الكبرى» (٧٣٢١)، والحاكم ٤/١٠٢، جميعهم من طريق بهز بن حكيم عن أبيه عن جده. وزاد الترمذي والنسائي: ثم خلَّى عنه أو سبيله. قال الترمذي: حديث بهز عن أبيه عن جده حديث حسن. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٣) رواه عبد الرزاق ٩/١٥١ (١٦٧١٦) عن الثوري، عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن أبي عبد الرحمن، عن أبي مجلز: أن أخوين من جهينة كانا بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فضمَّنه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمة له، ورواه ابن أبي شيبة ١١/٢٤٦ (٢٢١٦١) عن سفيان بن عيينة، عن ابن أبي ليلى به.

وأبو مجلز هو: لاحق بن حميد بن سعيد، تابعي روى عن أنس وحذيفة وغيرهما، وروى حديثه أصحاب الكتب الستة، توفي سنة (١٠٦هـ)، وقيل غير ذلك. أنظر: «تهذيب الكمال» ٣٤/٢٥٥، و«التقريب» (٧٤٩٠).

(٤) أنظر: «تاريخ المدينة» لابن شبة ٢/٥٢٤، و«تهذيب الآثار» ٢/٦٦٨ (مسند عمر).

وصيغاً التميمي^(١) حين سأل عليّاً عن الذاريات والمرسلات والنازعات وشبههن، وضربه مرة بعد أخرى، ونفاه إلى العراق، وقيل: إلى البصرة. قال: (وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحًا) أي: واسعاً؛ كيلا يتأذى بضيقه الخصوم، فقد قيل: خير المجالس ما سافر فيه البصر.

قال: (بَارِزًا) أي: ظاهرًا؛ ليعرفه من رآه.

قال: (مَضُونًا مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ) أي: وريح ودخان وغبار؛ كيلا يتأذى به فيجلس في الصيف حيث يليق به، وكذا في الشتاء، وزمن الرياح، وهذا معنى قوله: (لَاثِقًا بِالْوَقْتِ) زاد المصنف على «المحرر»^(٢): (وَالْقَضَاءِ) قال أبو عبيد بن خريّويه وغيره: ويندب أن يكون مشرفاً على دكة ونحوها؛ ليسهل نظره إلى الناس وعكسه.

قال الرافعيّ: وحسن أن يوطأ له الفرش والوسائد؛ لأنه أرفق به وأهيّب له^(٣).

قال الماوردي: ويجلس في صدر المجلس^(٤)، فلو خالف وجلس للحكم في بيته كره.

قال في «المرشد» وغيره: ولو جلس فيه لا للحكم فحضرت خصومة فلا بأس.

(١) أثر صبيغ رواه معمر بن راشد كما في «جامعه» ٤٢٦/١١ (٢٠٩٠٦-٢٠٩٠٧)،

وأحمد في «فضائل الصحابة» ٤٤٦/١، والدارمي (١٥٠)، وابن بطة في «الإبانة» (٣٢٩-٣٣٠، ٣٣٣-٣٣٣، ٧٨٩) ولم يرد ذكر عليّ ﷺ في هذه الآثار.

وذكر ابن الملقن هذه القصة أيضاً في «البدر المنير» ٦٠٩/٩ كما ذكرها هنا.

(٢) «المحرر» ص ٤٨٧.

(٣) «الشرح الكبير» ٤٦١/١٢. (٤) «الحاوي» ٢٧٣/١٦.

فرع:

يستحب أيضاً: أن يستقبل القبلة؛ لأنها أشرف المجالس كما رواه الحاكم وصححه^(١)، وقيل: يستدبرها كالخطيب ليستقبلها الناس. حكاه ابن أبي الدّم وغيره.

فرع:

ويجلس وعليه السكينة والوقار؛ لأنه أهيب له، من غير جبرية ولا أستكبار؛ كي لا تهابه الخصوم، قال الماوردي: وليكن غاض الطرف، قليل الكلام والحركة والإشارة، خافض الصوت إلا في زجر التأديب^(٢).

فرع:

قال القاضي أبو الطيّب: لا يليق به مد رجله والالتكاء، وعن ابن أبي أحمد: كراهة الالتكاء.

فرع:

يستحب أن يدعو عقب جلوسه بالتوفيق والعصمة والتسديد، والأولى: ما روته أم سلمة قالت: كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته يقول: «اللهم إني أعوذ بك أن أذل، أو أضل، أو أظلم، أو أجهل، أو يُجهل عليّ»^(٣)، وكان الشعبي يزيد عليهن: أو أعتدي، أو يعتدّ

(١) «المستدرک» ٢٦٩/٤ - ٢٧٠. (٢) «الحاوي» ٢٧٣/١٦.

(٣) رواه النسائي في «الكبرى» ٢٢١/٧ - ٢٢٢ (٧٨٦٨ - ٧٨٧٠).

ورواه أبو داود (٥٠٩٤) من طريق الشعبي عن أم سلمة وفيه: «اللهم إني أعوذ بك أن أضل أو أضل، أو أزل أو أزل، أو أظلم أو أظلم، أو أجهل أو يجهل عليّ». وبهذا

عليّ، اللهم أعني بالعلم، وزيني بالحلم، واحرسني بالتقوى؛ حتى لا أنطق إلا بالحق، ولا أقضي إلا بالعدل^(١).

فرع:

قال الماوردي والرؤياني^(٢): ويندب قبل جلوسه: ركعتان، فإن كان في المسجد فهما تحية، وإلا لم يصلهما في وقت الكراهة، وقال ابن الصَّبَّاح: إن كان في مسجد صلى وسكت عن غيره، وقال البَنْدَنِيْجِيُّ: في ٢٥٥/ب غير المسجد إن شاء صلى وإن شاء ترك.

فرع:

يندب أن يجيء إلى المجلس راكباً، ويسلم على الناس يميناً وشمالاً؛ للحديث الصحيح: «يسلم الراكب على الماشي»^(٣)، وإذا دخل المجلس سلّم على من فيه، وينادي الذي على رأسه: هل من خصم؟ ويرتب الناس، ويقدم الأول فالأول، قال ابن المنذر: ويستحب أن يكون حصيناً؛ لمكان النساء^(٤).

فرع:

القاضي إن كان زاهداً في الدنيا فذاك أبلغ في هيئته، وإن كان مماًزجاً لأبناء الدنيا تميز عنهم بما يزيد في هيئته من أنظف ملبسه وأفخره،

اللفظ رواه الطبراني في «الدعاء» ١٤٧/١. ورواه الطيالسي (١٧٣٥)، وابن الأعرابي في «معجمه» ٨٩١/٣، والطبراني في «الدعاء» ١٣٨/١، و«الأوسط» ٣/٣٤، و«الكبير» ٩/٢٤.

(١) انظر: «الحاوي» ٣٤/١٦.

(٢) «الحاوي» ٢٧٣/١٦، «البحر» ٥٣/١٤.

(٣) «الأوسط» ٥٢٩/٦.

(٤) رواه البخاري (٦٢٣٣)، ومسلم (٢١٦٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ويستكمل ما جرت به العادة بلبسه من العمامة والطيلسان، وأن يتميز بما جرت عادة القضاة من القلانس، والعمائم السود، والطيايسة السود. ذكره الماوردي^(١).

فرع:

ويترك بين يديه القمطر مختوماً؛ لترك فيه ما يجتمع من المحاضر ونحوها، وهو ما يسان فيه الكتب، وقيل: دفاتر الحساب وغيرها.

فرع:

إذا جلس للحكم وفتح بابه جاز لكل ذي حاجة الدخول والجلوس إلى أن تنقضي حاجته، وفي جواز المكث بعد قضاء حاجته والدخول للتفرج أو للوقوف على ما يجري بين الخصوم نظر.

قال الشيخ عز الدين: والظاهر: الجواز؛ لشهادة العرف به كما في دخول المدارس والفنادق^(٢).

قال: (لَا مَسْجِدًا) لقوله ﷺ في قصة الأعرابي الذي بال في المسجد: «إنما هي - يعني: المساجد - لذكر الله ﷻ، وقراءة القرآن»، أو كما قال رسول الله ﷺ، أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة^(٣).

وهل يكره أتخذه مجلساً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا يكره الجلوس فيه للفتوى وتعلم القرآن والعلم.

(١) «الحاوي» ١٦/٢٧٣.

(٢) «القواعد الكبرى» ٢/١٣٢.

(٣) «صحيح مسلم» (٢٨٥)، ورواه البخاري (٢١٩) -مختصراً- من طريق همام عن إسحاق عن أنس به. ورواه البخاري (٢٢٠، ٦١٢٨) من حديث أبي هريرة.

وأصحهما: نعم؛ لأنه منزّه عن الأصوات، وحضور الحيض، والكفار، والمجانين، وغيرهم ممن يحضرون مجلس القضاء، وهي كراهة تنزيه، فلو أرتكبها لم يمكن الخصوم من الاجتماع فيه والمشاركة بل يقعدون خارجه، وينصب من يدخل خصمين خصمين، ولو أتفتت قضية أو قضايا في وقت حضوره المسجد لصلاة وغيرها فلا بأس بفصلها؛ لأنه عليه السلام قضى في المسجد على هذا الوجه، فحكم بين المتلاعنين، وحكم على ماعز بالرجم فيه، وكذا فعل عمر وعثمان وعلي من غير تكبر.

فرع:

إذا جلس للقضاء ولا زحمة كره أن يتخذ حاجباً، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته على الأصح في المسألتين.

قال: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ) لقوله عليه السلام: «لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان» متفق عليه من حديث أبي بكرة رضي الله عنه ^(١)، قال الإمام والبلغوي وغيرهما: الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى ^(٢) / ٢٥٦، وظاهر كلام آخرين: أنه لا فرق، حتى قال الروياني: التفصيل غريب ^(٣)، ولو قضى في هذا الحال نفذ.

قال: (وَجُوعٍ وَشَبَعٍ مُفْرَطَيْنِ) لحديث أبي سعيد الخدري المرفوع: «لا يقضي القاضي إلا وهو شعبان ريان» رواه البيهقي وضعفه ^(٤).

(١) «صحيح البخاري» (٧١٥٨)، و«مسلم» (١٧١٧).

(٢) «نهاية المطلب» ٤٦٩/١٨، «التهذيب» ١٧٣/٨.

(٣) «بحر المذهب» ١٥١/١١.

(٤) «السنن الكبرى» ١٨١/١٠، والحديث رواه ابن أبي أسامة كما في «بغية الباحث»

نعم، المعنى الآتي يعضده.

قال: (وَكُلُّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقَهُ [فِيهِ] ^(١)) أي: كما إذا كان مهمومًا همًّا شديدًا، أو مريضًا مرضًا مؤلمًا، أو في حر مزعج، أو برد مؤلم، أو غلبة النعاس أو الفرح، أو حاقنًا، أو حافيًا، أو تآقت نفسه إلى الطعام؛ لأن في هذه الأحوال يتغير العقل، فلا يتوفر على الاجتهاد.

قال: (وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ) لقوله تعالى لنبيه ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]. قال الحسن البصري: كان غنيًا عن مشاورتهم، ولكن أراد أن يستن به الحكماء بعده ^(٢)، وقد شاور النبي ﷺ في أسارى بدر كما أخرجه مسلم من حديث ابن عباس ^(٣)، ولأن المشاورة أبعد من التهمة، وأطيب لنفوس الخصوم، وإنما يشاور العلماء الأمناء. قال القاضي والبنديجي: الذي يجوز توليتهم القضاء.

وقال الروياني وآخرون: الذين يجوز لهم الإفتاء ^(٤)، وهو الظاهر،

٥١٩/١، والطبراني في «الأوسط» ٣٦/٥، والدراقطني ٣٦٧/٥، جميعهم من طريق القاسم بن عبد الله بن عمر، عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة، عن أبيه، عن أبي سعيد به. قال الهيثمي في «المجمع» ١٩٥/٤: رواه الطبراني في «الأوسط»، وفيه القاسم بن عبد الله بن عمر، وهو متروك كذاب، وقال: لا يروى عن النبي ﷺ إلا بهذا الإسناد.

وانظر ترجمة القاسم في «ميزان الاعتدال» ٣٧١/٣، «التقريب» (٥٤٦٨).

(١) سقط من «الأصل»، والمثبت من «المنهاج».

(٢) رواه الشافعي في «تفسيره» ٤٩٤/١، وسعيد بن منصور في «تفسيره» ١٠٩٨/٣، وابن المنذر في «تفسيره» ٤٦٧/٢، وابن أبي حاتم ٨٠١/٣، والبيهقي ١٠٩/١٠.

(٣) «مسلم» (١٧٦٣). (٤) «بحر المذهب» ١٥٧/١١.

فيشاور الأعمى والعبد والمرأة، ولا يشاور الجاهل ولا الفاسق.

وحكى الماوردي في جواز المباحثة وجهين^(١).

ولا تحضر المرأة للاستشارة، ويجوز أن تستشار في منزلها.

ولا يحضر العبد لذلك؛ لشغله بخدمة سيده، قال القاضي: وإنما يشاور من فوقه أو مثله في العلم لا من هو دونه في الأصح، وفيه نظر. ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة؛ ليذكر كل واحد دليله فيتأملها القاضي، ويأخذ بأرجحها عنده، ثم الذين يشاورهم إن شاء أقعدهم عنده، وإن شاء أقعدهم ناحية، فإذا احتاج استدعاهم، قال في «الروضة»: والأول أولى^(٢).

ثم المشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر وتعارض الآراء، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي فلا مشاورة فيه. كذا قاله الرافعي وغيره^(٣). وقال القاضي: إذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة وإلا فمستحبة، وإذا حضر المشاورون فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم، ولا يبتدرون بالرد والاعتراض على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه - كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وذكر الغزالي أنهم يحضرون قبل خروجه^(٤)، وهذا وإن كان لم يتعرض له الجمهور كما قال الرافعي، فيجوز أن يوجه بأنهم بانتظاره أولى كما في الصلاة^(٥).

قال: (وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ ٢٥٦/ب) بِنَفْسِهِ) أما في غير مجلس

(١) «الحاوي» ٥١/١٦.

(٢) «روضة الطالبين» ١١/١٤٢.

(٣) «الشرح الكبير» ١٢/٤٦٥.

(٤) «الشرح الكبير» ١٢/٤٦٥.

(٥) «الوجيز» ٢/٢٣٩.

الحكم؛ فلأنه قد يحابى بسبب القضاء فيميل قلبه إلى من حاباه إذا وقعت بينه وبين غيره حكومة، وربما خاف خصم من عامله من ميل القاضي إليه فيمتنع من رفعه، وأما في مجلس الحكم فلهذا المعنى، ولئلا يشتغل قلبه، ويتجرد للنظر والاجتهاد، وقد روي عن شريح رضي الله عنه أنه قال: أشرت على عمر رضي الله عنه حين ولّاني أن لا أبيع ولا أبتاع، ولا أقضي وأنا غضبان^(١)، وعند أبي حنيفة: أنه لا يكره له تولي البيع والشراء^(٢). قال: (وَلَا يَكُونُ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ) كيلا يحابى، فإن لم يجد من يوكله

عقد بنفسه للضرورة، ولا فرق بين أن تتحقق المحاباة أم لا.

وقال مجلّي: ينبغي أن يقال: إن لم تكن محاباة صح، وإن كانت محاباة فهي كالهبة بحيث تحرم، وقلنا: يمتنع الملك فيفسد البيع في قدرها، وفي الباقي قولاً التفريق. ثم إذا وقعت خصومة لعامله أستاذ من يحكم بينه وبين خصومه؛ خوفاً من أن يميل إليه، أي: أستحباً. كما قال الماوردي^(٣).

فرع:

لا يختص هنا الحكم بالبيع والشراء بل يعم الإجارة وسائر المعاملات، بل نص في «الأم»: أنه لا ينظر في نفقة عياله، ولا أمر ضيعته، ويكله إلى غيره؛ تفرغاً لقلبه^(٤).

(١) قال المصنف في «البدر المنير» ٦٠٣/٩: وهذا الأثر لا يحضرني من خرج عنه. وقال الحافظ في «التلخيص» ١٩٥/٤: لم أجده. وانظر: «التكميل بما فات تخريجه في إرواء الغليل» (ص ١٥٢).

(٢) أنظر: «المبسوط» ٧٧/١٦. (٣) «الحاوي» ٤٣/١٦.

(٤) «الأم» ٢٠١/٦.

قال: (فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدَ قَبْلَ وِلَايَتِهِ) أي: ولا خصومة له، (حَرَمَ قَبُولُهَا) لأنه يدعو إلى الميل إليه، وينكسر به قلب خصمه في الصورة الأولى، ولأن الثانية سببها العمل ظاهراً. وفي «مسند أحمد» بإسناد حسن مرفوعاً من حديث أبي حميد الساعدي: «هدايا العمال غلول»^(١).

وفي «الوسيط»: في الثانية أنه يجوز القبول^(٢). وفي «النهاية»: أنه مكروه^(٣)، وعليه جرى في «البيسط». وهدية من لا خصومة له في غير محل ولايته كهدية من عهد منه الهدية قبل تولي القضاء لقراءة أو صداقة، ولا يحرم قبولها على الصحيح؛ لأنها ليست حادثة بسبب العمل.

قال: (وَإِنْ كَانَ يُهْدَى وَلَا خُصُومَةَ جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ) بخروج ذلك عن سبب الولاية. وقوله: (يُهْدَى) هو بضم الياء، من أهديت الهدية، وحكى الزجاج: هدى الهدية يهديها بفتح الياء^(٤).

(١) رواه أحمد ٤/٥٢٤، والبزار (٣٧٢٣)، والبيهقي في «الصغرى» ٤/١٣٥، ثلاثتهم من طريق إسماعيل بن عياش، عن يحيى بن سعيد، عن عروة بن الزبير، عن أبي حميد به.

قلت: إسماعيل بن عياش الحمصي صدوق في روايته عن أهل بلده -الشاميين- مخلط في غيرهم، وهو في هذه الرواية يروي عن غير أهل بلده فيحيى بن سعيد هو الأنصاري مدني.

وقال الهيثمي في «المجمع» ٤/٢٠٠: رواه البزار من رواية إسماعيل بن عياش، عن الحجازيين، وهي ضعيفة.

(٢) «الوسيط» ٧/٣١٥. (٣) «نهاية المطلب» ١٨/٥٧٦.

(٤) «معاني القرآن وإعرابه» ٢/٣٣٩.

قال: (وَالأُولَى. أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا) أي: أو يضعها في بيت المال، فإن زاد المهدي على القدر المعهود صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية، ثم لا يخفى أن الأولى أن يسد باب الهدية ولا يقبلها؛ حسماً لمادة التهمة.

فرع:

حيث حرم القبول فقبل فالأصح أن لا يملكه؛ لأنه قبول محرم فلا يفيد الملك، ويرد إلى مالكة لا إلى بيت المال على الصحيح، وإن لم يعرفه جعله في بيت المال.

فرع:

قال الماوردي: نزوله على أهل عمله ضيفاً كقبول هديتهم^(١).

فرع:

إذا كان للقاضي رزق من بيت المال لم يجوز أخذ عوض من الخصوم، وإن لم يكن فقال الشيخ أبو حامد: لو قال للخصمين: لا أقضي لكما حتى تجعلا لي رزقاً جاز، ومثله عن القاضي أبي الطيّب وغيره.

وهذا نحو ما نقل الهروي أن القاضي إذا لم / ٢٥٧ / يكن له رزق من بيت المال وهو محتاج، ولم يتعين عليه القضاء فله أن يأخذ من الخصم أجره مثل عمله وإن تعين. قال أصحابنا: لا يجوز الأخذ، وجوزه صاحب «التقريب».

وشرط الماوردي في جواز أخذ الرزق من الخصمين: أن يقطعه النظر عن كسبه، وأن يعلم به الخصمان قبل الترافع إليه، وأن يكون على الطالب والمطلوب، وأن يكون عن إذن الإمام ولا يجد متطوعاً، وأن يعجز الإمام عن دفع رزقه، وأن يكون ما يرتزقه من الخصوم غير مضر بهم، وأن لا يستزيد على قدر حاجته، وأن يكون قدر المأخوذ مشهوراً يتساوى فيه الخصوم وإن تفاضلوا في المطالبات، فإن أختل شرط من ذلك لم يجز^(١).

فرع:

بأذى الرشوة إن بذلها ليحكم له بغير الحق أو لترك الحكم عليه بالحق حرم عليه البذل، وإن كان ليصل إلى حقه فلا يحرم كفك الأسير. قال في «الروضة»: وأما المتوسط بين المرتشي والراشي فله حكم موكله منهما، وإن وكلا حرم عليه؛ لأنه وكيل للآخذ وهو محرم عليه^(٢). قال: (وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ) للتهمة، ولأنه إذا لم يجز الشهادة لهم فالحكم أولى. قال: (وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنهم أبعاضه، فأشبه قضاؤه لنفسه، والثاني: ينفذ؛ لأن القاضي أسير البيئة، فلا تظهر فيه تهمة، بخلاف الشهادة فإنها تتعلق بالشاهد خاصة. والثالث: يجوز بالإقرار دون البيئة للتهمة في مسامحة بتعديلها. حكاها الماوردي^(٣)، وصحح الإمام: أنه يقضي بالبيئة^(٤)، وخالفه في «البيسط».

(٢) «روضة الطالبين» ١١/١٤٣.

(٤) «نهاية المطلب» ١٨/٥٩٠.

(١) «الحاوي» ١٦/٢٩٤.

(٣) «الحاوي» ١٦/٢٠٢.

فرع:

لو أراد أن يقضي لهم بعلمه لم يجز قطعاً بخلاف الأجانب.

فرع:

يجوز أن يقضي على أصوله وفروعه كما يشهد عليهم.

فرع:

تحاكم إليه أبوه وابنه، فالأصح: أنه لا يحكم لأحدهما كما لو كانت الخصومة لأحدهما مع أجنبي، والثاني: إن تعارض؛ جانبهما بدفع التهمة، واختاره ابن أبي عَصْرُون.

فرع:

هل له أن يسمع البينة ويفوض الحكم إلى غيره؟ فيه وجهان حكاها الإمام، قال: والوجه: أنه لا يقبل تعديله البينة فيما يتعلق بولده^(١). قال: (وَيُحْكَمُ لَهُ) يعني: للقاضي (وَلَهُؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ) دفعاً للتهمة.

قال: (وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنه حاكم، وإن كان نائباً فأشبهه سائر الحكام، والثاني: لا، كهو، وبنوا هذا الخلاف على أن نائب الحاكم هل ينعزل بموته وانعزاله؟ إن قلنا: لا، فقد ألحقناه بالحكام المشتغلين. ويعكر على الوجه الثاني أن الإمام إذا رفع إلى القاضي فإنه يحكم كما جزم به الماوردي وغيره؛ لأن يهودياً حاكم يهودياً إلى شريح، وقد يفرق بأن القاضي يمكنه الترافع إلى غيره بخلاف الإمام^(٢).

(٢) «الحاوي» ١٦ / ٣٤٠.

(١) «نهاية المطلب» ١٨ / ٥٩٠.

فرع:

لو حكم على صديقه لعدوه نفذ، لا عليه على أصح الأوجه، ثالثها: ينفذ في ولاية التحكيم؛ لتوقفها على رضاه دون غيرها. حكاها الماوردي^(١).

فرع:

وصي اليتيم إذا ولي القضاء قيل: لا يقضي له؛ لأنه خصم في حقه كحق ولده، والأصح: جوازه؛ لأن كل قاض ولي الأيتام. قال ابن أبي عَصْرُون: وعليه العمل في الأمصار، أما حكم وصي الطفل له بما ليس داخلًا في ولايته فلا ينفذ الجزم به؛ لأنه لو شهد به جاز كما لو حكم له بنكاح أو وجوب حد.

فائدة:

قال الروياني^(٢): للأب أن يفتي ابنه في العبادات، وهل يكره له أن يفتيه / ٢٥٧ب/ في غيرها؟ فيه وجهان.

قال: (وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي، وَسَأَلَ الْقَاضِي أَنْ يُشْهَدَ عَلَى إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ، أَوْ الْحُكْمَ بِمَا ثَبَّتَ وَالْإِشْهَادَ بِهِ لَزِمَهُ) لأنه قد ينكر من بعد، فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إن قلنا لا يقضي بعلمه، وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه فربما نسي أو يعزل فلا يقبل قوله. وقيل: لا يلزمه الإشهاد فيما إذا أقام البينة على ما أدعاه وسأل القاضي الإشهاد عليه؛ لأن له بينة فلا حاجة إلى أي بينة أخرى، والأصح: اللزوم كما جزم به المصنف. ولو حلف المدعى عليه،

(١) «الحاوي» ٣٢٨/١٦.

(٢) «بحر المذهب» ٨٩/١٤.

وسأله الإشهاد ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى لزمه إجابته.
 قال: (أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجِلًّا بِمَا
 حَكَمَ اسْتُحِبَّ إِجَابَتُهُ) لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب.
 قال: (وَقِيلَ: تَجِبُ) توثيقاً لحقه كما يجب الإشهاد، وصححه
 الفَارِقِيُّ، ومحل الخلاف: إذا كان عنده قرطاس من بيت المال، فإن
 لم يكن ولم يأت به الطالب فلا تجب إجابته جزماً. وفي التسجيل وجه
 ثالث: أنه يجب في الدين المؤجل، والوقف، وأموال المصالح، ولا
 يجب في الحال والحقوق الخاصة، وحكاه الماوردي في المحضر
 أيضاً^(١)، واقتصر في «الكفاية» على حكايته عنه في المحضر دون التسجيل.
 قال: (وَيُسْتَحَبُّ نُسْخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ فِي دِيْوَانِ
 الْحُكْمِ) أي: وتختم، ويكتب على رأسها أسم الخصمين، ويضعها في
 خريطة ونحوها.

فرع:

قال الهروي: إن أوجبنا التسجيل على القاضي لم يجز له أخذ الأجرة
 عليه، وإلا فيجوز، وأطلق بعضهم القول بالجواز، وهو موافق لمنع
 الوجوب، وهو الأصح، وكذا استتجار المفتي ليكتب الفتوى.
 قال: (وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادٍ ثُمَّ بَانَ خِلَافَ نَصِّ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ) أي: إما
 متواترة أو خبر آحاد (أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ قِيَاسٍ [جَلِيٍّ نَقَضَهُ]^(٢) هُوَ وَعَايِرُهُ) لأن
 الاجتهاد إنما يسوغ إذا لم يخالف ذلك، فإذا خالف كان مردوداً، وفي

(١) «الحاوي» ٢٠٥/١٦.

(٢) في «الأصل»: (حكى بعضه)، والمثبت من «المنهاج».

الصحيحين من حديث عائشة: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»^(١)، وروي عن عمر في ذلك آثار لم ينكرها أحد؛ لأن الرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل كما كتب به عليه السلام إلى أبي موسى، وفي أوله: لا يمنعك قضاء قضيته ثم راجعت فيه نفسك فهديت لرشده أن تنقضه؛ فإن الحق قديم لا ينقضه شيء^(٢).

وكان عمر رضي الله عنه يفاضل بين الأصابع في الدية؛ لتفاوت منافعها حتى روي له الخبر في التسوية فنقض حكمه، وعن علي رضي الله عنه أنه نقض قضاء شريح بأن شهادة المولى لا تقبل بالقياس الجلي، وهو أن ابن العم تقبل شهادته مع أنه أقرب من المولى^(٣)، وقيل: لا ينقض ما خالف خبر الواحد. حكاه ابن أبي الدَّم.

فائدة:

النص لغة عبارة عن الظهور، ومنه: سُمِّي كرسى العروس منصة؛ لظهوره عليه، والسنة لغة: الطريقة، والإجماع: الاتفاق، والقياس:

(١) «صحيح البخاري» (٢٦٩٧)، و«مسلم» (١٧/١٧١٨) بهذا اللفظ. ومسلم في (١٨/١٧١٨) بلفظ «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا، فهو رد».

(٢) رواه ابن شبة في «تاريخ المدينة» ٢/٧٧٥، والدارقطني في «سننه» ٥/٣٦٧، ٣٦٩، والبيهقي في «الصغرى» ٤/١٣٣، ١٠/٢٠٤، ٢٥٢، والبغوي في «شرح السنة» ١٠/١١٤. وكلهم إلا البغوي قالوا: فهديت لرشدك.

ولهذا الحديث طرق، قال ابن حجر في «التلخيص» ٤/١٩٦: وساقه ابن حزم من طريقين وأعلهما بالانقطاع، لكن أختلف المخرج فيهما مما يقوي أصل الرسالة، لاسيما وفي بعض طرقه أن راويه أخرج الرسالة مكتوبة اهـ.

(٣) قال المصنف في «خلاصة البدر المنير» ٢/٤٣٦: رواه الدارقطني والبيهقي. وقال الحافظ في «التلخيص» ٤/١٩٦: لم أجده.

التقدير، ومنه: قست الثوب بالذراع إذا قدرته به.

فرع:

هل يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال ليرافعا إليه لينقض الحكم؟ فيه وجهان / ٢٥٨ /:

أحدهما: لا إن علما أنه بان له الخطأ، فإن ترافعا إليه نقض. وأصحهما: نعم، وإن علما أنه بان له الخطأ؛ لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض وإن بان الخطأ، لهذا في حقوق الآدميين، وأما ما يتعلق بحدود الله تعالى فيبادر إلى تداركه إذا بان له الخطأ.

قال: (لا خَفِيَّ) أي: إذا ظهر له قياس خفي رجع عنده ما حكم به، ورأى أنه الصواب فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانيًا، ولا ينقض ما حكم به أولًا، بل يمضيه؛ لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما أستمروا حكم، ولشق الأمر على الناس، ومشهور عن عمر رضي الله عنه أنه حكم بحرمان الأخ من الأبوين في المَشْرَكَةِ ثم شرك بعد ذلك، ولم ينقض قضاء الأول، وقال: ذلك على ما قضيناه، وهذا على ما يقضي^(١)، وكذلك لا ينقض قضاء غيره بذلك.

فرع:

لا يتبع قضاء غيره، وإنما ينقضه حيث ينقض إذا رفع إليه، وله أن

(١) رواه الدارمي (٦٧١) من طريق، معمر عن سماك بن الفضل، عن وهب بن منبه، عن الحكم بن مسعود قال: أتينا عمر ... فذكره.
قال الذهبي في «ميزان الاعتدال» ١/ ٥٨٠ - بعد أن ساق هذا الحديث بهذا الطريق - قلت: هذا إسناد صالح.

يتبع قضاء نفسه لينقضه، ولو كان المنصوب قبله للقضاء لا يصلح للقضاء
نقض أحكامه كلها، وإن أصاب فيها؛ لأنها صدرت عن لا ينفذ حكمه.

فائدة:

القياس الجلي: هو الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث يبتغي
أحتمال افتراقهما أو يبعد من ذلك، كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في
قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ﴾ [الإسراء: ٢٣]، وما فوق الذرة بالذرة في
قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧]، والنقيير بالنقيير
في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾ [النساء: ١٢٤] ونظائره، فإن الفروع بهذه
الأحكام أولى من الأصول، وبعض الأصحاب لا يسمي هذا قياسًا،
ويقول: هذه إلحاقيات مفهومة من النص.

وأما غير الجلي فما لا يزيل أحتمال المفارقة، ولا يبعده كل البعد،
فمنه: ما العلة فيه مستنبطة كقياس الأرز على البر بعله الطعم.

وقال ابن القاص: هو من القياس الجلي، والصحيح الأول.
ومنه: قياس الشبه، وهو أن تشبه الحادثة أصليين، إما في الأوصاف
بأن تشارك كل واحد من الأصليين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة
فيه، وإما في الأحكام كالعبد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال في
بعضها فيلحق بما المشاركة فيه أكثر.

وربما سمي قياس الشبه خفيًا، والذي قبله غير الجلي واضحًا.
واختلف الأصحاب في صحة قياس الشبه وفي حجيته.

قاعدة:

المسائل الفروعية الاجتهادية إذا اختلف المجتهدون فيها فأظهر
القولين ومنهم من قطع به: أن الحق فيها واحد والمجتهد مأمور

بإصابته، والذاهب إلى غيره مخطئ.

والثاني: أن كل مجتهد مصيب؛ لأن كل واحد منهم مأمور بالعمل بما أداه أجهاده إليه، وغير الحق لا يؤمر بالعمل به، ولأنه لو كان كذلك (...)^(١) الأولون ممن يخالف الحق، وليمنعهم كما فعلوا بمانعي الزكاة، فإن قلنا: المصيب واحد فالمخطئ معذور غير آثم بل مأجور كما نطق به الحديث الصحيح^(٢)، وفي وجه ضعيف: يآثم.

وعلام يؤجر ٢٥٨/ب/ المخطئ؟ فيه وجهان عن أبي إسحاق: أحدهما: وهو ظاهر النص، واختيار المزني: أنه يؤجر على قصده الصواب، ولا يؤجر على الاجتهاد؛ لأنه أفضى به إلى الخطأ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به.

والثاني: يؤجر عليه وعلى الاجتهاد جميعاً.

وإذا قلنا كل مجتهد مصيب فهل نقول الحكم والحق في حق كل واحد من المجتهدين ما ظنه أم الحق واحد، وهو أشبه مطلوب إلا أن كلاً منهم مكلف بما ظنه لا بالإصابة؟ الأشبه وجهان، أختار الغزالي الأول، وبالثاني أجاب العراقيون، وحكوه عن القاضي أبي حامد والداركي.

وقال الغزالي في «المستصفى»: كل مجتهد مصيب وإن خالف الإجماع؛ لعدم علمه به حتى يطلع عليه.

(١) كلمة غير واضحة بالأصل. وتشبه (لكثيراً) في الرسم.

(٢) وهو ما رواه البخاري (٧٣٥٢)، ومسلم (١٧١٦) عن عمرو بن العاص. وقد تقدم تخريجه في أول هذا الكتاب.

وقولنا أولاً: (المسائل الفروعية) يحترز به عن أصول الدين؛ فإن العلماء أجمعوا على أن المصيب فيه واحد، وأن المخطيء فيه آثم، وأنه لا يجوز التقليد فيه، وهو يخالف الفروع في الثلاثة، وخالف الإجماع: داود الظاهري وأبو الحسن العنبري، فقالا: كل مجتهد فيه مصيب كالفقه، ومخالفتهما لا تقدر في الإجماع، وحمل بعض العلماء ذلك على المسلمين، لكن حكى بعضهم التصريح عن العنبري أنه في الكفار أيضاً^(١).

قال الأصوليون: وأصول الفقه توافق أصول الدين في هذه الأمور الثلاثة.

قال: (وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا) أي: حتى لو حكم بشهادة الشهود بظاهر التعديل وهم كذبة لا يفيد حكمه الحل باطنًا، سواء كان الحكم بمال أو نكاح أو غيرهما؛ لقوله؟: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه؛ فإنما أقطع له قطعة من النار» متفق عليه من حديث أم سلمة رضي الله عنها^(٢).

وفي رواية للبخاري: «فمن قضيت له بحق أخيه شيئًا فلا يأخذه». ويروى في كتب الفقه والأصول: «إنما نحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر»^(٣) ولا أعرف مخرجه.

(١) أنظر: «الشفاء بتعريف حقوق المصطفى» ٢/ ٢٨٠.

(٢) «صحيح البخاري» (٢٦٨٠، ٦٩٦٧، ٧١٦٩)، ومسلم (١٧١٣).

(٣) قال المصنف في «البدر المنير» ٩/ ٥٩٠: هذا الحديث غريب لا أعلم من خرجه

كذلك^(١)، وأيضاً فإنه قضاء بشهادة الزور فلا يفيد الحل كالأملاك المطلقة، فإن الخصم وافق عليها.

وإذا كان المحكوم به نكاحاً لم يحل للمحكوم له الوطء كما في الرافعي^(٢)، وأبدله في «الروضة» بالاستمتاع^(٣)، وهو حسن، وعليها الامتناع والهرب ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها، فإن وطئ قال الشيخ أبو حامد: هو زانٍ ويحد. وخالفه ابن الصَّبَّاح والرُّوياني؛ لأن أبا حنيفة يجعلها منكوحة بالحكم، وذلك شبهة للخلاف في الإباحة، ورجحه الرافعي في نظيره^(٤) كما سيأتي.

وإن كان المحكوم به الطلاق حل للمحكوم عليه وطؤها إن تمكن لكن يكره؛ لأنه يعرض نفسه للتهمة والحد، ويبقى التوارث بينهما، ولا تبقى النفقة للحيلولة.

وإذا تزوجت بآخر فالحل مستمر للأول، فإن وطئها الثاني جاهلاً

من أصحاب الكتب المعتمدة ولا غيرها، وسُئل عنه المزي، فقال: لا أعرفه وقال العراقي في «المغني» ١٠٩٧/٢: لم أجد له أصلاً، وكذا قال المزي لما سُئل عنه. وغاية ما صح في ذلك، ما رواه البخاري (٢٦٤١) من حديث عمر بن الخطاب أنه قال: إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيراً أمناه وقربناه، وليس إلينا من سريره شيء، الله يحاسبه في سريره، ومن أظهر لنا سوءاً لم نأمنه ولم نصدقه، وإن قال إن سريره حسنة.

وانظر: «التلخيص الحبير» ١٩٢/٤، و«المقاصد الحسنة» للسخاوي ١٦٢/١.

(١) أنظر: «الإبهاج شرح المنهاج» للسبكي ١٧٤/٣.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٨٣/١٢. (٣) «روضة الطالبيين» ١٥٣/١١.

(٤) «الشرح الكبير» ٤٨٣/١٢.

بالحال فهو وطء شبهة، ويحرم على الأول في العدة، وإن كان الثاني عالمًا، أو نكحها أحد الشاهدين ووطئ، فوجهان:

أحدهما: يحد، ولا يحرم على الأول في العدة. والأشبه: أنه وطء شبهة؛ لما سبق، لهذا كله في حكم القاضي الذي لا إنشاء فيه /٢٥٩/ وإنما هو تنفيذ لما قامت الحجة عليه.

أما الإنشاءات كالتفريق بين المتلاعنين وفسخ النكاح بالعيب والتسلط على الأخذ بالشفعة وما أشبهها فإن ترتبت على أصل كاذب، بأن فسخ بعيب قامت به شهادة زور، فهو كالضرب الأول، وإن ترتبت على أصل صادق، فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين نفذ ظاهرًا وباطنًا، وإن كان مختلفًا فيه نفذ ظاهرًا، وفي الباطن أوجه:

أصحها عند جماعة منهم البغوي: النفوذ مطلقًا؛ لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع^(١).

والثاني: المنع، ورجحه الغزالي؛ لتعارض الأدلة وتقابل النظر^(٢).

والثالث: إن أعتقده الخصم أيضًا نفذ باطنًا وإلا فلا.

وهذه الأوجه في اقتداء الشافعي بالحنفي، وعكسه، وقد أشير إلى بناء الأول والثاني على أن كل مجتهد مصيب أم لا، فإن منعنا النفوذ باطنًا ومطلقًا أو في حق من لا يعتقده لم يحل للشافعي الأخذ بحكم الحنفي بشفعة الجوار أو بالتوارث بالرحم، إذا لم نقل نحن به، وعلى هذا يمنعه القاضي لاعتقاد المحكوم له أم لا لاعتقاد نفسه؟ وجهان:

(١) «التهذيب» ٢٢٢/٨.

(٢) «الوسيط» ٣٠٧/٧.

أصحهما: الثاني، ومن قال بالمنع فقد يقول لا ينفذ في حقه لا ظاهرًا ولا باطنًا.

فرع:

هل تقبل شهادته بما لا يعتقده كشافعي يشهد بشفعة الجوار؟ وجهان في «التهذيب»^(١)، أصحهما في «الروضة»: القبول^(٢)؛ لأنه مجتهد فيه والاجتهاد [إلى القاضي]^(٣) لا إلى الشاهد.

فرع:

قال للقاضي رجلان: كان بيننا خصومة في كذا فحكم القاضي فلان بيننا بكذا، ونحن نريد أن نستأنف الحكم بيننا باجتهادك، ونرضى بحكمك فهل يجيبهما أم يتعين إمضاء الحكم الأول ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟ وجهان:

أصحهما: الثاني.

قال: (وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ) أي: بأن يشهد شاهدان بزوجة وهو يعلم أن بينهما محرمة أو طلاقًا بائنًا ونحو ذلك، أو شهدا على موت إنسان في تاريخ ذكراه وهو يعلم أنه كان حيًا في ذلك الزمان، أو برق عبدٍ والقاضي يعلم أنه أعتقه.

واعلم أن الرافعي في «المحرر» لم يدع الإجماع بل ادّعى نفي الخلاف^(٤)، وهو تابع في ذلك القاضي حسين وغيره؛ لكن في

(١) «التهذيب» ٢٢٣/٨. (٢) «روضة الطالبين» ١١/١٥٤.

(٣) ساقطة من الأصل، والمثبت من «التهذيب».

(٤) «المحرر» (ص ٤٨٨).

الماوردي: إذا شهد عنده شاهدان بما يعلم خلافه لم يجوز أن يحكم بعلمه، قال: واختلف أصحابنا في جواز حكمه بالشهادة على وجهين: أحدهما: يحكم بها؛ لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه دون علمه. والثاني: وهو أصح لا يجوز أن يحكم بها؛ لأنه متحقق لكذبها^(١). قال: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ) لأنه إذا حكم بما يفيد الظن، وهو: شاهدان أو شاهد ويمين فبالعلم أولى، وقطع بعضهم بهذا.

قال الربيع: كان الشافعي يرى القضاء بالعلم، ولا يبوح به مخافة القضاة السوء^(٢)، فعلى هذا قال الماوردي: يشترط لنفوذه أن يقول: قد علمت أن له عليك ما أدعاه، وقد حكمت عليك بعلمي /٢٥٩ب/ فإن أغفل شيئاً من ذلك لم ينفذ^(٣).

والثاني: لا؛ لقوله ﷺ في قصة الملاعة: «لو كنت راجماً من غير بينة لرجمتها»^(٤)، ولأن فيه تهمة، والتهمة تمنع القضاء، ولذلك لا يقضي لوالده وولده، والأول أجاب عن معنى التهمة: بأن القاضي لو قال: ثبت عندي، وصح لدي كذا لزم قبوله ولم يبحث عما صح وثبت به، والتهمة قائمة، وسواء على القولين ما علمه في زمن ولايته ومكانها، وما علمه في غيرها كما صرح به في «المحرر»^(٥)، وأفهمه إطلاق المصنف، فإن قلنا: لا يقضي بعلمه فذلك إذا كان مستنده مجرد العلم، أما إذا شهد رجلان

(١) «الحاوي» ١٦/٣٢٥.

(٢) «الأم» ٦/٢٠٢ وما بعدها. (٣) «الحاوي» ١٦/٣٢٤.

(٤) رواه مسلم (١٤٩٧).

(٥) «المحرر» (ص ٤٨٨).

تعرف عدالتهما فله أن يقضي، ويغنيه علمه بهما عن تزكيتهما، وفيه وجه ضعيف للتهمة.

فرع:

لو أقر بالمدعى في مجلس قضائه قضى بذلك قضاءً بالإقرار لا بعلمه، وإن أقر عنده سرّاً فعلى القولين، وقيل: يقضي قطعاً.

فرع:

لو شهد عنده واحد فهل يغنيه علمه عن الشاهد الآخر؟ فيه وجهان: أصحهما: لا؛ لأن الحجة لم تتم، والثاني: نعم؛ لانكسار سورة التهمة.

فرع:

قال الإمام: اللوث إذا عاينه القاضي له أعتاده قطعاً^(١)، وقد قدمت هذا عنه في كتاب دعوى الدّم أيضاً.

قال: (إِلَّا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى) لأنها تدرأ بالشبهات، ويندب سترها، وفي «مسند أحمد» عن أبي بكر الصديق، بسند صحيح، أنه قال: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله تعالى ما أخذته به، ولا دعوت له أحداً حتى يكون معه غيري^(٢)، وهذا هو الأصح، وقيل: بجريان الخلاف أيضاً،

(١) «نهاية المطلب» ٩/١٧.

(٢) لم أقف عليه في «المسند» ورواه الخرائطي في «مكارم الأخلاق» ١٤٧/١ (٤٣١)، عن صالح بن أحمد بن حنبل، عن أبيه، عن سعد بن إبراهيم، عن أبيه، عن صالح بن كيسان، عن ابن شهاب، عن زبيد بن الصلت، عن أبي بكر به. ورواه ابن نصر في «فوائده» ٥٤/١ (٢٤) من طريق علي بن جعد، عن ابن أبي ذئب، عن الزهري قال: قال أبو بكر الصديق - فذكره. والبيهقي في «الكبرى» ٢٤٢/١٠ من طريق سفيان عن ابن أبي ذئب به.

ويجوز في المال قطعاً، وكذا في القصاص وحد القذف على الأظهر؛
أعتماداً على حصول العلم، والثاني: لا؛ لأن العقوبات يوسع في
رفعها، ولا يوسع بابها.

فرع:

لو علمه بالخبر المتواتر فخلاف مرتب. حكاها الإمام^(١).

فرع:

أشار الإمام إلى أن الحاكم لا يقضي بعلمه في الإعسار، وقال: كل
شهادة كان يدركها يقيناً فإذا علمه الحاكم ففي حكمه بذلك خلاف، ولو
أنتهى فيما لا يعلم إلى حد تجوز له الشهادة كالإعسار ونحوه لم يجز له
القضاء وإن جازت له الشهادة^(٢).

فرع:

طرد بعضهم الخلاف في كل شيء حتى في الجرح والتعديل، وهي
طريقة في «الحاوي» وغيره^(٣)، وظاهر كلام المصنف يشملها، والذي قاله
العراقيون: أنه يقضي بعلمه في الجرح والتعديل قولاً واحداً، وظاهر كلام
المراوغة: حكاية الخلاف في التعديل فقط.

قال المصنف في «البدر المنير» ٦٠٦/٩: ذكره أحمد ... وإسناده صحيح إليه.
قلت: إسناده الخرائطي صحيح، والإسنادان الآخران من طريق الزهري عن أبي
بكر منقطعان لأن الزهري لم يلق أباً بكر.

(١) «نهاية المطلب» ٦١٣/١٨ - ٦١٤.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٢٢/٦.

(٣) «الحاوي» ٣٢١/١٦، وانظر: «نهاية المطلب» ٤٨٧/١٨.

فائدتان:

إحداهما: عن الإصطخري رحمه الله: أنه يتعين العلم بالقضاء في مواضع، منها: أن يقر عنده بالطلاق الثلاث ثم يدعي زوجيتها، أو يدعي أن فلاناً قتل أباه وهو يعلم أنه قتله غيره، أو أن هذه أبنتي ويصدقها وهو يعلم أنها ليست / ١٢٦٠ / أبنته.

الثانية: المراد بالعلم: الظن المؤكد لا اليقين على ما دل عليه كلام الأئمة كما قاله الرافعي^(١)، وقال الإمام: المراد اليقين لا الظن، وتبعه الغزالي^(٢).

قال: (وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ، أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّكَ حَكَمْتَ أَوْ شَهِدْتَ بِهَذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ، وَلَمْ يَشْهَدْ حَتَّى يَتَذَكَّرَ) لإمكان التزوير، ومشابهة الخط، ورجوعاً إلى اليقين، فإن تذكر القاضي فيما إذا رأى ورقة فيها حكمه أمضاه، وعمل به كما لو طلب منه العمل في الابتداء.

وقيل: إنه على القولين في القضاء بعلمه، وفيما إذا شهدا عنده أنك حكمت بكذا قول مخرج أنه يمضيه بشهادتهما، وفيما إذا شهدا أنك شهدت بكذا مخالفة لرواية الحديث؛ فإن الراوي إذا نسي جاز له أن يقبل الرواية ممن سمعها منه على الصحيح، لكن الفرق ما سيأتي: أن باب الرواية أوسع، ولهذا يُقبل من العبد والمرأة، ومن الفرع مع وجود الأصل، وغير ذلك.

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٨٨.

(٢) «نهاية المطلب» ١٨/٥٨٠، «الوسيط» ٧/٣٠٨.

قال: (وَفِيهَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا) أي: كالمحضر والسجل الذي يحتاط فيه القاضي كما سبق؛ لبعد التحريف، والأصح: الأول؛ لاحتماله.

قال: (وَلَهُ الْحَلْفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقٍّ وَأَدَائِهِ أَعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ مُورِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ) قال القفال: وضابط وثوقه: أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة: لفلان علي كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به، بل يؤديه من التركة، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة: بأن خطرهما عظيم وعام، ولأن القضاء والشهادة يتعلق به، ويمكن فيه التذكر، والرجوع إلى اليقين، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين فجاز أعتماذ الظن فيه، حتى لو وجد بخط نفسه: (أن لي على فلان كذا) أو (أدبت إلى فلان دينه) لم يجز الحلف حتى يتذكر. قاله في «الشامل»، ونقله الرافعي في «الشرح الصغير» عن غير «الشامل» أيضاً^(١)، وجزم به في «الشرح الكبير» في كتاب «الشفعة» في الكلام على ما إذا أشتري بجزاف، فقال: قد يستند اليمين إلى التخمين، ولهذا له أن يحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه^(٢).

فرع:

قال الصِّمَرِيُّ: ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة؛ ليستعين بها على التذكر، ويقرب من هذا ذكر التاريخ وموضع التحمل، ومن كان معه حينئذ ونحو ذلك، وحكى أبو محمد الحداد من الأصحاب: أن بعض علمائنا ممن ولي قضاء البصرة كان

(١) أنظر: «الشرح الكبير» ٤٩١/١٢. (٢) «الشرح الكبير» ٥١٧/٥.

يكتب أن الذي شهدت عليه يشبه فلاناً -يعين رجلاً قد قبله علماً- ويستعين بذلك على التذكر، وهذا أبلغ من إثبات الحلية.

قال: (وَالصَّحِيحُ: جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطِّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ) لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً، و باب الرواية على التوسعة، والثاني: المنع إلى أن يتذكر كما في الشهادة، ولا يكفيه رواية السماع بخطه أو خط ثقة. فرع:

الأظهر المشهور: جواز الرواية بالإجازة خلافاً للقاضي حسين والماوردي^(١)، وهو أحد قولي الشافعي، وهي ستة أنواع بينها المصنف رحمه الله، ونقل منعها عن الفقهاء -أعني: الماوردي-، والأصح: صحة الإجازة العامة كأجزت المسلمين، أو كل أحد، أو من أدرك زمانني لا لفلان، ولمن يولد له على الأصح، والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الصحيح^(٢).



(١) «الحاوي» ١/ ٢٣ - ٢٤.

(٢) حاشية بالأصل: وإذا كتب الإجازة أستحب أن يتلفظ بها، فإن أقصر على الكتابة مع قصد الإجازة صحت كالقراءة عليه مع سكوته.

(فصل)

قال: (لَيْسَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولِ عَلَيْهِ) أي: وإن / ٢٦٠ ب/ اختلفا في الحرية والرق والشرف وغيره فلا يدخل أحدهما قبل الآخر، (وَقِيَامٍ لَهُمَا) أي: بأن يقوم لهما أو يترك، (وَاسْتِمَاعٍ، وَطَلَاقَةٍ وَجْهِ، وَجَوَابِ سَلَامٍ وَمَجْلِسٍ) أي: وسائر أنواع الإكرام، ولا يخص أحدهما بشيء من ذلك؛ لأنه ينكسر به قلب الآخر، ويمنعه من إقامة حجته، وأبدى ابن أبي الدَّمِّ احتمالاً في منع القيام لهما؛ لأنه قد يكون أحدهما شريفاً والآخر وضيعاً فيعلم أن قيامه للشريف فقط، قال: فلو قام لأحدهما إما عمداً أو ظناً أنه لم يأت محاكماً فإما أن يقوم للآخر مثله أو يعتذر إليه بأنه لم يعلم بمجيئه مخاصماً.

قال الماوردي: وحضور الخصمين في المخاصمة يسقط عنهما سنة السلام، فإن سلما أجابهما معاً^(١).

وإن سلم أحدهما فهل يرد عليه في الحال أو بعد الحكم أو يرد عليهما؟ فيه أربعة أوجه حكاهما الروياني ومُجَلِّي والعراقي وابنُ يونس، وقال القاضي حسين والبغوي: إما أن يسكت أو يقول للآخر: سلم، فإذا سلم رد عليهما^(٢). قال الإمام: وامتناع الرد عندي سرف فإنه محمول على ابتداء أحدهما بالسلام فلا يظهر فيه ميل^(٣). وفي الرافعي عن الأصحاب: أنه يصبر حتى يسلم الآخر فيجيبهما، ولا بأس بقوله للآخر: سلم، فإذا سلم أجابهما، واعترض بأن قوله:

(١) «الحاوي» ٤٦/١٦.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٧٢/١٨.

(٣) «التهذيب» ١٨٢/٨.

سلم، أشتغال بغير الجواب فيقطع الجواب، قال: وكأنهم أحتملوه رعاية للتسوية.

وفي وجه: أنه يجوز له ترك الجواب مطلقاً^(١)؛ لأن المسلم أوقعه في غير موضعه كما لا يجب رده على الأكل، ومقتضاه: أنه لا يجب الرد إذا سلما معاً، ورواه بعضهم عن القفال والقاضي.

والمراد بالتسوية بينهما في المجلس: أن يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله إذا كان شريفين أو يجلسهما بين يديه، وهو الأولى على الإطلاق؛ لما روى أبو داود والحاكم وصححه [عن]^(٢) عبد الله ابن الزبير رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم^(٣). ولأن النظر إليهما والاستماع لكلامهما حينئذ يكون أسهل.

قال الماوردي: ولا تسمع الدعوى وهما قائمان حتى يجلسا تجاه وجهه، ويجلسا متقاربين إلا أن يكونا رجلاً وامرأة غير محرم فيتباعدان، قال: وجرت العادة بجلوس الخصوم برّكاً على الركب لكن المرأة تتربع؛ لأنه أستر^(٤).

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٩٣.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) رواه أبو داود (٣٥٨٨)، وأحمد ٤/٤، والطبراني في «الكبير» ١٣/١٠٣، والحاكم ٤/٩٤، والبيهقي من طريق أبي داود، في «الصغرى» ٤/١٣٢ وفي «الكبرى» ١٠/٢٢٨، جميعهم من طريق مصعب بن ثابت عن ابن الزبير به - وذكر بعضهم في الحديث قصة - قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وأشار المصنف في «البدر المنير» ٩/٥٩٥ إلى تضعيفه - مستدركا على الحاكم - من أجل مصعب بن ثابت.

(٤) «الحاوي» ١٦/٢٧٥ - ٢٧٦.

ولو حضر وكيل وموكله، قال الرِّبْلِيُّ: يجب أن يكون الوكيل وموكله وخصمه مستورين، ولا يجوز أن يكون الموكل بجنب القاضي، ويقول: وكيلني جالس مع الخصم، وهو ظاهر.

تنبيه:

التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح، واقتصر ابن الصَّبَّاح على الاستحباب.

قال: (وَالْأَصَحُّ: رَفَعَ مُسْلِمٌ عَلَى ذِمِّي فِيهِ) يعني: في المجلس إكراماً له، وفيه قصة في «البيهقي» حسنة لكن في إسنادها ضعف، والثاني: يسوي بينهما للخبر السالف، ولأنه يسوي بينهما في الإقبال عليهما والاستماع منهما فكذا في المجلس، قال الرافعيُّ: ويمكن أن يكون الوجهان في رفع المجلس جاريين في سائر وجوه الإكرام^(١)، وقد ٢٦١/ صرح بذلك الفورانيُّ قبله.

فروع:

ليقبل القاضي على الخصمين بمجامع قلبه، وعليه السكينة، ولا يمازح أحدهما، ولا يضاحكه، ولا يشير إليه، ولا يسارره، ولا ينهرهما، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعل ما يقتضي التأديب.

ولا يضيف أحدهما دون الآخر، ويجوز أن يضيفهما معاً على الصحيح، ومنعه أبو إسحاق؛ لأنه يتوهم كل واحد أن المقصود بالضيفا صاحبه وأنه تبع، قال الرافعيُّ: وهذا يشكل بسائر وجوه التسوية. وله أن يشفع لأحدهما، ويؤدي المال عن من عليه؛ لأنه ينفعهما.

(١) «الشرح الكبير» ١٢/ ٤٩٤.

ولا يتعنت الشهود، فيقول: لم تشهدون، وما هذه الشهادة فيشوش عليهم.

ولا يلغن المدعي الدعوى بأن يقول: أدع عليه كذا، ولا المدعى عليه الإقرار أو الإنكار، ولا يجري المائل إلى النكول على اليمين، وكذا لا يلغن الشاهد الشهادة ولا يجريه إذا مال إلى التوقف، ولا يشككه، ولا يمنعه إذا أراد الشهادة هذا في حقوق الأدميين، وأما حدود الله تعالى فالقاضي يرشد إلى الإنكار على ما هو موضح في موضعه. وإذا أدعى دعوى غير محررة، قال الإصطخري: يجوز أن يبين له كيفية الدعوى الصحيحة، وقال غيره: لا يجوز، وصححه صاحب «التنبيه»، قال القاضي أبو الطيّب: وهو ما عليه سائر الأصحاب. وتعريف الشاهد كيفية الشهادة على هذين الوجهين، قال في «العدة»: أصحهما الجواز، وظاهر النص: المنع. ولا بأس بالاستفسار بأن يدعي دراهم، فيقول: أهي صحاح أم مكسرة؟^(١) وفيه وجه حكاه الإمام^(٢).

ويستحب إذا أراد الحكم أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قامت البينة عليك بكذا، ورأيت الحكم عليك، فيكون أطيّب لقلبه، وأبعد عن التهمة. ونص في «الأم»: أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم، ويؤخر الحكم اليوم واليومين إذا سألهما فجعله في حل من التأخير، فإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخر^(٣).

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٩٤ - ٤٩٥. وانظر: «التنبيه» (ص ٢٥٤).

(٢) «نهاية المطلب» ١٨/٥٠٠. (٣) «الأم» ٦/٢٢٤.

فرع آخر:

للقاضي أن يعود المرضى، ويشيع الجنائز، ويزور القادمين، فإذا لم يمكنه الاستيعاب فعل الممكن من كل نوع، ويخص به من عرفه وقرب منه، وقيل: هو كإجابة الوليمة تعم الجميع أو تترك الجميع، ولا فرق في هذه الأنواع بين المتخاصمين وغيرهما، وفي «أمالى السرخسي»: لا يعود الخصم، ولا يزوره إذا قدم، لكن يشهد جنازته، وحضوره اللوائم قدمته في بابه. قال الروياني^(١): وإذا جاء خصمان بدأ بهما قبل صلاة الجنازة؛ لأن القضاء فرض عين.

قال: (وَإِذَا جَلَسَا) أي: بين يديه، (فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ) لأنهما حضرا الكلام، (وله أَنْ يَقُولَ: لِيَتَكَلَّمَ الْمُدَّعِي) لأنه ربما هابه، قال القاضي أبو الطيب وغيره: ولا يقول لأحدهما: تكلم؛ لئلا ينكسر قلب الآخر، قال الرافعي وغيره: وله أن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه أو بين يديه كان أولى^(٢).

فرع:

لو سكتا بلا سبب لم يتركهما بل يقول: ما خطبكما، وقيل: يسكت، فإن أدعى أحدهما / ٢٦١ب/ وإلا أقيما. حكاه ابن أبي الدَّم.

فرع:

قال الماوردي: الأولى للخصم أن يستأذنه في الكلام^(٣).

(٢) «الشرح الكبير» ١/ ٤٩٥.

(١) «البحر» ١١/ ٧٧.

(٣) «الحاوي» ١٦/ ٢٧٩.

قال: (فَإِذَا أَدْعَى) أي: دعوى صحيحة، (طَالَبَ خَصْمَهُ بِالْجَوَابِ) لأنه به تنفصل الخصومة، وهذا هو الأصح، وقيل: لا يطالبه بالجواب حتى يسأل المدعي؛ لأنه حقه كما لا يطالبه بإيفاء المال حتى يسأل المدعي.

قال الماوردي: ويتخرج على الخلاف ما إذا حكم بالبينة قبل السؤال فينفذ على الأول دون الثاني^(١).

قال: (فَإِنْ أَقَرَّ فَذَلِكَ) أي: وللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه، قال الشيخ أبو حامد: وحينئذ يحكم بأن يقول: أخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك، وما أشبهها كذا ذكره الرافعي عنه هنا^(٢)، وقال في أثناء الباب الأول من الدعاوى في الوصف الثاني في حد الدعوى الصحيحة: وإذا أدعى ولم يقل للقاضي: مره بالخروج من حقي أو سله جواب دعواي، فهل يطالبه القاضي؟ وجهان، قال ابن الصَّبَّاح: الأصح: نعم؛ للعلم بأنه الغرض من الحضور وإنشاء الدعوى، وقال القاضي أبو سعد: الأصح: لا؛ لأنه حقه فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين^(٣). قال في «الروضة»: والأول أقوى^(٤).

فرع:

هل يثبت المدعى بمجرد الإقرار أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟
وجهان:

أحدهما: يفتقر كالشوت بالبينة.

(١) «الحاوي» ٣٠٢/١٦. (٢) «الشرح الكبير» ٤٩٥/١٢.

(٣) «الشرح الكبير» ١٥٨/١٢ - ١٥٩. (٤) «روضة الطالبيين» ١٠/١٢.

وأصحهما: لا؛ لأن دلالة الإقرار على وجوب الحق جلية، والبينة تحتاج إلى نظر واجتهاد، واستشكل الرافعي مجيء الخلاف^(١).

قال: (وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟) لما روى مسلم من حديث وائل بن حجر أن رجلاً من حضرموت وآخر من كندة أتيا رسول الله ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها فليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه». الحديث^(٢).

قال: (وَأَنْ يَسْكُتَ) تحرزاً من اعتقاد ميل إلى المدعي، وهذا هو الأصح، وقيل: له أن يقول له: قد أنكرك فهل لك بينة؟، وأن يقول: قد أنكرك فما عندك؟، حكاه الماوردي، قال: والأول أولى مع من جهل، والثاني: مع من علم^(٣)، وفي وجه: لا يقول شيئاً؛ لأنه كتلقين الحجة، وفي ابن يونس: إنما يسكت إذا علم المدعي أن ذلك موضع إقامة البينة، وإلا فيقول: ألك بينة؟، وهذا ما أفهمه كلام صاحب «المهذب» أنه على وجه الوجوب^(٤).

(١) «الشرح الكبير» ٤٩٥/١٢.

(٢) «صحيح مسلم» (١٣٩).

وتمة الحديث: ... قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»، فانطلق ليحلف. فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: «أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلمًا ليلقين الله وهو عنه معرض».

(٣) «الحاوي» ٣١٠/١٦. (٤) «المهذب» ٣٠٠/٢.

قال: (فَإِنْ قَالَ: لِي بَيِّنَةٌ، وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ فَلَهُ ذَلِكَ) لأنه إن تورع عن اليمين وأقر سهل الأمر على المدعي، واستغنى عن إقامة البينة، وإن حلف أقام البينة وبأن كذبه وخيانتته، فله إذاً في التحليف غرض ظاهر، وهذا ما جزم به الرافعي هنا^(١). وحكى في أوائل الطرف الرابع من الباب الثالث من الدعاوى عن فتاوى القفال: أنه لا يجب على القاضي تحليفه، بل يقول: أحضر البينة؟ أي: لإمكان إثبات حقه بها.

قال الرافعي: والمشهور: أن القاضي /٢٦٢/ يجيبه ويحلفه^(٢).

قال: (أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِي) أي: حاضرة ولا غائبة، أو قال: كل بينة أقيمها فهي باطلة أو كاذبة أو بينة زور، (ثُمَّ أَحْضَرَهَا قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ) لأنه ربما لم يعرف، أو نسي ثم عرف وتذكر، وحكاها القاضي أبو سعيد عن النص فيما إذا وصفها بكونها زوراً أو كاذبة.

قال الروياني: فإن تعمد ذلك كان كذباً لا تكذيباً للبينة، والثاني: لا يقبل، ونسبه الماوردي والروياني إلى الأكثرين للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً ككنت ناسياً أو جاهلاً، وفي وجه ثالث: لم يحكه الرافعي: أنه إن تولى الإشهاد بنفسه لم تقبل بينته وإلا قبلت، بأن تولى ذلك وكيله أو مورثه، أو كانت شهدت عليه من غير أن يشهدها، قال الماوردي: ولا وجه له^(٣).

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٩٥ - ٤٩٦.

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٢٠٤.

(٣) «الحاوي» ١٦/٣١٥.

فرع:

لو قال: (ليس لي بينة حاضرة)، فحلف المدعى عليه، ثم جاء ببينة سمعت جزماً ولعلها حضرت.

فرع:

لو قال: (لا بينة لي) واقتصر عليه، فقال البغوي: هو كقوله: لا بينة لي حاضرة^(١)، وقيل: كقوله: لا حاضرة ولا غائبة، فيكون فيه الوجهان، وهو ما أورده الغزالي^(٢)، وهو ظاهر كلام الكتاب حيث قال: (أَوْ لَا بَيِّنَةٌ لِي)، لكنني قيدته بما سلف تبعاً للرافعي في «الشرح»، فإنه ذكره كذلك، وصحح القبول، ولم يصحح في هذه شيئاً^(٣).

فرع:

ولو قال: شهودي عبيداً وفسقة، ثم أتى بعدول قبلت شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء.

فرع:

حكى الهروي في أن الحق يجب بفراغ المدعي من اليمين المردودة أم لا بد من حكم الحاكم [وجهان]^(٤)، وأشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة كالبينة أم كالأقرار.

قال: (وَإِذَا أَرَدَحَمَ خُصُومٌ قُدَّمَ الْأَسْبَقُ) لأنه العدل، والاعتبار: بسبق المدعي دون المدعى عليه.

(١) «التهذيب» ٢٥٣/٨.

(٢) «الوسيط» ٣١٤/٧. (٣) «الشرح الكبير» ٤٩٦/١٢.

(٤) زيادة يقتضيها السياق من «الروضة» ٤٦/١٢، ورجح النووي الأول.

قال: (فَإِنْ جَهِلَ) أي: السابق، (أَوْ جَاؤُوا مَعًا أَقْرَعَ) لتعين ذلك طريقًا كالسفر ببعض نساءه، وفي «الإشراف»^(١): أنه يقدم من شاء بقرعة أو باجتهاده، والمعروف: ما جزم به المصنف، فلو أثر بعضهم بعضًا جاز، ثم هذا إذا أمكن الإقراع، فلو كثروا كتب أسماءهم، وجعلها بين يديه ثم يمد يده فيأخذ رقعة ويقدم صاحبها. قاله ابن الصَّبَّاح وغيره، وفسر الروياني الإقراع في الحالة الأولى بهذا، وقال: لا حاجة فيه إلى الاحتياط الذي يفعل في قسمة الأموال في الإدراج في البنادق وغير ذلك، وعلى هذا يتحد حكم الحاليتين، وهو خلاف ما قاله غيره.

فرع:

يستحب للقاضي: أن يرتب ثقة يكتب أسماءهم يوم قضائه؛ ليعرف ترتيبهم.

فرع:

المفتي والمدرس يقدمان أيضًا عند الازدحام بالسبق أو بالقرعة، ولو كان الذي يعلمه ليس واجبًا فالاختيار إليه في تقديم من شاء، وإن كان مما يجب فقليل: له تخصيص بعضهم، قال الإمام: والأولى المنع؛ فإنه لا يعلم المفلح منهم^(٢).

فرع:

لو حضر المدعي والمدعى عليه معًا، وانتهت خصومة المدعي فأراد المدعى عليه أن يدعي على المدعي لحق له، فوجهان:

(١) ١٨٢/٨.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٧٧/١٨.

أحدهما: يقدم لهذا السبق.

والثاني: لا يسمعها إلا في مجلس آخر، أو بعد أنقضاء خصومات الحضور، واختاره /٢٦٢ب/ الماوردي؛ لأن أسمه لم يثبت في هذا التقديم له بل لحق غيره^(١).

قال ابن الرُّفْعَةِ^(٢): ويظهر على هذا لو حضرا معًا، ومراد كل منهما الدعوى على صاحبه أن يسمع جزمًا.

قال: (وَيُقَدَّمُ: مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِرُونَ، وَنِسْوَةٌ، وَإِنْ تَأَخَّرُوا) أما في الأولى؛ فلدفع الضرر عنهم، ولأنه خفف عنهم بالقصر والفطر فليسامحوا بالتقديم، وقيل: إنما يقدمون برضى المقيمين، وما جزم به المصنف هو الأصح، وأما في الثانية فلأنهن عورة، وقيل: لا بد من الرضى.

قال: (إلا أن يكثرن) دفعًا للضرر عن المقيمين في الأولى، وعن الرجال في الثانية، فيعتبر سبق والقرعة، وكذا النسوة، وما أسلفناه في النساء مع الرجال والمسافر مع المقيمين.

فرع:

ينبغي أن لا يفرق بين أن يكون المسافر مدعيًا أو مدعى عليه. قاله الرافعي^(٣).

فرع:

تقديم المسافر والمرأة ليس بمستحق على الصحيح بل هو رخصة

(٢) «الكفاية» ١٨/١٣٨.

(١) «الحاوي» ١٦/٢٩٢.

(٣) «الشرح الكبير» ١٢/٤٩٧.

يجوز الأخذ به، وهو ظاهر نص «المختصر»، ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق، قال في «الروضة»: والمختار أنه مستحب لا يقتصر فيه على الإباحة^(١).

قال: (وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى) واحدة دفعًا للضرر عن الباقيين؛ لئلا يستوعب المجلس بدعاويه، ثم يقال له: إن شئت فاجلس، ليفرغ الجميع ثم تسمع خصومتك، الثانية إن بقي وقت ولم أضجر، وسواء كانت الثانية على المدعى عليه أولاً أو على غيره على الأصح، وقيل: إن كانت على الأول قدم أيضاً، وحكاه الإمام في الخصومتين والثلاث فقط، قال: وهو بعيد، ومع فتح الباب فعلم الزيادة على الثلاث لا أصل له^(٢).

وفي «الإشراف» عن الإصطخري: تقدم دعاوى على رجل لا على رجال، ولا خلاف أنه يسمع على المدعى عليه دعاوى ثان وثالث؛ لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد، وقد قيل: إن المقدم بدعى لا يسمع منه الثانية إلا في مجلس آخر، فإن فرغ القاضي من دعاوى الحاضرين فعليهم بعد ذلك ترفيحه، وقيل: لا يسمع على الواحد إلا دعوى شخص واحد، وهما غريبان.

فرع:

المقدم بالسفر لم يذكر المصنف حكم تقديمه هل يقدم بدعى واحدة أم بأكثر؟ وفيه احتمالات للرافعي:

(١) «روضة الطالبين» ١١/١٦٤، وانظر: «مختصر المزني» ٥/٢٤٥.

(٢) «نهاية المطلب» ١٨/٥٧٧.

أحدها: أنه لا يقدم إلا بواحدة.

والثانية: أنه يقدم بكلها؛ لأن سبب تقديمه أن لا يتخلف عن رفقته.

والثالث: أنه إن عرف له دعاوى فهو كالمقيمين؛ لأن تقديمه بالجميع

يضر غيره، وتقديمه بدعوى لا تحصل الغرض^(١).

قال في «الروضة»: والأرجح: أن دعاويه إن كانت قليلة أو خفيفة لا

يضر بالباقيين إضراراً بيناً قدم بجميعها، وإلا قدم بواحدة؛ لأنها مأذون

فيها، وقد يقنع بواحدة ويؤخر الباقي إلى أن يحضر^(٢).

فرع:

تنازع الخصمان وادعى كل واحد أنه المدعي، نظر إن سبق أحدهما

إلى الدعوى لم يلتفت إلى قول الآخر: إني كنت المدعي، بل عليه أن

يجيب، ثم يدعي إن شاء، وإن لم يسبق وتنازعا سأل العون فمن

أحضره فهو المدعى عليه، ويدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بينة

لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه / ١٢٦٣ /، وإن أستوى الطرفان

أقرع فمن خرج قرعته أَدْعَى، وقيل: يقدم القاضي أحدهما باجتهاده.

قال: (وَيَحْرُمُ: اتَّخَذَ شُهُودَ مُعَيَّنِينَ لَا يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ) لمخالفته قوله

تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، وقوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه»،

والإجماع على قبول كل عدل، ولأن فيه مشقة على الناس في قطع

المسافة إليهم، وربما لم يوجدوا في موضع الحق فيضيع، قيل: وأول

من اتخذ ذلك إسماعيل بن إسحاق المالكي، وتبعه سائر القضاة في

بعض البلاد، وما جزم به المصنف من التحريم هو ما جزم به القاضي

(١) «الشرح الكبير» ٤٩٨/١٢. (٢) «روضة الطالبين» ١٦٥/١١.

أبو الطَّيِّبِ وغيره، وقال الماوردي والرُّويَانِيُّ^(١): هو مكروه؛ لأنه مستحدث خولف فيه الصدر الأول^(٢).

فرع:

لو رتب قوماً وكان أيضاً يقبل غيرهم، قال الماوردي: لا يكره^(٣). قال: (وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقًا عَمِلَ بِعِلْمِهِ) أي: ولا حاجة إلى تعديل في الأولى، وإن طلبه الخصم خلافاً لأبي حنيفة^(٤) وبحث في الثانية؛ لأنه يراد لمعرفة العدالة والفسق، وهو حاصل، وفي الأولى وجه: يقدم في القضاء بالعلم.

قال: (وَالِإِلَّا) أي: وإن لم يعرف عدالة أو فسقاً، (وَجَبَ الاسْتِزْكَاءُ) أي: والتعديل سواء طعن الخصم في الشهود أو سكت؛ لأنه حكم بشهادة فيشترط فيه البحث عن شرطها كما إذا طعن الخصم، وكما إذا كانت الشهادة على القصاص، وكما إذا جهل إسلام المشهود فإنه يجب البحث عنه، ولا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال المسلم العدالة، كما لا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال من في دار الإسلام الإسلام، وخالف أبو حنيفة، فقال: إذا كانت الشهادة على المال وعرف إسلام الشهود لم يحتج إلى البحث عن عدالتهم إذا طعن الخصم فيهم، وساعدنا في غير الأموال^(٥).

ثم بنى المصنف رحمه الله كيفية الاستزكاء فقال: (بَأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ

(١) «البحر» ١٨٧/١١.

(٢) ، (٣) «الحاوي» ١٩٧/١٦.

(٤) ، (٥) أنظر: «المحيط البرهاني» ٩٣/٨.

بِهِ الشَّاهِدِ) أي: من أَسْمٍ وكنية إن اشتهر بها، وولاءه إن كان عليه ولاء، واسم أبيه وجده، وحليته، وحرفته، وسوقه، ومسجده؛ لئلا يشتبه بغيره، وإن كان مشهوراً وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف كفى.

قال: (وَالْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ) أي: ويكتب أيضاً أَسْمَ المشهود له والمشهود عليه فقد يكون بينهما ما يمنع شهادته له، أو عليه من قرابة، أو عداوة.

قال: (وَكَذَا قَدَرُ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: والمنصوص أيضاً؛ لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير، والثاني: لا يكتبه؛ لأن العدالة لا تتجزأ، والأول منع ذلك، أعني: أن العدالة لا تتجزأ، فقد حكى أبو العباس الرُّويانِيُّ في ذلك وجهين، وبنى عليهما: أنه لو عدل وقد شهد بمال قليل ثم شهد في الحال بمال كثير هل يحتاج إلى تجديد تزكية؟

قال: (وَيَبْعَثُ بِهِ مُزَكِّيًّا) ليعرف حاله.

قال: (ثُمَّ يُشَافَهُهُ الْمُزَكِّيُّ بِمَا عِنْدَهُ) أي: فإن كان جرحاً لم / ٢٦٣ ب/ يظهره، وقال للمدعي: زدني في الشهود، وإن كان تعديلاً عمل بمقتضاه، ثم الأكثرون كما قاله الماوردي أن الحكم بقول المزكين لا بقول المسؤولين من الأصدقاء والجيران^(١)، وصححه القاضي أبو الطيب وغيره.

(وَقِيلَ: تَكْفِي كِتَابَتُهُ) كما عليه العمل، قال صاحب «الكافي»: هو

(١) «الحاوي» ١٦/ ١٨٨.

قول أصحابنا بمروروذ وعليه الحكام في بلاد الإسلام، والأصح: أنه لا بد من المشافهة؛ لأن الخط لا يعتمد عليه على ما سبق، وإنما يكتب القاضي إلى المزكي؛ لأنه قد يحتاج إلى البحث والتدبر الطويل، وكانت المراجعة بالرقاع أحسن، ثم الاعتماد على ما يجرىء أخيراً، وعلى هذا قال الإصطخري: يكفي بعث رسولين مع الرقعة، والأصح: وجوب المشافهة.

قال الرافعي: وهذا ظاهر إن كان القاضي يحكم بشهادة المزكين فأما إذا ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي^(١).

قال: (وَشَرْطُهُ) يعني: المزكي، (كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ) لئلا يجرح العدل ويزكي الفاسق، قال: (وَحُجْرَةُ بَاطِنٍ مَنْ يَغْدِلُهُ لِصُحْبَةٍ أَوْ جَوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ) لما روى البيهقي عن خُرَشَةَ بْنِ الْحُرِّ قال: قال: شهد رجل عند عمر بن الخطاب، فقال له: لست أعرفك، ولا يضرك أن لا أعرفك، أتت بمن يعرفك، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه، قال: بأي شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل، قال: هو جارك الأدنى الذي تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه؟ قال: لا، قال: فعاملتك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع؟ قال: لا، قال: فرافقك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق؟ قال: لا، قال: لست تعرفه، وقال للرجل: أتتني بمن يعرفك^(٢).

(١) «الشرح الكبير» ٥٠٦/١٢.

(٢) «سنن البيهقي الكبرى» ١٢٥/١٠.

والمعنى فيه : أن الإنسان يخفي أسباب الفسق غالباً فلا بُدَّ من معرفة باطن حاله ، وهذا كما أن في الشهادة على الإفلاس تعتبر الخبرة الباطنة ؛ لأن الإنسان مشغوف بإخفاء المال ، وفي الشهادة على أن لا وارث سواه تعتبر الخبرة الباطنة ؛ لأنه قد يتزوج في السفر أو في الحضر ويخفيه فيولد له . قال في «الوسيط» : ويلزم القاضي أن يعرف أن المزكي خبير بباطن الشاهد في كل تركيته إلا إذا علم من عادته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة^(١) ، ثم ظاهر لفظ الشافعي رحمه الله : اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة ؛ لأنه لا يمكن الاختبار في يوم أو يومين .

قال الرافعي : ويشبه أن يقال : شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم ، ويمكن الاختيار في مدة يسيرة ، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط بل لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لا تحصل إلا بذلك ، ويوضح هذا ما ذكرنا أن القاضي يأمر بالبحث ؛ ليعرف حال الشاهد فيزكيه ، ولو اعتبر التقادم لطالت المدة / ٢٦٤ / ويتضرر المتداعيان بالتأخير الطويل^(٢) .

فائدة :

قوله (وَحُبْرَةٌ) لك أن تقرأه برفع الهاء عطف على قوله : (وَقِيلَ) ذلك ، (كَشَاهِدٍ) أي : شرطه كشاهده ، وشرطه خبرة ، وبجرها عطفًا على (مَعْرِفَةٍ) أي : مع معرفته ومع خبرة .

ورواه العقيلي في «الضعفاء الكبير» ٣ / ٤٥٤ .

وانظر : «البدر المنير» ٦ / ٦١٠ ، و«التلخيص» لابن حجر ٤ / ١٩٧ .

(١) «الوسيط» ٧ / ٣١٩ . (٢) «الشرح الكبير» ١٢ / ٥٠٤ - ٥٠٥ .

فرع:

إذا سمع شخص من أفواه الناس صلاح شخص وأمانته وعدالته، قال القاضي حسين: فله تعديله وإن لم يكن من أهل الخبرة بحاله إذا تكرر ذلك على سمعه في مقامات تخرج عن حد التواطىء، فأما إن شهد بذلك عنده عدلان أو أكثر لاحتمال التواطىء في ذلك.

قال: (وَالْأَصَحُّ: اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَةٍ) أي: فيقول: (أشهد أنه عدل)، والثاني: لا يشترط، وقال الغزالي في «الوسيط»: إن اعتبرنا مشافهة القاضي فلا بُدَّ من لفظ الشهادة، فإن لم تعتبر ففي اشتراطه في الكتاب بالرسالة وجهان^(١).

قال: (وَأَنَّهُ يَكْفِي: هُوَ عَدْلٌ) لأنه أثبت العدالة التي اقتضاها ظاهر إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وهذا ما نص عليه في حَرَمَلَةٍ كما نقله القاضي أبو الطَّيِّب، وزاد في «البحر»^(٢) عن حَرَمَلَةٍ: هو عدل رضي، ولا جرم اشتراطه بعضهم.

قال: (وَقِيلَ: يَزِيدُ عَلَيَّ وَلِي) قال الإمام: وهي أبلغ عبارات التزكية^(٣)، وهذا ما نص عليه في «المختصر» و«الأم»^(٤) لا كما ذكره المصنف من كونه وجهاً، وحكاه في «الشامل» و«البيان» عن أكثرهم^(٥)؛ لأن قوله (هُوَ عَدْلٌ) لا تثبت العدالة على الإطلاق بجواز أن يكون عدلاً في شيء دون شيء، فبهذه الزيادة يزول الاحتمال،

(١) «الوسيط» ٣٢٠/٧. (٢) «البحر» ١١/١٨٤. (٣) «النهاية» ١٨/٤٨٦.

(٤) «الأم» ٦/٢٠٩، «مختصر المزني» ٥/٢٤٣.

(٥) «البيان» ١٢/٣٧٤.

وهذه علة أبي إسحاق^(١)، وعلله غيره: بأن المعدل قد يكون ممن لا تقبل شهادته له بأن كان أباه أو أبنه أو لا تقبل عليه؛ لعداوة، فإذا قال: عليّ ولي زال هذا الاحتمال. قال الرافعيّ: والمعنيان ضعيفان، وتأول هذا النص الأولون، وجعلوه تأكيداً لا شرطاً^(٢).

فرع:

لا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيراً؛ لأنه قد لا يعرف منه إلا الإسلام، وبقوله: لا أعلم منه ما ترد به الشهادة؛ لأنه قد لا يعرف ما يوجب القبول أيضاً.

قال: (وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ) لأن أسبابه مختلف فيها، فقد يظن الجارح ما ليس بجرح عند القاضي جرحاً مع أن الاعتبار بما يراه القاضي، فإذا فسر السبب نظر فيه القاضي، فإن اقتضى الجرح عنده أسقط الشهادة وإلا توقف، وخالف العدالة حيث لا يشترط ذكر أسبابها على المشهور؛ لعدم إمكان الإحاطة بها، وقال الإمام: الحق إن كان المزكي عالماً بأسباب الجرح والتعديل أكتفينا بإطلاقه وإلا فلا، واختاره الغزالي. ذكره في الأصول^(٣).

فرع:

قال الروياني^(٤): لو قال رجل للحاكم: لا تقبل شهادتي؛ لأنني جُرِّحتُ أو جَرَحْتُ نفسي. لم يردّه ما لم يتيقن.

(١) أنظر: «المهذب» ٢/٢٩٦. (٢) «الشرح الكبير» ١٢/٥٠٧.

(٣) «نهاية المطلب» ١٨/٤٨٥، «المستصفى» ١/١٢٩.

(٤) «بحر المذهب» ١٤/١٠٧.

قال: (وَيَعْتَمِدُ فِيهِ) يعني: الجرح، (الْمُعَايَنَةُ) أي: بأن يراه يزني أو يشرب الخمر، والسماع كما ذكره في «المحرر» بأن يسمعه يقذف أو يقر /٢٦٤ب/ على نفسه بالزنا أو يشرب خمرًا^(١).

(أَوْ الِاسْتِفَاضَةَ) أي: وكذا خبر التواتر؛ لحصول العلم، ولا يجوز الجرح بناء على خبر عدد يسير لكن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة، وفي أصحاب المسائل وجه: أن لهم أن يعتمدوا خبر الواحد إذا وقع في نفوسهم صدقه بناء على أن الحكم بقولهم.

فرع:

هل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه؟ وجهان، أشهرهما: نعم، وأقيسهما: لا.

فرع:

لا يجعل الجارح بذكر الزنا قاذفًا للحاجة كما لا يجعل الشاهد قاذفًا، فإن لم يوافقه غيره فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا هل يجعلون قذفة؟ فيه القولان، قال في «الروضة»: والمختار أو الصواب: أن لا يجعل قاذفًا، وإن لم يوافقه غيره؛ لأنه معذور في شهادته بالجرح فإنه مسئول عنها، وهي في حقه فرض كفاية أو متعينة فهو معذور بخلاف شهود الزنا، فإنهم مندوبون إلى الستر فهم مقصرون^(٢).

قال: (وَيُقَدِّمُ) يعني: بينة الجرح، (عَلَى التَّعْدِيلِ) لزيادة علم الجارح؛ لأن شهادة التعديل على أمر ظاهر، والجرح بباطن فُقِّدَمَ؛

(١) «المحرر» (ص ٤٨٩).

(٢) «روضة الطالبين» ١١/ ١٧١.

لأن شاهده علم ما خفي على غيره، كما تُقَدَّم بينة الوفاء على بينة الدين، ولأن المعدل نافٍ والجرح مثبت فهو أولى، وسواء أُسْتُوت بينة التعديل والجرح أو زادت بينة التعديل.

قال: (فَإِنْ قَالَ الْمُعَدِّلُ: عَرَفْتُ سَبَبَ الْجَرْحِ، وَتَابَ مِنْهُ، وَأَصْلَحَ قَدَّمَ) لأن مع العدل هنا زيادة علم، كذا ذكره جماعة، منهم: صاحب «الشامل».

وقول الواحد في الجرح لا يقابل بينة التعديل فضلاً عن التقديم؛ لأن نصاب الجرح لم يتم.

قال ابن الرُّفْعَةِ: وذكر الأصحاب مسألة أخرى، وهي: ما إذا شهد بجرحه ببلد ثم أنتقل إلى غيره فعده آخران فيها فيقدم التعديل كذا أطلقوه، قال: ويظهر أن يجعله فيما إذا كان بين أنتقاله من الأولى إلى الثانية مدة الاستبراء، وإلا لم يقدم^(١).

قال: (وَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ) أي: فيما شهد به بل لا بد من البحث والتعديل لحق الله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله، والتعديل لا يثبت بقول واحد.

قال في «المحرر»: وهذا هو الأشبه^(٢)، والثاني: يحكم بشهادتهما بلا بحث عنهما؛ لأن البحث لحقه، وقد أعترف بعدالتهما.



(٢) «المحرر» (ص ٤٩٠).

(١) «كفاية النبيه» ٢٢٠/١٨.

فروع نختم بها الباب

فرع:

إذا جهل القاضي إسلام الشاهد لم يقنع بظاهر الدار بل يبحث عنه،
ويكفي فيه قول الشاهد، ولو جهل حرته يجب أيضاً، ولا يكفي فيه قوله
على الأصح؛ لأنه لا يستقل بها بخلاف الإسلام.

فرع:

قال في «العدة»: إذا أستاذ فسق الشاهد بين الناس فلا حاجة إلى
البحث والسؤال، ويجعل المستفيض كالمعلوم.

فرع:

ينبغي أن يكون المزكي وافر العقل؛ لئلا يخدع، بريئاً من الشحاء
والعصبية، ويجتهد في إخفاء أمرهم؛ لئلا يشتهروا في الناس بالتزكية.

فرع:

لا يجوز أن يزكي /١٢٦٥/ أحد الشاهدين الآخر على الأصح، وعن
كتاب حرملة: أنه لو شهد أثنان وعدلها آخران لا يعرفهما القاضي وزكى
الآخرين مزيان للقاضي جاز.

فرع:

لو زكى ولده أو والده لم يقبل على الصحيح.

فرع:

إذا أرتاب القاضي بالشهود وتوهم غلطهم بخفة عقل وجدها منهم
فينبغي أن يفرقهم، ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمل الشهادة،
ومكانها، وصفتها، ونحو ذلك؛ ليستدل على صدقهم إن اتفقت

كلمتهم، ويقف إن لم يتفق، فإن اتفقوا وعظهم، وخوفهم بالله تعالى، وإن لم يجد ريبة فلا يفرقهم على الأصح، ثم إن الغزالي جعل التفريق والاستفصال بعد التزكية^(١)، والأصح: أنه قبلها، وأصح الأوجه: أن التفريق والاستفصال مستحب، وثانيها: واجب، وثالثها: إن سأل الخصم وجب وإلا فلا.

فرع:

عدّل الشاهد ثم شهد في واقعة أخرى فإن لم يطل الزمان حكم بشهادته، ولا يطلب تعديله ثانيًا، وإن طال طلب تعديله ثانيًا على الأصح؛ لأن طول الزمان يغير الأحوال، ثم يجتهد الحاكم في طوله وقصره، وعن بعضهم: أنه يسأل عنه في كل ستة أشهر.

قال الروياني^(٢): وليس مذهبنا، قال: وإذا أعتاد البحث مرارًا فاشتهرت عدالته فإن تجدد فيه أسترابة أعاد البحث وإلا فلا، وهذا كله إذا أطلقت البيئة الأولى التزكية، فإن قيدتها بتلك الواقعة ففي سماع شهادته في الدعوى الثانية وجهان.

قال ابن أبي الدّم: والمذهب: عدم القبول، وإن كان العمل في بعض الأمصار على القبول للحاجة.

فرع:

شهادة المسافرين والمجتازين من القوافل كشهادة غيرهم في الحاجة إلى التعديل، فإن عدلها مزكيان في البلد، أو عدل مزكيان اثنين من العاقلة، ثم هما عدلا الشاهدين قبلت شهادتهما، وإلا فلا.

(٢) «بحر المذهب» ١١/١٨٦-١٨٧.

(١) «الوسيط» ٧/٣٢٠.

فرع:

عدل شاهد والقاضي يتحقق فسقه بالتسامع، قال الإمام: الذي يجب القطع به أنه يتوقف، ولا يقضي^(١).

فرع:

تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق؛ لأن البحث عن الشهود ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالى.



(١) «نهاية المطلب» ١٨/٤٨٨.

(باب الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ)

قال: (هُوَ جَائِزٌ) لأنه ﷺ قال لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١) وكان ذلك قضاءً منه على زوجها أبي سفيان وهو غائب، كذا استدل به الأصحاب كما نقله الرافعي هنا عنهم^(٢)، وكذا ترجم عليه البخاري في «صحيحه» أيضاً، وفيه نظر؛ فإنه كان حاضراً بمكة كما نص عليه أبو نعيم والبيهقي والسهيلي، وذكر الرافعي في كتاب النفقات ما يدل على أن ذلك / ٢٦٥ب/ استفتاء لا قضاء، ويوضحه أنه ﷺ لم يستحلفها أنها تأخذ النفقة، ولم يقدرها.

وقد نبه على ذلك المصنف في «شرح مسلم» فقال: لا يصح الاستدلال به؛ لأن هذه القضية كانت بمكة، وكان أبو سفيان حاضراً بها، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائباً عن البلد أو مستتراً لا يقدر عليه أو متعزراً، ولم يكن هذا الشرط في أبي سفيان موجوداً، فلا يكون قضاء على غائب بل هو إفتاء^(٣).

وقال ابن الرفعة: قوله لها: «خذي» دليل على أنه ليس بفتوى وإلا لقال: لا بأس عليك ونحوه، وقد قام علمه ﷺ بأنها زوجته مقام البينة^(٤).

واستدل الرافعي أيضاً بجوازه بأن عمر رضي الله عنه قال في خطبته في قصة الأسيف: من كان له عليه دين فليأتنا غداً فإننا بائعو ماله، وقاسموه بين

(١) رواه البخاري (٢٢١١)، ومسلم (١٧١٤).

(٢) «الشرح الكبير» ٥١١/١٢. (٣) «شرح النووي على مسلم» ٨/١٢.

(٤) «كفاية النية» ٢٤٢/١٨.

غرمائه. وكان ذلك الرجل غائبًا، وبأن البينة مسموعة بالاتفاق على الغائب، فليجر الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت، وبأن الحكم على الميت والصغير جائز، والموت والصغر أعظم في العجز عن الدفع من الغيبة، وهذا هو المشهور.

وفي قول: لا يقضى على غائب إلا إذا اتصل به حاضر كمذهب أبي حنيفة، حكاه الرافعي عن حكاية صاحب «التقريب»^(١).

وفي «النهاية» عن صاحب «التقريب» أنه حكى قولاً غريباً في منع القضاء على الغائب رواه حرمله عنه^(٢).

قال ابن الرفعة: فإن كان هذا القول مطلقاً حصل في القضاء على الغائب ثلاثة أقوال^(٣).

وألحق القاضي حسين بالغائب ما إذا حضره المجلس فهرب قبل أن يستمع الحاكم البينة، أو بعده وقبل الحكم فإنه يحكم عليه قطعاً.

قال: (إِنْ كَانَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَيْ: وَإِلَّا فَلَا فَائِدَةٌ لِهَذِهِ الدَّعْوَى).

قال: (وَادَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ، فَإِنْ قَالَ هُوَ مُقِرٌّ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ) لأنها لا تقام على مقر.

قال: (وَإِنْ أَطْلَقَ) أَيْ: فَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَجُحُودِهِ وَلَا لِإِقْرَارِهِ، (فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُسْمَعُ) لأنه قد يعلم جحوده في غيبته ويحتاج إلى الإثبات فجعلت الغيبة كالسكوت.

(١) «الشرح الكبير» ٥١١/١٢، وانظر قول الإمام أبي حنيفة: «مختصر اختلاف

العلماء» ٣٨٦/٣، «المبسوط» ٣٩/١٧، «بدائع الصنائع» ٢٦/٤.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٠٣/١٨. (٣) «كفاية النبيه» ٢٤٤/١٨.

والثاني: لا يسمع إلا عند التعرض للجحود؛ لأن البينة إنما يحتاج إليها عنده، فعلى هذا يشترط أن يقول هو جاحد، وعلى الأول: الشرط أن لا يقول وهو مقر.

وفي «فتاوى البغوي»^(١) أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه؛ ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب.

فأما إذا كان للغائب مال حاضر، وأراد إقامة البينة على دينه؛ ليوفيه القاضي فإن القاضي يسمع بينته ويوفيه، سواء قال: هو مقر أو جاحد. قال: (وَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي نَصْبُ مُسَخَّرٍ) /٢٦٦/ أي: بفتح الخاء المشددة (يُنْكَرُ عَلَى الْغَائِبِ) لأن الغائب قد يكون مقرًا فيكون إنكار المسخر كذبًا.

قال الرافعي: وقضية هذا التوجيه أن لا يجوز نصب المسخر؛ لكن الذي ذكره العبادي وغيره أن القاضي مخير: إن شاء نصب وإلا فلا. والثاني: يلزمه لتكون البينة على إنكار منكر^(٢).

قال: (وَيَجِبُ أَنْ يُحْلَفَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ) احتياطًا للمحكوم عليه؛ لأنه لو حضر لربما ادعى ما يبرؤه، وله أن يحلفه أنه ما أبرأه عن الدين الذي يدعيه ولا عن شيء منه ولا اعتاض ولا أستوفى، ولا أحال عليه بنفسه ولا بوكيله، بل هو ثابت في ذمته. قال: (وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ) لأن باب التدارك إن كان هناك دافع غير

(١) نقلها النووي في «الروضة» ١١/ ١٧٥ عن القفال، و«فتاوى البغوي» غير مطبوع، ويوجد منه بعض الرسائل.

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/ ٥١٢.

منحسم، ومنهم من حكاه قولاً لا وجهاً.

وحكي قولاً: أنه لا يحلف في الدعوى على غائب مع البينة، وهو مذهب المزني^(١)، والمشهور ما سلف.

قال: (وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ) أي: وكذا ميت، والوجوب فيهم أولى؛ لعجزهم عن التدارك، وبني على هذا ما لو أقام قيم طفل بينة على قيم طفل، فإن أوجبنا التحليف أنتظرنا حتى يبلغ المدعى له فيحلف، وإن قلنا بالاستحباب قضى به، وبه أفتى الشيخ عز الدين.

فرع:

لا يشترط للتعرض في اليمين هنا التعرض لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد؛ لأن البينة هنا كاملة، وقيل: يشترط.

فرع:

لو كان للغائب وكيل نصبه بنفسه فهل يتوقف التحليف على طلب؟ فيه جوابان لأبي العباس الروياني؛ لأن الاحتياط - والحالة هذه - من وظيفة الوكيل، ذكره الرافعي في الطرف الخامس من الباب^(٢).

فائدة:

قال ابن الصلاح: لو ادعى أنه اشترى من ميت أو غائب شيئاً بثمن معين وتقابضا، وأقام بذلك شاهدين، وطلب من الحاكم أن يحكم له

(١) «مختصر المزني» ٥/٢٦٢.

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/٥٣٥.

على البائع بذلك، توقف الحكم على يمين المدعي على الصحيح؛ لاحتمال مقارنة مفسد للعقد أو طرآن مزيل بعده، فيحلف أنه الآن مستحق لما أدعاه أو أنه لم يزل ملكه عنه برد أو إقالة أو نحوهما من أسباب الانتقالات.

قال: ولا فرق بين أن يشهدا بنفس العقد والتقابض والإقرار بهما^(١).
قال: ولو ادعى أن الميت أبرأه من الدين وأقام به شاهدين أو بالإقرار به يتوقف الحكم على يمين المدعي، وقال في موضع آخر: الحكم بالإبراء لا يتوقف على اليمين قطعاً^(٢).
والفرق أن الإبراء إذا وجد وصح لا يرد عليه ما يزيل حكمه، فلم يحتج إلى يمين ينفي احتمال ذلك.

قال: (وَلَوْ أَدَّعَى وَكَيْلٌ عَلَى غَائِبٍ فَلَا تَحْلِيفَ) أي: بل يعطى المال إن كان للمدعى عليه هناك مال؛ لأن الوكيل ليس له أن يحلف لفعل غيره.
قال: (وَلَوْ حَضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقَالَ لَوَكَيْلِ الْمُدَّعِي أْبْرَأَنِي مُوَكَّلُكَ أَمَرَ بِالتَّسْلِيمِ)؛ لأننا لو أوقفنا الأمر إلى أن يحضر الموكل لانجر الأمر إلى أن يتعذر استيفاء الحقوق بالوكالة، نعم له أن يثبت الإبراء من بعد، إن كانت له حجة، فلو قال للوكيل ٢٦٦ ب/.

احلف أنك لا تعلم ذلك، قال الشيخ «أبو حامد»: له تحليفه على نفي العلم، ومن الأصحاب من خالفه.



(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٥٢٣/٢.

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» ٥٣٧/٢.

فرع:

قال ابن الصلاح: لو أَدْعَى عَلَى مِيتٍ وَأَقَامَ بَيْنَهُ ثُمَّ وَكَّلَ وَكَيَّلًا وَغَابَ إِلَى مَسَافَةٍ، فَطَلَبَ وَكَيْلَهُ الْوَارِثُ إِيفَاءَ الدَّيْنِ مِمَّا فِي يَدِهِ مِنَ التَّرَكَةِ، فَأَبَى الْوَارِثُ حَتَّى يَحْلِفَ الْوَكِيلُ عَلَى نَفْيِ الْمَسْقُطَاتِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الدَّعْوَى عَلَى حَاضِرٍ، وَأَرَادَ ذَلِكَ^(١).

فرع:

يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر، وهل يكفي يمين أم يشترط يمينان، إحداهما لتكميل الحجة، والثاني لنفي المسقطات؟ وجهان: أصحهما الثاني.

قال: (وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ) لَأَنَّهُ حَقٌّ وَجِبَ عَلَيْهِ وَتَعَذَّرَ وَفَاؤُهُ مِنْ جِهَةٍ مَنْ عَلَيْهِ، فَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا فَامْتَنَعَ.

فرع:

إذا وفَّاه هل يطلبه بكفيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، فقد يكون للغائب دافع.

وأصحهما: لا؛ لأن الحكم قد تم، والأصل عدم الدافع.

قال: (وَالْأَيُّ) أي: وإن لم يكن له مال حاضر، (فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إِنْهَاءَ الْحَالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ) مسارعة إلى قضاء الحقوق (فَيُنْهِي سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيُحْكَمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِي الْمَالَ، أَوْ حُكْمًا لِيَسْتَوْفِي).

(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٥٣٧/٢.

(وَالْإِنِّهَاءُ أَنْ يُشْهَدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ) أي: يخرجان إلى ذلك البلد، ولا يقبل رجل وامرأتين ولو تعلقت الحكومة بمال على الأصح.
 فرع:

لو قال القاضي: أشهدكما على أن ما في هذا الكتاب حكمي، أو على أنني قضيت بمضمونه، فالأصح: أنه لا يكفي حتى يفصل ما حكم به. والثاني: يكفي لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه، وكما إذا قال المقر: أشهدك على ما في هذه المقالة، وأنا أعلم به على الأصح. والفرق على الأول: أنه يُقرُّ على نفسه، والإقرار بالمجهول صحيح. قال: (وَيُسْتَحَبُّ كِتَابُ بِهِ) أي: ولا يجب؛ لأن الاعتماد على الشهادة، وفائدة الكتاب تذكُّرُ الشهود وإلزام المكتوب إليه. قال: (يَذْكُرُ فِيهِ) يعني في الكتاب (مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ) من أسم وكنيه وقبيلة وصناعة وحلية، وكذا المحكوم له ليسهل التمييز. وصورة الكتاب: حضر فلان وأدعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا. أو أقام عليه شاهدين هما فلان وفلان، وقد عدلا عندي، وحلَّفت المدعي وحكمت له بالمال، وسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبت وأشهدت بذلك فلانا وفلانا.

ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم، ولا ذكر أصل الإشهاد، ولا تسمية شهود الحق، بل يكتب شهد عندي عدول، ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة ويكون الحكم بشهادتهم تعديلاً لهم. ذكره في «العدة». ويجوز أن لا يتعرض لأصل الشهادة فيكتب: حكمت بكذا، بحجة أوجب الحكم؛ لأنه قد يحكم بشاهد ويمين - وقد يحكم بعلمه إذا

جوزناه، فهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح الحنفية^(١) إذا حكم بشاهد ويمين، وفي فحوى كلام الأصحاب وجه ضعيف مانع من إبهام الحجة لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم /٢٦٧/.

قال: (وَيَخْتِمُهُ) حفظاً له وإكراماً للمكتوب إليه، ويدفع إلى شاهدين نسخة غير مختومة ليطالعاها ويتذكرا عند الحاجة.

ويستحب أن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يختم به، وأن يكتب أسم نفسه واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب، والعنوان أيضاً.

فروع:

لو شهدا بخلاف ما في الكتاب عمل بشهادتهما خلافاً لأبي حنيفة^(٢)، وكذا لو ضاع الكتاب أو أُنمحي أو أُنكسر الختم وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما ولا يكفي الكتاب المجرد.

وقال الإصطخري: إذا وثق المكتوب إليه بالخط والختم كفى، والصحيح الأول.

فرع:

يجوز أن يكتب إلى قاض معين، ويجوز أن يطلق فيكتب إلى كل من يصل إليه من القضاة، وإذا كان الكتاب إلى معين فشهد شاهداً الحكم عند حاكم آخر؛ قبلت شهادتهما وأمضاه.

وإن لم يكتب وإلى كل من يصل إليه من القضاة أعتماداً على

(١) فعندهم لا يجوز الحكم إلا بشاهدين سوى ما لا يطلع عليه الرجال.
انظر: «التف في الفتاوى» ٧٨٦/٢، «بدائع الصنائع» ٢٢٥/٦، «الاختيار» ١١١/٢.

(٢) أنظر: «المبسوط» ١٧/٥، «الهداية» ١١٧/٣.

الشهادة، وكذا لو مات الكاتب أو المكتوب إليه.
وزوال الأهلية كالموت^(١).

فرع:

شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه.
وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم؟ فيه وجهان: أحدهما:
نعم، للحاجة، وأصحهما: لا؛ لأنه تعديل قبل الأداء.
قال: (وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَتَكَرَّ) أي: إذا وصل كتاب القاضي وحامله
إلى قاضي بلد المكتوب إليه أحضر الخصم. فإن أقر بالمدعى به فذاك،
وإلا شهد الشاهدان بحكم القاضي الكاتب.

قال: (فَإِنْ قَالَ: لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعَلَى
الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ أَسْمُهُ وَنَسَبُهُ) لأن الأصل عدم تسميته
بهذا الاسم.

قال: (فَإِنْ أَقَامَهَا) يعني: البينة بأنه أسمه ونسبه (فَقَالَ لَسْتُ الْمَحْكُومَ
عَلَيْهِ؛ لَزِمَهُ الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الْأَسْمِ وَالصِّفَاتِ) لأن
الظاهر أنه المحكوم عليه.

قال: (وَإِنْ كَانَ) أي: بأن عرفه القاضي أو قامت عليه بينة (أُخْضِرَ)،
يعني: المشاركون (فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ طُولَبَ وَتَرَكَ الْأَوَّلُ، وَإِلَّا) أي: وإن
أنكر (بَعَثَ) يعني الحاكم (إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ
تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا) أي: فإن لم يجد مزيدًا وقف الأمر حتى ينكشف.

(١) ورد في حاشية الأصل: هذا ليس على إطلاقه بلا خلاف.

فرع:

لو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات. فإن مات بعد الحكم فقد وقع الإشكال، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له؛ فلا إشكال، وإن عاصره فقد حصل الإشكال على الأصح.

فرع:

لو لم تكن بينة ونكل المحضر حلف المدعي وتوجه له الحكم. ولو قال لا أحلف على أنه ليس أسمى ونسبي، ولكني أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، فحكى الإمام^(١) والغزالي^(٢) عن الصيدلاني أنه يُقبل منه اليمين، فكذا كما لو ادعى عليه قرض فأنكر وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء، فإنه يُقبل. واختار أنه لا يقبل، وفرقا بأن مجرد الدعوى ليس بحجة، وهنا قامت بينته على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجب عليه الحق إن ثبت كونه المسمى، وذكر الرافعي هنا بحثاً أهمله في ٢٦٧ب/ «الروضة».

فرع:

هذا إذا شهدا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب، فإن شهدا على يمينه طولب جزماً.

فرع:

لو لم يذكر القاضي اسم المحكوم عليه ونسبه وصفته، كما سبق. بل اقتصر على قوله: حكمت على محمد بن أحمد، مثلاً فالحكم باطل

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٥١٣. (٢) «الوسيط» ٧/٣٢٧.

للإبهام. فلو قال شخص أنا المعني بهذا لم يلزمه على الصحيح؛ لبطلانه في نفسه فإن أقر بالحق طولب به.

قال: (وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدٍ الْغَائِبِ لِبَلَدِ الْحَاكِمِ فَشَافَهُ بِحُكْمِهِ فَفِي إِمْضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وَلَايَتِهِ خِلَافُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ) أي: فإن قلنا: نعم؛ فنعم، وإن قلنا: لا؛ فعن بعضهم تجويزه أيضًا. والأصح المنع، كما لا يجوز الحكم بشهادة سمعها في غير محل ولايته، وكما لو قال ذلك القاضي: سمعت البينة على فلان بكذا، فإنه لا يرتب الحكم عليه إذا عاد إلى محل ولايته.

فائدة:

المشافهة: مصدر شافهته، إذا خاطبته من فيك إلى فيه؛ لأن شفاهكما متقابلة.

قال: (وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفِي وَلَايَتِهِمَا أَمْضَاهُ) لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب، وكذا لو كان في البلد قاضيان وجوزناهما، فقال أحدهما للآخر: حكمت بكذا فإنه يمضيه، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد وبالعكس.

فرع:

لو ناداه. أي: سمعت البينة، فليس للمقول له الحكم بها على الأصح. كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل، وقيل: نعم؛ كما في الحكم المبرم.

قال: (وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ بَيِّنَةٍ كَتَبَ: سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَى فُلَانٍ، وَيُسَمِّيهِ الْقَاضِي إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا) أي: ولا حاجة هنا إلى تحليف المدعي.

قال: (وَالْإِلَّاءُ) أي: وإن عدلها^(١) (فَالْأَصَحُّ) أي: وهو الأشبه في «المحرر»^(٢) (جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ) كما أنه إذا حكم أستغنى عن تسمية الشهود. والثاني: لا. وهو قول الإمام^(٣) والغزالي^(٤).

قال الرافعي: والقياس الأول وهو المفهوم من إيراد البغوي وغيره. ثم قال: ويجوز أن يقدر فيه خلاف بناء على أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة نقل للشهادة، أو حكم بقيام البينة، إن قلنا حكم فلا حاجة إلى التسمية، وكفى قوله: قامت عندي بينة عادلة بكذا، وإن قلنا: نقل فلا بد من التسمية، كما أنه لا بد أن يسمي شاهد الفرع شاهد الأصل^(٥). انتهى.

وجزم المصنف بحكاية وجهين مخالف لكلام الرافعي المذكور وكلامه في «الروضة»^(٦) أيضًا، فتأمل.

فرع:

هل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكاتب، أم له البحث وإعادة التعديل؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني^(٧). قال الرافعي: والقياس الأول^(٨). قال في «الروضة»: وهو الصواب^(٩).

(١) في الأصل: عدلها، والمثبت الصواب، كما في «العجالة» ١٨١٧/٤، و«النجم الوهاج» ٢٤٥/١٠.

(٢) «المحرر» (ص ٤٩١).

(٣) «نهاية المطلب» ٥٠٨/١٨.

(٤) «الوسيط» ٣٢٨/٧.

(٥) «الشرح الكبير» ٥٢٣/١٢ - ٥٢٤.

(٦) «روضة الطالبين» ١٨٦/١١.

(٧) «الوسيط» ٣٢٥/٧.

(٨) «الشرح الكبير» ٥٢٤/١٢.

(٩) «الروضة» ١٨١/١١.

قال: (وَالْكِتَابُ بِالْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ وَ بِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لَا يُقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا فِي مَسَافَةٍ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ) أي: وهي مسافة العدو لا القصر على الأصح، كما سيأتي، والفرق بينهما أن الحكم هناك قد تم، وليس بعده إلا الاستيفاء وسماع البيينة، بخلافه، فإنه إذا لم تبعد المسافة لم يعسر إحضار الشهود عند القاضي الآخر.

قال الرافعي: ووجدت في نسختين من «أمالى أبي الفرج السرخسي» عكس ما أورده الجمهور، وهو أن كتاب السماع يقبل مع قرب المسافة وبعدها، وكتاب الحكم / ٢٦٨ لا يقبل إلا إذا بعدت المسافة، وهو غلط من ناقل أو ناسخ، وليس وجهًا آخر^(١).

قلت: ولهذا حذفه المصنف من «الروضة».

خاتمة

سئل ابن الصلاح إن كتاب الحكم هل يتوقف إثباته في البلد المنقول إليه على حضور الخصم، أو ثبوت غيبته؛ فقال: الأظهر أنه لا يتوقف على ذلك، ويتوقف على إجابة نص فيها^(٢) عن معتمد^(٣).



(١) «الشرح الكبير» ١٢/ ٥٢٥.

(٢) في الأصل: تصرفهما، والمثبت من «فتاوى ابن الصلاح».

(٣) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/ ٤٨٦.

(فَصْلٌ)

قال: (ادْعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنِ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ اشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا وَكَتَبَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي) كما تسمع البينة ويحكم على الغائب، وقوله (معروفات) مما غلب فيه ما لا يعقل على من يعقل، والقاعدة العكس. فتقول: معروفين كما نطق به «المحرر»^(١)، وهو في «الروضة»^(٢) تبعًا للشرح^(٣). قال: (وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ) أي: وموضعه، كما صرح به في «المحرر»^(٤) لأجل التمييز، وينبغي أن يتعرض للحدود الأربعة، ولا يجوز الاختصار على حدين أو ثلاثة. ذكره ابن القاص.

وفي «فتاوى القفال»: أنها إذا صارت معروفة بثلاث حدود؛ جاز الاختصار على ذكرها.

ولا يجب التعرض للقيمة على الأصح؛ لحصول التمييز دونه. قال: (أَوْ لَا يُؤْمَنُ) أي: كغير المعروف من العبيد والدواب وغيرهما، (فَالْأَظْهَرُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ) كما تُسمع على الشخص الغائب اعتمادًا على الحلية والصفة، ولأنه يحتاج إليه كالعقار. قال في «المحرر»: وهذا هو الأقرب^(٥)، والثاني: لا؛ لكثرة الاشتباه. وحكى الرافعي: الخلاف في «الشرح الصغير» وجهين، وهو خلاف ما في «شرحه الكبير» و«محرره».

قال: (وَيُبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ) أي: بما يمكن من الاستقصاء،

(٢) «الروضة» ١١/١٨٨.

(٤) «المحرر» (ص ٤٩١).

(١) «المحرر» (ص ٤٩١).

(٣) «الشرح الكبير» ١٢/٥٢٧.

(٥) «المحرر» (ص ٤٩١).

وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع؟ قولان:

أحدهما: يتعرض للأوصاف المعتبرة في السلم.

والثاني: يتعرض للقيمة وتكفي عن ذكر الصفات.

قالوا: والصحيح أن الركن في تعريف ذوات الأمثال: ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب، وفي ذوات القيم: الركن القيمة، وذكر الصفات مستحب، وبه جزم المصنف حيث قال: (وَيَبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيَمَةَ).

قال: (وَأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا) أي: بما قامت البينة عليه؛ لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد، والثاني: نعم، كالعقار. والحاصل ثلاثة أقوال:

أظهرها - كما ذكره المصنف: يسمع البينة ولا يحكم.

وثانيها: لا يسمع ولا يحكم.

وثالثها: يسمع ويحكم. هذه طريقة الجمهور وطرودها في جميع المنقولات التي لا تعرف.

وقال الإمام^(١) والغزالي^(٢): ما يؤمن فيه الاشتباه ضربان: ما يمكن تمييزه بالصفات والحلي كالحيوان، وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس فالأول على الأقوال الثلاثة، وقطعا في الكرباس^(٣) ونحوه: بأنه لا ترتبط الدعوى والحكم فيه بالعين.

ثم فرع المصنف على الصحيح وهو السماع وعدم الحكم؛ فقال:

(١) «نهاية المطلب» ٥٣١/١٨. (٢) «الوسيط» ٣٢٩/٧.

(٣) الكرباس: الثوب الخشن، وهو فارسي معرب، والجمع (كرايس).

(بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ فَيَأْخُذُهُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ وَالْأَظْهَرُ) أي: وهو الأشهر في «المحرر»^(١): (أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى الْمُدَّعِي بِكَفِيلٍ بِبَدَنِهِ فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ كَتَبَ بِبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ/٢٦٨ب/ وَإِلَّا فَعَلَى الْمُدَّعِي مُؤَنَّةُ الرَّدِّ).

وقال العبادي: يكلفه قيمة المال، ويختتم العين عند تسليمها إليه بختم لازم أستحباً. فإن كان عبداً جعل في عنقه قلادة وختم عليها. والمقصود من الختم أن لا يبدل المأخوذ بما لا يستريب المشهور في أنه له وأخذ الكفيل واجب.

وعلى هذا القول لو كان المدعي جارية فأوجه:

أحدها: أنها كالعبد، والثاني: لا تبعث أصلاً.

والثالث: تسلم إلى أمين في الرفقة، لا إلى المدعي.

قال الرافعي: وهذا أحسن^(٢).

وقال في «الروضة»: أنه الصحيح أو الصواب، ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب سلمه إلى المدعي وقد تم الحكم له، ثم يكتب إبراء الكفيل كما ذكرنا، وفي «الفروق» للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته ختماً ثانياً، ويكتب بأني حكمت به لفلان ويسلمه إلى المكتوب له ليرده إلى القاضي الثاني فيقرأ الكتاب ويطلق الكفيل ويسلم العبد إلى المدعي.

والقول الثاني: أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه للمدعي ويقبض منه

(١) «المحرر» (ص ٤٩١).

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/٥٢٩.

الثلث ويضعه عند عدل، أو يكفله بالثلث، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب كتب برد الثلث، أو إبراء الكفيل وبان بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح، ويسلم الثلث إلى المدعي عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة، كما يبيع الضوال، وحكى الفوراني بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال ويأخذ القيمة ويدفعها إلى المدعي عليه للحيلولة بينه وبين ما يزعمه ملكا، ثم يسترد هذه القيمة سواء ثبت المال للمدعي أم لا^(١).

قال: (أَوْ غَائِبَةً عَنِ الْمَجْلِسِ لَا الْبَلَدِ) أي: ما مر فيما إذا كانت العين غائبة عن البلد، فإن كانت فيه، لكن كانت غائبة عن مجلس الحكم (أَمَرَ بِإِحْضَارِ مَا يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا تُسْمَعُ شَهَادَةُ بِصِفَةٍ) بما إذا كان المدعي عليه حاضراً في البلد لا تسمع الشهادة وهو غائب عن مجلس الحكم.

قال الرافعي: ويشبه أن يجيء فيه كما في المشبه به^(٢). واحترز بما يمكن إحضاره عما لا يمكن إحضاره كالعقار. فإن المدعي يحده ويقيم البيئة عليه بتلك الحدود، إلا أن يكون مشهوراً فلا حاجة إلى تحديده.

وذكر الغزالي في «وسيطه» أنه لا يلزم إحضار الكرباس ونحوه؛ لأنه يتمثل، وإن حضر قال الرافعي: وفي هذا إشعار بأن الكرباس الحاضر لا يمكن توجيه الدعوى فالبيئة على عينه، ولا شك في بُعد هذا الحكم^(٣).

(١) «الروضة» ١١/١٩٠. (٢) «الشرح الكبير» ١٢/٥٣٠.

(٣) «الشرح الكبير» ١٢/٥٣١، «الوسيط» ٧/٣٣٠.

قال: (فَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارُ فَقَالَ لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ صَدَّقَ بِبَيْمِينِهِ) لأن الأصل عدم عين بيده.

قال: (ثُمَّ لِلْمُدَّعِي) أي: بعد ذلك (دَعْوَى الْقِيَمَةِ) لاحتمال أنها هلكت.

قال: (فَإِنْ نَكَلَ) أي: المدعى عليه عن اليمين، (فَحَلَفَ الْمُدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً كُلَّفَ الْإِحْضَارَ وَحُبَسَ عَلَيْهِ وَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلَفٍ) أي: فيؤخذ منه القيمة، وتقبل منه دعوى التلف وإن كان خلاف قوله الأول/١٢٦٩/ للضرورة، وقيل لا يطلق إلا بإحضار. أو بأن يقيم بيينة على التلف.

قال: (وَلَوْ شَكَّ الْمُدَّعِي هَلْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيَمَةً أَمْ لَا فَيَدَّعِيهَا، فَقَالَ غَضَبَ مِنِّي كَذَا، فَإِنْ بَقِيَ لَزِمَهُ رَدُّهُ وَإِلَّا فَقِيَمَتُهُ؛ سَمِعْتُ دَعْوَاهُ) للحاجة وعليه عمل القضاة، فعلى هذا يحلف أنه لا يلزمه رد العين ولا قيمتها.

قال: (وَقِيلَ: لَا) لأنها غير جازمة (بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحْلِفُ ثُمَّ يَدَّعِي الْقِيَمَةَ) قال الرافعي: والأول أولى الوجهين^(١)، وقال في «المحرر» أنه أقربهما^(٢).

قال: (وَيَجْرِيَانِ فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْبًا لِدَلَالٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ الثَّمَنَ، أَمْ أَتْلَفَهُ فَقِيَمَتُهُ أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ) أي: فعلى الأول يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه أو قيمته، ويحلف الخصم يمينا واحدة

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٥٣١. (٢) «المحرر» (ص ٤٩٢).

أنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته فلو نكل وردت اليمين على المدعي فهل يحلف على التردد، كما أدعى على التردد، أم يشترط التعيين؟

حكماهما الرافعي في أواخر الباب الأول من الدعاوى، وعلى الثاني يدعي العين في دعوى، والقيمة في أخرى، واليمين في أخرى. فرع:

جميع ما ذكرناه فيما إذا كان الخصم حاضراً، فإن كان غائباً والمال في البلد، كما وصفنا، أحضر مجلس الحكم أيضاً وأخذه ممن في يده ليشهد الشهود على عينه.

قال: (وَحَيْثُ أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ فَثَبَّتَ لِلْمُدَّعِي أَسْتَقَرَّتْ مُؤَنَّتُهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ) لأنه المحجوج إلى ذلك.

قال: (وَالْأَفْهَى) يعني: مؤنة الإحضار (وَمُؤَنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُدَّعِي) لأنه المحجوج إلى ذلك.

فرع:

لا يلزمه منفعة العبد التي تعطلت، كما لا يلزمه منفعة المحكوم عليه، ويحتمل هذا للحاجة. قاله في «الوجيز»^(١).

قال الرافعي: وليحمل ما ذكره على إحضار المدعى عليه العبد الغائب عن مجلس الحكم دون البلد خاصة. والفرق بين الحالين زيادة الضرر^(٢).



(١) «الوجيز» ٢/ ٢٤٤.

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/ ٥٣٢.

(فَصْلٌ)

قال: (الْغَائِبُ: الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ مِنْ بَمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ) لَأَن الْقَرِيبَ يَسْهَلُ إِحْضَارُهُ.

قال: (وَهِيَ) يَعْنِي: الْمَسَافَةُ الْبَعِيدَةُ (الَّتِي لَا يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكَّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلًا) أَي: فَإِن أَمَكْنَ فَقَرِيبَةٌ وَتَسْمَى مَسَافَةً الْعَدْوَى، كَمَا سَيَأْتِي، وَلِلْقَاضِي أَن يَحْكَمَ عَلَى مَنْ غَابَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لَأَن فِي إِحْضَارِهِ مَفَارِقَةَ الْأَهْلِ بِاللَّيْلِ.

قال: (وَقِيلَ: مَسَافَةٌ قَصْرٌ) أَي: وَالْقَرِيبَةُ مَا دُونَهَا. قَالَ فِي «الْمَحَرَّرِ»: وَالْأَوَّلُ أَرْجَحُ الْوَجْهَيْنِ^(١).

قال: (وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ، وَيُحْكَمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ) أَي: بَلْ يَجِبُ إِحْضَارُهُ لِيَأْتِيَ بِمَطْعَنٍ، إِنْ أَمَكْنَ بِخِلَافِ الْبَعِيدِ، فَإِن أُنْتَظَرَهُ يَطُولُ؛ وَلَأَن أَمْرَ الْقَضَاءِ مَبْنِي عَلَى الْفَصْلِ بِأَقْرَبِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ حَضَرَ رُبَّمَا أَقَرَّ فَأَغْنَى عَنْ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ وَالنَّظَرِ فِيهَا.

وقيل: إِنْ الْبَيِّنَةُ تَسْمَعُ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا مُنْكَرٌ؛ فَهَذَا سَمَاعُ بَيِّنَةٍ عَلَى مُنْكَرٍ، أَوْ مَقَرَّ فَتُؤَكَّدُ الْبَيِّنَةُ إِقْرَارُهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَحْكَمُ عَلَيْهِ أَيْضًا كَالْغَائِبِ.

قال: (إِلَّا لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّرِهِ) أَي: فَإِنَّهُ يَجُوزُ سَمَاعُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةِ وَالْحَكْمُ عَلَيْهِ، وَإِلَّا لَا تَتَّخِذُ النَّاسُ التَّوَارِي وَالْإِمْتِنَاعَ ذَرِيعَةً إِلَى إِبْطَالِ الْحَقُوقِ، وَعَنْ الْقَاضِي حُسَيْنٍ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَا يُلْحَقُ الْإِمْتِنَاعُ /٢٦٩ب/ بِالْعَجْزِ فِي ثَبُوتِ حَقِّ الْفَسْخِ لِلْبَائِعِ، فَإِن قُلْنَا بِالصَّحِيحِ؛ فَهَلْ يَحْلِفُ الْمُدْعَى كَمَا يَحْلِفُ الْمُدْعَى عَلَى غَائِبٍ؟

(١) «الْمَحَرَّرِ» (ص ٤٩٢).

وجهان: وقطع صاحب «العدة» بأنه لا يحلف؛ لأن الخصم قادر على الحضور.

ولو كان للمتمرد وكيل نصبه بنفسه؛ فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ فيه جوابان لأبي العباس الروياني؛ لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل.

قال: (وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدٍّ قَذْفٍ، وَمَنْعُهُ فِي حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى) لأن حق الآدمي مبني على المضايقة والتشديد لاحتياجهم، وحق الباري مبني على المساهلة لاستغنائهم.

والثاني: المنع مطلقاً؛ لأن الحد يسعى في قدحه، ولا يوسع بابه. والثالث: الجواز مطلقاً، كما في الأموال، فيكتب إلى قاضي بلد المشهود عليه ليأخذه بالعقوبة.

ثم لا فرق بين كتاب الحكم وكتاب النقل عند الجمهور، وقال الفوراني: الخلاف في كتاب النقل، فأما كتاب الحكم فيقبل قطعاً في العقوبتين.

قال: (وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةٌ عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَسْتَعِذْهَا بَلْ يُخْبِرُهُ) أي: بالحال (وَيُمْكِنُهُ مِنْ جَرَحٍ) أي: وإن قدم بعد الحكم فهو على حجته في إقامة البينة بالأداء، والإبراء وجرح الشهود، لكن يشترط أن يؤرخ الجارح فسقه بيوم الشهادة؛ لأنه إذا أطلق أحتمل حدوثه بعد الحكم.

فرع:

بلوغ الصبي بعد سماع البينة عليه، أو بعد الحكم كقدوم الغائب. قال: (وَلَوْ عَزَلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وَلَّى وَجَبَتْ الِاسْتِعَاذَةُ) لأن السماع

الأول بطل بالعزل.

فرع:

لو خرج عن محل ولايته ثم عاد فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح لبقاء ولايته. وقيل: لا؛ لعروض ما يمنع الحكم.

قال: (وَإِذَا أَسْتُعْدِيَ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ) أي: على طلبه (أَخْضَرَهُ بِدَفْعِ خَتْمِ طَبِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ) ليعرضه على الخصم وليكن مكتوباً عليه: أجب القاضي.

قال: (أَوْ بِمُرْتَبٍ لِذَلِكَ) أي: وهم الأعوان سواء عرف أن بينهما معاملة أم لا؛ صيانة للحقوق، ولا احتمال أن عليه حقاً بجهة إرث أو إتلاف، وعن ابن شريح أنه يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلس الحكم، والصحيح أنه لا فرق، ثم مؤنة العون على الطالب إن لم يكن له رزق من بيت المال.

قال: (فَإِنْ أُمْتَنَعَ بِلاَ عُدْرٍ أَخْضَرَهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ) أي: بما يراه، وتكون مؤنة المحضر والحالة هذه على المطلوب لامتناعه، وقيل: على المدعي.

فإن أختفى بعث من ينادي على باب داره: إن لم يحضر إلى ثلاث سُمِّرَ باب داره، أو ختم عليه، فإن لم يحضر بعد الثلاث وسأل المدعي التسمير أو الختم أجابه إليه، وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره.

وإذا عرف له موضع، قال ابن القاص: يبعث القاضي جماعة من النسوة والصبيان والخصيان يهجمون عليه، على هذا الترتيب، ويفتشون واحترز بقوله (بلا عذر) عما إذا كان له عذر مانع من الحضور، فإنه لا يكلفه بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمره بنصب وكيل

ليخاصم عنه. فإن وجب تحليفه بعث إليه من يحلفه.
والعذر كالمرض أو /١٢٧٠/ حبس ظالم أو الخوف منه، وفي المرأة
المخدرة خلاف، ذكره المصنف آخر الباب.
قال: (أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وِلَايَتِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ) لعدم ولايته عليه (أَوْ
فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضِرْهُ بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ) لأن في إحضاره
مشقة مع إمكان الحكم في ذلك الموضع الذي هو فيه، وهذا أصح
الأوجه.

وثانيها: يحضره إن طلب الخصم، وثالثها: يتخير بينهما.
قال: (أَوْ لَا نَائِبٍ، فَلَا صَحَّ يُحْضِرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطُّ وَهِيَ الَّتِي
يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكَّرًا لَيْلًا) قال في «المحرر»: وهذا ما رجح^(١)، وأشار به إلى
الإمام^(٢) فإنه رجحه، وجزم به الغزالي^(٣).
والثاني: إن كان دون مسافة القصر أحضره، وإلا فلا.
والثالث: أنه يحضره قربت المسافة أم بعدت، نعم له أن يبعث إلى
بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المتعدي.
قال الرافعي: وبهذا أجاب أصحابنا العراقيون^(٤).
وقال الماوردي: هو ما ذهب إليه الأكثرون، وهو الظاهر من
المذهب^(٥).

وقد يستدل له بأن عمر رضي الله عنه استدعى المغيرة بن شعبة من البصرة إلى

(١) «المحرر» (ص ٤٩٢).

(٢) «نهاية المطلب» ٥٧٩/١٨.

(٣) «الوسيط» ٣٣٢/٧.

(٤) «الشرح الكبير» ٥٣٦/١٢.

(٥) «الحاوي» ٣٠٤/١٦.

المدينة في القصة المشهورة. فإذا كان هذا في حق الله ففي حق الآدمي أولى.

فائدة:

قال الجوهري: العدوى: أَسْمٌ للإِعداء وهو المعونة^(١). يقال أعدى الأمير فلاناً على خصمه إذا أعانه عليه.

فرع:

إذا قلنا لا يحضره إذا كان هناك حاكم، فكذا لا يحضره إذا كان هناك من يتوسط ويصلح بينهما، بل يكتب إليه بذلك. فإن تعذر فحينئذ يحضره.

فرع:

حيث قلنا يحضر الخارج عن البلد، فذكر الإمام والغزالي وصاحب «الْعُدَّة»، أنه: إنما يحضره إذا أقام المدعي بينة على ما يدعيه، فقد لا يكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار، لكن قد لا يكون له حجة ويقصد تحليفه لعله ينزجر فيقر^(٢).

ولم يتعرض الجمهور لما ذكروه، لكن قالوا: يبحث القاضي عن جهة دعواه فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده، كما إذا أراد مطالبة مسلم بضمان خمر، بخلاف الحاضر في البلد، لا يحتاج إلى البحث في إحضاره؛ لأنه ليس في الحضور عليه مشقة شديدة ولا مؤنة.

فرع:

لو أَسْتَعْدَى على امرأة خارجة عن البلد، فهل يحضرها، وهل يشترط

(١) «الصحاح» ٦/٢٧١.

(٢) «نهاية المطلب» ١٨/٥٣٦، «الوسيط» ٧/٣٣٢.

أمن الطريق ونسوة ثقات، وهل للقاضي أن يبعث إليها محرماً لها لتحضر معه؟ قال أبو العباس الروياني في كل ذلك: وجهان: الأصح: أنه يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات كما في الحج.

قال: (وَأَنَّ الْمُخَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ) صرفاً للمشقة عنها، فإن ضرر إبطال التخدر أعظم من ضرر المرض، وسبيل القضاء في حقها، كما سبق في المرض.

والثاني: تحضر كغيرها، فعلى هذا لو حضر القاضي دارها ليحكم بينها وبين ٢٧٠ب/ خصمها، أو بعث نائباً كان للخصم أن يمتنع من دخول دارها، ويطلب إخراجها. ثم إنما يتحتم حضورها على هذا الوجه للتحليف، وأما ما عداه فيقنع فيه بالتوكيل من المخدرة وغيرها.

فرع:

لو أفضى الأمر إلى تحليف المخدرة، وقلنا لا تحضر فهل يغلظ عليها بالمكان وتكلف حضور الجامع؟

فيه وجهان:

أصحهما: نعم، وبه أجاب الشيخ أبو حامد ومتابعوه والغزالي^(١). كذا ذكره في «الروضة»^(٢) قبيل الطرف الثاني من الباب الثالث في اليمين من كتاب الدعاوى، وهذا ذكره الرافعي عنهم بدون تصحيح ثم قال: لكن قيل ببناء هذا الخلاف على الخلاف في أن التغليظ مستحب أو مستحق. قال: وقضية هذا البناء ترجيح الوجه الثاني^(٣)، وقد جزم

(١) «الوسيط» ٤١٨/٧، وانظر: «البيان» ٢٥٩/١٣.

(٢) «روضة الطالبين» ٣٣/١٢. (٣) «الشرح الكبير» ١٩٣/١٣.

الماوردي بالمنع^(١) وحكى ابن الرفعة الخلاف هنا وأطلقه^(٢)، وقال في باب اليمين والدعاوى: أنه إذا قلنا باستحباب التغليظ به لم تكلف الخروج قولاً واحداً وخص الوجهين بقول الوجوب.

فرع:

لو اختلفا في التخدر، قال الماوردي والرويانى^(٣): إن كانت من قوم يغلب من حال نسائهم التخدر صدقت فيه يمينها، وإن كان الأغلب عليهن البروز صدق هو بيمينه، وقال القاضي: عليها إقامة البينة على ذلك وتمهل لإقامتها^(٤).

فرع:

لو كانت المرأة برزة لازمت التخدر فبماذا يحصل لها حكمه؟ قال القاضي حسين في «فتاويه»: حكمها حكم الفاسق يُتَوَّب فلا بد أن يمضي عليه سنة في قول، وستة أشهر في قول.

قال: (وَهِيَ) يعني: المخدرة (مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ) أي: متكررة، كشراء الخبز والقطن وبيع الغزل ونحوها، فإن كانت لا تخرج إلا نادراً لعزاء أو زيارة أو حمام فمخدرة، وفيها وجه.

وقال ابن الرفعة: المشهور أن المخدرة من لا تخرج لحوائجها^(٥)، ويحكى عن النص، ولم يورد أبو الطيب وجماعة سواه.

(١) «الحاوي» ١٧/١١٤.

(٢) «كفاية النبيه» ١٨/٢٦٠. (٣) «البحر» ١٤/٩٢.

(٤) «الحاوي» ١٦/٣٠٣.

(٥) «كفاية النبيه» ١٨/٢٥٩.

وقال الماوردي؛ إنها التي لا تخرج لحوائجها، وإن خرجت
أستخفت ولم تعرف^(١).

واختار الإمام: أنها التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة^(٢).

وقال ابن أبي الدم: الأولى في ذلك رده إلى عرف الناس واتباع
العادات.



(١) «الحاوي» ٣٠٣/١٦.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٧٨/١٨.

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كِتَابُ الْقِسْمَةِ

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

بَابُ الْقِسْمَةِ

قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ.
وَشَرْطُ مَنْصُوبِهِ ذِكْرُ حُرِّ عَدْلٍ يَعْلَمُ الْمِسَاحَةَ وَالْحِسَابَ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا
تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ، وَإِلَّا فَقَاسِمٌ، وَفِي قَوْلٍ: اثْنَانِ.

وَلِلْإِمَامِ جَعْلُ الْقَاسِمِ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ فَيَعْمَلُ فِيهِ بِعَدْلَيْنِ وَيَقْسِمُ.
وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأُجْرَتُهُ عَلَى
الشُّرَكَاءِ، فَإِنْ اسْتَأْجَرُوهُ وَسَمِيَ كُلُّ قَدْرًا لَزِمَهُ، وَإِلَّا فَالْأُجْرَةُ مُوزَّعَةٌ عَلَى
الْحِصَصِ، وَفِي قَوْلٍ: عَلَى الرُّؤُوسِ.

ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَتَوْبِ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجِي خُفٍّ إِنْ
طَلَبَ الشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ لَمْ يُجِبْهُمْ الْقَاضِي، وَلَا يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا
بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنَفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ.

وَمَا يَنْطُلُ نَفْعُهُ الْمَقْصُودُ كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَتَيْنِ لَا يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ
فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ أَمَكَنَ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ أُجِيبَ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَشْرُ دَارٍ لَا يَصْلُحُ
لِلشُّكْنَى وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَلَا أَصَحَّ إِجْبَارُ صَاحِبِ الْعَشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ دُونَ عَكْسِهِ.

وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ فَقِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ:

أَحَدُهَا: بِالْأَجْزَاءِ كَمِثْلِي وَدَارٍ مُتَّفَقَةٍ أُبْنِيَّةٍ، وَأَرْضٍ مُشْتَبَهَةِ الْأَجْزَاءِ، فَيُجْبَرُ
الْمُتَمَنِّعُ فَتُعَدَّلُ السَّهَامُ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ دَرْعًا بِعَدَدِ الْأَنْصِبَاءِ إِنْ اسْتَوَتْ،
وَيُكْتَبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ شَرِيكِ أَوْ جُزْءُ مُمَيَّزٍ بِحَدٍّ أَوْ جِهَةٍ، وَتُدْرَجُ فِي
بَنَادِقَ مُسْتَوِيَةٍ، ثُمَّ يُخْرِجُ مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا رُقْعَةً عَلَى الْجُزْءِ الْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ
الْأَسْمَاءَ فَيُعْطَى مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ، أَوْ عَلَى اسْمِ زَيْدٍ إِنْ كَتَبَ الْأَجْزَاءَ، فَإِنْ

اَخْتَلَفَتْ الْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلْثٍ وَسُدُسٍ جُزئَتِ الْأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السَّهَامِ وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ، وَيُحْتَزَرُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةٍ وَاحِدٍ.

الثَّانِي: بِالْتَّعْدِيلِ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسَبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ اسْتَوَتْ قِيمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ فَطَلَبَ جَعَلَ كُلُّ لَوَاحِدٍ فَلَا إِجْبَارَ، أَوْ عَمِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ أُجْبِرَ، نَوَعَيْنِ فَلَا.

الثَّالِثُ: بِالرَّدِّ بَأَن يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بَيْتٌ أَوْ شَجَرٌ لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ فَيُرَدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطَ قِيمَتِهِ، وَلَا إِجْبَارَ فِيهِ، وَهُوَ بَيِّنٌ، وَكَذَا التَّعْدِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَقِسْمَةُ الْأَجْزَاءِ إِفْرَازًا فِي الْأَظْهَرِ.

وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ، وَلَوْ تَرَاضَا بِقِسْمَةٍ مَا لَا إِجْبَارَ فِيهِ اشْتَرَطَ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ فِي الْأَصَحِّ، كَقَوْلِهِمَا: رَضِينَا بِهِذِهِ الْقِسْمَةِ، أَوْ بِمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ.

وَلَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ غَلَطَ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ نُقِضَتْ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَاهُ وَاحِدٌ فَلَهُ تَحْلِيْفُ شَرِيكِهِ.

وَلَوْ ادَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ وَقُلْنَا: هِيَ بَيِّنَةٌ. فَلَا أَصَحَّ أَنَّهُ لَا أَثَرٌ لِلْغَلَطِ، فَلَا فَائِدَةٌ لِهَذِهِ الدَّعْوَى. قُلْتُ: وَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازٌ نُقِضَتْ إِنْ ثَبَتَ، وَإِلَّا فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمَقْسُومِ شَائِعًا بَطَلَتْ فِيهِ، وَفِي الْبَاقِي خِلَافٌ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، أَوْ مِنَ التَّصْيِينِ مُعَيَّنٍ سِوَاءَ بَقِيَّتِ، وَإِلَّا بَطَلَتْ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



كِتَابُ الْقِسْمَةِ

هي بكسر القاف. قال الجوهري: القسم مصدر قسمت الشيء فانقسم، وقاسمه المال وتقاسماه واقتسماه، والاسم: القسمة، يعني: بكسر القاف^(١).

والقسم بكسرهما أيضًا النصيب المقسوم، وأصل القسم تمييز الأنصباء بعضها من بعض وإفرازها عنها، وأصل الباب قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾ [النساء: ٨]، وقال: ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم»^(٢). الحديث.

وقسم النبي ﷺ الغنائم، وكان للخلفاء الراشدين قسام؛ ولأن الناس حاجة إليها.

قال: (قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ) لأن المقصود يحصل بذلك كله.

قال: (وَشَرَطُ مَنْصُوبِهِ) يعني: منصوب الإمام (ذَكَرَ حُرَّ عَدْلٍ) لأنه يلزم كالحاكم من حيث أن الحاكم ينظر في الحجة ثم يجتهد ثم يلزم بالحكم، والقسام يجتهد مساحة وتقديرًا ثم يلزم بالإقراع، وذكر في

(١) «الصحاح» ٢٨٨/٥، ٢٨٩ [قسم].

(٢) رواه البخاري (٢٢١٣)، مسلم (١٣٤/١٦٠٨).

«المحرر» مع هذه الشروط التكليف^(١)، وحذفه المصنف لدخوله في شرط العدالة.

قال: (يَعْلَمُ / ١٢٧١ / الْمِسَاحَةُ) أي: بكسر الميم، كما رأيت به خط المصنف (وَالْحِسَابَ) لأنهما آلة القسمة. قال الجوهرى: مسح الأرض مساحة: ذرعها^(٢)، ومسحاً أيضاً عن السعدي، واعتبر الماوردي والبخاري وراء ذلك: أن يكون نَزْهاً قليل الطمع^(٣).

وهل يشترط معرفة التقويم؟

فيه وجهان؛ لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه، وجزم جماعة بالاستحباب، منهم ابن الصباغ.
فرع:

منصوب الشركاء لا يشترط فيه العدالة ولا الحرية؛ لأنه وكيل لهم. قال الرافعي: كذا أطلقوه، وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع والشراء^(٤).

قال: (فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ) لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين، كذا حكاه الرافعي وجماعات^(٥).

قال ابن الرفعة: وقضيته أن الحاكم لو فوض لواحد سماع البينة بالتقويم وأن يحكم أنه لا يكفي، وقد قال الإمام: إن ذلك سائغ^(٦).

(١) «المحرر» (ص ٤٩٣). (٢) «الصحاح» ٤٢٧/١ [مسح].

(٣) «الحاوي» ٢٤٥/١٦، «التهذيب» ٢٠٧/٨.

(٤) «الشرح الكبير» ٥٤٢/١٢. (٥) «الشرح الكبير» ٥٤٢/١٢.

(٦) «كفاية النبيه» ٣٣٣/١٨، وانظر: «نهاية المطلب» ٥٤٠/١٨.

فائدة:

التقويم مصدر قومت السلعة: إذا حددت قيمتها وقومتها، وأهل مكة يقولون: أَسْتَقِمْتُ الشيءَ بمعنى: قومتَه.

قال: (وَالْأَيُّ) أي: وإن لم يكن فيها تقويم (فَقَاسِمٌ) لأن قسمته تلزم بنفس قوله، فأشبه الحاكم.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: أَثْنَانٍ) كالتقويم وكونه حاكماً، لا يمنع اشتراط العدد لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا﴾ [النساء: ٣٥] الآية. والخلاف كما قال الرافعي تبعاً للغزالي: يلتفت إلى أن منصب القاسم منصب الحاكم أو منصب الشاهد، وقطع بالأول قاطعون ولم يجب المعظم إلا به^(١).

وقيل: إن كان في الشركاء طفل أو غائب أشرط أثنان، وإلا فلا. حكاه الماوردي عن بعضهم منزلاً اختلاف النص على ذلك^(٢).

وقيل: إن كان فيهم طفل أو مجنون فلا بد من اثنين، وإلا فقولان. حكاه الإمام عن صاحب «التقريب»^(٣).

وقال صاحب «الذخائر» في اعتبار العدد لأصحابنا أربع طرق: أحدها: إن كان فيها تقويم وجب قاسمان وإلا فقاسم، وهي طريقة العراقيين.

وثانيها: إن كان فيها تقويم أشرط أثنان، وإلا فقولان. وثالثها: حكاية قولين من غير تفصيل: أحدهما: يكتفى بواحد

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٥٤٢، وانظر: «الوسيط» ٧/٣٣٤.

(٢) «الحاوي» ١٦/٢٤٧.

(٣) «نهاية المطلب» ١٨/٥٤١.

كالقاضي. والثاني: لابد من اثنين.

ورابعها: إن تعلقت بصبي أو مجنون أشرت أثنان، وإلا فلا.
وحكاها عن صاحب «التقريب»، وكلامه يفهم طرد الثالثة والرابعة
فيما فيه تقويم، وهو غريب.
قال ابن الرفعة: ولم أرهما في غيره^(١).

فرع:

لو لم تكن القسمة بأمر الحاكم بل المفوض لها الشركاء، ففي
«الحاوي» و«البحر» أنهم يحملون في العدد على ما اتفقوا عليه من
واحد أو اثنين، ولا يقبل الحاكم قول هذا القاسم؛ لأنه ليس نائباً
عنه، ولا يسمع شهادته؛ لأنه يشهد على فعل نفسه^(٢).

فرع:

لا يفتقر القاسم إلى لفظ الشهادة، وقيل: وجهان حكاها في
«البحر»^(٣).

فرع:

هل للقاضي أن يقضي في التقويم باجتهاده؟
قولان كالقضاء بالعلم، وقيل: لا يجوز قطعاً؛ لأنه ممنوع من
القضاء بما لا يتحققه، وهذا منه.
قال: (وَلِلْإِمَامِ جَعْلُ الْقَاسِمِ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ فَيُعْمَلُ فِيهِ / ٢٧١ ب/
بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، وَيُقَسَّمُ) أي: بنفسه.

(١) «كفاية النبيه» ١٨ / ٣٣٥.

(٢) «الحاوي» ١٦ / ٢٤٧، «البحر» ١٢ / ٣٥. (٣) «البحر» ١٢ / ٣٥.

قال: (وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) لأنه من المصالح، وكذلك فعل عليّ عليه السلام، وللإمام أن يستأجره بأجرة مقدرة، أو يجعل له رزقا راتبًا كالحاكم. قاله القاضي أبو الطيب وغيره. وقال الماوردي: إن كثرت القسمة رزقهم من سهم المصالح مشاهرة، وإلا أعطوا منه أجرة كل قسمة^(١). وفي وجه ضعيف: أنه لا يرزق القاسم من بيت المال؛ لأنه لا يحتاج إلى تفرغ النفس لهذا العمل بخلاف القاضي.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَجْرَتُهُ عَلَى الشَّرَكَاءِ) لأنه يعمل لهم، وخالف القاضي حيث أمتنع عليه أن يعتاض على الحكم؛ لأن القضاء حق لله بخلافها، وسواء طلب جميعهم القسمة أو بعضهم.

وقال ابن القطان وغيره: هي على الطالب وحده. والصحيح الأول، واعلم أن عبارة «المحرر»: فإن لم يكن فيه مال، أو لم يتفرغ له فأجرته على الشركاء^(٢)، فليحمل قوله: (فإن لم يكن) على ذلك مطابقة له.

قال: (فَإِنْ أَسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّى كُلُّ قَدْرًا لَزِمَهُ) أي: سواء تساوا فيه أو تفاضلوا، نصّ عليه وتابعوه.

قال الإمام: وهذا ظاهر إن أجمعوا على الاستئجار. أي: بأن قالوا: أستأجرناك لتقسم بيننا بدينار على فلان، ودينارين على فلان مثلاً، أو وكلوا وكيلا فعقد لهم كذلك، أما إذا عقدوا مرتباً بأن أستأجر صاحب النصف لتمييز حصته ثم صاحب الثلث، ثم صاحب السدس.

قال القاضي: ففي صحة استئجار الأخير سؤال؛ لأن الأولين لما

(٢) «المحرر» (ص ٤٩٣).

(١) «الحاوي» ١٦/٢٤٦.

أستأجره لإفراز حصتهما صار إقرار نصيب الثالث مستحقاً؛ لأن إفرازه لازم من جهة إقرار نصيبهما، فصارت إجارته عملاً مستحقاً عليه، وأجاب بأن إفرازه النصيبين من غير عمل في نصيب الثالث بالمساحة، والتخطي وإدخال أسمه في البنادق والقرعة مما لا يتأتى، وهذه الأعمال غير مستحقة عليه بإجارة شريكه، فيقع أستجاره عليهما.

قال الإمام: وهذا لا يدرأ الإشكال، وسيل الجواب أن أستتجار الأولين لا يتم الغرض منه ما لم يستأجر الثالث، فإن هذا مفروض في غير الإجبار، وكيف يتأتى التمييز إلا بالتصرف في جهة الثالث، ولا يتصرف فيها إلا برضاه. ثم ذكر الإمام كلاماً حاصله منع أفراد بعضهم بالاستتجار دون رضا الباقيين^(١).

وفي «البحر»: لو أستأجر لإفراز نصيبه صح إن رضي الباقيون، أو كان بحيث لا يحتاج إلى رضاهم، وإلا فعقده فاسد^(٢).

قال: (وَالْأَيُّ أَيُّ: وَإِنْ أَسْتَأْجَرُوا قَاسِمًا وَسَمَوْا لَهُ أَجْرَةً وَأَطْلَقُوا، فَلَا أَجْرَةَ مُوزَعَةً عَلَى الْحِصَصِ) لأنها من مؤنات الملك فاشبهت النفقة.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: عَلَى الرُّؤُوسِ) لأن عمله في الحساب والمساحة نفع لهم جميعاً، وقد يكون الحساب في الجزء اليسير أغمض ومنهم من قطع بالأول، وصححها المصنف في «الروضة»^(٣)، وطريقة القولين نظيرها الشفعة، والطريقة القاطعة فرقت بينهما بأن أصل الشركة سبب في الأخذ بالشفعة، وقد أشتراكا في أصل الشفعة، وهنا الأجرة في

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٥٤٣.

(٣) «روضة الطالبين» ١١/٢٠٢.

(٢) «البحر» ١٢/٣٦.

مقابلة ١٢٧٢/ العمل، والعمل لصاحب الكثير أكثر بالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات، والخلاف جارٍ فيما لو أستاذجروا أستاذجارًا فاسدًا فقسم أن أجرة المثل كيف توزع؟ وفيما لو أمروا قاسمًا فقسم ولم يذكروا أجرة؟

وقلنا تجب أجرة المثل في مثل ذلك، وفيما لو أمر القاضي قاسمًا فقسم قسمة إجبار.

قال: (ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجَيْنِ خُفٍّ إِنْ طَلَبَ الشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ لَمْ يُجِبْهُمُ الْقَاضِي) لأنه سفه.

قال: (وَلَا يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنَفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ) نعم لا يجيبهم هو في الأصح.

قال: (وَمَا يَبْطُلُ نَفْعُهُ الْمَقْصُودُ كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ، لَا يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ فِي الْأَصَحِّ) لوجود الضرر للآخر، وقد قال العلامة: «لا ضرر ولا ضرار»^(١). والثاني: يجب.

واعلم أن في ضبط الضرر المانع من القسمة ثلاثة أوجه أسلفناها في باب الشفعة، وما صححه المصنف هو أظهر الوجوه المشار إليها.

قال: (فَإِنْ أَمَكَّنْ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ) أو طاحونين (أَجِيبَ) لانتفاء الضرر، نعم لو كان يحتاج إلى إحداث بئر أو مستوقد فوجهان؛ أحدهما: لا إجبار لتعطل المنفعة إلى الإحداث، وأصحهما: يجبر لتيسر التدارك.

قال: (وَلَوْ كَانَ لَهُ عَشْرُ دَارٍ لَا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى، وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَلَا صَحِّحُ

(١) تقدم تخريجه.

إِجْبَارُ صَاحِبِ الْعُشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ) لأن الطالب ينتفع بالقسمة، وضرر صاحب العشر لا ينشأ من مجرد القسمة، بل سببه قلة نصيبه.

والثاني: المنع؛ للضرر الذي يلحقه.

قال: (دُونَ عَكْسِهِ) لأنه مضيع لماله متعنت، والثاني: يجبر لتمييز ملكه.

قال: (وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ فِقِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ: أَحَدُهَا بِالْأَجْزَاءِ) أي: وتسمى قسمة المتشابهات (كَمِثْلِي) أي: كالحبوب والدنانير والدراهم، (وَدَارِ مُتَّفَقَةِ أَبْنِيَّةٍ، وَأَرْضِ مُشْتَبِهَةِ الْأَجْزَاءِ فَيُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ) أي: سواء كانت الأنصباء متساوية أو متفاوتة؛ لينتفع الطالب بماله على الكمال، ويتخلص من سوء المشاركة، مع أنه لا ضرر فيها على الشريك، كما لو أختلط له درهم بعشرة، وقيل: لا إجبار في متفاوتة وهو ضعيف.

قال: (فَتَعْدَلُ السَّهَامُ كَيْلًا) أي: في المكيل (وَوَزْنًا) أي: في الموزون أو (ذَرْعًا) أي: كالأرض المتساوية (بِعَدَدِ الْأَنْصِبَاءِ إِنْ أُسْتَوَتْ) كما إذا كانت بين ثلاثة أثلاثًا، فيجعل ثلاثة أجزاء متساوية ثم يؤخذ ثلاث رقاع متساوية (وَيَكْتَبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ شَرِيكَ) أي: من الشركاء (أَوْ جُزْءٍ) أي: من الأجزاء (مُمَيِّزٌ بِحَدِّ أَوْ جِهَةٍ) أي: أو غيرهما، كما قاله في «الروضة» تبعًا للرافعي^(١) (وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقِ مُسْتَوِيَةٍ) أي: وزنًا وشكلًا من طين مجفف أو شمع، ويجعل في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج، فإن كان صبيًا أو أعجميًا كان أولى.

(ثُمَّ يُخْرِجُهَا مَنْ لَمْ يَخْضُرْهَا) كذا هو في النسخ بضمير مفرد، وعبارته

(١) «الروضة» ٢٠٤/١١، وانظر: «الشرح الكبير» ٥٤٧/١٢.

في «الروضة» تبعًا للرافعي: من لم يحضر الكتابة والإدراج^(١)، فكان ينبغي أن يقول: من لم يحضرهما، وما أحسن عبارة «المحرر»: من لم يحضر ذلك^(٢).

قال: (رُقْعَةٌ) أي: يخرج رقعة (عَلَى الْجُزْءِ الْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ الْأَسْمَاءُ) أي: على الرقاع (فَيُعْطِي مَنْ خَرَجَ أَسْمُهُ) أي: ثم يؤمر بإخراج أخرى ٢٧٢ب/ على أجزاء الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه من الآخرين الباقيين أخذه وتعين الثالث للثالث.

قال: (أَوْ عَلَى أَسْمِ زَيْدٍ إِنْ كَتَبَ الْأَجْزَاءُ) أي: وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء، أخرجت رقعة باسم زيد، ثم أخرى باسم عمرو، وتعين الثالث للثالث، وتعين من يتدئ به من الشركاء والأجزاء منوط بنظر القسم، فيقف أولاً على أي طرف شاء ويسمي أي شريك شاء.

قال: (فَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْأَنْصِبَاءُ كَنْصَفٍ وَثُلْثٍ وَسُدُسٍ جُزْئَاتِ الْأَرْضِ عَلَى أَقَلِّ السَّهَامِ وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ وَيُخْتَرُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةٍ وَاحِدٍ) أعلم أن هذا الكلام يقتضي أن يكتب اسم الشريك أو الجزء كما سبق لكنه رجع في «الروضة» تبعًا للرافعي^(٣) أنه لا يكتب -والحالة هذه- الأجزاء على الرقاع بخلاف العتق؛ لأنه لو أثبتها وأخرج الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس، فيفرق ملك من له النصف أو الثلث، وأيضًا قال في «المهذب»: لو فعلنا ذلك

(١) «الروضة» ١١/٢٠٤، وانظر: «الشرح الكبير» ١٢/٥٤٧.

(٢) «المحرر» (ص ٤٩٤).

(٣) «الروضة» ١١/٢٠٥، وانظر: «الشرح الكبير» ١٢/٥٤٨.

ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول: أخذه وسهمين قبله، ويقول الآخرون: بل نأخذه وسهمين بعده، فيفضي إلى النزاع^(١).

ثم الأرجح أن الخلاف في الأولوية لا في الجواز، وأما ما ذكره في «المهذب» فيجوز أن يقال: لا نبالي بقول الشركاء بل نتبع نظر القاسم، كما في ما يبدأ به، والتفريق المحدود إنما يلزم لو بدئ بصاحب السدس، ولا ضرورة إليه، بل يبدأ بصاحب النصف، فإن خرج له الجزء الأول أخذه مع الثاني والثالث، أو الثاني أخذه مع ما بعده وما قبله، أو الثالث أخذه مع الجزأين قبله، أو الرابع فكذا. ويتعين الأول لصاحب السدس، والآخرون لصاحب الثلث، أو الخامس أخذه مع الجزأين قبله ويتعين الأولان لصاحب الثلث، والأخير لصاحب السدس، وإن خرج السادس فهو له مع الذين قبله، وإذا أخذ صاحب النصف حقه، ولم يتعين حق غيره أخرجت رقعة أخرى باسم أحدهما، وحينئذ فلا يتفرق الملك.

فرع:

كيفية إخراج الرقاع وإدراجها على التفصيل المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات، بل في قسمة التعديل إذا عدلت الأخرى بالقيمة كذلك.

فرع:

كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالأقلام والعصي والحصى ونحوها.

(١) «المهذب» ٣٠٩/٢.

قال: (الثاني: بالتعديل كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيَمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسَبِ قُوَّةِ إِبْنَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ) أي: وفي أن بعضها يسقى بالنهر، وبعضها بالناضح، فيكون ثلثها لجودته كثليتها بالقيمة مثلاً، فيجعل هذا سهماً، وهذا سهماً إن كان بينهما نصفين، وإن اختلفت الأنصباء كنصف وثلث وسدس، جعلت ستة أسهم بالقيمة دون المساحة.

قال: (وَيُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَيْهَا فِي الْأَظْهَرِ) إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء، وهذا ما رجحه العراقيون، وقال في «الشرح الصغير» أنه الأظهر، وإليه أشار بقوله في «المحرر»: رجح منهما الإجمار^(١). لكن في «الشرح الكبير» نقل عن البغوي ترجيح مقابله^(٢).

والثاني: لا إجبار؛ لاختلاف الأعراض والمنافع، فعلى الأول أجرة القسم توزع بحسب المأخوذ / ١٢٧٣ / قلة وكثرة لا بحسب الشركة في الأصل على الأصح؛ لأن العمل في الكثير أكثر.

قال: (وَلَوْ أُسْتَوَتْ قِيَمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ فَطَلَبَ جَعْلَ كُلِّ لَوَاحِدٍ فَلَا إِجْبَارَ) أي: سواء تجاور الحانوتان والداران أم تباعدا؛ لشدة الاختلاف في الأغراض باختلاف المحال والأبنية.

وقال مالك: يجبر عند التجاور^(٣).

وقال أبو حنيفة: يجبر إن كان إحدى الدارين حجرة الأخرى.

وحكي وجه: أنه يجبر من غير فرق بين التجاور والتباعد.

(١) «المحرر» (ص ٤٩٤).

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/ ٥٥٣، وانظر: «التهذيب» ٨/ ٢٠٨ - ٢٠٩.

(٣) أنظر: «التفريع» ٢/ ٢٩٧، «المعونة» ٢/ ٢٤٣.

قال: (أَوْ عَبِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ أُجْبِرَ) لقلة الأغراض فيها بخلاف الدور، وهذا هو الأصح، وقيل: هي كالدور، وقيل: يجبر في العبيد، وفي غيرها الخلاف، وعن أبي حنيفة: لا إجبار في العبيد، ولا في الخيل والإبل^(١). فإن لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد لرجلين بالتسوية، إلا أن أحدهما يساوي الآخرين في القيمة. فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة فهنا قولان: وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء، وقطع العراقيون بعدم الإجبار كما حكاه عنهم في «الكفاية»^(٢).

قال: (أَوْ نَوْعَيْنِ) كعبدین تركي وهندي، وثوبين إبريسم وكثان، وكذا إن كانا جنسين كعبد وثوب، وحنطة وشعير ونحوها (فَلَا) إجبار لشدة تعلق الأغراض بكل نوع وبكل جنس.

قال: (الثَّالِثُ: بِالرَّدِّ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِئْرٌ أَوْ شَجَرٌ) أي: وكذا إذا كان في الدار بيت (لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ) كما ذكره في «المحرر»^(٣) (فَيَرُدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطُ قِيَمَتِهِ) أي: كما إذا كان كل جانب يساوي ألفا، وفي أحدهما بئر تساوي ألفاً، فيرد آخذه خمسمائة، وعبارة «المحرر»: فيضبط قيمة ما أختص به ذلك الطرف، ويردها من أخذ الطرف المختص^(٤)، وهي أوضح من قول المصنف: فيرد من يأخذه قسط قيمته.

قال: (وَلَا إِجْبَارَ فِيهِ) لأنه دخله ما لا شركة له فيه. كذا علله الرافعي،

(٢) «كفاية النيه» ٣٥١/١٨.

(١) أنظر: «الهداية» ٣٧٣/٤.

(٣) ، (٤) «المحرر» (ص ٤٩٤).

قال: وكذا لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر خمسمائة، واقتسما على أن يرد أخذ النفيس مائتين ليستويا، وقيل في الإجبار قول مخرج وهو غلط^(١).

قال: (وَهُوَ بَيْعٌ) أي: وهذا النوع وهو قسمة الرد بيع؛ لأنه يأخذ عما يؤخذ من ماله عوضاً هو مال، وذلك حقيقة البيع، وهذا هو المشهور، وقيل: بيع فيما يقابل المردود، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل. قال: (وَكَذَا التَّعْدِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأن كل جزء مشترك بينهما، وإنما دخلها الإجبار للحاجة، كما يبيع الحاكم مال المديون جبراً، هذه الطريقة هي الصحيحة، والثانية: طرد القولين في قسمة الأجزاء. قال الرافعي: ويشبه أن يكونا مبنيين على الإجبار فيها، إن قلنا نعم فالقولان، وإلا فهي بيع^(٢).

قال: (وَقِسْمَةُ الْأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي الْأَظْهَرِ) لأنها لو كانت بيعاً لما دخلها الإجبار، ولما جاز الاعتماد على القرعة، ومعنى قولنا: إفراز: أن القسمة تبين أن ما خرج لكل واحد منهما هو الذي ملكه. قال في «المحرر»: وهذا ما ذكر أن الفتوى عليه^(٣)، وأشار به إلى صاحب «العدة». فإنه ذكر فيها أن الفتوى عليه.

قال في «الروضة»: وهو المختار ٢٧٣/ب، وصححه في «شرح المهذب» في الأضحية، ورجحه الغزالي^(٤).

(١) ، (٢) «الشرح الكبير» ٥٥٦/١٢، ٥٥٩. (٣) «المحرر» (ص ٤٩٤).

(٤) «الروضة» ٢١٤/١١، «المجموع» ٤٠٠/٨، وصححها أيضاً في باب: زكاة الثمار

٤٥٧/٥، «الوسيط» ٥١٩/٣، ٣٤٢/٧.

والثاني : أنها بيع ؛ لأنه ما من جزء من المال إلا وكان مشتركاً بينهما ، فإذا أقتسما فكأنه باع كل واحد منهما ما كان له في حصة صاحبه بحصته وهذا ما صححه البغوي^(١) وآخرون ، واعتذروا عن دخول الإيجاب بالحاجة كما سلف ، ووقع للرافعي في أوائل باب الربا تصحيحه في أثناء قوله : لو أراد شريكاً قسمة ربوي ، وكذا في زكاة المعشرات في الكلام على وقت وجوب زكاة الثمار ، ووقع في «الشرح الصغير» للرافعي أن القول الأول أصح عند جماعة منهم صاحب «التهذيب» ، وهو مخالف لما ذكره في «الشرح الكبير» عن «التهذيب» فإن فيه أنه صحح الثاني^(٢) ، وكذا هو في «تهذيبه»^(٣) أيضاً فاعلمه .

ثم قيل : القولان إذا جرت القسمة إجباراً فإن حدث بالتراضي فبيع قطعاً وصححه البغوي^(٤) والقاضي حسين .

وقيل : القولان في الحالين ثم القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما ، بل النصف الذي صار في يده كان نصفه له ونصفه لصاحبه ، فالقسمة إفراز فيما كان له منه ، وبيع فيما كان لصاحبه على هذا القول ، ذكره الرافعي^(٥) .

فرع :

إذا قلنا : القسمة بيع ، فاقسما ربوياً وجب التقابض في المجلس ، ولم يجز قسمة المكيل وزناً ولا العكس .

(١) «التهذيب» ٢١٢/٨ . (٢) «الشرح الكبير» ٥٥٧/١٢ .

(٣) ، (٤) «التهذيب» ٢١٢/٨ . (٥) «الشرح الكبير» ٥٥٨/١٢ .

فائدة:

الإفراز مصدر أفرز إذا عزل. يقال: فرزت الشيء وأفرزته إذا عزلته.
قال: (وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ) كما في الابتداء،
وقال الإصطخري: يلزم بخروج القرعة، وقسمة الإجماع لا يعتبر فيها
التراضي لا عند إخراج القرعة ولا بعدها.

قال: (وَلَوْ تَرَاضِيَا بِقِسْمَةٍ مَا لَا إِجْبَارَ فِيهِ أَشْطَرُ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ فِي
الْأَصَحِّ، كَقَوْلِهِمَا: رَضِينَا بِهِذِهِ الْقِسْمَةِ، أَوْ بِمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ).
اعلم أن هذه المسألة وقعت هنا على غير ما في «الشرح» و«المحرر»
فلنذكرها على ما في «الشرح» ثم نبينه على ما وقع فيها في «المحرر»
والكتاب فنقول:

قال الرافعي: لو تراضيا بقاسم يقسم بينهما، فهل يعتبر التراضي بعد
خروج القرعة، أم يكفي الرضا الأول؟ فيه قولان كالقولين فيما إذا حكما
رجلاً فحكم بينهما، والذي يميل إليه كلام المعبرين أنه يعتبر، وذكروا أنه
المنصوص، وبه أجاب الشيخ أبو حامد فيما إذا أقتسما^(١)، وتبعه في
«الروضة»، وقال: الأظهر الاشتراط^(٢).

وصيغة الرضا: أن يقولوا رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجته القرعة
أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، وإن قلنا: القسمة بيع، وقيل: إن
قلنا: بيع أشرط لفظ البيع، أو التملك، وقيل: لا يكفي قولهما:
رضينا بهذا أو بما جرى، بل يشترط تلفظهما بالقسمة بأن يقولوا:

(٢) «الروضة» ١١/٢١٧.

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٥٦٠.

تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة؛ لتؤدي معنى التملك والتملك، والمذهب الأول.

وحيث وجب الرضا فلا بد منه في الابتداء، وإنما الخلاف في الرضا بعد خروج القرعة.

إذا تقرر ذلك فقول المصنف: (ولو تراضيا بقسمة ما لا إيجاب فيه) مراده قسمة الرد فقط /٢٧٤/، فإنه قطع بأنه لا إيجاب فيها، أما قسمة الأجزاء فقد قطع بالإيجاب فيها، وأما قسمة التعديل فقد صحح الإيجاب أيضاً، فانحصر قوله: (ما لا إيجاب فيه) في قسمة الرد، وقد قطع فيها قبل ذلك باشتراط الرضا بعد القرعة من غير فصل بينهما حيث قال: ويشترط في الرد الرضا بعد خروج القرعة، وكرر المسألة حيث جزم أولاً بالاشتراط، وصححه ثانياً.

وعليه أعتراض من وجه آخر، فإنه كان ينبغي له التعبير بالأظهر كما عبر به في «الروضة» لا بالأصح، نعم تبع في ذلك «المحرر» فإنه قال: والقسمة التي يُجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر تكرار الرضا بعد خروج القرعة؟ فيه وجهان: رجح منهما التكرير^(١).

وظهر من هذا عليه أعتراض ثالث. فإن الرافعي في «المحرر» فرض المسألة والخلاف في قسمة ما يجبر عليه، وهو فرضها فيما لا إيجاب فيه، وكأن -والله أعلم- القلم سبق من قوله: (ما فيه إيجاب) إلى قوله: (ما لا إيجاب فيه).

وكذا فرض صاحب «التنبيه» المسألة، فإنه قال: فإن كان في القسمة

(١) «المحرر» (٤٩٥).

رد أعتبر التراضي في ابتداء القرعة وبعد الفراغ منها على المذهب. وإن لم يكن فيها رد فإن تقاسموا بأنفسهم لزم ذلك بإخراج القرعة^(١)، وإن نصبوا من يقسم بينهم أعتبر التراضي بعد خروج القرعة على المنصوص، وفيه قول مخرج من التحكيم أنه لا يعتبر التراضي^(٢).

فرع:

لو نصبوا من يقسم بينهم وكيلا عنهم فلا بد من التراضي بعد القرعة جزماً. صرح به القاضي أبو الطيب وغيره.

فرع:

لو ترفعوا إلى القاسم فنصب من يقسم بينهم قسمة إجبار؛ لزم بإخراج القرعة؛ لأن بها يحصل مقصود الإجماع.

وفي «النهاية»: أنا إذا قلنا القسمة الجبرية بيع لم يبعد أن يجبر كل واحد أن يقول: بعت ما لي من نصيبك بما لك في نصيبي. قال: وهذا لم يشترطه أحد من الأصحاب^(٣).

قال: (وَلَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ غَلَطَ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ نُقِضَتْ) كما لو قامت بينة على ظلم القاضي وكذب الشهود.

قال الشيخ أبو حامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ويمسحا ويعرفا الحال فيشهدا.

(١) ورد في حاشية الأصل: لهذا وجه أنكره عليه ابن الرفعة وعجب حكايته الجزم في صورة الفرع بعكسه وكلاهما مسألة واحدة.

وانظر: «كفاية النبيه» ١٨/٣٧٤ - ٣٧٥.

(٢) «التنبيه» (ص ٢٥٨). (٣) «نهاية المطلب» ١٨/٥٥٥.

وَأَلْحَق أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِي بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ مَا إِذَا عَرَفَ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَلْفَ ذِرَاعٍ وَمَسَحَ مَا أَخَذَهُ فَإِذَا هُوَ سَبْعُمِائَةٍ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ بَيِّنَةٌ مَا قَالَهُ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَيْهِ.

قال: (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً وَادَّعَاهُ وَاجِدٌ) أي: من الشريكين (فَلَهُ تَحْلِيفُ شَرِيكِهِ) لأن له فيه غرضًا ظاهرًا، فإن نكل وحلف المدعي نقضت القسمة. فرع:

لو حلف بعض الشركاء ونكل بعضهم فحلف المدعي لنكول بعضهم، قال في «الوسيط»: تنقض القسمة في حق الناكلين دون الحالفين^(١) / ٢٧٤ب/، وهو ما في «الحاوي»^(٢)، وقيل: ينقض في حق الكل بناء على أنها كالبينة، حكاه الإمام وضعفه^(٣).

فرع:

لا يطالب الشريك بإقامة بيينة أن القسمة الجارية عادلة؛ لأن الظاهر الصواب، وفي قول: إن على الشريك البيينة بأنها عادلة، ولا بيينة على مدعي الغلط، وقال أبو إسحاق: إن قال مدعي الغلط أن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب، فالأصل ما يقوله، وعلى صاحبه البيينة، وإن قال: سها؛ فعليه البيينة، والمذهب الأول.

فرع:

لو أعترف القاسم بالغلط أو الحيف فإن صدقه الشركاء نقضت القسمة، وإلا فلا تنتقض وعليه رد الأجرة^(٤).

قال البغوي: وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم، أو

(١) «الوسيط» ٣٣٧/٧. (٢) «الحاوي» ٢٦١/١٦.

(٣) «نهاية المطلب» ٥٦٥/١٨. (٤) انظر: «روضة الطالبين» ٢٠٩/١١.

تعمدت الحيف، فإن صدقه المحكوم له أسترده المال وإلا فلا، وعلى القاضي الغرم^(١).

قال: (وَلَوْ أَدَّعَاهُ) يعني: الغلط أو الحيف (فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ) أي: بأن نصباً قاسماً أو أقتسموا بأنفسهما (وَقُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ. فَلَا صَحُّ أَنَّهُ لَا أَثَرُ لِلْغَلَطِ، فَلَا فَائِدَةٌ لِهَذِهِ الدَّعْوَى) كما لا أثر للعين في البيع والشراء.

والثاني: أنها تنتقض لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل. قال: (قُلْتُ: فَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازُ؛ نُقْضَتْ إِنْ ثَبَتَ) لأن الإقرار لا يتحقق مع التفاوت (وَالْإِلَّا) أي: وإن لم يثبت (فَيُخْلِفُ شَرِيكُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ). وهذا كله إذا اعتبرنا الرضا بعد خروج القرعة، فإن لم يعتبره فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجماع.

قال: (وَلَوْ أَسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَقْسُومِ شَائِعًا بَطَلَتْ فِيهِ) أي: كالربع مثلاً بطلت فيه. (وَفِي الْبَاقِي خِلَافٌ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ) أي: ففي قول: يبطل فيه أيضاً، وفي قول: يصح ويثبت الخيار، وهذا هو الأصح.

قال الرافعي: وبه أخذ أكثرهم، وقال أبو إسحق: تبطل القسمة قولاً واحداً؛ لأن مقصود القسمة تمييز الحقوق، وبالإستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد، ولأن المستحق كان شريكاً، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة ممتنع، وبهذا أجاب الروياني في «الحلية»^(٢)، وصححها بـ «البحر»^(٣)، وقال البندنجي: إنها المذهب واختارها في «المرشد».

قال: (أَوْ مِنَ النَّصِيبَيْنِ مُعَيَّنٌ سِوَاءَ بَقِيَّتِ، وَإِلَّا بَطَلَتْ) أي: وإن

(١) «التهذيب» ٢١٥/٨. (٢) «الشرح الكبير» ٥٥٣/١٢.

(٣) في الأصل: (صاحب بحر المذهب)، وانظر: «بحر المذهب» ٤٣/١٤-٤٤.

أستحق شيء معين نظر إن أختص المستحق بنصيب أحدهما أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر بطلت القسمة؛ لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة، وإن كان المستحقان من نصيبهما سواء بقيت القسمة في الباقي كما جزم به المصنف، وفيه وجه آخر أنها تبطل لمعنى التفريق.

فرع:

لو ظهرت وصية بعد قسمة التركة، فإن كانت مرسلة فهو كظهور دين على التركة، وإن كانت بجزء شائع أو معين فعلى ما ذكرنا في الاستحقاق.



کتاب الشہادت

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كتاب الشهادات

شَرُطُ الشَّاهِدِ مُسْلِمٌ حَرٌّ مُكَلَّفٌ عَدْلٌ ذُو مَرْوَةٍ غَيْرُ مُتَّهَمٍ.
وَشَرُطُ الْعَدَالَةِ اجْتِنَابُ الْكِبَائِرِ وَالْإِضْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ.
وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّزْدِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيُكْرَهُ بِشَطْرِنَجٍ، فَإِنْ شَرِطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ
الْجَانِبَيْنِ فَقِمَارٌ.

وَيُباحُ الْحُدَاءُ وَسَمَاعُهُ.
وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلا آلَةٍ وَسَمَاعُهُ.
وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرِيَّةِ كَعُودٍ وَطُبْنُورٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ وَ
اسْتِمَاعُهَا، لَا يَرَأَى فِي الْأَصَحِّ.

قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
وَيَجُوزُ دَفُّ لِعُزْسٍ وَخِتَانٍ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَاجِلٌ.
وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ، وَهِيَ طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسْطِ.
لَا الرَّقْصُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكْسِيرٌ كَفِعْلِ الْمُخَنَّثِ.

وَيُباحُ قَوْلُ شَعْرٍ وَإِنْشَادُهُ إِلَّا أَنْ يَهْجُوَ أَوْ يُفَحِّشَ، أَوْ يُعَرِّضَ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ.
وَالْمَرْوَةُ تَخْلُقُ بِخُلُقِ أَمثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ، فَلَا أَكْلَ فِي سُوقٍ، وَالْمَشْيُ
مَكْشُوفِ الرَّأْسِ، وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٌ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، وَإِكْتَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ،
وَلُبْسُ فَقِيهِ قِبَاءٍ وَقَلْنَسُومَةٍ حَيْثُ لَا يُعْتَادُ، وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشَّطْرِنَجِ أَوْ غِنَاءٍ
أَوْ سَمَاعِهِ، وَإِدَامَةُ رَقْصٍ يُسْقِطُهَا، وَالْأَمْرُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِالأَشْخَاصِ والأَحْوَالِ
وَالْأَمَاكِنِ، وَحِرْفَةُ دَنِيئَةٍ كَحِجَامَةِ وَكَنْسٍ وَدَبْغٍ مِمَّنْ لَا تَلِيْقُ بِهِ تُسْقِطُهَا، فَإِنْ
اعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةً أَبِيهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وَالْتُّهُمَةُ أَنْ يَجْزِيَ إِلَيْهِ نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَرًا فَتَرَدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ وَمُكَاتِبِهِ
وَعَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ أَوْ عَلَيْهِ حَاجِرٌ فَلَسٍ، أَوْ بِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ.
فِبِرَاءَةِ مَنْ ضَمِنَهُ.

وَبِجَرَاخَةِ مُوَرِّثِهِ، وَلَوْ شَهِدَ لِمُورِّثٍ لَهُ مَرِيضٍ أَوْ جَرِيحٍ بِمَالٍ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ
قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

وَتَرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفَسْقِ شُهودٍ قَتَلِ.

وَعُرْمَاءِ مُفْلِسٍ بِفَسْقِ شُهودٍ دَيْنٍ آخَرَ.

وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرَكَةِ قُبِلَتْ
الشَّهَادَتَانِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا تُقْبَلُ لِأَصْلٍ وَلَا فَرْعٍ.

وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا، وَكَذَا عَلَى أَيْهِمَا بِطَلَاكِ ضَرَّةٍ أُمُّهُمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي الْأَظْهَرِ.

وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ قُبِلَتْ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الْأَظْهَرِ.

قُلْتُ: وَتُقْبَلُ لِكُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، وَالْأَخِ وَصَدِيقٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَا تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ، وَهُوَ مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ وَيَحْزَنُ

بِشُرُورِهِ وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ، وَتُقْبَلُ لَهُ، وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دَيْنٍ كَكَاْفِرٍ وَمُبْتَدِعٍ.

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لَا نُكْفَرُهُ.

لَا مُغْفَلٍ لَا يَضْبِطُ، وَلَا مُبَادِرٍ.

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ كَطَلَاكِ

وَعَتَقِي وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ، وَبَقَاءِ عِدَّةٍ وَانْقِضَائِهَا، وَحَدِّ اللَّهِ، وَكَذَا النَّسَبُ عَلَى

الصَّحِيحِ.

وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ، وَكَذَا فَاسِقَانِ فِي الْأُظْهَرِ.

وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ قُبِلَتْ، أَوْ فَاسِقٌ تَابَ فَلَا، وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِهَا بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ، وَقَدَّرَهَا الْأَكْثَرُونَ بِسَنَةٍ، وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةِ قَوْلِيَّةِ الْقَوْلِ فَيَقُولُ الْقَاضِي: قَدْ فِي بَاطِلٍ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ وَلَا أَعُودُ إِلَيْهِ. وَكَذَا شَهَادَةُ الزُّورِ.

قُلْتُ: وَغَيْرُ الْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ إِقْلَاعُ وَنَدَمٌ وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ وَرُدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيِّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

لَا يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ فِي الْأُظْهَرِ.
وَيُشْتَرَطُ لِلزَّنا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ.

وَلِلْإِفْرَارِ بِهِ اثْنَانِ، وَفِي قَوْلٍ: أَرْبَعَةٌ. وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَحَقِّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ رِجْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ.

وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ لِآدَمِيِّ وَمَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِبًا: كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ وَرَجْعَةٍ وَإِسْلَامٍ وَرِدَّةٍ وَجُورٍ وَتَعْدِيلٍ وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ وَوَكَالَةٍ وَوَصَايَةٍ وَشَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةِ رِجْلَانِ.

وَمَا تَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لَا يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِبًا: كَبَكَارَةٍ وَوِلَادَةٍ وَحَيْضٍ وَرِضَاعٍ وَغُيُوبٍ تَحْتَ الثِّيَابِ يَثْبُتُ بِمَا سَبَقَ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

وَمَا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، وَمَا يَثْبُتُ بِهِمْ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، إِلَّا غُيُوبُ النِّسَاءِ وَنَحْوُهَا، وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ،

وإنما يحلف المدعي بعد شهادة شاهديه وتعديله، ويذكر في حلفه صدق الشاهد.

فإن ترك الحلف وطلب يمين خصمه فله ذلك، فإن نكل فله أن يحلف يمين الرد في الأظهر.

ولو كان بيده أمة وولدها فقال رجل: هذه مستولدي علقته بهذا في ملكي. وحلف مع شاهد ثبت الاستيلاء، لا نسب الولد وحريته في الأظهر. ولو كان بيده غلام فقال رجل: كان لي وأعتقته. وحلف مع شاهد فالمذهب أنترأه ومصيره حرًا.

ولو ادعت ورثة مالا لمورثهم وأقاموا شاهداً وحلف معه بعضهم أخذ نصيبه، ولا يشارك فيه، ويبطل حق من لم يحلف بنكوله إن حضر وهو كامل، فإن كان غائباً أو صبيّاً أو مجنوناً فالمذهب أنه لا يقبض نصيبه، فإذا زال عذره حلف وأخذ بغير إعادة شهادة.

ولا تجوز شهادة على فعل: كزنا وغضب وإتلاف وولادة إلا بالإبصار. وتقبل من أصم، والأقوال كعقد يشترط سماعها وإبصار قائلها، ولا يقبل أعمى إلا أن يقر في أذنيه فيتعلق به حتى يشهد عند قاض به على الصحيح، ولو حملها بصير ثم عمي شهد إن كان المشهود له وعليه معروفي الاسم والنسب، ومن سمع قول شخص أو رأى فعله فإن عرف عينه واسمه ونسبه شهد عليه في حضوره إشارة، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه، فإن جهلها لم يشهد عند موته وغيبته.

ولا يصح تحمّل شهادة على متنبئة أعتمداً على صوتها، فإن عرفها بعينها أو باسم ونسب جاز، ويشهد عند الأداء بما يعلم، ولا يجوز التحمّل عليها

بِتَغْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ، وَالْعَمَلُ عَلَى خِلَافِهِ.
وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقِّ وَطَلَبِ الْمُدَّعِي التَّسْجِيلَ سَجَلِ الْقَاضِي
بِالْحِلْيَةِ لَا الْأَسْمِ وَالتَّنَسُّبِ، مَا لَمْ يُشَيِّئَهَا.
وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبِي وَقَبِيلَةٍ، وَكَذَا أُمٌّ فِي الْأَصَحِّ،
وَمَوْتُ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَا عِتْقٌ وَوَلَاءٌ وَوَقْفٌ وَنِكَاحٌ وَمِلْكٌ فِي الْأَصَحِّ.
قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ وَالْأَكْثَرِينَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوَازُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
وَشَرْطُ التَّسَامُعِ سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ، وَقِيلَ: يَكْفِي
مِنْ عَدْلَيْنِ.

وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مِلْكٍ بِمَجَرَّدِ يَدٍ وَلَا بَيْدٍ، وَتَصَرُّفٍ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ،
وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَشَرْطُهُ تَصَرُّفُ مُلَّاكٍ مِنْ سُكْنَى وَهَدْمٍ وَبِنَاءٍ وَبَيْعٍ
وَرَهْنٍ، وَتُبْنَى شَهَادَةُ الْإِعْسَارِ عَلَى قَرَائِنَ وَمَخَائِلِ الضَّرِّ وَالْإِضَاقَةِ.

فَصْلٌ

تَحْمِلُ شَهَادَةُ فَرَضٍ كِفَايَةً فِي نِكَاحٍ، وَكَذَا إِقْرَارٍ، وَتَصَرُّفٍ مَالِيٍّ، وَكِتَابَةِ
الصَّكِّ فِي الْأَصَحِّ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلَّا اثْنَانِ لَزِمَهُمَا الْأَدَاءُ، فَلَوْ أَدَّى
وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ وَقَالَ: أَحْلِفْ مَعَهُ. عَصَى، وَإِنْ كَانَ شُهُودٌ فَالْأَدَاءُ فَرَضٌ
كِفَايَةً، فَلَوْ طَلَبَ مِنْ اثْنَيْنِ لَزِمَهُمَا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِنْ
كَانَ فِيمَا يَنْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَإِلَّا فَلَا، وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُ الْأَدَاءُ إِلَّا مَنْ تَحْمَلُ
قَضْدًا لَا اتِّفَاقًا.

وَلَوْ جُوبِ الْأَدَاءُ شُرُوطٌ: أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، وَقِيلَ: دُونَ مَسَافَةِ
قَصْرِ، وَأَنْ يَكُونَ عَدْلًا. فَإِنْ دُعِيَ ذُو فِسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ قِيلَ: أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ

لَمْ يَجِبْ. وَأَنْ لَا يَكُونَ مَعْدُورًا بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ أَوْ بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا.

فَصْلٌ

تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ، وَفِي عُقُوبَةٍ لِأَدَمِيِّ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَتَحْمِلُهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولُ: أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا، وَأَشْهَدُكَ أَوْ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي. أَوْ يَسْمَعُهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ، أَوْ يَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا عَنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ. وَفِي هَذَا وَجْهٌ، وَلَا يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ: لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا، أَوْ أَشْهَدُ بِكَذَا، أَوْ عِنْدِي شَهَادَةٌ بِكَذَا. وَلِيَبَيِّنَ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاءِ جِهَةَ التَّحْمِيلِ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَوَثِقَ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ فَلَا بَأْسَ.

وَلَا يَصِحُّ التَّحْمِيلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ، وَلَا تَحْمِيلُ النِّسْوَةِ. فَإِنْ مَاتَ الْأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرَضَ لَمْ تَمْنَعْ شَهَادَةُ الْفَرْعِ. وَإِنْ حَدَثَ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عِدَاوَةٌ مَنَعَتْ، وَجُنُونُهُ كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ. وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ فَادِيٌّ وَهُوَ كَامِلٌ قُبِلَتْ. وَتَكْفِي شَهَادَةُ اثْنَيْنِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ: يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوْ أَمْرَأَةٍ اثْنَانِ.

وَشَرَطُ قَبُولِهَا تَعَدُّرٌ أَوْ تَعَشُّرُ الْأَصِيلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمَى، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورَهُ، أَوْ غَيْبَةٍ لِمَسَافَةِ عُدُولِي، وَقِيلَ: قَصْرٌ. وَأَنْ يُسَمِّيَ الْأُصُولَ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمُ الْفُرُوعُ، فَإِنْ زَكَّوْهُمْ قُبِلَ، وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ لَمْ يَجُزْ.



فَصْلٌ

رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ أَمْتَنَعَ، أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالِ اسْتَوْفِي، أَوْ عُقُوبَةٍ فَلَا، أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يُنْقَضْ.

فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصًا أَوْ قَتْلَ رِدَّةٍ أَوْ رَجَمَ زِنَا أَوْ جَلَدَهُ وَمَاتَ وَقَالُوا: تَعَمَّدْنَا. فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَّةٌ مُعْلَظَةٌ.

وَعَلَى الْقَاضِي قِصَاصٌ إِنْ قَالَ: تَعَمَّدْتَ. وَإِنْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ فَعَلَى الْجَمِيعِ قِصَاصٌ إِنْ قَالُوا: تَعَمَّدْنَا. فَإِنْ قَالُوا: أَخْطَأْنَا. فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَّةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفٌ.

وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٌّ فَلَا صَحَّ أَنَّهُ يَضْمَنُ، أَوْ وَلِيٍّ وَحْدَهُ فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَّةٌ أَوْ مَعَ الشُّهُودِ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: هُوَ وَهُمْ شُرَكَاءُ.

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاكِ بَائِنٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَرَجَعَا دَامَ الْفِرَاقُ وَعَلَيْهِمْ مَهْرٌ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ.

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاكِ وَفَرَّقَ وَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رِضَاعٌ فَلَا غُرْمَ.

وَلَوْ رَجَعَ شُهُودٌ مَالٍ غَرِمُوا فِي الْأَظْهَرِ، وَمَتَى رَجَعُوا كُلُّهُمْ وَزَّعَ عَلَيْهِمُ الْغُرْمَ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نِصَابٌ فَلَا غُرْمَ، وَقِيلَ: يَغْرُمُ قِسْطُهُ. وَإِنْ نَقَصَ النِّصَابُ وَلَمْ يَزِدِ الشُّهُودُ عَلَيْهِ فَقِسْطٌ، وَإِنْ زَادَ فَقِسْطٌ مِنَ النِّصَابِ، وَقِيلَ: مِنَ الْعَدَدِ. وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَعَلَيْهِ نِصْفٌ، وَهُمَا نِصْفٌ أَوْ وَأَرْبَعٌ مِنْ رِضَاعٍ فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلَاثَانِ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ فَلَا غُرْمَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ فَقِيلَ: كَرِضَاعٍ. وَالْأَصَحُّ هُوَ نِصْفٌ وَهُنَّ نِصْفٌ، سِوَاءَ رَجَعَنَّ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ فَلَا صَحَّ لَا غُرْمَ، وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودٍ تَغْلِقُ طَلَاقٍ وَعَتَقٍ لَا يَغْرُمُونَ.

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

(كتاب الشَّهَادَات)

/٢٧٥/ الشهادة: الإخبار بما شوهد. مأخوذ من الشهود والحضور. فالمشاهد شاهد لما غاب عنه غيره، وقيل: مأخوذ من الإعلام. قال الله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: ١٨] أي: أعلم ويّين، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهو أمر إرشاد لا وجوب، وقوله: ﴿وَأَسْشَهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ومن السنة ما يأتي في الباب واستفتحه في «المحرر»^(١) بحديث «أكرموا الشهود» وهو حديث غير مشهور ولا معروف في الكتب الستة ولا المسانيد، وقد أخبرنا به عاليا المعمر وجيه الدين العوفي بقراءتي عليه بالأسكندرية في رحلتي إليها أنبأنا الكاشغري [إجازة]^(٢) عامة، أخبرنا ابن البطي وابن تاج القراء قالا: أخبرنا البانياسي، حدثنا أحمد ابن محمد بن الصلت، أخبرنا أبو أسحق إبراهيم بن عبد الصمد، حدثنا أبي، حدثنا عمي إبراهيم بن محمد، عن عبد الصمد بن علي بن

(١) «المحرر» (ص ٤٩٦).

(٢) ليست في الأصل، والمثبت من «البدر المنير».

عبد الله بن عباس، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «أكرموا الشهود، فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم»^(١). وهذا حديث غير محفوظ، أحمد ضعفه البرقاني، وإبراهيم وعبد الصمد ضعفهما العقيلي.

قال: (شَرُطُ الشَّاهِدِ: مُسْلِمٌ) أي: فلا يقبل شهادة الكافر ذمياً كان أو حربياً شهد على مسلم أو كافر، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والكافر ليس من رجالنا، وعند أبي حنيفة: تقبل شهادة بعض^(٢) الكفار على بعض، وعن أحمد أنه تقبل شهادته على المسلم في الوصية إذا لم يكن هناك مسلم^(٣).

قال: (حُرٌّ) أي: فلا تقبل شهادة الرقيق، قنّا كان أو مدبراً أو مبعوضاً أو أم ولد؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ والخطاب للأحرار لأنهم هم المشهودون في حقوق أنفسهم، وأيضاً قوله: ﴿مِنْكُمْ﴾ ليس لإخراج الكافر؛ لأنه خرج بقوله: ﴿ذَوَى عَدْلٍ﴾ فتعين أنه لإخراج العبد، ولأن نفوذ القول على الغير نوع ولاية، فيعتبر فيها الحرية، كما في سائر الولايات، وهو قول جماعة من الصحابة. قال الماوردي:

(١) رواه القضاعي في «مسند الشهاب» ٤٢٦/١ (٧٣٢)، وأبو يعلى الفراء في «أماله» ١٥/١ (١٤)، والشجري في «الأمالى الخمسية» ٣٢٨/٢ (٢٦٣٥).

قال العقيلي في «الضعفاء الكبير» ٦٤/١: إبراهيم بن محمد العباسي حديثه غير محفوظ ولا أصل له. وقال في ترجمة عبد الصمد بن علي ٨٤/٣: عبد الصمد بن علي الهاشمي عن أبيه عن جده، حديثه غير محفوظ ولا يعرف إلا به. وصرح الصغاني بأنه موضوع. «التلخيص الحبير» ١٩٨/٤.

(٢) أنظر: «المبسوط» ٤٩/١٧. (٣) أنظر: «المغني» ١٧٠/١٤.

والحرية شرط في قبول الشهادة لا في العدالة؛ لأن قوله مقبول في الفتيا والأخبار وإن لم يقبل في الشهادة^(١)، وقبل أحمد شهادة الرقيق^(٢).

قال: (مُكَلَّفٌ) أي: فلا تقبل شهادة الصبي، ولو كان مراهقًا، والمجنون؛ لأنه إذا لم ينفذ قولهما في حق أنفسهما إذا أقرّا، ففي حق غيرهما أولى، ولأن الله تعالى قال: ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾ والصبي ليس من الرجال.

وفي «صحيح الحاكم» عن ابن عباس في شهادة الصبيان قال: قال الله تعالى: ﴿مِمَّن رَّضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وليسوا ممن نرضى. ثم قال: صحيح على شرط ٢٧٥/ب/ الشيخين^(٣).

وقال مالك: تقبل شهادة الصبيان في الجراحات الحاصلة بينهم في اللعب ما لم يتفرقوا^(٤). وعن أحمد ثلاث روايات: أحدها: كمذهبنا، وثانيها: كمذهب مالك. وثالثها: أن شهادتهم مقبولة على الإطلاق بشرط التمييز^(٥).

قال: (عَدْلٌ) أي: فلا تقبل من فاسق، قال تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦]، وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وقال: ﴿مِمَّن رَّضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ والفاسق ليس بمرضي الحال. وعند أبي حنيفة: تقبل شهادة الفاسق الذي يغلب على الظن أحترازه من الكذب^(٦).

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/١٥٨.

(٢) أنظر: «المغني» ١٤/١٨٥-١٨٧. (٣) «المستدرک» ٢/٣١٤ (٣١٣١).

(٤) أنظر: «المدونة الكبرى» ٤/٨٤، «بداية المجتهد» ٤/١٧٧٣.

(٥) أنظر: «المغني» ١٤/١٤٦. (٦) أنظر: «بدائع الصنائع» ٦/٢٧١.

قال: (ذُو مُرْوَءَةٍ) أي: فلا تقبل شهادة من لا مروءة له؛ لأن حفظ المروءة من الحياء ووفور العقل، وطرحها إما لخبل أو لقلّة حياءه ومبالاته بنفسه، فلا يقبل في حق غيره من طريق أولى، فإن من لا حياء له يصنع ما شاء وقد صح: «إذا لم تستحي فاصنع ما شئت»^(١).

فائدة:

المروءة بالهمز وتركه.

قال: (غَيْرُ مُتَّهَمٍ) أي: فلا تقبل من المتهم كما سيأتي بيانه، قال الله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة حاصلة هنا، وفي «صحيح الحاكم» عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز شهادة ذي الظنة، ولا ذي الحنة»^(٢)، ثم قال: صحيح على شرط مسلم.

الحنة: الذي تكون بينك وبينه عداوة. والظنة: التهمة.



(١) رواه البخاري (٣٤٣٨) كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرک» ١١١/٤، من طريق الحميدي عن مسلم بن خالد عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة به. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وقال الذهبي: على شرط مسلم.

قلت: في الإسناد: مسلم بن خالد (أبو خالد المكي المعروف بالزنجي): وثقه ابن معين، وقال البخاري: منكر الحديث، وكذلك ضعفه ابن المديني والنسائي وأبو حاتم. أنظر: «تهذيب الكمال» ٥٠٨/٢٧.

تنبيه :

جملة ما ذكره المصنف في شروط الشاهد ستة، وأهمل سابقاً وهو النطق، فقد قال في «الروضة» تبعاً للرافعي قبيل الكلام على التوبة: شهادة الأخرس إن لم يعقل إشارته مردودة، وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين. قال: فعلى هذا يعتبر في الشاهد سوى الشروط الستة كونه ناطقاً، وذكر الصيمري أنه تجوز شهادة المحجور عليه بالسفه، فإن كان كذلك زاد شرطاً ثامناً^(١).

فرع في أمور لا تمنع الشهادة:

وفيها خلاف لبعض العلماء، منها: شهادة البدوي على القروي وعكسه مقبولة، وكذا شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حد فيه، وكذا في غيره، وتقبل شهادة ولد الزنا ويجوز أن يكون قاضياً، نعم لا يكون إماماً؛ لأن النسب شرط فيها.

قال: (وَشَرَطُ الْعَدَالَةِ اجْتِنَابُ الْكِبَائِرِ وَالْإِصْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ) أي: فمن ارتكب كبيرة فسق ردت شهادته، والصغائر قليلا ما يسلم الإنسان منها حتى أشتهر في الخبر: «ما منا إلا من عصي أو هم بمعصية إلا يحيي ابن زكريا»، كما أخرجه الحاكم^(٢) وغيره فالشرط الإصرار كما ذكره

(١) «روضة الطالبين» ١١/ ٢٤٥.

(٢) «المستدرک» ٢/ ٦٤٧، عن ابن عباس ؓ، عن النبي ﷺ قال: «ما من آدمي إلا وقد أخطأ أو هم بخطيئة أو عملها إلا أن يكون يحيى بن زكريا لم يهم بخطيئة ولم يعملها». ورواه أحمد بإسناده عنه ١٤٤/ ٤ (٢٢٩٢).

قال الذهبي في «تلخيص المستدرک»: إسناده جيد.

قال في «البدر المنير» ٩/ ٦٣١: والحديث ضعيف ولم أقف على من أخرجه.

المصنف دون الاجتناب الكلبي، فالإصرار /٢٧٦/ عليها كارتكاب الكبيرة، والمراد أن يكون الغالب من أفعاله.

قال الشافعي: إذا كان الأغلب الطاعة والمروءة قبلت الشهادة، وإن كان الأغلب المعصية وخلاف المروءة ردت الشهادة^(١).

وقال الإمام: هذا فيما لا يعظم فيرد الشهادة بالمرة الواحدة كما سيأتي.

وما الإصرار السالب للعدالة أهو المداومة على نوع من الصغائر أم الإكثار من الصغائر سواء كانت من نوع أو أنواع مختلفة؟ قال الرافعي: منهم من يفهم كلامه الأول ومنهم من يفهم كلامه الثاني، ويوافقه قول الجمهور: من غلبت طاعاته معاصيه كان عدلاً، وعكسه فاسق، ولفظ الشافعي في «المختصر» قريب منه فعلى هذا لا تضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات وعلى الأول يضر^(٢).

كذا ذكر هنا. وقال في كتاب النكاح في بيان الأولياء: ثم الفسق إنما

وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٢٠٩/٨: فيه علي بن زيد، وضعفه الجمهور، وقد وثق وبقية رجال أحمد رجال الصحيح.

قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» ١٩٩/٤: رواه أحمد وأبو يعلى والحاكم من حديث ابن عباس ... وهو من رواية علي بن زيد بن جدعان عن يوسف بن مهران وهما ضعيفان.

وللحديث شاهد: فقد أخرجه ابن أبي شيبة ٥٦١/١١ (٣٢٢٥٧٠) والبزار ٦/٣٤٤، كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

قال الهيثمي في «المجمع» ٢٠٩/٨: رواه البزار ورجاله ثقات.

(١) «الأم» ٤٨/٧.

(٢) «الشرح الكبير» ٩/١٣.

يتحقق بارتكاب كبيرة، أو إصرار على صغيرة، وليس العضل من الكبائر وإنما يفسق به إذا عضل مرات، أقلها فيما حكى بعضهم ثلاثة^(١). فجزم بأن تكرار النوع الواحد فسق، وتردد في عدد ما يفسق به.

وقسم الماوردي والقاضي أبو الطيب: الإصرار في قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يُصِرُّوا﴾ [آل عمران: ١٣٥] بأن يعزموا على أن لا يعودوا إليه، وهو يقتضي أن الإصرار ما ترك العزم على العود^(٢).

وقال ابن الصلاح: الإصرار: التلبس بضد التوبة باستمرار العزم على المعاودة واستدامة الفعل بحيث يدخل به في حيز ما يطلق عليه الوصف، يصير وزنه كبيراً وليس لزم ذلك وعدده حصر^(٣).

وقال الشيخ عز الدين: الإصرار أن يتكرر منه الصغيرة تكراراً يشعر بقلّة مبالاته بدينه إشعار ارتكاب الكبيرة بذلك. قال: وكذلك إذا اجتمعت صغائر مختلفة الأنواع بحيث يشعر مجموعها بما يشعر به أصغر الكبائر^(٤). وسلك الغزالي في «الإحياء» طريقاً آخر فقال: أعلم أنا لا نخص رد الشهادة بالكبائر إذ لا خلاف أن من يسمع الملاهي ويلبس الديباج ويتختم بالذهب ويشرب من أوانيه أو إناء الفضة، لا تقبل شهادته وليست هذه كبائر اتفاقاً، وقد قال الشافعي في شارب النبيذ: أحده وأقبل شهادته، فجعله كبيرة في الحد ولم يرد به الشهادة، بل كل الذنوب تقدح في العدالة إلا ما يخلو الإنسان منه عنه غالباً لصورة

(١) «الشرح الكبير» ٥٥٦/٧. (٢) «الحاوي الكبير» ٢٩/١٧.

(٣) «فتاوى ابن الصلاح» ١٤٨/١ - ١٤٩.

(٤) «قواعد الأحكام» ٢٧/١.

مجاري العادات، كالغيبة وسماعها، والتجسس، وسوء الظن، والكذب في بعض الأحوال، وترك الأمر بالمعروف، وأكل الشبهات، وإكرام السلاطين الظلمة، والتكاسل عن تعليم الأهل والولد جميع ما يحتاجون إليه في الدين، فهذه ذنوب لا نتصور أن ينفك الشاهد عن قليلها أو كبيرها، إلا أن يعتزل /٢٧٧/ الناس، ويتجرد لأمر الآخرة، وليس لبس الحرير وسماع الملاهي واللعب بالنرد ومجالسة الشراب وقت الشرب والخلو بالأجنبية، وأمثال هذه الصغائر من هذا القبيل، وإلى مثل هذا المنهاج ينبغي أن ينظر في قبول الشهادة وردها، لا إلى الكبيرة والصغيرة.

ثم آحاد هذه الصغائر التي لا تُرد بها الشهادة لو واطب عليها لا تؤثر في رد الشهادة، كمن أتخذ الغيبة عادة، وكذلك مجالسة الفجار ومصادقتهم، والصغيرة ترد لكن بالمواظبة^(١). ثم ذكر بعده أن الصغيرة تعظم بأنواع غير المواظبة وهي: أستصغارها والفرح والتبجح بها وإظهارها، فإن أضاف إليه الترغيب فيها والحمل عليها بفاحش الأمر، وكذا إذا كان عالماً يُقتدى به، أو فعلها بمرأى من الناس كلبس العالم الإبريسم وأخذ مال السلاطين، والشبه وإطلاق اللسان في الأعراض، وتعيده باللسان في المناظرة وقصد الاستخفاف، واشتغاله بالعلم بما لا يقصد به إلا الجاه. كعلم الجدل والمناظرة^(٢). والله ﷻ أعلم.



(١) «إحياء علوم الدين» ٢٢/٤.

(٢) «إحياء علوم الدين» ٣٢-٣٣/٤.

تنبيه :

انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر هو المشهور، وقال أبو إسحق الإسفرائيني: كلها كبائر. ونظيره أن الواجبات هل تتفاوت؟ والظاهر تفاوتها واختلفوا في أن الكبائر كلها معروفة، فقال الواحدي وآخرون: لا، وقال الأكثرون: نعم، واختلفوا أنها معروفة بحد وضابط، أو بالعدد، فذهب جماعة إلى الأول.

واختلفوا في حدها على أوجه:

أحدها: ما أوجب الحد، قاله البغوي^(١).

وثانيها: ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة.

قال الرافعي: وهم إلى ترجيح الأول أميل، لكن الثاني أوفق كما ذكره عند تفصيل الكبائر^(٢). أي: لأن أكل الربا ومال اليتيم وقطع الرحم والعقوق ونحوها من الكبائر ولا حد،

والثالث، قاله الإمام في «الإرشاد» وغيره: كل جريمة تورث قلة أكثرات متركبها بالدين ورقة الديانة فهي مبطلّة للعدالة.

والرابع: ما أوجب الحد أو توجه إليه الوعيد، قاله الماوردي، قال: والصغيرة ما قل فيها الإثم^(٣).

والخامس: قاله أبو سعد الهروي: ما نص الكتاب على تحريمه وما وجب في جنسه حد من حبس أو غيره، وترك كل فريضة مأمور بها على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين.

(١) «التهذيب» ٢٦٢/٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٦/١٣. (٣) «الحاوي الكبير» ١٧/١٤٩.

والسادس: حكاه القاضي حسين عن الحلبي أنها كل محرم لعينه نهى عنه. يعني في نفسه، فإن فعله على وجه يجمع وجهين أو وجوهاً من التحريم كان فاحشة، فالزنا كبيرة والزنا بحليلة جاره فاحشة، ولهذا عدها العلامة من أكبر الكبائر^(١). قال: والصغيرة تعاطي ما ينتقص رتبته عن رتبة المنصوص عليه أو تعاطيه على وجه دون المنصوص عليه، ولا يستوفي معنى المنصوص عليه، فإن تعاطاه على وجه يجمع وجهين أو وجوهاً من التحريم كان كبيرة، فالقبلة واللمس والمفاخضة صغيرة، ومع حليلة الجار القريب كبيرة.

وقال الغزالي: كل معصية يندم المرء عليها من غير أستشعار خوف ووجدان ندم تهاوناً واستجراً عليه فهي كبيرة وما يُحمل على فلتات النفس، وما ينفك عن ندم فليس كبيرة^(٢). وقال مرة أخرى: لا مطمع في معرفة الكبائر مع الحصر^(٣)، إذ لا يعرف ذلك إلا بالسمع، ولم يرد. / ٢٧٧ب /

وقال ابن الصلاح: الكبيرة كل ذنب عظم عظماً يصح معه أن يطلق عليه اسم الكبيرة ويوصف بكونه عظيماً على الإطلاق، ولها أمارات منها إيجاب الحد، ومنها الإيعاد عليها بالعذاب بالنار ونحوها في الكتاب أو السنة، ومنها وصف فاعلها بالفسق ومنها اللعن^(٤).

وقال الشيخ عز الدين: الأولى بأن يضبط بما يشعر بتهاون مرتكبها

(١) أنظر: «صحيح البخاري» (٦٨٦١)، ومسلم (١٤١) من حديث ابن مسعود.

(٢) «الوسيط» ٣٤٨/٧.

(٣) «إحياء علوم الدين» ١٩/٤.

(٤) «فتاوى ابن الصلاح» ١٤٨/١.

بدينه إشعار أصغر الكبائر المنصوص عليها، قال ذلك بعد أن قال: إذا أردت الفرق بينهما فاعرض مفسدة الدين على مفسد الكبائر المنصوص عليها، فإن نقصت عن أقل مفسد الكبائر فهي وإلا فكبيرة. وقال القاضي شرف الدين البارزي رحمه الله: التحقيق أن الكبيرة هي كل ذنب قُرِنَ به وعيد أو حد أو لعن بنص كتاب أو سنة، أو علم أن مفسدته كمفسدة ما قرن به وعيد أو حد أو لعن أو أكثر من مفسدته، أو أشعر بتهاون مرتكبها في دينه إشعار أصغر الكبائر المنصوص عليها بذلك، كما لو قُتل رجلاً يعتقد أنه معصوم، فظهر أنه مستحق دمه أو وطئ امرأة يعتقد أنها أجنبية وأنه زان بها فإذا هي زوجته أو أمته. هذا ما ذكروه على سبيل الضبط، وفصله بالعد جماعة كما أوضحته في «شرح التنبيه» وتركته هنا لطوله.

تنبيه:

العدالة: مصدر عدل عدالة ضد جَارَ.

قال الجوهري: ورجل عدل أي: رضي ومقنع في الشهادة، وقوم عدل وعدول^(١)، وهو أيضاً القيمة والفدية والحكم بالحق، والعدل بالفتح والكسر: الميل، وبالكسر وحده الوعاء المعروف، وبالضم وحده جمع عدول وهو الكثير الجور.

فائدة ثانية:

الصغيرة قد تمنحي بغير توبة بالصلوات الخمس والصيام وصلاة

(١) «الصحاح» ١٧٦٠/٥ (عدل).

الجمعة والوضوء وغير ذلك من الحسنات والاستغفار.

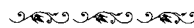
وقال ابن الصلاح: وقد تكفر الصلوات الجمع وصيام رمضان بعض الكبائر إذا لم تجد صغيرة، بأن كفرتها غيرها^(١).

واختلف العلماء في أن اجتناب الكبائر هل تكفر الصغائر؟ فقال جماعة: نص أهل السنة سيما المحدثون: تكفرها للآية، وقال جماعة من المحققين: ليس هذا على القطع، بل هو موقوف على المشيئة كالكبائر، وحملوا الآية على أن المراد كبائر أنواع الكفر، أي: فتغفر بالإسلام.

فائدة ثالثة:

المعاصي والطاعات إنما تكون معاصي وطاعات بحسب ظن فاعلها، فمن أتى مصلحة يظنها أو يعتقد مفسدة ثم ظهر كذب ظنه، كما لو قتل إنساناً يظنه معصوماً فبان مستحق الدم ونحو ذلك، فإنه يعصي ويفسق وينعزل عن ولايته وترد شهادته وروايته، لكن لا يحد لعدم تحقق المفسدة، ولا يعاقب عليها في الآخرة عقاب من حقق المفسدة.

قال الشيخ عز الدين: ولا عقاب على الصغائر بجرأته على الله، بل عقاباً متوسطاً بين عقاب الكبيرة والصغيرة، ومن أتى مفسدة يظنها مصلحة واجبة أو مندوبة أو مباحة، كما لو وطئ امرأة يظنها زوجته /٢٧٨/ فبانة أجنبية لم يعص ولا يقدح في شهادته^(٢).



(١) «فتاوى ابن الصلاح» ١/ ١٦٠. (٢) «قواعد الأحكام» ١/ ٢٦ - ٢٧.

قال: (وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّزْدِ عَلَى الصَّحِيحِ) لقوله ﷺ: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله»^(١) رواه أبو داود وابن ماجه من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، وصححه ابن حبان والحاكم، وأما ابن القطان فرماه بالانقطاع^(٢)، وفي «صحيح مسلم» من حديث بريدة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه»^(٣).

والثاني: أنه كاللعب بالشطرنج، لكن الكراهة فيه أشد، وهو ظاهر إيراد نصه في «الأم»^(٤). واختاره القاضي أبو الطيب، وفرق بينه وبين الشطرنج في شدة الكراهية على هذا الوجه، وفي التحريم على الأصح بأن التعويل في النرد على ما يخرج الكعبان فهو كالأزلام، وفي الشطرنج يبنى الأمر على التفكير والتأمل وأنه ينفع في تدبير الحرب.

قال الماوردي: وقيل: إنه موضوع على البروج الاثني عشر والكواكب السبعة؛ لأن ييوته اثنا عشر كالبروج ونُقْطُهُ من جانبي الفص سبعة كالكواكب، فعدل به إلى تدبير الكواكب والبروج^(٥).

فرع:

إذا قلنا بالأصح قال الجويني: هو صغيرة^(٦). وصحح الإمام أنه كبيرة^(٧). ورجح الرافعي^(٨) الأول بعد ذلك في أواخر كلامه على الغناء وغيره، كما سأذكره لك.

(١) رواه أبو داود (٤٩٣٨) وابن ماجه (٣٧٦٢) من حديث أبي موسى الأشعري.

(٢) «بيان الوهم والإيهام» ٥/٤٤٥، ٨٢٠.

(٣) رواه مسلم (٢٢٦٠) كتاب الشعر، باب تحريم من لعب بالنردشير.

(٤) «الأم» ٦/٢١٣. (٥) «الحاوي الكبير» ١٧/١٨٧.

(٦) ، (٧) انظر: «نهاية المطلب» ١٩/٢١. (٨) «الشرح الكبير» ١٣/١٣.

فائدة:

النرد عجمي معرب وهو النردشير، ومعنى شير: خلو. قال الجواليقي في كتابه «المعرب»: النرد أعجمي معرب. قال: ولم يجئ في كلام العرب نون بعدها راء^(١).

فائدة أخرى:

اللعب بفتح اللام وكسر العين، ويجوز فيه غير ذلك كما أوضحته في «الإشارات»^(٢).

قال: (وَيُكْرَهُ بِشَطْرَنْجٍ) لما روى البيهقي عن علي كرم الله وجهه أنه مرّ بقوم يلعبون بالشطرنج، فقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون^(٣)؟ وفي رواية له: لأن يمسن جمرًا حتى يطفأ خيرٌ له من أن يمسها^(٤). وفي رواية له: الشطرنج ميسر الأعاجم^(٥). وفي رواية له: صاحب الشطرنج أكذب الناس يقول: قتلت وما قتل^(٦). وفي رواية له أنه مرّ بمجلس من مجالس تيم الله يلعبون بالشطرنج، فوقف عليهم فقال: أما والله لغير هذا خلقتهم، أما والله لولا أن تكون سنة لضربت بها وجوهكم^(٧).

قال البيهقي: والرواية الثالثة مرسله، والباقي شواهدا؛ ولأنه صرف العمر إلى ما لا يجدي.

قال المارودي: واختلف أصحابنا في سبب الكراهية. فقليل: لأنه

(١) «المعرب» (ص ٦٠٥ - ٦٠٦).

(٢) «الإشارات» بتحقيقنا ١٧٣/٣.

(٣) «السنن الكبرى» ٣٥٨/١٠.

(٤) «السنن الكبرى» ٣٥٨/١٠.

(٥) «السنن الصغرى» ١٧٤/٤.

(٦) «السنن الكبرى» ٣٥٨/١٠.

(٧) «السنن الكبرى» ٣٥٨/١٠.

ضرب من اللعب، وقيل: لما يحدث عنه من الخلاعة، وهذا أصح الأوجه، وثانيها: أنه حرام كالنرد^(١). اختاره الروياني^(٢) ومال إليه الحليني^(٣)، وسئل مالك عنه فقال: أحق هو؟ قال: لا. قال: فماذا بعد الحق إلا الضلال؟^(٤)

وصح عن ابن عمر أنه لما سئل عن النرد فقال: هو شر من الشطرنج^(٥)، وادّعى بعض المتأخرين أنه قول جمهور العلماء. وثالثها: أنه مباح لا كراهة فيه، وانفرد الغزالي فقال: يباح اللعب به، ويصير بالمواظبة عليه مكروها^(٦).

وروي اللعب به عن ابن الزبير وأبي هريرة وابن عباس، وأقر لآعبه عمر بن الخطاب والحسن بن علي، حكاه عنهم الماوردي^(٧) وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب، ومحمد بن المنكدر والأعمش / ٢٧٨ ب، وناجيه بن كعب وعكرمة وأبو إسحاق السبيعي وإبراهيم بن سعد وإبراهيم بن طلحة ابن عبيد الله بن معمر، كما أسنده عند الصولي في جزء جمعه.

وروى البيهقي اللعب به عن: بهز بن حكيم وإبراهيم الهجري ومحمد ابن سيرين وهشام والشعبي وسعيد بن جبير^(٨).

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٧٨. (٢) «بحر المذهب» ١٤/ ٣٠٧.

(٣) «المنهاج» ٣/ ٩٠، ٩٣. (٤) انظر: «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٧٨.

(٥) رواه ابن أبي الدنيا في «ذم الملاهي» ص ٨١، والآجري في «تحريم النرد والشطرنج والملاهي» ص ١٣٧، والبيهقي في «السنن الكبرى» ١٠/ ٣٥٩.

(٦) «الوسيط» ٧/ ٣٤٨ - ٣٤٩. (٧) «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٧٨ - ١٧٩.

(٨) «السنن الكبرى» ١٠/ ٢١١.

قال الربيع : وسمعت الشافعي يقول : لعب سعيد بن جبير به من وراء ظهره^(١).

قال الشافعي : وكان محمد بن سيرين وهشام بن عروة يلعبان به أستدباراً.

وروى الصولي تجويزه عن عمر بن الخطاب وأبي اليسر والحسن البصري والقاسم بن محمد وأبي قلابة وعطاء والزهري والربيع وأبي الزناد، ونقل الماوردي اللعب به عن سعيد بن جبير وغيره من التابعين^(٢). ومن جهة القياس أن الشطرنج فيه تدبير الحروب فأشبهه اللعب بالحرب، وحديث أبي هريرة رفعه «إذا مررتم بهؤلاء الذين يلعبون بالأزلام بالشطرنج والنرد فلا تسلموا عليهم». الحديث رواه الآجري^(٣). بإسناد فيه سليمان بن داود اليمامي. قال : وقد ضعفوه.

وأثر علي السالف : ما هذه التماثيل. أجاب عنه ابن الصباغ بأنه نهى إرشاد؛ لتركوا العكوف عليه، وأجاب عنه الصولي بجواب حسن، وهو أن الشطرنج كان إذ ذاك صوراً على صور الأفيلة والأفراس والرجالة فرآها على صور فكرهها، ويدل على ذلك التماثيل، وذكر عن القاسم بن محمد أنه بلغه أنه صنع له في الشطرنج تماثيل فيل فغضب لذلك، فلما رآه على

(١) رواه البيهقي في «المعرفة» ٣٢٢/١٤. (٢) «الحاوي الكبير» ١٧/١٧٩.

(٣) «تحريم النرد والشطرنج والملاهي» (ص ١٤٨) من طريق سليمان بن داود اليمامي عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

وسليمان بن داود، قال عنه ابن معين : منكر الحديث وقال مرة : ليس بشيء، وقال البخاري : سليمان بن أبي داود عن يحيى بن أبي كثير : منكر الحديث.

انظر : «الضعفاء الكبير» للعقيلي ١٢٦/٢، و«الكامل» لابن عدي ٢٧١/٤.

غير صورة الفيل رضي.

قال: (فَإِنْ شُرِّطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَقِمَارٌ) أي: فإن أخرج أحدهما ليبيذه إن غلب ويمسكه إن أغلب فليس بقمار ولا تُردّ به شهادته، لكنه عقد مسابقة على غير آلة قتال فلا يصح، وفي «الحاوي» وجهين فيما إذا أخرج أحد اللاعبين المال على أنه إذا غلب عاد إليه وإن غلب أخذه الغالب، هل يجوز ذلك^(١)؟

فرع:

لو لم يقترن به قمار بل أقترن به فُحش أو إخراج صلاة عن وقتها عمدًا ردت شهادته بذلك المقارن، ولو لم يخرج الصلاة عن وقتها عمدًا لكن شغله اللعب به حتى خرج وهو غافل، فإن لم يتكرر ذلك منه لم تُرد شهادته، وإن أكثر منه فسق وردت شهادته، بخلاف ما إذا تركها ناسيًا مرارًا؛ لأنه هناك شغل نفسه بما فاتت به الصلاة.

قال الرافعي: كذا ذكروه، وفيه إشكال لما فيه من معصية الغافل واللاهي، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيره من المباحات^(٢). وأشار الروياني إلى وجه: أنه يفسق وإن لم يتكرر.

وفي «المهذب» أشتراط التكرر في إخراجها عن الوقت، وإن كان ذلك مع العلم^(٣). وهو خلاف ما قدمنا أن إخراج الفريضة عن الوقت عمدًا من الكبائر. يشير بذلك إلى قول صاحب «العدة»: إن تأخير الصلاة عن وقتها بلا عذر من الكبائر ثم حكى عن «التهذيب» وجهًا:

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/١٨٠. (٢) «الشرح الكبير» ١٣/١١.

(٣) «المهذب» ٢/٣٢٥.

أن ترك الصلاة الواحدة إلى أن /١٢٧٩/ يخرج وقتها ليس بكبيرة. وإنما ترد الشهادة به إذا اعتاده، وأغرب صاحب «الذخائر» فالحق تأخرها عن أوله بإخراجها عن وقتها.

وسئل الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني -وقيل: الصعلوكي- عن اللعب بالشطرنج؛ فقال: إذا سلم المال عن الخسران، والصلاة عن النسيان، واللسان عن البهتان أرى ذلك أنسًا بين الخلان.

وناقش الإمام الأصحاب في قولهم: اللعب بالشطرنج حرام عند اقتترانه بشيء من ذلك، وقال: حكمه لا يتغير بذلك، وهذه الأمور مستقلة بالتحريم اتصلت به أم لا^(١).

وقال الصيمري: إن لعب به على ظهر الطريق أو كانت ذوات صور ردت شهادته.

فرع:

لو تجرد اللعب به عن الاقتتران بشيء من هذه المحرمات، لكن تكرر منه وداوم عليه فسيأتي أن شهادته ترد، وهو ما قاله الفوراني والبغوي^(٢) والخوارزمي، وزاد عدم الجواز، وقال صاحب «الشامل»: لا ترد وإن أكثر.

وقال الغزالي في «الإحياء»: تصير صغيرة^(٣). وقال العراقيون: لا ترد إلا إذا لعب به على الطريق. وقال القاضي: يحتمل وجهين.

وقال الإمام: هذا يتطرق فيه وجهان: أحدهما: أن ذلك قد يكون

(١) «نهاية المطلب» ١٩/١٩ - ٢٠. (٢) «التهذيب» ٨/ ٢٦٤.

(٣) «إحياء علوم الدين» ٢/ ٢٨٣.

ترك مروءة من بعض الناس.

وثانيها: أن ذلك يعطل المهمات^(١).

وقال الماوردي: إن داوم عليه ليلاً ونهاراً بحيث يترك ما عداه ردت شهادته، وإلا فهو على عدالته^(٢).

وهل يكون عفواً أو مباحاً؟ فيه وجهان بناء على الوجهين السالفين في سبب الكراهة، وعلى الوجهين لا يمنع قبول الشهادة. قال الروياني: وأما لتسمية الفرس والفيل فلا يعسر لأنها مجازات^(٣).

فائدة:

الشُّطرنج بكسر الشين وفتحها. حكاها الجواليقي، وقال: فارسي معرب^(٤)، وقد تقدم ذلك أيضاً في المسابقة.

قال الحريري: ويجوز أن يكون بالشين المعجمة بجواز اشتقاقه من المشاطرة، وبالمهملة بجواز اشتقاقه من التسطير عند التعبئة^(٥).

فرع:

قال الشافعي في «الأم»: وأكره اللعب بالحزّة والقرق^(٦).

والحزّة: قطعة خشب يحفر فيها حفر ثلاثة أسطر يجعل فيها حصي صغار يلعب بها، وقد تسمى الأربعة عشر.

والقرق: أن يُخط في الأرض خط مربع ويجعل في وسطه خطان كالصليب ويجعل على رؤوس الخط حصي صغار يلعب بها. والقرق

(١) «نهاية المطلب» ٢١/١٩. (٢) «الحاوي الكبير» ١٧/١٧٩.

(٣) انظر: «النجم الوهاج» ١٠/٢٩٣. (٤) «المعرب» (ص ٤١٤).

(٥) «درة الغواص» ص ١٥٦. (٦) «الأم» ٦/٢١٣.

بفتح القاف والراء. بخط الروياني. وغيره ضبطها بكسر القاف وإسكان الراء، نقلهما الرافعي^(١). قال في «الشامل»: اللعب بهما كالنرد. وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه كالشطرنج.

فرع:

اتخاذ الحمام للفرخ أو البيض أو الأنس، أو حمل الكتب جائز بلا كراهة. وأما اللعب بهما بالتطير والمسابقة فالأصح كراهته، ولا ترد الشهادة بمجرده، خلافاً لمالك^(٢) وأبي حنيفة^(٣). فإن أنضم إليه قمارٌ ونحوه ردت.

قال: (وَيُبَاحُ الْحُدَاءُ وَسَمَاعُهُ) لما فيه من إيقاظ النّوَامِ وتنشيط الإبل للسّير، وقد قال رسول الله ﷺ لعبد الله بن رواحة: «حرك الركاب». فارتفع يرتجز كما أخرجه النسائي في عمل اليوم واللييلة^(٤) والمناقب^(٥)، وأخرج في عمل اليوم واللييلة أيضاً من حديث ابن مسعود قال: كان معنا ليلة نام النبي ﷺ عن صلاة / ٢٧٩ب/ الصبح حتى طلعت الشمس حاديان^(٦). وفي الصحيحين من حديث أنس قال: كان رسول الله ﷺ

(١) «الشرح الكبير» ١٢/١٣.

(٢) أنظر: «المدونة» ٤/٤٠٩. (٣) أنظر: «المبسوط» ١٦/١٣١ - ١٣٢.

(٤) «السنن الكبرى» ٩/١٩٦ (١٠٢٨٩) من طريق قيس بن أبي حازم عن عبد الله بن رواحة به. قال المزي في «تحفة الأشراف» ٤/٣١٩: قيس لم يدرك ابن رواحة. وكذا قال ابن كثير في «جامع المسانيد والسنن» ٥/١٨٨: وهو منقطع.

(٥) «السنن الكبرى» ٧/٣٤٩ (٨١٩٤). أنظر التخريج السابق.

(٦) «السنن الكبرى» ٩/١٩٥ (١٠٢٨٨)، ورواه البزار ٥/٣٩٨، خلاهما من طريق عبد الرحمن بن أبي علقمة عن عبد الله به.

في بعض أسفاره وغلّام أسود يحدو يقال له: أنجشة. فقال له عليه السلام: «يا أنجشة رويدك سوقًا بالقوارير»^(١). وفي لفظ كان له عليه السلام حادٍ حسن الصوت^(٢).

وفي البيهقي من حديث أنس أيضًا كان أنجشة يحدو بالنساء والبراء ابن مالك يحدو بالرجال^(٣)، ولا أعلم خلافًا في جواز الحداء، وقد صرح بنفي الخلاف فيه ابن عبد البر والقرطبي وغيرهما^(٤).

ووقع في «الرعاية الكبرى» لابن حمدان الحنبلي ما يقتضي حكاية خلاف فيه، والسنة تردّه، بل قال القرطبي: ربما يندب إليه، ولا يبعد ذلك لما فيه من تخفيف كلال السفر ونشاط النفس، وتقطع الإبل المفاوز بحمل الأثقال به.

فائدة:

الحداء بضم الحاء وكسرهما لغتان مشهورتان، وضبطه المصنف بخطه بالضم فقط مع المد.

قال الماوردي: وهو تحسين الرجز المباح بالصوت الشجي؛

قال البزار: لا نعلمه يروي عن عبد الله إلا بهذا الإسناد.

(١) «صحيح البخاري» (٦٢١٠) كتاب الأدب، باب المعارض مندوحة عن الكذب،

«صحيح مسلم» كتاب الفضائل، باب في رحمة النبي ﷺ للنساء. (٧٠/٢٣٢٣).

(٢) مسلم (٧٣/٢٣٢٣).

(٣) «السنن الصغرى» ١٧٩/٤، والكبرى ٣٨٤/١٠، والحديث رواه أبو داود الطيالسي ٥٣٠/٣ (٢١٦١)، وأحمد ٢٥٤/٣ جميعهم من طريق حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس به.

(٤) «التمهيد» ١٩٧/٢٢، «الكافي» ٨٩٨/٢، «الجامع لأحكام القرآن» ٥٣/١٤ - ٥٤.

لتخفيف كلال السفر ونشاط النفس^(١).

وغير الماوردي لم يقصره على الرجز، وهو الظاهر. فقد قال الأزهري بعد حكاية اللغتين المذكورتين، هو ما ينشده الحادي خلف الإبل من رجز وشعر وغيره. قال: والقياس الضم؛ لأن أكثر الأصوات جاء على فعال مثل الخوار، وقد جاء بالكسر مثل النداء والغناء^(٢).

قال العسكري في «أوائله»: وأول من أتخذ الحداء قریش^(٣).

وروى الحافظ شيرويه الديلمي في «الفردوس» أن إبليس أول من حدا، ولا يقدح ذلك في إباحته، وروي أيضاً في الكتاب المذكور أن إبليس أول من تغنى وزم^(٤) ثم حدا ثم ناح^(٥).

قال: (وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلَا آلَةٍ وَسَمَاعُهُ) لآيات: إحداها: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ [نعمان: ٦] قال ابن مسعود: هو والله الغناء. رواه الحاكم، وقال هو صحيح الإسناد^(٦).

وقال ابن عباس: إنه الغناء وأشباهه. رواه البيهقي، قال: ورويناه عن إبراهيم النخعي ومجاهد وعكرمة^(٧).

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/١٩٥. (٢) «الزاهر» (ص ٢٧٩).

(٣) «الأوائل» (ص ٨٨) من رواية عبد الله بن مجاهد وغيره، قالوا: بينا رسول الله ﷺ سائر إلى تبوك إذ سمع حذاءً فأسرع، فقال: «ممن أنتم؟» قالوا: من مضر...

(٤) في الأصل: (زمزم) والمثبت من مسند الفردوس.

(٥) «الفردوس» ٢٧/١ (٤٢) عن علي بن أبي طالب.

(٦) «المستدرک» ٢/٤٤٥، والحديث رواه ابن أبي شيبة ٣٠٩/٦. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال ابن حجر: ابن أبي شيبة بإسناد صحيح، وأخرجه الحاكم وصححه البيهقي. «التلخيص الحبير» ٢٠٠/٤.

(٧) «السنن الكبرى» ١٠/٣٧٧، والحديث أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٧٨٦).

وقال الطبري: إنه الطبل^(١). وقال ابن العربي: أصح ما قيل فيه إنه الباطل^(٢).

الثانية: قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَفْزِرُ مِنْ أَسْطَعَتَ مِنْهُمْ بِصَوْتِكَ﴾ [الإسراء: ٦٤] قال مجاهد: إنه الغناء^(٣). وقال ابن عباس: معناه بدعائك إلى معصية الله^(٤).

الثالثة: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ﴾ [الفرقان: ٧٢] قال مجاهد وابن الحنفية: إنه الغناء^(٥). وقال غيرهما: إنه من الشهادة. الرابعة: قوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ سَمِيدُونَ﴾ [النجم: ٦١] قال عكرمة: هو الغناء بلغة حمير^(٦).

وقال المهدوي^(٧): المعروف في اللغة أنه اللهو والإعراض. واستدل الرافعي^(٨) على الكراهة أيضًا بحديث مرفوع عن ابن مسعود: «الغناء يُنبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل». وهو حديث ضعيف رواه البيهقي^(٩)، وفي إسناده مجهول، ثم أخرجه موقوفًا عليه، وفي سنده من

(١) «جامع البيان» ٥٣٨/١٨ عن مجاهد. (٢) «أحكام القرآن» ٥٢٦/٣.

(٣)، (٤) رواه الطبري في «جامع البيان» ٦٥٧/١٤.

(٥) رواه ابن أبي حاتم في «التفسير» ٢٧٣٧/٨.

(٦) رواه مجاهد في تفسيره (ص ٦٢٩)، وابن أبي شيبه ١٢١/٦ (٢٩٩٧٢)، والطبري في «جامع البيان» ٩٩/٢٢.

(٧) «التحصيل لعلوم التنزيل» ٢٦٠/٦. (٨) «الشرح الكبير» ١٣/١٣.

(٩) «السنن الكبرى» ٣٧٧/١٠، من طريق سلام بن مسكين عن شيخ عن أبي وائل عن ابن مسعود به. والحديث في «سنن أبي داود» بهذا الإسناد ولم يذكر التشبيه.

قال ابن الملقن: ضعيف لجهالة هذا الشيخ. «البدر المنير» ٦٣٣/٩.

قلت: وللحديث شاهد من حديث جابر، أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان»

لا يعرف حاله أيضًا وما يبعد أنقطاعه، وادّعى أن وقفه عليه هو الصحيح.
وقال ابن طاهر: رواه الثقات عن شعبة عن مغيرة عن إبراهيم، ولم يذكر إبراهيم أحدًا وقدمه فيه. قال: وهذا أصح الأسانيد فيه من قول إبراهيم^(١).

قال: / ٢٨٠ / الغزالي: ولا دلالة فيه؛ فإن كثيرًا من المباحات كلبس الثياب الجميلة ونحوها ينبت النفاق والرياء في القلب، ولا يطلق القول بكرهته^(٢).

وقال غيره: المراد بالغنَى: غنى المال، ورده الغافقي ردًا شنيعًا من حيث إن الغناء من المال مقصور، وهذا الذي قاله إنما يتجه إذا كان الحُفَظ كلهم رَووه بالمد، وقد يمنع ذلك.

قال الماوردي: اختلف أهل العلم في الغناء، فأباحه قوم وحظره آخرون، وكرهه مالك والشافعي وأبو حنيفة في أصح ما قيل عنهم^(٣)، انتهى.

والدليل على عدم تحريمه الكتاب والسنة والإجماع والقياس. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩] قال ابن حزم الظاهري: ولم يرد نص من كتاب ولا سنة بتحريم الغناء^(٤)، فدل على أنه ليس من المحرمات.

١٠٨/٧. ورواه عبد الرزاق ٤/١١، ابن أبي شيبة ٣١٠/٦ عن إبراهيم النخعي.

(١) تقدم في التخريج السابق. (٢) «إحياء علوم الدين» ٢٨٦/٢.

(٣) «الحاوي الكبير» ١٨٨/١٧، وانظر: «المدونة» ٣/٣٩٧، «الأم» ٦/٢١٤ -

٢١٥، «المبسوط» ٣٧/١٦ - ٣٨.

(٤) «المحلى» ٩/٥٩.

وأما السنة فأحاديث: أحدها: ما أخرجه الشيخان في صحيحهما من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليّ أبو بكر وعندي جاريتان من جواري الأنصار تغنيان بما تقاولت به الأنصار يوم بعاث، وليستا بمغنيتين، فقال أبو بكر: أمزامير الشيطان في بيت رسول الله ﷺ؟! وذلك في يوم عيد، فقال: «يا أبا بكر: لكل قوم عيد، وهذا عيدنا»^(١). وفي لفظ للبخاري: إنه دخل عليها في يوم فطر أو أضحى، وعندها قيتان تغنيان ويدفغان ويضربان^(٢).

وفي لفظ له: فقال عليه السلام: «دعهما». أخرجه البخاري في مواضع، منها: سنة العيد^(٣) ومسلم في العيد^(٤)، و«النسائي» في عشرة النساء^(٥).

وبعاث بالعين المهملة وحكي إعجامها، والأشهر ترك صرفه، وهو يوم جرى فيه حرب بين الأوس والخزرج في الجاهلية، وكان الظهور فيه للأوس.

وقول عائشة: وليستا بمغنيتين: أي: لم تكونا ممن يغني للناس، وقيل: ليستا بمجيدتين.

وجه الدلالة منه أنهما غنيا بحضرته الشريفة، وزجر أبا بكر عن الإنكار عليهما، ولم ينهه عن سماعهما.

وقول الصديق: أمزامير الشيطان في بيت رسول الله ﷺ؟! أراد بذلك

(١) البخاري (٩٥٢) كتاب الجمعة، باب: سنة العيدين لأهل الإسلام، مسلم (٨٩٢)/

(١٦) كتاب صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد.

(٢) البخاري (٣٩٣١) كتاب المناقب، باب: مقدم النبي ﷺ وأصحابه المدينة.

(٣) البخاري (٩٨٧). (٤) مسلم (١٧/٨٩٢).

(٥) «السنن الكبرى» (٨٩١٠).

شدة الاحترام أن يفعل ذلك بحضرته، فلما رد ﷺ رجع واستمع. ذكره العامري في مؤلفه في السماع.

الحديث الثاني: ما أخرجه مالك في «الموطأ» والبخاري في «صحيحه» عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة وعك أبو بكر وبلال، فكان أبو بكر إذا أخذته الحمى يقول:

كُلُّ أَمْرِي مُصَبَّحٌ فِي أَهْلِهِ
وَالْمَوْتُ أَذْنَى مِنْ شِرَاكِ نَعْلِهِ

وكان بلال إذا أقلعت عنه يرفع عقيرته ويقول:

أَلَا لَيْتَ شِعْرِي هَلْ أَبِيتَنَّ لَيْلَةً
بِوَادٍ وَحَوْلِي إِذْ خَرُّ وَجَلِيلُ
وَهَلْ أَرَدَنْ يَوْمًا مِياهَ مَجَنَّةٍ
وَهَلْ يَبْدُون لِي شامَةً وَطَفِيلُ

قالت عائشة: فجئت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك، فقال: «اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد»^(١) الحديث.

قال ابن عبد البر: معنى يرفع عقيرته؛ أي: يرفع صوته، كالتغني بالشعر ترنماً، قال: وأكثر ما تقوله العرب لمن يرفع صوته بالغناء^(٢).

وجه الدلالة أن بلالاً تغنى به وسمعت به / ٢٨٠ ب/ عائشة، وأخبرت به النبي ﷺ، ولم ينهه عن فعله ولا نهى عائشة عن استماعه، فكان تقريراً للجواز.

(١) الموطأ (٣٣١٨)، البخاري (١٨٨٩) الحج، باب كراهية النبي ﷺ أن تُعرى المدينة.

(٢) «التمهيد» ١٩٦/٢٢.

الحديث الثالث: ما أخرجه البخاري في «صحيحه» عن عائشة أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار، فقال النبي ﷺ: «يا عائشة ما كان معكم لهو؟ فإن الأنصار يعجبهم اللهو»^(١)، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وفيه: «أرسلتم معها من يغني؟» فقالوا: لا. فقال: «إن الأنصار فيهم غزل، فلو بعثتم معها من يقول: أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم»^(٢)، وأخرجه ابن طاهر من حديث جابر، وفيه: «أرسلني معها بغناء؛ فإن الأنصار يحبونه»^(٣).

وفي رواية من حديث عائشة: «هلا بعثتم معها بجارية تضرب بالدف وتغني»^(٤)، ذكرها الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد في كتابه: «اقتناص

(١) البخاري (٥١٦٢) النكاح، باب النسوة اللاتي يهدين المرأة إلى زوجها ودعائهن.
(٢) ابن ماجه (١٩٠٠).

قال صاحب «الزوائد»: إسناده مختلف فيه من أجل الأجلح وأبي الزبير يقولون: إنه لم يسمع من ابن عباس. وأثبت أبو حاتم أنه رأى ابن عباس.
(٣) لعله يقصد به الحديث الذي رواه أحمد ٣/ ٣٩١ عن أسود بن عامر عن أبي بكر، والبخاري كما في «كشف الأستار» (١٤٣٢) عن أبي كامل عن عمر بن علي، كلاهما عن الأجلح عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ لعائشة: «أهديتم الجارية إلى بيتها؟» قالت: نعم. قال: «فهل بعثتم معها من يغنيهم، يقول: أتيناكم أتيناكم * فحيونا نحييكم فإن الأنصار قوم فيهم غزل».

قال البزار: لا نعلم رواه عن أبي الزبير إلا الأجلح.
وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٤/ ٥٣١: رواه أحمد والبزار وفيه الأجلح الكندي، وثقه ابن معين وغيره، وفيه ضعف، وبقية رجاله ثقات.
(٤) رواه الطبراني في «الأوسط» ٣/ ٣١٥ من طريق محمد بن أبي السري عن أبي عصام رَوَّاد بن الجراح عن شريك بن عبد الله عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.

السوانح» وسيأتي جملة من الأحاديث أيضًا في الكلام على الدف.
وأما الإجماع: فقال ابن طاهر بعد أن ساق بأسانيده عن الصحابة والتابعين: وهذا إجماع منعقد من غير خلاف وقع بين هذه الفرق، وهم أهل الحل والعقد، وليس لمن بعدهم إحداث شيء، ونقل هو وغيره إجماع أهل المدينة عليه.

وقال الماوردي: لم يزل أهل الحجاز يترخصون في الغناء في عصر العلماء وجلة الفقهاء، ولا ينكرون ذلك عليهم إلا في حالين: أحدهما: الإكثار منه والانقطاع إليه. والثاني: أن يكون فيه مكروه^(١)، أنتهى.
وقد روي الغناء وسماعه عن جماعة من الصحابة، وكذا روي سماعه والقول بجوازه عن جماعة منهم ومن التابعين وغيرهم:
فمن الصحابة: عمر بن الخطاب^(٢)، كما رواه ابن عبد البر^(٣) وغيره عنه. وعثمان بن عفان، كما نقله الماوردي^(٤) وصاحب «البيان»^(٥) عنه: أنه

قال الطبراني بعد تخريجه له: لم يرو هذا الحديث عن هشام بن عروة إلا شريك ولا عن شريك إلا رواد، تفرد به محمد بن أبي السري.
وقال الهيثمي في «المجمع» ٥٣١/٤: رواه الطبراني في «الأوسط» وفيه: رواد بن الجراح، وثقه أحمد وابن معين وابن حبان، وفيه ضعف.
(١) «الحاوي الكبير» ١٨٩/١٧.

(٢) روى ابن أبي شيبة ٣٣٤/٨ (١٤١٤٣) قال: حدثنا جرير عن عطاء بن السائب قال: كان عمر يأمر رجلاً فيحدو.

وقال أيضًا (١٤١٤٧): حدثنا وكيع عن أسامة بن زيد عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: سمع عمر بن الخطاب رجلاً بفلاة من الأرض وهو يحدو بفناء الركبان فقال: إن هذا من زاد الراكب.

(٣) «التمهيد» ١٩٧/٢٢. (٤) «الحاوي الكبير» ١٨٩/١٧.

(٥) «البيان» ٢٩٣/١٣.

كان له جاريتان تغنيان له، فإذا كان وقت السحر قال لهما: أمسكا، فإن هذا وقت الاستغفار، وحكاه الرافعي^(١) وقال: جارية تغني.. إلى آخره. وعبد الرحمن بن عوف، كما رواه ابن أبي شيبة^(٢) وغيره، وأبو عبيدة ابن الجراح، كما أخرجه البيهقي^(٣)، وسعد بن أبي وقاص، كما أخرجه ابن قتيبة.

وأبو مسعود الأنصاري، كما أخرجه البيهقي^(٤).
وبلال وعبد الله بن الأرقم وأسامة بن زيد، كما أخرجه البيهقي عنهم^(٥).
وحمزة بن عبد المطلب، وقصته في الصحيح^(٦).
وابن عمر كما أخرجه ابن طاهر.
والبراء بن مالك، كما أخرجه أبو نعيم^(٧).
وعبد الله بن جعفر، كما ذكره ابن عبد البر^(٨) وغيره.
وعبد الله بن الزبير، كما نقله أبو طالب المكي.
وقرظة بن كعب، كما رواه ابن قتيبة.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/١٣-١٤.

(٢) «المصنف» ٩/١٤٣ (١٦٦٦١)، ولفظه: حدثنا إسماعيل بن عياش عن عبد العزيز ابن عبيد الله عن محمد بن عمرو بن عطاء عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: لقد ضُرب ليلة المُلك بالدف، وُغْنِي على رأس عبد الرحمن بن عوف.

(٣) «السنن الكبرى» ٥/١١٠. (٤) «السنن الكبرى» ٧/٤٧٢.

(٥) «السنن الكبرى» ١٠/٣٧٩، ٣٨٠.

(٦) البخاري (٢٣٧٥)، مسلم (١٩٧٩) عن علي بن أبي طالب ؓ.

(٧) «حلية الأولياء» ١/٣٥٠ عن أنس بن مالك ؓ.

(٨) «الاستيعاب» ٣/٨٨١.

ومعاوية بن أبي سفيان، كما رواه ابن قتيبة أيضًا وغيره.
وخوات بن جبير^(١) ورباح بن المغترف، كما أخرجه البيهقي^(٢)
عنهما.

والنعمان بن بشر، كما أخرجه صاحب «الأغاني»^(٣).
والمغيرة بن شعبة، كما حكاه عنه أبو طالب المكي.
وحسان بن ثابت، كما رواه أبو الفرج الأصفهاني.
وعبيد الله بن عمر، كما رواه الزبير بن بكار.
وعمر بن العاص، كما حكاه الماوردي^(٤).
وعائشة أم المؤمنين، كما سلف من حديثها.
والربيع بنت معوذ، كما سيأتي / ٢٨١/ من حديثها.
وأما التابعون: فسعيد بن المسيب^(٥)، وسالم بن عمرو، وسالم بن
حسان، وخارجة بن زيد، وشريح القاضي، وسعيد بن جبير وعامر
الشعبي، وعبد الله بن أبي عتيق، وعطاء بن أبي رباح، ومحمد بن
شهاب الزهري، وعمر بن عبد العزيز، وسعيد بن إبراهيم الزهري
قاضي المدينة، وأما تابعوهم فخلق لا يحصون منهم الأئمة الأربعة
وسفيان بن عيينه، وجمهور الشافعية.

وأما القياس: وهو الدليل الرابع على عدم التحريم، فمنهم من يقيسه
على الحداء، ومنهم من يقيسه على بعض أنواع الغناء وهو النصب ونشيد

(١) «السنن الكبرى» ١١٠/٥. (٢) «السنن الكبرى» ٣٧٩/١٠.

(٣) «الأغاني» ١٥/٣. (٤) «الحاوي الكبير» ١٧/١٨٩.

(٥) رواه معمر في «الجامع» ٦/١١ (١٩٧٤٣) عن سعيد المسيب قال: إني لأبغض
الغناء وأحب الرّجَز.

الأعراب، وأما حديث أبي هريرة في لعن المغني^(١) فهو حديث غير محفوظ قاله ابن طاهر، وأما حديث أبي أمامة في تحريم بيع المغنيات فضعيف^(٢)، وكذا حديث المنع منه لعمر بن قرة^(٣) حيث قال: إني لا أرزق إلا من دُفي بكفي. أخرجه الطبراني^(٤).

وكذا حديث «نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين، صوت عند مصيبة وصوت عند نعمة لهو ولعب ومزامير الشيطان» وفيه ابن أبي ليلى، وهو ضعيف^(٥).

(١) رواه ابن عدي في «الكامل» ٥٥/٦ من حديث الحسن البصري عن أبي هريرة قال: لعن رسول الله ﷺ النائحة والمستمعة والمغني والمغنى له. وقال بعده: وهذه الأحاديث غير محفوظة. وروى البيهقي في «الشعب» ١٣٣/٨ من طريق القاسم بن سليمان عن الشعبي قال: لعن المغني والمغنى له. وصحح الشيخ الألباني هذا الأثر في «تحريم آلات الطرب» ١٢/١.

(٢) رواه الترمذي (١٢٨٢) من طريق علي بن يزيد، عن القاسم، عن أبي أمامة مرفوعاً. وقال عقبه: حديث أبي أمامة غريب إنما نعرفه مثل هذا من هذا الوجه، وقد تكلم بعض أهل العلم في علي بن يزيد وضعفه وهو شامي.

(٣) في الأصل: (فروة) والمثبت من «المعجم الكبير» و«مسند الشاميين» للطبراني. وانظر ترجمته في «معركة الصحابة» لأبي نعيم ٢٠٤٤/٤ و«الإصابة» ١١/٣.

(٤) «المعجم الكبير» ٥١/٨، و«مسند الشاميين» ٣٩٠/٤.

قال ابن كثير في «جامع المسانيد والسنن» ٣٠٩/٣ (٥٣١٣): هذا حديث منكر جداً أحسبه أن يكون موضوعاً، فإن يحيى بن العلاء وشيخه متروكان إجماعاً.

(٥) رواه الترمذي (١٠٠٥) عن طريق ابن أبي ليلى، عن عطاء، عن جابر، عن النبي ﷺ به. وقال: هذا حديث حسن.

وابن أبي ليلى هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري، ضعفه الجمهور، وانظر ترجمته في «تهذيب الكمال» ٦٢٢/٢٥.

وكذا حديث علي مرفوعاً «إذا عملت أمتي خمسة عشر خصلة حل بها البلاء» وَعَدَّ مِنْهَا أَتْخَاذَ الْقِيَانِ وَالْمَعَاذِفَ، ضَعَفَهُ التِّرْمِذِيُّ^(١).

وكذا حديث أبي هريرة مرفوعاً: «لا تنقضي الدنيا حتى يقع الخسف والقذف إذا كثرت القيان»^(٢). الحديث في إسناده سليمان بن داود اليمامي، قال البخاري: منكر الحديث^(٣).

وكذا حديث أبي أمامة نحوه، ضَعَفَهُ أَبُو طَاهِرٍ.

وكذا حديث علي مرفوعاً: «كسبهن حرام»^(٤) ضَعَفَهُ أَيْضًا.

وكذا حديث أنس مرفوعاً: «من أستمع إلى قيان صب في أذنه الآنك»^(٥).

-
- (١) «سنن الترمذي» (٢٢١٠) من طريق الفرّج بن فضالة، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن عمر عن علي به.
- وقال عقبه: هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا رَوَاهُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيِّ غَيْرَ الْفَرَجِ بْنِ فَضَالَةَ، وَالْفَرَجِ بْنِ فَضَالَةَ قَدْ تَكَلَّمَ فِيهِ بَعْضُ أَهْلِ الْحَدِيثِ وَضَعَفَهُ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ، وَقَدْ رَوَاهُ عَنْهُ وَكَيْعٌ وَغَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ الْأُئِمَّةِ.
- (٢) رَوَاهُ الْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ» ٤/٤٨٣، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي «الْمَعَادِنِ» ٧/٣٢٧، كِلَاهُمَا مِنْ طَرِيقِ سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ الْيَمَامِيِّ، عَنْ يَحْيَى بْنِ أَبِي كَثِيرٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ بِهِ.
- قال البيهقي: تفرد به سليمان بن داود هَذَا وهو ضعيف، وقال الذهبي في «التلخيص»: سليمان هو اليمامي ضَعَفُوهُ وَالْخَبَرُ مَنْكُرٌ.
- (٣) «التاريخ الكبير» ٤/١١.
- (٤) رَوَاهُ أَبُو يَعْلَى (٥٢٧) مِنْ طَرِيقِ الْحَارِثِ بْنِ نُبَهَانَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ الْحَارِثِ عَنْ عَلِيِّ بِهِ. قَالَ الْهَيْثَمِيُّ فِي «مَجْمَعِ الزَّوَائِدِ» ٤/١٦٣: رَوَاهُ أَبُو يَعْلَى، وَفِيهِ الْحَارِثُ ابْنُ نُبَهَانَ وَهُوَ مَتْرُوكٌ.
- (٥) أَخْرَجَهُ ابْنُ عَسَاكِرَ فِي «تَارِيخِ دِمَشْقَ» ٥١/٢٦٣، مِنْ طَرِيقِ ابْنِ الْمُبَارَكِ عَنْ مَالِكٍ

قال ابن حزم: موضوع^(١).

وكذا حديث عمر مرفوعاً «النظر إليها حرام»^(٢) في إسناده يزيد بن عبد الملك النوفلي. قال أحمد: عنده منكير.

وكذا حديث علي مرفوعاً: «من مات وله قينة فلا تصلوا عليه»^(٣)، وهاه ابن حزم.

وكذا حديث: «اللهم أركسهما في الفتنة ركسا وادعهما إلى النار دعا» قال ذلك لمعاوية وعمرو بن العاص وقد سمعهما يغنيان، رواه الطبراني^(٤) وهو مقطوع ببطلانه.

ابن أنس عن محمد بن المنكدر عن أنس به.
وقد ذكره الألباني في «ضعيف الجامع» (٥٤١٠) وقال: موضوع، وتوسع في الكلام على تضعيفه في «السلسلة الضعيفة» (٤٥٤٩) فانظره هناك.
(١) «المحلى» (بتحقيقنا) ٥٥٣-٥٥٤/١٠.

(٢) رواه الطبراني في «المعجم الكبير» ٧٣/١، من طريق يزيد بن عبد الملك عن يزيد ابن خصيفة عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ قال: «ثمن القينة سحت، وغناؤها حرام، والنظر إليها حرام...».
قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ١٦٣/٤: رواه الطبراني وفيه: يزيد بن عبد الملك النوفلي وهو متروك، ضعفه جمهور الأئمة، ونقل عن ابن معين في رواية: لا بأس به وضعفه في أخرى.

(٣) ذكره الديلمي في «مسند الفردوس» ٥٠٧/٣، ورواه ابن عساكر في «معجمه» ٦٢٦/٢ وقال عقبه: غريب جداً لا أعلم أني كتبه إلا من هذا الوجه وفي إسناده غير واحد من الضعفاء.

والذي وهاه ابن حزم في «المحلى» ٥٥٤/١٠ هو حديث عائشة رضي الله عنها بنحو هذا اللفظ.
(٤) «المعجم الكبير» ٣٨/١١ من طريق عيسى بن سودة، عن الليث، عن طاوس، عن ابن عباس. وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ١٢١/٨: رواه الطبراني وفيه عيسى بن سودة النخعي وهو كذاب.

قال ابن طاهر: لا يصح منها حرف.
وقال ابن العربي في «الأحكام»: لا يصح في التحريم شيء.
إذا تقرر ذلك فتنبه للأمور:

أحدها: ما جزم به المصنف من الكراهة هو المشهور من عدة أوجه.
وثانيها: أنه حرام على الإطلاق، وبه جزم الرافعي في الشرط الثاني
من البيع فقال: إنه معصية^(١). كذا في الباب الثاني في الغصب^(٢) وتابعه
في «الروضة»^(٣) على الثاني وحذف الأول لكونه تعليلاً.

وثالثها: أنه يحرم (كثيره دون قليله)^(٤)، حكاه الرافعي عن أبي الفرج
الراز^(٥). واقتضى إيراد أبي علي ابن أبي هريرة في «شرح المختصر» أنه
المذهب، فإنه قال: الشافعي لا يبيحه -يعني: مطلقاً- ويقول: إن كان
كثيراً دخل في باب السفه.

رابعها: ما ذكره ٢٨١/ب/ بعض تلامذة البغوي في «تقريبه» حيث قال:
الغناء حرام فعله وسماعه، فإن كان في بيت له فوجهان، هذا لفظه.
خامسها: قول الحلبي في «منهاجه»: هو مباح إلا أن يكون يشعر في
جنس غير حلال، ويشترط أن لا يقترن به منكر ونحوه، وذكر في موضع
آخر منه حمل الأخبار والآثار الواردة في ذمه على ما إذا أكثر منه وانقطع
إليه، أو وجد فيه مكروه.

(١) «الشرح الكبير» ٣٠/٤.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٥١/٥. (٣) «روضة الطالبين» ٢٢٨/١١.

(٤) في الأصل: قليله دون كثيره. والمثبت من «الشرح الكبير».

(٥) «الشرح الكبير» ١٤/١٢.

وقال فيه أيضًا: وإذا اتصل الغناء بالمباح بطريق صحيح، مثل أن يكون يُرْحَلُ وحشة أو علة عارضة لفكره، فأشار عدل من الأطباء بأن يرى المساكن النزهة ويغني، ليفرح بذلك وينشرح صدره، أرتفع أسم الباطل في هذا الحال، وكان أسم الحق أولى به.

وسادسها: ما قاله الخوارزمي في «كافيه»: إن صحت النية فيه لم يكره. سابعها: ما قاله الأستاذ أبو منصور: إذا سلم من تضييع فرض، ولم يترك حفظ حرمه المشايخ به، فهو محمود وربما كان السامع له مأجورًا. قال: ومذهب الشافعي الجواز بالقول والألحان إذا سمعه الرجل من رجل أو محرم، ولم يسمعه على قارعة الطريق ولم يقترب به منكر، قال: ونص الشافعي في بعض كتبه على أن الذي يحرم من الغناء ما يغني به المغني على جعل.

وفصل ابن حزم الظاهري - ونحا نحوه الغزالي وغيره - فقال: من نوى بالغناء ترويح القلب؛ ليقوى على الطاعة؛ فهو مطيع، ومن نوى به التقوية على المعصية فهو عاصٍ، وإن لم ينو لا طاعة ولا معصية. فهو لغو معفو عنه كخروج الإنسان إلى بستانه وعوده على بابه متفرجًا، وذكر أدلة على ذلك قال: ومن أنكره فقد أخطأ^(١).

الأمر الثاني: إذا كان سماع الغناء من الأجنبية فالكراهة أشد، وحكى القاضي أبو الطيب تحريمه عن الأصحاب، سواء كانت حرة، أو أمة مكشوفة، أو من وراء حجاب، ونقله الشهرزوري في «عوارفه» عن اتفاق الأصحاب أيضًا.

(١) «المحلى» (بتحقيقنا) ١٠/ ٥٦١.

وكذا قال القاضي حسين: لا خلاف في التحريم والحالة هذه.
قال الرافعي: وهذا هو الخلاف في أن صوتها عورة أم لا، فإن كان في السماع منها خوف فتنة فحرام قطعاً، وكذا السماع من صبي يخاف منه الفتنة، لا لأجل الغناء، بل لو كان في القراءة والمحاوراة حرم، قاله الغزالي في «الإحياء»^(١) وتبعه الرافعي^(٢).

وقال الماوردي: إن كان الغناء من الغلام لم ترد شهادته وإن كان من جارية نظر، فإن كان من حرة ردت شهادة مستمعها إذا تعمد السماع، وإن كان من أمة فسماعها أخف؛ لنقصها في العورة وهو أغلظ من سماع الغلام، لزيادتها عليه في العورة، فيحتمل أن يغلب نقصها عن الحرة^(٣).
الأمر الثالث:

في تعليم الغناء: قال الحليني في «منهاجه»: إن كان بالأوتار بحيث لا يحسن يغني إلا بالمزهر فهو حرام وإلا فإن كان الغناء حلالاً فتعليمه حلال، وإن كان حراماً فتعليمه حرام.

فائدة:

الغناء: بالكسر والمد كما ضبطه المصنف في الأصل بخطه: الصوت المعروف، وقد يقصر، قال الهروي في «غريبه»^(٤): الغناء صوت مرتفع متوال^(٥).

(١) «إحياء علوم الدين» ٢/ ٢٨١.

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/ ١٤. (٣) «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٩٤.

(٤) في الأصل: غريبه. والمثبت هو الصواب.

(٥) «الغريبين» (ص ١٣٩٢ - ١٣٩٣).

وقال ابن سيده: الغناء من الصوت ما طرب به^(١).
 وحده أصطلاحاً ما ذكره القرطبي في «كشف القناع»: أنه رفع
 الصوت بالشعر وما قاربه من الرجز على نحو مخصوص.
 قال العسكري في «أوائله»: أكثر أهل العلم على أن أول من غنى
 العربي طويس^(٢).
 قال أبو الفرج الأصبهاني: لم يكن للعرب إلا الحداء والنشيد،
 وكانوا يسمونه الركباني.

مسألة:

تحسين الصوت بقراءة القرآن مسنون، وأما القراءة بالألحان، فإن
 أفرط في المد وإشباع الحركات فمكروه، وإلا فلا، وعلى ذلك ينزل
 اختلاف النصين في الكراهة وعدمها، وقيل: لا يكره وإن أفرط؛
 احتجاجاً بمطلق الحديث الصحيح «ليس منا من لم يتغن بالقرآن»^(٣)
 والصحيح كما في «الروضة»^(٤) التحريم والحالة هذه، صرح به
 الماوردي، فقال: هو حرام يفسق به القارئ ويأثم به المستمع؛ لأنه
 عدل به عن نهجه القويم^(٥). وهذا مراد الشافعي بالكراهة، ويسن طلب
 القراءة من حسن الصوت.

قال: (وَيَخْرُمُ اسْتِعْمَالُ / ٢٨٢ / آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرْبَةِ كَطَنْبُورٍ وَعُودٍ

(١) «المحكم» ١٥/٦. (٢) «الأوائل» ص ٣٩٤.

(٣) رواه البخاري (٧٥٢٧) كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى: ﴿وَأَسِرُّوا قَوْلَكُمْ أَوِ اجْهَرُوا بِهِ﴾.
 (٤) «روضة الطالبين» ١١/٢٢٧. (٥) «الحاوي الكبير» ١٧/١٩٨.

وَصَنَجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ) أي: وسائر المعازف، وهي: الملاهي كما قاله صاحب «العباب» والأوتار أي: كالرباب والجنك والحفانة والسنطير والكمنجة وغيرها، (وَاسْتِمَاعُهَا) للآية السالفة: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] قال ابن عباس إنه الملاهي. كذا نقله الرافعي^(١) عنه بعد الاستدلال به وكذا قاله الحسن.

قال الغزالي: والقياس تحليل العود، وسائر الملاهي، ولكن ورد ما يقتضي التحريم^(٢).

قلت: لم يصح كما سيأتي، وقال الإمام في بعض الآلات: القياس تحليلها، فإن صح الخبر قلنا به وإلا توقفنا^(٣). قلت: وكون المزمارة من شعار الشربة قد يمنع، والغالب أن أهل الشرب لا يحضرونه عندهم، فإن فيه إظهاراً لحالهم.

قال الغزالي في «الإحياء»: والمنع في الأوتار كلها لثلاث علل: أحدها: أنها تدعو إلى شرب الخمر، فإن اللذة الحاصلة بها تدعو إلى شرب الخمر؛ ولهذا حرم شرب قليل الخمر.

الثانية: أنها في قريب العهد بشرب الخمر، يذكر مجالس الشرب، فهي سبب الذكر، والذكر سبب أنبعاث الشوق، وأنبعاث الشوق إذا قوي سبب الإقدام.

والثالثة: أن الاجتماع على الأوتار لما صار من عادة أهل الفسق، منع التشبه بهم، ومن تشبه بقوم فهو منهم^(٤). واستدل على التحريم

(١) «الشرح الكبير» ١٣/ ١٥.

(٢) «إحياء علوم الدين» ٢/ ٢٧٢.

(٣) «نهاية المطلب» ١٩/ ٢٣.

(٤) «إحياء علوم الدين» ٢/ ٢٧٢.

أيضا بأحاديث:

أحدها: عن أبي مالك أو أبي عامر الأشعري: أن رسول الله ﷺ قال: «ليكونن في أمتي أقوام يستحلون الحر والحرير، والخمر والمعازف»^(١).

ثانيها: عن عائشة رفعتة «أمرني ربي بنفي الطنبور والمزمار»^(٢).
ثالثها: عن علي بن أبي طالب: نهى رسول الله ﷺ عن صوت الدف، ولعب الصنج، وصوت الزمارة^(٣).
رابعها: عن أبي هريرة أنه رضي الله عنه نهى عن ثمن الزمارة^(٤).

-
- (١) رواه البخاري (٥٥٩٠) تعليقا بصيغة الجزم، كتاب الأشربة، باب ما جاء فيمن يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه. وسيأتي الكلام عليه.
- (٢) رواه ابن عدي في «الكامل» ٣٨٥ / ١ من طريق إبراهيم بن اليسع التيمي المكي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.
- (٣) رواه الخطيب البغدادي في «تاريخ بغداد» ٣٠٠ / ١٣ من طريق عبد الله بن ميمون عن مطر بن سالم عن علي. قال الذهبي في «المغني» ٦٦٢ / ٢: مطر بن أبي سالم عن علي مجهول.
- تنبيه: في بعض نسخ «التاريخ»: (سام) بدل (سالم) وفي «المغني» (بن أبي سالم) فالله أعلم بالصواب.
- (٤) رواه إسحاق بن راهوية في «مسنده» (١٣٨) عن عبد الصمد بن عبد الوارث عن القاسم بن الفضل عن أبيه عن معاوية المهدي عن أبي هريرة به.
- وأبو بكر الخلال في «الأمر بالمعروف» ٦٧ / ١ من طريق شعبة عن محمد بن جحادة عن أبي جعفر عن أبي هريرة به والبعوي في «شرح السنة» ٢٢ / ٨ من طريق محمد بن سيرين عن أبي هريرة به.
- وهو في «المصنف» لابن أبي شيبة ٥١ / ١١ (٢١٣٠٨) موقوفاً عن ابن سيرين.
- ورواه ابن أبي الدنيا في «ذم الملاحي» من طريق أبي أسامة عن أبي روح عن أنس

خامسها: عن علي رفعه: «بعثني ربي بمحق المزامير والمعازف والأوثان التي كانت تعبد في الجاهلية»^(١).

والجواب أما الأول: فقال ابن حزم: أنه منقطع، والبخاري علقه ولا حجة فيه^(٢).

قال أبو عامر: لا يدرى كذا قال، والبخاري علقه بصيغة جزم، وقد وصله أبو داود وغيره^(٣).

وأما الثاني: من رواية إبراهيم بن اليسع المكي، قال البخاري: منكر الحديث^(٤). وإسماعيل عن هشام بن عروة، وإسماعيل في غير الشاميين

ابن مالك بنحو حديث أبي هريرة.

وقد توسّع الشيخ الألباني في تخريج هذا الحديث وتصحيحه في «السلسلة الصحيحة» (٣٢٧٥).

(١) لم أقف عليه من حديث علي عليه السلام، وإنما هو من حديث أبي أمامة وأنس رضي الله عنهما. أما حديث أبي أمامة فأخرجه أبو داود الطيالسي (١٢٣٠)، وأحمد ٢٥٧/٥، والطبراني في «الكبير» ١٩٦/٨، جميعهم من طريق علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة به.

وأما حديث أنس، فرواه أبو نعيم في «معرفة الصحابة» ٣١٥/١ من طريق هلال بن زيد بن يسار عن أنس بن مالك.

(٢) «المحلى» (بتحقيقنا) ٥٥٨/١٠، وقد أطال الحافظ ابن حجر وأجاد في رد هذه المزاعم التي أدعاهها الإمام ابن حزم وغيره من العلماء حول الطعن في اتصال هذا الحديث. «الفتح» ٥٢/١٠.

(٣) «سنن أبي داود» (٤٠٣٩) والمثبت في «السنن» (الخز) بالزاي المعجمة، بدلاً من (الحر)، وانظر تعليق المحقق على «سنن أبي داود» ط الرسالة ١٥٠/٦، ففيه بحث مطول حول هذا اللفظ.

(٤) «التاريخ الكبير» ٢٨٣/١.

ضعيف^(١).

وأما الثالث: فرواه عبد الله بن ميمون عن مطر بن سالم، قال المقدسي: ذاهب الحديث عن شبه المجهول^(٢).

وأما الرابع: فرواه سليمان بن أبي سليمان القافلاني^(٣)، قال ابن طاهر: وهو متروك الحديث، غير ثقة.

وأما الخامس: فهو من رواية الأعمش عنه وهو كذاب، وفيه أيضًا محمد بن الفرات^(٤). قال ابن أبي شيبة: كذاب.

قال ابن حزم وابن طاهر: ولم يصح في تحريم العود حديث. قال ابن حزم: وقد سمعه ابن عمر وابن جعفر، وحلف ابن حزم أنه لو وجد حديثًا لم يتردد في الأخذ به.

قلت: وحكاها الماوردي وجهًا حيث قال /٢٨٢ب/: وكان بعض أصحابنا يخص العود من بين الأوتار بالإباحة ولا يحرمه؛ لأنه موضوع على حركات تنفي الهم، ويقوي المنة ويزيد في النشاط، ثم قال: وهذا لا وجه له؛ لأنه أكثر الملاهي طربًا، وأشغلها عن ذكر الله، وعن الصلاة، وأن يميز به الأمثال عن الأراذل^(٥). وهذا الوجه مال إليه الأستاذ أبو منصور البغدادي، وحكاها ابن طاهر عن صاحب

(١) أنظر: ترجمة إسماعيل بن عياش العنسي في «تهذيب الكمال» ١٦٣/٣.

(٢) قال الذهبي في «ميزان الاعتدال» ٢٥١/٥: مطر بن أبي سالم عن علي مجهول.

(٣) أنظر ترجمته في «الكامل» لابن عدي ٢٤٥/٤.

(٤) أنظر ترجمته في «ميزان الاعتدال» ١٢٨/٥.

(٥) «الحاوي الكبير» ١٩٢/١٧.

«التنبيه» وقال: كان مذهبه، وإنه كان مشهوراً عنه، وإن أحداً من علماء عصره لم ينكره عليه.

قال ابن طاهر: وهو إجماع أهل المدينة. وما جزم به المصنف في الصنج هو المشهور.

وقال الماوردي: هو مكروه مع الغناء، ولا يكره إذا انفرد^(١).

فائدة:

الطنبور بضم الطاء معروف، ويقال فيه أيضاً طنبار، بوزن سنجار، كما قدمته في باب السرقة.

قال ابن مالك في كتابه «وفاق الاستعمال»: ويقال فيه أيضاً: طُبن وطُبن، بضم الطاء والظاء، والمعروف في اللغة أن الطنبور العود، والمشهور بين الناس وأهل الضرب أن الطنبور غير العود، وكان أسم العود يشمل سائر الأوتار، وقد ادعى بعضهم أن العرب ما كانت تعرف العود، وهذا غلط لوجوده في أشعارهم، وادعى هشام بن محمد بن السائب الكلبي في كتابه «ابتداء العידان» أن أول من عمل العود وضرب به مالك بن آدم.

قال أهل الموسيقى: وهو -أي: العود- الآلة الكاملة الوافية بجميع النغمات، وهو مركب على حركات نفسانية، فأوتاره الأربعة تقابل الأخلات الأربعة: الصفراء، والسوداء، والبلغم، والدم. والصنج بفتح (الصاد)^(٢) كما رأيته بخط مؤلفه.

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/١٩٢.

(٢) في الأصل: (الجيم) والمثبت هو الصواب.

قال الجوهري: هو^(١) صفر يضرب بعضها على بعض، مختص بالعرب، وذو الأوتار بالعجم^(٢).

قال القاضي شرف الدين البازري رحمه الله: ومراد الرافي به: ذو الأوتار، والمزمار بكسر الميم واحد المزامير، وزمر يزمر، ويزمر فهو زمار.

قال الجوهري: ولا يكاد يقال زامر، قال: والمرأة زامرة، ولا يقال: زامرة^(٣). ويقال للمزمار: مزمر، بفتح الميم وضمها.

قال المصنف في «تحريره» في باب الغصب: وبالوجهين ضبطناه في الحديث الصحيح^(٤).

وقال غيره: هو بالضم فقط، وهو أحد ما جاء على مفعول، وهي سبعة ألفاظ، وما عداها فبالفتح.

واعلم أن المزمار يشتمل الصرناني وهو قصبة ضيقة الرأس متسع آخرها، يزمر به في المراكب على النقارات، وفي الحرب، وهي معروفة وتشمل الكرجة، وهي مثل الصرناني، إلا أنه يجعل أسفل القصبة قطعة نحاس معوجة، يزمر بها في أعراس أهل البادية، وفي الأرياف، وصوتها قريب من الصرناني ويشمل الناي، وهو معروف، وهو أكثر طرباً من الأولين، ويشمل المقرونة، وهي قصبتان ملتقيتان، وأول من أتخذ بنو إسرائيل، على ما قاله هشام بن محمد بن السائب الكلبي.

(١) ورد أعلاها في الأصل: في نسخة: إنه.

(٢) «الصحاح» ٣٢٥/١ (صنج). (٣) «الصحاح» ٦٧١/٢ (زمر).

(٤) «تحرير التنبيه» (ص ٢٣٦).

قال: (لَا يَرَاعُ فِي الْأَصَحِّ) لأنه ينشط على السير في الأسفار، فأشبهه الحذاء، قال الرافعي: ويروى أن داود عليه السلام كان يضربه في أغنامه. قال: وعن الصحابة الترخيص فيه^(١). وهذا ما صححه الغزالي^(٢)، وهو الأقرب في «الشرح الكبير»^(٣)، وقال في «الشرح الصغير»: إنه الأظهر. وجزم به الجاجرمي، وكلام الروياني يشعر به، فإنه /٢٨٣/ لم يحك التحريم، ولا الكراهة، وحمل ما ورد على غير الشبابة، واختاره أبو بكر محمد بن عبد الله العامري في كتاب «السماع» وابن طاهر المقدسي، ونقل عن اختيار الشيخ تاج الدين الفزاري، والشيخ عز الدين ابن عبد السلام، والشيخ تقي الدين القشيري.

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) كالمزمار، وهذا ما صححه البغوي وجزم به ابن أبي عصرون، ونقل الحموي في «شرح الوسيط» عن الشيخ أبي علي أنه القياس. قال في «الروضة» وهو الأصح أو الصحيح، قال: وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعي كتاباً في تحريمه مشتملاً على نفائس، وأطنب في دلائل تحريمه^(٤) وقال في «تهذيب اللغات»: إنه الصحيح المختار^(٥).

وقد قدمت جملة من الأحاديث في المزامير وبيان ضعفها، واختلف الحفاظ في حديث نافع، أن ابن عمر سمع صوت زمارة راع، فجعل أصبعيه في أذنيه وعدل عن الطريق، وجعل يقول: يا نافع أسمع؟ فأقول نعم، فلما قلت: لا. راجع الطريق ثم قال: هكذا رأيت رسول

(١) «الشرح الكبير» ١٥/١٣.

(٢) «الوسيط» ٣٥٠/٧.

(٣) «الشرح الكبير» ١٥/١٣.

(٤) «روضة الطالبين» ٢٢٨/١١. (٥) «تهذيب الأسماء واللغات» ١٩٩/٣.

الله ﷻ يفعل. فأبو داود قال: حديث منكر. وابن حبان أخرجه في «صحيحه»^(١).

وقال ابن ناصر السلامي الحافظ شيخ ابن الجوزي: وقد سئل عنه أنه حديث صحيح، قال: وكان ابن عمر بالغاً إذ ذاك، عمره سبع عشرة سنة، قال: وهذا الفعل من الشارع، ليعرف أمته أن أستماع الزمارة والشبابة وما يقوم مقامهما محرم عليهم سماعه، ورخص لابن عمر لأنه حال ضرورة، ولم يمكن إلا ذاك، وقد يباح المحظور للضرورة. قال: ومن رخص في سماعه فهو مخالف للسنة؛ لأنه عليه السلام قال: «بعثت بمحق المزامير وكسر الطنابير»^(٢) قال: والحديث مشهور، ذكره العلماء في تحريم الملاهي: ابن أبي الدنيا في «تحريم الملاهي»^(٣)، والآجري في «تحريم الفواحش»، وعدا الزمر من الفواحش.

قلت: لكنه حديث ضعيف كما سلف، قال: وكل ما يلهي فقد نهى الشارع عنه غير ثلاثة: ملاعبة الرجل لامرأته، وتأديبه لفرسه، ورميه عن قوسه^(٤)، وغير ذلك يضل عن ذكر الله تعالى، قال تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ

(١) رواه أبو داود (٤٩٢٤)، وابن حبان ٤٩٣/٢ (٦٩٣)، والطبراني في «مسند الشاميين» ١/ ١٨٥ كلاهما من طريق نافع عن ابن عمر.

قال أبو داود: هذا حديث منكر.

(٢) تقدم تخريجه قريباً. (٣) «تحريم النرد والشطرنج والملاهي» (٦٠).

(٤) «ذم الملاهي» (٦٩).

(٥) هو حديث رواه أبو داود (٢٥١٣)، والترمذي (١٦٣٧)، والنسائي ٢٢٢/٦، وابن ماجه (٢٨١١) جميعهم من حديث عقبة بن عامر عن النبي ﷺ، قال: «كل ما يلهو به الرجل المسلم باطل، إلا رمية بقوس، وتأديبه فرسه، وملاعبته أهله، فإنهن من الحق». وهذا لفظ الترمذي. قال الترمذي: وهذا حديث حسن.

يُخَالِفُونَ ﴿ [النور: ٦٣] الآية.

قلت: وهذا الاستثناء أخرجه النسائي وصححه الترمذي، وأما ابن حزم فرواه من طرق وضعف جميعها، وقال: فيه مجهولون. وهذا الحديث أعني: حديث ابن عمر منهم من أستدل به على التحريم، ومنهم من أستدل به على الإباحة.

وجه الدلالة أنه ﷺ لم يأمر ابن عمر بسد أذنيه ولا ذكر له أن ذلك حرام، ولا نهى الراعي، وكذا ابن عمر لم يأمر نافعاً، ولم ينه الراعي، ولو كان حراماً لنهى الفاعل، واعتذروا عن سد أذنيه ﷺ بأمر منها: أنه لعله كان في حال ذكر أو فكر، وكان السماع يشغله، فسد أذنيه ليجتمع فكره، ومنها: أنه ترك ذلك تنزهاً، كما ترك أشياء كثيرة من المباحات.

قال الغزالي: وأكثر المباحات الأولى تركها إذا علم أنها تؤثر في القلب، فقد خلع الشارع بعد فراغه من الصلاة الثوب الذي كان عليه أعلام لما شغلته عن الصلاة، أفترى ذلك يدل على تحريم الثوب^(١)؟

وقال: صاحب «المستعذب على المذهب» / ٢٨٣/ : لعل عدوله عن الطريق لثلا تستضر المارة بوقوفه وهو بعيد.

واحتج ابن طاهر المقدسي بما ملخصه أن المزامير كانت قبل الإسلام ظاهرة كثيرة، فلما ورد الإسلام لم ينه عنها، كما نهى عما كان يفعل في الجاهلية فدل على إباحتها. أنهى.

وقوله في الحديث: «زمارة راع» لا يتعين أنها الشبابة فإن الرعاة يضربون بالتعبية وغيرها. وفي المسألة وجه ثالث وهو ما قاله الماوردي

(١) «إحياء علوم الدين» ٢/ ٢٨٦.

وأقره عليه الروياني أنها في الأمصار مكروهة مباحة في الأسفار؛ لأنها في الأمصار مستعملة في السخف وفي الأسفار والمرعى يستعمل في الحث على السير وجمع البهائم إذا سرحت^{(١)(٢)}، والقاضي حسين والإمام لم يرجحا شيئاً في المسألة، بل حكيا وجهين فقط^(٣)، والخطابي أطلق الكراهة^(٤).

فائدة:

اليراع: بفتح الياء وتخفيف الراء وبالعين المهملة هي هذه الزمارة التي يقال لها: الشبابة. قاله في «الروضة»^(٥). وقال في «التهذيب»: هو جمع يراعة أو أسم جنس واحدته يراعة^(٦).

قال: وهي الزمارة التي يسميها الناس الشبابة، قال أهل اللغة: اليراع: القصب، الواحدة يراعة، قال صاحب «المحكم»: الهيرعة القصبة التي يزمر بها الراعي^(٧).

قال الرافعي: وليس المراد من اليراع كل قصب؛ بل المزمار العراقي وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف^(٨)، وقال غيرهما: الشبابة هي اليراعة المثقبة وتحتها أنواع قصبة واحدة وتسمى الزير، وقصبتان إحداهما تحت الأخرى، وتسمى الموصول ونوع تسمى المنجارة وهي التي يضرب بها الرعاة.

(١) في الأصل: مرحت. والمثبت من «الحاوي».

(٢) «الحاوي الكبير» ١٧/١٩٢. (٣) «نهاية المطلب» ١٩/٢٢.

(٤) «معالم السنن» ٤/١١٥-١١٦. (٥) «روضة الطالين» ١/٢٢٨.

(٦) «تهذيب الأسماء واللغات» ٣/١٩٩.

(٧) «المحكم» ١/٦٤. (٨) «الشرح الكبير» ١٣/١٥.

قال بعض أهل الموسيقى: والشبابة آلة كاملة وافية بجميع النغمات، قال آخرون: إنها تنقص قيراطًا، وأول من وضعها الأكراد على ما ذكره بعضهم.

قال: (وَيَجُوزُ دُفُّ لِعُرْسٍ وَخِتَانٍ) لحديث الرُّبَيْع بنت معوذ رضي الله عنها قالت: جاء النبي ﷺ فدخل حين بُني عليّ فجلس عليّ فراشي كمجلسك مني فجعلن جويريات لنا يضربن بالدف ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر، قالت إحداهن:

وَفِينَا نَبِيٌّ يُعَلِّمُ مَا فِي غَدٍ

فقال ﷺ: «دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين» رواه البخاري وترجم عليه في باب الضرب بالدف في النكاح والوليمة^(١)، وفي رواية لابن ماجه: «أما هذا فلا تقولوا، ولا يعلم ما في غد إلا الله»^(٢)، وفي «سنن النسائي» وابن ماجه والترمذي عن محمد بن حاطب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «فصل ما بين الحلال والحرام الضرب بالدف»^(٣) حسنه الترمذي، وصححه الأئمة أبْن حبان والحاكم وابن طاهر، وألزم الدارقطني مسلماً إخراجَه^(٤).

(١) البخاري (٥١٤٧) كتاب النكاح، باب: ضرب الدف في النكاح والوليمة.

(٢) «سنن ابن ماجه» (١٨٩٧).

(٣) الترمذي (١٠٨٨)، والنسائي (٣٣٦٩)، وابن ماجه (١٨٩٦)، ثلاثتهم من طريق هشيم عن أبي بلج عن محمد بن حاطب عن النبي ﷺ.

قال الترمذي: حديث حسن، ومحمد بن حاطب قد رأى النبي ﷺ وهو غلام صغير. وقال الحاكم في «المستدرک» ٢/ ٢٠١: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. (٤) لم أجده في «الإلزامات والتتبع» ونقله عنه غير واحد منهم ابن القيسراني في «السماع» ص ٥٢-٥٣، وانظر: «البدر المنير» ٩/ ٦٤٤.

وفي «سنن أبْنِ ماجه» بإسناد ضعيف عن عائشة مرفوعاً: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال»^(١) أي: الدف، وفي «جامع الترمذي» أيضاً عنها بإسناد ضعيف مرفوعاً: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد / ٢٨٤/ واضربوا عليه بالدف»^(٢). ثم قال: غريب، وفي بعض نسخه: حسن، وفي أبْنِ ماجه بإسناد صحيح عن أنس رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام مر ببعض أزقة المدينة فإذا هو بجوار يضربن بدفهن ويتغنين ويقلن:

نَحْنُ جَوَارٍ مِنْ بَنِي النَّجَّارِ
يَا حَبَّاذَ مُحَمَّدٍ مِنْ جَارٍ

(١) ابن ماجه (١٨٩٥) من طريق خالد بن إلياس عن ربيعة عن القاسم عن عائشة به. قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٢٠١/٤: في إسناده خالد بن إلياس وهو منكر الحديث قاله أحمد.

وقال البوصيري في «الزوائد» (ص ٢٧١): هذا إسناده فيه خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوي وهو ضعيف، بل نسبه إلى الوضع ابن حبان والحاكم وأبو سعيد النقاش.

(٢) الترمذي (١٠٨٩) من طريق عيسى بن ميمون الأنصاري عن القاسم بن محمد عن عائشة به. قال الترمذي: هذا حديث غريب حسن في هذا الباب، وعيسى بن ميمون الأنصاري يُضعف في الحديث وعيسى بن ميمون الذي يروي عن ابن أبي نجيح التفسير هو ثقة.

وهذا الحديث والذي قبله ذكرهما ابن الجوزي في «العلل المتناهية» ١٣٨/٢. قلت: ما سبق من قول الترمذي (حديث غريب حسن) فيه إشكال لأنه ضَعَفَ عيسى بن ميمون، لذا قال ابن الملقن في «البدر المنير» ٦٤٣/٩: قال الترمذي: هذا حديث غريب في هذا الباب، وعيسى يضعف في الحديث. وفي بعض النسخ: حديث حسن. وفي ذلك نظر؛ فقد قال البخاري: هو منكر الحديث. وقال ابن حبان: منكر الحديث لا يحتج بروايته ... إلخ.

فقال عليه السلام: «الله يعلم إني لأحبكن»^(١) ترجم عليه ابن ماجه في باب الغناء والدف، وهذا الحديث ينبغي ذكره عند قول المصنف: (وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ).

وروى ابن طاهر بإسناده من حديث جابر رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ يخطب قائماً ثم يجلس ثم يقوم فيخطب قائماً خطبتين فكن الجواري إذا أنكحوهن يَمْرُون فيضربون بالدفوف والمزامير فيتسلل الناس ويدعون رسول الله ﷺ قائماً فعاتبهم الله ﻋﻠﻴﻬِ السَّلَام بقوله: ﴿وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْواً أَنْفَضُوا إِلَيْهَا﴾ [الجمعة: ١١] ^(٢).

قال ابن طاهر: وهو حديث صحيح. وفي «الرخصة في السماع» لابن قتيبة بإسناده عن عامر بن سعد قال: دخلت على أبي مسعود الأنصاري وقرظ بن كعب وجوار يغنين بدفوف لهن فقلت: أتفضلون هذا وأنتم أصحاب محمد فقالوا: نعم، رخص لنا في ذلك^(٣). أخرجه أبو ذر

(١) ابن ماجه (١٨٨٩).

قال البوصيري في «الزوائد» ١٠٦/٢: إسناده صحيح ورجاله ثقات.

وصححه الألباني في «السلسلة الصحيحة» ٤٤٠/٧.

(٢) رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» ١٣٢/٤ من طريق سليمان بن بلال عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر به.

(٣) رواه النسائي ١٣٥/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٦٥) من طريق عامر بن سعد قال: دخلت على قرظة بن كعب وأبي مسعود الأنصاري، في عرس وإذا جوار يغنين، فقلت: أنتما صاحباً رسول الله ﷺ ومن أهل بدر، يفعل هذا عندكم؟ فقالا: أجلس إن شئت فاسمع معنا، وإن شئت أذهب قد رخص لنا في اللهو عند العرس. وحسنه الألباني في «صحيح سنن النسائي» ٤٥٥/٧.

الهروي بزيادة ثابت بن سعد مع أبي مسعود وقرظ^(١)، قال الدارقطني: وهو على شرطهما^(٢).

وأخرجه ابن أبي شيبة^(٣) والحاكم وقال: على شرطهما لكن لفظه: رخص لنا في الغناء في العرس والبكاء على الميت من غير نياحة^(٤). ورواه النسائي قال فيه: فإن شئت فأقم وإن شئت فاذهب أنه رخص لنا في اللهو عند العرس^(٥)، وجزم ابن الصباغ بإباحته في العرس وكراهته في غيره، وفي كلام الجاجرمي ما يقتضي التفرقة بين المداومة وغيرها كالغناء.

وقال الماوردي: اختلف أصحابنا: هل ضرب الدف على النكاح عام في جميع البلدان والأزمان فعم به بعضهم لإطلاق الحديث، وخص به بعضهم البلدان التي يتناكره أهلها في المناكح كالقري والبوادي ويكره في غيرها، قال: وفي مثل زمننا؛ لأنه قد عدل به إلى السخف والسفاهة^(٦)، وقال مرة: كان مستحباً في العصر الأول وما بعده فيباح ولا يستحب^(٧). وقال أبو بكر محمد بن عبد الله العامري من أصحابنا في مؤلفه في السماع: وهو مستحب في العرس والوليمة، وفي «شرح السنة» للبغوي أن إعلان النكاح وضرب الدف فيه مستحب، ثم أورد

(١) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٢٩٤/٤ من حديث عامر بن سعد البجلي، وفيه أن ثالثهم هو: «ثابت بن قيس». والحاكم ١٨٣/١ من حديثه أيضاً، وفيه أن ثالثهم هو (زيد بن ثابت) وأبو نعيم في «معركة الصحابة» ٤٧٦/١، وفيه أن ثالثهم هو (ثابت بن يزيد).

(٢) لم أقف على قول الدارقطني. (٣) «المصنف» ١٤٥/٩ (١٦٦٦٤).

(٤) «المستدرک» ٢٠١/٢. (٥) «المجتبى» ١٣٥/٦.

(٦) «الحاوي الكبير» ١٩٢/١٧. (٧) أنظر: «الحاوي الكبير» ٥٩/٩.

حديث عائشة السالف من عند الترمذي^(١)، وعنه أنه أفتى بجوازه وقت العقد والزفاف قريبا منه من قبل ومن بعد، ثم رأيت بعد كذلك في «فتاويه».

تنبيه:

عبارة «المحرر»^(٢) و«الشرح»^(٣): الإملاك. بدل العرس.

قال المصنف في «تهذيبه»: والملاك بكسر الميم وفتحها والإملاك كله بمعنى التزوج، قال: والإملاك أفصح وأشهر. قال: وكذا غيرهما -يعني: غير العرس والختان- في الأصح؛ لأنه قد يراد إظهار السرور بسائر الأسباب الحادثة كما يراد العرس والختان^(٤). وفي «جامع الترمذي» من حديث بريدة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ ٢٨٤/ب لما رجع من بعض مغازيه جاءته جارية سوداء فقالت: يا رسول الله إني نذرت إن ردك الله سالماً أن أضرب بين يديك بالدف وأتغنّي فقال لها: «إن كنت نذرت فأوفي بنذرك» ثم قال: حسن صحيح^(٥). ونازعه ابن القطان في ذلك^(٦)، ورواه ابن حبان في «صحيحه» بطريق جيد وفيه: فقعد عليه السلام وضربت بالدف^(٧).

قال بعض الأصحاب كما نقله عنه القاضي أبو الطيب: إن صح هذا الحديث لم يكره في حال من الأحوال.

(١) «شرح السنة» ٤٧/٩.

(٢) «المحرر» (ص ٤٩٦). (٣) «الشرح الكبير» ١٣/١٥.

(٤) «تهذيب الأسماء واللغات» ٣/١٤٢.

(٥) «سنن الترمذي» (٣٦٩٠). (٦) «بيان الوهم والإيهام» ٥/٢٥١.

(٧) «صحيح ابن حبان» ١٠/٢٣٢ (٤٣٨٦).

قلت: قد صح والحمد لله.

وفي النسائي باب: إطلاق الرجل لزوجته أستماع الغناء والضرب بالدف ثم روى بإسناده الصحيح عن السائب بن يزيد أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقال: «يا عائشة أتعرفين هذه؟» فقالت: لا يا نبي الله. فقال: «هذه قينة بني فلان تحب أن تغنيك» فغنتها^(١)، فقال ﷺ: «قد نفخ الشيطان في منخريها»^(٢) وقد تقدم قبل هذا حديث أنس في ابن ماجه، وذكرنا أن إirاده هنا أنسب.

والوجه الثاني: المنع، وبه قال جماعة لما في «مصنف ابن أبي شيبة» عن ابن سيرين قال: نبئت أن عمر رضي الله عنه كان إذا سمع صوتاً أنكره، فإن كان عرساً أو ختانا أقره^(٣).

وفي الرافعي عنه أنه كان إذا سمع الدف بعث، فإن كان في النكاح والختان سكت، وإن كان في غيرهما عمل بالدرة^(٤)، والثالث: يكره، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب في «تعليقه» وذكره صاحب «زوائد المهذب» وقال الغزالي في «الإحياء»: يباح في العرس والعيد وقدم الغائب وكل سرور حادث^(٥).

قال: (وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَّاجٌ) أي: يحل الدف وإن كان فيه جلاجل؛ لإطلاق ما ذكرناه من الأحاديث، ومن ادعى أنها لم تكن بجلاجل فعليه

(١) «السنن الكبرى» (٨٩٦٠).

(٢) هذه الزيادة رواها أحمد ٤٤٩/٣. وقال الهيثمي في «المجمع» ٢٣٩/٨: رجال أحمد رجال الصحيح.

(٣) «المصنف» ١٤٣/٩ (١٦٦٥٩). (٤) «الشرح الكبير» ١٣/١٥-١٦.

(٥) «الإحياء» ٢/٢٧٧.

الإثبات، وقيل: يحرم والحالة هذه، وفيه بُعد.

فرع:

ما قدمناه في الدف هو فيما إذا كان الضارب به امرأة، فإن كان رجلاً فقال الحليمي في «منهاجه»: إنه لا يحل إلا للنساء، ولا يكون عند الرجال^(١).

فائدة:

الدف: بضم الدال وفتحها لغتان مشهورتان، وعلى الضم أقتصر المصنف في الأصل كما رأيت بخطه، قال ابن درستويه: وهو بضم^(٢) في لغة أهل الحجاز مفتوح في سائر اللغات، وإنما سمي بذلك لأن الأصابع تدف عليه دفيفاً وجمعهما جميعاً الدفوف بالضم، وقياس جمع المضموم دفاف ودفقة^(٣). وفي «شرح السنة» للبخاري عن أبي عبيد: زعم بعض الناس أن الدف لغة، فأما الجنب^(٤) والدف بالفتح لا اختلاف فيه^(٥)، ويعني بالدف الدائر المفتوح، أما المغلق فيسمى مزهراً على ما حكاه الفقهاء في كتبهم، والمعروف في اللغة أن المزهر العود، قال بعض أهل الموسيقى: وهو آلة كاملة /٢٨٥/ تحكم على سائر الملاهي، تفتقر إليه جميع آلات الطرب إذ به تعرف الضروب

(١) أنظر: «شعب الإيمان» للبيهقي ٢٨٣/٤.

(٢) في هامش الأصل: مضموم. وعليها: خ. يعني: أنها كذلك في نسخة.

(٣) «تصحيح الفصيح وشرحه» ص ٣٦٣.

(٤) في (أ): الحديث. والمثبت هو الصواب من «شرح السنة».

(٥) «شرح السنة» ٤٨/٩.

صحيحها وسقيمها، ومنه تكملت صورة الكرة الفلكية على الوضع الصحيح؛ لأنه بيكارى الصورة، وادعوا أنه مركب على العناصر الأربع والفصول الأربع.

فائدة أخرى:

ذكر ابن الصلاح في الفتوى التي سئل عنها أن الدف والشبابة إذا أجمعا حرام عند أئمة المذهب، ولم يثبت عند أحد ممن يعتد بقوله في الإجماع والاختلاف أنه أباح هذا السماع، والخلاف المنقول عن بعض أصحاب الشافعي إنما نقل في الشبابة منفردة والدف منفردًا، فمن لا يحصل ولا يتأمل ربما أعتقد خلافًا بين الشافعيين في هذا السماع الجامع لهذه الملاهي، وهذا وهم من الصائر إليه.

قال: وهكذا لا يعتد بخلاف من خالف فيه من الظاهرية لتقاصرهم عن أدلة الاجتهاد في أحكام الشريعة فإذا هذا السماع حرام بإجماع أهل الحل والعقد من المسلمين^(١). هذا كلامه، وقد أنكر ذلك عليه، وكأنه أشار بالمعتقد السالف الشيخ عز الدين بن عبد السلام فإنه حكى في فتواه التي سألها عنها الشيخ أبو عبد الله بن النعمان خلافا بين العلماء في الغناء بالملاهي والسؤال عن السماع بالشبابة والدف، وحكى الخلاف في اجتماعهما ابن المنير المالكي في فتواه أيضا.

قال: (وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ) أي: بضم الكاف وسكون الواو وكذا ضبطه المصنف بخطه لما روى أبو داود وصححه ابن حبان عن ابن

(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/٥٠٠.

عباس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرم علي أو حرم الخمر والميسر والكوبة» وقال: «وكل مسكر حرام»^(١) قال الرافعي: ولا يحرم من الطبول غيرها^(٢). ثم بينها المصنف فقال: (وَهِيَ طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسَطِ). قال الإمام: وليس فيه من جهة المعنى ما يميزه عن سائر الطبول إلا أن المختنين يعتادون ضربه ويتولعون به، فإن صح حديث عملنا به. قال: والطبول التي تهياً لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار فهي كالدف وليست كالكوبة بحال^(٣). وقال القاضي حسين في «تعليقه»: أما ضرب الطبول فإن كان طبل لهُو فلا يجوز، وإن كان طبل حرب فيجوز ولا يكره، والماوردي جعل من الآلات المحرمة الطبل، وأطلق، ومن المباح طبل الحرب^(٤). وكذا الحلبي في «منهاجه» أَسْتَنْى طبل الحرب والعيد وأطلق تحريم سائر الطبول، ولكنه خص ما أَسْتَنْاه في العيد للرجال خاصة^(٥)، وقال الخوارزمي في «كافيه»: يحرم طبل اللهُو، وأطلق تحريم الطبول: العمراني والبغوي، وابن أبي عصرون في كتاب «التنبيه» له، وحكاها صاحب «الاستقصاء» ٢٨٥/ب/ عن الشيخ أبي حامد. واعلم أن تفسير المصنف الكوبة بما فسرهُ تبع فيه الرافعي، ولم أر من قيده من أهل اللغة بذلك فقد قال الزمخشري في «الفائق»^(٦) والفارابي في «ديوان الأدب»^(٧): الكوبة النرد، وقيل: الطبل.

(١) رواه أبو داود (٣٦٩٦)، وابن حبان (٥٣٦٥).

(٢) «الشرح الكبير» ١٦/١٣. (٣) «نهاية المطلب» ٢٣/١٩.

(٤) «الحاوي الكبير» ١٧/١٩١ وما بعدها.

(٥) أنظر: «الشعب» للبيهقي ٢٨٣/٤. (٦) ٤١٢/٢.

(٧) «معجم ديوان الأدب» ٣/٣٢٠.

وقال ابن فارس: الكوبة الطبل على ما قيل، ويقال: النرد^(١).
ويقال: الطبل. ويقال: البربط، وهذا أظهر، وقال الخطابي: غلط من
قال: الكوبة الطبل بل هي النرد^(٢). واقتصر الماوردي على أنها الطبل^(٣).
فرع:

الضرب بالصفقتين حرام كذلك ذكره الجويني^(٤) وغيره^(٥)؛ لأنه من
عادة المخنثين وتوقف فيه الإمام؛ لأنه لم يرد فيه خبر بخلاف الكوبة،
وحكى ابن أبي الدم في «شرح الوسيط» خلافا فيه.
فرع:

هل يحرم الضرب بالقضيب على الوسائد، ويسمى التغبير؟ فيه
وجهان، والذي أورده العراقيون أنه مكروه؛ لأنه لا يفرد عن الغناء،
ولا يضرب وحده بخلاف الآلات المطربة وأشار البغوي إلى ترجيح
التحريم^(٦)، وأجاب الغزالي^(٧) بالإباحة واقتضاه إيراد الحلبي، وقال
الماوردي: إن كان مع الغناء فمكروه أو مفردًا فيباح^(٨)، وكذا قاله ابن
درباس، وجزم به أبو بكر ابن مظفر السمعاني، ونسبه الخوارزمي إلى
المراوزة، قال الشافعي: خلفت في العراق شيئًا يسمى التغبير أحدثه
الزنادقة ليشغلوا به عن القرآن والذكر.

قال المنذري في «الفوائد الشعرية» أن الشافعي قال: إن الكراهة من

(١) «مجممل اللغة» ص ٧٧٣. (٢) «معالم السنن» ٤/ ٢٤٧.

(٣) «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٩١. (٤) «نهاية المطلب» ١٩/ ٢٣.

(٥) أنظر: «الوسيط» ٧/ ٣٥٠، «روضة الطالبين» ١١/ ٢٢٨.

(٦) «التهذيب» ٨/ ٢٦٧. (٧) «إحياء علوم الدين» ٢/ ٢٨٢.

(٨) «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٩٢.

حيث قولهم قالت الغلانية: وهو كذب، ونقل عن الربيع أنه قيل له إن الشافعي كرهه فقال: ما أدري ما هذا! كان الشافعي يسمع مثل هذا فلا ينكره.

فرع:

التصفيق باليد حكمه حكم القضيب مع الغناء ومنفردًا. قاله الشاشي في «الحلية» وابن درباس في «الاستقصاء»، وقال الحلبي: إنه يكره للرجال فإنه مما يخص النساء.

قال: (لَا الرَّقْصُ) فإنه لا يحرم؛ لأنه مجرد حركات على استقامة أو أعوجاج، وفي الصحيحين عن عائشة قالت: جاء حبش يزفنون؛ أي: يرقصون في عيد في المسجد فدعاني النبي ﷺ فوضعت رأسي على منكبه فجعلت أنظر إلى لعبهم حتى كنت أنا التي أنصرفت عنهم^(١). وكانت عائشة إذ ذاك صغيرة أو كان قبل أن يضرب عليها الحجاب حتى لا يعارضه الحديث الآخر: «أفعميا وان أتما ألتما تبصرانه»^(٢) وحكى الروياني عن القفال كراهية الرقص.

وقال الأستاذ أبو منصور: تكلف الرقص على الإيقاع مكروه.

(١) رواه البخاري (٩٥٠) كتاب الجمعة، باب الحراب والدرق يوم العيد، ومسلم (٢٠/٨٩٢) صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد.

(٢) رواه أبو داود (٤١١٢)، والترمذي (٢٧٧٨)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٩٢٤١)، وابن حبان ٣٨٧/١٢ (٥٥٧٥) جميعهم من طريق الزهري عن نبهان عن

أم سلمة رضي الله عنها، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال النسائي: ما نعلم أحد روى عن نبهان غير الزهري.

قال ابن حجر في «التلخيص» ١٤٨/٣: وليس في إسناده سوى نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق.

وقال الفوراني في «العمدة»: الغناء مباح أصله فكذا ضرب القضيب، والرقص وما أشبه ذلك.

وقال الإمام: الرقص ليس بمحرم لكن كثيره يخرم المروءة^(١)، وكذا قال علي، وجزم الغزالي في «الوسيط»^(٢) بإباحته فذهب الجاجرمي في «الكفاية» إلى التفرقة بين المداومة وغيرها وجعله عند المداومة /١٢٨٦/ لا يجوز، وأشار القاضي حسين في تعليقه والغزالي في «الإحياء»^(٣) وغيرهما إلى التفرقة بين أرباب الأحوال الذين يقومون بوجد فيجوز ويكره لغيرهم، وصرح به الأستاذ أبو منصور.

قال: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكْسُرٌ كَفَعَلَ الْمُخْنَثِ) فإنه حرام على الرجال والنساء قاله الحليني^(٤)، وحكاه الجيلي عن «المحرر»^(٥)، ونقل ابن أبي الدم عن الشيخ أبي علي الكراهة والحالة هذه.

فائدة:

المخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح، والفتح أشهر وهو الذي خلقه خلق النساء في حركاته وهيئاته وكلامه ونحو ذلك قال العلماء: وهو ضربان أن يكون ذلك خلقة له لا يتكلفه لا صنع له فيه فهذا لا إثم فيه ولا ذم، ولا عيب، ولا فعل له، ولا كسب.

الثاني: من يتكلف ذلك فهذا هو الإثم المذموم الذي جاءت الأحاديث الصحيحة بلعنه، سمي مخنثا لانكسار كلامه ولينه، يقال:

(١) «نهاية المطلب» ٢٦/١٩.

(٢) «الوسيط» ٣٥٢/٧.

(٣) «إحياء علوم الدين» ٢/٢٧٩.

(٤) «المنهاج» ١٧/٣.

(٥) «المحرر» ص ٤٩٦.

خنثت الشيء إذا عطفته.

قال: (وَيَبَاحُ قَوْلُ شَعْرٍ وَإِنْشَادُهُ)؛ لأنه عليه السلام كان له شعراء يصغي إليهم، منهم حسان بن ثابت وعبد الله بن رواحة^(١)، واستنشد من شعر أمية بن أبي الصلت واستمع إليه^(٢)، وقد أدعى ابن عبد البر وغيره الإجماع على ذلك، وفي حفظ دواوين العرب أبلغ معونة على درك أحكام الكتاب والسنة ومعانيهما، وفي الحديث: «الشعر كلام حسنه حسن وقبيحه قبيح» رواه الشافعي مرسلاً، قال البيهقي: هو الصحيح^(٣)، وأورده الرافعي من قول الشافعي^(٤)، وفي البخاري^(٥) من حديث أبي بن كعب: «إن من الشعر حكمة» أخرجه الترمذي من رواية ابن عباس وصححه^(٦)، وفي رواية أبي داود «إن من الشعر لحكمة»^(٧). والحديث الصحيح: «لأن يمتلئ جوف أحدكم قيحاً خيراً من أن يمتلئ شعراً»^(٨) المراد منه أن يمتلئ منه حتى لا يشتغل بعلم سواه ولا

(١) أنظر: «الأدب» لابن أبي شيبة ٣٦٨/١.

(٢) أنظر: البخاري (٣٨٤١)، مسلم (٢٢٥٥)، (٢٢٥٦).

(٣) «مسند الشافعي» ١٨٨/٢ (٦٧١) عن إبراهيم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ به. وانظر كلام البيهقي عليه في «الكبرى» ١١٠/٥، و«السنن الصغرى» ١٨٢/٤. وقد ضعف الوصل وقال إنه منقطع.

(٤) «الشرح الكبير» ١٧/١٣. (٥) «صحيح البخاري» (٦١٤٥).

(٦) «سنن الترمذي» (٢٨٤٥) وقال: هذا حديث حسن.

(٧) «سنن أبي داود» (٥٠١٠).

(٨) رواه البخاري (٦١٥٤) و(٦١٥٥) كتاب الأدب، باب: ما يكره أن يكون الغالب على الإنسان الشعر، من حديث ابن عمر وأبي هريرة. ومسلم (٢٢٥٧) و(٢٢٥٨) و(٢٢٥٩) كتاب الشعر، من حديث أبي هريرة وسعد

يدخر غيره، قاله البيهقي وابن حزم وهو أصح ما قيل فيه، قال الماوردي: والشعر على ثلاثة أقسام: مستحب ومباح ومحذور، والمستحب: ما حذر من الآخرة أو حث على مكارم الأخلاق، والمباح: ما سلم من فحش أو كذب، وهو نوعان: ما جلب نفعاً ولم يعد بضرراً، والمحذور نوعان: كذب وفحش وهما جرح في قائله، وأما منشده فإن حكاه إنكاراً كان جرحاً، وإن حكاه اختياراً فلا^(١). وقوله تعالى: ﴿وَالشُّعْرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾ [الشعراء: ٢٢٤] فالمراد بالشعراء: الذين إذا قالوا كذبوا، وإذا عينوا سبوا، والغاؤون الشياطين أو السفهاء؟ قولان، وقال الرافعي في كتاب السير: ومن المكروه أشعار المولدين في الغزل والبطالة. وقد قدمت عنه ذلك في كتاب السير، وكذا الشعر المباح أيضاً.

قال: (إِلَّا أَنْ يَهْجُوَ) أي: في شعره بما هو صادق أو كاذب، فإنه لا يباح وترد شهادته، وليس إثم حاكي الهجو كإثم منشئه. قال الرافعي: ويشبه أن يكون التعريض هجواً كالتصريح، وقد يزيد مضض التعريض على التصريح، وقال ابن كج: ليس التعريض هجواً^(٢). قال: (أَوْ يُفْحَشَ، أَوْ يُعْرَضَ بِأَمْرَةٍ مُعَيَّنَةٍ) أي: فإنه ترد شهادته بذلك لما فيه من الإيذاء والإشهار، والقذف إن صرح، وإن كان صادقاً في أنه فعل كذا فلفسقه بما أخبر عنه أيضاً، وكذا ترد شهادته إذا كان يصف الأعضاء الباطنة لما فيه من هتك الستر فإن كان يشبب بجاريته أو زوجته فوجهان:

ابن أبي وقاص وأبي سعيد الخدري.

(١) «الحاوي الكبير» ٢١٠/١٧. (٢) «الشرح الكبير» ١٧/١٣.

أحدهما: يجوز ولا ترد شهادته، قال في «البحر»: وبه قال عامة الأصحاب، وهذا القائل يقول: إذا لم تكن المرأة معينة لا ترد شهادته لجواز أن يريد من تحل له، وأصحهما في الرافعي أنه ترد شهادته إذا ذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء لسقوط مروءته^(١).

فرع:

لو كان يشبب بغلام ويذكر أنه يعشقه قال الروياني: يفسق، وإن لم يعينه؛ لأن النظر إلى الذكور بالشهوة حرام بكل حال، وفي «التهذيب» وغير أعتبار التعيين في الغلام كالمرأة.

فرع:

لو كان بمدح الناس ويطري؛ نظر: إن أمكن حمله على ضرب مبالغة جاز؛ بل ذهبت طائفة إلى أن المبالغة أحسن وعكست أخرى، وفصلت ثالثة بين أن يفضي إلى الخروج من الإمكان إلى الاستحالة، وبين أن لا يخرج، وإن لم يمكن حمله / ٢٨٦ب / على ضرب مبالغة كان كذباً محضاً، فالصحيح وظاهر النص أنه كسائر أنواع الكذب، فترد شهادته إن أكثر منه. وقال القفال والصيدلاني: لا يلحق بالكذب، لأن الكاذب يوهم الكذب صدقاً، بخلاف الشاعر، فعلى هذا لا فرق بين قليله وكثيره.

قال الرافعي^(٢): وهذا حسن بالغ، وقد قيل: أعذبه أكذبه.

قال: وينبغي أن يقال على قياسه أن التشبيب بالنساء والغلمان بغير معنى لا يخل بالعدالة وإن أكثر منه، لأن التشبيب فن، وغرض الشاعر تحسين الكلام لا تحقيق المذكور.

(١) «الشرح الكبير» ١٧/١٣. (٢) السابق ١٨/١٣.

قال: وكذا ينبغي أن يكون الحكم لو سمي امرأة لا يُدرى من هي، وما ذكره الرافعي ثانيًا على سبيل البحث، صرح به الجرجاني في «شافيه». وقال الغزالي في «الإحياء»: إنه الصحيح. قال: وعلى المستمع أن لا ينزله على امرأة معينة، فإن نزله فهو عاص بالتزليل^(١).

تنبيهان:

أحدهما: ما حكمنا بإباحته في هذه الصور قد يقتضي الإكثار منه رد الشهادة لكونه خارمًا للمروءة، فمن داوم على اللعب بالشطرنج والحمام ردت شهادته كما ذكره المصنف بعد، وإن لم يقترن به ما يوجب التحريم؛ لما فيه من ترك المروءة.

وكذا من داوم على الغناء أو سماعه كما ذكره المصنف بعد، وكان يأتي الناس ويأتونه لذلك، أو اتخذ جارية أو غلامًا ليغنيا للناس، وكذا المداومة على الرقص وضرب الدف.

وكذا إنشاد الشعر واستنشاده إذا أكثر منه ونزل به مهماته كان خارمًا للمروءة، ذكره الإمام قال: وكذا لو كان الشاعر يكتسب بشعره والرجوع إلى المداومة، والإكثار إلى العادة ويختلف الأمر فيها بعادات النواحي والبلاد ويستقبح من شخص قدر لا يستقبح من غيره، وللامكنة أيضًا فيها تأثير كما ذكره المصنف بعد، فاللعب بالشطرنج في الخلوة مرارًا لا يكون كاللعب به في السوق مرة على ملأ من الناس.

قال الرافعي^(٢): وقد يقال على هذا لما أستمريت العادة أن الشاعر

(١) «إحياء علوم الدين» ٢/ ٢٨٢. (٢) «الشرح الكبير» ١٣/ ١٨.

يكتسب بشعره وعدّ صنعة الغناء المباح حرفة ومكسبًا، فلاشتغال به ممن يليق بحاله لا يكون تركًا للمروءة، وكلام الأصحاب محمول على ما لا يليق به، وقد رأيت ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره لابن القاص. وفي الماوردي أن المكتسب به إذا كان يقتضي إذا مدح، وإذا منع ذم؛ قدح في عدالته وإلا فلا^(١).

الثاني: ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل كالنرد وسماع الأوتار ولبس الحرير والجلوس عليه ونحوها هل هو من الكبائر فتد الشهادة بمرة أم من الصغائر فتعتبر المداومة والإكثار؟ وجهان: كلام الإمام يميل إلى ترجيح أولهما^(٢)، والأصح الثاني، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره، وزاد الإمام فقال: ينظر إلى عادة البلد والقطر فحيث يستعظمون النرد وسماع الأوتار ترد الشهادة بمرة واحدة؛ لأن الإقدام في مثل تلك الناحية لا يكون إلا من جسور منحل عن رتبة المروءة فتسقط الثقة بقوله، وحيث لا يستعظمونه لا يكون مطلق الإقدام مشعرًا بترك المبالاة وسقوط المروءة/٢٨٧/ وحينئذ يقع النظر في أنه صغيرة أم كبيرة^(٣)، وتبعه «الحاوي الصغير» فقال: وحيث يعظم بمرة.

فرع:

لو كان يغني إذا أجمع مع إخوانه لينشر جوا بصوته، وليس بمنقطع للغناء ولا يأخذ عليه أجرًا. قال الماوردي والرويانى: نظر؛ فإن صار مشهورًا به يدعوه الناس من أجله: فإن كان متظاهرًا به ومعلنًا ردت

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/٢١٠.

(٢) ، (٣) «نهاية المطلب» ١٩/٢٤.

شهادته، فإن كان مستسرًا به فلا^(١).

فرع:

لا ترد الشهادة بإمساك الخمر؛ لأنه يجوز أن يقصد به التحليل أو التخلل، نعم ترد شهادة بائعها ومشتريها، كما قاله العراقيون.

فرع:

المطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه وسائر الأنبذة إذا شرب منها القدر المسكر حد وردت شهادته وإن شرب قليلًا وهو يعتقد إباحته كالحنفي فالصحيح المنصوص أنه للزجر، ولا ترد شهادته. وإن شرب منه من يعتقد تحريمه فالمذهب أنه يحد وترد شهادته.

فرع:

عن القفال أن من نكح بلا ولي ووطئ لا ترد شهادته إن أعتقد الحل، وترد إن أعتقد التحريم، وعلى هذا قياس سائر المجتهدين، ولكن نص الشافعي أنه لا ترد شهادة مستحل نكاح المتعة والمفتي به والعامل به^(٢)، ونقل أبو الفياض مثله.

فرع:

قال ابن الصباغ: قال في «الأم»: إذا أخذ من النثار في الفرح لا ترد شهادته؛ لأن من الناس من يحل ذلك، وأنا أكرهه^(٣).

فرع:

قال في «الأم»: ومن ثبت أنه يحصل الدعوة من غير دعاء من غير ضرورة ولا يستحل صاحب الطعام وتكرر ذلك منه رد شهادته؛ لأنه

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/١٩٣، «بحر المذهب» ١٤/٣١٢.

(٢) «الأم» ٦/٢٢٢. (٣) «الأم» ٦/٢٢٧.

يأكل محرماً إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية، فإن كانت دعوة السلطان أو من يشبه السلطان فهذا طعام لا بأس به^(١). قال ابن الصباغ: وإنما أشرت تكرار ذلك لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعها صاحب الطعام، فإذا تكرّر صار ذنابة وقلة مروءة^(٢).

خاتمة:

سئل القاضي حسين عن السماع، فقال: من تعوده من الفقهاء أو غيرهم في كل أسبوع مراراً أو في كل شهر مراراً فسق وترد شهادته. قيل له: فإذا شهد في كل شهر مرة؟ فقال: لا ترد شهادته، وهو فسق، وليس كل فسق يوجب ردّ الشهادة^(٣).

وقسم الغزالي السماع إلى مندوب ومباح ومحرم، فمن غلب عليه حب الله تعالى وحب لقاءه أستخرج بالسماع أحوالاً من الملاحظات والمكاشفات كان السماع في حقه محبوباً، ومن كان عنده عشق مباح كزوجته وأمه أو كان من العوام ولم يغلب عليه حب الله ولا الهوى كان في حقه مباحاً، ومن غلب عليه الهوى المحرم كان في حقه محرماً^(٤). ونقل القاضي عن الجنيد رحمهما الله أن الناس في السماع ثلاثة أضرب: العوام: وهو حرام عليهم لنقاء نفوسهم، والزهاد: وهو مباح لهم بحصول مجاهداتهم، والعارفون أصحابنا: يستحب لهم لحياة قلوبهم. وسئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام عن أستماع الإنشاد في المحبة والرقص؛ فقال: الرقص بدعة لا يتعاطاها إلا ناقص العقل / ٢٨٧ب/ ولا

(٢) انظر: «روضة الطالبين» ١١/ ٢٣٢.

(١) «الأم» ٦/ ٢٢٧.

(٤) «الإحياء» ٢/ ٢٨٣.

(٣) «النجم الوهاج» ١٠/ ٢٩٨.

يصلح إلا للنساء، وأما سماع الإنشاد المحرك للأحوال السنية المذكرة لأُمُور الآخرة فلا بأس به، بل يندب إليه عند الفتور وسآمة القلب، ولا يحضر السماع من في قلبه هوى خبيث؛ فإنه يحرك ما في القلب، وقال أيضًا: السماع يختلف باختلاف السامعين والمسموع منهم، وهم أقسام: أحدها: العارفون بالله: ويختلف سماعهم باختلاف أحوالهم، فمن غلب عليه الخوف أثر فيه السماع عند ذكر المخوفات، وظهرت آثاره عليه من الحزن والبكاء وتغير اللون.

والخوف أضرب: أحدها: خوف العقاب، والثاني: خوف فوات التوبة، والثالث: خوف فوات الجفاء من الإنس والقرب من الملك الوهاب، وهذا من أفضل الخائفين وأفضل السامعين، فمثل هذا لا يتصنع ولا يصدر منه إلا ما غلب عليه من آثار الخوف، وهذا إذا سمع القرآن كان تأثيره فيه أشد من تأثير الغناء والنشيد.

الثاني: من غلب عليه الرجاء: فهذا يؤثر فيه السماع عند ذكر المطمعات والمرجيات، فإن كان رجاءه للإنس والقرب كان سماعه أفضل سماع، وإن كان للثواب فهو من الرتبة الثانية، وتأثير السماع في الأول أشد من تأثيره في الثاني.

الثالث: من غلب عليه الحب: وهو قسمان: أحدهما: من أحب الله لإنعامه عليه وإحسانه إليه: فهنا يؤثر فيه سماع الإنعام والإفضال والإحسان والإكرام. الثاني: من غلب عليه حب الله لشرف ذاته وكمال صفاته: فهذا يؤثر فيه ذكر شرف الذات وكمال الصفات، ويشد تأثيره فيه عند ذكر الإقصاء والإبعاد، وهذا أفضل من الذي قبله.

الرابع: من غلب عليه التعظيم والإجلال، وهذا أفضل من الأقسام الثلاثة.

ويختلف هؤلاء في المسموع منه، فالسمع من الأولياء أكثر تأثيراً من السمع من الجهلة، والسمع من الأنبياء أشد تأثيراً من الأولياء، والسمع من رب الأرض والسماء أشد تأثيراً من السمع من الأنبياء، ولهذا لم يشغل النبيون والصديقون وأصحابهم بسمع الملاهي والغناء، واقتصروا على سماع كلام ربهم.

الخامس: من يغلب عليه هوى مباح: كمن يعشق زوجته، فهذا يهيجه السمع ويؤثر فيه إنشاد الشوق وخوف الفراق ورجاء التلاق، فسمع مثل هذا لا بأس به.

السادس: من يغلب عليه هوى محرم: كهواء المرد ومن لا يحل له من النساء، فهذا يهيجه السمع إلى السعي في الحرام، وما أدى إلى الحرام حرام.

السابع: من قال: لا أحب في نفسي شيئاً من هذه الأقسام الستة: فالسمع في حقه مكروه، وقد يحضر السمع قوم من الفجرة فيكون وينزعجون لأغراض خبيثة أبطنوها، ويرأون الحاضرين بأن سماعهم بالأسباب المذكورة.

قال: واعلم أنه لا يحصل السمع المذكور المحمود إلا عند ذكر الصفات الموحية للأحوال السنية والصفات المرضية.

قال: (وَالْمَرْوَةُ تَخْلُقُ بِخُلُقِ أَمَثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ) هذا أحسن ما قيل في حدها، وقيل: إن صاحب المروءة من يصون نفسه عن الأوباش، ولا يشينها عند الناس، وقيل: الذي يتحرز عما يسخر منه ويضحك به، والعبارات متقاربة.

قال: (فَالْأَكْلُ فِي سُوقٍ) أي: وكذا الشرب من سقايات /٢٨٨/

الطريق، إلا أن يكون سوقياً أو شرب لغلبة عطش.
(وَالْمَشْيُ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ) أي: والبدن إذا لم يكن الشخص ممن يليق به مثله.

(وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتِ مُضْحَكَةٍ، وَلُبْسُ فَقِيهِ قُبَاءٌ وَقَلَنْسُوءَةٌ حَيْثُ لَا يُعْتَادُ، وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشُّطْرَنْجِ أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ، وَإِدَامَةُ رَفْصٍ يُسْقِطُهَا) يعني المروءة (وَالْأَمْرُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ وَالْأَمَاكِينِ) كما أوضحته قريباً.
وَالْقَلَنْسُوءَةُ بِفَتْحِ الْقَافِ وَاللَّامِ: لباس الرأس معروفة، قاله في «التحرير» في الأيمان^(١).

ومما يخرم المروءة: لبس التاجر ثوب الحمال، وتعمم الحمال والطليسة وركوبه بغلة ثمينة ويطوف في السوق؛ ليتخذ نفسه ضحكة، ومد الرجل بين الناس، أي بلا مرض، كما قاله البندنجي، وحكاية ما جرى بينه وبين زوجته أو أمته في الخلوة، وخروجه عن حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين، وتضييقه في أكثر اليسير الذي لا يستقصى فيه، ومنه أن يتبدل الرجل المعتبر بنقل الماء والأطعمة إلى بيته إذا كان ذلك عن شح، فإن فعله أستكانة واقتداء بالسلف التاركين للتكلف لم يقدر ذلك في المروءة، وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حين يجد ليقبله وبراءته من التكاليف المعتادة، وهذا يعرف بتناسب حال الشخص في الأحوال والأخلاق بظهور مخائل الصدق فيما يبيده، وقد يؤثر فيه اللبسة والزي.

(١) «تحرير ألفاظ التنبيه» (٢٨٣).

وبسط الماوردي القول في المروءة^(١) فقال: هي على ثلاثة أضرب: أحدها: ما ليس شرطًا في العدالة: وهو الإفضال بالمال والطعام، والمساعدة بالنفس والجاه.

الثاني: ما هو شرط فيها: وهو مجانية سخف الكلام المؤذي والمضحك، وقبيح الفعل الذي يلهو به أو يستقبح، فهذا مفض إلى الفسق، وكذا نتف اللحية وخضابها سفه ترد به الشهادة لما فيه من تغيير خلق الله، وجزم الروياني في «البحر» كما في الفروع المذكورة بعد الأقضية: أن نتف اللحية لا ترد الشهادة به؛ لأنه مكروه لا حرام^(٢)، وصحح هنا ردها به.

الثالث: مختلف فيه: وهو ضربان: عادات، وصنائع: فالأول: أن يقدي فيها بذوي الصيانة دون ذوي البذلة، فلا يتعري أو يقلع رأسه أو يكشف رأسه في بلد لم يعتد فيه أهل الصيانة ذلك، فإن لم يتحاموا ذلك كالحجاز كان عفواً، فكذلك الأكل في الطريق وماشيًا والخروج عن العرف في المضغ والمعاياة بكثرة الأكل.

وأما الثاني: فلا يباشر شراء مأكوله وحمله، حيث يتحاماه أهل الصيانة ونحو ذلك، وفي هذا الضرب أربعة أوجه.

ثالثها: إن نشأ على ذلك من صغره لم يقدر في عدالته، وإلا قدح. رابعها: إن أختص ذلك بالدين قدح: كالبول قائمًا، وكشف العورة إذا خلا، والتحدث بمساوي الناس، وإلا فلا كالأكل في الطريق.

(١) «الحاوي الكبير» ١٧/١٥٠.

(٢) الذي في «البحر» ١٤/٢٧٥ أن نتف اللحية من السفه الذي ترد به الشهادة.

قال: (وَحِرْفَةٌ دَنِيَّةٌ كَحِجَامَةٍ وَكَنَسٍ وَدَنْغٍ) أي: وقيم حمام وحارس ونخال وإسكاف وقصاب (مِمَّنْ لَا يَلِيقُ بِهِ تُسْقِطُهَا) لإشعار ذلك بقلة المروءة. قال: (فَإِنْ أَعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةً أَبِيهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ) لأنها /٢٨٨ب/ حرفة مباحة، والناس محتاجون إليها، وهي من فروض الكفايات، ولو رددنا شهادتهم لم يؤمن أن يتركوها، فيعم الضرر، وقد قال عليه السلام: «اختلاف أمتي رحمة»^(١)، وفسره الحليني باختلاف الحرف والصنائع كما حكاه الإمام وغيره عند الكلام على الكفاية.

والثاني: يسقطها؛ لأن أشتغالهم بهذه الحرف ورضاهم بها يشعر بالخسة وقلة المروءة، وهذا التفضيل بين أن يكون ممن يليق به وكانت حرفة أبيه، ذكره الغزالي^(٢).

قال الرافعي: وهو حسن، ومقتضاه أن يقال: الإسكاف والقصاب إذا أشتغلا بالكنس بطلت مروءتهما^(٣).

وقال المصنف في «الروضة»: لم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي ألا يقيد بصفة آبائه، بل ينظر هل يليق به هو أم لا^(٤). وقيل: يقبل من لا يحتاج إلى مباشرة نجاسة وقذر كالنخال والحارس

(١) رواه البيهقي في «المدخل» ١/١٦٢، قال البيهقي بعد تخريجه له: هذا حديث متنه مشهور وأسانيده ضعيفة، لم يثبت في هذا إسناد والله أعلم. وقد توسع الإمام السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص ٦٩) في تضعيف هذا الحديث.

وكذلك الشيخ الألباني في «السلسلة الضعيفة» ١/١٤١. فانظر هناك فإنه مهم.

(٢) «الوسيط» ٧/٣٥٣. (٣) «الشرح الكبير» ١٣/٢٢.

(٤) «روضة الطالبين» ١١/٢٣٣.

دون غيرهما. وفي الحائك الوجهان، وقيل: يقبل قطعاً، واختاره القفال، لأنه ينسج غزلاً كما يخطط الخياط غزلاً منسوجاً، وفي الصباغ والصواغ طريقان:

أحدهما: طرد الوجهين، وأصحهما: القطع بالقبول، لكن من أكثر منهم، ومن سائر المحترفة كذباً وخلعاً في الوعد ردت شهادته بذلك، ثم الذين يباشرون النجاسة إنما يجرى فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها واتخذوا لها ثياباً طاهرة.

وإلا فترد شهادتهم للفسق، وألحق الماوردي السماك والقصاب بالحائك^(١).

قال في «البحر»: وهما أحسن حالاً منه. وقال القاضي حسين في الإسكاف: إن أستعمل شعر الخنزير ولم يغسل الثياب والأيدي والفم لم تقبل شهادته، وكذا إن غسلها على الأصح، وإن أستعمل غيره وغسل النجاسة قبلت في الأصح. ولم يفصل الرافعي فيه، بل حكى الخلاف كما قدمته، وقيل: تقبل شهادة الحمال والدلال وتارك المروءة ونحوهما في اليسير من المال، وكذا في كثيره لا يقصد بالإشهاد كالغصب، لا في كثير يقصد الإشهاد عليه، حكاه القاضي حسين^(٢).

فرع:

من ترك السنن الراتبة وتسبيحات الركوع والسجود أحياناً لا ترد شهادته، ومن اعتاد تركها ردت شهادته، لتهاونه بالدين وإشعار هذا بقلة مبالاته بالمهمات، وحكى أبو الفرج في غير ركعتي الفجر والوتر

(١) «الحاوي الكبير» ١٥٤/١٧. (٢) انظر: «كفاية النية» ١١٨/١٩.

وجهاً أنه لا ترد الشهادة باعتبار تركها^(١).

فرع:

نص أن مستحل الأنبة إن أدام المنادمة عليها والحضور مع أهل السفه ردت شهادته لطرحه المروءة، وإن لم يفسق المستحل.

فرع:

تقبل شهادة الطواف وسائر السؤال على الأبواب إلا أن يكثر الكذب في دعوى الحاجة، وهو غير محتاج، أو يأخذ ما لا يحل له أخذه فيفسق. قال الرافعي: وقصة الوجه الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف الدنية رد شهادته لدلالته على خسته^(٢).

فائدة:

في تعاطي ما يخل بالمروءة ثلاثة أوجه محكية عن القاضي تقي الدين ابن رزين: التحريم ومقابله. والثاني: إن تعلقت به شهادة حرم، وإلا فلا، وهذه الأوجه أسلفتها أيضاً في كتاب الحجر.

قال: (وَالْتَهْمَةُ أَنْ يَجْرَّ إِلَيْهِ نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرًّا فَتَرُدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ) أي: المأذون؛ لأن ما شهد به فهو له، والتهمة بوزن همزة. كذا رأيها مضبوطة بخط المصنف، أصلها وهمة.

قال الجوهري: /٢٨٩/ وتوهمت: ظننت، وأوهمت غيري إيهاماً، والتوهم مثله، واتهمت فلانا بكذا، والاسم التهمة^(٣).

قال: (وَمُكَاتِبِهِ) لأن له في مال مكاتبه، علقه حال الكتابة؛ لأن له

(١) انظر: «النجم الوهاج» ٣١٣/١٠. (٢) «الشرح الكبير» ٢٢/١٣.

(٣) «الصحاح» ٢٠٥٤/٥.

المنع من بعض التصرفات ويرجع إليه بعد العجز، وفي «طبقات العبادي» في ترجمة أبي علي بن خيران أنه جوز شهادته له^(١).

قال: (وَعَرِيمٌ لَهُ مَيِّتٌ أَوْ عَلَيْهِ حَجَرٌ فَلَسٍ) لأنه إذا أثبت الغريم شيئاً أثبت لنفسه المطالبة.

فرع:

تقبل شهادة الغريم لغريمه الموسر، وكذا المعسر قبل الحجر عليه في الأصح؛ لأن قبل الحجر يعلق الحق بذمته لا بعين أمواله، والثاني: المنع؛ لأن المعسر لا مطالبة عليه، فإذا أثبت له شيئاً أثبت لنفسه المطالبة. قال: (وَمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ) لأنه يثبت بشهادته ولاية في المشهور به. قال: (وَبِرَاءَةٌ مِّنْ ضَمِنَهُ) أي: وكذا بالأداء؛ لأنه يسقط شهادته المطالبة عن نفسه.

قال: (وَبِجَرَاةٍ مُّورَّثِهِ) للتهمة.

قال: (وَلَوْ شَهِدَ لِمُورَّثٍ لَهُ مَرِيضٌ أَوْ جَرِيحٌ بِمَالٍ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ) لأن شهادته لا تجر لنفسه نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً؛ لأن المال إنما يثبت لمرريض لم يرثه بخلاف الجراحة. والثاني: لا يقبل، كما لو شهد له بالجرح، وقد تقدم الفرق، واحترز بقوله: (قبل الاندمال) عما بعده، فإنها تقبل إلا أن يكون أصلاً أو فرعاً. واعلم أن مسألة المريض مكررة، فإنه ذكرها أيضاً في كتاب دعوى الدم والقسامة، وصحح فيها كما صحح هنا.

تنبيه:

جزم المصنف بأنه إذا شهد بجراحة مورثه أنه لا يقبل، ولم يفصل بين

(١) «النجم الوهاج» ١٠/٣١٤.

ما قبل الاندمال وما بعده، وتبع في ذلك الرافي هـنا، لكنه ذكر -أعني: الرافي- التفصيل فيه أيضًا في باب الشهادة على الدم^(١).

قال: (وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفُسْقِ شُهُودِ قَتْلِ) لأنهم يدفعون عن أنفسهم ضرر التحمل، وهذا قد ذكره المصنف أيضًا في كتاب دعوى الدم والقسامة، وزاد بعد قوله: قتل يحملونه، وهو المراد هـنا، فلو حذف هذه المسألة مع التي قبلها كان أخصر.

قال: (وَعُزْمَاءُ مُفْلِسٍ بِفُسْقِ شُهُودِ ذَيْنِ آخَرَ) لأنهم يدفعون عنهم ضرر المزاحمة.

قال: (وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرَكَةِ قُبِلَتِ الشَّهَادَتَانِ فِي الْأَصَحِّ) لانفصال كل شهادة عن الأخرى، ولا يجزى بشهادته نفعًا؛ ولهذا قلنا: تقبل شهادة بعض القافلة لبعض في قطع الطريق، إذا قال كل واحد منهم: أخذ مال فلان، ولم يقل: أخذ مالنا. والثاني: المنع لتهمة المواطأة، ويقال: إنه رواية الربيع عن النص. قال الرافي: وليكن المنع المطلق فيما إذا شهد الآخران قبل أن يحكم القاضي بشهادة الأولين، فإن حكم ثم شهد الآخران فيجوز أن يختص المنع بالآخرين، ويجوز أن يجعل بمثابة ما إذا بان فسق الشهود بعد الحكم^(٢).

وحذف المصنف هذا من «الروضة»، وليس بجيد، ثم إنه عبر بالصحيح في مسألة الكتاب، وخالف هنا فعبر بالأصح وجعله قويًا، وفي «الروضة» جعله ضعيفًا^(٣).

(٢) «الشرح الكبير» ٢٥/١٣.

(١) «الشرح الكبير» ٢٣/١٣.

(٣) «روضة الطالبين» ٢٣٦/١١.

قال: (وَلَا تُقْبَلُ لِأَصْلٍ وَلَا لَفَرْعٍ) لقوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة حاصلة هنا لشدة الميل والمحبة. وقال تعالى: ﴿وَجَعَلُوا لَهُ مِنْ عِبَادِهِ جُزْءًا﴾ [الزخرف: ١٥] أي: ولدًا. وقال ﷺ: «فاطمة بضعة مني، يربني ما رابها ويؤذيني ما آذاها» متفق عليه من حديث المسور بن مخرمة^(١)، والبضعة بفتح الباء: القطعة، فإذا كان الولد جزءًا أشبهت الشهادة له شهادة الشخص لنفسه، وقد صح: «أنت ومالك لأبيك»^(٢)، ولا فرق بين الآباء والأمهات من جهة الأب أو الأم، ولا بين البنين والبنات وإن سفلوا، وعن القديم قول أنها تقبل، وبه قال المزني^(٣) وأبو ثور وابن المنذر^(٤)، لأن الشخص لا يكون صادقًا في شيء دون شيء، وهو باطل تمنع شهادته لنفسه.

فرع:

لا تقبل لمكاتب ولده أو والده وما دونهما.

(١) البخاري (٣٧١٤) و(٣٧٢٩) و(٣٧٦٧) كتاب المناقب، مسلم (٢٤٤٩) كتاب فضائل الصحابة، باب: فضائل فاطمة.

(٢) رواه ابن ماجه (٢٢٩١)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» ٢٧٧/٤، والطبراني في «المعجم الأوسط» ٣١/٤، جميعهم من طريق محمد بن المنكدر عن جابر به.

ورواه ابن ماجه أيضًا (٢٢٩٢) وأحمد ٢٠٤/٢ من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وللحديث شواهد كثيرة. وقد أجاد الإمام الزيلعي رحمه الله في «نصب الراية» ٢٧٥/٣، عند تخرجه لهذا الحديث، فراجعه هناك.

(٣) «مختصر المزني» ٤٢٠/٨.

(٤) «الإقناع» ٥٣١/٢.

قال: (وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا) لانتفاء التهمة، وفي قول أو وجه: لا تقبل شهادة الولد على الوالد بما يقتضي قصاصاً أو حد قذف، لأنه لم يُقتل بقتله ولم يُحد بقذفه، والصحيح ما جزم به المصنف.

قال: (وَكَذَا عَلَى أَبِيهِمَا بِطَلَاقِ ضَرَّةِ أُمِّهِمَا) أي: وأمهما تحت أبيه. (أَوْ قَذْفِهَا فِي الْأَظْهَرِ) لأنها شهادة على أبيه لغير أمه.

والثاني: المنع، لأنه متهم إذ يجربها إلى أمه نفعاً، وهو أنفرادها بالأب، فإن الطلاق يجز ذلك، فالقذف يحوج إلى اللعان.

فرع:

ادعت امرأة الطلاق فشهد لها أبناها لم تسمع، ولو شهدا به ابتداء حسبة سمعت، وكذا في الرضاع.

(وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ قُبِلَتْ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الْأَظْهَرِ) لاختصاص المانع بالولد.

والثاني: لا تقبل فيه أيضاً، لأن الصيغة متحدة، وقد أختلت برد بعض مقتضاها.

واعلم أن عبارة الرافعي فيه وجهان، ويقال: قولان، وتبعه على ذلك في «الروضة»^(١) فقال: على الأصح أو الأظهر. لكن الرافعي قال بعد ذلك: والخلاف كالخلاف المشهور في تفريق الصفقة^(٢). قال: بل هو هو، وجزم في «المحرر» بأنه تفريق الصفقة، فلذلك اقتصر المصنف على الأظهر^(٣).

(٢) «الشرح الكبير» ٢٧/١٣.

(١) «روضة الطالبين» ٢٣٧/١١.

(٣) «المحرر» ص ٤٩٧.

قال: (قُلْتُ: وَتُقْبَلُ لِكُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ) أي: للآخر، لأن الحاصل بينهما عقد يطرأ ويزول، فلا يمنع قبول الشهادة، كما لو شهد الأجير للمستأجر، وهذا هو الأظهر، ومنهم من قطع به، ورجحه البغوي^(١). وفي قول: لا تقبل؛ لأن كل واحد منهما وارث لا يحجب، فأشبهها الأب والابن. وفي قول ثالث: تقبل شهادة الزوج لها دون عكسه، لأنها تستحق النفقة عليه، فهي متهمة.

والأقوال كالأقوال في القطع بسرقة أحدهما مال الآخر.
فرع:

تقبل شهادة أحدهما على الآخر؛ إذ لا تهمة، إلا أنه لا تقبل شهادته عليها بزنا، لأنه على دعوى خيانتها فراشه.

قال: (وَلِلْأَخِ وَالصَّدِيقِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لأنهما لا يتهمان كتهمة الأب والابن. قلت: ولا يبعد التوقف فيه، وهو مذهب مالك.

فرع:

شهد الأب مع ثلاثة على زوجة / ٢٩٠ / ابنه بالزنا، فإن سبق من الابن قذف فطولب بالحد فحاول إقامة البينة لدفعه لم تقبل، وإن لم يقذف أو لم يطالب بالحد وشهد الأب حسبة قبلت شهادته.

فرع:

في يد زيد عبد ادعى شخص أنه اشتراه من عمرو بعدما اشتراه عمرو من زيد صاحب اليد، وقبضه وطالبه بالتسليم، فأنكر زيد جميع ذلك، فشهد أبناه للمدعي بما يقوله، فقولان، حكاها أبو سعيد الهروي.

(١) «التهذيب» ٨ / ٢٧٦.

أحدهما: لا يقبل لتضمنها إثبات الملك لأبيهما، وأظهرهما القبول، لأن المقصود بالشهادة في الحال للمدعي وهو أجنبي عنهما.
 قال: (وَلَا تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ) خلافاً لأبي حنيفة، لنا الحديث السالف وهو قوله ﷺ أوائل الباب: « لا تجوز شهادة ذي الحنة»^(١) وقد تقدم أن الحنة من بينك وبينه عداوة.

فرع:

قال القاضي حسين والرويانى: لا تقبل شهادة القانع لأهل البيت، وهو الذي ينقطع عن مكاسبه ويلتجئ إلى أهل بيت يؤاكلهم ويرمي عن قوسهم. وقال القاضي شريح: تقبل شهادته لهم، كالصديق لصديقه.
 ويدل لعدم القبول ما رواه أبو داود أن النبي ﷺ رد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم^(٢). وعلل الخطابي ذلك بالتهمة، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة. ومسألة القانع ليست في كلام للرافعي، ولا المصنف.

ولابن الرفعة: والحق فيها أن الحديث إن صح كان حجة لمن منع قبول شهادته، لكن في إسناده محمد بن راشد، وهو متكلم فيه، والذي أفتي به: أن شهادته مقبولة كالصديق والزوج والوكيل في غير [ما وكل فيه، وشهادة المحدود في القذف وغيره مقبولة بعد التوبة،

(١) تقدم تخريجه في أول الباب.

(٢) رواه أبو داود (٣٦٠٠)، وأحمد ٢/ ٢٢٥ كلاهما من طريق محمد بن راشد عن سليمان بن موسى. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
 ومحمد بن راشد مختلف فيه، أنظر ترجمته في «تهذيب الكمال» ١٨٦/ ٢٥.

ورد^(١)، (وتقبل شهادة ولد الزنا)^(٢).

ثم فسر العدو فقال: (وَهُوَ مَنْ تُبْغِضُهُ بِحَيْثُ تَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ، وَتَحْزَنُ بِسُرُورِهِ وَتَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ) ثم بعد ذلك قد يكون من الجانبين ومن أحدهما، فيختص برد شهادته على الآخر.
قال: (وَتُقْبَلُ لَهُ) إذ لا تهمة.

قال: (وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دِينِ كَافِرٍ وَمُبْتَدِعٍ) لأن العداوة الدينية لا توجب رد الشهادة، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لم ترد شهادته عليه.
وكذا لو قال العالم: لا تسمعوا الحديث من فلان؛ فإنه مخطئ، أولا تستفتوه؛ فإنه لا يحسن الفتوى. لم يقدح ذلك في قبول شهادته؛ لأن هذا نصيحة للناس، نص عليه.

فائدة:

العداوة ضد الولاية، يقول: عدو بين العداوة والمعاداة.
قال: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لَا نُكْفَرُهُ) قال في «الأم»^(٣) و«المختصر»: إلا الخطائية، وهم أصحاب ابن الخطاب الكوفي، وهم قوم يرون جواز شهادة أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول: لي على فلان كذا. فصدقه يمين أو غيرها، ويشهد له اعتمادًا على أنه لا يكذب. هذا نصه، وللأصحاب فيه طرق، والجمهور جروا على ظاهره -نصه- وقبلوا شهادة جميعهم،

(١) هذه القطعة وردت في هامش الأصل دون أن يحدد المصنف موضعًا لها في صلب الكلام؛ فوضعها هنا أجهادًا.

(٢) غير واضحة بالأصل، والمثبت من «روضة الطالبين».

(٣) «الأم» ٦/٢٢٢.

لأنهم مصيبون في زعمهم ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم.
وقيل: هؤلاء من سب الصحابة والسلف، لأنه مقدم عليه عن اعتقاد
لا عن عداوة وعناد.
وقال أحمد: ترد شهادة ثلاثة أصناف: القدرية، والجهمية،
والروافض^(١).

فرع:

منكر العلم بالمعدوم أو بالجزئيات لا شك في كفره، وأما من نفى
الرؤية وقال بخلق القرآن فعن النص أنه كافر، والمختار في «الروضة»
تأويله كما قال الإمام^(٢).

قال: (لَا مُعْفَلٌ لَا يَضْبُطُ) أي: فإن شهادته لا تقبل لعدم الوثوق بقوله.
نعم لو فعل الشهادة بوصف الزمان والمكان وتأنق في ذكر الأوصاف.
قال الإمام^(٣): فالشافعي قد يقبلها، وهذا ما أورده الفوراني
والمسعودي والغزالي^(٤) والرافعي^(٥).

والغلط اليسير لا يقدح في الشهادة، لأنه لا يسلم أحد منه.
قال الإمام: ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة؛ فيحوج إلى
الاستفصال^(٦).



(١) أنظر: «المغني» ١٤/١٤٩. (٢) «روضة الطالبين» ١١/٢٣٩.

(٣) «نهاية المطلب» ٩/١٦. (٤) «الوسيط» ٧/٣٥٨.

(٥) «الشرح الكبير» ١٣/٣٢. (٦) «نهاية المطلب» ١٩/١٧.

فائدة:

المَغْفَلُ: بفتح الفاء أَسْمُ مفعول من غَفَلَ، يقال: غفل عن الشيء وأغفله غيره وغفله جعله غافلاً، فهو مَغْفَلٌ ومَعْفَلٌ بتشديد الفاء وتخفيفها مفتوحة فيهما.

قال: (وَلَا مُبَادِرٍ) أي: بأن شهد من غير تقدم دعوى، وكذا بعدها. وقيل: الاستشهاد على الأصح المتهمة. وفي الصحيحين من حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه أنه عليه السلام قال في معرض الذم: «ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون»^(١). وفي «مسلم» من حديث زيد بن خالد الجهني: «ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها»^(٢). فجمع بين الحديثين بحمل الثاني على ما تجوز المبادرة إليه، وهو شهادة الحسبة كما سيأتي، وحمل الأول على ما لا يجوز، وحمل الثاني أيضاً على ما يعلمه دون غيره، ولو لم يظهره لضاع حكم شرعي أو على شهادة ليتيم أو مجنون أو زكاة أو كفارة، فإنها تسمع قبل الاستشهاد كما صرح به في «الحاوي» و«التحويل» قالوا: يندب ذلك، أو على سرعة إجابته إذا أَسْتَشْهَدَ، كقولهم: فلان يعطي قبل السؤال. أي: يعجل العطاء إذا سئل^(٣).

(١) البخاري (٢٦٥١) كتاب الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد ومسلم (٢٥٣٥) كتاب فضائل الصحابة، باب: فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم.

(٢) مسلم (١٧١٩) كتاب الحدود، باب: بيان خير الشهود.

(٣) «الحاوي الكبير» ٢٣٦/١٦.

فرع:

إذا رددنا شهادته فالأصح أنه لا يصير مجروحًا، لأن المبادرة قد تكون عن جهل.

فرع:

شهادة المختفي مسموعة عندنا على الجديد، وليست من باب الحرص على الشهادة، والقديم المنع. وصورتها: أن يختفي في موضع فيه المتنازعان، ومن عليه الحق ينكر ظاهرًا ويقر باطنًا، فإذا سمعه شهد عليه.

نعم، هل يكره؟ فيه وجهان: عن «روضة الحكام» للقاضي شريح قال: فإن قلنا: لا يكره، فهل يندب؟ وجهان، وجه الندب أن فيه إحياء الحق.

قال: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَسْبَةِ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ) أي: لا يتأثر برضا الآدمي (كَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ) أي عبدًا أو أمةً، خلافًا لأبي حنيفة في العبد (وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ، وَبَقَاءِ عِدَّةٍ وَانْقِضَائِهَا، وَحَدُّ لَهُ) أي: كحد الزنا وقطع الطريق، وكذا السرقة على الصحيح. قال: (وَكَذَا النَّسَبُ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنه متعلق بحقوق الله تعالى، كالطلاق والعتاق.

والثاني: لا يقبل فيه، وصححه الغزالي^(١).

وفي العفو عن القصاص وجه أيضًا، لأن ترك القاتل الدعوى مع الحرص على الحياة يورث التهمة في شهاداتهم.

(١) «الوسيط» ٣٥٩/٧.

فرع:

تقبل في الاستيلاء أيضًا، قال البغوي: دون التدبير، وفي تعليق العتق به، وكان شيخي القاضي يقول: تقبل كالاستيلاء، كان الفرق عند من فرق أن الاستيلاء يفضي إلى العتق لا محالة، وهما بخلافه. هذا ما في «الرافعي»^(١)، ولخصه في «الروضة» بأن قال: ومنه الاستيلاء دون التدبير، ويقبل في العتق بالتدبير^(٢). أنتهى.
وحذف مقالة شيخ البغوي، وهو القاضي حسين.

فرع:

الخلع أطلق البغوي المنع فيه. وقال الإمام: تقبل في الفراق دون المال. قال: ولا أبعد ثبوته تبعًا، ولا إثبات / ٢٩١ / الفراق دون البيئونة^(٣).

فرع:

لا تقبل في الكتابة، فإن أدى النجم الأخير شهدت بالعتق.

فرع:

الأصح عدم قبولها في شهادة القريب، لأنهم يشهدون بالملك، والعتق يترتب عليه.

فرع:

تقبل في الوصية والوقف إذا كانا لجهة عامة، فإن كانا لجهة خاصة فالأصح المنع؛ لتعلقه بحفظ خاصة.

(١) «الشرح الكبير» ٣٥ / ١٣.

(٢) «روضة الطالبين» ٢٤٣ / ١١.

(٣) «نهاية المطلب» ٨٥ / ١٩.

فرع:

تقبل في تحريم الرضاع والمصاهرة، وكذا الزكوات والكفارات والبلوغ والإسلام والكفر، ومنه الإحصان والتعديل.

واحترز المصنف بقوله: حق لله. عن حق الآدمي، كالقصاص وحد القذف والبيوع والأقارير، فإن شهادة الحسبة لا تقبل فيه، فإن لم يعلم صاحب الحق أعلمه الشاهد حتى يدعى ويستشهده فيشهد.

وقيل: تقبل في الدماء خاصة لخطرها.

وقيل: تقبل في الأموال أيضًا.

وقيل: تقبل إن لم يعلم المستحق بالحق، والصحيح المنع مطلقًا.

فرع:

ما قيل فيه شهادة الحسبة هل يسمع فيه دعواها؟ وجهان:

أحدهما: لا، لأن الثبوت بالبينة، وهي غنية عن الدعوى، وبهذا أجاب الفقهاء.

والثاني: عن القاضي حسين أنها تسمع؛ لأن البينة قد لا تساعد، ويريد أستخراج الحق بإقرار المدعى عليه.

فرع:

شهود الحسبة يجيئون إلى القاضي ويقولون: نشهد على فلان بكذا. فأحضره ليشهد عليه، فإن أبتدروا وقالوا: فلان زنا. فهو قذف.

فرع: في «الفتاوى» كما قال الرافعي: إن الشهادة على أنه أعتق عبده إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقه.

قال: وهذه الصورة تفهمك أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند

الحاجة^(١).

قال: (وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ قَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ) لأنه تيقن الخطأ، كما لو حكم باجتهاد، ثم بان النص بخلافه. فإن قيل: قد اختلف العلماء في شهادة العبد، فكيف ينقض الحكم في محل الخلاف والاجتهاد؟

فالجواب: أن الصورة مفروضة فيمن لا يعتقد الحكم بشهادة العبيد، وحكم بشهادة اثنين ظنهما حُرَيْن. ولا أعتداد بمثل هذا الحكم؛ لأنه يخالف القياس الجلي؛ لأن العبد ناقص في الولايات وسائر الأحكام، فكذا الشهادة. وهذا ما قاله جماعة، منهم: ابن الصباغ، والرافعي^(٢).

وقال الروياني: لا فرق بين أن يكون الحاكم يرى قبول شهادة هؤلاء أولا.

قال الإمام والغزالي: والمعني بالنقض أننا نتبين أن القضاء لم ينفذ. وقال الروياني فيما إذا بان الرق: المذهب أنه يقف على نقض الحكم. قال: (وَكَذًا فَاسِقَانِ فِي الْأُظْهَرِ) كسائر المسائل المذكورة، وبلى أولى؛ لأن اعتبار العدالة منصوص عليه، قال تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكَ كُفْرٌ فَاسِقٌ﴾ [الحجرات: ٦]، ومنهم من قطع بهذا القول، حكاه الرافعي^(٣)، وعزاه الماوردي^(٤) إلى الجمهور وأنه مذهب الشافعي لا يختلف قوله فيه.

(١) «الشرح الكبير» ٣٦/١٣، ٣٧. (٢) «الشرح الكبير» ١٣/٤٣. (٣) «الشرح الكبير» ١٣/٤٤. (٤) «الحاوي الكبير» ١٧/٢٥٠.

والثاني: لا تنقض؛ لأن فسقهم إنما يعرف ببينة تقوم عليه، وعدالة تلك البينة لا تدرك إلا بالاجتهاد، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

قال الرافعي: وهذا موافق مذهب أبي حنيفة أن بينة الفسق لا تسمع على الشاهد. قال: الأول والقول بأن عدالة الشهود ينقض به الحكم ولا يقدح، كما أن خبر الواحد/٢٩١ب/ العدل ينقض به الحكم، وإن كانت عدالته لا تدرك إلا بالاجتهاد^(١).

قال: (وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ) لعدم تهمتهم بدفع العار، بخلاف الفاسق كما سيأتي؛ فإنه كان يخفي فسقه، والرد يظهره، فينبغي في رد العار بدفع الشهادة.

وأطلق المصنف رحمه الله: الكافر تبعاً لـ «المحرر»^(٢)، ومراده إذا كان يظهره، أما إذا كان يستتر به وأعادها فالأصح في «الروضة»^(٣) وهي القياس في الرافعي عدم القبول.

قال: (أَوْ فَاسِقٌ تَابَ فَلَا) لما قلناه.

وقال المزني: تقبل، وسواء المستتر بالفسق والمعلن على الأصح، وإنما يجيء الخلاف إذا أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ثم ردها^(٤).

وفي الإصغاء وجهان، أحدهما أنه لا يصغى إليها كشهادة العبد والصبي.



(١) «الشرح الكبير» ٤٤/١٣. (٢) «المحرر» ص ٤٩٧.

(٣) «روضة الطالبين» ٢٥١/١١. (٤) «المختصر» ٨/٤٢٢.

فرع:

لو ردت شهادته لعداوة فزالت وأعادها لم تقبل في الأصح.
 قال: (وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي^(١) غَيْرِهَا) أي: غير تلك الشهادة التي شهد بها حال فسقه ثم تاب، إذ لا تهمة.
 قال: (بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ) لأن التوبة من أعمال القلوب، وهو متهم بترويج شهادته، فاعتبر المشرع ذلك ليقوي ما أدعاه.

قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا﴾ الآية [الفرقان: ٧٠].
 وقال: ﴿فَإِنْ تَابَا وَأُضْلِحَا..﴾ الآية [النساء: ١٦].
 قال: (وَقَدَّرَهَا الْأَكْثَرُونَ بِسَنَةٍ) لأن لمضي الفصول الأربعة تأثيراً بيناً في تهيج النفوس وانبعاثها لمشتبهاتها، فإذا مضت على السلامة أشعر ذلك بحسن السريرة، وقد اعتبر الشرع السنة في العنة والزكاة والعزلة.
 ثم هل هي تقريب أو تحديد؟ فيه وجهان في «الحاوي»^(٢).
 وقال جماعة: يكفي ستة أشهر، ونسبوه إلى النص، وضعف بأنه لم يرد في الشرع تقديرها. وقيل: لا يتقدر بمدة، إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، ويختلف ذلك في الأشخاص وأمارات الصدق، وصححه الإمام^(٣) والقاضي حسين وغيرهما، لأن التقدير لا يثبت إلا بالتوقف.

(١) ساقطة من الأصل، وأثبتناها كما في «المنهاج» ٤٩٩/١.

(٢) «الحاوي» (ص ٤٩٨).

(٣) «نهاية المطلب» ٦٠٤/١٨.

قال: (وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةِ قَوْلِيَةِ الْقَوْلِ) كما أن التوبة من الردة بكلمتي الشهادة.

فائدة:

قال الجوهري: التوبة: الرجوع عن الذنب، وكذا التَّوْبُ^(١). وفي «كتاب سيبويه»: التوبة: التوبة^(٢).

قال: (فَيَقُولُ الْقَاضِي قَدْ بَطِلَ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ^(٣) وَلَا أَعُودُ إِلَيْهِ، وَكَذَا شَهَادَةُ الزُّورِ) أي: ولا يكلف أن يقول: كذبت. فربما كان صادقاً، فكيف يأمره بالكذب؟! وقال الإصطخري: يشترط أن يقول: كذبت فيما قذفت، لا أعود إلى مثله. وهو خلاف قول الجمهور، وسواء في هذا القذف على سبيل السب والإيذاء والقذف على صورة الشهادة إذا لم يتم عدد الشهود، وإذا قلنا بوجوب الجِدِّ على من شهد، فإن لم يوجهه فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة.

قال الرافعي: ويشبه في هذا الإكذاب كونه عند القاضي ثم إذا تاب بالقول هل تشترط المدة المذكورة إذا كان عدلاً قبل القذف؟ ينظر إن كان القذف على صورة الشهادة لم يشترط على المذهب، وإن كان /٢٩٢/ قذف سب وإيذاء أشرط على المذهب^(٤).

قال الرافعي: واشترط التوبة بالقذف بالقول مشكل، وإلحاقه بالردة

(١) «الصحاح» ٩١/١. (٢) «الكتاب» ٣٥٢/٤.

(٣) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٤) «الشرح الكبير» ٤٠/١٣.

ضعيف، فإن أشرط كلمتي الشهادة مطردة في الردة القولية والفعلية، كالقاء المصحف في القاذورات^(١).

وقول المصنف: وكذا شهادة الزور. أي: فيقول في التوبة منها: كذبت فيما قلت، ولا أعود إلى مثله. صرح به صاحب «المهذب»^(٢). قال الرافعي: ومقتضى ما ذكره في القذف أيضًا أنني أشرط التوبة بالقول في سائر المعاصي القولية، كالغيبة والنميمة^(٣). وفي «ابن يونس» حكاية وجه أنه لا يشترط في شهادة الزور الاستبراء.

فائدة:

الزور والكذب والباطل، فشاهد الزور الشاهد بالكذب. قال: (قُلْتُ: وَعَبْرُ الْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ إِفْلَاحٌ) أي: عن المعصية. (وَنَدَمٌ، وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ) قال تعالى: ﴿ذَكِّرُوا اللَّهَ فَأَسْتَغْفِرُوا لِذُنُوبِهِمْ﴾ هذا هو الندم، ثم قال: ﴿وَلَمْ يُصِرُّوا﴾ [آل عمران: ١٣٥] وهذا هو العزم على ترك العود. قال: (وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) أي: فيرد المغصوب مثلاً إن كان باقياً، وإلا فبدله، أو يستحل فيبرئه المغصوب منه أو وارثه. فصار أركان التوبة ثلاثة إن لم يتعلق بها أذى، وأربعة إن تعلق، وشرط الآمدي في الأولى ركنًا رابعًا، وهو أن يكون ندمه خالصًا لله احترازًا، ما إذا قتل إنسان ولده فإنه يندم على ما صدر منه ويتأسف، وهذا القيد لا يحتاج إليه؛ فإن الإخلاص شرط في كل عبادة. قال الشيخ عز الدين في «أماله»: وإذا ندم القاتل وعزم أن لا يعود

لكنه أمتنع من تسليم نفسه للقصاص لا يقدح ذلك في توبته، لأن هذا ذنب متجدد بعد الذي عصي به، مخالف لما وقع به العصيان، ونحن إنما نشترط الإقلاع في الحال عن الفعل للذي وقع فيه العصيان.

قال: ويمكن الندم إن قلنا بالكسب، وإن لم نقل به قلنا: هذا واجب بعذر، فسقط. وقد ذكرت نبذة من فروع التوبة في «شرح التنبيه»، فراجعها منه.

فروع:

من تاب عن معصية ثم ذكرها، قال القاضي أبو بكر الباقلاني: يجب عليه تجديد الندم عليها كلما ذكرها، إذ لو لم يندم لكان مستهينا بها، وذلك ينافي الندم. واختار الإمام أنه لا يجب ولا يلزم من ذكرها بلا ندم الاستهانة، بل قد يذكر ويعرض عنها^(١).

قال القاضي: وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة، والتوبة الأولى صحيحة، لأن العبادة الماضية لا ينقضها شيء بعد فراغها.

قال: فيجب تجديد توبة عند تلك المعصية، ويجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بها.

وقال بعض الأصوليين من أهل السنة: إذا نقض التائب توبته جاز أن يعود عليه ذنبه.

قال الإمام: وإذا أسلم الكافر فليس إسلامه توبة من كفره، وإنما توبته الندم على كفره، ولا يتصور أن يؤمن ولا يندم على كفره، بل يجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان، والندم على الكفر بالإجماع هذا مقطوع به، وما سواه من ضروب التوبة، فقبوله

(١) «نهاية المطلب» ٦/١٩.

مظنون غير مقطوع به، وأجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره صحت توبته، وإن استدام معاصي آخر. هذا كلام الإمام. قال في «الروضة»: وهذا الذي قاله أن القبول مظنون هو الصحيح. وقال جماعة من متكلمي أصحابنا: هو مقطوع به^(١).

فائدتان:

إحدهما: لا يجب على من سرق مالا ورده أن يخبر بأنه أخذه على وجه السرقة، وإن كان أخذه بقطع الطريق فهل عليه الإعلام بذلك؟ قال الشيخ عز الدين: إن غلبنا عليه حق الله لم يجب إعلامه به، وإن غلبنا حق الآدمي وجب إعلامه، ليستوفيه أو يتركه فيستوفيه الإمام.

الثانية: قال الشيخ عز الدين: إذا مات شخص وعليه دين تعدى بسببه أو بمطله أخذ من حسناته بمقدار ما ظلم به، فإن فنيت حسناته طرح عليه من عقاب سيئات المظلوم، ثم أُلقي في النار. وإن لم يتعد بسببه ولا بمطله أخذ من حسناته في الآخرة كما تؤخذ أمواله في الدنيا، حتى لا يبقى له شيء، ولا يؤخذ ثواب إيمانه كما لا يؤخذ في الدنيا ثياب بدنه، فإن فنيت حسناته لم تطرح عليه من سيئات خصمه شيء؛ لأنه لم يعص.



(فَضْلٌ)

قال: (لَا يُحَكَّمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ فِي الْأَظْهَرِ) لما تقدم في بابه، وهذه المسألة إحدى المسائل المكررة في الكتاب، وقد نبه في «المحرر» على تكررها بقوله: لا يكفي قول الشاهد الواحد للحكم به إلا في هلال رمضان كما سبق^(١).

فائدة:

لنا مسائل آخر يكفي فيها قول الشاهد الواحد على خلاف، إحداها: إذا نذر صوم شعبان، فشهد واحد برؤيته، فهل يجب الصوم إذا قلنا يجب به صوم رمضان، قال في «البحر»: فيه وجهان.

الثانية: هل يثبت هلال ذي الحجة بما يثبت به هلال رمضان؟ أم لا يثبت إلا بعدلين؟ فيه وجهان، حكاها الدارمي، قال في «شرح المذهب»: وهو شاذ ضعيف^(٢).

قلت: لم ينفرد به، فقد وافقه القاضي حسين عليه، وهذا لفظه: الأحكام المتعلقة بالهلال غير الصوم إذا تضمنت عبادة لاحق فيها للآدمي، كما لو وقف بعرفة والطواف ونحوه، هل يقبل فيه عدل أم لا؟ فيه وجهان.

الثالثة: هلال شوال، قال أبو ثور: ثبت بقول واحد. قال صاحب «التقريب»: ولو قلت به لم أكن مبعداً.

(١) «المحرر» ص ٤٩٨.

(٢) «المجموع» ٦/ ٢٩٠.

قال الإمام: وهو متجه قياسًا لخروج وقت العبادة على دخوله^(١).
الرابعة: إذا مات ذمي فشهد عدل بأنه أسلم قبل موته ولم يشهد غيره
لم يحكم بشهادته في توريث قريبه المسلم ولا حرمان قريبه الكافر بلا
خلاف.

وهل تقبل شهادته في الصلاة عليه، فيه وجهان؛ بناءً على القولين في
ثبوت رمضان بقول عدل واحد، قاله المتولي في أول كتاب الصيام،
 وذكره عنه المصنف في «شرح المذهب» في الجنائز^(٢) وأقره / ٢٩٣ /
 وقضية البناء القبول.

وجزم القاضي حسين في «فتاويه» بالمنع، وحكى الروياني الخلاف
في «بحره» أيضًا، قال: ووجه المقاربة أنها شهادة تقتضي إيجاب عبادة.
الخامسة: حكى أبو الفرج السرخسي وجهًا أنه يجوز الاعتماد على
خبر الشخص الواحد إذا سكن القلب إليه، حكاه الرافعي عنه في الباب
الثالث في مستند حكم الشاهد^(٣).

السادسة: قال الرافعي في البيع في كلامه على الرد بالعيب: لو
أختلفا في بعض الصفات هل هو عيب، فالقول قول البائع مع يمينه،
وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما^(٤).

قال في «التهذيب»: فإن قال واحد من أهل العلم: يشبه أنه عيب ثبت
الرد به^(٥). واعتبر صاحب «التتمة» شهادة أثنين.

(١) «نهاية المطلب» ١٢/٤.

(٢) «المجموع» ٢٥٩/٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٦٩/١٣.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٧٤/٨.

(٥) «التهذيب» ٤٥٨/٣.

قال بعض المتأخرين من فقهاء اليمن: وإليه إشارة الأصحاب.
السابعة: قال الغزالي في «وجيزه»: في اللقطة في الحكم الرابع
وجوب الرد مهما أقام المالك بينة، فإن أطنب في الوصف وغلب على
الظن صدقه جاز رده، وفي الوجوب بغير بينة خلاف، ولعل الاكتفاء
بعدل واحد أولى، فإن البينة قد يعسر إقامتها^(١).

ووهم بعض فضلاء الشاميين فنقل عن الماوردي أنه قال في أوائل
كتاب الشهادات: الثاني: وأما كونه من أهل العدالة فيكون بأربعة
أشياء: ببلوغه، وعقله، وإسلامه، وحرية. ثم قال: والثالث أن يشهد
ببلوغه شاهد عدل، فيحكم ببلوغه، وتكون شهادة لا خبراً. كذا نقله
عنه. وظنه مما نحن فيه، وهو عجب، فإن عبارة الماوردي: أن يشهد
ببلوغه شاهداً عدل^(٢)، بالألف، كذا رأيت، فسقطت الألف من
نسخته، فلزم منه ما لزم. هذا ما حضرنا من هذه المسائل، فاستفدها.

قال: (وَيُشْتَرَطُ لِلزَّانَا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ
لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]، وقوله تعالى: ﴿لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ
شُهَدَاءَ﴾ [النور: ١٣]، وقوله تعالى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾
[النساء: ١٥]، وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن سعد بن عبادَةَ
قال: يا رسول الله، أ رأيت لو أني وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى
أتي بأربعة شهداء؟! فقال رسول الله ﷺ: «نعم»^(٣) ولأن الزنا من

(١) «الوجيز» ١/ ٤٣٥. (٢) «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٥٧.

(٣) رواه البخاري (٦٨٤٦) كتاب الحدود، باب: من رأى مع امرأته رجلاً فقتله،
ومسلم (١٤٩٩) كلاهما من حديث المغيرة بن شعبة.

أغلظ الفواحش؛ فغلظ في الشهادة عليه؛ ليكون أستر للمحارم. وعن الزهري أنه قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفين من بعده أنه لا يقبل شهادة النساء في الحدود^(١).

قال: (وَلَلْإِقْرَارُ بِهِ أَثْنَانِ [فِي الْأَظْهَرِ]^(٢)) كغيره من الأقاير، قال في «المحرر»: هذا ما رجح فيه من القولين^(٣)، وأشار به إلى الروياني، فإنه صححه.

قال: (وَفِي قَوْلِ أَرْبَعَةٍ) لأنه إقرار بفعل، فلا يثبت إلا بما يثبت به ذلك الفعل؛ لاستوائهما في الواجب، والأول فرق بين الإقرار والشهادة بأن المقر لا يتحتم حده؛ لأن له إسقاطه بالرجوع، والشهود عليه بالزنا يتحتم حده، فغلظت بينته، وسائر الحقوق يستوي فيها الإقرار والبينة؛ ولذلك لم تختلف البينة فيها.

فرع:

لا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب كما قدمته في بابه.

فرع:

يثبت القذف بشاهدين على المشهور، وفي قول غريب يشترط أربعة، لأنه نسبه إلى الزنا؛ فكان كالإقرار به.

وأخرجه مسلم (١٤٩٨) كتاب الطلاق، باب: أنقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل من حديث أبي هريرة.

(١) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» ٥١١ / ١٤ (٢٩٣٠٧).

(٢) زيادة من «المنهاج».

(٣) «المحرر» (ص ٤٩٨).

فرع:

يشترط في الشهادة على الزنا أن يذكروا التي زنى بها والزنا مفسراً، ولا يكفي إطلاق الزنا.

فرع:

هل يجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنا أو ولادة أو عيب باطن، فيه أربعة أوجه:

أصحها وهو المنصوص: نعم.

وثانيها: المنع.

وثالثها: المنع في الزنا دون غيره.

ورابعها: عكسه. وقد تقدم هذا الفرع في أوائل كتاب النكاح أيضاً.

قال: (وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَحَقٍّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ: رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) كقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فكان على عمومته، إلا ما خصه دليل، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن لظاهر الآية. وفي الأجل وجه، لأنه ضرب سلطنة، فكان كالولاية، وما جزم به المصنف هو الصحيح.

قال: (وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةِ اللَّهِ تَعَالَى) أي: كحد الشرب وقطع الطريق والقتل بالردة.

(أَوْ لِأَدَمِيٍّ) أي: كقصاص وحد قذف (وَمَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِبًا كِنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ وَرَجْعَةٍ وَإِسْلَامٍ وَرِدَّةٍ وَجَرْحٍ وَتَعْدِيلٍ وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ وَوَكَالَةٍ وَوَصَايَةٍ وَشَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَانِ) أما في العقوبات: فلما مر من

حديث الزهري، وأما فيما يطلع عليه رجال غالباً فلأن الله تعالى نص في الشهادة فيما سوى الأموال على الرجال دون النساء في ثلاثة مواضع: في الطلاق والرجعة والوصية، فقال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال: ﴿حِينَ الْوَصِيَّةِ﴾: ﴿أَتْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، وقال رسوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل»^(١). وروى مالك عن عقيل، عن ابن شهاب قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق^(٢). وهذا وإن كان مرسلًا فالخصم -وهو أبو حنيفة- يقول بحجتيه.

وقيل: إن الوكالة في الأموال تثبت برجل وامرأتين وشاهد ويمين. حكاها ابن أبي الدم عن ابن شريح.

قال: (وَمَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لَا يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِبًا كِبَارَةٌ وَوِلَادَةٌ وَحَنِيضٌ وَرَضَاعٌ وَعُيُوبٌ تَحْتَ الثِّيَابِ) أي: كرتقٍ وقرن وبرص وغيره،

(١) «مسند الشافعي» -بترتيب سنجر- ٤٠/٣ (١١٣٣) عن ابن عباس بهذا اللفظ، وله شواهد كثيرة بالفاظ مقاربة منها:-

١- شاهد عن عمران بن حصين، رواه عبد الرزاق ١٩٥/٦، والرويانى في «مسنده» ١٠٤/١، والطبرانى في «الكبير» ١٤٢/١٨، والدارقطنى في «سننه» ٣٢٢/٤، وتمام في «الفوائد» ١٨٢/٢.

٢- وشاهد آخر عن ابن عمر، رواه ابن الأعرابى في «مجمعه» ٥٩٤/٢، والدارقطنى في «سننه» ٣٢٢/٤.

٣- وشاهد ثالث عن عائشة، رواه ابن حبان ٣٨٦/٩، والطبرانى في «الأوسط» ٨٥/٧ والدارقطنى في «سننه» ٣٢٤/٤.

(٢) رواه عبد الرزاق في «المصنف» ٣٣٢/٧.

سواء ما تحت الإزار وغيره مما للمحارم النظر إليه خاصة كما قاله في «الحاوي»^(١) و«البحر». (يُثْبِتُ بِمَا سَبَقَ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ) أما النسوة المنفردات فلقول الزهري: مضت السنة أنه تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن. رواه ابن أبي شيبة^(٢)، ولأن الرجال لا يرون ذلك غالباً، فلو لم يقبل منهم تعذر إثباته.

وأما اعتبار الأربع فلأن الله أقام كل امرأتين حيث قبلت شهادة النساء مقام رجل، وفي «صحيح مسلم» من حديث ابن عمر: «أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل»^(٣). وإذا ثبت قبولهن منفردات فرجل ورجل. وامرأتان بالقبول أولى، وهو مراد المصنف / ٢٩٤/ بما سبق.

وفي «مسند أحمد» من حديث ابن عمر أنه عليه السلام سئل: ما الذي يجوز من الشهود في الرضاع؟ [فقال: «رجل أو امرأة»].
لكن في سنده مجهول وضعيف^(٤).

وحكى الإمام في كتاب الرضاع^(٥) عن الإصطخري أن الرضاع

(١) «الحاوي» ١٧/ ١٩.

(٢) «المصنف» ١٠/ ٦٥٣ (٢١٠٩٨).

(٣) «صحيح مسلم» (٧٩) كتاب الإيمان، باب: بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات.

(٤) «المسند» ٢/ ٣٥. من طريق عبد الرزاق عن شيخ من نجران عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر به.

وهو ضعيف لجهالة هذا الشيخ، وضعف محمد بن عبد الرحمن البيلماني. وانظر ترجمته في «تهذيب الكمال» ٢٥/ ٥٩٤.

وأبوه عبد الرحمن البيلماني فيه كلام أيضاً. أنظر: «تهذيب الكمال» ١٧/ ٨.

وانظر تعليق الشيخ الأرئوط عليه في المسند ٨/ ٥١٠ (٤٩١٠).

(٥) هذه العبارة مكررة بالأصل خطأ.

وعيوب النساء الباطنة إنما تثبت بالنساء المتمحضات، وليس بشيء^(١).
قال المتولي: وسبقه القفال والقاضي: والرضاع من لبن حلب في
أنية لا يثبت إلا برجلين، نعم الشهادة على أن هذا اللبن من هذه
المرأة يثبت بشهادتهن، لأن الرجال لا يطلعون عليه غالبًا.
وقال أبو حنيفة: تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها في حق الزوجة
عند ظهور الحمل، ولا يثبت في حق المطلقة. قال: ولا يثبت الرضاع
بشهادة النساء المنفردات^(٢).
وعند أحمد: يثبت الرضاع بشهادة المرضعة وحدها^(٣).
وعند مالك: تكفي شهادة امرأتين في جميع ذلك^(٤).
وهذا كله قد قدمته في كتاب الرضاع أيضًا.
وخرج بقول المصنف عيوب تحت الثياب عن العيب الظاهر. قال
البغوي: العيب في وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين تفرغًا على
أنهما ليسا من العورة، وفي وجه الأمة وما يبدو منها عند المهنة يثبت
برجل وامرأتين، لأن المقصود منه المال^(٥).
وأطلق الماوردي نقل الإجماع على أن عيوب النساء في الوجه
والكفين لا يقبل فيها إلا الرجال دون النساء، ولم يفصل بين الحرة
والأمة^(٦). وصرح به القاضي حسين فيهما.

(١) «نهاية المطلب» ٤٠٧/١٥.

(٢) انظر: «المبسوط» ٤٨/٦، ١٠٦/٦، ١٣٧/٥.

(٣) أنظر: «المغني» ٣٤٠/١١. (٤) أنظر: «المدونة» ٢٩١/٢.

(٥) «التهذيب» ٢١٩/٨. (٦) «الحاوي الكبير» ١٩/١٧.

وعبارة «المحرر»^(١) و«الشرح»^(٢) و«الروضة»^(٣): الإزار بدل الثياب. واعلم أن صريح كلام المصنف أنه يمكن إقامة الشهادة على الحيض، وهو خلاف ما في الشرحين في كتاب الطلاق كما نبهت عليه هناك في أثناء فصل علق بالحمل.

فرع:

الصواب في «الروضة» إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب. قال: وعجبت من البغوي كونه ذكر خلاف هذا معللاً بأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالباً^(٤). قال الرافعي: كذا ذكره، لكن جنس العيب أيضاً مما يطلع عليه الرجال غالباً، لكن لا يطلعون على العيب الخاص، وكذا الجراحة الخاصة^(٥).

فرع:

مما تقبل فيه شهادة النساء المنفردات أستهلالات الولد على المشهور، والكتابة والشركة لا يثبتان إلا برجلين على الأصح، وقيل: برجل وامرأتين.

فرع:

الخشى كالمرأة في قبول الشهادة. قال: (وَمَا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ) لأن الرجل

(١) «المحرر» (ص ٤٩٨).

(٢) «الشرح الكبير» ٤٩/١٣. (٣) «روضة الطالبيين» ٢٥٤/١١.

(٤) «روضة الطالبيين» ٢٥٤/١١. (٥) «الشرح الكبير» ٤٩/١٣.

والمرأتين أقوى من الرجل واليمين، فإذا لم يثبت بالأقوى لا يثبت بما دونه.

قال: (وَمَا ثُبَّتْ بِهِمْ) أي: برجل وامرأتين (ثُبَّتْ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ) لأنه عليه السلام قضى بيمين وشاهد، رواه مسلم من حديث ابن عباس^(١)، وله طرق أخرى، رواه عشرون صحابياً فأكثر عن رسول الله ﷺ كما عددهم في «تخريج أحاديث الرافعي». ووافقنا مالك وأحمد، وخالف أبو حنيفة.

قال: / : ٢٩٤ب/ (إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَنَحْوَهَا) أي: فإنها لا تثبت برجل ويمين؛ لأنها أمور خطيرة، بخلاف الأموال.

وقبول شهادة النساء فيها من جهة أن الرجال لا يطلعون عليها غالباً.
فرع:

لا فرق في الحكم بشاهد ويمين بين أن يتمكن من البينة الكاملة أم لم يتمكن، وفي وجه: إن تمكن من البينة الكاملة لم يجز الحكم بشاهد ويمين، حكاه الماوردي^(٢).

فرع:

هل القضاء بالشاهد وحده واليمين مؤكدة، أم بها وحدها وهو مؤكد، أم بهما؟ أوجه: أصحها: ثالثها، وتظهر فائدتها في الغرم عند رجوع الشاهد، فإن قلنا به غرم، أو باليمين فلا، أو بهما فعليهما.

(١) «صحيح مسلم» (١٧١٢) كتاب الحدود، باب: القضاء باليمين والشاهد.

(٢) «الحاوي الكبير» ١٧/ ٧٤.

فرع:

لا يقضي بشهادة امرأتين ويمين في الأموال قطعاً كما قاله الرافعي هنا^(١)، وحكى فيه وجهاً فيما يسقط به حق الشفيع في كتاب الشفعة^(٢). ولا فيما يثبت بشهادة النساء منفردات على الأصح، لأنه لم ينضم إليها أقوى الشطرين، فلم يكن في معنى المنصوص. وبه جزم المصنف حيث قال: (وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِأَمْرَتَيْنِ وَيَمِينٍ).

قال: (وَأِنَّمَا يَخْلِفُ الْمُدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَغْدِيلِهِ) لأن جانبه إنما يتقوى حيثئذ، وإنما يحلف من قوي جانبه، وكذلك يحلف المدعى عليه، فإن الأصل يقوي جانبه.

ويحلف المدعي إذا نكل المدعى عليه، لأن النكول قوى جانبه. وجوز ابن أبي هريرة تقديم اليمين على شهادته كما يجوز تقديم شهادة المرأتين على شهادة الرجل. ولالإمام احتمال في التقديم على تعديل الشاهد، حكاه الرافعي^(٣)، وأسقطه المصنف في «الروضة». قال: (وَيَذْكُرُ فِي حَلْفِهِ صِدْقَ الشَّاهِدِ) أي: وجوباً، فيقول: والله إن شاهدي لصادق، وإني مستحق لكذا. لأن اليمين والشهادة حجتان مختلفا الجنس، فاعتبر ارتباط أحدهما بالآخر؛ فيصير كالنوع الواحد. قال الرافعي: كذا، وجهوه، وإنما ينتظم على قول من يقول باستناد القضاء إليهما.

(١) «الشرح الكبير» ٥٠/١٣.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٩٥/١١.

(٣) «المحرر» ص ٥٠١.

ولم يحكِّ الرافعي في المسألة خلافاً^(١)، وكأنه تبع الإمام، فإنه أدعى هنا الاتفاق على ذلك، وفيه خلاف حكاها الماوردي^(٢) والرويانى والإمام في مواضع آخر.

ووجه الماوردي الوجه الآخر بأن يمينه بمثابة الشاهد الآخر، وليس يلزم الشاهد أن يشهد بصدق الآخر^(٣).

قال الإمام: ولو قدم ذكر الحق وآخر تصديق الشاهد فلا بأس؛ فلم أجد أحداً يضايق فيه^(٤).

قال: (فَإِنْ تَرَكَ الْحَلْفَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ فَلَهُ ذَلِكَ) لأنه قد يكون له غرض في التورع عن اليمين، فإن حلف سقطت الدعوى.

قال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده، بخلاف ما لو أقام بعد يمين المدعى عليه بينة؛ فتسمع؛ لأن البينة قد تتعذر عليه إقامتها فيعذر، واليمين إليه بعد شهادة الشاهد الواحد؛ فلا عذر له / ٢٩٥/ في الامتناع.

قال: (فَإِنْ نَكَلَ^(٥)) أي: المدعى عليه. (فَلَهُ) أي: للمدعى (أَنْ يَخْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ فِي الْأَظْهَرِ) كما لو لم يكن له إلا شاهد، ونكل المدعى عليه، فإن للمدعى أن يحلف يمين الرد.

والثاني: لا؛ لأنه يمكنه الحلف مع الشاهد.

(١) أنظر: «الشرح الكبير» ١٣/ ١٢١.

(٢) ، (٣) «الحاوي الكبير» ١٧/ ١٢٥.

(٤) «نهاية المطلب» ١٨/ ٦٣٠.

(٥) في الأصل: تكلف، والمثبت من «المنهاج».

قال: (وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أُمَةٌ وَوَلَدَهَا فَقَالَ رَجُلٌ: هَذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي عَلِقْتُ
بهذا في ملكي وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ ثَبَتَ الْاِسْتِيلَادَ) لأن حكم المستولدة
حكم المال، فيسلم إليه، وإذا مات حكم بعثتها بإقراره.
قال: (لَا نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ فِي الْأَظْهَرِ) لأنهما لا يثبتان بهذه
الحجة، فيبقى الولد في يد صاحب اليد، قال في «المحرر»: وهذا هو
الأشبه^(١).

والثاني: يثبتان تبعاً لها، فينزع الولد منه ويكون حراً نسيباً بإقرار
المدعي، ومنهم من قطع بهذا حكاه الرافعي مستغرباً له^(٢)، وأسقطه
في «الروضة».

قال: (وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ غُلَامٌ فَقَالَ رَجُلٌ: كَانَ لِي وَأَعْتَقْتُهُ وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ
فَالْمَذْهَبُ أَنْتَزَاعُهُ وَمَصِيرُهُ حُرّاً) كذا نص عليه، فمنهم من نقل فيه قولاً
مخرجاً من المسألة قبلها، لأنها شهادة بملك متقدم، ومنهم من قطع
بما نص عليه، وفرق بأن المدعى عليه هنا يدعي ملكاً، وحجته تصلح
لإثباته والعتق يترتب عليه بخلاف الاستيلاء وجعلها في أصل
«الروضة» المذهب^(٣)، وذلك من تصرفه.

قال: (وَلَوْ أَدْعَتْ وَرَثَةٌ مَالاً لِمُورَثِهِمْ وَأَقَامُوا شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ
أَخَذَ نَصِيْبَهُ، وَلَا يُشَارِكُ فِيهِ) كذا نص عليه، ونصّ فيما لو ادّعى داراً إرثاً،
فصدق المدعى عليه أحدهما وكذب الآخر، فإن المكذب يشارك

(١) «المحرر» ص ٥٠١.

(٢) «الشرح الكبير» ٩٥/١٣.

(٣) «روضة الطالبيين» ٢٧٩/١١.

المصدق، فخرج بعضهم من الصلح هنا قولاً: أن ما أخذه الحالف يشارك فيه من لم يحلف؛ لأن الإرث يثبت على الشيوع.

وقطع الجمهور بأنه لا شركة هنا كما نصّ عليه، والفرق أن الثبوت هنا بشاهد ويمين، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل يمين غيره، وهناك الثبوت بإقرار المدعى عليه ثم يرتب عليه إقرار المصدق بأنه إرث.

قال: (وَتَبْطُلُ حَقٌّ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ بِنُكُولِهِ إِنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ) أي: حتى لو مات لم يكن لوارثه أن يحلف، قاله الإمام، وفي كتاب ابن كج ما ينازع فيه، وقد توجه بأنه حقه فله تأخير، قال الإمام: ولو أراد وارث الناكل أن يقيم شاهداً آخر ليحلف معه فليس له ذلك، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول ليحكم باليئة؟ فيه احتمالان^(١).

قال: (فَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَقْبِضُ نَصِيْبَهُ، فَإِذَا زَالَ عُذْرُهُ حَلَفَ وَأَخَذَ بِغَيْرِ [إِعَادَةٍ]^(٢) شَهَادَةٍ) أعلم أن الشافعي رحمته الله نصّ في المجنون على وقف نصيبه، واختلف الأصحاب في معناه، فقال أبو إسحاق وعامة الأصحاب: المراد: أنه يمتنع من الحكم في نصيبه، ويتوقف حتى يفيق فيحلف أو ينكل، ولا يؤخذ نصيبه كما ذكره المصنف^(٣).

وقيل: أراد أنه يؤخذ نصيبه ويوقف، وهذا أحد قولي: أن الحيلولة تثبت بالشاهد الواحد. وقد يطلق لهذا الاختلاف في المسألة وجهان، أو

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٦٣١.

(٢) سقطت من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٣) أنظر: «روضة الطالبين» ١١/٢٨٢.

قولان / ٢٩٥ب/ قاله الرافعي ، والصبيّ والغائب كالمجنون. قال الرافعي :
وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة أو لم يشعر بالحال
كالمجنون في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل^(١) ، فإن قلنا بالصحيح :
وهو أنه لا يؤخذ نصيب المعذورين ، فإذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا
نصيبهم ، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة كما ذكره المصنف ، وهذا
بخلاف ما لو كانت الدعوى لا عن جهة الإرث بأن قال : أوصى لي
ولأخي الغائب أو الصبي أبوك بكذا ، أو أشرت مع أخي الغائب منك
كذا ، وأقام شاهداً وحلف معه ، فإنه إذا قدم الغائب وبلغ الصبيّ
يحتاجان إلى تجديد الدعوى وإعادة الشهادة وإقامة شاهد آخر ،
ولا يؤخذ نصيبهما قبل ذلك ؛ لأن الدعوى في الميراث عن شخص وهو
الميت ، وكذلك يقضي دينه من المأخوذ ، وفي غير الميراث الدعوى
والحق لأشخاص ، فليس لأحد أن يدّعي ويقيم البينة من غير إذن
وولاية ، ثم ما ذكرنا في الميراث أنه لا يحتاج إلى إعادة الشهادة
مفروض فيما إذا لم يتغير حال الشاهد ، فإن تغير فوجهان :

أحدهما وبه قال القفال : لا يقدح.

والثاني : نعم ، واختاره الشيخ أبو علي.

فرع :

لو مات الغائب أو الصبيّ فلوارثه أن يحلف ويأخذ حصته.

(١) «الشرح الكبير» ٩٨/١٣.

فرع:

ذكر الشيخ أبو الفرج أن من يحلف من الورثة على دين أو عين للموِّرث يحلف على الجميع لا على حصته فقط، سواء حلف كلهم أو بعضهم، وكذا الغريم والموصى له إذا قلنا: يحلفان. وفي كلام غيره إشعار بخلافه.

فرع:

لو أقام بعض الورثة شاهدين في مسألة الكتاب، ثبت للمدّعي كله، فإذا حضر الغائب أو كمل الحاضر أخذ نصيبه، ولا حاجة إلى تجديد الدعوى.

فرع:

هل يثبت الوقف بشاهد ويمين؟ إن قلنا: الملك فيه للواقف أو للموقوف عليه؛ فنعم، وإن قلنا: لله؛ فوجهان أو قولان: أحدهما: لا كالعتق.

والثاني: نعم.

والعراقيون إلى ترجيح الأول أميل، وينسبونه إلى عامة الأصحاب لكن الثاني أقوى في المعنى، وهو المنصوص، وصححه الإمام وغيره.



فصل

قال: (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ كَرْنَا وَغَضِبَ وَإِتْلَافٍ وَوِلَادَةٍ إِلَّا بِالْإِبْصَارِ) لأنه يصل به إلى العلم من أقصى جهاته، وما أمكن فيه ذلك لم يجز أن يشهد به إذا وصل إليه بالأضعف، فلا يجوز بنا الشهادة فيها على السماع من الغير، ومن هذا القسم: الرضاع، والشرب، والاصطياد، والإحياء وكون المال من الشخص.

قال: (وَتُقْبَلُ مِنْ أَصَمٍّ) لحصول العلم له بالمشاهدة.

قال: (وَالْأَقْوَالُ كَعَقْدٍ) أي: وفسخ (يُشْتَرَطُ سَمْعُهَا وَإِبْصَارُ قَائِلِهَا) أي: ولا يكفي التسامع؛ لأن ما أمكن إدراكه بعلم الحواس لم يجز أن يعمل فيه بالظن، ولا يقبل فيها شهادة الأصم الذي لا يسمع شيئاً.

قال: (وَلَا يُقْبَلُ أَعْمَى) لانسداد طريق المعرفة عليه مع اشتباه الأصوات وإمكان التصنع فيها، فإن قيل: ينبغي إذا عرف صوت شخص وألفه أن تسمع شهادته عليه كما يحل له وطء زوجته بمثل ذلك والجواب: أن وطء ١٢٩٦/ الزوجة أخف؛ لأنه أبيع اعتماداً على اللمس إذا عرف به علامة فيها، وبخبر امرأة واحدة إذا زفتها إليه، وقالت: إنها زوجتك. ولا تجوز الشهادة بمثل ذلك. والوجه المذكور في صحة قضاء الأعمى؛ جاز هنا. وعلى الأصح فرع المصنف فقال: (إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ فِي أُذُنِهِ) بطلاق، أو عتاق، أو مال (فَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ) لحصول العلم بأنه المشهود عليه.

والثاني: لا يقبل لجواز أن يكون المقر غيره، وحسماً للباب، كما أننا لا نقبل شهادة الفاسق على الإطلاق، وإن كان قد يغلب على ظننا صدقه.

قال القاضي حسين: ومحل الخلاف فيما إذا جمعهما مكان خال، وألصق فاه بأذنه وضبطه كما سلف، فلو كان هناك جماعة وأقرّ في أذنه لم يقبل.

قال: (وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ شَهِدَ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفِي الْأَسْمِ وَالنَّسَبِ) لحصول العلم، وكذا لو عمي ويد المقرّ في يده فشهد عليه لمعروف الاسم والنسب، وإن لم يكن كذلك لم تقبل شهادته؛ لأنه لا يمكنه تعيين المشهود عليه، والإشارة إلى المشهود له.

فرع:

تقبل شهادة الأعمى أيضًا فيما يشهد فيه بالاستفاضة كالموت وغيره مما سيأتي على الأصح؛ لأن سببه السمع، فهو والبصر فيه سواء إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعيين وإشارة بأن يكون الرجل معروفًا باسمه ونسبه الأدنى، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى.

فرع:

تقبل شهادته أيضًا في الترجمة على الأصح؛ كما ذكره المصنف في أثناء كتاب القضاء، فهذا موضع ثالث. وأبدى ابن الصباغ احتمالاً في إلحاق موضع رابع؛ وهو أن يألّف شخصًا ويعرف صوته ضرورة، فينبغي أن يجوز أن يشهد عليه؛ لأنه يقين^(١).

فرع:

تقبل رواية الأعمى فيما تحمله قبل العمى قطعًا كالشهادة، وكذا فيما

(١) في هامش المخطوط: نسخة: (تعين).

تحمله بعده على الأصح إذا حصلت الثقة الظاهرة بقوله. وصحح الإمام مقابله^(١).

قال: (وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَى فِعْلَهُ، فَإِنْ عَرَفَ عَيْنَهُ وَاسْمَهُ وَنَسَبَهُ شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حُضُورِهِ إِشَارَةً، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ) لحصول التمييز بذلك، ولو كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده؛ قال الغزالي: يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك جاز^(٢).
قال الرافعي: وكان يحتمل أن يقال: هذه شهادة على مجهول، فلا يعتد بها.

قال: (فَإِنْ جَهِلَهُمَا) يعني: اسمه ونسبه (لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَ مَوْتِهِ وَغَيْبَتِهِ) لعدم العلم، فلو مات أحضر ليشاهد صورته ويشهد على عينه، فإن دفن لم يتبين وقد تعذرت الشهادة عليه؛ كما قال القاضي حسين وتابعه الغزالي، لكن أستثنى الغزالي ما إذا أشدّت الحاجة إليه، ولم يطل العهد بحيث يتغير منظره^(٣)، وهذا احتمال ذكره الإمام، ثم قال: والأظهر ما ذكره القاضي^(٤)، وإن لم يعرف اسمه ونسبه لم يكن له أن يعتمد قوله: أنه فلان بن فلان، لكن لو تحمل الشهادة وهو لا يعرفها ثم سمع من الناس أنه فلان بن فلان، واستفاض ذلك، عنده فله أن يشهد في غيبته عليهما ٢٩٦ب/ ويكون كما لو عرفهما عند التحمل، ولو قال له عدلان عند التحمل أو بعده: هو فلان بن فلان. قال الشيخ أبو حامد: له أن يعتمدها، ويشهد على اسمه ونسبه، وهذا مبني على

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٦١٦.

(٢) «الوسيط» ٧/٣٧١.

(٣) «الوسيط» ٧/٣٧١.

(٤) «نهاية المطلب» ١٨/٦١٧.

جواز الشهادة على النسب من عدلين. وفيه خلاف^(١).

قال: (وَلَا يَصِحُّ تَحْمُلُ شَهَادَةِ عَلَى مُتَقَبَّةٍ أَعْتَمَادًا عَلَى صَوْتِهَا) لأن الأصوات تتشابه، كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتمادًا على الصوت، وكذا البصير في الظلمة أو من وراء حائل صفيق، والحائل الرقيق لا يمنع في الأصح؛ لأنه لا يمنع المشاهدة.

قال: (فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا أَوْ بِاسْمٍ وَنَسَبٍ جَازَ) أي: التحمل، ولا يضر النقاب. (وَيَشْهَدُ عِنْدَ الْأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ) أي: وإن لم يعرفها فلتكشف عن وجهها، ليراها الشاهد، ويضبط حليتها، وصورتها، ليتمكن من الشهادة عليه عند الحاجة إلى الأداء، ويكشف وجهها حينئذٍ، ويجوز النظر لذلك؛ كما ذكره المصنف في كتاب النكاح.

قال: (وَلَا يَجُوزُ التَّحْمَلُ عَلَيْهَا بِتَغْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ) وهو الذي أورده أكثرهم. (وَالْعَمَلُ عَلَى خِلَافِهِ) أي: أنه يجوز التحمل عليها بذلك. قال الجويني: يكفي واحد سلوكًا به مسلك الأخبار. وبه قال جماعة من المتأخرين، منهم القاضي شريح، والرويانى، وقال الشيخ أبو حامد: إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان، جاز التحمل ويشهد على أسمها، ونسبها عند الغيبة، وهو بناء على أنه يجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين. وقال الإصطخري: إذا كان يعرف نسب امرأة، ولا يعرف عينها، فدخل دارها وفيها نسوة سواها، فقال لابنها الصغير: أيتها أمك؟ أو لجارية: أيتها سيدتك؟ فأشارت إلى امرأة، فسمع إقرارها؛ جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان أقرت بكذا. حكاه ابن كج عنه، ولم يجعل قول شاهدين على

قول الإصطخري، كإخبار الصغير والجارية، وادعى أن ذلك أشد وقعاً في القلب وأثبت.

قال الرافعي: ولك أن تقول: ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل على كشف الوجه ولا على المعرفة؛ لأن من أقرت تحت نقاب، ورفعت إلى القاضي، والمتحمل يلزمها أمكنه الشهادة على عينها. وقد يحضر قوم يكتفي بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة، إذا لم يشترط في التسامع طول المدة، فيخبرون عن أسمها ونسبها، ليتمكن من الشهادة على أسمها ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد أثنان تحملاً الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا، فأقرت فلان بكذا، وشهد عدلان أن المرأة الحاضرة يومئذ في ذلك المكان هي هذه ثبت الحق بالبينتين، كما لو قامت بينة أن فلان بن فلان الفلاني أقر بكذا، وقامت أخرى على أنه الحاضر ثبت الحق، وإذا أشتمل التحمل على هذه الفوائد فليجز مطلقاً، ثم إن لم يحصل ما يفيد جواز الشهادة على العين أو على الاسم والنسب، أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات فذاك لشيء آخر^(١). قال ابن الرفعة: هذا ظاهر، لكن مراد الأصحاب /١٢٩٧/ بأنه لا يجوز التحمل على المرأة المنتقبة، لتؤدي ما تحمله اعتماداً على معرفة صوتها، كما أشار إليه الروياني في بعض كلامه.

قال: (وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقِّ فَطَلَبِ الْمُدَّعِي التَّسْجِيلَ سَجَلَ

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٦٣.

القَاضِي بِالْحَلِيَّةِ لَا بِالِاسْمِ وَالنَّسَبِ، مَا لَمْ يَثْبُتَا أَي: ولا يكفي فيها قول المدعي ولا إقرار من قامت عليه البينة، فإن نسب الشخص لا يثبت بإقراره، فلو قامت بينة على نسبه على وجه الحسبة بني على أن شهادة الحسبة هل تقبل في النسب؟ والأصح نعم، فيثبته القاضي ويسجله.

فرع:

عن فتاوى القفال: شهدوا على امرأة باسمها، ونسبها، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها صحت شهادتهم، فإن سألهم الحاكم: هل تعرفون عينها؟ فلهم أن يسكتوا، ولهم أن يقولوا: لا يلزمنا الجواب عن هذا. قال الروياني: وأظهر الاحتمالين عدم القبول فيما إذا شهد على امرأة ولم ينكر أنه رآها سافرة عن وجهها؛ لأن الغالب ستر وجوههن بخلاف الرجال.

قال: (وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبِي أَوْ قَبِيلَةٍ) لأنه لا يدرك بطريق القطع بل بالظاهر، فلم يكلف فيه القطع كيلا يضيع. قال في «الإشراف»: وتجاوز الشهادة به، وإن لم يعرف المنسوب إليه.

قال: (وَكَذَا أُمٌّ فِي الْأَصَحِّ) كالأب، وبه قطع بعضهم. والثاني: لا؛ لإمكان رؤية الولادة.

فرع:

ذكر الشافعي، والأصحاب في صفة التسامع: أنه ينبغي أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه ينتسب إلى ذلك الرجل والقبيلة، وسمع الناس ينسبونه إليه. وهل يعتبر في ذلك التكرار، وامتداد مدة السماع؟ قال كثيرون: نعم؛ فالظن حينئذ يتأكد، وليس المدة مقدرة بسنة على

الصحيح، كذا في «أصل الروضة»^(١) والذي رأيته في الرافعي الجزم به دون حكاية خلاف^(٢). ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناسب أن لا يعارضها ما يورث تهمة وريبة، فلو كان المنسوب إليه حيًّا وأنكر لم تجز الشهادة. وإن كان مجنونًا جاز على الصحيح، كما لو كان ميتًا.

والثاني: لا؛ لأنه قد يفيق فينكر، ولو طعن بعض الناس في ذلك النسب، فهل يمنع جواز الشهادة، وجهان أصحهما: نعم؛ لاختلال الظن.

قال: (وَمَوْتُ عَلَى الْمَذْهَبِ) كالنسب؛ لأن أسباب الموت مما يكثر؛ منها ما يخفى، ومنها ما يظهر، وقد يعجز^(٣) الاطلاع عليها، فجاز أن يعتمد على الاستفاضة؛ ولأنه يقع في الأفواه، وينتشر كالموت، وهذه هي الصحيحة، وهي القطع بالجواز.

والثانية: أنه على الخلاف في الولاء وما في معناه؛ لأنه يمكن فيه المعاينة، قاله القاضي حسين.

قال: (لَا عِتْقٌ وَوَلَاءٌ وَوَقْفٌ وَنِكَاحٌ وَمِلْكٌ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن أسبابها غير متعذرة، ومشاهدتها متيسرة هذا تعليل غير الملك، وأما الملك فبالقياس على أسبابه، وهذا ما أفتى به القفال في غير الملك. وصححه الإمام^(٤) والعبادي والرويانى، وقالوا: يستحب تجديد كتب الوقف، إذا خيف أنقراض الأصول. قال في «العدة»: هذا ظاهر

(١) «روضة الطالبين» ٢٦٧/١١. (٢) «الشرح الكبير» ٧٢/١٣.

(٣) مطموسة في الأصل، ولعلها كذلك.

(٤) «نهاية المطلب» ٦٠٨/١٨.

/٢٩٧ب/ المذهب. وقال الرافعي في مسألة الملك: هو ما حكي عن نصه في حرملة، واختاره القاضي حسين والإمام والغزالي، وهو الجواب في الرقم^(١)، وإلى ذلك أشار في «المحرر» بقوله: وجهان، رجح منها المنع^(٢).

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ وَالْأَكْثَرِينَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوَازُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لأن هذه أمور مؤبدة، وإذا طالت مدتها عسر إقامة البينة على أبتدائها؛ فتمس الحاجة إلى إثباتها بالتسامع؛ ولأنها شهادة على الحاصل بالعقد فأشبهت الشهادة على الملك المطلق، هذا تعليل غير الملك، وأما الملك فقاسه الرافعي على النسب والموت؛ وهذا لأن أسباب الملك كثيرة، ومنها ما يخفى، ويعسر الوقوف عليه^(٣).

قال الرافعي في الملك: وهذا أقرب إلى إطلاق الأكثرين^(٤)، وأما الماوردي فنسبه إلى الأكثرين، وقال -أعني: الرافعي- في الباقي: هذا ما قال به ابن القاص، وابن أبي هريرة، والطبري، ورجحه ابن الصباغ، وقال صاحب «العدة»: إن عليه الفتوى للحاجة، وبه أجاب ابن كج في الولاء، وقال في «الروضة»: فيما عدا الملك الجواز أقوى وأصح وهو المختار^(٥)، وتبع في الملك قول الرافعي: أنه أقرب إلى إطلاق الأكثرين^(٦).

قال الرافعي: واعلم أن جواز الإشهاد بالملك بالاستفاضة^(٧) مشهور

(١) «الشرح الكبير» ٧٢/١٣. (٢) «المحرر» (ص ٤٩٩).

(٣) «الشرح الكبير» ٧٢/١٣. (٤) «الشرح الكبير» ٧٢/١٣.

(٥) «روضة الطالبين» ٢٦٨/١١. (٦) «روضة الطالبين» ٢٦٩/١١.

(٧) «الشرح الكبير» ٧٢/١٣ قال فيه «واعلم أن جواز الشهادة على الأملك بالتسامع»

في المذهب، فلعل من لا يكتفي به، يكتفي بانضمام أحد الأمرين من اليد أو التصرف إليه، أو يعتبرهما جميعاً، لكن لا يعتبر طول المدة فيهما أيضاً إلى الاستفاضة، وإلا فهما كافيان إذا طالت المدة على الأصح، فلا يبقى للتسامع أثر. ويشترط في جواز الشهادة على التسامع، أو على اليد والتصرف؛ أن لا يعرف منازعاً له، فإن الظن حينئذ يتأكد. وحكى ابن كج وجهين في منازعة من لا حجة له: هل يمنع من الشهادة؟

وفي أصل المسألة قول ضعيف، أنه لا تجوز الشهادة على الملك، حتى يعرف سبب الملك.

تنبيه:

محل الخلاف؛ هو فيما إذا أستفاض أن هذا عتيق فلان لا أنه أعتقه، وأن لزيد الولاء على عمرو، وأن هذا وقف على فلان أو جهة عامة، كما قال الصيدلاني وغيره، لا أن هذا إنشاء الوقف، وأن هذه زوجة فلان لا بعقد النكاح بينهما، وأن هذا ملك زيد من غير إضافة إلى سبب، فإن أستفاض سبب الملك لم يحمل عليه. قال ابن الصباغ وغيره: إلا أن يكون السبب الميراث فيجوز، وعن الجويني: أن محله في الوقف على جهة عامة كالفقراء، فإن كان على معين لم يشهد فيه بالاستفاضة قطعاً، وضعفه الإمام؛ بأن الخلاف يسري في النكاح مع اختصاصه بمعين^(١).

وليس بالاستفاضة وهما بمعنى.

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٦١٦.

قال: (وَشَرَطُ التَّسَامُعِ سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنْ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الكَذِبِ) أي: ويقع العلم أو الظن القوي بخبرهم، ولا يكفي قول عدلين. نعم لو أشهداه شهد على شهادتهما، وهذا هو الأشبه بكلام الشافعي. قال الرافعي: واختاره الماوردي وابن الصَّبَاغ^(١).

قلت: عبارة الماوردي في حكايته: الصحيح أن الاعتبار في ذلك /٢٩٨/ بالعدد المقطوع بصحته بصدق مخبره، وهو عدد التواتر المنتفي عن المواطأة والغلط^(٢). وقال ابن يونس: كلام ابن الصَّبَاغ يفهم أنه إذا كثرت الأخبار بحيث يقع في قلبه صدقهم، وإن لم يبلغوا عدد التواتر أنه يكفي. قال الرافعي: وعلى هذا الوجه ينبغي أن لا تعتبر العدالة ولا الحرية ولا الذكورة^(٣).

(وَقِيلَ: يَكْفِي مِنْ عَدْلَيْنِ) كما يجوز للحاكم الحكم بشهادتهما، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وأبو حاتم القزويني، وإليه ميل الإمام. وفي المسألة وجه ثالث؛ أنه يكفي خبر واحد إذا سكن القلب إليه. ولا يعتبر عدد الشهادة كما لا يعتبر لفظها. وعند أبي حنيفة أنه تجوز الشهادة على الموت بقول عدل واحد.

تنبيه:

لا يشترط عند الشهادة التصريح بالاستفاضة.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٦٩.

(٢) «الحاوي الكبير» ١٧/٣٥.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣/٧٠.

فرع:

هل يحتاج إلى أن يرى الزوج داخلاً إليها وخارجاً؟ فيه وجهان؛
كالتصرف في الملك مع تظاهر الخبر، حكاه الماوردي^(١)، قال في
«المرشد»: بل تطلق الشهادة بأنه أبنه، أو ملكه، كما يشهد فيما
يشاهده، فلو قال: أشهد بالاستفاضة أن هذه الدار ملك زيد، قال ابن
أبي الدم: لم يقبل على الأصح. قال: وكذا لو قال: هي ملكه. لأنني
رأيت يتصرف فيها مدة طويلة بغير منازع مع شيوع ملكيته بين الناس لا
يسمع. قال في «الإشراف»: ولا يشهد على الوقف بالتصرف، بل يشهد
أنه وقف مؤبد، ثم الأمر بعد ذلك إلى القاضي يصرف غلة الموقوف
إلى من يؤدي إليه أجهاده.

فرع:

الدين لا يثبت بالاستفاضة على الأصح.

فرع:

الشهادة بالاعتبار، قال الإمام: يتحملها بالاستفاضة؛ لأنه لا مطلع
عليه.

فرع:

في «الإشراف» عن الشاشي؛ أنه يسمع في العدالة الشهادة بالشيوع
من جماعة، وأقره وصححه؛ ابن الصلاح.
قال: (وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مَلِكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ) لأن اليد لا تستلزم

(١) «الحاوي الكبير» ٣٩/١٧.

الملك، وفيه قول بعيد: أنه يجوز أن يشهد له باليد إذا رآه في يده مدة طويلة. والتصرف المجرد لا يفيد جواز الشهادة على الملك أيضًا، فلو اجتمع اليد والتصرف فقد ذكره المصنف حيث قال: (وَلَا بَيِّدٌ، وَتَصَرُّفٌ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ، وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي الْأَصَحِّ) لأن امتداد اليد والتصرف من غير منازعة منازع يغلب ظن الملك، وهذا ما اختاره الجمهور، وقطع به الجويني.

والثاني: المنع؛ لأن الغاصب، والمستأجر، والوكيل أصحاب يد وتصرف، فإن أنضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة ونسبة الناس الملك إليه جازت الشهادة بالملك على الوجهين، وهو [على ما] ^(١) بني عليه هذه الشهادة.

فرع:

رأى صغيراً في يد إنسان يأمره وينهاه ويستخدمه، هل له أن يشهد له بالملك؟ قال أبو علي الطبري: فيه وجهان. وقال غيره: إن سمعه يقول: هو عبدي. أو سمع الناس يقولون: هو عبده شهد له بالملك، وإلا فلا. قال في «الروضة» في كتاب اللقيط ٢٩٨/ب/ وهذا أصح ^(٢).

فائدة:

طول المدة وقصرها يرجع فيه إلى العرف والعادة على أصح الأوجه، وكان المعتبر مدة يحصل فيها غلبة الظن. وثانيها: الطويلة سنة، وثالثها:

(١) مطموسة في الأصل، ولعلها كما أثبتناه.

(٢) «روضة الطالبين» ٤٤٤/٥.

شهران. ورابعها: فوقهما. وخامسها: ستة أشهر. وسادسها: عشرة أيام. وسابعها: ما زاد على ثلاثة أيام حكاية في «الكفاية».

فرع:

هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين؟ فيه وجهان، حكاهما ابن كج.

قال الرافعي: يشبه أن يكونا على قولنا: بعدم اشتراط عدد يؤمن معه التواطؤ انتهى^(١). وقد شرطه الإمام، وابن الصباغ على هذا القول.

فرع:

ذكر ابن كج؛ أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة. قال الرافعي: وقد تنازع فيه لإمكان مشاهدة اليد^(٢).

قال: (وَشَرْطُهُ) يعني: التصرف المعتبر في هذا الباب. (تَصَرُّفُ مُلَّاكِ مَنْ سَكَنِي وَهَذِمَ وَبَنَاءٍ وَبَيْعٍ) أي: وفسخ كما في «المحرر»: (وَرَهْنٍ) لأن هذه الأمور ظاهرة في إثبات الملك، وفي مجرد الإجارة وجهان؛ لأنها وإن تكررت فقد يصدر ممن أستاذجر مدة طويلة ومن الموصى له عليه بالمنفعة. قال الرافعي: وليجر هذا الخلاف في الرهن؛ لأنه قد يصدر من مستعير، والأوفق لإطلاق الأصحاب الاكتفاء بهما، واعتماد أن الغالب صدور هذه التصرفات من المالكين، ولا يكفي التصرف مرة واحدة؛ لأنه لا يفيد الظن^(٣).

قال: (وَتُبْنَى شَهَادَةُ الإِعْسَارِ عَلَى قَرَائِنَ وَمَحَائِلِ الضَّرِّ وَالْإِضَافَةِ) أي:

(١) ، (٢) «الشرح الكبير» ٧٣/١٣.

(٣) «الشرح الكبير» ٧٣/١٣. ونصه «فإنه لا يُثِيرُ الظن».

بأن يراقب في وقت خلواته؛ لأنه مما لا يشاهد، ويعسر الإطلاع عليه. وشرط شاهده خبرة باطنه، كما ذكره المصنف في بابه كالشهادة على أن لا وارث لفلان إلا فلان، بخلاف الشهادة على الملك؛ لأن الأسباب المفيدة للظن هنا خفية، يختص بها من يخالط الرجل ويجالسه، وأسباب الملك ظاهرة، ولا يختص بها المخالطون.



(فَصْلٌ)

قال: (تَحْمُلُ الشَّهَادَةُ فَرَضُ كِفَايَةِ فِي النِّكَاحِ) لتوقف الانعقاد عليه، فلو أمتنع الكل عنه أثموا، ولو طلب من اثنين وهناك غيرهما لن يتعينا بخلاف ما إذا تحمل جماعة، وطلب من اثنين منهما الأداء لما سيأتي. قال: (وَكَذَا الْإِقْرَارُ، وَالتَّصَرُّفُ الْمَالِي، وَكِتَابَةُ الصَّكِّ فِي الْأَصَحِّ) للحاجة إليها، وهذا هو الأشهر. والثاني: المنع؛ لأن الصحة واستيفاء المقاصد لا تتوقف عليه، وعن ابن القطان تخصيص الخلاف في الإقرار والتصرف المالي بما إذا لم يتقايسا لتأجيل أو غيره، فأما بعد التقايض فلا يجب التحمل بحال، ومنهم من يقتضي إirاده طرد الخلاف في النكاح وليس بشيء.

تنبيهان:

أحدهما: إذا قلنا بالافتراض^(١) في الإقرار والتصرف المالي فذاك إذا حضره المتحمل له، أما إذا دعي للتحمل فقليل: تجب الإجابة أيضًا، كما إذا دعي للأداء، والأصح أنه لا تجب إلا أن يكون المتحمل معذورًا بمرض أو حبس، أو كانت امرأة مخدرة إذا أثبتنا للتخدير أثرًا، وكذا لو دعاه القاضي يشهد على أمر ثبت عنده لزمه الإجابة، لئلا يحتاج القاضي إلى التردد إلى أبواب الشهود، فتبطل مصالح الناس.

الثاني: كاتب الصك / ٢٩٩/ إذا قلنا بفرضية كتابته، أو استحبابه، له طلب الأجرة إن لم يتعين لها شخص، وكذا إن تعين على الأصح، وهذا

(١) في هامش المخطوط: (بالافتراض).

إذا لم يكن له رزق في بيت المال، فإن رزق لذلك فلا أجرة. ثم تنبيه لأمر ثالث؛ وهو أن تصريحه بقوة الخلاف في مسألة الإقرار والتصرف المالي مخالف لما صرَّح به في «الروضة» من ضعفه.

فائدة:

الأصح أخذ الأجرة على التحمل دون الأداء سواء تعينا أم لا. نعم له أجرة المركوب، وإن لم يركب. كما جزم به في «الحاوي الصغير».

قال: (وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلَّا اثْنَانِ) أي: بأن لم يتحمل سواهما أو مات الباقيون، أو جُنُوا، أو فسقوا، أو غابوا (لَزِمَهُمَا الْأَدَاءُ) لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] في التحمل، أي: للتحمل والأداء؛ كما قاله الحسن البصري، أو للأداء؛ كما قاله مجاهد وغيره، أو للتحمل؛ كما قاله ابن عباس وغيره، وعلى هذا دليل وجوب الأداء قوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فنهى عن كتمانها، فدل على وجوب إظهارها.

قال الماوردي: والفرض في الأداء أغلظ منه في التحمل.

قال: (فَلَوْ أَدَّى وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ وَقَالَ أَحْلَفَ مَعَهُ، عَصَى) لأن مقاصد الإشهاد التورع عن اليمين. قال الإمام: وكذا الشاهدان على رد الوديعة إذا أمتنعا، وقال للمودع: أحلف على رد الوديعة^(١).

قال: (وَإِنْ كَانَ) أي: في الواقعة (شُهُودٌ، فَلَا دَاءَ فَرَضُ كِفَايَةٍ) لأن الغرض يحصل بالبعض فأشبه رد السلام والجهاد، فإذا فعله اثنان منهم

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٦٢٤.

سقط الفرض عن الباقيين. قال: (فَلَوْ طَلَبَ مِنْ اثْنَيْنِ لَزِمَهُمَا فِي الْأَصَحِّ) وإلا لأفضى إلى التواكل بخلاف التحمل؛ لأن هناك يطلب منه تحمل أمانة، وهنا يطلب منه أداء أمانة تحملها.

والثاني: لا، كالتحمل، وقد عرفت الفارق. وحكى ابن القاص الخلاف قولين، ولعله أراد قولين مخرجين. قال الإمام: وموضع الخلاف ما إذا علم المدعون أن في الشهود من يرغب في الأداء، ولم يعلموا من حالهم رغبة ولا إباء، أما إذا علموا إباءهم، فليس ذلك موضع الخلاف^(١).

قال: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِنْ كَانَ فِيمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَإِلَّا فَلَا) لأن المقصود لا يحصل إلا به، وحكى ابن كج وجهًا أنه يجب؛ لأنه ينتفع به في أندفاع تهمة الكذب.

قال: (وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُ الْأَدَاءُ إِلَّا مَنْ تَحَمَّلَ قَصْدًا لَا اتِّفَاقًا) لأنه لم يوجد منه التزام، وإذا تحمل قصدًا كان ملتزمًا، فجعل كضمان الأموال، والأصح وهو الأولى في «المحرر» أن التحمل اتفاقًا كالتحمل قصدًا في وجوب الأداء^(٢)؛ لأنها أمانة حصلت عنده، فعليه الخروج عنها، وهذا كما أن الأمانات المالية تارة تحصل عنده بقبول الوديعة وتارة بتطير الرياح.

قال: (وَلَوْ جُوبِ الْأَدَاءُ شُرُوطٌ: أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى) أي:

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٦٢٣.

(٢) «المحرر» (ص ٥٠٠).

وهي التي يرجع منها مبكرٌ ليلاً كما تقدم بالحاجة إلى الإثبات /٢٩٩ب/ وتعذر الإثبات بالشهادة على الشهادة ولو كان القاضي في البلد فأولى بالوجوب.

قال: (وَقِيلَ: دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ) أعلم أنه إذا دعي من مسافة القصر لم تجب الإجابة جزماً كما أفهمه كلامه، وإن دعي من دونها وفوق مسافة العدوى فوجهان؛ كما حكاها المصنف بناء على أن الشهادة على الشهادة في مثلها، هل تقبل؟ والأصح: نعم، وعدم وجوب الإجابة للمشقة، وهذا كله تفرع على الصحيح، وهو أن الشاهد يلزمه الحضور إلى القاضي لأداء الشهادة، وعن القاضي أبي حامد: أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إن اجتمع هو والقاضي.

قال: (وَأَنْ يَكُونَ عَدْلًا فَإِنْ دُعِيَ ذُو فَسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ) أي: إما ظاهر، وإما خفي. (قِيلَ: أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ لَمْ يَجِبْ) أما في المجمع عليه فظاهر، بل يحرم عليه أن يشهد فضلاً عن الوجوب، وأما في المختلف فيه، كشرب النبيذ فإن الظاهر استمراره على اجتهاده، والأصح الوجوب فيه، وإن عهد من القاضي التفسيق وردَّ الشهادة به؛ لأنه قد يتغير اجتهاده. وفي كتاب ابن كج: إطلاق القول بأن عليه أن يشهد إن كان فسقه خفياً، وإطلاق وجهين فيما إذا كان ظاهراً، وحكى وجهين في أنه هل للشاهد أن يشهد بما يعلم أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتده الشاهد، كالبيع الذي يرتب عليه شفعة الجوار والشاهد لا يعتدها؟

فرع:

لو كان أحد الشاهدين عدلاً والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً عليه، لم يلزم

العدل الأداء تفريعاً على الصحيح، إن كان الحق لا يثبت بشاهد ويمين.
قال: (وَأَلَّا يَكُونَ مَعْذُورًا بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ
أَوْ بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا) دفعاً للمشقة عنه، والمرأة المخدرة كالمريض
وغيرها يلزمه الحضور والأداء، وعلى الزوج إذنها فيه.

فرع:

لو كان القاضي جائراً متعنّناً في قبول الشهادة، فأرجح الوجهين في
«الروضة» وجوب الإجابة، ووجه مقابله؛ أنه لا يأمن أن ترد شهادته جوراً
وتعنّناً فيغير^(١).

فرع:

إذا اجتمعت شروط الوجوب لم يرهق الشاهد، بل إن كان في صلاة،
أو حمام، أو على الطعام، فله التأخير حتى يفرغ، ولا يمهل ثلاثة أيام
على المشهور.

فرع:

قال ابن كج: لو شهد وردّ القاضي شهادته بعلّة الفسق، ثم طلب
المدعي أن يشهد له عند قاضٍ آخر لزمه الإجابة، ولا يلزمه عند ذلك
القاضي على الصحيح.

فرع:

لو دعي إلى أداء الشهادة عند أمير، أو وزير، قال ابن القطان: لا
تلزمه الإجابة، وإنما تلزمه عند من له أهلية سماع البينة وهو القاضي.
قال ابن كج: /٣٠٠/ وعندني يلزمه إذا علم أنه يصل به إلى الحق.

(١) «روضة الطالبين» ١١/٢٧٣.

قال في «الروضة» هنا: وقول ابن كج أصح^(١)، وجزم به في باب القضاء على الغائب في الطرف الثالث في آخر قوله (فرع) إذا حكم القاضي بحق وساقه أن منصب سماع البينة يختص بالقضاة، والرافعي نقله عن «الوسيط» خاصة.

فرع:

إذا أمتنع الشاهد من أداء الشهادة بعد وجوبه حياءً من المشهود عليه، قال القاضي حسين: عصي. ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتى يتوب، ويوافق هذا ما قيل: إن المدعي لو قال للقاضي: لي عند فلان شهادة، وهو ممتنع من أدائها، فأحضره ليشهد لم يجبه القاضي؛ لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفع بشهادته. قال في «الروضة»: وينبغي أن يحمل على ما إذا قال: هو ممتنع بغير عذر^(٢).

فرع:

يشترط في صحة الشهادة أن يأتي الشاهد بلفظ (أشهد) عند الأداء، فلو قال: أعلم أو أتحقق أو نحوهما لم يكف على الأصح تعبدًا.

فرع:

يجب أن يؤدي كل شاهد ما يشهد به مصرحًا، فلو شهد واحد شهادة صحيحة، فقال الآخر: أشهد بما شهد به لم يكف، قاله الماوردي، ووجهه بأنه موضع أداء وليس موضع حكاية. قال ابن الرفعة: وبذلك يظهر لك أنه لا فرق عنده بين أن يقول: بمثل ذلك أشهد، أو بذلك

(١) ، (٢) «روضة الطالبين» ٢٧٤/١١.

أشهد، وإن كان العمل في وقتنا على الثاني.

فروع في آداب التحمل والأداء منقولاً من «مختصر الصيمري»^(١):

ينبغي للشاهد أن لا يتحمل، وبه ما يمنعه من الضبط، وتمام الفهم، كجوع، أو عطش وهم، وغضب، كما لا يقضي في هذه الأحوال.

وإذا قرأ الكتاب على المتبايعين مثلاً فقال: عرفتكما ما فيه أشهد عليكم بما فيه، فقالا: نعم، أو بلى، أو أجل، كفى للتحمل. وإذا سمع إقراراً بدين، أو عتق، أو طلاق فله أن يشهد، ولكن لا يقول ولا يكتب: أشهدني بذلك، وإذا أشهده القاضي على شيء قد سجل به كتب الشهادة على إنفاذ القاضي ما فيه أو حكمه بما فيه، ولا يكتب الشهادة على إقراره، يعني: إذا حضر الإنشاء والأولى في كتابة الدين المؤجل أن يقرر صاحب الدين أولاً، بأن يقول: ما الذي لك على هذا؟ فإذا قال: كذا مؤجلاً، قرر المدين؛ لأنه لو أقر المدين أولاً قد ينكر صاحبه الأجل. وفي السلم يقرر المسلم أولاً؛ خوفاً من أن ينكره المسلم لو أقر أولاً، ويطالبه بالمدفوع إليه. وإذا أتى القاضي شاهد لأداء الشهادة، أقعده عن يمينه، وإن كانت شهادة مثبتة في كتاب أخذه وتأمله، فإذا سأل المشهود له استأذن القاضي ليصغي إليه، فلو شهد قبل سؤال القاضي واستأذنه صحت على الصحيح، لكن لو شهد قبل استأذنه، فقال القاضي: كنت ذاهلاً لم أسمع لم يعتد بها.



(١) الصيمري: عبد الواحد بن الحسين بن محمد، فقيه أصولي شافعي، توفي سنة ٣٨٦هـ، انظر: «كشف الظنون»، «هدية العارفين» ١/ ٦٣٣.

(فَصْلٌ)

قال: (تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ) أي: كالأموال والأنكحة، والبيع، وسائر العقود، والفسوخ، والطلاق، والرضاع، والولادة / ٣٠٠ب/ وعيوب النساء سواء حق الأدمي، وحق الله تعالى كالزكاة ووقف المساجد، والجهات العامة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]؛ ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإن شهود الواقعة قد يغيبون، أو يموتون؛ ولأن الشهادة حق آدمي لازم، فيثبت بالشهادة كما يثبت بالإقرار.

قال: (وَفِي عُقُوبَةٍ لِأَدَمِيِّ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: كالقصاص، وحد القذف لا في حد الله تعالى؛ لأن حق الأدمي مبني على المضايقة والتشديد؛ لاحتياجهم، وحق الباري مبني على المساهلة؛ لاستغنائه. وخالف مالك في حد الله، والرافعي أحال المسألة على القضاء على الغائب بذلك، فقال: حكمها ما بينا في كتاب القاضي إلى القاضي، والأصح المنع في حد الله دون حق الأدمي^(١)، وحكى هناك قولين في حق الله، وقال في حق الأدمي: أن الصحيح المنصوص الجواز، ثم قال: وقد برئت، فيقال: إن جوزنا في حق الله ففي حق الأدمي أولى، وإن منعنا هناك فهنا قولان، وإذا أخذت مطلق العقوبة، قلت: في القضاء على الغائب ثلاثة أقوال على الصحيح، ثالثها: الفرق، وهذا ما قدمته أنا هناك، وكذا أقتصر عليه في «الروضة» هناك، وعبر هنا بالمذهب كما في الكتاب.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/ ١١٠.

فرع:

الإحصان كالحد. قاله ابن القاص.

فرع:

لو شهد اثنان على شهادة آخرين: أن الحاكم حد فلاناً قبلت قطعاً، ذكره ابن الصباغ؛ لأنه حق آدمي؛ فإنه إسقاط حدّ عنه. قال: (وَتَحْمِلُهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ) يعني: الأصل، فأشار بذلك إلى أن شرط التحمل أن يعرف عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت، ولمعرفته أسباب:

أحدها: أن يسترعيه الأصل (فَيَقُولُ: أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا، وَأَشْهَدُكَ أَوْ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي) أي: وكذا إذا استشهدت على شهادتي، فقد أذنت لك في أن تشهد، أما إذا سمع إنساناً يقول: لفلان على فلان كذا، أو أشهد أن لفلان على فلان كذا، لا على صورة أداء الشهادة، فلا يجوز أن يشهد على شهادته، كما ذكره المصنف بعد؛ لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك على عدة ونحوها، وكذا لو قال: عندي شهادة بكذا، كما ذكره أيضاً بعد، فلو قال: عندي شهادة محرومة، وما أشبه، هذا فالأصح المنع أيضاً. ويشترط تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلم، أو أخبر، أو أستيقن، لم يكف، كما لو أتى الشاهد عند إقامة البينة بهذه الألفاظ.

قال الإمام: وأبعد بعض الأصحاب فأقام اللفظ الذي لا يتردد فيه مقام الشهادة^(١). ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على

(١) «نهاية المطلب» ٤٠/١٩.

شهادتي، وعن شهادتي^(١)، لكنه أتم بقوله: على شهادتي^(٢) يحمل، وقوله: وعن شهادتي^(٣) إذن في الأداء، كأنه قال: أدّها عني ولاذنه أثر؛ ولهذا لو قال بعد التحمل: لا تؤد عني أمتنع الأداء، وقيل: يشترط ذلك في الاسترعاء / ٣٠١/ حكاه ابن الصباغ، وإذا حصل الاسترعاء لم يختص التحمل ممن أسترعاه.

فائدة:

الاسترعاء: أستفعال من رعى الشيء حفظته، تقول: أسترعته الشيء فرعاه، أي: أستحفظته الشيء فحفظه، فشاهد الأصل يسترعي شاهد الفرع، أي: يستحفظ شهادته، ويأذن له أن يشهد عليه. قال: (أَوْ يَسْمَعُهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ) هذا هو السبب الثاني، وهو أن يسمعه يشهد عند القاضي: أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يسترعه؛ لأنه لا يتصدى لإقامة الشهادة عند القاضي إلا بعد تحقق الوجوب، وللقاضي أيضًا أن يشهد على شهادته عند قاض آخر، والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي سواء جوزنا التحكيم أم لا.

وقال الإصطخري: إنما يجوز إذا جوزناه والصحيح الأول؛ لأنه لم يشهد عند المحكم إلا وهو جازم بثبوت المشهود به.

قال: (أَوْ يَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا عَنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ) قرض، هذا هو السبب الثالث وهو أن يبين سبب الوجوب، فيقول: أشهد

(١)، (٢)، (٣) في المخطوط: (شاهدتي)، والمثبت هو الصواب.

أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع، أو أرش جناية، فتجوز الشهادة على شهادته، وإن لم يشهد عند القاضي، ولم يوجد منه أسترعاء؛ لأن الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل، لهذا ما يوجد لعامة الأصحاب.

قال: (وفي هذا وجه) أي: إن الاستناد إلى السبب لا يكفي للتحمل، حكاه الإمام ورأى أنه أظهر^(١)، وفي وجه: أن الشهادة عند القاضي لا تكفي أيضًا، بل يشترط الاسترعاء.

فرع:

ذكر ابن القاص سببًا آخر، وهو ما إذا سمع الشاهد تحمل شاهدًا يصح تحمله على شهادته مسترعيًا، قال: فيجوز للسامع التحمل؛ لأن القصد معرفة عدم التساهل.

قال: (ولا يكفي سماع قوله لفلان على فلان كذا، أو أشهد بكذا، أو عندي شهادة بكذا) لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك على عدة ونحوها كما سلف.

فرع:

إذا قال: لفلان علي ألف، فالأصح أنه كافٍ للتحمل، بخلاف الشهادة على الشهادة؛ لأن الشهادة يعتبر فيها ما لا يعتبر في الإقرار، ولهذا يقبل إقرار الفاسق والمجهول والمغفل دون شهادتهم.

قال: (وليُبين الفرع عند الأداء جهة التحمل) أي: فإن أسترعاه

(١) «نهاية المطلب» ٣٩/١٩.

الأصل، قال: أشهد أن فلانًا شهد أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يسترعه بين أنه شهد عند القاضي، أو أنه أسند المشهود به إلى سبيه.

قال الإمام: وذلك؛ لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل^(١).

قال: (فَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ) أي: جهة التحمل. (وَوَثَّقَ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ فَلَا بَأْسَ) لانتفاء المحذور. نعم يستحب للقاضي أن يسأله: بأي سبب ثبت هذا المال ٣٠١/ب، هل أخبرك به الأصل؟

قال: (وَلَا يَصِحُّ التَّحْمُلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ) أي: كفاسق وكافر وعبد وصبي وعدو؛ لأنهم غير مقبولي الشهادة. (وَلَا تَحْمِلُ النُّسُوءُ) أي: وإن كانت الأصول أو بعضهم نساء، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع أو مال؛ لأن شهادة الفرع تثبت بشهادة الأصل لا ما شهد به الأصل، ونفس الشهادة ليست بمال ولا يطلع عليها الرجال، وحكى ابن كجب وجهًا في الولادة، وحكاه الروياني مطلقًا وهو شاذ.

واعلم أن هذه الزيادة لم يصرح بها الرافعي في «المحرر» هنا. قال في «الدقائق»: وليست زيادة محضة، فإنه يفهم من قول «المحرر» قبل هذا أن ما ليس المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال غالبًا لا يثبت إلا برجلين. قال: (فَإِنْ مَاتَ الْأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرَضَ لَمْ يَمْنَعْ شَهَادَةُ الْفَرْعِ) لأن ذلك ليس نقصًا.

(١) «نهاية المطلب» ٤٠/١٩.

قال: (وَإِنْ حَدَّثَ رِدَّةً أَوْ فِسْقًا) أي: وكذا (أَوْ عَدَاوَةً) كما في «المحرر»^(١). (مَنْعَتْ) لأن هذه الأحوال لا تهجم دفعة واحدة، بل الفسق يورث الريبة فيما تقدم، والردة تشعر بخبث في العقيدة سابق، والعداوة لضغائن كانت مستكنة، وليس لمدة الريبة من قبل ضبط، فيعطف إلى حالة التحمل.

فرع:

لو زالت هذه الأحوال، فهل يشهد الفرع على التحمل الأول أم يشترط تحمل جديد؟ فيه وجهان، أحدهما الثاني.

فرع:

لو حدثت هذه الأمور بعد الشهادة قبل القضاء أمتنع القضاء، كما لو شهد الأصل وفسق قبل القضاء.

قال: (وَجُنُونُهُ) يعني: الأصل (كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنه لا يوقع ريبة فيما مضى، والثاني: يمتنع كالفسق، ويجري الخلاف فيما لو عمي، وأولى بأن لا يؤثر؛ لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية.

فرع:

لو أغمي عليه، قال الإمام: إن كان غائبًا لم يؤثر، وإن كان حاضرًا لم يشهد الفرع بل ينتظر زواله^(٢)؛ لأنه قريب الزوال. قال الرافعي: ومقتضى هذا أن يكون الجواز كذلك في كل مرض متوقع الزوال، كتوقع زوال الإغماء^(٣). قال في «الروضة»: الصواب أن المرض لا

(١) «المحرر» ص ٥٠٢.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٠/١٩. (٣) «الشرح الكبير» ١١٦/١٣.

يلحق بالإغماء، وإن توقع زواله قريباً؛ لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه^(١).

فرع:

لا أثر لحدوث شيء من هذه الأمور بعد القضاء، وكذا لو شهد الفرع في غيبة الأصل ثم حضر بعد القضاء لم يؤثر، وإن حضر قبله أمتنع لحصول القدرة على الأصل، وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء؛ فإنه يمتنع القضاء وبعده لا يؤثر، ولو قضى القاضي بالفرع ثم قامت بينة أن الأصل كذب الفرع قبل القضاء، فقضاؤه منقوض، ذكره الإمام^(٢).

قال: (وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ) كما في «المحرر»^(٣) (فَأَدَّى وَهُوَ كَامِلٌ قُبِلَتْ) كما في الأصل إذا تحمل وأدى في حال الكمال. قال: (وَيَكْفِي شَهَادَةُ اثْنَيْنِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ) لأنها شهادة على شخصين، فجاز أن يجمعا عليهما في حقين، كما لو شهدا على مقرنين. قال: (وَفِي قَوْلٍ: يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوْ أَمْرَأَةٍ اثْنَانِ) لأنهما إذا شهدا على شهادة أحد الأصلين كانا كشاهد واحد قام بها شهادة أحد الشطرين، فلا يقوم بها الشطر الثاني كما لو شهد مرة على شيء لا يشهد مرة أخرى ٣٠٢/، وكما لو شهد أصالة ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل، وهذا القول صححه البغوي^(٤) والسرخسي، وربما سموه الجديد، والأول القديم، ووقع في «كفاية أبن الرفعة»: أن

(١) «روضة الطالبين» ١١/٢٩٢. (٢) «نهاية المطلب» ١٩/٤٥.

(٣) «المحرر» (ص ٥٠٢). (٤) «التهذيب» ٨/٢٩٣.

النوي صحح هذا ولم أره في شيء من كتبه، وإنما صحح الأول. وبنى الماوردي الخلاف على قولين في أن الحق هل يثبت بشهود الأصل ويتحملة عنهم شهود الفرع، أم بشهود الفرع وهم يتحملون الشهادة عن شهود الأصل^(١)؟ فالأول مبني على الأول والثاني على الثاني.

وقيل: عكسه؛ الأول على الثاني، والثاني على الأول، حكاها الماوردي عن الشيخ أبي حامد^(٢). وإذا قلنا بما نقله ابن كج في الولادة، فهل تكفي شهادة أربع على شهادة أربع أم يشترط ستة عشر ليشهد كل أربع على واحد؟ وجهان.

وحكى ابن أبي الدم عن «السلسلة» للجويني قولاً قديماً: أنها تثبت بشهادة فرع واحد كالخبر، قال: ولم أره لغيره حكايته على بعده. واعلم أن الرافعي في «المحرر» حكى الخلاف وجهين، وقال: أرجحهما الاكتفاء باثنين^(٣)، والصواب ما في الكتاب من حكايته قولين.

قال: (وَشَرَطُ قَبُولِهَا) يعني: قبول شهادة الفرع على الأصل (تَعَذُّرٌ أَوْ تَعَسُّرُ الْأَصِيلِ بِمَوْتِ أَوْ عَمَى، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورَهُ) أي: لا مطلق المرض، وهذا هو الصحيح. وقيل: تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل كالرواية، لكن الفرق أن باب الرواية واسع؛ ولهذا تقبل من المرأة والعبد، والشهادة على الشهادة جوزت للضرورة، ولا ضرورة مع الحضور. ويلحق خوف الغريم وسائر ما يترك به الجمعة بالمرض، كذا أطلقه الإمام والغزالي.

(١) ، (٢) «الحاوي الكبير» ١٧/٢٣٢.

(٣) «المحرر» ص ٥٠٢.

قال الرافعي: وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصل والفرع، كالمطر والوحل الشديد. ولا يكلف القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل أو يبعث نائبه إليه لما فيه من الابتذال^(١).

قال: (أَوْ غَيْبَةُ لِمَسَافَةِ عَدُوٍّ، وَقِيلَ: قَصْرٌ) أعلم أن هذه المسألة وقعت في الكتاب على غير الصواب، فلنذكرها على الصواب، ثم نعود إلى البيئة على ما في الكتاب، فنقول: إذا غاب إلى مسافة القصر، فإنه تقبل شهادة الفرع جزماً، فإن كانت دون مسافة القصر، فمنهم من أطلق وجهين، منهم ابن القطان. والأشبه أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً فلا تسمع شهادة الفرع، وتسمى هذه المسافة مسافة العدو، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع، فهو موضع الوجهين. قال الرافعي: والطريقان كما ذكرنا من الطريقين فيما إذا غاب الولي الأقرب إلى ما دون مسافة القصر أنه هل يكون ذلك كالغيبة إلى مسافة القصر؟ لكن الأظهر ههنا فوق مسافة العدو قبول شهادة الفرع /٣٠٢/؛ لأن الولي إذا [روجع]^(٢) لم يحتج إلى الحضور بل يوكل، والشاهد يحتاج إلى الحضور، وأيضاً فالخصم قد يهرب فيفوت الحق والنكاح لا يفوت غالباً بهذا القدر من التأخير^(٣).

إذا علمت ذلك، فقله: (بمسافة عدوٍّ) صوابه زيادة لفظة فوق، فإن

(١) «الشرح الكبير» ١٢٠/١٣.

(٢) في الأصول: زوج. والمثبت من «الشرح الكبير» ١٢١/١٣.

(٣) «الشرح الكبير» ١٢١/١٣.

الذي يسوغ شهادة الفرع غيبة الأصل فوق مسافة العدوى، لا غيبته بمسافتها، كما قررناه وكذا قرره في «الروضة»^(١) تبعاً للرافعي، وعبارة «المحرر» على الصواب، فإنه قال: أو غاب إلى مسافة القصر. والأظهر أن الغيبة إلى فوق مسافة العدوى كالغيبة إلى مسافة القصر^(٢)، هذا لفظه.

قال: (وَأَنْ يُسَمِّيَ الْأَصُولَ) أي: وشرط قبولها أن يسمى الأصول ليعرف عدالتهم.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمُ الْفُرُوعُ) أي: على الأصح، بل لهم إطلاق الشهادة ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، وحكي وجه باشتراطها، ووجه ثالث: أنه يشترط أن يقول الفروع: أشهدنا على شهادته، وكان عدلاً إلى اليوم، أو إلى أن مات إن كان مات؛ تفريراً على ما سبق أنه إذا فسق الأصل ثم تاب لم يكن للفرع أن يشهد على شهادته إلا بتحمل جديد.

قال: (فَإِنْ زَكَّوْهُمْ قَبْلَ) أي: على المشهور، وهذا بخلاف ما لو شهد أثنان في واقعة وزكّى أحدهما الآخر أنه لا تثبت عدالة الثاني على الأصح.

والفرق أن تزكية الفروع للأصول من تنمة شهادتهم؛ ولذلك شرط بعضهم التعرض لها فقبلت، وهناك قام الشاهد مقام المزكي بأحد شطري الشهادة فلا يصح قيامه بالثاني. ولا يشترط أن يتعرض الفروع

(١) «روضة الطالبين» ٢٩٥/١١.

(٢) «المحرر» (ص ٥٠٢).

في شهادتهم؛ لصدق الأصول؛ لأنهم لا يعرفونهم بخلاف ما إذا حلف المدعي مع شاهده حيث يتعرض؛ لصدقه أنه يعرفه.

قال: (وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ لَمْ يَجْزُ) لأن القاضي قد يعرفهم بالجرح لو سموا؛ ولأنه أشد باب الجرح على الخصم، وفي «الكفاية» عن محمد بن جرير الطبري بالقبول.



(فَصْلٌ)

قال: (رَجَعُوا [عَنِ الشَّهَادَةِ] ^(١)) يعني: الشهود (قَبْلَ الْحُكْمِ) أي: الحكم بشهادتهم (لَمْ يَحْكَمْ) لأنه لا يدري أنهم صدقوا في الأول، أو في الثاني، فلا يبقى ظن الصدق، ثم إن أَعترفوا بتعمد الكذب، فهم فسقة يستبرؤون وإن قالوا: غلطنا لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهادة إن أعادوها، وإن كانوا شهدوا بالزنا، فرجعوا واعترفوا بالتعمد فسقوا، وحدوا حد القذف. ولو قالوا: غلطنا ففي حد القذف وجهان: أحدهما: المنع؛ لأنهم معذورون، وأصحهما: الوجوب؛ لما فيه من التعبير، وكان حقهم أن يتثبتوا، فعلى هذا تُرَدُّ شهادتهم. وإن قلنا: لا حد؛ فلا رد.

ولو قال الشهود للقاضي بعد الشهادة: توقف في القضاء وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك: أقض، فنحن على شهادتنا، فالأصح وجوب القضاء بدون إعادة الشهادة؛ لأنهم جزموا بها، والشك الطارئ زال.

قال: (أَوْ بَعْدَهُ) أي: بعد الحكم / ١٣٠٣ / (وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالٍ اسْتَوْفِي) لأن القضاء قد نفذ به، وليس هو مما تسقطه الشبهة حتى يتأثر بالرجوع، وفيه وجه أنه لا يستوفي إذ الحكم لم يستقر بعد، والظن قد أحتمل الرجوع.

قال: (أَوْ عُقُوبَةٍ) أي: كقصاص، وحد القذف (فَلَا) لأنها عقوبة تسقط بالشبهة والرجوع لشبهة بخلاف المال، فإنه لا يتأثر به كما مر.

(١) زيادة من «المنهاج».

وفيه وجه؛ لأن حقوق الآدمي مبنية على الضيق.
وفي ثالث: تفرق بين عقوبة الله وعقوبة الآدمي.
فرع:

لو كانت الشهادة في شيء من العقود ولم ينقض على الأصح، كما
أن الأموال تستوفى، وقيل: النكاح كحد القذف، والقصاص.
قال: (أَوْ بَعْدَهُ) أي: بعد الاستيفاء (لَمْ يُنْقَضْ) لتأكد الأمر، وعن
مالك خلافه.

قال: (فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصًا أَوْ قَتْلَ رِدَّةٍ أَوْ رَجْمَ زَنَّا أَوْ جَلْدَهُ
وَمَاتَ وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَّةٌ مُغْلَظَةٌ) أي: موزعة على
عدد رؤوسهم؛ لتسببهم إلى ذلك، ويحدثون في شهادة الزنا حد القذف
أولاً، ثم يقتلون، وهل يرحمون أو يقتلون بالسيف؟ فيه احتمالان
للعبادي؛ والأصح: الأول، وقد سلف هذا في أثناء الجراح أيضاً.
قال: (وَعَلَى الْقَاضِي قِصَاصٌ إِنْ قَالَ تَعَمَّدْتُ) صورتها: فيما إذا رجع
القاضي دون الشهود، واعترف بالتعمد، فإن عليه القصاص، أو الدية
المغلظة بكما لها.

قال: (وَلَوْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ) يعني: رجع القاضي، والشهود (فَعَلَى
الْجَمِيعِ قِصَاصٌ إِنْ قَالُوا: تَعَمَّدْنَا) لتسببهم إلى قتله عدواناً.
قال: (فَإِنْ قَالُوا أَخْطَأْنَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَّةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفُ) قال الرافعي:
كذا أورده البغوي وغيره. وقياسه: أن لا يجب كمال الدية عند رجوعه
وحده، كما لو رجع بعض الشهود^(١).

(١) «الشرح الكبير» ١٣/١٢٥.

قال: (وَلَوْ رَجَعَ مُرْكٌ فَلَأَصَحَّ أَنَّهُ يَضْمَنُ) لأنه بالتزكية يلجأ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل. قال في «المحرر»: وهذا هو الأشبه^(١).
والثاني: لا؛ لأنه لم يتعرض للمشهود عليه، وإنما أثنى على الشاهد، والحكم يقع بشهادة الشاهد، فكان كالممسك مع القاتل.

والثالث: أنه يتعلق به الضمان دون القصاص. قال القفال: الخلاف فيما إذا قال المزكيان: علمنا كذب الشاهدين. فإن قالوا: علمنا فسقهما فلا شيء عليهما؛ لأنهما قد يكونا شاهدين صادقين مع الفسق. وطرد الإمام الخلاف في الحاليين، وفي «الكفاية» عن مجلي أنه يحتمل وجهًا آخر: وهو الفرق بين أن يزكي قبل الشهادة فلا ضمان، أو بعدها فيجب كما قلنا في مزكي شهود الزنا. والخلاف في أن النهاية، وغيرها متفرع على وجوب الغرم، فإن منعناه فلا قصاص قطعًا.

قال: (أَوْ وَلِيٍّ وَخَذَهُ فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَّةٌ) لأنه المباشر وهم معه كالممسك مع القاتل. قال: (الشُّهُودُ فَكَذَلِكَ) لأنه كالمباشر وهم معه كالممسك مع القاتل. قال: (وَقِيلَ: هُوَ وَهُمْ شُرَكَاءُ) لتعاونهم على القتل، وليسوا كالممسك مع القاتل، فإنه صورهم ٣٠٣/ب/ بصورة المحققين. واعلم أن الصحيح^(٢) في هذه المسائل من زوائد المصنف على «المحرر»، فإن عبارة «المحرر» فيه وجهان، رجح كلاً منهما مرجحون^(٣)، وأشار بذلك إلى ما ذكره في شرحه من أن الإمام رجح الأول، وأن البغوي رجح

(١) «المحرر» ص ٥٠٣.

(٢) كتب فوقها في المخطوط: (التصحيح).

(٣) «المحرر» ص ٥٠٣.

الثاني، نعم، قال في «الروضة»: الأصح ما صححه الإمام. قال: وقد سبق في الجنايات القطع به، فهو الأصح نقلًا ودليلاً^(١)، فلذلك صححه في الكتاب، وفي «الكفاية»: أن الثاني صححه القاضي حسين والمتولي وصاحب «الكافي».

قال: (وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَضَاعٍ) أي: مُحَرَّم (أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَرَجَعَا دَامَ الْفِرَاقُ) لأن قولهما في الرجوع محتمل، فلا يرد القضاء بقول محتمل، لكن يجب العُرم على الشاهدين سواء كان قبل الدخول، أو بعده؛ لأنهما فوتًا عليه ما يتقوم فيغرم، كما لو شهدا بعثق عبد ثم رجعا. وخالف الأئمة الثلاثة فقال: لا عُرم عليهما بعد الدخول، ثم بيّن المصنف ما الذي يغرم، فقال: (وَعَلَيْهِمْ مَهْرٌ مِثْلُ) أي: إن كان بعد الدخول؛ لأنه قيمة ما قوّمه، وهذا هو الصحيح (وَفِي قَوْلٍ: عَلَيْهِمُ الْمُسَمَى) لأنه الذي فات على الزوج متقوّمًا، والبضع ليس بمتقوّم في الحقيقة. وقال الماوردي: عندي أنه ينظر، فإن قدر الزوج على الاجتماع بها في الباطن لا يرجع عليهم، وإلا رجع^(٢). قال: (وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ) كذا نقله الربيع عن النص^(٣). وروى المُزني وحرمله: أن عليهم مهر المثل^(٤)، وللأصحاب طرق في مسألة الشهود، وأظهرها: إثبات قولين: أحدهما: أنهما يغرمان النصف فقط؛ لأنه الذي فات على الزوج.

(١) «روضة الطالبيين» ٢٩٨/١١.

(٢) «الحاوي الكبير» ٢٦٢/١٧.

(٣) «الأم» ١٤٩/٧.

(٤) «مختصر المزني» ٢٥٩/٥.

وأصحهما: الجمع؛ لأنه بدل ما أتلّفوه، والنظر في الإلتلاف إلى المتلف، لا إلى ما قام به على المستحق.
وفي قول ثالث: أنهما يغرمان نصف المسمى؛ لأنه الفاء على الزوج.

ورابع: أنهما يغرمان المسمى جميعه؛ لأنه قد بدل والنظر أمر يختص بالزوجين وأصحاب هذا الطريق أفتروا، فمن مثبت للقولين في مسألة الرضاع أيضًا مخرج لأحدهما من هنا، ومن قاطع بوجوب النصف هناك. والفرق أن الرضاع يقطع النكاح حقيقة كالطلاق، ولا يفوت عليه من المهر إلا النصف، فلا يغرم له إلا النصف. وهنا أعترف الشاهدان بالكذب ولا فراق في الحقيقة كما يزعمان لكن حالاً بينه وبين حقه فيغرمان تمام القيمة، كالغاصب يحول بين المالك ومملكه.

والطريق الثاني: القطع بأن الشاهدين يغرمان مهر المثل.

والثالث: القطع بأنهما يغرمان النصف، وجعل ما قاله المُنزني غلطاً.
والرابع: إن كان الزوج سلم إليها الصداق غرم الشهود جميع مهر المثل؛ لأنه لا يتمكن من استرداد شيء، وإلا فنصفه، واحترز المصنف بقوله: طلاق بائن عن الرجعي، فإنهما إذا شهدا به ثم رجعا وراجع لا يغرمان شيئاً إذ لم يفوتا شيئاً، فإن لم يراجع حتى أنقضت العدة التحق بالثاني، ووجب الغرم على الصحيح، وقيل: لا؛ لتقصيره بترك الرجعة. وأطلق ابن كج في وجوب الغرم بالرجوع عن شهادة الطلاق الرجعي وجهين.

فرع:

لو بقيت معه بواحدة فطلقها رجع عليهما / ١٣٠٤ / لكن هل يغرمهم ما كان يغرمهم في الثلاث؛ لأنهم منعه من جميع البضع، أو لا يغرمهم إلا

ثلاثة؟ فيه وجهان في الماوردي.

قال: (وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ) يعني: القاضي بينهما (فَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رِضَاعٌ) أي: محرّم (فَلَا غُرْمَ) إذ لم يفوتا شيئاً، ولو غرما قبل البينة أستردا.

قال: (وَلَوْ رَجَعَ شُهَدَاؤُ مَالٍ غَرِمُوا فِي الْأَظْهَرِ) لحصول الحيلولة بشهادتهم. قال في «المحرر»: وهذا أرجح القولين^(١)، وإشارته إلى ما ذكره في الشرح من كونه أرجح عند العراقيين وغيرهم، قال: فذكر في «العدة»: أن الفتوى عليه، وأن ظاهر المذهب: أنهم لا يغرمون. وادعى الفوراني والإمام^(٢) أنه الجديد؛ لأنه لم يوجد تفويت حقيقته؛ لأن المشهود عليه لو صدقهم في الرجوع لزمه ردُّ المال، ومنهم من قطع بالأول، وقيل: يغرمون في الدين دون العين. ووقع في «كفاية ابن الرفعة»: أن النووي صحح القول الثاني، وهو سبق قلم، وهذا كله تفريع على أنه لا ينقض الحكم إذا رجعوا وهو الصحيح، وقيل: ينقض فيرد المال.

قال: (وَمَتَى رَجَعُوا كُلُّهُمْ وَرَّعَ عَلَيْهِمُ الْغُرْمُ) أي: بالسوية، قال: (أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نَصَابٌ) أي: كما إذا رجع من الثلاثة في العتق، أو القتل، أو في الخمسة من الزنا واحد. (فَلَا غُرْمَ) أي: على الراجع؛ لأنه بقي من يقوم به الحجة، فكأن الراجع لم يشهد. ووقع في الرافعي: أن ابن الحداد قال بهذا^(٣)، والذي في «فروعه» الجزم بوجوب الغرم، وفيه أيضاً وجوب القصاص.

(٢) «نهاية المطلب» ١٩/٦٣.

(١) «المحرر» ص ٥٠٣.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣/١٣١.

قال: (وَقِيلَ: يَغْرَمُ بِقِسْطِهِ) لأن الحكم وقع بشهادة الجميع، وكل منهم قد فوت قسطًا، فيغرم ما فوت، ومنهم من حكى الخلاف قولين. قال البغوي: ولا خلاف أن القصاص لا يجب والحالة هذه، لكن في «الفروق» للجويني حكاية عن القفال: أنه إذا رجع واحد من شهود القتل يلزمه القصاص إذا أعترف بالتعمد^(١).

قال: (وَإِنْ نَقَصَ النَّصَابُ وَلَمْ يَزِدِ الشُّهُودُ عَلَيْهِ) أي: بأن رجع من شهود القتل أحدهما (فَقِسْطُ، وَإِنْ زَادَ) أي: بأن رجع من الثلاثة أو الخمسة أثنان (فَقِسْطُ مِنَ النَّصَابِ) بني على أنه لا غرم إذا بقي نصاب، فيجب النصف على الراجعين من الثلاثة.

قال: (وَقِيلَ: مِنَ الْعَدَدِ) أي: فيجب الثلثان عليهما؛ لأن البيئة إذا نقص عددها زال حكمها، وصار الضمان متعلقًا بالإتلاف، وقد أستوتوا فيه، وهذا ما صححه ابن الصباغ، ورأيت في «المحرر» حكاية الخلاف المذكور قولين^(٢).

قال: (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَعَلَيْهِ نِصْفٌ وَهُمَا نِصْفٌ) أي: ما سلف فيما إذا كان جميع الشهود ذكورًا، أو إناثًا، كما في الرضاع، وما يثبت بشهادة النساء المتمحضات، أما إذا أنقسموا إلى الذكور، والإناث، فينظر إن لم يزدوا على العدد المعتبر، كرجل وامرأتين في رضاع، أو مال، فإذا رجعوا فعلى الرجل نصف الغرم، وعلى كل امرأة ربعه، وإن زادوا على العدد فالمشهود به قسمان: أحدهما: ما

(١) «الجمع والفرق» ٦٤٤/٣، ولم يذكر: التعمد.

(٢) «المحرر» ص ٥٠٣.

يثبت بالنسوة المنفردات / ٣٠٤ب/ كالرضاع فإذا شهد به أربع نسوة ورجل ورجعوا، فعليه ثلث الغرم وعليهن ثلثاه، فإن رجع الرجل وحده فلا شيء على أصح الوجهين؛ لبقاء الحجة، وكذا لو رجعت امرأتان، وعلى الثاني عليه أو عليهما ثلث الغرم وهذا معنى قوله: (أَوْ وَأَرْبَعٌ فِي رَضَاعٍ فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلُثَانِ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ فَلَا غُرْمَ فِي الْأَصَحِّ).

القسم الثاني: ما لا يثبت بالنسوة منفردات كالمال. إذا أوجبنا الغرم فيه بالرجوع، فشهد رجل، وأربع نسوة، ورجعوا، فوجهان:

أحدهما: أن على الرجل ثلث الغرم، وعليهن ثلثاه كما في الرضاع وهذا معنى قوله: فيما يأتي قبيل الرضاع، وأصحهما وهو الأقوى في «المحرر»^(١): أن نصف الغرم عليه ونصفه عليهن بخلاف الرضاع؛ لأن المال لا يثبت بشهادة النساء وإن كثرت، فنصف الحجة تقوم بالرجل معهن كم كن، فإن قلنا بالأول، فلو رجع النساء فعليهن نصف الغرم، ولو رجعت امرأتان فلا شيء عليهما على الأصح؛ لبقاء الحجة.

والثاني: عليهما ربع الغرم، وهذا القسم هو المراد بقوله: (وَأِنْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ فَقِيلَ كَرَضَاعٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ نِصْفٌ وَهُنَّ نِصْفٌ، سَوَاءٌ رَجَعَنَّ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ فَلَا أَصَحَّ لََا غُرْمَ).

قال: (وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودِ تَغْلِيْقِ طَلَاْقٍ أَوْ عِتْقٍ لَا يَغْرُمُونَ [شَيْئًا])^(٢) أي: إذا رجعوا، أما في شهود الإحصان؛ فلأنهم لم يشهدوا بما يوجب عليهم عقوبة، وإنما وصفوه بصفة كمال، وأما

(١) «المحرر» ص ٥٠٣، ٥٠٤.

(٢) زيادة من «المنهاج».

في شهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق أو العتق فلأنهم لم يشهدوا على فعله، وهو الموجب للطلاق والعتق، وإنما أثبتوا صفة.

والثاني: يغرّمون؛ لأن الرجم يتوقف على ثبوت الزنا والإحصان جميعاً، فالقتل لم يستوف إلا بهم، وكذلك الطلاق، والعتق وقع بقولهم، ومنهم من حكى الخلاف قولين كالرويانى والإمام^(١) وغيرهما. وقيل: إن شهدوا بالإحصان قبل الشهادة بالزنا لم يغرّموا شيئاً؛ لأنهم لم يثبتوا إلا صفة كمال، وإن شهدوا بعدها غرّموا؛ لأن الرجم لم يستوف إلا بهم، فإن غرّمناهم، فقالوا: تعمدنا لزمهم القصاص كشهود الزنا. وفي كيفية توزيع الغرم عليهن وعلى شهود الزنا وجهان: أصحهما: اعتبار النصابين، فعلى شهود الإحصان ثلث الغرم، وعلى الآخرين ثلثاه.

والثاني: يوزع نصفين اعتباراً بالجنسين. فالقاضي مع الشهود إذا غرّمنا شهود الصفة غرّموا النصف قطعاً.



(١) «نهاية المطلب» ٥٨/١٩.

[illegible]

کتاب الدعوی والبیّنات

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كتاب الدَّعْوَى والْبَيِّنَات

تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةِ كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ.

وإنِ اسْتَحَقَّ عَيْنًا فَلَهُ أَخْذُهَا إِنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً، وَإِلَّا وَجِبَ الرِّفْعُ إِلَى قَاضٍ، أَوْ دَيْنًا عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ طَالِبُهُ، وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ، أَوْ عَلَى مُنْكَرٍ وَلَا بَيِّنَةٍ أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ، وَكَذَا غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، أَوْ عَلَى مُقَرَّرٍ مُمْتَنِعٍ، أَوْ مُنْكَرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَلِكَ. وَقِيلَ: يَجِبُ الرِّفْعُ إِلَى قَاضٍ وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ بَابٍ وَنَقْبُ جِدَارٍ لَا يَصِلُ إِلَى الْمَالِ إِلَّا بِهِ، ثُمَّ الْمَأْخُودُ مِنْ جِنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ، وَقِيلَ: يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ يَبِيعُهُ. وَالْمَأْخُودُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ فَيَضْمَنُهُ إِنْ تَلَفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ، وَلَا يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أُمِكَنَ الْأَقْتِصَارُ.

وَلَهُ أَخْذُ مَالٍ غَرِيمٍ غَرِيمِهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُدَّعِيَ مَنْ يُخَالِفُ قَوْلَهُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُؤَافِقُهُ، فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ طُءٍ فَقَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا. فَالْنِّكَاحُ بَاقٍ، وَقَالَتْ: مُرْتَبًا. فَهُوَ مُدَّعٍ.

وَمَتَى أَدْعَى نَقْدًا اشْتَرَطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدَرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكْسِيرٍ إِنْ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيَمَةٌ، أَوْ عَيْنًا تَنْضَبِطُ كَحَيَوَانٍ وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ. وَقِيلَ: يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيَمَةِ، فَإِنْ تَلَفَتْ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ وَجِبَ ذِكْرُ الْقِيَمَةِ.

أَوْ نِكَاحًا لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَقُولُ: نَكَحْتُهَا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَي عَدْلٍ. وَرِضَاهَا إِنْ كَانَ يُشْتَرَطُ.

فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَلَا أَصَحَّ وَجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفٍ عَنَتٍ، أَوْ عَقْدًا مَالِيًا كَبَيْعٍ وَإِجَارَةٍ وَهَبَةٍ كَفَى الْإِطْلَاقُ فِي الْأَصَحِّ.

وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ لَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي، فَإِنْ أَدَّعَى أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ
 شِرَاءً عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا حَلَفَهُ عَلَى نَفْيِهِ.
 وَكَذَا لَوْ أَدَّعَى عِلْمَهُ يَفْسُقُ شَاهِدُهُ أَوْ كَذِبَهُ فِي الْأَصَحِّ.
 وَإِذَا اسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِدَافِعٍ أُمِّهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.
 وَلَوْ أَدَّعَى رِقًّا بِالْبَالِغِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ. فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، أَوْ رِقٌّ صَغِيرٌ لَيْسَ فِي يَدِهِ لَمْ
 يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، أَوْ فِي يَدِهِ حُكْمٌ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ اسْتِنَادَهَا إِلَى التِّقَاطِ.
 فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيَّزٌ فَإِنْكَارُهُ لَعَوٌّ، وَقِيلَ: كَبَالِغٍ.
 وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى ذَنْبٍ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ

أَصْرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى الشُّكُوتِ عَنْ جَوَابِ الدَّعْوَى لَجَعَلْ كُمُنْكِرٍ نَاكِلٍ،
 فَإِنْ أَدَّعَى عَشْرَةَ فَقَالَ: لَا تَلْزُمْنِي الْعَشْرَةَ. لَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ: وَلَا بَعْضُهَا.
 وَكَذَا يَحْلِفُ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشْرَةِ وَافْتَصَرَ عَلَيْهِ فَنَاكِلٌ، فَيَحْلِفُ
 الْمُدَّعَى عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونَ الْعَشْرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ.
 وَإِذَا أَدَّعَى مَالًا مُضَافًا إِلَى سَبَبٍ كَأَقْرَضْتِكَ كَذَا كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ: لَا
 تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ شُفْعَةً كَفَاهُ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ
 الشُّقْصِ.

وَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ حَلَفَ
 عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لَهُ حَلِفٌ بِالنَّفْيِ الْمُطْلَقِ.
 وَلَوْ كَانَ يَبْدِيهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرَى وَادَّعَاهُ مَالِكُهُ كَفَاهُ لَا يَلْزُمْنِي تَسْلِيمُهُ. فَلَوْ
 اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ وَادَّعَى الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، فَإِنْ عَجَزَ

عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلًا إِنْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ جَحْدَهُ الرَّهْنُ وَالْإِجَارَةَ فَحِيلَتُهُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ أَدَّعَيْتَ مِلْكًا مُطْلَقًا فَلَا يُلْزِمُنِي تَسْلِيمُ، وَإِنْ أَدَّعَيْتَ مَرْهُونًا فَادْكُرْهُ لِأَجِبِ.

وَإِذَا أَدَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فَقَالَ: لَيْسَ هِيَ لِي، أَوْ هِيَ لِرَجُلٍ لَا أَعْرِفُهُ، أَوْ لِابْنِي الطِّفْلِ، أَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ مَسَجِدٍ كَذَا. فَلَا صَحَّ أَنَّهُ لَا تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ وَلَا تُنْزَعُ مِنْهُ بَلْ يُحْلَفُ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَا يُلْزِمُهُ التَّسْلِيمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِمَعِينٍ حَاضِرٍ يُمَكِّنُ مُخَاصَمَتَهُ وَتَحْلِيفَهُ سَيْلًا، فَإِنْ صَدَّقَهُ صَارَتْ الْخُصُومَةُ مَعَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ تَرَكَ فِي يَدِ الْمُقَرِّ، وَقِيلَ: تُسَلَّمُ إِلَى الْمُدَّعِي. وَقِيلَ: يَحْفَظُهُ الْحَاكِمُ لِظُهُورِ مَالِكٍ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِغَائِبٍ فَلَا صَحَّ أَنْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ، وَيُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ قُضِيَ بِهَا، وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى غَائِبٍ، فَيَحْلَفُ مَعَهَا، وَقِيلَ: عَلَى حَاضِرٍ.

وَمَا قُبِلَ إِقْرَارُ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ فَالِدَعْوَى عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْجَوَابُ، وَمَا لَا كَأَرْشٍ فَعَلَى السَّيِّدِ.

فَضْلٌ

تُغْلَظُ يَمِينُ مُدَّعٍ وَمُدَّعَى عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ، وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللَّعَانِ.

وَيَحْلَفُ عَلَى الْبَتِّ فِي فِعْلِهِ، وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا، وَإِنْ كَانَ نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَلَوْ أَدَّعَى دَيْنًا لِمُورِّثِهِ فَقَالَ: أَبْرَأَنِي. حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ، وَلَوْ قَالَ: جَنَى عَبْدُكَ عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا. فَلَا صَحَّ تَحْلِيفُهُ عَلَى الْبَتِّ. قُلْتُ: وَلَوْ قَالَ: جَنَتْ بِهِيْمَتُكَ. حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَيَجُوزُ

الْبَيْتُ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطُّهُ أَوْ خَطُّ أَبِيهِ.

وَتُعْتَبَرُ بَيِّنَةُ الْقَاضِي الْمُسْتَحْلِفِ، فَلَوْ وَرَى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ اسْتَشْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ.

وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حَلْفَ، وَلَا يُحْلَفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلَمَ فِي حُكْمِهِ، وَلَا شَاهِدًا أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ.

وَلَوْ قَالَ مُدَّعَى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ. لَمْ يُحْلَفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ. وَالْيَمِينُ تُقِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً مُحْكَمَةً بِهَا.

وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَفَنِي مَرَّةً، فَلْيُحْلَفْ أَنَّهُ لَمْ يُحْلَفْنِي. مُكَّنْ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِذَا نَكَلَ حَلْفَ الْمُدَّعِي وَقُضِيَ لَهُ وَلَا يُقْضَى بِنُكُولِهِ، وَالتُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ. أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي: أَحْلِفْ. فَيَقُولَ: لَا أَحْلِفُ. فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ، وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي: أَحْلِفْ. حُكْمٌ بِنُكُولِهِ.

وَالْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ فِي قَوْلِ كَيْفِيَّةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ.

فَإِنْ لَمْ يَحْلِفِ الْمُدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْخَصْمِ، فَلَوْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابِ أُمِّهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَقِيلَ: أَبَدًا. وَإِنْ اسْتَمْهَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ اسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمَّهَلْ. وَقِيلَ: ثَلَاثَةٌ. وَلَوْ اسْتَمْهَلَ فِي اتِّبَاءِ الْجَوَابِ أُمِّهِلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ.

وَمَنْ طُولَبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ غَلَطَ خَارِصٍ وَالزَّمْنَاءُ الْيَمِينُ فَتَنَكَّلَ وَتَعَدَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ.

وَلَوْ أَدَّعَىٰ وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحْلَفِ الْوَلِيُّ. وَقِيلَ: يُحْلَفُ.
 وَقِيلَ: إِنْ أَدَّعَىٰ مُبَاشَرَةً سَبَّيْهِ حُلْفَ.

فَصْلٌ

ادَّعَىٰ عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً سَقَطَتَا، وَفِي قَوْلٍ: تُسْتَعْمَلَانِ.
 فَفِي قَوْلٍ: يُقَسَّمُ. وَقَوْلٍ: يُفْرَعُ. وَقَوْلٍ: تُوقَفُ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحَا. وَلَوْ
 كَانَتْ فِي يَدِهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ، وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ
 بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةٌ قَدَّمَ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي، وَلَوْ
 أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ مُسْتَنِدًّا إِلَىٰ مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَاعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ
 شُهُودِهِ سَمِعَتْ وَقُدِّمَتْ، وَقِيلَ: لَا. وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ: هُوَ مِلْكِي أَشْتَرَيْتَهُ مِنْكَ.
 فَقَالَ: بَلِ مِلْكِي. وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قَدَّمَ الْخَارِجُ.

وَمَنْ أَقَرَّ لِعَیْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ تُسْمَعْ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالَ، وَمَنْ أَخَذَ مِنْهُ
 مَالٌ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الْاِنْتِقَالِ فِي الْأَصَحِّ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ
 شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرَجِّحُ، وَكَذَا إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ،
 فَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ رُجِّحَ الشَّاهِدَانِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةِ وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرٍ فَلَا أَظْهَرُ تَرْجِيحُ
 الْأَكْثَرِ، وَلِصَاحِبِهَا الْأَجْرَةُ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمَئِذٍ.

وَلَوْ أَطْلَقَتْ بَيِّنَةٌ وَأَرَخَتْ بَيِّنَةٌ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ، وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ
 مُتَأَخِّرَةِ التَّارِيخِ يَدٌ قَدَّمَ، وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسٍ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ
 تُسْمَعْ حَتَّىٰ يَقُولُوا وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ أَوْ لَا نَعْلَمُ مُزِيلًا لَهُ.

وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ اسْتِصْحَابًا لِمَا سَبَقَ مِنْ إِثْبَاتٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا.

وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أُمْسٍ بِالْمِلْكِ لَهُ أَشَدِّيمَ.
 وَلَوْ أَقَامَهَا بِمِلْكٍ دَابَّةٍ أَوْ شَجَرَةٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مُوجُودَةً، وَلَا وَلَدًا مُنْفَصِلًا،
 وَيَسْتَحِقُّ حَمْلًا فِي الْأَصَحِّ
 وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ، وَقِيلَ: لَا،
 إِلَّا إِذَا ادَّعَى مِلْكًا سَابِقًا عَلَى الشِّرَاءِ.
 وَلَوْ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبِيهِ لَمْ يَضُرَّ، وَإِنْ ذَكَرَ سَبِيًّا وَهُمْ سَبِيًّا
 آخَرَ ضَرَّ.

فصل

قَالَ: آجَزْتُكَ الْبَيْتَ بِعَشْرَةٍ. فَقَالَ: بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشْرَةِ. وَأَقَامَا بَيْنَتَيْنِ
 تَعَارَضَتَا، وَفِي قَوْلٍ: يُقَدَّمُ الْمُسْتَأْجِرُ.
 وَلَوْ ادَّعَى شَيْئًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنُهُ فَإِنْ
 اخْتَلَفَ تَارِيخُ حُكْمٍ لِلْأُسْتِقْبَ، وَإِلَّا تَعَارَضَتَا.
 وَلَوْ قَالَ كُلُّ مِنْهُمَا: بِعُثْكَه بِكَذَا. وَأَقَامَاهُمَا، فَإِنْ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا،
 وَإِنْ اخْتَلَفَ لَزِمَهُ الثَّمَانِ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي الْأَصَحِّ.
 وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَضْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلُّ مِنْهُمَا: مَاتَ عَلَى دِينِي. فَإِنْ
 عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَضْرَانِيًّا صُدِّقَ النَّضْرَانِيُّ، فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ قُدِّمَ الْمُسْلِمُ، وَإِنْ
 قَيَّدَتْ أَنْ آخِرَ كَلَامِهِ إِسْلَامٌ وَعَكَسَتْهُ الْأُخْرَى تَعَارَضَتَا، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ
 كُلُّ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارَضَتَا.
 وَلَوْ مَاتَ نَضْرَانِيٍّ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَضْرَانِيٍّ فَقَالَ الْمُسْلِمُ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ
 فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا. وَقَالَ النَّضْرَانِيُّ: بَلْ قَبْلَهُ. صُدِّقَ الْمُسْلِمُ بِبَيِّنَتِهِ، وَإِنْ أَقَامَاهُمَا قُدِّمَ
 النَّضْرَانِيُّ.

فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الْاَبْنِ فِي رَمَضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ: مَاتَ الْاَبُ فِي شَعْبَانَ.
 وَقَالَ النَّصْرَانِي: بَلْ فِي شَوَالٍ. صُدِّقَ النَّصْرَانِي، وَتَقَدَّمَ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ عَلَى بَيِّنَتِهِ.
 وَلَوْ مَاتَ عَنْ اَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ: مَاتَ عَلَى دِينِنَا.
 صُدِّقَ الْاَبَوَانِ بِالْيَمِينِ، وَفِي قَوْلٍ: يُوقَفُ حَتَّى يَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحُوا.
 وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِمًا وَأُخْرَى غَانِمًا وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ فَإِنْ
 اخْتَلَفَ تَارِيخُ قُدِّمِ الْأَسْبَقِ، وَإِنْ اتَّحَدَ أَقْرَعٌ، وَإِنْ أَطْلَقْنَا قِيلَ: يُقْرَعُ. وَقِيلَ فِي قَوْلٍ:
 يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ نِصْفَهُ.

وَقُلْتُ: الْمَذْهَبُ يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ نِصْفِهِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
 وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعَتَقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ
 عَنْ ذَلِكَ، وَوَصَّى بِعَتَقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ثَبَتَ لِغَانِمٍ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ لَمْ
 يَثْبُتِ الرَّجُوعُ فَيَعْتَقُ سَالِمٌ، وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ.

فصل

شَرَطُ الْقَائِفِ مُسْلِمٌ عَدْلٌ مُجَرَّبٌ، وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُرِّ ذَكَرٍ، لَا عَدَدٍ، وَلَا
 كَوْنِهِ مُدْلِجِيًّا، فَإِذَا تَدَاعَا مَجْهُولًا غُرَضَ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ
 مُمَكِّنًا مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ بِأَنْ وَطِئَا بِشُبْهَةٍ أَوْ مُشْتَرَكَةٍ لَهُمَا أَوْ وَطِئَ زَوْجَتُهُ فَطَلَّقَ
 فَوَطِئَهَا آخَرُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ أَمَتُهُ فَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ
 يَسْتَبْرِئْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ مَنكُوحَةً فِي الْأَصَحِّ، فَإِذَا وَلَدَتْ لِمَا بَيْنَ
 سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَادَّعَاهُ غُرَضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ
 وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ فَلِلثَّانِي إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجًا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَسَوَاءٌ
 فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلَامًا وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا.



This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

(كتاب الدعوى والبيّنات)

الدعوى في اللغة: الاسم من الادعاء، وقيل: هي التمني. قال الله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾ [يس: ٥٧] أي: يتمنون.

قال في «الإشراف»: هذا قول المفسرين، وليس هو كذلك في اللغة. والمدعي لغة من ادّعى لنفسه شيئاً، والمدعى عليه لغة من ادّعى عليه شيء. وهما في الشرع ما سيأتي، وجمع دعوى: دعاوى بفتح الواو وكسرهما.

والبيّنات: جمع بينة، وهي الموضحة، وسميت الشهود بينة؛ لأنها توضح الحق، والأصل في الباب /٣٠٥/ ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعطى^(١) الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»^(٢). وفي رواية البيهقي بإسناد جيد: «لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٣) وهي ما أستفتح بها الرافعي في «المحرر» الباب^(٤)، وفي رواية له: «البينة على المدعي، واليمين على

(١) في الأصل: يعطوا. (٢) البخاري (٤٥٥٢)، مسلم (١٧١١).

(٣) «السنن الكبرى» ٤٢٧/١٠ (٢١٢٠١). (٤) ص ٥٠٥.

المدعى عليه»^(١) ووقع في «الكفاية»^(٢) عزوها إلى مسلم، والظاهر وهمه في ذلك.

قال: (تُشَرِّطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةِ كَفْصَاصٍ وَقَذْفٍ) لعظم خطره والاحتياط في إثباته أولاً، واستيفائه على ما تقتضيه السياسة من زجر الناس ثانياً.

قال: (وَإِنْ أَسْتَحَقَّ عَيْنًا فَلَهُ أَخْذُهَا إِنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً، وَإِلَّا وَجَبَ الرُّفْعُ [إِلَى قَاضٍ]^(٣)) تحرزاً منها.

قال: (أَوْ دَيْنًا عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ طَالَبُهُ [بِهِ]^(٤)) ليؤدي ما عليه. قال: (وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ) لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه، فإن خالف وأخذ شيئاً من ماله رده، فإن تلف عنده وجب ضمانه، فإن اتفقا جاء خلاف التقاص.

قال: (أَوْ عَلَى مُنْكَرٍ وَلَا بَيِّنَةٍ لَهُ أَخْذُ جِنْسٍ حَقَّهُ مِنْ مَالِهِ) أي: إن ظفر به؛ لعجزه عن حقه إلا بذلك، ولا يأخذ غيره مع القدرة على الأصح، وعن القفال أنه ليس له الأخذ مطلقاً، بل يقتصر على التحليف، حكاه ابن الرفعة.

قال: (وَكُذِّبَ غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت هند بنت عتبة فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل ممسك، فهل عليّ حرج أن أطعم من الذي له عيالنا؟ قال: «لا، إلا

(١) «السنن الكبرى» ٤٢٧/١٠ (٢١٢٠٣).

(٢) ٣٩٢/١٨.

(٣) ، (٤) زيادة من «المنهاج».

بالمعروف» متفق عليه^(١)، جَوَّزَ لها الأخذ من غير فرق بين الجنس وغيره. ووجه المنع أنه لا يتمكن من تملكه، وليس له أن يبيع مال غيره لنفسه. واعلم أن عبارة الرافعي في إيراد الخلاف في المسألة: حكى جماعة من الأصحاب في جواز الأخذ قولين:

أحدهما: المنع، والثاني: الجواز. وهو الذي أورده عامة الأصحاب. انتهى. فأبدل المصنف ما أورده الأصحاب طريقة في «الروضة»، فقال: المذهب وبه قطع الجمهور: الجواز، وقيل: قولان^(٢)، ثم أخذه منها فوضعه في الكتاب، واحترز بقوله: إن فقده^(٣) عما إذا وجد جنس حقه، فإنه لا يأخذ غيره، وقد تقدم أن ذلك هو الأصح.

فائدة:

قد عرفت تحرير مذهبنا، وقال أبو حنيفة: يأخذ جنس حقه، ولا يأخذ غيره، إلا أنه يأخذ الدراهم بدلاً عن الدنانير وبالعكس.

وعن أحمد: أنه لا يأخذ الجنس، ولا غير الجنس، وهي رواية عن مالك، والأشهر عنه إن لم يكن على المدين من دين آخر فله أخذه، وإن كان عليه فلا يأخذ إلا قدر حصته.

قال: (أَوْ عَلَى مُقَرَّرٍ مُتَمَتِّعٍ أَوْ مُنْكَرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَلِكَ) أي: له الاستقلال بالأخذ؛ لأن في المرافعة مؤنة ومشقة وتضييع زمان.

(١) البخاري (٥٣٥٩)، مسلم (١٧١٤).

(٢) «روضة الطالبيين» ٦/١٢.

(٣) في المخطوط: (قصده)، ولعل المثبت هو الصواب.

قال الرافعي: ولحديث هند، فإنه عليه السلام لم يأمرها بالمرافعة^(١).
قال في «المحرر»: وهذا ما رجح من ٣٠٥/ب/ الوجهين^(٢)، ومثله في
«الشرح» عن تصحيح جماعة، ولم ينقل ترجيح الثاني إلا عن الغزالي
وحده.

قال: (وَقِيلَ: يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ) كما لو أمكنه تحصيل الحق
بالمطالبة والتقاضى، ومن قال بهذا قال: لو كان منكراً ولا بينة،
ولكن صاحب الحق يرجو إقراره، لو أحضره عند القاضي وعرض
عليه اليمين وجب إحضاره أيضاً. وقال الماوردي: إن أخذ من جنس
حقه جاز قطعاً، وإلا جاء الوجهان.

قال: (وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ بَابٍ وَنَقْبُ جِدَارٍ لَا يَصِلُ الْمَالُ إِلَّا بِهِ)
أي: لا يضمن ما فوته على الأصح، كمن لا يقدر على دفع الصائل إلا
بإتلاف ماله فأتلفه لا يضمن.

قال: (ثُمَّ الْمَأْخُودُ مِنْ جَنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ) بدلاً عما أستحقه.
قال: (وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ) أي: بنفسه، كما يتسلط على الأخذ ولا
يتملكه على الأصح.

قال: (وَقِيلَ: يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ يَبِيعُهُ) لأنه كيف يلي التصرف في
مال غيره لنفسه.

تنبيهات:

أحدها: هذا التصحيح من تصرف المصنف في الكتاب، وأما

(١) «الشرح الكبير» ١٣/١٤٧. (٢) «المحرر» (ص ٥٠٥).

الرافعي في «المحرر» فإنه لم يرجح شيئاً، وإنما قال: فيه وجهان، ويقال: قولان^(١). وإيراد الغزالي يقتضي ترجيح الرفع، ثم ذكر عن العراقيين والرويانى، والعبادي أن الأصح الاستقلال، وبه أجاب البغوي لكن فيما إذا كان القاضي جاهلاً كما سيأتي، فحاصله أن الجمهور على ترجيح الاستقلال، وبه صرح في «الروضة»، والرافعي في «الشرح الصغير»، ولم ينقل الرافعي ترجيح الرفع إلى القاضي إلا عن مقتضى ترجيح الغزالي، فكيف يسوغ قوله في «المحرر» أن طائفة من الأصحاب رجحوه، فليحمل على زيادة اطلاع على ما في الشرح.

الثاني: هذا إذا كان القاضي جاهلاً بالحال ولا بينة للأخذ، فإن كان القاضي عالماً فالظاهر والمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه، قاله الرافعي وتبعه في «الروضة»^(٢)، فيتقيد إطلاق الكتاب بذلك.

الثالث: بنى الجويني في «السلسلة» الخلاف على الخلاف في أن ملتقط اللقيط إذا وجد معه ما لا مشدوداً على ثوبه فأراد إنفاقه عليه، هل يرفع الأمر إلى القاضي، أم يستقل به؟ كذا وضع الخلاف في الإنفاق. وحكي مثله عن القفال، لكن المذكور في باب اللقيط أنه لا يستقل بالإنفاق من غير تعرض لخلاف فيه، وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ؟ قاله الرافعي^(٣).

الرابع: إذا ألزمتنا الأخذ رفع الأمر إلى القاضي فهل للقاضي أن يأذن

(١) «المحرر» (ص ٥٠٥).

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/١٤٩، «الروضة» ٤/١٢.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣/١٤٩.

له في بيعه أم يفوضه إلى غيره؟ فيه وجهان، أحدهما الأول.

الخامس: كيف طريقته عند الرفع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يبيعه القاضي بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة.

والثاني: يواطئ رجلاً يقر له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقر له الآخذ بالمال حتى يبيعه القاضي، وهذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين /٣٠٦/ ويضعف وجوب الرفع، ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد تبع المأخوذ به، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة بيع الثوب بنقد البلد ثم يشتري به حنطة.

وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب، ولا يتوسط النقد بينهما^(١).

قال: (وَالْمَأْخُوذُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ) أي: على الآخذ (عَلَى^(٢) الْأَصْحَحِّ فَيُضْمَنُهُ إِنْ تَلَفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ) لأنه يأخذه لغرضه كالمستام، بل أولى؛ لأن المالك لم يسلطه.

قال في «المحرر»: وهذا أقوى الوجهين^(٣).

وقال في «الشرح»: إنه أقوى في المعنى، وهو الذي أورده الصيدلاني، والإمام والغزالي^(٤).

والثاني: لا؛ لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل به إلى الحق فأشبهه الرهن،

(١) «نهاية المطلب» ١٩/١٩١.

(٢) كذا في الأصل، وفي «المنهاج»: في.

(٣) «المحرر» (ص ٥٠٥). (٤) «الشرح الكبير» ١٣/١٥٠.

وإذن الشرع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك، وهذا أصح عند الروياني، فعلى الأول ينبغي أن يبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان، ولو أنخفضت القيمة أو ارتفعت، ثم تلف فهي مضمونة عليه بالأكثر، ولو أتفق ردُّ العين لم يضمن نقص القيمة كالغاصب.

فرع:

لو باعه وتملك ثمنه ثم قضى المستحق دينه ففيما علق عن الإمام أنه يجب عليه رد قيمة المأخوذ^(١)، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب فأخذه وباعه ثم رد الغاصب المغصوب، فإن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه، لكن أخذ المستحق وبيعه وتملكه بالثمن نازل منزلة دفع المستحق عليه، وما دام المغصوب باقياً فهو المستحق، والقيمة تؤخذ للحيلولة، فإذا رد العين فيرد القيمة كما لو دفع القيمة بنفسه، وهنا المستحق الدين، فإذا باع وأخذها [فما]^(٢) ينبغي أن يرد شيئاً، ولا أن يُوفَّر عليه بعد ذلك شيء.

فرع:

ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة، فإن أنتفع لزمه أجره المثل. قال: (وَلَا يَأْخُذُ) أي: المستحق (فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أُمْكِنَهُ الْاِقْتِصَارُ) لحصول المقصود به، فإن زاد فالزيادة مضمونة عليه، وإن لم يكن بأن لم يظفر إلا بمتاع تزيد قيمته على قدر حقه فإن قلنا: لو كان المأخوذ

(١) «نهاية المطلب» ١٩٢/١٩.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

قدر حقه لا يكون مضموناً فكذا الزيادة، وإن قلنا يكون مضموناً لم يضمن الزيادة على الأصح للعذر، ثم إذا كان المأخوذ أكثر من حقه، فإن كان مما يتجزأ باع منه قدر حقه وسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها، وإن كان لا يتجزأ فإن قدر على بيع البعض بما هو حقه باعه وسعى في رد الباقي إليه، وإن لم يقدر باع الجميع وأخذ من ثمنه قدر حقه، وحفظ الباقي إلى أن يرده.

فرع:

حقه دراهم صحاح فظفر بمكسرة فله أخذها ويملكها لحقه، ولو أَسْتَحَقَّ مكسرة فظفر بصحاح فالمذهب جواز الأخذ؛ لاتحاد الجنس. وقيل: فيه الخلاف في اختلاف الجنس؛ لاختلاف الغرض. وإذا أخذها فليس له تملكها، ولا أن يشتري بها مكسرة، لا متفاضلاً لما فيه من الربا، ولا متساوياً؛ لأنه يُجْحَفُ بالمأخوذ منه، لكن يبيع صحاح الدراهم ٣٠٦ب/ بدنانير ويشتري بها دراهم مكسرة^(١) ويتملكها.

فرع:

شخصان ثبت لكل واحد منهما على صاحبه مثل ما له عليه، ففي حصول التقاص أقوال، ستأتي إن شاء الله تعالى في الكتابة، فإن قلنا: لا يحصل التقاص فجحد أحدهما الآخر فهل للآخر جحده ليحصل التقاص للضرورة؟ وجهان أصحهما: نعم.

قال: (وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمِ غَرِيمِهِ) أي: كما يجوز الأخذ من مال

(١) في الأصل: مكسورة. والمثبت هو الصواب.

الغريم الجاحد أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريم الغريم، بأن يكون لزيد على عمرو دين، ولعمرو على بكر مثله، يجوز لزيد أن يأخذ من مال بكر ما له على عمرو، ولا يمنع من ذلك رد عمرو وإقرار بكر له، ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو.

فرع:

جحد دينه وله عليه صك بدين آخر قد قبضه، وشهود الصك لا يعلمون القبض. قال أبو سعد: له أن يدعي ذلك، ويقيم البينة، ويقبضه بدينه الآخر، وصححه في «الروضة»^(١)، وفي «فتاوى القفال» أنه ليس له ذلك؛ لأنهم لو شهدوا، وقال للمدعى عليه: إني قبضت ما شهدوا به واستحلفه لم يكن له أن يحلف، وذلك يدل على أن ما يشهدون به غير ما يدعيه.

فرع:

لو حدثت من المأخوذ زيادة قبل تملكه بحيث يجوز أو قبل بيعه، فهي على ملك المأخوذ منه، قاله في «الروضة»^(٢).



(١) ، (٢) «روضة الطالبين» ٧/١٢.

فصل

قال: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُدَّعِيَّ مَنْ يُخَالِفُ قَوْلَهُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُوَافِقُهُ) أي: فإذا ادَّعى زيد ديناً في ذمة عمرو، أو عيناً في يده فأنكر، فزيد هو الذي لو سكت ترك، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر براءة ذمة عمرو وفراغ يده من حق غيره. وعمرو هو الذي لا يترك، ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدَّع بمقتضى هذا القول والقول الثاني، وعمرو مدعى عليه.

والقول الثاني: أن المدعي من لو سكت خلِّي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لا يخلِّي ولا يكفيه السكوت. والخلاف المذكور يوهم أنه منصوص، والمشهور أنه مستنبط من اختلاف الشافعي في مسألة إسلام الزوجين المذكورين.

قال: (فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ فَقَالَ أَسْلَمْنَا مَعًا فَالنِّكَاحُ بَاقٍ، وَقَالَتْ مُرْتَبًا) أي: فلا نكاح (فَهُوَ مُدَّعٍ) لأن ما يزعمه خلاف الظاهر، وهي مدعى عليها، فتحلف ويرفع النكاح، هذا إذا قلنا بالأظهر، وهذا أي: المصنف نفى التفريع، فإن قلنا بالثاني فالمرأة مدعية وهو مدعى عليه؛ لأنه لا يترك لو سكت؛ لأنها تزعم أنفساخ النكاح، فيحلف ويستمر النكاح.

ولو قال الزوج: أسلمت قبل. فلا نكاح ولا مهر، فقالت: بل أسلمنا معًا، وهما بحالهما فقلوه في الفراق يلزمه، وأما المهر فالقول قوله على الأظهر. وعلى الثاني: قولها؛ لأنها لا تترك بالسكوت؛ لأن الزوج يزعم سقوط المهر، فإذا سككت ولا بينة جعلت ناكلة وحلف /٣٠٧/ وسقط المهر. قال الأصحاب: والأمناء الذين يصدقون في الرد يمينهم مدَّعون؛ لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن أكتفي منهم باليمين؛

لأنهم أثبتوا أيديهم لغرض المالك وقد أئتمنهم، فلا يحسن تكليفهم بينة الرد، وأما على القول الثاني فهم^(١) مدعى عليهم؛ لأن المالك هو الذي لو سكت ترك، وهذا قد تعرض له الرافعي في «المحرر» بقوله: والأمناء المصدّقون في الرد مدّعون، لكن أكتفي بيمينهم^(٢).

قال الروياني وغيره: وقد يكون الشخص مدعيًا ومدعى عليه في المنازعة الواحدة، كما في صورة التحالف، هذا منقول الأصحاب في هذا الموضع.

قال الرافعي: ووراءه كلمات: أحدها: يمكن أن يعكس ما ذكره من البناء، ويقال: إن قلنا: إنَّ المدعي من ترك وسكوته فالمدعي في مسألة اختلاف الزوجين إنما هو الزوج؛ لأن النكاح حقه، فلو تركها ولم يطالبها ترك، وهي لا تترك لو سكتت وأعرضت. وإن قلنا: إن المدعي من يخالف الظاهر. فهي المدعية؛ لأنها تزعم ارتفاع النكاح، والظاهر دوامه^(٣).

الثاني: ما المعني بالظاهر في الحد أيعنى به مطلق ما يدل عليه دليل، أم يعني الظن الأرجح والأغلب، أم أستصحاب ما كان من وجود أو عدم؟ إن عنيّا^(٤) الأول لزم أن يترك كل واحد من المتداعيين أبدًا؛ لأن دليلًا ما يدل على صدق هذا، وآخر يدل على براءة هذا.

وإن عنيّا الظن الأغلب والأرجح فهذا يختلف بالأشخاص والأحوال

(١) في الأصل: فهو. والمثبت هو الصواب.

(٢) «المحرر» (ص ٥٠٦).

(٣) «الشرح الكبير» ١٣/ ١٥٤ - ١٥٥.

(٤) في الأصل: عينا. والمثبت هو الصواب.

والقرائن الواقعة في الحادثة، فتارة يكون الأغلب على الظن صدق الطالب، وأخرى صدق المنكر.

وإن عنيما أستصحاب ما كان فلم نجعل المرأة مدعى عليها؟ إذا قلنا: إن المدعى عليه من يوافق الظاهر، وهي لا تستصحب شيئاً، بل ترك أستصحاب الأصل الذي كان؟

الثالثة: لا شك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس معنيا لعينه، وإنما الزوج ينفي أستدامة النكاح، وهي تزعم أرتفاعه، فيشبه أن يقال: كل واحد منهما مدعٍ لشيء، فأما الزوج فإنه في أستدامة النكاح وطلب طاعتها كطالب مال من غيره، وأما هي فدافعة لمن يقول: إنك أبرأتني، أو إني أديته. فإن قلنا يحلف الزوج فهو على قياس دعوى الدوافع. وقد ذكر البغوي: أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف المرأة فسببه تقوي جانبها بظاهر الحال، وإن كانت مدعية، كما يحلف المودع على الرد والهلاك وإن كان مدعياً؛ للمعنى الذي سبق.

قال الرافعي: وهذا طريق يغني عن تخريج القولين على الأصل المذكور. قال: واعلم أن المراد من قولهم: إن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، أو من يدعي أمراً جلياً أنه لو أنكر ونازع الطالب كان كذلك لا يتم، فيوقف كونه مدعى / ٣٠٧ب/ عليه على أن ينكر وينازع^(١).

قال: (وَمَتَى أَدْعَى نَقْدًا أَشْطَرُ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدَرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكْسُرُ إِنْ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيَمَةٌ) ليحصل التعريف فيقول لي عليه أو عنده. كما قال في

(١) «الشرح الكبير» ١٣/ ١٥٥.

«البحر»: ذهب دينار عتيق، أو فضة درهم جديد، ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي، فلا حاجة إلى بيان وزنه، ذكره الشيخ أبو حامد^(١). قال: (أَوْ عَيْنًا تَنْضِبُ كَحَيَوَانٍ وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ) في المثليات، أما في غيرها، كالثياب والعبيد، فيلزم أن يستوفي جميع الصفات؛ لأن غرض الدعوى تعيين الشخص من بين الجنس، بخلاف السلم، فإن الإطناب فيه قد يؤدي إلى عزة الوجود.

قال: (وَقِيلَ: يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيَمَةِ) احتياطًا، والأصح: المنع، ويكفي الوصف بما سبق.

قال: (فَإِنْ تَلَفَتْ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ) أي: بكسر الواو كما ضبطه بخطه (وَجَبَ ذِكْرُ الْقِيَمَةِ) لأنها الواجبة عند التلف، فإن كانت مثلية فلا حاجة إلى ذكرها، ويكفي الضبط بالصفات.

فرع:

لو ادّعى شيئًا محليًا اشترط ذكر قيمته، ويقومه بالذهب إن كان محليًا بالفضة، وبالفضة إن كان محليًا بالذهب، وإن كان محليًا بهما قوم بأحدهما للضرورة.

فرع:

يتعرض في العقار للناحية والبلدة والمحلة والسكة ويبين الحدود.

فرع:

يصح دعوى المجهول في مسائل سأذكرها في آخر الفصل.

(١) انظر: «الشرح الكبير» ١٣/١٥٦.

قال: (أَوْ نِكَاحًا لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَقُولُ نَكَحْتُهَا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ) أي: رشيد (وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ وَرِضَاهَا إِنْ كَانَ يُشْتَرَطُ) أي: لكونها غير مجبرة؛ لأن النكاح فيه حق لله تعالى وللآدمي، وإذا وقع لا يمكن أستدراكه، فلا تسمع دعواه إلا ببينة كالقتل، وفي وجه: لا يشترط التعرض لعدالة الولي والشاهدين. والأصح ما جزم به المصنف.

ولا يشترط على هذا ذكر أنتفاء الموانع من العدة ونحوها على الأصح؛ لأن الأصل عدمها، وهي كثيرة فيشق ذكرها، أما المجبرة فلا يتعرض لرضائها، ويتعرض لذكر المزوج من أب أو جد وعلمهما بذلك إن كانت الدعوى عليها، كما أشار إليه الإمام.

والوجه الثاني: يكفي الإطلاق كما أكتفي في دعوى أستحقاق المال بالإطلاق، وعلى هذا هل يشترط التقييد بالصحة؟ فيه وجهان أو قولان، أختار الإمام الاشتراط، فيقول: نكحتها نكاحًا صحيحًا وتبعه في «الوسيط»^(١).

والثالث: إن ادعى ابتداء النكاح وجب التفصيل، أو دوامه فلا؛ لأن الشروط لا تعتبر في الدوام.

فرع:

لا يشترط تعيين الشاهدين والولي، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يخل عنهم.

قال الرافعي: وقياس اشتراط وصف الولي والشاهدين بالعدالة

(١) «نهاية المطلب» ١٩/١١١-١١٢، «الوسيط» ٧/٤٠٦.

وجوب التعرض لسائر الصفات /٣٠٨/ المعتمدة في الأولياء^(١).

قال: (فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَلَا صَحَّ وَجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفٍ عَنَّتٍ) لأن الفروج يحتاط لها كالدم. قال في «المحرر»: وهذا هو الأقيس^(٢). وهي عبارة صاحب «الشامل» أيضًا.

والثاني: المنع، كما لا يشترط ذكر أنتفاء الموانع. والطول - بفتح الطاء - الفضل، والعنت: خوف الوقوع في الزنا.

قال: (أَوْ عَقْدًا مَالِيًا كَبَيْعٍ وَهَبَةٍ كَفَى الْإِطْلَاقُ فِي الْأَصَحِّ) لأن المقصود المال، وهو أخف شأنًا، ولهذا لا يشترط الإشهاد بخلاف النكاح، وهذا ما نقله ابن كج عن النص أيضًا.

والثاني: لا، بل لا بد من التفصيل والشروط كالنكاح.

والثالث: إن تعلق العقد بجارية أشرط التفصيل احتياطًا للبضع، وإلا فلا.

قال: (وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي) ولا تكليف حجة بعد إقامة حجة؛ ولأنه كالطعن في الشهود.

قال: (فَإِنْ أَدَّعَى آدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءً عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا حَلَفَهُ عَلَى نَفْسِهِ) لاحتمال ما يدّعيه، وهذا إذا ادّعى حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة ومضى زمن إمكانه، وإلا فلا يلتفت إلى قوله، فإن ادّعى جريان ذلك قبل شهادة الشهود فإن لم يحكم بعد حلف المدّعي على نفسه، وإن حكم لم يحلفه على الأصح؛ لثبوت المال عليه بالقضاء.

(٢) «المحرر» (ص ٥٠٦).

(١) «الشرح الكبير» ١٣/ ١٦٤ - ١٦٥.

قال: (وَكَذَا لَوْ أَدَّعَى عِلْمَهُ بِفُسْقِ شَاهِدِهِ أَوْ كَذِبِهِ فِي الْأَصَحِّ) لأنه لو أقر به لبطلت شهادتهم.

والثاني: لا، ويكتفى بظاهر العدالة وتعديل المزكين.
فرع:

تحليف القاضي والشهود لا يجوز قطعاً؛ لارتفاع منصبهما، وسيأتي في الباب أيضاً.

قال: (وَإِذَا أَسْتَمَهَلَ لِيَأْنِي بِدَافِعٍ أُمَهْلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) لأنها مدة قريبة لا يعظم الضرر فيها، ومقيم البيئة يحتاج إلى مثلها، وهذا هو الصحيح، وقيل: يوم واحد فقط.

قال: (وَلَوْ أَدَّعَى رِقَّ بَالِغٍ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) لأن الأصل الحرية فدعواه موافقة للأصل، وسواء كان المدعي أستخدمه قبل الإنكار وتسلبت عليه أم لا، وسواء جرى عليه البيع مراراً وتداولته الأيدي أم لا.
قال: (أَوْ رِقَّ صَغِيرٍ لَيْسَ فِي يَدِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ) لأن الأصل عدم الملك.

قال: (أَوْ فِي يَدِهِ حُكْمٌ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ أَسْتِنَادَهَا إِلَى التَّقَاطِ) كما لو أَدَّعَى الملك في دابة أو ثوب في يده، فإن أَسْتِنَدَتْ إِلَى التَّقَاطِ فلا في أظهر القولين، وفي قول: يقبل ويحكم له بالرق.

قال: (فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ فَإِنْكَارُهُ لَغَوٌّ) كما لو كان غير مميز، فيحكم له برقه. قال: (وَقِيلَ: كَبَالِغٍ) أي: فيحتاج مدعي الرق إلى بينة.
فرع:

إذا حكمنا برقه في الصغير فبلغ وأنكر الرق، فالأصح أ استمرار الرق

حتى تقوم بينة بخلافه.

قال: (وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ) إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال.

قال في «المحرر»: ٣٠٨ب/ وهذا ما رجح من الوجهين^(١). وأشار بذلك إلى ما ذكره في «شرحه» عن الهروي من كونه صحيحه. والثاني: تسمع ليثبت في الحال ويطلب في الاستقبال، وقد يموت من عليه فيتعجل الطلب.

وفيه وجه ثالث: تسمع إن كانت له بينة؛ ليسجل فيأمن غيبتها وموتها، وإلا فلا.

فرع:

المذهب في «الروضة» سماع دعوى الاستيلاء والتدبير وتعليق العتق^(٢)؛ لأنها حقوق ناجزة، وقيل: على الخلاف في الدين المؤجل، والاستيلاء أولاها بالقبول، وهذا المذكور في التدبير إن لم نجوز الرجوع عنه بالقول، فإن جؤزنا فإنكاره رجوع يبطل مقصود المدعي.

فرع:

ادّعي عليه دين مؤجل قبل المحلّ فله أن يقول في الجواب: لا يلزمني دفع شيء إليك ويحلف عليه، وهل له أن يقول: لا شيء عليّ مطلقاً؟ قال القفال: فيه وجهان، بناء على أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب؟ وفيه وجهان.

(١) «المحرر» (ص ٥٠٦).

(٢) «روضة الطالبين» ١٨/١٢

فروع متعلقة بالفصل :

الأول: لا يصح دعوى مجهول إلا في الوصية على الأصح؛ تحرّزاً من ضياعها، ولاحتمالها الجهالة، وإلا في الإقرار بالمجهول على الأصح في تصحيح البينة كالإقرار به، وإلا في دعوى الإبراء عن المجهول إذا صححناه، وإلا في دعوى الطريق في ملك الغير أو حق إجراء الماء.

قال القاضي أبو سعد الهروي: الأشهر أنه لا يشترط فيها إعلام قدرها، والمفوضة إذا طلبت الفرض من القاضي على قولنا لا يجب المهر بالعقد، والواهب يطلب الثواب، والمتعة والحكومة لا يتصور فيها إعلام.

الثاني: لا يشترط لصحة الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة أو معاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس، فتصح دعوى ذمي على شريف. وقال الإصطخري: إن شهدت قرائن الحال بكذب المدعي لم يلتفت إلى دعواه، مثل أن يدعي الذمي أستتجار الأمير أو الفقيه لعلف الدواب وكنس بيته، ومثل دعوى المعروف بالتعنت وجر ذوي الأقدار إلى القضاء وتحليفهم ليفتدوا منه بشيء^(١).

الثالث: لو ادّعى إبراء ولم يأت ببينة وقال: حلفوه أنه لم يبرئني حلفناه، ولا يكلف توفية الدين أولاً على الأصح.



(فَصْلٌ)

قال: (أَصْرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى السُّكُوتِ عَنْ جَوَابِ الدَّعْوَى جُعِلَ كَمُنْكَرٍ نَاكِلٍ) أي: تردّ اليمين على المدعي.

قال: (فَإِنْ أَدَّعَى عَشْرَةً فَقَالَ لَا تَلْزُمْنِي الْعَشْرَةَ وَلَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ وَلَا بَعْضُهَا، وَكَذَا يَحْلِفُ) أي: إن حلف؛ لأن مدعي العشرة مدعٍ لكل جزء منها فاشترط مطابقة الإنكار واليمين دعواه، وقال القاضي حسين: لا يكلف في الإنكار أن يقول: ولا شيء منها وإنما يكلف ذلك في اليمين، والصحيح الأول.

قال: (فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشْرَةِ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَنَاكِلٌ) أي: عما دون العشرة (فَيَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونِ الْعَشْرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ) /٣٠٩/ ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة. قال البغوي: إن عرض عليه القاضي اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها فله أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وحدها لم يكن له الحلف على بعضها، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه.

قال: (وَإِذَا أَدَّعَى مَالًا مُضَافًا إِلَى سَبَبٍ كَأَقْرَضْتِكَ كَذَا) أي: وكذا غصبت عبيدي وتلف عندك فعليك ضمانه. كما ذكره في «المحرر»^(١) (كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ شُفْعَةً [كَفَاهُ]^(٢) لَا تَسْتَحِقُّ

(١) «المحرر» (ص ٥٠٧).

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الشَّقْصِ) لأن المدعي قد يكون صادقًا في الإقراض وغيره، ويعرض بما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة، فلو نفى الإقراض وما في معناه كان كاذبًا، ولو أترف به وادعى المسقط طولب بالينة، وقد يعجز عنها، فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق. قال: (وَيُخْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا) أي: ولا يكلف التعرض؛ لنفي الجهة المدّعاة، ولو حلف على نفي الجهة المدّعاة بعد الجواب المطلق جاز، ذكره البغوي^(١).

(فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ) أي: بأن قال: ما أقرضتني أو: ما غصبت (حَلَفَ عَلَيْهِ) ليطابق اليمين الإنكار، وهذا هو المنصوص أيضًا. قال: (وَقِيلَ: لَهُ الْحَلْفُ^(٢) بِالنَّفْيِ الْمُطْلَقِ) كما لو أجاب في الابتداء كذلك.

قال: (وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرَى وَادَّعَاهُ مَالِكُهُ كَفَاهُ: لَا يَلْزُمُنِي تَسْلِيمُهُ) أي: ولا يجب التعرض للملك، فإن أقام المدعي بينة بالملك ففي «الوسيط» عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه، واعترض عليه بأنه قد يصدق في الشهود، ولا يجب التسليم لإجارة أو رهن^(٣).

قال: (فَلَوْ أَعْتَرَفَ بِالْمَلِكِ وَادَّعَى الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لأن الأصل عدمها.

(١) انظر: «الشرح الكبير» ١٣/١٧٦.

(٢) في الأصل: حلف. والمثبت من «المنهاج».

(٣) «الوسيط» ٧/٤١٢.

والثاني: أن القول قوله؛ لأن اليد تصدقه في ذلك.

قال: (فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلًا إِنْ أَعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ جَحَدَهُ الرَّهْنُ وَالْإِجَارَةَ فَحِيلَتُهُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ أَدَّعَيْتَ مِلْكًا مُطْلَقًا فَلَا يُلْزِمُنِي تَسْلِيمٌ، وَإِنْ أَدَّعَيْتَ مَرْهُونًا فَادُّكِرُهُ لِأَجِيبَ) قاله القفال، وقال القاضي حسين: إن الجواب لا يسمع مع التردد، بل حيلته أن يجحد ملكه إن جحد صاحب الدين والرهن، وعلى عكسه لو ادَّعى المرتهن وخاف الراهن عود الرهن لو اعترف بالدين، فعلى الوجه الأول يفصل فيقول: إن ادَّعيت ألفاً عندك به كذا رهناً فحتي أجيب، وإن ادَّعيت ألفاً فلا يلزمي، وعلى الثاني صارت العين مضمونة عليه بالجحود فلمن عليه الدين أن يجحده ويجعل هذا بذلك، ويشترط التساوي. ونظم الغزالي يقتضي ترجيح الأول^(١)، وهو الذي أورده الفوراني، وذكر أن المدعي عليه يفصل الجواب أبداً، ولا يكون ذلك إقراراً بشيء، مثل أن يدعي عليه ألفاً فيقول: إن ادَّعيت عن ثمن كذا فحتي أجيب، وإن ادَّعيت عن جهة أخرى فلا يلزمي، وللرافعي هنا سؤالان، فاطلبهما منه^(٢).

قال: (وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فَقَالَ: لَيْسَ هِيَ لِي، أَوْ هِيَ لِرَجُلٍ لَا أَعْرِفُهُ، أَوْ هِيَ لِابْنِي الطِّفْلِ / ٣٠٩ ب، أَوْ وَقَفْتُ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ مَسَجِدٍ كَذَا، فَلَأَصَحُّ أَنَّهُ لَا تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ وَلَا تُنَزَعُ مِنْهُ بَلْ يُحْلَفُ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَا يُلْزِمُهُ التَّسْلِيمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ يُمَكِّنُ مُحَاصِمَتَهُ وَتَحْلِيفَهُ سِئْلَ، فَإِنْ صَدَّقَهُ

(١) «الوسيط» ٤١٢/٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/١٧٧ - ١٧٨.

صَارَتِ الْخُصُومَةُ مَعَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ تَرَكَ فِي يَدِ الْمُقَرَّرِّ، وَقِيلَ: تُسَلَّمُ إِلَى يَدِ الْمُدَّعِي، وَقِيلَ يَحْفَظُهُ الْحَاكِمُ لِظُهُورِ مَالِكٍ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لَغَائِبٍ فَلَا صَحَّ أَنْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ، وَيُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَفْقَدَ الْغَائِبُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ قَضَى بِهَا، وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، فَيُخْلَفُ مَعَهَا، وَقِيلَ عَلَى حَاضِرٍ).

الشرح: إِذَا أَدْعَى عَيْنًا كَعَقَارٍ وَمَنْقُولٍ عَلَى إِنْسَانٍ وَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: لَيْسَ هُوَ لِي. نُظِرَ أَقْتَصَرَ عَلَيْهِ أَوْ يَضِيفُهُ إِلَى مَجْهُولٍ أَوْ إِلَى مَعْلُومٍ، وَقَدْ ذَكَرَهَا الْمَصْنَفُ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ، كَحَالِ الْأَوَّلِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقْتَصَرَ عَلَيْهِ أَوْ يَضِيفُهُ إِلَى مَجْهُولٍ بِأَنْ قَالَ: هُوَ لِرَجُلٍ لَا أَعْرِفُهُ. فَثَلَاثَةُ أَوَاجِهِ:

أَحَدُهَا: يَسْلَمُ الْمَالُ إِلَى الْمُدَّعِي؛ إِذْ لَا مَزَاحِمَ.

وِثَانِيهَا: تَصْرَفُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَبْرَأُ مِنَ الْمُدَّعِي وَيَنْتَزِعُ الْحَاكِمُ الْمَالُ مِنْ يَدِهِ، فَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً عَلَى الْإِسْتِحْقَاقِ أَخَذَهُ وَإِلَّا حَفَظَهُ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ مَالِكُهُ، وَأَصْحَاهَا كَمَا ذَكَرَهُ الْمَصْنَفُ: لَا يَتَصْرَفُ وَلَا يَنْتَزِعُ الْمَالُ مِنْ يَدِهِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُهُ وَمَا صَدَرَ عَنْهُ لَيْسَ بِمَزِيلٍ وَلَا يَظْهَرُ لغيرِهِ اسْتِحْقَاقُهُ، فَعَلَى هَذَا إِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَلِكَ لِمَعِينٍ قَبْلَ أَنْصَرَفَتِ الْخُصُومَةُ إِلَى ذَلِكَ الْمَعِينِ، وَإِلَّا فَيُقِيمُ الْمُدَّعَى الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ أَوْ يَحْلِفُهُ، وَهَلْ يَتِمَكَّنُ مِنْ أَنْ يَعُودَ وَيَدَّعِي لِنَفْسِهِ؟ وَجَهَانُ:

أَصْحَهُمَا: فِي «التَّنْبِيهِ» الْمَنْعُ، وَلَوْ قَالَ فِي الْجَوَابِ: نَصَفَهُ لِي وَنَصَفَ لآخر ففي النصف الأوجه الثلاثة.

الحال الثالث: أَنْ يَضِيفَ إِلَى مَعْلُومٍ، فَالْمُضَافُ إِلَيْهِ ضَرْبَانُ:

أحدهما: من يمتنع مخاصمته وتحليفه كما إذا قال: هو وقف على الفقراء، أو على المسجد الفلاني، أو على أبنى الطفل أو هو ملك له. فقال الشيخ أبو الفرج ومعه الغزالي^(١): إن الخصومة تنصرف عنه ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله، ولا يغني إلا البيّنة.

وقال البغوي: لو قال في الجواب: إنه لابني الطفل أو وقف عليه، فلا تسقط الدعوى بهذا، فإن أقام البيّنة أخذها، وإلا حلف المدعى عليه أنه لا يلزمه تسليمها إليه إذا كان هو قيم الطفل، وصححه في «المحرر»^(٢)، فتبعه المصنف.

الضرب الثاني: من لا يتعذر مخاصمته وتحليفه كما إذا أضاف إلى شخص معيّن، وهو نوعان: حاضر في البلد وغائب. فالحاضر في البلد يراجع، فإن صدّق المدعى عليه أنصرفت الخصومة إليه، وإن كذّبه فأربعة أوجه، ثلاثة سبقت في الإقرار وعليها أقصر المصنف هنا أيضاً: أصحابها: كما قال المصنف وهو أرجحها في «المحرر»: يترك في يد المقر^(٣).

وثانيها: يسلم إلى المدعي؛ لأنه لا منازع له.

وثالثها: يحفظه الحاكم لظهور مالكة.

ورابعها: حكاها ابن الصباغ: أنه يقال للمدعي: أدّعه لنفسك. فيكون الخصم، أو: لمن يصدقك. فيكون هو الخصم، فإن أمتنت جعلت ناكلاً وحلفنا المدعى.

(١) «الوسيط» ٧/ ٤١٤.

(٢)، (٣) «المحرر» (ص ٥٠٧).

النوع الثاني: الغائب، فإذا أضاف المدعي إلى غائب /٣١٠/ ففي أنصراف الخصومة عنه أوجه:

أصحها وبه قال الأكثرون: ينصرف؛ لأن المال بظاهر الإقرار لغيره. الأقوى أن الغائب إذا عاد وصدقه أخذه، وإذا كان المال لغيره وجب أن تكون الخصومة معه.

والثاني: لا، وهو ظاهر نصه في «المختصر»؛ لأن المال في يده، والظاهر أنه له، فلا يمكن من صرف الخصومة عنه بالإضافة إلى غائب وقد لا يرجع، ويخالف ما إذا أضاف إلى صبي أو مجنون، فإن هناك يمكن مخاصمة وليه.

والثالث: إن قال: هو لفلان، وهو في يدي إجارة أو إعارة أو وديعة أو غيرها أنصرفت، وإن أقتصر على قوله: ليس لي وإنما هو لفلان فلا، فإن قلنا بالأصح نظر إن لم يكن للمدعي بينة، فله تحليف المدعى عليه على أنه لا يلزمه تسليمه إليه، فإن نكل حلف المدعي وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب وصدق المقر رد المال عليه بلا حجة؛ لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، ثم يستأنف المدعي الخصومة معه، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر أخذ المال أيضًا، وهل هو قضاء على الحاضر الذي جرت الخصومة معه أم على الغائب؛ لأن المال بمقتضى الإقرار له؟ وجهان: أصحهما: الأول، كما صححه المصنف حتى لا يحتاج المدعي مع البينة إلى يمين. قال في «المحرر»: وهو أقوى الوجهين^(١).

هذا كله إذا لم يقم المدعى عليه بينة أن المال للغائب، فإن أقامها

(١) «المحرر» (ص ٥٠٨).

نظر إن ادّعى أنه وكيل من جهة الغائب وأثبت الوكالة فينته على أن المال للغائب مسموعة مرجحة على بينة المدعي، وإن لم يثبت الوكالة فقد حكى الإمام والغزالي فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: لا تسمع بينته، وبه قال الجويني؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب، فعلى هذا الحكم كما لو لم تكن بينة. وثانيها: تسمع لدفع التهمة عنه.

وثالثها: إن اقتضرت البينة على أنه لفلان الغائب لم تسمع، وإن تعرّضت مع ذلك لكونه في يد المدّعى عليه بعارية أو غيرها سمعت^(١). قال: (وَمَا قَبْلَ إِقْرَارِ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ فَالدَّعْوَى عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْجَوَابُ، وَمَا لَا كَأَرْشٍ) أي: وضمان الأموال (فَعَلَى السَّيِّدِ) لأن الرقبة - التي هي متعلقها - لحق السيد، فإن وجهت الدعوى على العبد فطريقان، كذا في الرافعي^(٢).

وقال في «الروضة»: فيه وجهان^(٣):

أحدهما: وهو اختيار الإمام^(٤) والغزالي^(٥) المنع؛ لأن إقراره به غير مقبول.

وثانيهما: نعم، وبه قطع البغوي، إن كان للمدّعي بينة، وكذا إن لم

(١) «نهاية المطلب» ١٩/١٢٧ - ١٢٨، «الوسيط» ٧/٤١٤.

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/١٨٧.

(٣) «روضة الطالبيين» ١٢/٣٠.

(٤) «نهاية المطلب» ١٩/١٩٩ - ٢٠٠.

(٥) «الوسيط» ٧/٤١٦.

تكن بينة، وقلنا: اليمين المردودة كالبينة. وإن قلنا: كالإقرار فلا. قال الرافعي^(١): وفي كلٍّ من الطرفين إشكال، والمتوجه أن يقال: تسمع الدعوى عليه؛ لإثبات الأرش في ذمته، ولا تسمع الدعوى والبينة عليه؛ لتعلقه بالرقبة.

فرع يختم به الفصل:

من أدعى على رجل دينًا أو عينًا ولم يحلفه وطلب كفيلاً منه ليأتي بالبينة لم يلزمه إعطاؤه كفيلاً وإن أعتاد القضاة خلافه، هذا هو المشهور. وقال بعض المتأخرين: الأمر فيه إلى رأي الحاكم، وإن أقام شاهدين وطلب كفيلاً إلى أن يعدّلاً فالصحيح أنه يطلب به، وإن امتنع حبس لامتناعه لا لثبوت الحق. وقال القفال: لا يلزمه إعطاء الكفيل لكن للحاكم أن يطالب به إذا أدى اجتهاده إليه وخاف هربه.



(١) «الشرح الكبير» ١٣/١٨٨.

(فَصْلٌ)

قال: (تُغْلَظُ يَمِينُ مُدَّعٍ / ٣١٠ب/ وَمُدَّعَى عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ) أي: دعوى الدم والنكاح والطلاق والرجعة والإيلاء واللعان والعتق والحد والولاء والوكالة والوصايا حتى في الولادة والرضاع وعيوب النساء، وليس قبول شهادة النساء فيها منفردات لعلّة خطرهما، بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالبًا، وتوقف الإمام في الوكالة، وقال: التغليظ إنما يليق فيما يعظم خطره^(١).

فائدة:

تغليظ اليمين تفخيمها وتشديدها، يقال: غلظ الشيء غلظًا صار غليظًا.

قال: (وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نَصَابَ زَكَاةٍ) أي: وهو عشرون دينارًا ومائتا درهم، واحترز بذلك عن القليل، وهو ما دون ذلك، فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضي التغليظ؛ لجرأة في الحالف فله التغليظ. وعن ابن القطان وجه غريب: أن المال الواجب بالجناية عمدًا وخطأ يغلظ فيه، وإن قل، وعن مالك أن الكثير يضبط بنصاب السرقة^(٢)، والمعتمد في الفرق في المال بين الكثير والقليل ورود الآثار، قاله الرافعي^(٣).

(١) «نهاية المطلب» ١٨/٦٤٨.

(٢) أنظر: «بداية المجتهد» ٤/١٧٨٠.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣/١٩١.

قال: (وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللَّعَانِ) أعلم أن التغليف يقع بوجوه: أحدها: التغليف اللفظي: وهو ضربان: أحدهما: التعديد والتكرير، وهو مخصوص بالقسامة واللعان وواجب فيهما.

والثاني: زيادة الأسماء والصفات بأن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، أو والله الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم السر وأخفى، وهذا الضرب مستحب، فلو أقتصر على قوله: والله كفى، واستحب الشافعي أن يقرأ على الحالف: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ﴾ الآية [آل عمران: ٧٧]، وأن يحضر المصحف ويوضع في حجر الحالف، وذكر بعضهم: أنه يحلف قائماً زيادة في التغليف.

والوجه الثاني: التغليف بالمكان.

والثالث: التغليف بالزمان، وهما مفصلان في كتاب اللعان كما سلف، وعند أبي حنيفة^(١) وأحمد^(٢): لا تغليظ بالزمان ولا بالمكان، والتغليظ بهما عندنا مستحب على الأصح كما سبق في بابه. ورأى الإمام^(٣) طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليف اللفظي، ومن وجوه التغليف المذكورة في اللعان: التغليف بحضور جمع كما سلف، ولم يذكره هنا. قال الرافعي: ويشبه أن يقال: الأيمان المتعلقة بإثبات حدٍ أو دفعه يكون التغليف فيها بالجمع، كما هو في اللعان^(٤). وقال في

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ٢٢٨/٦.

(٢) أنظر: «المغني» ٢٢٧/١٤.

(٣) «نهاية المطلب» ٦٥٠/١٨. (٤) «الشرح الكبير» ١٩٠/١٣.

«الروضة»: الصواب القطع بأنه لا يعتبر هنا، ثم التغليظ هل يتوقف على طلب الخصم، أم يغلظ القاضي وإن لم يطلبه الخصم؟ وجهان، أصحهما: الثاني، حكاه ابن كج^(١). قال الرافعي: ويشبه أن يجريا سواء قلنا بالإيجاب أو بالاستحباب^(٢).

قال: (وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ) أي: القطع (فِي فِعْلِهِ) أي: نفياً / ٣١١/ كان أو إثباتاً؛ لأنه يعلم حال نفسه ويطلع عليها. قال: (وَكَذًا فِعْلٌ غَيْرُهُ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا) لأنه يسهل الوقوف عليه، وهذا كما أنه يشهد به.

قال: (فَإِنْ كَانَ نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ) لأن النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه، ولهذا لا تجوز الشهادة على النفي فيقول: والله ما علمت أنه فعل كذا، قال القاضي أبو الطيب وغيره: فلو حلف على البت أَعْتَدَّ به؛ لأن ذلك يكون محمولاً على العلم، وقد يختصر فيعبر بعبارة أخرى، فيقال: اليمين على البت إلا إذا حلف على نفي فعل غيره. قال: (وَلَوْ أَدْعَى دَيْنًا لِمُورَثِهِ فَقَالَ أَتَرَأْنِي حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ) لأنه حلف على فعل الغير.

قال: (وَلَوْ قَالَ جَنَى عَبْدُكَ عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذًا فَلَا صَحَّ حَلْفُهُ عَلَى الْبَتِّ) لأن عبده ماله، وفعله كفعل نفسه؛ ولذلك سمعت الدعوى عليه. والثاني: يحلف على نفي العلم؛ لأنه حلف يتعلق بالرقبة والذمة معاً حتى يتبع بما فضل بعد العتق، فإن قلنا بالأول حلف على البت؛ لأنه

(١) «روضة الطالبين» ٣٢/١٢.

(٢) «الشرح الكبير» ١٩٠/١٣.

يحلف ويخاصم لنفسه، وإن قلنا بالثاني فعلى العلم؛ لأن للعبد على هذا ذمة تتعلق بها الحقوق والرقبة كالمرتتهنة بما عليه.

قال: (قُلْتُ: وَلَوْ قَالَ جَنْتَ بِهِمَتُكَ) أي: بأن ادَّعى إتلافها زرعه أو نحوه، حيث يجب ضمانه بإتلافها (حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لأنه لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، وإنما يضمن بالتقصير في حفظها، وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف.

قال: (وَيَجُوزُ الْبَتُّ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطُّهُ أَوْ خَطُّ أَبِيهِ) أي: ولا يشترط فيه اليقين، كذا جزم به الرافعي^(١) أيضًا هنا، وظاهره: أنه يجوز البت بمجرد ظن مؤكد يعتمد خط نفسه، ولا يتوقف ذلك على تذكر ما وجد به خط نفسه، بل يكفي الظن المؤكد، وقال الرافعي في الباب الثاني من «جامع آداب القضاء» قبيل الطرف الثالث نقلًا عن صاحب «الشامل»: أنه لو وجد بخط نفسه: إن لي على فلان كذا. أو: أدَّيت إلى فلان دينه، لم يجز الحلف حتى يتذكر. ونبه على الفرق بين اعتماده على خط أبيه دون خط نفسه^(٢)، وتبعه في «الروضة» على ذلك^(٣)، وقد قدمت ذلك في كتاب القضاء قبل قوله: (فصل ليسو بين الخصمين).

قال ابن الرفعة: وما ذكره الرافعي في هذا الباب من خط نفسه حكاة البندنجي، وكذا صاحب «البحر» وغيره، وألحقوا أخبار العدل الواحد

(١) «الشرح الكبير» ٥/٥١٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٢/٤٩١.

(٣) «روضة الطالبين» ١١/١٥٩.

بذلك، وقال الماوردي: فيما إذا رأى ذلك مكتوبًا في حساب يغلب على ظنه صحته أو خبره به عدل: أنه يجوز له أن يدّعي به^(١). وهل يجوز له أن يحلف إذا ردت اليمين عليه، أو أقام شاهدًا؟ فيه وجهان، أحدهما: الجواز، والقائل بالجواز قال: إنه الظاهر من كلام الشافعي.

وفصل ابن الصباغ هنا ٣١١ب/ فقال: إذا وجد شيئًا بخط أبيه أو أخبره به عدل جاز أن يحلف إذا غلب على ظنه صدق ذلك. وهو ما أورده القاضي أبو الطيب هنا، وقال قبل كتاب القاضي إلى القاضي بيسير: إن الإنسان إذا وجد بخط نفسه على إنسان فلا يطالب به، ويحلف عليه حتى يتيقنه، وكان الفرق أنه من خط نفسه يمكنه التذكر بخلاف خط أبيه.

قال: (وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْقَاضِي الْمُسْتَحْلِفِ) للحديث الصحيح: «اليمين على نية المستحلف»^(٢) وقد تقدم في كتاب الأيمان قبل الكلام على الكفارة، (فَلَوْ وَرَى) يعني: الحالف (أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ أَسْتَشْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ) لما قلناه، فإن سمعه القاضي عزّره وأعاد اليمين عليه، فإن قال: كنت أذكر الله. قيل له: ليس هذا وقته.

وفي تعليق القاضي حسين: أنه إذا استثنى بلسانه ولم يسمعه القاضي لم تنعقد يمينه ولا كفارة عليه، وإن استثنى بالنية لم ينفعه لئلا تعطل الأحكام، بخلاف عدم سماعه، فإنه نادر. وقدمت في الموضع المشار إليه من كتاب الأيمان ما إذا ادّعى حنفي على شافعي شفعة الجوار، والقاضي يرى إثباتها، وحكاية الخلاف في ذلك فراجع.

(١) «الحاوي الكبير» ٤٦/١٧.

(٢) مسلم (٢١/١٦٥٣) من حديث أبي هريرة.

وعن صاحب «التقريب»: أن القضاء في المجتهد فيه ينفذ في حق المقلد ظاهراً وباطناً، ولا ينفذ في حق المجتهد باطناً، فلو حلف المجتهد على حسب أجهاده لم يأثم.

فرع:

نائب القاضي كالقاضي فيما سلف أما إذا حلف الإنسان ابتداءً أو حلفه غير القاضي من قاهر أو خصم أو غيرهما فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف، وتنفعه التورية سواء حلف بالله سبحانه أو بطلاق وبعثاق وغيرهما، صرح به الماوردي ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب ذكره في كتاب الطلاق، وقدمته أيضاً في الموضع المشار إليه من كتاب الأيمان، وذكرت هناك أنه لو حلف القاضي بالطلاق والعتاق أن التورية تنفع، ويكون الاعتبار بنية الحالف؛ لأن القاضي ليس له التحليف بهما. ونقلناه عن «شرح مسلم»^(١) للمصنف.

قال: (وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حُلْفَ) كذا وقع في نسخة المصنف: (ومن توجهت عليه يمين) وصوابه (دعوى) بدل (يمين) كذا هو في «الشرحين»^(٢) و«الروضة»^(٣)، وكذا هو في «المحرر»، فإنه قال: ومن توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكره يُحْلَفُ عليه حتى يجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والعتق والاستيلاء وغيرها^(٤). أنتهى.

(١) «شرح مسلم» للنووي ١١٧/١١.

(٢) «الشرح الكبير» ٢٠٠/١٣.

(٣) «روضة الطالبين» ٣١٦/٨. (٤) «المحرر» (ص ٥٠٨).

والأصل فيما نحن فيه قوله عليه السلام: « واليمين على من أنكر » وقد سلف في أول الباب، وعند مالك وأحمد^(١) أن التحليف لا يجري فيما لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين. وقال أبو حنيفة^(٢): لا يجري التحليف في النكاح وغيره بما سلف بناءً على أن المطلوب بالتحليف الإقرار أو النكول ليحكم بالنكول، والنكول نازل منزلة البدل والإباحة، ولا مدخل للإباحة في هذه الأبواب.

فرع:

حدود الله تعالى لا يسمع فيها / ٣١٢ / الدعوى ولا يطلب الجواب؛ لأنها ليست خفاءً للمدعي، فإن تعلق به حق آدمي بأن قذفه، فيطلب حد القذف، فقال القاذف: حلفوه أنه لم يزن. فالأصح أنه يحلف، فإن حلف أقيم الحد على القاذف، وإن نكل حُلف القاذف وسقط حد القاذف، ولا يثبت بحلف حد الزنا على المقدوف.

قال: (وَلَا يُحْلَفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِه الظُّلْمَ، وَلَا شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ) لارتفاع منصبهما، ومسألة القاضي كررها المصنف؛ فإنه ذكرها في باب القضاء قبيل فصل: ل يكتب الإمام.

قال: (وَلَوْ قَالَ مُدْعَى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ. لَمْ يُحْلَفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ) لأنه لو كان كاذباً لم يمتنع من الإقدام على الحلف، فلا فائدة فيها. قال: (وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لَا بَرَاءَةً) لأنه عليه السلام أمر رجلاً بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه كأنه عرف كذبه، فدل على أن

(١) أنظر: «المغني» ٢٣٦/١٤.

(٢) أنظر: «بدائع الصنائع» ٢٢٦/٦ - ٢٢٧.

اليمين لا توجب البراءة، وهذا الحديث رواه أبو داود والنسائي والحاكم من حديث ابن عباس وقال الحاكم: صحيح الإسناد^(١). ووهم ابن حزم؛ حيث أعله^(٢).

قال: (فَلَوْ حَلَفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيْنَهُ حَكَمَ بِهَا) لما قلناه، وكذا لو ردت اليمين على المدعي فنكل ثم أقام بينة، وعن مالك: أنه إن كان عالماً عند التحليف أن له بينة بطل حقه عن البينة.

فرع:

هذا إذا لم يتعرض وقت تحليفه للبينة، وكذا إن تعرض لعدمها على الأصح كما ذكره المصنف قبيل القضاء على الغائب، وتقدم مبسوطاً. قال: (وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَفَنِي مَرَّةً فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحْلِفْنِي. مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ) لأنه محتمل غير مستبعد. ولا يسمع مثل ذلك من المدَّعي؛ لثلاث يتسلسل، والثاني: المنع؛ إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه، وهكذا، فيدور الأمر ولا ينفصل، وهذا ما نسبته القاضي إلى ابن القاص، وتبعه في «الروضة»^(٣) وتبعاً في ذلك أبا سعد

(١) يقصد به حديث ابن عباس أن رجلاً ادَّعى عند رجل حقاً، فاختصما إلى نبي الله ﷺ، فسأله البينة، فقال: ما عندي بينة، فقال للآخر: «احلف» فحلف، فقال: والله ما له عندي شيء، فقال رسول الله ﷺ: «بل هو عندك، أدفع إليه حقه»، ثم قال له رسول الله ﷺ: «شهادتك بأن لا إله إلا الله كفارة ليمينك». هذا لفظ الحاكم ٩٦، ٩٥/٤.

ورواه بنحوه أبو داود (٣٢٧٥)، والنسائي في «الكبرى» ٤٨٩/٣ (٦٠٠٦)، وأحمد ٢٥٣/١، ٢٨٨، ٢٩٦، ٣٢٢، ٧٠/٢.

وانظر: «تحفة المحتاج» للمصنف ٥٩٠/٢، و«التلخيص الحبير» ٢٠٩/٤.

(٢) «المحلى» ٣٨٨/٩ بتحقيقنا. (٣) «روضة الطالبيين» ٤٢/١٢.

الهروي، والذي رأيت في «أدب القضاء» لابن القاص الجزم بالتمكين، وهذا الخلاف محله إذا قال: حلفني مرة عند قاض وأطلق، فإن قال: عندك أيها القاضي، فإن حفظ الحاكم ما قاله لم يحلفه، ومنع المدعي مما طلبه وإن لم يحفظه حلفه ولا ينفعه إقامة البينة عليه، وعن ابن القاص سماعها فيه، حكاه الهروي عن «النص». قال الرافعي: وحقه الطرد في كل باب^(١). وأفاد ابن الرفعة أنه طرده. فعلى الأصح في مسألة الكتاب إن كانت له بينة أقامها وتخلص عن الخصومة وإن أستمهل ليقيم البينة فقياس البيّنات الدوافع أن يمهل ثلاثة أيام، كما قاله الرافعي وصرح به الروياني^(٢)، وعن القاضي حسين: أنه لا يمهل أكثر من يوم؛ لأنه كالمراوغ المتعنت، وإن لم تكن بينة حلف المدعي أنه ما حلفه، ثم يطلب المال.

فإن نكل حلف المدعي عليه وسقطت الدعوى، فلو أراد أن يحلف يمين الأصل لا يمين التحليف المردودة عليه، قال البغوي: ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى؛ لأنهما الآن في دعوى أخرى.

فرع:

لو قال المدعي في جواب المدعي عليه: حلفني مرة على أنني ما حلفته. وأراد /٣١٢ب/ تحليفه لم يجبه؛ لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى.

فرع:

لو ادّعى مالا على رجل فأنكر وحلف، ثم قال المدعي بعد أيام:

(١) «الشرح الكبير» ٢٠٦/١٣.

(٢) «الشرح الكبير» ٢٠٦/١٣ - ٢٠٧، «البحر» ١٤/١٠١.

حلفت يومئذ؛ لأنك كنت معسرًا لا يلزمك تسليم شيء إليّ، وقد أيسرت اليوم فهل يسمع لإمكانه أم لا؛ لئلا يتسلسل؟ وجهان، أحدهما في «الروضة»: أنه يسمع إلا إذا تكررت^(١).

قال: (وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَقَضَى لَهُ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ) لأنه ﷺ رد اليمين على طالب الحق، كما رواه الحاكم من حديث ابن عمر، وقال: صحيح الإسناد^(٢). وفي «المختصر» عن عمر ﷺ تحويل اليمين إلى المدعي، قال الأصحاب: والنكول كما يحتمل أن يكون تحررًا عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون تورعًا عن اليمين الصادقة، فلا يقضى به مع التردد والاحتمال.

(١) «روضة الطالبيين» ٤٣/١٢.

(٢) «المستدرک» ١٠٠/٤، ورواه الدارقطني في «السنن» ٣٨١/٥ (٤٤٩٠)، وتمام في «الفوائد» ١٩٧/١، والبيهقي في «الصغرى» ١٦٨/٤، وفي «الكبرى» ٣١٠/١٠، جميعهم من طريق محمد بن مسروق عن إسحاق بن الفرات عن الليث عن نافع عن ابن عمر به. قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. قال الذهبي: لا أعرف محمد، وأخشى أن لا يكون الحديث باطلًا.

وقال البيهقي في «معرفه السنن والآثار» ٣١٢/١٤: وهو غريب وفي إسناده من يجهل وضعفه أيضًا: ابن الجوزي في «التحقيق» ٣٨٩/٢، وابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» ٧٨٦/٥، والحافظ في «بلوغ المرام» ١٩٥/٢.

وقلت: فنخلص من هذا الكلام أن الحديث ضعيف، وذلك لجهالة محمد بن مسروق، والكلام على إسحاق بن الفرات فإنه وإن وثقه البعض فقد ضعفه بعض الأئمة، أنظر في ترجمة محمد بن مسروق: «تاريخ دمشق» ٢٤٥/٥٥، «رفع الإصر» لابن حجر ٤١٥/١، و«طبقات الحنفية» لعبد القادر بن أبي الوفاء ١٣٢/٢. وانظر ترجمة ابن الفرات في «میزان الاعتدال» ١٩٥/١، «تهذيب الكمال» ٤٦٦/٢، «التقريب» (٣٧٧).

وعند أبي حنيفة^(١) وأحمد^(٢) يقضى على المدعى عليه بنكول، واستثنى أبو حنيفة قصاص النفس، ووافقنا مالك على أنه لا يقضى بالنكول، لكن قال: ما ثبت بشاهد ويمين ترد فيه اليمين على المدعي، وما لا فلا يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر^(٣).

فرع:

لو لم يعرف المدعى تحويل اليمين إليه بنكول المدعى عليه عرفه القاضي وبين أنه إن حلف أستحق.

قال: (وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي أَخْلِفْ فَيَقُولَ لَا أَخْلِفُ) بظهوره فيه، وخالف البغوي في قوله: لا أخلف.

قال: (فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ) كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء نازل منزلة الإنكار، ثم إنما نحكم بنكوله بذلك إذا لم يظهر كون السكوت لدهشة أو غباوة ونحوهما.

قال: (وَقَوْلُهُ) يعني: القاضي (لِلْمُدَّعِي: أَخْلِفْ حُكْمَ بِنُكُولِهِ) أي: نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدعي ناكل.

فرع:

لو قال: أتحلف بالله؟ فقال: لا. فليس بنكول، ولو بدر حين سمع هذه الكلمة وحلف لم يعتد بيمينه؛ لأنه أستخبار لا استحلاف.

فرع:

قوله: أتحلف كما حلف. كذا نقله الروياني، ثم قال: وعندي فيه نظر.

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ٤٢/٦. (٢) أنظر: «المغني» ٢٣٣/١٤.

(٣) أنظر: «بداية المجتهد» ١٧٨٣/٤.

فرع:

يستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات، والاستحباب فيما سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول. وقال أبو حنيفة: العرض ثلاثاً شرطاً^(١)، ولو تفرس فيه سلامة جانب شرح له حكم النكول، فإن لم يشرح وحكم بأنه ناكل، وقال المدعى عليه: لم أعرف حكم النكول. ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام، أحدهما: النفوذ^(٢). وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل أن ينكل.

قال: (وَالْيَمِينُ الْمَرْذُودَةُ فِي قَوْلِ كَبَيَّةٍ) لأن الحجة اليمين، واليمين وجدت منه.

قال: (وَفِي الْأَظْهَرِ كِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ) لأنه بنكوله يوصل الحق إلى المستحق ٣١٣/ فأشبهه إقراره، وللقولين فروع كثيرة منها ما ذكره حيث قال: (فَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ) لكونه مكذباً للبيئة بالإقرار، هذا تفريع على الأظهر، ولهذا أتى بالفاء، وإن فرعنا على الأول سمعت، واعلم أن المصنف ذكر في أصل «الروضة» في الباب الخامس من هذا الباب ما يقتضي تصحيح القول الأول؛ فإنه قال في أثناء قوله: فروع: لو نكل الداخل عن اليمين فحلف الخارج وحكم له، ثم جاء الداخل بيينة سمعت على الصحيح، كما لو أقامها بعد بيينة الخارج. وقيل: لا تسمع بناءً على أن اليمين المردودة كالإقرار^(٣). هذا لفظه.

(١) أنظر: «المبسوط» ٤٠٠/٦. (٢) «نهاية المطلب» ١٨/٦٦٠.

(٣) «روضة الطالبين» ٦١/١٢.

فرع:

الأرجح أن الحق يجب بفراغ المدعي من اليمين المردودة. وقيل: لا بد من حكم الحاكم بالحق، وقد تقدم أيضاً في باب القضاء في أثناء قوله: (فصل: ليسو بين الخصمين).

قال: (فإن لم يخلف المدعي ولم يتعلل بشيء سقط حقه من اليمين وليس له مطالبة الخصم) وكذا إذا قال: لا أريد أن أحلف؛ كما ذكره في «المحرر»^(١) وحذفه المصنف؛ لفهمه من باب أولى. وقيل: يتمكن من استئناف الدعوى، وتحليفه في مجلس آخر، فإن نكل حلف المدعي، والأحسن والأقوى المنع، ولا ينفعه بعده إلا البينة؛ لثلاثا تتكرر دعواه في القضية الواحدة.

قال: (وإن تعلل بإقامة بيينة أو مراجعة حساب أمهل ثلاثة أيام) فقط لثلاثا تطول المدافعة.

قال: (وقيل: أبداً) لأن اليمين حقه فله تأخيرها إلى أن يشاء كالبينة، ولم يذكر الشافعي رحمته الله فيما إذا امتنع المدعي عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه، فقال ابن القاص: قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل المدعي عليه عن سبب امتناعه أيضاً.

وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق فارقين بأن امتناع المدعي عليه أثبت للمدعي حق الحلف، والحكم بيمينه، فلا يؤخر حقه بالسؤال، وامتناع المدعي لا يثبت حقاً لغيره، فلا يضر السؤال.

(١) «المحرر» (ص ٥٠٩).

قال: (وَإِنْ أَسْتُمْهَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ أَسْتُخْلَفَ لِيَنْظَرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمَهَّلْ) أي: إلا برضا المدعى؛ لأنه مقهور محمول على الإقرار أو اليمين بخلاف المدعى عليه، فإنه مختار في طلب حقه وتأخيرها، قال في «المحرر»: وهذا هو الأشهر^(١).

قال: (وَقِيلَ ثَلَاثَةٌ) للحاجة ولئلا يتضرر المدعى، واختاره الروياني. وقال فيما إذا أستمهل: يُسأل الفقهاء إن قضاة بلدنا أستمهلوا الإمهال يوماً. وفي «الحاوي»: يمهل ما قل من الزمان ولا يبلغ به ثلاثاً^(٢).

قال: (وَلَوْ أَسْتُمْهَلَ فِي أَوَّلِ الْجَوَابِ) أي: لينظر في الحساب (أُمَهَّلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ) أي: إن شاء، واعلم أن الرافعي في «المحرر» لم يجزم بهذه المسألة، وإنما قال: فقد ذكر أنه يمهل إلى آخر المجلس^(٣)، وأشار بذلك إلى القاضي أبي سعد الهروي فإنه نقلها عنه في «الشرح» وقال: ذكر أنه يمهلها إلى آخر المجلس إن شاء^(٤). وعذر المصنف في الجزم بها كون الرافعي لم يعزها إلى غيره، وجزم صاحب «التنبيه» بأنه لا يلزم المدعى إنظاره^(٥). وهو ظاهر ٣١٣ب/ لما فيه من تأخير حقه.

قال ابن الرفعة: وهو ما حكاه الإمام هنا وفي كتاب الإقرار، ولم يحك سواه.

(١) «المحرر» (ص ٥٠٩).

(٢) «البحر» ١٤/١٧٩، «الحاوي» ١٧/١٣٣.

(٣) «المحرر» (ص ٥٠٩).

(٤) «الشرح الكبير» ١٣/٢١٤.

(٥) «التنبيه» (ص ٢٥٥).

قال: ومقتضى ما ذكره صاحب «المهذب» وغيره من إمهاله في اليمين ثلاثة أيام بعد إنكاره للحق أن يمهّل ها هنا ذلك أيضًا^(١).

قال: (وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ وَالزَّمَنَاءُ الْيَمِينِ فَتَنَكَّلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ فَلَأْصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ) لأن مقتضى ملك النصاب ومضي الحول الوجوب، فإذا لم يأت بدافع أخذنا الزكاة. قال الجمهور: وليس هذا حكما بالنكول. وقال ابن القاص: نعم. وسبب تجويزه دعاء الضرورة إليه. قال في «المحرر»: وهذا الوجه هو الأشهر^(٢).

والثاني: لا يطالب بشيء إذ لم تقم عليه حجة.

والثالث: يحبس حتى يقرّ ويؤخذ منه أو يحلف فيترك.

والرابع: إن كان صاحب المال على صورة المدّعي بأن قال: أدبت المال في بلد آخر، أو إلى ساعٍ آخر أخذت منه، وإن كان على صورة المدّعي عليه بأن قال: ما تم حولي أو الذي في يدي لفلان المكاتب لم يؤخذ منه.

وقوله: (وَالزَّمَنَاءُ الْيَمِينِ) يحترز به عما إذا قلنا: إنها مستحبة في حقه. فإنه إذا نكل لا يطالب بشيء وهو واضح. وإن قلنا باللزوم، وانحصر المستحقون في البلد، وقلنا: بامتناع النقل فيرد أيضًا عليهم، وإلا فيتعذر الرد إلى الساعي والسلطان، وفيما ينقل فيه الخلاف في الكتاب.

(١) «المهذب» ٣/٣٩٦، «الكفاية» ١٨/٢٣٧.

(٢) «المحرر» (ص ٥٠٩).

قال: (وَلَوْ أَدَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ) أي: أو مجنون (دَيْنًا لَهُ فَأَتَكَرَّ وَنَكَلَ لَمْ يُحْلَفَ الْوَلِيُّ) لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد. قال في «المحرر»: وهذا ما رجح من الوجوه^(١) فينتظر بلوغ الصبي، وإفاقة المجنون.

قال: (وَقِيلَ: يُحْلَفُ) لأنه المستوفي.

قال: (وَقِيلَ: إِنْ أَدَّعَى مُبَاشَرَةً سَبَبَهُ حُلْفٌ) قال الرافعي: ولا بأس به^(٢). وقد رجحه العبادي، وأجاب به السرخسي، لكن الذي مال المذهبيون إلى ترجيحه المنع مطلقاً، والوجه الثالث موافق لما صححه في كتاب الصداق فيما إذا اختلف في قدره زوج وولي صغيرة، فإنه صحح التحالف، كما ذكره المصنف في بابه، ثم قال الرافعي إثر ذلك: والأظهر من الوجهين المنع فيما لا يتعلق بإنشاء الولي كدعوى التلف.



(١) «المحرر» (ص ٥٠٩).

(٢) «الشرح الكبير» ٢١٨/١٣.

(فصل)

قال: (ادْعَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ) أي: ولم ينسبها إلى أحدهما، لا قبل البينة، ولا بعدها (وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً سَقَطَتَا) لتكاذبهما في الشهادة، فعلى هذا كأنه لا بينة، ويصار إلى التحليف.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: تُسْتَعْمَلَانِ) صيانة لهما بقدر الإمكان، فتتزع العين ممن هي في يده؛ لأنه قضية كل واحد من البينتين.

فائدة:

(تستعملان) هو بالمشناة فوق؛ لأنه خطاب مؤنث غائب، وكذا هو بخط المصنف.

ثم فيما يفعل على هذا القول فيه ثلاثة أقوال، شرع المصنف في ذكرها فقال^(١): (فَفِي قَوْلٍ يُقْسَمُ) أي: إن كان^(٢) قبل القسمة؛ لما روى ابن حبان في «صحيحه» من حديث أبي هريرة / ٣١٤/ أن رجلين ادّعيا دابة، فأقام كل واحد منهما شاهدين، فجعلها النبي ﷺ بينهما نصفين^(٣). وفي «صحيح الحاكم» من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه

(١) زاد هنا في المخطوط: (قال).

(٢) ذكرها في هامش المخطوط، وقال: (لعله: كان).

(٣) «صحيح ابن حبان» (٥٠٦٨) من طريق قتادة عن خلاص عن أبي رافع عن أبي هريرة به. ورواه من هذا الطريق: ابن ماجه (٢٣٢٩)، والنسائي في «الكبرى» ٥/ ٤٣٠ (٥٩٥٦)، وأحمد ٢/ ٥٢٤، والدارقطني في «سننه» ٥/ ٣٧٧.

وروي أيضًا من طرق عن أبي موسى الأشعري: رواه أبو داود (٣٦١٣)، والنسائي في «الكبرى» ٥/ ٤٢٩ (٥٩٥٤)، والحاكم ٤/ ٩٥ وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

أن رجلين أدعيا بغيراً أو دابة إلى رسول الله ﷺ فجعلها بينهما. ثم قال: صحيح على شرط الشيخين^(١).

ولأن البينة أقوى من اليد، ولو تساويا في اليد لقسم بينهما، فهذا أولى. قال: (وَقَوْلٍ: يُقْرَعُ) أي: ويرجح جانب من خرجت قرعته؛ لحديث سعيد بن المسيب قال: أختصم رجلان إلى رسول الله ﷺ في أمر فجاء كل واحد منهما بشهداء عدول على عدة واحدة، فأسهم بينهما رسول الله ﷺ وقال: «اللهم أنت تقضي بينهما» فقضى للذي خرج له السهم، رواه أبو داود في «مراسيله» وذكر له البيهقي شاهداً^(٢)، وأيضاً فالقرعة تدخل في الحقوق المتساوية عند الاشتباه، كالسفر بإحدى نسائه^(٣) وعق عبده إذا أستوعبوا التركة^(٤).

قال: (وَقَوْلٍ: تُوقَفُ حَتَّى يَبَيَّنَ أَوْ يَضْطَلِحَا) لأن إحداهما صادقة والأخرى كاذبة، فكان كالمرأة إذا زوجها وليان مرتبان ونسي السابق، ولم يصحح الرافعي^(٥) ولا المصنف^(٦) شيئاً من هذه الأقوال الثلاثة

(١) أنظر الحديث السابق.

(٢) «المراسيل» لأبي داود (٣٩٨)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» ٢٠٨/١٢، والبيهقي في «الصغرى» ١٩٣/٤، وانظر الكلام عليه في «البدر المنير» ٦٩٥/٩.

(٣) روى البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (١٤٦٣) عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ، إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه ... الحديث.

(٤) روى مسلم (١٦٦٨) عن عمران بن حصين، أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً.

(٥) «الشرح الكبير» ٢١٩/١٣ - ٢٢١. (٦) «روضة الطالبين» ٥١/١٢.

على قول الاستعمال، نعم قال الإمام تبعًا للقاضي حسين أن الوقف أعدلها^(١)، وصححه الفارقي، وفي البيان عن الربيع أنه أصح، وضعف بأن وقف البيّنة على البيان يوجب الحكم بالبيان دون البيّنة، وهل يحتاج من خرجت قرعته على القول الثالث إلى اليمين؟ فيه قولان أو وجهان، بناهما ابن الصباغ على أن الحكم يقع بالبيّنة، أو بدعواه مع القرعة، فيحلف الثاني دون الأول، أما إذا أقرّ الثالث الذي في يده العين لأحدهما بعد قيام البيّنتين، فإن قلنا بالتساقط رجع إليه، وإن قلنا بالاستعمال فهل يرجح؟ فيه وجهان.

وأجاب القائلون بالصحيح، وهو قول التساقط عن حديث أبي هريرة بأنه يحتمل أن يكون المدعى به في أيديهما فأبطل البيّنتين وقسم بينهما. وعن حديث أبي موسى بأنه جاء في أبي داود و«صحيح الحاكم» أيضًا أنه ليست لواحد منهما بيّنة، وعن المرسل أنه يحتمل أن يكون ذلك الأمر عتقًا أو قسمة، قاله ابن الصباغ. وعن العباس على نسيان أسبق النكاحين بأنه يمكن فيه التذكر وهنا لا يمكن.

تنبيهات:

أحدها: قيل القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البيّتان صريحًا، كما إذا شهدت إحداهما بأنه قتل في وقت كذا والأخرى على الحياة في ذلك الوقت لم يجز قول الاستعمال، والأشهر طردهما في الحالين وقبل محلّهما إذا لم يمكن الجمع فإن أمكن قسم قطعًا. وقيل: إن لم يمكن

(١) «نهاية المطلب» ١٩/١٠٦.

سقطنا قطعاً، وإلا أستعملتا قطعاً كما في الوصية. وقيل: يبقى قول الوقف. وقيل: لا تجتمع الأقوال الثلاثة، بل موضع القسمة إذا أمكن الجمع والقرعة^(١) ما إذا لم يمكن.

الثاني: تنازعا نكاح امرأة وأقام كل واحد بينة. فقول: /٣١٤ب/ السقوط باقٍ بحاله، وكذا الوقف على الأصح، ولا مجال للقسمة، وكذا القرعة على الأصح.

الثالث: قال الرافعي: القول الأصح وهو التساقط منسوب إلى القديم^(٢)، وإذا كان كذلك فالمسألة من المسائل التي يُفتى فيها على القديم. قلت: ليس قديماً صريحاً، فقد قال ابن الصباغ: إنه الذي نص عليه الشافعي هنا- أي: في «المختصر»- وفي موضع آخر قال: إنه الجديد. وقال البندنجي: نص عليه في «الأم»^(٣) والبويطي، وقد قدمت التنبيه على ذلك في شرح الخطبة عند ذكر المسائل التي عدت مما يُفتى فيها بالقديم، وقد زدتها على ثلاثين مبيناً جملة منها في الجديد، وهو من المهمات التي لم تجتمع لغيري كذلك.

قال: (وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ) قال الرافعي: هذا هو الحاصل للفتوى من طريقين: إحداهما وبها قال الفوراني والغزالي: مجيء القولين في السقوط والاستعمال، فإن أسقطنا بقي المال في أيديهما كما كان، وإن أستعملتا فعلى قول القسمة تجعل بينهما ولا يجيء الوقف، إذ لا معنى للتوقف مع ثبوت اليد، وفي القرعة

(١) توجد إحالة بعدها غير واضحة.

(٢) «الشرح الكبير» ٢١٩/١٣. (٣) «الأم» ٢٦١/٦.

وجهان. والثانية وبها قال ابن الصباغ، والبغوي: يجعل المال بينهما؛ لأن بينة كل واحد رجحت في النصف الذي في يده^(١).

فرع:

لو شهدت بينة كل واحد بالنصف الذي هو في يد صاحبه حكم القاضي لكل منهما بما في يد صاحبه، ويكون المال في يدهما أيضًا كما كان لكن لا بجهة السقوط ولا بالترجيح باليد.

فرع:

لو كان لأحدهما بينة دون الآخر قضى له بالكل سواء شهد شهود بها ككل أو بالنصف الذي في يد صاحبه.

فرع:

لو لم يكن لواحد منهما بينة فكل واحد مُدَّعٍ في نصف ومدعى عليه في نصف، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر، ولا يتعرض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه في ما في يده، نص عليه وهو المذهب.

قال: (وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ) ترجيحًا لها، كما إذا كان مع أحد الخبرين قياس. وقيل: لا يقضى له إلا أن يحلف، والأصح المنصوص في القديم، كما قاله الروياني والرافعي^(٢) خلافه.

وهل يشترط في سماع بينة الداخل أن يبين سبب الملك من شراء، أو

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٢٣٣.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٢٢٤.

إرث أو غيرهما؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهما ربما أعتمدا ظاهر اليد، وأصحهما: لا، كينة الخارج، فإنها تسمع مطلقة مع احتمال أنهم أعتمدوا يداً سابقة، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل وهي بينة صاحب اليد ويسمى حصة الخارج بين أن يتبين بينة الداخل والخارج سبب الملك أو مطلقاً ولا بين إسناد البينتين وإطلاقهما إذا سمعنا بينة الداخل مطلقة، ولو تعرضا للنسب فلا فرق بين أن تتفق البينتان أو تختلفا، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص واحد بأن يقول: هذه أشتراها من زيد وهذه كذلك، أو يسند إلى شخصين، وفي إسناد الملك إلى شخص واحد وجه أنهما يستويان؛ لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث /٣١٥/ وكل واحد يدعي الانتقال منه.

قال: (وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي، وَلَوْ أُرِيلَتْ يَدُهُ بَيِّنَةً ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمُلْكِهِ مُسْتَنِدًا إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَاعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ شُهُودِهِ سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ، وَقِيلَ: لَا).

الشرح: متى تسمع بينة الداخل؟ ولها أحوال أربعة:

أحدها: أن يقيمها قبل أن يدعي عليه بشيء، فالصحيح كما جزم به المصنف أنها لا تسمع؛ لأن البينة إنما تقام على خصم. والثاني: تسمع لغرض التسجيل.

الثاني: أن يقيمها بعد الدعوى عليه وقبل أن يقيم المدعي بينة، فالأصح أنها لا تسمع أيضاً كما جزم به المصنف؛ لأن الأصل في جانبها اليمين فلا يعدل عنها ما دامت كافية. والثاني: تسمع لدفع اليمين، كالمودع تسمع بينته على الرد والتلف وإن كفت اليمين.

الثالث: أن يقيمها بعد أن أقام الخارج بينة، لكن قبل أن يعدلها فوجهان:

أحدهما: لا تسمع؛ لأنه مستغن عنها بعد، وأصحهما: تسمع، ويحكم بها كما هو ظاهر إطلاق المصنف؛ لأن يده بعد البينة معرضة للزوال فيحتاج إلى تأكيدها.

الرابع: أن يقيمها بعد بينة المدعي وتعديلها؛ فقد أقامها في أو ان إقامتها، فإن لم يقيمها حتى قضى القاضي للمدعي وسلم المال إليه نظر، إن لم يسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد فهو الآن مُدَّعٍ خارج، وإن أسنده واعتذر بغيبة الشهود ونحوهما فهل تسمع بينته؟ وهل يقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان: أحدهما: المنع؛ لأن تملك اليد يقضي بزوالها وبطلان حكمها، فلا ينقض القضاء. وأصحهما: نعم، كما صححه المصنف وينقض القضاء الأول؛ لأنها أزيلت لعدم الحجة، وقد ظهرت الحجة، فلو أقام البينة بعد الحكم للمدعي وقبل التسليم إليه سمعت بينته وقدمت على الصحيح؛ لبقاء اليد حساً. وإلى الوجه الآخر ذهب القاضي حسين؛ فإن الهروي حكى عنه أنه قال: أشكلت عليّ هذه المسألة نيفاً وعشرين سنة؛ لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وتردد جوابي فيها ثم أستقر على أنه لا ينقض.

وألحق ابن الصلاح بهذه المسألة ما إذا احتيج إلى بيع دار مقيم فشهدت بينة بأن قيمتها مائة وخمسون فبيعت بها وحكم الحاكم بصحته، ثم قامت بينة بأن قيمتها حينئذ مائتان، هل ينقض الحكم ويقضى بفساد البيع؟ قال: هو كالخلاف، وأفتي بنقضه؛ لأنه حكم

بناءً على أمر بان خلافه.

قال: (وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ: هُوَ مِلْكِي أَشْتَرَيْتَهُ مِنْكَ، فَقَالَ: بَلْ مِلْكِي وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَ الْخَارِجُ) لزيادة علم بينته، وفي عكسه القول قول الداخل؛ لأن مع بينته زيادة علم وهو الانتقال، ولو قال كل واحد لصاحبه: اشتريته منك وأقام بينة وخفي التاريخ فالداخل أولى.

قال: (وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ تُسْمَعْ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالًا) ٣١٥ب/ لأن المقر مؤاخذ بإقراره في المستقبل، ألا ترى أن من أقر أمس يطالب به اليوم؟ ولولا ذلك لم يكن للإقرار كبير فائدة، وإذا كان كذلك يستصحب ما أقر به إلى أن يثبت الانتقال.

قال: (وَمَنْ أَخَذَ مِنْهُ مَالٌ بَيِّنَةٌ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الانْتِقَالِ فِي الْأَصَحِّ) كالأجنبي، فإنه لا خلاف أنه لو ادَّعى عليه أجنبي وأطلق أنه يسمع. والثاني: يشترط؛ لأنه صار مؤاخذًا بالبينة كما لو أقر، ونقله بعض أصحاب الإمام عن الأكثرين.

قال: (وَالْمَذْهَبُ: أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرَجِّحُ) لكمال الحجة من الطرفين. والثاني: نعم؛ لأن القلب إلى قولهم أميل، وهذا أشبه الطريقين حكاية قولين في المسألة، والأول جديد، والثاني: قديم، والطريق الثاني القطع بالأول وحمل ما نقل عن القديم على حكاية مذهب الغير، ورجحها المصنف في أصل «الروضة»^(١)، وهو مخالف لما في الرافعي من ترجيحه لطريقة القولين كما قدمته.

(١) «روضة الطالبين» ٥٨/١٢.

فرع:

لو أختصت إحدى البينتين بزيادة ورع أو فقه جرى الطريقتان، قال في «الوسيط»: وعلى هذا الخلاف لو كانت في أحد الجانبين شهادة الخلفاء الأربعة عليهم السلام ^(١).

فرع:

في الرواية يثبت الرجحان بهذه الأمور على الأصح، والفرق أن للشهادة نصاباً فيتبع، ولا ضبط للرواية فيعمل بأرجح الظنين. قال: (وَكَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) أي: فإنه يرجح على المذهب؛ لقيام الحجة، وكل واحد منهما حجة بالاتفاق، وقيل: قولان، هذا ما في أصل «الروضة» ^(٢) في كيفية حكاية هذا الخلاف. وعبرة الرافعي: المشهور أنه لا ترجيح ^(٣). وعن الماسرجسي والفوراني أي: نقل قول آخر، وهو ترجيح الرجلين؛ لزيادة الوثوق بقولهما، وكذلك يثبت بقول رجلين ما لا يثبت بقول رجل وامرأتين. قال الرافعي: وقوله في «الوجيز»: وكذا لا يرجح رجل على رجل وامرأتين. أراد على أحد القولين على ما بينه في «الوسيط»، قال: ولم يرد القطع بعدم الترجيح ^(٤)، أنهى. وكلام الرافعي حينئذ مبين لكلامه في «الروضة» حيث يقول فلا يرجح الرجلان على المذهب، وقيل: قولان ^(٥). ولم يبين في «المحرر» كيفية الخلاف، وإنما قال: الأشهر لا يرجح ^(٦).

(٢) «روضة الطالبين» ٥٨/١٢.

(٤) «الشرح الكبير» ٢٣٢/١٣.

(٦) «المحرر» (ص ٥١٠).

(١) «الوسيط» ٤٢٩/٧.

(٣) «الشرح الكبير» ٢٣٢/١٣.

(٥) «روضة الطالبين» ٥٨/١٢.

قال: (فَإِنْ كَانَ لِلْآخِرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ رُجِّحَ الشَّاهِدَانِ فِي الْأَظْهَرِ) لأنها حجة بالإجماع^(١)، وأبعد عن تهمة الكذب في يمينه، وهذا القول صححه الرافعي تبعاً لجماعة، وقال في «البحر»: إنه ليس بشيء. والثاني: يتعادلان؛ لأن كل واحد منهما حجة كافية في المال، حكاه القاضي حسين عن الجديد. فعلى الأول لو كان مع صاحب الشاهد واليمين يد فهل يرجح صاحب اليد، أم صاحب الشاهدين، أم يتعادلان؟ فيه أوجه: أصحها ثالثها.

قال: (وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمَلِكٍ مِنْ سَنَةٍ، وَلِلْآخِرِ مِنْ أَكْثَرِ، فَأَلْظَهَرُ تَرْجِيحُ الْأَكْثَرِ) لأنها تثبت بالملك / ٣١٦/ في وقت لا تعارضها البينة الأخرى فيه، وفي وقت تعارضها الأخرى فيتساقتان في محل التعارض، ويثبت موجبهما فيما قبل محل التعارض. والأصل الثابت دوامه.

والثاني: وبه قطع بعضهم أنه لا ترجيح به؛ لأن مناط الشهادة الملك في الحال وقد أستويا فيه، فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد، وهذا القول حكاه القاضي حسين عن الجديد والأول عن القديم. ووقع في باب اللقيط في الحكم الثالث من «الشرح الكبير» أن القول الثاني أصح القولين^(٢)، وتبعه في «الروضة»^(٣) هناك. وعبر الرافعي في «الشرح الصغير» هناك بأنه أحد القولين، والظاهر أن الأول من طغيان القلم.

(١) «الشرح الكبير» ٢٣١/١٣.

(٢) «الشرح الكبير» ٤١٩/٦. (٣) «روضة الطالبين» ٤٤٢/٥.

ثم فرع المصنف على القول الأظهر فقال: (وَلِصَاحِبِهَا الْأُجْرَةُ وَالزِّيَادَةُ) أي: الحادثة (مِنْ يَوْمِئِذٍ) لأنه نماء ملكه، وإن قلنا بمقابل الأظهر ففيه الخلاف السابق في تعارض البينتين.

قال: (وَلَوْ أَطْلَقْتُ بَيِّنَةً وَأَرَخْتُ أُخْرَى فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ) أي: فيتعارضان، وقيل: تقدم المؤرخة، واعلم أن من قطع في مختلفتي التأريخ بأنه لا ترجيح فهنا أولى، ومن أثبت الخلاف هناك تحزبوا؛ فمن طارد القولين هنا وجه تقديم المؤرخة أنها تثبت الملك من وقت معين، والأخرى لا تقتضي إلا الملك في الحال.

ووجه التسوية أن المطلقة كما لا تقتضي الإثبات قبل الحالة الراهنة لا تنفيه أيضًا. ولعله لو بحث عنها أثبتت الملك قبل ذلك الوقت، ومن قاطع بالتسوية، قال الرافعي: وكيف فرض الخلاف فالظاهر التسوية هنا، ولم يرجح واحدًا من الطريقتين المذكورين^(١). وعبارة «أصل الروضة»: فالمذهب أنهما سواء. وقيل: تقدم المؤرخة^(٢).

قال: (وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخَّرَةِ التَّأْرِخِ يَدٌ قُدِّمَ) أعلم أن هذه المسألة فيها ثلاثة أوجه لا طرق، كما يفهمه عطفه على المسألة قبلها. كذا ذكره في «الروضة» تبعًا للرافعي^(٣)، ولفظه: ثم المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث، فلو كان في يد أحدهما، وقامت بينتان مختلفتا التأريخ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تأريخًا قدمت قطعًا، وإن كانت بينة الخارج أسبق تأريخًا فإن لم نجعل سبق

(١) «الشرح الكبير» ٢٤١/١٣.

(٢) «روضة الطالبين» ٦٢/١٢. (٣) «الشرح الكبير» ٢٤١/١٣.

التأريخ مرجحاً قدم الداخل، وإن جعلناه مرجحاً فثلاثة أوجه: أصحها: ترجيح اليد^(١). فيتساقطان البيئتين فتبقى اليد، وهو أقوى من الشهادة على الملك السابق. ألا ترى أنها لا تزال بها.

والثاني: ترجيح السبق؛ لأن مع أحدهما ترجيحاً من جهة البيئة، ومع الثاني اليد؛ ترجيحاً من جهة اليد، والبيئة تقدم على اليد فكذلك الترجيح من جهة البيئة يقدم على الترجيح من جهة اليد. وثالثهما: أنهما يتساويان؛ لتعارض المعنيين.

فائدة:

التأريخ: التوقيت بوقت بعينه. قال أبو منصور يقال: إن التأريخ ليس بعربي محض ٣١٦ب/ وأن المسلمين أخذوه من أهل الكتاب. وقيل: إنه عربي. واشتقاقه من الأرخ - بفتح الهمزة وكسرهما - ولد البقرة الوحشية الأنثى. وقيل: الأرخ: الوقت. ويقال: أرخت الكتاب بوزن: أكلت، وأرخت بوزن: سلمت وورخت.

قال: (وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسٍ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ أَوْ وَلَا نَعْلَمُ مُزِيلاً لَهُ) لأن دعوى الملك السابق لا تستمع فكذلك البيئة عليه ولأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه، فيد المدعى عليه وتصرفه تدل على الانتقال إليه، فلا يحصل ظن الملك في الحال.

قال ابن المنذر: قال الشافعي: ويحلف المدعى مع البيئة. قال

(١) «روضة الطالبين» ١٢/٦٣.

الهروي: وهو غريب.

والثاني: أنها تسمع؛ لأنها تثبت الملك له سابقاً، والشيء إذا ثبت فالأصل فيه الدوام والاستمرار، هذا أشهر الطريقين، والطريق الثاني القطع بالأول.

فائدة:

أمس بكسر السين على المشهور، وقد تقدم في الطلاق واضحاً. قال: (وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ، أَسْتَصْحَابًا لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا) أي: وكان يجوز زواله، لكننا تركنا ذلك الاستصحاب، ولو صرح في شهادته أنه يعتمد الاستصحاب، فوجهان: حكى في «الوسيط» عن الأصحاب أنه لا يقبل، كما لا تقبل شهادة الرضاع على أمتصاص الثدي وحركة الحلقوم^(١).

وعن القاضي حسين: القبول؛ لأننا نعلم أنه لا مستند له سواء. ولو قال: لا أدري أزال ملكه أم لا، لم يقبل جزماً؛ لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة.

قال: (وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسٍ بِالْمَلِكِ لَهُ أَسْتَدِيمُ) أي: حكم الإقرار، وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال. ومنهم من طرد القولين السابقين فيه. والصحيح ما جزم به المصنف فلا تبطل فائدة الأقارير.

قال: (وَلَوْ أَقَامَهَا بِالْمَلِكِ دَابَّةً أَوْ شَجَرَةً لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مَوْجُودَةً، وَلَا وَلَدًا مُنْفَصِلًا وَيَسْتَحِقُّ حَمَلًا فِي الْأَصَحِّ) أعلم أن بينة المدعي لا توجب

(١) «الوسيط» ٤٣٨/٧ - ٤٣٩.

ثبوت الملك له، ولكنها تظهره، فيجب أن يكون الملك سابقاً على إقامتها، لكن لا يشترط سبق بزمان طويل، بل يكفي لصدق الشهود لحظة لطيفة، ولا يقدر ما لا ضرورة إليه كما جزم به المصنف، والثمرة الظاهرة عند إقامة البينة لو أقام البينة على ملك دابة أو شجرة لم يستحق النتاج والثمرة الحاصلين قبل إقامة البينة حتى تبقى للمدعى عليه، وفي الحمل الموجود عند إقامتها وجهان: أصحهما كما صححه المصنف: يستحقه المدعى تبعاً للأم، كما في العقود، والثاني: لا؛ لاحتمال كونه لغير مالك الأم بوصية.

قال: (وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ) هذا هو المشهور /٣١٧/ في المذهب. وإن كان مقتضى الأصل الذي ذكرناه أيضاً عدم الرجوع؛ لاحتمال انتقال الملك من المشتري إلى المدعى وتكون المبايعة صحيحة مصادفة لمحلها، وسببه ميسر الحاجة إليه في عهدة العقود؛ ولأن الأصل أن لا معاملة بين المشتري والمدعى، ولا انتقال منه، فيستدام الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء.

وعن القاضي حسين وجه أنه لا رجوع إذا كان دعوى المدعى ملكاً سابقاً؛ وفاء بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه الأصحاب عليه، وهذا الوجه ذكره المصنف حيث قال: (وَقِيلَ: لَا إِلَّا [إِذَا] ^(١) ادَّعَى فِي مِلْكٍ سَابِقٍ عَلَى الشَّرَاءِ) وحكى الهروي وجهاً أن قيام البينة يقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدعى.

قال: (وَلَوْ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبَبِهِ لَمْ يَضُرَّ) أي: بخلاف

(١) سقطت من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

ما إذا ادّعى ألفاً فشهد الشهود بألفين، فإنها ترد شهادتهم في الزيادة على الألفين. وفي الألف خلاف، والفرق أن ذكر سبب الملك تابع للملك، وليس مقصوداً في نفسه بخلاف الألف مع الألف.

ولو أراد المدّعي تقديم بينته بذكر السبب بناء على أن ذكر السبب مرجح لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً؛ لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد، بل يدّعي الملك وسببه، ثم يعيدون الشهادة؛ فحينئذ ترجح بينته وقيل: لا حاجة إلى إعادتها.

فرع:

لو ادّعى ملكاً وذكر سببه وشهدوا بالملك ولم يذكروا السبب قبلت شهادتهم؛ لأنهم شهدوا بالمقصود ولا تناقض.

قال: (وَإِنْ ذَكَرَ سَبَبًا، وَهُمْ سَبَبًا آخَرَ ضَرَّ) لما بينهما وبين الدعوى من التناقض وهذا هو الصحيح وقيل: لا يضر بل تقبل شهادتهم على أصل الملك ويلغو السبب.

فرع:

في يده دار حكم له حاكم بملكها فادّعى خارج أنتقال الملك منه إليه وشهدوا بانتقاله بسبب صحيح ولم يبينوه. قال الهروي: وقعت هذه المسألة فأفتى فيها فقهاء همدان بسماع الدعوى والحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب، وكذا أفتى الماوردي والقاضي أبو الطيب قال: وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا، وهي طريقة القفال وغيره؛ لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء فصار كالشهادة بأن فلاناً وارث لا يقبل ما لم يبينوا جهة الإرث.



(فَضْلٌ)

قال: (قَالَ آجَرْتُكَ هَذَا الْبَيْتَ بِعَشْرَةٍ، فَقَالَ بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشْرَةِ وَأَقَامَا بَيْنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا) لأن العقد واحد، وكل كيفية تنافي الكيفية الأخرى، فيكون على قولي التعارض. فإن قلنا بالسقوط تحالفا، وإن قلنا بالاستعمال جرت القرعة على الصحيح.

وقال ابن سلمة: لا يقرع؛ لأن القرعة عند تساوي الجانبين ولا تساوي؛ لأن جانب المكري أقوى لملك الرقبة، وأما الوقف والقسمة فلا تجبان على المشهور. واستشكله الرافعي^(١)، ونقل الماسرجسي قولاً أنه تجيء القسمة في الملك والوقف في الأجرة.

قال: (وَفِي قَوْلِ تَقْدَمُ [بَيِّنَةٌ] ^(٢) الْمُسْتَأْجِرِ) لاشتغالها على زيادة وهي إكتراء جميع الدار، وأجاب الأول بأن هذا زيادة ٣١٧/ب في المشهود به، والزيادة المرجحة هي المستقرة بمزيد علم ووضوح حال في أحد جانبي ما فيه التنافي، كاستناد إلى سبب أو فسق وانتقال عن استصحاب أصل. والزيادة فيما نحن فيه ليست كذلك، وهذا القول مخرج، خرجه ابن شريح، لا جرم أن بعضهم يحكيه وجهًا.

واحترز المصنف بقوله أولاً: (وأقاما بينتين). عما إذا لم تكن بينة، فإنهما يتحالفا، ثم يفسخ العقد أو يفسخ على ما سبق في بابه، وعما إذا أقام أحدهما بينة دون الآخر، فإنه يقضى لصاحب البينة.

(١) «الشرح الكبير» ٢٤٩/١٣.

(٢) سقطت من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

فرع:

لو اختلفا والزيادة في جانب المكري بأن قال: أكريتك بعشرين وقال: بل بعشرة فقول التعارض باقٍ بحاله وعلى تخريج ابن شريح بينة المكري راجحة للزيادة. ولو وجدت الزيادة في الجانبين بأن قال: أكريتك هذا البيت بعشرين. فقال: بل جميع هذه الدار بعشرة فلا بن شريح رأيان: أصحهما: الرجوع إلى التعارض. والثاني: الأخذ بالزيادة من الجانبين، فيجعلوا جميع الدار مكرى بعشرين، وهو ضعيف؛ لأنه خلاف قول المتداعيين والشهود.

تنبيه:

قال العراقيون والرويانى وغيرهم هذا كله إذا كانت البيّتان مطلقتين أو إحداهما مطلق، واتفق تاريخهما، فإن اختلف بأن شهدت إحداهما بأن كذا مكرى سنة من أول رمضان والأخرى من أول شوال. فقولان: أظهرهما في أصل «الروضة»^(١) وبه أجاب العراقيون والرويانى: يقدم أسبقهما تاريخاً؛ لأن العقد السابق صحيح ولا مخالفة.

والثاني: يقدم المتأخرة؛ لأن العقد الثانى ناسخ، وربما تحلل إقالة. قال صاحب «التقريب» وغيره: موضع القولين ما إذا لم يتفقا على أنه لم يجر إلا عقد، فإن اتفقا عليه تعارضتا.

قال: (وَلَوْ أَدْعَا شَيْئًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنَهُ فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخُ حُكْمٍ لِلْأَسْبَقِ) لأنه إذا باع من أحدهما لم يتمكن

(١) «روضة الطالبين» ٦٨/١٢.

من البيع من الثاني.

قال: (وَالْإِلَّاءُ) أي: وإن لم يختلف تاريخ (تَعَارَضَتَا)^(١)؛ أي: فإن قلنا بالسقوط سقطتا، واسترد الثمن على الأصح إن لم تتعرض البيعة لقبض المبيع، وإن تعرضت له فلا؛ لأن العقد أُنقِضَ بالقبض وليس على البائع عهدة لما يحدث بعده. وإن قلنا بالاستعمال فالأشهر أنه لا يجيء الوقف، والأوجه مجيئه، وتأتي القرعة والقسمة، وهذا كله إذا أُنقِضَ صاحب اليد على التكذيب، أما إذا صدق أحدهما فعلى قول السقوط تسلم الدار للمصدق، وكأنه أقر له ولا بينة.

وعلى قول الاستعمال وجهان: أحدهما: يقدم المصدق، وأصحهما: المنع. وهو كما لو لم يصدق واحد منهما؛ لأن اليد المزالة لا ترجيح بها.

تنبيه:

لم يفرق الأصحاب فيما إذا لم تكن البيعتان مختلفتي التاريخ وبين أن تكونا مطلقتين أو متحدتي التاريخ /٣١٨/ أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، بل صرحوا بالتسوية إلا أن أبا الفرج الزاز أُنقِضَ فقال: هذا إذا لم تقدم المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها قضينا لصاحبها، ولا تجيء الأقوال.

قال: (وَلَوْ قَالَ كُلُّ مِنْهُمَا: بِعْتُكَ بِكَذَا وَأَقَامَاهُمَا) أي: (فَإِنْ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا) لامتناع كونه ملكًا في وقت واحد لهذا وحده ولذلك

(١) بياض في الأصل، والمثبت من «المنهاج».

وحده، فعلى قول السقوط كأنه لا بينة. وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت قرعته قضى له باليمين الذي شهدت به بينته، وللآخر تحليفه بلا خلاف؛ لأنه لو أعترف به بعد ذلك لزمه، وعلى القسمة لكل واحد نصف الثمن الذي سماه، وكأن الدار لهما وباعاه بثمانين متفقين أو مختلفين. والأصح مجيء الوقف.

قال: (وإن اختلف) أي: تاريخهما (لزمه الثمنان) لإمكان الجمع، نعم يشترط فيه أن يكون بينهما زمن يمكن فيه العقد الأول ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني، ثم البيع الثاني، وإن عين الشهود زمنًا لا يتأتى فيه ذلك لم يجب الثمنان.

قال: (وكذا إن أطلقنا أو إحداهما) أي: وأرخت الأخرى (في الأصح) لما قلناه من إمكان الجمع. والثاني: أنها كمتحدي التاريخ؛ لأن الأصل براءة ذمة المشتري فلا يلزمه إلا اليقين، ومنهم من قطع بالأول. وقيل: إن شهدت البيتان على الإقباض مع البيع وجب الثمنان قطعًا.

فرعان:

أحدهما: لو شهد أثنان أنه باع فلانًا في ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكنًا تلك الحالة، أو شهد أثنان أنه قتل فلانًا ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكنًا تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئًا، فالأصح في «الروضة» قبول الشهادة الثانية؛ لأن النفي المحصور كالإثبات في إمكان الإحاطة به^(١).

(١) «روضة الطالبين» ١٢/٧٣.

الثاني: قال الأكثرون صورة المسألة أن يقول كل واحد: بعثك كذا وهو ملكي، وهذا لفظ الشافعي في «المختصر». وقال أبو الفياض: لا يشترط ذلك.



(فَضْلٌ)

قال: (وَلَوْ مَاتَ عَن ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلُّ مِنْهُمَا: مَاتَ عَلَيَّ دِينِي. فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرَانِيًّا صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ) أي: مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء كفره.

قال: (وَإِنْ أَقَامَا بَيْنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ) أي: بأن قالت إحداهما: مات مسلماً. والأخرى: مات نصرانياً (قُدِّمَ الْمُسْلِمُ) لأن معها زيادة علم، وهو أنتقاله من النصرانية إلى الإسلام فقدمت الناقلة على المستصحبة كما تُقدَّم بينة الجرح على التعديل. وفي «الحاوي» وجه أنهما يتعارضان^(١).

قال: (وَإِنْ قِيِدَتْ أَنَّ آخَرَ كَلَامِهِ إِسْلَامٌ وَعَكَسَتْهُ الْآخَرَى تَعَارَضَتَا) لاستحالة موته مسلماً نصرانياً فيسقطان على قول السقوط، ويصير كأن لا بينة، فيصدق النصراني بيمينه، وإن قلنا بالاستعمال فعلى قول الوقف يوقف؛ لأن المدعى مال، وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت قرعته له فله الشركة، وعلى قول القسمة يقسم، فيجعل بينهما نصفين كغير الإرث. وقال أبو إسحاق: لا تجيء القسمة؛ لأنها تكون حكماً

(١) «الحاوي» ١٧/٣٣٨ - ٣٣٩.

بالخطأ يقيناً؛ لأنه لا يموت مسلماً كافراً وفي غير صورة الإرث لا يتحقق الخطأ في القسمة؛ لاحتمال كون المدعى مشتركاً بينهما، والصحيح الأول، وليست القسمة حكماً بأنه مات مسلماً كافراً، بل لأن بينة كل واحد /٣١٨ب/ أقتضت كون جميع المال له فزاحتها الأخرى، فعملنا بكل واحدة حسب الإمكان. قال العراقيون: ليست القسمة خطأ يقيناً؛ لاحتمال أنه مات نصرانياً وهما نصرانيان فورثاه، ثم أسلم أحدهما.

قال: (وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ دِينَهُ وَأَقَامَ كُلُّ بَيِّنَةٍ أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارُضًا) أي: سواء أطلقنا أو قيدنا لفظه عند الموت، ووجهه في حالة التقييد ظاهر، وفي حالة الإطلاق الجهل بالتحليف. ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق. وقيل: تقدم بينة الإسلام؛ لأنه الظاهر من حال من هو في دار الإسلام، والمشهور الأول، ويصلي على هذا الميت ويدفنه في مقابر المسلمين، ويقول: أصلي عليه إن كان مسلماً. واحترز بقوله: (وأقام كل بينة) عما إذا لم يكن بينة وفيه تفصيل، فإن كان المال في يد غيرهما فالقول قوله، وإن كان في يدهما حلف كل صاحبه وجعل بينهما، وكذا إن كان في يد أحدهما في الأصح.

فرع:

يشترط في بينة النصراني تفسير كلمة النصرانية بما يختص به النصراني، كقولهم ثالث ثلاثة، وهل تجب في بينة الإسلام تفسير كلمته؛ لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلاماً؟ وجهان حكاهما ابن كج.

قال: (وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنْ أَبْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ الْمُسْلِمُ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: بَلْ قَبْلَهُ) أي: فلا يرثه (صَدَقَ

المُسْلِمُ بِيَمِينِهِ)؛ لأن الأصل بقاءه على دينه فيحلف ويشتركان في المال. وإن أقام بينة قضي بها، ولا فرق بين أن يكون هذا التنازع مع الاتفاق على تاريخ موت الأب أو دونه.

قال: (وإن أقاماهما قُدِّمَ النَّصْرَانِيَّ) لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام، والأخرى مستصحية، فمع الأولى زيادة علم. قال^(١): (فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الابْنِ فِي رَمَضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ مَاتَ الْأَبُ فِي شَعْبَانَ، وَقَالَ النَّصْرَانِيَّ فِي شَوَالٍ صُدِّقَ النَّصْرَانِيَّ) لأن الأصل بقاء الحياة.

قال: (وَتُقَدِّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ عَلَى بَيِّنَتِهِ) لأنها تنقل من الحياة إلى الموت في شعبان والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال، فإن شهدت بينة النصراني في هذه الحالة بأنهم عاينوه حيًّا في شوال تعارضتا.

قال: (وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ: مَاتَ عَلَى دِينِنَا. صُدِّقَ الْأَبَوَانِ بِالْيَمِينِ) لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعًا لهما، فيستصحب حتى يعلم خلافه قاله في «المحرر»^(٢) هذا هو الأشبه، وتبع في ذلك ابن سريج فإنه قال: إنه أشبه القولين بقول العلماء. قال: (وَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَضْطَلِحُوا) لتساوي الحالين بعد بلوغه؛ لأن ما قبله هو فيه يبيع لا يتحقق إلا بعده. قال في «الروضة»: وهذا هو الأرجح دليلاً، ولكن الأصح عند الأصحاب الأول^(٣).

(١) في الأصل: فرع. والمثبت هو الصواب.

(٢) «المحرر» (ص ٥١٢).

(٣) «روضة الطالبيين» ٨٠/١٢.

وأُنكروا على صاحب «التنبيه» ترجيحه أن القول قول الابن^(١)، وهو ظاهر الفساد، وهذا وجه ثالث حكاه الرافي^(٢) تعللاً بأن ظاهر الآثار تدل على ما يقولونه. قال الإمام: ولنفرض المسألة فيما إذا لم يسلم الابن المسلمان كون الأبوين كافرين أصليين /٣١٩/ فإن ذلك لو ثبت لم يكن شك في كفر الابن أولاً، وإنما يثبت إسلامه طارئاً، فاستصحاب كفره أولى إذا لم تكن بينة^(٣). قال في «المرشد»: وما ذكرناه إذا كان الولدان بالغين ولم تكن أمهما كافرة، فإن كانا صغيرين وأمهما كافرة وقامت بينة بإسلامهما وأقر الجدان بذلك؛ فإنه يحكم بموته مسلماً، وتكون الدعوى من الناظر في أمرهما.

فائدة:

المصنف رحمه الله اقتدى بآب سريج في حكاية الخلاف قولين. وقال البندنجي بعد حكاية ذلك عنه أنه حكى وجهين، وكذا حكاه في «الحاوي»^(٤) وسبقهما في «المهذب»^(٥) إلى تخريج آبن سريج، وقال القاضي حسين: الخلاف مبني على اجتماع الأصل والظاهر أيهما يغلب. فرع:

لو أنعكس الحال فكان الأبوان مسلمين والابن كافرين، فإن لم يعرف للأبوين كفر قبل الإسلام (حكم بإسلام ولديهما، وإن علم كفر الأبوين قبل الإسلام)^(٦). قال الماوردي: فيجوز أن يولد قبل إسلامهما

(١) «التنبيه» (ص ٢٦٥).

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٢٦٧.

(٣) «نهاية المطلب» ١٩/١٣٨.

(٤) «الحاوي» ١٧/٣٣٩.

(٥) «المهذب» ٢/٣١٥.

(٦) تكررت هذه العبارة في الأصل.

فيجري عليه حكم الكفر ويجوز أن يولد بعده فيكون مسلماً قبل البلوغ^(١).
 قال^(٢) : (وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِمًا، وَأُخْرَى غَانِمًا وَكُلُّ
 وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخُ تَقْدِيمِ قُدِّمِ الْأَسْبَقُ) لمزيته.
 قال : (وَإِنْ اتَّحَدَ أَقْرَعُ) لعدم المزية.

قال : (وَإِنْ أَطْلَقْتَا) أي : أو إحداهما (قِيلَ : يُفْرَعُ) لاحتمال المعية.
 قال : (قِيلَ : وَفِي قَوْلٍ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ نِصْفَةٍ) لأننا لو أقرعنا لم نأمن أن
 يخرج الرق على السابق، وللسابق حق الحرية فيلزم منه إرقاق حر وتحرير
 رقيق. قال في «الروضة» : وقد رجح كلا منهما طائفة من الأصحاب^(٣).
 ورجح المصنف الثاني فقال : (قُلْتُ : الْمَذْهَبُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ نِصْفَةٍ، وَاللَّهُ
 أَعْلَمُ).

قال : (وَلَوْ شَهِدَ أَجَنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعَتَقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ، [وَوَارِثَانِ
 حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ، وَوَصَّى بِعَتَقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ]^(٤) ثَبَّتَ) أي :
 الوصية والثانية (لِغَانِمٍ) لأنهما أثبتتا للرجوع عنه بدلاً يساويه فارتفعت
 التهمة عنهما، ولا نظر إلى تبديل الولاء؛ لأن الثاني قد يكون أهدي
 لجمع المال، وقد لا يورث بالولاء، ومجرد هذا الاحتمال لو ردت به
 الشهادة لما قُبِلَت شهادة قريب لمن يرثه.

قال : (فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ لَمْ يَثْبُتِ الرَّجُوعُ فَيُعْتَقُ سَالِمٌ) أي :

(١) «الحاوي» ٣٣٩/١٧.

(٢) في الأصل : فصل، ولعل المثبت الصواب.

(٣) «روضة الطالبين» ٨٤/١٢ - ٨٥.

(٤) سقطت من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

بشهادة الأجنيبين؛ لأن الثلث يحتمله (وَمِنْ غَانِمِ ثُلُثٍ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ) أي: وكان سالما هلك أو تلف من التركة.

(فَصْلٌ)

قال: (شَرَطُ الْقَائِفِ مُسْلِمٌ عَدْلٌ) لأن الكافر لا يعتمد قوله، وكذا الفاسق. وذكر الرافعي في «المحرر» مع ذلك العقل والبلوغ^(١). وحذفهما المصنف؛ لدخولهما تحت شرط العدالة.

قال: (مُجَرَّبٌ) أي: فمن لم يُعرف علمه بهذا النوع لا يعتمد قوله، كما أن من لم يُعرف علمه بالأحكام لا يجعل قاضياً، وكيفية التجربة أن يعرض عليه ولد في نسوة فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه، ثم في نسوة فيهن أمه، فإذا أصاب في الكل صار مجرباً وقبل قوله بعد ذلك، وقد ذكر ذلك في «المحرر» فقال: ويشترط أن يكون مجرباً بأن يعرض عليه ولد [في نسوة]^(٢) ليست فيهن أمه ثلاث مرات، ثم في نسوة فيهن أمه، فإذا أصاب في المرات جميعاً أعتمد قوله^(٣)، وأهمل ذلك المصنف.

وهل تختص التجربة بالأم أم يجوز / ٣١٩ ب/ أن يعرض عليه المولود مع أبيه في رجال؟ وجهان: أحدهما وهو المنصوص الثاني. لكن العرض مع الأم أولى، وقولهم: لا يكون في الثلاثة الأول أحد أبويه مشكل كما نبه عليه القاضي شرف الدين البارزي رحمه الله؛ فإن المجرب قد يعلم ذلك فلا يبقى فائدة في الثلاثة الأول وقد يصيب في الرابعة اتفاقاً فلا

(١) «المحرر» (ص ٥١٤). (٢) ساقطة من الأصل، والسياق يقتضيها.

(٣) «المحرر» (ص ٥١٤).

يوثق بالتجربة، فالأولى أن يعرض مع كل صنف ولد لواحد منهم أو في بعض الأصناف ولا يخص به الرابعة، فإذا أصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك. وأما تكرار العرض ثلاثاً فقد جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً، وقيل: يكفي مرة. وقال الإمام: لا معنى لاعتبار الثلاث، بل المعتبر غلبة الظن بأن قوله عن خبره لا عن اتفاق، وهذا قد يحصل بدون الثلاث. وإذا حصلت التجربة أعتمدنا إلحاقه، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق^(١).

تنبيه:

قوله: (مجبرب) هو بفتح الراء، كما ذكره في «تحريره»^(٢) وضبطه في الأصل بخطه.

قال: (وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُرِّ ذَكَرٍ) كما في القاضي، والثاني: لا، كما في الفتوى وبناهما في «الإبانة» على أن القيافة كالحكم أو كالقسمة. ووجه مشابهتهما القسمة أشتمالها على التمييز من النفي والإثبات، وإنما يتصور فرض الرق في القائف على تقرير اختصاص القيافة ببني مدلج إذا جوزنا استرقاق العرب، وإلا فالمدلجي لا يكون إلا حراً.

قال: (لَا عَدَدٌ) أي: يكفي قول واحد كما في القضاء والفتوى. وهذا ما حكى عن نصه في «الأم»^(٣) أيضاً، وربما أحتج له بحديث المدلجي الآتي. والثاني: الاشتراط كما في التزكية والتقويم.

(١) «نهاية المطلب» ١٩/١٨٥.

(٢) «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص ٣٠٣). (٣) «الأم» ٦/٢٦٣.

قال: (وَلَا كَوْنَهُ مُدْلَجِيًّا) أي: بل يجوز كونه من سائر العرب ومن العجم؛ لأن القيافة نوع من العلم، فمن تعلمه عمل بعلمه. والثاني: الاشتراط؛ لأن الصحابة رجعوا إلى بني مدلج دون سائر الناس، وقد يخصص الله تعالى جماعة بنوع من المناصب والقضاء، كما خص قريشًا بالإمامة.

تنبيهان:

أحدهما: ما صرح به المصنف من قوة الخلاف في هذه المسائل الثلاث حيث عبر بالأصح فيها مخالفًا لما صرح به في «الروضة»^(١) من ضعفه حيث عبر بالصحيح.

الثاني: قال الرافعي: بنو مدلج على ما ذكر ابن كج بطن من خزاعة ويقال: من أسد^(٢).

الثالث: قال ابن كج: لا يجوز أن يكون أعمى ولا أخرس. قال: ولو كان ابن أحد المتداعيين فألحقه بغير أبيه، قبل، أو بأبيه فلا. ولو كان عدو أحدهما فألحق به، قبل، وإن ألحقه بالآخر فلا؛ لأنه كالشهادة على العدو. ولو كان القاضي قائمًا فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء بعلمه، واعلم أن الأصل في الباب حديث عائشة الثابت في الصحيحين قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ وهو مسرور فقال: «أي عائشة، ألم تري أن مجزًا المدلجي دخل فرأى أسامة بن زيد وزيدًا

(١) «روضة الطالبيين» ١٢/١٠١.

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٢٩٦.

عليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدأت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض^(١) قال أبو داود: وكان أسامة أسود وزيد أبيض^(٢). وفي الرافعي: أن زيدا كان بين البياض والسواد^(٣) / ٣٢٠.

قال الشافعي رحمه الله: فلو لم تكن القيافة علماً ولم يكن لها اعتبار، ولا عليها اعتماد لمنعه من المجازفة. وقال: لا يقبل في مثل هذا، فإنك إن أصبت في مرة شيئاً أخطأت في غيره، وكان في خطئك قذف محصنة ونفي نسب. والنبى ﷺ لا يقر إلا على الحق، ولا يسر إلا بالحق، وسبب سروره ﷺ أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة لما بينهما من التباين في اللون كما قدمناه، وقصد بعض المنافقين بالطعن مغايضة رسول الله ﷺ؛ لأنهما كانا حبيه، فلما قال المدلجي ذلك وهو لا يرى إلا أقدامهما سر به.

وروى مالك في «الموطأ»: أن عمر رضي الله عنه دعا قائفاً في رجلين تداعيا مولوداً^(٤)، وشك أنس بن مالك رضي الله عنه في ابن له فدعا له القائف كما رواه الشافعي^(٥). وساعدنا مالك^(٦) وأحمد^(٧) على اعتبار قول القائف، وخالف أبو حنيفة فقال: لا اعتبار به^(٨). وما يتعجب منه في شأن

(١) «صحيح البخاري» (٦٧٧١)، «صحيح مسلم» (١٤٥٩).

(٢) «سنن أبي داود» (٢٢٦٧).

(٣) «الشرح الكبير» ٢٩٤ / ١٣. (٤) «الموطأ» ٧٤٠ / ٢ (٢٢).

(٥) أنظر: «معرفة السنن والآثار» للبيهقي ٣٦٨ / ١٤.

(٦) أنظر: «بداية المجتهد» ١٥٩٠ / ٤.

(٧) أنظر: «المغني» ٣٧٥ / ٨.

(٨) أنظر: «بدائع الصنائع» ١٩٩ / ٦.

القيافة ما حكاها الصيدلاني والقفال عن أبي إسحاق قال: كان لي جار ببغداد وله مال ويسار، وكان له ابن يضرب إلى السواد ولون الرجل لا يشبهه، وكان يعرض بأنه ليس منه. قال: فأتاني. وقال: عزمت على الحج وأكبر قصدي أن أستصحب أبنِي وأريه بعض القافة. فنهيته وقلت: لعل القائف يقول ما تكره، وليس لك ابن غيره فلم ينته وخرج، فلما رجع قال لي: إني أستحضرت مدلجياً وأمرت بعرضه عليه في عدة رجال كان فيهم الذي يرمى بأنه منه، وكان معنا في الرفقة وغيب عن المجلس، فنظر القائف فيهم فلم يلحقه بأحدهم فأخبرت بذلك، وقيل لي: أحضر فلعله يلحقه بك. فأقبلت على ناقة يقودها عبد لنا أسود كبير، فلما وقع بضره علينا قال: الله أكبر، ذاك الراكب أبو هذا الغلام والقائد الأسود أبو الراكب. فغشي عليّ من صعوبة ما سمعت، ولما رجعت ألححت عليّ والدتي لتخبرني فأخبرتني أن أبي طلقها ثلاثاً ثم ندم فامر هذا العبد بنكاحها للتحليل ففعل فعلمت منه، وكان ذا مال كثير قد بلغ الكبر وليس له ولد فاستلحقك ونكحني ثانية.

فائدة:

القائف: هو متبع الآثار والاشتباه، والجمع: قافة كبائع وباعة. قال: (فَإِذَا تَدَاعَا مَجْهُولًا عُرِضَ عَلَيْهِ) يعني: على القائف، وسواء كان لقيطاً أو غيره.

قال: (وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مُمَكِّنًا مِنْهُمَا وَتَنَازَعَا) وعند أبي حنيفة في الموضعين يلحق الولد بهما، ولا اعتبار بالقائف، واحتج الأصحاب بأنه لو تداعى الولد مسلم وكافر لم يلحقه

بالإيقاف، وكذا إذا ادّعاه مسلمان، والاشتراك في الوطء على الوجه المذكور يفرض من وجوه شرع المصنف في ذكرها حيث قال: (بأنّ وَطْئًا أَمْرًا بِشُبْهَةٍ) أي: بأن يجدها بفراشه فيظنها زوجته أو أمته، فلو كانت في نكاح صحيح فوطئها بشبهة فوجهان: أصحهما على ما ذكره الروياني وغيره أنه يعرض عليه أيضًا، وقيل: يلحق الزوج؛ لقوة الفراش / ٣٢٠ب/.

قال: (أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا أَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطِئَهَا آخَرَ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ) أي: إن نكحها في العدة جاهلاً بكونها في العدة، (أَوْ أَمَتُهُ فَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِئْ وَاحِدًا مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ مَنكُوحَةً فِي الْأَصَحِّ) لأنه موضع اشتباه.

والثاني: يلحق الزوج لقوة الفراش وهذا الخلاف قد قدمته فإذا وطئ أثنان في بعض هذه الصور في طهر فولدت لما بين أربع سنين وستة أشهر من الوطأين وادّعياه جميعًا عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ كَمَا ذَكَرَهُ الْمَصْنَفُ، حَيْثُ قَالَ: (فَإِذَا وَلَدَتْ لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَادّعيَاهُ عُرِضَ عَلَيْهِ).

قال: (فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ فَلِلثَّانِي) لأن الحيض أمانة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول فيقطع تعلقه عنه.

قال: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجًا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ) أي: ويكون الثاني واطئًا بشبهة أو في نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول؛ لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قام مقام نفس الوطء، والإمكان حاصل بعد الحيضة، وإن كان الأول زوجًا في نكاح فاسد ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة

قولان: أحدهما: أنه كالنكاح الصحيح، وأظهرهما: الانقطاع، كما أفهمه كلام المصنف؛ لأن المرأة لا تصير فراشاً في النكاح الفاسد ما لم توجد حقيقة الوطء.

قال: (وَسَوَاءٌ فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلَامًا وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا) أي: لا فرق بين أن يكون المتداعيان أو الواطئان مسلمين أو أحدهما مسلماً والآخر ذمياً، ولا بين أن يكونا حرين أو أحدهما حرّاً والآخر عبداً كما سبق في اللقيط؛ فإن المصنف كرر المسألة هناك حيث قال: (أو أثنان لم يقدم مسلم وحر على ذمي وعبد).

فرع:

تقدم في آخر اللقيط حكم ما إذا لم يكن قائف، أو تحير، أو نفاه عنهما، أو ألحقه بهما حيث ذكره المصنف. وعن أحمد أنه إذا ألحقه القائف بهما جميعاً التحق بهما^(١).

فرع:

من الرعاة من يلتقط السخال في ظلمة ويضعها في وعاء فإذا أصبح ألقى كل سخلة إلى أمها ولا يخطيء لمعرفته، فقال الإصطخري: يعمل بقول هذا الراعي إذا تنازعا سخلة، والصحيح: المنع، وإنما تثبت القيافة في الآدمي؛ لشرفه وحفظ نسبه.

فرع:

لو ألحقه قائف بأحدهما بالأمارات الظاهرة، وآخر بالأمارات الخفية

(١) أنظر: «المغني» ٨/٣٧٧.

كالخلق وتشاكل الأعضاء، فأيهما أولى؟ وجهان: أحدهما: الثاني؛ لأن فيه زيادة حذق وبصيرة.

فرع:

لو ادّعاه مسلم وذميّ وأقام أحدهما بينة تبعه نسباً ودينياً، وإن ألحقه القائف بالذميّ تبعه نسباً لا ديناً ولا تجعل حضانته للذميّ، ولو ادّعاه حر وعبد وألحقه القائف بالعبد ثبت النسب وكان حرّاً؛ لاحتمال أنه ولد من حرّة.

خاتمة:

قال الماوردي^(١): الأنساب ثلاثة أقسام:

قسم يجب حفظه وتعيينه وهو النسب / ٣٢١ / القريب الذي يستحق به الإرث والولاء.

وقسم يجب حفظه دون تعيينه، وهو النسب البعيد عن التوارث المختص بأحكام كقرابة النبي ﷺ المختصة ببني هاشم وبني المطلب كتحريم الصدقة المفروضة عليهم.

وقسم لا يجب حفظه ولا تعيينه كسائر الأنساب المشاعة عن التوارث التي لا تختص بحكم يباين غيرها.



(١) «الحاوي الكبير» ٤٠٢/١٧.

کتاب العیون

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are approximately 20 lines visible. The paper is set against a dark, textured background.

كتاب العتق

إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، وَيَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ فَيَعْتَقُ كُلَّهُ. وَصَرِيحُهُ تَحْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ، وَكَذَا فَكُّ رَقَبَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ، وَتَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَةٌ، وَهِيَ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، لَا سُلْطَانَ، لَا سَبِيلَ، لَا خِدْمَةَ، أَنْتَ سَائِيَةٌ، أَنْتَ مَوْلَايَ، وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلَاقِ، وَقَوْلُهُ لِعَبْدٍ: أَنْتَ حُرٌّ. وَلِأَمَةٍ: أَنْتَ حُرٌّ. صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: عَثَقْتُكَ إِلَيْكَ أَوْ خَيْرْتُكَ. وَنَوَى تَفْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْمَجْلِسِ عَتَقَ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَ أَوْ قَالَ لَهُ الْعَبْدُ: أَعْتَقْنِي عَلَى أَلْفٍ. فَأَجَابَهُ عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ، وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ. فَقَالَ: اشْتَرَيْتَ. فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَيَعْتَقُ فِي الْحَالِ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ. وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ.

وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ: أَعْتَقْتُكَ أَوْ أَعْتَقْتُكَ ذُوْنَ حَمْلِكَ. عَتَقَا، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ ذُوْنَهَا، وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَالْحَمْلُ لِآخَرَ لَمْ يَعْتَقِ أَحَدُهُمَا بِعِتْقِ الْآخَرِ. وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيْبَهُ، عَتَقَ نَصِيْبَهُ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا بَقِيَ الْبَاقِي لِشَرِيكِهِ، وَإِلَّا سَرَى إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى مَا أُيْسَرَ بِهِ وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ، وَتَقَعُ السَّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ، وَفِي قَوْلٍ: بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ. وَفِي قَوْلٍ: إِنْ دَفَعَهَا بَانَ أَنَّهَا بِالْإِعْتَاقِ. وَاسْتِيْلَادُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرِ يَسْرِي، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ مَهْرٍ مِثْلٍ، وَتَجْرِي الْأَقْوَالُ فِي وَقْتِ حُصُولِ السَّرَايَةِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ وَالثَّالِثِ لَا تَجِبُ قِيَمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْوَلَدِ، وَلَا يَسْرِي تَذْيِيرٌ، وَلَا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ: أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ فَعَلَيْكَ قِيَمَةُ نَصِيْبِي فَأَنْكَرَ صُدِّقَ

بِإِيمَانِهِ، فَلَا يَغْتَقُ نَصِيْبُهُ وَيَغْتَقُ نَصِيْبُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا يَسْرِي بِالْإِغْتَاقِ. وَلَا يَسْرِي إِلَى نَصِيْبِ الْمُنْكَرِ، وَلَوْ قَالَ لِشَرِيْكِهِ: إِنْ أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ فَنَصِيْبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيْبِكَ فَأَعْتَقَ الشَّرِيْكَ وَهُوَ مُوسِرٌ سَرَى إِلَى نَصِيْبِ الْأَوَّلِ إِنْ قُلْنَا: السَّرَايَةُ بِالْإِغْتَاقِ. وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ، وَلَوْ قَالَ: فَنَصِيْبِي حُرٌّ قَبْلَهُ. فَأَعْتَقَ الشَّرِيْكَ، فَإِنْ كَانَ الْمُعْلَقُ مُعْسِرًا عَتَقَ نَصِيْبُ كُلِّ عَنْهُ، وَالْوَلَاءُ لَهُمَا، وَكَذَا إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَأَبْطَلْنَا الدَّوْرَ، وَإِلَّا فَلَا يَغْتَقُ شَيْءٌ.

وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ وَلَا آخَرَ ثُلُثُهُ وَلَا آخَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الْآخِرَانِ نَصِيْبَيْهِمَا مَعًا فَالْقِيَمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَشَرْطُ السَّرَايَةِ إِغْتَاقُهُ بِاخْتِيَارِهِ، فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ لَمْ يَسْرِ، وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلَّا فِي ثُلْثِ مَالِهِ، وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ، فَلَوْ أَوْصَى بِعَتَقِ نَصِيْبِهِ لَمْ يَسْرِ.

فصل

إِذَا مَلَكَ أَهْلٌ تَبَرَّعَ أَصْلَهُ أَوْ فَرَعَهُ عَتَقَ.

وَلَا يَشْتَرِي لِطِفْلِ قَرِيْبِهِ، وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّى لَهُ فَإِنْ كَانَ كَاسِبًا فَعَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُهُ، وَيَغْتَقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُعْسِرًا وَجَبَ الْقَبُولُ، وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ مُوسِرًا حُرَّم.

وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ قَرِيْبُهُ بِلاَ عَوَضٍ عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ، وَقِيلَ: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ بِعَوَضٍ بِلاَ مُحَابَاةٍ فَمِنْ ثُلُثِهِ، وَلَا يَرِثُ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقِيلَ: لَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ. وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَلَا يَغْتَقُ بَلْ يُبَاعُ لِلدَّيْنِ، أَوْ بِمُحَابَاةٍ فَقَدَرُهَا كَهَبَةِ، وَالْبَاقِي مِنَ الثُّلْثِ.

وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضُ قَرِيْبٍ سَيِّدِهِ فَقَبِلَ وَقُلْنَا: يَسْتَقْبَلُ بِهِ عَتَقَ وَسَرَى، وَعَلَى سَيِّدِهِ قِيَمَةُ بَاقِيهِ.

فَصْلٌ

أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ عَتَقَ ثُلُثَهُ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَمْ يَغْتِقْ شَيْءٌ مِنْهُ.

وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرُهُمْ قِيمَتُهُمْ سِوَاءَ عَتَقَ أَحَدَهُمْ بِقُرْعَةٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ، أَوْ ثُلُثَكُمْ حُرًّا. وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ ثُلْثَ كُلِّ عَبْدٍ. أُقْرِعَ، وَقِيلَ: يَغْتِقُ مِنْ كُلِّ ثُلُثِهِ.

وَالْقُرْعَةُ أَنْ يُؤْخَذَ ثَلَاثَ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٍ يُكْتَبُ فِي ثِنْتَيْنِ رِقٌّ وَفِي وَاحِدَةٍ عِتْقٌ، وَتُدْرَجُ فِي بِنَادِقٍ كَمَا سَبَقَ، وَتُخْرَجُ وَاحِدَةً بِاسْمِ أَحَدِهِمْ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ عَتَقَ رِقٌّ الْآخَرَانِ، أَوِ الرِّقُّ رِقٌّ وَأُخْرِجَتْ أُخْرَى بِاسْمٍ يَجُوزُ أَنْ يَكْتَبَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُخْرَجُ رُقْعَةٌ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ خَرَجَ أَسْمُهُ عَتَقَ وَرَقًا، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً قِيمَةً وَاحِدٍ مِائَةً، وَآخَرُ مِائَتَانِ، وَآخَرُ ثَلَاثُمِائَةٍ أُقْرِعَ بِسَهْمِي رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقِي، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِذِي الْمِائَتَيْنِ عَتَقَ وَرَقًا، أَوْ لِلثَّالِثِ عَتَقَ ثُلُثَاهُ، أَوِ الْأَوَّلِ عَتَقَ ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقِي، فَمَنْ خَرَجَ ثَمَمٌ مِنْهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمَكَنَ تَوَزِيْعُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيمَةِ كَسِتَّةٍ قِيمَتُهُمْ سِوَاءَ جُعِلُوا اثْنَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً أَوْ بِالْقِيمَةِ دُونَ الْعَدَدِ كَسِتَّةٍ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةً، وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مِائَةً، وَثَلَاثَةٍ مِائَةً جُعِلَ الْأَوَّلُ جُزْءًا، وَالْإِثْنَانِ جُزْءًا، وَالثَّلَاثَةُ جُزْءًا، وَإِنْ تَعَدَّرَ بِالْقِيمَةِ كَارْبَعَةٍ قِيمَتُهُمْ سِوَاءَ، فَفِي قَوْلٍ يُجَزَّوْنَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ: وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ، وَاثْنَانِ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِوَاحِدٍ عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ لِتَنْمِيمِ الثُّلُثِ، أَوْ لِاثْنَيْنِ رِقٌّ الْآخَرَانِ ثُمَّ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا فَيَغْتِقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ الْعِتْقُ وَثُلُثُ الْآخَرِ، وَفِي قَوْلٍ: يُكْتَبُ أَسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ فَيَغْتِقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلًا وَثُلُثُ الثَّانِي.

قُلْتُ: أَظْهَرُهُمَا الْأَوَّلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَالْقَوْلَانِ فِي اسْتِحْبَابٍ، وَقِيلَ: إِجَاب.

وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقُوا، وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتِقِ، وَلَا يَزِجُ الْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ خَرَجَ بِمَا ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرُ أُقْرِعَ، وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ حُكِمَ بِعَتَقِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتِقِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ، وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ غَيْرَ مَحْشُوبٍ مِنَ الثُّلْثِ، وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقًا قَوْمَ يَوْمِ الْمَوْتِ وَحُسِبَ مِنَ الثُّلَاثِينَ هُوَ وَكَسْبُهُ الْبَاقِي قَبْلَ الْمَوْتِ، لَا الْحَادِثُ بَعْدَهُ، فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَةُ كُلِّ مِائَةٍ، فَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِائَةً أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ عَتَقَ وَلَهُ الْمِائَةُ، وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثَلَاثَةً، وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ عَتَقَ رُبْعَهُ وَتَبِعَهُ رُبْعُ كَسْبِهِ.

فصل

مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتِقِ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَذْيِيرٍ وَاسْتِيلَادٍ وَقَرَابَةٍ وَسِرَايَةٍ فَوَلَاؤُهُ لَهُ. ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ، وَلَا تَرِثُ أَمْرَأَةٌ يَوْلَاءَ إِلَّا مِنْ عَتِيقِهَا وَأَوْلَادِهِ وَعُتْقَائِهِ، فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِي بِلَا وَارِثٍ فَمَالُهُ لِلْبَنَتِ، وَالْوَلَاءُ لِأَعْلَى الْعَصَبَاتِ.

وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ فَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتِقِهِ وَعَصَبَتِهِ.

وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَاتَتْ بِوَلَدٍ فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ، فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ أَنْجَرُوا إِلَى مَوَالِيهِ، وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ رَقِيقًا وَعَتَقَ الْجَدُّ أَنْجَرُوا إِلَى مَوَالِيهِ، فَإِنْ أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْأَبُ رَقِيقٌ أَنْجَرُوا، فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ بَعْدَهُ أَنْجَرُوا إِلَى مَوَالِيهِ، وَقِيلَ: يَبْقَى لِمَوْلَى الْأُمِّ حَتَّى يَمُوتَ الْأَبُ فَيُنْجَرُوا إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ، وَلَوْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ أَبَاهُ جُرَّ وِلَاءُ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ، وَكَذَا وِلَاءُ نَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَجُرُّهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



كتاب العتق

هو في الشرع: إزالة ملك عن آدمي لا إلى مالك تقريباً إلى الله تعالى، مأخوذ من قولهم: عتق الفرس إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ إذا طار، قاله الأزهري^(١).

والعبد بالعتق يتخلص ويذهب حيث شاء، والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ ۚ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٢-١٣] وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] قال المفسرون: أي: أعتقته. وأمر الله تعالى بتحرير الرقبة في مواضع من الكفارات.

وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ أَمْرَةً مُسْلِمًا أَسْتَنْقَذَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ»^(٢) وفي رواية لهما: «حَتَّىٰ فَرَجَهُ بِفَرَجِهِ»^(٣)، وفي «سنن أبي داود» من حديث عمرو بن عبسة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»^(٤).

(١) «الزاهر» (ص ٢٧٤).

(٢) «صحيح البخاري» (٢٥١٧)، «صحيح مسلم» (١٥٠٩).

(٣) «صحيح البخاري» (٦٧١٥)، «صحيح مسلم» (١٥٠٩).

(٤) «سنن أبي داود» (٣٩٦٦)، ورواه أيضاً النسائي ٢٦/٦، والطبراني في «مسند الشاميين» ٨٣/٢ (٩٥٧)، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٦٠٥٠).

والإجماع منعقد على صحة الإعتاق وعلى أنه من القربات^(١).
 قال: (إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ) أي: مسلماً كان أو ذمياً
 أوحريّاً؛ لأنه تصرف في المال في حال الحياة فأشبه الهبة، فلا تصح
 من الصبيّ والمجنون ولا من المحجور عليه بالسفه، وفي عتق الولي
 عنه ما قدمته في كفارة القتل، وقيل: يصح من الصبي والسفيه في
 مرض الموت إذا جوزنا وصيتهما.

وفي إعتاق المحجور عليه بالفلس والراهن الخلاف السالف في
 بابينهما، وليس للعبد المأذون له في التجارة الإعتاق إلا أن يأذن له
 السيد في الإعتاق عنه، ولا يصح إعتاق الموقوف عليه الموقوف؛ لأنه
 غير مالك، أو يبطل حق من بعده. وإذا أسلم عتيق الكافر فولأؤه ثابت
 عليه، وإعتاق المكاتب ستعلمه في بابه.

قال: (وَيَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ) أي: بالصفات كقدوم زيد ونحوه ودخول الدار
 وهبوب الرياح؛ لأنه تعليق قرينة سارية فجاز كالتدبير، وخرج بقولنا:
 (سارية) الوقف، ويصح تعليقه بالإعتاق على عوض أيضاً.

قال: (وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ) أي: معين أو شائع (فَيَعْتَقُ كُلُّهُ) سواء
 المعسر والموسر. وفهم من قوله ﷺ: «من أعتق شركا له في عبد،
 فإن كان موسراً قوّم عليه ثم يعتق» كما أخرجه البخاري من حديث ابن
 عمر رضي الله عنه^(٢)، تشوف المشرع إلى تكميل العتق، وإذا أكمل والباقي
 لغيره فلا أن يكمل والباقي له أولى. وفي كيفية عتق كله إذا أضاف العتق

(١) نقل الإجماع ابن قدامة في «المغني» ١٤/٣٤٤.

(٢) «صحيح البخاري» (٢٥٢١).

إلى الجزء الشائع وجهان:

أحدهما: يحصل في الجزء المسمى ثم يسري إلى الثاني.

والثاني: يقع على الجميع دفعة واحدة ويكون إعتاق البعض / ٣٢١ب/ عبارة عن إعتاق الكل، وإن أضافه إلى جزء معين فوجهان مرتبان، وأولى بحصوله دفعة واحدة. والفرق أن الجزء الشائع كالعتق في المعين، وقد سبق هذا الخلاف بتفاريعه في الطلاق.

قال: (وَصَرِيحُهُ: تَخْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ) لأنه يثبت لهما عرف الشرع والاستعمال، فإذا قال: أعتقتك أو أنت معتق أو عتيق أو حررتك أو أنت حر أو محرر عتق وإن لم ينو.

قال: (وَكَذًا: فَكُ رَقَبَةٍ، فِي الْأَصَحِّ) لوروده في القرآن، قال تعالى: ﴿فَكُ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣] والثاني: أنه كناية؛ لأنه يستعمل في العتق وفي غيره، ويجريان في قوله: فككت رقبتك من الرق، حكاه الروياني^(١). ومادة الخلاف أن ما ورد في القرآن مرة واحدة ولم يتكرر، هل هو صريح أو كناية؟ قال: (وَلَا يَحْتَاجُ) أي: الصريح (إِلَى نِيَّةٍ)؛ لأنه لا يفهم منه غيره عند الإطلاق فلم يحتاج لتقويته بالنية.

قال: (وَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَةً) أي: وإن أحتفت بها قرينة؛ لأنها تحتل العتق وغيره فافتقرت إلى التمييز بالنية كالإمساك في الصوم ثم شرع في بيان الكناية فقال: (وَهِيَ) معنى الكناية: (لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ: لَا سُلْطَانَ، لَا سَبِيلَ، لَا خِدْمَةَ، أَنْتَ سَائِبَةٌ، أَنْتَ مَوْلَايَ) لأن المولى

(١) «البحر» ٨ / ١٦٠.

مشترك بين معان منها : المعتقد.

قال في «المحرر»: وكذا لو قال لعبده توبادخداي مني، ولأمته: يا كذبانوي مني^(١)، ومعنى كذبانو- بحذف الياء وإثباتها-: صاحبة البيت القائمة بتدبير أمره، وهي كلمة فارسية. وقوله: مني- بفتح الميم وكسر النون المخففة- معناه: الاختصاص بالمتكلم، ووقع في «الحاوي» بدل ذلك: كذبانويه- بالهاء بعد الياء- قيل: وهو غير معروف.

قال: (وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلَاقِ) أي: كناية هنا؛ لإشعارها بآلة القيد، كذا أطلقه المصنف تبعاً «للمحرر» و«الشرح»^(٢)، نعم أستثنى في كتاب الطلاق من «الروضة» تبعاً للشرح لفظة: العدة والاستبراء في حق العبد؛ لاستحالة ذلك في حقه لا الأمة على الأصح؛ لقبول المحل في الجملة^(٣). ولو قال: أنا منك حر. فالأصح أنه ليس بكناية في العتق بخلاف: أنا منك طالق؛ لشمول الزوجية الزوجين بخلاف الملك.

فرع:

في قوله لأمته: أنت عليّ كظهر أمي وجهان: أظهرهما أنه كناية؛ لاقتضائه التحريم كقوله: حرمتك.

قال: (وَقَوْلُهُ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، وَلَأَمَّتِهِ أَنْتَ حُرٌّ صَرِيحٌ) أي: ولا يضر الخطأ في التذكير والتأنيث.

فرع:

لو قال: وهبتك نفسك ونوى العتق عتق، وإن نوى التملك فعلى ما

(١) «المحرر» (ص ١٥). (٢) «المحرر» (ص ٥١٥)، «الشرح الكبير» ٣٠٨/١٣.

(٣) «الشرح الكبير» ٥١٧/٨، «روضة الطالبين» ٢٧/٨.

سنذكره في قوله: بعثك نفسك.

فرع:

لو قال: أعتقك الله أو الله أعتقك، فقال العبادي: يعتق فيهما، وقيل: يفرق بينهما؛ لأن الأول دعاء. وقال القاضي: عندي لا يعتق فيهما، كذا حكاه عنه الرافعي^(١). وفي «الكفاية» و«المطلب» عنه أنه لا يعتق في الأول؛ لأنه دعاء^(٢)، وأن الظاهر صراحة الثاني؛ فإنه إخبار.

فرع:

لو كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرة فقال لها: يا حرة. فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم عتقت، وإن قصد /٣٢٢/ نداءها لم تعتق على الأصح؛ لإمكان الاحتمال، وقيل: تعتق؛ لأنه صريح، كذا في الرافعي^(٣)، ووقع في «الكفاية» أنه إن قصد النداء لم تعتق، وإن أطلق فأشبه الوجهين كذلك، ولو كان أسمها في الحال حرة أو أسم العبد حر أو عتيق، فإن قصد النداء لم تعتق، وكذا إن أطلق في الأصح، قال القاضي حسين: ولو قصد بذلك توبيخها لم تعتق، وإن لم يكن أسمها حرة^(٤).

فروع:

في «فتاوى الغزالي» أنه لو أجتاز بالْمَكَّاس فخاف أن يطالب بالمكس عن عبده فقال: إنه حر وليس بعبد، وقصد الإخبار لم يعتق فيما بينه وبين

(١) «الشرح الكبير» ٤٠٥/١٣. (٢) «كفاية النبيه» ٢٨٥/١٢.

(٣) «الشرح الكبير» ٣٠٧/١٣. (٤) «كفاية النبيه» ٢٨٣/١٢ - ٢٨٤.

الله، وهو كاذب في خبره، ومقتضى هذا أنه لا يقبل ظاهرًا.
 وأنه لو قال: أفرغ من هذا العمل قبل العشاء وأنت حر، وقال:
 أردت حرًا من العمل دون العتق، دُيِّن ولا يقبل ظاهرًا. وأنه لو زاحمته
 امرأة في طريق فقال: تأخري يا حرة فبانت أمته لا تعتق.
 وذكر الماوردي في الكلام على الأجداد أن الشافعي كان راكبًا فزحم
 امرأة فقال: تأخري عن الطريق يا حرة. ثم عرف أنها جاريتها فلم يملكها
 فاحتمل أن يكون رأى أنها عتقت، واحتمل أن يكون أعتقها تورعًا^(١).
 ولو ضرب رجل عبد غيره فقال له سيد الضارب معاتبًا له: عبد غيرك
 حر مثلك، قال الروياني: قال: والذي لا يحكم بحريته بذلك.
 فرع:

لو قالت لعبدها: يا سيدي. قال القاضي حسين والغزالي: هو لغو^(٢).
 وقال الإمام: الذي أراه أنه كناية^(٣). قال الرافعي في «الشرح الصغير»:
 وهو الأشبه عنده وعند غيره.

(وَلَوْ قَالَ عِتْقُكَ إِلَيْكَ أَوْ حُرِّيَّتُكَ وَتَوَيَّ تَفْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ
 فِي الْمَجْلِسِ عَتَقَ) كما في الطلاق.
 قال: (أَوْ أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَ، أَوْ قَالَ لَهُ
 الْعَبْدُ أَعْتَقْنِي عَلَى أَلْفٍ فَأَجَابَهُ عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ) كما في
 الطلاق.

قال: (وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ. فَقَالَ: أَشْتَرَيْتُ فَلَمْ يَذْهَبْ صِحَّةً

(١) «الحاوي» ٣٢١/١١ (٢) «الوسيط» ٤٦٢/٧.

(٣) «نهاية المطلب» ٢٥٠/١٩ - ٢٥١.

الْبَيْعِ وَيَعْتِقُ فِي الْحَالِ وَعَلَيْهِ الْأَلْفُ) كما لو أعتقه على مال، هذا ظاهر المذهب. وذكر الربيع قولاً أنه لا يصح البيع؛ لأن السيد لا يبيع عبده، ألا ترى أنه لا يبيع منه مالاً آخر، وأيضاً فإن البيع لإثبات الملك وهو لا يملك نفسه، وهذا القول اختلفوا فيه، فمن الأصحاب من أثبت وضعفه، ومنهم من قطع بما ذكره المصنف، وقال: هذا من تخريج الربيع، فعلى المذهب - وهو صحة البيع وحصول العتق - فللسيد الولاء عليه كما لو أعتقه على مال وهذا هو الصحيح، وبه جزم المصنف حيث قال: (وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ) وفيه وجه آخر ذكره الرافعي في باب الولاء والكتابة: أنه لا ولاء عليه لأن البيع يزيل الولاء عنه، ولا يثبت للعبد الولاء على نفسه. واعلم أن هذه المسألة لم يذكرها الرافعي في هذا الباب، وإنما ذكرها قبل الركن الثاني من باب الكتابة وأوائل الولاء^(١).

قال: (وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ أَعْتَقْتُكَ أَوْ أَعْتَقْتُكَ دُونَ حَمْلِكَ عَتَقًا) أما في الأولى فبالقياس على بيعها فإنه يتبعها ولا يعتق هنا بالسراية / ٣٢٢ ب؛ لأن السراية في الأشخاص لا في الأشخاص. وأما في الثانية وهو خلاف نظيره في البيع. والفارق قوة العتق حيث لا يبطل بالاستثناء، ولهذا لو استثنى عضواً في البيع بطل بخلاف العتق.

قال: (وَلَوْ أَعْتَقَهُ) يعني: الحمل (عَتَقَ دُونَهَا)؛ لأن الأم لا تتبع الحمل، وهذا هو الصحيح. وقال الأستاذ أبو إسحاق: تعتق بعته كما يعتق بعته.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/ ٣٨٤، ٤٤٥.

واعلم أن محل النفوذ في الحمل إذا أورد العتق عليه خاصة إذا نفخت فيه الروح. أما إذا لم تنفخ فيه فقال القاضي في «فتاويه»: لا يعتق. قال: (وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَالْحَمْلُ لِآخَرَ لَمْ يَغْتَقِ أَحَدُهُمَا بِعَتَقِ الْآخَرِ) لأنه لا استتباع مع اختلاف المالكين.

قال: (وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيْبَهُ عَتَقَ نَصِيْبُهُ)؛ لأنه جائز التصرف، وقد وجه العتق على ملكه.

قال: (فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا بَقِيَ الْبَاقِي لِشَرِيْكِهِ) أي: ولا يسري العتق إليه؛ لقوله ﷺ: «من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قُومُ العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق» متفق عليه من حديث ابن عمر^(١)، وزاد الدارقطني في رواية «ورق منه ما بقي»^(٢) وقال ابن حزم: إنها موضوعة مكذوبة^(٣). وحديث: «استسعي العبد غير مشقوق عليه» مخرج في «الصحيحين» أيضا^(٤) وهي -أعني: السعاية- محمولة على أنه يستسعي لسيده الذي لم يعتقه، أي: يخدمه بقدر نصيبه لئلا يتوهم أنه يحرم عليه أستخدمه، ولذلك قال: (غير مشقوق عليه) أي: لا يحمل فوق ما يلزمه من الخدمة فإن قلت: قد جاء في رواية: (ثم أَسْتَسْعِي -لصاحبه في قيمته- غير مشقوق عليه)^(٥) قلت: هذه مدرجة،

(١) «صحيح البخاري» (٢٥٢١)، «صحيح مسلم» (١٥٠١).

(٢) «سنن الدارقطني» ٤/ ١٢٤، ورواها من طريقة البيهقي ١٠/ ٢٨٠.

(٣) «المحلى» ٩/ ١٩٨.

(٤) «صحيح البخاري» (٢٥٢٧)، «صحيح مسلم» (١٥٠٣).

(٥) رواها أبو داود (٣٩٣٨).

شهد بذلك الحفاظ. قال النسائي والخطابي: هي من كلام قتادة^(١).
 قال: (وَالْأَيُّ أَيُّ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعْسَرًا (سَرَى إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى مَا أُسْرِ بِهِ)
 للحديث المذكور السابق في السراية إلى الباقي. وأما السراية إلى ما أسير
 به فليقرب حاله من الحرية والاستقلال، وفي هذا وجه؛ لأنه لا يفيد
 الاستقلال وثبوت أحكام الأحرار، والصحيح الأول. فعلم بهذا أنه
 ليس المراد بالموسر أن يعد من الأغنياء، بل إذا كان له من المال ما
 يفي بقيمة نصيب شريكه أو بعضه قوّم عليه، وإن لم يملك غيره
 ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع في الدين فيباع مسكنه وخادمه
 وكل ما فضل عن قوت يومه وقوت من يلزمه نفقته، ودست ثوب
 يلبسه، وسكنى يوم.

فرع:

لو كان بين مسلم وكافر عبد مشترك بينهما مسلم، فأعتق الكافر نصيبه
 وهو موسر سرى إلى نصيب المسلم وعتق على الكافر سواء قلنا: تحصل
 السراية بنفس الإعتاق أم بدفع القيمة؛ لأنه يقوم عليه شرعاً لا باختياره
 فهو كالإرث، ذكره البغوي في «تهذيبه» في آخر كتاب الهدنة^(٢)، ونقله
 عنه المصنف في «شرح المذهب» في البيوع وأقره^(٣).

فائدة:

سرى وأسرى لغتان، معناه: سرى ليلاً / ١٣٢٣/ ثم أستعير؛ لتكميل

(١) أنظر: «معالم السنن» ٤/ ٦٩ - ٧٠، «التمهيد» ١٤/ ٢٧٦، ٢٧٧، «شرح النووي

على مسلم» ١٠/ ١٣٦، «فتح الباري» ٥/ ١٥٧.

(٢) «التهذيب» ٧/ ٥٣١. (٣) «المجموع» ٩/ ٤٤٠ - ٤٤١.

الحرية في العبد المعتق.

قال: (وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ) أي: وقته، سواء قلنا: إن حصّة الشريك تعتق في الحال أو بالأداء أو بالوقف؛ لأنه وقت الإلتاف أو وقت سببه، وهذا هو الأصح. وقيل: إن قلنا: لا يعتق إلا بالأداء فهل تعتبر القيمة حين العتق أو حين الأداء أو أكثر الأمرين؟ فيه أوجه.

قال: (وَتَقَعُ السَّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ) لقوله ﷺ: «من أعتق نصيباً له في مملوك، أو شركاً له في عبد، وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق» رواه البخاري كذلك من رواية ابن عمر^(١)، وفي «سنن النسائي» و«صحيح ابن حبان» عن ابن عمر وجابر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق عبداً له فيه شركاء وله وفاء فهو حر، ويضمن نصيب شركائه لما أساء من مشاركتهم وليس على العبد شيء»^(٢) ولأن يساره بقيمة الباقي أقيم مقام كون الباقي له في اقتضاء السراية فيحصل بنفس اللفظ، كما لو أعتق بعض عبده؛ ولأن الباقي يقوم عليه على ما مر في الخبر، والتقويم عليه يشعر بحصول الإلتاف.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ) لأن التقويم لإزالة الضرر عن العبد والشريك، وفي إزالة ملك الشريك قبل أن يحصل له العوض إضرار به؛ فإنه قد يفوته بهرب وغيره، والضرر لا يزال بالضرر، ولذلك يقول: يتوقف التملك بالشفعة على تسليم العوض. وفي رواية البخاري في حديث ابن عمر: «قوم عليه ثم يعتق».

(١) «صحيح البخاري» (٢٥٢٤).

(٢) «السنن الكبرى» ٣/ ١٨٥ (٤٩٦١)، ابن حبان ١٥٦/ ١٠ (٤٣١٧).

قال: (وَقَوْلٍ: إِنْ دَفَعَهَا بَانَ أَنَّهَا بِالْإِعْتَاقِ) أي: وإن لم يدفعها بان أنه لم يعتق؛ لأن الحكم بالعتق يضر بالسيد والتأخير إلى أداء القيمة يضر بالعبد، والتوقف أقرب إلى العدل ورعاية للجانبين، قال الماوردي: وهو أشبه^(١). والقول الثالث منصوص، وقيل: مخرج.

فرع مستثنى من كلام المصنف:

كاتب الشريكان الرقيق المشترك ثم نجز أحدهما عتق نصيبه فإنه يسري، ويقوم نصيب الشريك عليه بعد العجز عن أداء نصيب الشريك، ولا يسري في الحال على الأصح فإن في التعجيل ضرراً على السيد بفوات الولاء والمكاتب؛ لانقطاع الكسب عنه.

قال: (وَاسْتِيلَادُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمَوْسِرِ يَسْرِي، وَعَلَيْهِ فِيهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ) أي: على الأقوال كلها.

قال: (وَتَجْرِي الْأَقْوَالُ) أي: المذكورة (فِي وَقْتِ حُصُولِ السَّرَايَةِ، فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ) أي: وهو الحصول بنفس العلوق، (والثالث) أي: وهو التبين (لَا تَجِبُ قِيَمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْوَلَدِ)، هذا ما أجاب به البغوي^(٢) وحكى الإمام خلافاً للأصحاب في أنه يثبت بعد العتق أو قبله، إن قلنا بعده: وجب قيمة نصف الولد أيضاً. وإن قلنا قبله: لم تجب. وإن قلنا بالقول الثاني وهو الحصول بأداء القيمة فيجب^(٣).

قال: (وَلَا يَسْرِي تَذْيِيرٌ) لأنه لا يمنع البيع فلا يقتضي السراية كما لو علق عتق نصيبه بصفة، وأيضاً فالتدبير إما وصية للعبد أو ٣٢٣ب/ تعليق

(٢) «التهذيب» ٨/ ٣٦٥.

(١) «الحاوي» ٨/ ١٨.

(٣) «نهاية المطلب» ١٩/ ٢١٢.

عتق نصفه على ما سيأتي، وكل واحد منهما بعيد عن السراية وهذا هو المشهور، فعلى هذا لو مات المدبر وعتق نصيبه لم يسر أيضًا إلى نصيب الشريك؛ لأن الميت معسر بخلاف ما إذا علق عتق نصيب بصفة فوجدت وهو موسر يسري.

وفي قول وحكاة بعضهم وجهًا أن التدبير يسري ويقوم عليه نصيب الشريك؛ لأنه يوجب استحقاق العتق بالموت فصار كالاستيلاد، ومن نصر المذهب قال: الاستيلاد كالإتلاف؛ لأنه يمنع البيع ولا سبيل إلى رفعه، والتدبير بخلافه. ولو دبر بعض عبده الخالص صح ولا سراية. ويجيء فيه الخلاف في نصيب الشريك أولى، ذكره كله الرافعي في بابه ولم يذكره هنا. وذكر أيضًا في بابه أنه لو قال: دبرت نصفك أو ربعك أنه يصح. وإذا مات عتق ذلك الحر بلا سراية. ولو قال: دبرت يدك أو رجلك فهل يصح ويكون كله مدبرًا أم يلغو؟ وجهان حكاهما القاضي حسين بناء على أن قول القائل: زني يدك هل يكون قذفًا^(١)؟

قال: (وَلَا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه، ولهذا لو اشترى به عبدًا وأعتقه نفذ، والثاني: أنه يمنع؛ لأنه غير موسر، بل لو أبرأ عن الدين لم يقوم عليه أيضًا كالمعسر يوسر، والخلاف كالخلاف في أن الدين يمنع الزكاة، والجامع أن سراية العتق حق لله تعالى وهو متعلق بحظ آدمي كالزكاة، وجعل الشيخ أبو علي الخلاف وجهين، فعلى الأظهر يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما بقي بقيمة جميع نصيبه فذاك، وإلا اقتصر على

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٤٠٩.

حصته ويعتق جميع العبد. إن قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق. وإن قلنا : لا تحصل بنفس الإعتاق ضارب الشريك بقيمة باقيه إلى أن يعتق الجميع. قال : (وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ : أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ فَعَلَيْكَ قِيَمَةُ نَصِيْبِي فَأَنْكَرَ صُدُقَ بَيْمِيْنِهِ [فَلَا يَعْتَقُ نَصِيْبُهُ] ^(١)) لأن الأصل عدم العتق، فإن حلف رق نصيبه، وإن نكل حلف المدعي اليمين المردودة واستحق القيمة، والصحيح أنه لا يحكم بعتق نصيب المدعي عليه؛ لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده وإنما هذا وظيفة العبد، لكن لو شهد آخر مع هذا المدعي ثبت العتق بشهادة الحسبة، قال الإمام: وأبعد من لا خبرة له فحكم بالعتق تبعاً للدعوى بالقيمة ^(٢).

وهل يحكم بعتق نصيب المدعي إذا حلف المدعي عليه أو نكل وحلف المدعي، إن قلنا: بتعجيل السراية فنعم؛ لاعترافه بسبب إعتاق المدعي عليه إلى نصيبه، وإن قلنا: بالتأخير فلا. وهذا معنى: قوله: (وَيَعْتَقُ نَصِيْبُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا يَسْرِي بِالْإِعْتَاْقِ) أي: فإن قلنا بالتأخير فلا.

قال: (وَلَا يَسْرِي إِلَى / ٣٢٤ / نَصِيْبِ الْمُنْكَرِ) أي: وإن كان المدعي موسراً؛ لأنه لم ينشأ العتق فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل: إنك اشتريت نصيبي وأعتقته وأنكر المدعي عليه بعتق نصيب المدعي ولا يسري.

(١) زيادة من «المنهاج».

(٢) «نهاية المطلب» ١٩/ ٢١٣.

قال: (وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ: إِنَّ أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ فَتَنْصِيبِي حُرٌّ) أي: وكذا جميع العبد حر كما ذكره الرافعي^(١) (بَعْدَ نَصِيبِكَ فَأَعْتَقَ الشَّرِيكَ) أي: نصيبه (وَهُوَ مُوسِرٌ سَرَى إِلَى نَصِيبِ الْأَوَّلِ إِنْ قُلْنَا: السَّرَايَةُ بِالْإِعْتَاقِ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ)؛ لأن السراية أقوى من العتق بالتعليق؛ لأن السراية قهرية تابعة لعتق النصيب لا مدفع لها، وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه، وأوهم كلام المصنف اختصاص الحكم المذكور بقولنا: إن السراية بالإعتاق. وقد قال في «الروضة» تبعاً لـ «الشرح» إن قلنا: بالتبيين فالحكم كذلك إذا أدت القيمة، وإن قلنا بتأخير السراية إلى أداء القيمة فنصيب المعلق عمن يعتق فيه وجهان:

أحدهما عن المعلق؛ لوجود الصفة ونصيبه في ملكه.

والثاني: عن المعتق وعليه قيمته، واحترز بقوله: (وهو موسر) عما إذا كان معسراً، فإنه يعتق على كل واحد منهما نصيبه على المقول له بالتنجيز، وعلى المعلق بمقتضى التعليق^(٢).

قال: (وَلَوْ قَالَ فَتَنْصِيبِي حُرٌّ قَبْلَهُ، فَأَعْتَقَ الشَّرِيكَ، فَإِنْ كَانَ الْمُعَلَّقُ مُعْسِراً عَتَقَ نَصِيبُ كُلِّ عَنْهُ) لوجود المعلق عليه في التعليق، ولوجود التنجيز (وَالْوَلَاءُ لَهُمَا) وكذا إذا كانا معسرين.

قال: (وَكَذَا إِنْ كَانَ مُوسِراً) أي: المعلق (وَأَبْطَلْنَا الدَّوْرَ) أي: اللفظي وهو الأصح فيعتق نصيب كل واحد منهما عنه ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال: مع نصيبك.

(١) «الشرح الكبير» ٣٣٤/١٣.

(٢) «روضة الطالبين» ١٢/١٢٨، «الشرح الكبير» ٣٣٦/١٣ - ٣٣٧.

قال: (وَالْإِلَّا) أي: وإن لم يبطل الدور (فَلَا يَغْتَقُ شَيْءٌ) لأنه لو نفذ إعتاق القول له في نصيبه لعتق نصيب القائل قبله، ولو عتق لسرى، ولو سرى لبطل عتقه فيلزم من نفوذه عدم نفوذه، وعلى هذا فلو قال السيد لعبده: مهما أعتقتك فأنت حر قبله. لم يتمكن من إعتاقه، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين أمتنع الإعتاق عليهما، ولو قال أحدهما للآخر: متى بعت نصيبك فنصيبى حر قبله لم ينفذ البيع، والمستبعدون لصحة الدور والسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هنا؛ لتضمنه الحجر على الغير، وهذا كله تفريع على قولنا: إن السراية تحصل بنفس الإعتاق، فإن قلنا: تحصل بأداء القيمة فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة عتق نصيب المنجز عليه، ونصيب المعلق قبله على المعلق، وإن لم نفذه.

قال الإمام: تدور المسألة أيضًا؛ لأنه إذا أعتق نصيب المعلق أولاً صادف إعتاق الثاني من هو مستحق العتق الأول فلا ينفذ، وإذا لم ينفذ لم يعتق نصيب المعلق؛ لأنه مشروط به^(١).

فرع:

بقي للمسألة حال ثالث وهو أن يقول: إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر مع عتق نصيبك أو في حال عتق نصيبك. فوجهان مع التفريع على أن السراية ٣٢٤ب/ تحصل بنفس الإعتاق:

أحدهما يعتق نصيب كل واحد عنه، ولا شيء على المعتق، وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب، ونقله الروياني عن عامة الأصحاب.

(١) «نهاية المطلب» ٢١٨/١٩.

والثاني :

وبه قال القفال واختاره الشيخ أبو عليّ : يعتق جميعه عن المقول له ولا أثر لقوله : (مع نصيبك) لأن المعلق لا يقارن المعلق عليه بل يتأخر عنه بلا شك.

فائدة :

الدور مصدر دار يدور دورًا ودورًا إذا طاف بالشيء من جميع جهاته ، والمراد بالدور هنا ما أسلفناه.

فرع :

لو أعتق المعلق نصيبه في هذه الصور جميعها عتق وتثبت السراية إذا وجد شرطها.

قال : (وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ، وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ، وَلِآخَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الْآخَرَانِ نَصِيبَيْهِمَا مَعًا عِتْقًا فَالْقِيَمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ) بخلاف الشفعة على قول ، والفرق أن الأخذ بالشفعة من مرافق الملك كالثمرة ، وهذا سبيله سبيل ضمان المتلف ، فيستوي فيه القليل والكثير ، كما لو مات من جراحاتهما المختلفة. والطريق الثاني حكاية قولين :

أحدهما هذا . والثاني : أنهما على الملكين كنظيره من الشفعة.

والطريق الأول أظهر باتفاق الأصحاب ، لكن الإمام أرتضى الثانية^(١) ، وتبعه الغزالي^(٢) . ومحل الخلاف ما إذا كانا موسرين ، فإن كان أحدهما موسرًا فقط قوم عليه نصيب الثالث ، ولو أعتق أحدهما

(١) «نهاية المطلب» ٣٤٩/٧. (٢) «الوسيط» ٣٨٠/٤ - ٣٨١.

نصيبه فقط وهو موسر سري العتق إلى نصيب الشريكين، وإن كان موسراً ببعض قيمة الباقي، وقلنا بالصحيح قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما فإذا كان موسراً بثلاث الباقي قوم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما.

قال: (وَشَرَطُ السَّرَايَةِ إِعْتَاقُهُ بِاخْتِيَارِهِ، فَلَوْ وَرِثَ بَعْضُ وَلَدِهِ لَمْ يَسْرِ)؛ لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، ولم يوجد من صنع وقصد إتلافه ولم يعبر «المحرر» بالولد بل قال: إذا ملك نصف قريبه لم يسر^(١) وهو أعم، ولو ملك بعض قريبه الذي يعتق عليه باختياره، فإن كان بطريق يقصد به التملك كالتسري وقبول الهبة والوصية سري، وإن كان بطريق لا يقصد به التملك غالباً، لكن يتضمنه بأن كاتب عبداً فاشترى شقصاً ممن يعتق على سيده، ثم عجزه سيده فصار الشقص له وعتق لم يسر في الأصح؛ لأنه لم يقصد التملك، وإنما قصد التعجيز، وحصل الملك ضمناً. وإن عجز المكاتب نفسه لم يسر؛ لعدم اختيار سيده.

فرع:

لو باع شقصاً مما يعتق على وارثه، بأن باع ابن أخيه بثوب ومات ووارثه أخوه، فوجد بالثوب عيباً فرده واسترد الشقص وعتق عليه، ففي السراية وجهان: فإنه تسبب في ملكه، لكن مقصوده رد الثوب، وصحح في «الروضة»^(٢) هنا من زوائده السراية، لكنه ذكر في أثناء الخصيصة الثانية من كلام الرافعي ما يقتضي عدم السراية وأقره عليه

(٢) «روضة الطالبين» ١٢/١١٧.

(١) «المحرر» (ص ٥١٦).

/١٣٢٥/ هناك^(١)، وسأذكره في أثناء التنبهات في أول الفصل الآتي. ولو وجد مشتري الشقص به عيباً فرده فلا سراية كالإرث، واعلم أن شروط السراية أربعة:

أحدها: اليسار.

ثانيها: أن يحصل عتق نصيبه باختياره، وقد ذكرها المصنف.

الثالث: أن لا يتعلق بمحل السراية حق لازم، فلو أعتق نصيبه، ونصيب شريكه مرهون سرى على الأصح؛ لأن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك، وتنتقل الوثيقة إلى القيمة، والثاني: لا سراية صيانة لحق المرتهن.

ولو كاتباً عبداً ثم أعتقه أحدهما فالصحيح والمشهور أنه يسري ويقوم نصيب شريكه عليه، ولو كان نصيب شريكه مدبراً قوم أيضاً على الأظهر؛ لأن المدبر كالقن في البيع. ولو كان نصيب الشريك مستولداً بأن أستولدها وهو معسر لم يسر على الأصح.

الشرط الرابع: أن يوجه الإعتاق إلى ما يملكه ليعتق نصيبه ثم يسري؛ وذلك بأن يقول: أعتقت نصيبي من هذا العبد أو النصف الذي أملكه. فلو قال: أعتقت نصيب شريكي، أو نصيب شريكي من هذا العبد حر فهو لغو. ولو أطلق فقال لعبد يملك نصفه: أعتقت نصفك. فهل يحمل على النصف الذي يملكه أو على النصف شائعاً؟ وجهان، وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً.

(١) «الروضة» ١٢/١٣٥، وانظر: «الشرح الكبير» ١٣/٣٤٦.

قال الإمام: ولا يكاد يظهر للخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق أو إعتاق^(١)، وهذا الشرط والذي قبله ذكرهما في «الروضة» تبعاً للرافعي^(٢). قال: (وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلَّا فِي ثُلْثِ مَالِهِ) أي: فإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه في مرض الموت، ولم يخرج من الثلث إلا نصيبه فلا سراية، كذا إذا خرج نصيبه ببعض نصيب شريكه فلا سراية في الباقي. قال: (وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ، فَلَوْ أَوْصَى بِعَتَقِ نَصِيْبِهِ) يعني: بعد موته (لَمْ يَسِرْ) أي: وإن خرج كله من الثلث؛ لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ويبقى الميت معسراً، ولا تقويم على من لم يملك شيئاً وقت نفوذ العتق في نصيبه، بل لو كان العبد له فأوصى بإعتاق نصيبه فأعتق لم يسر. وكذا لو دبر أحدهما نصيبه.



(١) «نهاية المطلب» ٢٠٥/١٩.

(٢) «روضة الطالبيين» ٣٩١/٨، وانظر: «الشرح الكبير» ٣٤٦/١٣.

(فَصْلٌ)

قال: (إِذَا مَلَكَ أَهْلُ تَبَرُّعٍ أَضْلَهُ أَوْ فَرَعَهُ عَتَقَ) أما في الأصول فلقوله ﷺ: « لا يجزي ولد والدًا إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه » رواه مسلم^(١) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه. وفي رواية له: « ولد والده »^(٢) وقوله: « فيعتقه » يعني: بالشراء. قال ابن الرفعة: وهذه الرواية محمولة على الأخرى فيعتق عليه^(٣). وأما في الفروع فلقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَنَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦]، وقوله: ﴿وَمَا يَلْبِغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا﴾ [٩٢] إِنَّ كُلَّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنِ عَبْدًا ﴿ [مريم: ٩٢ - ٩٣].

فدل على أمتناع اجتماع البنوة والملك، وشمل كلام المصنف الأب والأم والأجداد والجداات من جهة الأب أو الأم والأولاد وأولادهم، وإن سفلوا سواء الذكور والإناث.

وهل يدخل في الأولاد الولد المنفي باللعان؟ فيه وجهان في تعليق القاضي حسين، ولو ملك ولده أو والده من الرضاع / ٣٢٥ ب/ لم يعتق، قاله الروياني في «البحر»^(٤). وهو إجماع أيضًا كما قدمته في أول كتاب الرضاع. وسواء اتفق الوالد والولد في الدين واختلف، وسواء ملكه قهرًا بالإرث أم اختيارًا كالشراء والهبة وغيرهما.

(١) «صحيح مسلم» (١٥١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ولم أجده عنده من حديث عمران رضي الله عنه.

(٢) أنظر: التخریج السابق. (٣) «كفاية النبيه» ١٢ / ٣٢٤.

(٤) «بحر المذهب» ١٤ / ٧٦.

وفرق بين عتق القريب وبين السراية حيث لم يثبت إلا عند الاختيار بأن العتق صلة وإكرام للقريب فلا يستدعي الاختيار، والسراية تغريم ومؤاخذه، وإنما يليق ذلك بحال الاختيار، وخرج غير الأصول والفروع كالإخوة والأعمام والأخوال وسائر الأقارب؛ فإنهم لا يعتقون بالملك.

وقال أبو حنيفة وأحمد^(١): يعتق كل ذي رحم محرم بالملك كالأخ وابن الأخ والعم والخال، وألحق مالك الإخوة والأخوات بالأصول والفروع، وسلم أبو حنيفة أن المكاتب إذا ملكه أخاه لا يكاتب عليه^(٢)، فقال الأصحاب: قريب لا يكاتب على المكاتب، فلا يعتق على الحر كبنى الأعمام.

وحديث «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رواه الأربعة من حديث الحسن عن سمرة^(٣)، ورواه ابن ماجه والنسائي من حديث ابن عمر^(٤)، فالجواب عنه من أوجه:

أحدها: رد الأول بأن الحسن لم يسمع من سمرة، ورد الثاني: بأن النسائي قال: منكر. وقال الترمذي: خطأ عند أهل الحديث. وقال البيهقي: وهم فيه راويه.

(١) أنظر: «المغني» ٤١٥/٦، «المبدع» ٧/٦.

(٢) أنظر: «البنية شرح الهداية» ٢٦/٦.

(٣) أبو داود (٣٩٤٩)، وفي (٣٩٥١) موقوفًا، والترمذي (١٣٦٥)، والنسائي في «الكبرى» ١٧٣/٣ (٤٨٩٨)، وابن ماجه (٢٥٢٤)، ورواه الحاكم ٢/٢١٥، وقال الحافظ في «بلوغ المرام» ١٩٧/٢: ورجع جمع من الحفاظ أنه موقوف.

(٤) ابن ماجه (٢٥٢٥) والنسائي في «الكبرى» ١٧٣/٣ (٤٨٩٧) وقال: حديث منكر.

الثاني: تنزلنا وسلمنا الصحة فحقيقة الرحم الاختصاص بالولادة، وهو في غيرها مجاز فحملناه نحن على حقيقة.

الثالث: تنزلنا وسلمنا شمول الجميع فنخصه بالقياس، وهو أن كل قرابة لا ترد الشهادة لا تعتق بالملك كبنى الأعمام، وأعلى من هذا ما أخرجه البخاري في «صحيحه» عن أنس أن رجالاً من الأنصار قالوا: يا رسول الله، أئذن لنا فلنترك لابن أختنا عباس فداءه فقال: «لا تدعون منه درهماً»^(١). فقد أستقر ملك رسول الله ﷺ وملك عليّ رضي الله عنه على بعض عمهما العباس رضي الله عنه يوم بدر حين أسر، ومع هذا فلم يعتق عليهما، وما في معناه من الإخوة ونحوهم مقيس عليهم، واحترز المصنف بقوله: (أهل تبرع) عن الصبي والمجنون. وسنذكر ذلك على الإثر.

فرع:

متى يحكم بنفوذ العتق؟ قال أبو إسحاق: مع دخوله في الملك. وقال الإمام: بل يرتب على الملك، حكاه ابن الرفعة^(٢).

تنبيهات:

أحدها: وهب للمكاتب قريبه أو أوصى له به، وكان الموهوب كسوباً يقوم بكفاية نفسه، أستحب قبوله؛ إذ لا ضرر عليه، ولا يعتق عليه؛ لضعف ملكه، بل يكاتب عليه فيعتق بعته ويرق برقه، ذكره الرافعي

(١) البخاري (٢٥٣٧، ٣٠٤٨، ٤٠١٨).

(٢) «كفاية النبيه» ٣٢٥/١٢، وانظر: «نهاية المطلب» ٥٣٣/١٤.

في بابه^(١).

الثاني: أوصى له بعض من يعتق على وارثه بأن أوصى له ببعض أبن أخيه فمات، وقبل الأخ الوصية عتق الشقص، ولا سراية على الأصح؛ لأن الملك حصل للميت أولاً، ثم أنتقل إلى الأخ إرثاً، ويجري الخلاف في السراية حيث يملك بطريق اختياري يتضمن الملك، ولا يقصد به التملك، كما إذا باع أبن أخيه بثوب ومات وورثه الأخ، فرد الثوب ليعيب واسترد الشقص عتق عليه، وفي السراية الخلاف.

الثالث: لو ملك أبن أخيه ثم مات /٣٢٦/ وهو معسر وعليه دين مستغرق وورثه أخوه فقط، وقلنا: الدين لا يمنع الإرث كما هو الأصح، فإن الأخ يملك أبنه ولا يعتق عليه، ولو كان الوارث غير الأخ ممن لا يعتق عليه العبد فأعتقه -والحالة هذه- وهو معسر -لم يعتق في الأصح، كما رجحه الإمام.

الرابع: الحربي إذا قهر حربياً ملكه فلو قهر حربياً أباه أو أبنه فهل له بيعه؟ وجهان:

أحدهما وبه قال أبن الحداد: لا؛ لأنه يعتق عليه بالملك.

والثاني: نعم؛ لأن القهر دائم، وبه أفتى الشيخ أبو زيد. قال الرافعي: ويشبه أن يرجح الأول^(٢). قال الإمام: ويتجه أن يقال: لا يملكه بالقهر؛ لاقتران سبب العتق بسبب الملك ويخالف الشراء، فإنما صححناه لكونه ذريعة إلى تخليصه من الرق^(٣).

(١)، (٢) «الشرح الكبير» ١٣/٥٤٥. (٣) «نهاية المطلب» ١٩/٤٩٠.

قال: (وَلَا يَشْتَرِي لِطِفْلِ قَرِيبَةٍ) أي: الذي يعتق عليه؛ لأنه يعتق عليه، وقد يطالب بالنفقة وفي ذلك ضرر، فإن أشتراه فالشراء باطل.

قال: (وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّى لَهُ فَإِنْ كَانَ كَاسِبًا فَعَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُهُ، وَيَعْتَقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ) لانتفاء الضرر وحصول الكمال للأب، ولا نظر إلى احتمال توقع وجوب النفقة في المستقبل لزمانة؛ نظرًا لأن المنفعة محققة والضرر مشكوك فيه، والأصل عدمه. وإذا لم يقبل الولي قبل الحاكم، فإن لم يفعل فللصبي بعد بلوغه القبول، كذا ذكره الروياني^(١). قال الرافعي: وليكن هذا في الوصية^(٢)، أي: لأن القبول في الهبة على الفور.

قال: (وَالْإِلَّا) أي: وإن لم يكن كاسبًا (فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُعْسِرًا وَجَبَ الْقَبُولُ) لأنه يعتق عليه، فيحصل له بذلك كمال وثواب بلا ضرر. وحكى الإمام وجهًا في وجوب قبول الهبة ترددا مع قطعه بالجواز^(٣).

قال: (وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) لأنه من محاويج المسلمين.

قال: (أَوْ مُوسِرًا حَرَمًا) أي: القبول؛ لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته، وفي ذلك ضرر. وفي وجه غريب كما قاله الروياني: أنه يجب القبول، وحكاها الماوردي أيضًا^(٤).

تنبيهات:

أحدها: لم يصرح «المحرر» بالإيجاب في القسمين الأولين

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٣٤٤.

(٤) «الحاوي» ١٨/٧٧.

(١) «بحر المذهب» ١٤/٧٠.

(٣) «نهاية المطلب» ١٩/٢٤٨.

وبالتحريم في الثالث وهو مراده^(١).

الثاني: تبع في قوله: (فإن كان كاسباً) وفي قوله: (وإن لم يكن كاسباً) «المحرر»^(٢) وعبارته في «الروضة» تبعاً لـ «الشرح»: إن كان القريب تجب نفقته في الحال بأن يكون زمنًا، أو يكون غير كسوب على أحد القولين لم يجز للولي القبول.

وإن كان بحيث لا تجب فيلزمه القبول على الأصح^(٣)، ويدخل في قوله: وإن كان بحيث لا تجب ما لو وهب منه جده وعمه الذي هو أبن جده المولود موسر فالنفقة على عمه، فعلى وليه قبوله وإن لم يكن كاسباً، وقد يكون كاسباً ويحتاج إلى زيادة، ويرد على قوله: (وإن لم يكن كاسباً) ما لو وهب منه جده، وعمه موسر بحيث تجب عليه نفقة أبيه المذكور الذي هو جد الموهوب له، فإنه لا يحرم على الولي قبوله، وإن كان الموهوب له موسراً والجد غير كاسب.

الثالث: ما ذكره المصنف فيما إذا وهب له جميع ٣٢٦ب/ القريب أو أوصى له به، أما إذا وهب له البعض أو أوصى له به، فإن كان الصبي معسراً قبله الولي لما سلف، وإن كان موسراً أزداد النظر في غرامة السراية. وفيه قولان:

أظهرهما: لا يقبل؛ لأنه لو قبل لعتق على الصبي وسرى ولزمه قيمة الشريك، وفيه ضرر.

والثاني: يقبل ويعتق عليه ولا يسري، وصححه المصنف في «تصحيح

(١)، (٢) أنظر: «المحرر» (ص ٥١٧).

(٣) «روضة الطالبين» ١٢/ ٢٨٣، وانظر: «الشرح الكبير» ١٣/ ٣٤٤.

التنبيه»^(١) وقيل: ليس له القبول قطعاً، وإنما القولان في صحة القبول، وفي «التنبيه» أنه إذا كان موسراً وهو ممن تلزمه نفقته لا يجوز القبول، وإلا فقولان^(٢)، وحكى الجيلي قولاً: أنه يقبل ويسري. وفي «البحر»: لو ملك السفينة بعض قريبه بهبة أو وصية وهو موسر ففي السراية وجهان^(٣). قال: (وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ قَرِيبُهُ بِلَا عَوَاضٍ) أي: كما إذا ورثه أو وهب له أو أوصى له به، (عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ) لأنه دخل في ملكه وخرج بلا مقابل فاعتبر من الثلث، كما لو تبرع به.

قال: (وَقِيلَ: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ) لأنه حصل في ملكه بلا مقابل، وأخرجه الشرع من ملكه، فكأنه لم يدخل في ملكه، وهذا الوجه قال الرافعي في «الشرح»: إنه أولى بالترجيح^(٤). وصححه المصنف في أصل «الروضة» أيضاً^(٥)، وهنا تبع «المحرر» فإنه قال: الأصح: الأول^(٦). وكذا صححه في «الشرح الصغير» أيضاً.

قال: (أَوْ بِعَوَاضٍ بِلَا مُحَابَاةٍ) أي: بل بثمن مثله (فَمِنْ ثُلُثِهِ) لأنه فوت على الورثة ما بذله من الثمن، ولم يحصل لهم في مقابلته شيء. قال: (وَلَا يَرِثُ) لأن عتقه من الثلث وصية، ولا يجمع بين الوصية والميراث.

قال: (فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقِيلَ: لَا يَصِحُّ الشُّرَاءُ) لأن تصحيحه يؤدي إلى ملكه ولا يعتق عليه، فلم يصح، كما لا يصح شراء الكافر العبد

(١) «تصحيح التنبيه» ٤٤٦/١. (٢) «التنبيه» ١٤٥/١.

(٣) «بحر المذهب» ٧١/١٤. (٤) «الشرح الكبير» ٣٤٤/١٣.

(٥) «روضة الطالبين» ١٣٤/١٢. (٦) «المحرر» (ص ٥١٧).

المسلم.

قال: (وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ) إذ لا خلل فيه، (وَلَا يَعْتَقُ، بَلْ يُبَاعُ لِلدِّينِ) ويملكه. في «البيان» لأن موجب الشراء الملك، والدين لا يمنع منه، فلم يمنع صحة الشراء، وعتقه معتبر من الثلث، والدين يمنع منه كما يمنع الدين العتق بالإعتاق، ويخالف شراء الكافر للمسلم؛ فإن الكفر يمنع الملك للعبد المسلم^(١).

قال: (أَوْ بِمُحَابَاةٍ فَقَدَرُهَا كَهَبَةٍ) أي: فيأتي الخلاف فيما لو وهب منه (وَالْبَاقِي مِنَ الثَّلَاثِ).

قال: (وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضَ قَرِيبٍ سَيِّدُهُ فَقَبِلَ، وَقُلْنَا يَسْتَقِلُّ بِهِ) أي: بالقبول دون مراجعة السيد (عَتَقَ وَسَرَى، وَعَلَى سَيِّدِهِ قِيَمَةٌ بَاقِيَةٍ) لأن قبوله حينئذٍ كقبول سيده شرعاً. كذا جزم به المصنف هنا تبعاً لـ «المحرر»^(٢). وقال في «الروضة»: هذا مشكل وينبغي أن لا يسري؛ لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث^(٣)، وهذا الإشكال الذي ذكره هو المذهب الذي ذكره في «الروضة» تبعاً للرافعي في أثناء الباب الثاني من الكتابة بعد قوله: (فصل تبرعات المكاتب وتصرفاته)، وهذا لفظه: ولو أتهب العبد القن بعض من يعتق على سيده بغير إذنه وصححنا أتهابه / ١٣٢٧/ بغير إذن وهو الأصح، ولم يتعلق به لزوم النفقة صح القبول على الأظهر، ولا يسري بحصول الملك قهراً، والثاني: لا يصح. وفي

(١) «البيان» ٢٢٣/٨.

(٢) «المحرر» (ص ٥١٧).

(٣) «روضة الطالبين» ١٣٥/١٢.

«الوسيط» وجه آخر: أنه يصح ويعتق ويسري ويجعل اختيار العبد
كاختياره، كما إذا جعل قبوله كقبوله، وهذا الوجه لم أجده في
«النهاية»^(١)، أنتهى. فما جزم به هنا تبعاً للرافعي في «المحرر»
و«الشرح» ها هنا أيضاً هو ما حكاه وجهاً عن «السيط» واستغربه وقال
أنه لم يجده في «النهاية»، والمذهب هناك جعله بحثاً هنا.



(١) «الشرح الكبير» ١٣/٥٥٢ - ٥٥٣، «الروضة» ١٢/٢٨٣، وانظر: «الوسيط»
٥٣٥/٧.

(فصل)

قال: (أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ، عَتَقَ ثُلُثَهُ) لأنه تبرع، والتبرع في مرض الموت يعتبر من الثلث، كما تقدم في الوصايا.

قال: (فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَمْ يَعْتَقْ شَيْءٌ مِنْهُ) لأن العتق وصية، والدين مقدم عليه، وأيضًا فحق الورثة في الثلثين يتقدم على العتق، والدين مقدم على حق الورثة، فأولى أن يقدم على العتق.

قال: (وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ، وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ عَتَقَ أَحَدَهُمْ بِقُرْعَةٍ) لحديث عمران بن الحصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ. فجزأهم أثلاثًا ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة. رواه مسلم^(١). وتقدم في الوصايا أيضًا، وبهذا قال مالك وأحمد^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا يقرع بل يعتق من كل ثلثه ويستسعي في الباقي^(٣).

قال: (وَكَذَا لَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ، أَوْ ثُلُثُكُمْ حُرٌّ) لتمييز الحر من غيره. قال الرافعي: وسبق في الوصايا أنه لو قال: أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر حكايةً لطريقين في أنه هل هو كقوله: أعتقتكم، أم هو كقوله: أثلاث هؤلاء أحرار؟ وأنه لو أضاف إلى الموت فقال: ثلث كل واحد حر بعد موتي، أو أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي. عتق من كل واحد ثلثه،

(١) «صحيح مسلم» (١٦٦٨).

(٢) أنظر قول الإمام مالك في «المدونة» ٣٧٦/٢، وانظر قول الإمام أحمد في «المغني» ٣٨٠/١٤.

(٣) أنظر: «المبسوط» ٧٦/٧.

ولا قرعة على الصحيح؛ لأنه لا سرايا بعد الموت. وقيل: نعم كما لو تجئ في المرض.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ؛ أَفْرَعُ) لأن العبيد له على الخلوص، وإعتاق بعض الخالص كإعتاق كله، وصار كما لو قال: أعتقتكم.

قال: (وَقِيلَ: يَغْتَقُ مِنْ كُلِّ ثُلُثِهِ) أي: ولا إقراع؛ لتصريحه بالتبعيض، والخلاف جار في قوله: أثلاث هؤلاء أحرار أيضًا، والأصح: الإقراع أيضًا.

قال: (وَالْقُرْعَةُ أَنْ يُؤْخَذَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٍ يُكْتَبُ فِي ثَنَيْنِ رِقٌّ وَفِي وَاحِدَةٍ عِتْقٌ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقٍ كَمَا سَبَقَ) أي: في باب القسمة، (وَتُخْرَجُ وَاحِدَةٌ بِاسْمِ أَحَدِهِمْ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ عِتْقَ وَرَقٍّ الثَّلَاثُ^(١))، وَإِنْ خَرَجَ الرِّقُّ فَبِالْعَكْسِ^(٢).

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَبَ أَسْمَاءُهُمْ ثُمَّ تُخْرَجَ رُقْعَةٌ عَلَى الْحُرِّيَّةِ) فمن خرج اسمه عتق ورقًا؛ لأن به يفصل الأمر أيضًا.

قال: (فَمَنْ خَرَجَ أَسْمُهُ عِتْقَ وَرَقًا، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً قِيمَةً وَاحِدٍ مِثَّةً، وَآخَرُ مِائَتَانِ، وَآخَرُ ثَلَاثُمِثَّةٍ أَفْرَعُ بِسَهْمِي رِقٌّ وَسَهْمِ عِتْقٍ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِذِي الْمِائَتَيْنِ عِتْقَ) أي: وتم الثلث (وَرَقًا) لزيادتهما عليه (أَوْ لِلثَّلَاثِ عِتْقَ ثُلُثَاهُ) لأنه الثلث / ٣٢٧ب (أَوْ لِلأَوَّلِ عِتْقَ ثُمَّ يُفْرَعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ ثَمَمَ مِنْهُ الثُّلُثُ) أي: ورق الباقي.

(١) كذا في الأصل، وفي «المنهاج»: الآخرا.

(٢) كذا بالأصل، وفي «المنهاج»: رق وأخرجت الأخرى باسم آخر.

قال: (وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمَكَّنَ تَوَزِيْعُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ كَسِتَّةٍ قِيَمَتُهُمْ سَوَاءٌ جُعِلُوا اِثْنَيْنِ اِثْنَيْنِ) أي: وصنعنا صنعتنا في الثلاثة المتساوية القيمة.

قال: (أَوْ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ كَسِتَّةٍ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةٌ، وَقِيَمَةُ اِثْنَيْنِ مِائَةٌ، وَثَلَاثَةِ مِائَةٍ جُعِلَ الْأَوَّلُ جُزْءًا، وَالْاِثْنَانِ جُزْءًا، وَالثَّلَاثَةُ جُزْءًا) أي: وأقرعنا. قال: (وَإِنْ تَعَذَّرَ) أي: توزيعهم (بِالْقِيَمَةِ كَأَرْبَعَةٍ قِيَمَتُهُمْ سَوَاءٌ، فَفِي قَوْلٍ يُجْزَوْنَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ: وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ، وَاِثْنَانِ)؛ لأن ذلك أقرب إلى فعله عليه السلام، (فَإِنْ خَرَجَ الْعَتَقُ لِوَاحِدٍ عَتَقَ ثُمَّ أَقْرَعَ لِتَتِمِّمِ الثَّلَاثُ أَوْ لِاِثْنَيْنِ رَقَّ الْآخَرَانِ ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا فَيَعْتَقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ الْعَتَقُ وَتِلْكَ الْآخِرُ).

قال: (وَفِي قَوْلٍ: يُكْتَبُ اسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ فَيَعْتَقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلًا وَتِلْكَ الثَّانِي) لأن ذلك أقرب إلى فصل الأمر، فيخرج رقعة على العتق، فمن خرج اسمه عتق ثلثه، وكلام المصنف يوهم أنه يعتق ثلث الباقي من غير إعادة قرعة، وليس كذلك بل يعاد كما ذكرناه، وهو صريح كلام «المحرر»^(١).

قال: (قُلْتُ: أَظْهَرُهُمَا الْأَوَّلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) أي: أنهم يجزؤون ثلاثة أجزاء بحيث يقرب من التثليث؛ لما قدمناه من كونه أقرب إلى فعله عليه أفضل الصلاة والسلام، وهو ما صححه الرافعي في «شرحه» أيضًا^(٢).

قال: (وَالْقَوْلَانِ فِي اسْتِحْبَابٍ، وَقِيلَ إِجْبَابٍ) تبع «المحرر» في ترجيح

(١) «المحرر» (ص ٥١٨).

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/ ٣٥٢ - ٣٥٣.

ذلك فإنه قال: إنه الظاهر^(١)، لكن ظاهر كلامه في «الروضة» تبعاً لـ «الشرح» ترجيح الثاني وهو الإيجاب فإنه قال: ثم القولان في الإيجاب أم في الاستحباب والاحتياط؟ فيه وجهان، وبالأستحباب قال القاضي حسين: واختاره الإمام. وبالإيجاب قال الصيدلاني، وهو مقتضى كلام الأكثرين^(٢).

قال: (وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقُوا وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ، وَلَا يَرْجِعُ الْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ)، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما لا يرجع بما أنفق.

قال: (وَإِنْ خَرَجَ بِمَا ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرَ) أي: من الثلث، كما إذا أعتقنا واحداً من ثلاثة ثم ظهر مال يخرج به آخر (أُفْرِعَ) أي: بين الباقيين، فمن خرجت له فهو حر مع الأول.

فرع:

لو أعتقنا بعض العبيد ولم يكن عليه دين ظاهر ثم ظهر دين، فإن كان مستغرقاً للتركة فالعتق باطل، وإلا فقيـل: تبطل القرعة، والأصح أو الأظهر المنع، بل إن ينزع الوارث بأداء الدين نفذ العتق، وإلا فيرد العتق بقدر الدين، فإن كان الدين نصف التركة رددناه في نصيب من أعتقنا، وإن كان ثلثها رددناه في ثلثهم.

(١) «المحرر» (ص ٥١٨).

(٢) «روضة الطالبين» ١٢/١٤٩، وانظر: «الشرح الكبير» ١٣/٢٦٢ - ٢٦٣، «نهاية

المطلب» ١٩/٢٣٣.

قال: (وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ حُكْمَ بَعْتِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ) أي: لا من يوم القرعة (وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ) أي: بخلاف من أوصى بعتقه فإنه يعتبر قيمته يوم الموت؛ لأنه وقت الاستحقاق.

قال: (وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ) أي: من يوم الإعتاق (غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثُّلُثِ) /١٣٢٨/ أي: سواء كسبه في حياة المعتق أو بعد موته لحصوله على ملكه.

قال: (وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقًا فُؤَمَ يَوْمِ الْمَوْتِ وَحُسِبَ مِنَ الثُّلَاثِينَ هُوَ وَكَسْبُهُ الْبَاقِي قَبْلَ الْمَوْتِ، لَا الْحَادِثُ بَعْدَهُ) لحصوله على ملكهم.

قال: (فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرُهُمْ قِيمَةً كُلِّ مِائَةٍ، وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِائَةً أَقْرَعَ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ عَتَقَ وَلَهُ الْمِائَةُ) لما سبق، ورق الآخَرَانِ، (وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثُمَّ أَقْرَعَ) أي: بين المكتسب والآخَرِ (فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثُلَاثَةً) أي: وبقي ثلثاه، والمكتسب وكسبه للورثة.

قال: (وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ) أي: للمكتسب (عَتَقَ رُبْعُهُ، وَتَبَعَهُ رُبْعُ كَسْبِهِ) لأنه يحب أن يبقى للورثة ضعف ما عتق، ولا يبقى ذلك إلا بذلك، فإنه عتق ربعه، وقيمة ربعه خمسة وعشرون، وتبعه من كسبه خمسة وعشرون غير محسوبة عليه، فيبقى من كسبه خمسة وسبعون، وبقي منه ما قيمته خمسة وسبعون، وبقي عبد قيمته مائة فجملة التركة المحسوبة ثلاثمائة وخمسة وسبعون، منها قيمة العبيد كلهم ثلاثمائة، ومنها من كسب أحدهم خمسة وسبعون^(١)، وجملة ما عتق مائة وخمسة وعشرون، فإنه غير محسوب عليه، فإنه تابع لما عتق منه، هذا تعليل ذلك على الاختصار.

(١) في الأصل: وسبعين. والمثبت هو الصواب.

وقد ذكر الرافعي في «المحرر» طريقة^(١)، وحذفه المصنف فإنه قال: عتق بعضه محسوباً في الثلث، وتبعه من الكسب مثله غير محسوب، ويبقى للوارث من الرقيق والكسب مثلاً ما أعتقا، وسيخرج ذلك بطريق الدور بأن يقال: عتق من العبد الثاني شيء وتبعه من الكسب مثله غير محسوب من الثلث، يبقى للورثة ثلاثمائة سوى شيئين تعدل مثل ما أعتقا وهو مائة وشيء، فمثلاه مائتان وشيئان، وذلك يقابل ثلاثمائة سوى شيئين، فيجبر ويقابل، فمائتان وأربعة أشياء في مقابله تقابل ثلاثمائة تسقط المئتان^(٢) بالمتين، تبقى أربعة أشياء مئة، فالشيء خمسة وعشرون، فعلمنا أن الذي عتق من العبد ربعه، وتبعه من الكسب ربعه غير محسوب من الثلث، فهذا أستخراج الدور.

وبيان الدور أولاً أنه يعتق بعضه ويتوزع الكسب على ما عتق ورق، ولا يجب عليه حصة ما عتق، وتزيد التركة بحصة ما رق. وإذا زادت التركة زاد ما عتق وتزيد حصته، وإذا زادت حصته نقصت حصة التركة، وطريق أستخراجه ما قدمناه.



(١) «المحرر» (ص ٥١٩).

(٢) في الأصل: المتين. ولعل المثلث هو الصواب.

(فصل)

قال: (هو باب الولاء) والولاء - بالمد - مشتق من الموالة، وهي المعاونة، فكأنه أحد أقاربه العتيق، وقيل: غير ذلك.

وهو في الشرع: عسوبة بعد عسوبة النسب تقتضي للعتق العقل والإرث وولاية أمر النكاح والصلاة عليه وعسوبة الذكور من بعده، وأصل الباب الإجماع وما سيأتي من النصوص.

قال: (مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَذْبِيرٍ وَاسْتِيلَادٍ وَقَرَانَةٍ وَسِرَايَةٍ فَلَوْلَاؤُهُ لَهُ) أما فيمن باشر العتق؛ فلقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه^(١). وأما في الباقي فبالقياس عليه.

قال: (ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ) أي: الأقرب فالأقرب لقوله ﷺ / ٣٢٨ ب: «الولاء لحمه كحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»^(٢) كذا أورده

(١) البخاري (١٤٩٣)، و«مسلم» (١٠٧٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) رواه الشافعي ٧٢/٢، وابن حبان (٤٩٥٠)، والطبراني في «الأوسط» ٨٢/٢، والحاكم ٣٤١/٤، والبيهقي في «الكبرى» من طريق الشافعي ٢٩٣/١٠ جميعهم من حديث ابن عمر مرفوعاً، ورواه أيضاً في ٦/٢٤٠ عن الحسن مرسلاً، وقال: وروي موصولاً من وجه آخر عن ابن عمر وليس بصحيح، وروي عن عمر وعلي من قولهما.

وفي ١٠/٢٩٢ عن الحسن أيضاً وقال: وقد روي من أوجه آخر كلها ضعيفة، وقال الحافظ في «بلوغ المرام» (٩٥٦) بعد أن ذكره: رواه الحاكم من طريق الشافعي، عن محمد بن الحسن، عن أبي يوسف، وصححه ابن حبان وأعله البيهقي.

قلت: صحح أبو حاتم حديث ابن عمر موقوفاً، وذكره ابن القيسراني في «ذخيرة الحفاظ» (٥٩٨٧) من حديث أبي هريرة وضعفه، وقد توسع المصنف في «البدور المنير» ٧١٣/٩ وما بعدها، في الكلام عليه فراجعه هناك.

الماوردي من حديث جابر^(١)، ولا ينتقل لغير العصبه من الورثة؛ إذ لو أنتقل إلى غيرهم لكان موروثاً وهو لا يورث لكن يورث به كما أن النسب لا يورث ويرث به، ومما يدل عليه أنه لو كان الولاء موروثاً لاشترك في استحقاقه الرجال والنساء كسائر الحقوق.

قال: (وَلَا تَرِثُ أُمْرَأَةٌ بَوْلَاءً إِلَّا مِنْ عَتِيقِهَا) لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق».

قال: (وَأَوْلَادِهِ وَعَتَقَائِهِ) كالرجل، والدليل على نفيه فيما عدا ما ذكر ظاهر الخبر المذكور مع الحديث السالف أنه لا يورث، وهذه المسألة مكررة في الكتاب، فإنه ذكرها في الفرائض بعبارة أخرى فقال: لا ترث امرأة بولاء إلا معتقها أو منتهياً إليه بنسب أو ولاء.

وذكر الرافعي في «المحرر» هنا: أنه إذا مات العتيق ولا وارث له من جهة النسب ورثه المعتق، وكذا يأخذ الفاضل عن أصحاب الفرائض^(٢)، وحذفه المصنف هنا؛ لذكره له في الفرائض، وذكر أيضاً هنا مثلاً لكون المرأة لا ترث بالولاء إلا ما أشتنى أنه إذا كان المعتق [ابناً وبناتاً، أو أباً وأمّاً، أو أخاً وأختاً]^(٣) ورث الذكر دون الأنثى، وذكر أيضاً أنه لو أعتق مسلم عبداً كافراً ومات العتيق، وللمعتق أبنان مسلم وكافر، فميراثه للكافر؛ لأنه الذي يرث المعتق بصفة الكفر، ولو أسلم العتيق ثم مات فميراثه للمسلم.

(١) «الحاوي» ٧٩/١٨. (٢) «المحرر» (ص ٥٢٠).

(٣) ما بين المعقوفتين جاء في الأصل كذا: ابن وبت، أو أب وأم، أو أخ وأخت. والجادة ما أثبتناه.

قال: (فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ بِلَا وَارِثٍ فَمَالُهُ لِلْبِنْتِ وَالْوَلَاءِ لِأَعْلَى الْعَصَبَاتِ) صورة هذه المسألة: امرأة أشرت أباهما فعتق عليها، ثم أعتق الأب عبداً ومات عتيقه بعد موته، نظر إن لم يكن للأب عصب بالنسب فميراث المعتق للبنت لا لكونها بنت المعتق؛ بل لأنها معتقة المعتق.

وإن كان له عصبه كأخ وابن عم قريب أو بعيد فميراث العتيق له؛ لأنه عصب المعتق بالنسب ولا شيء للبنت؛ لأنها معتقة المعتق، ومعتق المعتق يتأخر عن عصب النسب.

قال الشيخ أبو علي: وسمعت بعض الناس يقول: أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاض، قال: لأنهم رأوها أقرب وهي عصبه له بولائها عليه.

وقوله: (والولاء لأعلى العصبات) هو مراد «المحرر» بقوله: والولاء للكبير. ومثّل له بأن قال: مثاله: أعتق عبداً ومات عن أبين، فولاء العتيق لهما، فمات أحدهما وخلف أبنا فولاء العتيق لأخيه، وإن كان ميراثه لأبيه^(١)؛ لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق كان عصبه الابن دون ابن الابن، و«المحرر» تبع في التعبير بأن الولاء للكبير ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أن الولاء للكبير / ٣٢٨ ب/ وهو بضم الكاف وسكون الباء. قال ابن مالك في «مثلته»: الكبير: أكبر الجماعة، وقال أبو السعادات: يقال: فلان كبر قومه - بالضم - إذا كان أقعدهم في النسب^(٢)، والمراد: الكبر في الدرجة والقرب دون السن.

(١) «المحرر» (ص ٥٢٠).

(٢) «النهاية» لابن الأثير ٤/ ١٤١.

قال: (وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ فَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتَقِهِ وَعَصَبَتِهِ) أي: فإن لم يوجدوا فالميراث لبيت المال، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال؛ فإنه أعتق مباشرة، وولاء المباشرة أقوى.

وصورته: أن تلد رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر، وأعتق الولد وأعتق أبوه أو أمه أيضاً.

قال: (وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَاتَتْ بِوَلَدٍ فَلَوْلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ) لأنه المنعم عليه؛ فإنه عتق بإعتاق أمه.

قال: (فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ أَنْجَرَ [إِلَى مَوَالِيهِ])^(١) أي: من موالي الأم إلى مواليه؛ لأن الولاء فرع النسب، والنسب معتبر بالأب، وإنما يثبت لمولى الأم؛ لعدم الولاء من جهة الأب، فإذا ثبت الولاء من جهة الأب عاد إلى موضعه.

قال: (وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ رَقِيقًا وَعَتَقَ الْجَدُّ أَنْجَرَ إِلَى مَوَالِيهِ) لأنه كالأب في النسب والتعصب، فجر ولاءه^(٢) كالأب.

قال: (فَإِنْ أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْأَبُ رَقِيقًا أَنْجَرَ) لما ذكرناه (فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ بَعْدَهُ أَنْجَرَ إِلَى مَوَالِيهِ) لأن الجد إنما جره؛ لكون الأب رقيقاً، فإذا عتق كان أولى بالجر. قال في «المحرر»: هذا هو الأقرب^(٣).

قال: (وَقِيلَ: يَبْقَى لِمَوَالِي الْأُمِّ حَتَّى يَمُوتَ الْأَبُ فَيَنْجَرَ إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ) لأنه إنما ينجر لبقاء الأب رقيقاً، فإذا مات زال المانع. وقيل:

(١) سقطت من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٢) في الأصل: ولأؤه. والجدادة ما أثبتناه.

(٣) «المحرر» (ص ٥٢٠).

على هذا الوجه لا ينجر إلى موالى الجد؛ لأنه لما أمتنع الجر عند العتق أستقر الولاء لمولى الأم فلا جر بعد ذلك، وهذا كما أنه إذا أسلم الجد والأب حر كافر.

وقلنا: لا يتبعه الطفل في الإسلام، فإذا مات الأب كافرًا لا يتبعه أيضًا. وإذا سبي الطفل مع أبويه - وهما كافران - لا يحكم بإسلامه، فإذا ماتا كافرين لا يحكم بإسلامه أيضًا؛ لدوام السبي.

قال الرافعي: والوجهان كالوجهين فيما إذا أسلم الجد والأب حر كافر هل يحكم بإسلام الطفل^(١)؟ واعلم أن القاضي قال: إن محل الخلاف ما إذا كان الأب ميتًا، فإن كان حيًا لم ينجر قطعًا. عكس طريقة غيره أن محل الخلاف ما إذا كان الأب حيًا، فإن كان ميتًا أنجر قطعًا. قال ابن الصباغ: وعليها أكثر الأصحاب، ويجيء منهما أوجه حكاها في «المهذب»^(٢).

ثالثها: إن كان ميتًا أنجر وإلا فلا. واختاره في «المرشد».

قال: (وَلَوْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ) أي: ولد العبد من المعتقة (أَبَاهُ جُرَّ وَلَاءُ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ) أي: بلا خلاف، (وَكَذَا وَلَاءُ نَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ) كما لو أعتق الأب غيره ثم يسقط ويصير كحر لا ولاء عليه.

والثاني: لا يبقى ولاؤه لموالى الأم؛ لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء. ولهذا لو أشتري العبد نفسه عتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا عتق بأداء النجوم، وإذا تعذر الجر بقي في موضعه، وهذا ما

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٣٩٠.

(٢) «المهذب» ٢/٢٢.

صححه الرافعي /٣٢٩ب/ في «الشرح» وقال: إنه المنصوص^(١). ووقع في «المحرر» تصحيح الأول^(٢)، وهو غريب من الرافعي، لا جرم أعترض عليه المصنف فقال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَجُرُّهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ). وقد أختار الأول أبو خلف السلمي أيضًا.



(١) «الشرح الكبير» ١٣/٣٩٠.

(٢) «المحرر» (ص ٥٢٠).

کتابُ التَّذْوِیرِ

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كتاب التدبير

صَرِيحُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي، وَكَذَا دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبِّرٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَتَصِيحُ بِكُنَايَةِ عَتَقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَحَالَيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي.

وَيَجُوزُ مُقَيِّدًا كَإِنْ مِتُّ فِي هَذَا الشَّهْرِ أَوْ الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَمُعَلَّقًا كَإِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، فَإِنْ وَجَدْتَ الصَّفَةَ وَمَاتَ عَتَقَ، وَإِلَّا فَلَا، وَيُشْتَرِطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَإِنْ قَالَ: إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ. أَشْتَرِطُ دُخُولَ بَعْدِ الْمَوْتِ، وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي، وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ قَالَ: إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ. فَلِلْوَارِثِ اسْتِخْدَامُهُ فِي الشَّهْرِ لَا بَيْعُهُ.

وَلَوْ قَالَ: إِذَا شِئْتُ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إِنْ شِئْتُ. أَشْتَرِطُ الْمَشِيعَةَ مُتَّصِلَةً، فَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتُ. فَلِلتَّرَاخِي.

وَلَوْ قَالَا لِعَبْدِهِمَا: إِذَا مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ. لَمْ يَغْتِنِ حَتَّى يَمُوتَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لَوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيْبِهِ.

وَلَا يَصِحُّ تَذْيِيرُ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ لَا مُمَيِّزٍ، وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهِهِ وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ، وَتَذْيِيرُ الْمُزْتَدِّ يُنْتَى عَلَى أَقْوَالِ مُلْكِهِ، وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ أَرْتَدَّ لَمْ يَنْطَلِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ الْمُدَبِّرُ لَمْ يَنْطَلِ، وَلِحَرْبِيِّ حَمَلُ مُدَبِّرِهِ إِلَى دَارِهِمْ. وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ نَقَضَ وَبِيعَ عَلَيْهِ.

وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِرًا فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعِ السَّيِّدُ فِي التَّذْيِيرِ نُزِعَ مِنْ سَيِّدِهِ، وَضُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ، وَفِي قَوْلٍ: يُبَاغِ.

وَلَهُ يَبِيعُ الْمُدَبِّرَ، وَالتَّذْيِيرُ تَغْلِيْقُ عَتَقٍ بِصِفَةٍ، وَفِي قَوْلٍ: وَصِيَّةٌ.
 فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ لَمْ يَعِدِ التَّذْيِيرُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ يَقُولُ كَأَبْطَلْتَهُ
 فَسَخَّطَهُ نَقَضَتْهُ رَجَعْتُ فِيهِ صَحَّ إِنْ قُلْنَا: وَصِيَّةٌ. وَإِلَّا فَلَا.
 وَلَوْ عَلَّقَ عَتَقَ مُدَبِّرٍ بِصِفَةٍ صَحَّ وَعَتَقَ بِالْأَسْبَقِ مِنَ الْمَوْتِ وَالصَّفَةِ.
 وَلَهُ وَطْءٌ مُدَبَّرَةٌ، وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا، فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَذْيِيرُهُ، وَلَا يَصِحُّ تَذْيِيرُ
 أُمِّ وَلَدٍ. وَيَصِحُّ تَذْيِيرُ مُكَاتِبٍ، وَكِتَابَةٌ مُدَبَّرٍ.

فَصْلٌ

وَلَدَتْ مُدَبَّرَةً مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنَا لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّذْيِيرِ فِي الْأَطْهَرِ.
 وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلًا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّذْيِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ مَاتَتْ أَوْ رَجَعَ فِي
 تَذْيِيرِهَا دَامَ تَذْيِيرُهُ، وَقِيلَ: إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ فَلَا، وَلَوْ دَبَّرَ حَمَلًا صَحَّ، فَإِنْ مَاتَ
 عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ، وَإِنْ بَاعَهَا صَحَّ وَكَانَ رُجُوعًا فِيهِ.
 وَلَوْ وَلَدَتْ الْمُعَلَّقُ عَتَقَهَا لَمْ يَغْتَنِ الوَلَدُ، وَفِي قَوْلٍ: إِنْ عَتَقَتْ بِالصَّفَةِ عَتَقَ.
 وَلَا يَنْبَغُ مُدَبَّرًا وَلَدُهُ، وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قَنٍّ.
 وَيَغْتَنِقُ بِالمَوْتِ مِنَ الثُّلْثِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ الدَّيْنِ، وَلَوْ عَلَّقَ عَتَقًا عَلَى صِفَةٍ
 تَخْتَصُّ بِالمَرَضِ كَأَنْ دَخَلَتْ فِي مَرَضٍ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ عَتَقَ مِنَ الثُّلْثِ، وَلَوْ
 احْتَمَلَتْ الصَّحَّةَ فَوُجِدَتْ فِي المَرَضِ فَمِنْ رَأْسِ المَالِ فِي الْأَطْهَرِ.
 وَلَوْ أَدْعَى عَبْدُهُ التَّذْيِيرَ فَأَنْكَرَ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَحْلِفُ.
 وَلَوْ وَجَدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالًا فَقَالَ: كَسَبْتَهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ. وَقَالَ الْوَارِثُ: قَبْلَهُ.
 صَدَّقَ الْمُدَبَّرُ بِبَيْعِهِ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ.



(كتاب التدبير)

التدبير في اللغة: النظر في عواقب الأمور، وفي الشرع: تعليق عتق يقع بعد الموت، وحده بعضهم بأنه تعليق عتق بالموت وهو غير مانع، فإنه لو قال: إذا مت فأنت حر قبل موتي بشهر. فمات فجأة، فهذا تعليق بالموت وليس تدبيراً؛ لأنه يعتق من رأس المال، والتدبير مأخوذ من الدبر؛ ولأن الموت دبر الحياة، وقيل: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعته. وهذا مردود إلى الأول أيضاً؛ لأن التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً؛ لأنه نظر في عواقب الأمر وأدباره. وكان معروفاً في الجاهلية فأقره الشرع كما حكاها الإمام^(١) والقاضي حسين. وقيل: إنه مبتدأ في الإسلام بنص واستغني عن نقل النص بالعمل به، وقد دبر المهاجرون والأنصار. ودبرت عائشة أمة، وأجمع المسلمون عليه.

واستفتحه في «المحرر» بحديث جابر رضي الله عنه أن رجلاً دبر غلاماً ليس له مال غيره. فقال ﷺ: «من يشتريه مني»^(٢) وهو حديث صحيح أخرجه

(١) «نهاية المطلب» ٣٠٨/١٩.

(٢) «المحرر» (ص ٥٢١).

الشيخان في صحيحيهما بزيادة: فاشترى نعيم بن عبد الله النحام^(١). وله طرق. واسم العبد المدبر يعقوب، ومدبره أبو مذكور كما ورد في بعض طرقه.

وفي الدارقطني^(٢): أنه باعه بعد موت المدبر، وهو خطأ، وفيه أيضاً أنه إنما باع خدمته، وهو منقطع ووصله لا يصح.
قال: (صَرِيحُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَيْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي) أي: وكذا حررتك بعد موتي، فإذا مت فأنت عتيق؛ لأنه لا يحتمل غيره.

ووقع في «الكفاية» لابن الرفعة: إذا مت فأنت حر. من الكنايات^(٣)، وهو غريب.

قال: (وَكَذَا دَبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدَبِّرٌ عَلَى الْمَذْهَبِ) كذا نص عليه هنا. ونص في «الكفاية» على أن قوله: كاتبك على كذا. لا يكفي حتى يقول: فإذا أديت فأنت حر أو ينويه، وفيهما طريقان: فقل فيهما قولان: نقلاً وتخريجاً:

أحدهما: أنهما صريحان؛ لاشتغالهما في معنيهما كالبيع والهبة.
والثاني: كنايةان لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق، وأظهرهما تقرير النصين كما مشى عليه المصنف فيهما هنا، وفي باب الكتابة، وفرقوا بوجهين أضعفهما: أن التدبير مشهور يعرفه كل أحد، والكتابة لا يعرفها إلا الخواص.

(١) «صحيح البخاري» (٢١٤١)، ومسلم (٩٩٧).

(٢) «السنن» (٣) «كفاية النبيه» ١٢/٣٤٣.

(٣) «السنن»

والثاني: أن التدبير كان معروفًا في الجاهلية في معناه، والشرع قد قرره ولا يستعمل في معنى آخر.

والكتابة تقع على العقد المعلوم والمراسلة وعلى المخارجة مثل: كاتبك كل يوم بكذا، فلا بد من التمييز باللفظ أو البيئة.

وقيل: التدبير صريح، وفي الكتابة قولان.

/١٣٣٠/ حكاه ابن الرفعة^(١).

وقيل: إن كان الالفاظ فقيهاً أفترق إلى النية وإلا فلا بد من التعليق أو نيته، حكاه الرافعي في باب الكتابة عن أبي إسحاق، قال: ونقلوا عنه أيضاً أنه لو كان قريب الإسلام أو جاهلاً بالحال لا يعرف التدبير لم يتقيد تدبيره بمجرد لفظ التدبير حتى تنضم إليه نية أو زيادة لفظ، وحكي وجه أنه إن ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة كفى كقوله: تعاملني أو أضمن لك أرش الجناية، أو تستحق مني الإيتاء فيكفي عن تعليق الحرية بالأداء^(٢).

قال: (وَيَصِحُّ بِكِنَايَةِ عِتْقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَخَلَيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي) لأنها حينئذ كالصريح.

فرع:

لو قال: أنت حر بعد موتي، أو لست بحر. لا يصح التدبير كما لا يحصل العتق لو قال: أنت حر أو لست بحر. والطلاق إذا قال: أنت طالق أو لست بطالق. نص عليه في «الأم»^(٣).

(١) «كفاية النية» ١٢/٣٤٤. (٢) «الشرح الكبير» ١٣/٤٤٤.

(٣) «الأم» ٥/٢٧٢.

قال: (وَيَجُوزُ) أي: التدبير (مُقَبِّدًا كَأَن مِتُّ فِي ذَا الشَّهْرِ أَوْ الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ) أي: فإن مات على الصفة المذكورة عُتِقَ وإلا فلا، وعن البويطي فيما إذا قال: إذا مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حر، فمات في مرضه أو سفره كان حرًا لكنه وصية وليس بتدبير.

قال الرافعي: وهذا كأنه ذهاب إلى أن التدبير هو تعليق العتق بمطلوب الموت، وأنه لا ينقسم إلى مطلق ومقيد، والظاهر أنقسامه إليهما^(١). فالمطلق كما مر والمقيد^(٢) كهذا.

قال: (وَمُعَلَّقًا كَأَن دَخَلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فَإِن وَجَدْتَ الصِّفَةَ وَمَاتَ عَتَقَ وَإِلَّا فَلَا) كما لا يجوز بالقياس على تعليق العتق، وأيضًا فهو إما وصية أو تعليق عتق بصفة وهما يقبلان التعليق.

قال: (وَيُشْتَرَطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ) كسائر الصفات المعلقة عليها، وإن مات السيد قبل الدخول فلا تدبير. وكفى التعليق، إلا أن يصرح كما سيأتي إثره.

قال: (فَإِن قَالَ: إِن مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ أَشْتَرَطَ دُخُولَ بَعْدَ الْمَوْتِ) أعتبارًا بمقتضى تعليقه، وأبدى الإمام احتمالاً في تعليق العتق بالدخول بعد الموت وذكر أن القاضي رمز إليه^(٣).

قال: (وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي) أي: الدخول بعد الموت لا يشترط فيه المبادرة، بل متى دخل عتق؛ لأنه ليس في لفظه ما يقتضي الفورية.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٤١٠.

(٢) في الأصل: (المطلق) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) «نهاية المطلب» ١٩/٣١٨.

قال: (وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ) إذ ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان للميت أن يبطله، كما لو أوصى لرجل بشيء ثم مات ليس للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه، وكذا من أعار له الرجوع في العارية، ولو قال: أعيروا داري بعد موتي لفلان شهراً وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية، وهذا هو الصحيح. وقيل: له بيعه؛ لأن أحد شرطي العتق لم يوجد، فصار كما إذا قال: إن أكلت هذين الرغيفين فأنت حر. فأكل أحدهما لا يمنع بيعه.

قال: (وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ فَلِلْوَارِثِ اسْتِخْدَامُهُ فِي الشَّهْرِ) / ٣٣٠ ب/ لبقائه على ملكه، (لَا بَيْعُهُ) لما سلف.

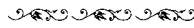
قال: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتُ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إِنْ شِئْتُ أَشْرَطْتُ الْمَشِئَةَ مُتَّصِلَةً) كما لو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، وهذا هو الصحيح، وقيل: لا يشترط الاتصال، كما لو قال: إن دخلت الدار.

قال: (فَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتُ فَلِلتَّرَاخِي) لأنه صريح فيه، وكذا مهما شئت، نعم تشترط المشيئة في حياة السيد كسائر الصفات المعلقة عليها، إلا إذا علق صريحاً بمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت.

قال: (وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِمَا: إِذَا مِتُّمَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يَنْتَقِ حَتَّى يَمُوتَا) أي: إما معاً أو مرتباً، لأنهما علّقا عتقه بموتهما، ثم إن ماتا معاً فالحاصل عتق لحصول الصفة، لا تدبير؛ لأنه معلق بموته وموت غيره، والتدبير أن يُعلق بموت نفسه، وقيل: إنه عتق تدبير لاتصاله بالموت، والصحيح الأول. وإن ماتا مرتباً فوجهان؛ أحدهما: ليس بتدبير، والصحيح: أنه إذا

مات أحدهما صار نصيب الثاني مدبراً لتعلق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبني منك مدبر، ونصيب الميت لا يكون مدبراً وهو بين الموتين للورثة، فلهم التصرف بما لا يزيل الملك، كالأستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه كما جزم به المصنف حيث قال: (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيبِهِ) لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك، وهذا هو الصحيح، وفيه وجه أن له بيعه، وقد تقدم نظيره قريباً.
 فرع:

في كسب العبد بين موتيهما، وجهان؛ أحدهما أنه معدود من تركة الميت، وأصحهما أنه للوارث خاصة.
 قال: (وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ وَصِيٍّ لَا يُمَيِّزُ) لعدم أهليتهما للعقود.
 قال: (وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الْأَظْهَرِ) كهفته وإعتاقه، إذ لا عبارة له، والثاني: الصحة؛ لأنه لا تضييع فيه بل هو باقٍ على ملكه، وهذا الخلاف كالخلاف في وصيته، وقد تقدم بيانه في بابه.
 قال: (وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهِ) لأنه صحيح العبارة ولا ضرر عليه في ذلك، وقيل: فيه قولان كالتمييز.



فرع:

تدبير المفلس كإعتاقه. قاله الرافعي^(١)، وقد سبق في بابه وفي «الاستقصاء» أنه يجوز قطعاً لتعلقه بما بعد الموت، وتبعه أبن الرفعة^(٢).



(١) «الشرح الكبير» ٤١٦/١٣. (٢) «كفاية النبيه» ٣٤٣/١٢.

فرع:

في تدبير السكران الخلاف في تصرفاته كما قدّمه المصنف في بابه.
قال: (وَكَاْفِرٍ أَصْلِيٍّ) كما يصح أستيلاده، ويصح تعليقه العتق بصفة
أيضاً، وسواء الكتابي والمجوسي والوثني والحربي والذمي.
قال: (وَتَدْبِيرُ الْمُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ مُلْكِهِ) أي: فإن قلنا ببقائه صح،
أو بزواله فلا، أو بوقفه فموقوف؛ إن أسلم بان صحته، وإن مات مرتدّاً بان
فساده. وحكي قولٌ ببطلان تدبيره على قول الوقف، ثم قال ابن سلمة
الأقوال؛ إذا حجر القاضي عليه، فأما قبله / ١٣٣١ / فيصح قطعاً، وقال
أبو إسحاق: هي قبل الحجر، فأما بعده فلا يصح قطعاً، وقال غيرهما
بطرده الخلاف في الحالين^(١).

قال: (وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ أَرْتَدَّ لَمْ يَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: بل إذا مات مرتدّاً
عتق العبد صيانة لحق العبد عن الضياع كحق الغرماء، وكما لا يبطل بيعه
وسائر عقود، وهذه الطريقة -وهي القطع بعدم البطلان- هي التي رجحها
أبن كج والعراقيون.

والثانية: القطع بالبطلان؛ لأنه لو بقي لنفذ من الثلث، وما نفذ من
الثلث أشرط فيه بقاء الثلثين للورثة، وهذا ضعيف والتوجيه ممنوع،
بل الشرط سلامة الثلثين للمستحقين، وهم الورثة تارة، وغيرهم
أخرى، وعلى هذه الطريقة تبطل وصايا المرتد.

والطريقة الثالثة: البناء على أقوال الملك إن بقي، فالتدبير باق، وإن
زال بطل، وإن وقف وقف.

(١) «روضة الطالبين» ١٢ / ١٩٢.

واعلم أن الرافعي في «المحرر» لم يحك الخلاف ثلاث طرق، وإنما قال: ولو دبّر ثم أرتدّ، فأحد الوجهين أن بقاء التدبير ينبني على أقوال الملك، والثاني وهو الأصح المرجح: بقاؤه بكل حال^(١). نعم حكاه في «الشرح الكبير»^(٢) كما ذكره المصنف.

قال: (وَلَوْ أَرْتَدَّ الْمُدَبِّرُ لَمْ يَبْطُلْ) أي: تدبيره، وإن صار دمه مهدرًا، كما لا يبطل الاستيلاء والكتابة بها، فلو مات السيد قبله في الردة عتق، ولو التحق المدبر بدار الحرب فسبي فهو على تدبيره، ولا يجوز أسترقاؤه؛ لأنه إن كان سيده حيًّا فهو له، وإن مات فولأؤه له، فلا يجوز إبطاله.

قال: (وَلِحَزْبِي حَمْلُ مُدَبِّرِهِ إِلَى دَارِهِمْ) أي: سواء جرى التدبير في دار الإسلام أو في دار الحرب، وكذا له حمل مستولده أيضًا، وليس له حمل مكاتبه الكافر قهرًا لظهور أستيلائه.

قال: (وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ نَقَضَ وَبَيْعَ عَلَيْهِ) لما في بقاء ملكه عليه من الإذلال. واعلم أن هذه المسألة لم أرها هنا في «الشرح» ولا في «الروضة». نعم، كلام الرافعي في باب الكتابة في كلامه على كتابة الذميّ قد يعطي أنه لا يصح تدبير الكافر عبده المسلم؛ حيث قال: إذا أسلم عبدٌ لذميّ أو اشتراه وقلنا بصحة الشراء وأمرناه بإزالة الملك فكاتبه، ففي صحة كتابته قولان: أحدهما: المنع؛ لأنه مأمور بإزالة الملك، والكتابة لا تزيل الملك، فصار كما لو دبّرهُ أو علق عتقه بصفة. وأقواهما الصحة؛ لأن المقصود قطع أستيلائه ورفع الذلّ عنه، وإذا

(٢) «الشرح الكبير» ٤١٦/١٣.

(١) «المحرر» (ص ٥٢١).

كاتب خرج عن تصرفه^(١). أنتهى.

والظاهر: أن قوله: فصار كما لو دبره أو علق عتقه بصفة، من أمثلة ما لا يزيل الملك فقط. وفي «الكفاية» عن القاضي حسين أنه لا خلاف أنه إذا أسلم عبد لكافر فدبره، أو اشترى عبداً مسلماً فدبره أنه يباع عليه، وحكى مجلي أن في الاكتفاء بالتدبير وجهين^(٢). وقوله: (ونقض) ظاهره الصحة أولاً، ثم النقض بعده، لا أنه باطل من أصله. قال: (وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِرًا فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعِ السَّيِّدُ فِي التَّدْبِيرِ نَزَعَ مِنْ يَدِهِ) لما في بقاءه في يده من الإذلال.

قال: (وَصُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ) كما لو ٣٣١ب/ أسلمت مستولده. قال: (وَفِي قَوْلٍ: يُبَاعُ) أي: وينقض التدبير دفعاً لإذلاله، والأظهر الأول لتوقع الحرية. قال في «المحرر»: وهو أحسن القولين^(٣) واحترز بقوله: (ولم يرجع) عما إذا رجع عنه بالقول وجوزناؤه فإنه يباع جزماً؛ لأنه رجع قنأً، والكافر مأمور بإزالة ملكه عن المسلم. فرع:

لو أسلم مكاتب الكافر، ففيل قولان كالمدير، والمذهب أنه لا يباع بل تبقى الكتابة لانقطاع سلطنة السيد واستيلائه، فإن عجز السيد بيع عليه. قال: (وَلَهُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ) لحديث جابر السالف في أول الباب. قال البغوي: وسواء باع بشرط الخيار أم لا، ومنهم من تردد فيه، وسواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً، وله أيضاً إزالة الملك بغير البيع، من الهبة

(١) ، (٢) «الشرح الكبير» ١٣/٤٦٤ - ٤٦٥.

(٣) «المحرر» (ص ٥٢٢).

والوصية وغيرهما^(١). وقال أبو حنيفة: لا يجوز إزالة الملك عن المدبر في التدبير المطلق. وقال مالك: لا يجوز في المطلق والمقيد معاً. وعن أحمد رواية كمذهبنا، وأخرى أنه لا يباع إلا لدين.

قال: (وهو) أي: التدبير (تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ) نظراً إلى الصفة، ويوضحه أنه لا يفتقر إلى إحداث تصرف بعد الموت بخلاف الوصية. قال في «المحرر»: وهذا أرجح القولين^(٢).

قال: (وَفِي قَوْلٍ: وَصِيَّةٌ) أي: للعبد بالعتق، نظراً إلى أنه يعتبر من الثلث.

قال: (فَلَوْ بَاعَهُ) أي: وكذا لو وهبه ثم أقبضه، كما ذكره في «المحرر»^(٣) (ثُمَّ مَلَكَهُ لَمْ يَعُدِ التَّدْبِيرُ عَلَى الْمَذْهَبِ) هذا الخلاف مبني على الخلاف المذكور قبل إن قلنا: إن التدبير وصية فلا يعود التدبير بعود الملك، كما لو أوصى بمال وباعه ثم عاد إلى ملكه، وإن قلنا: إنه تعليق عتق بصفة فهو على الخلاف في عود الحنث. والأظهر أنه لا يعود، فحصل أن الأظهر أنه لا يعود التدبير.

قال: (وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ كَأَبْطَلْتَهُ فَسَخَتْهُ نَقَضَتْهُ رَجَعَتْ فِيهِ صَحَّ إِنْ قُلْنَا وَصِيَّةً) لأنه تصرف يتنجز بالموت ويعتبر من الثلث.

قال: (وَالْإِلَّا) أي: وإن قلنا: تعليق عتقه بصفة (فَلَا) كما في سائر التعليقات، وسواء التدبير المطلق والمقيد، وقيل: يختص الخلاف بالمطلق ويقطع في المقيد بمنع الرجوع؛ لأنه لم يعلق بمطلوب

(١) «التهذيب» ٨/ ٤١٠ - ٤١١. (٢) «المحرر» (ص ٥٢٣).

(٣) «المحرر» (ص ٥٢٢).

الموت، فكان بالتعليق أشبه. وقيل: هما في المقيد، أما المطلق فلا يصح الرجوع فيه قطعاً. حكاه الجيلي.

فرع:

لو قال: أعتقوا عني فلاناً إذا مت. جاز الرجوع باللفظ قطعاً كسائر الوصايا.

فرع:

لو ضم إلى الموت صفة أخرى بأن قال: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر. لا يجوز الرجوع باللفظ قطعاً، وإنما الخلاف في التدبير. قال: (وَلَوْ عَلَّقَ) عتق (مُدَبَّرٌ بِصِفَةٍ صَحَّ) أي: ويبقى التدبير بحاله، كما لو دبر المعلق عتقه بصفة، فإنه يجوز.

قال: (وَعَتَقَ بِالْأَسْبَقِ مِنَ الْمَوْتِ / ٣٣٢ / وَالصِّفَةُ) أي: فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق، وإن مات قبلها عتق بالتدبير، هذا ما أورده البغوي^(١) وجعله الإمام على الخلاف فيما إذا كاتب المدبر^(٢)؛ لأنه لو وصى به ثم علق عتقه بصفة كان رجوعاً، وفي «الوسيط» ما يقتضي تفصيلاً، وهو أنه إن قال: إن دخلت الدار فأنت حر فقد زاد سبباً آخر للحرية، وليس ذلك برجوع، وإن قال: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فهو رجوع عن التدبير المطلق^(٣)؛ لأنه ينافي تعليق الحرية لمجرد الموت.

قال: (وَلَوْ وَطَّءُ مُدَبَّرَةٍ) لبقاء ملكه (وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا) أي: وإن جعلناه

(١) «التهذيب» ٨ / ٤١١.

(٢) «نهاية المطلب» ١٩ / ٣١٠. (٣) «الوسيط» ٧ / ٥٠٠.

وصية، سواء عزل أم لا، بخلاف الوصية، فإننا قد نجعل الوطء مع ترك العزل رجوعاً؛ لأنه يدلّ على قصد الإمساك، وهنا إذا ترك العزل فأحبّل يحصل الاستيلاد، وإنه يحقق مقصود التدبير ويؤكدده وهو العتق.

قال: (فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهُ) لأن الاستيلاد أقوى فيرتفع به الأضعف، كما يرتفع النكاح بملك اليمين، ولهذا لو دبّر مستولده لم يصح؛ لأنها تستحق العتق بالموت بجهة هي أقوى من التدبير، وهذا هو الصحيح، وقيل: لا يبطل التدبير، ويكون لعتقها بالموت سببان، وقيل: لا يبطل بل يدخل في الاستيلاد كالحدث في الجنابة، وفائدة الخلاف تظهر فيما لو قال: كل مدبر حرّ، هل تعتق هي؟

قال: (وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ أُمٍّ وَلَدٍ) لما قدمناه من أنها تستحق العتق بالموت بجهة هي أقوى من التدبير.

قال: (وَيَصِحُّ تَدْبِيرُ مَكَاتِبٍ) كما يصح أن يعلق عتقه بعد تدبيره على صفة، فإن أدى المال عتق بالكتابة وبطل التدبير، وإن لم يؤدّ حتى مات السيد عتق بالتدبير وبطلت الكتابة، فإن لم يحتمل جميعه عتق منه بقدر الثلث بالتدبير وبقي ما زاد على الكتابة؛ لأن كلاً منهما سبب للعتق، فعلق العتق بأسبقهما وسقط عنه من النجوم بقدر ما عتق، إن عتق نصفه فنصف النجوم، أو رבעه فربعها، وهكذا.

قال: (وَكِتَابَةُ مُدَبِّرٍ) أي: ولا يبطل التدبير بناءً على تعليق عتق بصفة، وإن قلنا إنه وصية يبطل، وعلى الأول يكون مدبراً مكاتباً، فإن أدى النجوم عتق بالكتابة، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير، وإن لم يحتمله الثلث عتق قدر الثلث وبقيت الكتابة في الباقي، فإن أدّى قسط

عتق، وقال القاضي أبو حامد: يسأل عن كتابته، فإن أراد بها الرجوع عن التدبير ففي ارتفاعه الخلاف، وإلا فهو مدبر مكاتب قطعاً.



(فَضْلُ)

قال: (وَلَدَتْ مُدَبَّرَةً مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه عقد يقبل الرفع فلا يسري إلى الولد كالرهن. والثاني: يثبت كما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهذي أمه، وهذا ما صححه الرافعي في «شرحه»، فقال: أصحهما على ما ذكر الشيخان أبو حامد والقفال وغيرهما ٣٣٢/ب، وبه قال الأئمة الثلاثة^(١)، وردّ عليه في «الروضة» بأن قال: بل الأظهر عند الأكثرين الأول^(٢)، وقد صححه في «المحرر» أيضًا^(٣).

ولا فرق في جريان القولين عند بعضهم بين أن يقول: التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة، وبعضهم بنى القولين على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة، فالأول مبني على الأول، والثاني مبني على الثاني، ومنهم من قال: إن قلنا: وصية لم يتبعها، وإن قلنا بالثاني فعلى القولين، وهذا كله إذا حدث الولد بعد التدبير وانفصل قبل موت السيد.

فأما إذا كانت حاملاً عند موته فيعتق معها قطعاً، كما لو أعتق حاملاً، فإن لم يحتملها الثلث حاملاً عتق منها قدر الثلث، ولو كانت حاملاً عند التدبير فطريقان؟

أحدهما: إن قلنا: إن الحمل يعرف فهو مدبر، وإلا فالقولان، وأصحهما: القطع بكونه مدبراً.

وإن قلنا: لا يعرف الحمل لا يدخل في البيع، وإن قلنا: لا يعرف

(١) «الشرح الكبير» ٤٣٤/١٣.

(٢) «روضة الطالبين» ٢٠٣/١٢. (٣) «المحرر» (ص ٥٢٢).

وليس هو بسراية التدبير وإنما اللفظ تناوله، وهذا قد ذكره المصنف حيث قال: (وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلًا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ) وإنما يعرف كونه موجودًا عند التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر، فإن ولدته لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير فهو حادث، وإن ولدت بينهما نظر هل لها زوج يفترشها أم لا؟ وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير وولدت لدون أربع سنين من وقت الفراق، فالأظهر أنه يجعل موجودًا يوم التدبير كما يجعل موجودًا في ثبوت النسب من الزوج.

فرع:

لو ولدت المعلق عتقها بصفة لم يتبعها الولد على الأظهر كما ذكره المصنف بعد، ورتب الصيدلاني الخلاف فيها على الخلاف في ولد المدبرة والمنع هنا أولى، وولد الموصى بها لا يتبعها على المذهب، وقال الجويني: يحتمل طرد القولين^(١).

قال: (فَإِنْ مَاتَتْ) أي: الأم في حياة السيد (أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا) أي: وصححناه (دَامَ تَدْبِيرُهُ)، أما في الأول فكما لو دبر عبيدين فمات أحدهما قبل موت السيد، وأما في الثانية فكالرجوع بعد الانفصال.

قال: (وَقِيلَ: إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ فَلَا) أي: لا يدوم تدبيره بل يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير، ومحل الخلاف ما إذا أطلق الرجوع؛ فإن قال: رجعت عن تدبيرها فقط فالحكم واضح والرجوع بعد انفصاله عن التدبير في أحدهما لا يرفع التدبير في حق الآخر، ولو رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل - وجوزنا الرجوع باللفظ - ارتفع التدبير

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٣٢٩/١٩.

فيه، وبقي في الأم، وقيل: لا يصح الرجوع فيه ما دام حاملاً مع بقاء التدبير في الأم.

قال: (وَلَوْ دَبَّرَ حَمَلاً صَحَّ) كما يصح إعتاقه ولا يتعدى إلى الأم.

قال: (فَإِنْ مَاتَ) أي: السيد (عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ) لما قلنا.

قال: (وَإِنْ بَاعَهَا صَحَّ وَكَانَ رُجُوعًا عَنْهُ) أي: عن تدبير الحمل، كما لو باع المدبر ناسياً للتدبير، /١٣٣٣/ وهذا هو الأصح، وقيل إن قصد به الرجوع حصل وصح البيع في الحمل والأم، وإن لم يقصد لم يحصل به الرجوع ولا يصح البيع في الولد، ويبطل في الأم على الأصح، كما لو باع حاملاً بحرّ.

قال: (وَلَوْ وَلَدَتِ الْمُعَلَّقُ عِتْقُهَا لَمْ يَغْتِقِ الْوَلَدُ) لأنه عقد يلحقه الفسخ، فلم يسر إلى الولد كالرهن والوصية، وهذا ما قطع به بعضهم.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: إِنْ عَتَقْتَ بِالصِّفَةِ عَتَقَ) كولد أم الولد، وقد تقدّم أن الصيدلاني رتب الخلاف فيها على الخلاف في ولد المدبرة، والمنع هنا أولى، والأظهر أنه لا فرق في مجيء الخلاف بين أن يكون التعليق بما يحصل لا محالة كطلوع الشمس، أو بغيره كدخول الدار، وقيل: الخلاف في الأول لأنه يشبه التدبير، وفي الثاني: لا يتبعها قطعاً، ذكر ذلك الرافعي^(١)، ولم أره في «الروضة»، ولو بطلت الصفة بموتها أو بموت السيد بطل في الولد أيضاً.

ولا يخفى أن محل الخلاف في الحمل الكائن بعد التعليق سواء كان

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٤٣٥.

من حمل أو زنا، أما الموجود عنده فيتبعها قطعاً، صرح به ابن الصباغ وغيره، وأجرى فيه الخلاف المصنف في تصحيحه، وإذا قلنا: المعلق عتقها بصفة يتبعها الولد فمعناه أن الصفة إذا وجدت فيها وعتقت عتق الولد، ولا تعتبر الصفة فيه، ولو وجدت الصفة فيه فلا أثر لها، هذا هو الصحيح. وقال الجويني: مقتضى سراية التعليق أن يتعلق عتقه بنفسه بالصفة، وهي دخول الدار مثلاً، فعلى هذا لا يعتق هو بدخولها وتعتق هي بدخوله، ولو بطل التعليق فيها بموتها يبطل في الولد^(١)، ومقتضى قول الجويني ألا يبطل فيه.

قال: (ولا يتبع مُدَبِّرًا وَلَدُهُ) أي: بل يتبع الأم في الرق والحرية. قال: (وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قَنِ) لثبوت الملك عليه، فإن جنى ما يوجب القصاص فاقتص منه، فات التدبير، وإن جنى بما يوجب المال أو عفا عن القصاص فللسيد أن يفديه وأن يسلمه ليباع في الجناية، فإن فداه بقي التدبير، وهل يفديه بأرش الجناية أم بالأقل من قيمته؟ والأرش فيه الخلاف في القن، وإن سلمه للبيع فيبيع جميعه بطل التدبير، فإن عاد إلى ملكه ففي عود التدبير الخلاف السابق أول الباب، وإن حصل الغرض يبيع بعضه بقي التدبير في الباقي.

فرع:

الجناية عليه كهي على القن، فإن قتل فللسيد القصاص أو القيمة ولا يلزمه أن يشتري عبداً بها يدبره، وإن جنى على طرفه فللسيد القصاص والأرش ويبقى التدبير بحاله.

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٣٢٩/١٩.

(فصل)

قال: (وَيَعْتَقُ بِالْمَوْتِ مِنَ الثَّلَاثِ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ الدَّيْنِ) لقول ابن عمر رضي الله عنهما: المدبر من الثلث، رواه الشافعي^(١)، ولا يصح رفعه. قال الدارقطني في «علله»: روي مرفوعاً وموقوفاً، والموقوف أصح^(٢)، ولأنه تبرع تنجز بالموت فكان كالوصية، وبالقياص على الإعتاق في مرض الموت وأولى.

وإنما يعتق المدبر من الثلث بعد الديون؛ فلو كان عليه دين مستغرق للتركة لم يعتق / ٣٣٣ب/ منه شيء، وإن لم يكن دين ولا ما سواه عتق ثلثه، وإن كان دين يستغرق نصفه بيع نصفه في الدين وعتق الباقي من ثلثه، ولا أستسعاء وفي «تعليقة» إبراهيم المروذي، كما نقله الرافعي^(٣) عنه، وكذا ذكره القاضي حسين والماوردي^(٤) والرويانى أن الحيلة في عتق الجميع بعد الموت وإن لم يكن له مال سواه أن يقول: هذا العبد حرّ قبل مرض موتي بيوم وإن مت فجأة فقبل موتي بيوم. فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم عتق من رأس المال ولا سبيل عليه لأحد. وإن اقتصر على قوله: أنت حرّ قبل موتي بيوم أو بشهر، فإذا مات نظر، فإن كان

(١) «الأم» ٣٥٠/٧، ورواه ابن ماجه (٢٥١٤) مرفوعاً، والدارمي (٣٣١٦) موقوفاً. قال ابن ماجه: سمعت عثمان بن أبي شيبة يقول: هذا خطأ يعني حديث «المدبر من الثلث» قال: ليس له أصل.

وفي «العلل» لابن أبي حاتم: قال أبو زرعة. هذا حديث باطل، وامتنع من قراءته وقال الألباني في «صحيح وضعيف سنن ابن ماجه» ١٤/٦: موضوع.

(٢) «علل الدارقطني» ٣٢٢/١٢ (٢٧٥٤).

(٣) «الشرح الكبير» ٤٢٨/١٣. (٤) «الحاوي» ٣٢/١٨.

في أول اليوم أو الشهر قبل الموت مريضاً اعتبر عتقه من الثلث، وإن كان صحيحاً فمن رأس المال، ولا فرق في اعتبار التدبير من الثلث بين أن يقع التدبير في الصحة أو في المرض كالوصية.

قال: (وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقًا عَلَى صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالْمَوْتِ) كَإِنْ دَخَلَتْ فِي مَرَضٍ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ. عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ كما لو أعتقه حينئذ.

قال: (وَإِنْ أَحْتَمَلْتَ الصِّحَّةَ فَوُجِدَتْ فِي الْمَرَضِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأُظْهَرِ) لأنه حين علق لم يكن متهمًا بإبطال حق الورثة، والثاني: يعتق من الثلث اعتباراً بوقت وجود الصفة، فإن العتق حينئذ يحصل، وهذا كالخلاف في أنه إذا علق طلاق امرأته في الصحة ووجدت الصفة في المرض، هل يجعل فاراً؟ ومحل الخلاف ما إذا وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره اعتبر العتق من الثلث؛ لأنهم قالوا: لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فدخلها في مرضه اعتبر العتق من الثلث؛ لأنه اختار حصول العتق في مرضه.

قال: (وَلَوْ أَدْعَى عَبْدُهُ التَّدْبِيرَ فَأَنْكَرَهُ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَحْلِفُ) أي: وإن جوّزنا الرجوع عنه؛ لأنه كذب فلم يؤثر بل يحلف، أي بأن يقول: إن كنت دبّرت فقد رجعت عنه، إذا جوّزنا الرجوع باللفظ، وقيل: إنكاره رجوع، وقال جماعة في سماع دعوى العبد على سيده بالتدبير خلاف، بناءً على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة. إن قلنا بالثاني فيسمع؛ لأن السيد لا يملك الرجوع عنه بلفظ الرجوع، وإن قلنا بالأول فوجهان، بناءً على أن إنكاره هل يكون رجوعاً؛ إن قلنا: لا، فيسمع، وإن قلنا: نعم، فلا يسمع.

واعلم أن المصنف في أصل «الروضة» قال في آخر الباب الأول من الدعاوى في أثناء المسألة الثامنة في دعوى الأمة التدبير طريقان: أحدهما: يقبل لأنه حق ناجز، والثاني: على الخلاف في الدين المؤجل، وهذا إذا لم نجوز الرجوع عنه بالقبول؛ فإن جَوَزنَاهُ فإنكاره رجوع يبطل مقصود المدعي. انتهى^(١). فجزم بأن الإنكار رجوع تفرعاً على جواز الرجوع بالقول، وهو خلاف ما جزم به في الكتاب.

قال: (وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبِّرٍ مَالٌ فَقَالَ: كَسَبْتَهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَهُ، صَدَّقَ الْمُدَبِّرُ بِيَمِينِهِ) لأن اليد له، بخلاف ما إذا كان التنازع في الولد حيث أدعت وجوده بعد موت السيد، وعكس الوارث، فإن القول قول الوارث؛ لأنها تزعم حرّيته، والحر لا يدخل تحت اليد.

قال: (وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ) لاعتضادها باليد، ولو أقام الوارث بينة بأن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد، فقال المدبر: كان في يدي لكن لفلان فملكته بعد موت السيد، صدق المدبر أيضاً. نصّ عليه.

فرع:

قول المدبر في حياة السيد وبعد موته: رددت التدبير. لغو لا يقدر فيه.



كِتَابُ الْكِتَابَةِ

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كتاب الكتابة

هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إِنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ، قِيلَ: أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ. وَلَا تُكْرَهُ بِحَالٍ.

وَصِيغَتُهَا كَاتِبْتُكَ عَلَى كَذَا مُنْجَمًا إِذَا أَدَّيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَبَيِّنُ عَدَدِ النُّجُومِ وَقِسْطُ كُلِّ نَجْمٍ، وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ التَّغْلِيْقِ وَنَوَاهُ جَازًا، وَلَا يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةِ بِلَا تَغْلِيْقٍ، وَلَا نِيَّةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَقُولُ الْمُكَاتِبُ: قَبِلْتُ. وَشَرَطُهُمَا تَكْلِيْفٌ وَإِطْلَاقٌ.

وَكِتَابَةُ الْمَرِيضِ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلَاهُ صَحَّتْ كِتَابَتُهُ كُلُّهُ، فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّى فِي حَيَاتِهِ مَائَتَيْنِ وَبِمَائَتِهِ مَائَةً عَتَقَ، فَإِنْ أَدَّى مَائَةً عَتَقَ ثُلَاثًا. وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدًّا بُنِيَ عَلَى أَقْوَالِ مَلِكِهِ، فَإِنْ وَقَفْنَاهُ بَطَلَتْ عَلَى الْجَدِيدِ. وَلَا يَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ، وَمُكْرَى.

وَشَرَطُ الْعَوَضِ كَوْنُهُ دَيْنًا مُوَجَّلاً، وَلَوْ مَنْفَعَةً، وَمُنْجَمًا بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ، وَقِيلَ: إِنْ مَلَكَ بَعْضُهُ وَبَاقِيَهُ حُرٌّ لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ. وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ عِنْدَ أَنْقِضَائِهِ صَحَّتْ أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا فَسَدَتْ، وَلَوْ قَالَ: كَاتِبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِأَلْفٍ. وَنَجَمَ الْأَلْفَ وَعَلَّقَ الْحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ دُونَ الْبَيْعِ، وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدًا عَلَى عَوَضٍ مُنْجَمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ فَالْثَّوْبُ صَحَّتْهَا، وَيُوزَعُ عَلَى قِيَمَتِهِمْ يَوْمَ الْكِتَابَةِ، فَمَنْ أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ، وَمَنْ عَجَزَ رَقٌّ.

وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضٍ مِنْ بَاقِيهِ حُرٌّ، فَلَوْ كَاتَبَ كُلُّهُ صَحَّ فِي الرُّقِّ فِي الْأُظْهَرِ، وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ فَسَدَتْ إِنْ كَانَ بَاقِيَهُ لِعَيرِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ أَوْ كَانَ

لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَلَوْ كَاتِبَاهُ مَعًا أَوْ وَكَلَا صَحَّ إِنْ اتَّفَقَتِ التُّجُومُ وَجُعِلَ الْمَالُ عَلَى نِسْبَةِ
مِلْكَيْهِمَا، فَلَوْ عَجَزَ فَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الْآخَرُ إِنْقَاءَهُ فَكَاتِبَتَا عَقْدٍ، وَقِيلَ:
يَجُوزُ. وَلَوْ أَتَرَأَ مِنْ نَصِيْبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ نَصِيْبَهُ، وَقَوْمُ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

فَصُلِّ

يَلْزَمُ السَّيِّدُ أَنْ يَحْطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ.
وَالْحَطُّ أَوَّلَى، وَفِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ أَلِيقُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ
وَلَا يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْمَالِ، وَأَنَّ وَقْتَ وَجُوبِهِ قَبْلَ الْعَتَقِ، وَيُسْتَحَبُّ الرُّبْعُ، وَإِلَّا
فَالشُّبْعُ.

وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكَاتِبَتِهِ، وَلَا حَدٌّ فِيهِ، وَيَجِبُ مَهْرٌ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهُ
عَلَى الْمَذْهَبِ، وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً مُكَاتِبَةً، فَإِنْ عَجَزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ.
وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنَا مُكَاتِبٌ فِي الْأَظْهَرِ يَتَّبِعُهَا رِقًّا وَعِتْقًا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ
شَيْءٌ، وَالْحَقُّ فِيهِ لِلْسَّيِّدِ، وَفِي قَوْلٍ: لَهَا. فَلَوْ قُتِلَ فَقِيمَتُهُ لِذِي الْحَقِّ،
وَالْمَذْهَبُ أَنَّ أَرَشَ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِ، وَكَسْبَهُ وَمَهْرَهُ يُنْفَقُ مِنْهُمَا عَلَيْهِ، وَمَا فَضَلَ
وُقِفَ، فَإِنْ عَتَقَ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلِلْسَّيِّدِ.

وَلَا يَغْنَقُ شَيْءٌ مِنَ الْمُكَاتِبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْجَمِيعَ.
وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ: هَذَا حَرَامٌ وَلَا يَبِيتُهُ. حَلَفَ الْمُكَاتِبُ أَنَّهُ حَلَالٌ،
وَيُقَالُ لِلْسَّيِّدِ: تَأْخُذْهُ أَوْ تُبْرِئْهُ عَنْهُ. فَإِنْ أَبَى قَبْضُهُ الْقَاضِي، فَإِنْ نَكَلَ الْمُكَاتِبُ
حَلَفَ السَّيِّدُ.

وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدَّى مُسْتَحَقًّا رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدْلِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ بَانَ
أَنَّ الْعَتَقَ لَمْ يَقَعْ.

وإن كان قال عند أخذه: أنت حر.

وإن خرج مبيعاً فله رده وأخذ بدله.

ولا يتزوج إلا بإذن سيده، ولا يتسرى بإذنه على المذهب.

وله شراء الجوازي لتجارة، فإن وطئها فلا حد، والولد نسيب، فإن ولدته في الكتابة أو بعد عتيقه لدون ستة أشهر تبعه رقاً وعتقاً، ولا تصير مستولدة في الأظهر، وإن ولدته بعد العتق لفوق ستة أشهر وكان يطؤها فهو حر وهي أم ولد.

ولو عجل النجوم لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع عرض كمؤنة حفظه أو خوف عليه، وإلا فيجبر، فإن أبى قبضه القاضي.

ولو عجل بعضها ليبرته من الباقي فأبى لم يصح الدفع ولا الإبراء.

ولا يصح بيع النجوم، ولا الاعتياض عنها، فلو باع وأدى إلى المشتري لم يعتق في الأظهر، ويطالب السيد المكاتب، والمكاتب المشتري بما أخذه منه، ولا يصح بيع رقبته في الجديد، فلو باع فأدى إلى المشتري ففي عتيقه القولان، وهبته كبيعته.

وليس له بيع ما في يد المكاتب وإعتاق عبده و تزويج أمته، ولو قال له رجل: أعتق مكاتبك على كذا. ففعل عتق ولزمه ما التزم.

فصل

الكتابة لازمة من جهة السيد ليس له فسخها إلا أن يعجز عن الأداء، وجائزة للمكاتب، فله ترك الأداء، وإن كان معه وفاء، فإذا عجز نفسه فللسيد الصبر و الفسخ بنفسه، وإن شاء بالحاكم، وللمكاتب الفسخ في الأصح.

ولو استمهل المكاتب عند حلول النجم استحب إمهاله، فإن أمهل ثم أراد

الْفَسْخَ فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ غُرُوضٌ أَمْهَلُهُ لِيَبِيعَهَا، فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ فَلَهُ أَنْ لَا يَزِيدَ فِي الْمُهْلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا أَمْهَلُهُ إِلَى إِحْضَارِهِ إِنْ كَانَ دُونَ مَرَحَلَتَيْنِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ حُلَّ التَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ فَلِلْسَيِّدِ الْفَسْخُ، فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي الْأَدَاءُ مِنْهُ.

وَلَا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتَبِ، وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا وَلَا بِجُنُونِ السَّيِّدِ، وَيَنْدَفِعُ إِلَى وَلِيِّهِ، وَلَا يَغْتَبِقُ بِالْذَّفْعِ إِلَيْهِ.

وَلَوْ قَتَلَ سَيِّدُهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ، فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَّةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَهُ تَعْجِيزُهُ فِي الْأَصْحِ، أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَاقْتِصَاصُهُ وَالِدِيَّةُ كَمَا سَبَقَ.

وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَانَ خَطَأً أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَالْأَرْضَ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ الْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ عَجَزَهُ الْقَاضِي وَبِيعَ بِقَدْرِ الْأَرْضِ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ بَقِيََتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ.

وَلِلْسَيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِثْقَاؤُهُ مُكَاتَبًا، وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ، وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتَبُ بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقًا.

وَلِسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَى قَاتِلِهِ الْمُكَافِي، وَإِلَّا فَالْقِيَمَةُ. وَيَسْتَقِيلُ بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لَا تَبَرُّعَ فِيهِ وَلَا خَطَرَ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَغْتَبِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ عَتَقَ، أَوْ عَلَيْهِ لَمْ يَصِحَّ بِلا إِذْنٍ، وَإِذْنٍ فِيهِ الْقَوْلَانِ، فَإِنْ صَحَّ تَكَاتَبَ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ

وكتابتُهُ يَأْذِنُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فَضْلٌ

الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لَشَرْطٍ أَوْ عَوَظٍ أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَالصَّحِيحَةِ فِي اسْتِقْلَالِهِ
بِكَسْبٍ وَأَخَذِ أَرْضٍ جِنَايَةٍ عَلَيْهِ وَمَهْرٍ شُبْهَةٍ، وَفِي أَنَّهُ إِذَا عَتَقَ بِالْأَدَاءِ يَتَّبِعُهُ
كَسْبُهُ، وَكَالتَّغْلِيْقِ فِي أَنَّهُ لَا يَغْتَقُ بِإِبْرَاءٍ.
وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ.

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا يُضْرَفُ إِلَيْهِ سَهْمُ الْمُكَاتِبِينَ.
وَتُخَالِفُهُمَا فِي أَنَّ لِلْسَيِّدِ فَسْخَهَا، وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ، بَلْ يَرْجِعُ
الْمُكَاتِبُ بِهِ إِنْ كَانَ مُتَّقَوِّمًا، وَهُوَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْعِتْقِ.
فَإِنْ تَجَانَسَا فَأَقْوَالُ التَّقَاصُّ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْفَضْلِ بِهِ.
قُلْتُ: أَصَحُّ أَقْوَالِ التَّقَاصِّ سُقُوطُ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ بِالْآخِرِ بِلَا رِضَا، وَالثَّانِي
بِرِضَاهُمَا، وَالثَّلَاثُ بِرِضَا أَحَدِهِمَا، وَالرَّابِعُ لَا يَسْقُطُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
فَإِنْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ فَلْيُشْهَدَ.

فَلَوْ أَدَّى الْمَالَ فَقَالَ السَّيِّدُ: كُنْتُ فَسَخْتُ. فَأَنْكَرَهُ صُدَّقَ الْعَبْدُ بِبَيِّنِهِ.
وَالْأَصَحُّ بُطْلَانُ الْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِعْمَائِهِ وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ
الْعَبْدِ.

وَلَوْ أَدَّعَى كِتَابَةً فَأَنْكَرَ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ صُدِّقَا، وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ
الْعِلْمِ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا تَحَالَفَا، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبْضٌ مَا يَدَّعِيهِ
لَمْ تَنْفَسَخِ الْكِتَابَةُ فِي الْأَصَحِّ، بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفَقَا فَسَخَ الْحَاكِمُ.

وإن كَانَ قَبْضُهُ وَقَالَ الْمُكَاتَّبُ: بَعْضُ الْمَقْبُوضِ وَدِيْعَةٌ. عَتَقَ وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّى، وَالسَّيِّدُ بِقِيَمَتِهِ، وَقَدْ يَتَقَاَصَانِ.

وَلَوْ قَالَ: كَاتَبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ. فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ صُدَّقَ السَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا أَدَّعَاهُ، وَإِلَّا فَالْعَبْدُ.

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: وَضَعْتُ عَنْكَ النَّجْمَ الْأَوَّلَ. أَوْ قَالَ: الْبَعْضُ. فَقَالَ: بَلِ الْآخِرُ أَوْ الْكُلُّ. صُدَّقَ السَّيِّدُ.

وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقَالَ: كَاتَبْتَنِي أَبُو كُفَمَا. فَإِنْ أَنْكَرَا صَدَّقَا، وَإِنْ صَدَّقَاهُ فَمُكَاتَّبٌ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبُهُ فَالْأَصَحُّ لَا يَعْتِقُ، بَلْ يُوقَفُ، فَإِنْ أَدَّى نَصِيْبَ الْآخِرِ عَتَقَ كُلُّهُ وَلَوْلَاؤُهُ لِلْأَبِ، فَإِنْ عَجَزَ قَوْمٌ عَلَى الْمُعْتِقِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَإِلَّا فَنَصِيْبُهُ حُرٌّ، وَالباقِي قِنْ لِلْآخِرِ.

قُلْتُ: بَلِ الْأَظْهَرُ الْعِتْقُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيْبُهُ مُكَاتَّبٌ، وَنَصِيْبُ الْمُكَذِّبِ قِنْ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُصَدِّقُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقَوِّمُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا.



(كتاب الكتابة)

هي تعليق عتق بصفة ضمنت معاوضة أو معاوضة ضمنت تعليق عتق بصفة، وهي معدولة عن القياس، كأنها بيع ماله بماله كما سيأتي، وقيل: إنها معاودة لعقد السيد مع عبده ليحصل له الكسب عاجلاً / ٣٣٤/ والعتق آجلاً، وسميت كتابة للعرف الجاري بكتابة ذلك في توثقه، وقيل: مشتق من الكتب - وهو الضم - إذا أنتهى نجم إلى نجم. والنجم: هو الوقت الذي يحل فيه مال الكتابة، سميت بذلك؛ لأن العرب ما كانت تعرف الحساب والكتابة، وإنما كانت تعرف الأوقات بالنجوم، وهو ثمانية وعشرون نجماً منازل القمر، فيقولون: أعطيك إذا طلع نجم كذا وسقط نجم كذا، فسميت باسمها مجازاً، وقد يطلق النجم على المال الذي يحل في الوقت.

قال الروياني: وهي إسلامية لا تعرف في الجاهلية، وقيل: أول من كوتب عبد لعمر بن الخطاب يكنى أبا أمية. والأصل فيه الإجماع، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] والأخبار الآتية وهي مشتملة على أمور غريبة لا توجد في غيرها؛ منها: مقابلة ملكه بملكه؛ فإن العبد والكسب المؤدى للسيد، وإثبات مال في ذمة عبده وإثبات ملك العبد وهو لا يملك به، وفيه

نظر؛ فإن صاحب «البيان» حكى ثلاثة أوجه في أن العبد ملك سيده أو نفسه أو مملوك لا مالك له كستر الكعبة، وبنى عليه ما لو قال: مما ليكى أحرار، هل يعتق^(١)؟ وقال بعض الأصحاب: لا يملك إكسابه بل يتسلط بالكتابة على أدائها عما عليه، ومنها: أنه يثبت له رقبة بين الرق والحرية؛ إذ ليس له أحكام الأرقاء من كل وجه ولا الأحرار من كل وجه.

قال: (هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إِنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ، قِيلَ: أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ، وَلَا تُكْرَهُ بِحَالٍ).

الشرح: لا يجب على السيد أن يكاتب عبده بحال، كما لا يجب عليه أن يدبره وأن يشتري قريبه، وحكي قول بالوجوب إذا طلبها العبد لظاهر الآية المذكورة قبل. والقائل بالندب حمل الآية عليه أو على بيان الرخصة؛ فإن بيع الرجل ماله بماله محظور.

نعم تستحب الإجابة إذا طلبها العبد، وكان أميناً قادراً على الكسب كما ذكره المصنف، وبهما فسر الشافعي الخير في قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾.

فإن الخير ورد بمعنى المال في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨] وقوله: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾ [البقرة: ١٨٠]، وبمعنى العمل الصالح في قوله: ﴿مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧]، فحمل هنا عليهما لجواز إرادتهما ولتوقف المقصود عليهما؛ لأن غير الكسب عاجز عن الأداء، وغير الأمين لا يوثق بوفائه^(٢)، وفي «مراسيل أبي داود» في

تفسير الآية: «إن علمتم فيهم حرفة ولا ترسلوهم كلاً على الناس»^(١)، فإن فقد الشرطان معاً - وهما الأمانة والكسب - فلا يستحب؛ لأنه لا يقوي رجاء العتق بهما، وقد يجزم بالاستقلال حالاً وتعجز نفسه آخرًا، ولكنها لا تكره، فعساها تفضي إلى العتق.

وقال ابن القطان: يكره، والصحيح الأول كما جزم به المصنف، وإن فقد الشرط الأول، وهو الأمانة وقدر على الكسب لم يستحب أيضًا؛ لأنه لا يوثق به، وقيل: يستحب لكن هو دون الاستحباب فيما إذا اجتمع الشرطان، والصحيح الأول كما أفهمه كلام المصنف، وإن فقد الشرط الثاني وهو القوة على الكسب لكن الأمانة موجودة فيه ففي الاستحباب وجهان /٣٣٤ب/ حكاهما المصنف؛ أحدهما: يستحب لأنه إذا عرفت أمانته أعين بالصدقات ليعتق، وأصحهما المنع كما صححه بعد رجاء العتق بما لا يتوظف ولا يوثق به.

فرع:

إذا طلب السيد الكتابة فامتنع العبد لم يجبر خلافًا لمالك.
قال: (وَصِفْتُهَا: كَاتِبْتُكَ عَلَى كَذَا مُنْجَمًا إِذَا أَدَيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَبَيَّنُّ عَدَدَ النُّجُومِ وَقِسَطَ كُلِّ نَجْمٍ) صونًا له عن الجهالة، وسواء التساوي فيه والتفاضل، وقيل: يصح الإطلاق ويحمل على التسوية، حكاه

(١) «المراسيل» (١٨٥) عن الحسن بن علي عن أبي عاصم عن عكرمة بن عمار عن يحيى بن أبي كثير عن النبي ﷺ به، ورواه البيهقي في «الكبرى» ٣١٨/١٠ من طريق ابن وهب عن ابن سمعان عن مجاهد عن ابن عباس أنه قال في قول الله تعالى «فكاتبوهم..» يقول: إن علمتم لهم حرفة أو مالًا.

الماوردي، قال: ولا يشترط على الصحيح. المذهب تعيين ابتداء النجوم، بل يكفي الإطلاق، ويكون ابتداؤها من العقد، وإن كان دليل كلامه لا يقتضيه^(١).

قال: (وَلَوْ تَرَكَ لَفَظَ التَّعْلِيْقِ) أي تعليق الحرية بالأداء (وَنَوَاهُ) أي بقوله كاتبك على كذا (جَارَ)، وَلَا يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةِ بِلَا تَعْلِيْقٍ، وَلَا نِيَّةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ) لما سبق في باب التدبير واضحًا.

قال: (وَيَقُولُ الْمُكَاتِبُ قَبِلْتُ) كغيره من العقود.

قال: (وَشَرَطُهُمَا) يعني: السيد والعبد (تَكْلِيْفٌ وَإِطْلَاقٌ) أي: فلا يكتاب الصبي والمجنون والمحجور عليه بالسفه؛ لسلب عبارتهم، ولا يكتاب أيضًا. وحكى الماوردي وجهها في صحة تبرع الصبي المميز في مرض موته، ولا يبعد طرده هنا، ولا تصح كتابة مكره ولا مكره، ولا أثر لإذن الولي للصبي والمجنون في الكتابة، ولا يصح كتابة وليهما أيضًا؛ أبا كان أو غيره.

وحكى الفوراني فيما إذا أسلم المكاتب إلى المحجور عليه بالسفه في حال الحجر ثم أرتفع حجره خلافًا في عتقه بالتسليم السابق، والأصح المنع.

قال: (وَكِتَابَةُ الْمَرِيضِ مِنَ الثُّلُثِ) أي: سواء كاتبه بمثل قيمته أو بما فوقها أو بما دونها.

قال: (فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلَاهُ) أي: عند الموت كما قيده الرافعي^(٢) (صَحَّتْ كِتَابَةُ كُلِّهِ) لخروجه من الثلث.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٥٨/١٣.

(١) «الحاوي» ١٥١/١٨.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّى فِي حَيَاتِهِ مِئَتَيْنِ، وَقِيمَتُهُ مِئَةُ عَتَقٍ) لأنه يبقى للورثة مثلاه.

قال: (وَإِنْ أَدَّى مِئَةَ عَتَقٍ ثُلَاثًا) لأنه إذا أخذ مئة وقيمتها مائة فالجملة مائتان، فينفذ التبرع في ثلث المائتين وهو ثلثا المائة، فالحاصل أنه إن كاتبه على مثلي القيمة عتق كله، وإن كاتب على مثلي قيمته عتق ثلثاه، ولو كاتبه على مثل قيمته وأدى نصف النجوم صحت الكتابة في نصفه. واحترز بقوله (وأدى في حياته) عما إذا لم يؤد شيئاً حتى مات السيد، فإنه إن أجازت الورثة ما زاد على الثلث فواضح، أو لم تجز فثلثه مكاتب، فإن أدى حصته من النجوم عتق، وهل يزداد في الكتابة بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد؟ وجهان، أصحهما ونص عليه: لا؛ لأن الكتابة بطلت في الثلثين فلا تعود، والثاني: نعم كما لو ظهر للميت دفين^(١) أو نصب شبكة في الحياة فيعقل بها صيد بعد الموت، فإنه يزداد في الكتابة.

قال: (وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدُّ بَنِي عَلَى أَقْوَالٍ مِلْكِهِ) أي: فإن قلنا بزواله فباطلة، أو ببقائه فصحيحة، أو بالوقوف /١٣٣٥/ فموقوفة، وهذه طريقة ابن القطان وابن الوكيل، ورجحها أبو إسحاق واختارها أبو حامد، ورجح القاضي أبو حامد أنه لا يجيء الوقف؛ لأن الكتابة عقد معاوضة، والعقود لا توقف على أصل الشافعي، قال الرافعي: وقد يختصر فيقال: إن قلنا بالزوال فلا تصح كتابته أو بالبقاء فتصح. وإن قلنا بالوقف فعلى الجديد والقديم أن العقود هل توقف؟ وهذه طريقته

(١) في الأصل: دين. والصواب ما أثبتناه.

في «المحرر» وتبعه في الكتابة حيث قال: (فَإِنْ وَقَفْنَا بِطَلْتِ عَلَى الْجَدِيدِ)، ثم في موضع الخلاف ثلاث طرق، أشبهها أن موضعه ما إذا لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا: لا يحصل الحجر بنفس الردة، فأما إذا كان في حال الحجر فلا تصح الكتابة بحال. وثالثها طرد القولين.

ويخرج في كتابة المرتد من هذا الاختلاف وجوه أو أقوال خمسة، وعلى ذلك أقتصرت في «الروضة»: أظهرها: البطلان، وثانيها: الصحة، وثالثها: الوقف على إسلامه، ورابعها: الصحة قبل الحجر خاصة، وخامسها: البطلان بعد الحجر خاصة^(١).

فرع:

تصح كتابة الكافر -ذكره الرافعي في «المحرر»^(٢)- كإعتاقه.

قال: (وَلَا تَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ)؛ لأنه معرض للبيع في الرهن، كذا علله الماوردي^(٣)، ولا يبعد جريان خلاف فيه من إعتاقه، وأولى لمنافاته البيع قطعاً، بخلاف الكتابة فإنها غير مانعة من البيع على قول قديم.

قال: (وَمُكْرَى) لأنه مستحق المنفعة، وفيه وجه حكاه الرافعي في باب^(٤)، ووجهه أنه قد يملك مائلاً بسبب آخر غير الكسب، ولأن العاجز عن الكسب تصح كتابته فهو أولى.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٤٦١ - ٤٦٢، «روضة الطالبين» ١٢/٢٢٠.

(٢) «المحرر» (ص ٥٢٤).

(٣) «الحاوي» ١٨/٢٣٥.

(٤) «الشرح الكبير» ٦/١٨١.

فرع:

لا تصح كتابة المغصوب أيضًا، كما قدمته في البيع نقلًا عن صاحب «البيان»^(١)، وأن كلام المتولي يقتضي صحته.

فرع:

يصح كتابة المعلق عتقه بصفة والمدير، وكذا المستولدة على الأصح. قال: (وَشَرَطُ الْعَوَضِ كَوْنُهُ دَيْنًا) ليلتزمه في الذمة ثم يحصله فيؤديه، وأما الأعيان فإنه لا يملكها حتى يورد العقد عليها.

قال: (مُؤَجَّلًا) أي: فلا تصح الكتابة الحالة أتباعًا للسلف، ولأنه على تقدير الحلول يعجز عقب الأداء فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند المحل، واعترض عليه أنه قد يوصي له. قال: لو قبل الكتابة وبموت الموصي قبل عقد الكتابة أو يوهب منه عقب العقد فلا يتحقق العجز.

وأجيب عنه بأن قبول الوصية والهبة لابد وأن يتأخر عن قبول الكتابة، فيكون العوض لازمًا قبل القدرة والتمكن، وقد لا يتيسر القبول، واعترض أيضًا بأنه لو جرى عقد الكتابة على قدر من الملح، وهما على مملحة فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة، وأجيب عنه بأنه لا يملك الملح ما لم يأخذه، والأجر يتأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق.

فائدة:

قال الرافعي: يلزم من اشتراط التأجيل اشتراط الدينية لأن الأعيان لا

(١) «البيان» ٧٩/٥.

تقبل الأجل فيستغنى عنه بذكر /٣٣٥ب/ التأجيل وقد وقع ذلك في «المحرر» فذكرهما^(١) وتبعه المصنف.

قال: (وَلَوْ مَنَّفَعَةً) أي: كبناء دار وكخياطة ثوب وخدمة شهر، كما يجوز أن يجعل المنافع ثمنًا وأجرة.

قال: (وَمُنَجَّمًا بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ) لاشتجار ذلك عن الصحابة فمن بعدهم قولاً وفعلاً -قاله الرافعي^(٢)- ولو جاز على أقل منها لابتدروه تعجيلًا للقربة.

قال ابن الرفعة: وقد روي أنه عليه السلام قال «الكتابة على نجمين»^(٣) وهذا نص إن صح؛ لأن اشتقاقها من الجمع، وأقل ما جمع أثنان، والمعنى فيه أن الكتابة عقد إرقاق، ومن تنمة الإرقاق التنجيم، ولذلك ضربت الدية على العاقلة مؤجلة منجمة ليتيسر عليهم الأداء.

قال: (وَقِيلَ: إِنَّ مَلَكَ بَعْضُهُ وَبَاقِيَهُ حُرٌّ لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ) لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه فلا يتحقق العجز في الحال، والأصح الاشتراط أتباعاً لما جرى عليه الأولون.

فائدة:

النجم بفتح النون في الأصل أسم لكل واحد من كواكب السماء وهو بالثريا أخص، ثم جعلت العرب مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت لحلول ديونها، ثم غلب حتى صار عبارة عن الوقت، وقد تقدّم نحو ذلك في أول الباب.

(١) «المحرر» (ص ٥٢٤). (٢) «الشرح الكبير» ١٣/٤٤٨.

(٣) «كفاية النبيه» ١٢/٣٦٦، وفيه أن هذا قول علي عليه السلام، وهو الصواب.

فرع:

هل تجوز الكتابة على مال كثير إلى نجمين قصيرين أو قصير وطويل بشرط أداء الأكثر في القصير؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، لإمكان القدرة، كما لو أسلم إلى معسرٍ في مال كثير، والثاني: لا؛ لأن النادر كالمعجوز عنه كما في المسلم.

فروع تتعلق بالكلام على المنفعة:

لا يجوز أن يكتفى بخدمة شهر أو شهرين أو سنة، ويقدر كل عشرة أيام نجمًا وكل شهر؛ لأن الجميع نجم واحد والمطالبة به ثابتة في الحال، فلو شرط صريحًا كون خدمة شهر نجمًا، وخدمة الشهر بعده نجمًا آخر لم يصح على الصحيح المنصوص في «الأم»^(١)؛ لأن منفعة الشهر الثاني معينة والمنافع المعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأخيرها، ولو أنقطع ابتداء المدة الثانية عن آخر الأولى كخدمة رجب ورمضان لم يصح بلا خلاف، ويشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا يتأخر عنها، كما أن عين البيع لا تقبل التأجيل وتأخير التسليم. فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوال لم يصح، ولو كاتبه على دينار يؤديه في آخر هذا الشهر، وعلى خدمة الشهر الذي بعده لم يصح، وأما المنافع الملتزمة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار موصوفة فيجوز فيها التأجيل، ولو كاتبه على بناء دارين وجعل لكل واحد منهما وقتًا معلومًا صح.

(١) «الأم» ٣٧٤/٧.

قال: (وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ عِنْدَ أَنْقِضَائِهِ صَحَّحْتُ) لأن المنفعة مستحقة في الحال، والمدة لتقديرها والتوفية فيها؛ والدينار إنما يستحق المطالبة به بعد أنقضاء الشهر، وإذا اختلف الاستحقاق حصل التنجيم، ولا بأس بكون المنفعة حالة؛ لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال؛ بخلاف ما لو كانت على دينارين /١٣٣٦/ أحدهما حالاً والآخر مؤجل.

وبهذا يتبين أن الأجل وإن أطلقوا اشتراطه، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي يقدر على الشروع فيها في الحال، وهذا هو الأصح المنصوص، وفي وجه أو قول لا يصح؛ لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة، فيصيران معاً كالنجم الواحد، وهؤلاء حملوا النص المذكور على ما إذا قال: ودينار بعد العقد بيوم أو شهر. وغلطوا الربيع حيث نقل في «الأم» أنه إذا شرط الدينار بعد الشهر أو معه كان جائزاً^(١).
 فرع:

لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر كقوله: ودينار بعد العقد بيوم صح في الأصح.

فرع:

قال: أعتقتك على أن تخدمني أو على أن تخدمني أبداً. فقبل العبد عتق في الحال، ورجع السيد عليه بقيمته لأنه لم يعتقه مجاناً، ولو قال: على أن تخدمني شهراً من الآن. فقبل عتق وعليه الوفاء.

(١) «الأم» ٣٧٤/٧.

قال: (أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذًا فَسَدَتْ) أي: كاتبه على أن يبيع السيد من المكاتب أو عكسه، ووجه الفساد أنه شرط عقدًا في عقد.

قال: (وَلَوْ قَالَ كَاتِبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثُّوبَ بِأَلْفٍ وَنَجْمٍ الْأَلْفَ وَعَلَّقَ الْحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ دُونَ الْبَيْعِ)؛ لتقدم أحد شقيه على مصير العبد من أهل مبايعة السيد. واعلم أن الطريقة الراجحة في هذه المسألة القطع ببطلان البيع، وفي الكتابة قولًا تفريق الصفقة؛ لأنه جمع في الصفة الواحدة بين ما يجوز وبين ما لا يجوز، والأظهر الصحة. والطريقة الثانية:

تخريجها على القولين فيمن جمع بين عقدين مختلفي الحكم؛ ففي قول: يصحان، وفي آخر: يبطلان. فإن صححنا الكتابة -وهو الأظهر كما مر- فيصح بجميع العوض في قول، وبالقسط على الأظهر، فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب، فما خص العبد لزمه في النجمين، فإذا أداه عتق، وإن أفسدناها لم يعتق حتى يؤدي جميع المال لتحصل الصفة ثم يتراجعان.

قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول أنه إذا أدى ما يخص قيمته عتق ثم يتراجعان.

قال: (وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدًا) أي: صفقة واحدة (عَلَى عَوْضٍ مُنْجَمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ فَالْنَّصُّ صَحَّتْهَا) ونص على البطلان فيما إذا اشترى رجل ثلاثة أعبد؛ كل عبد لرجل من ملاكهم صفقة واحدة، ولو نكح نسوة أو خالعهن على عوض واحد، ففي صحة المسمى قولان منصوصان، وقد ذكر المصنف مسألة النكاح في الصداق واختلف في البيع والكتابة الذين قالوا: في النكاح والخلع قولان، على أربع طرق:

أحدها: طرد القولين فيهما.

وثانيها: يفسد البيع، وفي الكتابة قولان.

وثالثها: تصح الكتابة، وفي البيع قولان.

ورابعها: تصح الكتابة ويفسد البيع.

وإن أفردت قلت: في البيع طريقان:

أصحهما: طرد القولين، والثاني: القطع بالصحة.

ثم فرع المصنف رحمه الله على النص وهو الصحة فقال: (وَيُوزَعُ) أي: المسمى (عَلَى قِيمَتِهِمْ يَوْمَ الْكِتَابَةِ فَمَنْ أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ، وَمَنْ عَجَزَ رَقًّا).

واعلم أنه قد اختلف في كيفية التوزيع على قولين:

أصحهما، وقطع به قاطعون: أنه يوزع على قيمتهم كما ذكره المصنف لا على عددهم، فإذا كانت قيمة أحدهم مئة، وقيمة الثاني ٣٣٦/ب/ مئتان، وقيمة الثالث ثلاثمائة، فعلى الأول سدس المسمى، والثاني ثلثه، والثالث نصفه، والاعتبار بقيمة يوم الكتابة كما جزم به المصنف؛ لأن سلطنة السيد تزول يومئذ.

والثاني: أنه يوزع على عدد رؤوسهم وأجرى هذا القول في الخلع والصداق، وذكر الإمام أنه لو طرده طارد على ضعفه في البيع لم يبعد، وأن قضيته الحكم لصحة العقود كلها لارتفاع الجهالة والتردد، واختلاف الطرق إنما يجيء إذا حكمنا بالتوزيع على القيم^(١)؛ لأن ما

(١) «نهاية المطلب» ١٩/٣٥٢ - ٣٥٣.

على كل منهم واحد مجهول عند العقد، ثم كل واحد من العبيد يؤدي ما عليه، إما على التفاضل أو التساوي في النجمين، وإذا أدى ما عليه عتق ولم يتوقف عتقه على أداء غيره، وإن مات بعضهم أو عجز فهو رقيق، ويعتق غيره بالأداء ولا يقال علق بأدائهم؛ لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة؛ ولهذا لو أبرأ السيد المكاتب عتق، وإذا مات لم تبطل الكتابة بخلاف التعليقات.

قال: (وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضِ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ) لاستغراقها الرق منه.

قال: (فَلَوْ كَاتَبَ كُلُّهُ صَحَّ فِي الرَّقِّ فِي الْأَظْهَرِ) هو الخلاف في تفريق الصفقة كما صرح به الرافعي في «المحرر»^(١) وغيره، ويبطل في بعضه الحر جزئاً.

قال: (وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ فَسَدَتْ إِنْ كَانَ بَاقِيهِ لغيره وَلَمْ يَأْذَنْ) لعدم الاستقلال، وكان نصيب الشريك ينتقص فيتضرر به، وربما خرج القولان في حالة الإذن كما سيأتي على هذين المعنيين: إن قلنا بالأول لم يصح، وإن قلنا بالثاني فقد أسقط حقه ورضي بالضرر، وفي وجه أنها تصح، وإن لم يأذن كما ينفرد أحد الشريكين بالإعتاق والتعليق والتدبير.

وقال الإمام: ذهب طائفة إلى تخريج قولين في عدم الإذن وهو منقذ لأن إذن الشريك لا يفيد الاستقلال، فلا يبقى إلا تخيل ضرر الشريك، وهذا لا حاصل له مع نفوذ العتق من الشريك^(٢).

(١) «المحرر» (ص ٥٢٥).

(٢) «نهاية المطلب» ٤١١/١٩.

فائدة:

في «الدقائق»: قولي: فسدت هو مراد «المحرر» بقوله: فالكتابة باطلة، وقد تجوز في ذلك، ومراده أنها فاسدة يترتب عليها إنخرام الفاسدة من العتق بالصفة وغيره لا أنها باطلة حقيقة لاغية.

قال: واعلم أن الفاسد والباطل من العقود عندنا سواء في الحكم إلا في مواضع، منها الحج والعارية والخلع والكتابة^(١).

قال: (وَكَذًا إِنْ أَذِنَ أَوْ كَانَ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ) أما في الأولى فلأن الشريك الآخر يمنعه من التردد في المسافرة، ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين على الصحيح، ووجه مقابله أستقلاله بإعتاق ذلك العبد، فكذا الكتابة.

وحاصل ما في هذه الصورة، وهي إذا لم يأذن الشريك حكاية طريقين؛ أصحهما: قولان:

أصحهما: المنع / ٣٣٧/، والثاني: الصحة.

والطريقة الثانية: القطع بالمنع، وحذفها من «الروضة» واقتصر على حكاية القولين^(٢).

وأما في الثانية، وهي: ما إذا كان الباقي له، فلأن المكاتب يحتاج إلى التردد حضراً وسفراً؛ لاكتساب النجوم، ولا يستقل بذلك، وإذا كان بعضه رقيقاً لا يحصل مقصود الكتابة، وأيضاً فلا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين على الصحيح؛ لأنه يصير بعضه ملكاً لمالك الباقي فإنه من

(١) «دقائق المنهاج» (ص ٧٧) وانظر: «المحرر» (ص ٥٢٥).

(٢) «الروضة» ١٢/ ٢٢٨.

أكتسابه، بخلاف ما إذا كان باقيه حرًّا، فإنه يمكن وضع الصدقة فيه، هذا هو المنصوص.

وخرج ابن سريج قولاً آخر من الأول، وهي ما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر، فإنه إذا كاتب بعض ما يملكه فقد كاتب البعض بإذن مالك الباقي، ونحا ابن القطان نحوه فأثبت في المسألة وجهين، والجمهور قطعوا بالمنصوص وقالوا: أحد الشريكين لا يتمكن من كتابة نصيب الآخر، والمالك الواحد يتمكن من كتابة جميع ما يملكه.

فرع:

يستثنى من كلام المصنف لو أوصى بكتابة عبد فلم يخرج من الثلث إلا بعضه، ولم تجز الورثة، فالأصح أنه يكاتب ذلك القدر، وبه جزم صاحب «الحاوي الصغير».

قال: (وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعًا أَوْ وَكَّلَا) أي: من يكاتبه أو وكّل أحدهما الآخر، كما ذكره في «المحرر»^(١) (صَحَّ إِنْ اتَّفَقَتِ النُّجُومُ) -أي: جنسًا وعددًا وأجلًا- (وَجُعِلَ الْمَالُ عَلَى نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا)؛ لثلا يؤدي إلى انتفاع أحدهما بملك الآخر، فإن اختلفت النجوم في الجنس أو قدر الأجل أو العدد أو شرطًا التساوي في النجوم مع التفاوت في الملك أو بالعكس ففي صحة الكتابة القولان فيما إذا أنفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر، وقيل: يبطل قطعًا؛ لأننا لو جوّزنا ذلك لزم أن ينتفع أحدهما بملك الآخر.

(١) «المحرر» (ص ٥٢٥).

فرع:

لا يشترط تساوي الشريكين في ملك العبد الذي يكتابه على الصحيح.

قال: (فَلَوْ عَجَزَ فَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الْآخَرُ إِبْقَاءَهُ) يعني: العقد (فَكَابِتْدَاءٍ عَقْدٍ) أي: فلا يجوز بغير إذن الشريك، وكذا بإذنه على المذهب كما مرّ. قال في «المحرر»: وهذا ما قطع به قاطعون^(١).
قال: (وَقِيلَ: يَجُوزُ) هذا جعله الرافعي طريقة لا وجهًا، وكذا في «الروضة»^(٢).

قال الرافعي: ومنهم من قطع بالجواز بالإذن؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء^(٣).

فرع:

هل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذنًا في إبقائها؟ وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنهما إذا توافقا فقد رضا بأحكامها، ومن أحكامها جواز الإنظار عند العجز.

وأصحهما: المنع، وجعل الإرقاق ناقضًا لما جرى به الإذن.
قال: (وَلَوْ أَبْرَأَ) يعني: أحد الشريكين (مِنْ نَصِيْبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ نَصِيْبَهُ، وَقَوْمَ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا) أما في العتق فلما تقدّم في بابه، وأما في الإبراء من نصيبه من النجوم؛ فلأنه أبرأه عن جميع ما

(١) «المحرر» (ص ٥٢٥).

(٢) «روضة الطالبين» ٢٣١/١٢.

(٣) «الشرح الكبير» ٤٧٦/١٣.

يستحقه، فأشبه ما لو كاتب جميعه وأبرأه عن النجوم. وفي قول مخرج أو وجه أنه لا سراية إلى نصيب الشريك، والصحيح المشهور خلافه.

نعم في وقت السراية قولان:

أحدهما: في الحال؛ لئلا تنتقض الحرية /٣٣٧ب/ وهذا ربما يوهمه كلام المصنف.

وأظهرهما: لا يثبت في الحال؛ لأنه قد أنعقد سبب الحرية للنصف الآخر، وفي التعجيل ضرر على السيد بفوات الولاء، وبالمكاتب بانقطاع الولد والكسب عنه.

فإن قلنا بالأول فالأصح أنفساخ الكتابة في نصيب الشريك؛ لأن الإعتاق والإبراء أقوى منها، فيعتق كله على الشريك المعتق، ويكون له الولاء، وقيل: يسري العتق مع بقاء الكتابة، لئلا يبطل حق الغير، وإن قلنا بالثاني فادى نصيب الآخر من النجوم عتق عن الكتابة، وكان الولاء بينهما، وإن عجز وعاد إلى الرق ثبتت السراية حينئذ، ويكون الولاء كله للمعتق. ذكر ذلك كله الرافعي في أثناء النظر الثاني من الباب.



(فَضْلٌ)

قال: (يَلْزَمُ السَّيِّدَ) أي: في الكتابة الصحيحة (أَنْ يَحْطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ) أي: بعد أخذ النجوم ليستعين به، لقوله تعالى ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وظاهره الوجوب، واختار الروياني في الجملة أستحباب الإيتاء، وليس بشيء، والآية ظاهرة في الدلالة على الدفع، وأما الحط فقد روي عن الصحابة قولاً وفعلاً، منهم عليّ، وابن عمر رضي الله عنهما. أما الكتابة الفاسدة فلا يجب فيها في الأصح. قال الرافعي: وبناء بعضهم على أن الأصل الحط أو البذل^(١)، إن قلنا بالأول لم يجب؛ فإن النجوم غير ثابتة فيها حتى يجب الحط، وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت البذل، وإن قلنا بالثاني فلا يمتنع إيجاب شيء على السيد، كما شابها الصحيح في حصول العتق وغيره، فإن أوجبناه كفى حط شيء من القيمة التي يجب فيها.

فرع:

من أعتق عبده بعوض أو باعه نفسه فلا إيتاء على الصحيح. وحكى الجويني وجهًا؛ أنه يجب في كل عقد عتاقة على عوض، ولا يجب في الإعتاق بلا عوض قطعاً^(٢).

قال: (وَالْحَطُّ أَوْلَى) أي: من الدفع؛ لأن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحط محققة، وفي الدفع موهومة؛ فإنه قد ينفق المال في جهة أخرى.

(١) «الشرح الكبير» ٥٠١/١٣.

(٢) «نهاية المطلب» ٣٨٤/١٩.

فرع:

هل الحط أصل والدفع بدل عنه، أم بالعكس؟ وجهان:
أصحهما: الأول، ونص عليه لما تقدم، ووجه الأول إشعار ظاهر الآية به، وحكى القاضي حسين وغيره وجهًا ثالثًا: أنه يتخير؛ إن شاء دفع، وإن شاء حط. وفائدة الخلاف إنما تظهر في الكتابة الفاسدة، فإننا إذا قلنا أن الأصل هو الإيتاء، فهل يجب الإيتاء؟ فيه وجهان، وإن قلنا: الحط، فلا يجب جزمًا، وقد تقدم حكاية الرافعي، الخلاف في ذلك أيضًا.

فرع:

الإيتاء بالحط لا يكون إلا من نفس مال الكتابة، وأما البذل؛ فالأصح أنه يعتبر من جنس مال الكتابة، والثاني: يجوز من غير جنسه.
قال: (وَفِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ أَلِيقُ) لأنه حالة الخلوص من ربة الرق.
قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ وَلَا يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْمَالِ) /٣٣٨/ لأنه لم يرد فيه تقدير. وقوله ﴿مِنْ مَالِ اللَّهِ﴾ يتناول القليل والكثير. وهذا ما نص عليه في «الأم»^(١).

والثاني: ينبغي أن يكون قدرًا يليق بالحال، ويستعين به على العتق دون القليل الذي لا وقع له.

وعلى هذا فيختلف الحال بقلة المال وكثرته؛ فإن لم يتفقا على شيء قدره الحاكم بالاجتهاد، وينظر فيه إلى قوة العبد وإكسابه. وقيل: يعتبر حال السيد في الإعسار واليسار.

قال الرافعي في «الشرح الصغير»: ويشبه أن ينظر إليهما جميعًا.

(١) «الأم» ٧/ ٣٦١ - ٣٦٢.

وقال الإصطخري: يحتمل أن يقدر بربع العشر.

قال الإمام: وإذا قلنا: يقدره الحاكم فقدر شيئاً يتيقن وقوعه بالنسبة إلى مال الكتابة كفى، وإن تيقنا أنه لا وقع له لا يكفي، وإن شككنا فخلافاً؛ لتعارض أصل براءة السيد وأصل وجوب الإيتاء^(١). واعلم أن تعبير المصنف بالأصح يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في «الروضة»، فإنه عبر بالصحيح^(٢).

قال: (وَأَنَّ وَقْتَ وَجُوبِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ) ليستعين به في الأداء. كذا علله الرافعي^(٣)، والثاني: أن وقته بعده كالمتمعة ليتبلغ به.

فرع:

وقت الجواز من أول عقد الكتابة، ويجوز أيضاً بعد الأداء وحصول العتق، لكن يكون قضاءً إذا أوجبنا التقديم على العتق، وقيل: لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير؛ ليرتب عليه العتق، أو بعده؛ ليحصل التملك الكامل.

قال: (وَيُسْتَحَبُّ الرُّبْعُ) لما روى الحاكم عن علي كرم الله وجهه أن رسول الله ﷺ قال في قوله تعالى ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] قال: «ربع الكتابة»، ثم قال: هذا حديث صحيح الإسناد، وخالف النسائي فقال: الصواب وقفه^(٤)، وفي وجه ضعيف: يستحب الثلث.

(١) «نهاية المطلب» ٣٨٦/١٩.

(٢) «روضة الطالبين» ٢٥٠/١٢. (٣) «الشرح الكبير» ٥٠١/١٣ - ٥٠٢.

(٤) «السنن الكبرى» ١٩٩/٣، و«المستدرک» ٤٣١/٢، ورواه عبد الرزاق ٣٧٥/٨ (٤) «السنن الكبرى» ١٥٥٨٩، وابن الأعرابي (١٨٤٨)، والبيهقي في «الكبرى» ٥٥٣/١٠ جميعهم

قال: (وَالْإِلَّاءُ فَالسُّبْعُ) أي: فإن لم تسمح نفسه بالربع فالسبع محبوب؛ لما روى مالك في «موطئه» عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كاتب عبدًا له على خمسة وثلاثين ألف درهم، وخط عنه خمسة آلاف -سبع خمسة وثلاثين ألفاً^(١)- قال في «الوسيط»: وكان السبع إلى العشر لائقاً^(٢)(٣).

فرع:

لو مات السيد بعد أخذ النجوم وقبل الإيتاء لزم الورثة الإيتاء، وإن كانوا صغاراً تولاه الولي، فإن كان مال الكتابة باقياً أخذ الواجب منه، ولا يزاحمهم أصحاب الديون؛ لأن حقه في عينه، أو هو كالمرهون به. كذا قاله القفال، ونقله ابن كج عن نصه في «المبسوط».

فصل

قال: (وَيَحْرُمُ وَطْءُ مَكَاتِبِهِ) لاختلال ملكه، فإن شرط في الكتابة أن يطأها فسد العقد.

قال: (وَلَا حَدَّ فِيهِ) أي: لو خالف ووطئ للشبهة، وفي قول ضعيف: يحد العالم. نعم، يعزران على الصحيح.

من طريق ابن جريج عن عطاء بن السائب عن عبد الله بن حبيب عن علي عن النبي ﷺ مرفوعاً. إلا البيهقي فموقوفاً قال البيهقي، بعد أن أخرجه موقوفاً على علي عليه السلام: هذا هو الصحيح موقوفاً..
وانظر: «البدر المنير» ٧٤٩/٩.

(١) «الموطأ» ٧٨٨/٢ قال مالك: وقد بلغني أن عبد الله بن عمر كاتب غلاماً...

(٢) في الأصل: لائق. والمثبت من «الوسيط» ٥٢٤/٧.

(٣) «الوسيط» ٥٢٤/٧.

قال: (وَيَجِبُ مَهْرٌ) أي: مع العلم والجهل إن كانت مكرهة، وقيل: إن طاووته فلا؛ لأنها هدرت بضعها بلا عوض، والأصح: نعم؛ لأن المسقط للحد شبهة الملك، وهي تقتضي وجوب المهر مع الطوعية لشبهة الملك، وعن مالك: أنه لا مهر لها بحال / ٣٣٨ ب/ لنا أن منافع بضعها لها، ألا ترى أنه لو وطئها غيره لشبهة كان المهر لها؟
فرع:

إذا وجب المهر فلها أخذه في الحال، فإن حل عليها نجم وهما من جنس، فعلى أقوال التقاص الآتية، وإن عجزت قبل أخذه سقط، وإن عتقت بالأداء فلها المطالبة بعده. صرح به في «المحرر»^(١).
قال: (وَالْوَلَدُ حُرٌّ) لأنها علقت به في ملكه.

قال: (وَلَا تَجِبُ قِيَمَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ) بناءً على أن ولد المكاتبة قنّ للسيد، أو قلنا: بأنه مكاتب، لكن حق الملك فيه للسيد، كما لو قتل ولدها. أما إذا قلنا: الحق لها، فعليه القيمة، وتستعين المكاتبة بها، فإن عجزت قبل الأخذ سقطت، وإن عتقت أخذتها. هذا ما ذكره الرافعي والمصنف في «الروضة» في كيفية إيراد الخلاف^(٢)، وعبارة ابن الرفعة: لا تجب قيمته إلا على قولنا: أن ولدها موقوف عتقه على عتقها، وأنه إذا قتل لا تكون قيمته للسيد^(٣). ولم يفصح في «المحرر» بكيفية الخلاف، وإنما عبر بالأظهر فقط^(٤)، ومراده من الخلاف كيف كان.

(١) «المحرر» (ص ٥٢٦).

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/ ٥٥٧ - ٥٥٨، «روضة الطالبين» ١٢/ ٢٩٠.

(٣) «كفاية النبيه» ١٢/ ٤٠٩. (٤) «المحرر» (ص ٥٢٦).

ولو ولدت بعدما عجزت ورقت فلا شيء لها، وكذا لو ولدت بعدما عتقت.

قال: (وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً) أي: لأجل الإيلاد (مُكَاتَبَةٌ فَإِنْ عَجَزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ) لأجل الاستيلاد.

قال: (وَوَلَدَهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنَا مُكَاتَبٌ فِي الْأَظْهَرِ يَتَّبِعُهَا رِقًّا وَعِتْقًا) لأن الولد من كسبها، فيقف على عتقها، ولأن الولد يتبع الأم في سبب الحرية كما يتبعها في الحرية، كولد أم الولد. والثاني: المنع، بل هو مملوك للمولى يتصرف فيه بالبيع وغيره؛ لأن الكتابة عقد يلحقه الفسخ مع بقاء الملك للسيد، فلا يسري حكمه إلى الولد كالرهن، وقطع أبو إسحاق بالأول، وقال: إذا اختاره الشافعي كان الثاني ساقطاً.

قال: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ) يعني على الولد (شَيْءٌ) أي: من النجوم؛ لأنه لم يوجد منه [التزام، قال: (وَالْحَقُّ فِيهِ) أي: الولد (لِلسَّيِّدِ): كما أن حق الملك في الأم له]^(١) قال في «المحرر»: وهذا هو الأشبه^(٢).

قال: (وَفِي قَوْلٍ لَهَا) أي: للمكاتبة؛ لأنه يكتب عليها، فيكون حق الملك فيه لها، كما أن حق الملك في المكاتب للسيد، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها.

ويتفرع على القولين صور؛ شرع المصنف في ذكر صورتين منها، فقال: (لَوْ قُتِلَ فَقِيمَتُهُ لِذِي الْحَقِّ) أي: فإن قلنا بالأول فالقيمة للسيد كقيمة الأم، وإن قلنا بالثاني فللمكاتبة؛ ليستعين بها في أداء النجوم،

(١) كلام غير واضح بالأصل، والمثبت من «عجالة المحتاج».

(٢) «المحرر» (ص ٥٢٦).

وقيل: تكون للسيد أيضًا؛ لأن القتل يقطع أثر الكتابة، فتموت رقيقًا له، والصحيح الأول.

قال: (وَالْمَذْهَبُ أَنَّ أَرْشَ جَنَائِتِهِ عَلَيْهِ، وَكَسْبُهُ وَمَهْرُهُ يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَيْهِ، وَمَا فَضَلَ وَقَفٌ، فَإِنْ عَتَقَ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلِلسَّيِّدِ)، هذه الصورة الثانية: وهي كسب الولد، وأرش الجناية على أطرافه، ومهر وطء الشبهة. فإن قلنا بالقول الثاني فهي للأم؛ تستعين بها في كتابتها، ويصرف ما يحصل إليها يومًا بيوم بلا وقف، وإن قلنا بالأول فوجهان كما حكاها المصنف في «الروضة» تبعًا للرافعي؛ أحدهما: يصرف إلى السيد بلا توقف، كما تصرف إليه القيمة، وأصحهما: التوقف، فإن عتقت وعتق الولد فهي له، وإلا فللسيد، كما أن كسب الأم إذا عتقت يكون [لها]^(١)، وإلا فلا^(٢)، وأيضًا فإننا وإن جعلنا حق الملك فيه للسيد فليس له التصرف فيه بالبيع /١٣٣٩/ وغيره، بل يتوقف إلى أن يتبين أمره في الحرية والرق، فليكن كسبه لنفسه، فلو أرقّت نفسها مع القدرة على أداء النجوم فقال الولد: أنا أؤدي نجومها من كسبي لتعتق فأعتق.

قال الإمام: لا يمكن منه؛ لأنه تابع لا اختيار له في العتق، وإن عجزت وأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف وتستعين به في أداء النجوم. فهل تجاب؟ قولان أظهرهما: المنع، إذ لاحق لها في كسبه^(٣). فإن مات الولد في مدة التوقف صُرف الموقوف إلى السيد.

(١) ساقطة من الأصل، والمثبت لإتمام السياق.

(٢) «روضة الطالبين» ٢٨٧/١٢، وانظر: «الشرح الكبير» ٤٣٢/١٣.

(٣) «نهاية المطلب» ٤٢٢/١٩.

فرع:

من فوائد الخلاف أيضا نفقة الولد وعتقه.

(فصل)

قال: (وَلَا يَغْتَقُ شَيْءٌ مِنَ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْجَمِيعَ)، لقوله ﷺ «مَنْ كَانَ مُكَاتَبًا عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ فَهُوَ عَبْدٌ، أَوْ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا أُوقِيَّةً فَهُوَ عَبْدٌ» رواه ابن حبان في «صحيحه» من حديث عطاء عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه ^(١).

ولأبي داود والنسائي والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بمعناه، قال الحاكم: صحيح الإسناد. وفي رواية لأبي داود «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» ^(٢) ولأنه إن غلب فيه العتق بالصفة فلا يعتق قبل استكمالها. وإن غلب فيه المعاوضة فالمبيع لا يجب تسليمه إلا بقبض جميع ثمنه.

قال: (وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ هَذَا حَرَامٌ وَلَا بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلَالٌ، وَيُقَالُ لِلْسَّيِّدِ تَأْخُذُهُ أَوْ تُبْرِئُهُ عَنْهُ، فَإِنْ أَبَى قَبْضَهُ الْقَاضِي، فَإِنْ نَكَلَ الْمُكَاتَبُ حَلَفَ السَّيِّدُ).

الشرح:

إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد: هذا حرام أو مغصوب. نظر:

(١) «صحيح ابن حبان» (٤٣٢١)، ورواه عبد الرزاق ٨/ ٤١٠ (١٥٧٣٥)، والترمذي (١٢٦٠) وقال: غريب والنسائي في «الكبرى» ٣/ ١٩٧ (٥٠٢٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٢١٦٢) وقال: كذا وجدته ولا أراه محفوظًا.

(٢) رواه أبو داود (٣٩٢٦)، والترمذي (١٢٦٠).

إن أقام بيعة بذلك لم يجبر على قبوله وتسمع منه هذه البيعة؛ لأن له في إقامتها غرضًا ظاهرًا، وهو الامتناع من الحرام، كذا أطلقه كثيرون. وقال الصيدلاني: إنما تقبل البيعة إذا عين له مالًا، أما إذا لم يعين فلا تتصور البيعة للمجهول.

ولا معنى لقولهم أنه مغصوب، وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مقصود هذه البيعة الامتناع من الحرام، لم يبعد قبولها على الإطلاق.

وإن لم تكن بيعة فالقول قول المكاتب بيمينه أنه له لظاهر اليد، فإن نكل حلف السيد، وكان كإقامة البيعة، وفي وجه لا يحتاج السيد إلى بيعة، كذا حكاه المصنف في أصل «الروضة»^(١) وهو وهم، ولفظ الرافعي في حكايته: وعن ابن أبي هريرة وجه: أن المكاتب لا يحتاج إلى بيعة^(٢). فظن المصنف أنه المكاتب بكسر التاء فصرح به.

وما في الرافعي وهم أيضا وصوابه إبدال البيعة باليمين كما صرح به في «الشرح الصغير»، والمشهور ما جزم به المصنف من حلف السيد، ثم إذا حلف العبد فظاهر المذهب أنه يجبر السيد على قبوله أو إبرائه عن ذلك القدر، فإن أمتنع منهما أخذ القاضي /٣٣٩ب/ تلك النجوم وعتق المكاتب، وقيل: في الإيجاب قولان، والمذهب ما جزم به المصنف من الجزم بالإيجاب، ونحن لم نأمره بالقبض عينا، بل خيرناه، فلا يرد علينا الإيجاب على القبض مع إقرار بكونه حرامًا، ثم إذا أخذه السيد نظر إن عين له مالًا أمر بتسليمه إليه بلا خلاف؛ مؤاخذه له باعترافه، وإن لم

(١) «روضة الطالبين» ١٢/٢٥٢.

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٥٠٨، وفيه: أن المكاتب يحتاج إلى البيعة، بدون لا.

يقبل قوله على المكاتب، وإن لم يعين، فالأصح أن الحاكم لا ينزعه؛ لأنه لم يقر لمعين.

قال الروياني وغيره: فيقال له أمسكه حتى يتبين صاحبه، ويمنع من التصرف فيه^(١).

قال: (وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدِّي مُسْتَحَقًّا رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدَلِهِ)؛ لفساد القبض، (فَإِنْ كَانَ فِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ بَانَ أَنَّ الْعَتَقَ لَمْ يَقَعْ) لبطلان الأداء، وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب تبين أنه مات رقيقًا، وإن مات تركه للسيد دون الورثة.

قال: (وَإِنْ كَانَ قَالَ عِنْدَ أَخْذِهِ: أَنْتَ حُرٌّ) أي: فإن العتق لا يقع؛ لأنه بناء على ظاهر الحال وهو صحة الأداء، وهذا هو الصحيح المنصوص، وقيل يقع مؤاخذه له. وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين أن يقول: أنت حر. جوابًا عن سؤال حرته أو ابتداء لشمول العذر، وكلام الإمام يشعر بالتفصيل بين وجود قرينة كقبض مثلاً ودونها^(٢).

قال الرافي: وهو قويم لا بأس بالأخذ به، لكن في «الوسيط» أنه لا فرق بين أن يكون متصلًا بقبض النجوم، أو غير متصل، أو كان ذلك جوابًا أم لا^(٣).

قال: (وَإِنْ خَرَجَ مَعِيًّا فَلَهُ رَدُّهُ وَأَخْذُ بَدَلِهِ) أي: سواء كان العيب يسيرًا أو فاحشًا؛ لأنه دون حقه، وخالف أبو حنيفة في اليسير^(٤)، فإن كان

(١) «بحر المذهب» ١٥٥/١٤. (٢) «نهاية المطلب» ٤٠٠/١٩.

(٣) «الشرح الكبير» ٥٠٠/١٣، وانظر: «الوسيط» ٥٢٢/٧.

(٤) أنظر: «المبسوط» ٣٣/١٩.

العيب في النجم الأخير، فإن رضي به فالعتق نافذ قطعاً ويكون رضاه بالعيب كالإبراء عن بعض الحق، وهل يحصل العتق من وقت القبض أم من عند الرضا؟ وجهان: أحدهما الأول، وإن أراد الرد والاستبدال فرد، فإن قلنا: يستبدل، نتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض فلا عتق، وإن أدى بعد ذلك على الصفة المستحقة عتق حينئذ، وإن قلنا: يحصل الملك في المقبوض وبالرد يرتفع فوجهان:

أحدهما: أن العتق كان حاصلاً إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا ردَّ العوض أرتد، وأصحهما: تبين أن العتق لم يحصل، إذ لو حصل لم يرتفع، ولا يثبت العتق هنا بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب.

فرع:

لو قبض النجوم فوجدها ناقصة الكيل أو الوزن لم يعتق جزماً، سواء بقي المقبوض في يد السيد أم تلف، فإن رضي بالناقص فحينئذ يعتق بالإبراء عن الباقي.

فصل

قال: (وَلَا يَتَزَوَّجُ) يعني: المكاتب (إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ)؛ لأنه عبد ما بقي عليه درهم كما سلف، وفي /٣٤٠/ الوافي حكاية قول أنه لا يجوز مع الإذن وهو غريب.

قلت: هذا مشهور وقد ذكره الرافعي وغيره من المراوزة ومن العراقيين وهو مذكور في «الوجيز»^(١) والمنقول طريقان: الصحة إجراء

(١) «الوجيز» ٢/٢٨٨، «الشرح الكبير» ١٣/٥٤٧.

القولين في تبرعاته، ورجحه الإمام والغزالي^(١).

قال: (وَلَا يَتَسَرَّى بِإِذْنِ سَيِّدِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ) لضعف ملكه وخوفًا من هلاك الجارية في الطلق، وقال الجويني: لا يبعد إجراء الوجهين في وطء من يؤمن حملها، كما في المرهونة. قال الإمام: وهذا غير مرضي^(٢).
واعلم أن ما صححه المصنف هنا من منع التسري عند الإذن مخالف لما أقتضاه كلامه في «الروضة» في الباب الحادي عشر من كتاب النكاح، وآخر معاملات العبيد فإن فيهما أن فيه القولين في تبرعاته ومقتضاه الصحة^(٣).

قال: (وَلَهُ شِرَاءُ الْجَوَارِي لِلتَّجَارَةِ) لأنه إنما كاتب ليعتق بأداء النجوم، فيمكن من جهات الكسب تحصيلًا للمقصود.
قال: (فَإِنْ وَطَّئَهَا فَلَا حَدَّ لِلشُّبْهَةِ وَكَذَا لَا مَهْرَ) لأنه لو ثبت لكان له.
قال: (وَالْوَلَدُ نَسِيبٌ) لشبهة الملك.
قال: (فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ عِتْقِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبِعَهُ رِقًّا وَعِتْقًا) أي: ولا يعتق في الحال؛ لضعف ملكه، وإنما ألحقنا ولادته بعد العتق لدون ستة أشهر إذا ولدته في الكتابة؛ لأن العلق وقع في الرق.
قال: (وَلَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً فِي الْأَظْهَرِ) لأنها علقت بمملوك فأشبهت الأمة المنكوحة، وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الملك بل لمصيره ملكًا لابنه، كما لو ملكه بهبة.

(١) «نهاية المطلب» ٣٨١/١٩، «الوسيط» ٥٣٣/٧.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٤١/١٩.

(٣) «روضة الطالبين» ٥٦٩/٣، ١٠١/٧.

قال في «البحر»: ويجوز بيعها قبل العتق^(١)، وحكي عن ابن أبي أحمد أن أم الولد لا تباع إلا في ثلاث مسائل: هذه والمرهونة والجانية إذا أحبلها. والثاني: تصير، لأنه ثبت للولد حق الحرية حيث يكاتب عليه وامتنع بيعه فثبت لها حرمة الاستيلاد، ثم قيل: الخلاف مبني على ما إذا وطئ أمة الغير بشبهة ثم ملكها قاله ابن سريج، وقيل: أصل بنفسه قاله الشيخ أبو حامد.

قال الرافعي: ومن الأصحاب من يقول في كيفية الخلاف: لا تصير مستولدة في الحال، فإن عتق فقولان، ومنهم من يطلق القولين في ثبوت حرمة الاستيلاد في الحال، فإن قلنا: يثبت الاستيلاد في الحال، فإن عتق المكاتب أستقر الاستيلاد، وإن عجز رُقَّت مع الولد للسيد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة، لأن بالعجز تبين أنها علقت برقيق، وأنه لا أستيلاذ، وإن قلنا: لا يثبت فإن عجز ثم عتق وملكها لم تصر مستولدة.

وإن عتق بأداء النجوم على ظاهر المذهب، وقال أبو إسحاق قولان كما لو أستيولدت مرهونته وبيعت ثم ملكها، والفرق أن العلوق هنا مملوك. قال: (وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَطْوُهَا فَهِيَ حُرٌّ وَهِيَ أُمٌّ وَلَدٍ)؛ لظهور العلوق بعد الحرية، والولد والحالة هذه لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليبا للحرية، وإن لم يطأها بعد الحرية فالاستيلاد على الخلاف، هذا ما صححه البغوي، وحمل إطلاق النص أنها تصير أم ولد عليه، وقال آخرون:

(١) «بحر المذهب» ١٤/١٥٨.

يثبت الاستيلاء وطئ بعد الحرية أم لا ؛ لأنها كانت فراشاً / ٣٤٠ ب/ قبل الحرية والفراش مستدام بعدها ، وإمكان العلوق بعدها قائم فيكتفى به لثبوت الاستيلاء^(١).

فصل

قال : (وَلَوْ عَجَلَ) يعني المكاتب (النُّجُومَ لَمْ يُجْبَرَ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ إِنْ كَانَ لَهُ فِي الْامْتِنَاعِ غَرَضٌ ، كَمُؤَنَةِ حِفْظِهِ) أي : كالطعام الكثير (أَوْ خَوْفِ عَلَيْهِ) أي : بأن كان زمن نهب أو إغارة ؛ لما في الإجبار من الضرر ، والحالة هذه ، ولو أنشأ العقد في أثناء الفتنة والغارة لم يجبر أيضا على الأصح ؛ لأنها قد تزول عند المحل.

وقيل : يجبر لاستواء الحالين ، كما لو أستويا في الأمر.

قال الروياني : ولو كان هذا الخوف معهوداً لا يرجى زواله أجبر قطعاً^(٢).

قال : (وَالْإِلَّا) أي : وإن لم يكن له غرض في الامتناع (فَيُجْبَرُ) ؛ لأن للمكاتب غرضاً ظاهراً فيه ، وهو يتخير العتق أو بقرينة ، ولا ضرر على السيد في القبول ، ولأن الأجل حق من عليه الدين فإذا أسقطه ينبغي أن يسقط ، وقد ورد فيه الأثر عن عمر رضي الله عنه كما أخرجه البيهقي^(٣).

قال : (فَإِنْ أَبَى) -أي : أمتنع من قبوله (قَبْضُهُ الْقَاضِي) لأثر عمر المذكور ، (وَيُعْتَقُ الْمُكَاتَبُ) ، وكذا لو أتى بالنجم في محله والسيد

(١) «الشرح الكبير» ١٣/ ٥٥٤ - ٥٥٥ ، وانظر : «التهذيب» ٨/ ٤٤٧ - ٤٤٨ .

(٢) «البحر» ١٤/ ١٥٨ .

(٣) «السنن الكبرى» ١٠/ ٣٣٥ (٢٢٢٣٣).

غائب، فإن القاضي يقبضه عنه، وكذا لو أتى بالنجم قبل المحل والسيد غائب أيضًا، إذا علم أن السيد لا ضرر عليه في أخذه.
قال الصيدلاني: ومثله لو كان للغائب دين على حُرٍّ فأتى به الحاكم، هل يقبضه للغائب؟

فيه وجهان أصحهما المنع؛ لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه والنظر للغائب أن يبقى المال في ذمة الملي، فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم.

فرع:

لو أتى بالنجوم في غير بلد العقد، فإن كان للنقل مؤنة أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفًا لم يجبر على القبول وإلا أجبر.

قال: (وَلَوْ عَجَلَ بَعْضُهَا) أي: بعض النجوم (لِيُثَرِّثَهُ مِنَ الْبَاقِي، فَأَبْرَأَ لَمْ يَصَحَّ الدَّفْعُ وَلَا الْإِبْرَاءُ)، أي: خلافًا لأبي حنيفة وأحمد^(١)؛ لأنه يصارع ربا الجاهلية. فإن الرجل منهم كان إذا حل دينه يقول لمن عليه: تقضي أو تزيد، فإن قضاؤه وإلا زاده في الدين وزاده في الأجل، وهذا يشبه ذلك؛ لأنه ينقصه من الحق لينقصه من الأجل، كذا علله صاحب «البيان»^(٢)، وكذا لو أبرأه السيد عن بعض النجوم ليعجل الباقي لم يصح الإبراء، كما صرح به في «المحرر»^(٣). وكذا القبض أيضًا وإذا لم يصحها، لا يحصل العتق وعلى السيد رد المأخوذ.

وأشار المزني إلى ترديد قول في صحة القبض والإبراء، ولم يسلم له

(١) أنظر: «مسائل الكوسج» (٣١٣٤)، «المبسوط» ٦/٨.

(٢) «البيان» ٤٦٩/٨. (٣) «المحرر» (ص ٥٢٦).

الجمهور، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجر شرط فابتدأ به، ولو أنشأ رضا جديداً يقبضه عما عليه حكم بصحته، ولو عجل المكاتب النجم على أن يعتقه ويبرئه عن الباقي ففعل السيد ذلك عتق المكاتب، ورجع عليه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما دفع؛ لأنه أعتقه بعوض فاسد. حكاه القاضي عن النص /١٣٤١/.

قال: (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ النُّجُومِ) لأنه بيع ما لم يقبض، ولأنه بيع الدين من غير من عليه؛ ولأن النجوم غير مستقرة، وإذا لم يصح بيع المبيع قبل القبض فبيع ما لم يلزم الملك فيه أولى، وفي قول أو وجه: يصح؛ لأنه مملوك له كسائر أمواله.

قال: (وَلَا الْاِعْتِيَاْضُ عَنْهَا) أي: على الصحيح، ومحله إذا لم نجوز بيع النجوم، فإن جوزنا جاز. قال الإمام: وسبب ترتيب الخلاف أن البيع مقصود بالتملك، وما يستبدل عنه فالمقصود عوضه وسقوط المستبدل عنه، ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللازمة قطعاً، واختلف القول في بيعها^(١).

قال: (فَلَوْ بَاعَ) أي: نجوم الكتابة (وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي لَمْ يَغْتَقِ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأنه يقبض لنفسه حتى لو تلف في يده ضمنه بخلاف الوكيل فإنه يقبض لموكله.

والثاني: يعتق؛ لأن السيد سلطه على القبض فأشبهه الوكيل، وقال أبو إسحاق: إن قال بعد البيع: خذها منه، أو قال للمكاتب: أدفعها إليه،

(١) «نهاية المطلب» ٤٥٦/١٩.

صار وكيلاً وعتق بقبضه، وإن أقتصر على البيع فلا، ويقال: إن أبا إسحاق عرض هذا الفرق على ابن سريج فلم يعبأ به، وقال: هو وإن صرح به بالإذن، فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا بالوكالة.

واحترز بقوله: (وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي) عما إذا أدى للسيد، فإنه يعتق لا محالة، وإذا باعها السيد فلا يجوز للمكاتب تسليمها إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبة بها. بل إما أن يعطيها للسيد أو للمشتري ابتداءً كما قرناه. وإذا قلنا: لا يعتق، فالسيد يطالب المكاتب، والمكاتب يسترد من المشتري، وإذا قلنا: يعتق، فما أخذه المشتري يعطيه للسيد؛ لأننا جعلناه كوكيله.

قال: (وَيُطَالَبُ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ، وَالْمُكَاتَبُ الْمُشْتَرِي بِمَا أَخَذَ مِنْهُ) قد تقدم بيانه على الإثر.

قال: (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ رَقَبَتِهِ فِي الْجَدِيدِ) لأن الكتابة عقد يمنع من استحقاق الكسب وأرش الجناية فيمنع المبيع، كما لو باع عبداً من إنسان لا يجوز له بيعه، ولأن البيع إما أن يرفع الكتابة وهو باطل؛ لأن الكتابة لازمة من جهة السيد، أو لا يرفع فيبقى مستحق العتاقة، فوجب أن لا يصح بيعه كالمستولدة، والقديم الصحة، كبيع المعلق عتقه بصفة، ولقصة بريرة الثابتة في الصحيحين^(١)، ومنهم من قطع بالأول وأنكر هذا، وترجم البيهقي في «سننه» باب: المكاتب يجوز بيعه في حالين:

(١) «صحيح البخاري» (٤٥٦)، و«مسلم» (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

أن يحل نجم الكتابة من نجومه فيعجز عن أدائه، أو يرضى المكاتب بالبيع، ثم ذكر حديث بريرة^(١).

وفي «الكفاية» عن القاضي حسين بناء الخلاف على أنا نغلب في الكتابة المعاوضة أو العتق بالصفة، فإن قلنا بالأول منعنا، وأو بالثاني جوزنا^(٢).

قال: (فَلَوْ بَاعَ فَأَدَى) أي: النجوم (إِلَى الْمُشْتَرِي فِي عِتْقِهِ الْقَوْلَانِ)، قد تقدما بتعليقهما، وهما ما إذا دفع النجوم إلى المشتري.

قال: (وَهَبْتُهُ كَبَيْعِهِ) أي: فيأتي فيها ما تقدم من الخلاف.

قال: (وَلَيْسَ لَهُ بَيْعٌ مَا فِي يَدِ مُكَاتِبِهِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَرْوِيجُ أَمَتِهِ) لأنه كالأجنبي معه.

قال: / ٣٤١ب / (وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: أَعْتَقْتُ مُكَاتِبَكَ عَلَى كَذَا فَفَعَلَ، عَتَقَ

وَلَزِمَهُ مَا التَزَمَ)، كما لو قال: أعتق مستولدتك وقد تقدم في كتاب الكفارة.



(١) «السنن الكبرى» ١٠/٣٣٦.

(٢) «كفاية النبيه» ١٢/٤٠٦.

(فَصْلٌ)

قال: (الْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فُسْخُهَا) لأنها عقدت لحظ المكاتب لا لحظ السيد، فكان السيد فيها كالراهن.

قال: (إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ عَنِ الْأَدَاءِ) أي: عند المحل، ولو بعض نجم، إما الأول أو الأخير، كما يفسخ البائع لعجز المشتري، ويستثنى ما إذا عجز عن القدر الذي يحط عنه أو يبذل له. فإنه لا يفسخ؛ لأن عليه مثله، بل يرفع المكاتب الأمر إلى الحاكم ليفصل بينهما بطريقة، ولو لم يعجز ولكنه أمتنع من الأداء فللسيد الفسخ أيضاً، وخالف البيع؛ لأن العقد لازم من جهة المشتري فيجبر على الأداء. فيندفع الضرر. قال الماوردي: ويشترط أن يقول المكاتب: قد عجزت نفسي، ثم يفسخ السيد بعده^(١).

قال: (وَجَائِزَةٌ لِلْمُكَاتِبِ) لأنه عقد لحظة فأشبه المرتهن. قال: (فَلَهُ تَرْكُ الْأَدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ) لأن الحظ له فلا يجبر عليه، ولأن الكتابة تتضمن التعليق بالصفة والعبد لا يجبر على الصفة، وقيل: ليس له الامتناع من الوفاء عند القدرة، حكاة ابن الرفعة عن المراوزة^(٢).

قال: (فَإِذَا عَجَزَ نَفْسَهُ فَلِلْسَيِّدِ الصَّبْرُ وَ الْفَسْخُ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ شَاءَ بِالْحَاكِمِ) لأنه لا نظر فيه ولا أجهاد حتى يتوقف الأمر عليه؛ ولأنه فسخ مجمع عليه، فصار كفسخ البيع للعيب.

(١) «الحاوي» ١٨/٢٩٤.

(٢) «كفاية النبيه» ١٢/٣٧٧.

قال: (وَلِلْمُكَاتِبِ الْفَسْخُ فِي الْأَصَحِّ)، كما أن للمرتهن أن يفسخ الرهن أيضًا. والثاني: المنع؛ إذ لا ضرر عليه في بقاء الكتابة، وله الامتناع من الأداء؛ لأنه تعليق عتق بصفة. قال الإمام: وهذا في الحقيقة عكس الصواب. فإن إلزام الكتابة وتجويز الامتناع من الوفاء كلام متناقض^(١). قال العراقيون: وقولهم: لا ضرر عليه. ممنوع؛ فإنه قد يتضرر بكون نفقته على نفسه، فيستفيد بالفسخ رفعها.

واعلم أنه قد أشتكل جريان هذا الخلاف في الفسخ مع جزمهم بأن الكتابة جائزة من جهته له الفسخ متى شاء، وأجيب بأن المراد بكونها غير لازمة أن له تعجيز نفسه متى شاء، أما تعاطي الفسخ ففيه خلاف على أن الرافعي قد جزم في أثناء المسألة الثانية من النظر الثاني بأن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها، صحيحة كانت أو فاسدة، وإنما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ إن شاء، هذا لفظه^(٢). فقد جزم في هذا الموضع بالوجه الثاني. وحذفه من «الروضة» لكونه دليلًا فسلم.

قال: (وَإِنْ أَسْتَمَهَّلَ الْمُكَاتِبُ عِنْدَ حُلُولِ النَّجْمِ اسْتَحَبَّ إِمْهَالُهُ) مساعدة له على تحصيل العتق (فَإِنْ أَمْهَلَ ثُمَّ أَرَادَ الْفَسْخَ فَلَهُ)؛ لأن الحظ له.

قال: (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ عُرُوضٌ أَمْهَلَهُ لِيَبْعَهَا، فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ) وغيره، كما ذكره الرافعي، (فَلَهُ أَنْ لَا يَزِيدَ فِي الْمُهْلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ). كذا ضبط البغوي مدة التأخير للبيع ومقتضى كلام الصيدلاني أن لا فسخ إذا احتاج البيع إلى مدة، وقال: لا يلزم أكثر منها.

(١) «نهاية المطلب» ٤٦٤/١٩. (٢) «الشرح الكبير» ٤٨٦/١٣.

قال الرافعي: والأصح ما ذكره الإمام جواز الفسخ كغيبة المال^(١).
 قال: (وَإِنْ كَانَ / ١٣٤٢ / مَالُهُ غَائِبًا أَمَّهَلَهُ إِلَى إِخْضَارِهِ إِنْ كَانَ دُونَ
 مَرَحَلَتَيْنِ، وَإِلَّا فَلَا) لطول المدة، وأطلق الإمام والغزالي أن للسيد
 الفسخ^(٢)، وليحمل على هذا التفصيل.

فرع:

لو كان له دين، فإن كان حالاً وعلى ملي فيجب التأخير إلى استيفائه
 كما لو كان له وديعة، وإن كان مؤجلاً أو على معسر فلا، وإن كان الدين
 على السيد وهو من جنس النجوم ففيه أقوال التقاص، قاله الرافعي^(٣).
 وقال القاضي: لا يأتي إذا كان الدين مسلماً فيه، وإن كان من غير
 جنسه أداه ليصرفه المكاتب في النجوم.

قال: (وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ)؛ لأن المكاتب كان
 ينبغي له أن يحضر أو يبعث المال إليه عند المحل، وله الفسخ بالحاكم.
 وكذا بنفسه على الأصح، وقيل: لا يفسخ بنفسه والحالة هذه، بل لا بد
 من الرفع إلى القاضي؛ لأنه نائب الغائب وصححه الفارقي، وهذا إذا
 سافر بإذن السيد، وإلا فله الفسخ قطعاً. قاله ابن الصباغ، ولا يجب
 على السيد تأخير الفسخ؛ لكون الطريق مخوفاً أو المكاتب مريضاً.
 قال: (فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي الْأَدَاءُ مِنْهُ) أي: ويمكن

(١) «الشرح الكبير» ٥١١/١٣، وانظر: «نهاية المطلب» ٤٦٦/١٩، «التهذيب»
 ٤٨٢/٨.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٦٤/١٩، «الوسيط» ٥٢٦/٧.

(٣) «الشرح الكبير» ٥١١/١٣.

السيد من الفسخ؛ لأنه ربما عجز نفسه لو كان حاضراً ولم يؤد المال. قال: (وَلَا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتِبِ)؛ لأن الكتابة لازمة من أحد الطرفين، فأشبهت الرهن، وإنما تنفسخ بالجنون العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة، وحكي قول أنها تنفسخ بجنونه.

قال: (وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا)؛ لأن المجنون ليس من أهل النظر لنفسه فتاب الحاكم. بخلاف الحاكم الذي له مال، كما مرّ فيثبت السيد الكتابة عند الحاكم وحلول النجم، ويطالب به، ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق ثم يعطيه، ثم الجمهور أطلقوا أن الحاكم يؤدي عنه، وقال الغزالي: يؤدي إن رأى له مصلحة في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا اعتق لم يؤد.

قال الرافعي: وهو حسن لكنه قليل النفع، مع قولنا أن السيد إذا وجد مالا له الاستقلال بأخذه، إلا أن يقال إن الحاكم يمنعه من الأخذ والحالة هذه، فإن لم يجد الحاكم له مالا تمكن السيد من الفسخ، فإذا فسخ عاد المكاتب قنّا له وعليه نفقته، فإن أفاق وظهر له مال كان حصّله قبل الفسخ دفعه إلى السيد وحكم بعثقه ونقض التعجيز، هكذا أطلقوه. وأحسن الإمام: فقال: إن ظهر المال في يد السيد رد التعجيز وإلا فهو ماض؛ لأنه فسخ حين تعذر الوصول إلى حقه، فأشبه ما لو كان ماله غائباً، فحضر بعد الفسخ^(١).

قال: (وَلَا بِجُنُونِ السَّيِّدِ) لما قدمناه (وَيَدْفَعُ) أي: المكاتب النجوم

(١) «الشرح الكبير» ٥١٤/١٣، وانظر: «نهاية المطلب» ٤٦٥/١٩ - ٤٦٦، «الوسيط»

(إِلَى وَلِيِّهِ، وَلَا يَعْتَقُ بِالذَّفْعِ إِلَيْهِ)؛ لأن قبضه فاسد ولو تلف في يده فلا ضمان لتقصيره بالتسليم إليه، لهذا كله في الكتابة الصحيحة، أما الفاسدة فسيذكرها المصنف في أواخر الباب.

فرع:

لو جن المكاتب فأدى في جنونه أو أخذه السيد من غير أداء منه فيعتق؛ لأن قبض النجوم مستحق.



(فصل)

قال: (وَلَوْ قَتَلَ سَيِّدُهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ، فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَّةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ)؛ لأنه معه كالأجنبي في المعاملات، فكذا في الجنایات /٣٤٢ب/ وما الذي يلزم المكاتب، أيلزمه الأرض بالغاً ما بلغ أم أقل الأمرين؟ فيه القولان في الجنایة على الأجنبي، وقد جزم المصنف هناك بأن الواجب أقل الأمرين، ولم يذكره هنا تبعاً لـ «المحرر»^(١) والحكم واحد كما ذكره في «الروضة» تبعاً لـ «الشرح»^(٢) فيفيد كلامه هنا بما إذا كان ذلك أقل الأمرين من قيمة المكاتب أو مثلها. فإن محل الخلاف فيما إذا كان الواجب أكثر، فإن قلنا: الواجب أقل الأرض وكان أكثر من القيمة، فقال الشيخ أبو حامد: له أن يفدي نفسه به، وقال القاضي أبو الطيب: فيه الخلاف في هبته لسيده.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ) أي: في يده مال، أو كان وكان لا يفى بالأرض (فَلَهُ تَعَجُّيزُهُ فِي الْأَصَحِّ) ويستفيد به رده إلى الرق المحض. والثاني: لا؛ لأنه إذا عجزه سقط الأرض؛ لأنه لا يثبت له على عبده دين بخلاف ما إذا عجزه أجنبي، فإن الأرض يتعلق برقبته.

فرع:

إذا عجز بسبب الأرض أو النجوم ورق فهل يسقط الأرض أو يبقى في ذمته إلى أن يعتق؟

وجهان: أصحهما الأول. وهما كالخلاف فيما لو كان له على عبد

(١) «المحرر» (ص ٥٢٨).

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/ ٥٧٣ - ٥٧٤، «روضة الطالبين» ١٢/ ٣٠٣.

غيره دَيْن فملكه هل يسقط؟

قال: (أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَاقْتَصَاصُهُ وَالْدِّيَّةُ كَمَا سَبَقَ). أي: في الوارث.
 قال: (وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أَوْ قَطَعَهُ فَعَفِيَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَانَ خَطَاً أَخَذَ مِمَّا
 مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَالْأَرْضِ)؛ لأنه منع نفسه من البيع
 بالكتابة، فلزم الأقل، كالسيد في أم الولد. وقيل: أخذ منه أرش
 الجناية بالغًا ما بلغ؛ لأنه لو عجز نفسه ربما اشترى بذلك القدر،
 ومنهم من قطع بالأول. حكاه الروياني^(١) وغيره.



فائدة:

المراد بالمال في كلام المصنف: الدِّيَّة. كما صرح به في «المحرر»^(٢)
 وقد ذكره هو كذلك في جانيته على السيد، ولم يذكر هناك لفظه وما
 سيكسبه ولا فرق بينهما، وليحرر إلى متى يعتبر ما يكسبه.
 وقوله: (الأقل من قيمته والأرض)، هذا هو الصواب، ووقع في
 «المحرر»: أو الأرض، والصواب حذف هذه الألف^(٣)، وقد نبّه على
 ذلك هو في «شرحه»^(٤). قلت: وعلى إثباتها تأول بالواو وهو كثير.
 قال: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ) أي: (مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ الْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ عَجْزُهُ
 الْقَاضِي وَبِعَ بِقَدْرِ الْأَرْضِ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ بَقِيَ فِيهِ الْكِتَابَةُ)، أي:
 فإذا أدى حصته من النجوم عتق ذلك القدر (وَلِلْسَيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِبْقَاؤُهُ

(١) «البحر» ٢٣٤/١٤. (٢) «المحرر» (ص ٥٢٨).

(٣) وهو كذلك في المطبوع من «المحرر» (ص ٥٢٨).

(٤) «الشرح الكبير» ٥٧٤/١٣.

مُكَاتَّبًا)، وعلى مستحق الأرض القبول وبما يفديه. الجديد إنه يفديه بأقل الأمرين، والقديم بالأرض.

قال: (وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجَنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ عَتَقَ) أي: على المشهور، وأشار ابن كج إلى خلاف فيه كإعتاق القن الجاني، والفرق أن المكاتب صار مستحق العتق بالكتابة قبل الجناية، فإذا أعتقه وقع العتق عن الجهة المستحقة بخلاف القن.

قال: (وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ)؛ لأنه فوت حق المجني عليه فهو كما لو قتله، وفيما يفديه السيد طريقان:

أحدهما: على القولين الجديد والقديم، والثاني: القطع بالأول بخلاف حال بقاء الكتابة؛ لأن الرق باق هناك /١٣٤٣/.

فرع:

لو أعتقه السيد بعد جنايته عليه أو أبرأه عن بعض النجوم، فإن لم يكن في يده مال سقط الأرض على المذهب. وإن كان تعلق به على الأصح، ولو أدى النجوم فعتق لم يسقط الواجب قطعاً، ثم الواجب الأرض بالغاً ما بلغ على المذهب. وقيل: القولان.

قال: (وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتَّبُ بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقًا)؛ لفوات محل الكتابة، (وَلَسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَى قَاتِلِهِ الْمُكَافِي، وَإِلَّا فَالْقِيَمَةُ)، وإن قتله سيده فليس عليه إلا الكفارة، صرح به في «المحرر»^(١) وله أكسابه بحكم الملك لا بالإرث.

(١) «المحرر» (ص ٥٢٨).

فصل

قال: (وَيَسْتَقِلُّ) يعني: الكاتب (بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لَا تَبَرُّعَ فِيهِ وَلَا خَطَرَ)، أي: كالبيع والشراء والإجارة وغيرها؛ لأنه إنما كانت لتعتق بأداء النجوم، فممكن من جهات الكسب تحصيلًا للمقصود.

قال: (وَالْأَفْلَا) أي: وما فيه تبرع كالهبة والعتق والبيع بالغبن الفاحش أو خطر كالبيع نسيئة أو أتهاب القريب الذي ليس يعتق عليه وهو غير كسوب، فلا يستقل به.

قال: (وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأن المنع إنما كان لحقه، وقد زال بإذنه كالمرتتهن، والثاني: المنع؛ لأنه ناقص الملك، والسيد لا يملك ما في يده، فلا يصح باجتماعهما، وقطع بعضهم بالصحة في الهبة من السيد.

قال: (وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَغْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ) أي: وكان الملك فيه للمكاتب، (فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ عَتَقَ)؛ لوجود ملكه عليه. قال الرافعي: ولم يقولوا أنه يمنع من صرف المال إلى غرض من عساه يعتق على السيد، ولا نظروا إلى لزوم النفقة إذا أعتق عليه، وإنما اعتبروا الحال^(١).

قال: (أَوْ عَلَيْهِ) أي: ولو اشترى من يعتق عليه (لَمْ يَصِحَّ بِلَا إِذْنٍ)؛ لتضمنه العتق.

قال: (وَبِإِذْنٍ فِيهِ الْقَوْلَانِ) أي: في تبرعاته، ومقتضاه الصحة كما سلف، وعن أبي إسحاق القطع بالصحة؛ لأنه قد يستفيد من أكسابه وفيه

(١) «الشرح الكبير» ١٣/٥٥١ - ٥٥٢.

صلة الرحم.

قال: (فَإِنْ صَحَّ تَكَاتَبَ عَلَيْهِ) أي: فیتبعه رقاً وعتقاً.

قال: (وَلَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ بِإِذْنٍ عَلَى الْمَذْهَبِ)، أما إعتاقه بالإذن فهو مرتب على سائر التبرعات إذا جرت بالإذن إن لم نصحها فالعتق أولى، وإن صححناها ففيه قولان، أصحهما: المنع أيضاً لتضمنه الولاء، والمكاتب ليس أهلاً لثبوت الولاء له كالقن، ويحصل من هذا الترتيب طريقتان، كما ذكره المصنف، أظهرهما: أن فيه قولين، وقد نص عليهما في «المختصر»^(١)، والثاني: القطع بالمنع والقول بالصحة، هو ظاهر عبارة المصنف في «تصحیح التنبيه» حيث قال: والأصح صحة تبرعه^(٢)، لكنه صحح هنا وفي «الروضة» تبعاً للرافعي المنع^(٣)، فإن صححناه، فقليل الولاء للسيد، والأظهر وقفه؛ لأن الولاء لمن أعتق، فإن عتق المكاتب كان له، وإن مات رقيقاً كان لسيده، وكذا إن عجز ورق على الأصح.

وأما كتابته بالإذن فقال الإمام: يحتمل أن يلحق بهباته، ويحتمل أن يلحق بتنجز العتق. وهذا الثاني هو الذي أورده الأصحاب، ونص عليه في «المختصر» ٣٤٣/ب فيعود الطريقتان في صحة الكتابة^(٤).

فرع:

في نكاح المكاتب بإذن سيده طريقتان: أحدهما قولان كتبرعه؛ لأنه

(١) «مختصر المزني» ٢٨٠/٥. (٢) «تصحیح التنبيه» ١/٤٥١.

(٣) «روضة الطالبين» ٢٨١/١٢، وانظر: «الشرح الكبير» ١٣/٥٥٢ - ٥٥٣.

(٤) «نهاية المطلب» ١٩/٤٤٧.

يبدل المهر والنفقة لا في مقابلة مال، وأصحهما القطع بالصحة؛ لأنه إذا صح نكاح القن بالإذن فالمكاتب أولى؛ لأنه أحسن حالاً منه.
 فرع:

تزويج المكاتبه بإذنها صحيح على الصحيح وقال القفال: لا يزوج أصلاً لضعف ملك السيد ونقصها فلا يؤثر إذنها.
 فصل

قال: (الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لِشَرْطِ أَوْ عَوَضٍ، أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَالصَّحِيحَةِ فِي اسْتِقْلَالِهِ بِكَسْبِهِ)؛ لأن مقصود الكتابة العتق وهو لا يبطل بالتعليق على فاسد، وبهذا خالف البيع وغيره من العقود، فيتردد ويتصرف ليؤدي المسمى فيعتق، وإذا أدى فما فضل من الكسب فهو له؛ لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بالأداء، فكذا في الكسب.

قال البندنجي، وليس لنا عقد فاسد تملك به كالصحيح إلا هذا، وولد المكاتب من جاريته ككسبه، لكن لا يجوز له بيعه؛ لأنه للمكاتب عليه، فإذا عتق تبعه وعتق عليه، والمذهب أن الكتابة كتابة فاسدة يتبعها ولدها كالكسب، وقيل: قولان.

قال: (وَفِي أَخْذِ أَرْضِ الْجَنَائَةِ عَلَيْهِ وَمَهْرِ شُبْهَةٍ) ليستعين بهما في كتابته.

قال: (وَفِي أَنَّهُ يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ وَيَتَّبَعُهُ كَسْبُهُ)؛ لأنه ملكه.

قال: (وَكَالْتَعْلِيْقِ) أي: والكتابة الفاسدة كالتعليق (فِي أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِإِبْرَاءِ) أي: ولا بأداء الغير عنه تبرعاً لعدم حصول الصفة.

قال: (وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ) أي: ولا يعتق بالأداء إلى الوارث بعد

الموت، بخلاف الصحيحة، لأنها جائزة من الجانبين، فتبطل بالموت كالوكالة، وأيضاً بالقياس على سائر التعليقات فإنها تبطل بالموت، نعم إن قال: إن أديت إلى وارثي كذا بعد موتي فأنت حر. عتق بالأداء إليه، كما لو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر.

قال: (وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ) أي: سواء علم بفساد الكتابة أو ظن صحتها اعتباراً بحقيقة العلم، وفي الثاني قول؛ نظراً لاعتقاده، وهذا بخلاف الصحيحة فإنه إذا أوصى برقبته لم يصح على الجديد، والقديم الصحة كيبعه.

قال: (وَلَا يُضَرَّفُ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمُكَاتِبِينَ) أي: على الأصح المنصوص؛ لأنها غير لازمة والقبض فيها غير موثوق به، ووجه مقابله أنها من الأكساب التي يتوصل بها إلى العتق وهو منتقل بالإكساب.

قال: (وَتُخَالَفُهُمَا) أي: وتخالف الفاسدة الصحيحة، وكذا التعليق، كما صرح به في «المحرر»^(١) (فِي أَنَّ لِلْسَيِّدِ فُسْخَهَا)؛ لأن المسمى فيها لا يسلم للسيد، فإن للعبد استرداده كما سيأتي، ثم إن شاء فسخ بنفسه أو بالحاكم، ولا يبطلها القاضي بغير إذن السيد وقال من سلمه: لا سبيل إلى إبطال الفاسدة بالقول؛ لأن العتق فيها يحصل بالتعليق، والتعليق لا يصح إبطاله، والصحيح /٣٤٤/ الأول: فإذا فسخها أو حكم الحاكم بإبطالها ثم أدى المسمى لم يعتق؛ لأنه وإن كان تعليقاً فهو في ضمن معاوضة، فإذا أرتفعت المعاوضة أرتفع ما تضمنه من التعليق.

(١) «المحرر» (ص ٥٢٩).

قال: (وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ، بَلْ يَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ بِهِ إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا)؛ لأنه لم يملكه (وَهُوَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ)؛ لأن فيها معنى المعاوضة، وقد تلف المعقود عليه بالعتق، فهو كما لو تلف المبيع بيعًا فاسدًا في يد المشتري يرجع على البائع بما أدى، ويرجع البائع عليه بالقيمة.

قال: (يَوْمَ الْعِتْقِ فَإِنْ تَجَانَسَا فَأَقْوَالُ التَّقَاصِّ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْفَضْلِ بِهِ). أي: الاعتبار بقيمة يوم العتق؛ لأنه يوم التلف، وهذا هو المشهور، وفي قول ضعيف: يرجع بقيمته يوم العقد كما في الصحيحة، فأما إذا أحتجنا إلى قيمة العوض على العبيد يراعى قيمتهم يوم العقد، والأول فرق بأن وقت العقد في الصحيحة وقت الحيلولة، وهنا الحيلولة بالعتق. وإذا هلك المسمى في يد السيد رجع العتيق بمثله أو قيمته، فإن كان الواجب على السيد من جنس القيمة بأن كان الغالب نقد البلد فهو على أقوال التقاص الآتية، كما ذكره المصنف، فإذا حصل التقاص وفضل لأحدهما شيء رجع به، وإنما لا يثبت التراجع إذا كان المسمى مالا، فإن كان خمرًا ونحوه لم يرجع العتيق على السيد بشيء، وهو يرجع على العتيق بقيمة رقبته.

وعن هذا أحترز المصنف بقوله فيما مضى: (إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا). واعلم أن الكتابة الفاسدة تفارق الصحيحة في أمور أخرى. أحدها: أن للمكاتب كتابة صحيحة السفر بغير الإذن على الأظهر، بخلاف الفاسدة على الأصح؛ لعدم لزوم العقد. الثاني: فلا يجب الإيتاء فيها بخلاف الصحيحة كما قدمته في الكلام على الإيتاء.

الثالث: لو عجل النجوم في الفاسدة فهل يعتق كالصحيحة أم لا؛ لأن الصفة لم توجد على وجهها؟ وجهان أصحهما في «الروضة» الثاني^(١).
 الرابع: يلزم السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة بخلاف الصحيحة كما قدمته في بابه.

الخامس: لو كاتب أمة كتابة فاسدة وعجزت عن الأداء فارقها أو فسخ الكتابة قبل عجزها لم يجب الاستبراء، بخلاف الصحيحة كما قدمته في بابه.

السادس: إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة لا عن جهة الكتابة، أو باعه أو وهبه كان فسخًا للكتابة، ولو أعتقه عن كفارة أجزاءه، نص عليه، وقد أحترز عنه المصنف في كتاب الكفارة بقوله: (وَلَا ذِي كِتَابٍ صَحِيحَةٍ).

قال الشيخ أبو علي: وإذا أعتق لا عن جهة الكتابة لم يتبعه الكسب والولد، بخلاف الكتابة الصحيحة؛ لأن المكاتب هناك أَسْتَحَقَّ النصف عن السيد بعقد لازم، وأَسْتَحَقَّ أَسْتَبَاعَ الولد والكسب، فليس للسيد إبطاله، وهنا لا أَسْتَحَقُّاقَ على السيد فجعل فاسدًا. قال: وعرضت هنا على القفال فاستحسنه وأقرني عليه ولم ير غيره، وحكى الإمام وجهًا أنه لا يجزئ عن الكفارة ولا يتبعه الولد والكسب^(٢)، والصحيح الأول.
 السابع: التقاطه كالقن على الأصح، كما أحترز عنه المصنف في كتاب اللقيط حيث قال: قلت: المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة.

(١) «الروضة» ١٢/٢٣٥.

(٢) «نهاية المطلب» ١٩/٣٦١.

الثامن: لا يحرم وطء المكاتب كتابه / ٣٤٤ب/ فاسدة في رأي، ذكره أبين الرفعة^(١).

التاسع: بطلانها بجنون السيد كما سنذكره بعد، بخلاف الكتابة الصحيحة، كما قدمته قبل، وذكر الإمام والغزالي أنه إذا أَسْتَقِلَّ سقطت نفقته^(٢) عن السيد، وأن له معاملته كالمكاتب كتابه صحيحة^(٣)، والذي ذكره البغوي أنه لا يجوز معاملته مع السيد^(٤)، ولا ينفذ تصرفه فيما في يده كما في المعلق عتقه بصفة. قال الرافعي: ولعل هذا أقوى^(٥).

فائدة:

الكتابة الباطلة - وهي التي أختل بعض أركانها بأن كان السيد صبيًا أو مجنونًا أو مكرهًا، أو ذكر ما لا يقصد كالحشرات، أو فقد الإيجاب والقبول - لاغية، إلا إذا صرح بالتعليق وهو ممن يصح تعليقه، فإن حكم التعليق يثبت.

قال: (قُلْتُ: أَصَحُّ أَقْوَالِ التَّقَاصِّ سُقُوطُ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ بِالْآخَرِ بِلَا رِضَا)، إذ لا فائدة فيه، فإن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عناء، ولا فائدة فيه، وكذلك نقول: لو كان على وارثه دين فمات سقط فلا يؤمر بتسليمه.

قال: (وَالثَّانِي بِرِضَاهُمَا)؛ لأنه إبدال ذمة بذمة، فأشبه الحوالة عناء لا بد فيها من رضا المحيل والمحتال.

(١) «كفاية النبيه» ٤٢١/١٢.

(٢) في الأصل: بعضه. والمثبت هو الصواب.

(٣) «نهاية المطلب» ٣٦٠/١٩، «الوسيط» ٥١٧/٧.

(٤) «التهذيب» ٤٢٧/٨. (٥) «الشرح الكبير» ٤٧٩/١٣.

قال: (وَالثَّالِثُ بِرِضَا أَحَدِهِمَا)؛ لأن للمديون أن يقضي من حيث شاء، فإذا رضي أحدهما فقد وجد القضاء منه.

قال: (وَالرَّابِعُ لَا يَسْقُطُ، [وَاللَّهُ أَعْلَمُ] أي: وإن رضا؛ لأنه بيع دين بدين، واعلم أنه إذا ثبت لشخصين كل واحد منهما على صاحبه دين بجهة واحدة كسلم وقرض، أو قرض وثن، فينظر هل هما نقدان أم لا، وهل هما جنس أم لا؟ فإن كان جنسًا واتفقا في الحلول وسائر الصفات ففيه الأقوال الأربعة المذكورة، وإن اختلفا في الصفة كالصحة والتكسير والحلول والتأجيل، أو في قدر الأجل لم يحصل التقاص لاختلاف الأغراض، فلصاحب الحال أن يستوفيه وينتفع به إلى أن يحل ما عليه، فلو تراضيا على جعل الحال قصاصًا عن المؤجل لم يجز كما في الحوالة.

وحكى أبو الفرج فيها وجهًا آخر، ولو كانا مؤجلين بأجل واحد فهل هما كالحالين أو كمؤجلين بأجلين مختلفين؟ وجهان، أرجحهما عند الإمام الأول^(١)، وعند البغوي الثاني^(٢)، وإن كانا جنسين دراهم ودنانير فلا مقاصة، والطريق أن يأخذ أحدهما ما على الآخر، ثم إن شاء جعلًا المأخوذ عوضًا عما على الآخر.

قال الروياني: لأن دفع العوض عن الدراهم والدنانير في الذمة يجوز، ولا حاجة إلى قبض الحقيقين معًا وإن لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا جنسًا فالمذهب أنه لا تقاص^(٣)، ولا يجرى في غير الأيمان من العروض وغيرها.

(١) «نهاية المطلب» ٤٥٢/١٩. (٢) «التهذيب» ٤٣٣/٨.

(٣) «البحر» ٢١١/١٤.

وفرق الشيخ أبو حامد بأن العقد على الأيمان ليس عقد مغابنة ومراوحة؛ لقلة الاختلاف فيها، فالتقاص فيها قريب بخلاف الأموال، وقيل: على الأقوال. وقيل: إن كانا من ذوات الأمثال فعلى الأقوال وإلا فلا تقاص قطعاً، وإن كانا جنسين فلا تقاص قطعاً وإن تراضيا، بل إن كانا عوضين فليقبض كل واحد منهما ما على الآخر، فإن قبض أحدهما لم يجز رده عوضاً عن المستحق للمردود عليه؛ لأنه بيع عرض قبل القبض، إلا أن يكون ذلك / ١٣٤٥ / العرض مستحقاً بعرض أو إتلاف لا بعقد.

وإن كان أحدهما عرضاً والآخر نقداً. فإن قبض مستحق العرض العرض وردّه عوضاً عن النقد المُستحق عليه جاز. وإن قبض مستحق النقد النقد، وردّه عوضاً عن العرض المستحق عليه لم يجز، إلا أن يكون القرض مستحقاً بقرض أو إتلاف، كذا ذكره ابن الصباغ والرويانى^(١) وغيرهما.

وإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب وبرئ عن النجوم عتق كما لو أداها.

فرع:

إذا قلنا لا يتقاصان ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه حُسباً حتى يسلم، ذكره ابن الصباغ وغيره.

قال: (فَإِنْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ فَلْيُشْهَدْ فَلَوْ أَدَّى الْمَالَ فَقَالَ السَّيِّدُ: كُنْتُ فَسَخْتُ فَأَنْكَرَهُ صَدَّقَ الْعَبْدُ بِيَمِينِهِ) لأن الأصل عدم الفسخ وعلى السيد

البيّنة.

قال: (وَالْأَصَحُّ بَطْلَانُ الْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِعْمَائِهِ وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ الْعَبْدِ) لأنَّ الحظ في الكتابة للعبد لا للسيد، وأيضًا فإن الكتابة الصحيحة جائزة من جهة العبد، وجوازها لا يقتضي بطلانها بجنونه، وكذا الفاسدة.

والثاني: بطلانها بجنونهما؛ لجوازها من الطرفين كالشركة والوكالة. ولا يبعد ترجيحه.

والثالث: لا فيهما؛ لأنَّ المذهب فيها التعليق. والتعليق لا يبطل بالجنون؛ ولأنَّها وإن كانت جائزة فمصيورها إلى اللزوم كالبيع في زمن الخيار. فإن قلنا: لا يبطل. فأفاق وأدى المسمى عُتق وثبَّت التراجع. قالوا: وكذا لو أخذ السيد في جنونه، وقالوا: ينصب الحاكم من يرجع له. كذا ذكره الرافعي: الحاكم^(١). ووقع في «الروضة»^(٢): السيد. بدل: الحاكم، وهو الصواب.

قال الرافعي: وينبغي أن [يقال: (٣)] لا يعتق بأخذ السيد هنا، وإن قلنا يعتق في الكتابة الصحيحة؛ لأنَّ المذهب هنا التعليق، والصفة المعلق عليها الأداء من العبد ولم توجد. وإن قلنا يبطل فأدى المسمى لم يعتق في الأصح^(٤).



(١) «الشرح الكبير» ٤٨٦/١٣. (٢) «روضة الطالبين» ٢٣٧/١٢.

(٣) زيادة يقتضيها السياق أثبتناها من «الشرح الكبير».

(٤) «الشرح الكبير» ٤٨٦/١٣.

فصل

قال: (وَلَوْ أَدْعَى كِتَابَةٌ فَأَنْكَرَهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ صُدَّقًا) لأن الأصل عدمها، (وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ).

قال: (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا تَحَالَفًا) لأنهما اختلفا في عَوْضِ الْعَقْدِ الْقَائِمِ بَيْنَهُمَا، أو في كَيْفِيَّتِهِ فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ. وكيفية التحالف كما سبق في بابه.

قال: (ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبْضٌ مَا يَدَّعِيهِ لَمْ تَنْفَسَخِ الْكِتَابَةُ فِي الْأَصَحِّ، بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفَقَا فَسَخَ الْقَاضِي). والثاني: يَنْفَسَخُ. وهو الْخِلَافُ السَّالِفُ فِي اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ.

قال: (وَإِنْ كَانَ قَبْضُهُ وَقَالَ الْمُكَاتَبُ: بَعْضُ الْمُقْبُوضِ وَدِيعَةٌ عَتَقَ وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّى، وَالسَّيِّدُ بِقِيَمَتِهِ، وَقَدْ يَتَقَاضَانِ). أي: بوجود شرطه السالف.

قال: (وَلَوْ قَالَ: كَاتِبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ صُدَّقَ السَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا أَدَّعَاهُ؛ لِقُوَّةِ جَانِبِهِ بِذَلِكَ. وَإِلَّا فَالْعَبْدُ لَضَعْفِهِ).

قال: (وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: وَضَعْتُ عَنْكَ النَّجَمَ الْأَوَّلَ أَوْ قَالَ الْبَعْضَ، فَقَالَ بَلِ الْآخِرَ أَوْ الْكُلَّ صُدَّقَ السَّيِّدُ) لأنه أعرف بإرادته. وقول المصنف: (الْبَعْضُ) أدخل عليه الألف واللام، وهو خلاف المشهور كما تقدم البيئة عليه في باب التولية.

قال: (وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقَالَ كَاتِبْنِي أَبُو كَمَا، فَإِنْ أَنْكَرَا صُدَّقَا) أي: بيمينهما على نفي العلم بكتابة الأب. فإن حلفا فذاك، وإن نكلا وحلف العبد اليمين المردودة ثبتت الكتابة. وإن حلف أحدهما دون الآخر ثبت الرق في نصيب الحالف، وتُرد اليمين في نصيب الناكل. فإن أقام بيئة أشرط رجلا؛ لأن المقصود الحرية لا المال.

قال: (وَإِنْ صَدَّقَاهُ فَمُكَاتَبٌ) عملاً بقولهما، وكذا إذا قامت بينة.
 قال: (فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ فَالْأَصْحَحُ لَا يَعْتَقُ، بَلْ يُوقَفُ، فَإِنْ أَدَّى
 نَصِيْبَ الْآخَرِ عَتَقَ كُلُّهُ وَوَلَاؤُهُ لِلْأَبِ، وَإِنْ عَجَزَ قَوْمٌ عَلَى الْمُعْتَقِ إِنْ كَانَ
 مُوسِرًا) أي: وبطلت كتابة الأب وكان ولاء الكل (وإلا) أي: وإن كان
 معسرًا (فَنَصِيْبُهُ حُرٌّ، وَالْبَاقِي قِنْ لِلْآخَرِ). وهذا ما صححه البغوي.
 وقال: إن قضية كلام «المختصر» حصول قولين في عتق نصيبه
 أصحهما: هذا. وثانيهما: العتق^(١).

قال الرافعي: والمشهور الذي أطلقه عامة الأصحاب حصول
 العتق^(٢)، لا جرم أعترض عليه المصنف، فقال: (قُلْتُ: بَلْ الْأَظْهَرُ
 الْعِتْقُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ)، وأشار بقوله: (الأظهر) إلى أن الصواب حكاية
 الخلاف قولين لا وجهين، كما هو ظاهر عبارة «المحرر» حيث عبر
 بالأصح^(٣). لكن «المحرر» لم يلزم ذلك، فلا يحسن الاعتراض عليه
 من هذا الوجه.

قال: (وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيْبُهُ مُكَاتَبٌ) أي: ولا يضر التشقيص
 للضرورة، وهذا هو الأصح. وقيل: لأن الكتابة لا تتبعض.
 قال: (وَنَصِيْبُ الْمُكَذِّبِ قِنْ) لأن القول قوله يمينه، فنصف الكسب
 له، ونصفه للمكاتب يصرفه إلى جهة النجوم.

قال: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُصَدِّقُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَقُومُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا). قال
 الرافعي: في «الشرح»: فيه طريقان، قال أكثرهم: في السراية قولان،

(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٤٩١.

(١) «التهذيب» ٨/٤٣٥.

(٣) «المحرر» (ص ٥٣٠).

كما لو أصدقاه معًا؛ لأننا إذا قلنا بالسراية يثبت هنا في الحال ولا يجيء القول الآخر؛ لأن صاحبه منكر للكتابة، فلا يمكن التوقف إلى العجز. وقيل: تثبت السراية في الحال قطعًا؛ لأن منكر الكتابة يقول هو رقيق لهما، فإذا أعتق صاحبه تثبت السراية بقوله، فإن قلنا لا سراية فولاء ما عتق هل يكون بينهما أم ينفرد به المصدق؟ وجهان: أحدهما الثاني؛ لأن المنكر أبطل حق نفسه بالإنكار^(١).

ووجه الأول أنه عتق بحكم كتابة الأب؛ فإن جعلناه بينهما فمات هذا العبد ونصفه حر، وقلنا إن مثله يورث، وقفت حصة المنكر. وإن قلنا بالسراية. فولاء النصف الذي سرى العتق إليه للمعتق وفي ولاء النصف الآخر الوجهان.

فروع نختم بها الباب:

أحدها: لو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤديها عن العبد فالأصح في «الروضة» عدم الصحة؛ لمخالفته موضوع الباب. والثاني: نعم، كخلع الأجنبي^(٢)، فعلى الأول إذا أدى عتق العبد بالصفة. ويرجع المؤدي على السيد بما أدى. والسيد عليه بقيمة العبد.

ثانيها: يحصل الفسخ بقول السيد: فسخت الكتابة ونقضتها ورفضتها وأبطلتها وعجزت المكاتب.

ثالثها: لو تطوع رجل بمال الكتابة فللسيد الفسخ على الأصح.



(١) «الشرح الكبير» ٤٩٤/١٣. (٢) «روضة الطالبين» ٢٢٦/١٢.

كِتَابُ أُمِّهَاتِ الْأَوْلَادِ

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كتاب أمهات الأولاد

إذا أَحْبَلَ أُمُّهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا لَهُ أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

أَوْ أَمَةٌ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا.
أَوْ بِشُبْهَةٍ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الْأَظْهَرِ.
وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا.
وَكَذَا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الْأَصَحِّ.
وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا وَرَهْنُهَا وَهَبُهَا.

وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنَّا فَالْوَلَدُ لِلْسَّيِّدِ يَغْتَقُ بِمَوْتِهِ كَهَيِّ.
وَأَوْلَادُهَا قَبْلَ الْأَسْتِيلَادِ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنَّا لَا يَغْتَقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَهُ بَيْعُهُمْ.
وَعَتَقُ الْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ^(١).

(١) ورد بحاشية الأصل :

فائدة: وَجَدَ عَلَى نُسخَةِ الْمُصَنِّفِ: قَالَ مُخْتَصِرُهُ يَحْيَى: فَرَعْتُ يَوْمَ
الْخَمِيسِ التَّاسِعِ عَشَرَ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ سَنَةِ تِسْعٍ وَسِتِّينَ وَسِتِّمِئَةَ، فَأَفْهَمَ
ذَلِكَ، عِدَّةُ كُتُبِهِ مِئَةً وَثَلَاثَةً وَعِشْرُونَ كِتَابًا، فَأَفْهَمَ ذَلِكَ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى
رَحْمَةً وَاسِعَةً، اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِحَقِّ السَّائِلِينَ عَلَيْكَ وَبِحَقِّ مُمْشَايَ هَذَا،
لَمْ أَخْرُجْ بَطَرًا وَلَا رِيَاءً وَلَا سُمْعَةً، خَرَجْتُ اتِّقَاءَ سُحْطِكَ وَابْتِغَاءَ
مَرْضَاتِكَ، أَسْأَلُكَ أَنْ تُنْقِذَنِي مِنَ النَّارِ، وَأَنْ تَغْفِرَ لِي ذُنُوبِي، إِنَّهُ لَا يَغْفِرُ
الذُّنُوبَ إِلَّا أَنْتَ.

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا، وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللَّهُ، اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ عَبْدِكَ وَرَسُولِكَ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ.

[خاتمة نسخة المنهاج]

نَجَزَ الْكِتَابُ بِحَمْدِ اللَّهِ وَعَوْنِهِ وَحُسْنِ تَوْفِيقِهِ وَبَرَكَاتِهِ نَبِيِّهِ مُحَمَّدٍ ﷺ وَشَرَفَ وَكَرَّمَ فِي السَّادِسِ وَالْعِشْرِينَ مِنْ جُمَادَى الْأُولَى سَنَةِ خَمْسٍ وَثَمَانِينَ وَسَبْعِمِئَةٍ عَلَى يَدِ أَقَلِّ عِبِيدِ اللَّهِ تَعَالَى وَأَفْقَرِهِمْ إِلَى رَحْمَتِهِ حَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْمُؤَدِّبِ بِمَدِينَةِ بَلْبَيسَ.

كتاب: أمهات الأولاد

استفتحه في «المحرر» بقوله ﷺ في مارية حين ولدت إبراهيم «أعتقها ولدها»^(١) هو حديث صحيح رواه ابن حزم في «محلاه» من حديث ابن عباس بإسناد كل رجاله ثقات^(٢)، لا جرم قال في كتاب البيع: هذا حديث صحيح الإسناد^(٣)، وقال هنا: خبر جيد السند كل رواه ثقات^(٤). ولا يقدح فيه إخراج ابن ماجه له بسند آخر ضعيف^(٥).

وأمهات واحدها: أم، وأصلها أمهة. ولذلك جمعت على أمات باعتبار اللفظ، وأمهات باعتبار الأصل.

قال الواحدي: الهاء في أمهة زائدة عند الجمهور، وقيل أصلية. قال: وأكثر أستعمال العرب في الآدميات الأمهات، وفي غيرهن من الحيوان الأمات بحذف الهاء، وجاء العكس.

قال: (إِذَا أَحْبَلَ أُمَّتُهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ)، أما في الحي فلحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ

(١) «المحرر» (ص ٥٣١). (٢) «المحلى» ٨ / ٢١٥.

(٣) «المحلى» ٧ / ٥٠٥. (٤) «المحلى» ٨ / ٢١٥.

(٥) «سنن ابن ماجه» (٢٥١٦) كتاب العتق، باب أمهات الأولاد.

نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال: « لا يُباع ولا يوهب ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما دام حيًّا؛ فإذا مات فهي حرة » رواه الدارقطني والبيهقي وصوبًا وقفه^(١). وأبى ذلك ابن القطان وصحح الرفع^(٢). وأما في الميت فقياسًا.

والمراد: بما تجب به الغرة ما قرره في بابه من كونها إذا أُلقت قطعة لحم قال القوابل فيه صورة خفية لا يعرفها إلا أهل الخبرة. فإن قال القوابل: لو بقي لتصور. فالأصح لا أستيلاد كما لا غرة. وقد تقدم إيضاح ذلك في العدد أيضًا.

وحكي عن القديم: أنها لا تعتق بموت السيد ويكون الاستيلاد كالاستخدام، حكاه القاضي حسين وغيره، وحمل على حكاية مذهب الغير. قال: (أَوْ أَمَةٌ غَيْرُهُ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ) لأنه يتبع الأم، وهذا إذا لم يكن ثم غرور. فإن نكح أمة غُرَّ بحريتها فالولد حر كما ذكره المصنف في باب الخيار في النكاح.

قال: (وَلَا تَصِيرُ) أي: الجارية (أُمٌّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا)؛ لأن أمومية الولد إنما تثبت لها تبعًا لحرية الولد وهو هنا رقيق. وفيه قول مخرج مما إذا أولد المرهونة، وقلنا: لا يثبت الاستيلاد، ويبيع في الدين ثم ملكها يومًا من الدهر، قال البندنجي: ولا يتصور عندنا أن تعلق الأمة بولد مملوك، ثم تصير أم ولد إلا في مسألة واحدة على قول، وهي ما إذا أحبل المكاتب أمته.

(١) «سنن الدارقطني» ٢٣٦/٥ (٤٢٤٨)، «السنن الكبرى» ٥٨٣/١٠ (٢١٧٩٥)،

وانظر: «الكامل» لابن عدي ٢٩٢/٥.

(٢) «بيان الوهم والإيهام» ٤٤٦/٥ - ٤٤٧.

فرع:

لو ملكها وهي حامل منه فذلك الحكم. ولكن يعتق الولد عليه؛ لأنه ملك ولده. ذكره الرافعي في «المحرر»^(١).

قال الصيدلاني: وصورة ملكها^(٢) حاملاً أن تضع لدون ستة أشهر من حين مَلَكْها، أو لا يطؤها بعد الملك وتلد لدون أربع سنين. قال: (أو بِشْبَهَةٍ) أي: بأن ظنها زوجته الحرة أو أمته، فالولد حر؛ نظراً إلى ظنه، أما إذا وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة فالولد رقيق يُعتق بموته، ولا يثبت الاستيلاد، قطع به في «الروضة» تبعاً للرافعي^(٣) وهو وارد على إطلاقه في الكتاب. وقد أخرجه في «المحرر» بقوله: على ظن أنه يطاء زوجته الحرة^(٤). قال الإمام: ورأيت لبعضهم ما يدل على حرته وغلط فيه^(٥).

قال: (فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبهه ما لو علقت به في نكاح. قال في «المحرر»: وهذا أقرب القولين^(٦). والثاني أنها تصير؛ لأنها علقت منه بحرّ. وهذا ما نقله الشيخ أبو حامد عن القديم، والأول عن الجديد، كما حكاه الرافعي عنه^(٧).

(١) «المحرر» (ص ٥٣١).

(٢) في الأصل (ملكه) والمثبت هو الموافق لما في «روضة الطالبين».

(٣) «روضة الطالبين» ٣١٢/١٢، وانظر: «الشرح الكبير» ٥٨٧/١٣.

(٤) «المحرر» (ص ٥٣١). (٥) «نهاية المطلب» ٥٢١/١٧.

(٦) «المحرر» (ص ٥٣١). (٧) «الشرح الكبير» ٥٨٩/١٣ - ٥٩٠.

وقال ابن الرفعة: الأول حكاه القاضي أبو الطيب وغيره عن نصه في «الأم». والثاني حكاه عن نصه في حرملة و«المختصر»^(١).

قال: (وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ)، لحديث ابن عمر السابق.

قال: (وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا كَالْمُدَبَّرَةِ). وخالف مالك في الإجارة^(٢).

قال: (وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا)، أي: وعلى أولادها التابعين لها.

قال: (وَكَذَا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الْأَصَحِّ) كما في القنة؛ لأنه يملك

إيجارتها فيملك تزويجها، ولأنه يحل له الاستمتاع بها، فيجوز له التزويج كالمدبرة.

والثاني: لا بد من رضاها؛ لأنه ثبت لها حق حرية لا يملك إبطالها،

فلا يزوجه إلا برضاها كالمكاتب.

والثالث: لا يجوز وإن رضيت؛ لأن ملك السيد فيها ضعيف، وهي

ناقصة في نفسها، فصار كتزويج الأخ والعم الصغيرة. وعلى هذا هل

يزوجه القاضي؟ وجهان أحدهما: نعم بشرط رضاها ورضا السيد.

والثاني: لا.

واعلم أن المصنف تبع في تعبيره بالأصح «المحرر»^(٣) ولا اصطلاح

له في ذلك. وهو غلط على اصطلاحه، فإن عبارته في «الروضة» تبعاً

لرافعي: في تزويجها ثلاثة أقوال أظهرها: للسيد الاستقلال به^(٤).

(١) «كفاية النيه» ٤٤١/١٢. (٢) «المدونة» ٤٠٧/٣.

(٣) «المحرر» (ص ٥٣١).

(٤) «روضة الطالبين» ٣١١/١٢، وانظر: «الشرح الكبير» ٥٨٨/١٣.

فرع:

الخلاف جار في بنت المستولدة.

قال: (وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا) لحديث ابن عمر السالف، قال أبو إسحاق: وليس للشافعي فيها إلا هذا القول.

وقال المزني: إنه قطع في خمسة عشر كتاباً بعثتها وتوقف في غيرها^(١). وهذا إنما هو قول حكاه الشافعي عن الغير وليس بتوقف عنه منه فيه.

وعن الشافعي أيضاً أنه تمثل القول ببيعها، فقال الجمهور: هو إشارة إلى مذهب من جوزه، ومنهم من قال: جوزه في القديم. فعلى هذا هل تعتق بموت السيد؟ وجهان: أحدهما: لا، والثاني: نعم كالمدير.

فرع:

لو قضى قاض بجوازه وفرعنا على المنع، فحكى الروياني عن الأصحاب أنه لا ينقض قضاؤه، وما كان فيه من خلاف بين القرن الأول فقد أنقطع وصار مجمعاً على منعه. ونقل الإمام فيه وجهين^(٢)، ووقع في أصل «الروضة» في كتاب القضاء عن الروياني أن الأصح عدم النقص^(٣)؛ لأنها أجتهدية والأدلة متقاربة.

فائدة:

في «فتاوى القفال»: أنه لو باعها نفسها صحّ على الظاهر؛ لأن بيع

(١) «مختصر المزني» ٢٨٨/٥. (٢) «نهاية المطلب» ٤٩٨/١٩ - ٤٩٩.

(٣) «روضة الطالبين» ٣١٠/١٢.

العبد من نفسه إعتاق على الحقيقة. كذا نقله «الرافعي» عنه وأقره وكذا المصنف في «الروضة»^(١). فتقيد حينئذ قوله هنا: (ويحرم بيعها) بما إذا باعها من الغير.

قال: (وَرَهْنُهَا) كييعها قال: (وَهَبْتُهَا)؛ لأن ذلك ينقل الملك منها إلى الغير فامتنع كالبيع.

قال: (وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنَا فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ كَهَيٍّ)؛ لأن الولد يتبع الأم في الحرية، فكذا في حق الحرية. ولا يجيء فيهم الخلاف في ولد المدبرة والمكاتبة؛ لأن الاستيلاد أقوى؛ لأنه لا يرتفع بحال بخلافهما، ولا أثر لموت الأم في حياة السيد، فلا يُعتق الولد إلا بموت السيد. ولو أعتق السيد الأم لم يعتق الولد، وكذا حكم العكس كما في التدبير بخلاف ما لو أعتق المكاتبة يعتق ولدها.

قال: (وَأَوْلَادُهَا قَبْلَ الْاِسْتِيلَادِ مِنْ زَنَا أَوْ زَوْجٍ لَا يَعْتَقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ) لأنهم حدثوا قبل ثبوت الحرية للأم (وَلَهُ بَيْنُهُمْ) لأنهم ولدوا في ملكه. قال: (وَعِتْقُ الْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ) لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع، فأشبه الإتلاف بالأكل واللبس. وبالقياص على مهر من تزوجها في مرض موته، فيقدم عتقها على حقوق الغرماء، فضلا عن الوصايا وحقوق الورثة، والله أعلم.



(١) «الشرح الكبير» ٥٩٢/١٣، «روضة الطالبين» ٣١٤/١٢.

[خاتمة الكتاب]

قال مؤلفه رحمه الله وعنا به: هذا آخر ما يسره الله تعالى من شرح الكتاب، والله الموفق للصواب، وإياه أسأل أن يحسن عقباننا في المآب، وأن يدخلنا جنته بغير حساب، إنه على كل شيء قدير. وبإسعاف راجيه جدير. الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، الحمد لله حمد الشاكرين، الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشداً، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كلما ذكر الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون، واغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان، ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا، ربنا إنك رؤوف رحيم.

قال مؤلفه: فرغت من تصنيفه صبيحة يوم الثلاثاء ثامن شعبان من سنة ست وخمسين وسبعمائة للهجرة النبوية بالقاهرة المعزية من الديار المصرية، حماها الله وصانها وسائر بلاد الإسلام وأهله. وكان الفراغ من معظم مسودته بعد سنة أربعين وسبعمائة إما سنة ثلاث أو نحو ذلك. وسبب تأخير شروعي في تخريج أحاديث الرافعي في خمسة أجزاء ثم في اختصاره في جزء، ثم في تلخيصه في جزء. ثم في «تخريج أحاديث المذهب» في جزأين. ثم في تخريج أحاديث «الوسيط» في جزء في مختصر عظيم المقدار على ترتيب أبواب الكتاب ومسائله، في جزء لا يعرف مغزاه إلا الحفاظ النفاذ، ثم في شرح «التنبيه» في أربعة أجزاء، ثم في شرح «الحاوي» في جزأين، ثم في شرح التبريزي في جزء غير ذلك.

فالحمد لله على إكمال ما شرعت فيه. وقد بذلتُ جهدي في تقريبه لطالبه وتيسيره على راغبه، مع صغر حجمه ووفور علمه، واشتماله على نفائس المذهب وغرائب وفوائده وفرائده، وبيان الأحاديث الصحيحة وسقيمتها، وصحيح اللغات وضعيفها. والله أسأل أن يجعله لوجهه خالصًا. وأن ينفعنا به إذا الظل أضحى يوم القيامة خالصًا. وأن يخفف عني باجتهادي فيه وتعب كل تعب ومؤنة، وأن ييسر لي في جميع أموري المعونة، وأن يرحم شيعي كما علمه. وأن يحشرني في زمرة من رحمه، اللهم صل على محمد وآله وصحبه وأزواجه وسلم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين، واغفر لي ولوالدي ولأحبابي ولجميع المسلمين أجمعين.



[وجدنا هذا التعليق في نهاية النسخة الأصل]

من كلام السبكي رحمه الله نقلاً عن الدميري في شرحه على «المنهاج»^(١): اختلف الفقهاء في أن الثبوت حكم بالثابت أو ليس بحكم. والصحيح عندنا وعند المالكية: أنه ليس بحكم. وعند الحنفية أنه حكم. ولا يتجه في كونه حكماً إلا أنه حكم بتعديل البيئة وقبولها وجريان ذلك الأمر المشهود به، وله فائدتان:

عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها وجواز التنفيذ في البلد، فإن في تنفيذ الحكم في البلد من غير اقترانه بحكم خلافاً؛ فإذا صرح بالحكم كما ذكرناه جاز التنفيذ. وأما صحته: فالصحيح أنه لا يدل عليها؛ لأن الحاكم قد ثبت الشيء ثم ينظر في كونه صحيحاً أو باطلاً، وكثيراً ما يوجد في إسجلات الحكام ليسجل بثبوتة والحكم به، فيحمل على التصرف المعهود كما هو الواقع اليوم في الكتب الحكمية، والمراد ذلك التصرف المدرج في الكتاب؛ وقد يكون صحيحاً مجمعاً عليه؛ وقد يكون فاسداً مجمعاً عليه. وقد يكون مختلفاً فيه، وقد يقع في ألفاظ الحكام الحكم بما قامت به البيئة، ف (ما) إن كانت مصدرية فهو كقوله بقيام البيئة؛ وإن كانت موصولة -وهو الظاهر- فهي كإثبات جريان العقود المحكوم بها، فالقاضي تارة يقتصر على الثبوت، وتارة يضيفه إلى الأحكام. كقوله: ثبت عندي أن هذه الدار وقف، أو ملك فلان، أو أن هذه المرأة زوج

(١) «النجم الوهاج» في شرح «المنهاج» لمحمد بن موسى بن عيسى الدميري، ولد سنة ٧٤٢هـ وتوفي سنة ٨٠٨هـ، ذكر الشوكاني في «البدر الطالع» ٢/ ٢٧٢ أنه من تلامذة ابن الملقن.

فلان. فهذا مثل الحكم لا يمكن التعرض لنقضه إلا أن يتحقق أن مستنده جريان عقد مختلف فيه. كقول الحنفي: ثبت عندي أن هذه زوجة فلان زوجته نفسها ونحو ذلك.

فإن قلنا: الثبوت حكم أمتنع على غيره إبطاله. وإن قلنا ليس بحكم لم يمتنع. وأما إذا حكم بصحة العقد فهذه أعلى درجات الحكم، ولا سبيل إلى نقضه باجتهاد مثله. فإذا كان في محل مختلف فيه اختلافًا قويًا لم ينقض فيه قضاء القاضي.

وكثيرًا ما يكتب ليسجل بثبوت وصحته، فيحتمل عود الضمير على الثبوت فيراجع فيه، فإن عسرت المراجعة حمل على الحكم لصحة التصرف كما لو صرح به؛ لأنه المتعارف. ومعنى صحته: كونه بحيث تترتب آثاره عليه. ومعنى حكم القاضي بذلك إلزامه لكل أحد. فإذا كان في محل مختلف نفذ وصار كالمجمع عليه.

ومن شرط هذا الحكم ثبوت ملك المالك وحيازته / وأهليته وصحة الصيغة في مذهب القاضي. وأما الحكم بالموجب فهو أحط رتبة من الحكم بالصحة، فإن الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء أصلية: أهلية التصرف، وصحة الصيغة، وأن التصرف في محله. ولذلك أشتراط فيه ثبوت الملك والحيازة.

والحكم بالموجب يستدعي سببين: أهلية التصرف، وصحة الصيغة. فيحكم بموجبهما. ومعناه أنه إن كان مالكا صح، فكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص. وهذا نافع في الصور المختلف فيها. فإذا وقف على نفسه فحكم حاكم بموجب ذلك كان حكما منه بأن الواقف من أهل التصرف، وأن صيغته بعده صحيحة؛ حتى لا يُحكم

بعده ببطلاتها ممن يرى الإبطال. وليس حكماً بصحة وقفية ذلك؛ لتوقفه على كونه مالكا لما وقفه ولم يثبت.

فإذا ثبت حكم حينئذ بصحة الوقف والرفع بخلاف الحكم بصحة الصيغة؛ لأنه المختلف فيه، وإنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك؛ لأنه قد تعسر إثبات الملك في هذه اللفظة وهي الحكم بالموجب، لا يوجد في شيء من كتب المذاهب إلا في كتب أصحابنا، فإن قيل: الموجب أمر مبهم يحتمل أن يكون الصحة، ويحتمل أن يكون غيرها، وحكم القاضي إذا لم يتعين لم يصح، فلا يرفع الخلاف، ولا يمنع الحكم من قاضٍ يرى خلاف ذلك.

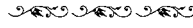
ويدل لذلك ما نقله الرافعي عن أبي سعد الهروي ومال إليه أن ما يكتب على ظهور الكتب الحكمية، وهو: صح ورود هذا الكتاب عليّ، فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه. ليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة، فالجواب أنا إذا أعدنا الضمير على الكتاب صح ما قالاه؛ لأن مضمون الكتاب وموجبه صدور ما تضمنه من إقرار. وأنه ليس بزور. ولذلك قال الرافعي: إنه ليس بحكم^(١). وهذا صحيح إذا أريد ذلك أو أحتمل.

أما إذا حكم بموجب الوقف أو بموجب الإقرار فليس موجبه إلا كونه وفقاً وكون المقر به لازماً. وقول من قال: موجبه يحتمل الصحة والفساد. ممنوع؛ فاللفظ الصحيح موجبه حكمه، واللفظ الفاسد لا يوجب شيئاً. وإذا كان اللفظ يحتمل موجبين وجب على الحاكم أن يبين حكمه، وإبهام ذلك

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٥٢٣.

لا يجوز عند القدرة، إلا أن يخشى من ظالمٍ ونحوه كما قاله الرافعي في موضع آخر، فيفعل ذلك ملائمة له. فإذا علم ذلك عمل بمقتضاه وبدون ذلك لا يحمل حكم للقاضي إلا على البيان الواضح.

فتلخص أنه إذا حكم بموجب وقفٍ أو بيعٍ أو إقرارٍ ونحوها فهو حكم على العاقد بمقتضى قوله. وعلى المقر بمقتضى إقراره. وليس لحاكم آخر نقضه؛ لاقتضاء مذهبه بطلانه؛ لأن فيه نقض الاجتهاد بالاجتهاد، والله أعلم.



[تعليق آخر في نهاية النسخة]

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم
هذه نبذة علقته من كلام شيخنا قاضي القضاة (. . . مكة شرفها الله ب)^(١)
حلب يومئذ - فسح الله في مدته وأعاد من بركته - في فضل مكة المشرفة،
وقول الله ﷻ ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ﴾ [آل عمران: ٩٦] قال الأزرقي
رحمه الله تعالى عن عثمان بن ساج قال: أخبرني ابن جريج، قال: بلغنا أن
اليهود قالت: بيت المقدس أعظم من الكعبة؛ لأنه مهاجر الأنبياء، ولأنه
في الأرض المقدسة. وقال المسلمون: الكعبة أعظم. فبلغ النبي ﷺ فنزل
﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا﴾ حتى بلغ ﴿ءَايَاتُ يَنْتُقِ مَقَامُ إِبْرَاهِيمَ﴾
وليس ذلك في بيت المقدس. ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ وليس ذلك في بيت
المقدس.

﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ﴾ [آل عمران: ٩٧] وليس ذلك في بيت المقدس.

(١) عبارة غير مقروءة وهذا ما تبين لنا منها.

وأخبرني خصيف قال: ﴿أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾. أي: أول مسجد وضع للناس.

وقال مجاهد: ﴿أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ مثل قوله: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ﴾^(١).

قال عثمان^(٢): وأخبرني محمد بن أبان عن زيد بن أسلم أنه قرأ: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ حتى بلغ: ﴿فِيهِ ءَايَاتٌ يَبَيِّنُ مَقَامَ إِبْرَاهِيمَ﴾ [قال: الآيات البينات هي مقام إبراهيم]^(٣) ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ ءَامِنًا وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ﴾ وقال: ﴿يَأْتِيكَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾.

قال عثمان: وأخبرني محمد بن إسحاق أن قول الله ﷻ ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا﴾ أي: مباركًا مسجدًا وهدى للعالمين.

وقال: ﴿لِنُنْذِرَ أُمَّ الْقُرَى وَمَنْ حَوْلَهَا﴾ قال عثمان: وأخبرني ابن أبي أنيسة في قول الله ﷻ ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا﴾. قال: كان موضع الكعبة قد سماه الله تعالى بيتًا قبل أن تكون الكعبة ﴿وَهَدَى لِلْعَالَمِينَ﴾ قبله لهم. هذا ما ساقه الأزرقى^(٤).

قال شيخنا: قلت: أقتضى قول الأزرقى أن سبب نزول الآية الكريمة، ما ذكره من قول المسلمين واليهود، وبه صرح غيره.

قال: في «معالم التنزيل»: سبب نزول الآية أن اليهود قالوا

(١) «أخبار مكة» ١/ ٧٥.

(٢) في الأصل: محمد، والمثبت من «أخبار مكة».

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من «أخبار مكة».

(٤) «أخبار مكة» ١/ ٧٥ - ٧٦.

للمسلمين: بيت المقدس قبلتنا، وهو أفضل من الكعبة وأقدم وهو مهاجر الأنبياء. وقال المسلمون: بل الكعبة أفضل. فأنزل الله تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ﴾ إلى قوله ﴿مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ﴾ الآية. وليس شيء من هذه الفضائل لبيت المقدس^(١) أنتهى.

قال شيخنا: والذي أقوله أن اليهود كذبت إن بيت المقدس قبل الكعبة، كما هو معروف عند أهل التاريخ، وكما أخبر الله تعالى بقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ كما سيأتي وكما في الصحيحين كما سيأتي أيضاً، ويكفيها حجة عليهم ما قلته من قول أهل التاريخ: أنه مقرر عندهم أن بيت المقدس حدث بعد إبراهيم عليه السلام. وسيمر بك بعد الإجماع على أن الكعبة أول بيت وضع للعبادة، واختلف العلماء في معنى قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ على عشرة أقوال:

أحدها: أنه أول بيت ظهر على وجه الأرض، وهذا قول ابن عمر ومجاهد وقتادة والسدي. ثانيها: أنه أول بيت بُني في الأرض. روي هذا كما سيأتي عن علي بن الحسين. ثالثها: عن ابن عباس قال: أراد به أول بيت بناه آدم في الأرض. رابعها: أول بيت مبارك وضع، روي عن علي. خامسها: أول بيت وضع فيه البركة، قاله الضحاك. سادسها: أول بيت وضع للناس يُحج إليه، قاله الحسن والكلبي. ذكر هذه الأقوال في «معالم التنزيل»^(٢). تاسعها وعاشرها: سبقا في كلام الأزرقي.



(٢) «معالم التنزيل» ٧٠/٢.

(١) «معالم التنزيل» ٦٩/٢.

محتويات المجلد الخامس عشر ومسائله

٥	كِتَابُ النَّذْرِ
١١	تعريف النذر
١٣	هُوَ ضَرْبَانِ نَذْرٌ لِحَاجٍ: كَإِنْ كَلَّمْتُهُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ أَوْ صَوْمٌ، وَفِيهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ،
١٤	وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ فَعَلَيْ كَفَّارَةٍ يَمِينٍ أَوْ نَذْرٌ لَزِمْتُهُ كَفَّارَةٌ بِالذُّخُولِ
١٥	وَنَذْرٌ تَبَرُّرٌ: بَأَنْ يَلْتَزِمَ قُرْبَةً إِنْ حَدَثَتْ نِعْمَةٌ أَوْ ذَهَبَتْ نِقْمَةٌ: كَإِنْ شَفِي مَرِيضِي فَلِلَّهِ
١٦	وَلَا يَصِحُّ نَذْرُ مَعْصِيَةٍ
١٧	وَلَا وَاجِبٌ، وَلَوْ نَذَرَ فَعَلَ مُبَاحٍ، أَوْ تَرَكَهُ لَمْ يَلْزِمُهُ، لَكِنْ إِنْ خَالَفَ لَزِمَهُ كَفَّارَةٌ
١٩	وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ نُدِبَ تَعَجُّلُهَا، فَإِنْ قَيَّدَ بِتَفْرِيقٍ أَوْ مُوَالَاةٍ وَجَبَ، وَإِلَّا جَازَ
٢٠	وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْمًا بِلَا عُذْرٍ وَجَبَ قِضَاؤُهُ وَلَا يَجِبُ اسْتِثْنَاةُ سَنَةٍ، فَإِنْ شَرَطَ التَّابِعَ
٢١	أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَشَرَطَ التَّابِعَ وَجَبَ، وَلَا يَقْطَعُهُ صَوْمُ رَمَضَانَ عَنْ فَرْضِهِ وَفِطْرُ الْعِيدِ
٢٢	أَوْ يَوْمِ الْاِثْنَيْنِ أَبَدًا لَمْ يَقْضِ أَثَانِي رَمَضَانَ، وَكَذَا الْعِيدُ وَالتَّشْرِيقُ فِي الْأَظْهَرِ
٢٣	فَلَوْ لَزِمَهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ تِبَاعًا لِكَفَّارَةِ صَامَهُمَا، وَيَقْضِي أَثَانِيَهُمَا
٢٤	وَتَقْضِي زَمَنَ حَيْضٍ وَنَفَاسٍ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ يَوْمًا بِعَيْنِهِ لَمْ يَصُمْ قَبْلَهُ
٢٥	أَوْ يَوْمًا مِنْ أُسْبُوعٍ ثُمَّ نَسِيَهُ صَامَ آخِرَهُ وَهُوَ الْجُمُعَةُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ وَقَعَ قِضَاءٌ
٢٧	وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمٍ نَفَلَ فَنَذَرَ إِثْمَامَهُ لَزِمَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ نَذَرَ بَعْضَ يَوْمٍ
٢٨	أَوْ يَوْمٍ قُدُومٍ زَيْدٍ فَلَا أَظْهَرَ أَنْعِقَادُهُ
٢٩	فَإِنْ قَدِمَ لَيْلًا أَوْ يَوْمَ عِيدٍ أَوْ فِي رَمَضَانَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ أَوْ نَهَارًا وَهُوَ مُفْطِرٌ أَوْ صَائِمٌ
٣١	وَلَوْ قَالَ: إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ الْيَوْمِ التَّالِي لِيَوْمِ قُدُومِهِ، وَإِنْ قَدِمَ عَمَرُو
٣٢	فَضْلٌ: نَذَرَ الْمَشْيِ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ، أَوْ إِتْيَانَهُ فَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ إِتْيَانِهِ بِحَجٍّ
٣٣	فَإِنْ نَذَرَ الْإِثْنَانِ لَمْ يَلْزِمَهُ مَشْيٌ، وَإِنْ نَذَرَ الْمَشْيِ أَوْ أَنْ يَحُجَّ أَوْ يَعْتَمِرَ مَا شَاءَ
٣٦	فَإِنْ كَانَ قَالَ: أَحُجُّ مَا شَاءَ فَمِنْ حَيْثُ يُحْرِمُ، وَإِنْ قَالَ: أَمْشِي إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى

- ٣٧ وإذا أوجبنا المَشْيَ فَرَكِبَ لِعُذْرِ أَجْزَأُهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ بِلا عُذْرِ أَجْزَأُهُ
- ٣٨ وَمَنْ نَذَرَ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً لَزِمَهُ فِعْلُهُ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ مَعْصُوبًا اسْتَنَابَ
- ٣٩ فَإِنْ مَنَعَهُ مَرَضٌ وَجَبَ الْقَضَاءُ، أَوْ عَدُوٌّ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ. أَوْ صَلَاةٌ أَوْ صَوْمًا
- ٤٠ أَوْ التَّصَدُّقَ عَلَى أَهْلِ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَهُ. أَوْ صَوْمًا فِي بَلَدٍ لَمْ يَتَّعِينَ
- ٤٠ وَكَذَا صَلَاةٌ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ، وَفِي قَوْلٍ: وَمَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى ...
- ٤٣ أَوْ صَوْمًا مُطْلَقًا فَيَوْمٌ، أَوْ أَيَّامًا فَثَلَاثَةٌ
- ٤٥ أَوْ صَدَقَةً فَبَأْي شَيْءٍ كَانَ، أَوْ صَلَاةً فَرَكْعَتَانِ، وَفِي قَوْلٍ: رَكْعَةٌ
- ٤٦ فَعَلَى الْأَوَّلِ: يَجِبُ الْقِيَامُ فِيهِمَا مَعَ الْقُدْرَةِ، وَعَلَى الثَّانِي: لَا. أَوْ عِتْقًا
- ٤٦ أَوْ عِتْقَ كَافِرَةٍ مَعِيَّةٍ أَجْزَأُهُ كَامِلَةٌ، فَإِنْ عَيَّنَ نَاقِصَةً تَعَيَّنَتْ، أَوْ صَلَاةً قَائِمًا لَمْ يَجُزْ
- ٤٨ أَوْ طُولَ قِرَاءَةِ الصَّلَاةِ، أَوْ سُورَةٍ مُعَيَّنَةٍ، أَوْ الْجَمَاعَةَ لَزِمَهُ
- ٤٨ وَالصَّحِيحُ أَنْعَقَادُ النَّذْرِ بِكُلِّ قُرْبَةٍ لَا تَجِبُ أَبْتِدَاءُ كَعِيَادَةٍ، وَتَشْيِيعُ جِنَازَةٍ
- ٤٩ فروع مثورة
- ٥٥ كِتَابُ الْقَضَاءِ
- ٦٧ تعريف
- ٦٨ هُوَ قَرَضٌ كِفَايَةً، فَإِنْ تَعَيَّنَ لَزِمَهُ طَلْبُهُ
- ٧٠ وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ، وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ فَلِلْمُفْضُولِ الْقَبُولُ
- ٧١ وَيُكْرَهُ طَلْبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ فَلَهُ الْقَبُولُ. وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ
- ٧٤ وَالْإِغْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ
- ٧٥ وَشَرْطُ الْقَاضِي: مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ
- ٧٦ حُرٌّ ذَكَرَ
- ٧٧ عَدْلٌ
- ٧٨ سَمِيعٌ بَصِيرٌ نَاطِقٌ

- ٧٩ كافٍ مُجْتَهِدٌ وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ وَخَاصَّهُ وَعَامَّهُ
 ٨٠ وَمُجْمَلُهُ وَمُبَيَّنُهُ، وَنَاسِخُهُ وَمَنْسُوخُهُ، وَمُتَوَاتِرِ السُّنَّةِ وَغَيْرُهُ، وَالْمُتَّصِلَ وَالْمُرْسَلَ
 ٨١ وَالْقِيَاسَ بِأَنْوَاعِهِ
- ٨٣ فَإِنْ تَعَدَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ قَوْلَى سُلْطَانٍ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقَلِّدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ
 ٨٦ وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الْأَسْتِخْلَافِ، فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلَفْ
 ٨٧ وَشَرْطُ الْمُسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي، إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ: كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ
 ٨٨ وَيَحْكُمَ بِاجْتِهَادِهِ أَوْ أَجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ إِنْ كَانَ مُقَلِّدًا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ خِلَافَهُ
 ٩٠ وَلَوْ حَكَمَ خَصْمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ
 ٩٢ وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلَّا عَلَى رَاضٍ بِهِ فَلَا يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَّةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ
 ٩٣ وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ أَمْتَعَ الْحُكْمُ، وَلَا يُشْتَرِطُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ
 ٩٤ وَلَوْ نَصَبَ قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ وَخَصَّ كُلًّا بِمَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ نَوْعٍ جَازَ
 ٩٨ فَضْلٌ: جُنَّ قَاضٍ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَمِيَ أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضُبُّهُ
 ٩٩ وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ، وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ أَوْ مِثْلُهُ وَفِي عَزْلِهِ
 ١٠٠ وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرَ عَزْلِهِ. وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ: إِذَا قَرَأْتَ
 ١٠١ وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَغْلِ مُعَيَّنٍ: كَبَيْعِ مَالِ مَيِّتٍ وَالْأَصْحُ انْعِزَالَ
 ١٠٣ وَلَوْ أَدْعَى شَخْصٌ عَلَى مَعزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلًا أُحْضِرَ
 ١٠٤ وَإِنْ قَالَ: حَكَمَ بِعَبْدَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَالًا أُحْضِرَ. وَقِيلَ: لَا حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ
 ١٠٧ وَلَوْ أَدْعَى عَلَى قَاضٍ جَوْرًا فِي حُكْمٍ لَمْ تُسْمَعْ، وَيُشْتَرِطُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ
 ١٠٩ فَضْلٌ: لِيَكْتُبَ الْإِمَامُ لِمَنْ يُولِّيهِ، وَيُشْهَدَ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ
 ١١٠ وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ، وَيَدْخُلُ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ، وَيَنْزِلُ وَسَطَ
 ١١٢ وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الْحَبْسِ، فَمَنْ قَالَ: حُسِبْتُ بِحَقِّ آدَامَةٍ، أَوْ ظُلَمًا
 ١١٤ فَمَنْ أَدْعَى وَصَايَةً سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ

- وَيَتَّخِذُ مَرْكَبًا وَكَاتِبًا، وَيُسْتَرْطُ كَوْنُهُ: مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِكِتَابَةِ مُحَاضِرٍ ١١٥
- وَيُسْتَحَبُّ فِقْهُ، وَوُفُورُ عَقْلِ، وَجَوْدَةُ خَطٍّ ١١٦
- وَمُتَرَجِمًا، وَشَرُطُهُ: عَدَالَةٌ، وَحُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ ١١٧
- وَالْأَصَحُّ جَوَازُ أَعْمَى، وَاشْتِرَاطُ عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ ١١٨
- وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ، وَ سِجْنًا لِأَدَاءِ حَقٍّ وَلِتَغْزِيرٍ ١١٩
- وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ مَجْلِسُهُ فَيْسِحًا بَارِزًا مَصُونًا مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ لَائِقًا بِالْوَقْتِ ١٢١
- فِرْعَ فِي أَدَبِ الْقَاضِي ١٢٢
- وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالٍ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشَبَعٍ مُفْرِطَيْنِ، وَكُلُّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقَهُ ١٢٥
- وَيَنْدَبُ أَنْ يُسَاوِرَ الْفُقَهَاءَ ١٢٦
- وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ. وَلَا يَكُونُ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ ١٢٨
- فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ وَلَا يَتَّهِ حَرَمَ قَبُولِهَا، وَإِنْ كَانَ يُهْدِي ١٢٩
- وَالْأَوَّلَى أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا ١٣٠
- وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ، وَكَذَا أَضْلُهُ وَفَرْعُهُ ١٣١
- وَيَحْكُمُ لَهُ وَلَهُؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرٌ، وَكَذَا نَائِيُهُ عَلَى الصَّحِيحِ ١٣٢
- وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي وَسَأَلَ الْقَاضِي أَنْ يُشْهَدَ عَلَى إِقْرَارِهِ ١٣٣
- أَوْ أَنْ يَكْتُوبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجَلًا بِمَا حَكَمَ أَسْتَحَبَّ ١٣٤
- وَيُسْتَحَبُّ نُسَخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ ... وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادٍ ثُمَّ بَانَ ١٣٤
- وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا ١٣٩
- وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ إِلَّا فِي حُدُودِ اللَّهِ ١٤٢
- وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهَدَ شَاهِدَانِ أَنَّكَ حَكَمْتَ أَوْ شَهِدْتَ ١٤٦
- وَالصَّحِيحُ جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطِّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ ١٤٨
- فَضْلٌ: لَيْسَ بَيْنَ الْحَصْمَيْنِ فِي دُخُولِ عَلَيْهِ، وَ قِيَامُ لَهُمَا، وَاسْتِمَاعٌ، ١٤٩

- ١٥١ والأصحُّ رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّي فِيهِ
- ١٥٣ وَإِذَا جَلَسَا فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ، وَأَنْ يَقُولَ لِيَتَكَلَّمَ الْمُدَّعِي
- ١٥٤ فَإِذَا أَدَّعَى طَالِبَ خَصْمِهِ بِالْجَوَابِ، فَإِنْ أَقَرَّ فَذَاكَ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ
- ١٥٦ فَإِنْ قَالَ: لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ فَلَهُ ذَلِكَ، أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِي ثُمَّ أَحْضَرَهَا قِيلَتْ
- ١٥٧ وَإِذَا أَرَدَحِمَ خُصُومٌ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ، فَإِنْ جُهِلَ أَوْ جَاؤُوا مَعًا أَقْرَعَ، وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ
- ١٦٠ وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى
- ١٦١ وَيَحْرُمُ اتِّخَاذُ شُهَدَاءٍ مُعَيَّنِينَ، لَا يَقْبَلُ غَيْرُهُمْ
- ١٦٢ وَإِذَا شَهِدَ شُهَدَاؤُ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فَسَقًا عَمِلَ بِعِلْمِهِ، وَإِلَّا وَجِبَ الْأَسْتِزْكَاءُ
- ١٦٣ يَكْتَبُ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ، وَكَذَا قَدَّرَ الدِّينِ عَلَى الصَّحِيحِ
- ١٦٤ وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ، وَخُبْرَةِ بَاطِنٍ مَنْ يَعْدِلُهُ لِصُحْبَةٍ
- ١٦٦ وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَتِهِ، وَأَنَّهُ يَكْفِي: هُوَ عَدْلٌ، وَقِيلَ: يَزِيدُ عَلَيَّ وَلِي
- ١٦٧ وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ، وَتُعْتَمَدُ فِيهِ الْمُعَايَنَةُ أَوْ الْأَسْتِفَاضَةُ وَيُقَدَّمُ عَلَى التَّعْدِيلِ
- ١٦٩ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ
- ١٧٣ بَابُ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ
- ١٧٣ هُوَ جَائِزٌ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَأَدَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ، فَإِنْ قَالَ: هُوَ مُقَرَّرٌ لَمْ تُسْمَعْ
- ١٧٥ وَيَجِبُ أَنْ يُحْلَفَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ، وَيَجْرِيَانِ
- ١٧٧ وَلَوْ أَدَّعَى وَكَيْلُ الْغَائِبِ فَلَا تَحْلِيفَ، وَلَوْ حَضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقَالَ لَوْ كَيْلُ
- ١٧٨ وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاءُ الْحَاكِمِ مِنْهُ، وَإِلَّا فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إِنْهَاءَ
- ١٧٩ وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهَدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ، وَيُسْتَحَبُّ كِتَابُ بِهِ يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ
- ١٨١ وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ، فَإِنْ قَالَ: لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِبَيِّنَةٍ
- ١٨٣ وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدٍ الْغَائِبِ بِبَلَدِ الْحَاكِمِ فَشَافَهُهُ بِحُكْمِهِ فَنَقَلَ إِمضَاهُ إِذَا عَادَ
- ١٨٥ وَالْكِتَابُ بِالْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ وَبِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لَا يَقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ

- فَصُلِّ: ادَّعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنِ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ أَشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ ١٨٦
- وَيُبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيَمَةَ، وَأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي ١٨٧
- أَوْ غَائِبَةً عَنِ الْمَجْلِسِ لَا الْبَلَدِ أَمْرٌ بِمَا يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا تُسْمَعُ ١٨٨
- فَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارُ فَقَالَ: لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصَّفَةِ. صُدِّقَ بِبَيْنِهِ ثُمَّ لِلْمُدَّعِي ١٩٠
- فَصُلِّ: الْغَائِبُ الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ مِنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ ١٩٢
- وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَسْتَعِدْهَا بَلْ يُخْبِرُهُ وَيُمْكِنُهُ ١٩٣
- وَإِذَا أَسْتَعْدَيْ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ أَحْضَرَهُ بِدَفْعِ خَتَمِ طِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ بِمُرْتَبٍ ١٩٤
- أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وَلَا يَتَّهَى فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ، أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضَرِ ١٩٥
- وَأَنَّ الْمُحَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ، وَهِيَ مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ ١٩٧
- كِتَابُ الْقِسْمَةِ ٢٠١
- قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ. وَشَرَطُ مَنْصُوبِهِ ذِكْرُ حُرِّ عَدْلٍ ٢٠٥
- يَعْلَمُ الْمِسَاحَةَ وَالْحِسَابَ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ، وَإِلَّا فَقَاسِمٌ ٢٠٦
- وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَجْرَتُهُ عَلَى الشُّرَكَاءِ، ٢٠٩
- وَإِلَّا فَالْأَجْرَةُ مُوزَعَةٌ عَلَى الْحَصَصِ، وَفِي قَوْلٍ: عَلَى الرُّؤُوسِ ٢١٠
- ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجِي خُفٍّ إِنْ طَلَبَ ٢١١
- وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ فَقَسَمَتُهُ أَنْوَاعٌ: أَحَدُهَا: بِالْأَجْزَاءِ كَمِثْلِي وَدَارٍ مُتَّفَقَةٍ أَبْنِيَةٍ، ٢١٢
- فَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْأَنْصِبَاءُ كَنُصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ جُزِّئَتِ الْأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السَّهَامِ ٢١٣
- الثَّانِي: بِالْتَّعْدِيلِ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيَمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسَبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ، ٢١٥
- الثَّلَاثُ: بِالرَّدِّ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بَثْرٌ أَوْ شَجَرٌ لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ فَيَرُدُّ ٢١٦
- وَقِسْمَتُهُ الْأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي الْأَظْهَرِ ٢١٧
- وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ، وَلَوْ تَرَاضَا بِقِسْمَةٍ مَا لَا إِجْبَارَ فِيهِ ٢١٩
- وَلَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ غَلَطَ أَوْ حَيْثُ فِي قِسْمَةٍ إِجْبَارٍ نُقِضَتْ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَاهُ ٢٢١

- وَلَوْ أَدَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاوِسٍ وَقُلْنَا هِيَ بَيْعٌ فَلَا صَحَّ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْعَلَطِ، فَلَا فَائِدَةٌ لِهَذِهِ ٢٢٣
- كِتَابُ الشَّهَادَاتِ ٢٢٥
- معنى الشهادة ٢٣٥
- شَرْطُ الشَّاهِدِ مُسْلِمٌ حَرٌّ مُكَلَّفٌ عَدْلٌ ذُو مَرْوَةٍ غَيْرُ مَتَّهِمٍ ٢٣٦
- وَشَرْطُ الْعَدَالَةِ اجْتِنَابُ الْكِبَائِرِ وَالْإِضْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ ٢٣٩
- وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيُكْرَهُ بِشَطْرُنَجٍ ٢٤٧
- فَإِنْ شُرِّطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَقِمَارٌ ٢٥١
- وَيُبَاحُ الْحُدَاءُ وَسَمَاعُهُ ٢٥٤
- وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلَا آلَةٍ، وَسَمَاعُهُ ٢٥٦
- الدليل على تحريم الغناء من الكتاب والسنة ٢٥٨
- وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرْبَةِ كَعُودٍ وَطَنْبُورٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ ٢٧١
- فائدة في معنى الطنبور ٢٧٦
- وَيَجُوزُ دُفُّ لِعُرْسٍ وَخِتَانٍ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَا جِلُّ ٢٨٢
- فائدة في معنى الدف ٢٨٨
- وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ، وَهِيَ طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسَطِ ٢٨٩
- لَا الرِّقْصُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكْسِيرٌ كَفِعْلِ الْمُخْنَثِ ٢٩٢
- وَيُبَاحُ قَوْلُ شَعْرٍ وَإِنْشَادُهُ إِلَّا أَنْ يَهْجُوَ أَوْ يُفَحِّشَ، أَوْ يُعَرِّضَ بِأَمْرَةٍ مُعَيَّنَةٍ .. ٢٩٤
- وَالْمَرْوَةُ تَخْلُقُ بِخُلُقٍ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ، فَلَا أَكْلُ فِي سُوقٍ، ٣٠٢
- وَالْمَشْيُ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ، وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٌ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتِ ٣٠٣
- وَحِرْفَةُ دَنِيَّةٍ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ وَدَبْغٍ مِمَّنْ لَا تَلِيْقُ بِهِ تُسْقِطُهَا، فَإِنْ أَعْتَادَهَا وَكَانَتْ ٣٠٥
- وَالْتَّهْمَةُ أَنْ يَجْرَّ إِلَيْهِ نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَرًا فَتَرُدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ وَمُكَاتِبِهِ ٣٠٧
- وَعَرِيمٌ لَهُ مَيِّتٌ أَوْ عَلَيْهِ حَجَرٌ فَلَسٍ، أَوْ بِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ. فَبِرَاءَةٌ مَنْ ضَمِنَهُ ٣٠٨

- وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ يَفْسُقُ شُهُودُ قَتْلِ. وَغُرَمَاءِ مُفْلِسٍ يَفْسُقُ شُهُودُ دَيْنٍ آخَرَ ٣٠٩
- وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرِكَةِ قَبِلَتْ الشَّهَادَتَانِ ٣٠٩
- وَلَا تُقْبَلُ لِأَصْلٍ وَلَا فَرْعٍ ٣١٠
- وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا، وَكَذَا عَلَى أَبِيهِمَا بِطَلَاكِ صَرَّةٍ أُمُّهُمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي الْأَظْهَرِ ٣١١
- وَتُقْبَلُ لِكُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، وَالْأَخِ وَصَدِيقٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ ٣١٢
- وَلَا تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ، وَهُوَ مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَتَّى زَوَالِ نِعْمَتِهِ وَيَحْزَنُ بِسُرُورِهِ ٣١٣
- وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لَا نُكْفَرُهُ. لَا مُعْقَلٍ لَا يَضْبِطُ، وَلَا مُبَادِرٍ ٣١٤
- وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَسْبَةِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ كَطَلَاكِ وَعِتْقٍ ٣١٧
- وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَيِّبَيْنِ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ، ٣٢٠
- وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ قُبِلَتْ، أَوْ فَاسِقٌ تَابَ فَلَا، ٣٢١
- وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِهَا بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ ٣٢٢
- وَيُسْتَرْطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةِ قَوْلِيَّةِ الْقَوْلِ فَيَقُولُ الْقَاذِفُ: قَذْفِي بَاطِلٌ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ ٣٢٣
- وَعَبْرُ الْقَوْلِيَّةِ يُسْتَرْطُ إِفْلَاحٌ وَنَدَمٌ وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَلَقَّطَتْ بِهِ ٣٢٤
- فَضْلٌ: لَا يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هَلَالِ رَمَضَانَ فِي الْأَظْهَرِ ٣٢٧
- وَيُسْتَرْطُ لِلزَّنا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ ٣٢٩
- وَلِلْإِفْرَارِ بِهِ اثْنَانِ، وَفِي قَوْلٍ: أَرْبَعَةٌ ٣٣٠
- وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَيْفٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَحَقٍّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ رَجُلَانِ ٣٣١
- وَمَا تَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لَا يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِبًا كَبَكَارَةٍ وَوِلَادَةٍ وَحَيْضٍ وَرِضَاعٍ ٣٣٢
- وَمَا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ ٣٣٥
- وَمَا يَثْبُتُ بِهِمْ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، إِلَّا عُيُوبُ النِّسَاءِ وَنَحْوُهَا ٣٣٦
- وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ، وَإِنَّمَا يَخْلِفُ الْمُدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ ٣٣٧
- فَإِنْ تَرَكَ الْحَلِفَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ فَلَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ نَكَلَ فَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ ٣٣٨

- وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمَةٌ وَلَدَهَا فَقَالَ رَجُلٌ: هَذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي عَلِقْتُ بِهِذَا فِي مِلْكِي ٣٣٩
- وَلَوْ أَدَعَتْ وَرَثَتَهُ مَا لَّا لِمُورَثِهِمْ وَأَقَامُوا شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ أَخَذَ نَصِيئَهُ، ٣٣٩
- وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ لَمْ يَخْلِفْ بِنُكُولِهِ إِنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا ٣٤٠
- وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ كَرَنًا وَغَضَبٍ وَإِتْلَافٍ وَوِلَادَةٍ إِلَّا بِالْإِبْصَارِ ٣٤٣
- وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ شَهِدَ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفِي الْأَسْمِ ٣٤٤
- وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَى فِعْلَهُ فَإِنْ عُرِفَ عَيْنُهُ وَاسْمُهُ وَنَسَبُهُ شَهِدَ عَلَيْهِ ٣٤٥
- وَلَا يَصِحُّ تَحْمُلُ شَهَادَةٍ عَلَى مُتَتَّبِعَةٍ أَعْتِمَادًا عَلَى صَوْتِهَا، فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا ٣٤٦
- وَلَا يَجُوزُ التَّحْمُلُ عَلَيْهَا بِتَعْرِيفٍ عَدْلٍ أَوْ عَذْلَيْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ ٣٤٦
- وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقٍّ وَطَلَبَ الْمُدَّعِي التَّسْجِيلَ سَجَّلَ الْقَاضِي بِالْحِلَّةِ ٣٤٧
- وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبِي وَقِيلَةٍ، وَكَذَا أُمٌّ فِي الْأَصْحِ، وَمَوْتُ ٣٤٨
- وَشَرْطُ التَّسَامُعِ سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ، ٣٥٢
- وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مَلِكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ وَلَا بِيَدٍ، وَتَصَرُّفٌ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ ٣٥٣
- فَضْلٌ: تَحْمُلُ شَهَادَةُ فَرَضٌ كِفَايَةً فِي نِكَاحٍ، وَكَذَا إِقْرَارٍ، وَتَصَرُّفٍ مَالِيٍّ ٣٥٧
- وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلَّا اثْنَانِ لَزِمَهُمَا الْأَدَاءُ، فَلَوْ أَدَى وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ ٣٥٨
- وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِنْ كَانَ فِيمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَإِلَّا فَلَا ... ٣٥٩
- وَلِوُجُوبِ الْأَدَاءِ شُرُوطٌ: أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، وَقِيلَ: دُونَ مَسَافَةِ قَصْرِ، ٣٥٩
- وَأَنْ يَكُونَ عَدْلًا. فَإِنْ دُعِيَ ذُو فُسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ قِيلَ: أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ لَمْ يَجِبْ ٣٦٠
- وَأَنْ لَا يَكُونَ مَعْدُورًا بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ أَوْ بَعَثَ ٣٦١
- فَرُوعٌ فِي آدَابِ التَّحْمِلِ وَالْأَدَاءِ مِنْ «مَخْتَصَرِ الصِّمْرِ» ٣٦٣
- فَضْلٌ: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ، وَفِي عُقُوبَةٍ لِأَدَمِيٍّ ٣٦٤
- وَتَحْمُلُهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولُ: أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا، وَأَشْهَدُكَ أَوْ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي ٣٦٥
- وَلَا يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ: لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا، أَوْ أَشْهَدُ بِكَذَا، أَوْ عِنْدِي شَهَادَةُ ٣٦٧

- ٣٦٨ وَلَا يَصِحُّ التَّحْمَلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ، وَلَا تَحِيلُ النِّسْوَةُ
- ٣٦٩ وَإِنْ حَدَثَ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ مَنَعَتْ، وَجُنُونُهُ كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ...
- ٣٧٠ وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِي فَأَدَى وَهُوَ كَامِلٌ قَبِلَتْ
- ٣٧١ وَشَرَطُ قَبُولِهَا تَعَدُّرٌ أَوْ تَعَسُّرُ الْأَصِيلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمَى، أَوْ مَرَضٍ يُشَقُّ حُضُورُهُ،
- ٣٧٣ وَأَنْ يُسَمِّيَ الْأُصُولَ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمُ الْفُرُوعُ، فَإِنْ زَكَّوْهُمْ قُبِلَ
- ٣٧٤ وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُذُولٍ وَلَمْ يُسْمُوهُمْ لَمْ يَجْزِ
- ٣٧٥ فَضْلٌ: رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ أَمْتَنَعَ، أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالٍ
- ٣٧٦ فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصًا أَوْ قَتَلَ رِدَّةً أَوْ رَجَمَ زَنًا أَوْ جَلَدَهُ وَمَاتَ
- ٣٧٧ وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٌّ فَلَا صَحَّ أَنَّهُ يَضْمَنُ، أَوْ وَلِيٌّ وَخَدَهُ فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَّةٌ
- ٣٧٨ وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَارْجَعَا دَامَ الْفِرَاقُ وَعَلَيْهِمَا
- ٣٨٠ وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ وَارْجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رِضَاعٌ فَلَا غُرْمَ
- ٣٨١ وَإِنْ نَقَضَ النَّصَابُ وَلَمْ يَزِدِ الشُّهُودُ عَلَيْهِ فِقْصُطٌ، وَإِنْ زَادَ فِقْصُطٌ مِنَ النَّصَابِ
- ٣٨٢ أَوْ وَأَرْبَعٌ مِنْ رِضَاعٍ فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلَاثٌ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ فَلَا غُرْمَ
- ٣٨٥ كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتُ
- ٣٩٥ مَعْنَى الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ
- ٣٩٦ تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةِ كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ. وَإِنْ أَسْتَحَقَّ عَيْنًا
- ٣٩٦ أَوْ دَيْنًا عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ طَالِبُهُ، وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ، أَوْ عَلَى مُنْكَرٍ
- ٣٩٧ أَوْ عَلَى مُقَرَّرٍ مُمْتَنِعٍ، أَوْ مُنْكَرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَلِكَ
- ٣٩٨ وَقِيلَ: يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ وَإِذَا جَارَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ بَابٍ وَتَقْبُّ جِدَارٍ لَا يَصِلُ
- ٤٠٠ وَالْمَأْخُودُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ فَيُضْمَنُهُ إِنْ تَلَفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْنَهُ
- ٤٠١ وَلَا يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أَمَكَّنَ الْأَقْتِصَارُ
- ٤٠٢ وَلَهُ أَخْذُ مَالٍ غَرِيمٍ غَرِيمِهِ

- ٤٠٤ والأظهر أن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافقه
- ٤٠٤ فإذا أسلم زوجان قبل وطء فقال: أسلمنا معاً. فالنكاح باقٍ، وقالت: مرتباً
- ٤٠٧ أو عيناً تنضبط كحيوان وصفها بصفة السلم. وقيل: يجب معها ذكر القيمة
- ٤٠٨ أو نكاحاً لم يكف الإطلاق على الأصح، بل يقول: نكحتها بوليّ مرشد
- ٤٠٩ فإن كانت أمة فالأصح وجوب ذكر العجز عن طول وخوف عنت، أو عقداً مالياً
- ٤١٠ وإذا استمهل ليأتي بدافع أمهل ثلاثة أيام. ولو ادعى رق بالغ فقال: أنا حرٌّ
- ٤١١ ولا تسمع دعوى دين مؤجل في الأصح
- ٤١٣ فصل: أصبر المدعى عليه على الشكوت عن جواب الدعوى جيل كمنكر
- ٤١٣ وإذا ادعى مالاً مضافاً إلى سبب كإفرضتك كذا كفاه في الجواب: لا تستحق
- ٤١٤ ويحلف على حسب جوابه هذا، فإن أجاب بنفي السبب المذكور حلف عليه
- ٤١٤ ولو كان بيده مرهون أو مكري وادّعاه مالكه كفاه لا يلزمه تسليمه. فلو اعترف
- ٤١٥ فإن عجز عنها وخاف أولاً إن اعترف بالملك جحدته الرهن والإجارة فحليته
- ٤١٥ وإذا ادعى عليه عيناً فقال: ليس هي لي، أو هي لرجل لا أعرفه، أو لابني
- ٤١٦ وإن أقر به لغائب فالأصح أنصراف الخصومة عنه، ويوقف الأمر حتى يقدم
- ٤١٩ وما قيل إقرار عبده كعقوبة بالدعوى عليه وعليه الجواب، وما لا كإرش
- ٤٢١ فصل: تغلظ يمين مدع ومدعى عليه فيما ليس بمال، ولا يقصد به مال
- ٤٢١ وفي مال يبلغ نصاب زكاة، وسبق بيان التعليل في اللعان
- ٤٢٣ ويحلف على البت في فعله، وكذا فعل غيره إن كان إثباتاً، وإن كان نفياً
- ٤٢٤ قلت: ولو قال: جئت بهيمنتك. حلف على البت قطعاً. والله أعلم، ويجوز البت
- ٤٢٥ وتعتبر ينة القاضي المستحلف، فلو رى أو تأول خلافها أو استثنى بحيث
- ٤٢٦ ومن توجهت عليه يمين لو أقر بمطلوبها لزمه فأنكر حلف،
- ٤٢٧ ولا يحلف قاض على تركه الظلم في حكمه، ولا شاهد أنه لم يكذب ...

- ٤٢٨ وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَفَنِي مَرَّةً، فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحْلِفْنِي. مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ
- ٤٣٠ وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَقُضِيَ لَهُ وَلَا يُقْضَى بِنُكُولِهِ،
- ٤٣١ وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ. أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي: أَخْلِفْ. فَيَقُولَ: لَا أَخْلِفُ
- ٤٣٢ وَالْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ فِي قَوْلِ كَيْتَنَةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ
- ٤٣٣ فَإِنْ لَمْ يَحْلِفِ الْمُدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةٌ
- ٤٣٤ وَإِنْ أَسْتَمَهَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ أَسْتَحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمَهَّلْ. وَقِيلَ: ثَلَاثَةٌ
- ٤٣٥ وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ غَلَطَ خَارِصٍ وَالزَّمَنَاءُ الْيَمِينِ
- ٤٣٦ وَلَوْ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحْلَفِ الْوَلِيُّ. وَقِيلَ: يُحْلَفُ
- ٤٣٧ فَضْلٌ: ادَّعَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً سَقَطْنَا
- ٤٤٠ وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدَيْهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ،
- ٤٤١ وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ،
- ٤٤٢ وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي، وَلَوْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ
- ٤٤٤ وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ: هُوَ مِلْكِي أَشْتَرَيْتَهُ مِنْكَ. فَقَالَ: بَلْ مِلْكِي. وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَ
- ٤٤٥ وَكَذَا إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ
- ٤٤٦ وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةٍ وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرٍ فَلَا أَظْهَرُ تَرْجِيحُ الْأَكْثَرِ،
- ٤٤٧ وَلَوْ أَظْلَقَتْ بَيِّنَةٌ وَأَرَّخَتْ بَيِّنَةٌ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ، وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخَّرَةٍ
- ٤٤٨ وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسٍ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا وَلَمْ يَزَلْ
- ٤٤٩ وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ أَسْتَصْحَابًا لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا
- ٤٤٩ وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسٍ بِالْمِلْكِ لَهُ أَسْتَدِيمَ. وَلَوْ أَقَامَهَا بِمِلْكٍ دَابَّةٍ أَوْ شَجَرَةٍ
- ٤٥٠ وَلَوْ أَشْتَرَى شَيْئًا فَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ، وَقِيلَ: لَا،
- ٤٥١ وَإِنْ ذَكَرَ سَبِيًّا وَهُمْ سَبِيًّا آخَرَ ضَرَّ
- ٤٥٢ فصل: قَالَ: آجَرْتُكَ الْبَيْتَ بَعَشْرَةَ. فَقَالَ: بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشْرَةِ

- ٤٥٤ وَلَوْ قَالَ كُلُّ مِنْهُمَا : بَعْتُكَ بِكَذَا. وَأَقَامَاهُمَا ، فَإِنْ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا
- ٤٥٥ وَإِنْ اخْتَلَفَ لَزِمَهُ الثَّمَانِ ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقْنَا أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي الْأَصَحِّ
- ٤٥٦ وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلُّ مِنْهُمَا : مَاتَ عَلَى دِينِي. فَإِنْ عُرِفَ
- ٤٥٧ فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ كُلُّ بَيِّنَةٍ أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارَضَتَا. وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٍّ
- ٤٥٨ وَإِنْ أَقَامَاهُمَا قُدِّمَ النَّصْرَانِيُّ. فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الْإِبْنِ فِي رَمَضَانَ ،
- ٤٦٠ وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِمًا وَأُخْرَى غَانِمًا وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ
- ٤٦٠ وَلَوْ شَهِدَ أَجَنِّيَانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعَتَقِي سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ، وَوَارِثَانِ حَازِرَانِ أَنَّهُ رَجَعَ
- ٤٦١ فصل : شَرْطُ الْقَائِفِ مُسْلِمٌ عَدْلٌ مُجَرَّبٌ ، وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُرِّ ذَكَرٍ
- ٤٦٥ فَإِذَا تَدَاعَا مَجْهُولًا عَرَضَ عَلَيْهِ ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَ فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ مُمَكِنًا مِنْهُمَا
- ٤٦٩ كِتَابُ الْعِتْقِ
- ٤٧٥ معنى العتق
- ٤٧٦ إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ ، وَيَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ فَيَعْتَقُ كُلَّهُ
- ٤٧٧ وَصَرِيحُهُ تَحْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ ، وَكَذَا فَكَ رَقَبَةٍ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ
- ٤٨٠ وَلَوْ قَالَ : عَتَقْتُكَ إِلَيْكَ أَوْ خَيْرْتُكَ. وَنَوَى تَقْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ
- ٤٨١ وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ : أَعْتَقْتُكَ أَوْ أَعْتَقْتُكَ دُونَ حَمْلِكَ. عَتَقَا ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ دُونَهَا
- ٤٨٢ وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيْبَهُ ، عَتَقَ نَصِيْبَهُ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا بَقِيَ
- ٤٨٤ وَتَقَعَّ السَّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ ، وَفِي قَوْلٍ : بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ
- ٤٨٥ وَاسْتِيْلَادُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرِ يَسْرِي ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ وَحَصَّتُهُ
- ٤٨٧ وَلَا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ فِي الْأَظْهَرِ
- ٤٨٧ وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ : أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ فَعَلَيْكَ قِيَمَةُ نَصِيْبِي فَأَنْكَرَ صُدَّقَ بِيَمِينِهِ
- ٤٨٨ وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ : إِنْ أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ فَتَنْصِيْبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيْبِكَ فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ
- ٤٩٠ وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نَصْفُهُ وَلَا خَرَ ثُلُثُهُ وَلَا خَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الْآخِرَانِ نَصِيْبَيْهِمَا مَعًا

- وَشَرَطَ السَّرَايَةَ إِعْتَاقَهُ بِاخْتِيَارِهِ، فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ لَمْ يَسِرْ، وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ ٤٩١
- فصل: إذا مَلَكَ أَهْلٌ تَبَرُّعَ أَضْلَهُ أَوْ قَرَعَهُ عَتَقَ ٤٩٤
- ولا يَشْتَرِي لِطِفْلِ قَرِيْبِهِ، وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّى لَهُ فَإِنْ كَانَ كَاسِبًا فَعَلَى الْوَلِيِّ ٤٩٨
- وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ قَرِيْبُهُ بِلا عَوَضٍ عَتَقَ مِنْ ثُلْثِهِ، وَقِيلَ: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ٥٠٠
- وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضَ قَرِيْبٍ سَيِّدِهِ فَقَبِلَ وَقُلْنَا: يَسْتَقِلُّ بِهِ عَتَقَ وَسَرَى، وَعَلَى سَيِّدِهِ ٥٠١
- فَصْلُ: أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ عَتَقَ ثُلْثُهُ ٥٠٣
- وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ ثُلْثَ كُلِّ عَبْدٍ. أُفْرِعَ، وَقِيلَ: يَغْتَقُ مِنْ كُلِّ ثُلْثِهِ. وَالْقَرَعَةُ أَنْ يُؤْخَذَ ٥٠٤
- وَأِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمَكَنَ تَوْزِيْعُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ كَسَبَتْهُ قِيَمَتُهُمْ سَوَاءً جُعِلُوا ٥٠٥
- وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقَرَعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقُوا، وَلَهُمْ كَسَبُهُمْ ٥٠٦
- فصل في الولاء: مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيْقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَدْبِيرٍ وَاسْتِيْلَادٍ وَقَرَابَةٍ ٥٠٩
- ولا تَرِثُ أَمْرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مِنْ عَتِيقَتِهَا وَأَوْلَادِهِ وَعَتَقَائِهِ، فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ٥١٠
- وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ فَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتِقِهِ وَعَصْبَتِهِ. وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَنْتَ بِوَلَدٍ ٥١٢
- وَلَوْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ أَبَاهُ جُرٌّ وَلَاءٌ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ، وَكَذَا وَلَاءٌ نَفْسِهِ فِي الْأَصْحَحِ ٥١٣
- كِتَابُ التَّدْبِيرِ ٥١٥
- معنى التدبير ٥١٩
- صَرِيحُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ ٥٢٠
- وَيَصِحُّ بِكَتَابَةِ عَتَقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَحَلِّثْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي ٥٢١
- وَيَجُوزُ مُقَيَّدًا كَأَنْ مِتُّ فِي هَذَا الشَّهْرِ أَوْ الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَمُعْلَقًا كَأَنْ دَخَلْتَ ٥٢٢
- وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ قَالَ: إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ ٥٢٣
- وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ لَا مُمَيِّزٍ، وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهِ ٥٢٤
- وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ، وَتَدْبِيرُ الْمُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالٍ مُلْكِهِ، وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ أَرْتَدَّ لَمْ يَبْطُلِ ٥٢٥
- وَلَوْ أَرْتَدَّ الْمُدَبَّرُ لَمْ يَبْطُلِ، وَلِحَرْبِيِّ حَمْلُ مُدَبَّرِهِ إِلَى دَارِهِمْ. وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ ٥٢٦

- ٥٢٧ وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِرًا فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعِ السَّيِّدُ فِي التَّدْبِيرِ نُزِعَ مِنْ سَيِّدِهِ
- ٥٢٩ وَلَوْ عَلَّقَ عَتَقٌ مُدَبَّرٌ بِصِفَةٍ صَحَّ وَعَتَقَ بِالسَّبْقِ مِنَ الْمَوْتِ وَالصَّفَةِ، وَلَهُ وَطْءٌ مُدَبَّرَةٌ
- ٥٣٢ فَضْلٌ: وَلَدَتْ مُدَبَّرَةٌ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنَا لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّدْبِيرِ
- ٥٣٣ وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلًا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ مَاتَتْ أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا
- ٥٣٤ وَلَوْ دَبَّرَ حَمَلًا صَحَّ، فَإِنْ مَاتَ عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ، وَإِنْ بَاعَهَا صَحَّ وَكَانَ رُجُوعًا فِيهِ
- ٥٣٥ وَلَا يَتَّبَعُ مُدَبَّرًا وَلَدُهُ، وَجَنَائِثُهُ كَجَنَائِثِ قَيْنٍ. وَيَعْتَقُ بِالْمَوْتِ مِنَ الثَّلَاثِ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ
- ٥٣٧ وَلَوْ عَلَّقَ عَتَقًا عَلَى صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالْمَرَضِ كَإِنْ دَخَلَتْ فِي مَرَضٍ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ
- ٥٣٨ وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالٌ فَقَالَ: كَسَبْتَهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ. وَقَالَ الْوَارِثُ: قَبْلَهُ. صُدِّقَ
- ٥٣٩ كِتَابُ الْكِتَابَةِ
- ٥٤٧ معنى الكتابة
- ٥٤٨ هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إِنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ، قِيلَ: أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ. وَلَا تُكْرَهُ
- ٥٤٩ وَصِبْعُهَا كَاتِبَتُكَ عَلَى كَذَا مُنْجَمًا إِذَا أَدَيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَيُبَيِّنُ عَدَدَ النُّجُومِ وَقِسْطَ
- ٥٥٠ وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ التَّغْلِيْقِ وَنَوَاهُ جَازًا، وَلَا يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةِ بِلَا تَغْلِيْقٍ
- ٥٥١ فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرُهُ وَأَدَى فِي حَيَاتِهِ مَائَتَيْنِ وَفِي مَوْتِهِ مَائَةً عَتَقَ، فَإِنْ أَدَى مَائَةً عَتَقَ
- ٥٥٣ وَشَرَطُ الْعَوَضِ كَوْنُهُ دَيْنًا مُوَجَّلًا، وَلَوْ مُنْفَعَةً، وَمُنْجَمًا بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرُ
- ٥٥٥ فروع تتعلق بالكلام على المنفعة
- ٥٥٦ وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ عِنْدَ أَنْفُسَائِهِ صَحَّتْ أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا
- ٥٥٧ وَلَوْ قَالَ: كَاتِبَتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثُّوبَ بِالْفِ. وَنَجَّمَ الْأَلْفَ وَعَلَّقَ الْحَرِيَّةَ بِأَدَائِهِ
- ٥٥٩ وَتَصَحَّ كِتَابَتُهُ بَعْضٍ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ، فَلَوْ كَاتَبَ كُلَّهُ صَحَّ فِي الرَّقِّ فِي الْأَظْهَرِ،
- ٥٦١ وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعًا أَوْ وَكَلَا صَحَّ إِنْ اتَّفَقَتِ النُّجُومُ وَجُعِلَ الْمَالُ عَلَى نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا
- ٥٦٢ فَلَوْ عَجَزَ فَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الْآخَرُ إِبْقَاءَهُ فَكَابِتْدَاءٍ عَقْدٍ، وَقِيلَ: يَجُوزُ
- ٥٦٤ فَضْلٌ: يَلْزَمُ السَّيِّدُ أَنْ يَحْطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ

- ٥٦٥ والْحِطُّ أَوْلَى، وفي النِّجْمِ الْأَخِيرِ أَلَيْقُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ
- ٥٦٧ وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ، وَلَا حَدٌّ فِيهِ، وَيَجِبُ مَهْرٌ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهُ
- ٥٦٩ وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنَا مُكَاتَبٍ فِي الْأَظْهَرِ يَتَّبِعُهَا رِقًّا وَعِتْقًا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ
- ٥٧١ وَلَا يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنَ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْجَمِيعَ
- ٥٧١ وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ: هَذَا حَرَامٌ وَلَا بَيِّنَةٌ. حَلَفَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلَالٌ
- ٥٧٣ وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدَّى مُسْتَحَقًّا رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدْلِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي النِّجْمِ الْأَخِيرِ بَانَ
- ٥٧٤ وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا يَتَسَرَّى بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ
- ٥٧٥ وَلَهُ شِرَاءُ الْجَوَارِي لِتِجَارَةٍ، فَإِنْ وَطَّئَهَا فَلَا حَدَّ، وَالْوَلَدُ نَسِيبٌ
- ٥٧٧ وَلَوْ عَجَلَ النُّجُومَ لَمْ يُجْبَرَ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ إِنْ كَانَ لَهُ فِي الْأَمْتِنَاعِ غَرَضٌ كَمُؤَنَةٍ
- ٥٧٨ وَلَوْ عَجَلَ بَعْضُهَا لِئِبْرَتِهِ مِنَ الْبَاقِي فَأَبْرَأَ لَمْ يَصَحَّ الدَّفْعُ وَلَا الْإِبْرَاءُ
- ٥٧٩ وَلَا يَصَحُّ بَيْعُ النُّجُومِ، وَلَا الْأَعْتِيَاضُ عَنْهَا، فَلَوْ بَاعَ وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي لَمْ يَعْتِقْ
- ٥٨١ وَلَيْسَ لَهُ بَيْعٌ مَا فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَزْوِيجُ أَمَتِهِ،
- ٥٨٢ فَضْلٌ: الْكِتَابَةُ لَزِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فَسْخُهَا إِلَّا أَنْ يَعْجَرَ
- ٥٨٣ وَلِلْمُكَاتَبِ الْفَسْخُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ اسْتَمَهَلَ الْمُكَاتَبُ عِنْدَ حُلُولِ النِّجْمِ اسْتُجِبَ
- ٥٨٤ وَلَوْ حَلَّ النُّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ فَلِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ، فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي
- ٥٨٥ وَلَا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتَبِ، وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا وَلَا بِجُنُونِ السَّيِّدِ،
- ٥٨٧ فَضْلٌ: وَلَوْ قَتَلَ سَيِّدُهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ، فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَّةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً أَخَذَهَا
- ٥٨٨ وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَانَ خَطَأً أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكُسِبُهُ
- ٥٨٩ وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ، وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتَبُ بَطَلَتْ
- ٥٩٠ وَيَسْتَقِيلُ بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لَا تَبَرُّعَ فِيهِ وَلَا خَطَرَ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ
- ٥٩٢ فَضْلٌ: الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لِشَرْطٍ أَوْ عَوْضٍ أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَالصَّحِيحَةِ
- ٥٩٣ وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا يُصَرَّفُ إِلَيْهِ سَهْمُ الْمُكَاتَبَيْنِ. وَتُخَالِفُهُمَا فِي أَنَّ لِلْسَّيِّدِ

- ٥٩٩ والأصحُّ بطلانُ الفاسدةِ بجُنُونِ السَّيِّدِ وإِغْمَائِهِ وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ الْعَبْدِ
- ٦٠٠ وَلَوْ أَدْعَى كِتَابَةً فَأَنْكَرَ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ صَدَقًا، وَيَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ
- ٦٠١ وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقَالَ: كَاتِبِي أَبُو كُذَا. فَإِنْ أَنْكَرَا صَدَقَا، وَإِنْ صَدَّقَاهُ
- ٦٠٣ كِتَابُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ
- ٦٠٧ إِذَا أَحْبَلَ أُمُّهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا لَهُ أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ
- ٦٠٨ أَوْ أُمَةً غَيْرَهُ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا
- ٦٠٩ أَوْ بِشُبْهَةٍ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الْأَظْهَرِ
- ٦١٠ وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جَنَايَةٍ عَلَيْهَا. وَكَذَا تَزْوِيجُهَا
- ٦١١ وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا وَرَهْنُهَا وَهَبْتُهَا
- ٦١٢ وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنَّا فَالْوَلَدُ لِلْسَّيِّدِ يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ كَهَيِّ. وَأَوْلَادُهَا قَبْلَ الْأَسْتِيلَادِ
- ٦١٣ خاتمة الكتاب
- ٦١٥ من كلام السبكي



[illegible]

تقسيم مجلدات الكتاب

المجلد الأول	مقدمة التحقيق - مقدمة المصنف - كتاب الطهارة حتى آخر باب الوُضوء
المجلد الثاني	باب مسح الخُف - كتاب الصلَاة حتى آخر باب صِفَةِ الصلَاة
المجلد الثالث	باب سُروط الصلَاة - حتى آخر باب صِلَاة الْجُمُعَةِ
المجلد الرابع	باب صِلَاة الْخَوْفِ حتى ترك الصلَاة - كتاب الجنائز كتاب الزكاة حتى آخر باب زَكَاة الْفِطْرِ
المجلد الخامس	باب مَنْ تَلَزَّمَهُ الزَّكَاةُ - كتاب الصِّيَام - كتاب الْإِعْتِكَافِ كتاب الْحَجِّ حتى باب دُخُولِ مَكَّةَ
المجلد السادس	المبيت بمزدلفة حتى باب الْإِخْصَارِ وَالْقَوَاتِ - كِتَابُ الْبَيْع - باب الْأُصُولِ وَالنَّمَارِ
المجلد السابع	باب اخْتِلَافِ الْمُتَبَاعِينَ - كتاب السَّلَم - كتاب الرُّهْن - كتاب التَّفْلِيسِ الحجر - الصلح - كتاب الْخَوَالَةِ - كتاب الضَّمَان - كتاب الشَّرْكَة - كتاب الْوُكَالَةِ
المجلد الثامن	كتاب الْإِقْرَارِ - كتاب الْعَارِيَةِ - كتاب الْفُضْصِ - كتاب الشُّفْعَةِ كتاب الْقِرَاضِ - كتاب الْمُسَاقَاةِ - كتاب الْإِجَارَةِ
المجلد التاسع	كتاب إِخْيَاءِ الْمَوَاتِ - كتاب الْوَقْفِ - كتاب الْهَبَةِ - كتاب اللَّقْطَةِ كتاب اللَّقِيطِ - كتاب الْجَعَالَةِ - كتاب الْقَرَائِضِ
المجلد العاشر	كتاب الْوَصَايَا - كتاب الْوَدِيعَةِ - كتاب قَسْمِ الْفَيْءِ وَالْفَيْمَةِ - كتاب قَسْمِ الصَّدَقَاتِ كتاب التَّكَاحِ حتى باب ما يحرم من النكاح
المجلد الحادي عشر	باب نِكَاحِ الْمُشْرِكِ - كتاب الصَّدَاقِ - كتاب الْقَسَمِ وَالتَّشْوِزِ - كتاب الْخُلْعِ كتاب الطَّلَاقِ - كتاب الرِّجْعَةِ - كتاب الْإِبْلَاءِ - كتاب الطَّهَارِ
المجلد الثاني عشر	كتاب الْكُفَّارَةِ - كتاب اللِّعَانِ - كتاب الْعِدَدِ - الْإِسْتِبرَاءِ - كتاب الرِّضَاعِ كتاب الثَّفَقَاتِ - كتاب الْحِزَاحِ
المجلد الثالث عشر	كتاب الدِّيَّاتِ - كتاب دَعْوَى الدَّمِ وَالْقَسَامَةِ - كتاب الْبُغَاةِ - كتاب الرَّدَةِ - كتاب الرِّنَا كتاب خَدِّ الْقَذْفِ - كتاب قطع السرقة - باب قَاطِعِ الطَّرِيقِ - كتاب الْأَشْرَةِ - كتاب الصِّيَالِ
المجلد الرابع عشر	كتاب السَّيْرِ - كتاب الْحِزْبَةِ - كتاب الصَّيْدِ وَالدَّبَائِحِ - كتاب الْأَضْحِيَّةِ كتاب الْأَطْعَمَةِ - كتاب الْمُسَابَقَةِ وَالْمُنَاضَلَةِ - كتاب الْإِيمَانِ
المجلد الخامس عشر	كتاب التَّدْرِ - كتاب الْقَضَاءِ - كتاب الْقِسْمَةِ - كتاب الشَّهَادَاتِ - كتاب الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ كتاب الْعِتْقِ - كتاب التَّدْبِيرِ - كتاب الْكِتَابَةِ - كتاب أَهْهَاتِ الْأَوْلَادِ
المجلد السادس عشر	الفهارس

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.